اثر قانون الإرادة على العقد الإداري المبرم مع المتعاقد الأجنبي

م.م. ابتسام حامد ماضي
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

The effect of the law of will on the administrative contract concluded with the foreign contractor

Ibtisam Hamed Madi

البريد الالكتروني:- ebtisamhm@yahoo.com

مقدمة

يعد العقد من ابرز التصرفات القانونية الشائعة قديماً وحديثاً التي يمنحها القانون للمتعاقدين من اجل ضمان حقوقهم والتزاماتهم التعاقدية، فالعقد هو تلاقي إرادة طرفين أو أكثر على إحداث اثر قانوني هذه الإرادة المشتركة للطرفين هي أساس العقد إذ أنها تنشأ وتقييم العقد وتحدد أثاره وهذا ما عبر عنه فقه القانون الخاص بقانون الإرادة، وتطور المجتمع في مختلف المجالات أدى إلى تزايد تدخل الدولة في إبرام العقود، لذلك تعاظم دور تلك العقد في تسيير وتطوير وتنمية الاقتصادية والتكنولوجية للدول خصوصا الدول النامية ونتيجة لذلك أدى إلى اختلال التوازن في العلاقة العقدية ــ كعقد الإشغال العامة الدولي وعقد نقل التكنولوجية وعقود البنيه التحتية ــ وغيرها من العقد التي تكون الدولة الطرف القوي فيه لأنها صاحبة السيادة وتسعى إلى تحقيق المصلحة العامة كما أن هناك الطرف الضعيف وهو المتعاقد الأجنبي الذي يمتلك التقنيات الفنية الحديثة والخبرات التكنولوجية وبعد التطور في تقنيات التعاقد الحديثة التي ألقت على عاتق المتعاقدين التزامات جديدة غير مألوفة تستدعيها طبيعة العقد الإداري المبرم مع المتعاقد الأجنبي لما لها من أهمية في تكوين العقد وخروجه للوجود من جهة وتحديد أثاره من جهة أخرى، لذا أقرت معظم التشريعات العربية والأجنبية والاتفاقيات الدولية على قانون الإرادة في العقود التي تبرمها الدولة مع المتعاقد الأجنبي الذي يتيح لإطراف العقد تضمين عقودهم شروط والتزامات لها أثرها عند تنفيذ العقد. الكلمات الافتتاحية:-(قانون الإرادة- law of will)،(العقد الإداري- administrative contract)

Abstract

The contract is one of the most prominent common old and new legal actions that the law gives to contractors in order to guarantee their contractual rights and obligations. The contract is the convergence of the will of two or more parties to produce a legal effect. The law on the law of will and the development of society in various fields has led to an increase in the state's interference in concluding contracts. Therefore, the role of that contract in managing and developing the economic and technological development of countries, especially developing countries, has increased. As a result, it has led to an imbalance in the contractual relationship _ as an international public works contract and a transport contract Technological and infrastructure contracts and other nodes in which the state is a strong party because it is sovereign and seeks to achieve the public interest as there is the weak party, which is the foreign contractor who possesses modern technical techniques and technological expertise and after the development in modern contracting techniques that have placed on the contractors new obligations Unusual called by the nature of the administrative contract concluded with the foreign contractor because of its ah It is important for the formation of the contract and its exit from existence on the one hand and determining its effects on the other hand, so most Arab and foreign legislations and international agreements approved the law of will in contracts concluded by the state with the foreign contractor that allows the parties to the contract to include in their contracts terms and obligations that have an impact when implementing the contract.

أهمية البحث:-

العقود الإدارية المبرمة مع المتعاقد الأجنبي أهمية كبيرة في تحقيق التنمية الاقتصادية والتكنولوجية وتنفيذ مشاريع البنيه التحتية الإستراتيجية الكبيرة وبما أن إطراف تلك العقود لا يوجد بينهما تكافؤ في المراكز القانونية لان احد إطرافها الدولة صاحبة السيادة والطرف الأخرى المتعاقد الأجنبي صاحب الخبرات الفنية والتقنية في تنفيذ المشاريع الكبيرة المعقدة لذا فالمتعاقد الأجنبي يشترط أن يتضمن العقد شروط من شانها أن تخضع العقد لنظام قانوني معين ويستند في ذلك لقانون الإرادة القائم على أساس احترام إرادة المتعاقدين، لذلك تبرز أهمية البحث من خلال اثر تلك الشروط على العقد الإداري المبرم مع المتعاقد الأجنبي، وهل أن قانون الإرادة سيحقق الأمان والضمان للمتعاقد الأجنبي أم لا ؟

مشكلة البحث:-

تتمثل مشكلة البحث في انه من غير المناسب ترك قانون الإرادة يحكم العقد وينظم شروطه من خلال تضمينه لشروط قد تجعل العقد الإداري المبرم مع المتعاقد الأجنبي غير خاضع لقانون الدولة المتعاقد أو خاضع لنظام قانوني معين لا ينسجم مع النظام القانوني للدولة المتعاقدة أو تضمين العقد شرط إعادة التفاوض بعد نفاذية العقد بسبب بعض الوقائع والإحداث التي لم ينظمها قانون الدولة المتعاقدة.

هدف البحث:-

هدف البحث هو بيان حقيقة قانون الإرادة وأثره على العقد الإداري المبرم مع المتعاقد الأجنبي، وكذلك بيان هل أن قانون الإرادة أصبح كافيا لإقامة نظام قانوني يحكم العلاقة العقدية في جميع أنواع العقود الإدارية المبرمة مع المتعاقد الأجنبي؟ مع بيان فاعلية قانون الإرادة في التشريع العراقي والتشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية.

منهج البحث:-

سنتبع في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن والتطبيقي من خلال تحليل النصوص والقواعد القانونية في القانون العراقي والتشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية والآراء الفقهية المتعلقة بموضوع البحث.

خطة البحث:- ستكون خطة بحث موضوع ((**اثر قانون الإرادة على العقد الإداري المبرم مع المتعاقد الأجنبي**))، على النحو الأتي:- **مقدمـــــــة:-** تتضمن (أهمية، ومشكلة، وهدف، ومنهج، وخطة) البحث.**المبحث الأول:-** ماهية قانون الإرادة.**المطلب الأول:-** مفهوم قانون الإرادة. **المطلب الثاني:-** أساس قانون الإرادة. **المبحث الثاني:-** أثار قانون الإرادة على العقد الإداري المبرم مع المتعاقد الأجنبي.**المطلب الأول:-** شرط الثبات التشريعي. **المطلب الثاني:-** شرط إعادة التفاوض.**خاتمـــــــة الهوامش المصـادر**

المبحث الأول ماهية قانون الإرادة

العقد توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني إذ إن أساسه هو الإرادة الحرة المشتركة لطرفي العقد، وهذا ما يعرف بمبدأ سلطان أو قانون الإرادة (***Autonomy in choice of law***) هو توافق إرادتين لإنشاء العقد والمتعاقدون هم الذين يحددون شروط العقد والالتزامات التي يرتبها العقد[١]، فمبدأ قانون الإرادة قد استقر في مختلف الأنظمة القانونية ومنها القانون المدني والقانون الدولي الخاص الذي يختص بصفة أساسية ببيان المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي[٢].ولتوضيح ماهية قانون الإرادة سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين: الأول مفهوم قانون الإرادة وفي الثاني أساس قانون الإرادة.

المطلب الأول مفهوم قانون الإرادة

الأصل في التشريعات الحديثة هي سيادة قانون الإرادة وتاريخياً القانون الروماني لم يعرف قانون الإرادة لأنه قانون يغلب الاعتبارات الشكلية وهي الأصل في جميع القوانين البدائية، ولم يظهر قانون الإرادة إلا على سبيل الاستثناء[٣]، وإن فكرة خضوع العقد ذي العنصر الأجنبي لقانون الإرادة فكرة قديمة ولها أصول تاريخية، لذلك سنوضح في هذا المطلب تعريف قانون الإرادة ثم نبين نشأته وتطوره التاريخي وعلى النحو الأتي.

الفرع الأول تعريف قانون الإرادة

لقد أصبح قانون الإرادة معترفاً بها عالمياً إلا أنه لم تعرف فاعليته إلا بعد تنظيمه في التشريعات الوطنية والمقارنة والنص عليها في الاتفاقيات الدولية، إذ اتخذت معظم التشريعات الوطنية والمقارنة قانون الإرادة باعتباره قاعدة إسناد أصلية في مجال العقود الإدارية الحديثة أو المبرمة مع المتعاقد الأجنبي إذ يعد قانون الإرادة من المبادئ الثابتة والأساسية ومستقره في أنظمتها القانونية، فالمشرع الفرنسي يعرف قانون الإرادة في المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي من أن "الاتفاقيات المبرمة بصورة قانونية تحل محل القانون بالنسبة لإطرافها ولا تلغى إلا بالتراضي أو لأسباب يسمح بها القانون ويجب أن تتم بحسن نية"[٤] وكذلك يعرفه في المادة (١٤٩٦) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي فقد نصت على أنه "على المحكم الفصل في النزاع وفقا لقواعد القانون الذي يختاره الطرفان وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاختيار، يتم وفقا لقواعد القانون يراها مناسبة"[٥]. أما المشرع المصري فانه يعرف قانون الإرادة في المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فإن اختلفا موطنا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه" ومن النص أعلاه يتضح أن المشرع المصري قد جسد مبدأ حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق كما اعتمد قانون الموطن المشترك للمتعاقدين فإذا اختلف موطنهم فيصار إلى اعتماد قانون محل إبرام العقد لكنه قيد تلك الحرية بأن لا يكون القانون المختار مخالفاً للنظام العام أو الآداب في مصر[٦]، أما المشرع العراقي قد أقر في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ ما ذهب إليه المشرع المصري إذ أكد على احترام إرادة الإطراف المتعاقدين استنادا إلى قانون الإرادة باعتماد القانون الذي تتفق عليه إرادة المتعاقدين صراحة أو ضمنا فقد نصت المادة (١/٢٥) من القانون المذكور على أن "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين أذا اتحدا موطنا فإذا اختلفا موطنا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه" هذا يعني أن القاضي العراقي يطبق قاعدة الإسناد الخاصة بقاعدة قانون الإرادة أي قانون الإرادة الصريح أو الضمني إذا وجد أي منهما وفي حالة غيابهما يتم اعتماد قانون الموطن المشترك للمتعاقدين فإذا اختلف موطنهم فيصار إلى اعتماد قانون محل إبرام العقد[٧]، وقد سارت أغلب التشريعات العربية على نفس هذا المنوال ومنها القانون المدني الأردني والقانون المدني السوري[٨].

وفي نطاق القانون الدولي فقد عقدت العديد من الاتفاقيات الدولية التي أكدت على قانون الإرادة بنصوص واضحة وصريحة منها: اتفاقية القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع – لاهاي لسنة ١٩٥٥ إذ نصت المادة (١/٢) على أن "يخضع عقد البيع للقانون المختار من قبل الأطراف المتعاقدة ويجب أن يكون اتفاق على القانون المختار بنص صريح في العقد"[٩]، كما لعبت الأمم المتحدة دوراً كبيراً في تفعيل قانون الإرادة كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق وهذا ما أخذت به لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي بتاريخ (١٩) آذار ٢٠١٥ في فيينا بدورتها الثامنة والأربعين قد أقرت مبادئ اختيار القوانين المنطبقة على العقود التجارية الدولية والقائمة على أساس حرية الأطراف المتعاقدين اذ نصت في المادة (٢) على أن "يخضع العقد لأحكام القانون الذي يختاره الأطراف ولا يشترط وجود صلة بين القانون المختار والأطراف أو معاملاتها"[١٠]. وفي ضوء ما تقدم تبين أن اغلب القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية قد أقرت بحق أطراف العقد الإداري المبرم مع المتعاقد الأجنبي في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم وذلك طبقا لقانون الإرادة.

الفرع الثاني ظهور وتطور قانون الإرادة

يرجع ظهور قانون الإرادة إلى القرون الوسطى وعصر النهضة إذ ظهر قانون الإرادة بصورة تدريجياً بفضل عوامل عديدة متشبعة بروح الحرية الفردية منها **العامل الديني** نتيجة لظهور الديانة المسيحية التي توجب الوفاء بالعهد و**العامل الاقتصادي** بسبب انتشار التجارة وازدياد حركة التعاملات الاقتصادية وظهور نظريات اقتصادية تقوم على أساس مبدأ الحرية الاقتصادية[١١] ففي القرن السادس عشر للفترة (١٥٠١-١٥٦٦)م وعلى يد الفقيه الفرنسي "**ديمولان ـ Dumoulin**" أصبح قانون الإرادة له دور من خلال إخضاع العقد للقانون الذي يختاره المتعاقدين صراحة أو ضمنا مع الحفاظ على قاعدة خضوع شكل العقد إلى قانون بلد إبرامه[١٢] ويعد القرن التاسع عشر وتحديدا عام (١٨٥١)م هو التاريخ الحديث لقانون الإرادة إذ أعلن الفقيه الايطالي "**مانشيني ـ Mancini**" نظريته المسماة نظرية شخصية القوانين مفادها أن القوانين تتبع الأشخاص أينما ذهبوا ويطبق عليهم قانون جنسيتهم في جميع علاقاتهم سواء كان داخل إقليمها أم خارجه، وهذه النظرية تعرضت للعديد من الانتقادات بسبب كثرة الاستثناءات إلى وردت عليها[١٣] لذلك نادى الفقيه الألماني "**سافيني ـSavigny**" بضرورة تحليل عناصر العقد التي ينشأ بسببها التنازع وتحديد طبيعتها لغرض إسنادها إلى القانون الأكثر ملائمة إذ يرى سافيني أن لكل عقد مكان يرتكز عليه فالعقد يخضع لمكان تنفيذ وآثاره تخضع لمكان حدوثها وإرادة الإطراف بمقدورها اختيار القانون الملائم بإرادتهم حتى لو كان القانون المختار أجنبي كما صنف سافيني العلاقات التعاقدية لتحديد القانون الملائم فاقترح تطبيق قانون محل التنفيذ على الالتزامات ويطبق على شكل العقد قانون محل إبرامه[١٤] وفي النصف الأول من القرن العشرين ظهرت في فرنسا نظرية تركيز أو توطين العقد الذي جاء بها الفقيه الفرنسي "**باتيفول ـBatiffol**" الذي يرى ضرورة أن يكون القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين له صلة بالعقد أو المتعاقدين بصورة أو بأخرى ــ كاختيار قانون جنسية احدهما أو قانون موطنه أو قانون محل تنفيذ العقد أو قانون موقع المال محل التعاقد ــ فالأساس الذي اعتمده الفقيه باتيفول في بناء نظريته هو الاعتداد بإرادة المتعاقدين بتركيز أو توطين العقد في دولة معينة وفقا لعناصر العقد الواقعية والمحيطة به وليس اختيار القانون الواجب التطبيق ويترتب على ذلك أن القانون المختار من قبل المتعاقدين أذا وجده القاضي يتنافى مع التركيز الفعلي أو الموضوعي لبنيان العقد فيجوز للقاضي أن يهمل القانون الذي أشارت إليه إرادة المتعاقدين وقد حظت هذه النظرية بدعم الفقهاء والقضاء لأنها تتلافى أي محاولة تحايل على القانون وخاصة تلك التي ليست لها علاقة بالعقد وتحول دون التعسف في اختيار قانون معين ليس له أية صلة ببنيان العقد واقتصادياته[١٥].وقانون الإرادة لعب دورا كبيرا في العقد سواء كان العقد محلي أم دولي فالإرادة في العقد المحلي هي أساسه وجوهره في تكوينه أو تنفيذه وهي التي تحدد آثاره ضمن حدود القوانين الآمرة والنظام العام والآداب العامة والقوانين المدنية في الوقت الحاضر وإن كانت تعترف بقانون الإرادة لكنها تضعه في دائرة معتدلة تتوازن فيها الإرادة مع العقدالة والصالح العام[١٦] أما دوره في العقد الدولي المبرم مع الأجنبي فأنه تتمثل بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بالرجوع إلى إرادة الإطراف المتعاقدين[١٧] وقد استقر قانون الإرادة منذ زمن بعيد في القانون الدولي الخاص ومقتضاها أن الإطراف المتعاقدين أنفسهم هم الذين يحددون القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهم[١٨] وبهذا أصبح قانون الإرادة من مبادئه الأساسية وبهذا يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمنا أو الذي يحدده القاضي استخلاصا من ظروف الحال ووقائع القضية المعروضة[١٩] وكذلك قانون التجارة الدولية يستند إلى قانون الإرادة حين لا تكملها أحكام القانون التجاري الوطني إذ أن القانون الوطني يقتصر عمله على نطاق الدولة الذي يصدر فيها بينما تجاوز أحكام قانون التجارة الدولية حدود الدول ليحكم العلاقات التي تنشأ في إقليم أكثر من دولة[٢٠].

المطلب الثاني أساس قانون الإرادة

في الواقع يستمد قانون الإرادة أهميته من الاعتبارات العملية لأنها تستجيب إلى التنوع الهائل والمعقد للعقود الإدارية سيما الحديثة منها أو المبرمة مع المتعاقد الأجنبي والتي تسمح للأطراف باختيار القانون الأنسب لهم فالقانون الذي تحدده الإرادة هو الذي ينسجم مع طبيعة العقد الإداري المبرم مع المتعاقد الأجنبي وتحقق مصالح المتعاقدين[٢١].وعلى الرغم من إجماع الفقه على الأخذ بقانون الإرادة إلا أنهم اختلفوا حول الأساس الذي يقوم عليه وسبب في تعدد ألاسس التي يقوم عليها قانون الإرادة تعود إلى تطوره فمنهم من يقيمه على **أساس إرادي** خصوصا عندما ازدهر مبدأ سلطان الإرادة في ظل المذهب الفردي ومنهم من يقيمها على **أساس قانوني. فالأساس الإرادي لقانون الإرادة** الذي يطلق عليه بالأساس الشخصي يستند إلى اعتبارات عملية فهو يستجيب إلى تنوع العقود الدولية التي تسمح للمتعاقدين باختيار القانون الأنسب لهم فالقانون الذي تحدده الإرادة هو الذي ينسجم مع طبيعة العقد الاداري المبرم مع المتعاقد الاجنبي ويحقق مصالح المتعاقدين[٢٢] فالقانون الذي اختاره الإطراف ليحكم العقد يصبح من ضمن شروط العقد ويدمج هذا القانون بالعقد بموجب اختيارهم ويترتب على ذلك أن القاضي لا يستطيع أن يفرض رقابته على سلطة المتعاقدين التي فرضاها من خلال العقد كما لا يتأثر القانون الذي اختاره المتعاقدين بالتعديلات التي تطرأ عليه[٢٣] ويستنتج من ذلك أن الإرادة هي مصدر ومنبع قوة العلاقات التعاقدية المبرمة بينهم فلا أساس لقانون العقد سوى الإرادة[٢٤] وعلى هذا فإن إرادة المتعاقدين تستطيع أن تختار القانون الذي يحكم عقدهم وقد تعرض هذا الأساس للنقد لأنه قد يكون وسيلة لتهرب المتعاقدين من تطبيق القانون الوطني أو يجعلون العقد الإداري المبرم مع المتعاقد الأجنبي لا يخضع لأي قانون وهو ما يطلق عليه بالعقد الطليق أو العقد المجرد من القانون أو أن يختارون المبادئ العامة للقانون أو يختارون قانون التجارة الدولية، كما أن ترك إرادة المتعاقدين اختيار القانون الذي يحكم عقدهم أي جعل الإرادة هي التي تسيطر وتنظم الروابط التعاقدية وتسبق القانون وهو شي مرفوض لأنه من المستحيل جعل القانون مجرد شرط تعاقدي لان القانون هو الذي يسبق وليس العقد يسبق القانون[٢٥] ونتيجة للانتقادات التي وجهت للأساس الشخصي في اختيار القانون الواجب التطبيق، فقد تبين أن قانون الإرادة يجد أساسه في تخويل المتعاقدين الحق في تركيز علاقاتهم التعاقدية داخل نظام قانوني معين[٢٦] وهذا ما يسمى **بالأساس القانوني لقانون الإرادة** الذي مهد له كل من الفقيه الفرنسي "**ديمولان ـ Dumoulin**" والفقيه الألماني "**سافيني ـSavigny**" ورسخه فقه وقضاء القانون الدولي الخاص، فالقاعدة الأساسية أن العقد الاداري المبرم مع المتعاقد الاجنبي لا يمكن أن يوجد في فراغ قانوني بل لا بد أن يخضع ذلك العقد من حيث تكوينه وشروطه وآثاره لقانون دولة معينة وقد يكون هذا القانون المستخلص من قانون الإرادة هو قانون الدولة محل إبرام العقد أو قانون الدولة التي ينفذ فيها العقد[٢٧] كما نادى أصحاب النظرية الموضوعية بضرورة خضوع العقد للقانون وليس العكس فلا يمكن للإطراف اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم العقدية بل القانون هو الذي يحدد العلاقة فالإرادة التي يتمتع بها المتعاقدين لاختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الاداري المبرم مع المتعاقد الاجنبي مصدرها القانون الذي يضعه المشرع عن طريق وضع قواعد الإسناد التي تعترف بالإرادة كضابط إسناد توكل لها مهمة تحديد القانون وهذا ما جاء به الفقيه الفرنسي "**باتيفول ـBatiffol**"[٢٨] ويترتب على اعتبار قواعد التنازع في نظام قانوني وطني هي التي تمنح الإرادة القوة وتحدد ما يترتب عليها من آثار أي انه إذا اختار المتعاقدين قانون معين بالاستناد إلى قواعد الإسناد فإن ذلك القانون هو الواجب التطبيق[٢٩] كما إن حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم التعاقدية ذات العنصر الأجنبي ليست حرية مطلقة وإنما هناك قيود تحد من تلك الحرية في اختيار القانون مما يؤدي إلى استبعاد القانون الذي اختاره المتعاقدون إذا تبين للقاضي في نطاق العقد الإداري المبرم مع الأجنبي أن القانون المختار لا يتصل بالعقد من خلال جنسية أحد طرفيه أو محل إبرامه أو تنفيذه أو كان القانون المختار مخالفاً للنظام العام والآداب العامة ففي هذه الحالة يتم استبعاده من ميدان *التطبيق* وإحلال قانون آخر مكانه[٣٠] كما انه يجب أن يكون القانون المختار قانوناً معاصراً بمعنى أن يكون القانون المختار قانونا نافذاً في البلد وأن تسري على القانون المختار التعديلات كافة التي تجري عليه لاحقا للاختيار[٣١].

المبحث الثاني أثر قانون الإرادة على العقد الإداري المبرم مع المتعاقد الأجنبي

كثيراً ما تصدم الإرادة الحرة للإفراد بالإرادة العامة للقانون إلا أن كفة القانون ترجح دائما لأنها تحقق الأمان الاجتماعي والاقتصادي وتؤدي إلى استقرار الروابط القانونية وبالتالي تحقق المصلحة العامة ولكن التطور في مجال العلاقات الدولية قد أطلق العنان لإرادة الأفراد خصوصا في نطاق عقود التنمية الاقتصادية القائمة على العلاقات التجارية الدولية فالقاعدة الأساسية في مجال العلاقات الدولية هي قانون الإرادة لذلك ظهرت العقديدة من الشروط التعاقدية للحد من هيمنة قانون الإرادة لجعله عديم الأثر أو ذا أثر نسبي وهذه الشروط تتمثل بشرط الثبات التشريعي وشرط إعادة التفاوض وشرط القانون الواجب التطبيق وشرط التحكيم واندماج قانون الإرادة بالعقد والكفاية الذاتية للعقد والدور الاحتياطي لقانون العقد، وسنتناول في هذا المبحث الشروط التي تحد من قانون الإرادة وبالتالي تؤثر على العقد الإداري وتضفى عليه نوع

من الحداثة اذ تحظى تلك الشروط بتطبيق واقعي والمتمثلة بكل من شرط الثبات التشريعي وشرط إعادة التفاوض، أما الوسائل الأخرى فقد وردت ضمن بحوث وكتب عديدة وذلك منعا للتكرار.

المطلب الأول شرط الثبات التشريعي (Stabilisation Clause)

تحرص أغلب الدول على توفير الحماية الكافية للمتعاقد الأجنبي لذلك تبرز أهمية شرط الثبات التشريعي كشرط للحد من قانون الإرادة وهذا ما سنوضحه وعلى النحو الأتي.

أولا- تعريف شرط الثبات التشريعي:- يقصد بهذا الشرط هو أن تتعهد الدولة بعدم تطبيق أي تشريع جديد على العقد الذي ابرم مع المتعاقد الأجنبي اذ تمنح للمتعاقد الأجنبي حصانة في مواجهة ما تتمتع به الدولة من سلطة بوصفها سلطة عامة[٣٢] ويعد هذا الشرط ملزما للمتعاقدين استنادا إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين[٣٣] كما يعرفه البعض الأخر من الفقهاء بأنه "الشرط الذي يرد ضمن بنود العقد ويؤدي إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد وفي الوقت نفسه يمنعها من تعديل أو تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرام العقد وعلى نحو قد يخل بالتوازن العقدي أو الاقتصادي بين طرفي العقد[٣٤] أي أن شرط الثبات التشريعي يعتبر بمثابة تنازل الدولة المتعاقدة عن جزء من سيادتها في مجال التشريع لصالح المتعاقد الأجنبي من خلال تعهدها بعدم سريان أي تعديل أو تشريع لاحق عليه قد يضر بمركزه الاقتصادي[٣٥] بمعنى أخر تخلي الدولة المتعاقدة عن حقها في تعديل النظام القانوني للعقد بإرادتها المنفردة[٣٦].

ثانيا:- الوقت الذي يطبق فيه شرط الثبات التشريعي:- يثار هذا الشرط في مرحلة المفاوضات أو يشير إليه مقدم العطاء ضمن عطائه وعملية التثبيت تتم عند إبرام العقد وحتى تاريخ الانتهاء النهائي لتنفيذ المشروع[٣٧] وعادة ما يتم الاتفاق على هذا الشرط في العقود الزمنية الطويلة التي تكون الدولة طرف فيها ــ كعقود التنمية الاقتصادية وعقود الاستثمار الدولية ــ وقد استخدام هذا الشرط في عقود الطاقة كونها عقود طويلة الآجل يحتاج تنفيذها لفترة زمنية طويلة والمتعاقد الأجنبي وخصوصا الشركات الكبرى العملاقة المتعددة الجنسيات تخشى عندما تتعاقد مع الدول النامية التي يتميز نظامها القانوني بعدم الاستقرار التشريعي ومن ثم يتأثر الوضع القانوني والمالي لتلك الشركات في الدولة المتعاقدة معها من خلال التعديلات التشريعية التي تقوم بها الدولة ولم تكن في الحسبان عند التعاقد[٣٨] كما يهدف هذا الشرط إلى حماية المتعاقد الأجنبي الذي يقوم بتنفيذ مشاريع فنية ضخمة معقدة ومركبة تتعلق بالبنية الأساسية للدولة من أي تعديلات أو تغييرات في تشريع الدولة المتعاقدة[٣٩] كما يعد تطبيق شرط الثبات التشريعي من أهم الضمانات التي تقدمها الدولة للمتعاقد الأجنبي ضد المخاطر التي تواجهه عند تنفيذ مشاريع الدولة التي تحتاجه وبالأخص مشاريع البنية التحتية الأساسية ذات الطبيعة المركبة والمعقدة[٤٠].والفقه أشار إلى العديد من هذه المخاطر منها: ذات البعد الاقتصادي كتقلبات أسعار المواد أو تقلبات سعر صرف العملات أو مخاطر جيولوجية مثل عدم كفاية الموارد الطبيعية أو مخاطر تقنية تتعلق بعدم كفاءة المعدات المستخدمة[٤١] أما المخاطر ذات البعد التشريعي والتي تتمثل بصدور قانون يفرض ضرائب جديدة أو يزيد الرسوم الكمركية على البضائع أو تعديل التشريعات الخاصة بالاستيراد أو صدور قانون يمنع تحويل الأموال إلى الخارج فان الأشخاص الأجنبية الخاصة ستعزف عن التعاقد مع الدولة المعلنة[٤٢] وشرط الثبات التشريعي لا يتعامل بالمطلق مع كل هذه المخاطر بل يتعلق أساسا بمضمون الالتزامات العقدية التي يرتبها العقد على طرفيه وأثرها على مصالح كل طرف ويرد هذا الشرط ضمن شروط عقود التنمية الاقتصادية ــ كعقد الامتياز وعقد الاستثمار وعقد نقل التكنولوجيا وعقد الأشغال العامة ــ[٤٣].

ويبدو أن الغاية الأساسية من شرط الثبات التشريعي هو تحقيق حماية كافية ولازمة للمتعاقد الأجنبي مع الدولة من الأزمات والمخاطر التي تواجهه عند تنفيذ العقد وهكذا فان هذا الشرط يضع حدودا على سلطة الدولة التشريعية فلا يكون للقانون الجديد أو التعديل الذي يرد على قانون نافذ أي اثر على العقد الإداري المبرم مع المتعاقد الأجنبي فمضمون شرط الثبات التشريعي قد يأخذ الطابع العام بأن تتعهد الدولة بعدم سريان كافة تشريعاتها على العقد أو يأخذ الطابع الجزئي بأن تتعهد الدولة بعدم سريان بعض القوانين على العقد، فقد يكون نطاق شرط الثبات التشريعي مطلقاً عندما تتعهد الدولة بعدم سريان كافة تشريعاتها على العقد وقد يكون نطاقه نسبيا إذا كان التعهد يشمل فقط الإخلال بالتوازن الاقتصادي والإضرار بالمتعاقد الأجنبي الخاص[٤٤].

ثالثا:- أنواع شرط الثبات التشريعي:- من حيث طبيعته[٤٥]: يميز فقهاء القانون الدولي بين ثلاث صور من هذا الشرط اعتمادا على هدف هذا الشرط وهي: **شرط التجميد التشريعي** (عدم سريان التشريع الجديد على عقود الإدارة مع المتعاقد الأجنبي المبرمة قبل صدور التشريع الجديد)، و**شرط التوازن الاقتصادي** (يؤكد على الالتزام بالتشريعات لاحقه على إبرام العقد، وبالمقابل الالتزام الدولة المتعاقدة بتعويض المتعاقد الأجنبي عن الخسائر المالية التي إصابته من جراء هذه التعديلات)، و**شرط الحماية المختلطة** (هو شرط ذو طبيعة وسط بين شرط الثبات

التشريعي وبين شرط التوازن الاقتصادي)، أما أنواع شرط الثبات التشريعي **من حيث مصدرها** قد يكون أساس هذا الشرط نتيجة للممارسات التعاقدية المستمرة من قبل الدولة والتي يطلق عليها **بالشروط التعاقدية أو الاتفاقية (Contractual Stabilisation Clauses)** وهي الشروط التي ترد ضمن بنود العقد الإداري ذات العنصر الأجنبي وتنص صراحة على القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون النافذ وقت إبرام العقد وعدم تطبيق أي تشريع جديد أو تعديل يصدر لاحقا[٤٦] وقد ورد شرط الثبات التشريعي لأول مرة في احد بنود عقد الامتياز المبرم بين الحكومة الإيرانية وشركة النفط الانجلو – إيرانية في عام ١٩٣٣ اذ نص على أن التشريعات الإيرانية لا يمكنها أن تغير من الامتياز أو شروطه[٤٧] وواضح من هذا البند أن الحكومة الإيرانية قد أخذت بالطابع العام لمضمون شرط الثبات التشريعي وكذلك تم تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين حكومة غانا وشركة فولتا الومنيوم المحدودة في ٨ شباط١٩٦٢ من خلال إدراج شرط الثبات التشريعي في البند (٤٧) منه والتي تنص على أن "الاتفاق المعني وكذلك كافة الوثائق الملحقة به قد تم إبرامها وترتب جميعها آثارها وفقا للقانون الغاني النافذ في٢٢ كانون الثاني١٩٦٢[٤٨] وعلى صعيد الأنظمة العربية نجد أن شرط الثبات التشريعي ورد في العقد المبرم بين الحكومة التونسية وشركات البترول الأمريكية في عام ١٩٧٨ بأن يتم تحديد القانون التونسي باعتباره القانون الواجب التطبيق في حالة وجود نزاع[٤٩] بمعنى أن العقد المبرم بين الدولة التونسية والشركة الأمريكية يخضع للقانون التونسي وهو القانون المختار لحظة إبرام العقد ولا تسري عليه التعديلات اللاحقة، وفي العراق ورد هذا الشرط في عقد الاستثمار النفطي المبرم بين شركة نفط الجنوب (SOC) والشركات الأجنبية المستثمرة في عام ٢٠١٠ لتطوير حقل الزبير اذ نص البند (٢/٣٢) منه على انه "لا يجوز تعديل هذا العقد أو إضافة أي نص إلية بموجب مستند مكتوب موقع حسب الأصول من قبل الممثلين المفوضين من الطرفين"[٥٠]، كما وقد يكون أساس شرط الثبات التشريعي في التشريعات الوطنية ويطلق عليها **بالشروط التشريعية (Legislative Clauses)** وهي تلك الشروط التي ترد في صلب القانون الوطني وتتعهد الدولة بموجبها اتجاه المتعاقد الأجنبي بأن لا تعدل أو تلغي القانون الواجب التطبيق الذي تم الاتفاق عليه من قبل الأطراف منذ إبرام العقد[٥١] وهذا يعتبر إقرارا من الدولة بشرط الثبات الشريعي بشكل رسمي ومكتوب من خلال إصدار التشريعات الوطنية أو تعديلها أو إلغائها لتلك التشريعات التي قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن التعاقدي مع المتعاقد الأجنبي وبما أن الدولة تتمتع بمزايا سيادية تستطيع بموجبها تعديل العقد أو إنهاءه بإرادتها المنفردة لذلك من الطبيعي أن تلجأ الشركات الأجنبية إلى حماية استثماراتها عن طريق اشتراط الثبات التشريعي على الدولة المتعاقدة وبمقتضى هذا الشرط سيحد من سلطة الدولة التشريعية في تعديل العقد أو إلغائه وعدم المساس به بإرادتها المنفردة[٥٢]، وقد نصت أغلب قوانين البترول والاستثمار على شرط الثبات التشريعي فقد تبنى قانون البترول الإيراني الصادر في عام ١٩٥٧ هذا الشرط فنص على أن "أي تغيير مخالف للشروط أو الامتيازات والظروف المحددة أو المعترف بها في عقد ما في تاريخ إبرامه أو في أي من مدد تجديده لا تطبق على ذلك العقد، كما نص قانون البترول الليبي الصادر في ٢٠ تشرين الثاني١٩٥٥ في المادة (٢٤) منه "بعدم سريانه على الامتيازات التي منحت قبل صدوره" كما أن التعديلات التي لحقت بهذا القانون بعد ذلك نصت على عدم مساسها بالامتيازات قبل العمل بها[٥٣] وأما بشأن مشروع قانون استثمار النفط والغاز العراقي لسنة ٢٠١١ قد نص في المادة (٥٢) منه على أن "لا يعمل بأي نص يتعارض مع هذا القانون"[٥٤] ويفهم من هذا النص بأنه في حالة قيام السلطة التشريعية بإصدار قانون معين عليها أن تراعي أحكام هذا القانون أي احترام الحقوق المكتسبة للمستثمر وفق أحكام هذا القانون بمعنى الثبات التشريعي لأحكام هذا القانون[٥٥] أما قوانين الاستثمار التي تنص على شرط الثبات التشريعي فمنها قانون الاستثمار الكاميروني لعام ١٩٦٠ الذي ينص في المادة (١٨) منه على أن "اتفاق الإقامة يحدد خصوصا ضمانات الاستقرار في مجال القانونية والاقتصادية والمالية، كما في مجال التحويل المالي وتسويق المنتجات"[٥٦] كما نص قانون الاستثمار المصري الجديد رقم (١٧) لسنة ٢٠١٥[٥٧] في المادة (٢) منه على أن "لا تخل أحكام القانون المرافق بالمزايا والإعفاءات الضريبية وغيرها من الضمانات والحوافز المقررة للشركات والمنشاءات القائمة وقت العمل به، وتضل هذه الشركات والمنشاءات محتفظة بتلك المزايا والإعفاءات والضمانات والحوافز إلى أن تنتهي المدة الخاصة بها وذلك طبقا للتشريعات والاتفاقيات المستمدة منها" أي أن المشرع المصري اقر أن الدولة قد تعهدت باستمرار تمتع المتعاقد الأجنبي بكافة المزايا والامتيازات والضمانات المتفق عليها قي ظل التشريعات المستمدة منها إلى حتى نهاية المدة المخصصة لها وكذلك المادة (١٠) من القانون المذكور التي تنص على "عدم جواز تأميم الشركات أو الاستيلاء عليها أو مصادرتها أو تجميدها"، فقصد المشرع من تثبيت هذا النص هو تجنب المنازعات وحماية المستثمر، وفي العراق نجد تطبيقاً لشرط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ إذ نصت المادة (١٣) منه على انه "أي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه أي اثر رجعي يمس الضمانات والإعفاءات والحقوق المقررة بموجبه"، وحسنا فعل المشرع العراقي عندما قرر عدم سريان أي تعديل لقانون الاستثمار بأثر رجعي، حتى يوفر

للمستثمر الأجنبي الأمان القانوني عند إبرام العقد، وكذلك أشار إلى لشرط الثبات التشريعي بشكل ضمني في المادة (١٢/ثالثا) منه حين قرر عدم جواز المصادرة أو تأميم المشروع الاستثماري كلاً أو جزءً باستثناء ما يصدر بحقه حكم قضائي بات. كما أن وزارة التخطيط العراقية أكدت على موضوع الثبات التشريعي حين بينت بأنه "تظل تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ (الملغاة) سارية ومطبقة على العقود التي أبرمت في ظل نفاذها وهو أمر مسلم به قانونا"[٥٨]. وكذلك قد يكون أساس هذا الشرط الاتفاقيات الدولية أو أحكام التحكيم الدولية والذي يطلق عليه **شرط الثبات الدولي (International Stabilisation Clause)**، فقد اعترف مجمع القانون الدولي بمشروعية شرط الثبات التشريعي في دورته المنعقدة بأثينا عام ١٩٧٩ لمناقشة موضوع القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية، حيث نصت المادة (٣) من توصيات المؤتمر على انه "يجوز للأطراف الاتفاق على أن أحكاما في القانون الداخلي التي يرجعون إليها في العقد هي تلك المقصودة في مضمونها لحظة إبرام العقد"[٥٩]. وكما نجد أساس شرط الثبات التشريعي في العديد من أحكام التحكيم الدولية التي أكدت على أهمية هذا الشرط واثر انعكاسه على العلاقة العقدية بين الدولة المتعاقدة والمتعاقد الأجنبي ومن أهم تلك الأحكام[٦٠] حكم تحكيم "**تكساكسو ـ Texaco**" في عام ١٩٧٧ وحكم تحكيم "**ليامكو ـ Liamco**" في عام ١٩٧٧ وحكم تحكيم "**أجيب ـ Agip**" في عام ١٩٧٩ وحكم تحكيم "**امينويل ـ Aminoil**" في عام ١٩٨٢ ونستخلص من الأحكام المذكورة اتجاه عام يتمثل بأن جميع أحكام التحكيم قد اعترفت بشرط الثبات التشريعي ولكن اختلفت فيما بينها حول نطاق سريان هذا الشرط فكل من حكم تحكيم "**تكساكسو ـ Texaco**" وحكم تحكيم في "**أجيب ـ Agip**" ذهب إلى أن هذا الشرط يحول دون قيام الدولة باتخاذ إجراءات التأميم أي عدم مشروعية إجراءات التأميم التي اتخذتها الحكومة لذلك فرض على الحكومات المعنية تعويض الشركات الأجنبية.

رابعا:- الأثر القانوني لشرط الثبات التشريعي:- يعد الغرض الأساسي من أدراج هذا الشرط في العقود الإدارية الحديثة والمبرمة مع المتعاقد الأجنبي هو منع الدولة الطرف بوصفها سلطة تشريعية من تغيير الوضع القانوني طوال مدة العقد استنادا لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين[٦١] والفائدة العملية من هذا الشرط هو ضمان المتعاقد الأجنبي من المخاطر وبالتالي تحقيق الاستقرار للرابطة العقدية بين الدولة والمتعاقد الأجنبي فهذا الشرط يتيح للمتعاقد الأجنبي مواصلة عمله وفقا لمعدلات الإرباح التي قدرها وتوقعها ابتداء من سريان هذا الشرط[٦٢] وذلك لان التغييرات التشريعية التي تقوم بها الدولة في الأصل تهدف من ورائها تحقيق المصلحة العامة ومن ثم قد تخل بضمانات المتعاقد الأجنبي لذلك اختلفت أراء الفقهاء حول القوة الملزمة للشرط بين معارض ومؤيد إضافة إلى اتجاه توفيقي بين الاتجاهات المختلفة فالاتجاه المعارض للقوة الملزمة لشرط الثبات يستند إلى أن الشرط يؤدي إلى تعطيل مبدأ التطبيق الفوري المباشر للقانون الجديد لان القاعدة العامة تقتضي بسريان القانون الجديد بأثر فوري ومباشر ومن ثم يحكم كل العقود حتى التي تم إبرامها في ظل القانون القديم[٦٣] أي أن هذا الشرط لا يترتب عليه أي أثر قانوني يحد من سلطة الدولة التشريعية في المستقبل كونه شرط من شروط العقد الأخرى فليس له قوة ملزمة أكثر من العقد الذي يتضمنه[٦٤] وانتقد هذا الاتجاه لأنه يجرد شرط الثبات التشريعي من أي قيمة قانونية ويعد مخالف لإرادة أطراف العقد باعتبار أن هذا الشرط هو ضمان للمتعاقد الأجنبي ولولا وجود هذه الضمان لما ابرم هذا العقد[٦٥] والبعض الآخر ذهب إلى وجود تعارض بين شرط الثبات ومبدأ الأثر الفوري للقانون لان القانون القديم يفقد صفته كتشريع ويصبح شرطا تعاقديا كباقي شروط العقد بمعنى شرط الثبات يكون له أثر تحويلي لقواعد القانون الواجب التطبيق وهذا التحول ما هو إلا ترجمة حقيقية قانون الإرادة وحرية التعاقد[٦٦] أما الاتجاه المؤيد للقوة الملزمة لشرط الثبات فانه يستند إلى أن تعديل العقد يؤدي إلى عدم استقرار المراكز القانونية للمتعاقدين ومن ثم اختلال التوازن الاقتصادي للعقد[٦٧] لذلك يؤكد هذا الاتجاه على أن شرط الثبات له قوة ملزمة مطلقة ويعد شرطا صحيحا منتجاً لجميع الآثار التي أرادها المتعاقدين ويترتب عليه حرمان الدولة المتعاقدة من ممارسة سلطتها التشريعية في إجراء تعديل أو تغيير في القانون الذي ينظم العقد[٦٨] وقد تعرض هذا الاتجاه هو الآخر إلى النقد لان إنكار حق الدولة في تعديل أو تغيير نصوصها القانونية وأتباع سياسة التجميد القانوني يتنافى مع طبيعة القانون كون القانون ظاهرة اجتماعية وتتغير بتغير الظروف مما يستوجب تغيير وتعديل تلك القوانين لتصبح منسجمة ومتلائمة مع الظروف الجديدة[٦٩] ونتيجة للانتقادات الموجهة للاتجاهات السابقة فقد طرح جانب من الفقه اتجاهاً ثالثا هو الاتجاه التوفيقي الذي يقوم على الاعتراف بالقيمة القانونية لشرط الثبات التشريعي ويرى الفقيه "**لوبولوجيه ـ Leboulanger**" أن الدولة عندما تتخلى عن تطبيق قانون جديد على العقد فان هدفها هو تحقيق المصلحة العامة المتمثلة بتنفيذ مشاريع كبيرة التي تساهم في التنمية الاقتصادية للبلد أي أنه يعترف بالقيمة النسبية لشرط الثبات التشريعي وعلى هذا فأن كل إجراء تتخذه الدولة المتعاقدة بالإرادة المنفردة يكون من شأنه تعديل أو إنهاء العقد حتى لو كان هذا الإجراء مبعثه المصلحة العامة يجب أن يقابله تعويض مالي مناسب للطرف الأجنبي وتقوم المحكمة بتقديره[٧٠]

والقول بخلاف ذلك يحمل الدولة مسؤولية دولية على أساس إخلالها بالتزاماتها التعاقدية لان شرط الثبات التشريعي يعد من الشروط الأساسية والجوهرية في العقد الاداري المبرم مع المتعاقد الاجنبي ويعول عليه كثيرا المتعاقد الأجنبي(٧١). ويظهر مما تقدم أن شرط الثبات التشريعي له أثار سلبية تتمثل بأن العقد يصبح عند أعمال هذا الشرط كأنه غير خاضع لأي قانون أي عقد طليق خصوصا عند تعديل القانون الواجب التطبيق على العقد وهذه النتيجة غير مقبولة لأنه لا يمكن التسليم بأن هناك عقداً لا يخضع لأي قانون(٧٢) وبذلك فان شرط الثبات التشريعي ليس من شأنه حرمان الدولة من سلطاتها القانونية في تعديل أو إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ولكن خرق الدولة لعقد يتضمن هذا الشرط يثير مسؤوليتها التعاقدية وينشأ حقا خالصا للمتعاقد الأجنبي في التعويض وفي هذه الحالة تكون قيمة التعويض اكبر من التعويض الاعتيادي لان التعويض يشمل الخسارة اللاحقة والكسب الفائت عند تقديره من قبل الجهة القضائية(٧٣).

المطلب الثاني شرط إعادة التفاوض (Renegotiation Clauses)

تتميز عقود التنمية الاقتصادية التي تبرمها الدولة مع المتعاقد الأجنبي بأنها عقود طويلة الآجل مما قد يجعلها عرضة لبعض الأحداث والظروف التي قد تؤثر على قدره المتعاقدين من الاستمرار بتنفيذها وعلى صعيد العلاقات الدولية ظهرت شروط(٧٤) عديدة هدفها تقديم حلول لتجنب النزاع بين المتعاقدين وأهمها شرط إعادة التفاوض والذي سنوضحه على النحو الأتي.

أولا:- تعريف شرط إعادة التفاوض:- بأنه "التزام المتعاقدين بإعادة التفاوض حول شروط العقد لمواجهة الظروف الطارئة التي حدثت بهدف تعديل الالتزامات التعاقدية إلى الحد المعقول لرفع الضرر الجسيم الذي تحمله أحد الطرفين من جراء تلك الظروف"(٧٥) وشرط إعادة التفاوض هو احد شروط "**الهاردشيب ـ Hardship**"(٧٦) لأنه شرط يدرجه الأطراف في العقد ويتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحدث من طبيعة معينة يعدها الأطراف في العقد بأنها تلحقهم بضرر جسيم سواء كان هذا الشرط وارد بنفس الشرط العقد أو في اتفاق منفصل وتكون هذه الإحداث مستقلة عن إرادتهم وتوقعاتهم عند أبرام العقد ويكون من طبيعتها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر فادح والهدف الذي يسعى الشرط إلى تحقيقه هو تعديل أحكام العقد بطريق إعادة التفاوض بين الأطراف حتى يتماشى مع الظروف الجديدة وإزالة الإجحاف الذي لحق الالتزامات العقدية التي تسببت فيها تلك الظروف(٧٧) ويعرفه جانب من الفقه بأنها "تلك الشروط التي بمقتضاها يلتزم الأطراف في حالة التغير الجوهري للظروف التي تم التعاقد على أساسها بالتفاوض مرة أخرى من اجل خلق توازن جديد ومن ثم إعادة تكييف أو أقلمة اتفاقهم المبدئي الذي ربما فقد مبرراته"(٧٨) وذلك استنادا لمبدأ احترام العقد التي يتعين على أطراف العقد احترام شروط العقد حتى ولو لحق بأي منهم خسائر جسيمة بدلاً من الأرباح المتوقعة ولكن هذا المبدأ ليس مطلقاً فإذا وقعت ظروف من شأنها أن تؤدي إلى تغيير أساسي في توازن العقد فهنا نكون بصدد وضع استثنائي يطلق عليه "الظروف الاستثنائية"(٧٩) وهي على هذا النحو ظروف شاقة لأنها تخل بصورة جوهرية بتوازن العقد ولم يمكن توقعها وقت إبرام العقد فهي أحداث خارجة عن سيطرة الطرف الذي تعرض لها وفي هذه الحالة يحق للطرف الذي تعرض لها طلب إعادة التفاوض على أن يقدم هذا الطلب دون تأخير غير مبرر وان يكون مسبباً(٨٠).

ثانيا:- أوجه الاختلاف والشبه من بعض المفاهيم القانونية: وقد يختلط شرط أعادة التفاوض بمفاهيم عديدة فيأخذ بعض ملامحه من نظرية القوة القاهرة والبعض الأخر من نظرية الظروف الطارئة ليكون بحد ذاته فكرة مستقلة عن كل منهما فمظاهر الاقتراب من نظرية القوة القاهرة تتمثل في الشروط الواجب توافرها في الحدث واثر كل منهما على تنفيذ العقد، أما أوجه التشابه بين هذا الشرط ونظرية الظروف الطارئة فهي تتجسد في درجة تأثير كل منهما على توازن العقد اذ يؤدي كل منهما إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد وعلى نحو يلحق ضررا جسيما بأحد المتعاقدين أو كليهما(٨١).

ثالثا:- صور شرط اعادة التفاوض:- يظهر من خلال التعريف السابق لشرط إعادة التفاوض بأنه شرط تعاقدي أو اتفاقي ومضمونه يتوقف على ما اتفق عليه الأطراف في عقودهم وقد يرد هذا الشرط بشكل منفصل عن العقد ويتم تحدد مفهومه من المتعاقدان وبيان الأحداث التي يواجهها وأثرها على العقد لذلك يتم صياغته بشكل دقيق ويرى بعض الفقه أن شرط أعادة التفاوض لم يستمد أساسه من التشريع بل يعتمد في تطبيقه على ما اتفق عليه الأطراف في عقودهم بمعنى انه يرد على نحو منفصل عن العقد وتم الاتفاق عليه بعد أبرام العقد اذ يحدد الأطراف مفهوم هذا الشرط وأثاره على العقد لذلك تتم صياغة هذا الشرط بشكل دقيق ومفصل وهذا ان دل على شيء يدل على الأهمية التي تحتلها إرادة الأطراف(٨٢) وبما أن هذا الشرط ذا طبيعة تعاقدية فيجب على المتعاقدين أن يحددو مقاصدهم بشكل دقيق من خلال جملة من العناصر الأساسية التي يجب الاتفاق عليها وهي(٨٣): تحديد الأحداث الموجبة لتطبيق شرط إعادة التفاوض والتي أدت إلى تغيير أساسي وجوهري بتوازن العقد على أن تكون هذه الأحداث غير متوقعة وقت إبرام العقد وخارجة عن إرادة الطرف الذي تعرض لها ويجب تحديد الاختلال

بتوازن العقد والذي يعتبر جوهرياً في اقتصاديات العقد وأن يتفق الأطراف على مصير العقد أثناء إعادة التفاوض سواء بالاستمرار بتنفيذ العقد أم وقف تنفيذه لحين الانتهاء من التفاوض، وطالما كان شرط إعادة التفاوض ذا طبيعة اتفاقية فما هي مشروعية إدراجه في العقد الإداري المبرم مع المتعاقد الأجنبي؟ استنادا لمبدأ قانون الإرادة فمن حق الأطراف المتعاقدين إدراج ما يرونهم مناسباً من شروط بشرط عدم مخالفتها النظام العام وبخلاف ذلك يعتبر أي شرط مخالف للنظام العام باطلا بطلانا مطلقاً ــ فعلى سبيل المثال ــ إذا كان القانون المختار هو القانون العراقي الواجب التطبيق على العقود الإدارية الحديثة او المبرمة مع المتعاقد الأجنبي فإن إدراج مثل هذا الشرط يعتبر باطلاً لمخالفته النظام العام والعقد صحيح استنادا لأحكام القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، حيث نصت المادة (١٣٩) منه على انه "إذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذي يبطل أما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا".ونعتقد أن إدراج شرط إعادة التفاوض الذي فرضه التطور الاقتصادي على عقود التجارة الدولية لا يخالف النظام العام بدليل أنه ورد في عقود العديد من الدول العربية[٨٤] كالعقد المبرم بين الحكومة المصرية وشركات البترول الأمريكية الذي نص في المادة (١٩) منه على أنه "في حالة حدوث أي تعديل تشريعي أو لائحي يؤدي إلى انتقاص أو زيادة حقوق أحد الأطراف فإنه يسمح بتسعين يوماً للتفاوض يجوز للأطراف بعدها إحالة الموضوع للتحكيم إذا لم تنجح المفاوضات"، كذلك ورد هذا الشرط في الاتفاقية النموذجية القطرية للاستكشاف والمشاركة في الإنتاج المبرمة في عام ١٩٩٤ إذ نصت المادة (١٢/٣٤) منها على انه "الوضع المالي للمستثمر يستند بموجب الاتفاقية إلى القوانين واللوائح السائدة وقت التوقيع فإذا صدر قانون أو لائحة تؤثر على الوضع المالي للمستثمر أثناء سريان الاتفاقية فانه يلزم على الطرفين الدخول في مفاوضات بهدف الوصول إلى موقف متكافئ يحفظ التوازن الاقتصادي في الاتفاقية وفي حالة الفشل في الاتفاق على حل متكافئ ومتوازن فإنه يجوز لأحد الطرفين أن يحيل الأمر إلى التحكيم".

ثالثا:- اثر شرط إعادة التفاوض:- على الرغم من أهمية شرط إعادة التفاوض وما يقدم من مزايا كثيرة للمتعاقدين خصوصا في مجال عقود التنمية الاقتصادية كونه شرطاً اتفاقياً لان إرادة الأطراف تلعب دوراً كبيرا في هذا المجال عندما يتفق الأطراف على إدراجه في العقد أو عند رفضهم الالتزام بإعادة التفاوض أو حتى عند إجراء التفاوض إلا أن هذا الشرط يثير بعض الصعوبات عند التطبيق بسبب عدم وجود مفهوم موحد له وبذلك فإن تطبيقه يتطلب اتفاق الأطراف عليه صراحة في العقد وبخلاف ذلك لا يمكن تطبيق هذا الشرط ومن جهة أخرى فثمة نقص أو غموض أو تعارض يعتري تنظيم الأطراف لهذا الشرط كذلك لا يمكن للقاضي تحديد مضمونه من تلقاء نفسه[٨٥] وبما أن الهدف الأساسي من إدراج هذا الشرط في العقد الإداري المبرم مع المتعاقد الأجنبي هو الحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد لضمان استمراره طيلة فترة نفاذه فإذا ما تغييرت الظروف وأدت إلى اختلال جوهري بتوازن العقد فإن آثار شرط إعادة التفاوض تتمثل بوقف تنفيذ العقد والشروع بالتفاوض للوصول إلى اتفاق ينسجم مع مستجدات الظروف الجديدة سواء كانت هذه الظروف سياسية، اقتصادية، مالية، قانونية...الخ فأثار شرط إعادة التفاوض تتمثل بما يأتي:- **الأثر الأول: وقف تنفيذ العقد**[٨٦] يقصد به توقف الطرفين عن تنفيذ التزاماتهما العقدية إلى حين إعادة التفاوض في العقد والتوصل إلى اتفاق جديد ينظم الالتزامات والأساس القانوني للوقف يجد أساسه في إرادة الأطراف على وقف تنفيذ العقد كأثر لشرط إعادة التفاوض وكذلك يجد أساسه في لإرادة الأطراف لتنظيم شروط عقدهم فالأثر الطبيعي لوقف تنفيذ العقد هو وقف تنفيذ الالتزامات العقد ولكن يجب على المتعاقدين الحفاظ على فاعلية العقد والسعي إلى استئناف سريان العقد، **أما الأثر الثاني: الالتزام بإعادة التفاوض**، إن إدراج شرط إعادة التفاوض في العقد الغرض منه هو السماح للأطراف بمراجعة العقد عندما تتغير الظروف وتؤدي إلى تغيير أساسي في توازن العقد ولكي يحقق هذا الشرط غرضه فلا بدّ من الالتزام بإعادة التفاوض خلال مدة معقولة يتم الاتفاق عليها فوجود شرط إعادة التفاوض يلزم الأطراف بأن يتقابلوا للمناقشة والتفاوض بحسن نية في أمكانية تعديل العقد لتتمشى أحكامه مع الظروف الجديدة ورفض احد الأطراف الدخول في هذه المناقشات والتفاوض يثير مسؤوليته لمخالفته شرط من شروط العقد الجوهرية ويجوز للطرف الآخر أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي إصابة من جراء ذلك ولكن تنتفي مسؤولية الرافض لإعادة التفاوض أذا كانت مبنية على أسباب مبررة على الرغم من أن شرط إعادة التفاوض هو شرط اتفاقي إلا أنه من النادر أن يتفق على وسيلة أو جزاء معين ففي حالة عدم اتفاقهم على تنظيم جزاء الإخلال بشرط إعادة التفاوض فيتم الرجوع إلى القواعد العامة التي حددت الجزاء المتمثل بحق المتعاقد الأخر التمسك بالدفع بعدم التنفيذ[٨٧] ويقصد بالدفع بعدم التنفيذ هو حق كل متعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ ما ألتزم به[٨٨] ويجب على المتعاقدين الالتزام بإعادة التفاوض بحسن النية[٨٩] والأمانة في التعامل والالتزام بالتعاون وإدارة المفاوضات بأسلوب بناء وان يتجنبوا أي عراقيل وان يقدموا كل المعلومات الضرورية واللازمة للتفاوض.

الخاتمة

خلال دراستنا لموضوع البحث الذي تناولنا فيه قانون الإرادة وأثره على العقد الإداري المبرم مع المتعاقد الأجنبي إذ اتضح لنا بعض النتائج والتي على أساسها تم تقديم بعض المقترحات، وهي كما يأتي:-

النتائج.

١- اتضح أن قانون الإرادة ليس حديث النشأة وإنما مر بمراحل عديدة تطور من خلالها وان اغلب التشريعات العربية والمقارنة والأجنبية والاتفاقيات الدولية أكدت على هذا القانون الذي بموجبه يحق للمتعاقدين أن يضمنوا عقودهم ما يشاءون من الشروط بشرط أن لا تخالف النظام القانوني للدولة المتعاقدة.

٢- تبين أن هناك إجماع من الفقه على الأخذ بقانون الإرادة إلا أنهم اختلفوا حول الأساس الذي يقوم عليه، فالأساس الأول هو الأساس الشخصي الذي يستند إلى اعتبارات عملية فهو يستجيب إلى تنوع العقود الإدارية المبرمة مع المتعاقد الأجنبي والتي تسمح للمتعاقدين بتضمين عقودهم العقديد من الشروط التي تضمن حقوقهم ـ كشرط الثبات التشريعي وشرط إعادة التفاوض ـ التي تنسجم مع طبيعة العقد الإداري المبرم مع المتعاقد الأجنبي ويحقق مصالح المتعاقدين وقد تعرض هذا الأساس للنقد، أما الأساس الثاني فهو الأساس القانوني القائم على أساس تخويل المتعاقدين الحق في تركيز علاقاتهم التعاقدية داخل نظام قانوني معين فالعقد الإداري المبرم مع المتعاقد الأجنبي لا يمكن أن يوجد في فراغ قانوني بل لا بد أن يخضع ذلك العقد من حيث تكوينه وشروطه وآثاره لقانون دولة معينة.

٣- بدا لنا من خلال البحث بان العقد الإداري المبرم مع المتعاقد الأجنبي سيما في العقود الخاصة بالمشاريع الإستراتيجية والحيوية الكبيرة غير متساوين في المراكز القانونية فاحدهم الدولة وما تتمتع به من السيادة والطرف الأخر المتعاقد الأجنبي الذي يمتلك الخبرات الاقتصادية والتقنية، لذا يتمسك المتعاقد الأجنبي بقانون الإرادة من خلال تضمين العقد الإداري العقديد من الشروط لحماية حقوقه مستقبلا نتيجة تفوقه الاقتصادي والتكنولوجي الذي يتميز به.

٤- يعد قانون الإرادة وسيلة للطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية تمكنه من فرض ما يشاء من الشروط كشرط الثبات التشريعي الذي بموجبه لا يتأثر العقد الإداري بأي تعديل تشريعي لاحق وشرط إعادة التفاوض الذي يلزم المتعاقدان بإعادة النظر في الخلافات الناشئة بينهم وحلها وديا قبل عرضها على قضاء الدولة المتعاقدة أو على الجهة التي تم تحديدها في شروط العقد، إذ تعد تلك الشرط من أهم الوسائل التي تحد من التفاوت في المراكز القانونية بين الدولة المتعاقدة والأجنبي المتعاقد معها.

المقترحات.

١- ندعو المشرع العراقي بتعديل النصوص القانونية في القانون المدني التي تنظم العلاقات التعاقدية مع الأجنبي لكي تصبح منسجمة مع التطورات الاقتصادية والتكنولوجية الواسعة التي يشهدها العالم.

٢- نقترح على وزارة التخطيط العراقية / دائرة العقود الحكومية العامة تعديل تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ لغرض توفير الحماية التشريعية للمتعاقد الأجنبي من الشروط التعسفية التي قد تفرضها الدولة المتعاقدة خصوصا في عقود المشاريع الإستراتيجية الكبيرة حتى لا تكون عرضه لاجتهاد جهات التعاقد.

٣- نأمل من وزارة التخطيط العراقية / دائرة العقود الحكومية العامة أن تعدل تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ من خلال عدها شرط إعادة التفاوض احد الوسائل الودية لفض المنازعات الناجمة من تنفيذ العقد وقبل عرضها على القضاء المختص.

الهوامش

د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج(١)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة نشر، ص١٤١.

د. غالب علي الداودي و د.حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج١، بدون جهة وسنة النشر، ص١٢٩.

جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط٢، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ٢٠٠٨، ص٥٦ .

4- Art.(1134),Civil Code, France. (https://phalthy.files.wordpress.com).انظر نص القانون على الموقع: تاريخ الزيارة ٢٠١٦/٢/٩، س٤م

5- Art.(1496),Code of Civil Procedure, France, Book IV ,Arbitration In force, 14 May 1981. انظر نص القانون منشور باللغة الانكليزية على الموقع: ، تاريخ الزيارة ٢٠١٦/٣/١٢، س٦م. (http://www.jus.uio.no/lm/france.arbitration.code.of.civil.procedure.1981/doc.html)

٦- انظر المادة (٢٨) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

٧- قرار محكمة التمييز العراقية في الدعوى رقم (١٠٤٥)، ح/١٩٥٨، منشور في مجلة القضاء التي تصدر عن نقابة المحامين العراقيين، بغداد، ١٩٥٨.

٨- انظر المادة (١/٢٠) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦. وانظر المادة (١/٢٠) من القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩.

9- Art (2/1), Convention On The Law Applicable To International Sale Of Goods - The Hague, 1955, Hague Conference on Private International Law. (http://www.jus.uio.no/lm/hcpil.applicable.law.sog.convention.1955/toc.html)، انظر نص الاتفاقية منشور باللغة الانكليزية على الموقع:

تاريخ الزيارة ٢٠١٦/٤/٢٠، س١٠م.

١٠- منشورات الأمم المتحدة، العقد V.15.-02386(A) في 15 April 2015.

د. عدنان حمودي خليل، نظرية الحقوق والحريات العامة، بدون اسم جهة النشر، القاهرة، ١٩٧٤/١٩٧٥، ص٨٧ وما بعدها. وكذلك د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصدر سابق، ص١٤٣.

د. غالب علي الداودي و د.حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٤٣.

د. غالب علي الداودي و د. حسن محمد الهداوي، المصدر السابق، ص٤٧.

١٤- د. غالب علي الداودي و د.حسن محمد الهداوي، المصدر السابق، ص٤٦.

د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص١٦٩ وما بعدها.

د. عبد المجيد الحكيم و د.عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠، ص٢١ وما بعدها.

١٧- عوني محمد الفخري، إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص٥.

١٨- د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص١٥٣.

١٩- د. احمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، ص١٣.

٢٠- د. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارة الدولية دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص٥.

٢١- د. محمد وليد هاشم المصري، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد (٢٠)، يناير ٢٠٠٤، ص١٧٠.

٢٢- د. محمد وليد هاشم المصري، المصدر السابق، ص١٧٠.

٢٣- د. زياد محمد فالح و د. أحمد الحراكي و د. عماد قطان، دور إرادة إطراف التعاقد في اختيار القانون واجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني، بحث منشور في مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، جامعة القدس المفتوحة، العدد(٣٠)، مجلد(١)، حزيران ٢٠١٣، ص٣٦١.

٢٤- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد في الجزائر، ٢٠٠٨، ص٢٣.

٢٥- د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص١٦٥.

٢٦- د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٤٩٠.

٢٧- د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص١٠.

٢٨- د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص١٦٩ وما بعدها.

٢٩- عوني محمد الفخري، إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية، مصدر سابق، ص٤١ وما بعدها.

٣٠- د. زياد محمد فالح و د. أحمد الحراكي و د. عماد قطان، دور إرادة إطراف التعاقد في اختيار القانون واجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني، مصدر سابق، ص٣٦٤ وما بعدها.

٣١- عوني محمد الفخري، إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية، مصدر سابق، ص٦١.

٣٢- د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، مصدر سابق، ص٣٢٦.

٣٣- حسين عيسى عبد الحسن، الضمانات العقدية للاستثمار، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، كلية القانون، مجلد(١)، العدد(٢١)، لسنة ٢٠١٤، ص١٨٨.

٣٤- غسان عبيد محمد، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، مجلد(١)، العدد(٢)، لسنة ٢٠٠٩، ص١٧٢.

٣٥- رفيقة قصوري، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، مقدمة إلى جامعة باتنة، بالجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية، ٢٠١١، ص١٩٢.

٣٦- د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، مصدر سابق، ص٣٢٠.

٣٧- د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص١٠٨.

٣٨- د. محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين الفرضيات وإشكاليات التطبيق، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي الحادي والعشرين للطاقة بين القانون والاقتصاد، المقام في جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، لسنة ٢٠١٣، ص٦٠٦.

٣٩- د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص٢٠١.

٤٠- حسين عيسى عبد الحسن، الضمانات العقدية للاستثمار، مصدر سابق، ص١٨٨.

٤١- د. محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة، مصدر سابق، ص٦٠٣.

٤٢- د. مي محمد عزت، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص١١٥.

٤٣- د. محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة، مصدر سابق، ص٦٠٤.

٤٤- بن الزوخ جمعة، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الجزائر، ٢٠١٥، ص٩.

٤٥- د. محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة، مصدر سابق، ص٦٢٩ وبعدها.

٤٦- د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص٣٠٧.

٤٧- د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت، ٢٠٠٦، ص١٦٥.

٤٨- د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، مصدر سابق، ص٣٣٢.

٤٩- د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص٣٠٨.

٥٠- حسين عيسى عبد الحسن، الضمانات العقدية للاستثمار، مصدر سابق، ص١٨٩.

٥١- سعد الدين أمحمد، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، كلية العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، الجزائر،٢٠٠٨، ص٥١ .

٥٢- د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص٢٩٤.

٥٣- د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص٣٠٩، أشار إلى قوانين البترول.

٥٤- انظر نص مسودة القانون المنشورة على شبكة الاقتصاديين العراقيين على الموقع الالكتروني: (http://iraqieconomists.net)، تاريخ الزيارة ٢٠١٦/٥/٢٨، س٦.١٠ص.

٥٥- د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص٣٠٩.

٥٦- انظر نص القانون على الموقع:(http://www.caci.dz/fr/Nos%20Services/Information%20juridique/Documents/CodeInvestFevrier2015)، تاريخ الزيارة ٢٠١٦/٥/٣٠، س٩م.

٥٧- تم المصادقة على قانون المذكور في ١٢/آذار/٢٠١٥.

٥٨- اعمام وزارة التخطيط العراقية/ دائرة العقود الحكومية العامة/ قسم الاستشارات والتدريب، العقد٢٤٩٦/٧/٤ في ٢٠١٦/٢/٢.

٥٩- د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مصدر سابق، ص٢٠٦.

٦٠- د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، مصدر سابق، انظر تفاصيل الإحكام المذكورة في ص٣٧٢، ص٣٨٥، ص٤٤٩. وكذلك د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مصدر سابق، انظر تفاصيل حكم تحكيم في "**أجيب ـ Agip**" في ص٢٠٨.

٦١- د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص١٦٩.

٦٢- رفيقة قصوري، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، مصدر سابق، ص١٩٣.

٦٣- د. مي محمد عزت، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، مصدر سابق، ص١٢١.

٦٤- د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص١٧٣.

٦٥-حسين عيسى عبد الحسن، الضمانات العقدية للاستثمار، مصدر سابق، ص١٩٠.

٦٦-غسان عبيد محمد، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، مصدر سابق، ص١٧٦. وكذلك د. مي محمد عزت، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، مصدر سابق، ص١٢٣.

٦٧- د. مي محمد عزت، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، مصدر سابق، ص١٢٢.

٦٨- د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص١٧٠.

٦٩-غسان عبيد محمد، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، مصدر سابق، ص١٧٤.

٧٠- د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، مصدر سابق، ص٣٩٦.

٧١- د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، مصدر سابق، ص١١٠.

٧٢- د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص٣٢٤.

٧٣- د. طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية لشرط الثبات التشريعي، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، العدد(٣)، لسنة ٢٠١١، ص١٢، وكذلك حسين عيسى عبد الحسن، الضمانات العقدية للاستثمار، مصدر سابق، ص١٩١.

٧٤- وهذه الشروط هي: شروط تعديل العقد، شرط تغير القيمة وفقا لمؤشر معين أو أكثر، شرط بقاء القيمة رغم الظروف المالية أو أية ظروف اقتصادية، شروط المراجعة الجزئية، شرط مراجعة الثمن...الخ، ويطلق عليها تسميات عديدة منها: اشتراطات الهاردشيب أو اشتراطات المراجعة أو شروط الحماية أو اشتراطات العدالة، وسبب في ذلك يرجع إلى حداثتها وغموضها، والدراسات الفقهية ما تزال قفيرة بهذا الشأن، وعلى الرغم من ذلك تطورت تلك الاشتراطات بشكل كبير، وذلك راجع إلى أهميتها العلمية والعملية، انظر د. حسن على كاظم، اشتراطات الهاردشيب وأثرها على تعديل العقود الدولية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، العدد(٢)، لسنة ٢٠١١، ص٤١.

٧٥- د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص٦٧.

٧٦- اشتراط الهاردشيب تعرف بأنه "قيد إرادي يرد على الحقوق الناشئة عن العقد مقتضاه إعادة التوازن للعلاقة العقدية نتيجة للخلل الذي تتعرض له من جراء ظروف استثنائية تؤدي إلى جعل اداءات الأطراف غير متوازنة"، انظر د. حسن على كاظم، اشتراطات الهاردشيب وأثرها على تعديل العقود الدولية، مصدر سابق، ص٤٢.

٧٧- د. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، ط١، مطبعة الفجيرة الوطنية، دبي، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٠، ص٣٨.

٧٨- د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص٣٠٣.

٧٩- تعرف ظاهرة الظروف الشاقة في النظم القانونية المختلفة تحت مفاهيم أخرى مثل Wegfll der geschaftsgrundlage, Imprevision, eccessiva onerosita sopravvenuta, Frustration of purpose, ، انظر المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في روما، مبادئ يونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية (الترجمة العربية)، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص١٨٨.

٨٠- انظر المادة (٦-٢) من مبادئ يونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، المصدر السابق.

٨١- اسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض (دراسة في عقود التجارة الدولية)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، كلية القانون، المجلد(٣)، العدد(١)، لسنة ٢٠١١، ص١٤٣.

٨٢- د. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٣٩.

٨٣- انظر المادة (٦-٢) من مبادئ يونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، مصدر سابق. وكذلك د. شريف محمد غنام، المصدر السابق، ص٤٠ وما بعدها. وكذلك أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض (دراسة في عقود التجارة الدولية)، مصدر سابق، ص١١٧ وما بعدها.

٨٤- د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص٣٠٤ وما بعدها.

٨٥-أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض (دراسة في عقود التجارة الدولية)، مصدر سابق، ص١١٩.

٨٦-أسيل باقر جاسم، المصدر السابق، ص١٢٩ وما بعدها.

٨٧- د. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٧١ وما بعدها. وكذلك رفيقة قصوري، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، مصدر سابق، ص١٩٧.

٨٨-انظر المادة (١٦١) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، والتي تنص انه "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت التزامات المقابلة مستحقة الوفاء, جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ ما ألتزم به".

٨٩-على الرغم من عدم النص على مبدأ حسن النية بشكل صريح في المادة (٦-٢-٣) من مبادئ يونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، والخاصة بإعادة التفاوض، إلا أنها أشارت ضمناً في العديد من موادها وبمعاني مختلفة كمبدأ الأمانة في التعامل المادة (١-٧)، ومبدأ الالتزام التعاون المادة (٥-٣).

المصادر والمراجع

*** الكتب والمؤلفات .**

١- د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

٢- د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت، ٢٠٠٦.

٣- د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

٤- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط٢، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت.

٥- د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

٦- د. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، ط١، مطبعة الفجيرة الوطنية، دبي، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٠.

٧- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج(١)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة نشر.

٨- د. عبد المجيد الحكيم و د.عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠.

٩- د. عدنان حمودي خليل، نظرية الحقوق والحريات العامة، بدون اسم جهة النشر، القاهرة، ١٩٧٤/١٩٧٥.

١٠-د. غالب علي الداودي و د.حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج١، بدون جهة وسنة النشر.

١١- د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.

١٢-د. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارة الدولية دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.

١٣- د. مي محمد عزت، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠.

١٤-عوني محمد الفخري، إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥.

١٥- المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في روما، مبادئ يونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية (الترجمة العربية)، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

١٦- منشورات الأمم المتحدة، العدد V.15.-02386(A) في 15 April 2015.

*** الاطاريح والرسائل الجامعية .**

١- بن الزوخ جمعة، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الجزائر، ٢٠١٥.

٢- رفيقة قصوري، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، مقدمة إلى جامعة باتنة، بالجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية، ٢٠١١.

٣- سعد الدين أمحمد، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، كلية العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، الجزائر،٢٠٠٨.

٤- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد في الجزائر، ٢٠٠٨.

***البحوث والمقالات .**

١- اسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض (دراسة في عقود التجارة الدولية)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، كلية القانون، المجلد(٣)، العدد(١)، لسنة ٢٠١١.

٢- د. زياد محمد فالح و د. أحمد الحراكي و د. عماد قطان، دور إرادة إطراف التعاقد في اختيار القانون واجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني، بحث منشور في مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، جامعة القدس المفتوحة، العدد(٣٠)، مجلد(١)، حزيران ٢٠١٣.

٣- د. حسن على كاظم، اشتراطات الهاردشيب وأثرها على تعديل العقود الدولية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، العدد(٢)، لسنة ٢٠١١.

٤- حسين عيسى عبد الحسن، الضمانات العقدية للاستثمار، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، كلية القانون، مجلد(١)، العدد(٢١)، لسنة ٢٠١٤.

٥- د. طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية لشرط الثبات التشريعي، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، العدد(٣)، لسنة ٢٠١١.

٦- غسان عبيد محمد، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، مجلد(١)، العدد(٢)، لسنة ٢٠٠٩.

٧- د. محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين الفرضيات وإشكاليات التطبيق، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي الحادي والعشرين للطاقة بين القانون والاقتصاد، المقام في جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، لسنة ٢٠١٣.

٨- د. محمد وليد هاشم المصري، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد (٢٠)، يناير ٢٠٠٤.

*** التشريعات العربية.**

*** القوانين.**

١- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

٢- القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩.

٣- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

*** قرارات.**

١- قرار محكمة التمييز العراقية في الدعوى رقم (١٠٤٥)، ح/١٩٥٨، منشور في مجلة القضاء التي تصدر عن نقابة المحامين العراقيين، بغداد، ١٩٥٨.

*** تعاميم.**

١- اعمام وزارة التخطيط العراقية/ دائرة العقود الحكومية العامة/ قسم الاستشارات والتدريب، العقد٤/٧/٢٤٩٦ في ٢/٢/٢٠١٦.

*** المواقع الالكترونية.**

١- مسودة القانون المنشورة على شبكة الاقتصاديين العراقيين على الموقع الالكتروني: (http://iraqieconomists.net).

٢- نص القانون على الموقع:(http://www.caci.dz/fr/Nos%20Services/Information%20juridique/Documents/CodeInvestFevrier2015).

المصادر الأجنبية / الموقع الالكترونية

1- Art (2/1), Convention On The Law Applicable To International Sale Of Goods - The Hague, 1955, Hague Conference on Private International Law.

2- Art.(1496),Code of Civil Procedure, France, Book IV ,Arbitration In force, 14 May 1981.

3- Art (2/1), Convention On The Law Applicable To International Sale Of Goods - The Hague, 1955, Hague Conference on Private International Law.