



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ميسان
كلية القانون
قسم القانون العام
دراسة الماجستير

التوازن العقدي في مجال العقد الإداري الدولي في العراق

(دراسة مقارنة)

رسالة تقدمت بها الطالبة

مرسلين عادل كريم

إلى مجلس كلية القانون - جامعة ميسان

وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون العام

بإشراف

الأستاذ المساعد

أسامة كريم بدن

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ
تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ

صدق الله العلي العظيم

[النساء: ٢٩]

الإهداء

إلى وطني الحبيب العراق، سلمت لنا عوننا ووطننا...

إلى السلسبيل العذب الذي لا تزال نكهته بدواخلي...

كلما أرتشفت منه، شعرت بالقوة والاطمئنان والاستقرار

سيدي الوالد....

إلى ومضة أحرفي الأولى.. وتحت أقدامها الجنة... والدتي الحبيبة... أطال الله في عمرها وأبقاها كنزا

لبقية عمري...

إلى القلوب التي أحببتي.. وأحببتها.. أخواني.. وأختي الحبيبة

إلى توعم روحي وشريكي في درب الحياة زوجي الذي أنار لي الطريق...

إلى نور عيني، ومصدر سعادتي، وأملي في المستقبل... أبنتي (ديما)

لكم جميعاً أهدي ثمرة جهدي مع خالص حبي

الباحثة

شكر وعرافان

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء الواجب ووفقنا إلى هذا العمل المتواضع.

أشكر الله العلي القدير الذي هيا للإشراف على هذه الرسالة إستاذاً جليلاً وفاضلاً يحمل من الأخلاق الرفيعة والصفات الكريمة ما يعجز اللسان عن الوفاء بحقه، وعرافناً بالفضل فإني أتوجه بخالص شكري وتقديري وعظيم عرفاني وإمتناني إلى أسامة كريم بدن.

وأقدم خالص امتناني وتقديري لأعضاء لجنة المناقشة والتي ستكون لتوجيهاتهم الأثر الكبير في إثراء هذا العمل المتواضع.

ولكل من ساهم في إتمام هذا العمل خالص شكري وتقديري

الباحثة

المستخلص

من المعلوم أن الإدارة وهي بصدد قيامها بمعاملاتها اليومية تظهر الحاجة إلى إبرام أنواع مختلفة من العقود القانونية، نتيجة لتطور الحياة وازدياد متطلباتها في شتى المجالات فضلاً عن اتساع المشاريع التي تقوم بها الإدارة وتعددتها وتنوعها، ومن بين أهم العقود التي تبرمها الإدارة العقد الإداري الدولي، إذ يعد هذا النوع من العقود من الوسائل القانونية المستحدثة نسبياً في مجال العلاقات التعاقدية الدولية، إذ إن التفاوت الموجود في المراكز القانونية لطرفي العقد يضيف عليها نوعية خاصة تميزها عن غيرها من العقود الأخرى التي تبرم بين الافراد العاديين كونها مبرمة بين الدولة أو أحد أجهزتها وبين طرف أجنبي، لذلك اثرنا معالجة هذا الموضوع بالبحث، وللإجابة على التساؤلات التي تطرح في هذا الصدد من خلال الوقوف على التوازن العقدي لهذا النوع من العقود، والمشكلات التي تنشأ عن اختلال التوازن العقدي نتيجة تغيير الظروف التي يمر بها العقد عند إبرامه أو عند تنفيذه، وبما أننا في صدد الحديث عن العقود، إذ نجد أن الإدارة في مجال العقود الإدارية الدولية تتمتع بسلطات وامتيازات لكن على الرغم من ذلك نجد أن المستثمر الأجنبي يتمتع بامتيازات تجعله في بعض الأحيان في مركز يعلو على مركز الإدارة نتيجة لامكانية المالية والفنية والتقنية من جهة وحاجة الإدارة إلى تلك الخدمات لتعلق الأمر بسير المرافق العامة باطراد وانتظام من جهة أخرى، إلا أن ذلك لا يعني تجرد الإدارة من الواجبات أو الالتزامات، فكما أن للإدارة سلطات وامتيازات وحقوق، كذلك الأمر بالنسبة للطرف الأجنبي، عليه التزامات وله حقوق إذ إن من أهم حقوقه حقه في المحافظة وإعادة التوازن المالي للعقد وما يترتب على ذلك بمطالبة الإدارة بالتعويض نتيجة تغيير الظروف التي تمر على هذا النوع من العقود شرط إلا يوجد نص قانون أو اتفاقي يقضي بخلاف ذلك ولما كانت العقود الإدارية الدولية كما هو الحال عليه في العقود الأخرى تتولد عنه منازعات تثار بمناسبة تنفيذ العقد لذلك فمن الممكن تسوية المنازعات الناشئة عن تلك العقود عن طريق التحكيم قد يكون ذلك بصورة شرط يفرضه الطرف الأجنبي بحيث لا ينعقد العقد من دونه رغبة من المستثمر الأجنبي بأخراج النزاع من أطار أو اختصاص القضاء أو القانون الوطني للدولة المتعاقدة إلى قضاء الدولة التي يتم الاتفاق عليها في ما بينهم ليتمكن الطرف الأجنبي من الوقوف على قدم المساواة مع جهة الإدارة ومن خلال رحلة البحث هذه توصلنا إلى عدة نتائج من أهمها أن العقود الإدارية الدولية تستوعب شروطاً حديثة لم يسبق لها وجود في العقود الإدارية الداخلية كأساليبها لشرط إعادة التفاوض واختيار القانون الواجب التطبيق وشرط الثبات التشريعي الأمر الذي انعكس في مقترحات عدة نأمل أن تضع حلولاً للمشكلات التي طرحت.

المحتويات

الصفحة	الموضوع
أ	الآية الكريمة
ب	الإهداء
ت	شكر وعرافان
ث	المستخلص
ح-ج	المحتويات
٦-١	المقدمة
٨٥-٧	الفصل الأول: ماهية التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية
٥٠-٨	المبحث الأول: فكرة التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية
٢٩-٩	المطلب الأول: مفهوم التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية
٢٠-٩	الفرع الأول: التعريف بالتوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية
٢٩-٢٠	الفرع الثاني: معايير اكتساب العقد الإداري الصفة الدولية
٥٠-٢٩	المطلب الثاني: الحقوق والالتزامات الأساسية في العقود الإدارية الدولية
٤٠-٣٠	الفرع الأول: حقوق والتزامات الدولة
٥٠-٤١	الفرع الثاني: التزامات وحقوق الطرف الأجنبي
٨٥-٥١	المبحث الثاني: صور اختلال التوازن العقدي
٦٨-٥١	المطلب الأول: اختلال التوازن العقدي في مرحلة انعقاد العقد
٦٠-٥٢	الفرع الأول: فوات الرضا وتأثيره على التوازن العقدي
٦٨-٦٠	الفرع الثاني: أثر اقتران العقد بالشروط التعسفية
٨٥-٦٩	المطلب الثاني: اختلال التوازن العقدي في مرحلة تنفيذه
٧٨-٦٩	الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة كسبب لاختلال التوازن العقدي
٨٥-٧٨	الفرع الثاني: الشرط الجزائي كسبب لاختلال التوازن العقدي
١٥٩-٨٦	الفصل الثاني: آليات التصدي القانونية لاختلال التوازن العقدي
١٢٦-٨٧	المبحث الأول: آليات التصدي لاختلال التوازن العقدي

١٠٦-٨٧	المطلب الأول: آليات التصدي الوقائية
٩٨-٨٧	الفرع الأول: توفير بيئة آمنة للطرفين المتعاقدين
١٠٦-٩٨	الفرع الثاني: حماية المستهلك
١٢٦-١٠٧	المطلب الثاني: آليات التصدي العلاجية
١١٨-١٠٧	الفرع الأول: إعادة التوازن العقدي بالاتفاق السابق على حصول الاختلال
١٢٦-١١٨	الفرع الثاني: إعادة التوازن العقدي بالاتفاق اللاحق على حصول الاختلال
١٥٩-١٢٧	المبحث الثاني: موقف النظم من التحكيم في العقود الإدارية الدولية
١٤٥-١٢٧	المطلب الأول: التحكيم في العقود الإدارية الدولية في الدول المقارنة
١٣٦-١٢٨	الفرع الأول: التحكيم في العقود الإدارية الدولية في فرنسا
١٤٥-١٣٧	الفرع الثاني: التحكيم في العقود الإدارية الدولية في الجزائر
١٥٩-١٤٥	المطلب الثاني: التحكيم في العقود الإدارية الدولية في العراق
١٥٤-١٤٦	الفرع الأول: موقف الفقه والتشريع العراقي من التحكيم في العقود الإدارية الدولية
١٥٩-١٥٥	الفرع الثاني: موقف القضاء العراقي
١٦٥-١٦٠	الخاتمة: الاستنتاجات والمقترحات
١٨٧-١٦٦	قائمة المصادر والمراجع
A-B	الملخص باللغة الإنكليزية



المقدمة

أولاً- موضوع الدراسة:

يؤدي العقد دوراً مهماً في الحياة الاقتصادية فهو ذو أهمية كبيرة في حياتنا اليومية إذ يعد الوسيلة الفعالة التي من خلالها يستطيع المتعاقد أن يحقق مصالحه، لذلك يعد العقد من إنتاج الفكر القانوني، الغاية منه تنظيم المعاملات الاقتصادية على المستوى المحلي والدولي، ومن خلاله تنشأ الحقوق والالتزامات إذ نجد المتعاقد يلتزم بمقتضى العقد الصحيح بتنفيذ الالتزامات التي يربتها هذا العقد في ذمته، لأن العقد وصف بأنه "شريعة المتعاقدين" مما يستلزم احترامه وتنفيذ كافة بنوده إذ لا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين، فيعود لهما تنظيم علاقاتهما التعاقدية بما يشاءون مع ضرورة مراعاة النظام العام والآداب العامة ولا يترتب على ذلك أي إشكال، لأن المتعاقدين يصبحان خاضعين لمبدأ القوة الملزمة للعقد وما يربته من التزامات لكن الإشكال يثور في الحالات التي يصعب أو يتعذر معها تنفيذ العقد بالصورة المتفق عليها متى ما طرأت ظروف أو تحولات استثنائية يترتب عليها اختلال التوازن العقدي.

ولما كانت فكرة التوازن العقدي من الأفكار القديمة التي تستعصي على التحديد الدقيق واستناداً إلى قدمها وانتشارها تعتبر من أصعب الأفكار وأكثرها تشابكاً وتعقيداً، لأنها تدل على أكثر من معنى فقد تدل على المساواة، التاسب، التعادل، الاستقرار، التكافؤ وغيرها من المعاني الأخرى المتشابهة لذلك تكون لهذه الفكرة أهمية بالغة وكبيرة في العقود بصورة عامة وتتعاظم أهميته بالعقود الإدارية الدولية بصورة خاصة، لأن هذه العقود تتميز بخصوصية عدم التكافؤ للمراكز القانونية لأطرافها وفي امكانياتهم الفعلية سواء في المجال الاقتصادي أو الفني أو التقني إذ يبرم هذا النوع من العقود بين الدولة بشخصيتها المعنوية أو بواسطة إحدى هيئاتها أو التي تعمل لحسابها وبين شخص أجنبي طبيعي أو معنوي وغالباً ما يكون شركة خاصة أو متعددة الجنسيات.

ولكن هذا التوازن يتأثر بلا شك بفعل الظروف والمتغيرات ، لأن العقود الإدارية الدولية تتميز بطول مدة تنفيذها لتعلقها باستثمار الموارد الطبيعية وبناء مشاريع ضخمة تحتاج إلى وقت طويل لإتمام تنفيذها وخلال تلك الفترة قد يطرأ على العقد تحولات وظروف استثنائية غير متوقعة وخارجة عن إرادة المتعاقدين تعرض العقد للانحياز للحد الذي يفقد العقد توازنه الأمر الذي يستلزم البحث عن

أسباب هذا الاختلال ومعالجته لإعادة التوازن بين أطراف العقد ، لأن العقود الإدارية الدولية في تطور مستمر كونها إحدى أهم الظواهر السائدة في عالمنا الحالي إذ تشكل أداة أساسية لا غنى عنها للدول النامية لتحقيق التنمية وتنفيذ خططها الاقتصادية كعقود الاستثمار والاشغال العامة والخدمات والتوريد والتقيب عن البترول واستغلاله وتسويقه ونقل التكنولوجيا.

ولما كانت العقود الإدارية الدولية يترتب عليها تداول للثروات والخدمات عبر حدود أكثر من دولة يتمخض عنها علاقات متشابكة ومعقدة وملتصدة بعدد كبير من بلدان العالم لذلك فقد اثرت حولها الكثير من الصعوبات والمشاكل القانونية سواء فيما يتعلق بالاختصاص القضائي أو القانون الواجب التطبيق، لأن المتعاقدين الأجانب غالباً ما يميلون في عقودهم مع أي دولة إلى اخراج أي منازعة تحدث بينهم من نطاق القضاء الوطني للدولة المضيفة، لذلك ينبغي ايجاد جهات قانونية فعالة ومحايدة يمكن من خلالها تسوية الخلافات التي ثور حول تطبيق بنود العقد سواء قبل التنفيذ أو اثناءه أو بعده.

ثانياً - أسباب اختيار الموضوع:

تتجلى أسباب اختيارنا لهذا الموضوع، التوازن العقدي في مجال العقود الإدارية الدولية، وتبسيط الضوء عليه، كونه من المواضيع المهمة في مجال القانون الإداري، إذ إنه من العقود الإدارية الحديثة والمهمة التي تبرمها الدولة، ومن شأنها المساهمة في تطوير المجتمع، من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، لذلك سنحاول بكل جهدنا المتواضع، أن نتناول هذا الموضوع بالدراسة ليكون مرجع ويمكن ان يستفاد منه الباحثين في مجال القانون.

ثالثاً - أهمية الموضوع:

تكمن أهمية البحث في التوازن العقدي في العقود الإداري الدولية من الناحيتين النظرية والعملية فمن الناحية النظرية، لا شك وجود دراسة متخصصة تتناول التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية التي تعد نادرة في العراق بحسب اطلاعنا مما يعني ذلك إضافة مادة من شأنها أرفاد المكتبة القانونية، بدراسة حديثة، وفتح المجال لدراسات قادمة حول هذا الموضوع، بما يعود بالفائدة للباحثين والمهتمين بهذا المجال.

أما من الناحية العملية، فتتضح بكونها تقدم تحليل قانوني لفكرة التوازن العقدي في مجال العقود الإدارية الدولية، والوقوف على موقف التشريعات في التنظيم القانوني لهذا النوع من العقود الحديثة، التي يمكن للإدارة الاستفادة منها، من خلال مشاريع التنمية الاقتصادية، عبر التعاقد مع المستثمر الأجنبي، ومن هذا يمكن تحديد مواطن القصور والضعف، وتقديم مقترحات لذلك، وحل المشكلات، ووضع أجوبه للأسئلة التي من الممكن أن تطرح عن ذلك.

رابعاً- اشكالية الدراسة

القاعدة العامة التي تحكم العقود هي "العقد شريعة المتعاقدين" فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين المتعاقدين إلا أن هذه القاعدة قد تتعطل في مجال العقود الإدارية الدولية ، لأن القانون والقضاء يعترف بأن للإدارة في سبيل تنفيذ أعمالها وانتظام سير المرافق العامة باطراد وانتظام تتمتع بسلطات واسعة ومنها قدرتها على الرقابة والإشراف وتعديل العقد أما بالزيادة أو النقصان أو الوقف متى ما رأت أن في ذلك أسلوباً مناسباً لتحقيق أهدافها، وفي الوقت نفسه لا بدّ أن تلتزم الإدارة وتبين الوسائل والحلول الناجحة التي تحفظ حقوق المتعاقد معها من ضمن استمرار المرافق العامة بتقديم الخدمات للمصلحة العامة إذا ما تعرض العقد المبرم بينهما إلى اختلال نتيجة المخاطر الإدارية أو الاقتصادية، هذا الأمر يدفعنا لطرح عدة أسئلة تمثل مشكلة البحث وهذه الأسئلة يمكن طرحها في النقاط الآتية:

١_ التعريف بفكرة التوازن العقدي؟ وماهي معايير اكتساب العقد الإداري الصفة الدولية؟

٢_ التفرقة بين حدوث اختلال التوازن العقدي عند نشأ العقد وعند تنفيذه؟

٣_ ما هي آليات التصدي المعتمدة لمواجهة اختلال التوازن العقدي؟ وبيان الحلول وآليات القانونية التي أوجدتها تشريعات الدول محل المقارنة للتصدي لهذا الاختلال؟

٤_ تحديد السبل القانونية لتفادي الوقوع بهذا الاختلال؟

خامساً- نطاق الدراسة:

سيكون نطاق بحثنا لموضوع التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية في التشريعات وأحكام القضاء والآراء الفقهية التي تناولت هذا العقد سواء على المستوى العراق والدول المقارنة ذات الصلة بموضوع الدراسة، الجمهورية الفرنسية، والجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

سادسا - منهج الدراسة:

لغرض معالجة موضوع البحث والإجابة عن الأسئلة المذكورة في مشكلة الدراسة، فقد حاولت الدراسة مناقشة وتحليل هذه المشكلة من خلال تسليط الضوء على المنهجية التي سنعتمدها في الدراسة، إذ اعتمدنا في هذا البحث المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المختلفة في التشريع العراقي، فضلاً عن انتهاج المنهج المقارن، لكوننا سنقارن دراسة موضوع التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية في العراق مع تجارب الدول الأخرى وهي الجمهورية الفرنسية والجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وذلك لأن فرنسا والجزائر تعتبران الأرض الخصبة للقانون الإداري، لبيان أوجه التشابه والاختلاف بين العراق وتلك الدول وترجيح أحدها مع بيان الأسباب والمبررات التي دفعتنا إلى الانحياز لهذا الجانب أو غيره للاستفادة من الجوانب المفيدة في تلك التجارب والوقوف على مواطن الضعف والقوة.

سابعاً - الدراسات السابقة:

من خلال بحثنا عن الدراسات السابقة حول موضوع دراستنا لا توجد دراسات تخصصية للتوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية بل توجد هناك رسائل ماجستير واطاريج دكتوراه تم الاطلاع عليها سوف نذكر وحسب تسلسلها الزمني وكالاتي:

١. "محسن عبد المنعم الزبيدي، ضمانات توازن العقد القانونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٧".

"تناول الباحث في دراسته عيوب الإرادة واثارها على العقد وضمانات المحكمة في إعادة توازن العقد الذي اختل بسبب هذه العيوب ولكن بالجانب المدني بينما عالجت دراستنا تلك العيوب واثارها، وسلطة القاضي في معالجه اختلال التوازن من خلال توظيفها في العقود الإدارية وبالأخص العقد الإداري الدولي كما قارن الباحث دراسته بين القانون المدني المصري والعراقي أما دراستنا مقارنة بين القانون الفرنسي والجزائري والعراقي".

٢- " درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، ٢٠١٤".

تناول الباحث في دراسته طبيعة التوازن العقدي بين نظام ذو نزعة فردية يحرر الإرادة ويقدها ونظام ذو نزعة إجتماعية يخفف من شدتها ويقيدها كما تناول الباحث في دراسته مفهوم التوازن العقدي

في الجانب المدني وهذا ما يختلف عن موضوع دراستنا إذ سنتناول مفهوم التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية كما قارن الباحث في دراسته موضوع التوازن العقدي بين القانون الجزائري والفرنسي أما دراستنا مقارنة بين فرنسا والجزائر والعراق.

٢. "باسم محمد خضير آل حجيل السعيد، إعادة التوازن العقدي بالوسائل الاتفاقية في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٥".

"تناول الباحث في دراسته التعريف بالعقود التجارية الدولية ومعياري دوليتها كما أنه تطرق إلى التعريف بإعادة التوازن في هذا النوع من العقود وقد اختلفت هذه الدراسة عن دراستنا كوننا تناولنا الموضوع بشكل أعم وأشمل ولكن في العقود الإدارية الدولية وليس في العقود التجارية كما تناول الباحث ذلك الأمر".

٣. "صلاح مهدي سمين الهاشمي، النظرية الحديث للعقود الإدارية الدولية والتحكيم فيها، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢١".

"تناول الباحث في دراسته معايير العقد الإداري الدولي المتمثلة بشرط القانون الواجب الاختيار وشرط الثبات التشريعي وشرط إعادة التفاوض واختيار وسيلة فض المنازعات وقد اختلفت عن دراستنا كوننا اطلقنا عليها تسمية آليات التصدي الوقائية من اجل التصدي لمواجهة الاختلال الذي يعترى تلك العقود نظراً لما تتضمنه من شروط حديثة وغير مألوفة في العقود الإدارية الداخلية وهوما توسعت دراستنا في تناوله وبيان موقف الدول محل المقارنة من تلك الشروط واهميتها اذا ما تم ادراجها ضمن بنود العقد المبرم بين طرفي العقد".

٤. "وائل فاضل زيدان، القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم في العقود الإدارية الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية، لبنان، ٢٠٢١".

"تناول الباحث في دراسته تعريف التحكيم وأهميته بشكل عام وبالعقود الإدارية الدولية بشكل خاص، وتطرق كذلك إلى القواعد القانونية التي تحكم القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم من حيث مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق إذ اختلفت هذه الدراسة عن دراستنا كونه تناول موضوع التحكيم في العقود الإدارية الدولية بشيء من التفصيل وليس فقط موقف الدول محل المقارنة من مدى جواز أو امكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية في فرنسا

والجزائر والعراق، وأيضاً اختلفت هذه الدراسة عن دراستنا كوننا نتناول الموضوع كدراسة مقارنة بين كل من فرنسا والجزائر والعراق إذ أن الباحث قارن في دراسته بين فرنسا ومصر ولبنان وليس العراق".

ثامناً - هيكلية الدراسة:

من أجل الإحاطة بموضوع الدراسة حول التوازن العقدي في مجال العقود الإدارية الدولية، سوف نقسم الدراسة إلى فصلين، يتناول الفصل الأول ماهية التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية، وذلك من خلال تقسيمه إلى مبحثين، يركز المبحث الأول على مفهوم التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية، أما المبحث الثاني صور اختلال التوازن العقدي.

أما الفصل الثاني من الدراسة فيتناول آليات التصدي القانونية لاختلال التوازن العقدي، من خلال مبحثين يتناول المبحث الأول منه آليات التصدي لاختلال التوازن العقدي، أما الثاني موقف النظم من التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

الفصل الأول

ماهية التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية

الفصل الأول

ماهية التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية

تعد نظرية العقد من أهم النظريات التي استقطبت انتباه الفكر القانوني ماضياً وحاضراً وأهم صور التصرف القانوني لإجراء المعاملات سواء على المستوى الداخلي أم على المستوى الدولي، لذلك يمكن القول بأن العقد أما يكون داخلي يحدث داخل إطار النظام القانوني لدولة معينة أو يكون دولياً يتصل بدول مختلفة يحكمها أكثر من نظام قانوني واحد ويعرف العقد بصفة عامة بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين يتمثل في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل إذ يعبر عموماً عن التأم بين مشيئة وأخرى لإنتاج مفاعل قانونية وعلاقات إلزامية^١.

أذ أن التطورات المتلاحقة على صعيد العقود الإدارية أدى إلى ظهور ما يعرف بالعقود الإدارية الدولية والتي اثير حولها الكثير من المشاكل القانونية سواء فيما يتعلق بالاختصاص القضائي أو حول القانون الواجب التطبيق وهذا بالرغم من أن عقود الادارية الدولية ليست من العقود المسماة التي لها تنظيم خاص بل انها طائفة من العقود التي جعل لها الفقه تمييزاً عن غيرها وان ختلفت في مسمياتها ومضامينها أو طرق ابرامها إلا انها تشترك في الكثير من الاحكام لعل من أهمها أنها تشكل اداة أساسية لتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة لاسيما في دول الاقتصاديات الناشئة أو ما يطلق عليها سابقاً الدول النامية لذلك يستلزم البعض من هذه العقود مدة زمنية طويلة نسبياً لتنفيذها من أجل تحقيق الغاية المتوخاة من وراء إبرامها مما يجعل تغير وتبدل الظروف التي تم في ظلها إبرامه عما هو عليه الحال عند تنفيذه أمراً ليس بالنادر الوقوع، لان عصرنا الحالي أضحى عصر التقلبات بامتياز سواء فيما يتعلق بالظروف السياسية أو ما يفرزه التقدم التكنولوجي أو نتيجة التقلبات الاقتصادية لذلك لا بدّ من التوازن بين مصلحة الطرفين في العلاقة التعاقدية من حيث حقوق والتزامات كل منهما.

ولغرض بيان تفصيل ما أشرنا إليه قسمنا هذا الفصل لمبحثين، سنتناول في المبحث الأول مفهوم التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية، بينما سنتناول في المبحث الثاني صور اختلال التوازن العقدي.

(١) د. بشار جميل عبد الهادي، العقد الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٨٤، ص ٢٠.

المبحث الأول

فكرة التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية

يعد العقد من أهم صور قيام التصرف القانوني، وأداة رئيسية يتم من خلاله إنشاء العلاقات التعاقدية والمعاملات ككل وتنظيمها كونه وسيلة قانونية مثلى يجمع بين إرادة الطرفين وأن لكل طرف في هذا العقد مصالح خاصة به ويسعى لتحقيقها ودون تعدي من أحدهما على الآخر^١.

لكن نجد أن الأمر يصعب متى ما تعلق بالعقود الإدارية الدولية وذلك بسبب تمييزها واختلافها عن العقود الإدارية التي تبرم على المستوى الداخلي أو الوطني إذ إن العقود الإدارية الدولية غالباً ما تتميز بخصوصية الأطراف المتعاقدة والتي عادة ما تكون دول أو إحدى الأجهزة التابعة لها.

واستناداً إلى كل ما تقدم لا بدّ من إعطاء نبذة تعريفية عن التوازن في هذا النوع من العقود ، وما هي المعايير التي تميز العقود الإدارية ذات الطابع الدولي عن العقود التي تبرم بين الأفراد، وأيضاً معرفة الحقوق والالتزامات التي تقع على عاتق الطرفين، وأساليب إعادة التوازن لهذا النوع من العقود التي غالباً ما تستمر لمدة زمنية طويلة أو لعدة سنوات، والتي قد تتعرض خلال تلك المدة الزمنية لكثير من الظروف نتيجة تقلبات راجعة لأسباب اقتصادية أو سياسية أو غيرها من الأسباب الأخرى لذلك لا بدّ من التحرز جيداً ضد تلك التقلبات والحفاظ على العقد طيلة مدة تنفيذه بعيداً عن تلك الظروف والتغيرات لذلك سوف نقوم في هذا المبحث بالولوج والكلام عن فكرة التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية.

ويقتضي منا ذلك تقسيم هذا المبحث لمطلبين، سنتناول في أوله فكرة التوازن العقدي في الإدارية الدولية، بينما سيكون المطلب الثاني مخصص للحديث عن الحقوق والالتزامات الأساسية في العقود الإدارية الدولية.

(١) د. قيدار عبد القادر صالح، إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد

المطلب الأول

مفهوم التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية

إن التوازن العقدي هو هدف تسعى إليه كل التشريعات ومنها تشريعات الدول محل المقارنة فلا تنفك تلك التشريعات للبحث عن كل ما يؤدي إلى هذا التوازن، ولغرض تعريف فكرة التوازن العقدي يقتضي الأمر منا تقسيم هذا المطلب لفرعين أولهما سنتطرق فيه إلى التعريف بالتوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية، وثانيهما التطرق فيه إلى معايير اكتساب العقد الإداري الصفة الدولية.

الفرع الأول

التعريف بالتوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية

أولاً- التعريف اللغوي للتوازن العقدي:

نلاحظ أن التوازن العقدي مكون من مفردتين الأولى هي (التوازن) والثانية هي (العقد) بالنسبة لمفردة التوازن فأنها تدل في اللغة العربية على معان متعددة وهي: "التعادل"، "التكافؤ"، "التناسب"، "الاستقرار"، "المساواة"، وتشارك هذه المصطلحات كلها في المعنى العام لمدلول التوازن، مع وجود فروق يسيرة بينها^(١).

وقد جاء في لسان العرب لابن منظور: "هذا يوازن هذا إذا كان على زنته أو كان محاذيه. كما جاء في القاموس المحيط: وازنه أي عادلة، وقابله، وحاذاه، واستقام ميزان النهار أي أنتصف"^(٢).

أما في اللغة الفرنسية نجد مصطلح "equiliber" ينحدر من أصل لاتيني، مركب من لفظين: "libar" التي تعني الميزان "balance" و"aequus" التي تعني مساو أو معادل "egal"، إذن يقصد بهذا لمصطلح "دقة الميزان أو استقامة الميزان"^(٣).

(١) ابن منظور، لسان العرب، مادة "وزن"، المجلد الخامس عشر، ط٤، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت ٢٠٠٥، ص ٢٠.

(٢) مجد الدين محمد يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مادة "وزن"، دار الفكر، بيروت، ٢٠١٠، ص ٥.

(٣) عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، ٢٠١٥، ص ٢٣.

تدل كلمة (ع. ق. د) في اللغة على "الشد والجمع بين أطراف الشيء" وتستعمل في الربط الحسي فيقال: عقد الحبل عقداً أي وصل أحد طرفيه بالأخرى بعقدة تمسكهما، فأحكم وصلهما، ثم استعير لفظ العقد للربط المعنوي والتصميم والاعتقاد الجازم، فيقال (عقد البيع واليمين والعهد أي أبرمه) وعقد قلبه على شيء (أي لزمه)^(١).

وجاء في المصباح المنير: "عقد الحبل"، أو البيع أو العهد فانعقد، ويقال عقد النية والعزم على شيء، وعقد اليمين، أي ربط بين الإدارة وتنفيذ ما التزم به، وعقد البيع والزواج والإجارة أي أرتبط مع شخص آخر والعقيدة: (ما يدين به الإنسان)^(٢).

حيث إن العقد مصدر فعل: "عقد الشيء يعقده عقداً وتعاقداً"، وعقده، فانعقد وتعقد، إذا شده، فانشد، فهو نقيض الحل، وهو في الأصل للحبل ونحوه من المحسوسات^(٣). أما كلمة (العقد) في لغة العرب تدل على "نقيض الحل، عقده يعقده عقداً وتعاقداً وعقده، عقد الحبل والبيع والعهد فانعقد"^(٤).

كذلك يعرف العقد في اللغة بأنه "الربط والتوثيق مادياً كان أو معنوياً، فيقال عقد الحبل أي ربط بين الطرفين، وقيل عقد العزم أي الزم نفسه بأمر مستقبلي"^(٥).

وجاء لفظ العقد في القرآن الكريم في سورة المائدة: قال تعالى " **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُبَلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحْلِي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ**"^(٦).

ويقول تبارك وتعالى: " **لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْإِيمَانَ**"^(٧).

(١) ابن منظور الأفرقي، لسان العرب، ج٣، دار صادر، بيروت، ص٢٩٦.

(٢) أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٨٧، ص٤٢١.

(٣) جبران مسعود، الرائد الصغير معجم أبجدي للمبتدئين، ط١، دار العلم، بيروت، ١٩٨٢، ص٤٣٨.

(٤) حمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ج١، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون سنة طبع، ص١٨٦.

(٥) د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة ودراسة وعمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، المكتبة المركزية، غزة، ١٩٨٤، ص٣٤.

(٦) القرآن الكريم، سورة المائدة الآية ١.

(٧) القرآن الكريم، سورة المائدة الآية ٨٩.

واستناداً إلى كل ما تقدم يتبين لنا أن العقد معناه "الربط بين أطراف الشيء سواء كان هذا ربطاً حسيماً أم معنوياً من جانبين أو أكثر وبهذا يكون معناه الإلتزام".

ثانياً- التعريف الاصطلاحي للتوازن العقدي:

يعد التوازن العقدي هدف وغاية العملية التعاقدية وهو ما تسعى إليه التشريعات القانونية على مر العصور، لأنه مرتبط ارتباط وثيق بالعدالة وأن العدالة مرتبطة بالعقد، حيث أن هناك عبارة شهيرة "من قال عقداً فقد قال عدلاً" إذ إن هذه العبارة ذات بعد جميل ومتطور يتمخض عنها قواعد قانونية تنادي بالمساواة بين الجميع في الرابطة العقدية من دون تفرقة أو تمييز أو محاباة أو تفضيل أحد الأطراف في العملية التعاقدية على حساب الطرف الآخر^(١).

يتضح من ذلك أن فكرة التوازن العقدي ذات بعد تاريخي إذ يرجعها البعض إلى القانون الروماني وأفكار الفلاسفة اليونانيين، في حين يرى البعض الآخر أن أصلها التاريخي يرجع إلى المبادئ التي جاءت بها الأديان السماوية إذ إن جميع الأديان السماوية كانت تدعو إلى الاعتدال والمساواة بين الناس في كثير من أمور الدنيا مرد ذلك للضرورة الواقعية والقانونية، لأنه مرتبط القانون والأخلاق والاقتصاد في العقد إذ يلاحظ أن مسألة التوازن تنثور في كل التصرفات القانونية وتمتد إلى كافة ميادين القانون، إذ تعتبر فكرة التوازن العقدي قديمة قدم النظم القانونية يقوم كيانها على مبدأ التناسب والمساواة والموازنة في الأخذ والعطاء بين طرفي العلاقة التعاقدية فما يأخذه كل طرف بمقتضى العقد ينبغي أن يكون معادلاً نوعاً ما لما يعطيه للطرف الآخر وفي غير هذه الحالة نكون أمام اختلال التوازن الاقتصادي بين الإلتزامات والحقوق المتولدة عن العقد مما يؤدي إلى اختلال موازين العدالة التعاقدية^(٢).

إذ تعتبر فكرة التوازن العقدي قديمة قدم النظم القانونية يقوم كيانها على مبدأ التناسب والمساواة والموازنة في الأخذ والعطاء بين طرفي العلاقة التعاقدية فما يأخذه كل طرف بمقتضى العقد ينبغي أن يكون معادلاً نوعاً ما لما يعطيه للطرف الآخر وفي غير هذه الحالة نكون أمام اختلال التوازن الاقتصادي بين الإلتزامات والحقوق المتولدة عن العقد مما يؤدي إلى اختلال موازين العدالة التعاقدية

(١) د. أدورا عبد القادر، إعادة التوازن العقدي بين المبادئ القانونية التقليدية والمستحدثة، بحث منشور في مجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد ٣، العدد ١، ٢٠٢٠، ص ٢٧.

(٢) درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٥، ص ٢.

وقد تم البحث في التوازن بعناوين مختلفة منها "العدالة والمساواة" وعدم تساوي أطراف العقد وحماية الطرف الضعيف والتضامن التعاقدية والدور الاجتماعي للعقد، أو الإكراه الاقتصادي وغيرها من العناوين الأخرى التي تختلف من باحث إلى آخر ومن دولة إلى دولة أخرى^(١).

وقبل التعمق أكثر بفكرة التوازن العقدي لابد من الإشارة والحديث عن العقود الإدارية الدولية إذ يعرف العقد بصورة عامة: " هو ارتباط إيجاب وقبول بوجه مشروع يثبت أثره في محله"^(٢).

أما في ما يخص العقود الإدارية إذ يقصد بها: " العقد الذي تبرمه الإدارة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة بقصد تسيير مرفق عام باستخدام وسائل القانون العام"^(٣).

وقبل اللوج في تعريف العقد الإداري الدولي أود أن أبين أنه لا يمكن إعطاء تعريف محدد منفصلاً عن العقد الإداري الوطني بأركانه المعروفة فيجب إن يعرف العقد الإداري الدولي بغير انفصال عن العقد الإداري ويعود السبب في ذلك إلى صعوبة التفرقة بينهما لأن القول بذلك سيؤدي إلى أن يحكم العقدين بقواعد مختلفة فمن المسلم به أن العقد الإداري يخضع للقانون العام وعند اخضاع العقد الإداري الدولي إلى غير ذلك فلن يحكمه إلا قواعد القانون الخاص وذلك بالاتفاق على تضمينه شرط تحكيم وفقاً لقانون لا يعرف التمايز بين طرفي العقد.

إذ أن وضع تعريف محدد له أو وضع معيار جامع مانع تحدد به صفة الدولية فيه باتت من أدق الأمور التي تواجه الفقه القانوني في الوقت الحاضر، حيث يرى الأستاذ (بومبير) على أنه شبه المستحيل تحديد المقصود بالعقد الإداري الدولي في حين يؤكد الأستاذ (لاكارد) أن أية محاولة لوضع تعريف للعقد الإداري الدولي سيفتح الباب للعديد من الانتقادات لكن رغم هذا الجنوح الفقهي عن الخوض في مسألة التعريف فإن بعض الفقه العربي رأى أن من الضروري تعريف العقد الإداري الدولي بحيث يعتبر أنه: " عقد تبرمه الدولة بوصفها سلطة عامة أو يبرمه شخص معنوياً من رعايا الدولة مع شخص طبيعي أو معنوياً من رعايا دولة أخرى وقد يكون موضوعه استغلال الثروات الطبيعية للدولة

(١) عرعارة عسالي، مصدر سابق، ص ٢.

(٢) مودع فريدة، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ٢٠١٤، ص ٨.

(٣) د. هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، ٢٠٠٨، ص ٣٩.

أو أشغال صناعية حيث تبرم مع دولة أخرى تعاقدا بهذا الخصوص لعدم امتلاكها التقنية العلمية التي تمكنها من ذلك"^(١).

وكما عرف الدكتور عبد الحكيم مصطفى العقود الإدارية الدولية : " عقود تبرم بين دولة نامية من ناحية أو من يعمل لحسابها ومشروع خاص أجنبي طبيعي أو اعتباري من جهة أخرى، وتتعلق هذه العقود باستثمارات ضخمة ، وتتضمن شروطاً ومزايا غير مألوفة "^(٢).

كما عرفه الدكتور عبد العزيز بكر : " هو العقد المبرم بين الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها مع شخص أجنبي بغرض إنشاء التزامات تعاقدية قد تستخدم فيها الدولة سلطتها العامة أو لا تستخدمها" وبعد استعراض التعريفات المتعلقة بالعقد الإداري الدولي^(٣).

فأننا نرى بأن العقد الإداري الدولي ما هو إلا توافق إرادتين لطرفين أحدهما يمثل الدولة أو إحدى مؤسساتها الإدارية والآخر يكون شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً وتهدف عملية التعاقد إلى النهوض بالواقع الاقتصادي وتنمية الخدمات للمرافق من خلال إقامة منشآت لها طابع الاستمرار في العمل وتتضمن هذه العقود شروطاً استثنائية تختلف عن سابقتها من العقود الإدارية الداخلية من حيث منح بعض الامتيازات والحقوق إلى الطرف الأجنبي .

وبالعودة إلى فكرة التوازن العقدي إذ نجد أن بعض الفقه عرف التوازن العقدي بأنه: "التناسب والتعادل بين قيمة ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه من العقد، بمعنى أن يكون هناك تناسب بين الأداء المقدم والمنفعة المتحصلة من العقد وعليه يمكن أبطال العقد إذا لم يحصل هذا التناسب"^(٤).

ترى الباحثة من التعريف أعلاه بأن التوازن المقصود هو ليس التوازن المطلق إلى الحد الذي تتساوى به الحقوق والالتزامات بل إلى الحد الذي يصل به الأطراف للحالة التي ارتضاها كل منهما عند أبرام العقد قبل حصول الاختلال، أي التوازن الشريف والعاقل بين الحقوق والالتزامات

(١) صلاح مهدي سمين الهاشمي، النظرية الحديثة للعقود الإدارية الدولية والتحكيم فيها، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢١، ص ٨٠.

(٢) د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن ، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الخاص ، مكتبة النصر، القاهرة، ١٩٩١، ص ٢٢.

(٣) د. محمد عبد العزيز بكر، العقد الإداري عبر الحدود، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠، ص ٥٦.

(٤) د. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٢١٥. وكذلك: حسين عبد الله الرضا الكلابي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد ٢٦، العدد ٢، كلية الحقوق، جامعة بغداد، ٢٠١١، ص ٢١٤.

لكلا الطرفين ، وذلك لأن أطراف العقد ملزمون باحترام كافة البنود العقدية ولا يحق لأحد الأطراف تعديل العقد بأراداته المنفردة، لأن فكرة التوازن تعتبر قاعدة عامة في كافة العقود لكونها تخضع العقد إلى مبدأ سلطان الإرادة أيا كان مصدره دولياً أو داخلياً ويترتب على ذلك عدة نتائج مهمة منها أن المضمون العقدي الذي يرتبه العقد يتم تحديده بموجب الإرادة الحرة لطرفي العقد فضلاً عن ذلك يترتب عليه نتيجة أخرى تتمثل بحرية كل شخص في أن يتعاقد أو لا يتعاقد وهذا يعني أن جميع الآثار المترتبة على العقد تخضع للإرادة الحرة لأطراف العلاقة التعاقدية.

وهذا يعني التوازن في العقود بصورة عامة والعقود الإدارية ذات الطابع الدولي بصورة خاصة وسيلة أساسية لضمان العدالة التعاقدية بين الطرفين، الأمر الذي يساعد على إضفاء صبغة أخلاقية على الروابط التعاقدية التي نلاحظ في الآونة الأخيرة انحسارها بشكل ملفت للنظر ولن يتحقق هذا التوازن في العقود إلا من خلال حماية الطرف الضعيف الذي عادة ما يكون ضحية الاختلال، وهذا الكلام ينطبق على العقود الإدارية الدولية التي غالباً ما يكون أطرافها في مراكز متفاوتة^(١)، وبالعودة إلى فكرة التوازن العقدي لا يقصد بها التوازن الحسابي المطلق بين الحقوق والواجبات للمتعاقدين إنما يراد بها التوازن العادل بين الطرفين من حيث ما يترتب على كل منهما بموجب العلاقة التعاقدية^(٢).

فالعقود من غير الممكن أن تقوم على التساوي والتعادل التام في الالتزامات المتقابلة بل تدخل في صلب التوازن العقدي تعهدات تنصب على تحمل المخاطر المتوقعة وغير المتوقعة ومفهوم التوازن يختلف من عقد لآخر إذ تظهر الصعوبة ويزداد الأمر تعقيداً في العقود المركبة مثل عقد نقل التكنولوجيا وعقود البترول^(٣).

وعلى ذلك يعرف أحد الفقهاء إعادة التوازن العقدي "بأنها المرونة المتبادلة بين أطراف العلاقة التعاقدية من حيث الحقوق والالتزامات من دون أن يتم الاعتداد بالجمود الحسابي بين

(١) عمر تركي محي، دور القاضي الإداري في تحقيق التوازن العقدي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢١، ص ١٠، ١١.

(٢) د. مصطفى عبد الحسن الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٤.

(3) John Cartwright, Simon Whittaker, The law of contract , The general Regime of Obligations and proof of obligations , 2016, P. 18.

تلك الالتزامات والحقوق أي أن يكون هناك تناسب زيادة ونقصان بين هذه وتلك لا سيما في حالة حصول الاختلال بفعل الإدارة^(١).

وعلى الرغم من الكلام المتقدم نجد أن هناك في الواقع معيار يمكن الارتكاز إليه لمعرفة تحقق التوازن العقدي من عدمه وذلك من خلال معرفة الكيفية أو الطريقة التي تتم عن طريقها سير المفاوضات، فمتى ما تمت المفاوضات بشكل حر وعادل وسمح للأطراف بمناقشة بنود العقد بشكل تفصيلي، وأن يضمنوه ما يشاؤون من شروط وبنود تلائمهم وتحقق مصالحهم عند ذلك يمكن القول بأن هناك تعادلاً في الالتزامات والحقوق الناجمة عن العقد، لأن كل بند أو شرط تم الاتفاق عليه يمثل عنصراً أساسياً في خلق التوازن العقدي هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى صفة الأطراف فمتى ما أبرم العقد بين أطراف غير متكافئين يعد دليلاً واضحاً على بروز طرف أقوى من الطرف الآخر في العلاقة التعاقدية وعليه اختلال التوازن العقدي وأن عدم التكافؤ الذي نتحدث عنه لا يقتصر فقط على العقود التي تبرمها الشركات في الدول غير المتقدمة اقتصادياً، أما يقصد بذلك كل طرف ضعيف لا يملك من الوسائل التي تجعله يقوم بإجراء المفاوضات على وفق ما يخلو له وهذا ما يترتب عليه اختلال التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية^(٢). وفي هذا الصدد نجد أن فكرة التوازن العقدي تهدف إلى وضع الحقوق والواجبات في معيار عام وأن هذا المعيار أساسه التوازن في الحقوق والالتزامات لكلا الطرفين، لأن أسباب الاختلال تتوزع إلى نوعين، أولهما أسباب إرادية يرجع سبب حدوثها لإرادة أحد الطرفين من دون اخلال من الطرف الآخر إذ إنه بمجرد تمتع أحد الأطراف بقوة تعاقدية نتيجة تفوقه الاقتصادي أو تفوقه التقني أو المهني أو الفني يقوم في هذه الحالة بفرض شروط تعسفية على الطرف الآخر كالبنود التي ترد في عقود الإذعان^(٣).

(١) د. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، درا المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٤٧.

(٢) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٨٥.

(٣) يقصد بعقد الإذعان بأنه: "عقد يتم تحديده مضمونه التعاقدية كلياً أو جزئياً بشكل عام ومجرد قبل مرحلة إبرام العقد"، نقلا عن: زينب خالد عبد الله جريو، البنود المخلة للتوازن العقدي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية، لبنان، ٢٠٢٢، ص ١٠.

أما النوع الآخر أو السبب الآخر لاختلال التوازن العقدي يكون خارج عن إرادة الطرفين المتعاقدين كنظرية الظروف الطارئة في إطار القانون الخاص ونظرية فعل الأمير والصعوبات المادية غير متوقعة في إطار القانون الإداري^(١).

وبناءً على ما تقدم فقد وصف العقد بأنه شريعة المتعاقدين مما يستلزم احترامه وتنفيذه من قبل المتعاقدين في العقود الإدارية الدولية، فمتى ما كان العقد صحيحاً نافذاً و ملزم لطرفية ولا يجوز لأي منهما أن يعدل العقد سواء كان بالإضافة أو الإلغاء أو الإعفاء إلا بالاتفاق بين الطرفين استناداً لمبدأ القوة الملزمة للعقد خاصة وأن المتعارف عليه قانوناً أنه لا يمكن تصور عقد إلا ويكون مهدداً بإخلال أو فقدان توازنه نظراً للظروف والتقلبات التي أضحت العقد يوضع في وسطها^(٢).

وفي هذا الصدد لا بدّ من الإشارة إلى موقف الدول محل المقارنة فيما يخص فكرة التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية، إذ نبدء بالكلام عن موقف الدولة الأولى من محل المقارنة والمتمثلة بفرنسا إذ نجد أن الفقه الفرنسي لم يتفق على وضع تعريف محدد للتوازن العقدي فذهب البعض إلى القول أن التوازن العقدي: "هو وضع نسبة حسابية دقيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه"^(٣).

وفي رأينا يؤخذ على هذا التعريف أنه كيف يتسنى للأطراف حساب هذه العملية بدقة متناهية إذ أن هناك كثيراً من الصعوبات التي تتعرض لها العملية التعاقدية لا يمكن من حسابها بهذه الدقة كما في التعريف أعلاه، فضلاً عن ذلك أن العملية التعاقدية تستلزم من الأطراف قدرًا من المرونة في سبيل إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حصول الاختلال، وذلك لأن الغرض أو الغاية من فكرة التوازن العقدي تعد بمثابة توجيه عام يستهدي به القاضي في تقدير المبلغ المناسب المستحق للمتعاقد في حالة اختلال التوازن المالي محل الإبرام من أجل تحقيق التوازن والعدالة بين الأطراف من حيث الحقوق والالتزامات.

(١) نوري أحمد نامس الجبوري، قواعد تفسير المعاهدات بين القضاء الدولي والقضاء الوطني، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢٠، ص ٧٧.

(٢) د. هبة محمد هزاع، توازن عقود الاستثمار الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦، ص ١٣.

(٣) نقلاً عن: د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط ٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٦١٤. وكذلك: د. أحمد محمد الهواري، حماية المتعاقد الضعيف في العقد الإداري الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٦١.

أما في ما يخص موقف المشرع الفرنسي من فكرة التوازن العقدي لم يتناوله بصورة واضحة وخالية من الغموض على الرغم أن التوازن العقدي في القانون الفرنسي يتناسب وفلسفته وتاريخه القانوني والقضائي فهو يهتم بالمساواة المجردة، إذ إن هذه الفكرة لم تظهر بشكل جلي وواضح إلا مع بداية القرن العشرين بمناسبة الحكم الصادر عن القضاء الإداري الفرنسي متمثلاً بمجلس الدولة الفرنسي في القضية المسماة "الشركة الفرنسية للترام"، وكان هذا الحكم بمناسبة عقد امتياز المرافق العامة تحت مسمى التوازن الشريف للعقد الإداري قاصداً من وراء ذلك أن التوازن المفترض تواجهه بين التزامات المتعاقد مع الإدارة وحقوقه تجاهها يتمثل بحق المتعاقد مع الإدارة في طلب تعديل العقد وإعادة توازنه متى ما اختل بسبب راجع إلى الإدارة وليس للمتعاقد^(١).

وبالنسبة إلى موقف القضاء الإداري الفرنسي من فكرة التوازن العقدي فإنه لم يتولى تعريفه بمفهوم محدد بمقدار ما حاول إعطاء مبدأ عام أو فكرة عامة، لأن تصور التوازن على وفق الفلسفة التي بني في ظلها العقد لطالما عدّ مبدأ سلطان الإرادة وحماية الرضا كفيلاً بتحقيق التوازن العقدي إذ إن ما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة أن تصبح إرادة الأطراف أساس القوة الملزمة في التعاقد وهي التي تتدخل في تحديد مضمون العقد والالتزامات الملقاة على عاتق كل من طرفيه^(٢).

أما بالنسبة إلى موقف الدولة الثانية من محل المقارنة الجزائر من فكرة التوازن العقدي لا بدّ من الإشارة ابتداءً إلى موقف الفقه الجزائري من ذلك، إذ نجده كذلك لم يقدّم بتعريف فكرة التوازن العقدي بمفهوم واضح ودقيق وخالي من الغموض والتأويل^(٣).

أما على مستوى موقف المشرع الجزائري من فكرة التوازن العقدي فقد أشار إلى التوازن واصطلاح عليه بالتفاوت صراحة وذلك بموجب المادة (٩٠) من القانون المدني الجزائري إذ نصت على أنه: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في نسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد

(١) فتوح محمد هنداي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، ط١، دون مكان نشر، ٢٠١٦، ص ٦٢.

(٢) أدورا عبد القادر، مصدر سابق، ص ٣٠.

(٣) نقلاً عن: درماش بن عزوز، مصدر سابق، ص ١٥.

الأخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد"^(١).

فضلاً عن ذلك فقد أشار إلى فكرة التوازن باصطلاح الأداء المعادل بموجب المادة (٥٧) من القانون المدني أيضاً إذ نصت على أنه: " يكون العقد تبادلياً متى التزم أحد الطرفين بمنح، أو فعل شيء، يعتبر معادلاً لما يمنح، أو يفعل له"^(٢).

تري الباحثة من تحليل نص المادة المتقدمة أن العقد يعد متوازناً إذا كان الأداء المقابل معادلاً لما يمنح أو يفعل الطرف الآخر أي بمعنى لا يوجد تفاوت كثير بين الأداءات المتقابلة فمتى ما كان هناك عدم تعادل أو تفاوت بين الإداءات لكلا طرفي العقد ترتب عليه اختلال التوازن العقدي.

أما بالنسبة إلى موقف العراق من فكرة التوازن العقدي نلاحظ أن الفقه العراقي لم يعرف فكرة التوازن العقدي، لأنها فكرة فضفاضة وواسعة وغير قابلة للتحديد بتعريف جامع ومانع وشامل إذ تختلف من عقد إلى آخر ومن زمان إلى آخر^(٣).

أما على مستوى موقف المشرع العراقي من التوازن العقدي لم يشير صراحة إلى فكرة التوازن العقدي في القانون المدني ولكنة عالج حالة إعادة التوازن للعقود التي اختل توازنها من خلال نظرية الظروف الطارئة وذلك بموجب المادة (١٤٦ / ٢)^(٤).

ويمكن الإشارة في هذا الصدد إلى نص المادة (١٤٥) من القانون المدني العراقي التي من شأنها أن تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي والابتعاد عن فكرة التوازن محل البحث إذ جاء فيها: "أيا كان المحل الذي يرد عليه العقد فإن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه"^(٥)، إلا أن هذا المبدأ قد تراجع

(١) المادة (٩٠) من القانون المدني الجزائري رقم (٧٥-٥٨) لسنة ١٩٧٥ المعدل والمتمم.

(٢) المادة (٥٧) من القانون المدني الجزائري رقم (٧٥-٥٨) لسنة ١٩٧٥ المعدل والمتمم.

(٣) نقلاً عن: بوداود خليفة، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مقال منشور على الموقع الإلكتروني <https://theses-algerie.com/>، تمت زيارة بتاريخ ١٥/٦/٢٠٢٣، الساعة ٥:٠٠ مساءً.

(٤) تنص الفقرة (٢) من المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، المنشور في جريدة الوقائع العراقية، ذي العدد ٣٠١٥، في ٩/٨/١٩٥١ على أنه: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدية، وأن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهق للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول أن اقتضت المصلحة العامة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

(٥) المادة (٤٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

عن التطبيق الدقيق له مواكباً للتطور الحديث حيث يتعارض مع العدالة عموماً والعدالة العقدية خصوصاً، لأن اختلال التوازن العقدي وغيابه يؤدي إلى الابتعاد عن محور العدالة، وأن هذه النتيجة لا تصيب بأثرها الطرف الضعيف وحده بل سيؤدي إلى أضعاف النظام القانوني بأكمله لتهديد الاستقرار الاجتماعي والاقتصادي في الدولة والحقوق لكلا الطرفين^(١).

أما بالنسبة إلى موقف القضاء العراقي من فكرة التوازن العقدي إذ اختط سلوك مشابه لموقف الفقه العراقي من حيث عدم تعريف فكرة التوازن العقدي^(٢).

وقبل الانتقال إلى اعطاء رأينا المتواضع حول فكرة التوازن العقدي إذ يجب لفت انتباه القارئ الكريم إلى عدم الخلط بين فكرة التوازن العقدي مع فكرة التوازن المالي للعقد الإداري إذ على الرغم من أن فكرة التوازن المالي للعقد تتفق مع فكرة التوازن العقدي حيث أن كل منهما تطبيقاً من تطبيقات العدالة التعاقدية فمن العدالة أن يتساوى طرفا العلاقة التعاقدية في الحقوق والالتزامات ومع ذلك يمكن ملاحظة بعض الاختلافات من حيث نطاق كل منهما إذ يشمل مفهوم التوازن العقدي كافة عقود المعاوضة المدنية والتجارية والإدارية وبالتالي فإن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري ما هي إلا تطبيقاً من تطبيقات التوازن العقدي ، كما يختلفان من حيث الطبيعة إذ تعتبر فكرة التوازن المالي تجسيداً للعدالة التي قامت على أساسها نظريات الظروف الطارئة وفعل الأمير حيث تعطي للمتعاقد مع الإدارة الحق في الحصول على تعويض كامل بسبب ما يتحمله من أعباء مالية لتعديل العقد الإداري من قبل الإدارة في حين أن التوازن العقدي وإن كان أيضاً تجسيداً للعدالة فإنه يؤخذ به حالات أخرى تتجاوز تلك المذكورة في التوازن المالي فضلاً عن ذلك يختلفان من حيث الأثر إذ نجد أن فكرة التوازن المالي تستهدف تعويض المتعاقد مع الإدارة بينما يهدف التوازن العقدي إلى تصحيح التوازن المختل من خلال انقاص التزامات المتعاقد المغبون أو عدم سريان الشرط التعسفي وتفسير العبارات الغامضة لمصلحة الطرف المدعن كما في عقود الإذعان أو تعديل العقد كما في نظرية الظروف الطارئة^٣.

ترى الباحثة من كل ما تقدم ذكره سابقاً أن فكرة التوازن العقدي تعد أداة من أدوات تحقيق العدالة العقدية وهدف يسعى إليه المتعاقدان طيلة مدة تنفيذهم للالتزامات العقدية، ولكن لا نعني بهذه

(١) د. عادل جبيري محمد، وسائل الضغط الدفاعية وأثرها في تحقيق التوازن العقدي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١.

(٢) د. عمار محسن كزاز، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد ١٥، دون عدد ، ص ٢٠.

(٣) درماش بن عزوز، مصدر سابق، ص ٢٦-٢٧.

الفكرة المساواة المطلقة والتامة بين الحقوق والالتزامات لكلا الطرفين إذ إنه من المعقول والمتعارف عليه في مجال العقود أن يحدث تفاوتاً يسيراً بين إداءات الأطراف حتى لا يكاد أن نجد عقداً متوازناً تماماً لا يخلو من عدم التعادل أو التساوي بين الإداءات، أما يجب أن يكون هناك تقارب بين حقوق والتزامات الاطراف المتعاقدة من حيث ما يقدمه أو يعطيه كل طرف مقابل ما يحصل عليه أو يأخذه من الطرف الاخر في العقد ، إذ ترى الباحثة بمعنى آخر أن يعبر العقد عن نقطة التقاء إرادتي الطرفين تحقق لكليهما المنفعة والهدف من وراء إبرام العقد من خلال وضعها في معيار قوامه التوازن فيما بين الحقوق والالتزامات ولو بصورة نسبية وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حصول الاختلال نتيجة اهتزاز توازن العقد، وذلك من خلال التناسب بين الأداء المقدم والمنفعة المتحصلة من العقد، وعليه يمكن أبطال العقد إذا لم يحصل هذا التناسب، وذلك بسبب تمتع أحد الأطراف بمركز متفوق سواء من الناحية الاقتصادية أو الفنية أو التقنية، وقد اتاح له هذا التفوق إرادة متغلبة يمكنها أن تضع شروطاً لا تقبل التعديل أو التحوير، أما الطرف الضعيف ليس له إلا أن يقبل ويذعن لتلك الشروط، وأن هذا الاختلال الذي نتحدث عنه قد ينتج عن عمل إرادي متولد عن إرادة أحد طرفي العقد كالشروط التعسفية والشروط الجزائية وقد يكون ناجماً عن حدوث ظروف استثنائية خارج عن إرادة وتوقع أطراف العقد سواء كانت تلك الظروف سياسية كالحروب أو اقتصادية كالحصار أو طبيعية كالفيضانات.

الفرع الثاني

معايير اكتساب العقد الإداري الصفة الدولية

إن العقود في السابق كانت تيرم بين أطراف عاديين أي بين أشخاص طبيعية أو معنوية لكن نجد أن الوضع في الوقت الحاضر قد يختلف أحياناً عن السابق عندما يكون أحد أطراف العقد الدولة أو إحدى الأجهزة التابعة لها، إذ أسفر التطور في الحياة المعاصرة عن ظهور الدولة وغيرها من الأشخاص العامة على مسرح الحياة الدولية بوصفها أحد أطراف العلاقة التعاقدية في عقد بيع أو عقد مقاوله وغيرها من العقود الأخرى، مما يعني بأن هناك نوعين من العقود عقود داخلية وأخرى عقود دولية لذلك يعد تكييف العقد امراً ضرورياً لتحديد ما إذا كان عقداً دولياً، أم عقداً وطنياً^(١).

(١) د. وائل عز الدين يوسف، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠،

ويبرز هذا الأمر بشكل واضح للعيان في عقود التنمية الاقتصادية التي تبرم بين الدول والأشخاص الأجنبية التابعة لدول أخرى مثل عقود استغلال الموارد الطبيعية ومنها عقد البحث والتنقيب عن البترول^(١).

ونجد أهمية تلك العقود تتجلى في كونها نابعة من ذاتيتها واستقلالها من حيث التفاوت وعدم تساوي في المراكز القانونية لأطرافها، لأن الدولة بوصفها شخص من أشخاص القانون العام تتمتع بمزايا سيادية واستثنائية لا يملكها أو يتمتع بها الشخص الأجنبي المتعاقد معها، لأنها كقاعدة عامة من أشخاص القانون العام، لكن في بعض الأحيان نجد أن المتعاقد معها يتمتع بمركز اقتصادي أو مالي أقوى من الدولة إلا أنه ليس شخصاً من أشخاص القانون العام الدولي ويترتب على كل ما تقدم ذكره بكشف النقاب عن عقد ينطوي على عدم تكافؤ قانوني من جهة واقتصادي من جهة أخرى^(٢).

مما يستتبع إخضاعه لنظام قانوني مختلف عن العقود المعتادة التي تبرمها الدولة داخل الإطار الوطني لذلك تثير العقود الإدارية الدولية عدداً من الإشكاليات نظراً لاختلاف وجهات النظر حول وضع تعريف محدد للعقود الإدارية الدولية سواء ما تعلق الأمر بالتفاوض أو الإبرام أو التفسير أو التنفيذ، ومن حيث اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع خصوصاً إمكانية خضوع هذا النوع من العقود لقانون أجنبي يختلف عن القانون الوطني للدولة المتعاقدة كأحد مقتضيات الطبيعة القانونية الجديدة لهذه العقود فضلاً عن ذلك لا بد من تحديد القضاء المختص بنظر المنازعة إذ يكون من الصعب إخضاع الدولة وهي بصدد القيام بوظائفها بتحقيق المصلحة العامة واشباع الحاجات

(١) يعرف عقد البحث عن البترول: "إتفاق بموجبه يتعهد المتعاقد (الشركة الأجنبية) بالقيام بدراسات ذات طبيعة عقلية وإجراء تجارب علمية ذات صلة بتخصصه ومهاراته بهدف الوصول إلى معرفة جديدة في مجال العلم والتكنولوجيا، وكذلك استخدام طرق فنية لاكتشاف أشياء مادية كالبتترول والمعادن وهذا العقد يعتبر بمثابة عقد مقاوله إذ تخول الدولة مستثمراً أجنبياً القيام بالأعمال اللازمة للبحث عن البترول واستغلاله في مقابل الحصول على جزء من الكميات المنتجة لتسويقها لصالحه " نقلاً عن: د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، دون سنة نشر، ص ١٩.

(٢) وائل فاضل زيدان، القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم في العقود الإدارية الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢١، ص ١٢٢.

العامة^(١)، وانتظام سير المرافق العامة بانتظام واطراد لقانون أو قضاء دولة أخرى ما لم تكن قد ارتضت عن ذلك صراحة وهذا الأمر يبرز عادة في عقد امتياز البترول^(٢).

لذلك لا بد من تحديد المعايير لاكتساب العقد الإداري الصفة الدولية، وقد اختلف الفقه والقضاء في المعايير التي يكتسب به العقد الإداري الصفة الدولية فمنهم من قال بالمعيار القانوني فيما قال جانب آخر منهم بالمعيار الاقتصادي^(٣).

ومن هنا نذهب إلى أهم المعايير التي يمكن من خلالها تحديد دولية العقد هو المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، ومعيار جامع للمعيارين أجمع الفقهاء على تسميته بالمعيار المختلط سنتناولها بشكل مفصل وحسب الآتي:

أولاً: المعيار القانوني

وفقاً للمعيار القانوني تعد العقود الإدارية ذات طابع دولي إذا اتصلت عناصره بأكثر من نظام قانوني واحد أي إذا كان العقد يتضمن عنصراً أجنبياً واحد على أقل تقدير^(٤).

سواء كان هذا العنصر الذي يتضمنه العقد شخصياً كجنسية أحد المتعاقدين، أو قد يكون موضوعياً كمكان أبرام العقد أو مكان تنفيذه أو محل الإقامة أو بمعنى آخر متى ما توزعت عناصر الرابطة العقدية على أكثر من دولة أضحت الرابطة في هذه الحالة دولية وتحررت من نطاق القوانين الوطنية^(٥).

(١) مصطفى هادي دشر الخفاجي، الشروط المؤثرة في نطاق المجموعة العقدية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الكوفة، ٢٠٢٠، ص ١٠.

(٢) يعرف عقد إمتياز البترول: "هو العقد الذي يمنح بواسطته الدولة لمستثمر أجنبي حقاً خالصاً له وقاصراً عليه في البحث في إقليمها عن البترول واستخدامه واستغلاله وذلك خلال مدة زمنية محددة إذ أنها تعتبر من أهم العقود التي تيرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية"، نقلا عن: د. غسان رياح، العقد التجاري الدولي، دار الفكر العربي، مصر، ٢٠٠٩، ص ٣٣.

(٣) د. صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، ١٩٩٨، ص ٢١.

(٤) د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧، ص ٧٢.

(٥) رياض حميد السامرائي، العقود الدولية ذات الطابع الإداري، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢٠، ص ٣٠.

إذ متى ما دخل العنصر الأجنبي في الرابطة العقدية وارتبط العقد بعدة نظم قانونية وليس بنظام قانوني واحد فإن هذا الأمر يبرر إضفاء الصفة الدولية عليه لذا يعد العقد دولياً وفقاً للمعيار القانوني^(١).

ونجد أن هناك كثيراً من الاتفاقيات الدولية التي تبنت المعيار القانوني ومنها اتفاقية (لاهاي) المبرمة في ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٦ التي تتعلق بعقود البيع الدولي للبضائع والقانون الواجب التطبيق عليها إذ نصت المادة الأولى من هذه الاتفاقية: "تحدد الاتفاقية الحالية القانون الواجب التطبيق على عقود بيع البضائع: ١- عندما يكون للأطراف مؤسسات في دولة مختلفة، ٢- في الحالات الأخرى التي يوجد فيها للدول قوانين مختلفة، مالم يكن هذا التنازع ناتج فقط عن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق"، حيث نجد أن هذه الاتفاقية قد تبنت المعيار القانوني من خلال نص المادة الأولى التي استبعدت دور الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق من إضفاء الصفة الدولية على العقد المبرم بينهما كما نجدها نصت على "اعتبار العقد دولياً عندما توجد مؤسسات الأطراف في دول مختلفة"^(٢).

ولكن هذا المعيار على الرغم من وضوحه إلا أنه تعرض لمجموعة من الانتقادات، منها أن هذا المعيار يتسم بالجمود وعدم ملائمة للتطبيق في الواقع العملي، إذ وفقاً لهذا المعيار يعد العقد دولياً و متمتعاً بهذه الصفة بمجرد وجود عنصر أجنبي في الرابطة القانونية بغض النظر عما إذا كان هذا العنصر وجوده مؤثراً في الرابطة العقدية أم لا^(٣).

فقد يكون وجود هذا العنصر الأجنبي مجرد أمر عرضي وغالباً ما يحدث هذا الأمر في العقود إذ لا يعقل ولا يصدق أن يكون مجرد إبرامها وتحريرها في دولة أجنبية كافياً لإسباغ الصفة الدولية على هذا النوع من العقود، لا سيما إذا كان إبرام هذا العقد في تلك الدولة الأجنبية قد تم على سبيل المصادفة ودون تعمد من الأطراف المتعاقدة، فضلاً عن ذلك أن الاعتماد على هذا العنصر لوحده سيؤدي حتماً إلى إعمال قواعد القانون الدولي الخاص على المنازعة بمجرد وجود العنصر الأجنبي في العلاقة التعاقدية^(٤).

(١) د. ممدوح عبد الكريم، تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥، ص ١٦٣.

(٢) المادة (١) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦.

(٣) د. هشام خالد، ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٩.

(٤) مهند عزفي أبو مغلي، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكتروني ذات الطابع الدولي، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد ٤، العدد ٢، ٢٠٠٤، ص ٣٧.

إذ غالباً ما نجد الأطراف المتعاقدة تتعمد إلى إيجاد عنصراً أجنبياً في الرابطة العقدية لإضفاء الصبغة الدولية على العقد، وذلك من أجل ولغاية التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقة العقدية^(١).

ففي هذه الحالة قد يثور تساؤل يتبادر إلى ذهن القارئ الكريم هل يبقى العقد الذي قام أطرافه باصطناع العنصر الأجنبي فيه؟ ويتم إخضاعه لأحكام قواعد الأسناد التي تم الاتفاق عليه من قبل الأطراف أم يعود العقد إلى القانون الواجب التطبيق عليه والمراد إستبعاده من قبل أطراف العقد؟

يمكن الإجابة على هذا التساؤل بأن دولية العقد لا يتم تحديدها من قبل الأطراف وعليه لا يجوز الاتفاق في ما بينهم على أضفاء الصفة الدولية على العقد بقصد اختيار القانون الواجب التطبيق وتهرباً من القانون الأصلي.

ثانياً- المعيار الاقتصادي :

يعد العقد دولياً وفقاً لهذا المعيار في ثلاث حالات:

أ- الحالة الأولى:

إذ يعد العقد دولياً وفقاً لهذا المعيار متى ما ترتب عليه انتقال للأموال والخدمات والمدفوعات عبر حدود الدول بمعنى آخر أن يتصل العقد بإحدى هذا الدول من حيث العناصر المكونة له كجنسية الأطراف في العلاقة العقدية أو موطنهم أو مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه^(٢)، بمعنى أن يتضمن العقد حالة ذهاب وأياب للقيم الاقتصادية عبر حدود دولتين أو أكثر فالعبرة ليس بالعنصر الأجنبي إنما بالمضمون الاقتصادي للعقد والذي يتمثل بحركة المد والجزر لرؤوس الأموال والخدمات بين الدول وهو ما سمي بمعيار المد والجزر^(٣).

إذ لا يكفي أن يكون الانتقال للسلع والخدمات من جانب واحد بل يشترط أن يكون متبادلاً وعلى ذلك فإن العقد الذي لا يترتب عليه دخول وخروج للسلع والخدمات عبر الحدود لا يعد دولياً، فإذا أبرم عقد بين فرنسي وعراقي وكان مكان إبرام العقد في الجزائر على مال موجود في

(١) د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطابع الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢، ص ٦٦.

(٢) د. بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١١، ص ١٧.

(٣) علي خيون السويدي، دور قانون الإرادة في معالجة اختلال التوازن في عقود التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢٢، ص ٤١.

دولة واحدة بحيث أن العقد قد تم تنفيذه بكاملة في داخل دولة واحدة فقط، إذ إن العقد في هذه الحالة بالتأكيد لن يكون دولياً ولا يتمتع بالصفة الإدارية الدولية، لذلك يجب أن يتضمن العقد مثلاً استيراد بضائع من الخارج أو تصدير منتجات وطنية إلى دولة أجنبية أي أن تتعدى أثارها إطار الاقتصاد الوطني^(١).

ب - الحالة الثانية:

يعد العقد دولياً وفقاً لرؤية أنصار هذا المعيار متى ما اتصل العقد اتصالاً وثيقاً بالمصالح الدولية، وجدير بالذكر في هذا الصدد أن المشرع الفرنسي تبنى هذا المعيار صراحة بشأن التحكيم التجاري الدولي في قانون المرافعات بالقول (يكون التحكيم دولياً متى ما تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية) أي انتقال للسلع والخدمات والأموال عبر حدود إذ لا يعد العقد دولياً في هذه الحالة لمجرد اختلاف في جنسية أطرافه أو بصرف النظر عن موطن أطرافه أو غيرها من عناصر الصفة الأجنبية إنما يقتضي انتقال لرؤوس الأموال من بلد إلى آخر^(٢).

ج - الحالة الثالثة:

أما الحالة الثالثة من المعيار الاقتصادي تذهب إلى القول بأن العقد الإداري يعد دولياً متى ما تعدى بتبعاته واثارة خارج الحدود المرسومة للدولة إذ إن خروج العناصر الاقتصادية المكونة للعقد من محيط أو مجال الاقتصاد الوطني إلى مجال الاقتصاد الدولي هو الذي يؤخذ بنظر الاعتبار عند تحديد دولية العقد الإداري من عدمه^(٣).

ومن الاتفاقيات الدولية التي أخذت بالمعيار الاقتصادي الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الصادرة في ٢١ نيسان (١٩٦١) والتي أصبحت سارية النفعول عام ١٨/١٠/١٩٨٥ إذ نصت المادة (١/أ) منها: "على أن اتفاقيات التحكيم المعقودة بهدف فض النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ نتيجة لعمليات التجارة الدولية ما بين أشخاص عاديين أو معنويين على أن يكون لهم عند إنشاء

(١) سيف حسن حسين، التنظيم القانوني لإعادة التوازن الاقتصادي لعقود التوريد الخاصة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠١٩، ص ٥٢.

(٢) د. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ص ٨٥.

(٣) د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص ٧٥.

الاتفاقية محل إقامة معناد أو مركز عمل في دول مختلفة مرتبطة تعاقدياً بهذه الاتفاقية^(١) ومن الدول محل المقارنة التي أنضمت إلى هذه الجمهورية الفرنسية في سنة ١٩٥٩ وكذلك الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية التي انضمت إلى هذه الاتفاقية في سنة ١٩٨٩ إما العراق انضم إلى قائمة الدول الموقعة على اتفاقية الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها وذلك بموجب القانون رقم (١٤) لعام ٢٠٢١ الصادر من رئيس الجمهورية بتاريخ ٢٠٢١/٤/٦ والذي بدأ سريانه بتاريخ نشرة في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠٢١/٥/٣١ ليصبح عدد الدول الموقعة على هذه الاتفاقية (١٦٨) دولة .

وهذا المعيار يعد أقرب لطبيعة العقد الإداري ومدعاة لعدم اصرار المستثمر الأجنبي على إضافة شرط التحكيم في العقد و بالتالي الهروب من القضاء الوطني، إذ تكون في هذه الحالة أمام عقداً إدارياً دولياً متى ما كان ينطوي على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة أي عابرة لحدود الدول مثال على ذلك عقد توريد منتجات بين مؤسسة فرنسية وشركة عراقية ومطلوب تسليمها في دولة تالفة كالجزائر^(٢).

٣- المعيار المختلط:

يجمع هذا المعيار بين كل من المعيارين السابقين القانوني والاقتصادي وذلك بسبب الانتقادات التي وجهت لكل من المعيار القانوني والاقتصادي، وتبرير ذلك إذا كانت العقود الإدارية الدولية شرطاً أساسياً لإعمال المبادئ التي تحكم تلك العقود ومن ضمنها مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب فإنه كان لزاماً الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي نظراً للتكامل البين بينهما^(٣).

وقد تم الأخذ بهذا المعيار من قبل المعهد الدولي لتوحيد القانون الدولي الخاص المعروف (باليونيدروا) لتنظيم العقود الدولية وبالرجوع إلى هذه المبادئ يتبين أنها حاولت الجمع بين معيارين وعليه أخذت بالمعيار المزدوج أو المتعدد لتحديد دولية العقد، وجاء في إطار ديباجة هذه المبادئ أن الصفة الدولية للعقد تتحدد أساساً في ضوء ما جاءت به الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية^(٤).

(١) الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١.

(٢) د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص ١١.

(٣) محمد وليد هاشم المصري، العقد الدولي بين النظرية التقليدية والنظرية الحديثة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد ٢٠٠٤، ص ٢٠٠٤.

(٤) محمد البشير وحمان، العقود الإدارية الدولية، <https://www.mohamah.net> بحث منشور على الموقع

الإلكتروني، تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٠٢٣/٤/١٧، الساعة ٨:٠٠ مساءً.

استناداً إلى كل ما تقدم ذكره سابقاً لا بدّ من التطرق بالحديث عن موقف الدول محل المقارنة من معايير اكتساب الإداري الصفة أو الطابع الدولي، إذ لا بدّ من الإشارة ابتداءً إلى موقف الدولة الأولى من محل المقارنة المتمثلة بفرنسا إذ أيد القضاء الفرنسي هذا المعيار أو الاتجاه خاصة في عقود الوكالة الدولية التي تكون بين كل من شركة أجنبية ووكيل لتوزيع منتجاتها في بلد أجنبي معين، وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا المعيار لأول مرة في عام ١٩٧٢ في حكمها الصادر بمناسبة نزاع دار بين شركة هولندية ووكيلها الفرنسي الجنسية بمناسبة عقد تم بينهما^(١).

أما بالنسبة إلى موقف الدولة الأخرى من محل المقارنة المتمثلة بالجزائر من مسألة تحديد الصفة الدولية في العقود الإدارية فلا يوجد موقف أو نص صريح يبين موقف المشرع الجزائري بتفضيل أي من المعيارين إلا ما جاء في المرسوم التشريعي رقم (٠٩/٩٣)، والذي تعرض فيه للصفة الدولية للتحكيم عندما تكون المنازعة متعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج^(٢).

وبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم (٠٩ / ٠٨) فإن المشرع قد تجاوز اصطلاح التجارة الدولية وعدل عنه حين أتى بمفهوم مخالف لذلك بنص المادة (١٠٣٩)، على أن التحكيم يعد دولياً إذا كان يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل فبينما كنا نلتمس في المرسوم التشريعي (ع/٩٣/٠٩) أن المشرع قد جمع بين المعيارين الاقتصادي والقانوني إلا أنه نجده في التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق الذكر قد ركز على المصالح الاقتصادية للدول وهذا يعني تغليب المعيار الاقتصادي على المعيار القانوني^(٣).

(١) حيث لم تكتفي محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩٧٢ / ٧/٤ بالمعيار القانوني والمتمثل باختلاف جنسية المتعاقدين (الشركة الهولندية والمتعاقد الفرنسي) للقول بدولية العقد بل إشتربت فضلاً عن ذلك توافر المعيار الاقتصادي والمتمثل بانتقال الأموال عبر الحدود وتعلقة بمصالح التجارة الخارجية. نقلاً عن باسم محمد خضر ال حجيل السعيد، إعادة التوازن العقدي بالوسائل الإتفاقية في عقود التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٥، ص ١٦.

(٢) د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٢٨.

(٣) محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١١، ص ٢٠.

وعلى الرغم من الكلام المتقدم نستنتج أن تكييف العقد الإداري بأنه دولي من عدمه يمكن الوصول إليه بالجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي، نتيجة لاختلاف وجهات النظر حول تحديد المقصود بتلك العقود إذ رأى غالبية الفقهاء بضرورة الجمع بين المعيارين لتداخل وتشابك العلاقات القانونية والاقتصادية في العقود الإدارية الدولية.

أما موقف القانون العراقي من مسألة تحديد الصفة الدولية للعقود الإدارية نجد أن المشرع العراقي نص في المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا تحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه"^(١)، ترى الباحثة من النص السالف الذكر أن القانون المدني العراقي وأن بين القانون الواجب التطبيق من حيث المكان فيما يخص الالتزامات التعاقدية ألا أنه لم يوضح ما المقصود بتلك الالتزامات التعاقدية وهذا الأمر أدى إلى حدوث الكثير من الخلافات بخصوص هذا الأمر.

إلا أنه بالرجوع الى قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ وبالتحديد نص المادة "٢٩٤"^(٢)، إذ عدت البيع الدولي هو ذلك البيع الذي يكون محله بضاعة منقولة أو معدة للنقل بين دولتين أو أكثر أي عندما يكون محل العقد بضاعة منقولة أو قد تكون معدة للنقل وفي ضوء ذلك نرى أن المشرع العراقي قد أخذ بالمعيارين معاً المعيار القانوني و المعيار الاقتصادي.

أما مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي الدولي فقد أشار في المادة (٤) منه على أنه: "يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية"^(٣)، إذ ترى الباحثة أن المشرع العراقي قد أخذ بالمعيار الاقتصادي لدولية التحكيم وتلك الدولية نستمدتها من دولية الرابطة العقدية محل النزاع، إلا أن المشرع العراقي قد عاد وافصح مرة أخرى في الفقرة الأولى من المادة ذاتها عندما أشرت أن يكون طرفي التحكيم في دولتين مختلفتين وقت أبرام اتفاق التحكيم وهذا يدل على الأخذ بالمعيارين معاً.

(١) الفقرة (١) من المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٢) تنص المادة (٢٩٤) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل، المنشور في جريدة الوقائع العراقية، ذي العدد ٣٠، في ١٠/٢/١٩٨٤ على أنه: "البيع الدولي هو بيع يكون محله بضاعة منقولة أو معدة للنقل بين دولتين أو أكثر".

(٣) المادة (٤) من مشروع التحكيم التجاري العراقي لسنة ٢٠١١.

ومن جانبنا نؤيد هذا المعيار إذ ساعدت الخاصية المزدوجة للعقد في ارساء قاعدة من قواعد التوازن العقدي والتي تعتمد على التلازم القانوني بين أدارية ودولية العقد رغم تعارض المصالح القانونية والاقتصادية عند التعاقد ، وذلك لأن معظم أو غالبية العقود الإدارية ذات الصفة الدولية تجمع ما بين المعيارين القانوني والاقتصادي، بمعنى أن يترتب عليها انتقال لرؤوس الأموال والخدمات عبر الحدود وعلى الرغم من أن عنصر الانتقال لتلك الأموال والخدمات عبر الحدود هو عنصر أساسي وجوهري في تحديد دولية العقد، إلا أنه عنصر غير مكتمل أي يشوبه النقص لأنه يركز ويسلط الضوء على نتيجة العملية التجارية فقط والآثار الاقتصادية التي تترتب على هذه العملية ويهمل اساس تكوينها إذ إن انتقال هذه الأموال والخدمات من بلد إلى بلد آخر لا يكون إلا نتيجة حتمية لتصرف قانوني قد سبق عملية الانتقال، وعلى ذلك لا يمكن الاعتماد على المعيار القانوني وحدة لإضفاء الصبغة الدولية على العقد الإداري الدولي حيث إن أي اختلاف في جنسية أطراف العلاقة التعاقدية لا يكفي هذا من جهة ، كما أنه من جهة أخرى قد لا يكون المعيار الاقتصادي كافياً لوحده لمنح الوصف الدولي على العقد الإداري بسبب عدم الأهمية الاقتصادية، إذ لا يمكن اعتبار شخص يتسوق في بلد أجنبي بأنه أبرم عقداً دولياً في حين أنه لو قام شخص بأبرام عقد مع أحد أطراف الدولة على شراء كميات كبيرة من السلع وقام بتوريدها لبلده من أجل تقديم خدمة عامة للدولة ومؤسساتها هنا يمكن القول بأن هذا العقد يعد عقداً إدارياً مكتسباً للصفة الدولية، لأن متطلبات وعناصر العقد الإداري الدولي قد توافرت في هذه العملية.

المطلب الثاني

الحقوق والالتزامات الأساسية في العقود الإدارية الدولية

تتميز العقود الإدارية الدولية بمميزات تختلف عن غيرها من العقود الأخرى التي تبرم بين الأفراد كونها متعلقة بتسيير المرافق العامة بانتظام وإطراد، لذلك فإن لجهة الإدارة جملة من الحقوق فهي من حقها أن تقوم بالإشراف والرقابة على تنفيذ العقد، ولها الحق بأن تقوم بتعديل وأنهاء العقد بما يتفق مع مصالح المرفق العام.

وعليها من ناحية أخرى التزامات في أثناء فترة المفاوضات و تنفيذ العقد و وهو ما ينطبق أيضاً على المتعاقد الأجنبي فإن له مجموعة من الحقوق ومن أهم تلك الحقوق الحق في اختيار القانون

الواجب التطبيق فضلاً عن ذلك الحق في اشتراط الثبات التشريعي للعقد وغيره من الحقوق الأخرى، ولكن في مقابل ذلك تقع على عاتق جمة من الالتزامات من أهمها تنفيذ العقد وفقاً للمعايير الدولية وتدريب العمالة المحلية ولغرض بيان كل هذا سنقسم المطالب لفرعين، نتناول في الفرع الأول حقوق والتزامات الدولة، بينما سنقوم في الفرع الثاني بالحديث عن حقوق والتزامات الطرف الأجنبي.

الفرع الأول

حقوق والتزامات الدولة

إن إبرام العقود الإدارية الدولية يترتب عليها مجموعة من الحقوق والتزامات تقع على عاتق الدولة المتعاقدة أي جهة الإدارة، ومن هذه الحقوق حق الأشراف والتوجيه وحق تعديل العقد وحق إنهاء العقد والتي تتمثل بالتأميم والاستيلاء والتصفية والفسخ، ويقع على عاتقها جمة من الالتزامات ومنها التزامات في أثناء مدة المفاوضات والتزامات في أثناء مدة تنفيذ والتي تتمثل بتقديم تسهيلات إدارية وحماية المستثمر الأجنبي، وسنقوم ببيان هذه الالتزامات والحقوق.

أولاً- التزامات الدولة المتعاقدة:

١- الالتزامات أثناء فترة المفاوضات: تتميز العقود الإدارية الدولية بالأهمية البالغة التأثير على الواقع الاقتصادي والاستثماري للبلدان لذلك فإن هذا النوع من العقود يمر بعدة مراحل قبل إبرام العقد ومنها مرحلة المفاوضات إذ تعرف هذه المرحلة: "بأنها تلك المرحلة التمهيديّة التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد وفي هذا المرحلة لا يكون العقد قد تم بل هناك عروض وعروض مستمرة، لأنها تعد من أخطر المراحل التي يمر بها العقد على الاطلاق، لأن غياب التفاوض يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي وذلك بسبب عدم وجود مساواة بين أطرافه لتوغل أحد طرفي العقد على الآخر واملاء شروطاً عليه"^(١).

وعلى ذلك فإن مدة المفاوضات التعاقدية هي مرحلة سابقة لأبرام العقد بين الأطراف إذ تعد مدة استكشافية ومهمة جداً في الوقت نفسه، لما تثيره من مناقشات بين الطرفين و تستغرق عادة وقتاً

(١) سهام كريم حمد العبيدي، أحكام المفاوضات في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد،

طويلاً وشاقاً وخاصة في مجال العقود الإدارية الدولية ذات القيمة الاقتصادية والمالية الكبيرة التي لا تلائمها القواعد الكلاسيكية المعروفة (اقتران الايجاب بالقبول)^(١).

وعادة ما يتم في هذه المرحلة تبادل المشاورات والاقتراحات والتقارير والمساومات والدراسات الفنية والاستشارات القانونية حتى يكون كل طرف من أطراف العقد على بينه من أمره والتعرف على ما يترتب على كل منهما من حقوق، وما عليه من التزامات قبل توقيع العقد ودخوله حيز النفاذ، لأنّ العقود الإدارية الدولية تتصف بالتركيب والتعقيد لأنها غالباً ما ترد على مشاريع عملاقة تقوم بها عدة شركات من جنسيات متعددة، إذ تعد مليئة بالتعقيدات الفنية والقانونية والمالية، لذلك فأنها عادة ما تحتاج إلى مفاوضات طويلة وشاقة حتى يتم التوصل إلى اتفاق محدد وتصور مشترك لكي يستطيع كل طرف من أطراف العقد توضيح رؤيته الخاصة بتلك العقود، وذلك لأنّ موضوع هذا النوع من العقود غالباً ما يتطلب خبرات فنية وعلمية كعقد نقل التكنولوجيا إذ إن الهدف الأساسي من المفاوضات هو التقريب بين وجهات نظر أطراف العلاقة التعاقدية المستقبلية التي في الغالب تكون متباينة إذ أن العقد في هذه الحالة يكون قد استكمل شروطه المطلوبة كافة وأصبح عقداً صحيحاً ملزم للجانبين يترتب حقوق والتزامات لكلا طرفي العقد وهذه هي النتيجة الطبيعية والاثري الذي يترتب على المفاوضات التي تسبق مرحلة إبرام العقد^(٢).

ترى الباحثة من كل ما تقدم ذكره سابقاً أن للمفاوضات تأثير مهم على حياة العقد، لأنّ فيها من العوامل والأحداث التي من شأنها أن تعيب رضا أحد الأطراف كما هو الحال عليه في الاستغلال والغلط والإكراه إذ من الممكن القول بأن المفاوضات تعد بمثابة الأعمال التحضيرية بالنسبة للتشريع.

٢-التزامات أثناء فترة تنفيذ العقد: ذكرنا بأن هناك التزامات تترتب على عاتق الدولة المتعاقدة قبل انعقاد العقد ودخوله حيز النفاذ وهناك نوع آخر من الالتزامات تكون خلال فترة سريان العقد أي خلال فترة تنفيذه، وتتمثل بالآتي:

أ- تقديم تسهيلات إدارية: تلتزم الدولة المتعاقدة بتقديم تسهيلات إدارية إلى الطرف الأجنبي وذلك بموجب نصوص العقد المبرم بين الطرفين منها التسهيلات اللازمة لدخول الآلات والمعدات والأجهزة ووسائل نقل

(١) د. مصطفى أحمد أبو عمرو، علاقات العمل الجماعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٥، ص ٢٣.

(٢) بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ٢٠٠٦، ص ٤.

المواد والسيارات ذات الاستعمالات الخاصة بالبناء وكل ما يلزم لأنشاء المشروعات الجديدة أو لتوسعة المشروعات القائمة، إذ هناك التزامات أخرى ذات طابع مالي وتتمثل بالإعفاء من الضرائب^(١)، والجمارك المفروضة على عاتق الطرف الأجنبي، والتي تعتبر أداة لتوجيه الاستثمار وجذب المستثمرين الأجانب من خلال تخفيض الضرائب أو الإعفاء منها على نشاط معين فقد تتراوح مدة الإعفاء الضريبي من (٣-٥) سنوات وحسب طبيعة كل نشاط من أجل تسهيل تنفيذ المشروع وإنجازه بالوقت والميعاد المحدد له^(٢).

ب- تقديم الحماية اللازمة: يقصد بذلك أن تتعهد الدولة المضيفة للاستثمار حماية المستثمر الأجنبي من المخاطر التي قد يتعرض لها على إقليم الدولة المتعاقدة وكذلك عدم التمييز في المعاملة بين المستثمر الأجنبي والوطني وضمان حماية رأسماله من عدم استقرار القوانين لكي يشعر المستثمر الأجنبي بالطمأنينة أكثر على استثماره، وأن مصدر هذا الالتزام هو اتفاق الطرفين في العقد المبرم بينهما أو قوانين الدولة المضيفة التي تشجع على الاستثمار، وهناك أنواع لهذه المخاطر منها المخاطر تجارية التي لا يكون للدولة المتعاقدة أي مسؤولية تذكر كاحتمالية حصول المستثمر الأجنبي على أرباح أقل من المتوقع^(٣).

أما بالنسبة الى النوع الثاني من المخاطر غير التجارية، وهي المخاطر التي من الممكن أن تندرج ضمن الأحداث السياسية التي قد تتعرض لها الدولة ، والتي يقع عليها واجب حماية المستثمر بكل ما تملك من جهد وعناية ، ومنها الحرب الأهلية إذ تتمثل بنزاع وطني يحدث داخل الدولة بسبب مجموعات مسلحة أو بسبب الحروب الدولية، التي تكون بين دولتين أو أكثر أو الاضطرابات المدنية ، كأعمال التخريب والانقلابات والثورات ، من أجل الاطاحة بالنظام السياسي أو العقوبات الدولية التي تأخذ شكل الحصار أو المقاطعة أو تجميد الودائع، وهذا ما يبعث في نفس المستثمرين الأجانب خوف وتردد من الاستثمار داخل هذه الدول فكلما كان الواقع السياسي ثابت ومستقر أدى ذلك الأمر إلى جذب المستثمرين وانتقال رؤوس الأموال والخبرة بما يعود بالفائدة على الدولة المضيفة للاستثمار، لأنّ الاستثمارات الأجنبية أصبحت المحرك الأساسي لتحريك عجلة التنمية الاقتصادية والحل الوحيد للخروج من الأزمة الاقتصادية للدول، وهذا ما اكدت عليه أغلب الاتفاقيات ومنها الاتفاقية التي أبرمت

(١) علام ليلة، أثر نقص فعاليات سياسة الإعفاءات الضريبية في تحقيق التنمية على الاقتصاد الجزائري، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مجلد ١٥، العدد ١، الجزائر، ٢٠٢٢، ص ٩٤.

(٢) مجد ياسين، الإعفاءات الضريبية وأثرها على تشجيع قرار الاستثمار في الشركات المسجلة لدى هيئة تشجيع الاستثمار، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١٦، ص ١٤.

(٣) لوصيف إيمان، آليات حماية المستثمر الأجنبي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ٢٠١٧، ص ١٠.

بين العراق وكوبا المبرمة سنة (١٩٧٣) إذ تنص هذه الاتفاقية بأن يكون الاستثمار بمنأى عن إجراءات التأميم أو المصادرة أو أية إجراءات قانونية أخرى مشابهة^(١)، وبذلك يتوجب على الدول أن تقوم بخلق مناخ ملائم لجذب وتشجيع الاستثمار وهذا ما أكدته الفقرة الثانية والثالثة من المادة (١٢) من قانون الاستثمار العراقي حيث نصت الفقرة الثانية منه " منح المستثمر الأجنبي والعاملين في المشاريع الاستثمارية من غير العراقيين حق الإقامة في العراق وتسهيل دخوله وخروجه من وإلى العراق"^(٢)، أما الفقرة الثالثة من المادة سابقة الذكر حيث نصت على: " أ - عدم المصادرة أو تأميم المشروع الاستثماري باستثناء ما يتم بحكم قضائي بات، ب- عدم نزع ملكية المشروع الاستثماري إلا للمنفعة العامة كلاً أو جزءاً وتعويض عادل"^(٣).

وعلى ذلك فإن من أهم العقود الاستثمارية التي تبرم على المستوى الإداري الدولي عقد الترخيص الصناعي التي يتم من خلالها نقل التكنولوجيا بين المتعاملين في السوق الدولي وهو من العقود الشائعة في الدول المتقدمة والنامية، لأنه يتميز بقدرته على إشباع رغبة كل من المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار^(٤).

ثانياً- حقوق الدولة المتعاقدة:

١- حق الرقابة والأشراف:

إنّ ما تتمتع به الإدارة من حقوق وامتيازات في مواجهة المتعاقد معها مقرر لها بموجب القواعد العامة التي تحكم العقود الإدارية الدولية ومنها سلطة الرقابة والإشراف التي تتم ممارستها من قبل الدولة على الطرف الآخر إذ تعد من أهم السلطات التي منحها القانون لجهة الإدارة وذلك من

(١) زهراء فليح حسن تويه، أثر جنيسة المستثمر في تكييف عقد الاستثمار، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهدين، العراق، ٢٠١٦، ص ١٦.

(٢) الفقرة (٢) من المادة (١٢) من قانون الأستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل، المنشور في جريدة الوقائع العراقية، ذي العدد ٤٠٣١، في تاريخ ١٧/١/٢٠٠٧.

(٣) الفقرة (٣) من المادة (١٢) من قانون الأستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل.

(٤) يعرف عقد الترخيص الصناعي: "بأنه عقد يمنح بمقتضاه المرخص حقاً أو أكثر من حقوق الملكية الصناعية ووضعا تحت تصرف المرخص له ولكن بدون أن تصل إلى حد التنازل". نقلاً عن: د. عبد الغني محمود، الأطار القانوني لنقل التكنولوجيا في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص ٢٢.

أجل التحقق من مدى تطبيق الطرف الأجنبي للشروط المالية والفنية المنصوص عليها في العقد المبرم بينهما، إذ إن الإدارة لا تستطيع أن تتخلى عن مسؤولياتها في مراقبة تنفيذ العقود الإدارية الدولية، لأنها تستمد حقها في الرقابة من فكرة المرفق العام واستمرارية سيرة باطراد وانتظام^(١).

ومن أهم العقود الإدارية على المستوى الدولي عقود النفط والغاز إذ إن هذه العقود غالباً ما تنتشر في الدول الغنية بالثروة النفطية والغازية، إذ تبرم بين الدولة والمستثمرين الأجانب التابعين لدولة أخرى لذلك تقوم الإدارة بمراقبة تنفيذ تلك العقود، وغالباً ما تقوم بأرسال هيئات أو لجان لمراقبة تنفيذها لأهمية تلك العقود وتعود هذه الأهمية لعاملين رئيسيين، أولهما أن عقود البحث عن النفط والغاز وتقييمها ومن ثم استخدامها وتسويقها والاستفادة من مواردهما هي من أولويات عقود الدولة، أما العامل الآخر أنها تعد من العقود الأصلية وذات أهمية كبيرة بالنسبة لحكومات الدول النامية على وجه الخصوص^(٢).

وعلى الرغم من ذلك نجد أن المتعاقد مع الإدارة يملك الحق في اختيار وسائل وطريقة التنفيذ وبالمقابل لهذا الحق الممنوح للمتعاقد فإن الإدارة نجدها تملك سلطة الرقابة وتوجيه المتعاقد إذ إن هذا الحق يعد من أهم الحقوق التي تتمتع بها الإدارة وأن الرقابة التي تقوم بها الإدارة تتم إما بأعمال مادية كالتفتيش والزيارة وطلب البيانات والإحصاءات في حالة كان هناك خطأ من المقاول كوجود جزء معيب في العمل^(٣)، إذ أن الرقابة الحكومية تختلف باختلاف غاياتها إذ قد تمارس هذه الرقابة من قبل هيئات أو لجان مشكلة من قبل الحكومة لممارسة هذا الغرض وذلك بالترخيص للمتعاقدين الأجانب بممارسة مشاريعهم أو توسع في مشروع قائم بعد فحص طلباتهم من قبل تلك الهيئات أو اللجان المشكلة للقيام بهذه المهمة^(٤).

(١) سامال اسكندر محمد الباجلان، سلطات الإدارة والقيود الواردة عليها في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، ٢٠١٦، ص ١١٤.

(٢) نساخ سفيان، التحكيم في نزاعات عقود إستغلال النفط في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، الجزائر، ٢٠١٤، ص ٧.

(٣) مودع فريدة، سلطة الادارة في انهاء العقد الاداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ٢٠١٥، ص ١٦.

(٤) د. علاء محي مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدة الدولية وأحكام التحكيم، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٨، ص ١٤١.

كما قد تقوم الإدارة بمهمة مراقبة المشروع الأجنبي في أثناء عمله، إذ تعتبر ضمانته أساسية لاستمرارية المشروع بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه وبالشروط التي تم على أساسها توقيع العقد الإداري الدولي، وقد يصل الأمر إلى أكثر من ذلك بفرض جزاءات على الشركات الأجنبية في حالة عدم تنفيذ ما تم الاتفاق عليه بموجب العقد المبرم بينهما^(١).

وترى الباحثة أن القرارات الإدارية الخاصة بالرقابة يجب أن تصدر في حدود مبدأ المشروعية^٢ إذ إن القرار الذي لا يستهدف من وراء إصداره تسيير المرافق العامة بأنظمة وأطراد يكون مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة.

٢- حق التعديل:

إن العقود الإدارية الدولية المبرمة مع المستثمرين الأجانب غالباً ما تتسم بطول المدة نسبياً، وخلال تلك المدة تحدث تغيرات سواء كانت على الصعيد السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي، ولما كانت الإدارة مسؤولة عن مواكبة تلك الظروف والمتغيرات والحفاظ على سير المرافق العامة باطراد وانتظام نجد أن القانون منحها حق التعديل كتعديل في كمية الأعمال والتعديل في وسائل تنفيذ العقد والتعديل في مدة تنفيذ العقد ولكن في حدود معينة في العقود الإدارية الدولية ويترتب على ذلك أن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري الدولي يعد من الحقوق الثابتة لها إذ يجوز للإدارة استعمالها ولو خلا العقد من نص يجيزه بل تذهب إلى أبعد من ذلك حتى ولو تضمن العقد نص يحظره إذا كان تنفيذه يتعارض مع المصلحة العامة، ولكن بشرط أن لا تتعسف الإدارة في استعمال هذا الحق إذ تكون في هذه الحالة ملزمة بتعويض الطرف الأجنبي عن ذلك التعسف^(٣).

(١) طبيشة حسينة، سلطات الإدارة في العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الساسية، جامعة بوزيايف، الجزائر، ٢٠١٠، ص ٢٣.

(٢) يقصد بمبدأ المشروعية: هو سيادة القانون وخضوع الجميع للقواعد القانونية السارية المفعول في الدولة أي خضوع الإدارة للقانون وعدم جواز القيام بأي عمل دون الرجوع للقانون.

(٣) د. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، ط ١، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٣، ص ٧٥٠.

بمعنى آخر أن الإدارة لها سلطة أثناء تنفيذ العقد بتغيير شروطه وتعديلها دون حاجة إلى نص في القانون أو شرط في العقد متى ما اقتضت المصلحة العامة ذلك^(١).

وترى الباحثة أن سلطة الإدارة في تعديل العقد ليست مطلقة بل تمارس في ظل ضوابط دقيقة إذ يجب أن لا يتعدى التعديل الذي تقوم به الإدارة موضوع العقد فضلاً عن ذلك لا يجوز لجهة الإدارة أن تتخذ سلطة التعديل ذريعة لتغيير موضوع العقد وأهدافه بل يجب أن يستند التعديل الذي تقوم به الإدارة لأسباب موضوعية بمعنى أن تلبى حاجات الجمهور على أحسن وجه ممكن.

٣- حق إنهاء العقد:

للدولة الحق في أن تقوم بإنهاء العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي متى ما كانت هناك نصوص أو لوائح تبيح للإدارة هذا الحق، ولكن بشرط أن تهدف الإدارة من هذا الإنهاء تحقيق مصلحة المرفق العام أو المصلحة العامة، واستمرار سير المرافق العامة بإطراد وانتظام وأن لا تقوم بإساءة استعمال السلطة التقديرية الممنوحة لها بهذا الشأن، وذلك لأن الإدارة يجب أن تتقيد بصورة تامة وبشكل غير محدد مع حاجات المرفق العام، لأن العقد الإداري الدولي مرتبط ارتباطاً مباشرة بالمرفق العام الذي غالباً ما يكون قابلاً للتغيير والتعديل، لذلك لا بد من أن يتمتع العقد بقدر من المرونة بدرجة المرونة نفسها التي يكون عليها المرفق، وإلا أدى ذلك إلى جمود العقد وبالتالي انقلاب العقد الذي تم إبرامه رأساً على عقب، وضياع الفائدة المرجوة من العقد المبرم بين الطرفين، إذ يتعين على جهة الإدارة أن تراعى الإجراءات المنصوص عليها، وأن لا تتحرف في استعمال تلك السلطة كاستهداف جهة الإدارة تحقيق مصلحتها المالية فقط أو إنهاء العقد بمجرد اخلال الطرف الأجنبي بالالتزامات المثبتة بالعقد، إذ يجب أن يكون ذلك الاخلال جوهرياً وليس اخلالاً عادياً كعدم قيام المتعاقد بأحترام مدة تنفيذ العقد أو مخالفة شروط العقد أو التعاقد من الباطن أو التنازل عن العقد إلى الغير أو حالة اعلان افلاس الشركة الأجنبية المنفذة للمشروع وغيرها من صور الاخلال الأخرى من جانب المتعاقد، إذ إن هناك صور عديدة لهذا الإنهاء ومنها:

(١) جنوى أشرف، سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، بحث منشور في المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، دون مجلد، العدد ٢٠١٠، ٥٤، ص ٥٠.

أ- التأميم: يلحظ أن مصطلح التأميم أشمل وأوسع من مصطلح نزع الملكية إذ إن الهدف أو الغاية منه إصلاح النظام الاقتصادي بشكل واسع استناداً إلى الحق السيادي الغير قابل للتنازل عنه في حين أن إجراء نزع الملكية هو إجراء انفرادي وبذلك يعد التأميم إجراء من إجراءات التغيير العام في حياة الدولة الاقتصادية والاجتماعية^(١).

ويعرف التأميم أيضاً: "عمل ينقل للدولة الممتلكات والحقوق الخاصة في نشاط معين بمقتضى التشريع وللصلحة العامة بغرض استغلالها والسيطرة عليها لتوجيهها نحو أهداف معينة"^(٢).

إذ يعرف كذلك التأميم بأنه "إجراء يقصد به نقل ملكية مجموعة من الأموال التي تكون في صورة مشروع إلى الأمة إما بهدف القضاء الشامل على كافة مظاهر الملكية الفردية لوسائل الانتاج تلافياً للاستغلال ويسمى (بالتأميم الإيديولوجي) أو لمجرد القضاء على سيطرة رؤوس الأموال الأجنبية على الاقتصاد الوطني" ولكن هناك أجماع على تعريف التأميم بأنه نقل ملكية مشروع إلى الأمة^(٣).

ومن كل ما تقدم يتضح لنا أن التأميم عمل من أعمال السيادة تمارسه الدولة بموجب سلطتها التقديرية، إذ تخضع لأحكام القانون الداخلي وممارستها لهذا الحق غير محددة بأي شروط تعرقها إذ من الممكن أن تشمل جميع الأملاك الأجنبية أو جزء منها لتحقيق الهدف الاقتصادي الذي يحقق التنمية والمصلحة العامة وذلك من خلال السيطرة على المصادر الطبيعية واستغلال الثروات.

وهناك تأميم تقوم به الدولة والذي يتمثل بمصادرة المشروع الاستثماري ولكن بطريقة غير مباشرة من خلال زيادة نسبة الضرائب بين الحين والآخر أو زيادة في نسبة العمالة الوطنية في المشروع الاستثماري من خلال إجبار الطرف الأجنبي على ذلك لإدارة مشاريعها الاقتصادية لتجعل تسييرها وطنياً فيما بعد، حيث أن هذا الأمر قد أصبح مستبعد حالياً بعد الانفتاح على العالم إذ

(١) د. معاوية عثمان الحداد، القواعد المنظمة لجذب المستثمر الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص ٢٦٥.

(٢) د. زياد فيصل حبيب الخيزران، المزايا والضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي في قوانين الاستثمار العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٢٧٠.

(٣) خالد جمانة، شرط الثبات التشريعي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، ٢٠٢٢، ص ٤٧.

تراجعت الدول عن هذا الموقف وعن العديد من المواقف الأخرى إذ تقوم الدول حالياً بتهيئة المناخ الملائم لجذب المستثمرين الأجانب واستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية^(١).

ب:- الاستيلاء: يقصد بالاستيلاء وضع اليد من قبل السلطة المختصة على الملك أما لغرض نزع الملكية المرتبطة بالمنفعة العامة أو الصالح العام، وذلك في حالة الظروف الاستثنائية أو حالة الضرورة وهو ما يعرف بالاستيلاء الدائم وعلى العكس من ذلك نجد أن هناك نوع آخر أو طريق آخر للاستيلاء ويعرف بالاستيلاء المؤقت ويكون بإرجاع الملك إلى أصحابه بعد انتفاء الغرض الذي تم من أجله الاستيلاء، غير أن هذا المساس لا يكون إلا ضمن ضمانات وطرق محددة^(٢).

إذ تجد الإدارة نفسها أحياناً مضطرة إلى القيام بعمل الاستيلاء ومصادرة ممتلكات الأفراد بسبب ضرورة معينة في حالة وقوع زلزال أو فيضانات أو حوادث طبيعية أو حرائق أو ظروف تتعلق بأمن الدولة والدفاع الوطني ولكن على الرغم من ذلك نجد أن بعض المشاريع تحتاج إلى سلطة الاستيلاء ليس فقط في الظروف الطارئة إنما يجب ذلك حتى في ظل الظروف العادية متى ما تعلق الأمر بمشروع يخص النظام العام لذلك كان الأولى بالمشروع العراقي أن يوسع من نطاق الاستيلاء^(٣).

ج: - التصفية: إجراء قانوني يتمثل بحل الشركة الأجنبية وجرد الأصول والخصوم أي تحصيل ما للشركة الأجنبية ودفع ما يترتب عليها وتنفيذ التزاماتها بالقدر اللازم للتصفية من أجل احتساب موجوداتها، أو الأموال الصافية والقيام بتحويلها إلى نقود وتوزيع حصيلة التصفية على الدائنين، إذ إن التصفية لها أهمية كبرى في مجال عقود الإدارة الدولية باعتبارها إنهاء عادل ومتوازن للشراكة وهناك أنماط عدة لملكية المستثمر الأجنبي للمشروع الاستثماري منها ما يكون المشروع مملوك بأكمله

(١) منير عباسي، التحكيم في العقود الإدارية الدولية، رسالة ماجستير، كلية العلوم والحقوق السياسية، جامعة خميس مليانة، الجزائر، ٢٠١٤، ص ٢٢.

(٢) دليوح مفتاح، الاستيلاء كسبب من أسباب كسب الملكية في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإسلامي، المجلد ١٥، العدد ٢، سنة ٢٠٢٢، ص ١٨٢.

(٣) صلاح مهدي سمين الهاشمي، النظرية الحديثة للعقود الإدارية الدولية والتحكيم فيها، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢١، ص ٩٨.

للمستثمر الأجنبي أو المشاركة بين المستثمر الأجنبي وأحد أشخاص الدولة صاحبة العقد سواء كان هذا الشخص طبيعياً أو معنوياً^(١).

د: - الفسخ

يقصد بالفسخ إنهاء العقد بغير الطرق الطبيعية لانتهاء أي لا ينتهي بانتهاء أجله ولا ينتهي بانجاز موضوعه بل ينتهي دون أن يحقق الغرض الذي على أساسه تمت عملية التعاقد وهناك عدة صور لهذا الفسخ فقد يكون بقوة القانون أو قد يكون الفسخ قضائياً أو إدارياً أو قد يكون رضائياً وسنقوم بعرض لكل هذه الصور للفسخ بالنسبة للعقد الإداري الدولي والتي تنهي وجوده:

١: الفسخ بقوة القانون

أن فسخ العقد الإداري بقوة القانون يعني فسخه تلقائياً بحكم التشريع ومن دون حاجة إلى تدخل القضاء ولا تدخل الإدارة في ذلك ويحدث هذا عندما يقرر اعتبار العقد الإداري قد تم فسخه تلقائياً عند تحقق حالة معينة ينص عليها مثل هلاك محل العقد والذي يكون بفعل خارجي كتدميره أثناء الأعمال الحربية أو هلاك المعقود عليه في المفاوضات وهو في يد صاحبه^(٢).

٢: الفسخ قضائياً

من المعلوم أن العقود الإدارية لا تنشأ إلا عندما تظهر فيه الإدارة بصفتها صاحبة السلطة ويكون ذلك من خلال تمتعها بامتيازات تختلف عن الطرف المتعاقد معها ومن ضمن تلك الامتيازات حق التعديل والذي هو ضمن صلاحيتها في الرقابة والتوجيه الأمر الذي قد يؤدي بالإدارة إلى تجاوز سلطاتها التي منحها لها القانون وقد يكون استعمالها لتلك السلطات بشكل فعلي بما تقتضيه المصلحة العامة الأمر الذي سيثقل كاهل المتعاقد معها أحياناً ويضعف من قدراته في الاستمرار في تنفيذ العقد بسبب تأثير وضعه المالي والفني فيحقق في هذه الحالة للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بفسخ العقد أمام القضاء مع مراعاة بأن لحكم الفسخ في هذه

(١) رماش سومية، تصفية شراكة الأشخاص - شركة التضامن أنموذجاً، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر، ٢٠١٦، ص ٣.

(٢) د. ماهر صالح علاوي، مصدر سابق، ص ٤٧٥.

الحالات مصحوباً بالحق في التعويض عما لحق بالمتعاقدين من ضرر وما فاتته من كسب نتيجة عمل الإدارة والسلطات والامتيازات التي تمتلكها^(١).

٣: الفسخ ادالياً

أن مميزات العقود الإدارية هو حق الإدارة في فسخ العقد بقرار اداري منها ويكون ذلك عن طريق الإرادة المنفردة التي تتمتع بها تجاه الطرف الاخر من العقد وهذا يعتبر من الفوارق المهمة بين العقود الإدارية والعقود المدنية وهذا الحق للإدارة يمكنها أن تستخدمه سواء كان منصوص عليه في متن العقد أم يكن ذلك إضافة إلى عدم استطاعة الإدارة الاتفاق مع الطرف الاخر على التنازل عن هذا الحق أو التعهد بعدم استخدامه لأن ذلك يعتبر من النظام العام ومخالفة ذلك يعرض الإدارة إلى المساءلة القانونية^(٢).

٤: الفسخ رضائياً

من الممكن أن ينتهي العقد الإداري باتفاق الطرفين على فسخه قبل أن يحقق أهدافه ولقد سمي هذا الفسخ بالرضائي لأنه مبني على رضا طرفي العقد وقد يسمى الفسخ باتفاق الطرفين أو اقالة العقد أو انحلال العقد أو التقابل لأن كل طرف يقبل الطرف الأخر من التزاماته وقد جعل المشرع العراقي عنواناً عاماً وسماه انحلال العقد ولكنه قسمه إلى قسمين سمي الاول بالفسخ والثاني بالإقالة والتي نص عليها بقوله "للعاقدين أن يتقابلا برضاها بعد انعقاده" وقد عاد ليديرها في العقد عندما تكون بين متعاقدين ، أذ أن العقد الرضائي يتمثل برغبة الطرفين في احلال كل منهما التزاماته تجاه الاخر قبل أن يحين أجل هذا العقد أي أن الاتفاق يقع أثناء فترة التنفيذ وهذه هي الصورة الاولى للفسخ الرضائي أما الصورة الثانية فهي التي نسميها بالفسخ الرضائي التلقائي فيكون ذلك بفسخ العقد قبل البدء بأي مرحلة من مراحل تنفيذه^(٣).

(١) د. محمد رمضان بطيخ ، مبادئ القانون الإداري في المملكة الاردنية الهاشمية، ط١، اثناء للنشر والتوزيع ، عمان، ٢٠١٢، ص٥٥٩.

(٢) المصدر نفسه، ص ٥٦٠.

(٣) د. سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف ، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص٦٧٥.

الفرع الثاني

التزامات وحقوق الطرف الأجنبي

يترتب على العقود الإدارية الدولية المبرمة بين الطرفين مجموعة من الحقوق والالتزامات التي تقع على عاتق الإدارة للمتعاقد الأجنبي، ويترتب على مخالفتها لذلك جزاء يتمثل بحق المتعاقد المطالبة بحقوقه ومنها حقة في الحصول على مقابل مالي مقابل الأعمال التي يقوم بها والحق في المحافظة على التوازن المالي، كما أن هناك جملة من الالتزامات تقع على عاتق اتجاه الإدارة لابدأ من القيام بها عند تنفيذ العقد.

أولاً- التزامات الطرف الأجنبي:

يتوجب على المتعاقد مع الإدارة أن يقوم بتنفيذ جملة من الالتزامات التي تم إدراجها في العقد وسنقوم بايضاح كل هذه الالتزامات الملقاه على عاتق الطرف الأجنبي المتعاقد مع الإدارة:

١- **التزام المتعاقد بالتنفيذ الشخصي:** تعد فكرة الاعتبار الشخصي من الأفكار الأساسية في مجال إبرام العقود بصفة عامة، سواء في نطاق العقود المدنية أو الإدارية ولما كان العقد الإداري الدولي مرتبط ارتباط وثيق بالمرفق العام لذلك يتم مراعاة اعتبارات خاصة وشخصية في المتعاقد، منها اعتبارات فنية ومالية وذلك من أجل حسن التنفيذ للشروط التعاقدية المنصوص عليها في العقد، وتحقيق متطلبات المصلحة العامة إذ يتعين على الطرف المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ الشخصي للعقد كقاعدة عامة لكن يجوز له التنازل عن العقد إلى الغير والذي يقصد به تنازل المتعاقد عن كل الالتزامات والحقوق لشخص آخر، يحل محله في التنفيذ بشكل كلي ولكن يشترط لذلك موافقة جهة الإدارة ومتى ما وافقت الإدارة على هذا التنازل يحل المتعاقد الجديد محل المتعاقد الأصلي، في تنفيذ الإلتزامات ونجد أن هذه الموافقة بمثابة عقد جديد بين الإدارة والمتنازل إليه^(١)، فضلاً عن ذلك من الممكن التعاقد من الباطن و الذي يقصد به أيضاً بأنه التصرف القانوني الذي يعهد من خلاله المتعاقد إلى الغير، بتنفيذ جزء من أجزاء العقد الأصلي على أن يبقى مسؤولاً مسؤولاً كاملة عن تنفيذ العقد^(٢)، وهنا يكمن الاختلاف بينه وبين التنازل

(١) صلاح مهدي سمين الهاشمي، مصدر سابق، ص ١١٠.

(2) Dr. William Godwin, International Construction Contracts, first edition, Wily-Blackwell publication, UK I, 2013, p. 45.

الذي يحل فيه المتنازل له محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ العقد كلياً، ونجد بأن هناك كثيراً من الظروف التي تدعو جهة الإدارة للموافقة على الأخذ بهذا الأسلوب بسبب النقص الفني والعلمي والتخصص الدقيق في شتى المجالات لذلك فأن تنفيذ المشروعات يتطلب بأن يكون هناك تكاتف وتعاون بين العديد من الشركات المتخصصة لإنجازة على أكمل وجه ممكن، وفي حالة ما تم التنازل أو التعاقد من الباطن من دون موافقة الإدارة فأن ذلك التعاقد لا يكون نافذاً في مواجهة الإدارة^(١).

٢- الالتزام بتنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها: يلتزم المتعاقد الأجنبي بتنفيذ العقد الإداري الدولي في المواعيد المحددة له في العقد وعلى وفق ما اشتمل عليه من شروط، وذلك لأن مشاريع تلك العقود غالباً ما ترتبط بالخدمة العامة وحسن سير المرافق العامة ، وأي تأخير في تنفيذ تلك المشاريع سيؤدي حتماً إلى الأضرار بالمصلحة العامة ، وعليه يمكن للإدارة أن تتخذ في هذه الحالة إجراءات قد تكون عقابية تتمثل بالجزاء كفسخ العقد من قبل الإدارة أو المطالبة بالتعويض من الطرف الأجنبي ، بسبب التلكؤ بتنفيذ العمل وفق المواعيد المحددة له بموجب العقد المبرم بينهما.

وترى الباحثة بأنه من الممكن أن يكون تأخر المتعاقد بتنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها بسبب فعل صادر من الإدارة ، كعدم قيام الإدارة بتسليم مواقع العمل خلال المدة الزمنية المتفق عليها في العقد، إذ يجب أن تلتزم الإدارة بتسليم موقع العمل خالية من العوائق، كعدم قيام الإدارة بتمهيد أرض موقع العمل أو البنية التحتية لموقع العمل وفي حالة عدم قيام الإدارة بتسليم الموقع على وفق الشروط المتفق عليه في العقد يترتب عليها مسؤولية عقدية وواجب تعويض المتعاقد الأجنبي عن الخسائر التي تكبدها أثر إخلال الإدارة بالتزاماتها.

٣- التزام الطرف الأجنبي بالتنمية البشرية وتدريب العمالة الوطنية: تدرج غالباً في عقود الإدارية الدولية شروطاً خاصة ومنه تدريب العمالة المحلية من أجل أن يتم إدراجهم في المستقبل وتمهيداً لإحلالهم محل العمالة الأجنبية ، وذلك من أجل تحسين نوعية الانتاج وزيادة

(١) عصام موسى نواف، الأحكام القضائية للتعاقد من الباطن في العقود الإدارية في القانونين اللبناني والعراقي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢١، ص ٤٧.

كميته وتقليل التكاليف وإتخاذ القرارات الأفضل والتقليل من أخطاء العاملين وينمي استعدادهم لتقبل مهام ومسؤوليات جديدة، لأن التدريب يحسن من قدرات الفرد وينمي مهاراته ويحتاجه العامل الجديد كما يحتاجه العامل القديم بغية تحسين نوعية الحياة في مجالات مختلفة من خلال الأفادة، من خدمة معلوماتية ثرية وتطبيقات تكنولوجية متطورة واستخدام العقل البشري كرأس مال من أجل العمل بكفاءة وفاعلية ويختلف هذا الالتزام من دولة إلى أخرى، بحسب درجة نمو الدولة المتعاقد إذ نجد أن هذا الأمر يسود في الدول المتقدمة اقتصادياً، لأن من دون قوة بشرية مطورة وقادرة على إستيعاب التغيير، لا تستطيع الدولة مواكبة العالم على عكس الدول الأخرى ذات الاقتصاديات المتقدمة وقد حدث خلاف بين الفقهاء حول طبيعة هذا الالتزام هل هو التزام بتحقيق نتيجة أم التزام ببذل عناية، إذ يرى أحد الفقهاء إلى أن هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية حتى لا يتصل المتعاقد الأجنبي من المسؤولية بأثباته أنه قد بذل العناية المعقولة بتنفيذ العمل المطلوب منه^(١)،

وترى الباحثة بأن هذا الأمر يبرز بشكل واضح في عقود البوت والتي يتطلب فيها قيام المتعاقد الأجنبي بتدريب العمالة الوطنية من أجل إدارة المشروع بعد انتهاء المدة المقررة للعقد، لأن المستثمر الأجنبي يقوم بنقل ملكية المشروع إلى الدولة بحالة جيدة قابلة لاستمرار تشغيله في نهاية المدة إذ يأتي بعد ذلك دور العمالة الوطنية التي تم تدريبها خلال مدة وجود الطرف الأجنبي.

ثانياً- حقوق الطرف الأجنبي:

تسعى الإدارة من خلال العقود التي تقوم بإبرامها ومنها العقد الإداري الدولي هو تحقيق النفع العام وتسيير المرافق العامة بانتظام وإطراد، وهذا الأمر ينطبق أيضاً على الطرف الأجنبي إذ يسعى من إبرامه لتلك العقود تحقيق، مقابل مادي أي أرباح مقابل الأعمال التي يقوم بها والتي تعد حصاد المتعاقد من الإدارة أو من المنتفعين أو منهما معاً، ويختلف هذا المقابل باختلاف العقود التي يتم إبرامها ولعل أهم صورة لهذا المقابل هو الثمن والرسم وحقه في المحافظة على التوازن المالي للعقد

(١) محمد صادق منذر الهويدي، العمالة الأجنبية في قانون العمل الأردني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١٩، ص ٥٠.

لأن التوازن المالي يعتبر جزء لا يتجزء من التوازن العقدي لذلك يتمتع المستثمر الأجنبي في مواجهة الإدارة بجملة من الحقوق و سنوضح كلاً منهما على النحو الآتي:

١- الحق في الحصول على المقابل المالي:

يسعى المتعاقد مع الإدارة لتحقيق مصالح مادية من وراء تعاقدته تتمثل بالمقابل النقدي للسلع أو الخدمات التي قدمها للإدارة وفقاً لالتزاماته التعاقدية، ويختلف هذا المقابل باختلاف العقود الإدارية إذ يأخذ هذا المقابل صوراً متعددة منها:

أ - الثمن: يعد الثمن عنصراً مهماً في العقد الإداري الدولي لأنه يبين أهمية العلاقة القانونية والعملية الاقتصادية المراد تحقيقها من خلال العقد المزمع إبرامه^(١)، وذلك لأنّ العقود الإدارية الدولية عادة ما تستغرق مدة طويلة حتى يتم تنفيذها لذلك نجد الأطراف يولون الاهتمام الكبير لعنصر الثمن إذ يتم صياغته بصورة متأنية وبشكل واضح ودقيق ويعيد عن أي غموض أو لبس إذ يؤخذ بنظر الاعتبار دائماً الظروف والتوقعات المستقبلية التي تحيط بالعقد الإداري الدولي حيث يعرف الثمن في العقد المقابل المرجو من أداء الخدمة^(٢).

نجد إنّ الثمن عادة ما يرد تحت تسميات متنوعة ومتعددة تتغير بحسب طبيعة العقد المراد إبرامه بين الأطراف إذ يعد الثمن من العناصر الجوهرية في العقد الإداري الدولي بمعنى آخر أن الشرط الخاص بتحديد الثمن يعد من ضمن الشروط التعاقدية، لأنّ الطرف الأجنبي يستحقه بعد قيامه بتنفيذ ما التزم به من عمل وتسوية الحساب الختامي هذه القاعدة العامة، إلا أن في بعض الأحيان قد تقوم الإدارة بدفع المبلغ النقدي مقدماً خصوصاً في العقود الإدارية الدولية لارتباطها بمشاريع تتطلب نفقات ومبالغ مالية كبيرة وامتساعاً من الوقت، وذلك مساهمة منها في تخفيف الأعباء عن الطرف الأجنبي ومن أجل مساعدة المتعاقد معها على أداء التزاماته وقد يكون الثمن الذي تدفعه الإدارة نظير السلع التي تم توريدها أو الأشغال التي تم تنفيذها^(٣).

(١) موكه عبد الكريم، المقاربة القانونية لعنصر الثمن في عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة الدراسات حول فعالية القاعدة القانونية، المجلد ٢، العدد ١، ٢٠٠٨، ص ٤٠.

(٢) بلاش ليندة، الثمن في عقد البيع التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ٢٠٠٧، ص ١١.

(٣) د. عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقد الإداري وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٥، ص ١٣١.

ب- الرسم: يعرف الرسم بأنه المقابل المالي الذي تتفرد به الإدارة ويستحقه الملتزم نظير التزامه في عقد التزام المرافق العامة خصوصاً في عقود الامتياز^(١).

ويتم تحديد الرسوم أما من خلال النص عليها في العقد، أو تحدد بشكل رسوم ثابتة أو تحديدها بالحد الأدنى والأقصى، كل ذلك بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة إذ يعد هذا المقابل النقدي من الشروط اللائحة يحصل عليها المتعاقد الأجنبي من الإدارة في عقود الامتياز و بعد ما يتم تحصيلها من المنتفعين بخدمات المرفق محل العقد^(٢).

وترى الباحثة بأنه يسمى رسماً وليس ثمناً تمييزاً له عن الثمن الذي يكون مقابل العين وتمييزاً عن الفائدة التي تعتبر تعويض عن المنفعة من العين ونلاحظ أن الإدارة تستطيع أن تعدل فيه متى ما اقتضت المصلحة العامة ذلك أو الانتقاص منه بإرادتها المنفردة من دون موافقة المتعاقد معها.

٢- الحق في المحافظة على التوازن المالي للعقد:

يعد هذا الحق من أهم المبادئ الأساسية في العقود الإدارية الدولية حيث يرد في تلك العقود لاعتبارين أساسيين، هما العدالة وكفالة سير المرافق العامة بإطراد وانتظام إذ قد يحدث في أثناء تنفيذ العقد جملة من الأحداث من شأنها أن تؤدي إلى إرهاب المتعاقد الأجنبي ومن ثم التأثير على مركزه المالي، إذ إن التوازن المالي للعقد يختل بسبب تعديل الإدارة له أو بسبب إجراء من إجراءاتها من شأنه الاضرار بالمتعاقد الأجنبي وهذا يدخل ضمن (نظرية فعل الأمير)، أو بسبب ظروف مادية (نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة) أو بسبب ظروف طبيعية (نظرية الظروف الطارئة) من شأن ذلك أن يرتب حقا أساسياً للمتعاقد في تغطية تلك الأعباء على نحو يعيد التوازن المالي للعقد لذلك لابد من الحديث ابتداءً عن:

(١) يقصد بعقد الامتياز: "هو عقد إداري له طبيعة خاصة نظراً لتعلقه بمرفق عام، وتقديم منفعة عامة، للمواطنين، بمقتضاه يلتزم أحد أشخاص القانون الخاص سواء كان فرداً أو شركة إلى أحد اشخاص القانون العام بتقديم منفعة جماعية عن طريق إنشاء أو تسيير مرفق عام على نفقته الخاصة، لقاء منحه حق تقاضي مبالغ نقدية مقابل تلك المنفعة من المنتفعين تحت إشرافها ورقابتها". نقلاً عن: عدي سعود حسونة، حقوق المتعاقد مع الإدارة في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠٢٠، ص ٤٨.

(٢) د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٢٣٤.

١- نظرية فعل الأمير: تعد هذه النظرية من أول النظريات التي ظهرت في سبيل إقامة نوع من أنواع التوازن المالي للعقد الإداري بين حقوق المتعاقد والتزاماته وهذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي وقد كان يطبقها بالنسبة لجميع الأعمال الإدارية التي تصدر من السلطات العامة في الدولة وينتج عنها إخلال بالتوازن المالي للعقد^(١)، وعلى ذلك يمكن أن تعرف نظرية فعل الأمير أو كما يسميها البعض من الفقهاء (عمل الأمير) على أنه عمل يصدر من الإدارة بموجب سلطتها العامة، بصورة مفاجئة وغير متوقعة ودون خطأ من جانبها ينتج عنه الإساءة أو الإضرار بالمركز القانوني للمتعاقد، في العقد المبرم بينهما يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد وإخلال بالتوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية ويترتب عليها التزام جهة الإدارة بتعويض المتضرر عن الأضرار والخسائر كافة التي تلحقه والنفقات الإضافية والرسوم وكذلك ما فاتته من كسب من جراء ذلك بما يضمن عودة التوازن المالي للعقد بالصورة التي كان عليها عند إبرام العقد^(٢).

ويشترط لتطبيق هذه النظرية عدة شروط، منها أن يكون الفعل الضار بالمتعاقد الأجنبي صادر من الإدارة ومن دون خطأ من جانبها وغير متوقع من قبل المتعاقدين عند إبرام العقد وأن يترتب على هذا الفعل ضرر فعلي يصيب المستثمر الأجنبي^(٣).

لذلك لابدّ من الإشارة إلى أن الآثار المترتبة على تطبيق نظرية فعل الأمير، هو تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً يغطي جميع الأضرار التي لحقته، من جراء العمل أو الإجراء الذي قامت به الإدارة دون قصد وتعمد من جانبها، وأدى إلى الأضرار بالمتعاقد، حيث إن شرط عدم توقع الأضرار الصادر من الجهة الإدارية، هو شرط واجب توافره في جميع نظريات إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، ومنها نظرية فعل الأمير وأن قيام الإدارة بالتعويض لا يقتصر نطاقه على الجوانب المادية في العقد إنما يشتمل أيضاً الجوانب المعنوية، مثل تأخر الإدارة عن المواعيد المقررة في العقد فضلاً عن ذلك في حالة رفع أسعار السلع التي يستعملها المتعاقد في تنفيذ العقد، أو رفع أجور العمال أو زيادة الضرائب، ومن خلال ذلك يستطيع المتعاقد أن يجمع بين الآثار المترتبة على عمل

(١) د. نواف كنعان، القانون الإداري، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٠، ص ٣٦٥.

(٢) محسن عبد المنعم هادي الزبيدي، ضمانات توازن العقد القانونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، ٢٠٠٧، ص ٥٠.

(٣) د. وهيب عياد سلامة، د. ثروت عبد العال، الوجيز في القانون الإداري، دون دار نشر، ٢٠٠١، ص ٥٤٨.

الأمير، إذا تعددت الأسباب كالحصول على تعويض كامل وفسخ العقد أو أن يجمع بين التعويض الكامل وعدم توقيع غرامات التأخير^(١).

أما بالنسبة إلى موقف الدول محل المقارنة من نظرية فعل الأمير لابدء من الاشارة ابتداءً إلى موقف فرنسا إذ نجد أن الفقه الفرنسي عرفها على أنه: "عمل يصدر عن سلطة عامة، دون خطأ من جانبها وينجم عنه عدم تساوي في مركز المتعاقد في عقد الإداري الدولي، ويؤدي إلى إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن الأضرار كافة، التي تلحقه من جراء ذلك، بما يعيد التوازن المالي للعقد"^(٢)، أما فيما يخص موقف المشرع الفرنسي من نظرية فعل الأمير إذ لم يتناولها بالتنظيم بصورة دقيقة وواضحة في نصوصه التشريعية الإدارية أو المدنية على حد علمنا^(٣)، أما على مستوى القضاء الفرنسي فقد عرفها مجلس الدولة الفرنسي بأنه: "عمل يصدر من سلطة عامة من دون خطأ من جانبها ينجم عنه الإخلال بمركز المتعاقد في العقد الإداري بحيث تلتزم الإدارة بتعويضه عن كافة الأضرار التي لحقت به بما يعيد التوازن المالي للعقد الإداري"^(٤).

أما بالنسبة إلى موقف الجزائر من نظرية فعل الأمير إذ يلاحظ أن موقف الفقه الجزائري متذبذباً من تلك النظرية فمنهم من رفض هذه النظرية ومنهم من أيد تطبيقها، إذ لم يقوم الفقه بتعريف تلك النظرية بصورة واضحة وصريحة^(٥)، وبالعودة إلى موقف المشرع الجزائري فقد أشار إلى نظرية فعل الأمير تلميحاً بنص المادة (١١٥) من قانون الصفقات العمومية إذ نصت على أنه: "تسوى النزاعات التي تطرأ عن تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها"، أما بالنسبة إلى موقف القضاء الجزائري إذ سلك سلوك مشابه لموقف الفقه الجزائري من نظرية فعل الأمير^(٦).

(١) د. ضياء عبد الرحمن، مدى حرية الإدارة بالتعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٧٠.

(٢) نقلاً عن: دعاء حمود حمد، نظرية التوازن المالي والتعويض بلا خطأ في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢٢، ص ٢٤٤.

(٣) المصدر نفسه، ص ٢٤٥.

(٤) لمياء هاشم سالم، مصدر سابق، ص ٤٨.

(٥) الزهرة بوشارب، نظرية فعل الأمير واثرها في المادة الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ٢٠١٤، ص ١٠.

(٦) حميمي عبد المالك، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، الجزائر، ٢٠٢٠، ص ٢٢.

أما على مستوى موقف العراق من نظرية فعل الأمير فقد عرفها الفقه العراقي: "بأن عمل الأمير هو كل إجراء مشروع تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة والالتزامات التي ينص عليها في العقد"^(١).

٢- نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة:

تعد نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة من النظريات المهمة في القانون الإداري، التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي إذ تنهض في أثناء مدة تنفيذ العقد مشاكل وصعوبات مادية استثنائية وغير متوقعة تواجهها الطرف المتعاقد مع الإدارة ولا يشترط أن تؤدي إلى جعل التنفيذ العقد مستحيلاً ، وإنما مرهقاً للمتعاقد أرهاقاً شديداً ومكلفاً له بصورة لم يتوقعها عند التعاقد بحيث يترتب عليها حصول المتعاقد على تعويض كامل عن جميع الأضرار التي تحملها نتيجة هذه الصعوبات^(٢)، لذلك من حق المتعاقد ومن باب العدالة أن يتم تعويض هذا الأخير، تعويضاً كاملاً عما سببته هذه الصعوبات من أضرار وتحملة نفقات إضافية لمواجهة تلك الصعوبات ، وأساس هذه النظرية هو تحقيق العدالة بين طرفي العقد الإداري الدولي والتوافق بين إرادتهما المشتركة وغالباً ما تبرز أهمية هذه النظرية في عقود الأشغال العامة^(٣).

وأن لتطبيق هذه النظرية عدة شروط منها أن تكون تلك الصعوبات طارئة لم يكن بالإمكان توقعها عند إبرام العقد وأن تكون تلك الصعوبات ذات طبيعة مادية واستثنائية غير عادية وليست مجرد صعوبات عادية أو يسيرة يمكن التغلب عليها بسهولة وخارجة ومستقلة عن إرادة طرفي العقد وأن يكون من شأن تلك الصعوبات أن تجعل تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد أرهاقاً شديداً، ويترتب على تطبيق تلك النظرية إذا توافرت شروطها أن يستحق المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً عن الأضرار المترتبة على هذه الصعوبات ويجب أيضاً استمرار المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك لارتباط العقد الإداري الدولي بالمرفق العام وبمقتضيات المصلحة العامة ، لذلك لا بد من تغليب المصلحة العامة على

(١) نقلاً عن: د. مازن دحام العاني، مصدر سابق، ص ٥٣.

(٢) عصام سعيد عبد العبيدي، لمياء هاشم سالم قبع، نظرية الصعوبات المادية غير متوقعة، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <https://search.emarefa.net> المجلد ١٧، العدد ٥٤٤، ٢٠١٢، ص ٩٤١، تمت يارة الموقع بتاريخ ٢٠٢٢/١١/١ الساعة ١٠:٠٠ صباحاً.

(٣) تعرف عقود الاشغال العامة بأنها: " اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو لصيانة العقارات كل ذلك لحساب شخص معنوي عام مقابل تحقيق منفعة عامة بمبلغ نقدي محدد في العقد ووفقاً للشروط الواردة في هذا العقد وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة " نقلاً عن: رياض حميد طابيس السامرائي، مصدر سابق، ص ٧٠.

المصلحة الخاصة من أجل سير المرافق العامة بأطراد وانتظام ، على الرغم من وقوع الصعوبات المادية لأن تلك الصعوبات لا يترتب عليها استحالة تنفيذ العقد إذ متى ما كان تنفيذ العقد مستحيلاً يترتب عليها تطبيق نظرية القوة القاهرة وبالرغم من استمرار المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية في حالة حدوث صعوبات مادية غير متوقعة ، إلا أن لهذا الالتزام هناك التزام آخر يقابله يتمثل بحق المتعاقد في الحصول على تعويض من الإدارة عن الإضرار الناتجة بفعل الصعوبات المادية غير المتوقعة، مثال على ذلك كما لو اكتشف مفاول الأشغال العامة أن التركيب الجيولوجي للأرض التي سيتعامل معها لا تتوافق مع الأشغال المراد اجراؤها^(١).

أما بالنسبة إلى موقف الدول محل المقارنة من نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا بد من الإشارة ابتداءً إلى موقف فرنسا فقد عرفها أحد الفقهاء الفرنسيين: "بأنها نظرية خاصة بعقود الأشغال العامة، تفترض وجود صعوبات مادية لا يستطيع الفريقان توقعها"^(٢)، أما فيما يخص موقف المشرع الفرنسي فقد عرفها في المادة (١١٨) من قانون التزامات الإدارة بأنها: " الحدث المادي الخارج عن إرادة المتعاقدين والذي لا يمكن ابدأً توقعه في أثناء إبرام العقد، ومن شأنه إحداث صعوبات غير عادية في أثناء التنفيذ"، أما بالنسبة إلى موقف القضاء الفرنسي من نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة إذ لم يقوم بتعريفها بشكل صريح لكن قد أخذ بهذه النظرية في العديد من أحكامه وطبقها حتى على العقود الجزافية^(٣).

وفيما يخص موقف الجزائر من نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة نلاحظ أن الفقه الجزائري لم يقوم بتعريف تلك النظرية ،لأنها تجد أساسها ومصدرها في ممارسة السلطة العامة لامتيازاتها في مواجهة المتعاقد معها^(٤).

أما بالنسبة إلى موقف المشرع الجزائري من تلك النظرية ، فقد تبناها تلميحاً في المرسوم الرئاسي(١٥-٢٤٧) المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وبصورة صريحة في

(١) د. انس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢٦١.

(٢) نقلاً عن: ناصر عطية كاظم المنصوري، الظروف التي تطرأ على تنفيذ العقد الإداري أثناء تنفيذه، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢٠، ص ٢٨٥.

(٣) دعاء حمود حمد، مصدر سابق، ص ٤٧.

(٤) دقي سفيان، الآثار القانونية لعقد الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر، ٢٠١٨، ص ٤٩.

دفتز البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للاشغال العامة الموافق عليه بموجب المرسوم التنفيذي رقم (٢١-٢١٩) المؤرخ في ٢٠ مايو بتحديد مضمونها وبيان شروطها^(١).

أما على مستوى موقف العراق من نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فقد عرفها الفقه العراقي: "النظرية التي تقوم على تعويض المتعاقد مع الإدارة ضد المخاطر الطبيعية التي يواجهها أثناء تنفيذ العقد"^(٢)، أما فيما يخص موقف المشرع العراقي فقد أخذ بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية، أما القضاء العراقي حيث لم يعرف هذه النظرية أو يأخذ بها في أحكامه على الرغم من تبني الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية هذه النظرية^(٣).

ترى الباحثة من كل ما تقدم ذكره سابقاً في الحديث عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بأنها نظرية ما زالت غالبية التشريعات ومنها تشريعات الدول محل المقارنة لم تقوم بتقنينها على عكس نظرية الظروف الطارئة.

٣- **نظرية الظروف الطارئة:** تعد نظرية الظروف الطارئة نظرية قضائية كان لمجلس الدولة الفرنسي الفضل في ظهورها بمناسبة فصله في قضية الإنارة لمدينة بوردو إذ عرف أحد فقهاء القانون الظرف الطارئ: "كل حادث عام ولاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول في أثناء التعاقد، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخي تنفيذه إلى أجل أو آجال لاحقة لانعقاده، بحيث يصبح تنفيذ المدين لالتزاماته كما أوجبها العقد مرهقاً له ارهاقاً شديداً وتهدهد بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار، وذلك كخروج سلعة تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة، أو ارتفاع أسعارها ارتفاعاً فاحشاً غير مألوف ولا متوقع"^(٤)، وترى الباحثة وأستناداً لما تقدم بأن نظرية الظروف الطارئة من أهم نظريات التوازن المالي للعقد الإداري الدولي وذلك لكون مجال تطبيقها والعمل بها أوسع من كل النظريات التي وضحتها فيما سبق الأمر الذي جعل المعنيين بشؤون العقود الإدارية الدولية يولوها مكانة خاصة لتجاوز عقبات تنفيذها لذلك سوف سنتطرق إليها لاحقاً في سياق البحث بشيء من التفصيل وذلك في الفرع الأول من المطلب الثاني من المبحث الثاني.

(١) حميمي عبد المالك، مصدر سابق، ص ٢٤.

(٢) نقلاً عن: د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٤٥٣.

(٣) د. مازن دحام العاني، مصدر سابق، ص ٥١.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج ١، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٦٠٠.

المبحث الثاني

صور اختلال التوازن العقدي

إنّ اختلال التوازن العقدي يعيب العقد مما يجعل مصالح طرفيه غير متوازنة، وقد يظهر هذا الاختلال عند إبرام العقد وذلك عندما تشوب إرادة أحد الطرفين عيب من عيوب المتعلقة بركن الرضا أو أدراج أحدهما لشروط تعسفية، بسبب قوة مركزه القانوني مقارنةً بالطرف الآخر كما قد يظهر الاختلال عند تنفيذ العقد بسبب حدوث ظروف طارئة خارجة عن نطاق إرادة الطرفين أو نتيجة لأرهاق أحدهما لشروط جزائي مرتفع القيمة بسبب تأخر أو عدم تنفيذ مقتضيات العقد. للإحاطة بما تقدم سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين يتناول المطلب الأول اختلال التوازن العقدي في مرحلة انعقاد العقد وأما المطلب الثاني سنناقش فيه اختلال التوازن العقدي في مرحلة تنفيذ العقد.

المطلب الأول

أختلال التوازن العقدي في مرحلة انعقاد العقد

قد يختل التوازن العقدي في مرحلة إبرام العقد بسبب اختلال في إرادة المتعاقد الناشئة عن بعض العوامل المرافقة لانعقاد العقد التي تخل بسلامة اختياره إذ لو لا تأثيرها في نفسه لما أقدم على إبرام العقد ومن العوامل التي تؤثر في إرادة المتعاقد والتي تعرف في القانون بعيوب الرضا المتمثلة بالغلط والتدليس والإكراه والغبن فضلاً عن ذلك قد يختل التوازن العقدي بسبب إدراج الشروط التعسفية في العقود باعتبارها شروطاً مجحفة لذلك سنقسم هذا المطلب لفرعين نتناول في أوله فوات الرضا وتأثيره على التوازن العقدي، ومن ثمّ التعرض إلى أثر اقتران العقد بالشروط التعسفية في الفرع الثاني.

الفرع الأول

فوات الرضا وتأثيره على التوازن العقدي

العقد ماهو إلا تعبير عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، له قوة ملزمة يستلها من الإرادة الحرة للمتعاقدين، ولكي ينعقد العقد الإداري الدولي صحيحاً لا يكفي أن تكون الإرادة موجودة، بل يجب أن يتطابق الإيجاب والقبول ويتحقق التراضي بين طرفي العقد، بل فوق ذلك أن تكون الإرادة سليمة وغير معيبة بأي عيب من عيوب الرضا وهي الغلط والتدليس والإكراه والغبن:

أولاً- الغلط:

يعرف الغلط بأنه وهم يقوم في ذهن الإنسان يجعله يرى الأمر على غير الحقيقة أي أنها حالة تقوم في المتعاقد نفسه تحملة على تصور غير الواقع واقعاً فيقوم بأبرام العقد اعتقاداً منه بصحة ما توهمه بمعنى آخر أن الغلط المقصود هو الغلط الذي يقع وقت تكون الإرادة، لأنه غلط يقوم في نفس من صدرت منه الإرادة وليس الغلط الذي يقوم في نفس من توجهت إليه الإرادة كالغلط في التعبير أو في تفسير المعاني إلى الطرف الآخر والغلط يتعلق أما بالقانون أو الواقع إذ إن الغلط في الواقع قد يتصل بالعقد كأن يتعلق بوجوده أو نوعيته أو بالكمية أما الغلط في القانون قد يتعلق بالقانون الأجنبي أو القانون الاعتيادي أي قانون البلاد^(١).

ولكي يكون الغلط منتجا لآثرة القانوني يجعل العقد معيباً يجب أن يستوفي شرطان في ما يخص الشرط الأول أن يكون الغلط غلطاً جوهرياً دافعاً إلى التعاقد إذ يعرف الغلط الجوهري بأنه اعتقاد خاطيء يجعل محل العقد مختلفاً اختلافاً جوهرياً عما هو عليه الحال فعلاً وقت التعاقد أي ذات تأثير قوي على إرادة المتعاقد بحيث دفعه إلى إبرام العقد فإذا لم يكن ثمة غلط في الصفة الجوهرية التي كانت محل اعتبار عند المتعاقدين في الشيء وكانت ذاتية هذا الشيء معروفة للمتعاقدين عند التعاقد على وجه تحقق وتوافقت إرادة الطرفين على قبوله وهم على بينة من حقيقته فإنه لا يجوز أبطال العقد للغلط بمعنى آخر أن الغلط يكون موجب لبطلان الرضا متى ما كان واقعاً في أصل الموضوع المعتبر في العقد^(٢).

(١) د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص ١٠٢.

(٢) عبد الرحمن حسين علي، علم، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، رسالة ماجستير، مكتبة عين الجامعة، القاهرة، ١٩٨٤، ص ١٠.

وهذا يعني أن الغلط المعيب للإرادة يجب أن ينظر إليه من معيار ذاتي في الأوصاف الرئيسية التي عدها المتعاقدان في الشيء أي الصفة الجوهرية في الشيء محل التعاقد وأن الغلط يكون جوهرياً، إذا كان في صفة جوهرية في الشيء محل التعاقد أو في قيمة إذا القيمة ذات أولوية في التعاقد، أو في شخص المتعاقد طالما كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار في نظر المتعاقد الآخر^(١).

أما الشرط الثاني للغلط اتصال المتعاقد الآخر بالغلط إذ لا يكفي أن يكون الغلط جوهرياً حتى يبطل العقد بل لابد من توفر شرط آخر هو أن يكون المتعاقد الآخر متصلاً بهذا الغلط وذلك حفاظاً على استقرار المعاملات والعقود العابرة للحدود ويكون المتعاقد الآخر متصلاً بهذا غلط إذا كان هو محدثاً أو عالماً به أو من شأنه أن يعلم به أو خالف ما هو مألوف في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي^(٢).

وفيما يخص موقف الدول محل المقارنة من عيب الغلط في العقود الإدارية الدولية إذ نجد أن القانون المدني الفرنسي في المادة (١١١٠) لا يعتد إلا بالغلط الجوهرية في الشيء محل العقد أو الشخص المتعاقد مما يجعل مجال الغلط محدد جداً، ففي القانون الإداري الفرنسي تسرى المبادئ نفسها في القانون المدني إذ يميز بين الغلط في الشخص والغلط في الموضوع ولا يترتب على الغلط بطلان، إلا إذا كان الغلط حاسماً أما بالنسبة إلى الشرط الثاني اتصال المتعاقد الآخر بالغلط نجد أن المشرع الفرنسي في نص المادة (١١١٠) المعدلة بالمادة (١١٣٣) إذ لم تشر إلى هذا القيد أو الشرط إلا أن القضاء الفرنسي قد توسع في تفسير نص المادة (١١١٠) من خلال اشتراطه أن يكون الغلط مشتركاً بين المتعاقدين أي يجب أن يكون كلا الطرفين واقعاً في الغلط نفسه رغبة منه في المحافظة على استقرار التعامل والحفاظ على العقد^(٣).

أما في ما يخص موقف القانون الجزائري فقد نص على الغلط من خلال القانون المدني في المواد من (٨١-٨٥) كأحد عيوب الرضا حيث إذا وقع أحد المتعاقدين في العقد المبرم بينهما بغلط جوهرية فهذا يعني بالطبع أن إرادته لم تكن سليمة إذ لم يكن على بينه من أمره عندما تعاقد وإبرم العقد

(١) د. يونس صلاح الدين علي، الغلط الجوهرية كعيب من عيوب الإرادة في القانون الإنكليزي، بحث منشور في

مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٨، العدد ٣٩، ٢٠١٩، ص ٢٥٠.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج ١، شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٩٥، ص ٢٥٣.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٥٠.

يمكن في هذه الحالة للمتعاقد أن يطلب أبطال العقد للغلط الذي وقع فيه بصرف النظر عن موقف المتعاقد الآخر غير أن هذه النتيجة تؤدي إلى تهديد استقرار المعاملات حيث يفاجئ المتعاقد الحسن النية بطلب أبطال العقد^(١).

إما بالنسبة إلى موقف القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ فقد أخذ بالغلط الجوهرى وذلك بموجب المادة (١١٨) إذ يجب أن يبلغ الغلط حداً من الجسامة بحيث كان يتمتع على المتعاقد الذي وقع فيه إبرام العقد لو كان على بينه من أمره ولكن يجب توافر أمرين في ذلك الغلط الجوهرى لكي يترتب عليه إيقاف العقد هو جوهرية ذلك الغلط بأن يكون هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد ويجب أن يبلغ حداً من الجسامة بحيث يتمتع على المتعاقد إبرام العقد لو لا الوقوع فيه والأمر الآخر هو اتصال المتعاقد الآخر بالغلط إذ لا يكفي أن يدعي المتعاقد أنه وقع في الغلط ويطلب إبطال العقد لوقوعه في غلط جوهرى، ولكن ينبغي عليه أن يثبت أيضاً أن الطرف الآخر يشترك في الغلط^(٢).

وحيث نجد أن المادة (١١٩) من القانون المدني العراقي ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي نصت على أنه: "لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط أن يتمسك به إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع في الغلط نفسه أو كان عالماً به أو كان من السهل عليه أن يتبين وجوده"^(٣)، وعلى ذلك فإن المشرع العراقي في احترامه لتلك الإرادة الحقيقية قد ذهب إلى مدى بعيد وذلك من خلال أكتفائة بالغلط الفردي حسب نص المادة المتقدمة لجعل العقد موقوفاً وذلك في حالة كون المتعاقد الآخر عالماً بالغلط أو من السهل عليه أن يعلم بذلك الغلط.

وترى الباحثة مما تقدم ذكره بأنه يطبق على عيب الغلط في العقود الإدارية الدولية القواعد المدنية إذ يتم في هذه الحالة الاعتراف بالغلط في شخص المتعاقد إذ إن الاعتبار الشخصى يؤدي دوراً مهماً في العقود الإدارية الدولية كما لو تعاقد أحد ممثلي الشركات مع الإدارة بصفة الشخصية، في حين إن الإدارة قد قصدت التعاقد معه بصفته ممثلاً للشركة إذ تكون الإدارة قد وقعت في غلط تحديد شخص المتعاقد ، لأنّ صفة الشخص التي وقع الغلط فيها عدّ جوهرياً وكانت دافعة إلى التعاقد ومثلما

(١) أيمن راحم، مصدر سابق، ص ٦.

(٢) يزيد أنيس نصير، عدالة التعاقد الغلط والتدليس، بحث منشور في مجلة الحقوق، المجلد ٣٦، العدد ٣، ٢٠١٩، ص ٢٠١٢.

(٣) المادة (١١٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

يقال عن الغلط في شخص المتعاقد يقال عن الغلط في محل العقد إذ يكون الغلط موجب ببطلان الرضا متى ما كان واقعاً في أصل الموضوع المعنبر في العقد.

٢- التديس:

ويراد به استعمال وسائل قولية أو فعلية للتاثير على الطرف الآخر لحملة على التعاقد ويمكن أن يعرف بأنه الطرق الاحتيالية التي يوهم بها أحد المتعاقدي الآخر على غير الحقيقة فيدفعه إلى التعاقد أي أنه غلط مستثار لم يقع فيه الشخص من تلقاء نفسه وهو لهذا يعد عيباً في الرضا يؤدي متى ما توافرت عناصره إلى ابطال العقد وأن التديس لا يكون مؤثراً في العقد إلا إذا تضمن حياً تديسية من طرف المتعاقد الآخر وأن التديس يتميز عن غيره من العيوب بأنه يتسع للعديد من حالات الاختلال ومن هذا يتضح أن للتديس عنصرين لا يقوم بتخلف أحدهما...

أولهما:- عنصر مادي ويتمثل في استعمال طرقا احتيالية من جانب أحد المتعاقدين على درجة من الجسامة بحيث دفعت الطرف الآخر في العقد إلى ابرامة.

ثانيهما:- عنصر معنوي يتحقق بتوافر القصد لدى مستخدم الطرق الاحتيالية في دفع الطرف الآخر للتعاقد بمعنى ثبوت نية التضليل لدى المدلس^(١).

وفيما يخص موقف الدول محل المقارنة من عيب التديس إذ نجد أن القانون الفرنسي يلزم المتعاقد بالإعلام وأن كان التديس يجب اثباته حسب نص المادة (١١١٦/ ف٢) من القانون المدني الفرنسي فأن المتعاقد يقع عليه عبء اثبات قيامه بواجب الإعلام إذ يرى القضاء الفرنسي أن التفاوت الباهظ بين الإداءات المتقابلة قرينة على وجود التديس كما يعد أيضاً الأفعال التديسية تسمح بترتيب الجزاء على بعض الغلط مثل الغلط في القيمة وفي بعض الأحيان حتى الغلط الذي لا يمس الصفة الجوهرية^(٢).

(١) د. ذنون يونس صالح المحمداوي، التصوير غير الحقيقي كعيب من عيوب الرضا في القانون الانكليزي، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، دون مجلد، العدد ٨، ص ٦.

(٢) د. الياس ناصيف، العقود الدولية، ط ١، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٤، ص ١٠٠.

أما بالنسبة إلى موقف المشرع الجزائري من التدليس إذ نصت المادة (٨٦) من القانون المدني الجزائري: "حيث يعد تدليسا السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا اثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة"^(١)، وبهذا يساير المشرع الجزائري التصور الحديث للعلاقة العقدية التي تقتضي حماية الطرف الضعيف وحماية التوازن العقدي كما يجسد هذا النص أهم وسائل التوازن العقدي ويفصح عن كل ما يتعلق بعملية التعاقد وتوضيح كل الشروط الموجودة في وثيقة التعاقد أو كل تفصيل مهم يخص محل التعاقد ولما كان التدليس من العيوب التي تشوب إرادة الرضا فإن أثر وقوعه هو بطلان العقد ولتحقق، ذلك لا بد أن يتوافر في التدليس شرطان أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد وهنا يبحث القاضي في كل حالة على حدة، إذ ينظر إلى صفات المتعاقد من حيث ثقافته وذكائه وخبرته ليتأكد لو لا أنه وقع تحت تأثير المدلس، ما كان ليقدم على التعاقد أما إذا كان المدلس عليه قد وقع تحت تأثير التدليس نتيجة اهمالة وعدم تبصرة فإن ذلك لا يجيز له طلب بطلان العقد والشرط الثاني أن يعلم المتعاقد الآخر بالتدليس وتأثيره ويقصد بذلك لا يشترط في التدليس أن يصدر من المتعاقد بل يصح وقوع التدليس من غير أطراف العقد بشرط أن يعلم به المتعاقد الآخر^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع العراقي لم يرد فيه نص على التدليس في باب عيوب الإرادة فيقابل التدليس التعبير المشار إليه في المادة (١٢١) من القانون المدني العراقي حيث نصت على أن: "إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن في العقد غيباً فاحشاً كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون"^(٣).

وترى الباحثة أن التدليس يقصد به عموماً في العقود الإدارية الدولية هو قيام المتعاقد باتباع واستعمال طرقاً احتيالية مع الإدارة لتضليلها ودفعها إلى التعاقد معه مثال على ذلك أن يتظاهر بأية وسيلة لكي يظهر إمانته أمام الإدارة للتعاقد معه ووضعه مراقباً على مرفق من مرافق العامة لديها كأن يدعي قيامه بأعمال تدل على خبرته في طبيعة عمل المرفق موضوع التعاقد أما التدليس من جانب الإدارة يكاد أن يكون أمر مستعبد.

(١) المادة (٨٦) من القانون المدني الجزائري رقم (٧٥ - ٥٨) لسنة ١٩٧٥ المعدل والمتمم.

(٢) عرارة عسالي، مصدر سابق، ص ١٠٠.

(٣) د. عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٥٨.

٣- الإكراه:

الحياء لا تخلو من ضغوطات مختلفة ودائمة كما أن الرضا لا يشترط فيه أن يكون سليم بالتمام، وأن تكون الإرادة حرة على الاطلاق فهذا تفكير مجرد ولكن ما يعتد به هو الإكراه غير المشروع إذ يعرف الإكراه عموماً بأنه أحداث أو التهديد بأحداث العنف البدني أو الحبس بقصد الحصول على موافقة الطرف الآخر لإبرام العقد ويمكن أن يعرف ضغط مادي أو معنوي تتأثر به إرادة الشخص فيندفع للتعاقد حيث يفسد الرضا ومرد ذلك إلى الرهبة النفسية التي توجد لها الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه وتكون هذه الرهبة قائمة متى كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها بأن هناك خطراً جسيماً محققاً به ويهدده هو أو غيره سواء كان ذلك في النفس أو المال أو الشرف أو الجسم^(١).

وهناك شروط لابد من توافرها حتى يتحقق الإكراه في العقود الإدارية:

الشرط الأول- وجود تهديد غير مبرر دافع إلى التعاقد: يلزم لكي يتحقق الإكراه أن يكون هناك تهديد غير مبرر أو غير مشروع أي أن يكون هذا التهديد هو الدافع إلى التعاقد أي أن المتعاقد قام بإبرام العقد تحت التهديد تأثير غير المشروع الواقع عليه ويكون التهديد غير مشروع، إذا كان الفعل أو العمل المطلوب تنفيذه أو عدم تنفيذه غير مشروع في حد ذاته.

الشرط الثاني- أن يكون التهديد حالاً وخطيراً: لا يعد مجرد قيام التهديد سبباً لقيام حالة الإكراه وبالتالي تحقق عدم التوازن العقدي بل يجب أن يكون التهديد حالاً وخطيراً.

الشرط الثالث- أن يصدر التهديد من المتعاقد الآخر أو يكون على علم به: إذ يجب أن يصدر التهديد من الطرف الآخر أو يكون على علم به ويكفي العلم الافتراضي حيث أنه يعتد بالإكراه في هذه الحالة^(٢).

لذلك نجد معظم الأحكام التي تصدر من مجلس الدولة يكتفي فيها المجلس بإبطال العقد إذا ما شاب الرضا إكراه بالمعنى المعروف في القانون المدني، وذلك لأن الإكراه نادر الوقوع في

(١) إياد أبراهيم محمد عودة، أثر الإكراه على المعاملات المالية، رسالة ماجستير، كلية التربية، جامعة الأزهر، مصر، ٢٠١٠، ص ٥٠.

(٢) د. عز الدين زوية، حق العامل في الاستقالة في قانون العمل الجزائري بين عدم الإكراه والتعسف، بحث منشور في مجلة صوت القانون، المجلد ٧، العدد ١، ٢٠٢٠، ص ٣٣.

العقود الإدارية سواء من جانب الإدارة أو من جانب المتعاقد إذ يمكن في حالات نادرة الوقوع بأن تقوم الإدارة بتبليغ الطرف الأجنبي المستغل أحد مرافقها بأن الدولة سوف ترفع أجور التزام المرافق بنسبة كبيرة جداً أو زيادة الضرائب بنسبة معينة فهذا تكون الإدارة قد بعثت في نفس المتعاقد معها رهبة بسبب الخسارة التي سوف يتكبدها مالم يتخلى عن المرفق محل العقد فيطلب بالتالي فسخ العقد.

أما المادة (٨٨) من القانون المدني الجزائري حيث نصت: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه من دون حق، وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية، والصحية، وجميع الظروف التي من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه"^(١).

ومن خلال هذه المادة يتبين لنا أن الرهبة أو الخوف يتمثل بأفعال معينة مزيجة بالإكراه تكون منبثقة من شخص اتجاه شخص آخر ليس من حقه القيام بتلك الأفعال المقرونة بالإكراه بقصد الضغط عليه ودفعة إلى إبرام العقد حيث نصت المادة (٨٩) من القانون المدني الجزائري: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه"^(٢) ترى الباحثة من خلال تحليل نص المادة المتقدم إلى أنه ليس من حق المتعاقد إبطال العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر سيء النية وفي حالة حسن نية اتجاه المتعاقد حيث ممكن في هذه الحالة للمكره حق الرجوع بالتعويض على الغير بناءً على المسؤولية التقصيرية هو أجبار شخص بغير حق على أن يعمل عمل من دون رضاه، أما بالنسبة إلى موقف المشرع العراقي من الإكراه فقد عرفه في القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ إذ نصت المادة (١١٢/١): "هو أجبار شخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه"^(٣).

(١) المادة (٨٨) من القانون المدني الجزائري رقم (٧٥ - ٥٨) لسنة ١٩٧٥ المعدل والمتمم.

(٢) المادة (٨٩) من القانون المدني الجزائري رقم (٧٥ - ٥٨) لسنة ١٩٧٥ المعدل والمتمم.

(٣) الفقرة (١) من المادة (١١٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

إذ ترى الباحثة بأنه يصعب تصور الإكراه في العقود الإدارية الدولية حيث نجد أن حالات الإكراه في العقد الإداري الدولي نادر الوقوع سواء من جانب المتعاقد أو من جانب الإدارة إلا في حالات محددة تقوم الإدارة باستعمال الإكراه وذلك من أجل تحقيق أهداف محددة ولخدمة الصالح العام كما لو اشترطت على المتعاقد مصادر المشروع من أجل ضمان تنفيذ العقد على أحسن وجه ممكن.

٤ - الغبن:

يعد الغبن عيباً من عيوب الإرادة في العقود الإدارية الدولية، إذ يعرف بأنه عدم التوازن بين ما يأخذه أحد المتعاقدين وبين ما يعطيه المتعاقد الآخر، أي وجود عدم تعادل واضح بين التزامات الأطراف ويجب أن يكون عدم التعادل على نحو كبير غير محدد بكمية أو رقم معين مما يصدّم الشخص العادي ويحصل المتعاقد على هذه الميزة المبالغ فيها عندما يستغل حاجة شخص أو اعتماده على أمر معين أو العوز الاقتصادي أو الأمر غير المتوقع أو الجهل وعدم الخبرة، أو عدم القدرة على التفاوض وأن عيب الغبن يقترب كثيراً من الشروط التعسفية كونه ناجم عن استغلال أحد طرفين للآخر^(١)، وقد نص المشرع الجزائري على الغبن في نص المادة (٩١) من القانون المدني الجزائري: " على أن يراعى في تطبيق المادة ٩٠ عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود"^(٢)، أما المشرع العراقي فقد أشار إلى الغبن في المادة (١٢٣) من القانون المدني العراقي: " يرجع العاقد المغرور بالتعويض إذا لم يصبه إلا غبن يسير أو أصابه غبن فاحش وكان التغيير لا يعلم به العاقد الآخر ولم يكن من السهل عليه أن يعلم أو كان الشيء استهلك قبل العلم به أو هلك أو حدث فيه عيب أو تغيير جوهري ويكون العقد نافذاً في جميع هذه الاحوال"^(٣)، نلاحظ على نص هذه المادة قد أشارت إلى "أنه يجب أن يكون الغبن فاحشاً وذلك تمييزاً عن الغبن اليسير الذي لا تخلو منه المعاملات".

وفي هذا الصدد لابدّ من الإشارة إلى أن الجزاء الذي يترتب على العقود الإدارية الدولية التي تكون مشوبة بعيوب الإرادة إبطال العقد ويمكن أيضاً أن يطلب المضرور من القاضي تطهير العقد وتصحيحة وإعادة

(١) درماش بن عزوز، مصدر سابق، ص ١٢٠.

(٢) المادة (٩١) من القانون المدني الجزائري رقم (٧٥ - ٥٨) لسنة ١٩٧٥ المعدل والمتمم.

(٣) المادة (١٢٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

توازنة الذي اختل وجعلة يتوافق مع مقتضيات حسن النية التي يجب توافرها في تلك العقود، وأن هذا البطلان يمكن أن يتم من دون اللجوء إلى القضاء أي بمجرد الإخطار بالإرادة المنفردة، لأحد طرفي العقد ويترتب على ذلك إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل إبرام العقد، إذ يقوم كل طرف بإسترداد ما سبق أن قدمه للطرف الآخر طبقاً للعقد وزواله بأثر رجعي وعند استحالة الاسترداد العيني فإنه يتم دفع تعويض معادل لما كان يجب رده كما أن الطرف المضرور يمكنه الحصول على تعويض من الطرف الآخر، إذا كان قد تسبب في البطلان أو كان يعلم أو ينبغي أن يعلم ونلاحظ أن هذا التعويض لا يغطي مع ذلك سوى مصاريف العقد.

تري الباحثة من كل ما تقدم ذكره سابقاً بأنه يصعب القول بإعمال عيوب الإرادة المطبقة بصدد العقود الداخلية وتطبيقها على العقود الإدارية الدولية على إطلاقها إلا بصدد تلك التي يكون أطرافها من الأشخاص الطبيعيين ونظراً لأن العقود الإدارية الدولية يتم إبرامها بأشخاص اعتبارية (دول ومنظمات وشركات وهيئات) فإن فرص تطبيق عيوب الإدارة تتضاءل كثيراً، لأن المتعاقدين يحرصون على تسخير الخبرات والإمكانات والدراسات كافة لتفادي الوقوع في تلك العيوب لما يترتب عليها من إمكانية من بطلان لذلك يجري العمل في العقود الإدارية الدولية على تفادي الحكم ببطلان العقد، لأهميته من جهة وكذلك لصعوبة أعمال آثار البطلان من جهة أخرى إذ غالباً ما نجد الأطراف يقومون بالتفاوض من جديد لإعادة التوازن للعلاقة العقدية إذ نجد أن العقود الإدارية الدولية في تطور مستمر وهي بلا شك سوف تقترب أكثر فأكثر من العقد المدني بسبب التطور الحاصل في العلاقات القانونية بين الدولة والأشخاص الخاصة.

الفرع الثاني

أثر اقتران العقد بالشروط التعسفية

إن تحقيق التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية يتم عندما تكون المراكز القانونية لأطراف العلاقة التعاقدية متكافئة عند انعقاد العقد غير أنه من الممكن أن يكون المركز القانوني لأحد المتعاقدين غير متكافئ مع مركز المتعاقد الآخر مما ينجم عنه اختلال في التوازن المطلوب كون أحد أطراف تلك العلاقة لديه بعض مواطن الضعف في مواجهة الطرف الآخر، لأسباب اقتصادية أو معرفية أو تقنية فعدم التناسب في المقدرة التعاقدية فيما بين أطراف هذا العقد ليست إلا ثمرة لتطور محسوس في الفن التعاقدية الذي يستمد أصلة من العوامل الاقتصادية والاجتماعية وخصوصاً في الوقت الحاضر بسبب التسارع الهائل في التطور التكنولوجي^(١).

(١) د. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٣٠٤.

إذ إن العقود الإدارية الدولية التي يكون كل طرف فيها على قدم المساواة في مركزيهما والتي تتم في المفاوضات أو المناقشات بحرية تامة اختفت أو تكاد تكون قد اختفت نتيجة لتغير الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية التي نشأ فيها العقد فحرية التعاقد في أن يتعاقد أو لا قد قيدت كثيراً، لأنه لم يجد أمامه إلا الخضوع لهذه الشروط والتعاقد أي ليس له إلا أن يقبل أو يرفض، وذلك لأن المسألة تتعلق بسلعة أو مرفق ضروري لا غنى له عنها، إذ يجد أمامه متعاقداً قوياً قد انفرد بوضع جميع شروط العقد نتيجة تمتعته بقوة قانونية وهذا ما يحصل غالباً في عقود الإذعان^(١).

لذلك يتم تحرير هذه العقود مسبقاً من قبل المتعاقدين المحترفين وفقاً لما يكون في مصالحهم فالقابل للعقد لا يستطيع أن يناقش بعد ما كان الأصل في العقود أنها تقوم على التفاوض وتعطي الحق لكل طرف مناقشة بنودها وبحثها بحرية من جانب الطرفين وعلى قدم المساواة بينهما^(٢).

وترى الباحثة واستناداً لكل ما تقدم بأن التفاوت الاقتصادي لأطراف العلاقة العقدية في العقود الإدارية الدولية سواء من حيث صيغة العقد التي كتب بها أو تكلفتها أو نوعيتها من الممكن أن تؤثر سلباً وتثقل كاهل الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من خلال فرض شروطاً أو بنوداً قاسية، مما تجعل تدخل المشرع حتمي لمواجهة تلك الشروط واسعاف الطرف الضعيف في العقود الإدارية الدولية التي غالباً ما تكون عقود إذعان من خلال وضع قواعد أمره لا يجوز الخروج عنها من خلال تحريم الانضمام إلى بعض الاتفاقيات أو تعطيل بعض شروط العقد.

وعلى ذلك لا بدّ من تعريف الشرط التعسفي إذ يعرف بأنه: كل شرط يدرج في العقد أو في أحد ملحقاته ويترتب عليه الاضرار بمصالح وحقوق المتعاقد التي يحميها القانون ويترتب عليه عدم التوازن العقدي لصالح المتعاقد القوي في مواجهة المتعاقد الضعيف الذي لا تتوفر لديه الخبرة أو الدراية التقنية أو الاقتصادية^(٣).

(١) معمر علي نجم، الشروط التعسفية في عقد التأمين، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٨، العدد ٣٨، ٢٠١٩، ص ٧٩.

(٢) زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠٠٩، ص ٤٧.

(٣) حنفي فاطمية، إرادة المتعاقد بين الإطلاق والتقييد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، ٢٠١، الجزائر، ٢٠١٨، ص ١٠٠.

ويعرف الشرط التعسفي أيضاً بأنه: الشرط المحرر بصورة مسبقة من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي والذي يعطية ميزة فاحشة بالنسبة إلى الطرف الآخر إذ ينتج عن ذلك اختلال واضح في حقوق والتزامات أطراف العقد والذي ينعكس بصورة مباشرة على العقد ويؤدي إلى اختلال توازنه^(١)، فأينما كان هذا التفوق موجوداً تكون معه إمكانية فرض شروط تعسفية من الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية وإن غاب هذا التفوق غابت معه إمكانية فرض هذه الشروط مما يجعل المتعاقد يستغل مركزه الاقتصادي إذ ينفرد بوضع شروط العقد مع التيقن بعدم وجود منافس له وهذا ما يحدث غالباً في عقود توريد الكهرباء^(٢).

وفي هذا الصدد لا بدّ من التطرق بالحديث عن أنواع الشروط التعسفية منها شروط تعسفية بذاتها والتي تظهر فيها حالة التعسف عند إدراجها في العقد، إذ تكشف عنها ذاتية الفاظها حيث تأتي متناقضة مع الجوهر ويمكن التعرف على ذلك منذ الوهلة الأولى عند كتابة العقد أما النوع الثاني للشروط التعسفية هي التي تظهر بحكم الاستعمال وهي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد ولكن تظهر في معرض تنفيذ العقد ومن أمثلة الشروط التعسفية شرط الإعفاء من الضمان القانوني كضمان العيوب الخفية أو ضمان التعرض أو الشرط الذي يمنح الطرف القوي حق التعديل في الخدمة أو العقد أو في المواصفات دون تعديل الثمن^(٣).

لذلك عمدت التشريعات محل المقارنة إلى حماية المتعاقد الضعيف في العقد والغاية التي يستهدفها المشرع من وراء ذلك هو من أجل إعادة التوازن للعقود التي اختل توازنها خصوصاً في عقود الإذعان التي يفرض فيها المتعاقد القوي شروطاً تعسفية على المتعاقد الضعيف الذي ليس أمامه إلا أن يسلم بها من دون نقاش^(٤).

استناداً لما تقدم لا بدّ من بيان موقف الدول محل المقارنة من الشروط التعسفية إذ لا بدّ من الإشارة أولاً إلى فرنسا من ذلك فقد عرف الفقه الفرنسي الشرط التعسفي بأنه: "الشرط المعد سلفاً من

(١) د. غمان محمد، الحماية العقدية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ١٣٥.

(٢) تعرف عقود التوريد: "بأنها اتفاق يحصل بين شخصية قانونية عامة ومنشأة أو شخص يتعهد بتوريد أشياء منقولة للحصول على مبالغ مالية محددة" نقلاً عن: د. برهان زريق، عقد التوريد الإداري، ط ١، دون دار نشر، ٢٠١٧، ص ٧.

(٣) د. عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٤٣٥.

(٤) د. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٨.

الطرف القوي بمقتضاه يستطيع جني منفعة فاحشة^(١)، أما في ما يخص موقف المشرع الفرنسي من الشروط التعسفية إذ لم نجد في القانون المدني الفرنسي قبل التعديل لعام ٢٠١٦ أي قاعدة قانونية تمنح القاضي سلطة التدخل بطريقة مباشرة في عقود الإذعان من أجل إعادة التوازن المفقود للعقود إلا في قوانين خاصة بحماية المستهلك حيث نظمت بصورة مباشرة سلطة القاضي بالتدخل لتعديل شروط العقد التعسفية^(٢)، إذ تطرق المشرع الفرنسي للشروط التعسفية في قانون الاستهلاك بموجب المادة (١/١٣٢) من قانون حماية المستهلك رقم (٩٥-٩٦) الصادر في ١/ ٢ / ١٩٩٥ والتي تنص على أنه: "في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها أضراراً بغير المحترفين أو المستهلكين، عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد"^(٣)، إذ بين هذا النص المفهوم الجديد للشروط التعسفي أو المعايير التي من خلالها يمكن احتساب الشرط تعسفياً ، لكن نجد بأن النص المذكور قد تم تعديله جزئياً بموجب القانون رقم (٧٧٦) الصادر بتاريخ ٢٠٠٨/٨/٤ وأن هذا التنظيم التشريعي لسلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية يتناولها نص المادة (١/٢١٢) من قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل بموجب المرسوم رقم (٣٠١) الصادر في ٢٠١٦/٣/١٤ التي عرفت البند التعسفي على أنه: " في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، تكون تعسفية الشروط التي تحدث، بحسب موضوعها أو أثرها، بالنسبة للمستهلك، عدم توازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد"^(٤).

إذ يلاحظ الفقرة أن المشرع الفرنسي في المادة (١٣٢) من قانون الاستهلاك لسنة ١٩٩٥ على أن المعيار الذي جاءت به هو التفاوت أو عدم التعادل الجلي (الواضح) حيث عاد لمعيار الميزة

(١) نقلاً عن: د. الصادق عبد القادر، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، بحث منشور في مجلة أفاق العلمية، المجلد ١١، العدد ١، ٢٠١٨، ص ٤٠.

(٢) لا بد من الإشارة إلى أن غالباً ما يختلط مفهوم الشروط التعسفية بعقود الإذعان وبالحيقة نلاحظ أن البند التعسفي يتميز عن عقود الإذعان في أن عقود الإذعان تعتبر عقود قائمة بحد ذاتها أي تتعلق بتوافق إرادة الطرفين إذ يهيمن الطرف الأقوى اقتصادياً على بنود العقد من غير أن تكون هناك فرصة للطرف الضعيف أن يعدل بنوداً من بنوده أما بالنسبة إلى البند التعسفي فهو بند وارد في العقد المراد إبرامه يغطي في مضمونه جميع المسائل المتعلقة به أو يقتصر على البعض منها أي أنه لا يعتبر عقداً حقيقياً قائماً بذاته.

(٣) الفقرة (١) من المادة (١٣٢) من قانون حماية المستهلك المعدل بموجب المرسوم رقم (٩٥-٩٦) الصادر في ١/٢/١٩٩٥.

(٤) الفقرة (١) من المادة (٢١٢) من قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل بموجب المرسوم رقم (٣٠١) الصادر في ٢٠١٦/٣/١٤.

المفرطة فمفهوم الاخلال الظاهر بالتوازن هو المفهوم نفسه للميزة المفرطة والاختلاف لفظي فحسب من حيث التسمية والتي تؤدي إلى نفس المعنى. ويقوم هذا المعيار على عنصرين، أولهما: التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للمهني وثانيهما الميزة المفرطة أو الفاحشة التي يحصل عليها كنتيجة لذلك ونجد أن هذين العنصران متحدان وتربطهما علاقة سببية، لأن الميزة المفرطة التي حصل عليها إنما نتيجة للقوة الاقتصادية التي يتمتع بها^(١).

إلا أن المشرع الفرنسي قد حسم الأمر من خلال التعديل الأخير بموجب المرسوم رقم (١٣١ - ٢٠١٦) الصادر في ٢٠١٦ بشأن تعديل قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والإثبات في نص المادة (١١٧١) من القانون المدني الفرنسي على أنه: " كل شرط في عقد إذعان ينشئ عدم تعادل واضح بين حقوق والتزامات الأطراف يعتبر كأن لم يكن"^(٢)، وترى الباحثة من خلال نص المادة المتقدمة بأن المشرع الفرنسي قد كفل حماية أكيدة للطرف المدعى في عقود الإذعان في مواجهة الشروط التعسفية التي قد يتضمنها عقد الإذعان ولا شك بأن المنهج المتبع من قبل المشرع الفرنسي بعد التعديل الأخير في مواجهة الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان يتميز بالبساطة وتمكين القاضي من حماية الطرف الضعيف حيث اناط المشرع للقاضي مهمة تعديل ما قد يتضمنه عقد الإذعان من شروط تعسفية أو إعفاء الطرف المدعى منها إذ إن تعديل الشرط التعسفي يعني الإبقاء على العقد مع رفع أوجه التعسف منه بالوسيلة التي يراها القاضي ملائمة مثال على ذلك أن يتضمن العقد شروطاً تتعلق بالمقابل الذي يفرض على الطرف المدعى نظير الخدمة المقدمة التي سيؤديها في عقد العمل فتكون هنا وسيلة التعديل الأنسب هي رفع الإجحاف والضرر عن الطرف المدعى والإبقاء على العقد.

أما بشأن سلطة القاضي التي تتمثل في تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان لمصلحة الطرف الضعيف أو المدعى إذ نص القانون على هذه القاعدة بصورة صريحة من خلال نص المادة (١١٩٠) من القانون المدني الفرنسي الجديد على أنه " في حالة الشك يفسر عقد المساومة ضد مصلحة الدائن ولمصلحة المدين، ويفسر عقد الإذعان ضد مصلحة الطرف الذي وضع شروطه"^(٣).

(١) زينب خالد عبد الله جريو، مصدر سابق، ص ٢٠.

(٢) المادة (١١٧١) من القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦.

(٣) المادة (١١٩٠) من القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦.

حيث قطع المشرع الفرنسي الجدل الذي ثار حول مشكلة تفسير النصوص الغامضة والتي يعترتها الشك عندما يتعلق الأمر بعقود الإذعان^(١).

ترى الباحثة من من خلال ما تقدم ذكره سابقاً بأن المشرع الفرنسي وأن كان قد أقرت وأقر بدور القاضي في مواجهة الشروط التعسفية المدرجة في عقود الاستهلاك وسلطنة بالحكم بإبطالها ولو من تلقاء نفسه إلا أن المشرع لم يكتفي بدور القاضي في مواجهة البنود التعسفية حيث أخذ بعين الاعتبار كثرة العقود وتنوعها وتعدد ما يعترتها من بنود سواء كانت تعسفية أو غير تعسفية وما يلحق بهذه البنود من غموض في كثير من الحالات لذلك لم يكتفي المشرع الفرنسي بتلك السلطة الممنوحة للقاضي في مواجهة تلك البنود وترك القاضي وحدة في هذه المواجهة إنما عمد إلى معاونة القاضي في سياق تلك العقود بآليات أخرى تتمثل في تكوين لجنة فحص البنود التعسفية من خلال دراسة وتحليل الشروط المدرجة في عقود الاستهلاك ومتى ما تبين للجنة واستخلصت بتوافر الصفة التعسفية أصدرت توصيات بمنع إدراجها في هذه العقود، إضافة إلى الأخذ بنظام القوائم لتحديد البنود التعسفية سواء بصفة قاطعة في القائمة السوداء أو غير قاطعة في القائمة الرمادية، أما بالنسبة إلى موقف القضاء الفرنسي من الشروط التعسفية إذ لم يتناولها بتعريف محدد وواضح بعد ما حسم المشرع الفرنسي ذلك الجدل وقام بتعريفه بموجب نص المادة (١/٢١٢) من القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦^(٢).

أما بالنسبة إلى موقف الدولة الأخرى من محل المقارنة المتمثلة بالجزائر من تعريف الشروط التعسفية فقد عرفها الفقه الجزائري على أنه: " كل شرط يدرج في العقد أو أحد ملحقاته ويترتب عليه الإضرار بمصالح وحقوق المستهلك التي يحميها القانون ويترتب عليه عدم التوازن العقدي لصالح المهني أو المحترف في مواجهة المستهلك الذي لا تتوفر لديه الخبرة أو الدراية التقنية أو الاقتصادية"^(٣)، أما بالنسبة إلى موقف المشرع الجزائري فقد أشار إلى الشروط التعسفية بموجب المادة (٧٠) من القانون المدني الجزائري حيث نص على أنه: " يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد

(١) د. أمال بو هنتالة، سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن العقدي لعقود الاستهلاك، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، دون مجلد، العدد ١٤، ٢٠١٧، ص ٢٥٠.

(٢) د. الصادق عبد القادر، مصدر سابق، ص ٤٢.

(٣) نقلاً عن: د. عيبر مزغيش، د. محمد عدنان بن ضيف، الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية، بحث منشور في مجلة الحقوق والحريات، دون مجلد، العدد ٤، ٢٠١٧، ص ١٠٣.

التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها " كما إشارت المادة (١١٠) إلى جزاء إدراج الشروط التعسفية في عقود الإذعان: "إذا تم العقد الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منه، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"^(١)، يتضح من خلال هذه المادة بأن المشرع اعترف صراحةً بسلطة القاضي في تعديل بالتخفيف من الإلتزام الملقى على عاتق الطرف الضعيف أو إبطال الشروط الواردة في العقد مع بقاء على العقد قائماً لاعتبارات معينة تقوم على أساس الاستقرار في المعاملات إلا إذا استحال ذلك^(٢).

إذ نلاحظ بأن المشرع الجزائري من خلال هاتين المادتين قد أشار إلى فكرة الشرط التعسفي إلا أنه ربطه بعقود الإذعان إذ إنه لم يحدد الشرط التعسفي مكتفياً بتبيان الجزاء المترتب على إدراجه في مثل هذه العقود غير ما لبث أن صدر القانون رقم (٠٤-٠٢) لسنة ٢٠٠٤ حيث عرف الشرط التعسفي بموجب المادة (٣) بأنه: " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد"^(٣).

هذه المادة قد حددت المعيار الذي يمكن من خلاله التعرف على الشرط التعسفي وهو الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات المتعاقدين وهو نفس المعيار الذي أخذ به المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك الحالي إذ أعطى المشرع الجزائري للقاضي الحرية المطلقة أو سلطة تقديرية في النظر بطبيعة الشرط من دون تقييده بأي ضابط من الضوابط التي تحد من سلطة القاضي كي يحدد الشروط التي ما يعد منها تعسفية وغير تعسفية وهذا من شأنه أن يحقق أقصى فائدة في حماية المتعاقد الضعيف وخاصة أن للقاضي سلطة إبطال هذه الشروط التعسفية واعتبارها كأنها لم تكن مع بقاء العقد صحيح^(٤)، كما نصت المادة (١١٢) من القانون المدني الجزائري بسلطة القاضي في تفسير

(١) المادة (١١٠) من القانون المدني الجزائري رقم (٧٥-٥٨) لسنة ١٩٧٥ المعدل والمتمم.

(٢) أيمن راحم، إختلال التوازن العقدي وآليات التصدي له، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، ٢٠١٩، ص ٦١.

(٣) المادة (٣) من القانون رقم (٠٤-٠٢) لسنة ٢٠٠٤ المعدل.

(٤) حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإدارة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٧، ص ٤٧.

العبارات الغامضة: " يؤول الشك لمصلحة المدين غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن"^(١).

أما فيما يخص موقف العراق من الشروط التعسفية حيث نلاحظ على حد علمنا لم يكن للفقهاء العراقي موقفاً صريحاً وواضحاً من تعريف الشروط التعسفية، وذلك لأن المشرع العراقي قد أشار إلى موضوع الشروط التعسفية في القانون المدني العراقي بصورة صريحة في عقود الإذعان إذ يتبين ذلك من خلال نص المادة (٢/١٦٧) من القانون المدني العراقي: " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق خلاف ذلك"^(٢).

لذلك نلاحظ أن المشرع العراقي قد عمل على منح الحماية للمتعاقد الضعيف في العقد والغاية من ذلك لتحقيق الاستقرار الاقتصادي والمعرفي والفني خصوصاً في عقود الإذعان التي يفرض فيها المتعاقد القوي بنوداً يسلم بها الطرف الآخر من دون نقاش لضعف مركزه الاقتصادي وذلك بمنح القاضي السلطة في رفع أوجه التعسف التي تشوب العقد إلى الحد الذي يعيد التوازن إلى العلاقة التعاقدية^(٣).

كما منح المشرع للقاضي السلطة بإعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية الواردة في العقد لكن هناك جانب من الفقه يرى بأن منح القاضي سلطة التدخل بالعقد ينطوي على عدم حكمة وعلى مخاطر كبيرة وحبثهم في ذلك أن منح القاضي هذه السلطة بالتدخل في تعديل العقد إنما يؤدي إلى انهدام التوازن العقدي ويحدث بذلك اضطراباً في العلاقات الاقتصادية^(٤).

وترى الباحثة بأنه لا يمكن القول بأن تدخل المحكمة في تعديل عقد الإذعان يؤدي إلى اختلال توازنه، لأن توازن العقد مختل ابتداءً عندما فرض المتعاقد القوي شروطاً تعسفية على الطرف الآخر مما يؤدي إلى كثرة النزاعات وانعكاسها بدوره على التوازن العقدي يؤدي إلى اختلال توازنه اقتصادياً.

(١) المادة (١١٢) من القانون المدني الجزائري رقم (٧٥-٥٨) لسنة ١٩٧٥ المعدل والمتمم.

(٢) الفقرة (٢) من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٣) زينب خالد عبد الله جريو، مصدر سابق، ص ٧٧.

(٤) د. عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٤٦٢.

أما في ما يخص دور القاضي في تفسير العبارات الغامضة بالعقد التي تحتمل أكثر من معنى للحد من الشروط التعسفية تتمثل بنص المادة (١٦٧ / ٣) من القانون المدني العراقي: "ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن"^(١)، التي منحت القاضي سلطة تفسير العبارات الغامضة لمعرفة حقيقة المقصود منها بما يحقق مصلحة الطرف المذعن دائماً كان أو مديناً ونجد أن هذا النص الذي جاءت به المادة أعلاه استثناء من الأصل الوارد فيه بشأن أن الشك يفسر لمصلحة المدين ولهذا الاستثناء مبررات تبناها المشرع العراقي وفي مقدمتها اعتبارات العدالة بين المتعاقدين.

نستنتج مما سبق ذكره ونهيب بالموقف الحسن الذي اختط له المشرع في كل من القانون الفرنسي والجزائري والعراقي وذلك من خلال منح القضاء سلطة واسعة في منع الشروط التعسفية ودفع الضرر عن المتعاقد الضعيف إذ إن هذه السلطة الممنوحة للقاضي بالتدخل لتعديل العقد إنما تهدف إلى حماية المتعاقد الضعيف ومن ثم تحقيق العدالة والمساواة بين الأطراف وعدم ترك المجال لإرادتهم حيث يسعى كل طرف إلى تحقيق مصلحته الخاصة ولو كان على حساب الطرف الآخر فضلاً عن ذلك ترى الباحثة أن موقف المشرع العراقي من الشروط التعسفية نجده قد خرج عن القاعدة المعروفة بأن العقد شريعة المتعاقدين واقفاً إلى جانب المتعاقد الضعيف بهدف تقويته حتى لا يستغله المتعاقد القوي مخلولاً القاضي سلطة التدخل لمواجهة الشروط التعسفية في هذه العقود معيداً التوازن العقدي إلى ميزان العدالة التعاقدية أو على الأقل مزيلاً التفاوت الكبير بين النفوذ الاقتصادي القوي في العقد والطرف الآخر المذعن الذي رضخ لشروطه حيث مكن القاضي من التدخل لمواجهة الشروط التعسفية التي قد تتضمنها هذه العقود.

وعلى ذلك ندعوا المشرع العراقي إلى معالجة القصور التشريعي الذي يشوب المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي كونه يفتقر إلى تحديد المعيار الذي يقوم على أساسه تحديد الشروط التعسفية من عدمها كون معيار العدالة المنصوص عليه في المادة المتقدمة يفتقر إلى التحديد، إذ إنه يشوبه الغموض وغير محدد المعالم، لأن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة مما يجعله عرضة للتغيير بتغيير الزمان والمكان وهذا من شأنه أن يؤدي إلى زعزعة استقرار المعاملات ، إذ ترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة وليس عليه أي قيد إلا ما تقضي به العدالة وعلى وفق ظروف وملابسات كل حالة على حدة ولا شيء يضمن عدم انزلاق القضاء في تفسير الشروط التعسفية.

(١) الفقرة (٣) من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

المطلب الثاني

اختلال التوازن العقدي في مرحلة تنفيذه

قد تتوازن حقوق والتزامات المتعاقد عند إبرام العقد إلا أن ذلك ليس كافياً وإنما يجب أن يستمر هذا التوازن خلال مرحلة تنفيذ العقد أيضاً إذ قد يتعرض العقد إلى اختلالاً كبيراً يترتب عليه أرهاق أحد المتعاقدين وأستفاد الطرف الآخر من هذا الأرهاق، وبناءً على ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول لنظرية الظروف الطارئة كسبب لاختلال التوازن العقدي، والثاني نتطرق فيه إلى بيان الشرط الجزائي كسبب لاختلال التوازن العقدي.

الفرع الأول

نظرية الظروف الطارئة كسبب لاختلال التوازن العقدي

للأهمية المعطاة للعقود وبالإخص العقود الإدارية الدولية ودورها الأساسي والمهم في استقرار وأستمرار التعاملات الاقتصادية والتجارية سواء كان ذلك على الصعيد الدولي أم المحلي، لذلك فقد أحاطت القوانين والتشريعات المختلفة تلك العقود بمجموعة من القواعد القانونية الأمرة وذلك من أجل ضمان حسن تنفيذها على أكمل وجه دون تقصير أو أخلال من قبل أطراف العقد ولعل أبرز تلك القواعد القانونية المنظمة لهذا النوع من العقود هي قاعدة أو مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) إذ تعد هذه القاعدة من أهم القواعد المتعارف عليها في مجال العقود حيث يلتزم أطراف العلاقة العقدية بتنفيذ كل ما ورد في العقد من بنود أو شروط وتنفيذها على أحسن وجه ممكن^(١)، ونجد أن على هذا المبدأ قد وردت بعض الاستثناءات ومنها نظرية الظروف الطارئة لذلك فقد عرفها أحد الفقهاء بأنها: " عقود يتراخى فيها التنفيذ إلى أجل أو آجال ويحصل عند حلول أجل التنفيذ أن تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت بسبب حادث لم يكن متوقفاً فيصبح تنفيذ الإلتزام شاقاً على المدين ومرهقاً له إلى الحد الذي يجعله مهدداً بخسارة فادحة الأمر الذي يجيز للقاضي أن يتدخل ليوزع تبعه هذا الحادث على عاتق الطرفين وذلك برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول"^(٢).

(١) د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مصدر سابق، ص ٤٥٢.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٨٠٤.

وذلك أيماناً بضرورة ووجوب خلق توازن بين أطراف العقد وخاصة في مجال العقود ذات الأمد الطويل أي العقود مترخية التنفيذ التي غالباً ما تتطلب مدة من الزمن من أجل تنفيذها والتي قد يصاحب عملية تنفيذها من احتمال حدوث ظرف طارئ وهذا ما ينطبق على العقود الإدارية الدولية التي يتطلب تنفيذها مدة طويلة من الزمن^(١). وهذا هو العامل الأساسي الذي يزيد من احتمال حدوث طارئ عام لا يمكن توقعه من قبل المتعاقدين مثل الحروب والزلازل، إذ قد تتغير الظروف التي إبرم في ظلها العقد بسبب حادث غير متوقع ولا يد فيه لأي من المتعاقدين يؤدي إلى عدم التعادل واختلال واضح بين الالتزامات اختلالاً فادحاً بحيث يصبح التزم أحدهما مرهقاً ويهدده بخسارة فادحة إذا نفذه على النحو المنفق عليه عندئذ يجوز للقاضي أن يتدخل ليوزع تبعه هذا الحادث على عاتق الطرفين^(٢).

وإذا كانت تلك المتغيرات في الظروف المرافقة للعقد لها أثر واضح وبين في نطاق العقود الداخلية التي تبرم داخل الدولة فإن نطاق هذه المتغيرات تزداد وتصبح أكثر وضوحاً على مستوى العقود الإدارية الدولية العابرة للحدود حيث من الملاحظ أن حركة الاسواق العالمية تتعرض لمتغيرات وظروف استثنائية ملحوظة من وقت إلى آخر لم يكن بالإمكان توقعها تتعكس بصورة مباشرة على العقود الإدارية الدولية منها ظروف صحية كجائحة كورونا إذ أعلنت منظمة الصحة العالمية باعتبارها جائحة تصيب الدول كافة تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي^(٣)، وأن اختلال التوازن العقدي بسبب نظرية لظروف الطارئة لا يقتصر فحسب على الظروف الصحية بل من الممكن أن تكون تلك الظروف أو المتغيرات سياسية كالقرارات التي تصدر من قبل الحكومة المنتمي إليها المتعاقد بحيث تجعل من الصعب تنفيذه للعقد المبرم مع الطرف الآخر، فضلاً عن ذلك فقد تكون الظروف أو المتغيرات تقنية أو فنية كتطور الانتاج بالنسبة لسلعة أو منتج معين بحيث يجعل هذا المنتج أقل سعراً أو أكثر تقدماً مما يترتب على ذلك تغير نوق المستهلكين لذلك المنتج موضوع العقد وبقائه في المخازن من دون تسويق أو قد تكون الظروف المحيطة بالعقد ظرفاً اقتصادياً كوجود أزمة اقتصادية في دولة المتعاقد أو

(١) د. مهنا محمد فؤاد، مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٧٦٦.

(٢) د. وهيب عياد سلامة، دروس في العقود الإدارية مع التعمق "التوازن المالي للعقد وفكرة التعويض غير القائم على الخطأ"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ١٦٧.

(٣) د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٤٤٤.

ارتفاعاً في أسعار السلع سواء كانت الأولية أو المصنعة أو انخفاض القوة الشرائية للنقود أو ارتفاع الأسعار ارتفاعاً يجاوز الحدود القصوى الممكن توقعها بواسطة طرفي العقد لحظة إبرامه وفي صدد تحديد معنى الطرف الطارئ، يجدر بنا التمييز بينه وبين القوة القاهرة إذ يقصد بالقوة القاهرة كل فعل لا شأن لإرادة المدين فيه ولا يمكنه توقعه ولا منعه وبصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلاً^(١).

ومن خلال ما بيناه من تعاريف للطرف الطارئ والقوة القاهرة يتبين لنا أن كلاهما أمر غير متوقع الحصول عند التعاقد ولا يمكن دفعه إلا أنهما يختلفان من حيث إن القانون اشترط في الحدث الطارئ أن يكون عاماً ويترتب عليه تعديل العقد والإلتزام فيه لا يصبح تنفيذه مستحيلاً بل يرهق المدين وخول القاضي سلطة تعديله وعليه رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول عن طريق إعادة النظر في الإلتزامات وأن آثار الحدث الطارئ يكون أقل وطأة على نظام العقد إذ أن نظرية الظروف الطارئة هي نظرية لتوزيع الاعباء على عاتق أطراف العقد نتيجة لتغير الظروف بينما يمكن أن تكون القوة القاهرة حادثاً فردياً أو عاماً ينقضي به الإلتزام لا استحالة تنفيذه ولما كان تنفيذ الإلتزام مستحيلاً استحالة مطلقة فإن ذلك يؤدي إلى فسخ العقد^(٢).

ويشترط للأخذ بهذه النظرية أن تؤدي إلى أصابة المتعاقد بخسائر استثنائية و فادحة تتجاوز الخسائر العادية والمألوفة في العقود الإدارية الدولية بحيث يترتب عليها قلب أقتصاديات العقد بصورة كاملة إذ أن مجرد التغير العادي والطفيف في تنفيذ أحد المتعاقدين للإلتزامات المترتبة عليه بموجب العقد المبرم بين الطرفين لا يكون له أثر واضح ولا يعتد به بل يجب أن تكون الخسائر التي تلحق أحد اطراف العقد خسائر فادحة تتجاوز الحد المألوف في التعاملات^(٣)، إذ إن الطرف الطارئ الذي من شأنه أن يؤدي إلى إعادة النظر في الإلتزامات هو الطرف الذي تتوافر فيه الشروط الآتية:

١- أن يكون الإلتزام التعاقدى متراخي التنفيذ:

إنّ الشرط المتقدم يقصد به وجود مدة من الزمن تفصل بين تاريخ انعقاد العقد وإبرامه وتاريخ تنفيذه سواء كانت هذه المدة طويلة من الزمن أم قصيرة كما هو الحال في العقود الإدارية الدولية المستمرة التنفيذ التي يعتبر الزمن فيها عنصراً جوهرياً إذ تكون مجالاً رحباً لإعمال نظرية الظروف الطارئة، لأن قدرة

(١) د. احمد سليمان شبيب، مصادر الإلتزام، ط٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص١٩٨.

(٢) د. محي الدين علم الدين، أصول القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص٧٥٢.

(٣) د. فؤاد محمود عوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٢٣٤.

المتعاقدين على تنفيذ التزاماتهما تجاه بعضهما البعض تتأثر في العقود التي يدخل الزمن فيها عنصراً جوهرياً حيث يكون كلا الطرفين متفقين على أن بنود العقد ستسير وفقاً للشكل الطبيعي لحياة العقود كما هو الحال في عقود التوريد وعقود النقل. وعلى العكس من ذلك في العقود الفورية التي لا يعد الزمن فيها عنصراً جوهرياً لقياس مقدار الأداء في التزامات الأطراف كعقد البيع إذ يجب استبعادها من نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة كما هو الحال عليه أيضاً في العقود الاحتمالية لأن هذه العقود من المفترض علم المتعاقدين بأنه من الممكن أن تلحق أحدهما خسارة عند إبرام هذا النوع من العقود كعقد التأمين^(١).

٢- وقوع الحادث الطارئ خلال مدة تنفيذ العقد:

بموجب هذا الشرط يجب أن يكون الحادث الطارئ قد وقع بعد إبرام العقد الإداري الدولي وفي أثناء تنفيذه وقبل انتهاء المدة المقررة لتنفيذه، وذلك لأن العقد الإداري الدولي قد يمتد لفترة زمنية طويلة يترتب عليها اخلال واضح في حقوق والتزامات أطراف العقد مما يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد^(٢).

٣- أن يحدث بعد إبرام العقد حادث عام واستثنائي:

يجب أن يكون الحادث عاماً أي ليس خاصاً بالمتعاقدين ذاته بل يشمل عدداً كبيراً من الناس ولا يشترط فيه أن يعم البلاد بكاملها بل يكفي أن يشمل بأثره مجموعة من أفراد المجتمع وبحسب السير المعتاد للأمر حيث يكفي لاكتساب الحادث الصفة العمومية أن يصيب منطقة أو يتعلق بطائفة معينة فضلاً عن ذلك أن يكون الحادث استثنائياً أي من الحوادث التي لا يمكن توقعها ولا دفعها أو تفاديها ولا تندرج في عداد الحوادث التي تتعاقب وتقع وفقاً لنظام معلوم وتعتبر من الحالات الشاذة وغير المألوفة ومن النادر وقوعها إذ لا يعول عليه الرجل العادي ولا يتوقعة أو يدخل في حسبانها ولا يشترط أن يكون وقوع ظرف غير مألوف فقط بل يجب أن تكون الجسامة غير مألوفة أيضاً مثل الحروب والزلازل وأنتشار الأوبئة ومنها ما يكثر وقوعه، إذاً يكون الظرف استثنائياً ويؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلا إذا وصل حدّاً يجاوز المألوف كفيضان عال إلى درجة كبيرة، أمّا بالنسبة إلى موقف الدول محل المقارنة من نظرية الظروف الطارئة فلا بدّ من الإشارة ابتداءً إلى موقف فرنسا من ذلك إذ نجد أن الفقه الفرنسي قد عرفها: "إذا طرأت ظروف عامة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد وكان

(١) د. وهيب عياد سلامة، مصدر سابق، ص ١٧٧.

(٢) حسين الرسول الشيخ الفارزي، أثر نظرية الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، ١٩٩٧، ص ٢٢٧.

من شأنها قلب توازنه وتجعل تنفيذه امراً مرهقاً ولم يكن مستحيلاً ولم يكن في إمكان الطرفين المتعاقدين توقع ذلك الإرهاق فأن للمتعاقد إن يطلب من الإدارة إن تساعده في تنفيذ العقد عن طريق مقاسمته الطرف الطارئ في صورة تعويض يحسب على أساس العجز الذي يتحملة المتعاقد بمراعاة كافة ظروف العقد^(١).

أما في ما يخص موقف المشرع الفرنسي من نظرية الظروف الطارئة إذ نجد أن المشرع الفرنسي أقر وبشكل مباشر مما لا يدع مجال للشك والاجتهاد بنظرية الظروف الطارئة حيث جاء في التعديل الجديد بموجب المرسوم رقم (٢٠١٦.١٣١) الصادر في ٢٠١٦/٢/١٠ من القانون المدني الفرنسي الجديد في الفصل الرابع في موضوع آثار العقد من القسم الأول والخاص ب"آثار العقد بين الأطراف" في المادة (١١٩٥): "إذا حدث تغير في الظروف، غير ممكن التوقع عند إبرام العقد، ترتب عليه أن صار التنفيذ، بالنسبة لأحد الأطراف، مكلفاً إلى حد مبالغ فيه، وأن لم يكن هذا الطرف قد قبل تحمل نتيجة هذا التغير، فيمكن لهذا الأخير أن يطلب من المتعاقد معه إعادة التفاوض بشأن العقد، على أن يستمر في تنفيذ التزاماته خلال إعادة التفاوض، في حالة رفض إعادة التفاوض، أو فشله يمكن للأطراف الاتفاق على فسخ العقد اعتباراً من التاريخ وعلى وفق الشروط التي يحدونها، خلال مدة معقولة، يمكن للقاضي، بناء على طلب أحد الأطراف تعديل العقد أو أنهائه اعتباراً من التاريخ وعلى وفق الشروط التي يحدونها"^(٢).

وترى الباحثة بأن المشرع الفرنسي قد جاء بألية متدرجة لمواجهة الآثار الناشئة عن تغير الظروف من خلال توزيع الأدوار بين أطراف العقد الذي اختل توازنه من جهة وسلطة القاضي من جهة أخرى مع إعطاء الأولوية والأفضلية في مواجهة هذه الآثار لأطراف العقد ومن ثم يكون دور القاضي احتياطياً وتالياً لهذا الدور الأول، إذ نجد أن المشرع الفرنسي قد فضل وذهب مع حل التفاوض بين أطراف العقد من أجل معالجة اختلال التوازن العقدي وجعل الأولوية للحل التفاوضي ثم بعد ذلك اللجوء إلى القضاء في حالة رفض المتعاقدين لإجراء التفاوض في ما بينهما أو في حالة فشل المفاوضات، إذ يأتي دور القاضي بالتدخل لتعديل العقد بعد طلب يقدم من قبل أحد المتعاقدين لحماية التوازن الاقتصادي للعقد وحماية مبدأ العدالة والإنصاف في تنفيذ العقود، وذلك عند حدوث ظروف

(١) نقلاً عن: بركاني صفيان، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفرنسي، رسالة ماجستير، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، ٢٠١٩، ص ٨.

(٢) المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ المعدل.

استثنائية لم تكن متوقعة إبرام العقد لكن نجد أن دور القاضي مقيد على شرط اتفاق المتعاقدين فقط إذ لا بدّ من اتفاقهما على اللجوء إلى القضاء لطلب تطويع العقد حالة فشل المفاوضات.

يتبين في ضوء ذلك بأن المشرع الفرنسي جعل القاضي طرف ثالث في العقد يتوسط المتعاقدين إذ منحة إمكانية إنهاء العقد أو تعديله وأن كان تعديل العقد يتخذ صوراً مختلفة فقد يكون عن طريق وقف تنفيذ العقد مؤقتاً كما قد يحصل عن طريق تعديل مقدار الإلتزام الذي اعتراه الخلل أو رد الإلتزام إلى الحد المعقول^(١).

إذ يلاحظ بأن المشرع الفرنسي قد منح القاضي سلطة إنهاء العقد من خلال نص المادة المتقدمة عندما يجد بأن الحل الأمثل والأفضل لمواجهة الظروف الطارئة إنهاء العقد من تاريخ وعلى وفق الشروط التي يحددها أطراف العقد، أما بالنسبة إلى موقف القضاء الفرنسي من تعريف نظرية الظروف الطارئة فقد عرفها على أنه " الظروف غير المتوقعة التي تحبط كل الحسابات التي يمكن للفرقاء أن يؤديها حين توقيع العقد"^(٢).

أما فيما يخص موقف الجزائر من نظرية الظروف الطارئة لا بدّ من الإشارة إلى موقف الفقه الجزائري في بداية الأمر فقد عرفها الفقه على أنها: "حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية، أو واقعة مادية عامة لم تكن في الحساب ولم يكن في وسعها ترتيب حدوثها بعد التعاقد، ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الإلتزام للمتعاقد يهدده بخسارة فادحة وأن لم يصبح مستحيلاً"^(٣). أما بالنسبة إلى المشرع الجزائري فقد أشار إلى نظرية الظروف الطارئة في المادة (١٠٧) من القانون المدني الجزائري إلى أنه: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي، وأن لم يكن مستحيلاً صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الألتزام المرهق إلى الحد لمعقول، ويصبح باطلاً كل اتفاق خلاف ذلك"^(٤).

(١) د. مجدي الشامي، رقابة القضاء بشأن التعويض وإعادة التوازن المالي للعقد الإداري، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص ١٣٥.

(٢) خليفة خالد، أثر الظروف الطارئة على تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية، بحث منشور في مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد ٧، العدد ٢، ٢٠٢٠، ص ١٧٢.

(٣) نقلاً عن: محمد محيي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الاسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٨٢.

(٤) المادة (١٠٧) من القانون المدني الجزائري رقم (٧٥-٥٨) لسنة ١٩٧٥ المعدل والمتمم.

نجد أن هذه النظرية تنطبق على العقود التي لا يتم تنفيذها فوراً، وإنما يمتد تنفيذها إلى أجل أو إلى آجال وفي خلال هذه الفترة التي تفصل بين انعقاد العقد وبين تنفيذه قد تتغير الظروف التي أبرم في ظلها العقد بسبب حادث غير متوقع ولا يد فيه لأي من المتعاقدين إذ تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي اختلالاً فادحاً^(١).

حيث ترى الباحثة أن المشرع الجزائري قد أجاز للقاضي سلطة التدخل بتعديل العقد وجعله ملائماً للظروف التي طرأت عند تنفيذ العقد ويكون ذلك من خلال رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويكون هذا الرد أما بزيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق ولكن ليس معنى هذا أن يعفى الطرف الضعيف كلياً من الخسارة وإنما فقط الخسارة الفادحة مع بقاء الخسارة المألوفة وتوزيعها على أطراف العقد متى ما كانت متوقعة عند إبرام العقد، أو أن يقوم القاضي بانقاص التزام المتعاقد كتخفيض ثمن شراء سلعة إذا كانت قيمة السلعة مرهقة بالنسبة له، أو وقف تنفيذ العقد لحين زوال الحادث الطارئ متى ما تبين للقاضي أن الحادث الطارئ مؤقتاً وأنه سيزول بعد وقت قصير و لم يتسبب هذا الوقف بخسارة فادحة أو ضرر جسيم للمتعاقد الآخر كمثال على ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى كبير وفي أثناء اقامت هذا المبنى ارتفعت الأسعار ارتفاعاً فاحشاً نتيجة ظرف طارئ إذ يمكن للقاضي في هذه الحالة أن يقضي بإيقاف تنفيذ العقد لحين عودة أسعار تلك المواد كما كانت عليه عند انعقاد العقد وفي هذا الصدد لابد من الإشارة ولفت انتباه القارئ الكريم بأن سلطة القاضي برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول من النظام العام لذلك لا يجوز للأطراف الاتفاق على خلافها أما في ما يخص موقف القضاء الجزائري من نظرية الظروف الطارئة حيث لم يكن له تعريف محدد لتلك النظرية على حد علمنا.

أما على مستوى موقف العراق من نظرية الظروف الطارئة فقد عرفها الفقه العراقي بأنها: " ظروف خارجة عن طرفي العقد وغير ممكنة التوقع عند إبرام العقد قد تطرأ في أثناء تنفيذه وتؤدي إلى اختلال جسيم في التوازن المالي للعقد وتجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا ولكنه ليس مستحيلاً"^(٢).

(١) عرارة عسالي، مصدر سابق، ص ١٨٦.

(٢) نقلاً عن: مصعب أياد ابراهيم الكروي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠٢١، ص ٢٢.

ولا بد من الإشارة أيضاً إلى موقف المشرع العراقي من نظرية الظروف الطارئة إذ نجد أن المشرع العراقي قد نص عليها صراحة في المادة (٢/١٤٦) من القانون المدني العراقي: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدية، وأن لم يصبح مستحيلًا إلا أنه صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول أن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"^(١).

بعد ما كانت القاعدة المطبقة في العقود هي أن العقد شريعة المتعاقدين ومن ثم لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق أطراف العقد أو للأسباب التي يقرها القانون نجد بأن هناك استثناء على هذه القاعدة في الحالات التي تظهر فيها حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تجعل من تنفيذ الإلتزام مرهقا للمتعاقدين وتهدهد بخسارة فادحة جاز عرض الأمر على المحكمة ليتدخل القاضي من أجل الموازنة بين مصلحة الطرفين ورد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول متى ما اقتضت العدالة ذلك"^(٢).

وقد أستخدم المشرع العراقي في النص المادة المتقدمة الذكر عبارة: "... أن تنقص الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول أن اقتضت العدالة ذلك ..." أي أن سلطة القاضي في هذه النظرية تتمثل بالتدخل لتوزيع عبء الظرف الطارئ من خلال ايجاد توازن في شروط العقد لتحقيق مصلحة الطرفين حتى لا نكون أمام تجاوزات فاحشة نتيجة الظرف الطارئ وأن إنقاص الإلتزام المرهق يكون أما من ناحية الكم أو من حيث الكيف ففي هذه الحالة يقوم القاضي برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول وتوزيع الخسارة على الطرفين، لأن تحقيق التوازن الاقتصادي يقتضي من القاضي المقاربة بين مبدأ القوة الملزمة للعقد ومقتضيات مبدأ حسن النية في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية"^(٣).

(١) الفقرة (٢) من المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٢) د. محمد شعبان الدهوي، حق المتعاقد بالتعويض في العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧، ص ١٣٠.

(٣) د. نهى خالد عيسى، سلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، بحث منشور في مجلة القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٩، العدد ١، ص ١٧٨.

لذلك لا بدّ من الإشارة إلى أن سلطة القاضي تتحصر طبقاً لأحكام المادة (٢/١٤٦) من القانون المدني العراقي بأنقاص الإلتزام المرهق إذ لم يأخذ بوسيلة زيادة الإلتزام بقدر الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق أو وقف تنفيذ العقد مؤقتاً لحين زوال الظرف الطارىء حيث إن المشرع لم ينص على هذه الوسيلة على الرغم من كونها وسيلةً ناجحةً لمواجهة الظروف غير المتوقعة كذلك لم ينص على إنهاء العقد بل أكتفى بعبارة أنقاص الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول^(١). ونستنتج مما تقدم ذكره سابقاً أن المشرع في التشريعات محل المقارنة قد أجازت للقاضي أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول من أجل تحقيق الموازنة بين مصلحة الطرفين، لأن القانون وهو في اقراره للنظرية يهدف إلى أمرين، الأول: الإبقاء على العقد، والثاني: توزيع الخسارة بين المتعاقدين تحقيقاً لمبدأ العدالة، ويلجأ القاضي إلى هذه الوسيلة بهدف إعادة التوازن الاقتصادي للعقد الذي اختل توازنه متى ما توفرت شروط نظرية الظروف الطارئة وأن إعادة النظر في تكوين العقد يتم من دون تحديد نسبة مئوية إنما على وفق معايير موضوعية وقواعد عامة منصوص عليها في القانون المدني إذ يجب على القاضي ابتداءً أن يوجد الفرق بين كل من قيمة الإلتزام وقت انعقاد العقد وبين الطرفين وقيمتة وقت حدوث الظرف الطارىء وأن الفرق الناجم عن تلك العملية يمثل الظرف الطارىء.

وترى الباحثة من كل ما تقدم ذكره بأن المشرع العراقي لم يمنح القاضي سلطة إنهاء العقد لمواجهة تلك الظروف الاستثنائية التي تحدث عند تنفيذ العقد كما فعل المشرع الفرنسي حيث تنقيد سلطته بتعديل العقد فقط وذلك من خلال رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول وأن عدم أجازة المشرع العراقي إلى القاضي بفسخ العقد رغبةً منه في إبقاء على العقد وتوزيع الخسارة بين الطرفين من أجل الحفاظ على ما تبقى من مبدأ القوة الملزمة للعقد لذا نرى ضرورة معالجة القصور التشريعي الذي يشوب المادة (١٤٦) في فقرتها الثانية من القانون المدني العراقي بمنح القاضي سلطة فسخ العقد بالإضافة إلى سلطة تعديل في حالة تعذر معالجة الاختلال الذي يصيب التوازن الاقتصادي للعقد والسير وفق منهج المشرع الفرنسي وذلك من أجل حماية العدالة العقدية وتشجيع الاستثمار وحمايته كما نرى من الافضل وحبذا لو أن المشرع العراقي حذا حذو المشرع الجزائري بأستبدال عبارة تنقص الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول بعبارة أن ترد الارهاق إلى الحد المعقول فهذه العبارة أوسع من الأولى

(١) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الإلتزام الإدارية وغير الإدارية، منشأة المعارف، مصر، ٢٠٠٢، ص ١٦٣.

وتمنح القاضي أكثر من خيار لأن القاضي قد يرى أن إعادة التوازن الاقتصادي للعقد لا يتحقق فقط عن طريق انقاص الإلتزام بل من الممكن بزيادة التزامات المتعاقد أو بإيقاف العقد ومنح المتعاقد مهلة من الزمن حتى يزول الظرف الطارئ متى ما وجد أن الأرهاق لا يزول بانقاص الإلتزام فقط.

الفرع الثاني

الشرط الجزائي كسبب لاختلال التوازن العقدي

بادىء ذي بدء إنَّ الشرط الجزائي يعود أصله إلى القانون الروماني إذ إنه يعتبر من خلق وأبتكار الفقهاء الرومان وكان الغرض منه من أجل إعطاء الإلزامية لبعض العقود والاتفاقيات التي لا تتمتع بالقوة التنفيذية فوجود مثل هذا الإلتزام في الاتفاقيات والعقود يلتزم المتعاقد بتنفيذ كل ما يترتب عليه والا تعرض لدفع قيمة الشرط الجزائي^(١).

ولقد أطلق على الشرط الجزائي تسميات عدة منها التعويض الاتفاقي أو الجزاء التعاقدية أو التعويضات الجزائية لكن عبارة الشرط الجزائي حظيت بتفضيل وألوية من قبل الفقه والقانون والقضاء، لأنها ترمز وتشير إلى الشرط الذي يدرج في العقود^(٢).

وفي سياق الفقه حيث عرفه أحدهم "بأنه كل تعويض يقوم المتعاقدان بالاتفاق عليه مقدماً في حال عدم قيام المدين بتنفيذ التزامة كلياً أو جزئياً أو التأخير في تنفيذ ذلك الإلتزام" وهناك من عرفه بأنه "مبلغ جزافي يتم تقديرة من قبل المتعاقدان عن الضرر الذي يلحق المتعاقد الآخر"^(٣). كما عرفه آخر " اتفاق مسبق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن عند امتناع المدين عند التنفيذ أو التأخر فيه"^(٤).

(١) د. سامي منصور، انقاص البند الجزائي وما ينطوي عليه من طبيعة قانونية، بحث منشور في النشرة القضائية اللبنانية، دون مجلد، العدد ١٠، ١٩٧٥، ص ١٣٠٨.

(٢) عبد المحسن سعد الرويشد، الشرط الجزائي وأحكامه في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٥٣.

(٣) نقلاً عن: إبراهيم السيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية، دراسة مقارنة، ط ١، دار الكتب والدراسات العربية، الاسكندرية، ٢٠١٣، ص ٤٦.

(٤) نقلاً عن: د. محمد شكري سرور. موجز الأحكام العامة للإلتزام في القانون المدني المصري، ط ١، دار الفكر العربي، ١٩٨٥، ص ٦٣.

وأيضاً عرف أحد الفقهاء الشرط الجزائي " التعويض الذي يقوم بتقديره المتعاقدان مقدماً بدلاً من تركة للقاضي والذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أو يتفان على مقدار التعويض في حالة تأخر المدين عن تنفيذ التزامه"^(١).

في ضوء عرض كل هذه التعريفات السابقة للشرط الجزائي نجد أنها تتفق وتدور حول فكرة واحدة وهي أن البند الجزائي اتفاق بين المتعاقدين على مقدار التعويض الذي يلتزم به المتعاقد ويستحقه الطرف الآخر نتيجة لعدم قيام المتعاقد بتنفيذ الالتزام المتوجب عليه بموجب العقد بسبب التأخير أو عدم تنفيذ الالتزام كلياً أو جزئياً وقد لا يرد الاتفاق على التعويض عند إبرام العقد إذ من الممكن أن يتم الاتفاق على الشرط الجزائي في اتفاق لاحق للعقد وقبل أن يحدث إخلال من قبل المتعاقد ولا يوجد مانع من أن يكون الاتفاق لاحق على العقد ولكن بشرط أن لا يكون الضرر قد وقع ، لأن الاتفاق الذي يكون بعد وقوع الضرر يكون صلحاً كما أن محل الشرط الجزائي أو محل التعويض الاتفاقي غالباً ما يكون مبلغ من النقود ولكن لا يمنع من أن يكون محلة شيء آخر غير النقود كأن يكون مثلاً القيام بعمل والامتناع عن القيام بعمل^(٢).

إذ يلاحظ أن التعويض الاتفاقي مرتبط ارتباط وثيق بإرادة الأطراف إذ يتم تحديده والاتفاق عليه من قبلهم حيث لا يستطيع أي منهم أن يحتج به في مواجهة الطرف الآخر، وذلك لأن الشرط الجزائي لا يفرض بقوة القانون إنما يتم بإرادة اطرافه حيث إن إرادتهم هي من تنشئة وغالباً ما يقصد المتعاقدان من إدراجهما لهذا الشرط يكون من أجل استبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض والتخلص من عبء أثباته الضرر الذي يتوقف عليه استحقاق التعويض^(٣).

وإذا كان الشرط الجزائي عبارة عن تعويض يستحقه الطرف المتضرر من العقد عند إخلال الطرف الآخر بالالتزامات المترتبة عليه سواء كان الإخلال بعدم التنفيذ كلياً أو جزئياً أو التأخير في

(١) نقلاً عن: د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٨٥١.

(٢) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٥، ص ٤٠٣.

(٣) د. عبد الباقي البكري، د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، دون دار نشر، بغداد، ١٩٦٧، ص ٧٦.

التنفيذ عندئذٍ لابدّ من تعويض عن ذلك الاخلال ولاستحقاق التعويض لابدّ من توافر الشروط اللازمة لذلك من خطأ وضرر وعلاقة سببية^(١).

وما دام الشرط الجزائي هو عبارة عن اتفاق على التعويض الذي يستحق المتعاقد عن اخلال المتعاقد الاخر بتنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد الذي يتم ابرامه بين الطرفين إذ في هذه الحالة لا يجوز الجمع بينه وبين تعويض آخر عند وحدة الضرر حيث لا يجوز للمتعاقد المطالبة في ذات الوقت بالتعويض عن ضرر آخر^(٢).

وفي هذا الصدد لابدّ من القول أنّ البند الجزائي يعتبر التزام تبعي إذ إن المتعاقد لا يحق له مطالبة المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام الأصلي المترتب عليه ما دام تنفيذه ممكناً وهذا هو الهدف الرئيسي والأساسي من أدرج الشرط الجزائي في العقد وذلك من أجل إجبار المتعاقد على تنفيذ التزامة الأصلي وبترتب على بطلان العقد الأصلي بطلان البند الجزائي أيضاً على عكس من ذلك نجد أن بطلان الالتزام التبعي والمتمثل بالبند الجزائي لا يؤدي إلى بطلان الالتزام الأصلي والمتمثل بالعقد ككل^(٣).

وبترتب على ذلك أن الشرط الجزائي سواء كان بنداً مدرجاً في العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق على العقد يجب أن تتوفر فيه شروط انعقاد العقد وشروط صحتها من رضا ومحل وسبب ويجب أن يكون ذلك الرضا خالي من العيوب^(٤).

أما بالنسبة إلى موقف الدول محل المقارنة من الشرط الجزائي حيث لابدّ من الإشارة ابتداءً إلى موقف فرنسا من ذلك، إذ نجد أن الفقه الفرنسي عرفه على أنه: " ذلك الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كعقوبة لعدم قيامه بتنفيذ التزامه أو لتأخره في تنفيذه"^(٥).

أما بالنسبة إلى موقف المشرع الفرنسي من الشرط الجزائي إذ كان المشرع الفرنسي في السابق لم يمنح القاضي أي سلطة لتعديل البند الجزائي إذ لم يكن للقاضي بأي حال من الأحوال تعديل البند

(١) د. محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، ج٢، دون دار نشر، دون مكان نشر، ٢٠٠٥، ص٥٨.

(٢) محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٩٥.

(٣) إبراهيم السيد أحمد، مصدر سابق، ص٦٩.

(٤) لفته هامل العجيلي: المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، الجزء ٥، بغداد، ٢٠١٥، ص١٦٤.

(٥) نقلاً عن: طارق بهاء الدين العياشي، سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي بعقود المقاولات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الاردن، ص٢٠١٦، ص٤٢.

الجزائي سواء زيادة أو نقصان وهذا تأكيد من المشرع لمبدأ ثبات البند الجزائي وعدم جواز المساس به احتراماً للإرادة العقدية ولمبدأ القوة الملزمة^(١).

وفي هذا الصدد نجد أن سلطة القاضي في تعديل البند الجزائي مرت بالعديد من المراحل إذ إجاز المشرع الفرنسي بموجب القانون الصادر في ١٩٧٥ / ٧ / ٩ إلى القاضي سلطة تخفيض أو زيادة المبلغ المتفق عليه متى ما كان واضح المبالغة أو كان تافهاً من خلال إضافة الفقرة الثانية للمادة (١١٥٢) إلى جانب المادة (١٢٣١) من القانون المدني الفرنسي الحديث الذي يجيز للقاضي تخفيض قيمة البند الجزائي متى ما تم تنفيذ جزء من الالتزام الأصلي^(٢).

وعلى الرغم من ذلك نلاحظ أن المشرع الفرنسي لم يكتفي بهذا التطور بتعديل وتنظيم أحكام البند الجزائي بل إضافة إلى ذلك قد سمح المشرع للقاضي مباشرة تعديل البند الجزائي من تلقاء نفسه من دون طلب من المتعاقد بالتدخل بإنقاص البند الجزائي أو زيادته بموجب القانون الصادر ١٩٨٥ / ١٠ / ١١ إذ يبدو واضحاً اتجاه التطور الذي تبناه المشرع الفرنسي من حيث تغلبية لإعتبارات العدالة حتى وأن كان ذلك على حساب مبدأ القوة الملزمة للعقد واحترام الإرادة العقدية وأستمر هذا التطور حتى بالتعديل الأخير لعام ٢٠١٦ حيث إشار إلى سلطة القاضي بتعديل البند الجزائي بموجب المادة (٥ / ١٢٣١) من القانون المدني الفرنسي الجديد لسنة ٢٠١٦.... على الرغم من ذلك، يجوز للقاضي ولو من تلقاء نفسه، انقاص أو زيادة الجزاء المتفق عليه إذا كان باهظاً أو تافهاً بشكل واضح^(٣).

وترى الباحثة أن المشرع الفرنسي قد منح القاضي ولو من تلقاء نفسه سلطة تخفيض البند الجزائي على قدر التنفيذ الجزئي للعقد أو زيادة المبلغ المتفق عليه إذ كان واضح المبالغة فيه أو كان تافهاً من خلال نص المادة المتقدمة وعلى المتعاقد أثبات أن مقدار الضرر يزيد عن قيمة الشرط الجزائي ومتى ما اثبت ذلك حكم له بالزيادة أما إذا لم يستطع أن يثبت ذلك فيحكم القاضي كما هو من دون زيادة في قيمته.

(١) د. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، ط٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص ٢٩٥.

(٢) د. محمد حسن قاسم، العقد، المجلد الأول، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨، ص ٩٥.

(٣) الفقرة (٥) من المادة (١٢٣١) من القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ المعدل.

وبالإشارة إلى الجزائر من الشرط الجزائري نبتداءً أولاً بتعريف الفقه الجزائري إذ عرفه على أنه: " اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفاً التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه"^(١).

أما بالنسبة إلى موقف المشرع الجزائري فقد اكتفى بتأكيد مشروعيته في نص المادة (١٨٣) من القانون المدني الجزائري إذ جاء فيها: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق وتطبق عليه في هذه الحالة أحكام المواد ١٧٦ إلى ١٨١"^(٢).

إذ نجد أن المشرع الجزائري قد منح القاضي سلطة مراجعة الشرط الجزائري من خلال تخفيض قيمة الشرط الجزائري أو زيادته إذا كان مبالغاً فيه أو الأعفاء منه وذلك بموجب المادة (٢/١٨٤) من القانون المدني لجزائري: " يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر" وأن حكم هذه المادة يطبق إذا لم يقم المتعاقد أصلاً بتنفيذ التزامه أو إذا تأخر في تنفيذ العقد وقد انتهى الميعاد المحدد له بموجب العقد ولم يقوم بالتنفيذ أما إذا تحقق الضرر فعلاً للمتعاقد ففي هذه الحالة أن يثبت للمتعاقد الآخر أن التعويض لا يتناسب مطلقاً مع الضرر الواقع فعلاً وينطوي على مبالغة كبيرة (مفرطة) في هذه الحالة يكتفي القاضي بأن يخفض التعويض إلى الحد المعقول لا إلى الحد المساوي تماماً للضرر الواقع وهذا الأمر متروك لسلطة القاضي التقديرية بالإضافة إلى ذلك أجاز المشرع للقاضي إسقاط الشرط الجزائي متى ما وجده بأنه مبالغاً فيه ويعلم المتعاقدين بهذه المبالغة إذ يسقط الشرط ويقدر التعويض وفقاً للقواعد العامة^(٣).

وللتخلص من الشرط نهائياً نصت المادة (١/١٨٤) من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر"^(٤).

(١) نقلاً عن: بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، ٢٠١٨، ص ١٥.

(٢) المادة (١٨٣) من القانون المدني الجزائري رقم (٧٥-٥٨) لسنة ١٩٧٥ المعدل والمتمم.

(٣) عادل عبد الله جعفر، سلطة القاضي في تعديل العقود المالية التقليدية، بحث منشور في مجلة كلية التربية، جامعة طنطا، دون مجلد، العدد ٥٩، ٢٠١٥، ص ١٤٣.

(٤) الفقرة (١) من المادة (١٨٤) من القانون المدني الجزائري رقم (٧٥-٥٨) لسنة ١٩٧٥ المعدل والمتمم.

أما سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي تكون بموجب نص المادة (١٨٥) من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً، أو خطأ جسيماً"^(١).

وترى الباحثة من نص المادة السابقة الذكر أنه متى ما كان التعويض المقدر أقل من الضرر الواقع فعلاً فإنه لا يجوز للمحكمة زيادته حتى يتساوى مع الضرر بل يتوجب على المحكمة أن تحكم به كما هو إلا فقد الشرط الجزائي معناه إلا إذا أثبت المتعاقد بأن المتعاقد الآخر قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيم هذه الحالة فقط يجوز للقاضي أن يزيد قدر التعويض ليتساوى مع الضرر الواقع، وأن هذه السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي جعلها المشرع من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على استبعادها ويقع باطلاً كل اتفاق خلاف ذلك ولا بد من الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يمنح القاضي إمكانية مراجعة الشرط الجزائي من تلقاء نفسه على عكس المشرع الفرنسي الذي منح القاضي هذا الحق بموجب المادة (١١٥٢) من القانون المدني الفرنسي.

أما فيما يخص موقف العراق من تعريف الشرط الجزائي إذ لم نجد تعريف موحد للفقهاء أو القضاء العراقي فقد نص وبصراحة على منح القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي من خلال نص المادة "٢/١٧٠" من القانون المدني العراقي على: "ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه إذا ثبت المدين أن التقدير كان فادحاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة"^(٢).

ونصت الفقرة الثالثة من المادة نفسها المتقدمة: "أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً"^(٣).

فقد أورد المشرع العراقي نص صريح على منح القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي مرجحاً اعتبارات العدالة والتعويض على اعتبارات القوة الملزمة للعقد ومبدأ سلطان الإرادة إذ اختط المشرع العراقي منهجاً

(١) المادة (١٨٥) من القانون المدني الجزائري رقم (٧٥-٥٨) لسنة ١٩٧٥ المعدل والمتمم.

(٢) الفقرة (٢) من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٣) الفقرة (٣) من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

مغايراً لما كان الحال عليه في القانون المدني القديم فمنح القاضي سلطة تعديل العقد إلا أن سلطة القاضي بالتدخل وتعديل قيمة الشرط الجزائي ليست مطلقة بل مقيدة بالحالات التي جاء بها المشرع أولاً من جهة ومن جهة أخرى لا يستطيع القاضي التدخل من تلقاء نفسه بإجراء تعديل لإعادة التوازن إلى العقد وتحقيق العدالة التعاقدية وإنما يشترط لذلك أن يتم بناءً على طلب من أحد طرفي العقد^(١).

وفي هذا الصدد نجد أن المبدأ العام يوجب على القاضي أن يحكم بالتعويض المتفق عليه في العقد من دون زيادة أو نقصان إذ لا يستطيع زيادة مقدار الشرط الجزائي الذي تم الاتفاق عليه بين المتعاقدين حتى لو تجاوز مقدار الضرر الواقع فعلاً إلا في حالتين هو عدم قيام المتعاقد بتنفيذ الالتزام المترتب عليه بسبب راجع إلى غشة وحالة الوفاء المتعاقد بتنفيذ التزامه المترتب عليه بموجب العقد إلا أن هذا الوفاء مقترن بالخطأ الجسيم^(٢).

وقد منح المشرع القاضي سلطة تخفيض مقدار البند الجزائي متى ما تبين للمتعاقد بأنه مبالغ فيه إلى درجة كبيرة بحيث يفوق ويتجاوز مقدار الضرر الواقع فعلاً ويتميز بطابع التعسف والاستغلال أما في ما يخص زيادة البند الجزائي نجد أن المشرع العراقي لم يقرر ابطال البند الجزائي عندما يرتكب المتعاقد غشاً أو خطأ جسيم إنما اجاز للقاضي تعديل البند الجزائي بزيادته ليصبح متناسب مع الضرر الفعلي الواقع إذ إن السلطة الممنوحة للقاضي تمثل ضرورة لمواجهة كل التعسفات التي قد يتسبب فيها التعويض الاتفاقي إذ إن القاعدة الاخلاقية والهدف الاقتصادي يتطلبان بأن يكون هناك تعادل وتتناسب بين الأداءات المتبادلة من أجل التوازن بين الالتزامات العقدية^(٣).

لذلك نرى من الضروري منح القاضي سلطة في زيادة البند الجزائي متى ما كانت نسبة الضرر الحاصل تفوق قيمة هذا البند بنسبة كبيرة وذلك من أجل تحقيق المساواة بين طرفي العقد وعليه معالجة اختلال التوازن العقدي كما فعل المشرع الفرنسي إذ منح القاضي سلطة زيادة البند الجزائي متى ما اثبت المتعاقد أن مقدار الضرر يزيد عن قيمة البند الجزائي وبالتالي معالجة القصور التشريعي الذي يتخلل المادة

(١) زينب خالد عبد الله جريو، مصدر سابق، ص ١٠٧.

(٢) حسني محمد جاد الرب، التعويض الاتفاقي عند عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٠٦.

(٣) د. ريماء فرج مكي، تصحيح العقد، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠١١، ص ٣٨١.

(١٧٠) في فقرتها الثالثة وذلك من خلال منح القاضي سلطة زيادة البند الجزائي متى ما وجد أنه تافهاً ولا يتناسب مع مقدار الضرر الواقع وعدم اقتصارة على حالتين الغش والخطأ الجسيم.

لأن للشرط الجزائي أهمية تتمثل بأنه اتفاق على تقدير التعويض قبل وقوع الضرر وهذا الاتفاق قد يرد في العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق المهم أن يكون قبل وقوع الضرر حتى نكون أمام شرط جزائي وأن تقدير التعويض مقدماً يتجنب الأطراف مشقة الدخول في منازعات وتقاضي تحكم القضاء وتدخل أهل الخبرة.

في ضوء ما تقدم يتبين لنا أن القاضي يقوم بدور ايجابي فعال في مجال المعاملات من خلال تقدم الحماية لأطراف العلاقة التعاقدية مما يتعرضوا له من استغلال وتعسف بحقهم فمتى ما تمتع القاضي بسلطة تعديل العقد سواء كانت تلك السلطة تتمثل بزيادة الالتزام أو تخفيضه أو الأعفاء منه لها فائدة عملية كبيرة تعود على العقد حتى ولو كانت قاصرة على حالات استثنائية إذ سيحد من مظاهر التعسف والاستغلال، لأن كل متعاقد سيسعى إلى تقاضي الاستغلال والتعسف في حق المتعاقد الآخر طالما يعلم بأن للقاضي الحق بالتدخل لإعادة التوازن العقدي للعقد الذي اختل توازنه وتحقيقاً للهدف الذي توخاه المشرع حينما منح القاضي هذه السلطة التقديرية.

الفصل الثاني

آليات التصدي القانونية لاختلال التوازن العقدي

الفصل الثاني

آليات التصدي القانونية لاختلال التوازن العقدي

لقد سعت المنظومات التشريعية الحديثة إلى اضافة آليات وقائية وعلاجية التي تعزز من حماية المتعاقد الضعيف وتحقيق التوازن والمساواة العقدية للعقود الإدارية الدولية في ظل الانفتاح الاقتصادي الذي قام بإغراق السوق بسلع وخدمات لم تكن معروفة من قبل نظرا للتطور الهائل الذي يمر به العالم اليوم، نتج عنه تعدد المنتجات ذات التركيبة المتطورة والمعقدة والتي قد تؤدي في بعض الاحيان إلى الاضرار بالمتعاقد الضعيف، لذلك لابد من حماية المتعاقد عن طريق إيجاد آليات التصدي لمواجهة اختلال التوازن العقدي والتي تختلف عن آليات الموجودة في القانون المدني ، وذلك لأن العقود الإدارية الدولية تتميز عن العقود المدنية بأن مصالح الطرفين متوازنة ومتساوية على عكس العقود الإدارية الغير متكافئة ، إذ يجب أن يتم فيها تغليب الصالح العام على المصالح الفردية الخاصة كون العقود الإدارية الدولية تتعلق بتسيير المرافق العامة باطراد وانتظام لذلك لابدّ احاطتها بالاهتمام اللازم في ظل ما يطرأ عليه من متغيرات تؤثر على العقد برمته من نشأته إلى غاية تنفيذه حيث متى ما اختل توازن هذا العقد ترتب عليه اختلال حقوق والتزامات أطرافه وبالتالي حدوث نزاعات بين أطراف العقد لذلك يتطلع اطرافه إلى عرض نزاعهم إلى قضاء يكون اكثر عدلاً من دون تفضيل طرف على طرف آخر ويكون محط ثقة ورضا لكلا الطرفين لذلك يعد التحكيم الوسيلة المثلى للفصل في منازعات العقود الإدارية الدولية، ومن هذا المنطلق لابد من الحديث عن التحكيم لابرار فعاليته في إحقاق التوازن العقدي خاصة مع زيادة تدخل الدولة في المجال الاقتصادي وأبرمها لكثير من العقود مع الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاصة من رعايا الدول الأخرى بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية وإشباع الحاجات العامة وجذب فرص الإستثمار فالتحكيم يعد وسيلة مساندة للقضاء في حسم الخلافات بين الدولة والمستثمر الأجنبي حيث من المعلوم أن القضاء هو صاحب الاختصاص الإصيل بنظر هذه المنازعات، ولكن نظرا لتراكم القضايا أمام القضاء وبتؤؤ إجراءاته فضلا عن عدم ثقة الطرف الأجنبي المتعاقد مع الإدارة بحياد القاضي الوطني، الأمر الذي أدى إلى ظهور أصوات منادية بحتمية اللجوء إلى التحكيم لتسوية هذه النزاعات مرجحين كفه التحكيم على القضاء الوطني وللحديث عن ما تقدم بشيء من التفصيل إرتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: سنتناول في المبحث الأول آليات التصدي لاختلال التوازن العقدي، أما في المبحث الثاني نتعرض بالحديث به عن موقف النظم من التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

المبحث الأول

آليات التصدي لاختلال التوازن العقدي

إنّ الحديث عن التوازن العقدي في حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة يبدو أمراً بديهياً غير أن هذا التوازن المنشود قد يختل في العقود الإدارية الدولية نظراً لعدم تكافؤ المراكز القانونية لأطراف العقد خاصة في تلك العقود التي نجد أحد أطرافها يتمتع بخصوصية أو ميزة أو وضع اقتصادي أو معرفي أو تكنولوجي قوي مقارنة بالطرف الآخر وعليه سوف نقسم هذا المبحث لمطلبين، نتناول في المطلب الأول آليات التصدي الوقائية، وفي المطلب الثاني آليات التصدي العلاجية:

المطلب الأول

آليات التصدي الوقائية

في هذا المطلب سوف نقوم بالتطرق لاختلال التوازن العقدي قبل أن يتم وقوعه أي توجد أمور وقائية إذا قمنا بتوفيرها سوف نبعد احتمال وقوع اختلال التوازن العقدي ومن أجل التصدي لاختلال التوازن العقدي قبل وقوعه سنقسم هذا المطلب على فرعين، الفرع الأول يتناول توفير بيئة تعاقدية آمنة، والفرع الثاني نبين فيه حماية المستهلك كآلية لضمان عدم اختلال التوازن العقدي:

الفرع الأول

توفير بيئة آمنة للطرفين المتعاقدين

لتحقيق بيئة تعاقدية آمنة بين الطرفين المتعاقدين يجب أن يكون هناك جو تعاقدية آمن ليس مهدد باختلال التوازن العقدي وعلى ضوء التفصيل الآتي:

أولاً- حسن النية:

يعد مبدأ حسن النية من أهم المبادئ العامة التي تسري وتطبق في جميع العقود الإدارية والمدنية على حدٍ سواء ، لأن جوهر هذا المبدأ يتمثل بإزالة جميع أنواع الظلم والاستغلال في العلاقات

التعاقدية بصورة عامة من أجل تحقيق العدالة والمساواة في حقوق والتزامات طرفي العقد وخصوصاً في العقود الإدارية الدولية التي يتطلب تنفيذها مدة طويلة من الزمن لتمتعها بصفة الاستمرارية^(١).

لذلك نجد أن النصوص القانونية برمتها تهدف إلى تحقيق هذا المبدأ نظراً للتطور الحاصل في كافة المجتمعات وانعكاسه بشكل واضح على العلاقات التعاقدية ، لأن التفاوت أصبح كبيراً بين أطرافها وعلى كافة الأصعدة، نتيجة لتطور العلم وتقدم المخترعات واتساع نطاقه سيؤدي ذلك إلى خلق أنواع جديدة من العلاقات لم تكن موجودة من قبل، ومصالح ذات طبيعة معقدة تحمل في طياتها أوسع الفرص والاحتمالات لأضرار الأفراد بعضهم بالبعض الآخر، وهذا الأمر يقتضي منا أن ننظم المبادئ العامة من أجل سد الفراغ القانوني الحاصل^(٢).

ويعني مبدأ حسن النية في العقود مراعاة كل متعاقد مصالح المتعاقد الآخر، وعدم تعمد إلحاق ضرر به، وهذا الأمر يعد الغاية الأساسية والنهائية من وراء إبرام العقود ولعل من أهم مظاهر مبدأ حسن النية على الصعيد القانوني يتمثل بالأمانة في إبرام العقود وفي تنفيذها والتعاون بين المتعاقدين حتى يصلوا بعقدهم إلى أفضل نتيجة وأحسن غاية^(٣). إذ إن مفهوم حسن النية من المفاهيم التي يصعب تحديدها نظراً لعموميتها ومرونتها وتعلقها بوضع المتعاقد الشخصي بهدف تحقيق التكامل بين القانون من جهة والتحلي بالاخلاق والاستقامة من جهة أخرى^(٤).

لذلك يعد مبدأ حسن النية من القواعد الاخلاقية والتي تحولت إلى قاعدة قانونية يؤدي أعمالها إلى تحقيق التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية لذلك أوردت التشريعات الحديثة بوصفها الأداة القانونية التي يستطيع من خلالها القاضي حماية حقوق طرفي العقد، ونجد أن حسن النية يقصد بها عموماً النزاهة والشفافية والتحلي بالأمانة في العقود كافة وفي عقود الاستهلاك على وجه الخصوص وقد حرصت أغلب التشريعات على عدم قيام المهنيين بأستغلال المستهلكين^(٥).

(١) د. عبد المنعم موسى ابراهيم، مصدر سابق، ص ٢٢.

(٢) د. حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود، مطبعة مصر، ١٩٦٠، ص ٧٨.

(٣) جويقلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية أدراد، الجزائر، ٢٠١٧، ص ١٣٤.

(٤) د. حسين عامر، مصدر سابق، ص ٨٨.

(٥) هانيه محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٤، ص ٥٠.

ويعرف مبدأ حسن النية أيضاً بأنه "الابتعاد عن تعمد الاضرار بالغير والغش والتعسف تجاه الطرف الاخر وعدم الاهمال والتقصير في أداء الواجب والأستقامة والتعاون في تنفيذ العقد"^(١).

ونحن من جانبنا نعرف مبدأ حسن النية في مجال العقود بأنه ضرورة أن يتحلى كل طرف من أطراف العلاقة التعاقدية بالصدق والأمانة والإخلاص وأن لا يلمح في تصرفاته أو أفعاله بما ينبىء عن سوء نية بحيث يكون مسؤولاً عن تعويض الأضرار التي تصيب الطرف الآخر جراء التصرف بسوء نية.

إن لمبدأ حسن النية أهمية سواء في مرحلة إبرام العقد أو ما يطلق عليها مرحلة المفاوضات، وكذلك في مرحلة تنفيذه من أجل تحقيق التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية ففي مرحلة المفاوضات أو المرحلة السابقة على إبرام العقد نجد أن القانون قد أوجب على الأطراف المتفاوضة احترام جميع الالتزامات الناشئة عن هذه المرحلة ومن هذه الالتزامات الالتزام بالاستمرار في التفاوض وكذلك الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، وهي التزامات قبل المرحلة التعاقدية لأجل تنظيم المفاوضات والوصول إلى العقد المراد أبرامه بشكل يرضي الطرفين من خلال الحوار والنقاش بكل جدية وصدق وتعاون وأمانة وأخلاص والابتعاد عن الغش والخديعة وأستعمال الغبن إذ إن الالتزام بحسن النية من الالتزامات الرئيسية أما الالتزامات الأخرى فأنها مساعدة لهذا الالتزام أو مكمله له كالالتزام بالاستمرار بالتفاوض^(٢).

ففي ما يخص الالتزام بالاستمرار في التفاوض يتوجب على كل متفاوض أن لا يقوم بالانسحاب من المفاوضات متى ما يشاء وبشكل مفاجيء ومن دون مبرر مقبول أو معقول وبالوقت الذي يحلو له بل يجب عليه أن يتعامل بمرونة، وأن تكون المفاوضات ساحةً للشرف والأمانه والنزاهة وبعيداً عن ساحة الحيل والخداع أو الاكراه ، لأنّ عادة ما يكون المتفاوض في هذه المرحلة قد تكبد نفقات مالية وجهد وضياح وقت من أجل نجاح هذه المرحلة، ولأن الالتزام بالاستمرار بالتفاوض هو التزام ببذل عناية لذلك يجب على كل طرف متفاوض بذل ما في وسعة من أجل نجاح المفاوضات ، لأنه متى ما دخل الأطراف في عملية التفاوض فأن ذلك الأمر سيؤدي إلى خلق حالة واقعية يترتب

(١) د. إدوارد عيد، أثر إنخفاض قيمة العملة على الالتزامات المدنية، دون دار نشر، بيروت، ١٩٩٠، ص ١٣٤.

(٢) د.عزه محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فايروس الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٤، ص ١٣٣.

عليها آثار قانونية تتمثل في ضرورة الاستمرار في عملية المفاوضات بقدر الإمكان للتوصل إلى اتفاق يحسم المنازعة المثارة، غير أن ذلك لا يعنى الالتزام بالتوصل إلى اتفاق إذ إن الالتزام بالتفاوض هو التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة ، إذ لا مسؤولية على من يخرج من دائرة التفاوض طالما يتعامل باستقامة وشرف مع غيره^(١).

أما الالتزام الآخر هو الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات التي يطلع عليها أطراف العقد في مرحلة المفاوضات، و في هذه المرحلة يسعى كل طرف إلى اقناع الطرف الآخر لإبرام العقد مما يضطر إلى الكشف عن كافة التفاصيل و المعلومات والبيانات الدقيقة وخاصة في عقود نقل التكنولوجيا وعقود الامتياز البحري والعقود الصناعية، لذلك يجب على كل المتفاوض أن يتمتع كلياً عن افشاء الاسرار أو نقلها إلى الغير سواء في مرحلة التفاوض او حتى بعد فشل المفاوضات متى ما تعلق الأمر بالمسائل الفنية أو التكنولوجية أو الأسرار الخاصة بالموقف المالي وحجم تعاملات أحد الطرفين وسائر الاسرار الاخرى التي تتصل بالكيان المادي والمعنوي للطرف المتفاوض، إذ إن الالتزام بالمحافظة على السرية المعلومات كمقتضى من مقتضيات حسن النية في إبرام العقود مسألة تختلف باختلاف الظروف والأشخاص وطبيعة الوقائع والأحداث فقد يكون أمر ما سراً في زمان ولا يكون سراً في زمان آخر وقد يكون سراً بالنسبة لأشخاص ولا يكون كذلك بالنسبة لأشخاص اخرين^(٢).

إنّ لمبدأ حسن النية أهمية أيضاً في مرحلة تنفيذ العقد إذ نصت الكثير من القوانين الوضعية صراحةً على هذا المبدأ بما فيها القانون الفرنسي والجزائري والعراقي، وذلك من أجل تنفيذ العقد على أحسن وجه ممكن، حيث حرمت كل فعل أو ترك يتعارض مع هذا المبدأ ومقتضياته، إذ يفرض على كل متعاقد التحلي بالنزاهة من خلال انتفاء نية الأضرار بالغير أو الغش والخطأ الجسيم، لذلك يتوجب على كل طرف أن ينفذ الالتزامات الملقاة على عاتقه وفقاً لمضمون العقد لما له من أهمية بالغة في تحقيق التوازن العقدي، لذلك يعد هذا المبدأ من أهم الوسائل التي يستخدمها المشرع والقضاء لإدخال القاعدة الاخلاقية في القانون الوضعي لكونه وسيلة لتبرير الكثير من النظريات القانونية، كنظرية الظروف الطارئة ونظرية التعسف في استعمال الحق ويفرض هذا المبدأ

(١) د. محمد محي الدين ابراهيم سليم، مصدر سابق، ص ١١٤.

(٢) د. حبيب جبار جواد، الإلتزام بالتفاوض بحسن نية في عقود التجارة الدولية، ط ١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٣، ص ٣٤.

أيضاً على الأطراف المتعاقدة التعاون فيما بينهم ويحاولون التنسيق بين مصالحهم المتبادلة وذلك من خلال التعامل على أساس الاخلاق حتى ولو كانت مصالحهم متعارضة^(١).

أما بالنسبة إلى موقف الدول محل المقارنة من مبدأ حسن النية نرى أنه لا بدّ من الإشارة ابتداءً إلى موقف فرنسا من ذلك إذ نجد على الرغم من محاولة الفقه وضع تعريف موحد ومحدد لمبدأ حسن النية إلا أنه لم يستطع القيام بذلك، لأنه أمر يصعب تحقيقه وذلك لمرونة المفهوم وتغير مضمونه من حيث الزمان والمكان، واختلاط مضمون حسن النية في القانون بالاخلاق وتشابه مبدأ حسن النية بالكثير من المفاهيم والنظريات القانونية الأخرى، أما في ما يخص موقف المشرع الفرنسي من مبدأ حسن النية فلم يورد أيضاً نصاً صريحاً يقرر فيه مبدأ حسن النية في إبرام العقود واقتصر ذكره في مرحلة التنفيذ العقد وذلك بموجب المادة (٣/١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي القديم إذ نصت على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"^(٢).

ويبدو من خلال النص السابق ذكره إن هناك تأكيداً من المشرع الفرنسي على مراعاة مبدأ حسن النية في أثناء تنفيذ العقد لأن هذا الالتزام يعدّ التزاماً جوهرياً و شرطاً أساسياً لنجاح العقد حينما يكون أحد طرفي العقد ضعيفاً في مواجهة الطرف الآخر، أو هناك اختلال في التوازن بين طرفي العقد وهذا ما ينطبق على العقود الإدارية الدولية التي تتميز بعدم التوازن في مراكز أطرافه لذلك يحتل هذا المبدأ حيزاً كبيراً في العقود الإدارية الدولية، لما له من تأثير في نجاح المفاوضات وفي تحديد حقوق والتزامات طرفي العقد ونوع المسؤولية الواقعة على كل طرف في حالة انقطاع المفاوضات أو عدم الاستمرار في تنفيذ العقد بحسن نية وخصوصاً في الصفقات الكبيرة التي من الصعب بل من المستحيل إبرامها من خلال جلسة واحدة إذ لا بدّ من الدخول بشأنها في مفاوضات مكثفة قد تستغرق شهوراً أو سنوات^(٣)، ونظراً لتلك الأهمية لمبدأ حسن النية أطلق المشرع الفرنسي العنان في القانون المدني الفرنسي الجديد الذي صدر في ١٠ أكتوبر لعام ٢٠١٦ وذلك بالزامية هذا المبدأ في كل من مرحلة التفاوض والإبرام والتنفيذ وذلك بموجب المادة (١١٠٤) من القانون المدني الفرنسي الجديد إذ نصت على أنه: "يجب التفاوض على العقود وأبرامها وتنفيذها بحسن نية و

(١) يحيى أحمد، حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة عين الشمس، ٢٠٠٧، ص ٤٤.

(٢) الفقرة (٣) من المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ المعدل.

(٣) حبيب جبار جواد، مصدر سابق، ص ٥٠.

يعد هذا الحكم من النظام العام^(١)، أما على مستوى دور القضاء الفرنسي من تعريف مبدأ حسن النية نجده كذلك لم يضع تعريف محدد لمبدأ حسن النية كما هو الحال عليه بالنسبة إلى الفقه^(٢).

أما فيما يخص موقف الدولة الأخرى محل المقارنة المتمثلة بالجزائر من مبدأ حسن النية إذ نجد أن الفقه قد سكت عن التحليل القانوني الدقيق لمبدأ حسن النية وبالتالي لم يضع تعريف محدد له^(٣)، وفي ما يخص موقف المشرع الجزائري من هذا المبدأ الذي أستمدت من القانون الفرنسي فقد نص عليه صراحة وذلك بموجب نص المادة (١٠٧) من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية"^(٤). أي لا بدّ من توافر حسن النية عند إبرام العقد.

أما بالنسبة إلى موقف القضاء الجزائري من تعريف مبدأ حسن النية تبين لنا أنه لم يضع تعريفاً لهذا المبدأ إلا أنه ألزم المتعاقدين بتنفيذ العقد بأمانة ونزاهة^(٥).

أما بالنسبة إلى موقف العراق من مبدأ حسن النية حيث نجد أن الفقه العراقي كما هو الحال عليه بالنسبة إلى التشريعات محل المقارنة لم يعطي أيضاً تعريفاً لهذا المبدأ لصعوبة صياغة تعريف جامع ومانع وشامل لهذا المبدأ ، لأنه يختلف من مجال إلى آخر ويتغير مضمونه من مكان إلى آخر واختلافه من زمان إلى آخر^(٦)، لكن نجد أن المشرع العراقي قد أخذ بمبدأ حسن النية بصورة صريحة وأمراً وذلك في نص المادة (١/١٥٠) من القانون المدني العراقي: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"^(٧)، لذلك يعد مبدأ حسن النية التزاماً جوهرياً ورئيسياً

(١) المادة (١١٠٤) من القانون المدني الفرنسي لسنة (٢٠١٦) المعدل.

(٢) د. محمد ربيع أنور فتح الباب، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية، مجلة ديالي، دون مجلد، العدد ٦٤، ٢٠١٤، ص ١٨٣.

(٣) نقلاً عن: بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، سنة ٢٠١٣، ص ١٩.

(٤) المادة (١٠٧) من القانون المدني الجزائري رقم (٧٥-٥٨) لسنة ١٩٧٥ المعدل والمتمم.

(٥) زيتوني فاطمة الزهراء، مصدر سابق، ص ٤٣.

(٦) د، أكرم محمود حسين البدو، د. محمد صديق محمد عبدالله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١٣، العدد ٤٩، ٢٠١٦، ص ٤٠٨.

(٧) الفقرة (١) من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

ويجب التقيد به، أما موقف القضاء العراقي من مبدأ حسن النية أيضاً لم يعرف هذا المبدأ على الرغم من أن القانون يرتب أثراً على وجوده^(١).

ترى الباحثة من كل ما تقدم أن الدول محل المقارنة تتفادى وتتجنب وضع تعريف محدد وواضح لمبدأ حسن النية ، لذلك لا بدّ من العودة إلى دور الفقه والقضاء، وعند الذهاب إلى الفقه والقضاء نجدهم لم يعرفوا كذلك هذا المبدأ وحجتهم في ذلك أنه من الصعب تعريف هذا المبدأ ، لأنه يعد ذات مفهوم اصطلاحي واسع وعلى ذلك لا بدّ من الرجوع إلى البواعث والنيات التي تنور عند تكوين العقد أو عند تنفيذه لذلك نمي النفس بأن تقوم الدول محل المقارنة بوضع تعريف جامع وشامل لهذا المبدأ فإذا كانت هذه الفكرة صعبة في معرفتها إلى هذه الدرجة ولا يمكن توضيحها إلى المتعاقدين إلا إذا وصل الأمر إلى القاضي فلا يمكن إقرار مسؤولية المتعاقد عن الإخلال به، لذلك يتضح لنا ضرورة قيام كل من المشرع العراقي والجزائري بمعالجة القصور التشريعي الذي يعترى النصوص الخاصة بهذا المبدأ من خلال النص عليه ليس فقط في مرحلة تنفيذ العقد انما يجب أن يسود جميع العلاقات التعاقدية بدءاً من مرحلة التفاوض مروراً بمرحلتي الابرام والتنفيذ بصورة صريحة لا تحتمل مجالاً للتأويل والتفسير، والسير على خطى المشرع الفرنسي حيث قد عالج هذا القصور مع خلال التعديلات التي طرأت على القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ لأهمية هذا المبدأ في تحقيق التوازن العقدي في العقود كافة وبالعقود الإدارية الدولية على وجه الخصوص لوجود عدم تكافؤ في مراكز اطراف العلاقة التعاقدية.

ثانياً- الالتزام بالإعلام:

يعد الالتزام بالإعلام من أهم التدابير المقررة لحماية المتعاقد في العقود الإدارية الدولية، وأن الغاية منه تقديم بيانات ومعلومات للمستهلك قبل إبرام العقد من أجل تنوير إرادته وتحديد مدى ملائمة المنتج لتلبية حاجاته من عدمه قبل الإقدام على اقتنائه، بسبب التطور الاقتصادي الذي حصل في كافة المجالات حيث أصبح المتعاقد عاجز عن فك رموز وعلامات تصنيع المنتجات ومكوناتها مما يسفر عنه أختلال واضح بين المتعاقدين من حيث الخبرة والكفاءة التي يمتلكها كل منهما لذلك لا بدّ من اعلام وتبصير المتعاقد في العقود الإدارية الدولية بجميع حيثيات وتفاصيل العقد وظروفه، لأنه يعتبر

(١) عبد الحكيم بن عيسى، مبدأ حسن النية في العقد، بحث منشور في مجلة الميدان للعلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد ٤، العدد ١، ص ١٧٥.

وسيلة أمان وحماية للطرف الضعيف ضد المخاطر التي قد يتعرض لها المتعاقد في أثناء التعاقد، لأن الالتزام بالإعلام التزام أخلاقي يقتضي حسن النية والنزاهة لدى المتعاقد عند إبرام العقد فالطرف القوي عليه أن يعلم الطرف الضعيف بجميع العيوب التي تشوب محل التعاقد حتى العيوب الخفية لكي يتم إبرام العقد بصورة صحيحة ويحقق كل طرف الغاية المتوخاة من التعاقد^(١).

أما في الجانب الفقهي فقد حاول بعض الفقهاء اعطاء تعريف للالتزام بالإعلام إذ عرف على أنه: "التزام يتمثل بأحاطة المشتري علماً بمكونات السلعة وخصائصها وبالطرق السليمة لاستعمالها ولفت الانتباه إلى المخاطر الكامنة في السلعة والتوجيه إلى اتخاذ احتياطات معينة في أثناء الاستعمال أو حتى في أثناء الحيازة"^(٢).

ويتضح لنا مما تقدم وجوب بوح المتعاقد في العقود الإدارية الدولية للمستهلك بكل ما يجعله على بينه من عيوب الشيء المبيع، وأدراك خصائصه، وذلك لأن المستهلك عندما يقتني بعض المنتجات ذات الخطورة عند استعمالها كالألات التي تشتغل بالغاز أو بواسطة التيار الكهربائي فإن استعمال هذه السلع لا يقتصر عليه بمفرده إنما يشاركها بها غيره أيضاً، لذلك لا بدّ من تنوير المستهلك بمخاطر الأشياء المباعة ، لأنها تهدد بأمكانية حدوث اختناق بسبب الغاز أو الموت نتيجة الصعقة الكهربائية في حالة عدم تزويد المستهلك بالمعلومات اللازمة^(٣).

ونجد أن الالتزام بالإعلام على عدة درجات متفاوتة حيث قد يكون مجرد كلمة، أو ممكن عبارة مفسرة، أو قد يمتد إلى تحذير مفصل وممل للمستهلك عن المنتج، أو يكون على شكل ملاحظات لا قيمة لها، لذلك لا بدّ من تزويد المتعاقد بكافة المعلومات اللازمة عن المنتج ويترك له الخيار بعد ذلك بأبرام العقد من عدمه لتحقيق التوازن العقدي بين الطرفين في العقود الإدارية الدولية^(٤).

-
- (١) د. يلس آسيا، الالتزام بالإعلام في عقد البيع الاستهلاكي، دار الجامعية الجديدة، الجزائر، ١٩٤٥، ص ١٨.
- (٢) د. سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٠، ص ٤١، وكذلك: د. محمد مرسي زهرة، الحماية المدنية الالكترونية، ط ١، دار النهضة العربية، مصر، ص ٨٣.
- (٣) د. سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح بالعقود، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠، ص ٨.
- (٤) بن سالم المختار، الالتزام بالإعلام كألية لحماية المستهلك، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٨، ص ٣١.

وأن المعلومات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة في العقود الدولية لا بد أن تتميز بالدقة وذلك بصياغتها بعناية وأحتوائها على كل البيانات اللازمة التي يحتاجها المستهلك إذ يجب إعلامه بالمعلومات والبيانات اللازمة كافة المتعلقة بالعناصر الأساسية والثانوية الدافعة إلى التعاقد حتى يصل الأمر غالباً إلى إعلام المستهلك بالقوانين التي تكون متعلقة بحمايته حتى يتمكن من العودة إليها قبل إبرام العقد لكي لا يكون المستهلك ضحية الغش والتقليد لضمان كافة العيوب الخفية التي لا يعلم بها المستهلك إذ يجب إن يكون الإعلام كافياً وواقعياً وليس كافياً فقط حيث لا يكفي الإعلام الموجز أو الإعلام المقتضب إنما يجب أن يكون شاملاً لتوفير الطمأنينة للمستهلك والتي تمنع من قيام الغلط والتدليس في جانب إرادة أطراف العقد وخصوصاً الطرف الضعيف^(١)، واستناداً لما تقدم هناك خصائص عامة للإعلام:

١- **الوقائية:** يتبلور الدور الوقائي للالتزام بالإعلام من خلال حماية العقود المبرمة من دواعي الانهيار والإبطال بعد قيامها، حيث يقوم المهني أو المحترف بتزويد المستهلك بجميع المعلومات اللازمة عن محل العقد وتبصيرة بذلك أثناء وبعد إبرام العقد، لأن كل ذلك يؤدي إلى حماية ووقاية العقد من الحكم عليه بالبطلان وخاصة في مجالي التدليس والغلط^(٢).

٢- **العمومية:** لا يقتصر الالتزام بالإعلام على عقد معين من العقود إنما يجب أن يتبع في جميع العقود التي يكون محلها سلع وخدمات، لكن الواقع العملي قد بين واطهر عن أهمية وجود هذا الالتزام في العقود الاستهلاكية أكثر من غيره من العقود وأن أهمية هذا الالتزام تتفاوت حيث يأخذ القضاء في نظر الاعتبار طبيعة محل العقد إذ نجد أن القضاء يتشدد في هذا الالتزام خصوصاً إذا كان محل العقد من المنتجات ذات الخطورة أو المنتجات المعقدة^(٣).

٣- **الاستقلالية:** يعد الالتزام بالإعلام التزاماً قائماً بحد ذاته لا يشبه غيره من الالتزامات التي تكاد تكون مشابهة له، إذ أقرت التشريعات الحديثة هذا النوع من الالتزام من أجل ولصالح حماية المستهلك الذي ينوي إبرام عقد مع المستهلك لخلق نوع من التوازن المعرفي بينهما وتحقيقاً للتوازن العقدي أيضاً فالسكوت وعدم الالتزام بالإعلام يعتبر إخلال في العقد^(٤).

(١) د. حجازي محمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد وتطبيقاته على العقود الالكترونية، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، دون مجلد، العدد ٨، ص ٤٠.

(٢) د. خالد جمال، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٨، ص ٣٣٧.

(٣) د. عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص ١٩٦.

(٤) بن سالم المختار، مصدر سابق، ص ٣٥.

أما بالنسبة إلى موقف الدول محل المقارنة من الالتزام بالإعلام لابدّ من الإشارة إلى موقف فرنسا إذ نجد أن الفقه الفرنسي لم يعرف الالتزام بالإعلام بصورة صريحة نظراً للحداثة النسبية لهذا الالتزام فأن محاولة تعريف محدد لا تخلو من الصعوبة فلم يستقر الأمر على وضع تعريف دقيق له من قبل الفقه^(١)، أما بالنسبة إلى موقف المشرع الفرنسي من الالتزام بالإعلام فقد تضمن قانون الاستهلاك الفرنسي على هذا الالتزام وذلك بموجب نص المادة (١/١١١) التي جاء فيها: "يجب على كل مهني بائع أموال أو مقدم خدمة، قبل إبرام العقد، أن يمكن المستهلك من التعرف على الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة"^(٢).

ترى الباحثة في ضوء تحليل نص المادة السابقة بأنه لا يجوز لأطراف العلاقة العقدية أن يقوموا بوضع حدود لتنفيذ هذا الالتزام أي الالتزام بالإعلام، كما أيضاً منعهم من تقييد أو استبعاد هذا الالتزام وذلك من أجل ضمان استقرار المعاملات، إذ يمتد الالتزام بالإعلام ليشمل ضرورة تقديم كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بمحل العقد والتي من الممكن أن تؤثر على إرادة المتعاقد الآخر حتى ولو كانت تلك المعلومات والبيانات من السهولة الحصول عليها حيث يجب على كل طرف أن يفضي بالمعلومات التي تكون بحوزته إلى الطرف الآخر وأن يعلمه بكل حدث قد يؤثر على تنفيذ التزاماته إذ إن العقود الإدارية الدولية تمتد لعدة سنوات كعقد بيع الغاز وعقود التكنولوجيا لذلك يلتزم الأطراف بتقديم المعلومات عن محل التعاقد من أجل إبرام العقد وتنفيذه على أحسن وجه ممكن لتحقيق الهدف من العقد.

أما في ما يخص موقف القضاء الفرنسي من الالتزام بالإعلام كذلك لم يتناوله بالتعرف إنما أكد على التزام المتعاقد بتقديم كافة المعلومات والبيانات الضرورية المتعلقة بمحل التعاقد إذ نلاحظ أن القضاء الفرنسي لم يقتصر على استعمال مصطلح واحد للدلالة على الإعلام وإنما استعمل مصطلحات أخرى كمصطلح النصح ومصطلح لفت الإنتباه^(٣).

أما بالنسبة إلى موقف الجزائر من الالتزام بالإعلام إذ نجد أن الفقه الجزائري عرفه بأنه: "إلتزام عام يغطي المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك ويوجب بالإدلاء بالمعلومات

(١) نقلاً عن: رشيد شمشيم، ليليا قايدي، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، بحث منشور في مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد ٦، العدد ١، ٢٠٢٢، ص ١٣٦.

(٢) الفقرة (١) من المادة (١١١) من قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل بموجب المرسوم رقم (٣٠١) لسنة ٢٠١٦.

(٣) د. سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح بالعقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٢.

والبيانات اللازمة كافية لإيجاد رضا حر وسليم لدى المستهلك^(١)، أما بالنسبة إلى موقف المشرع الجزائري من الالتزام بالإعلام تناوله بوصفه التزاماً أخلاقياً فالطرف القوي عليه أن يعلم المتعاقد الآخر بكل شيء عن محل الالتزام حتى العيوب الموجودة فيه ، لأنه يهدف إلى سلامة المستهلك وهذا هو المبتغى المراد الوصول إليه، ومن بين النصوص التي تفرض الالتزام بالإعلام نص المادة (١٧) من القانون رقم (٠٩ - ٠٣) المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش إذ نصت على أنه: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى"^(٢)، وإيضاً نص المادة (١٨) من القانون ذاته حيث تنص على أنه: "يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساساً وعلى سبيل الإضافة ويمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين وبطريقة مرئية ومقروءة ومنعذر محوها"^(٣)، ترى الباحثة مما تقدم تأخر المشرع الجزائري في تنظيم الالتزام بالإعلام إذ ذكر آليات اعلام المستهلك حتى يتحصل على المعلومات على سبيل المثال وليس الحصر أما بالنسبة للقضاء الجزائري حيث لم يقوم بتعريف الالتزام بالاعلام تاركاً ذلك الأمر للفقهاء^(٤).

أما على مستوى موقف العراق من الالتزام بالإعلام إذ نلاحظ أن بعض الفقهاء العراقيين قد عرفوا الالتزام بالإعلام على أنه: "الالتزام الذي ينشأ بمرحلة تكوين العقد وبموجبه يقع على عاتق كل طرف فيها أن يعلم أو ينبغي عليه أن يعلم ببيانات تتصل بمحل العقد أن يعلم المتعاقد الثاني بها الذي لا يملك معرفة أو ليس بمقدوره معرفتها"^(٥).

(١) نقلاً عن: د. خالد موسى توني، الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات الخادعة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٦٦. وكذلك: دمعي العيد، الالتزام بالاعلام في العقود الاستهلاكية الالكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، ٢٠٢٠، ص ١٠.

(٢) المادة (١٧) من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم (٠٩-٠٣) لسنة ٢٠٠٩.

(٣) المادة (١٨) من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم (٠٩-٠٣) لسنة ٢٠٠٩.

(٤) سميرة زايد، الإلتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن مهيدي، الجزائر، ٢٠١٦، ص ١٤.

(٥) نقلاً عن: د. نزيه محمد الصادق المهدي، الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ١٥ وكذلك: أيوب يوسف سالم محمد، الإلتزام بالإعلام في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ٢٠١٤، ص ٧٠.

أما بالنسبة إلى موقف المشرع العراقي إذ خلا من نص يوجب الالتزام بالإعلام حيث لم يقوم بتعريفه ، لأن الفقه العراقي يرى بأنه لا توجد نصوص قانونية تنظم الالتزام بالإعلام في نظرية متكاملة وشاملة وأن هذا الالتزام يجد أساسه في المبادئ العامة للقانون وفي مقدماتها مبدأ حسن النية حيث من الممكن الاستناد إلى نص المادة (٢/١٥٠) من القانون المدني العراقي النافذ التي تنص على أنه: " لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"^(١).

كذلك الحال بالنسبة إلى القضاء العراقي لم يتناول تعريف الالتزام بالإعلام^(٢).

ترى الباحثة من كل ما تقدم أن التشريعات محل المقارنة أغفلت وضع نص قانوني عام وصريح يبين أحكام الالتزام بالإعلام في العقود الإدارية الدولية وجزاء الاخلال به بيد أن ذلك لا يعني تحلل المتعاقد من الالتزام بالإعلام بل يبقى ذلك الالتزام قائماً ومرتكزاً في وجوده على عدة أنظمة قانونية منها ما ورد ضمن القواعد العامة في القوانين.

الفرع الثاني

حماية المستهلك

لا شك أن موضوع حماية المستهلك من المواضيع الشائكة والصعبة والمعقدة والتي تؤدي إلى آثاره الكثير من الإشكالات، فمن ناحية الأولى أن هذا الموضوع متطور ومتحرك ولا يمكن ضبطه، ومن ناحية ثانية فهناك مبادئ ومسلمات قانونية يصعب تجاوزها دعماً للمستهلك الذي نجده يقف حائراً أمام غش وفساد من قبل المنتج أو المحترف وقلة وعي من قبل المستهلك بالسلع والمنتجات ولعل أهم ما يميز قواعد حماية المستهلك في العقود الإدارية الدولية هو شمولية وعمومية قواعدها والعدالة لموازنة حقوق وواجبات المتعاقد المحترف مع المتعاقد الآخر، فهي تحمي كل طرف ضعيف في مواجهة الطرف القوي الذي يستطيع أن يملئ عليه شروطه وعلى ذلك فإن حماية المستهلك ليس

(١) الفقرة (٢) من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٢) محمد فواز صباح، أهمية الالتزام بالإعلام في التعاقد الإلكتروني، بحث منشور في المجلة العلمية لجامعة جيهان، المجلد ٤، العدد ١، ٢٠٢٠، ص ٥٧.

غاية في حد ذاتها تبرر كل وسيلة توصل إليها وليس الأمر صراعاً بين المستهلك والمهني بقدر ما هو ضبط للتوازن العقدي بينهما^(١).

لذلك لا بدّ أن ينال المستهلك من الحماية قدر المستطاع ، لأنه الطرف الضعيف في العلاقة العقدية في العقود الإدارية الدولية، حيث غالباً ما تكون خبرته أقل من المتعاقد الآخر وهذا ينتج عنه اختلال في التوازن العقدي وهيمنة طرف على الطرف الآخر الذي يكون في مركز اقتصادي ضعيف وهذا ما حث عليه الفقه من خلال التوجه لحماية المستهلك فظهر اتجاهان في هذا الصدد، الاتجاه الأول يضيق من تعريف المستهلك والاتجاه الثاني يوسع من تعريفه^(٢).

بالنسبة إلى الاتجاه الضيق الذي ذهب له جانب من الفقه إذ عرف المستهلك "بأنه من يتزود بسلع أو خدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية إذا لم يتعلق بأعمال مهنته سواء كان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً وسواء كان مهنياً أم لا" أو "أنه الشخص الذي يجري تصرفاً قانونياً قاصداً الحصول على مال أو خدمة"^(٣).

إذ يفهم من التعريف أعلاه بأن هذا الاتجاه يأخذ بمعيار الانتفاع من السلع والخدمات لإضفاء صفة المستهلك، ويترتب على ذلك بأن الشخص الذي يجري تصرفاً قانونياً من أجل الحصول على سلعة أو خدمة بقصد بيعها والحصول على ربح وليس لإشباع حاجاته الشخصية لا يمكن اسباغ عليه وصف المستهلك كونه سيخرج السلعة أو الخدمة من حيازته مرة أخرى إذ وصل التشدد حسب هذا الاتجاه في تضيق مفهوم المستهلك إلى استبعاد صفة المستهلك من كل شخص يتصرف بالسلع والخدمات لأغراض مهنية حتى ولو كان بشكل أو بصورة جزئية^(٤).

(١) د. هيثم حامد خليل المصاروة، د. أحمد عبد الرحمن، حماية المستهلك في العقود الإلكترونية، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، السعودية، ٢٠١٥، ص٩.

(٢) د. شريف لطفي، حماية المستهلك في اقتصاد السوق، ط٢، دار الشروق، مصر، ١٩٩٤، ص٢٠.

(٣) عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، اطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٩، ص٨. وكذلك: د. محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص٩٩.

(٤) حسن عبد الباسط جمعي، حماية المستهلك في مصر بالمقارنة أوضاع الحماية في دول السوق الأوروبية والشرق الأوسط، ط١، دار الفكر، مصر، ١٩٩٦، ص١٥.

حيث من الممكن أن يشمل الأشخاص الاعتبارية كما هو الحال بالنسبة إلى الجمعيات التي تقوم بممارسة بعض الأنشطة الغير مهنية والتي لا تهدف إلى تحقيق الربح^(١).

أما الاتجاه الثاني الذي يوسع من مفهوم المستهلك إذ عرف المستهلك " بأنه يشمل أي شخص يبرم تصرفات قانونية من أجل استخدام أو حيازة سلعة أو خدمة لأغراض الشخصية أو لأغراض مهنية" أو " كل شخص يتعاقد من أجل الاستهلاك " مثال على ذلك المهني الذي يبرم عقد من أجل الحصول على سلعة أو خدمة ممكن أن تكون خارج نطاق اختصاصه ولكنها تخدم مهنته كالتبيب الذي يقوم بشراء الأدوات والأجهزة اللازمة من أجل القيام وممارسة مهنة الطب وأيضاً يشمل الشخص المعنوي الذي يتعاقد من أجل الحصول على سلعة أو خدمة لا خبرة له فيها مع تعاقد يكون متخصص في هذا المجال أي أنه يعتبر مستهلك ويدخل تحت الحماية القانونية كل من يقوم بأبرام تصرف لأشباع حاجاته الشخصية أو المهنية^(٢).

ومن خلال الشرح المتقدم ذهب هذا الاتجاه إلى حصر مفهوم المستهلك في كل من يتوافر فيه الشرطين:

الشرط الأول:- أن يكون المستهلك قد حصل على المنتج أو الخدمة لأستخدامه الشخصي أو المهني.

الشرط الثاني:- أن يكون محل العقد الذي من أجله تم أبرام العقد الاستهلاكي أما منتجاً أو خدمة^(٣).

وبناءً على ما تقدم فقد ثار جدل حول من يستحق الحماية هل هو المستهلك بمفهومه الواسع أو المستهلك العادي، وقبل الإجابة على هذا التساؤل وحل الجدل المتقدم لابدّ من التعرّيج على تعريف حماية المستهلك و المقصود به "المجهودات التي تبذل لوضع المشتري على قدم المساواة مع البائع، وذلك عن طريق تبصيره بخصائص ومميزات العقد الذي سيقبل عليه نتيجة الحاجة الماسة إلى تلك

(١) سويلم فضيلة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، ٢٠١١، ص١٦.

(٢) د. السيد محمد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص٦. وكذلك: د. عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص٢٥.

(٣) سعدي عبد القادر، آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، الجزائر، ٢٠١٦، ص١١.

السلع والخدمات، فالمستهلكين يرغبون في معرفة ما الذي يشترونه وما الذي يأكلونه، وما هي مدة صلاحية المنتج المستعمل، وما إذا كان المنتج آمناً عند استخدامه من طرف المستهلك وغير ضار بالبيئة وما إلى ذلك، فضلاً على أن المستهلكين لا يريدون أن يخدعوا أو يغرر بهم، أي توفير الأمان لهم بمعناه الشامل تحقيقاً لمقومات الحد الأدنى من الحياة الكريمة^(١).

وبالعودة إلى الاجابة على الجدل المتقدم أعلاه إلى أن من يستحق الحماية هو المستهلك العادي وليس المحترف في العقود الإدارية الدولية وذلك مراعاة لقلة خبرته وسهولة استغلاله من قبل المهني المحترف، وذلك لأن المستهلك المحترف لا يستحق تلك الحماية استناداً إلى مبدأ أن المحترف غالباً ما يكون قد اعتاد على إبرام مثل هذه العقود على عكس المستهلك العادي الذي لا يمتلك مثل هذه الخبرة والكفاءة والمعرفة الفنية والتكنولوجية للسلع والخدمات وصعوبة التأكد والتحقق من مطابقتها للمواصفات التي يرغب بها والمتفق عليها في العقد المبرم بين الطرفين^(٢).

وذلك بسبب التطور الذي حصل في عرض السلع والخدمات في العقود الإدارية الدولية من ناحية والإعلام والترويج والدعاية وسيطرة الطرف القوي من ناحية أخرى، نظراً لما يتمتع به الأخير من الخبرة المهنية مقارنة بالمستهلك الذي لا يكون أمامه إلا أن يقبل العقد بكل شروطه أو يرفض العقد دفعه واحدة، لذلك لابدّ حماية المستهلك في مجال العقد الإداري الدولي الذي يكون أحد أطرافه في مركز ضعيف وآخر في مركز اقتصادي قوي إذ يؤدي ذلك إلى اختلال في التوازن العقدي واللامساواة بين المستهلك والمحترف ومحاولة تحقيق نوع من التوازن والمساواة بينه وبين المحترف وإعادة ذلك التوازن الذي اختل، ولما كانت العقود الإدارية الدولية تتعلق بالسلع والخدمات التي تمس جميع هذه العناصر الأمر الذي يوجب على السلطة الإدارية بالدولة القيام بفرض مجموعة من الاجراءات الإدارية الغاية منها منع أي نشاط يمس النظام العام في المجتمع، ويعد الضبط الإداري أحد أهم واجبات الإدارة وذلك لحماية النظام العام في المجتمع والمتمثل بعنصرة الأمن العام، الصحة العامة، السكنية العامة^(٣).

(١) زويبير أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، ٢٠١١، ص ٣.

(٢) د. خالد عبد الفتاح، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٢٤.

(٣) راضي عبد المعطي علي السيد، الاتجاه الى خلق نظرية عامة في القانون الإداري لحماية المستهلك، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة اسبوط، ٢٠٠٢، ص ١٠.

إذ الإدارة صاحبة الاختصاص الأصيل ولها الدور الفعال بمهمة تطبيق الفعلي للقوانين التي تهدف إلى حماية المستهلك، لأنها الجهة المنوط بها تنفيذ هذه القوانين من جهة، وقدرتها على ضمان سلامة تنفيذها بما يحقق الحماية على أرض الواقع من جهة أخرى^(١).

وتعد الحماية الإدارية للمستهلك وقائية إذ تقوم بمراقبة حركة السوق من خلال أجهزتها الإدارية المتعددة والموظفين الذين يقومون بزيارة أماكن التصنيع لضبط الخلل في معايير السلامة والجودة وضبط المخالفة فالسلطة الإدارية مسؤولة من خلال اللوائح والقرارات الإدارية التي تصدرها إذ تعكس تدخل الدولة المباشر في النشاط الاقتصادي^(٢). بسبب أن المستهلك الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية في العقود الإدارية الدولية وحالته تنتقل من سيء إلى أسوأ نتيجة الظلم والتعسف، وانتشار الخداع والاستغلال وغياب التوازن بين المتعاقدين إذ قد يحتاج المستهلك لسلعة معينة بصورة ضرورية وبالتالي يخضع لشروط غير عادية ومجحفة وهذا ما يؤدي إلى اختلال التوازن بينه وبين المهني أو المحترف الذي يقدم السلعة أو الخدمة باعتبار أن هذا الأخير الطرف الأقوى اقتصادياً وهو الذي يفرض شروطه على المستهلك^(٣).

أما بالنسبة إلى موقف الدول محل المقارنة من تعريف المستهلك لا بدّ من الإشارة إلى موقف فرنسا إذ نجد أن الفقه الفرنسي اعتمد كلا الاتجاهين الموسع والضيق، وكان الاتجاه الموسع هو السائد منذ البداية من أجل تحقيق العدالة لكن هذا الاتجاه جعل حدود حماية المستهلك هشة بشكل خاص، ومن أجل توفير اليقين القانوني والدقة في هذا المجال أصبح الرأي الراجح في الفقه الفرنسي هو الاتجاه الضيق إذ يعد المستهلك في نظر الفقه الفرنسي هو: " كل من يتزود بسلع أو خدمات أيّاً كانت وسيلة التعاقد لإشباع حاجياته الشخصية أو العائلية إذا لم تتعلق بأعمال مهنته سواء كان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً، وسواء كان مهنيّاً أم لا^(٤)، أما في ما يخص موقف المشرع الفرنسي من تعريف المستهلك إذ يلاحظ أن قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة ١٩٩٣ وتعديلاته

(١) سلامي خديجة، العولمة الاقتصادية، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد ١٢، العدد ١، ٢٠٢٠، ص ٣٠٠.
(٢) حساين حفيظة، حدود نشاط الضبط الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، ٢٠٢١، ص ٢٩.
(٣) د. شريف لطفي، مصدر سابق، ص ٢١.
(٤) نقلاً عن: يوسف شندي، المفهوم القانوني للمستهلك، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، دون مجلد، العدد ٤، ٢٠١٠، ص ١٩٠.

بالمرسوم رقم (٧٤١ / ٢٠٠١) لم يقوم بتحديد مفهوم المستهلك أو المهني، ويبرر سبب ذلك بأن تعبير المستهلك أو المهني يمكن تعيينهما من خلال القوانين الأخرى ذات العلاقة أو الصلة بحماية المستهلك إلا إنه وبتعديل قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة ٢٠١٤ نصت المادة (٣) منه على تعريف المستهلك بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص يتصرف لأغراض لا تدخل في نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي، الحر بما في ذلك عندما يتصرفون باسم ولحساب مهني آخر"^(١)، وبالتعديل الجديد لقانون الاستهلاك الفرنسي لعام ٢٠١٦ أبقى المشرع على التعريف نفسه، إلا أنه أضاف النشاط الزراعي للتعديد المذكور في المادة السابقة المتعلقة بالنشاطات المهنية لتكون المادة كالتالي: " كل شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص يتصرف لأغراض لا تدخل في نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي، الحر أو الزراعي بما في ذلك عندما يتصرفون باسم ولحساب مهني آخر"^(٢)، أما موقف القضاء الفرنسي وجد أنه يتفق مع الفقه الفرنسي في اعتماده كلا الاتجاهين بين الموسع والمضيق لمفهوم المستهلك ثم سرعان ما عدل عن ذلك الأمر وتبنى المفهوم الضيق للمستهلك وهو ما استقر عليه القضاء الفرنسي مسائراً لمعظم التشريعات الخاصة بحماية المستهلك^(٣).

أما بالنسبة إلى الجزائر من تعريف المستهلك حيث اختلف الفقه الجزائري في تحديد مفهوم المستهلك، فمنهم من ضيق هذا المفهوم بأقتصار المستهلك على من يهدف لإشباع حاجاته الشخصية، ومنهم من وسع من هذا المفهوم ليشمل حتى من يتصرف لأغراض مهنية وبالتالي لم يقوموا بوضع تعريف جامع وشامل للمستهلك^(٤)، أما بالنسبة إلى المشرع الجزائري فقد عرف المستهلك بموجب المادة (١/٣) من قانون حماية المستهلك وقمع الغش " كل شخص يقتني بثمن أو مجاناً منتجات أو خدمة معدين للاستعمال النهائي لسد حاجاتهم الشخصية أو حاجات شخص آخر أو حيوان يتكفل به"^(٥).

(١) المادة (٣) من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم (٧٤١) لسنة ٢٠١٤.

(٢) المادة (٣) من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم (٣٠١) لسنة ٢٠١٦.

(٣) السيد محمد عمران، مصدر سابق، ص ٤.

(٤) نقلاً عن: د. منى أبو بكر، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣،

ص ١٧.

(٥) الفقرة (١) من المادة (٣) من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم (٠٣-٠٩) لسنة ٢٠٠٩.

ترى الباحثة من النص السالف الذكر أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك باستعماله عبارة الإستعمال النهائي وحذف عبارة الإستعمال الوسيط التي أثارت الكثير من الغموض واللبس.

وكذلك الحال بالنسبة إلى موقف القضاء الجزائري لم يتناول المستهلك بالتعريف الدقيق^(١).

أما بالنسبة إلى موقف الفقه العراقي من تعريف المستهلك إذ لم يتوصل إلى صياغة تعريف للمستهلك لان الفقه اختلفوا فيما بينهم بين الاتجاه الموسع والمضيق للمستهلك^(٢).

أما بالنسبة إلى موقف المشرع العراقي من تعريف المستهلك إذ تناول تعريف المستهلك بصورة صريحة وواضحة وذلك بموجب المادة (٥/١) من قانون حماية المستهلك حيث نصت على أن: "المستهلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتزود بسلعة أو خدمة بقصد الافادة منها"^(٣).

حيث نجد أن المشرع العراقي في تعريفه للمستهلك قد شمل الشخص الطبيعي والشخص المعنوي أيضاً من أجل تقديم الحماية للمستهلك عند شراء أو استعمال منتجات أو سلع أو خدمات وكذلك عرف المشرع العراقي السلعة أيضاً في المادة (٢/١) من قانون حماية المستهلك بانها: "كل منتج صناعي أو زراعي أو تحويلي أو نصف مصنع أو مادة أولية أو أي منتج آخر يمكن حسابه أو تقديره بالعدد أو الوزن أو الكيل أو القياس يكون معداً للاستهلاك"^(٤)، وعرف أيضاً الخدمة في المادة (٣/١): "العمل أو النشاط الذي تقدمه أي جهة لقاء أجر أو من دونه بقصد الانتفاع منه"^(٥).

لذلك دعت الضرورة إلى وجوب اتخاذ تدابير من أجل حماية الطرف الضعيف في العقود الإدارية الدولية وقد اشار المشرع العراقي إلى ذلك من خلال نص المادة (١/٦) من قانون حماية المستهلك العراقي على أن حق المستهلك في الحصول على ما يأتي: "أ- جميع المعلومات المتعلقة بحماية حقوقه ومصالحه المشروعة.

(١) عاطف عبد الحميد حسن، مصدر سابق، ص ٣٠.

(٢) نقلاً عن: أحمد محمد الرفاعي، مصدر سابق، ص ٦٧.

(٣) الفقرة (١) من المادة (٥) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠.

(٤) الفقرة (١) من المادة (٢) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠.

(٥) الفقرة (١) من المادة (٣) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠.

ب- المعلومات الكاملة عن مواصفات السلعة والتعرف على الطرق السليمة لأستعمالها أو لكيفية تلقي الخدمة بالشكل واللغة الرسمية المعتمدة.

ج- ما يثبت شراؤه أي سلعة أو تلقيه أي خدمة مبينا فيها قيمة وتاريخ ومواصفات السلعة وعددها وكميتها ونوعها وسعرها.

د- الضمانات للسلع التي تستوجب طبيعتها مثل هذا الضمان والمدة التي يتم الاتفاق عليها مع المجهز، دون تحميلها نفقات اضافية^(١).

وترى الباحثة بأن الاتجاه الموسع هو الأولى بالاتباع على أساس أنه يشمل أكبر طائفة من الأشخاص هم بأمس الحاجة للحماية حيث نعتقد حسن ما فعل المشرع العراقي عندما شمل في تعريفه للمستهلك الشخص الطبيعي والمعنوي، كون هذا الأخير يمكن أن يكون في مركز ضعيف في الحلقة التعاقدية سواء كان من ناحية الاقتصادية أو فنية، لأنه قد لا يتمكن من ممارسه نشاطاً مهنياً يحصل منه على فائدة أو موارد لإشباع حاجاته فهو يتماثل مع المستهلك العادي في الغاية النهائية التي يسعى كل منهما إليها عند إبرام العقد.

ونجد أن ملامح حماية المستهلك لا تقتصر على مستوى التشريعات محل المقارنة بل تنوعت صور ومظاهر حماية المستهلك على المستوى الدولي بهدف معالجة اختلال التوازن العقدي بين المستهلك كطرف ضعيف والمهني أو المحترف كطرف قوي ومن مظاهر هذه الحماية ظهور منظمات الدولية التي تراعي تلك الحماية كالمنظمة الدولية للمستهلك إذ إن فرنسا عضواً في هذه المنظمة التي أنشئت في الثلاثينات من القرن الماضي في أمريكا والتي اعتمدت لها أهداف تعمل على تحقيقها من أجل حماية المستهلك وهي:

- ١- دعم القيام بأنشاء جمعيات تعمل على حماية المستهلك في مختلف دول العالم.
- ٢- تحسين الخدمات والمواصفات وبرامج تثقيف المستهلكين أينما كانوا في العالم.
- ٣- تعمل المنظمة الدولية كهيكلة لتبادل المعلومات والمجلات والنشرات الدورية التي تهتم بحماية المستهلك.
- ٤- العمل على تطوير التعاون بين الدول من خلال القيام بالتحاليل المقارنة للمواد والخدمات وتبادل نتائج التحاليل والخبرات^(٢).

(١) الفقرة (١) المادة (٦) من قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠.

(٢) د. محمد الحسني، مصدر سابق، ص ١٧.

ومن المنظمات الأخرى التي تعمل على حماية المستهلك في مجال العقود الدولية هي منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (oecd) التي تأسست عام ٣٠ سبتمبر عام ١٩٦١ في باريس تضم ما يقارب (٣٨) دولة ومنها ضمنها الجمهورية الفرنسية التي تعد من الدول محل المقارنة في هذه الدراسة إذ تهدف هذه المنظمة إلى تحقيق اصلاحات لتحسين وتحفيز التقدم الاقتصادي والتجارة العالمية وحماية المستهلك فضلاً عن ذلك من المنظمات الأخرى التي تعمل على حماية المستهلك منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية ومنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا ومن أعضائها العراق والجزائر إذ أصدرت جملة من التوصيات منها الشفافية في مختلف المعاملات التي يكون طرفها المستهلك، كما أوصت الشركات وخصوصاً التي تعمل في مجال التجارة الالكترونية بضرورة الإفصاح والإعلان مواصفات المنتج بطريقة دقيقة و واضحة وسهلة^(١).

ومن المعاهدات الدولية الخاصة والمتعلقة بالعقود الدولية والتي انضمت لها العديد من الدول ومن ضمنها فرنسا لحماية المستهلك معاهدة روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة ١٩٨٠ والتي تم تعديلها بلائحة روما الأولى لسنة ٢٠٠٨ والتي نصت في المادة (٢) منها على ما يلي: "أن القانون الواجب التطبيق في عقود المستهلكين هو قانون موطنه أو محل إقامته المعتادة"^(٢).

كما نجد أن اتفاقية (لاهاي) لسنة ١٩٨٠ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بيع المستهلكين والتي يكون فيها العراق عضواً وذلك في نص المادة (١/٦) على: "أن القانون الذي اختاره الأطراف يحكم البيوع الواردة في هذه الاتفاقية، ولا يجوز أن يترتب على هذا الاختيار حرمان المستهلك من الحماية التي تقرها له النصوص الأمرة في بلد محل إقامة المعتادة"^(٣)، واخيراً اتفاقية بروكسل بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الأجنبية في المجال المدني والتجاري لسنة ١٩٦٨ التي اعطت الأولوية لحماية المستهلك وذلك بموجب لائحة بروكسل المعدلة لاتفاقية بروكسل الصادرة عن المجلس الاوربي في هذا الشأن في فيما يتعلق بالاختصاص القضائي إذ عقدت الاختصاص لمحاكم موطنه في الدعاوى التي ترفع عليه^(٤).

(١) مصطفى محمود محمد عبد العال عبد السلام، دور المنظمات في حماية المستهلك بحث منشور في مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، دون مجلد، العدد ٤، ٢٠٢٠، ص٢١٥.

(٢) المادة (٦) من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠.

(٣) الفقرة (١) من المادة (٦) من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٨٠.

(٤) د. محمد الحسني، مصدر سابق، ص١٩.

المطلب الثاني

آليات التصدي العلاجية

تمتاز العقود الإدارية الدولية بطول مدة تنفيذها مما قد يتعرض العقد خلال تلك المدة إلى احتمال تغير الظروف في أثناء التنفيذ ، وذلك لأن غالباً ما يكون محل تلك العقود له علاقة بالمشاريع الاقتصادية الضخمة والمهمة كونها تهدف إلى تحقيق الصالح العام مما يحفز الأطراف على المحافظة عليها وتنفيذها بالطرق السليمة واستناداً لما تقدم ذكره سنقسم هذا المطلب إلى فرعين: نخصص الفرع الأول منها إلى إعادة التوازن العقدي بالاتفاق السابق على حصول الاختلال، أما الفرع الثاني سنخصصه إلى إعادة التوازن العقدي بالاتفاق اللاحق على حصول الاختلال.

الفرع الأول

إعادة التوازن العقدي بالاتفاق السابق على حصول الاختلال

يراد بإعادة التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية بأنه الاتفاق الذي يجري مسبقاً بين المتعاقدين في أثناء التفاوض على العقد من خلال تضمين الأخير شروطاً تقضي بإعادة التوازن الذي يلحق حقوق والتزامات المتعاقدين عند اختلاله إذ لا بدّ أن ينعقد الاتفاق بين أطراف العقد على جملة من الشروط أو بنود تعاقدية في أثناء التفاوض على العقد وتحريرية وهو أساس نجاح الرابطة التعاقدية إذ يقوم الأطراف بالتطرق والبحث في مسائل العقد وتفصيلاته بنداً نلو الآخر حتى يحصل الاتفاق بين الأطراف على تلك المسائل والبنود وعند ذلك ينعقد العقد كبند القانون الواجب التطبيق وشرط الثبات التشريعي وشرط اختيار وسيلة فض المنازعات التي تحصل في المستقبل بين الطرفين ، لذلك لا بدّ من الحديث عن تلك الشروط بشيء من التفصيل:

أولاً- اختيار القانون الواجب التطبيق: يعد هذا الشرط من أهم الشروط أو البنود التي يتم التفاوض عليها مسبقاً بين الأطراف المتعاقدة إذ يطلق العنان لإرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقود المبرمة بينهم و متى ما وقع اختيار الطرفين المتعاقدين على قانون دولة معينة يصبح هذا القانون هو النظام القانوني الواجب التطبيق على العقد^(١).

(١) د. هشام صادق، مصدر سابق ص ٥٨.

بعد ما كان الأصل في العقود الإدارية الدولية خضوعها لقانون الدولة المتعاقدة احتراماً لسيادة الدولة، ولكن هذا الأمر أصبح نسبياً إني أن العقود الإدارية الدولية تخضع ويطبق عليها القانون الاتفاقي أي القانون الذي يتم الاتفاق عليه من قبل الأطراف المتعاقدة، إذ لا يكاد يخلو عقد من العقود الإدارية الدولية من قانون مختار بإرادة طرفيه حتى يكون واجب التطبيق عليه وذلك بسبب تطرق العنصر الأجنبي إليه، فأن العقد في هذه الحالة يخرج من إطار وسلطان القانون الوطني ويتم تحرره من سيطرة وتسلط هذا القانون أي (القانون الوطني) بفسح المجال أمام قوانين دول مختلفة تتسابق هذه القوانين في ما بينهما لكي تحكم العقد وينتهي الأمر بإختيار إحدى هذه القوانين، وهذا ما يسمى بمبدأ تنازع القوانين وأن القانون الذي يتم اختياره يسمى بالقانون الواجب التطبيق عند ذلك يجب على القاضي أو المحكم عدم مغادرة قانون الإرادة للإلتجاء إلى خيارات أخرى بل يجب عليه أن يبقى ضمن العقد لبحث عن القانون المختار من قبل الأطراف المتعاقدة^(١).

ونتيجة لأهمية القانون المختار من قبل المتعاقدين إذ غالباً ما نجد حرص الطرف الأجنبي على إخضاع العقود الإدارية التي يبرمها مع الإدارة إلى القانون الذي يتم الاتفاق عليه في العقد وذلك في حالة عدم اطمئنان وثقة المتعاقد الأجنبي بالعدالة القضائية للدولة المتعاقدة اتجاه هذا العقد مما تضطر الدولة المتعاقدة التي عادة ما تكون من دول ذات الاقتصاديات الناشئة إلى قبول هذا الشرط خصوصاً اذا كان المتعاقد الأجنبي المصدر الوحيد للاستثمار ونجاح العقد^(٢).

إذ يعد ضابط الإرادة من ضوابط الاسناد الرئيسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية الدولية الذي يتمثل بقدرة المتعاقدين على خلق عقد بينهم، ويحتوي هذا العقد على كل تفاصيل القانون المختار من قبلهم، وقد يتم اختيار القانون الواجب التطبيق بصورة صريحة والنص عليه في صلب العقد وذلك عن طريق إدراج القانون المختار ضمن شروط العقد تنفيذاً لرغبة الأطراف المتعاقدة بتحقيق الكمال القانوني لبنود تلك العقود وذلك من خلال اختيار القانون الملائم الذي يتفق ورغباتهم وتوقعاتهم ويحقق لهم الأمان المتطلب في المعاملات الدولية^(٣)، لأن القانون الواجب التطبيق يعطي

(١) وائل فاضل زيدان، مصدر سابق، ص ٥٢.

(٢) د. عنيد جميل، دراسة في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص ١١٦.

(٣) حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الأنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٣، ص ٤٦٦.

للنصوص القوة التنفيذية ويعمل على تكملة النقص الوارد في هذه العقود، ويحدد القواعد التي يتمكن بمقتضاها تفسيره بنود العقد والكيفية التي يتم بمقتضاها معالجة اختلال التوازن العقدي متى ما اختل توازن العقد المبرم بين الأطراف كأن يكون بسبب استحالة مؤقتة، أو بسبب حادث استثنائي عندئذ يتم إعادة هذا التوازن عن طريق الاحتكام إلى أحكام القانون الذي يتم الاتفاق عليه لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية أو الاستحالة المؤقتة سواء كان ذلك بزيادة التزامات طرف أو بانقاص من التزامات الطرف الآخر^(١).

حيث إن من شأن ذلك أن يقطع دابر الخلاف الذي يثور حول هذه المسألة وذلك من خلال تلافي اجتهادات القضاء الذي يختلف من بلد لآخر فضلاً عن ذلك تلافي عنصر المفاجآت التي تطرأ بعد إبرام العقود^(٢).

استناداً لما تقدم ذكره ولأهمية القانون المختار من قبل الأطراف المتعاقدة لذلك لا بد من بيان موقف الدول محل المقارنة من ذلك القانون، إذ لا بد من الإشارة ابتداءً إلى موقف فرنسا فقد اختلف موقف الفقه الفرنسي من اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإداري الدولي فالبعض أسنده إلى قانون البلد الذي أبرم فيه العقد والبعض الآخر أخضعه إلى قانون البلد الذي ينفذ فيه العقد^(٣)، أما على مستوى موقف المشرع الفرنسي من القانون الواجب التطبيق فقد أشار المشرع الفرنسي إلى ذلك بموجب المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي: "الاتفاقيات المبرمة بصورة قانونية تحل محل القانون بالنسبة لإطرافها ولا تلغى إلا بالتراضي أو لأسباب يسمح بها القانون ويجب أن تتم بحسن نية"^(٤)، أما بالنسبة إلى موقف القضاء الفرنسي من مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق فقد ذهب البعض بأن ليس هناك أي قيود على حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي باستثناء مخالفتهم للنظام العام^(٥)، أما بالنسبة إلى موقف الجزائر

(١) أيت عبد الوهاب، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، ٢٠١٧، ص ٣٧.

(٢) د. حفيظة السيد الحداد، الحقوق المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٤٨٥.

(٣) نقلاً عن: د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، ط ١، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٥، ص ١٣.

(٤) المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦.

(٥) ابتسام حامد ماضي، اثر قانون الإرادة على العقد الإداري المبرم مع المتعاقد الأجنبي، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية، دون مجلد، العدد ٢، ٢٠١٨، ص ٤٥٩.

من مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية الدولية إذ نجد أن الفقه الجزائري قد ذهب بعضهم إلى وجوب اسناد العقد إلى محل إبرامه، أما البعض الآخر ذهب إلى وجوب تطبيق قانون محل تنفيذ العقد وهناك رأي يذهب إلى إطلاق الحرية إلى إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد^(١). أمّا في ما يخص موقف المشرع الجزائري من مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق حيث نص في المادة (١٨) من القانون المدني الجزائري على ذلك حيث نصت على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد"^(٢)، ترى الباحثة بأن المشرع الجزائري بموجب نص المادة المتقدمة اخضع الالتزامات الناجمة عن العقد الإداري الدولي للقانون الذي يتفق عليه المتعاقدان وهذا كضابط اسناد أصلي وفي حالة السكوت المتعاقدان عن اختيار القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهما أوجد ضوابط إسناد احتياطية تتمثل في الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة إن إتحد المتعاقدان في ذلك وفي حالة انعدام هذا الإتحاد فيؤخذ بمكان إبرام العقد.

أما بالنسبة إلى موقف القضاء الجزائري من مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق حيث نجد أن المشرع قد أجاز أن يتم الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية بتطبيق القانون الوطني الجزائري أو تطبيق القانون الأجنبي على تلك النزاعات عندما تشير بنود العقد المبرم بين الأطراف إلى اختصاص قانون أجنبي معين^(٣).

أما فيما يخص موقف الفقه العراقي من مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق إذ لم يكن له موقف واضح في خصوص هذا الأمر^(٤)، أما بالنسبة إلى موقف المشرع العراقي فقد عالج

(١) نقلاً عن: ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، ٢٠١٨، ص ٧.

(٢) المادة (١٨) من القانون المدني الجزائري رقم (٧٥-٥٨) لسنة ١٩٧٥.

(٣) صلاح الدين عقر، دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا، بحث منشور في مجلة المفكر، المجلد ٧، العدد ١، ٢٠٢٢، ص ٦٣.

(٤) نقلاً عن: د. كريم مزعل شبي، النظرية الشخصية المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد ٢٢، العدد ٢، ٢٠١٧، ص ٢٥٠.

مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق على غرار التشريعات محل المقارنة إذ أجاز للأطراف المتعاقدة حرية اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العقود المبرمة بينهم وعند عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق يجدر بالقاضي استخلاص نيتهم الضمنية من خلال بنود العقد وذلك من خلال نص المادة (٢٥/١) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها: " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، وهذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه"^(١)، أما بالنسبة إلى موقف القضاء العراقي من مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق إذ أقر بحرية أطراف العلاقة العقدية باختيار القانون الذي ينطبق على العقد^(٢). وترى الباحثة أنه من غير الممكن منح الأطراف حرية كاملة ومطلقة في اختيار القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهم هذا من جانب، ومن جانب آخر أن لا يتم حصر إرادة الأطراف باختيار قانون معين من عدة قوانين معدة سلفاً إنما الاعتراف للأطراف بحرية اختيار قانون معين لكن بشرط توافر صلة معينة بين القانون المختار والعقد المبرم، إذ غالباً ما يترتب على منح الأطراف حرية اختيار قانون معين يتم اختيارهم لقانون لا صلة له بالعقد أو يختار الأطراف قوانين مختلفة يحكم كل قانون جزء معين من العقد، إن ذلك يؤدي إلى خلق مشاكل تتمثل باختلاف أحكام القوانين المراد تطبيقها على هذا الجزء أو ذلك من العقد أو غير ملائمتها للعقد المبرم بينهما أما لعدم كتابة القواعد القانونية الواردة فيه أو أن العقد ذات نصوص معينة لا تتطابق مع العقود المبرمة، مثل عقد نقل التكنولوجيا أو عقود التراخيص الصناعي التي ترد على معلومات أو خبرة فنية لا بد من نقلها إلى الطرف الآخر.

ثانياً- شرط الثبات التشريعي:

الهدف من هذا الشرط هو تحقيق التوازن العقدي الذي نبحت عنه من خلال اندماج القانون المختار من قبل أطراف العقد ونزول احكامه منزلة الشروط التعاقدية، إذ إن نصوص العقد تبقى على حالها وقت اختيارها من قبل أطراف العلاقة التعاقدية من دون أن تأتي الدولة بأي تعديل لاحق، وهذا

(١) الفقرة (١) من المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٢) د. فراس كريم شعبان، د. عصام خضير، أثر قانون الإرادة على اختلال التوازن في العقود الدولية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد ٣، العدد ٢٩، ٢٠١٦، ص ٢٢٦.

معناه ديمومة هذه الأحكام منذ لحظة إبرام العقد لا يعترئها ولا يصيبها التغير أو التعديل من أجل تحقيق استقرار المعاملات وتجنب إلحاق ضرر بالمستثمر الاجنبي إذ نجد أن المتعاقدين والمستثمرين الأجانب غالباً ما يحرصون على إضافة هذا الشرط إلى جانب شروط أو بنود العقد الأخرى وذلك خوفاً ومنعاً للدولة المظيفة أو المتعاقدة من فرض شروط أو بنود تخدم مصالحها على حساب حقوق المستثمرين الأجانب^(١).

لذلك تحرص الأطراف المتعاقدة على تضمين العقد المبرم بينهما على شرط الثبات التشريعي، ويرجع السبب في إدراج هذا النوع من الشروط إلى المخاوف التي تنتاب الطرف الأجنبي من جراء النوايا السيادية التي تتمتع بها الدولة الطرف في العقد إذ أن للدولة سلطة تشريعية يمكنها من تعديل العقد أو تغيير تشريعاتها مما يؤدي ذلك إلى اختلال التوازن العقدي الذي كان موجوداً عند إبرام العقد^(٢).

ويتخذ شرط الثبات التشريعي اشكالاً متعددة ومتنوعة فقد تكون شروطاً عامة والهدف منها تجميد كل القواعد القانونية النافذة في الدولة المتعاقدة من أجل تقيد التشريعات الجديدة بعدم سريانها على العقد وعلى العكس من ذلك نجد هناك شروطاً خاصة تنص على عدم سريان التشريعات النافذة أو التي تصدر في المستقبل من الدولة المتعاقدة كالتشريعات المتعلقة بالضرائب والجمارك، وقد تكون هذه الشروط مطلقة وذلك عندما تتعهد الدولة بعدم سريان تشريع جديد بعد إبرام العقد، وقد تكون شروطاً نسبية وذلك بتقديم الدولة المتعاقدة إلى الطرف الأجنبي تعهد بعدم سريان أي قانون من شأنه الأضرار بمصالح الطرف الأجنبي^(٣).

إذ غالباً ما تقوم الدول النامية بأدراج هذا الشرط في العقود المبرمة بينها وبين الطرف الأجنبي من أجل جذب المستثمرين للاستثمار داخل هذه الدول ، لأن العقود الإدارية الدولية تمتاز بطول مدة تنفيذها ويعود سبب ذلك أمّا بسبب طبيعة العقد وضخامة الأعمال التي

(١) أحمد عبد الكريم، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، دون مجلد، العدد ٥، ١٩٨٩، ص ١٢٥.

(2) Dr. Faroq Azalden Khalaf, the condition of legislative and contractual stability in oil contracts, research published in Elementary Education online, vol 21, issue 1, 2022.

(٣) سيف حسن حسين، مصدر سابق، ص ١٠٨.

يجب القيام بها كما في عقد انشاء المصانع الجاهزة وعقد نقل التكنولوجيا^(١)، أو يعود إلى رغبة الأطراف بأن تكون هذه العقود تتمتع بشيء من الاستقرار كما في عقود التوريد وعقود الامتياز إذ متى ما ارتبطت العقود بمدة طويلة نسبياً من الزمن، فمن الطبيعي أن تكون عرضه لكثير من الظروف والأحداث الغير متوقعة التي تؤدي إلى زعزعه التوازن الاقتصادي للعقد حيث يسعى المستثمر في عقود الاستثمار إلى إبرام عقود تتضمن بنوده شروطاً تضمن حقوقه واستقرار مركزه القانوني والاقتصادي في مواجهة الطرف الآخر من العقد وهو الدولة، كما هو الحال في العقد المبرم بين تونس وأحدى شركات البترول الأمريكية والذي يقضي بأن القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون التونسي الساري المفعول عند توقيع العقد إذ يطبق على النزاعات التي قد تنشأ القانون التونسي النافذ وقت إبرام العقد وكذلك نجد بأن هذا الشرط قد ورد في عقد الاستثمار النفطي بين شركة نفط الجنوب لتطوير حقل نفط الزبير (٢٠١٠) والشركات الأجنبية المستثمرة حيث نص البند الثاني من العقد بالمادة (٣٢) منه على أنه: "لايجوز تعديل هذا العقد أو اضافة أي نص إليه بموجب مستند مكتوب موقع حسب الأصول من قبل الممثلين من الطرفين"^(٢)، أمّا في ما يخص موقف الدول محل المقارنة من شرط الثبات التشريعي لا بد من الإشارة في البدء إلى موقف فرنسا من شرط الثبات التشريعي فقد عرفه بعض الفقه الفرنسي بأنه: "شرط يدرجه المتعاقدان في العقد أو ينص عليه المشرع، مقتضاه أن يلتزم الأطراف بإعادة التفاوض عندما تقع أحداث من طبيعة معينة مستقلة عن إرادة الأطراف وتوقعاتهم يحدها الشرط أو النص، وتكون نتائجها الإخلال الجسيم بتوازن العقد، ويهدف هذا الإلتزام إلى تعديل العقد حتى يتماشى مع الظروف الجديدة وإعادة التوازن العقدي الذي اختل بسبب هذه الظروف"^(٣).

(١) نسرين بو عكاز، مبدأ الثبات التشريعي آلية لتحقيق الأمن القانوني في عقود الإستثمار، بحث منشور في مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال، المجلد ٦، العدد ٢، ٢٠٢١، ص ٧١.

(٢) الحجيلي محمد بن عمر، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد ٨، العدد ١، ٢٠٢٣، ص ١٥٣٠.

(٣) نقلاً عن: د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦، ص ١٦٢، وكذلك، د. شادي جامع، شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة، بحث منشور في مجلة جامعة تشرين للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٤١، العدد ٥، ٢٠٢١، ص ٤٨٨.

أمّا بالنسبة إلى موقف القضاء الفرنسي من شرط الثبات التشريعي حيث لم يقوم بإيراد تعريف لشرط الثبات التشريعي^(١).

وفي ما يخص موقف الجزائر من شرط الثبات التشريعي فنلاحظ أن الفقه الجزائري عرف بعضهم شرط الثبات التشريعي: "بأنه ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو إجراء جديد على العقد الذي يتم إبرامه مع المستثمر الأجنبي"^(٢)، أمّا في ما يخص موقف المشرع الجزائري إذ أقر قانون الاستثمار الجزائري هذا المبدأ وذلك تشجيعاً لجذب الاستثمار فنصت المادة (٢٢) من قانون الاستثمار الجزائري رقم (١٦ / ٠٩) لسنة ٢٠١٦ ليكرس هذه الضمانة ويؤكد على وجودها وذلك لطمأنة المستثمرين وإزالة الخوف على استثماراتهم: " لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلاً على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"^(٣)، أمّا بالنسبة إلى موقف القضاء الجزائري إذ لم يورد تعريفاً لشرط الثبات التشريعي بل اكتفى ببيان أثره على المستثمر الأجنبي^(٤).

أمّا بالنسبة إلى موقف الفقه العراقي من شرط الثبات التشريعي إذ لم يتناوله بالتعريف لكن المشرع العراقي أشار إليه في قانون الاستثمار العراقي بموجب المادة (١٣) منه إذ نصت على إنه: "أي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه أي أثر رجعي يمس الضمانات والإعفاءات والحقوق المقررة بموجبه"^(٥)، وحتى بعد التعديلات التي جرت على القانون المذكور بموجب القانون رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٥ لم تنطرق إلى المادة (١٣) حيث بقيت كما هي ، فهذا يعد النص الوحيد الذي أتى به المشرع العراقي بما يخص شرط الثبات التشريعي إذ نص على أن القانون الجديد لا يسري بأثر رجعي على المستثمر الأجنبي في حال شكل القانون الجديد مساساً بحقوق المستثمر إذ ترى الباحثة إن تشريعات

(١) د. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان، ٢٠٠٦، ص ٧٠٦.

(٢) نقلاً عن: د. شيرزاد حميد هروري، الضمانات التشريعية للاستثمارات الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٨، ص ٧٣، د. عبد الرزاق رحومني، شرط الثبات التشريعي كضمانة في عقود الاستثمار، بحث منشور في المجلة الجزائرية لقانون الأعمال، دون مجلد، العدد ٢، ٢٠٢٠، ص ١٤٢.

(٣) المادة (٢٢) من قانون الاستثمار الجزائري رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٥.

(٤) عداد لينه، شرط الثبات التشريعي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠٢٢، ص ١٠.

(٥) المادة (١٣) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦.

الدول محل المقارنة لم تتطرق لتعريف شرط الثبات التشريعي صراحة على الرغم من الإشارة إليه ضمن النصوص القانونية ونعتقد أنها محقه في ذلك، لأنّ المشرع غير معني بوضع تعاريف للمفاهيم والاصطلاحات القانونية فهذه المهمة لا بدّ وأن يتصدى لها الفقه والقضاء.

وكما ترى الباحثة أيضاً بأن هناك العديد من المبررات التي يستند إليها شرط الثبات التشريعي منها أن التعديلات التي تطرأ على القانون الذي تم اختياره من قبل أطراف العقد لم تتصرف إليها نيتهم وتطبيقه عليهم فيه اخلال بتوقعاتهم إذ إن سريان التعديلات اللاحقة على إبرام العقد يؤدي إلى انتهاك اعتبارات الاستقرار المطلوبة للعقود الإدارية الدولية التي تتطلب نوعاً من الاستقرار القانوني والأمان وخصوصاً في عقود التنمية الاقتصادية والفنية كعقود نقل التكنولوجيا وعقود الاستثمار.

ثالثاً - شرط إعادة التفاوض:

يعد شرط إعادة التفاوض من أهم الشروط التي يجب إدراجها في العقد، لأنه يوفر ويمنح الحماية الكافية ضد التعديل أو الالغاء الذي قد تقوم به الدولة المتعاقدة بأرادتها المنفردة بسبب حدوث ظروف طارئة كتغير سياسة الدولة، إذ إن شرط إعادة التفاوض ينصب على مدة مهمه من حياة العقد إلا وهي مدة التنفيذ بحيث يعطي هذا الشرط الفرصة المناسبة لأطراف العقد الذي انهارت مبادئه وأحكامه نتيجة لتغير الظروف لإحيائه من جديد ومواصلة تنفيذه بما يخدم مصالح الطرفين وهذا التغير يمكن أن ينصب على ثمن السلعة أو الخدمة موضوع العقد وقد ينجم عن تغير قيمة العملة سواء بالارتفاع أو بالانخفاض^(١)، ويترتب على ذلك أن تلتزم الدولة المتعاقدة بالتفاوض مع المتعاقد الأجنبي من دون أن تقوم بتغير أو تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة لذلك يسعى المتعاقد الأجنبي إلى التفاوض مع الطرف الآخر في العقد ليكون له دور مؤثر وفعال لحل مشكلة تغير الظروف واختلال التوازن المالي للعقد وخاصة إذا كان العقد من العقود طويلة المدة التي غالباً ما تكون معرضة لكثير من الظروف والأحداث المختلفة ، وذلك لأيجاد حل ودي بين أطراف العقد الإداري الدولي^(٢)، ونحن من جانبنا نعرف شرط إعادة التفاوض شريط يدرجه المتعاقدان في العقد أو ينص عليه المشرع بمقتضاه يلتزم الأطراف بإعادة التفاوض

(١) د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر،

القاهرة، ١٩٩٢، ص ١٠٤.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٧٠.

عندما تقع أحداث من طبيعة معينة مستقلة عن إرادة الأطراف وتوقعاتهم، يحددها الشرط أو النص وتكون من نتائجها الإخلال الجسيم بتوازن العقد، ويهدف هذا الالتزام إلى تعديل العقد حتى يتمشى مع الظروف الجديدة وإعادة التوازن العقدي الذي اختل بسبب هذه الظروف.

إذ إن شرط إعادة التفاوض من الشروط التي تخضع لسلطان الإرادة في جميع مفاصلها ومراحلها لذلك يجب على الأطراف عند الاتفاق على شرط إعادة التفاوض أن يقوموا بتحديد القواعد الشكلية والموضوعية، حيث إن أغفال ذلك أو أهماله سوف يجبرنا إلى الرجوع للقواعد العامة في الالتزامات والقوانين الإجرائية إذ أن النص في العقد على شرط إعادة التفاوض من دون ذكر جميع تفاصيلها يجعلنا أمام عقد يطبق عليه القواعد العامة للإلتزام مثل النكول عن تنفيذ الإلتزام والتنفيذ الجبري وغيرها من القواعد العامة، ويجب على الأطراف أيضاً أن يحددوا المسائل الشكلية للتبليغ وانعقاد جلسة المفاوضات وبخلافه يتم الرجوع إلى القواعد العامة في القوانين الإجرائية، وعلى ذلك لا بدّ من الإشارة إلى مصير العقد في أثناء مدة إعادة التفاوض إذ غالباً ما تستغرق مدة إعادة التفاوض فترة من الزمن و تتطلب جهد كثير من قبل الأطراف المتعاقدة^(١)، كما هو الحال عليه بالنسبة إلى مدة المفاوضات السابقة على إبرام العقد حيث لا تتم في مدة سريعة على الرغم من تحلي الأطراف بروح التعاون وحسن النية ففي بعض العقود نجد أن الأطراف يتفقون على متابعة تنفيذ العقد خلال مدة إعادة التفاوض وحتى اتمامها وأما البعض الآخر يذهبون إلى الاتفاق على إيقاف تنفيذ العقد خلال مرحلة إعادة التفاوض لتخفيف من حدة الآثار السلبية التي تلحق العقد خلال مدة تنفيذ العقد بعد حلول الظروف الاستثنائية^(٢).

أما بالنسبة إلى موقف الدول محل المقارنة من شرط إعادة التفاوض لا بدّ من الإشارة إلى موقف فرنسا إذ نجد أن الفقه الفرنسي لم يعرف شرط إعادة التفاوض^(٣)، أما بالنسبة إلى موقف المشرع الفرنسي فقد أشار إلى شرط إعادة التفاوض بصورة صريحة من خلال نص المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أنه "إذا جعل تغيير الظروف غير المتوقع وقت إبرام العقد التنفيذ مكلفاً بشكل باهظ بالنسبة لأحد الأطراف الذي لم يقبل تحمل المخاطر

(١) د. رجب كريم عبد الإله، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٣٤٥.

(٢) د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، ط ٢، دار الفكر الجامعي، ٢٠١١، ص ١٠.

(٣) نقلاً عن: د. عصام انور سليم، خصائص البيع الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٠٢.

يجوز لهذا الطرف أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض على العقد، ويستمر هذا الطرف بتنفيذ التزاماته أثناء إعادة التفاوض وفي حالة رفض أو فشل إعادة التفاوض يجوز للأطراف الاتفاق على فسخ العقد في التاريخ وبالشروط التي يحددها، أو أن يطلبوا باتفاق مشترك من القاضي أن يحكم بتطويع العقد وعند انعدام الاتفاق المشترك خلال مهلة معقولة يحق للقاضي بناء على طلب طرف واحد أن يعيد النظر في العقد أو ينهيه في التاريخ وبالشروط التي يحددها^(١)، أمّا بالنسبة إلى موقف القضاء الفرنسي إذ نلاحظ لم يتخلى عن دوره في تعريف هذا الالتزام بقوله: "الالتزام الأطراف بمناقشة وتبادل الاقتراحات في ظروف معينة، نتيجة لتغيرات خارجة عن إرادتهم والتي اعترضت العقد في أثناء تنفيذه مما يؤدي إلى إعادة تنظيمه مثلما يحدث في الاتفاقيات الجماعية للعمل"^(٢).

أما فيما يخص موقف الدولة الأخرى من محل المقارنة الجزائر إذ نجد أن بعض من الفقه الجزائري قد عرف شرط إعادة التفاوض: "بأنه الشرط الذي يسمح للأطراف بإعادة تنظيم العقد الذي يربطهما، إذا حدث تغير في المعطيات الأولية للعقد والذي تم الاتفاق على أساسها، فتغير توازن هذا العقد إلى حد يجعل أحد الأطراف يلحق به إفسار غير عادل"^(٣)، أمّا بالنسبة إلى موقف المشرع الجزائري فيلاحظ أنه لم يذكر شرط إعادة التفاوض، وكما هو الحال عليه أيضاً بالنسبة إلى موقف القضاء الجزائري.

أمّا بالنسبة إلى موقف المشرع العراقي من شرط إعادة التفاوض نلاحظ نقص تشريعي لدى المشرع العراقي إزاء هذا الشرط على الرغم من ارتباطه بالعقود الإدارية الدولية التي تنتمي أهميتها العملية وتزداد يوماً بعد يوم، لا سيما وأن العراق من أكثر الدول التي تحتاج إلى إبرام عقود دولية، لأن الوقت الراهن يدفعه إلى استيراد التكنولوجيا وعوامل التقنية للنهوض بواقعه وبناء التحتية.

(١) المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦.

(٢) د. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديد، مصر، ٢٠٠٧، ص ٩.

(٣) نقلاً عن: د. هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، ٢٠١٦، ص ٢٥، وكذلك، د. رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، التزام إعادة التفاوض، بحث منشور في الدراسات القانونية والاقتصادية، دون مجلد، دون عدد، ص ٧.

ونحن من جانبنا نفضل استمرار العقد خلال فترة المفاوضات لكن مع وضع بعض القيود في أثناء مدة تنفيذ العقد من أجل مناقشة وتبادل الاقتراحات حتى يتم التوصل إلى حل ودي يخدم مصالح الأطراف المتعاقدة لتفادي الوصول إلى إنهاء العقد وإعادة التوازن الاقتصادي للعقد الإداري الدولي الذي اختل توازنه بسبب الانهيار الاقتصادي.

الفرع الثاني

إعادة التوازن العقدي بالاتفاق اللاحق على حصول الاختلال

ينطوي على إبرام العقد بصورة صحيحة التزامات على عاتق طرفيه ، وانطلاقاً من مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يعد ضماناً قانونية لأطرافه في تحقق الأمان القانوني والاستقرار في المعاملات إذ لا يستطيع أي طرف من أطراف العلاقة التعاقدية التحلل من التزاماته إلا في حالة قيام اتفاق بين طرف والطرف الآخر أو لسبب من الأسباب المقررة بموجب القانون لذلك ليس هناك ما يعفي المتعاقد من تنفيذ التزامه إلا في حالة حدوث ظروف أو أحداث خارجة عن إرادته^(١). لذلك قد يجد الأطراف المتعاقدة انفسهم أمام عقد من العقود الإدارية الدولية قد اختل توازنها بسبب خارج عن إرادة كل منهما من دون أن يكون في العقد الذي تم إبرامه بند يعيد التوازن العقدي إلى سابق عهده ويعالج سبب الاختلال الذي حدث من دون أي تدخل لإرادة أحد أطراف العقد كالعائق المؤقت أما سهواً ونسياناً من قبل المتعاقدين أو يكون عن تعمد وقصد منهما حتى يحدث الاختلال ويؤثر على مسيرة تنفيذه كأن تكون لأحد الأطراف المتعاقدة مصلحة في حصول الاختلال في التوازن العقدي وعدم القدرة على إعادة الحال إلى ما كان عليه بسبب تغير الظروف المحيطة بالعقد ليتمكن أحد المتعاقدين في النهاية التحلل من المسؤولية الملقاة على عاتقه بسبب العقد المبرم بينهما كأن يصاب بعجز في مركزه المالي أو غيرها من الأسباب الأخرى إذ يصبح تنفيذ العقد من جانبه مستحيلاً أو غير ممكناً على الأقل وعلى ذلك لا بدّ من الإشارة إلى ما هو المقصود من العائق المؤقت أو الإستحالة المؤقت إذ تتمثل الإستحالة المؤقتة بالحدث الذي يقع ولا دخل لإرادة المتعاقد فيه ويترتب عليه عدم قدرة المتعاقد على تنفيذ الإلتزام الملقاة على عاتقه بصورة وقتية أو قد يلحق العائق المؤقت ميعاد تنفيذ العقد دون أن يلحق ذاته^(٢).

(١) د. اسماء مدحت سامي، الاعفاء من المسؤولية في إتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي (للبضائع) فيينا، دار النهضة

العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٢٣.

(٢) د. شريف محمد غانم، مصدر سابق، ص ٣٤٦.

وأن مصادر نشأة العائق المؤقت متعددة فقد يكون المصدر مادياً وقد يكون المصدر قانونياً إذ أن المصدر المادي يتمثل بكل واقعة مادية ملموسة تلحق قدرة المتعاقد على الوفاء بالالتزام المترتب عليه بموجب العقد وبشرط أن لا يلحق ذات الإلتزام ففي هذه الحالة نكون أمام مانع نهائي يترتب عليه فسخ العقد بل يجب أن يلحق ميعاد تنفيذ العقد حتى يكون من الممكن إيقاف تنفيذ العقد بصورة مؤقتة^(١).

وعلى العكس من ذلك فقد يكون مصدر المانع المؤقت قانونياً إذ قد يأتي المنع القانوني بعدة صور مثل اخراج المحل التعاقد الذي تم الاتفاق عليه بموجب العقد كإخراج خدمة أو سلعة من دائرة التعامل لعدة اعتبارات، منها اجتماعية كمنع تداول بعض الأدوية أو قد يكون ، لاعتبارات سياسية كمنع تداول بعض السلع من و إلى الدول المعادية^(٢).

وقد تبنت فكرة العائق المؤقت مبادئ (اليونيدروا)^(٣)، وتحديد أنواع هذا العائق إذا كان دائماً أي غير قابل للزوال في المستقبل الذي قد يصيب الإلتزام كاملاً وقد يصيب جزءاً منه ويترتب عليه إنهاء العقد أو على العكس من ذلك إذ كان المانع مؤقتاً يترتب عليه إيقاف تنفيذ العقد بصورة مؤقتة لحين زوال المانع والعودة إلى تنفيذ العقد على أحسن وجه ممكن وذلك بموجب نص المادة (٧-١-٧) في فقرتها الأولى إذ جاءت بالنص على فكرة العائق الدائم تحت مسمى القوة القاهرة: " يعفى المدين من المسؤولية عند عدم التنفيذ إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى حادث لا سيطرة له عليه وكان من غير المعقول أن يدخله في حساباته عند إبرام العقد أو كان لا يستطيع تجنب وقوعه أو تفاديه أو تجاوز نتائجه...." وجاءت الفقرة الثانية بالنص على العائق المؤقت بالقول: " وإذا كان الحادث مؤقتاً فحسب فيظل الإعفاء منتجاً لأثره خلال مدة معقولة يراعى فيه أثر الحادث على تنفيذ العقد " إذ نجد أن الفقرة الثانية قد أشارت إلى "امكانية وقف تنفيذ العقد لمدة مؤقتة لحين زوال العائق المؤقت فإن زال هذا العائق عاد تنفيذة من جديد وعاد المتعاقد مسؤولاً عن تنفيذ التزامه وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية

(١) د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال التوازن العقدي في قانون التجارة الدولية، دارالنهضة العربية، مصر، ١٩٩٩، ص ٣٤٧.

(٢) د. أسماء مدحت سامي، مصدر سابق، ص ١٢٥.

(٣) وهي مبادئ موحدة للعقود التجارية الدولية صادرة عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (اليونيدروا) نقلًا عن: د. بروين محمود محمد، المانع المؤقت في العقد، بحث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، دون مجلد، العدد ١٤، السنة الرابعة، ص ١٣٣.

المرتتبة على العقد المبرم بين الطرفين وان موقف مبادئ اليونيدروا موقف حسن يتماشى وواقع العقود الإدارية الدولية ، لأن هذه العقود تعتبر وسيلة فعالة لتحقيق التقدم لاقتصاديات الدول الناشئة فضلاً عن أن هذه الأنواع من العقود غالباً ما تتعلق بالمشاريع الاقتصادية الضخمة وينجم عنها رؤوس أموال كثيرة ناهيك عن التعقيد الذي يرافق هذه الأنواع من العقود بسبب طول مدة المفاوضات وتكبد الأطراف نفقات مالية كبيرة وجهد وضياح للوقت بسبب اختلاف المراكز القانونية لأطراف العقود الإدارية الدولية^(١).

لذلك ينبغي التريث والتأني في إنهاء هذا النوع من العقود لاسيما الطويلة المدة منها أو تلك العقود التي اجتازت مرحلة مهمة في تنفيذها حتى زوال العائق المؤقت والاستمرار في تنفيذها من النقطة التي توقف عندها العقد فضلاً عن ذلك ليس كل العائق أو مانع يؤدي إلى إيقاف تنفيذ العقد بل لا بد أن يكون من شأن هذا المانع أو العائق اختلال التوازن العقدي في حقوق والتزامات أطراف العقد لذلك لا بد من توافر شروط معينة في هذا العائق أو المانع حتى يشكل سبباً لاختلال التوازن العقدي^(٢).

إذ يترتب على ذلك وقف تنفيذ العقد بصورة مؤقتة لحين زواله ومن هذه الشروط أن يكون العائق المؤقت بسبب خارج عن إرادة المتعاقد وذلك وفقاً للفقرة الأولى من المادة (٧٩) من اتفاقية فيينا إذ نصت على: "يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته..." بمعنى أن لا يتسبب المتعاقد بالحادث قبل وقوعه أو حتى الاستزادة في تأثير وقوعه ولا ينجم عن إهماله وتقصيره فمتى ما كان لإرادة المتعاقد دخل في وقوع الحادث أو كان بإمكانه تجنب نتائجه أو التغلب عليه بأية وسيلة عندئذ يسأل المتعاقد عن إخلاله بتنفيذ التزامه والذي يفرضه عليه العقد لذلك حتى يترتب على العائق أثراً متمثلاً بوقف تنفيذ العقد بصورة مؤقتة أن يكون العائق خارج عن إرادة المتعاقد في العقود الإدارية الدولية إذ ان شرط استقلال الحدث عن إرادة المتعاقد شرط عادل ومنطقي وينسجم مع مبدأ حسن النية فمن غير المعقول وبخلاف المنطق أن يسمح للمتعاقد بالاستفادة من أثر المانع المؤقت بوقف تنفيذ العقد وما يترتب على ذلك من تأخير في تنفيذ الالتزامات المترتبة على عاتق المتعاقد بموجب العقد المبرم بين أطرافه ويعد وصف الخروج عن إرادة المتعاقد وصف ينطبق على العائق نفسه وليس الظروف التي وقع في ظلها العائق إذ أن وصف الظروف بالأجنبية صفة تظال الجميع كما تسمى بالظروف

(١) د. عبد الوهاب علي بن سعيد الرومي، مصدر سابق، ص ١٨٤.

(٢) د. عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص ١١.

الخارجية أيضاً بنظر الكافة ويراد بوصف الظروف الأجنبية في الأستحالة أنه لا دخل لإرادة المتعاقد بالحدث الذي وقع وترتب عليه العائق أو المانع المؤقت ، إذ متى ما نسب أي دور للمتعاقد في وقوع الحادث في هذه الحالة ينتفي عند ذلك وصف الظروف بالأجنبية ومن ثم يسأل الأخير عن إخلاله بتنفيذ إلتزامه والذي يفرض عليه بموجب العقد^(١).

أضافة إلى الشرط المتقدم إذ لا يكفي لايقاف تنفيذ العقد بصورة مؤقتة أن يكون العائق قد وقع لسبب خارج عن إرادة المتعاقد بل لابد أن يكون هذا العائق غير متوقع من قبل المتعاقدين عند إبرام العقد الإداري الدولي ويراد بعدم التوقع عدم تصور الأطراف المتعاقدة حدوث المانع بطريقة تؤثر مباشرة على علاقاتهم التعاقدية وجاء ذلك بصراحة في نص المادة (١/٧٩) من إتفاقية فينا بالقول: "لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من إلتزاماته إذا أثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وإنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت إنعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه" إذ إنّ الفقرة الأولى من المادة (٧٩) من اتفاقية فينا لم تعطي مفهوماً محدداً لمعنى العائق أو المانع بل اكتفت بذكر الشروط الواجب توافرها لوجود العائق وهو ما فسره البعض بأن الاتفاقية عالجت فقط الحالة المتعلقة بالآثار المترتبة عن عدم التنفيذ أي الحالة التي يستحيل فيها على المتعاقد تنفيذ إلتزامه^(٢).

وترى الباحثة واستناداً إلى ما تقدم بأن عدم التوقع يقصد به بموجب هذه المادة بأنه الحادث الذي لم يكن في حسابان المتعاقدين وقت إبرام العقد، أو حتى بالامكان تجنبه أو التغلب عليه أو على عواقبه لكن نلاحظ على هذه المادة أنها تغالي في إعفاء المتعاقد من المسؤولية المترتبة على عاتقه في حالة العائق المؤقت ليس بسبب عدم توقعه لحدوث العائق وقت انعقاد العقد بين الطرفين بل بالأضافة إلى ذلك أن يعفي المتعاقد من المسؤولية حتى لو كان قد توقعه إلا أنه لم يستطيع تجنب الحادث قبل وقوعه.

(١) د. شريف محمد غانم، مصدر سابق، ص ٢٦٠.

(٢) الفقرة (١) من المادة (٧٩) من إتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع عام ١٩٨٠.

كما نصت الفقرة الثانية من ذات المادة بأن: "إذا كان عدم التنفيذ أحد الطرفين نتيجة لعدم تنفيذ الغير الذي عهد إليه بتنفيذ العقد كلاً أو جزءاً فإن ذلك الطرف لا يعفى من تبعه ذلك إلا إذا:

أ- أعفي منها بموجب الفقرة السابقة.

ب- كان الغير سيعفى من المسؤولية في ما لو طبقت عليه أحكام الفقرة المذكورة^(١).

إذ يتضح من ذلك أن حساب المدة الزمنية لعدم التوقع المتعاقد يبدأ من وقت انعقاد العقد مما يفيد بأن الفترة الزمنية السابقة على انعقاد العقد والخاصة بالمفاوضات لا تندرج ضمن النطاق الزمني لعدم التوقع وفقاً لاتفاقية فيينا^(٢).

كما نصت الفقرة الثالثة من المادة نفسها: "يحدث الاعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال المدة التي يبقى فيها العائق قائماً"^(٣).

أمّا في ما يتعلق بموقف اتفاقية (لاهاي) من شرط عدم التوقع الحادث الأجنبي نجدها قد تبنت معيار لا يخلو من الغموض فقد اشترطت في بادئ الأمر أن يكون نطاق عدم التوقع شاملاً لكلا طرفي العقد وليس لأحد المتعاقدين كما ورد في نص المادة (١/٧٤) أذ جاء فيها: "... إذا أثبت أن هذا التخلف ناشئاً عن ظروف لم تكن واجبة وفقاً لما أجهت إليه مقاصد الطرفين وقت إبرام العقد..." وعندما يتعذر ذلك يتم اللجوء إلى معيار الشخص المعتاد لو وجد في ذات الظروف التي وجد بها المتعاقد قائلاً: "... فإذا لم تتضح مقاصد الطرفين فالعبرة بما يقصده اشخاص عقلاء من نفس الصفة لو وجدوا في ظروف مماثلة"^(٤).

(١) الفقرة (٢) من المادة (٧٩) من إتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع عام ١٩٨٠.

(٢) أكرم محمد حسين التميمي، الاخلال في التنفيذ في بيوع التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٤، ص ١٦٧.

(٣) الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من إتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٠.

(٤) الفقرة (١) من المادة (٧٤) من إتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤ والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق على المنقولات المادية.

نستنتج من ذلك بأن نص المادة المتقدمة قد حاولت الجمع بين أكثر من معيار للقول بإمكانية التوقع من عدمه حيث أخذ بالمعيار الشخص المعتاد وقصد المتعاقدين عند انعقاد العقد وان تعذر ذلك يتم اللجوء إلى معيار الشخص المعتاد فقط.

إذ يجب بالإضافة إلى كون العائق خارج عن إرادة المتعاقد وعدم إمكانية توقعه عند إبرام العقد أن يكون العائق مؤقتاً بمعنى أن يكون خلال مدة زمنية محددة وينتهي أثره بعد هذه المدة من دون أن يكون مستمراً فمتى ما انتفى وصف التوقيت في المانع أو العائق عند ذلك يصبح العائق مؤبداً ويسمى بالقوة القاهرة التي يترتب عليها استحالة مطلقة في التنفيذ^(١).

إذ إن الضابط الذي يتم على أساسه تحديد التوقيت من عدمه هو النظر لميعاد زواله متى ما كانت طبيعته غير قابلة للزوال عندئذ نكون أمام عائق أو مانع مؤبد يترتب عليه انتهاء الرابطة العقدية بين المتعاقدين^(٢).

وعلى العكس من ذلك متى ما كانت الظروف والملابسات تشير إلى انتهاء تأثير هذا العائق ولو كان بعد مدة من زمن كان هذا العائق مؤقتاً إذ يتم في هذه الحالة إيقاف تنفيذ العقد حتى يزول هذا العائق لكن بشرط أن ينتهي ويزول قبل فوات المدة المحددة لتنفيذ الالتزام التعاقدية وإذا كان ميعاد انتهاء العائق المؤقت معلوماً لدى الطرفين المتعاقدين وقامت ملابسات معينة تدل على انتهاءه قبل انتهاء الموعد المحدد للتنفيذ فلا شائبة في الأمر فإن أستغرقت مدة قيام العائق المؤقت أجل أنقضاء تنفيذ الالتزام التعاقدية عندئذ لا يبقى للأخير فائدة تذكر لا سيما إذا ما تحكمت به عوامل طبيعية وظروف خارجة عن إرادة المتعاقدين ومن ثم لا يمكن الجزم بتاريخ أنتهاؤها لذلك يجب على القاضي أو المحكمة الاستناد إلى هذه الظروف والملابسات وتقدير ما إذا كان الحادث مؤقتاً أو مرجواً زواله ومن ثم أستمرار تنفيذه بعد إنتهاء العائق أم أنه ذو صفة دائمية أو لا يرجى زواله ومن ثم اللجوء لإنهاء العقد بناء على طلب من أحد المتعاقدين على الرغم من دور الأطراف الذي لا يمكن تناسية من

(١) يقصد بالاستحالة المطلقة: "وهي الاستحالة التي ترجع إلى استحالة الشيء في ذاته، لا إلى استحالته بالنسبة للملتزم على عكس الاستحالة النسبية التي تتحقق عند وجود مانع لا يمكن التغلب عليه إلا بمجهود وعناية تزيدان على ما تقتضيه العلاقة المراد تنفيذها أي يمكن التغلب عليها بمجهود يزيد على المتوسط أو بمجهود استثنائي" نقلاً عن: رجب عبد الحسن رجب العباس، انقضاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠١٩، ص ١٥.

(٢) د. عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، ١٩٥٠، ص ١٦٠.

تمسكهم بالعقد المبرم بينهم ومن ثم التعاون في ما بينهم بحسن نية حتى يتم تخطي أو التغلب على هذا المانع والاستمرار في تنفيذ العقد من النقطة التي توقفت عندها^(١).

وبناءً على ما سبق ذكره إذ نجد إن أحد الفقهاء يذهب إلى أن العبرة في ترتيب أثر المانع يرتبط بعدم توقعه وليس بأستحالة دفعه فإذا استحال تجنب العائق بعد وقوعه غير إن المتعاقد كان قد توقعه لكن لم يتخذ الاجراءات الكفيلة بدفعه فلا يترتب على العائق أي اثر يذكر إذ إن المعيار الذي يتم على اساسه تقدير وجود المانع أو العائق من عدمه هو عدم توقعه لحظة إبرام العقد حتى يكون بالإمكان تجنبه أو تخطي عواقبه أو حتى التغلب عليه أو على عواقبه^(٢).

واضافة الى ذلك إذ يشترط في العائق فضلاً عن خروجه عن إرادة المتعاقد وعدم إمكانية توقعه عند إبرام العقد أن يكون هذا العائق محكوماً بصفة التأقبت أي إمكانية زواله في المستقبل وأنتهاء أثره فأن انتفى هذا الوصف المتقدم في العائق أو المانع عندئذ نكون أمام عائق مؤبداً ويسمى بالقوة القاهرة وأن القوة القاهرة يقصد بها عموماً بأنها الواقعة التي تنشأ باستقلال عن إرادة المتعاقد وعدم استطاعته توقعها أو تنبؤها، أو منع حدوثها، لأنها تكون غريبة عن الشخص الذي يتمسك بها وخارجة عن إرادته ويترتب على وجودها أن يستحيل على المتعاقد الوفاء بالتزاماته مطلقاً ومن ثم يترتب على ذلك انتهاء الرابطة العقدية^(٣).

إن الضابط الذي يتم الركون إليه لتحديد توقيت العائق من عدمه إرادة الأطراف إذ تؤدي إرادة الأطراف دوراً كبيراً في تحديد طبيعة المانع بكونه مؤقتاً أو نهائياً فقد يكون مانع التنفيذ قابلاً للزوال ومع ذلك تتجه إرادة الاطراف المتعاقدة إلى احتسابه من قبيل الاستحالة نهائية ومثال على ذلك نجد اتجاه إرادة الأطراف المتعاقدة إلى عدم السماح بإمكانية التأخير بتنفيذ العقد واعتبار كل تأخير استحالة نهائية يترتب عليها انفساح العقد إذ يتم النظر في هذه الحالة إلى ميعاد زواله فأن كان غير قابل للزوال عند ذلك يكون العائق مؤبداً ويترتب عليه انتهاء المسؤولية الملقاة على عاتق المتعاقد بسبب الاستحالة الكلية والشاملة للالتزام أما إذا كانت ظروف وملابسات العائق تشير إلى انتهائه ولو بعد مدة

(١) باسم محمد خضير آل حجيل السعدي، إعادة التوازن العقدي بالوسائل الإتفاقية في عقود التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٥، ص ٩٥.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٧٣٧.

(٣) د. محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٣٠٠.

من الزمن كان هذا العائق مؤقتاً بمعنى آخر إن العائق المؤقت يبقى على الرابطة العقدية بين المتعاقدين لحين حلول الأجل الذي يصبح فيه الوفاء قائماً وممكناً وبذلك يحافظ على إمكانية تنفيذ العقد في المستقبل وهو الأمر الذي يؤدي إلى رفع الأرهاق من على عاتق المتعاقد^(١).

ولا بدّ من الإشارة في هذا الصدد إلى أن المدة التي يتم فيها إيقاف تنفيذ العقد بسبب العائق المؤقت والمباشرة بتنفيذ العقد بعد انتهائه يكون من خلال تقدير الظروف التي وقعت وتسببت بالحادث أولاً ونوع العقد ومقدار المدة اللازمة لتنفيذه والقدر المتبقي على انجاز العقد ثانياً أي أن تكون المدة المتبقية كافية بعد خصم مدة بقاء المانع من مدة تنفيذ العقد بحيث تصلح هذه المدة ليتمكن الأطراف بتنفيذ ما تبقى من التزامات التي لم تنفذ ولا تعد المدة المتبقية كافة بعد زوال المانع بل يجب أن تكون مجدية و مفيدة ونجد أن التنفيذ اللاحق يكون مجدياً متى ما ترتب عليه تحقيق مصلحة الطرفين^(٢).

وترى الباحثة بناءً على كل ما تقدم ذكره سابقاً وفي نهاية الحديث فقد يجد الأطراف أنفسهم أمام عقد قد اختل توازنه الذي اعتادوا عليه ففي هذه الحالة يجب عليهم بأتباع أحد الخيارين أمّا إنهاء العقد وتحلل منه نهائياً بسبب حدوث تغيير جوهري في العقد وأما تعديل العقد من خلال إدراج شرط إعادة التوازن العقدي بالاتفاق اللاحق فيما بينهما وفي هذه الحالة يكون هذا البند اقرب لتعديل العقد منه إلى شرط تعاقدية كون الوصف الأخير لا يطلق إلا على الشرط الذي يدرج خلال مرحلة التفاوض بين الأطراف المتعاقدة وقبل أن يكون العقد قد بدء تنفيذه.

ونحن من جانبنا نفضل الخيار الثاني وهو تعديل العقد وذلك لعدة مبررات منها يجب النظر إلى العقد من جانب إيجابي وهو تنفيذ العقد واحترامة من قبل الأطراف المتعاقدة والحصول كل منهما على حقوق كاملة وتنفيذ الالتزامات المترتبة عليهم من دون استزادة أو نقصان في ذلك.

إذ لا يجوز النظر إلى العقد من جانب سلبي وهو حدوث تنازع بين الأطراف المتعاقدة والانتهاج بالعقد إلى الفسخ، لأن العقود الإدارية الدولية غالباً ما تستمر لمدة طويلة من الزمن لذلك ليس من مصلحة الأطراف المتعاقدة أن تقوم بفسخ العقد بعدما أستمردحاً من الزمن بالسير في تنفيذه كونه ذات طبيعة خاصة ومعقدة تبتعد كثيراً عما هو مألوف في إطار العقود الوطنية البسيطة على الرغم

(١) باسم محمد خضير ال حجيل السعدي، مصدر سابق، ص ٩٩.

(٢) مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، ٢٠١٥، ص ١١٧.

من أن الفقرة الخامسة من اتفاقية (فيينا) التي جاء فيها: " ليس في هذه المادة ما يمنع الطرفين من استعمال أي حق من حقوقه الأخرى خلاف طلب التعويض.." ^(١)، إذ خولت لأحد الطرفين استعمال حق الفسخ كأحد الحقوق الناتجة عن عدم تنفيذ العقد بسبب يرجع إلى أحد المتعاقدين في العقود الإدارية الدولية.

لذلك نجد أن الأطراف المتعاقدة حتى في حالة حصول عائق أو إستحالة مؤقتة يعودون إلى الاستمرار في تنفيذ العقد أفضل من تجميد أو تسكين العقد من خلال تقويض هذه الحالة والحد من اثارها ونتائجها السلبية على سير العقد عن طريق إتفاقهم اللاحق بتعديل العقد وتطويره بتغيير الالتزامات المترتبة على عائق أطراف العلاقة التعاقدية لجعله أكثر ملائمة للظروف والمستجدات التي تحصل في أثناء تنفيذه إذ تبقى الرابطة العقدية مستمرة وترتب واجباب على عائق طرفيها للحفاظ على ديمومتها واستمرارها.

إستناداً إلى كل ما تقدم إذ يتوجب على أطراف العقود الإدارية الدولية بالتنبؤ بوقوع بعض الظروف والأحداث التي يمكن أن تحدث في أثناء تنفيذ تلك العقود لحماية أنفسهم ضد المخاطر التي من الممكن أن تعيق سير وتنفيذ تلك العقود وذلك من خلال إدراج ما يشاؤون من شروط وحلول التي تحقق هذا الغرض ، وذلك لأن العقود الإدارية الدولية تتعلق بسير المرافق العامة بأنظمة واطراد لتحقيق المصلحة العامة وهذا ما يميزها عن العقود التي تبرم بين الافراد العاديين.

أما بالنسبة إلى موقف الدول محل المقارنة من العائق أو المانع المؤقت أنها تجاهلت هذه المسألة ولم تعالجها من خلال نصوصها التشريعية كما أنها لم تركز لها حلاً واضحاً إذ اختلفت التفسيرات حول مفهومه والحالات التي يطبق فيها بحيث تناولته أغلب الكتابات على أساس أنه قوة قاهرة نظراً لانطوائها على خصائصها مما يستدعي الأمر ضرورة مراجعة تلك الدول لمفهوم العائق أو المانع المؤقت لموكبة متطلبات الممارسات العقدية في مجال العقود ^(٢).

(١) الفقرة (٥) من المادة (٧٩) من اتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٠.

(٢) مروك أحمد، مصدر سابق، ص ١٢١.

المبحث الثاني

موقف النظم من التحكيم في العقود الإدارية الدولية

يعرف التحكيم بأنه إقامة نظام قانوني خاص من قبل أطراف العقد ، للفصل في النزاعات التي تحدث بينهم بالطرق السلمية لا سيما في إطار العقود الإدارية الدولية ، إذ لم يعد التحكيم يقتصر على المنازعات الناتجة عن العلاقات التجارية الدولية بل اتسع نطاقه ليشمل المنازعات الإدارية التي تكون الدولة أو أحد اشخاص القانون طرفاً فيها نظراً لما يتمتع به التحكيم من مزايا تتمثل بالسرعة والتخصص الفني والسرية ، فضلاً عن أن التحكيم في هذا النوع من العقود له أهمية في إقتصاديات الدول النامية والمتطورة على حد سواء ، وتفق أهميته بالنسبة للدول الآخذة في النمو، لأنها تعد الركيزة التي يتم من خلالها بناء هيكلها الاقتصادية وتنظيم بنيتها الأساسية على نحو يجعل من هذه العقود عاملاً حيوياً ورئيسياً في تحقيق خططها الاقتصادية.

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول، التحكيم في العقود الإدارية الدولية في الدول المقارنة، وفي المطلب الثاني سنتطرق إلى التحكيم في عقود الإدارية الدولية في العراق.

المطلب الأول

التحكيم في العقود الإدارية الدولية في الدول المقارنة

يعد موضوع اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تثور بمناسبة العقود الإدارية الدولية من الموضوعات الحديثة والتي بدأت مختلف التشريعات المعاصرة توليها اهتماماً كبيراً ، وذلك الأمر يرجع بالدرجة الأولى لزيادة تدخل الدولة في مجال التنمية الاقتصادية وإبرامها لكثير من العقود مع الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاصة من رعايا الدول الأخرى فضلاً عن صعوبة تقبل الدولة لفكرة خضوعها لقضاء دولة أخرى فهناك من يرى أن لجوء الإدارة إلى التحكيم في هذا النوع من العقود يتعارض مع سيادة الدولة واعتداء على اختصاص القضاء الإداري وبيان ما تقدم سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنخصص الفرع الأول للتحكيم في العقود الإدارية الدولية في فرنسا، أما الفرع الثاني فنسخره لبيان التحكيم في العقود الإدارية الدولية في الجزائر.

الفرع الأول

التحكيم في العقود الإدارية الدولية في فرنسا

سنبحث في هذا الفرع المواقف والتوجهات الفقهية والتشريعية والقضائية الفرنسية من مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية كوسيلة بديلة واستثنائية عن الأصل العام في تسوية المنازعات الإدارية العقدية واستناداً لما تقدم لا بدّ من الحديث أولاً عن موقف الفقه ثم بعد ذلك الانتقال إلى موقف التشريع ومن بعد ذلك موقف القضاء من مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

أولاً- موقف الفقه الفرنسي:

نلاحظ أن موقف الفقه الفرنسي قد انقسم بين مؤيد ومعارض لمدى إمكانية وجواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية فيما يخص موقف الفقه المعارض لفكرة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية إذ نجد أن أغلب الفقه الفرنسي يتجه إلى عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم لفض المنازعات التي تحدث عند تنفيذ العقود الإدارية الدولية إلا إذا أجاز ذلك المشرع بنص تشريعي صريح وأستناداً إلى الحجج والأسانيد الآتية:

الحجة الأولى: أن اللجوء إلى التحكيم في المنازعات العقود الإدارية الدولية يؤدي بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى الاخلال بمبدأ الفصل بين السلطات في الدولة.

إذ إن التحكيم لا يعدو أن يكون قضاءً خاصاً له طبيعته التي تجعل منه محققاً للأهداف التي يسعى إليها القضاء فكيف تقبل الإدارة بوجود محكمين في منازعات عقودها الإدارية^(١).

الحجة الثانية: إن اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية يتوقف على إرادة المشرع وإرادة الأطراف المتعاقدة معاً.

إنّ التحكيم الاختياري يقوم في واقع الأمر على ركنين أساسيين لا بدّ من اجتماعهما معاً حتى نستطيع القول بمشروعية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وهما إرادة الخصوم وإرادة

(١) محمد أبو القاسم علي أبريش، أثر التحكيم في منازعات العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١٦، ص ١٠١.

المشرع المتمثلة بالاقرار للخصوم بإجازة اللجوء إلى التحكيم لأن الأصل هو الحل عن طريق القضاء الوطني المختص والاستثناء اللجوء إلى التحكيم الدولي بحيث إذا تخلف إحداهما أصبح الاتفاق على التحكيم غير مشروع^(١).

الحجة الثالثة: إن القضاء في الدول يقدم ضمانات للخصوم لا يقدمها التحكيم الذي يتم من قبل شخص أو اشخاص عاديين.

إذ نلاحظ أن هذه الحجة المتقدمة قد تم تنفيذها كونها بعيدة عن الواقع فما شهدته نظام التحكيم من تطور جعله يقدم الضمانات القانونية لطرفي النزاع فهو إلى جانب حسمه للنزاع يتبع مبادئ القانونية لسير الدعوى ويكفل للطرفين حق تقديم الدفوع والرد على ما يقدمه الطرف الآخر^(٢).

الحجة الرابعة: حظر اللجوء إلى التحكيم من قبل أشخاص القانون العام من المبادئ العامة للقانون والتي يطبقها القضاء الإداري في فرنسا باعتبارها مصدراً من مصادر المشروعية والتي يتعين ويتوجب على جهة الإدارة الالتزام بها وعدم مخالفة ذلك الأمر^(٣)، أمّا بالنسبة إلى موقف الفقه الفرنسي المؤيد للتحكيم في مناعات العقود الإدارية الدولة إذ نلاحظ على الرغم من أن المبدأ السائد عند الفقه الفرنسي السالف بيانه هو حظر لجوء الدولة وأشخاص القانون العام إلى التحكيم لحسم المنازعات الإدارية الدولية والذي يجد سنده في نصوص القانون الإجراءات المدنية والقانون المدني الفرنسي والمبادئ العامة للقانون إلا أنه في الأونة الأخيرة خاصة بعد الأزمة الاقتصادية التي مرت بها البلاد في أعقاب الحرب العالمية الثانية أدت إلى نزول الدولة لميدان التجارة واصطدامها بالأهمية العملية للتحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية الدولية ترتب عليه تبني جانب كبير من الفقه الفرنسي تجاهاً أقل تزمناً مما كان عليه في السابق حول جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية^(٤).

(١) رولا نائل سلامة، التحكيم في العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٤، العدد ٣، ٢٠١٧، ص ١٤٢.

(٢) د. بشار محمد الأسعد، مصدر سابق، ص ٣٨٥.

(٣) طالب حسن موسى، التحكيم التجاري الدولي خيار أم فرض، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، مجلد ٢٩، العدد ١، ٢٠١٤، ص ٥.

(٤) محمد أبو القاسم علي أبريش، مصدر سابق، ص ١٠٩.

ثانياً - موقف المشرع الفرنسي:

إنّ التشريع الفرنسي نجده خلا من أي نصوص تشريعية تنظم مشروعية أو إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية حيث إن هذه النصوص وضعت قاعدة عامة تتمثل هذه القاعدة في عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام الاتفاق إلى التحكيم لحل أو فض منازعاتهم إذا لم يوجد نص قانوني أو اتفاق دولي يجيز اللجوء إلى التحكيم فأن الأشخاص المعنوية العامة لا يجوز لها اللجوء إلى التحكيم في عقودها الإدارية^(١).

ونجد أن هذا المبدأ يجد أساسه في نص المادتين (٨٣، ١٠٠٤) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم الصادر عام (١٨٠٦) إذ نجد أن المادة (٨٣) قد حددت من هم الاشخاص العامة الواجب عليهم عرض منازعاتهم على النيابة العامة وهي المنازعات التي تكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين أو البلديات ومن بينهم المؤسسات العامة أمّا المادة (١٠٠٤) حظرت اللجوء إلى التصالح أو التحكيم في المنازعات التي يجب ابلاغ النيابة العامة بها وتستلزم حضورها فيها^(٢).

ثم حدث تعديل للقانون الفرنسي الصادر ٥ يوليو عام ١٩٧٢ والمعدل في ٩ يوليو ١٩٧٥ والتي تم استبدال هاتين المادتين و أصبحت المادة (٢٠٦٠) من القانون المدني الحديث إذ تم حظر اللجوء إلى التحكيم في المنازعات العقود التي عادة ما تكون الدولة والاشخاص العامة طرفاً فيها وعدّ الحظر من النظام العام إذ لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها حيث نصت على: "يحظر قبول شرط التحكيم في المنازعات التي تخص الهيئات أو المؤسسات العامة"^(٣).

وعلى الرغم من ذلك الحظر المطلق إلا أنه نجد أن المشرع الفرنسي اجاز اللجوء إلى التحكيم في بعض القوانين ولكن عادة ما تكون وفق شروط خاصة ينص عليها في تلك القوانين منها على سبيل المثال نص المادة (٢٨) من القانون الصادر في ٢ يوليو في عام ١٩٩٠ الخاص بهيئة البريد والاتصالات الفرنسية وأيضاً نص المادة (٢٥) من القانون الصادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٨٢ الخاص بالشركة الوطنية للسكك الحديدية ولكن حدث تطور في التشريع الفرنسي على الرغم من الحظر

(١) د. حمادة عبد الرزاق حماده، منازعات عقد إمتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠١٢، ص ٢٢٨.

(٢) د. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص ٢٣١.

(٣) المادة (٢٠٦٠) من القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم رقم (١٣١) لسنة ١٩٧٢.

المطلق من اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تشوب العقود الإدارية إلا أنه إجازة وبدأ يسمح به استثناء على هذه القاعدة حيث ما زال الحظر هو المبدأ العام والتخفيف من ذلك المبدأ هو الاستثناء وسنعرض بعض النصوص التي سمحت لأشخاص القانون العام باللجوء إلى التحكيم ومن هذه الاستثناءات^(١):-

١- الاستثناء الأول: تشريع ١٧ نيسان لعام ١٩٦٠:

يعد هذا الاستثناء هو الأول والأكثر قدماً وكان هذا الاستثناء أول تخفيف من حدة الحظر الذي فرضته التشريع الفرنسي من إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تشوب العقود الإدارية الدولية إذ سمحت المادة (٦٩) منه للدولة والمحافظات بتصفية النزاعات عن طريق التحكيم متى ما كانت تلك النزاعات متعلقة بعقود التوريد والاشغال العامة ومتى ما كان النزاع منصباً على تقدير مبلغ مالي واجب الأداء وهذا التخفيف يتعلق فقط بعقود الاشغال العامة وتوريد حيث لا يخضع للتحكيم أي منازعة تتعلق بتصفية النفقات الناشئة عن أي عقد إداري من العقود الإدارية الدولية غير هذين العقدين وكان السبب في إصدار هذا القانون هو مواجهة المشكلات المالية التي نتجت عن المعرض العالمي الذي أقيم في عام ١٩٠٠^(٢).

٢- الاستثناء الثاني: تشريع ١٨ نيسان ١٩٤٦:

صدر هذا القانون سنة ١٩٤٦ عند قيام الدولة الفرنسية بتأميم شركة الغاز والكهرباء وجعل فض المنازعات باللجوء إلى التحكيم اجبارياً وليس اختيارياً فيما يتعلق بالصعوبات التي تنتج عن هذا التأميم^(٣).

٣- الاستثناء الثالث: تشريع ٩ تموز عام ١٩٧٥:

حيث أصبح اللجوء إلى التحكيم على وفق هذا القانون متاح للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري بأن تلجأ لفض المنازعات سواء كانت عقدية أو غير عقدية تحدث في تلك

(١) د. صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الإدارية التقليدية والمنظورة وإشكاليات تسوية منازعاتها، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ص٧٥٧.

(٢) د. مراد محمود الموحدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، ط١، دار الثقافة، ٢٠١٠، ص٩٧.

(٣) د. دويب حسين صابر، عقود توكيفية حسم منازعاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ص١٣٥.

المؤسسات لكن المشرع لم يصرح إلا لبعض المؤسسات العامة التي يصدر بتحديد مرسوم وظل هذا الوضع معلقاً على صدور مرسوم يحدد المؤسسات الصناعية والتجارية التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم إلا أن المرسوم لم يصدر إلا مؤخراً في ٨ يناير عام ٢٠٠٢ وقد حدد المؤسسات العامة التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم ومن بينها شركة غاز فرنسا وشركة كهرباء فرنسا إذ كانت خطوة خجولة من المشرع ولم يقوم باتخاذها إلا تحت وطأة الظروف الاقتصادية التي كانت سائدة وبسبب نزول الدولة بواسطة مؤسساتها العامة الصناعية والتجارية إلى الأسواق^(١).

٤- الاستثناء الرابع تشريع: ١٥ تموز عام ١٩٨٢:

نص هذا القانون على امكانية اللجوء إلى التحكيم في فض المنازعات متى كانت تلك المنازعات متعلقة بتنفيذ عقود الابحاث المبرمة بين المؤسسات العامة العلمية والصناعية والتكنولوجية مع الهيئات الأجنبية^(٢).

٥- الاستثناء الخامس: تشريع ١٩ آب عام ١٩٨٦:

بأنه بالمخالفة لنص المادة (٢٠٦٠) من القانون المدني يجوز أدرج شرط التحكيم عندما تقوم الدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة بأبرام عقود إدارية أو مدنية أو غير ذلك من العقود ولكن يشترط لتطبيق أحكام هذا القانون أن يكون العقد مبرم بين أحد أشخاص القانون العام وشركة أجنبية من أجل تحقيق مشروع ذات نفع عام كما يجب أن يصدر مرسوم من مجلس الوزراء بالموافقة على شرط اللجوء إلى التحكيم ويجب أخذ هذه الموافقة في كل حالة على حدة^(٣).

وهناك سؤال قد يتبادر إلى ذهن القارئ الكريم استناداً لما تقدم أن النصوص التي تحظر الإتفاق على التحكيم في العقود الإدارية الدولية هي نصوص القانون المدني ومن المعروف لدينا أن روابط القانون الخاص تختلف في طبيعتها عن روابط القانون العام للقاضي الإداري أن يطرحها جانباً متى ما تبين له أنها غير متلائمة مع طبيعة العقود الإدارية الدولية ، لأنه غير ملزم بتطبيق قواعد القانون

(١) د. شريف يوسف خاطر. التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٢٢.

(٢) د. حماده عبد الرزاق حماده، مصدر سابق، ص ٢٣٢.

(٣) د. مراد محمود المواجهة، مصدر سابق، ص ٩٩.

الخاص لذلك فقد ثار جدل على أن القاضي الإداري هل يلتزم بالنصوص المدنية التي تحظر اتفاق اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية؟

يذهب البعض بأن يلتزم القاضي الإداري بتطبيق نصوص القانون المدني والتي تحظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم لفض منازعاتهم بينما يذهب البعض الآخر ونحن نؤيدهم أن النصوص المدنية لا يتم الاعتراف بها في مجال القانون الإداري إلا بقيمة ثانوية وأن المادة (١٠٠٤) من قانون الإجراءات المدنية والمادة (٢٠٦٠) من القانون المدني الحديث لم تنظم إلا مسألة إجرائية فقط وليس هدفها الفصل في المنازعات الإدارية التابعة للقضاء الإداري.

ثالثاً- موقف القضاء الفرنسي:

١- موقف القضاء المدني:

يعد موقف القضاء المدني الفرنسي أقل تشدداً من الموقف الذي يتبناه مجلس الدولة الفرنسي إذ لم يسلم مبدأ الحظر في العقود الإدارية الدولية اطلاقاً ، لأن المؤسسات العامة قد تضطر إلى إدراج هذا الشرط في تعاملاتها الدولية فقد أشار إلى أن الأحكام الواردة في قانون المرافعات والتي لا تجيز للدولة والمؤسسات أن تلجأ إلى تحكيم وتقوم بأدراج شرط التحكيم في اتفاقاتها إنما يقتصر فقط في نطاق التحكيم الداخلي أي في إطار العلاقات الوطنية البحتة دون العلاقات الدولية^(١).

حيث إن القضاء المدني الفرنسي يذهب إلى أن ادراج شرط التحكيم في العقود ذات الطابع الدولي يتصدى لها الحظر الذي تتضمنه تلك القوانين سواء كان الحظر كاملاً أو مقيداً على حدٍ سواء متى تعلق الأمر بالعقود الإدارية التي تتميز بطابعها الدولي بل نجد أن القضاء المدني الفرنسي قد ذهب إلى ابعاد من ذلك باستثناء العقود الإدارية ذات الطابع الدولي من حظر اللجوء إلى التحكيم سواء وجد اتفاق دولي أو نص قانوني يرخص بذلك أو في حالة عدم وجود نص قانوني أو اتفاقي^(٢).

ففي نزاع عرض أمام المحكمة الاستئنافية الفرنسية كان يتعلق بعقد قد تم إبرامه بين كل من وزارة النقل البحري الفرنسية وبين إحدى الشركات الأجنبية مالكة لسفينة بحرية يونانية قد قامت الإدارة

(١) رياض حميد السامرائي، مصدر سابق، ص ١٥٦.

(٢) عبد العزيز محمد علي بن زيد، التحكيم في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الاردنية، ٢٠٠٦، ص ٥٧.

بأستأجارها منها و كان هناك اتفاق بين الطرفين على إدراج شرط التحكيم في العقد الذي تم إبرامه بينهما وحسم المنازعات التي تثار بصدد تنفيذ العقد المبرم بينهما عن طريق هيئة تحكيم في لندن وقد حدث خلاف بين الطرفين في أثناء تنفيذ العقد مما جعل مالك السفينة يلجأ إلى محكمة التحكيم في لندن إذ قام وزير الأسطول الفرنسي بالدفع بعد صدور قرار المحكمين الذي كان لصالح الشركة مالكة السفينة ببطالان شرط التحكيم ، وذلك لأن القانون الفرنسي قد أورد حظر على اللجوء إلى التحكيم وادراجة في العقد المبرم بين الطرفين كون أن هذا الحظر يتعلق بالنظام العام و هذا فيه خلاف لنص المادتين (٨٣) و(١٠٠٤) إلا أن محكمة أستئناف باريس قد أشارت في حكمها الصادر بتاريخ ١٠/٤/١٩٥٧ بأن الحظر الوارد في القانون المدني الفرنسي إنما يتعلق بالعقود الداخلية المبرمة داخل الدولة لان المقصود بالنظام العام هو النظام العام الداخلي فقط ولا يمكن تطبيق هذا الحظر على اتفاقيات التحكيم التي تتميز بطابعها الدولي ، لأن الحظر يتعارض مع مصالح التجارة الدولية لكافة دول العالم وذلك لأن التحكيم أصبح ضرورة ملحة جداً لحل وفض المنازعات المتعلقة بمعاملات التجارة الدولية^(١).

وفي حكم آخر صدر عن محكمة استئناف باريس سنة ١٩٩٦ وذلك بسبب النزاع الذي حصل بين الشركة الكويتية للتجارة والمعاملات الخارجية والاستثمار والشركة الايطالية إذ جاء في حيثياته: "إن الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم وإياً ماالسبب الذي يستند إليه يعمل به في إطار العقود الوطنية ولا يعد هذا الحظر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام الدولي والذي يحظر على العكس، على الشخص العام المتعامل على مسرح التجارة الدولية من أن يتمسك بالنصوص المقيدة الواردة في القانون الوطني أو في القانون الحاكم من أجل التنصل من اتفاق التحكيم المتفق عليه مسبقاً^(٢).

وهكذا نجد أن أحكام القضاء المدني الفرنسي قد درجت على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية وتم قصر الحظر التشريعي على العقود الداخلية فقط وتم تقنين هذا القاعدة بالمرسوم التشريعي الذي صدر في عام ١٩٨١ الخاص بالتحكيم الدولي والذي تم إضافته لقواعد قانون المرافعات في المواد من (١٤٩٢ الى ١٤٩٧)^(٣).

(١) وائل فاضل زيدان، مصدر سابق، ص ٣١.

(٢) د. محمد عبد المجيد أسماعيل، عقود الأشغال العامة والتحكيم فيها، مشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠، ص ٣٩١.

(٣) د. شريف يوسف خاطر، مصدر سابق، ص ١٢٥.

ونستنتج من ذلك أن الحظر الوارد في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المواد (٨٣)، (١٠٠٤) على شرط التحكيم يكون فقط في إطار العلاقات الوطنية إذ يقتصر الحظر التشريعي على العقود الداخلية لتعلق الأمر بالحفاظ على النظام العام الداخلي أي العقود المبرمة داخل الدولة إما بالنسبة إلى العقود الإدارية الدولية التي يكون أحد أطرافها أجنبياً فأن هذا الحظر لا يسري متى ما قبلت الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية شرط التحكيم المدرج في العقود المبرمة بينهما ويلتزم كل منهما بمقتضيات هذا الشرط.

٢- موقف مجلس الدولة الفرنسي:

تبنى مجلس الدولة موقفاً متشدداً من مسألة التحكيم في مجال المنازعات الإدارية إذ أستقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى بطلان شرط التحكيم منذ القرن التاسع عشر لذلك يعد رائد الاتجاه الرافض إلى تحكيم سواء في نطاق القانون العام بصفة عامة أو في مجال العقود الإدارية بصفة خاصة وعد هذا البطلان من النظام العام الذي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفة في العقود التي تيرمها الدولة أو الاشخاص المعنوية العامة وأجاز للقضاء الحكم ببطلانه سواء وجد اتفاق على اللجوء إلى التحكيم أو لا ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للدولة والاشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم إلا في حالة وجود نص صريح يجيز ذلك من المشرع ، لأن الاتفاق على تسوية المنازعات التي تنشأ بسبب العقود عن طريق التحكيم يمثل إعتداء جسيم على اختصاص القضاء الإداري وبمس مبدأ الفصل بين السلطات لذلك من الضروري وجود قاضي خاص يفصل في منازعات العقود الإدارية وعليه لا يمكن اللجوء بشأنها إلى التحكيم^(١).

وكان هناك موقف متشدد جداً من مجلس الدولة الفرنسي في تطبيق هذا المبدأ وتم تعميمه على كل المنازعات التي لها صلة بالمرافق العامة وكان هناك انتقاد على هذا التعميم من قبل كل من الفقه ولم يقبل من القضاء المدني إلا أن هذا المبدأ أصبح من المبادئ العامة للقانون العام الفرنسي وهناك عدة نتائج رتبها مجلس الدولة على بطلان شرط التحكيم...

١- لا يشكل شرط التحكيم عائقاً أمام الأطراف بالالتجاء إلى القضاء الإداري مباشراً.

(١) د. جورج شفيق ساري، اللجوء إلى التحكيم لفض منازعات العقود الإدارية في القانون الفرنسي، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، دون مجلد، العدد ٧٦، ٢٠٢١، ص ٢٠.

٢- يجوز للخصوم الدفع ببطلان شرط الحكيم إذا تم التحكيم بناءً على وجود شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم في العقود.

٣- في حالة عدم قيام المحكوم عليه بتنفيذ حكم التحكيم لا يمكن نسبة الخطأ إليه^(١).

إذ إن مجلس الدولة الفرنسي قد ذهب إلى أن شرط التحكيم الذي يرد في العقود الإدارية باطلاً بطلاناً مطلقاً مستنداً في ذلك إلى نصوص القانون الفرنسي وإلى اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعات التي تكون الاشخاص العامة طرفاً فيها ، وذلك لأنه يتعلق بالنظام العام الداخلي ويكون بهذه الصورة مخالفاً للنظام العام في فرنسا^(٢).

ثم أن المادة (٢٠٦٠) من القانون المدني الفرنسي لا تسمح إلا بعقد مشاركة التحكيم وذلك فقط بتصفية المنازعات التي تحدث في عقود الاشغال العامة والتوريد وبعد ما يكون النزاع قد حدث ونجد أن هذا المبدأ قد طبق في عقد (دزني لاند) إذ حدث أن تم ايقاف المفاوضات بين الدولة الفرنسية وشركة (دزني لاند) الاميركية، وذلك لأن الشركة الاميركية كانت لديها الرغبة بأن يتضمن العقد شرطاً تحكيمياً ، لأنها أرادت أن تخضع لقضاء لا يختلف كثيراً عن نظامها القضائي يضمن لها كطرف امريكي حقوقها، لأن الدول الانجلوسكسونية ليس معروف لديها نظام القضاء الإداري وبسبب هذا العقد دفع المشرع الفرنسي إلى اصدار قانون استثنائي في ١٩ آب حيث انتهى مجلس الدولة فيه إلى أنه لا يجوز التحكيم في العقود الإدارية الدولية إلا إذا كان هناك نص في القانون الداخلي أو معاهدة دولية انضمت إليها فرنسا تسمح بذلك الأمر وعلى العكس من ذلك في حالة عدم وجود نص قانوني أو معاهدة دولية يترتب على ذلك أن التحكيم يكون باطلاً وعلى ذلك الاثر اضطرت الحكومة الفرنسية إلى اصدار قانون (١٩٨٦) إذ أعطى الصلاحية للعقود التي تبرمها الدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تتضمن تلك العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية شرط التحكيم وهناك شروط لتطبيق هذا القانون:

- ١- أن يكون عقداً دولياً أي عقد مبرم مع شركة أجنبية.
- ٢- أن يختص العقد بمشروع ذي نفع قومي.
- ٣- أن يصدر مرسوم من مجلس الوزراء في كل حالة على حدة بأن يحتوي العقد على شرط التحكيم.

(١) د. محمد عبد المجيد إسماعيل، مصدر سابق، ص ٣٩٥.

(٢) د. جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، جامعة المنصورة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢، سنة ٢٠٠٥، ص ١٣١.

الفرع الثاني

التحكيم في العقود الإدارية الدولية في الجزائر

باعتبار أن اتفاق التحكيم هو الطريق لاجراج النزاع من ولاية القضاء وإسناده لقضاء التحكيم فقد أثار اتفاق التحكيم جدلاً فقهيّاً واسعاً ومن أجل معرفة فلسفة المشرع الجزائري وموقفه لآبَد من استعراض التطورات التاريخية لذلك لآبَد من الحديث أولاً عن موقف الفقه ثم التشريع ومن بعدها موقف القضاء:

أولاً- موقف الفقه الجزائري:

لقد حدث تنازع حول إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية فظهر اتجاهان، أحدهما اعترض على ذلك وكان مستنداً لجملة من الاسانيد كما أن موقفه كان محل أخذ لدى بعض التشريعات وأما الاتجاه الآخر فقد اجاز اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية لذلك سنقوم ببيان الاتجاهات المختلفة بشأن إمكانية اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية وذلك على النحو الآتي:

الحجة الأولى: التحكيم يسلب اختصاص القضاء الوطني ويمثل مساس بسيادة الدولة إلى جانب إحلال القانون الأجنبي محل القانون الوطني الذي هو مظهر من مظاهر سيادة الدولة وإذا كان التحكيم مقبولاً في المنازعات التي تثور بين الأفراد بعضهم ببعض فإنه غير مقبول في العقود الإدارية الدولية^(١).

الحجة الثانية: يذهب انصار هذه الاتجاه إلى أن التحكيم يتعارض مع مبدأ الحصانة القضائية للدولة إذ إن هذا المبدأ يقوم على فكرة السيادة والمساواة بين الدول بمعنى آخر لا يجوز للدولة أن تختصم دولة أجنبية أمام قضائها الوطني^(٢).

الحجة الثالثة: التحكيم ليس بمنبت الصلة بالقضاء ، لأنّ هذا الأخير يكون له سلطة التدخل في أعمال المحكمين بالمساعدة وهي أمور ينظمها المشرع الوطني في النصوص المنظمة للتحكيم لكونها تستهدف تحقيق الصالح العام والذي يعد من قواعد النظام العام^(٣).

(١) مجبر فتيحة، التحكيم التجاري الدولي قانون واجب التطبيق، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، ٢٠١٧، ص ٤٠.

(٢) تاج محمد سفيان، النظام القانوني للتحكيم الدولي، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم السياسية، جامعة صالحى أحمد النعامة، الجزائر، ٢٠٢١، ص ٣٥.

(٣) نبيل عافري، دور القاضي الوطني في التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر، ٢٠١٦، ص ٣٥.

الحجة الرابعة: عدم جوازية التحكيم في العقود الإدارية الدولية استناداً إلى مبدأ توزيع الاختصاص لكون البت في المنازعات الإدارية من اختصاص القاضي الإداري في الدول التي تأخذ بأزدواجية القضاء والقانون ويطبق عليها أحكام القانون الإداري فهي تخضع لنظام قانوني متميز بأحكامه ومن ثم فالإتفاق على التحكيم سيؤدي لسلب اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات والتي يعد الفصل فيها في الأصل من اختصاصه^(١). أمّا بالنسبة إلى اتجاه الفقه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية الدولية بأعتبار أن ليس هناك ما يمنع إدراج هذا الشرط في مثل هذه العقود لاسيما مع سياسة الإصلاح الاقتصادي والاستثمار الذي تتبناه الدولة في الوقت الحاضر ولجذب رؤوس الأموال الأجنبية وتهيئة مناخ اقتصادي جيد من أجل إنجاز مشروعات البنية التحتية ونقل التكنولوجيا والذي لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال الالتزام بقبول التحكيم فيما ينشأ من منازعات في العقود الإدارية الدولية^(٢)، إذ إن التحكيم يوفر الوقت والجهد في المنازعات التي يكون فيها طرف أجنبي إذ يفضل في الغالب اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع الناشئ عن العقد الإداري في حالة عدم وجود نص تشريع يمنع التحكيم في تلك العقود وهذا ما نصت عليه أغلب الاتفاقيات الدولية التي تعد جزءاً من النظام القانوني للدولة إذ تجيز للدولة ولأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم^(٣).

ثانياً - موقف المشرع الجزائري:

نجد أن الجزائر قد تبنت موقفاً ايديولوجياً وسياسياً معارضاً للتحكيم بشكل عام بسبب جملة من العوامل التاريخية التي تأثر بها وانعكس ذلك على موقف المشرع من التحكيم في عقود الدولة وظهر ذلك جلياً أمّا بنص قانوني واضح يكرس هذه المعارضة مثل المادة (٤٤٢) من قانون الإجراءات المدنية أو بسكوت المشرع الجزائري أو إحالة الأطراف إلى القضاء أو إلى المصالحة ومن أجل معرفة فلسفة المشرع الجزائري وموقفه لابدّ من استعراض التطورات التاريخية.

(١) بن سلطان فاطمة، شروط صحة اتفاق التحكيم التجاري في لتشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، الجزائر، ٢٠١٣، ص ٥٥.

(٢) بلقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج خضر، الجزائر، ٢٠١١، ص ٨٠.

(٣) دنندن وسيلة، التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، ٢٠١٨، ص ٣٠.

١- مرحلة ما قبل صدور قانون الإجراءات المدنية:

يقتضي الإشارة إلى أن الجزائر بعد الاستقلال كانت من الدول الحريصة جداً على التمسك بسيادتها وخاصة في مجال مواردها الطبيعية مما انعكس هذا الأمر في العديد من الاتفاقيات الدولية وكذلك في دساتيرها بل أكثر من ذلك حتى على نطاق قوانينها الداخلية إذ كانت ترفض رفضاً مبدئياً التخلي عن المحاكم الوطنية واللجوء إلى التحكيم الدولي وهذه المقاطعة لم يتخلى عنها المشرع الجزائري إلا في حالات خاصة قبل أن يصدر قانون الإجراءات المدنية الجزائري لسنة (١٩٦٦) المتضمن بين ثناياه التحكيم الاختياري إذ كان قانون الإجراءات المدنية الفرنسي هو القانون المطبق في الجزائر بجميع الأحكام التي يتضمنها القانون الفرنسي^(١).

ولكن على الرغم من صدور قانون الإجراءات المدنية الجزائري لسنة (١٩٦٦) نجده لم يأتي بأي جديد يذكر بل تبنى جميع النصوص والأحكام التي كانت تنظم التحكيم في فرنسا في ذلك الوقت^(٢). ونستنتج من ما تقدم ذكره بأن المشرع الجزائري تبنى القاعدة التي تحظر لجوء الدولة والمصالح الحكومية إلى التحكيم لفض منازعاتهم.

٢- مرحلة ما بعد صدور قانون الإجراءات المدنية:

حيث نجد طبقاً لنص المادة (٤٤٢) من قانون الإجراءات في فقرتها الثانية تنص على ما يلي: "لا يجوز للدولة والأشخاص الاعتباريين أن يطلبوا التحكيم" إذ أن نص المادة سالفة الذكر تحول دون امكانية طرح النزاع على هيئات التحكيم الدولية وتطبيق قانون غير قانونها الداخلي^(٣).

ويترتب على ذلك نجد أن هذه المادة قد قطعت الشك باليقين في عدم امكانية لجوء الدولة والأشخاص الاعتبارية العمومية اللجوء إلى التحكيم لفض منازعاتها وقد اعتمدت على التحكيم الداخلي في علاقات الشركات الوطنية والمؤسسات العمومية فيما بينها إذ إن كل لجوء إلى التحكيم يعد باطلاً

(١) منسول عبد السلام، قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، ١٠٠١، ص ٧٥.

(٢) نور الدين بكلي، إتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ١٩٩٦، ص ٦٣.

(٣) سلطاني أمجد، تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ٢٠١٧، ص ١١.

لأن الرضا صادر من عديم الأهلية إلا أن هذا المنع لم يعد موجوداً بعد صدور المرسوم الذي يعدل قانون الإجراءات المدنية وعليه إغيت المادة (٤٤٢)^(١).

وعند الرجوع للمرسوم التشريعي رقم (٠٣/٩٣) نجد أن هذا المرسوم نص صراحة على مشروعية قيام الأشخاص التابعين للقانون العام أن يذهبوا إلى التحكيم لكن فقط في علاقاتهم التجارية الدولية ليؤكد موقف المشرع الوطني من التحكيم التجاري الدولي والقانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الدولية لا سيما بعد تبني الجزائر لاقتصاد السوق وضرورة تكيف قواعدها القانونية وليس في مجال العقود الإدارية الدولية ونلاحظ من كل ما تقدم بأن المشرع الجزائري لا يجيز مشروعية التحكيم في العقود الإدارية الدولية وقصر نطاقها على الأشخاص المعنوية العامة التابعة للقطاع العام ووجوب أن يكون أحد الأطراف حصراً موطنة أو مقرة في الخارج سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً^(٢).

وفي هذا الصدد نجد أن الوضع مختلفاً في الواقع العملي إذ إن موقف المشرع الجزائري يغلب عليه طابع التردد في هذه المدة لأن الجزائر قد عرفت عدداً من النصوص القانونية التي تناولت التحكيم وتم تطبيقها على المنازعات التي ثارت بين الحكومة الجزائرية وبعض الشركات الأجنبية على الرغم من التحفظات التي نجدها على مستوى تشريعاتها الداخلية إذ لم يكن للمشرع الجزائري هذا الموقف نفسه على المستوى علاقاتها الدولية ، لأنها صادقت على عدد من الاتفاقيات الدولية متعددة الأطراف التي تنص على إجراءات التحكيم التأسيسي أو الحر وذلك من خلال تضمين القانون العام للاستثمار مجموعة من الحوافز والضمانات وعناصر الثقة كل ذلك لتوفير مناخ أمنياً وملائماً ومريحاً لرؤوس الأموال الوافدة والتي تتمثل بحرية اختيار نوع النشاط ومكان النشاط وحرية اختيار شكل القانوني للشراكة وبالإضافة إلى الحوافز المالية والاعفاءات من الرسوم الجمركية وحرية اللجوء إلى التحكيم الدولي في حالة وقوع نزاع بين الدولة والمستثمر الأجنبي^(٣). من خلال بعض الاتفاقيات التي تم إبرامها بعد إصدار قانون الإجراءات المدنية منها اتفاقية (إفيان) لسنة ١٩٦٢ إذ نص الباب التاسع

(١) منير عباسي، مصدر سابق، ص ٣٧.

(٢) د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٦، ص ٢٣٥.

(٣) د. قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، ٢٠٠٥، ص ٢٣٩.

من هذه الإتفاقية على أن: "جميع التنظيمات المخالفة والدعاوى والمنازعات بين السلطة العامة وأصحاب الحقوق المنصوص عليها في الباب الأول يتعين عرضها على محكمة دولية..." أي أن هذه الإتفاقية قد أشارت إلى أن المنازعات التي تحدث يتم تسويتها عن طريق التحكيم أو المصالحة^(١)، وكذلك الإتفاقية التي تم إبرامها بين كل من الجزائر وفرنسا في سنة ١٩٦٣ والتي أقرت على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المتعلقة بميدان المحروقات وأن الاختصاص التشريعي قد تم أسناده إلى قانون البترول الصحراوي لسنة ١٩٥٨ وتطبق القواعد العامة في حالة سكوته وهذا ما سارت عليه أيضاً الإتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة ١٩٦٥ التي ينحصر نطاقها بتسوية المسائل المتعلقة بالتعاون في ميدان المحروقات والتنمية الصناعية بين الدولتين وكذلك إتفاقية (سوناطراك) و(جيتي) الأمريكية الموقع عليها في ١٩ أكتوبر ١٩٦٨ إذ تضمنت هذه الإتفاقية عدة طرق لتسوية المنازعات التي تحدث بين الطرفين ومن بين هذه الطرق التوفيق والتحكيم^(٢). وكذلك البروتوكول الخاص بالتعاون الاقتصادي المبرم بين الجزائر وفرنسا لسنة ١٩٨٢ إذ نصت المادة الرابعة منه: "تسرى الخلافات التي قد تحدث عند إبرام وتنفيذ العقود بالطرق الودية ويتم حلها انذاك طبقاً لترتيب العقود التي قد تنص على اللجوء إلى إجراء مناسب لحل الخلافات وأن يوافق الطرفان على نص التسوية لهذه الخلافات..."^(٣).

حيث نلاحظ تردد موقف المشرع الجزائري من خلال الإتفاقيات المتعلقة بالعقود التي تبرمها في تلك الفترة وحرصت على حلها بالطرق الودية ونجد أن هذا الموقف له ما يبرره ، لأن الجزائر كانت ترفص فكرة اللجوء إلى التحكيم لعدم ثقتها بالهيئات التحكيمية وتشريعات الدول المهيمنة عليها وحرصاً على سيادتها^(٤).

ولكن بعد ذلك نجد أن المشرع الجزائري قد إجاز للدولة وهيئاتها العامة اللجوء إلى التحكيم وذلك بموجب القانون رقم (٠٩/٠٨) المؤرخ في ٢٥ فبراير لسنة ٢٠٠٨ حيث تنص المادة (٣/١٠٠٦) على ما يلي: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق الحرية التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات

(١) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مصدر سابق، ص ٢٤٠.

(٢) نور الدين بكلي، مصدر سابق، ص ٦٥.

(٣) المادة (٤) من البروتوكول الخاص بالتعاون الاقتصادي لسنة ١٩٨٢.

(٤) منير عباسي، مصدر سابق، ص ٥٠.

العمومية^(١)، إذ نجد أن المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد قد سمح للأشخاص العنوية العامة التي تتمثل بكل مؤسسات الدولة والشركات العمومية والمؤسسات الاقتصادية العامة بالحق في اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاعات التي تتعلق بالعلاقات الاقتصادية التي تنشأ عن هذه العلاقات خصوصاً مع تزايد هذه المعاملات في الوقت الحاضر إذ إجاز المشرع الجزائري للأشخاص المعنوية العامة إمكانية اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بالصفقات العمومية وما ينشأ عن هذه الصفقات من منازعات مما يجب الإشارة إليه إلى أن المشرع إجاز التحكيم لأشخاص القانون العام بتوسيع نطاقه حيث شمل العلاقات الاقتصادية عوض عن العلاقات التجارية^(٢).

ثالثاً- موقف القضاء الجزائري:

قد ذهب القضاء الجزائري في بداية الأمر إلى عدم جواز أدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية الدولية وعدم أهلية الدولة ومؤسساتها العامة لكي تطلب التحكيم ومن أحاكم مجلس قضاء الجزائر قرار المجلس القضائي الذي صدر بتاريخ ٢٦ ديسمبر ١٩٨٦ في نزاع حصل بين كل من الشركة "ك- ل" ضد المؤسسة العمومية للبناء حيث تم إبرام العقد بينهما في ٢٠ مايو ١٩٨٣ يهدف إلى القيام بأشغال عمومية لتوسعة المصنع والذي ينص على شرط يتفق الطرفان بموجبه على أن كل نزاع يتعلق بهذه الصفقة سوف يفصل فيه نهائياً وفق نظام الغرفة التجارية الدولية إلا أن هذا القرار التحكيمي الذي صدر عن الغرفة التجارية بتاريخ ٢٠ ديسمبر ١٩٨٥ قد إلغى وأن القضاء هو من تصدى للفصل في هذه المنازعة ، لأن شرط التحكيم لم يكن جائزاً الذي تم ادراجه من قبل الأطراف المتعاقدة لعدم جواز الاتفاق على ذلك لأن القضاء هو من يختص بالفصل في هذه المنازعة^(٣).

حيث نجد أن القضاء الجزائري قد أجاز التحكيم في العقود الإدارية الدولية كما هو الحال بالنسبة إلى المشرع الجزائري إذ سلك موقفاً متفقاً معه بأجازته للتحكيم في العقود الإدارية الدولية التي تكون دولة الجزائر أو إحدى هيئاتها العامة طرفاً فيها^(٤).

(١) المادة (٣/١٠٠٦) من القانون (٠٩/٠٨) لسنة ٢٠٠٨.

(٢) قمر عبد الوهاب، مصدر سابق، ص ٢٤٠.

(٣) المصدر نفسه، ص ٢٤٨.

(٤) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مصدر سابق، ص ٢٤٤.

ومن الأمثلة على ذلك النزاع الذي حصل بين بين شركة يوغسلافية ومؤسسة جزائرية إذ تم عرض النزاع على المحاكم الجزائرية فأصدر مجلس قضاء الجزائر قرار يقضي فيه بأن الحكم الذي صدر من محكمة بئر رابس يتم الغائة ، لأنه استند في الفصل بالنزاع إلى المادة (٤٤٢) من قانون الإجراءات المدنية مقررًا عدم الاختصاص بالموضوع ومعترفاً بأن شرط التحكيم كان صحيحاً الذي يربط الأطراف فيما بينهم حيث نجد أن المشرع نص صراحة في القانون (٠٨ - ٠٩) المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً سواء في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها^(١).

كان المشرع الجزائري متردداً من مسألة اللجوء إلى التحكيم إلا أنه بعد ما تبنى نهج اقتصاد السوق وبسبب التحولات الاقتصادية جعلته يغير الكثير من مواقفه التي كان يتمسك بها وفتح المجال أمام الإستثمار الأجنبي ومنح الاستقلالية للعديد من المؤسسات الوطنية العامة ، لذلك لا بد من الضروري إيجاد تشريع يتلائم وهذا النهج الجديد لذلك اقر بمشروعية اللجوء إلى التحكيم والقيام بتنظيم مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق حيث إبرم العديد من الاتفاقيات الثنائية والجماعية والدولية والتي يؤكد فيها إمكانية تطبيق قانون بديل للقانون الوطني^(٢).

وقد صادقت الجزائر على اتفاقية (نيويورك) مؤكدة بذلك استعدادها لقبول التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الدولية وهذه الاتفاقية تمثل أهم الاتفاقيات التي يتم بموجبها اعتماد كل دولة من الدول المصادقة عليها بوجوب تنفيذ القرارات التحكيمية التي تصدر في تراب دولة أخرى غير الدولة التي يطلب فيها اعتماد القرارات التحكيمية.

وكذلك الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى الموقعة بتاريخ ١٧ مارس ١٩٦٥ وقبلها (الاتفاقية الأوربية) الموقعة في جنيف لعام ١٩٦١ وأيضاً (اتفاقية الشروط العامة) لسنة ١٩٦٨ التي تحكم توريد البضائع^(٣).

فضلاً عن ذلك (الاتفاقية الجزائرية الامريكية) التي إبرمت في ١٧ أكتوبر لعام ١٩٩٠ إذ أن هذه الاتفاقية جاءت في إطار تشجيع الاستثمارات وترقية مستوى تنمية الموارد الاقتصادية والقدرات الإنتاجية

(١) مريني فاطمة الزهرة، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، دون مجلد، دون عدد، الجزائر، ٢٠٢٠، ص ٤٣٠.

(٢) رضوان أبو زيد، الاسس العامة للتحكيم، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ١٩٨١، ص ٤٠.

(٣) نور الدين بكلي، مصدر سابق، ص ٤٥.

وتأمين الإستثمارات وقعت في واشنطن حيث تنص المادة (٦) على ما يلي: "أي نزاع يثور بين الجمهورية الجزائرية وحكومة الولايات المتحدة يخص تفسير هذه الاتفاقية أو يتناول رأي إحدى الحكومات لمسألة تتعلق بالقانون لدولي يثيرها أي مشروع أو نشاط يحل بقدر الامكان عن طريق المفاوضات بين الدولتين وإذا انقضت ثلاثة أشهر بعد طلب المفاوضات دون حل للنزاع يصال النزاع إلى محكمة تحكيمية كما يلاحظ أنه لا يوجد في هذه الاتفاقية أحكام تتعلق بالمستثمرين والدولة غير أن ما يؤخذ على هذه الإتفاقية أن أحكامها لا تتعلق بالمستثمرين مما يترتب على ذلك التقليل من مجال تطبيقها إلا في علاقة الحكومتين مع بعضهما البعض^(١).

وكذلك (الاتفاقية الجزائرية البلجيكية) لسنة ١٩٩١ وتهدف هذا الاتفاقية على تشجيع وحماية الإستثمارات المتبادلة إذ نصت المادة (٦) منها على أنه: "تستند الخلافات المثارة لتحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، في حالة عدم توصل الأطراف إلى حل عن طريق التراضي".

وتقوم الهيئة التحكيمية بالفصل في النزاع على أساس القانون الوطني الذي يكون طرفاً في هذا النزاع والذي يتم على اقلية الإستثمار بما يتعلق بكل من القواعد المتعلقة بتنازع القوانين لتلك الدولة وأحكام هذا الإتفاق ونصوص الإتفاق الخاص فيما يتعلق بالاستثمار وكذلك مبادئ القانون الدولي لكن ما يعيب هذه الإتفاقية أنها أسندت الإختصاص إلى هيئة تحكيمية في الوقت الذي لم تكن الجزائر قد صادقت بعد على اتفاقية المنشأة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى^(٢). وأيضاً الاتفاقية الجزائرية الإيطالية لسنة ١٩٩١ إذ إن هذه الاتفاقية ترمي إلى حماية الإستثمارات وجاءت لتؤكد إمكانية اللجوء إلى التحكيم حيث نصت المادة (٨) منها على أنه: "في حالة عدم تسوية الخلافات المتعلقة بين إحدى الدولتين ومستثمر من الدول المتعاقدة الأخرى التراضي خلال ستة أشهر من رفع الطلب فيمكن للمستثمر رفع الخلاف إلى الهيئة القضائية المختصة في الدولة المتعاقدة والتي تم الإستثمار على إقليمها أو إلى مركز التحكيم الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالإستثمارات أو محكمة تحكيمية تنشأ لهذا الغرض"^(٣)، أمّا المادة التاسعة من نفس الاتفاقية

(١) المادة (٦) من الإتفاقية الجزائرية الأمريكية لسنة ١٩٩٠.

(٢) منسول عبد السلام، مصدر سابق، ص ٨٥.

(٣) المادة (٨) من الإتفاقية الجزائرية الإيطالية لسنة ١٩٩١.

فقد نصت في فقرتها السادسة على أنه: "يسوى الخلاف من طرف المحكمة التحكيمية عن طريق القانون الوطني للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع التي يوجد الإستثمار على إقليمها، بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، وأحكام هذا الاتفاق وبنود الإتفاق الخاص الذي يتم وضعه بخصوص الإستثمار إلى جانب مبادئ القانون الدولي..."^(١).

المطلب الثاني

التحكيم في العقود الإدارية الدولية في العراق

نظراً لتزايد أهمية الدور الذي يلعبه التحكيم في الوقت الحاضر في حسم منازعات العقود الإدارية الدولية إذ يعد من أهم الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة لانجاز أهدافها وتحقيق مصالحها العامة، وذلك من خلال التعاون مع اشخاص القانون الخاص سواء كانت وطنية أم أجنبية فيعد التحكيم وسيلة مثالية لحسم المنازعات التي تنشأ عن تلك العقود ولكن على الرغم من ذلك فإن التحكيم لم يحظ بالاهتمام المطلوب في العراق وأن اللجوء إليه يقتصر على حالات خاصة.

لكن مع احتلال العراق سنة ٢٠٠٣ بدأ الوضع في العراق بالتغيير إذ تبني مفهوم الإستثمار الأمر الذي يتطلب وجود التحكيم كوسيلة ودية لفض المنازعات التي تنشأ عند تطبيق وتنفيذ العقود الإدارية الدولية.

واستناداً إلى ما تقدم نجد أن مشروعية التحكيم في العقود الإدارية الدولية لاقت معارضة كبيرة وجدلاً واسعاً سواء من جهة الفقه أو التشريع أو القضاء وعلى المستوى الداخلي والدولي لذلك لا بدّ من البدء بالحديث عن موقف الفقه العراقي من مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية إذ انقسم الفقه إلى اتجاهين رافض ومؤيد للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات الناشئة عن تلك العقود كما هو الحال عليه في الدول محل المقارنة ثم الانتقال بالحديث عن موقف المشرع العراقي ومن بعده موقف القضاء لذا سنقسم هذا المطلب لفرعين، سنتناول في الفرع الأول موقف الفقه والتشريع العراقي من التحكيم في العقود الإدارية الدولية، أما الفرع الثاني سنتناول فيه موقف القضاء العراقي من التحكيم في العقود الإدارية الدولية.

(١) الفقرة (٦) المادة (٩) من الإتفاقية الجزائرية الإيطالية لسنة ١٩٩١.

الفرع الأول

موقف الفقه والتشريع العراقي من التحكيم في العقود الإدارية الدولية

أولاً- الفقة العراقي:

فقد عرف الفقة العراقي التحكيم بأنه: "أحدى الوسائل التي يلجأ اليها الأطراف لحل الخلافات ومنها منازعات عقود المقاولات الانشائية وذلك بأيداعها لدى جهة ثالثة ، لأجل التوصل لقرار ملزم للطرفين المتنازعين وقد يكون شخص واحد أو لجنة"^(١).

أمّا بالنسبة إلى موقف الفقه العراقي من مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية انقسم إلى اتجاهين رافض ومؤيد للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات الناشئة عن تلك العقود الإدارية الدولية^(٢). وعلى ذلك ذهب الفقة العراقي بخصوص جواز اللجوء إلى التحكيم إلى اتجاهين يتأرجح بين مؤيد ومعارض:

الاتجاه الأول: يذهب إلى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية استناداً لنص المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل ، لأن أجازة التحكيم جاء مطلقاً من أي قيد إذ إن التحكيم عادة ما يكون أفضل وأكثر ملائمة من الرجوع إلى القضاء لفض المنازعات التي تحدث بسبب عقود الإدارية الدولية من ناحية اختصار الوقت والجهد^(٣).

الاتجاه الثاني: أتخذ الاتجاه الثاني موقف مصادماً للاتجاه الأول إذ لا يجيز اللجوء إلى التحكيم لأن المادة (٢٥١) غير كافية للقول بإمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وتسويتها وكان حججهم بذلك هو أن الإيجابيات التي نادى بها الاتجاه الأول عندما أجاز اللجوء إلى التحكيم بأنه اختصار للوقت والجهد لا يمكن الاستناد إليه^(٤)، حيث لا يمكن أن تشمل كل

(١) د. رشيدة محمود سيد أحمد علي، الزامية حكم التحكيم التقليدي والالكتروني في القوانين الوضعية، بحث منشور في المجلة الاكاديمية العراقية للابحاث والنشر العلمي، دون مجلد، العدد ٤٠، ٢٠٢٢، ص ١٣٣.

(٢) د. جمعة سعدون الربيعي، المرشد إلى إقامة الدعوى المدنية، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٦، ص ٢١٧.

(٣) د. حيدر مدلول بدر عبد الله، الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٧، ص ٥٩.

(٤) رياض حميد السامرائي، مصدر سابق، ص ١٩١.

الحالات أو تعميمها، لأن بعض القضايا التي قد أحيلت إلى التحكيم قد استغرقت وقتاً طويلاً من الزمن واستنزفت أموالاً كثيرة وعليه لا يحقق أي فائدة من ناحية تقليص مدة حسم النزاع أو توفير الجهود أو المصروفات فضلاً عن أن هيئة التحكيم الاختياري غير ملزمة بمراعاة برامج وأهداف التنمية القومية^(١).

إذ نجد أن الفقه قد أجاز اللجوء إلى التحكيم من أجل تسوية المنازعات أو الخلافات التي تثار بمناسبة العقود الإدارية الدولية مستندين في حجتهاً بذلك إلى نص المادة (٢٥١)^(٢)، من قانون المرافعات المدنية المعدل، لأن نص المادة المتقدمة جاءت مطلقة من أي قيد مما يعني شمول العقود الإدارية بحكمها وعلى العكس من ذلك نجد بأن البعض الآخر يرى إلى أن هذه المادة غير كافية لفض منازعات العقود الإدارية الدولية^(٣).

وبناءً على ما تقدم فقد حدث خلاف بين الفقهاء هل من الممكن أن يطبق القانون الأجنبي في التحكيم الذي يجري في العراق هناك رأي يذهب إلى أنه لا مانع متى ما كانت أحكام القانون الأجنبي المراد تطبيقه في العراق لا يخالف النظام العام أو الآداب العامة السائدة في البلد مستنداً في ذلك إلى نص المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي حيث جاء في نص المادة: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررتة النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق"^(٤)، ولا بدّ من الإشارة إلى أنه حتى وإن كان أطراف النزاع أجنبياً أو على العكس كان أحدهم عراقياً والآخر أجنبياً وكان موضوع النزاع يتعلق بالعقود الإدارية الدولية فإن القانون العراقي يعد التحكيم في هذه الحالة تحكيمياً داخلياً ما دام يتم اجراءه في العراق ولكي يكتسب الحكم حجية الأمر المقضي به ويتم تنفيذه لدى دوائر التنفيذ العراقية إذ يجب أن يخضع لقانون المرافعات العراقي بجميع مراحلته من حيث إجراءاته ورقابة المحكمة المختصة والطعن في حكم التحكيم وضرورة المصادقة عليه من قبل المحكمة المختصة وفق ما تنص عليه المادة (٢٧٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي^(٥).

(١) د. رشيدة محمود سيد أحمد علي، مصدر سابق، ص ١٣٥.

(٢) جمعة سعدون الربيعي، مصدر سابق، ص ٢٢٠.

(٣) المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٤) المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٥) الفقرة (١) من المادة (٢٧٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل تنص على انه: "لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعيينهم قضاءً أو اتفاقاً ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناء على طلب أحد الطرفين وبعد دفع الرسوم".

ولكن نجد أن المادة المذكورة لا تصلح أن تكون سنداً يمكن الاستناد عليها لجواز تطبيق القانون الأجنبي في التحكيم الذي يتم اجراءه في العراق^(١)، إذ نجد أن هناك مادة أكثر صلة من المادة المذكورة تتعلق باتفاق الطرفين على تطبيق قانون آخر أجنبي غير القانون العراقي في التحكيم الذي يجري في العراق وهي المادة (١/٢٥) من قانون المدني العراقي التي نصت على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تنطبيقه"^(٢).

حيث إن العبارة الأخيرة قد أعطت الحق للطرفين بأن يتم الاتفاق على اختيار قانون معين بأرادتهم ليتم تطبيقه على موضوع النزاع في التحكيم الذي يتم اجراءه في العراق وقد يكون اختيارهم للقانون الأجنبي بشكل صريح أو قد يكون بشكل ضمني ولكن يجب أن لا يؤدي إلى مخالفة قواعد النظام العام السائدة في العراق أو الآداب العامة^(٣).

إذ إن المشرع لا يعطي الحق للأطراف المتعاقدة بأختيار قانون غير القانون الوطني متى ما كان أطراف النزاع من المواطنين العراقيين، لأن في ذلك سماح للأطراف المتعاقدة بالافلات من أحكام القانون الوطني لكن متى ما كان أطراف النزاع غير عراقيين أو أحد الأطراف كان أجنبي والآخر عراقي فيمكن في هذه الحالة اختيار قانون آخر غير القانون العراقي^(٤).

ونستنتج من ما تقدم أن نص المادة (٢٥١) من قانون المرافعات جاءت مطلقة بإجازة التحكيم في جميع المنازعات التي تحدث أو تثور عند تنفيذ عقد معين مما يعني ممكن الاستناد إليها أيضاً في فض المنازعات التي تحدث بمناسبة تنفيذ العقود الإدارية الدولية.

(١) د. حيدر مدلول بدر عبد الله، مصدر سابق، ص ٦٠.

(٢) الفقرة (١) من المادة (٢٥) من قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٣) رأفت إبراهيم رضوان، ماهية التحكيم الدولي وتمييزه عن غيره من وسائل تسوية المنازعات الدولية، بحث منشور في المجلة القانونية، دون مجلد، العدد ١، ص ٥٤٤٩.

(٤) عبد القادر عباس، التحكيم التجاري الدولي وآثاره، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://www.asjp.cerist.dz/en>، تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٢/١٠/٢٠٢٢،

ثانياً - موقف المشرع العراقي:

يعد التحكيم من وسائل البديلة لتسوية منازعات العقود الإدارية الدولية ويشترط لتطبيقه أن يكون هناك اتفاق بين الطرفين على اللجوء إلى التحكيم وذلك بأدراجة ضمن بنود العقد عن طريق اتخاذ الخصمين حاكماً آخر برضاهاما للفصل في خصوماتهما ودعواهما^(١).

أمّا فيما يخص موقف المشرع من تعريف التحكيم ومن مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية إذ يلاحظ أن المشرع العراقي لم يأت في قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل بتعريف خاص للتحكيم إلا أننا نرى أن المادة (٢٥١) من القانون المذكور جاءت بما يفيد ذات المعنى فنصت على أنه: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين"^(٢).

إذ كان أول ظهور لأحكام التحكيم في القانون العراقي في عام ١٩٥١ عندما شرع القانون المدني ثم في عام ١٩٥٦ عدل إلى قانون المرافعات المدنية ٨٨ لسنة ١٩٥٦ ودفع فيه أحكاماً خاصة بالتحكيم نص عليها الفصل الرابع من الباب الثالث الذي تضمن إحدى عشرة مادة (١٣٩ - ١٤٩) وعندما عدل القانون إلى قانون المرافعات المدنية القائم رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ تم الاعتناء بالتحكيم وتوضيح فقراته وتبسيطها فخصص لها المواد (٢٥١-٢٧٦) إلا أنها لا تزال تثير كثيراً من الصعوبات في التنفيذ أمام الخصوم والقضاء لأنها قواعد عامة بتنظيم التحكيم ولا تشير صراحة إلى جواز أو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية مما يجعل هذا التحكيم مسكوت عنه وغير منهي عنه^(٣).

أمّا على مستوى مشروع قانون التحكيم التجاري فقد عرف التحكيم بأنه: "نظام قانوني يتفق بموجبه أطراف النزاع في علاقة قانونية ذات طابع تجاري على احالة النزاع إلى هيئة التحكيم بدلاً من اللجوء إلى القضاء"^(٤).

(1) Angualia Daniel, the role of domestic Court in international commercial arbitration, Uganda, 2010, published on the website /www.ssrn.com, p. 4.

(٢) المادة (٢٥١) من المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

(٣) محمد قاسم محمد شهاب، التحكيم في منازعات الجركية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢١، ص ١٠.

(٤) رياض حميد السامرائي، مصدر سابق، ص ١٩٢.

وفي ما يخص قانون الاستثمار النافذ لم يشر أيضاً على تعريف التحكيم لكنه أشار في المادة (٤/٢٧) منه إلى أنه: "يجوز لأطراف النزاع اللجوء إلى التحكيم وفقاً للقانون العراقي"^(١).

يفصح هذا النص بوضوح أن أطراف النزاع الخاضعين لقانون الاستثمار يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على آليه لحل النزاع باللجوء إلى التحكيم بموجب القانون العراقي أو التحكيم بجهة أخرى معترف بها دولياً إذ جاء النص على التحكيم الدولي بشكل مطلق باللجوء إلى محكمة أو هيئة^(٢)، واستناداً إلى نص المادة (١/٢٧): "تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء إلى التحكيم التجاري (الوطني أو الدولي) وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه إجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق"^(٣).

وعند التمعن في دراسة هذه المادة نجدها قد اوجبت عدة شروط لإجازه اللجوء إلى التحكيم:

- ١- أن يخضع لأحكام قانون الاستثمار أطراف النزاع.
- ٢- أن يتم عند التعاقد الاتفاق بين أطراف النزاع على اللجوء إلى التحكيم في حالة حدوث نزاعات في ما بينهم حيث يتم فض هذه المنازعة عن طريق التحكيم.
- ٣- أن يكون التحكيم وفقاً للقانون العراقي أو لدى إحدى الجهات المعترف بها دولياً.

كما أجاز المشرع العراقي اللجوء أيضاً إلى التحكيم التجاري الدولي في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ وتحت عنوان (آلية فض المنازعات بعد توقيع العقد) إذ أشارت المادة (١١) الفقرة أولاً البند (د) على أنه: "لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لفض المنازعات على أن ينص ذلك في العقد وعندما يكون أحد طرفي العقد أجنبياً مع الأخذ بنظر الاعتبار الآلية الإجرائية المتفق عليها في العقد عند تنفيذ هذه الطريقة وأن يتم اختيار إحدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة لحسم النزاع"^(٤).

(١) المادة (٢٧) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦) المعدل.

(٢) محمد قاسم محمد شهاب، مصدر سابق، ص ١٥.

(٣) الفقرة (١) من المادة (٢٧) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦.

(٤) الفقرة (١) من المادة (١١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨.

ونلاحظ أن المشرع العراقي قد أجاز ضمناً اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بعد صدور قانون العقود العامة من سلطة الائتلاف المؤقتة بالرقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤^(١).

أمّا بالنسبة إلى قانون المدني العراقي لم يعرف التحكيم ولم يشير صراحة في ضمن المواد الخاصة بالتحكيم إلى دولية التحكيم لذلك فإن أي اتفاق يبرم بين طرفيين عراقيين أو بين عراقي وآخر أجنبي على التحكيم يعتبر في هذه الحالة تحكيمياً داخلياً ومن ثم يخضع لأحكام قانون المرافعات المدنية العراقي إذ إن القرارات التحكيمية تتخذ بحق كل من الخصوم وفي الخصوص الذي جرى التحكيم من أجله إمّا بالنسبة إلى القرارات الطارئة والتمهيدية تكون من اختصاص القضاء العراقي^(٢).

أمّا في عقود جولات التراخيص النفطية فقد تناولت الإشارة إلى التحكيم من خلال قواعد التحكيم بغرفة التجارة الدولية من خلال تعيين ثلاثة محكمين على أن يكون التحكيم في باريس وباللغة الانكليزية كما يكتب قرار التحكيم بها ويتسبب عرض التحكيم على هيئة التحكيم في إيقاف التنفيذ لحين صدور القرار كما نص على أن يتم اللجوء إلى التحكيم خلال سنتين من إشعار أحد الأطراف بحدوث النزاع أو خلال ثلاث سنوات من تاريخ فسخ العقد^(٣).

إذ يعد التحكيم وسيلة فعالة لحسم المنازعات العقود النفطية بوصفه ضماناً للشركات النفطية لحسم منازعاتها مع الدول المنتجة نظراً لما يتميز به التحكيم من سرعة في حسم النزاع وتوفير الوقت والجهد والحفاظ على السرية والتي تعد سمة النشاط التجاري فضلاً عن خصوصية عقود التراخيص النفطية كون الدول المنتجة طرفاً في تلك العقود وهذا ما يجعل الشركات النفطية تحرص على اللجوء إلى التحكيم كأسلوب محايد يضمن حماية حقوق تلك الشركات^(٤).

(١) عبد المنعم نايف عبوشي الجبوري، التحكيم التجاري الدولي بين الواقع والطموح في التشريعات العراقية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني <http://www.icacn.org>، تمت زيارة الموقع بتاريخ ١٥/٥/٢٠٢٣، الساعة ١١:٠٠ صباحاً.

(٢) شريف ابراهيم بركات، التنظيم القانوني لعقود الشراكة والتحكيم في المنازعات الخاصة بها، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة اسبوط، ٢٠١٥، ص ٣٨٧.

(٣) المصدر نفسه، ص ٣٠٠.

(٤) د. صفاء تقي عبد النور العيساوي، وسائل تسوية المنازعات في عقود التراخيص النفطية، بحث منشور في مجلة واسط للعلوم الإنسانية، المجلد ١١، العدد ٣٢، ٢٠١٦، ص ٥٥.

وكذلك أجازت الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨ اللجوء إلى التحكيم نظراً لأهمية الدور الذي تؤديه (شروط المقابلة لأعمال الهندسة المدنية) الصادر عن وزارة التخطيط لأنها المستند التعاقدية والأساس الذي يضم حقوق وواجبات رب العمل والمقاول وذلك من أجل تسوية المنازعات الناشئة عن تفسير أو تنفيذ المقابلة التي تكون الدولة طرفاً فيها بوصفها (رب العمل) والمقاول طرف ثانٍ عراقياً كان أو اجنبياً وفق المادة (٦٩) منه^(١).

ولا بدّ من ملاحظة أنه على رغم من عدم وجود نص يمنع التحكيم الدولي سواء في قانون المرافعات أو في اي قانون آخر من القوانين العراقية إلا أن المحاكم العراقية قد رفضت تنفيذ الاتفاقيات أو أحكام التحكيم الأجنبية في العراق بحجة عدم اختصاصها بهذه المسائل وأن قانون المرافعات لم يشير صراحة إلى التحكيم الدولي ، وذلك لأن هناك رأياً سائداً في الاجتهاد العراقي يرفض

(١) المادة (٦٩) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لسنة ٢٠٠٨ تنص على أنه: " إذا نشأ خلاف أو نزاع من أي نوع كان بين "صاحب العمل" و"المقاول" له علاقة ب" المقابلة" أو ناجم عنها أو عن تنفيذ " الأعمال" (سواء كان ذلك أثناء الأعمال أو بعد إكمالها وسواء كان قبل أم بعد انتهاء "المقابلة" أو تركها أو الإخلال بها) فيحال مثل هذا النزاع أو الخلاف إلى " المهندس" وتجرى تسويته من قبله وعليه أن يبلغ قراره إلى " صاحب العمل و" المقاول" أن مثل هذا القرار بخصوص قضية أحييت بهذه الصورة يكون ملزماً " لصاحب العمل" و"المقاول" أن يعمل به من دون تأخر وعليه الاستمرار بتنفيذ " الأعمال" بكل ما يلزم من المثابرة سواء قدم " المقاول" أو "صاحب العمل" أشعار بعدم قبول القرار على النحو المذكور فيما بعد أم لم يقدم إذا لم يقبل "صاحب العمل" أو " المقاول" بقرار " المهندس" هذا فعندئذ وفي أية حاله كهذه يكون " صاحب العمل" أو " المقاول" في غضون ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ التبليغ بالقرار المذكور أن يطلب أحالة القضية إلى التحكيم على الوجه الآتي: يعين كل من "صاحب العمل" و"المقاول" محكماً وعلى المحكمين المعنيين بهذه الصورة أن يتفقا على محكم ثالث ليتولى رئاسة المحكمين وفي حالة عدم التوصل إلى اتفاق خلال أربعة عشر يوماً من آخر تاريخ لتعيينها فعندئذ يكون "صاحب العمل" أو " المقاول" الحق في مراجعة المحكمة المختصة لتعيين المحكم الثالث وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية أو وفق أية إجراءات ينص عليها قانون خاص بأمور التحكيم، يكون للمحكمين السلطة الكاملة في إعادة النظر وتنقيح وتعديل أي قرار أو رأي أو أمر أو شهادة صدرت عن "المهندس" مما له علاقة بموضوع النزاع ويكون الحكم الذي يصدره المحكمون ملزماً للطرفين مالم يتمسك أحدهما ببطلانه وفقاً للأحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات المدني، أن الإحالة إلى التحكيم يجب أن لا يباشر بها إلا بعد أكمل " الأعمال" أو الإدعاء بإكمالها مالم يوافق " صاحب العمل" و"المقاول" على غير ذلك بصورة تحريرية على أن يراعى على الدوام أن تأجيل البت في الخلاف يلحق ضرراً بأي من الطرفين أو يعيق سير " الأعمال" تدفع الأتعاب وجميع التكاليف الأخرى إلى المحكمين من قبل الطرف الذي يطلب التحكيم على أنه أن يتحمل تلك الأتعاب والتكاليف الطرف الذي يصدر حكم محكمين ضده ويكون التحكيم في العراق ووفق القوانين العراقية".

التحكيم الدولي بحجة أنه يتعارض من النظام العام العراقي والسيادة العراقية وعلى ذلك فإنه يتبنى فقط التحكيم الداخلي إذ لم يتم تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق إلا حديثاً^(١).

وفي صدد الحديث عن مدى امكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تحدث بسبب العقود الإدارية الدولية لا بدّ من الإشارة إلى أن الاتفاقيات الدولية يمكن أن تكون مصدراً لمشروعية التحكيم في العقود الإدارية الدولية مثل الاتفاقية المعقودة في (٢٥) كانون الأول ١٩٥١ بين الحكومة العراقية وشركتي نفط خانقين المحدودة ونفط الرافدين المحدودة وكذلك الاتفاقية المعقودة في (٣) شباط لسنة ١٩٥٢ بين حكومة العراق وشركات النفط العراقية المحدودة ونفط البصرة ونفط الموصل اللتان تنص المادة (١٣) منهما على أنه: "إذا نشأ شك أو نزاع أو اختلاف بين الحكومة والشركات... فيحسم ذلك بالتحكيم". وكذلك الاتفاقية المبرمة بتاريخ ١٩٥٥ مع شركة التتوير والقوة الكهربائية لمدينة بغداد التي تنص المادة (١٠) منها على أنه: "يفض أي خلاف أو نزاع قد يقع بين الحكومة أو الشركة عند عدم الاتفاق في ما يتعلق بتنفيذ أو تفسير الشروط المدرجة أنفاً بقرار صادر من محكمين ورئيس لهما..."^(٢).

ومن الاتفاقيات المهمة على صعيد التحكيم والتي تؤدي دوراً مهماً في السماح بالتحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي في العراق والتي انضم العراق إليها اتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول العربية المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول العربية الأخرى التي وقعت في ١٠/٦/١٩٧٤ بين الأردن والسودان وسورية والعراق والكويت ومصر واليمن إذ تعد أول عمل جماعي جعل من التحكيم الأداة الفضلى للفصل في منازعات الأستثمار بين الدول العربية وكان ذلك على أثر أزمة لنفط لسنة ١٩٧٣^(٣).

وكذلك من أهم الاتفاقيات التي انضم لها العراق وذلك بموجب القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٢١ اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ والتي تدعى أيضاً اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية الموقعة

(١) د. علي حمزة عباس، اتفاق التحكيم في العقود الادارية الدولية واثره في تشجيع الاستثمار، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، دون مجلد، العدد الخاص بالمؤتمر الوطني الرابع، ٢٠١٦، ص ٢٩٨.

(٢) بشير محمد أحمد الزوبعي، التحكيم في عقود الشراكة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، ٢٠٢١، ص ١٠٧٨.

(٣) د. تركي محمود مصطفى، نقل الاختصاص من القضاء الوطني الى التحكيم التجاري، بحث منشور في مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد ٥، العدد ٢، ٢٠٢١، ص ٩٥.

في ١٠ حزيران لسنة ١٩٥٨ إذ إن هذه المعاهدة تعد من أهم وأكبر الاتفاقيات فيما يتعلق بالتحكيم الدولي وتعود أسباب وضعها إلى الرغبة في البحث عن وضع قواعد قانونية دولية تسهل الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لذلك عالجت هذه الاتفاقية مسألة الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية إذ نجد أغلب دول العالم قد وقعت وصادقت عليها حيث إنها طرحت قواعد واضحة وميسرة لتنفيذ هذه الأحكام إذ ساعدت في تجنب الكثير من التعقيدات التي يفرضها القضاء عند النظر في دعاوي الخصوم^(١).

إذ أن هذه الاتفاقية تتضمن العديد من المبادئ المهمة في التحكيم على عكس الاتفاقيات السابقة منها مبدأ علوية سلطان الإرادة على القوانين الوطنية، ومبدأ شمولية ولاية المحكم لكل المسائل المتعلقة بالتحكيم، ومبدأ القوة التنفيذية للحكم التحكيمي^(٢).

والهدف الرئيسي الذي ترمي إليه الاتفاقية هو السعي إلى عدم التمييز تجاه قرارات التحكيم الأجنبية وغير المحلية ويبدو أن تعبير (غير المحلية) يتضمن قرارات التحكيم التي وإن كانت قد صدرت في غير دول النفاذ فهي تعامل باعتبارها قراراً "أجنبية" بمقتضى قانون تلك الدولة وذلك بسبب وجود عنصر أجنبي ما في الإجراءات، ومن ثم فإن هذه الاتفاقية تلزم الدول الأطراف بضمان الاعتراف بتلك القرارات واحتسابها عموماً قابلة للنفاذ في ولايتها القضائية على غرار قرارات التحكيم المحلية كما أن الأهداف التبعية التي ترمي إليها الاتفاقية أنها تقتضي من محاكم الدول الأطراف أن تجعل اتفاقيات التحكيم ذات مفعول تام^(٣).

ترى الباحثة من كل ما تقدم ذكره سابقاً بأن تفعيل التحكيم الدولي في العراق أصبح ذا أهمية خاصة إذ لا يكفي السماح للمستثمرين الأجانب باختيار التحكيم الأجنبي أو وسائل تسوية المنازعات الأخرى لكن يجب تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية ، فالعراق لا يزال بطيء في تبني إجراءات التحكيم الدولية والتي توصف بأنها غير عادلة لطرفي النزاع لذلك لا بد من إعطاء التحكيم استقلاله لجعل عملية التحكيم سريعة وموثوقة وموازية للمعايير الدولية لذلك يبقى العراق قاصراً عن إيجاد وسيلة تبعث الطمأنينية والثقة في نفوس المستثمرين الأجانب لتحمي أموالهم وتنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق والذي يعد جوهر عملية التحكيم وهدفها.

(١) د. تركي محمود مصطفى، المصدر اعلاه، ص ٩٥.

(٢) رياض حميد السامرائي، مصدر سابق، ص ٩٥.

(٣) علي أحمد حسن اللهيبي، التحكيم في العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، دون مجلد، العدد ١،

الفرع الثاني

موقف القضاء العراقي

ويعرف التحكيم قضاءً بأنه "عرض نزاع معين بين الطرفين على محكمين من الغير بأختيارهم أو بتفويض منهما، وعلى ضوء شروط يحدونها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً ومرتفعاً عن شبهة المغالاة، مجرداً من التجامل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفين إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"^(١).

إذ سلك القضاء العراقي اتجاهاً مضاداً لتوجهات المشرع العراقي فقد عارض المشرع عندما عدّ التحكيم شأنه شأن القضاء الأجنبي يمس بسيادة الدولة وعليه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها مما يعني عدم جواز اللجوء إلى التحكيم لفض منازعات العقود الإدارية الدولية واستمر هذا الموقف إلى أن قامت محكمة التمييز بتأييد الالتجاء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية وهذا يعني أن المحكمة اخذت حكم المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية على إطلاقه فلم تحصر تطبيقه في مجال عقود القانون الخاص فحسب بل طبقته في مجال العقود الإدارية أيضاً^(٢).

وأشارت محكمة التمييز العراق إلى أشكال التحكيم ضمن حكمها الصادر من محكمة التمييز بقولها: "إن التحكيم في القانون نوع واحد حسب المادة (٢٥١) من قانون المرافعات وأن الشرط الوحيد لوجوده وترتيب أثره هو أن يكون ثابتاً بالكتابة حسب المادة (٢٥٢) المعدلة من قانون المرافعات ويستوي في ذلك أن يكون الاتفاق عليه قد تم وقت التعاقد أو تم باتفاق مكتوب مستقل أو تم الاتفاق عليه في أثناء المرافعة..."^(٣).

ومن ذلك يتضح لنا من خلال هذا الحكم أن محكمة التمييز العراقية قد أجازت الاتفاق وقت إبرام العقد أي وقت التعاقد بين الأطراف وهو ما يطلق عليه (شرط التحكيم)، لأنه يرد كشرط ضمن

(١) د. طيب كامش، الإجراء التحكيمي ذو المواصفات الالكترونية في منازعات التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد ٧، العدد ٢، ٢٠٢١، ص ١٥٠٧.

(٢) د. عبد الرحمن رحيم عبد الله، دراسات قانونية، ط ١، مطبعة شهاب، أربيل، ٢٠١٠، ص ١٥٠.

(٣) حسين المؤمن، الوجيز في التحكيم، مطبعة الفجر، بيروت، ١٩٧٧، ص ٨٤.

بنود العقد المبرم بين أطراف العقد وكذلك أجازت محكمة التمييز العراقية أن يكون الاتفاق باللجوء إلى التحكيم بعقد مستقل وهذا ما يطلق عليه (مشاركة التحكيم).

أما بالنسبة إلى موقف مجلس الدولة فقد سبق له أن أبدى رأياً بخصوص التحكيم في إحدى قراراته بأن اللجوء إلى التحكيم ضرورة تقتضيها عملية التنمية في بعض الأحيان عندما تحجم جهات فنية متخصصة يصعب إيجاد الحل البديل لخدماتها عن التعاقد مع الجهات العراقية بسبب جهلها في أحكام القانون العراقي وبالإجراءات الواجب اتباعها أمام المحاكم العراقية ولكن المجلس أكد ارتباط موضوع التحكيم بالسيادة مما يقتضي الحذر والحيطه فيما إذا أوجبت الضرورة اللجوء إليه^(١).

وحتى الآن هناك القليل من الاتفاق بين الفقه العراقي بشأن امكانيه تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في العراق من عدمه إذ برز رأيين حول هذا الموقف السلبي المشار إليه أعلاه ، إذ أن الرأي الأول يذهب إلى السماح بتنفيذ تلك القرارات أما الرأي الآخر ينفي وجود دليل لإمكانية التنفيذ إذ نجد أن أنصار الرأي الأول يذهبون بأن أحكام التحكيم الأجنبية ممكن أن تنفذ في العراق على الرغم من عدم وجود نص صريح وحثهم في ذلك أن المواد التي قامت بتنظيم مسألة التحكيم (٢٥١-٢٧٦) من قانون المرافعات المدنية إذ لم تقوم هذا المواد بتقسيم أحكام التحكيم إلى وطنية وأجنبية لذلك لا يمكن القول بعدم امكانية تنفيذ القرارات التحكيم الأجنبية وذلك لعدم وجود نص قانوني صريح يمنع ذلك إذ يبقى حكم التنفيذ مطلق مالم يتم تقييده بنص وعلى وفق هذا الرأي أن أحكام التحكيم جائزة بغض النظر عما إذا كانت تغطيها الاتفاقيات الدولية أم لا، وهناك حجة أخرى يضيفها أنصار هذا الرأي لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في العراق إذ أن المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي قد نصت: " بأن تسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه"^(٢).

ننتهي إلى القول بأننا نعتقد أنه ليست هناك موانع أو عقبات قانونية أو دستورية تحول من دون إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض منازعات العقود الإدارية الدولية إذ لا يترتب على ذلك أي اعتداء على سلطة القضاء أو الاختصاص القضائي لما للتحكيم دور حيوي ومفيد في العقود الإدارية الدولية في تشجيع الاستثمارات أو تخفيف العبء عن كاهل القضاء.

(١) رياض حميد السامرائي، مصدر سابق، ص ١٩٣.

(٢) المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

وفي هذا الصدد لا بدّ من الإشارة إلى طبيعة القانونية للتحكيم إذ أن هذا الأمر قد أحدث خلافاً بين الفقه والقضاء إذ يرى البعض أنها ذات طبيعة عقدية تتم بأرادة الخصوم ، ولأن هذه الإرادة سلطاناً في الاختيار إذ إن التحكيم الدولي الغاية منه تسوية المنازعات بين الدول بوساطة قضاء من اختيارهم وعلى أساس احترام القانون وإن اللجوء إلى التحكيم ينطوي على تعهد بالخضوع للحكم بحسن نية إذ يرى أنصار هذا الاتجاه أن حكم التحكيم يعد جزءاً لا يتجزء من اتفاق التحكيم يل يندمج ويذوب فيه والمحكومون هم أفراد يعهد إليهم بمهمة تنفيذ الاتفاق ولا يرتقوا إلى مرتبة القضاة^(١).

بينما يرى انصار الاتجاه الآخر أن الطابع القضائي يغلب على طبيعة التحكيم ذلك أنه قضاء إجباري ملزم للخصوم متى ما اتفقوا عليه وأن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها إنما عمله هو إذ عمل قضائي شأنه شأن العمل الصادر من السلطة القضائية للدولة إذ أن التحكيم ذو طبيعة قضائية ، لأن جوهر القضاء عندهم هو تطبيق إرادة القانون فعندما يتفق الأفراد على التحكيم فهذا لا يعني نزولهم عن اللجوء إلى القضاء وإنما نزول عن اللجوء إلى القانون لصالح قضاء آخر فالتحكيم إذاً نوع من أنواع القضاء^(٢).

أمّا الرأي الثالث يرى أن التحكيم ذو طبيعة خاصة أو مختلطة فالتحكيم وفقاً لهذا الرأي ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاءً محضاً وإنما هو نظام يمر في مراحل متعددة يلبس في منها لباساً خاصاً إذ يجب النظر له نظرة مستقلة من دون ربطه بفكره العقد أو الحكم القضائي، لأن الأخذ بطبيعة واحدة سواء كانت الطبيعة العقدية أو الطبيعة القضائية يثير العديد من المشاكل والصعب في التطبيق إنما يتم النظر إلى الهدف الذي يسعى الخصوم إليه من لجؤهم إلى التحكيم^(٣).

ونحن من جانبنا نرى أن المشرع العراقي يميل إلى تبني وجهة النظر الثانية على الرغم من عدم وجود نص صريح يبين موقف المشرع العراقي وذلك بموجب نص المادة (١/٢٧٢) من قانون المرافعات المدنية: "لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعينهم قضاءً أم اتفاقاً ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناء على طلب أحد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة"^(٤).

(١) د. حيدر مدلول بدر عبد الله، مصدر سابق، ص ٥٣.

(٢) أشجان فيصل شكري داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٨، ص ٢٥.

(٣) رياض حميد السامرائي، مصدر سابق، ص ١٩٠.

(٤) الفقرة (١) من المادة (٢٧٢) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

وذلك لأن المحكم يعد قاضياً بحكم وظيفته التي تتمثل بالفصل في النزاع المعروف عليه ونجد أن الحكم يحوز حجية الأمر المقضي به لذلك فإن التحكيم يعد ذا طبيعة قضائية والمحكومون وأن كانوا أفراداً عاديين إلا أنهم يملكون سلطة القضاء التي يملكها القضاة انفسهم في خصوص النزاع المعروف إذ لم يقوم المشرع العراقي بنشر قانوناً خاصاً للتحكيم.

أما عن رأينا في مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية الدولية في العراق للفترة السابقة على عام ٢٠٠٤ فنقول أن المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ لا تصلح لإجازة التحكيم في العقود الإدارية ، وذلك لأن المشرع جعل اختصاص القضاء في نظر هو الأصل وكل شي خلاف ذلك يتطلب نصاً، فقد نصت المادة (٢٩) من قانون المرافعات "تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثني بنص خاص" هذا وإذا كان التحكيم لا يتقرر إلا بإرادة المشرع وهو الذي يحدد نوعه وإحكامه فلا مجال بعد ذلك للتفريد بين أنواعه بصلاحيته هذا النوع للاعتماد وعدم صلاحية النوع الآخر.

ونستنتج من كل ما تقدم لا بدّ من تدخل المشرع العراقي بنص صريح وخاص لبيان مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية سواء كانت داخلية أم دولية كون أن نص المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية العراقي لا يمكن الاستناد عليه لجواز ذلك ، لأن نطاقها يقتصر على المواد المدنية والتجارية فقط كما لا يمكن الاستناد على نص المادة (٦٩) من الشروط العامة لمقاولات وأعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨ التي أجازت التحكيم لأنها اقتصرت على عقود المقاولات حصراً ولا يمكن القياس عليها في العقود الأخرى.

إذ لا يوجد قانون خاص للتحكيم بل لا زالت مسودة القانون في أروقة مجلس النواب العراقي لم تنجح في المرور بتصويت البرلمان منذ ما يزيد على خمس سنوات وقد تضمنت الإشارة إلى إمكانية اللجوء إلى مراكز تحكيم دولية داخل وخارج العراق وآلية الاتفاق على اختيار المحكمين إضافة إلى تفصيل موسع للإجراءات لاستيعاب أهمية هذه العملية في العقود التي تتضمن طرفاً أجنبياً كما لا يوجد مراكز تحكيم حكومية تابعة للدولة فقط مراكز قطاع خاص تعمل بموجب تسجيلها كمنظمات محلية مختصة في نشاط التحكيم وبقي أن نشير إلى مسألة بالغة الأهمية وهي إذا تعرض العقد لأي سبب أدى إلى بطلانه أو فسخه أو أنهائه فلا يؤثر ذلك على شرط التحكيم ويبقى صحيحاً وأن بطلان

العقد الأصلي لا يؤثر في اتفاق التحكيم والعكس صحيح فبطلان اتفاق التحكيم لا يؤثر في العقد الأصلي لأن اتفاق التحكيم تصرف قائم بذاته وله كيان مستقل إذ إن الذي يعالجه يختلف تماماً عن موضوع العقد الأصلي، لذلك أصبح هناك ضرورة ملحة على المشرع العراقي أن يشرع قانون للتحكيم يعنى بتنظيم عملية التحكيم بالكامل من مفهومه وإجراءاته وتنفيذه بالاستناد إلى الاتفاقيات العالمية والعربية وعدم ترك نصوصه مبعثرة ومشتتة.



الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراسة التوازن العقدي في مجال العقود الإدارية الدولية لم يتبقى سوى أن نشير بإيجاز من دون الخوض إلى أهم الاستنتاجات التي تم توصل إليها من خلال هذه الدراسة كما نورد بعض المقترحات المتواضعة عسى أن تكون محلاً للانتفاع بها بهذا المجال.

أولاً- النتائج:

١- نلاحظ في ضوء هذا البحث بأنه لا يوجد تعريف محدد للعقد الإداري الدولي سواء في التشريعات الوطنية أو الدولية وذلك لعدم وجود اتفاق على معيار ضابط ومحدد لصفة العقد الإداري الدولي وعلى ذلك يمكن أن نعرفه: "هو عقد يجمع بين مقومات العقد الإداري من كون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، ويتعلق بمرفق عام وتظهر فيه نية الأخذ بالشروط الاستثنائية الغير معروفة بالنسبة للعقود الخاصة، وبين الصفة الدولية من حيث اتصال العقد بمصالح التجارة الخارجية للدولة وبما يحمله من رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي للدولة المتعاقدة، كما أن العقد الإداري الدولي لم يصل إلى درجة ذلك العقد القائم بذاته والمتميز بقانون محدد ومعايير تميزه عن غيره من العقود، وإنما هو عقد يستقى أغلب مقوماته من العقود الخاصة الدولية وخصوصاً العقد التجاري الدولي أي من القوانين المنظمة لهذه العقود".

٢- إن مسألة تحقيق التوازن العقدي من المسائل مستمرة الوجود وتحيا بحياة العقد لذلك تعد من أهم المواضيع التي شغلت الفقهاء في مجال العلاقات التعاقدية الدولية، لأن غياب التوازن العقدي أو اختلاله يؤدي إلى الابتعاد عن محور العدالة العقدية، وهذه النتيجة تصيب بأثرها المتعاقد الضعيف وحده الذي يكون لديه بعض مواطن الضعف في مواجهة المتعاقد الآخر لأسباب اقتصادية أو معرفية أو تقنية فعدم التناسب في المقدرة التعاقدية فيما بين أطراف هذه العقود يستمد أصله من العوامل الاقتصادية والاجتماعية والمعرفية نتيجة للتطور الذي يشهده العالم اليوم ، فالعقود الإدارية الدولية التي يكون طرفيها على قدم المساواة في مركزيهما والتي تتم فيها المفاوضات في حرية تامة اختفت أو تكاد أن تكون قد اختفت تحت الحاح الحاجة والضرورة التي تلم بأحد الطرفين.

٢- تبين لنا من خلال هذه الدراسة بأن هناك عدة معايير لدولية العقد منها المعيار القانوني الذي يقوم على توافر الصفة الأجنبية، لأحد أطراف العقد والمعيار الآخر هو المعيار الاقتصادي الذي ينتج عن

انتقال السلع والخدمات من دولة إلى أخرى ومعيار آخر يجمع بين المعيارين المتقدمين والمعتمد من قبل أغلب التشريعات المعاصرة يسمى بالمعيار المختلط.

٣- تستوعب العقود الإدارية الدولية شروطاً حديثة لم يسبق لها وجود في العقود الإدارية الداخلية كأستيعابها لشروط إعادة التفاوض واختيار القانون الواجب التطبيق وشرط الثبات التشريعي واختيار وسيلة فض المنازعات.

٤- المفاوضات العقدية سواء كانت في المرحلة السابقة على إبرام العقد أو في المرحلة اللاحقة على إبرامه المتمثلة بشرط إعادة التفاوض لها تأثير مهم في حياة العقد وفي تقرير مصيره لأنها تحدث حالة من التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية من خلال اطلاعهم على شروط العقد فيكون كل طرف على بينة من حقوقه والتزاماته.

٥- إن الشروط التعسفية تعد أحد أهم مظاهر اختلال التوازن العقدي وذلك مرده إلى اختلاف طبيعة المراكز العقدية لكل من أطراف العقد نظراً لما يتمتع به الطرف القوي من تفوق اقتصادي أو تقني أو معرفي تخولة فرض إرادته في العقد.

٦- رصدت لنا هذه الدراسة بأن الهدف من إقرار نظرية الظروف الطارئة هو من أجل إعادة التوازن الاقتصادي للعقد في حاله اختلاله.

٧- كشفت لنا هذه الدراسة أيضاً بأن من أهم الأسباب التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي هو إدراج الشرط الجزائي عند إبرام العقد بين الأطراف، وذلك من أجل ضمان تنفيذ كل طرف للالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد المبرم إلا أن هذا البند في بعض الأحيان يكون مبالغاً فيه أو لا يتناسب مع الضرر الذي لحق المتعاقد من جراء عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ لذلك اجاز المشرع العراقي للقاضي التدخل لتعديل البند الجزائي.

٨- يعد مبدأ حسن النية من أهم المبادئ القانونية السائدة في الوقت الحاضر من بعد ما كان التزام أخلاقي إذ أصبحت أغلب التشريعات المعاصرة تعترف به خصوصاً في مرحلة إبرام العقد لما له من أهمية في العقود من خلال نجاح المفاوضات والتوصل إلى العقد النهائي من خلال التزام أطراف العقد بالأمانة والتعاون والثقة والبعد عن الغش والخداع.

٩- إن الإلتزام بالإعلام في العقود الإدارية الدولية هو ضمان للتوازن العقدي بين الطرفين إذا يعد من أهم التدابير المقررة لحماية المتعاقد من خلال حماية الطرف الضعيف، وذلك عن طريق تقديم البيانات والمعلومات الضرورية التي تخص محل التعاقد لتتوير رضا المتعاقد وتبصيره وتحفيزه لإبرام العقد سواء علم بها أو لم يعلم بها المتعاقد وكان من الأفضل الإفصاح عنها ما دامت مجهولة للطرف الآخر.

١٠- نجد أن مواقف الدول محل المقارنة قد اختلفت وتباينت اتجاهاتها فيما يخص تطبيق التحكيم كوسيلة لفض منازعات الناتجة عن إبرام العقود الإدارية الدولية من عدمه إذ تبنى جانباً منهم موقفاً متحرراً يقوم على السماح المطلق بالالتجاء إلى التحكيم لفض تلك المنازعات المتولدة عن تنفيذ تلك العقود مع وضع بعض القيود والشروط الإجرائية في هذا الشأن تتمثل بضرورة الحصول على موافقة جهة معينة قبل الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم.

١١- تبين لنا من خلال هذه الدراسة أن هناك علاقة عكسية بين سبب إختلال التوازن العقدي وبين وسيلة إعادته، فأن كان سبب الإختلال يرجع لإرادة أحد المتعاقدين كانت وسيلة إعادته راجعة لجهة خارجة عن العقد كدور القاضي في معالجة الشروط التعسفية، أما إذا نشأ سبب الإختلال بقوة خارجة عن إرادة عاقدية كالتغير الحاصل في الظروف التي تحيط بتنفيذه كانت وسيلة إعادة توازنه نابعة من إرادة طرفيه كأنفاقهم على إعادة التفاوض على العقد أو حتى وقف تنفيذه في أثناء العائق المسبب للاستحالة المؤقتة.

١٢- رصدت هذه الدراسة بأن شرط الثبات التشريعي ظهر كوسيلة لحماية المستثمر الأجنبي من تصرفات الدولة المضيفة إلا أن هناك عوائق قد تعترض هذا الشرط وتشكل معضلة حقيقة أمام المستثمر الأجنبي منها التأميم، فحق الدولة المضيفة في التأميم معترف به دولياً، فالدولة لها السيادة على مواردها الطبيعية ومصادرها الوطنية.

١٣- نتيجة لهذا الدراسة نجد أن إلتزام إعادة التفاوض شرط يدرجه المتعاقدان في العقود الإدارية الدولية يعطيها الحق في إعادة التفاوض على العقد في حالة اختلاف التوازن بسبب ظرف طارئ.

١٤- نلاحظ في ضوء هذا البحث بأنه لا يوجد تعريف محدد للعقد الإداري الدولي سواء في التشريعات الوطنية أو الدولية وذلك لعدم وجود اتفاق على معيار ضابط ومحدد لصفة العقد الإداري الدولي وعلى ذلك يمكن أن نعرفه: "هو عقد يجمع بين مقومات العقد الإداري من كون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، ويتعلق

بمرفق عام وتظهر فيه نية الأخذ بالشروط الاستثنائية الغير معروفة بالنسبة للعقود الخاصة، وبين الصفة الدولية من حيث اتصال العقد بمصالح التجارة الخارجية للدولة وبما يحمله من رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي للدولة المتعاقدة، كما أن العقد الإداري الدولي لم يصل إلى درجة ذلك العقد القائم بذاته والتميز بقانون محدد ومعايير تمييزه عن غيره من العقود، وإنما هو عقد يستقى أغلب مقوماته من العقود الخاصة الدولية وخصوصاً العقد التجاري الدولي أي من القوانين المنظمة لهذه العقود".

١٥- يعد التحكيم قضاءً خاصاً ووسيلة فعالة يلجأ إليها أطراف العقد الإداري الدولي لفض منازعاتهم الناتجة عن إبرام هذا النوع من العقود بعيداً عن القضاء الوطني ، وذلك لأن تلك العقود تختص في إدارة مرفق عام بالإضافة إلى أنها من العقود طويلة الأمد وعلى درجة كبيرة من الأهمية والسرية لذلك فأنها تحتاج إلى قضاء يفض منازعاتهم بأقصى سرعة ممكنة لديمومة استمرار سير المرافق العامة بأطراد وانتظام.

ثانياً- المقترحات:

١- نهيب بالمشرع العراقي الاهتمام بالتوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف في جميع العقود وبالأخص العقود الإدارية الدولية، لأن الاهتمام بالطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية ليس بالأمر الهين وذلك في ظل التطور التكنولوجي والاجتماعي والسياسي والاقتصادي مما يتطلب مراجعة دائمة لكافة القوانين التي تكفل ذلك.

٢- ندعو المشرع العراقي إلى تحديد معيار لدولية العقد الإداري بنص صريح وواضح وخالياً من الغموض والالتباس، لأن تلك المسألة في غاية الأهمية وتتوقف عليها أمور كثيرة وخيارات متعددة ومتنوعة منها مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق والتحكيم الدولي لذلك نوصي بضرورة أن يتبنى كل مشرع معياراً لدولية العقود الإدارية.

٣- نقترح على المشرع العراقي بعدم حصر الشروط التعسفية في عقود الإذعان فقط بل جعلها تشمل جميع العقود التي تنفرد إلى التوازن والعدالة بين أطرافه وذلك من خلال تفعيل دور القاضي أكثر في تعديل تلك العقود، لأن أطار الحماية ما يزال مقصوراً على العقود التي تتم بطريق الإذعان.

٤- نرى من الضروري والأفضل لو يتم تعديل نص الفقرة الثانية من المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي لتكون على الصيغة التالية: " على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها، وترتب

على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وأن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقاً للمدين يهدد بخسارة فادحة، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين إمّا أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أن أقتضت العدالة ذلك، وإما فسخ العقد إن أصبح الاستمرار متعذراً ويقع باطلاً كل اتفاق خلاف ذلك "وذلك من خلال استبدال عبارة تنقص الالتزام إلى عبارة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فهذه العبارة أوسع من الأولى وبالإضافة إلى ذلك ضرورة منح القاضي سلطة فسخ العقد في حالة تعذر معالجة الاختلال الذي أصاب العقد".

٥- أن يضع المشرع العراقي معياراً يستند عليه القاضي في تخفيض قيمة الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام ، وذلك لأن الفائدة التي تعود على المتعاقد من التنفيذ الجزئي تختلف قيمتها من تنفيذ إلى آخر، فقد ينفذ المتعاقد جزءاً كبيراً من التزامه لا يعود على المتعاقد بفائدة تذكر وقد ينفذ جزءاً يسيراً منه ويعود على المتعاقد بفائدة كبيرة فيتعين على القاضي في مثل هذه الحالة أن يخفض مبلغ الجزاء بنسبة الفائدة التي عادت على المتعاقد في العقود الإدارية الدولية.

٦- ندعو المشرع العراقي إلى تعديل الفقرة الأولى من نص المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي وذلك من خلال فرض مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات السابقة على إبرام العقد وعدم حصرها في مرحلة التنفيذ فقط إذ أن مرحلة المفاوضات لا تقل أهمية عن مرحلة تنفيذ العقد.

٧- ينبغي على المشرع العراقي أن يأخذ بعين الاعتبار الحماية القانونية للمستهلك، وذلك من خلال سن تشريعات جادة وحازمة هدفها حماية المستهلك في العقود الإدارية الدولية بإعتباره أو بوصفه إنساناً يمثل قيمة لا سيما في ظل التقدم الهائل الذي تشهده البشرية في الوقت الحاضر.

٨- نأمل من المشرع العراقي استحداث نص تشريعي يلزم المتعاقد بإعلام وتبصير الطرف الآخر بكل المعلومات الهامة والخاصة حول موضوع العقد قبل إبرامه والتي تكون مهمة ومؤثرة في التعاقد من أجل علاج القصور الذي ظهر على نظرية عيوب الإرادة التي أصبحت غير قادرة على استيعاب بعض الأوضاع التي نجمت عن التطور الاقتصادي والاجتماعي والتقني والتي أدت إلى اختلال توازن العلاقات العقدية.

٩- وضع مادة قانونية بتحميل الجهات الإدارية المسؤولية عن الضرر الذي يلحق المستهلك في العقود الإدارية الدولية نتيجة خطأها في منح الترخيص أو منح أجازة الاستيراد أو الفحص الفني، في حالة عدم إمكانية رجوع المستهلك في العقود الإدارية الدولية على المتعاقد الذي يتمتع بمركز اقتصادي قوي.

١٠- دعوة المشرع العراقي إلى الاهتمام بمرحلة المفاوضات في العقود الإدارية الدولية، لأنها تعتبر مرحلة حيوية للإعداد والتحضير للعقد ، لأن تلك العقود ذات طبيعة معقدة ومركبة ومجزأة على عدة مراحل حيث تنسم بالتعقيدات القانونية والفنية بالقياس إلى العقود المدنية بين الافراد العاديين لذلك يتوجب القيام بهذه المفاوضات من قبل كوادر متخصصة يملكون من الخبرة والدراية الشيء الكافي بخصائص وآثار العقود الإدارية الدولية لغرض زيادة الطمأنينة لدى المستثمرين ومنحهم الثقة في توظيف رأسمالهم في المشاريع الاستثمارية.

١١- أن يحدد أطراف العقد الأستحالة المؤقتة باعتبارها سبباً يؤدي إلى إختلال التوازن العقدي بصورة مؤقتة فضلاً عن تحديد مدة الوقت بصورة واضحة وتاريخ إبتداؤها وإنتهائها كونها تسبب بأستحالة التنفيذ خلال قيام العائق المؤقت إلى حين زواله.

١٢- نلتمس من المتعاقدين أن يقوموا بأيراد شرط الثبات التشريعي بشكل واضح وصريح في العقد المبرم بينهما ولا سيما أن العقود الإدارية الدولية تحتاج إلى مدة طويلة لتعلقها بمشاريع ضخمة اقتصادياً إذا ما قورنت بالعقود العادية لذلك نوصي المتعاقدين في العقود الإدارية الدولية إذا كان العقد يستغرق مدة طويلة أن يدرجوا في عقودهم شرط إعادة التفاوض.

١٣- ضرورة قيام المشرع العراقي بتشريع قانون خاص بالتحكيم بعيداً عن قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٨٩ المعدل وخاصة بعد انضمام العراق إلى اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ إذ يجب أن يضم التشريع الجديد في طياته مبادئ التحكيم مما يسهل الرجوع إليه ليكون شريعة التحكيم في العراق وأن يحتوي على نص يعطي الحق لأطراف العلاقة التعاقدية إجازة الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية الدولية بصورة صريحة وواضحة لا تحتمل مجال للتأويل والتفكير بالاضافة إلى ذلك أن ينص فيه على قوعد وأجراءات إدارية تتلاءم وتنفق مع خصوصية هذه المنازعات بدل الاعتماد على الإجراءات الواردة في قانون المرافعات المدنية.



المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

❖ القرآن الكريم

أولاً- المعاجم:

١. ابن منظور، لسان العرب، المجلد الخامس عشر، ط٤، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت ٢٠٠٥.
٢. أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان، ١٩٨٧.
٣. جبران مسعود، الرائد الصغير معجم أبجدي للمبتدئين، ط١، دار العلم، بيروت، ١٩٨٢.
٤. حمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، ج١، بيروت، بدون سنة طبع.
٥. د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١، شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٩٥.
٦. مجد الدين محمد يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت، ٢٠١٠.

ثانياً-الكتب:

١. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٥.
٢. د. أبراهيم السيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية، دار الكتب والدراسات العربية، الاسكندرية، ٢٠١٦.
٣. د. أبراهيم الفياض، العقود الإدارية في الكويت، دار المجلد للنشر، الكويت، ٢٠١١.
٤. د. أبو اسعد محمد شتا، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١.
٥. د. احمد سليمان شهيب، مصادر الالتزام، ط٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.
٦. د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإدارية وغير الإدارية، منشأة المعارف، ٢٠٠٢.
٧. د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

٨. د. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية إزاء المضمون العقدي، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
٩. د. أحمد محمد الهوارى، حماية المتعاقد الضعيف في العقد الإداري الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
١٠. د. إدوارد عيد، أثر إنخفاض قيمة العملة على الالتزامات المدنية، دون دار نشر، بيروت، ١٩٩٠.
١١. د. ارضوان أبو زيد، الاسس العامة للتحكيم، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ١٩٨١.
١٢. د. اسماء مدحت سامي، الاعفاء من المسؤولية في إتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي (للبيضاء) فينا، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
١٣. د. انس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
١٤. د. بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١١.
١٥. د. برهان زريق، عقد التوريد الإداري، ط١، دون دار نشر، ٢٠١٧.
١٦. د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
١٧. د. جمعة سعدون الربيعي، المرشد إلى إقامة الدعوى المدنية، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٦.
١٨. د. جورجى شفيق سارى، التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، جامعة المنصورة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، سنة ٢٠٠٥.
١٩. د. حبيب جبار جواد، الإلتزام بالتفاوض بحسن نية في عقود التجارة الدولية، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٣.
٢٠. د. حسن عبد الباسط جمعي، حماية المستهلك في مصر بالمقارنة أوضاع الحماية في دول السوق الأوروبية والشرق الأوسط، ط١، دار الفكر، ١٩٩٦.
٢١. د. حسن محمد جاد الرب، التعويض الاتفاقي عند عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر فيه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
٢٢. د. حسين المؤمن، الوجيز في التحكيم، مطبعة الفجر، بيروت، ١٩٧٧.
٢٣. د. حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود، مطبعة مصر، ١٩٦٠.

٢٤. د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٩٤.
٢٥. د. حفيظة السيد الحداد، الحقوق المبرمة بين الدولة والاشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١.
٢٦. د. حماده عبد الرزاق حماده، منازعات عقد إمتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢.
٢٧. د. حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإدارة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٧.
٢٨. د. حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٣.
٢٩. د. حيدر مدلول، الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، المركز العربي للنشر والتوزيع، ٢٠١٧.
٣٠. د. خالد جمال، الالتزام بالاعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٨.
٣١. د. خالد عبد الفتاح، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٣٢. د. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٩.
٣٣. د. خالد ممدوح إبراهيم، ابرام العقد الإلكتروني، ط٢، دار الفكر الجامعي، ٢٠١١.
٣٤. د. خالد موسى توني، الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات الخادعة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
٣٥. د. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان، ٢٠٠٦.
٣٦. د. دويب حسين صابر، عقود توكيفية حسم منازعاتها، دار النهضة العربية، القاهرة.
٣٧. د. رجب كريم عبد الإله، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٣٨. د. ريماء فرج مكي، تصحيح العقد، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠١١.
٣٩. د. زياد فيصل حبيب الخيزران، المزايا والضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي في قوانين الاستثمار العربية، دار النهضة العربية، القاهرة.

٤٠. د. سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح بالعقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٤١. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
٤٢. د. سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٠.
٤٣. د. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
٤٤. د. شريف لطفي، حماية المستهلك في اقتصاد السوق، ط٢، دار الشروق، ١٩٩٤.
٤٥. د. شريف محمد غانم، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، بيروت، ١٩٩٩.
٤٦. د. شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
٤٧. د. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، ط١، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٣.
٤٨. شيرزاد حميد هروري، الضمانات التشريعية للاستثمارات الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٨.
٤٩. د. صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مكتبة الملك فهد الوطنية، ١٩٩٨.
٥٠. د. صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الإدارية التقليدية والمتطورة وإشكاليات تسوية منازعاتها، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية.
٥١. د. ضياء عبد الرحمن، مدى حرية الإدارة بالتعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة.
٥٢. د. عادل جبري محمد، وسائل الضغط الدفاعية واثرها في تحقيق التوازن العقدي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣.
٥٣. د. عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقد الإداري وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٥.
٥٤. د. عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

٥٥. د. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني، ج٣، تنفيذ الالتزام، دون دار نشر، بغداد ١٩٦٧.
٥٦. د. عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
٥٧. د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، القاهرة، ١٩٩٢.
٥٨. د. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، ط٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر.
٥٩. د. عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، ١٩٥٠.
٦٠. د. عبد الرحمن رحيم عبد الله، دراسات قانونية، ط١، مطبعة شهاب، أبريل، ٢٠١٠.
٦١. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، دون ذكر السنة.
٦٢. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج١، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤.
٦٣. د. عبد الغني محمود، الاطار القانوني لنقل التكنولوجيا في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
٦٤. د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، من دون دار النشر، ١٩٨٤.
٦٥. د. عبد الفتاح عبد البكري، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج١، ط٣، مكتبة السنهوري، بغداد، ١٩٩٦.
٦٦. د. عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، منشورات زين الحقوقية، ٢٠٠٧.
٦٧. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، ط٩، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٦.
٦٨. د. عزه محمد خليل، مشكلات المسؤولية في مواجهة فايروس الحاسب الالي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٤.
٦٩. د. عصام انور سليم، خصائص البيع الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.

٧٠. د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطابع الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢.
٧١. د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدة الدولية وأحكام التحكيم، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٨.
٧٢. د. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٧.
٧٣. د. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
٧٤. د. عنيدة جميل، دراسة في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.
٧٥. د. غسان رباح، العقد التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ٢٠٠٩.
٧٦. د. غمان محمد، الحماية العقدية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.
٧٧. د. فتوح محمد هنداوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، ط ١، دون مكان نشر، ٢٠١٦.
٧٨. د. فؤاد محمود عوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٨.
٧٩. د. قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، ٢٠٠٥.
٨٠. لفته هامل العجيلي: المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، الجزء ٥، بغداد، ٢٠١٥.
٨١. د. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، درا المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
٨٢. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٩.
٨٣. د. مجدي الشامي، رقابة القضاء بشأن التعويض وإعادة التوازن المالي للعقد الإداري، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.
٨٤. د. محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.

٨٥. د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، ط١، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٥.
٨٦. د. محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
٨٧. د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، دون سنة نشر.
٨٨. د. محمد شعبان الدهويي، حق التعاقد بالتعويض في العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧.
٨٩. د. محمد شكري سرور. موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٨٥.
٩٠. د. محمد عبد المجيد أسماعيل، عقود الأشغال العامة والتحكيم فيها، مشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٠.
٩١. د. محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، ج٢، دون دار نشر، دون مكان نشر، ٢٠٠٥.
٩٢. د. محمد محيى الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقہ الاسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
٩٣. د. محمد مرسي زهرة، الحماية المدنية الالكترونية، ط١، دار النهضة العربية، مصر.
٩٤. د. محمود عبد الرحمان حمد، الاستغلال والغبن في العقود ودورها في إقامة التوازن بين الاداءات العقدية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
٩٥. د. محي الدين علم الدين، أصول القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
٩٦. د. مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، ط١، دار الثقافة، ٢٠١٠.
٩٧. د. مصطفى أحمد أبو عمرو، علاقات العمل الجماعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٥.
٩٨. د. مصطفى عبد الحسن الحبشي، التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٩٩. د. معاوية عثمان الحداد، القواعد المنظمة لجذب المستثمر الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥.
١٠٠. د. ممدوح عبد الكريم، تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥.
١٠١. د. منى أبو بكر، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣.
١٠٢. د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
١٠٣. د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ واحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، ١٩٧٣.
١٠٤. د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
١٠٥. د. نواف كنعان، القانون الإداري، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٠.
١٠٦. د. هانيه محمود علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٤.
١٠٧. د. هبة محمد هزاع، توازن عقود الاستثمار الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦.
١٠٨. د. هشام خالد، ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
١٠٩. د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
١١٠. د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧.
١١١. د. هيثم حامد المصاروة، د. أحمد عبد الرحمن، حماية المستهلك في العقود الإلكترونية، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، ٢٠١٥.
١١٢. د. وائل عز الدين يوسف، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.

١١٣. د. وهيب عياد سلامة، د. ثروت عبد العال، الوجيز في القانون الإداري، دون دار نشر، ٢٠٠١.
١١٤. د. وهيب عياد سلامة، دروس في العقود الإدارية مع التعمق "التوازن المالي للعقد وفكرة التعويض غير القائم على الخطأ"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
١١٥. د. الياس ناصيف، العقود الدولية، ط١، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٤.
١١٦. د. يلس آسيا، الالتزام بالاعلام في عقد البيع الاستهلاكي، دار الجامعية الجديدة، الجزائر، ١٩٤٥.

ثالثاً-الرسائل والإطاريح:

١. أشجان فيصل شكري داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٨.
٢. أكرم محمد حسين التميمي، الاخلال في التنفيذ في بيوع التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٤.
٣. إياد إبراهيم محمد عودة، أثر الإكراه على المعاملات المالية، رسالة ماجستير، كلية التربية، جامعة الأزهر، مصر، ٢٠١٠.
٤. أيت عبد الوهاب، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، الجزائر، ٢٠١٧.
٥. أيمن راحم، إختلال التوازن العقدي وآليات التصدي له، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، ٢٠١٩.
٦. أيوب يوسف سالم محمد، الالتزام بالإعلام في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ٢٠١٤.
٧. باسم خضير آل حجيل السعيد، إعادة التوازن العقدي بالوسائل الإتفاقية في عقود التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٥.
٨. بركاني صفيان، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفرنسي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، ٢٠١٩.

٩. بشير محمد أحمد الزويبي، التحكيم في عقود الشراكة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، ٢٠٢١.
١٠. بلاش ليندة، الثمن في عقد البيع التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ٢٠٠٧.
١١. بلقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج خضر، الجزائر، ٢٠١١.
١٢. بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، الجزائر، ٢٠٠٦.
١٣. بن سالم المختار، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٨.
١٤. بن سلطان فاطمة، شروط صحة اتفاق التحكيم التجاري في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، الجزائر، ٢٠١٣.
١٥. بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، سنة ٢٠١٣.
١٦. بو لحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، ٢٠١٨.
١٧. بولقوس سناء، الطرق البديلة لحل المنازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لحاج لخضر، الجزائر، ٢٠١١.
١٨. تاج محمد سفيان، النظام القانوني للتحكيم الدولي، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم السياسية، جامعة صالحى أحمد النعام، الجزائر، ٢٠٢١.
١٩. جويقلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمـد دراية أدراد، الجزائر، ٢٠١٧.
٢٠. حساين حفيظة، حدود نشاط الضبط الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمـد دراية، الجزائر، ٢٠٢١.
٢١. حسين الرسول الشيخ الفزازي، أثر نظرية الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، ١٩٩٧.

٢٢. حميمي عبد المالك، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، الجزائر، ٢٠٢٠.
٢٣. حنفي فاطمية، إرادة المتعاقد بين الإطلاق والتقييد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، ٢٠١٨.
٢٤. خالدي جمانة، شرط الثبات التشريعي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، ٢٠٢٢.
٢٥. د. هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٦.
٢٦. درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٥.
٢٧. دعاء حمود حمد، نظرية التوازن المالي والتعويض بلا خطأ في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢٢.
٢٨. دقي سفيان، الآثار القانونية لعقد الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر، ٢٠١٨.
٢٩. دمعي العيد، الالتزام بالاعلام في العقود الاستهلاكية الالكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجزائر، ٢٠٢٠.
٣٠. دندن وسيلة، التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، ٢٠١٨.
٣١. رجب عبد الحسن رجب العباس، انقضاء عقد المقاولة لاستحالة التنفيذ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠١٩.
٣٢. رماش سومية، تصفية شراكة الأشخاص - شركة التضامن أنموذجا، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر، ٢٠١٦.
٣٣. رياض حميد طابيس السامرائي، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسلامية في لبنان، ٢٠٢٠.
٣٤. راضي عبد المعطي علي السيد، الاتجاه إلى خلق نظرية عامة في القانون الإداري لحماية المستهلك، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة اسبوط، مصر، ٢٠٠٢.

٣٥. زهراء فليح حسن تويه، أثر جنسية المستثمر في تكييف عقد الاستثمار، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهريين، العراق، ٢٠١٦.
٣٦. الزهرة بوشارب، نظرية فعل الأمير واثرها في المادة الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ٢٠١٤.
٣٧. زويبر أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، ٢٠١١.
٣٨. زيتوني فاطمة الزهراء، دور القاضي في تنفيذ العقد في الموارد المدنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠٠٩.
٣٩. زينب خالد عبد الله جريو، البنود المخلة للتوازن العقدي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢٢.
٤٠. سامال اسكندر محمد الباجلان، سلطات الإدارة في العقود الإدارية والقيود الواردة عليها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، ٢٠١٦.
٤١. سعدي عبد القادر، آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، الجزائر، ٢٠١٦.
٤٢. سلطاني أمجد، تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ٢٠١٧.
٤٣. سميرة زايد، الإلتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن مهيدي، الجزائر، ٢٠١٦.
٤٤. سهام كريم حمد العبيدي، أحكام المفاوضات في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، ٢٠١٣.
٤٥. سويلم فضيلة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، ٢٠١١.
٤٦. سيف حسين حسن، التنظيم القانوني لإعادة التوازن الاقتصادي في عقود التوريد الدولية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠١٣.
٤٧. شريف ابراهيم بركات، التنظيم القانوني لعقود الشراكة والتحكيم في المنازعات الخاصة بها، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة اسبوط، مصر، ٢٠١٥.

٤٨. صلاح مهدي سمين الهاشمي، النظرية الحديثة للعقود الإدارية الدولية والتحكيم فيها، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢١.
٤٩. ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهدي، الجزائر، ٢٠١٨.
٥٠. طارق بهاء الدين العياشي، سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي بعقود المقاولات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ص ٢٠١٦.
٥١. طبيشة حسينة، سلطات الإدارة في العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بوضياف، الجزائر، ٢٠١٠.
٥٢. عبد العزيز محمد علي بن زيد، التحكيم في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الاردنية، الأردن، ٢٠٠٦.
٥٣. عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، اطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٩.
٥٤. عبد المحسن سعد الرويشد، الشرط الجزائي واحكامه في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٨٣.
٥٥. عداد لينه، شرط الثبات التشريعي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠٢٢.
٥٦. عدي سعود حسونة، حقوق المتعاقد مع الإدارة في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠٢٠.
٥٧. عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، ٢٠١٥.
٥٨. عصام موسى نواف، الأحكام القضائية للتعاقد من الباطن في العقود الإدارية في القانونين اللبناني والعراقي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢١.
٥٩. علي خيون السويدي، دور قانون الإرادة في معالجة اختلال التوازن في عقود التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢٢.
٦٠. عمر تركي محي، دور القاضي الإداري في تحقيق التوازن العقدي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢١.

٦١. لوصيف إيمان، آليات حماية المستثمر الأجنبي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ٢٠١٧.
٦٢. مجبر فتيحة، التحكيم التجاري الدولي قانون واجب التطبيق، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، ٢٠١٧.
٦٣. مجد ياسين، الإعفاءات الضريبية وأثرها على تشجيع قرار الإستثمار في الشركات المسجلة لدى هيئة تشجيع الإستثمار، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١٦.
٦٤. محسن عبد المنعم هادي الزبيدي، ضمانات توازن العقد القانونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٧.
٦٥. محمد أبو القاسم علي أبريش، أثر التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١٦.
٦٦. محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١١.
٦٧. محمد صادق منذر الهويدي، العمالة الأجنبية في قانون العمل الأردني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١٩.
٦٨. محمد قاسم محمد شهاب، التحكيم في منازعات الجمركية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢١.
٦٩. مروه أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، ٢٠١٥.
٧٠. مصطفى هادي دشر الخفاجي، الشروط المؤثرة في نطاق المجموعة العقدية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، ٢٠٢٠.
٧١. منسول عبد السلام، قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، الجزائر، ١٠٠١.
٧٢. منير عباسي، التحكيم في العقود الإدارية الدولية، رسالة ماجستير، كلية العلوم والحقوق السياسية، جامعة خميس مليانة، الجزائر، ٢٠١٤.
٧٣. مودع فريدة، سلطة الإدارة في انهاء العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ٢٠١٥.

٧٤. ناصر عطية كاظم المنصوري، الظروف التي تطرأ على تنفيذ العقد الإداري أثناء تنفيذه، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢٠.
٧٥. نبيل عافري، دور القاضي الوطني في التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر، ٢٠١٦.
٧٦. نساخ سفيان، التحكيم في نزاعات عقود إستغلال النفط في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمان ميرة، الجزائر، ٢٠١٤.
٧٧. نور الدين بكلي، إتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، ١٩٩٦.
٧٨. نوري أحمد نامس الجبوري، قواعد تفسير المعاهدات بين القضاء الدولي والقضاء الوطني، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢٠.
٧٩. وائل فاضل زيدان، القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم في العقود الإدارية الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٢١.
٨٠. يحيى أحمد، حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة عين الشمس، مصر، ٢٠٠٧.

رابعاً - البحوث والمجلات:

١. ابتسام حامد ماضي، أثر قانون الإرادة على العقد الإداري المبرم مع المتعاقد الأجنبي، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية، دون مجلد، العدد ٢، ٢٠١٨.
٢. أحمد عبد الكريم، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، دون مجلد، العدد ٥، ١٩٨٩.
٣. د. أدورا عبد القادر، إعادة التوازن العقدي بين المبادئ القانونية التقليدية والمستحدثة، بحث منشور في مجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد ٣، العدد ١، ٢٠٢٠.
٤. د. أكرم محمود حسين البدو، د. محمد صديق محمد عبد الله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث منشور في مجلة الراافدين للحقوق، المجلد ١٣، العدد ٤٩، ٢٠١٦.

٥. د. أمال بو هنتالة، سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن العقدي لعقود الاستهلاك، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، دون مجلد، العدد ١٤، ٢٠١٧.
٦. د. بروين محمود محمد، المانع المؤقت في العقد، بحث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، دون مجلد، العدد ١٤، السنة الرابعة.
٧. د. تركي محمود مصطفى، نقل الاختصاص من القضاء الوطني إلى التحكيم التجاري، بحث منشور في مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد ٥، العدد ٢، ٢٠٢١.
٨. جنوى أشرف، سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، بحث منشور في المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، دون مجلد، العدد ٥٤، ٢٠١٠.
٩. د. جورجى شفيق ساري، اللجوء إلى التحكيم لفض منازعات العقود الإدارية في القانون الفرنسي، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، دون مجلد، العدد ٧٦، ٢٠٢١.
١٠. د. حجازي محمد، الالتزام بالاعلام قبل التعاقد وتطبيقاته على العقود الالكترونية، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، دون مجلد، العدد ٨.
١١. الحجيلي محمد بن عمر، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد ٨، العدد ١، ٢٠٢٣.
١٢. حسين عبد الله الرضا الكلابي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد ٢٦، العدد ٢، جامعة بغداد، كلية الحقوق، ٢٠١١.
١٣. خليفة خالد، أثر الظروف الطارئة على تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية، بحث منشور في مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد ٧، العدد ٢، ٢٠٢٠.
١٤. دليوح مفتاح، الاستيلاء كسبب من أسباب كسب الملكية في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإسلامي، المجلد ١٥، العدد ٢، سنة ٢٠٢٢.
١٥. د. ذنون يونس صالح المحمداوي، التصوير غير الحقيقي كعيب من عيوب الرضا في القانون الانكليزي، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، دون مجلد، العدد ٨، ٢٠٢١.

١٦. رأفت إبراهيم رضوان، ماهية التحكيم الدولي وتمييزه عن غيره من وسائل تسوية المنازعات الدولية، بحث منشور في المجلة القانونية، دون مجلد، العدد ٢٠١٧، ١.
١٧. رشيد شميثم، ليلى قايدي، الالتزام بالاعلام قبل التعاقد، بحث منشور في مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد ٦، العدد ١، ٢٠٢٢.
١٨. د. رشيدة محمود سيد أحمد علي، الزامية حكم التحكيم التقليدي والالكتروني في القوانين الوضعية، بحث منشور في المجلة الاكاديمية العراقية للابحاث والنشر العلمي، دون مجلد، العدد ٤٠، ٢٠٢٢.
١٩. د. رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، التزام اعادة التفاوض، بحث منشور في الدراسات القانونية والاقتصادية، دون مجلد، دون عدد.
٢٠. رولا نائل سلامة، التحكيم في العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٤، العدد ٣، ٢٠١٧.
٢١. د. سامي منصور، انقاص البند الجزائي وما ينطوي عليه من طبيعة قانونية، بحث منشور في النشرة الفضائية اللبنانية، دون مجلد، العدد ١٠، بيروت، ١٩٧٥.
٢٢. سلامي خديجة، العولمة الاقتصادية، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد ١٢، العدد ١، ٢٠٢٠.
٢٣. د. شادي جامع، شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة، بحث منشور في مجلة جامعة تشرين للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٤١، العدد ٥، ٢٠٢١.
٢٤. د. الصادق عبد القادر، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، بحث منشور في مجلة أفاق العلمية، المجلد ١١، العدد ١، ٢٠١٨.
٢٥. د. صفاء تقي عبد النور العيساوي، وسائل تسوية المنازعات في عقود التراخيص النفطية، بحث منشور في مجلة واسط للعلوم الإنسانية، المجلد ١١، العدد ٣٢، ٢٠١٦.
٢٦. صلاح الدين عقر، دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا، بحث منشور في مجلة المفكر، المجلد ٧، العدد ١، ٢٠٢٢.
٢٧. طالب حسن موسى، التحكيم التجاري الدولي خيار أم فرض، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، مجلد ٢٩، العدد ١، ٢٠١٤.

٢٨. د. طيب كامش، الإجراء التحكيمي ذو المواصفات الالكترونية في منازعات التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد ٧، العدد ٢، ٢٠٢١.
٢٩. عادل عبد الله جعفر، سلطة القاضي في تعديل العقود المالية التقليدية، بحث منشور في مجلة كلية التربية، جامعة طنطا، دون مجلد، العدد ٥٩، ٢٠١٥.
٣٠. عبد الحكيم بن عيسى، مبدأ حسن النية في العقد، بحث منشور في مجلة الميدان للعلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد ٤، العدد ١.
٣١. د. عبد الرزاق رحومني، شرط الثبات التشريعي كضمانة في عقود الاستثمار، بحث منشور في المجلة الجزائرية لقانون الأعمال، دون مجلد، العدد ٢، ٢٠٢٠.
٣٢. د. عبير مزغيش، د. محمد عدنان بن ضيف، الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية، بحث منشور في مجلة الحقوق والحريات، دون مجلد، العدد ٤، ٢٠١٧.
٣٣. د. عز الدين زوية، حق العامل في الاسقالة في قانون العمل الجزائري بين عدم الاكراه والتعسف، بحث منشور في مجلة صوت القانون، المجلد ٧، العدد ١، ٢٠٢٠.
٣٤. علام ليلة، أثر نقص فعاليات سياسة الإعفاءات الضريبية في تحقيق التنمية على الاقتصاد الجزائري، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مجلد ١٥، العدد ١، الجزائر، ٢٠٢٢.
٣٥. علي أحمد حسن اللهبي، التحكيم في العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، دون مجلد، العدد ١، ٢٠١٥.
٣٦. د. علي حمزة عباس، اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية واثره في تشجيع الاستثمار، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، دون مجلد، العدد الخاص بالمؤتمر الوطني الرابع، ٢٠١٦.
٣٧. د. عمار محسن كزاز، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد ١٥، دون عدد.
٣٨. د. فراس كريم شعبان، د. عصام خضير، أثر قانون الإرادة على اختلال التوازن في العقود الدولية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد ٣، العدد ٢٩، ٢٠١٦.
٣٩. د. كريم مزعل شبي، النظرية الشخصية المحددة لدور للإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد ٢٢، العدد ٢، ٢٠١٧.

٤٠. د. محمد ربيع أنور فتح الباب، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية، مجلة ديالى، دون مجلد، العدد ٦٤، ٢٠١٤.
٤١. محمد فواز صباح، أهمية الالتزام بالإعلام في التعاقد الإلكتروني، بحث منشور في المجلة العلمية لجامعة جيهان، المجلد ٤، العدد ١، ٢٠٢٠.
٤٢. محمد وليد هاشم المصري، العقد الدولي بين النظرية التقليدية والنظرية الحديثة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد ٢٠، ٢٠٠٤.
٤٣. مريني فاطمة الزهرة، التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، دون مجلد، دون عدد، الجزائر، ٢٠٢٠.
٤٤. مصطفى محمود محمد عبد العال عبد السلام، دور المنظمات في حماية المستهلك بحث منشور في مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، دون مجلد، العدد ٤، ٢٠٢٠.
٤٥. معمر علي نجم، الشروط التعسفية في عقد التأمين، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٨، العدد ٣٨، ٢٠١٩.
٤٦. مهند عزفي أبو مغلي، القانون لواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكتروني ذات الطابع الدولي، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد ٤، العدد ٢، ٢٠٠٤.
٤٧. موكة عبد الكريم، المقارنة القانونية لعنصر الثمن في عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة الدراسات حول فعالية القاعدة القانونية، المجلد ٢، العدد ١، ٢٠٠٨.
٤٨. نسرين بو عكاز، مبدأ الثبات التشريعي آلية لتحقيق الأمن القانوني في عقود الإستثمار، بحث منشور في مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال، المجلد ٦، العدد ٢، ٢٠٢١.
٤٩. د. نهى خالد عيسى، سلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، بحث منشور في مجلة القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٩، العدد ١.
٥٠. يزيد أنيس نصير، عدالة التعاقد الغلط والتدليس، بحث منشور في مجلة الحقوق، المجلد ٣٦، العدد ٣، ٢٠١٩.
٥١. يوسف شندي، المفهوم القانوني للمستهلك، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، دون مجلد، العدد ٤، ٢٠١٠.
٥٢. د. يونس صلاح الدين علي، الغلط الجوهري كعيب من عيوب الإرادة في القانون الإنكليزي، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٨، العدد ٣٩، ٢٠١٩.

خامساً- التشريعات:

أ-القوانين:

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٤١ المعدل.
٢. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٣. القانون المدني الجزائري رقم (٥٨-٧٥) لسنة ١٩٧٥ المعدل والمتمم.
٤. قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل.
٥. قانون حماية المستهلك المعدل بموجب المرسوم رقم (٩٥-٩٦) الصادر في ١٩٩٥/٢/١.
٦. قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل.
٧. قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم (٠٩-٠٣) لسنة ٢٠٠٩.
٨. قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠.
٩. قانون الاستهلاك الفرنسي رقم (٧٤١) لسنة ٢٠١٤.
١٠. قانون الاستثمار الجزائري رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٥.
١١. قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل بموجب المرسوم رقم (٣٠١) الصادر في ٢٠١٦/٣/١٤.
١٢. القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦.

ب- التعليمات:

١. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨.

ت- الاتفاقيات الدولية:

٢. الاتفاقية الدولية حول التحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١.
٣. إتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤ والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق على المنقولات المادية.
٤. اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠.
٥. اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٨٠.
٦. إتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع عام ١٩٨٠.
٧. اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦.
٨. الإتفاقية الجزائرية الأمريكية لسنة ١٩٩٠.

٩. الإتفاقية الجزائرية الإيطالية لسنة ١٩٩١.

١٠. مشروع التحكيم التجاري العراقي لسنة ٢٠١١.

سادساً - المواقع الإلكترونية:

١. بوداود خليفة، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مقال منشور على الموقع الإلكتروني <https://theses-algerie.com/>، تمت زيارة الموقع بتاريخ ١٥/٦/٢٠٢٣، الساعة ٥:٠٠ مساءً.

٢. عبد القادر عباس، التحكيم التجاري الدولي وآثاره، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <https://www.asjp.cerist.dz/en>، تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٢/١٠/٢٠٢٢، الساعة ٦:٠٠ مساءً.

٣. عبد المنعم نايف عبوشي الجبوري، التحكيم التجاري الدولي بين الواقع والطموح في التشريعات العراقية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني <http://www.icacn.org>، تمت زيارة الموقع بتاريخ ١٥/٥/٢٠٢٣، الساعة ١١:٠٠ صباحاً.

٤. عصام سعيد عبد العبيدي، لمياء هاشم سالم قبع، نظرية الصعوبات المادية غير متوقعة، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <https://search.emarefa.net>، المجلد ١٧، العدد ٥٤، ٢٠١٢، ص ٩٤١، تمت زيارة الموقع بتاريخ ١/١١/٢٠٢٢، الساعة ١٠:٠٠ صباحاً.

٥. محمد البشير وحمان، العقود الإدارية الدولية، <https://www.mohamah.net> بحث منشور على الموقع الإلكتروني، تمت زيارة الموقع بتاريخ ١٧/٤/٢٠٢٣، الساعة ٨:٠٠ مساءً.

سابعاً - المصادر الأجنبية:

1. Angualia Daniel, the role of domestic Court in international commercial arbitration, Uganda, 2010, published on the website /www.ssrn.com.
2. Contract modifications, brief 38 public procurement, created by SIGMA company, published by OECD on the website /www.oecd.org/, 2016.
3. Dr. Faroq Azalden Khalaf, the condition of legislative and contractual stability in oil contracts, research published in Elementary Education online, vol 21, issue 1, 2022.

4. John Cartwright, Simon Whittaker, The law of contract, The general Regime of Obligations and proof of obligations, 2016.
5. Dr. William Godwin, International Construction Contracts, first edition, Wily-Blackwell publication, UK 1, 2013.

Abstract

It is widely acknowledged that in the course of their daily operations, administrations require the execution of various types of legal contracts due to the evolving complexities of life across diverse sectors and the expanding scope, diversity, and multiplicity of projects undertaken by administrations. Among the most significant of these contracts is the international administrative contract, which represents a relatively modern legal phenomenon within the domain of international contractual relations. However, despite the paramount importance and widespread usage of this contract, it has not been subject to extensive research and investigation concerning its equilibrium, commensurate with its significance in achieving the public interest and ensuring the smooth and continuous functioning of public services.

The inherent legal disparities between both parties to the contract grant it a distinctive character, setting it apart from other contracts concluded between ordinary individuals, as it involves agreements between a state or one of its entities and a foreign party. Therefore, this study aims to address this topic and provide answers to the inquiries it raises, focusing on the contractual equilibrium of international administrative contracts and the issues arising from contractual imbalances resulting from changes occurring during its formation or implementation.

In discussing contracts, especially international administrative contracts, administrations, in general, and international administrative contracts, in particular, wield authorities and privileges that elevate their position above that of the foreign investor. However, this does not absolve administrations from their duties and obligations, just as the foreign party holds rights and is bound by obligations, including the right to preserve and restore the financial equilibrium of the contract, entitling them to seek compensation for changes affecting this type of contract, unless there exists a legal provision or agreement stating otherwise.

Since international administrative contracts, like other contracts, often give rise to disputes during their implementation, it is possible to resolve these disputes through arbitration. This may take the form of a condition imposed by the foreign party, which without it the contract will not be concluded, or it may stem from the foreign investor's desire to remove the dispute from the

Abstract

jurisdiction of the national courts or laws of the contracting state, submitting it to an agreed-upon arbitration venue. This allows the foreign party to stand on equal footing with the administration, ensuring impartiality and avoiding potential biases in favor of the local legal system. Throughout this research journey, several findings have emerged, leading to various proposals aimed at offering solutions to the issues raised.

Republic of Iraq
Ministry of Higher Education
and Scientific Research
University of Misan
College of Law
Public low Department



**Juridical Equilibrium in the Field of International
Administrative Contracts in Iraq**
(a comparative study)

Thesis submitted by the student

Mursaleen Adil Kareem

To the Council of College of Law - University of Misan

as part of the requirements for obtaining a master's degree in public law

Supervised by

The Assistant Professor. Ausama Kareem Biden

The Assistant Professor Administrative Law

AD 2023

AH 1445