The Law Journal for Researches Studies
University of Thi-Qar
College of Law
مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية
https://utq.edu.iq/thiqar UTjlaw@utq.edu.iq

الأثر المترتب على إخلال أحد المتعاقدين بشروط إعادة التفاوض
(دراسة مقارنة)

الباحثة آيات ثجيل عطية ا.د. ظافر حبيب اجبارة
جامعة ذي قار- كلية القانون

مستخلص البحث:
يحرص المتعاقدين عند إبرام عقدهما على استمرار سريانه، ويفضلون الحلول الودية في حل المشكلات التي تحدث أثناء تنفيذهُ، وذلك من خلال اللجوء إلى شروط إعادة التفاوض، وهذه الأخيرة لا تحقق الهدف المتوخى منها إلا إذا قبل الطرف الآخر الدخول بعملية إعادة التفاوض.
ويقصد بشروط إعادة التفاوض وسيلة أو آلية يلجأ إليها أطراف العقد سواء تم الاتفاق عليها عند إبرام العقد أم لا، عند حدوث ظرف استثنائي عام لا دخل لإرادة الأطراف فيهِ، أدى إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد أثناء تنفيذهُ. فترتب على الأطراف واجب الدخول في عملية إعادة التفاوض بحسن نية، والسعي للتوصل إلى حل مناسب للطرفين لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد.
تجد هذهِ الآلية محلها في مرحلة تنفيذ العقد، حيث يسمح للأطراف بالالتقاء من جديد لمناقشة مصير عقدهم الذي أختل توازنهُ نتيجة للمعطيات التي أفرزتها تغيّر الظروف، فهي كوسيلة لا ترتب سوى التزامات بإعادة التفاوض في حالة وقوع حادث من شأنه الإخلال بتوازن العقد في مرحلة تنفيذهِ، وبذلك فهذهِ التقنية لا تؤدي إلى تعديل العقد مباشرة بل تسمح بذلك بما يتناسب ومصلحة المتعاقدين.
ويترتب على إعمال شروط إعادة التفاوض التزام ذو شقين: فمن ناحية يترتب على إعمال شروط إعادة التفاوض الالتزام بالدخول بعملية التفاوض، ومن ناحية أخرى يترتب عليها التزام بالتفاوض بحسن نية. وفي كثير من الأحيان يخل المتعاقد بأحد التزاماته المترتبة على إعمال شروط إعادة التفاوض، وهذا الاخلال تتعدد صوره تبعاً لتعدد صور شروط إعادة التفاوض واختلاف مضمون الالتزام بإعادة التفاوض ومحلهُ المتعدد. إلا إن هذا الإخلال يرتب على المتعاقد المخل بالتزامه مسؤولية مدنية وما يترتب على هذهِ المسؤولية من جزاء، ويتنوع هذا الجزاء تبعاً لصورة الاخلال، فإن وقع الاخلال على الالتزام بالدخول بعملية التفاوض فإن الجزاء الذي يطالب به الدائن أما الدفع بالتنفيذ أو المطالبة بالتنفيذ العيني، أما إذا وقع الاخلال على الالتزام بالتفاوض بحسن نية فإن الجزاء الذي يطالب بهِ أما فسخ العقد أو التعويض عن الضرر المترتب على هذا الإخلال.

المقدمة
الأصل إن ينفذ المتعاقد ما يقع على عاتقهُ من التزامات بموجب شروط إعادة التفاوض، إلا إنهُ قد يقع إخلال بالتزام أو أكثر من هذهِ الالتزامات من جانب أحد المتعاقدين، والإخلال بالالتزام هنا قد يكون بعدم تنفيذ الالتزام برمتهِ، كرفض المتعاقد الدخول في عملية إعادة التفاوض، وقد يكون بعد تنفيذ جزء من الالتزام، كقيام المتعاقد وبعد دخولهُ في عملية إعادة التفاوض بقطع المفاوضات.
فالإخلال بشروط إعادة التفاوض يختلف تبعاً لاختلاف مضمون هذا الالتزام ومحلهُ المتعدد، ونظراً لطبيعتهُ المزدوجة، ذلك إن الالتزام بإعادة التفاوض يشكل التزاماً ببذل عناية وبتحقيق نتيجة في آن واحد، فهو يتكون من شقين: الالتزام ببدء المفاوضات أو الدخول فيها من ناحية، والالتزام بالتفاوض بحسن نية من ناحية أخرى. ويتفرع عن هذين الالتزامين عدة التزامات أخرى، ولا شك إن الالتزام ببدء

المفاوضات والدخول فيها يشكل التزاماً بنتيجة، بحيث إن المتعاقد يعد مخلاً بالتزامهُ بإعادة التفاوض إذا أمتنع عن الدخول في المفاوضات. أما إذا رفض المتعاقد الدخول في عملية إعادة التفاوض فإنه يكون قد أخل بتنفيذ التزامهُ بالدخول في المفاوضات وبالتالي تقوم مسؤوليتهُ عن ذلك. إما الشق الثاني فيتمثل في الالتزام بالتفاوض بحسن نية، وهذا الالتزام يشكل التزاماً ببذل عناية، بأن يتقدم باقتراحات جدية ومعقولة، ويتعاون مع الطرف الآخر وإن يتم إدارة المفاوضات بنزاهة.

أهمية البحث وسبب اختياره:-

ترجع أهمية الموضوع وسبب اختباره إلى إن شروط إعادة التفاوض ترتب التزاماً وواجباً تفرضه إرادة المتعاقدين أو مبدأ حسن النية الذي يوجب على المتعاقدين إعمالها متى تحققت شروطها سواء كان هناك اتفاق سابق عليها أم لا، يترتب عليه آثاراً مهمة من خلال ما يترتب على الاخلال بهذا الالتزام من مسؤولية على الطرف المخل، إلا ان هذا الالتزام لا يعد التزاماً بتحقيق نتيجة وهي توصل الطرفين إلى حل لتعديل بنود العقد المختل، وإنما هو التزام ببذل عناية يتحدد نطاقه في شقين: أولهما واجب الدخول في عملية إعادة التفاوض وما يترتب على هذا الواجب من التزامات إضافية مثل الالتزام بإخطار المدين وكذلك الالتزام بتخفيف الضرر. وثانيهما واجب التفاوض بحسن نية وما يرتبه هذا الواجب كذلك من التزامات إضافية كونه يوجب على المتفاوضين الالتزام بالسير بعملية التفاوض وعدم قطعها إلا لسبب أجنبي، والالتزام بالتعاون بين المتفاوضين وكذلك الالتزام بالمفاوضات الجادة بهدف توصل المناقشات إلى حل لتعديل العقد.

إشكالية البحث:-

تتمثل إشكالية البحث في إن ما هي الالتزامات المترتبة على إعمال شروط إعادة التفاوض؟ وما هي صور الاخلال بهذهِ الالتزامات؟ وما هو الجزاء المترتب على إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته المترتبة على إعمال شروط إعادة التفاوض؟ فهل يتحدد جزاء هذا الاخلال بالجزاءات المقررة بالقواعد العامة أم هناك خصوصية في تحديد الجزاء المترتب على اخلال أحد المتعاقدين بشروط إعادة التفاوض؟

منهج البحث:-

اعتمدنا في دراسة بحثنا هذا على المنهج التحليلي المقارن، من خلال تحليل النصوص والقواعد العامة الخاصة بموضوع البحث ومقارنتها بنصوص القانونين العراقي والإنجليزي.

خطة البحث:-

ندرس هذا البحث من خلال مقدمة ومطلبين، نخصص المطلب الأول للإخلال بشروط إعادة التفاوض، من خلال فرعين نخصص الفرع الأول لصور الإخلال بشروط إعادة التفاوض، فيما نوضح في الفرع الثاني المسؤولية المدنية المترتبة على الاخلال بشروط إعادة التفاوض. أما المطلب الثاني فنتناول فيه جزاء الإخلال بشروط إعادة التفاوض، من خلال فرعين كذلك، ندرس في الفرع الأول الجزاء المترتب على الاخلال بالالتزام بالدخول بعملية التفاوض (رفض المتعاقد الدخول بعملية التفاوض)، أما في الفرع الثاني فنتطرق إلى الجزاء المترتب على الاخلال بالالتزام بالتفاوض بحسن نية. ونختتم هذا البحث بخاتمة توضح أهم النتائج والمقترحات والمصادر التي اعتمدنا عليها في دراسة هذا البحث.

ومن الله التوفيق...

المطلب الأول
الإخلال بشروط إعادة التفاوض

تتعدد صور الإخلال بشروط إعادة التفاوض كما ذكرنا سابقاً تبعاً لاختلاف مضمون الالتزام بشروط إعادة التفاوض، والذي يتكون من شقين، يتحدد الشق الأول بالالتزام بالدخول بعملية التفاوض، فيما يتحدد الشق الثاني بالتفاوض بحسن نية. وكما هو معلوم إن أي جزاء لا يمكن فرضه على المدين المخل بالتزامه إلا بعد إثبات مسؤولية ذلك المدين عن اخلاله بذلك الالتزام، فبالإضافة للإخلال يشترط اثبات مسؤولية الطرف المخل عنه، ويتمثل الاخلال بعنصر الخطأ في نطاق المسؤولية المدنية عن الاخلال بشروط إعادة التفاوض.لذا يفترض علينا بعد بيان صور الاخلال بشروط إعادة التفاوض إن نوضح المسؤولية المدنية عن الاخلال بشروط إعادة التفاوض، فسنتناول هذا المطلب في فرعين تبعاً لذلك، حيث نوضح في الفرع الأول صور الاخلال بشروط إعادة التفاوض، أما الفرع الثاني فسنخصصه للمسؤولية المدنية المترتبة على الاخلال بشروط إعادة التفاوض.

الفرع الأول
صور الإخلال بشروط إعادة التفاوض

إن الإخلال بشروط إعادة التفاوض يتمثل في صورتين، وهما الاخلال بالالتزام ببدء المفاوضات وذلك برفض المتعاقد الدخول بعملية إعادة التفاوض بصورة عامة، وقد يكون الاخلال بالالتزام بالتفاوض بحسن نية، كعدم احترام وتنفيذ الالتزامات المفروضة بشكل عام، كالإخلال بالالتزام بالتعاون، وقد تتمثل في قطع التفاوض دون عذر مشروع، وهذهِ الصورة تعد من أهم صور الاخلال بشروط إعادة التفاوض وأكثرها حدوثاً في الحياة العملية، إذ إن ذلك يعد إخلالاً واضحاً بالالتزام بشرط إعادة التفاوض بحسن نية، ويترتب عليه فشل التفاوض دونما أي سبب موضوعي يدعو إلى ذلك([1]). فيجب على المتعاقد بموجب التزامهُ بالتفاوض بحسن نية إلا يلجأ إلى قطع المفاوضات أو الانسحاب منها بشكل تعسفي أو مفاجئ وألا عدَّ مسؤولاً عن ذلك.والواقع إن قطع التفاوض لا يكون اخلالاً إلا إذا انعدم فيه المبرر المشروع، فليس كل قطع للتفاوض يعد إخلالاً يقيم المسؤولية على من عدل، وإنما القطع المخل هو فحسب الذي يتم دون عذر مشروع، وذلك لكونهُ ينطوي على سوء نيه من المتفاوض.

وعملياً في كثير من الأحيان يصعب اعتبار المتعاقد مخلاً بالتزامهِ بإعادة التفاوض إذا لم يتمكن من إثبات سوء نيته وعدم إدارته لعملية إعادة التفاوض بحسن نية، فمن الصعب اثبات ذلك، إلا أنه يمكن تصوره عند قيام المتعاقد مثلاً بالرفض المستمر للاقتراحات المقدمة أو عدم جديته بتقديم اقتراحاته، فهذا يشكل إخلالاً بالتزامه بإعادة التفاوض بحسن نية.وتساهم الخصوصية التي يتمتع بها مضمون الالتزام بإعادة التفاوض والمصدر المنبثق منه، في تحديد صور الاخلال بهذا الالتزام، فهذا الالتزام ليس التزاماً ينشأ قبل إبرام العقد كما في المفاوضات قبل التعاقدية، بل أنه يجد مصدره في عقد مبرم سابقاً، أما بموجب شرط يتفق عليه المتعاقدان عند إبرام العقد، بحيث يقرر وجوب إعادة التفاوض في حال حدوث أمور محددة ضمن الاتفاق نفسه أو بموجب مبدأ حسن النية المترتب على مبادئ العدالة في الالتزامات العقدية([2]).

الفرع الثاني
المسؤولية المدنية المترتبة على الاخلال بشروط إعادة التفاوض

ووفقاً للقواعد العامة فإنه يترتب على اخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته مسؤوليته عن هذا الاخلال، فإذا قام أحد أطراف التفاوض بالإخلال بمبدأ حسن النية أو أحد الالتزامات المتفرعة عنه، يكون مخطأً ومسؤولاً عما تسببه من ضرر للطرف الآخر أو في حالة قطعه لعملية التفاوض وانسحابه منها دون مبرر. فبعد إثبات قيام المتعاقد بالإخلال فإنه كما هو معلوم تترتب على ذلك مسؤولية هذا المتعاقد مسؤولية مدنية، والمسؤولية المدنية بصورة عامة تلعب دوراً كبيراً ومهماً في شروط إعادة التفاوض، حيث تساهم بشكل كبير في تحقيق الأمن والطمأنينة للأطراف المتفاوضة. ويتحدد أساس مسؤولية الطرف المخل في هذهِ الحالة وفقاً لكون العقد قد تضمن شرط يقضي بإعادة التفاوض أم لم يتضمن مثل هذا الشرط، ففي حالة تضمن العقد لشرط يوجب إعادة التفاوض وأخل أحد المتعاقدين به بغض النظر عن صورة هذا الاخلال، عندئذ يكون مسؤولاً وفقاً للمسؤولية التعاقدية. أما في حالة عدم تضمن العقد لشرط يقضي بإعادة التفاوض ولجأ اليه المتعاقدين بناءً على مبدأ حسن النية، ففي هذهِ تقوم المسؤولية التقصيرية.وكذلك قد تجتمع على عاتق المتعاقد المخل المسؤوليتين معاً، فتترتب عليه المسؤولية التعاقدية بالإضافة إلى المسؤولية التقصيرية وذلك في حالات محددة.لقد أجمع الفقه على أن المسؤولية الناجمة عن الاخلال بالالتزامات التي تنشأ عن شروط إعادة التفاوض هي مسؤولية تعاقدية، وذلك لحدوث التفاوض بعد ابرام العقد، وكذلك لكون هذهِ الالتزامات الناشئة عن شرط إعادة التفاوض تنبع من مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، والاخلال بمبدأ حسن النية يرتب خطأ يؤدي إلى قيام المسؤولية التعاقدية على الطرف الذي أرتكب هذا الخطأ([3]). فيجب إن تتحقق شروط المسؤولية التعاقدية من خطأ عقدي وضرر وعلاقة سببية. ويمثل الخطأ العقدي الركن الأول الذي ينبغي ان يتحقق لقيام المسؤولية التعاقدية، وفيما يتعلق بالمسؤولية التعاقدية في حالة الاخلال بشروط إعادة التفاوض فإن الخطأ العقدي يتمثل في عدم تنفيذ المتفاوض لالتزامه الناشئ عن شرط إعادة التفاوض، ويستوي في ذلك ان يكون عدم التنفيذ عن عمد أو إهمال أو إن يكون سببه مجهولاً، ويكفي ان يكون التنفيذ متأخراً أو معيباً، ولا يستطيع المتفاوض ان يدفع المسؤولية عن نفسه إلا إذا أثبت ان عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه([4]).

والخطأ العقدي كما يصدر من المدين عند عدم تنفيذ التزامه فإنه يصدر كذلك من الغير، وذلك إذا قام المدين باستخدام غيره في تنفيذه التزامه العقدي وعهد إليه مهمة تنفيذ هذا الالتزام ومن ثم احدث هذا الغير ضرراً، كما لو كلف المتفاوض شخصاً ذا خبرة في مجال التفاوض، لإجراء عملية التفاوض نيابةً عنه وأخطأ هذا الغير فيكون المدين مسؤولاً مسؤولية عقدية عن خطأ هذا الغير، فيوجد إذن المسؤول عن الخطأ في الالتزام العقدي وهو المدين والمضرور وهو الدائن والغير وهم من استخدمهم المدين في تنفيذ التزامه، وتقوم المسؤولية التعاقدية على الغير لوجود اتفاق صريح بين المسؤول والمتضرر، وحيث يكون الغير قد كلف بتنفيذ هذا الالتزام([5]). ولا يشترط لقيام الخطأ العقدي توفر نية الإضرار بالطرف الآخر، إنما يكفي مجرد الامتناع عن الدخول بعملية التفاوض([6]).بالإضافة الى الخطأ العقدي الصادر عن أحد الأطراف، يجب ان يترتب عليه ضرر يصيب الطرف الآخر، ففي حالة عدم وقوع ضرراً فلا تقوم المسؤولية التعاقدية، والضرر هنا يجب ان يتحقق أو يكون محقق الوقوع أما اذا كان الضرر محتملاً فلا تعويض عنه([7])، لأن الاحكام تبنى على اليقين والجزم وليس الشك والتخمين.ويتحقق الضرر لأحد أطراف العقد في حالة عدم إعمال شرط إعادة التفاوض، فعند حدوث ظروف طارئة تؤدي إلى اختلال

التوازن الاقتصادي للعقد فإن هذا من شأنه ان يحقق هذا الضرر، وعدم قيام الطرف المضرور بتنفيذ التزامه يؤدي إلى اضرار الطرف الآخر([8]).ويغلب ان يكون هذا الضرر مادياً فيما تكبده المتفاوض من نفقات انتقال أو إعداد لعملية التفاوض من دراسات وجدوى لوضع حلول لأنهاء النزاع واستشارات قانونية وعمليات حسابية، وما يتكبده من خسائر لأعداد مكان التفاوض والوقت الذي تم ضياعه في التفاوض بلا جدوى، وقد يكون الضرر معنوي ويتمثل في التشهير في سمعته والإساءة إليها([9]).

وكذلك قد يتمثل الضرر في الكسب الذي فات على المتفاوض والذي كان سيحصل عليه لو ان عملية التفاوض قد تمت، وهناك من يميز بين الضرر الايجابي والضرر السلبي واقتصار التعويض على الأخير والمتمثل في ضياع الكسب، على أساس أنه تمييز منطقي فالوصول إلى حل نهائي بموجب شروط إعادة التفاوض أمر محتمل ولا مبررٍ لتعويض الاضرار الاحتمالية([10]).إلا ان هناك من رد على هذا التمييز بالقول (ان الطرفين اطمأنا إلىً وجود اتفاق يقضي بإعادة التفاوض ومتضمن لالتزامات واجبة التنفيذ فتولدت لديهما الثقة، علية عمدا إلى القيام بكل ما من شأنه ان يسهل نجاح هذا التفاوض من اعداد دراسات ووضع خطط وحلول وتهيئة مكان التفاوض، ففي حال فشل التفاوض بسبب اخلال أحدهما بالتزاماته أو عدم دخوله عملية التفاوض، فلا بد من تعويض كل هذهِ الاضرار ولا يمكن ان يلام أحد الطرفين على ما قام به من تسهيلات، علية يفترض ضرورة تعويض كلا الضررين الايجابي والسلبي الذي لحق بأحدهما)([11]). ويقع عبء اثبات الضرر على عاتق الطرف المضرور، فعليه ان يثبت الضرر الواقع عليه وكذلك قيامه بتنفيذ التزامه الذي يمليه عليه شروط إعادة التفاوض مع الطرف الآخر.

3- العلاقة السببية:- لا تختلف العلاقة السببية بين الخطأ في إعمال شروط إعادة التفاوض والضرر المترتب عليه مع العلاقة السببية بين اي سلوك وضرر ناتج عنه، فإذا انقطعت هذه الصلة بين الخطأ والضرر فلا تقوم المسؤولية.وقد اختلف الفقه في عبء إثبات العلاقة السببية، فذهب البعض([12]) إلى إن عبء اثبات العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر الناتج عنه يقع على عاتق الدائن طبقاً للقاعدة العامة في تحمل المدعي عبء اثبات ما يدعيه. فيما ذهب البعض الآخر([13]) إلى إن العلاقة السببية قائمة فلا يكلف الدائن بإثباتها، بل ان المدين هو الذي يكلف بنفي هذه العلاقة اذا ادعى انها غير موجودة، ولا يستطيع ذلك نفيها الا بإثبات السبب الاجنبي. إلا إننا نؤيد الرأي الاول الذي يوقع عبء الاثبات على عاتق الدائن طبقا للقاعدة العامة في تحمل عبء اثبات ما يدعيه. وإن العلاقة السببية بين اخلال المتفاوض بالتزاماته بإعادة التفاوض (الخطأ) والضرر الذي وقع فيه الطرف الآخر نتيجة ذلك الضرر قائمة ولا يكلف الدائن بإثباتها، بل إن المتفاوض الآخر (المدين) هو من يقع عليه عبء نفي تلك العلاقة، ولا يستطيع نفي تلك العلاقة الا بإثبات ان السبب اجنبي، كأن يكون قوة قاهرة او خطأ الدائن او فعل الغير او حادث فجائي([14]). أما في حالة عدم اتفاق المتعاقدين على شرط إعادة التفاوض عند إبرام العقد، فإن المسؤولية المدنية المترتبة على أخلال أحد المتعاقدين بشرط إعادة التفاوض تكون مسؤولية تقصيرية، إلا ان الفقه اختلف في الاخذ بهذا القول، فقد انكر بعض الفقه ان تكون مسؤولية الطرف المخل بالتزامه مسؤولية تقصيرية، وذلك لكون هذا الاخلال قد أنصب على التزام عقدي فليس للمضرور إلا دعوى المسؤولية العقدية، واللجوء إلى دعوى المسؤولية التقصيرية يعد إهداراً لإرادة الطرفين، بالإضافة إلى إن المشرع قد حدد نطاق المسؤوليتين ونظم كل منهما بصورة مستقلة عن الاخرى([15]). فيما ذهب البعض الآخر([16]) وهم الغالبية، إلى إن بالإمكان إن تكون مسؤولية الطرف المخل بالتزامه مسؤولية تقصيرية، وذلك في حالتين، وهما:-

1- إذا كان الإخلال يشكل جريمة جنائية يعاقب عليها القانون:-

فقد يشكل الإخلال بالالتزام جريمة جنائية، كما لو تصرف المودع لديه في الوديعة إخلالاً بالتزامه العقدي بردها، وارتكب بتصرفه جنحة خيانة الامانة، فتقوم على عاتق المخل الى جانب المسؤولية التعاقدية لإخلاله بما تعهد مسؤولية تقصيرية لارتكابه جريمة. ويرد هذا الرأي إلى إن القضاء الجزائي لا يجوز له تطبيق أحكام العقد، وإنما له تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية([17]).

2- إذا وقع غش او خطأ جسيم من جانب الطرف المخل بالتزامه:-

قد يرجع عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي الى غش منه، فيجوز اللجوء الى المسؤولية التقصيرية تأسيساً على ان المدين الذي ارتكب غشاً يرتكب في ذات الوقت كالمدين في الجريمة خطأً عقدياً وخطأً تقصيرياً.

إلا ان الفقه العراقي قد انقسم في ذلك على رأيين، الرأي الاول([18]) يرى ان المدين إذا أرتكب غشاً أو خطأً جسيماً فيسأل عندئذ مسؤولية تقصيرية، أما الرأي الثاني([19]) فيرى ان الدائن يبقى في نطاق العقد ويقتصر حقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع.

أما إذا أجتمع المتعاقدين حول مائدة التفاوض نتيجة لتوجيه دعوى مجردة لبدأ عملية التفاوض دون الاتفاق مسبقاً على تضمين عقدهم شرط يقضي بإعادة التفاوض، فإنه في هذه الحالة تكون القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية هي الضابط لهذهِ المرحلة، فعند قيام أحد المتعاقدين بالعدول عن المفاوضات وكان ذلك مقترناً بخرق الالتزامات المنبثقة عن مبدأ حسن النية، يشكل عندئذ عدوله هذا خطأ، وعلى المتعاقد الآخر اثبات إن العدول هنا لم يكن عدولاً مشروعاً وإخلال بواجب الالتزام بمبدأ حسن النية، وعليه ايضاً إن يثبت بأن خطأ المتعاقد هذا ألحقه بضرر، وبالطبع فأن العلاقة السببية هنا مفترضة([20]).

المطلب الثاني

جزاء الإخلال بشروط إعادة التفاوض

إذا تحقق الإخلال بالتزام من الالتزامات المترتبة على إعمال شروط إعادة التفاوض وثبتت المسؤولية عن هذا الإخلال، يترتب عندئذ على المدين المخل جزاء محدد إما باتفاق الأطراف وذلك عند النص عليه في الشرط، وقد لا يتم الاتفاق عليه، إلا إن القواعد العامة تحتم إيقاعه على المدين المخل بالتزامه.

إلا إن الاطلاع على الشروط التعاقدية يكشف جلياً إن من النادر أن يتولى الأطراف تحديد الجزاء المترتب على الاخلال بالالتزام بشروط إعادة التفاوض، وعليه فإنهُ لا مناص من الرجوع إلى الجزاءات التي تمليها القواعد العامة وضرورات التجارة الدولية.

ويختلف الجزاء من صورة لأخرى من صور الاخلال بالالتزامات المترتبة على شروط إعادة التفاوض، فإذا وقع الاخلال على الالتزام ببدأ عملية التفاوض في حال رفض المتعاقد الدخول بها فيكون للدائن إما إن يطالب بالدفع بعدم التنفيذ أو بالتنفيذ العيني. أما إذا وقع الاخلال على الالتزام بالتفاوض بحسن نية، فإن الجزاء الذي يحق للدائن المطالبة به أما الفسخ أو التعويض.

عليه سنتناول صور الجزاء المترتبة على صور الاخلال بشروط إعادة التفاوض في فرعين، نبين في الفرع الأول الجزاء المترتب على الاخلال بالالتزام بالدخول بعملية التفاوض (رفض المتعاقد الدخول بعملية التفاوض)، أما في الفرع الثاني فنتطرق إلى الجزاء المترتب على الاخلال بالالتزام بالتفاوض بحسن نية.

الفرع الأول
الجزاء المترتب على الاخلال بالالتزام بالدخول بعملية التفاوض
(رفض المتعاقد الدخول بعملية التفاوض)

إن النزاع الناشئ عن تغيّر الظروف قد يتسبب بإنهاء العقد، ومن ثم عدم استمرارية التفاوض لإنهاء النزاع والمحافظة على بقاء العقد للحفاظ على تلك المصلحة، إلا أنه في بعض الأحيان توجد مصلحة معينة لأحد الطرفين في عدم الدخول بالتفاوض ولا يهم نوع هذه المصلحة، إذ قد تتمثل بالتهرب من التزام ما أو غير ذلك، وفي مثل هذه الحالة يثار التساؤل عن الكيفية أو الوسيلة التي من خلالها يمكن إجبار الطرف الآخر على الدخول بالتفاوض([21]).

وبخصوص شروط إعادة التفاوض وعدم تنفيذ ما ورد فيها فإن الطرف المخالف يتحمل نتيجة إخلالهُ بذلك، ومن ثم يوقع عليه الجزاء المناسب وهذا الجزاء يكون وفقاً للقواعد العامة متمثلاً بالدفع بعدم التنفيذ أو المطالبة بالتنفيذ العيني.

أولاً- الدفع بعدم التنفيذ:- وفقا للقواعد العامة يكون من حق الطرف غير المخل ان يمتنع عن تنفيذ التزامهُ بشكل مؤقت، وذلك من خلال التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، والذي هو امتناع مشروع عن تنفيذ الالتزام.

والدفع بعدم التنفيذ هو أمتناع عن تنفيذ الالتزام بشكل مؤقت لحين تنفيذ المتعاقد الآخر التزامهُ([22]). وهو عبارة عن وسيلة تهديد يستخدمها الدائن لإجبار المدين المتقاعس على تنفيذ التزامهُ، كما أنه يمثل ضمانة للدائن الذي يدفع بعدم التنفيذ إذ يوقف تنفيذ التزامه لحين تنفيذ المدين لالتزامه مما يحميه من إعسار مدينه قبل التنفيذ([23]). والأصل إن التمسك بعدم التنفيذ يتم بغير حاجة للجوء الى القضاء اذ يمتنع المتمسك عن تنفيذ التزامه متى تراءى لهُ ان الطرف الآخر قد أخل بالتزامهُ، وهذا التمسك يستمر لفترة مؤقتة تتوقف على احتمال ان يسفر الدفع بعدم التنفيذ عن تحقيق هدفهُ وهو الضغط على المدين لتنفيذ التزامه وحينئذ لا مفر من التمسك بفسخ العقد([24]). ويشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ضرورة توافر التزامات متقابلة في عقد ملزم للجانبين، بمعنى أن يكون التزام كل متعاقد مترتباً على التزام المتعاقد الآخر ومرتبطاً به. وفي ذلك يقول الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السمهوري: "الفكرة التي بني عليها الدفع بعدم التنفيذ هي عين الفكرة التي بني عليها فسخ العقد: الارتباط فيما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين، مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلاً للتنفيذ من جهة أخرى"([25]). وفي هذا الخصوص نصت المادة (282) من القانون المدني العراقي على أنه: "لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوفِ بالتزام في دمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به". يتضح من هذا النص أنه يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ توافر التقابل في التزامات المتعاقدين في عقد ملزم للجانبين، أي أن يكون التزام كل متعاقد مترتباً على التزام المتعاقد الآخر ومرتبط به. ويتحقق ذلك في عقود التجارة الدولية التي تمتاز بكونها عقوداً متبادلة ترتب التزامات متقابلة على عاتق طرفيها، لذلك يجوز لأحد المتعاقدين الامتناع عن تنفيذ التزامه بقصد إجبار المتعاقد الآخر على الدخول في عملية التفاوض إعمالاً لشرط إعادة التفاوض.

والواقع من الأمر، فإن اللجوء إلى فكرة الدفع بعدم التنفيذ قد يحقق فوائد عملية كبيرة، فقد يمتنع أحد الأطراف عن الدخول بعملية إعادة التفاوض حول تنفيذ التزام فرعي أو ثانوي، كالالتزام بصيانة البضاعة والمحافظة عليها، والالتزام بنقل البضاعة والالتزام بالدفع بعملة واحد([26]). ويثور التساؤل هنا، هل يجوز للطرف الآخر الامتناع عن تنفيذ التزامهُ الرئيسِ كالالتزام بتسليم البضاعة إعمالاً لفكرة الدفع بعدم التنفيذ؟ يرى البعض([27]) بعدم جواز الاستناد إلى فكرة الدفع بعدم التنفيذ في الفروض المذكورة، إذ إن الارتباط والتقابل في الالتزامات وفقاً لفكرة الدفع بعدم التنفيذ، يجب إن يتوافر في الالتزامات الرئيسية

حصراً. ومن جانب آخر فأن من المتصور أن يستمر الطرف الآخر بالامتناع عن إعادة التفاوض في العقد رغم امتناع الطرف المضرور عن تنفيذ التزامه تنفيذاً لفكرة الدفع بعدم التنفيذ، الأمر الذي يقلل من أهمية وجدوى اللجوء إلى تلك الفكرة عملياً. ومن جانبنا نرى إمكانية اللجوء الى الدفع بعدم التنفيذ كونه وسيلة جزاء وفقاً للقواعد العامة ما دام هناك تقابل وتبادل في الالتزامات، إلا إن هذهِ الوسيلة تصطدم بعقبة وقف العقد مؤقتا، خصوصا في حال اصرار المتعاقد على الرفض عندها تفشل في تحقيق هدفها وهو الضغط على المتعاقد، مما يجعل منها وسيلة قليلة الأهمية.

ثانياً- التنفيذ العيني:- يقصد بالتنفيذ العيني في شروط إعادة التفاوض الدخول بالتفاوض جبراً على إرادة المفاوض الذي أخل بالتزامهُ، فقد يمتنع أحد طرفي التفاوض عن تنفيذ التزامه المتمثل بالدخول في التفاوض عند حدوث نزاع معين، ويصر الطرف الآخر على التنفيذ العيني عندها نصبح امام مشكلة مدى إمكانية اللجوء الى القضاء لإجبار الطرف الممتنع عن تنفيذ التزامه على التنفيذ العيني، وهذا ما أختلف الفقه في الاخذ به. يرى بعض الفقهاء([28]) أنهُ يمكن اللجوء إلى التنفيذ العيني لإعمال شروط إعادة التفاوض وإجبار المتفاوض على تنفيذ التزامهُ عيناً، في حال قدر ملائمة ذلك، وهذا الرأي يستند على حكم صادر عن محكمة استئناف باريس في 28 سبتمبر1976 تتلخص وقائعه في أن: (عقد توريد زيت المازوت مبرم بين شركة (E.D.F) وشركة (Shell) الفرنسية، يتضمن العقد بنداً يلزم الاطراف بالتفاوض حول الثمن في حال تغير الاسعار بالارتفاع او الانخفاض، وفي عام 1973 ارتفعت اسعار البترول ودخل الطرفان في تفاوض من أجل تعديل السعر وفقاً لمتغيرات السوق ولكن التفاوض باء بالفشل، وعند عرض الموضوع على محكمة استئناف باريس، قضت قبل ان تفصل في الموضوع بإلزام الطرفين بالتفاوض كمحاولة للتوصل الى اتفاق، على ان يكون للمحكمة في حالة فشل المفاوضات ان تقضي على ضوء نتيجة التفاوض اما بتعديل العقد او إبطاله وذلك بمعرفتها).

إلا ان أصحاب هذا الاتجاه قد أوردوا بعض الاستثناءات على إمكانية تنفيذ الالتزام بشروط إعادة التفاوض تنفيذاً عينياً، وذلك اذا كانت طبيعة العقد تقضي بذلك الاستبعاد، او اذا كانت ظروف العقد تقضي بهذا الاستبعاد.

1- استبعاد التنفيذ العيني بسبب طبيعة العقد:- فإذا كان العقد دولياً، فإن طبيعته هذه قد تفرض بعض الاستثناءات على قاعدة التنفيذ العيني لشروط إعادة التفاوض، فطبيعة احد اطراف العقد قد تحول كسبب قانوني دون التزام المتعاقدين بالتنفيذ العيني، سواء كانت هذه الاستثناءات لأسباب قانونية او اقتصادية.

وكذلك إذا كان التنفيذ العيني لا يتماشى مع السياق الاقتصادي الذي يفرضه النزاع العقدي، فإنه يستبعد هذا التنفيذ لأن الاعتبار الاقتصادي يعد من اهم أسس عقود التجارة الدولية، فترتيب المراكز العقدية يتم وفق ما يخدم المصلحة الاقتصادية للمتعاقدين. فإذا تعارض التنفيذ العيني مع المصلحة الاقتصادية للأطراف لا يمكن مطالبتهم به([29]).

2- استبعاد التنفيذ العيني بسبب ظروف العقد:- قد يستبعد التنفيذ العيني بسبب استحالة التنفيذ، سواء كانت هذه الاستحالة قانونية او واقعية، وتنحصر الاستحالة القانونية كسبب لعدم تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض في وجهين:- الاول، يتعلق بالقوة القاهرة والثاني، يتعلق بفقد العقد صفة الاعتبار الشخصي اذا كان يقوم عليها.

حيث لا يمكن إلزام المتعاقدين بالتنفيذ العيني للالتزام بشروط إعادة التفاوض في حالة الاستحالة المطلقة لتنفيذ العقد التي تطبع عليه القوة القاهرة، لفقد العقد قيمته الاقتصادية التعاقدية، فهذا يؤدي الى اعفاء

المدين من التزامه، علا عكس ما اذا كانت القوة القاهرة أين يمكن وفقاً لمبدأ التعاون يسعى المتعاقدين لتجاوز أثرها المؤقت. أما إذا فقد الاعتبار الشخصي في العقد، وكان محل اعتبار فلا يجوز مطالبة المتعاقدين بالتنفيذ العيني للعقد بصورة عامة، ومنه التنفيذ العيني للالتزام بشروط إعادة التفاوض بصورة خاصة. كأن يتم التعاقد مع شخص يمتلك تقنية تكنولوجية معينة، ثم يظهر تطور تقني يجعل هذه التقنية عامة . أما الاستحالة الفعلية والتي ترد بشكل منطقي نتيجة فشل الوصول الى اتفاق عقب عملية إعادة التفاوض، رغم انها تمت بصورة صحيحة ووفقاً لمبدأ التعاون وحسن النية. وقد تكون الاستحالة الفعلية لعدم احتمال الشق الاقتصادي للعقد للتأخير في تنفيذهم الالتزام بشرط إعادة التفاوض من جديد، مما يدفعهم للبحث عن متعاقدين آخرين للتعاقد معهم لتحقيق المشروع الاقتصادي([30]).

وقد أخذت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع CISG لسنة 1980م بهذا الرأي بشروط معينة وذلك بموجب المادة (28) بقولها: (إذا كان من حق أحد الطرفين، بمقتضى أحكام هذه الاتفاقية، أن يطلب من الطرف الآخر تنفيذ التزام ما، فأن المحكمة غير ملزمة بإصدار حكم التنفيذ العيني إلا إذا كان بوسعها أن تقوم بذلك بمقتضى قانونها فيما يتعلق بعقود لبيع مماثلة لا تشملها هذه الاتفاقية)([31])، إلا إن هذه المادة فرضت على طلب التنفيذ العيني قيداً بعدم الزامية المحكمة بإصدار حكم بالتنفيذ العيني، إلا في حالة كون قانونها يسمح لها بإصدار مثل هذا الحكم([32]). وكذلك أجازت مبادئ يونيدروا لأي من طرفي العقد أن يطلب التنفيذ العيني باستثناء بعض الحالات، فقد نصت في المادة (7-2-2) على أنه: (عندما لا يؤدي الدائن التزامه بدفع المال يقوم المدين بطلب الأداء، باستثناء أ- إذا كان تنفيذ الالتزامات الناشئة عن إعادة التفاوض مستحيلاً من الناحية القانونية او الواقعية. ب- إذا كانت وسائل التنفيذ العيني القهري غير معقولة من حيث الجهد المبذول او النفقات المستحقة. جـ- إذا كان الدائن يستطيع الحصول على التنفيذ بطريقة معقولة. د- إذا كان التنفيذ العيني يتعلق بعقدٍ ذو طابع شخصي. هـ- إذا لم يطالب الدائن بالتنفيذ خلال مدة معقولة بعد ان علم أو كان باستطاعته العلم بعدم التنفيذ)([33]).

هناك من يرى([34])، عدم إمكانية اللجوء الى التنفيذ العيني وإجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه وهو الدخول بالتفاوض، وتبرير ذلك هو ان الأمر متعلق بالحرية الشخصية للمتفاوض ايضا انه يقوم على اعتبارات شخصية، ومن ثم يكون من غير المعقول اجبار احد الطرفين على التفاوض في جو يسوده التوتر، وفي حال اجباره على ذلك فهذا مصادرة للحرية الشخصية للمتفاوض، إضافة الى ذلك ان التنفيذ العيني فيه خروج على مبدأ الحرية التعاقدية ومبدأ الرضائية، اذ ان التفاوض قائم على روح التعاون وفي حال اللجوء الى التنفيذ العيني فلا يمكن تصور وجود أي تعاون بين الاطراف. فالفقه لم يتردد في مجموعة في استبعاد التنفيذ العيني في مجال التفاوض، وهذا الرأي يستند الى مجموعة من الحجج، منها([35]):-

1- إن محل الالتزام الذي لم ينفذ هو (التفاوض) وليس (العقد)، لذلك فليس من المقبول القول بانعقاد العقد، واذا قلنا ان التفاوض هو ما سيجبر عليه المدين، فليس من المعقول ان تعين المحكمة مثلاً من يمثل المدين في عملية التفاوض ولو كانت المرحلة التي توقفت عندها عملية التفاوض مقبولة ويمكن معها إبرام العقد.

2- إن التنفيذ العيني يفترض اتفاقاً على النقاط الجوهرية مع ترك المجال للقواعد المكملة لتلعب دورها في تكملة العقد لعدم وجود اتفاق على ما يخالفها، وهذا الافتراض غير متصور في العقود المركبة الطابع التي تتعدد فيها النقاط الجوهرية تعدداً يستحيل معه على غير الاطراف انفسهم تكملته طوعاً او اختياراً.

وبديهي ان الحل الواجب الاخذ به يتعين ان يكون عاماً ينطبق على كل العقود دون النظر الى فروض محتملة لا تقع الا في النادر من الحالات.

3- يقتضي التنفيذ العيني فرض التفاوض فرضاً على غير راغب في ذلك والزام له بتنفيذه بروح التعاون، وهنا نتساءل أي تعاون يمكن ان نتصوره في هذا الصدد بين المتفاوضين؟ ولا نجد في اعتبارات الملائمة ما يوحي بأن هذا الحل هو الحل المقبول.

4- إن اللجوء الى التنفيذ العيني يثير صعوبة فيما يتعلق بالالتزامات السلبية الناشئة عن إعادة التفاوض، حيث لا يمكن لنا تصور وجوده عند قيام احد طرفي العقد بنشر المعلومات السرية التي حصل عليها اثناء المباحثات، خاصةً عندما تصبح هذه المعلومات في متناول الكافة([36]).

واستناداً إلى نصوص القانون المدني العراقي فأن التنفيذ العيني هو الاصل ويجب اللجوء اليه كلما كان ذلك ممكناً، بهدف إعادة الحال الى ما كان عليه قبل حدوث الضرر، أما مجال إعادة التفاوض فأن الرأي الراجح لدى الفقهاء هو استبعاد التنفيذ العيني على اساس ان الاخذ به هو الزام الاطراف بالتفاوض بالقوة من اجل الوصول الى حل، وهذا ما يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية([37]).

أما في القانون الانجليزي، فالأصل طبقاً لما جرى عليه العمل في القضاء الانجليزي هو التنفيذ العيني، فإذا كان مثل هذا التنفيذ غير عادل أو غير مرغوب لا يكون أمام الدائن إلا اللجوء الى التنفيذ بطريق التعويض. فقد أجاز القضاء الانجليزي التنفيذ العيني في الاحوال التي يكون فيها هذا التنفيذ ملائماً، من ذلك ما قضت به المحاكم الانجليزية من إنه يحق للدائن اللجوء للقضاء لمنع المدين من نشر أو استخدام أية معلومات سرية سواء فنية أو مالية أو غيرها يكون قد أستحوذ عليها من الدائن خلال مرحلة المفاوضات. أما إذا كان التنفيذ العيني غير مناسب فإن القضاء الانجليزي لم يتردد في القضاء بالتعويض فقط دون التنفيذ العيني([38]).

الفرع الثاني

الجزاء المترتب على الإخلال بالالتزام بالتفاوض بحسن نية

في حالة الاخلال بالالتزامات المترتبة على الالتزام بحسن نية فإن الجزاء المترتب على هذا الاخلال ينحصر أما بالمطالبة بفسخ العقد وانهائه أو بالمطالبة بالتعويض عما لحق الدائن من ضرر نتيجةٍ لهذا الاخلال.

أولاً- الفسخ:- يعد الفسخ جزاءً سلبياً يزيل المراكز التعاقدية المستقرة ويتعارض مع الأصل العام في إبرام العقود، لأنهُ يعد خيار غير مرغوب فيهِ من قبل المتعاقدين الذين يرغبون دائماً في إنقاذ علاقاتهم التعاقدية والمحافظة عليها والابتعاد عن فسخها قدر الإمكان.

وقد عرف الفسخ بأنهُ: "حل الرابطة العقدية بناءً على قرارٍ يصدرهُ القاضي الناظر في النزاع"([39]).

وعرف كذلك بأنهُ: "حل الرابطة العقدية أي إزالة القوة الملزمة للعقد بناءً على طلب أحد طرفي العقد كجزاء لإخلال الطرف الآخر بالتزاماتهِ"([40]).

ووفقاً لنص المادة (2/146) من القانون المدني العراقي لم تجز فسخ العقد، وإنما أجازت للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين إن يعدل العقد بإنقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أو زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، فسلطة القاضي هنا محدودة، وهذا ما توجت إلية محكمة التميز الاتحادية، فقد جاء في أحد قراراتها: ((إن طلب المدعي فسخ العقد استناداً لنظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في المادة (146) من القانون المدني غير وارد قانوناً لأنها تتعلق بإعادة التوازن في الالتزامات بين الطرفين))([41]). ومع ذلك لاحظ المشرع إنه إذا كانت هناك ظروفاً استثنائية تؤدي إلى ارهاق المدين فيما

إذا أستمر في تنفيذ التزامه، وذلك للاختلال الخطير في التوازن الاقتصادي للعقد، باعتبار إن تعديل العقد لا يجدي نفعاً لبقاء واستمرار حالة الارهاق فيكون الحل الأمثل لعلاج هذا الاختلال هو فسخ العقد([42]).
ومن تطبيقات هذا الموقف التشريعي ما قضت به المادة (581) من القانون المدني العراقي بقولها: "1- إذا لم يدفع المشتري الثمن عند استحقاقه أو أخل بالالتزامات الأخرى التي نشأت عند عقد البيع، فالبائع بالخيار أما إن يلزم المشتري بالتنفيذ وأما إن يطلب فسخ البيع"([43]).
وقد أخذ القضاء العراقي بهذا الاستثناء الأخير، فقد جاء في أحد قراراته: (إن نظرية الظروف الطارئة وبسبب الظروف الاقتصادية التي لم يتوقعها الطرفان عند إبرام العقد، والتي تؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي الذي كان موجوداً عند التعاقد، بحث تجعل تنفيذ المدين لالتزامه يهدده بخسارة فادحة تبيح إمكانية طلب فسخ العقد مع التعويض إذا كان لهما مقتضى قانوني))([44]).
والأصل في الفسخ يكون بقرار من القاضي وهذا هو الفسخ القضائي، إلا إنه قد يتفق الأطرف أثناء إبرام العقد على الفسخ إذا لم يقوم أحدهما بتنفيذ التزامه وهذا ما يعرف بالفسخ الاتفاقي.
وقد نصت المادة (177) من القانون المدني العراقي على إنه: "في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوفِ أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الإعذار إن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى، على أنه يجوز للمحكمة إن تنظر المدين إلى أجل، كما يجوز لها إن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوفِ قليلاً بالنسبة للالتزام بجملته"، ويتضح من نص المادة إنه لا يجوز للدائن طلب الفسخ إلى القضاء لارتكاب المدين إخلالاً بالتزام من التزامات شرط إعادة التفاوض إلا بتوفر ثلاثة شروط :-
1- توجيه الدائن إعذاراً للمدين بضرورة تنفيذ التزامه:- والقاضي عندئذ لا يكون ملزماً بإجابة طلب الفسخ فقد يقضي بالفسخ مع تعويض الدائن عما أصابه من ضرر إذا تبين إن المدين قد تعمد عدم التنفيذ أو أهمل في ذلك اهمالاً واضحاً، وقد يقضي بالإبقاء على العقد ورفض طلب الفسخ إذا تبين إن ما وقع عليه الاخلال لا يشكل إلا جزءً يسيراً بالنسبة لمجمل الالزام، وعندئذ يمنح المدين أجلاً جديداً لتنفيذ الالتزام.
2- إن لا يكون عدم التنفيذ راجعاً لسبب أجنبي:- وأياً كانت صورته (الآفة السماوية- القوة القاهرة- الحادث الفجائي- خطأ المتضرر- فعل الغير)، فتنتهي المسؤولية وينقضي التزام المدين والالتزام المقابل له.
3- قدرة طالب الفسخ على تنفيذ التزامه وإعادة الحال إلى ما كان عليه([45]):- فينبغي على من يطلب الفسخ إن يكون قد نفذ التزامه، أو على الأقل يكون باستطاعته التنفيذ، فإذا كان مخلاً في تنفيذ التزامه فليس من العدل أن يطالب غيره بذلك، فيشترط في الفسخ أخلال الطرف الآخر بالتزامه وليس إخلال طالب الفسخ نفسه، لأن من شروط الفسخ وفاء طالبه بالتزاماته([46]). وفي حالة اتفاق أطراف العقد عند إبرامه على شرط من شروط إعادة التفاوض فإن هذا الشرط يقتضي إن يتفق فيه الطرفان على أنه إذا لم يتفقا على إعمال شرط إعادة التفاوض أن يتم فسخ العقد، وينتج عن هذا اشتراط قيام الطرف المتضرر بمطالبة الطرف الآخر بتنفيذ التزامه بإعمال شرط إعادة التفاوض فإن أخل بهذا الشرط أو تراخى في تنفيذه أو في حالة فشل المتفاوضين في التوصل إلى اتفاق أو حل مناسب لمشكلة التغيّر في الظروف التي اعترضت تنفيذ العقد فيحق للطرف المتضرر إن يخبره بنيته في فسخ العقد، أو إن يلجأ للقاضي لطلب الفسخ([47]). والمتعاقدين عند اتفاقهم على شروط إعادة التفاوض وصياغتهم لجزاء الفسخ فإنهم قد يتفقوا على منح خيار الفسخ إلى طرف محدد منهما، وقد يتفقوا على إن يكون خيار الفسخ مقصوراً على الطرف. وبما إن الفسخ يؤدي إلى زوال العقد وتحلل المتعاقدين من التزاماتهما التي لم تنفذ بعد، فلا تجوز

المطالبة بتنفيذ تلك الالتزامات أو التمسك بأي شرط آخر وارد في العقد، وبتطبيق هذا الحكم على شروط إعادة التفاوض فإن الفسخ يؤدي إلى زوال الشرط وتحلل المتعاقدين منه سواء كان هذا الشرط قد تم الاتفاق عليه عند إبرام العقد أم لجأ اليه المتعاقدين طبقاً لمبدأ حسن النية دون الاتفاق عليه مسبقاً، فبعد طلب الفسخ والحكم به لا يحق للدائن مطالبة المدين بالدخول بعملية إعادة التفاوض لزوال هذا الشرط.

ومن المبادئ المقررة في القانون الانجليزي، إن الفسخ بسبب الاستحالة لا يزيل العقد من مبدئه، وإنما يتحدد أثرهُ بالنسبة للمستقبل فقط ودون المساس بما تم تنفيذهُ في الماضي، وقد ترتبت على هذا الحكم نتائج كانت تنبؤ عن روح العدالة والذوق القانوني السليم([48]). وقد تبنت الاتفاقيات الدولية الفسخ كجزاء للإخلال بشروط إعادة التفاوض، ومنها مبادئ Unidroit (PICC) وذلك في المادة (6-2-3/4) منها، حيث نصت على أنه: "إذا توصلت المحكمة إلى توافر الظروف الشاقة، فيمكن لها إن تقضي ما دام ذلك معقولاً، بأي مما يأتي: 1- انهاء العقد في التاريخ ووفقاً للشروط التي يتم تحديدها...)([49]). وكذلك تضمنت حكماً لكيفية إتمام الفسخ، فقد نصت المادة (7-3-2/1) منها على أنه: "يباشر أي طرف حقه في إنهاء العقد بتوجيه إخطار الى الطرف الآخر"([50]). اما في اتفاقية البيع الدولي للبضائع (CISG) فإنها تحرص على إن يتم الفسخ بطريقة تتناسب مع طبيعة وظروف التجارة الدولية، وذلك من خلال قيام المتعاقد المضرور بإخطار المتعاقد الذي أخل بالتزامهُ، وفلا يشترط إن يتقدم بطلب الفسخ إلى القضاء، وفي ذلك نصت المادة (26) من الاتفاقية على انه: "لا يحدث إعلان الفسخ أثره إلا إذا تم بواسطة إخطار يوجه الى الطرف الآخر"([51]).

ثانياً- التعويض:- يهدف التعويض بصورة عامة إلى جبر الضرر الذي لحق بالمتعاقد نتيجة لإخلال الطرف الآخر بالتزامه. وقد عرفه الفقه العراقي([52]) بأنهُ: "مبلغ من النقود أو أي شيء يرضيه من جنس الضرر يتعادل مع ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب والمنفعة التي كان سينالها الدائن لو نفذ المدين التزامه على النحو يتوافق مع مبدأ حسن النية وما تقتضية الثقة في المعاملات، ويعد وسيلة القضاء لإزالة الضرر أو التخفيف من وطأته".

فيما عرف الفقه الإنجليزي التعويض بأنه: "مبلغ من النقود تعطيها المحكمة أو الحكم فيما يتعلق بالخطأ المرتكب ضد المدعي عن طريق المدعى عليه لغرض تعويض المدعي عن ذلك الضرر بعد أن يقيم الحجة على الضرر الذي لحقه"([53]). ان التعويض بصورة عامة يشمل الضرر المباشر، أي الضرر الذي لم يكن باستطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول، وكما نعلم انه اذا كانت مسؤولية الطرف الذي اخل بالتزاماته مسؤولية عقدية فلا تعويض من حيث المبدأ الا عن الضرر المباشر المتوقع، بمعيار موضوعي وليس بمعيار ذاتي، ما لم يثبت ارتكابه غشاً او خطأ جسيماً، حيث يلتزم بتعويض الطرف المتضرر عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع على حد سواء، اما اذا كانت المسؤولية تقصيرية فالتعويض يشمل دائماً الضرر المتوقع وغير المتوقع([54]).ويشترط للحكم على المدين بالتعويض ان تتوفر شروط المسؤولية التعاقدية من خطأ عقدي وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر، بالإضافة الى شرط الإعذار، وقد بينا الكلام عن شروط المسؤولة التعاقدية فيما سبق، لذا سنوجز الكلام هنا عن شرط الإعذار فقط.

ويعرف الإعذار بأنه: "إنذار رسمي يوجه للمدين بواسطة كاتب العدل او على يد محضر او بأية طريقة رسمية أخرى"([55]). وعرف كذلك بأنه: "وضع المدين في موضع المتأخر في تنفيذ الالتزام ان لم يوفِ به على الفور"([56]). وقد اشترطت المادة (256) من القانون المدني العراقي الإعذار يقولها: (لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك)، وهذا ما أخذ به القضاء العراقي([57])،

ولا يتطلب القانون شكلية محددة للإعذار، فقد يكون بإنذار المدين، أو بأي طلب كتابي آخر، ويجوز إن يكون باتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى الإنذار([58]).
واستثنت المادة (258) بعض الحالات من الإعذار بقولها: (لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية: أ- إذا أصبح تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ممكن بفعل المدين وعلى الأخص إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني او القيام بعمل وكان لا بد أن يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون أن يتم. ب- إذا كان محل الالتزام امتناعاً عن عمل واخل به المدين. ج- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق او شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك. د- اذا صرح المدين كتابةً انه لا يريد القيام بالتزامه) ، فإن انقضاء المدة المحددة لتنفيذ الالتزام تغني عن توجيه الانذار عند طلب فسخ العقد. كذلك في العقود المستمرة، فعدم تنفيذ المدين لالتزامه لفترة ماضية يوجب التعويض دون حاجة إلى الاعذار، لأن الاخلال قد وقع في الماضي ولا يمكن العودة إلى التنفيذ في الماضي([59]).
والمبدأ العام في التعويض هو ضرورة تساويه مع الضرر الحاصل، وهذا الأخير يتمثل في الخسارة التي لحقت المتضرر والكسب الضائع، فهل ينطبق هذا المبدأ على المسؤولية الناشئة من الاخلال بشروط إعادة التفاوض، بالنسبة للضرر الأول والمتمثل بما لحق المضرور من خسارة فلا شك انه يستحق التعويض عن جميع الأضرار التي لحقته من جراء ذلك سواء كانت هذه الأضرار مادية أو أدبية من ناحية ضياع الوقت، وكافة النفقات التي صرفها من أجل اتفاق التسوية ومصاريف التنقلات والإقامة والدراسات التي قدمت، اما بالنسبة لتعويض المضرور عن الكسب الفائت، فلا يمكن التعويض عنه على أساس إن عملية إعادة التفاوض قد تنجح وقد تفشل في الوصول إلى الغاية منها وهي حل النزاع بطريقة ودية، عليه فلا يمكن تعويض المضرور عن عدم تحقق تلك النتيجة اذ ان الكسب الذي يراد تحققه من وراء إعمال شروط إعادة التفاوض هو ما كان يأمل المتضرر تحققه من وراء التفاوض([60]).
وإذا تحولت مسؤولية الطرف المخل من مسؤولية تعاقدية الى مسؤولية تقصيرية فيلتزم بتعويض الطرف المتضرر عن الضرر الادبي بالإضافة الى التعويض عن الضرر المادي، وذلك وفقاً لنص المادة (205) من القانون المدني العراقي ، فيكاد اجماع الفقه العراقي ينعقد على عدم جواز التعويض عن الضرر الادبي في نطاق المسؤولية التعاقدية([61]). والتعويض بشكل عام في القانون العراقي أما إن يتم تقديره قضائياً، فيتولى القاضي تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن إذا أخل المدين بتنفيذ التزامه، وقد يتولى المتعاقدين تقديره من خلال الشرط الجزائي، كما ان القانون قد يتولى تقديره في حالة كون محل الالتزام مبلغاً من النقود وتأخر المدين في الوفاء به، وهذا هو التعويض القانوني او الفائدة([62]).
وفي القانون الانجليزي كذلك فأن التعويض أما أن يكون تعويضاً اتفاقياً مقرراً يطلق عليه (liquidated damages) وبه يتفق المتعاقدان في العقد على مبلغ محدد ينبغي سداده أو أن هناك طريقة معينة ينبغي إتباعها وتبنيها في تقدير التعويض إذا ما وقع إخلال بنصوص العقد. أو تعويضاً قضائياً وهو التعويض غير المقرر من قبل المتعاقدين ويطلق عليه (un liquidated damages) وفيه تتدخل المحكمة في تعديل التعويض الاتفاقي إذا كان ذلك التعويض المقدر من قبل المتعاقدين مبالغاً فيه ومناوئاً للضمير من حيث مقدار المبلغ الواجب دفعه مقارنة بالأضرار والخسائر الحاصلة من الإخلال أي أن مبلغ التعويض مغالى فيه ولا يتناسب إطلاقاً مع الضرر الحاصل مما يجعله يحمل معنى الغرامة او العقوبة (penalty) وفي هذه الحالة لا يكون قابلاً للتنفيذ لأنه قد جعل معنى التهديد والعقوبة مما يستوجب تدخل المحكمة في تعديله([63]). وبالنسبة للاتفاقيات الدولية فإنها قد اختلفت في ذلك، فنجد إن اتفاقية فيننا للبيع الدولي للبضائع CISG لعام 1980م لم تنص على التعويض الاتفاقي، فقد وضحت المادة (74) القواعد العامة في

التعويض بقولها: (يتألف التعويض عن مخالفة أحد الطرفين للعقد مبلغ يعادل الخسارة التي لحقت بالطرف الآخر والكسب الذي فاته نتيجة للمخالفة، ولا يجوز ان يتجاوز التعويض قيمة الخسارة والربح الضائع التي توقعها الطرف المخالف أو التي كان ينبغي له أن يتوقعها وقت انعقاد العقد في ضوء الوقائع التي كان يعلم بها أو التي كان من واجبه أن يعلم بها كنتائج متوقعة لمخالفة العقد)[64]، وكذلك نصت في المادة (4/79) على أنه: (... وإذا لم يصل الإخطار إلى الطرف الآخر خلال مدة معقولة بعد إن يكون الطرف الذي لم ينفذ التزاماته قد علم بالعائق أو كان من واجبه أن يعلم به فعندئذٍ يكون مسؤولاً عن التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم أستلام الإخطار المذكور)[65]. في حين أشارت مبادئ Unidroit إلى التعويض الاتفاقي، فقد نصت المادة (7-1-4/7) منها على انه: " ... فإذا لم يتسلم الطرف الآخر الإخطار خلال مدة معقولة بعد إن يكون الطرف الذي أخفق في التنفيذ قد علم بالعائق أو كان في وسعه العلم به، فيسأل عن التعويضات المترتبة على عدم تسليم الإخطار)[66]. ومن كل ما تقدم يمكن ان نستخلص بان التعويض في مجال شروط إعادة التفاوض يشمل مجموعة من العناصر، يمكن بيانها كما يأتي:-

1- مجموعة النفقات التي انفقت لأجل إعادة التفاوض:- وتشمل الاعداد للدراسات والرسوم وتقارير الخبراء والاقامة والتنقل من مكان الى آخر، أي انها تشمل جميع النفقات والمصاريف التي تكبدها المتفاوض في سبيل انجاح عملية إعادة التفاوض وتبدد نفعها بسبب تعسف او اخلال الطرف الاخر، فيتحملها الطرف الذي تسبب بفشل العملية[67].

2- التعويض عن الوقت الذي ضاع:- يعد ضياع الوقت من الاضرار المتوقعة والذي يستحق التعويض ودون النظر الى المرحلة التي وصلتها عملية إعادة التفاوض، فقد يكون العقد خلال مدة إعادة التفاوض في حالة توقف، وليس في ذلك أي إثبات فيكفي إن يثبت الدائن أنه لولا هذه المفاوضات ما كان فقد ما فقده.

3- التعويض عن المساس بالثقة التجارية:- ويتمثل ذلك فيما يصيب المفاوض من ضرر مادي وادبي يلحق بالثقة والمصداقية، وتتأثر سمعة المفاوض ومركزه التجاري في السوق نتيجة لظهوره بمظهر الساذج الذي يسهل انخداعه[68].

الخاتمة:

أولاً- النتائج

1- إن الإخلال بشروط إعادة التفاوض يتمثل في صورتين، وهما الاخلال بالالتزام ببدء المفاوضات وذلك برفض المتعاقد الدخول بعملية التفاوض بصورة عامة، وقد يكون الاخلال بالالتزام بالتفاوض بحسن نية، كعدم احترام وتنفيذ الالتزامات المفروضة بشكل عام، كالإخلال بالالتزام بالتعاون، وقد تتمثل في قطع التفاوض دون عذر مشروع.

2- إن الإخلال بشروط إعادة التفاوض يترتب عليه مسؤولية الطرف المخل بالتزامه مسؤولية تعاقدية إذا وجد اتفاق على هذا الشرط ضمن بنود العقد، أما في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق فإن المدين الذي أخل بالتزامه بإعمال شروط إعادة التفاوض يتعرض للمسؤولية التقصيرية وفقتً لمبدأ حسن النية وما يرتبه من التزام على عاتق طرفي العقد بالدخول في عملية إعادة التفاوض في حال اختلال التوازن الاقتصادي للعقد.

3- أختلف الفقه في الأخذ بالقول بأن يترتب على اخلال المدين بشروط إعادة التفاوض في حال عدم وجود اتفاق على هذهِ الشروط مسؤولية تقصيرية، فقد أنكر بعض الفقه ان تكون مسؤولية الطرف المخل

بالتزامه مسؤولية تقصيرية، وذلك لكون هذا الاخلال قد أنصب على التزام عقدي فليس للمضرور إلا دعوى المسؤولية العقدية، واللجوء إلى دعوى المسؤولية التقصيرية يعد إهداراً لإرادة الطرفين. فيما ذهب البعض الآخر إلى القول بالإمكان إن تكون مسؤولية الطرف المخل بالتزامه مسؤولية تقصيرية، وذلك في حالتين، وهما:- إذا كان الإخلال يشكل جريمة جنائية يعاقب عليها القانون، وإذا وقع غش أو خطأ جسيم من جانب الطرف المخل بالتزامه.

4- يختلف الجزاء المترتب على الاخلال بشروط إعادة التفاوض من صورة لأخرى من صور الاخلال بالالتزامات المترتبة على شروط إعادة التفاوض، فإذا وقع الاخلال على الالتزام بالدخول بعملية التفاوض في حال رفض المتعاقد الدخول بها فيكون للدائن إما إن يطالب بالدفع بعدم التنفيذ أو بالتنفيذ العيني. أما إذا وقع الاخلال على الالتزام بالتفاوض بحسن نية، فإن الجزاء الذي يحق للدائن المطالبة به أما الفسخ أو التعويض.

5- إمكانية اللجوء إلى التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في حالة رفض أحد المتعاقدين الدخول بعملية التفاوض، مادام هناك تقابل وتبادل في الالتزامات.

6- تنفيذ الالتزام بشكل عيني لا يمكن الأخذ به في إعمال شروط إعادة التفاوض، إذ لا يمكن إجبار الطرف الممتنع عن الدخول بالتفاوض على تنفيذ التزامه عيناً، لأن الأصل بالتفاوض هو إن يتم بالتراضي، وذلك لأن هذا الالتزام يقوم على اعتبارات شخصية فمن غير المقبول إجبار أحد طرفيه على الدخول في التفاوض رغماً عنه.

7- إن الفسخ كجزاء يترتب على إخلال احد الطرفين ابتدعته الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية، فلا نجد أساس لذلك في القوانين الوطنية ومنها القانون العراقي.

8- ان التعويض في مجال شروط إعادة التفاوض يشمل مجموعة النفقات التي انفقت لأجل إعادة التفاوض، وكذلك يشمل التعويض عن الوقت الذي ضاع، بالإضافة إلى التعويض عن المساس بالثقة التجارية.

ثانياً- المقترحات:-

1- نقترح على المشرع العراقي تضمين القانون المدني نصاً يعالج شروط إعادة التفاوض بدقة لأهمية هذهِ الشروط في استمرار تنفيذ العقد وتعديل البنود التي تتعرض للاختلال في توازنها الاقتصادي اثناء مرحلة تنفيذ العقد.

2- نقترح على المتعاقدين في حال الاتفاق على شروط إعادة التفاوض عند إبرام عقودهم إن يحددوا وبدقة الجزاء المترتب على إخلال أحدهما بإعمال هذهِ الشروط.

3- إن النص العام المتعلق بإعادة التوازن في حالة تغيّر الظروف المتمثل بنص المادة (2/146) من القانون المدني العراقي المعدل لا يشير إلى حكم الفسخ، لذا نرى إن هذا النص يجب إن يحتوي على هذا الحكم، لأن الفسخ في بعض الأحيان يكون الحل الوحيد لمعالجة أثر الظرف الطارئ. بحيث مهما حاول القاضي أو المحكم أن يوزع عبء الارهاق على الطرفين، فإنه قد يعذر عليهما تحمله، ويتبين للقاضي إن أنجع حل لإزالة الارهاق عن المدين هو انهاء العقد وذلك بفسخه.

الهوامش

([1]) د. رجب كريم عبد الإله، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر تاريخ نشر، ص595.

([2]) د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص339.

([3]) وهب سامي محيسن محمد، إعادة التفاوض في العقود الدولية، رسالة ماجستير، الجامعة العراقية ـ كلية القانون والعلوم السياسية، 2018، ص142.

([4]) د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، مصر، العدد الاول، السنة 47، ص98.

([5]) د. طارق كاظم عجيل، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية (دراسة في عقد التفاوض الالكتروني)، بحث منشور في مجلة جامعة القادسية- كلية القانون، العدد الخاص بالمؤتمر العلمي الاول، ج1، 2008، ص134.

([6]) د. أبو العلا علي النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م، ص209.

([7]) ويقصد بالضرر المحقق الوقوع : الضرر الذي وقع بالفعل، اما الضرر المحتمل: فهو الضرر الذي لم يقع بعد ولا يوجد ما يؤكد وقوعه في المستقبل.

([8]) د. خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2020 ، ص185.

([9]) فاطمة عبد المهدي دهش، إعادة التفاوض وسيلة بديلة لحل النزاع في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء-كلية القانون، 2014م، ص135.

([10]) د. عبد الرحمن حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي- مصادر الالتزام، ط1، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1982م، ص598.

([11]) فاطمة عبد المهدي دهش، المصدر السابق، ص136.

([12]) د. عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1988م، ص408. ود. سليمان مرقس، موجز اصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي ، ص389.

([13]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج1، مطبعة جرينبرج، القاهرة، 1952م، ص454.

([14]) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، المكتبة القانونية، بغداد، 1976، ص244.

([15]) المصدر نفسه، ص245.

([16]) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة القاهرة، القاهرة، 1987، ص482.

([17]) د. طارق كاظم عجيل، المسؤولية التعاقدية (دراسة مقارنة)، مكتبة السنهوري، بيروت، 2021، ص110.

([18]) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، ط4، بغداد، 1974، ص411.

([19]) د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ك1، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1971، ص576.

([20]) د. حسام الدين الاهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، يوليو1996، السنة 38، ص16

([21]) د. حسن علي كاظم اشتراطات الهاردشيب وأثرها على تعديل العقود الدولية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة الثالثة، العدد2، 2011م، ص101.

([22]) د. محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة- مصر، 1993م، ص457.

([23]) د. حسام الدين كامل الأهواني، ص290.

([24]) المصدر نفسه، ص292.

([25]) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المصدر السابق، ص1006.

([26]) د. حسام الدين كامل الأهواني، المصدر السابق، ص290.

([27]) د. عبد الحكيم فودة، أثر الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص270.

([28]) د. رجب عبد الإله، المصدر السابق، ص617. وكذلك: د. أبو العلا علي النمر، المصدر السابق، ص233.
([29]) فاطمة عبد مهدي دهش، المصدر السابق، ص140.
([30]) د. هني عبد اللطيف، حدود الاخذ بفكرة اعادة التفاوض (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان – كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2015م، ص217.

([1])Article (28): "If, in accordance with the provisions of this Convention, one party is entitled to require performance of any obligation by the other party, a court is not bound to enter a judgement for specific performance unless the court would do so under its own law in respect of similar contracts of sale not governed by this Convention". See: Contracts for the International Sale of Goods, Op. cit, p.8.

([2]) Jacob S. Ziegel, The Remedial Provisions in the Viena Sales Convention: Som Common Law Perspectives, available on: www.cisg. law.Pace.edu, date of visit: 2021/ 5/28, at(1:08am).

([3]) Article (7-2-2): "Where a party who owes an obligation other one to party money does not perform, the other party may require performance, unless: (a) performance is impossible in law or in fact, (b) performance or, where relevant, enforcement is unreasonably burdensome or expensive, (c) the party entitled to performance may reasonably obtain performance from an-other source, (d) performance is of an exclusively personal character, or (e) the party entitled to performance does not require performance within a reasonable time after it has, or ought to have, become aware of the non-performance". See: Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016, p. 429.

([34]) د. سلّيمان مرقس،الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد2، ط5، مطابع جامعة القاهرة، القاهرة، دون سنة طبع، ص194. وكذلك: د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2002م، ص236.
([35]) د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض في العقود (دراسة في القانون المصري والفرنسي)، دار النهضة العربية ،القاهرة، 1995م، ص85.
([36]) د. علاء الدين عبد الله الخصاونة، الجوانب القانونية للالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقود (دراسة في القانون الفرنسي والاردني ومبادئ القانون الموحد حول التجارة الدولية ومبادئ القانون الاوربي للعقود)، مجلة الحقوق، العدد1، 2014، ص664.
([37]) إيناس مكي عبد نصار، التفاوض الالكتروني (دراسة مقارنة في ظل التشريعات المعاصرة)، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانيّة، العدد3، المجلد21، 2013، ص962.
([38]) د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية (دراسة مقارنة في القانونين المصري والإنجليزي)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م، ص38.
([39]) د. حسن علي ذنون، دور المدة في العقود المستمرة، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، العراق، 1988م، ص189.
([40]) د. عصمت عبد المجيد البكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد- كلية القانون، 1978، ص313.
([41]) محمد السعيد رشدي، النظرية العامة للالتزامات، ج1- مصادر الالتزام، دون ذكر دار ومكان نشر، 2018م، ص157.

([42]) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (108/الهيأة الاستئنافية/منقول/ 2010)، بتاريخ: 2010/3/14، قرار منشور في مجلة القانون والقضاء، العدد13، 2013، ص159.
([43]) ينظر كذلك: المادة (582) والمادة (792).
([44]) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (562/مساطحه/2008) بتاريخ: 2008/3/12، د. عمار محسن كزار الزرفي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد38، 2015م، ص108.
([45]) هذا الشرط لم ينص عليه القانون، ولكن يعد مما تقتضية طبيعة المطالبة بالفسخ.
([46]) د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص427.
([47]) د. شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، منشورات اكاديمية شرطة دبي، الامارات، 2010، ص80.
([48]) د. حسبوا عبد الرسول الفزاري، ، اثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة ـ كلية الحقوق، مطبعة الجيزة، الاسكندرية، 1979، ص753.
([3]) Article (6-2-3): "4- If the court finds hardship it may, if reasonable". See: Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016, Op. cit, p.427.
([4]) Article (7-3-2): "1- The right of a party to terminate the contract is exercised by nitice to the other party". See: Unidroit Principles, p. 430.
([5]) Article (26):- "A declaration of avoidance of the contract is effective only if made by notice to the other party". See: Convention on the International Sale of Goods 1982, Op. cit, p.8.
([52]) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في النظرية العامة في الالزام في القانون المدني العراقي، ج1، مصادر الالتزام، 1980، ص244.
([53]) د. وليد خالد عطية، القيود الواردة على تعويض الضرر العقدي في القانون الإنجليزي (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم السياسية والقانونية، المجلد2، العدد3، 2011م، ص3.
([54]) د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، مطبعة الاعتماد، القاهرة، 1994م، ص63.
([55]) د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان- الاردن، 2001م، ص203.
([56]) د. أنور سلطان، الوجيز في النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، دار الجامعة للنشر، 2005، ص274.
([57]) ففي قرار لمحكمة التمييز العراقية الاتحادية جاء فيه: (ان المدعي ينسب لخصمه- إضافة لوظيفته- إخلالاً بالتزام تعاقدي بين الطرفين ويطالب بالتعويض دون ان يسير له إنذاراً بوجوب التنفيذ، لذا قرر تصديق الحكم المميز القاضي برد دعوى المدعي)، القرار رقم2093/الهيئة المدنية عقار/2012، في 2012/6/28، القاضي فلاح كريم وناس، الموسوعة القضائية المدنية، ج2، مكتبة السنهوري، بيروت، 2021، ص324.
([58]) وهذا ما قضت به المادة (257) من القانون المدني العراقي بقولها: (يكون إعذار المدين بإنذاره، ويجوز إن يتم الإعذار بأي طلب كتابي آخر كما يجوز إن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذوراً بمجرد حلول الأجل دون الحاجة الى إنذار).
([59]) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، ج2، المصدر السابق، ص25.
([60]) د. محمد عبد الظاهر محسن، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص776.
([61]) د. طارق كاظم عجيل، المسؤولية التعاقدية، المصدر السابق، ص103.
([62]) د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص351.
([63]) د. خالد عطية، المصدر السابق، ص14-15.

([1]) Article (74): "Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract". See: Contracts for the International Sale of Goods, Op. cit, p.23.

([2]) Article (79/4): "…If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damages resulting from such non-receipt". See: Ibid, p.24.

([3]) Article (7-1-7): "4- Nothing this Article prevents a party from exercising a right to terminates the contract or to withhold performance or request interst on money due". See: Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016, Op. cit, p.429.

([67]) د. محمد حسام محمود لطفي، المصدر السابق، ص91.

([68]) المصدر نفسه، ص99.

قائمة المصادر

أولاً- الكتب القانونية:-

1-د. أبو العلا علي النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م.
2-د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان- الاردن، 2001م.
3-د. أنور سلطان، الوجيز في النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، دار الجامعة للنشر، 2005م.
4-د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، المكتبة القانونية، بغداد، 1976.
5-د. حسن علي ذنون، دور المدة في العقود المستمرة، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، العراق، 1988م.
6-د. خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2020م.
7-د. رجب كريم عبد الإله، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر تاريخ نشر.
8-د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م.
9-د. سليمان مرقس، موجز اصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، دون ذكر سنة نشر.
10- د. سلُيمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد2، ط5، مطابع جامعة القاهرة، القاهرة، دون سنة طبع.
11- د. شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، منشورات اكاديمية شرطة دبي، الامارات، 2010م.
12- د. طارق كاظم عجيل، المسؤولية التعاقدية (دراسة مقارنة)، مكتبة السنهوري، بيروت، 2021م.

13- د. عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1988م.
14- د. عبد الرحمن حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي- مصادر الالتزام، ط1، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1982م.
15- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج1، مطبعة جرينبرج، القاهرة، 1952م.
16- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، ط4، بغداد، 1974م.
17- د. عبد المجيد الحكيم، أثر الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م.
18- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في النظرية العامة في الالزام في القانون المدني العراقي، ج1، مصادر الالتزام، 1980م.
19- د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ك1، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1971م.
20- د. محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة- مصر، 1993م.
21- محمد السعيد رشدي، النظرية العامة للالتزامات، ج1- مصادر الالتزام، دون ذكر دار ومكان نشر، 2018م.
22- د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض في العقود (دراسة في القانون المصري والفرنسي)، دار النهضة العربية ،القاهرة، 1995م.
23- د. محمد عبد الظاهر محسن، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.
24- د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة القاهرة، القاهرة، 1987م.
25- د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2002م.
26- د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، مطبعة الاعتماد، القاهرة، 1994م.
27- د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية (دراسة مقارنة في القانونين المصري والإنجليزي)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م.

ثانيا- رسائل الماجستير وأطروحات الدكتوراه:-

أ- رسائل الماجستير:-

1-فاطمة عبد المهدي دهش، إعادة التفاوض وسيلة بديلة لحل النزاع في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء- كلية القانون، 2014م.
2-وهب سامي محيسن محمد، إعادة التفاوض في العقود الدولية، رسالة ماجستير، الجامعة العراقية - كلية القانون والعلوم السياسية، 2018م.

ب - أطروحات الدكتوراه:-

1-د. حسبوا عبد الرسول الفزاري، ، اثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة - كلية الحقوق، مطبعة الجيزة، الاسكندرية، 1979م.
2-د. عصمت عبد المجيد البكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد- كلية القانون، 1978م.

3-د. هني عبد اللطيف، حدود الاخذ بفكرة اعادة التفاوض (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان – كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2015م.

ثالثا- البحوث المنشورة:-

1-إيناس مكي عبد نصار، التفاوض الالكتروني (دراسة مقارنة في ظل التشريعات المعاصرة)، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانُة، العدد3، المجلد21، 2013م.

2-د. حسام الدين الاهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، يوليو1996، السنة 38.

3-د. حسن علي كاظم، اشتراطات الهاردشيب وأثرها على تعديل العقود الدولية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة الثالثة، العدد2، 2011م.

4-د. طارق كاظم عجيل، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية (دراسة في عقد التفاوض الالكتروني)، بحث منشور في مجلة جامعة القادسية- كلية القانون، العدد الخاص بالمؤتمر العلمي الاول، ج1، 2008م.

5-د. علاء الدين عبد الله الخصاونة، الجوانب القانونية للالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقود (دراسة في القانون الفرنسي والاردني ومبادئ القانون الموحد حول التجارة الدولية ومبادئ القانون الاوربي للعقود)، مجلة الحقوق، العدد1، 2014.

6-د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، مصر، العدد الاول، السنة 47.

7-د. وليد خالد عطية، القيود الواردة على تعويض الضرر العقدي في القانون الإنجليزي (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم السياسية والقانونية، المجلد2، العدد3، 2011م.

رابعاً- القوانين:-

خامساً- القرارات القضائية:-

1-قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية المرقم (108/الهيأة الاستئنافية/منقول/ 2010)، بتاريخ: 2010/3/14، قرار منشور في مجلة القانون والقضاء، العدد13، 2013م.

2-قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية المرقم (562/مساطحه/2008) بتاريخ: 2008/3/12، د. عمار محسن كزار الزرفي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد38، 2015م.

3-قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم2093/الهيئة المدنية عقار/2012، في 2012/6/28، القاضي فلاح كريم وناس، الموسوعة القضائية المدنية، ج2، مكتبة السنهوري، بيروت، 2021م.

سادساً- المصادر الأجنبية:-

1-Jacob S. Ziegel, The Remedial Provisions in the Viena Sales Convention: Som Common Law Perspectives, available on: www.cisg. law.Pace.edu, date of visit: 2021/ 5/28, at(1:08am).

Impact of a contractor breaching the terms of the renegotiation

Abstract:

When concluding their contract, contractors are keen to continue to operate, preferring friendly solutions to the problems that occur during its implementation, by resorting to the terms of the renegotiation, the latter achieving its objective only if the other party accepts to enter into the renegotiation process. The terms of the renegotiation are intended as a means or mechanism to which the parties to the contract, whether agreed upon at the time of the conclusion of the contract or not, in the event of an exceptional general circumstance that has nothing to do with the will of the parties, have led to the economic imbalance of the contract during its implementation. The parties had a duty to engage in the renegotiation process in good faith and to seek a mutually appropriate solution to the economic rebalancing of the contract. This mechanism is at the stage of the implementation of the contract, where parties are allowed to meet again to discuss the fate of their contract, which has been unbalanced as a result of the data produced by changing circumstances, as a means of arranging only renegotiation obligations in the event of an accident that would upset the balance of the contract at the stage of its implementation, thus not directly modifying the contract but allowing it to be in the interest of the contractors. The implementation of the terms of the renegotiation entail on the one hand, the implementation of the terms of the renegotiation entails an obligation to enter the negotiating process, and on the other hand, it entails an obligation to negotiate in good faith. The contractor often violates one of its obligations arising from the implementation of the terms of the renegotiation, a breach that is multiplied by the multiplicity of forms of renegotiation terms and the different content and multiple location of the renegotiation obligation. However, this breach places a civil liability on the contractor whose obligation violates his obligation and the resulting penalty, and this penalty varies according to the form of the breach, if the breach of the obligation to enter the negotiating process is the penalty claimed by the creditor, either the payment of execution or the demand for execution in kind, but if the obligation to negotiate in good faith occurs, the penalty he claims is either avoidance of the contract or compensation for the damage caused by such a breach.