اشتراطات الهاردشيب
وأثرها على تعديل العقود الدولية

obeikandl.com

obeikandl.com

مقدمة

يعرف البعض العقد الدولي، أنه (العقد الذي يتضمن عنصرا أجنبيا سواء تعلق هذا العنصر بمحل ابرامه أو بمكان تنفيذه أو بموضوعه أو بأطرافه) [1]، ولتحديد دولية العقد هناك معيار قانوني يتعلق بعناصر الرابطة القانونية (أطراف، محل، سبب) ومدى تطرق الصفة الأجنبية الى هذه العناصر كلها أو بعضها وهذا هو مسلك الاتجاه التقليدي، وهناك معيار اقتصادي يتعلق بمدى اتصال الرابطة العقدية باقتصاديات اكثر من دولة أو بما يسمى بالمد والجزر بين البضائع وقيمها عبر الحدود أو الأخذ بالاعتبار مصالح التجارة الدولية، وهناك من مال الى التوفيق بين المعيارين (القانوني والاقتصادي)[2].

إن هذه العقود الدوليةبطبيعتها عقود زمنية سواء كانت ذات تنفيذ مستمر، أو ذات تنفيذ دوري. فالزمن عنصر جوهري فيها، وبقدر ما تمتد مع الزمن بقدر ما يكون تغير الظروف محتملاً. وقد تنجم هذه الظروف من فعل الطبيعة كالزلازل، العواصف، الفيضانات، الأعاصير...الخ، أو تنجم بفعل قوى من صنع الإنسان كالحروب، والاضطرابات، والأزمات الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية، كما يحدث الآن في عموم الدول العربية. وسواء كانت هذه الظروف غير متوقعة أو يمكن توقعها، فأنها سوف توقف تنفيذ العقد مؤقتاً أو يستحيل معها تنفيذه، وفي أحسن الأحوال تؤدي إلىالإخلال بتوازن اقتصاد العقد. وتضاف إلى هذه الإخطار الخارجية عن العقود، أخطار أخرى تلحق بها في حد ذاتها وتنال منها كالغرر أو الاحتمال لما تنطوي عليه من تعقيدات تقنية خاصةً في عقود نقل التكنولوجيا وبيع المجموعات الصناعية. وتعتمد الأنظمة القانونية المقارنة إزاء هذه الأخطار القاعدة المعروفة (العقد شريعة المتعاقدين)، التي يلتزم فيها الأطراف بتنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه من بنود. لكن هذا المبدأ لا يعمل فيه على الإطلاق، فمجاله محدود أو مقيد بالنظام العام والآداب العامة وبحسن النية وباتفاق المتعاقدين أنفسهم حول

تعديله. ومن ثمة فإن لأطراف الرابطة العقدية في مجال العقود الدولية ، أن تعدل أو تلاءم الشروط المقترنة بها، شريطة عدم مخالفتها للقواعد القانونية الآمرة أو النظام العام أو الآداب العامة، وذلك في حدود العناصر الطبيعية للعقد. وعلى هذا الأساس يحرص المتعاملون الاقتصاديون على الأخذ بعين الاعتبار التحكم في مصير هذه العقود الدولية وعدم تركها لمثل هذه الظروف، وذلك باللجوءإلى تقنيات قانونية تعالج أثر التغيرات التي يمكن أن تحدث بعد إبرام العقد.

ولقد أوجد الممارسون للتجارة الدولية أنواعاً كثيرة ومتعددة في شتى أنواع العقود، سميت تارة باشتراطات المراجعة وتارة أخرى باشتراطات التفاوض وأطلق عليها أيضاً الشروط الحكيمة أو المتبصرة Clauses Senses، ومن أهمها اشتراطات القوة القاهرة واشتراطات الهاردشيب موضوع بحثنا، باعتبارها اشتراطات تدفع الأطراف للتفاوض ومواصلة تنفيذ العقود، بالرغم من الحوادث غير المتوقعة التي تلحق بها وتكرس فعلاً مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود. وأن اشتراطات الهاردشيب تنظم مراجعة العقد عندما تحدث تقلبات للظروف الاقتصادية ، وتؤدي إلى تغير في المعطيات الأولية التي أخذها الأطراف بعين الاعتبار أثناء التعاقد، فتنفيذ الالتزام يبقى ممكناً وليس مستحيلاً، وإنما أصبح يرهق أو يثقل المدين ويهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف.

وتعود أهمية البحث إلى ما يشهده العراق بعد التحولات الجذرية على جميع المستويات، من انفتاح اقتصادي وتشجيع للاستثمار الأجنبي، وبالتأكيد هذا سيولد كثافة في المبادلات التجارية الدولية، الأمر الذي يدفع المتعاملون الاقتصاديون العراقيون بإبرام شتى أنواع العقود الدولية، وأن النقص في التجربة بصياغة مثل هذه العقود وتضمينها هذه الاشتراطات، مقارنةً بنظائرهم الأجانب، لذا فالمعرفة الجيدة بفن التجارة وخباياها لا تكفي لجني الأرباح من المشاريع المبرمة، ما لم يحسن المتعامل الاقتصادي العراقي آلية

التفاوض وصياغة العقود والفهم الجيد للاشتراطات التي تتضمنها قبل التوقيع. كما نود تسليط الضوء على اشتراطات الهاردشيب المحظور ة قانوناً بنص المادة 146 الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي، باعتبارها من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على تعديل العقود الدولية التي تبرمها الأطراف الوطنية العراقية، على وفق تغير الظروف خارج المحاكم العراقية، لذا نود الإجابة على الإشكالية التالية، ما مدى صحة موقف المشرع العراقي الرافض لفكرة تكييف العقود الدولية مع تغير الظروف خارج ساحة القضاء، وما مدى ملائمة المادة 2/146 مدني للتطبيق التعاقدي الدولي...؟ وللإجابة عن هذه الإشكالية، نتبع المنهج الوصفي التحليلي من خلال الخطة التالية :-

المبحث الأول/ ماهية اشتراطات الهاردشيب.

المطلب الأول/ تعريفها .

المطلب الثاني/ العناصر المكونة للهاردشيب.

المطلب الثالث/ تمييزها عن غيرها من الاشتراطات والنظريات المشابهة.

المبحث الثاني/ آثار اشتراطات الهاردشيب.

المطلب الأول/ تعديل العقد.

المطلب الثاني/ فسخ العقد.

المطلب الثالث/ موقف المتعاملين الاقتصاديين الوطنيين من تطبيق اشتراطات الهاردشيب.

الخاتمة/

obeikandl.com

المبحث الأول
ماهية اشتراطات الهاردشيب

يبدو للوهلة الأولى أننا بصدد الحديث عن نظرية الظروف الطارئة، لتوفر شروطها كحدوث ظروف استثنائية عامةغير متوقعة تؤدي إلى إرهاق المدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، حتى أن بعض الفقه ذهب إلى عدم التمييز بين اشتراطاتالهاردشيب و الظروف الطارئة، وسموها باشتراطات الظروف الطارئة ونتيجةً لهذا اللبس تعددت تسميات الفقهاء، فسموها باشتراطات المراجعة وشروط الحماية Clause De Sauvegarde ، واشتراطات العدالة Clause D Equate.[3]

إن سبب الغموض الذي يكتنف هذه الاشتراطات يرجع أساساً لحداثتها، فالدراسات الفقهية ما تزال فقيرة وتكاد تنحصر في مقال الأستاذBruno Oppetit ، إلى جانبه توجد دراسة قامت بها مجموعة من الباحثين تحت إدارة الأستاذMarcel Fontaine لا زالت أعمالهم طور الانجاز.[4] وبالرغم من حداثة نشأتها نجد أنها تطورت بسرعة كبيرة، وقد وصلت صياغتها خلال سنوات قلائل إلى درجة كبيرة من الدقة، وهذا راجع إلى أهميتها العلمية والعملية. فأهميتها العملية تكمن في أنها الآلية الأكثر كمالاً وشمولية لتعديل العقد الدولي مع المعطيات الجديدة مقارنةً بغيرها من اشتراطات التعديل. أما الأهمية العلمية فتتمثل في أنها أبعدت كثيراً العقود الدولية عن العقود الداخلية، خلافاً لهذه العقود التي تقوم على مبدأ القوة الملزمة للعقد، فأن اشتراطات الهاردشيب باعتبارها من خلق التطبيق التعاقدي للتجارة الدولية، تسمح بإعادة تعديل العقد من جديد، والأطراف أنفسهم يضمنون عقدهم في حالة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، ويخضعونه لآليات معقدة كإجراء إعادة المفاوضات والإبلاغ عند وقوع الحدث والسماح بتدخل الغير لتسهيل حل النزاع المحتمل.....الخ. وبناء عليه ساهمت في اتساع الهوة بين

العقود الدولية والعقود الداخلية، وأصبح من الصعب البحث في المبادئ العامة للقانون المدني وتحديد القواعد الواجبة التطبيق على العقود الدولية.

بالنظر لهذه الأهمية المزدوجة أولت غرفة التجارة الدولية عناية خاصة بها، فمنذ عام 1978 نشرت تنظيماً يتعلق بتعديل العقود Regalement D Adaptation، وفيه اقترحت شرطين نموذجيين أولهما يسمح للغير Tiersبإبداء توصيات حول التعديل والآخر يمنح له سلطة أخذ قرار باسم الأطراف المتعاقدة. وبعد فترة وجيزة نشرت توصيات لصياغة اشتراطات الهاردشيب.[5]

كما اهتمت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية CUNDCI بهذه الاشتراطات وخصصت لها فصلاً كاملاً في دليلها المتضمن وضع عقود نموذجية لبناء المجموعات الصناعية، وبينت فيه الأخطار التي تنطوي عليها. وفي جلسة ماي 1994 صادق مجلس إدارة القانون الموحد UNIDROIT على مجموعة من المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية، وخص الفرع الثاني منه لاشتراطات الهاردشيب بالمواد (22 – 26).[6]

ولكل ما تقدم يتبين لنا ضرورة وضع تعريف لهذه الشروط، وهذا سيكون في المطلب الأول. وبيان العناصر المكونة لهذه الشروط، وهذا سيكون في المطلب الثاني. ومن ثم تمييز هذا النوع من الاشتراطات عن غيرها والنظريات المشابه لها.

المطلب الأول
تعريف اشتراطات الهاردشيب

بدأ استعمال اشتراطات الهاردشيب منذ القرن الحالي في البلاد التي تتبع النظام الانكلوأمريكي (انكلترا والولايات المتحدة الأمريكية)، و البلاد التي تتبع النظام الجرماني (ألمانيا وسويسرا)، من قبل الممارسون للتجارة الدولية في هذه البلدان وذاع انتشارها في العقود الطويلة الأجل[7]. ويرتبط ظهورها مع ما يعرفه القرن الحالي من تقلبات اقتصادية وتطور

تكنولوجي سريع وتدهور النقد العالمي، مضاف لها الظواهر الطبيعية من زلازل وفيضانات وأعاصير وثورات شعبية في بعض البلدان أدت إلى تغيير الأنظمة السياسية. هذه التطورات كان لها الأثر الكبير في تلكؤ تنفيذ العقود الدولية، نتيجةً للصعوبات المعوقة للتنفيذ من جراء الإرهاق غير العادل الذي يلحق بأحد المتعاقدين.

أما تعريف اشتراطات الهاردشيب، فيذهب الأستاذ B. Oppetit ، يقول (أنها الاشتراط الذي يستطيع الأطراف بمقتضاه طلب تعديل العقد، إذا ما طرأت تغيرات في المعطيات الأولية، والتي أخذها الأطراف بعين الاعتبار وقت التعاقد، يكون من شأنها أن تحدث إخلالاً كبيراً في توازن هذا العقد، إلى حد يلحق بأحد طرفيه إرهاقاً أو إثقال غير عادل).[8] ونلاحظ أن هذا التعريف لم يبين طبيعة هذا النوع من الاشتراطات، هل هو أمر عارض على ذات العقد، أم هو بند جوهري يمثل قيد ارادي يعمل به عند اختلال التوازن الاقتصادي للعقد . لذا نعرف اشتراط الهاردشيب بأنه **(هو قيد ارادي يرد على الحقوق الناشئة عن العقد مقتضاه اعادة التوازن للعلاقة العقدية نتيجة للخلل الذي تتعرض له من جراء ظروف استثنائية تؤدي الى جعل اداءات الاطراف غير متوازنة).**

ولقد نصت مبادئ القانون الموحد في المادة (6/22) بصدد وضع مفهوم لاشتراطات الهاردشيب بقولها، (هناك هاردشيب عندما تقع حوادث تؤدي تغيراً كلياً في توازن الأداء، أما برفع تكلفة تنفيذ الأداءات أو بنقص قيمة الاداءات المقابلة و:

أ) أن تطرأ هذه الحوادث بعد إبرام العقد أو يعلم بها الطرف المغبون بعد انعقاد العقد.

ب) أن الطرف المتضرر لم يأخذها بعين الاعتبار وقت إبرام العقد بصفة معقولة.

ج) أن تخرج هذه الحوادث من رقابة الطرف المتضرر.

د) أن الأخطار المتعلقة بالحوادث لم يستطع الطرف المتضرر تحملها).

ويظهر التطبيق التعاقدي تنوعاً كبيراً لاشتراطات الهاردشيب، وذلك بحسب اختلاف أنواع العقود وحسب تباين إرادة الأطراف المتعاقدة، ولكن يبقى مضمون هذه الاشتراطات نفسه، فعلى سبيل المثال نذكر الاشتراط التالي، (إذا ما حدثت أثناء سريان العقد تغيرات هامة في الحالة العامة له أو تطورت الظروف إلى درجة أن أدت إلى إرهاق أحد طرفي العقد، بحيث لا يمكن مطالبته بتحمله العبء طبقاً لقواعد العدل، فان الأطراف تتفق بتعديل شروط العقد على وفق المعطيات الجديدة، وبصفة عادلة للطرفين المتعاقدين على حد سواء). ولتقريب المعنى أكثر نأخذ مثلاً آخر،(في حالة ما إذا طرأت أثناء تنفيذ الأشغال أحداث أو ظروف سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو تكنولوجية أو غيرها، مما لا يتوقعها الطرفان عند إبرام العقد،بحيث تقلب توازن الأداءآت التعاقدية أو تجعل تنفيذ الالتزامات مرهقة لأحد المتعاقدين، فان الطرف الذي يرى بأنه تضرر له الحق في المطالبة بمراجعة هذا العقد، وفي هذه الحالة يتخذ الطرفان كل الإجراءات اللازمة لأجل مواصلة الأشغال بدون إلحاق ضرر لأحدهما، وإذا لم يتفقا في أجل معقول فأنهما يلجأن إلى التحكيم المنصوص عليه في المادة كذا).[9] ومن قراءة هذين الاشتراطين تتجلى الشروط الواجب توافرها لتحقق الهاردشيب وهي :

1) حدوث تغير في الظروف العامة.

2) أن تكون هذه الظروف غير متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف.

3) أن تؤدي هذه الظروف العامة إلى إرهاق المدين عند تنفيذ العقد.

وهي نفس الشروط المطلوب تحققها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، لذا لم يفرق بعض الفقهاء بينهما،[10] اذ يرى هؤلاء بان نظرية الظروف الطارئة تهتم بالأوضاع أو العلاقة التي تكون موجودة أثناء إبرام العقد ما بين التزامات الأطراف المتعاقدة، والتي تقلب رأساً على عقب بسبب حدوث ظروف غير متوقعة وقت تنفيذ العقد، أما اشتراطات الهاردشيب فهي التي يتوقع فيها

الأطراف الظروف الطارئة التي يمكن أخذها بعين الاعتبار وقت التعاقد، وتحدد فيها النتائج التي قد تترتب عن هذه الظروف بهدف إعادة النظر في العقد و تكييفه معها، وبالتالي فان اشتراطات الهاردشيب يمكن اعتبارها بمثابة تنظيماتفاقي لنظرية الظروف الطارئة.

المطلب الثاني
العناصر المكونة للهاردشيب

تقسم اشتراطات الهاردشيبإلى قسمين رئيسيين، أولهما يحدد الفرض والثاني يحدد النظام القانوني الواجب التطبيق عند تحقق الفرض. ويتضمن الفرض الشروط الواجب توافرها لتحقيق الهاردشيب وهي شرطان:-

1) وقوع حادث استثنائي عام خارجي.

2) يؤدي إلى إخلال بتوازن اقتصاد العقد، بمعنى أنه يؤدي إلى تغير معتبر في المعطيات الأساسية للعقد. أو من شأنه أن يصبح تنفيذ الالتزام يثقل أو يرهق المدين بشكل غير عادل أو يهدده بخسارة فادحة[11].

وعند توافر هذه الشروط يقوم الطرف المعني بالهاردشيب بإبلاغ المتعاقد الآخر بتحققه، عندما يرى ضرورة تعديل العقد مع المعطيات الجديدة، وهذه المرحلة تسمى بمرحلة المراجعة أو المعاينة.أما القسم الثاني من اشتراطات الهاردشيب المتعلق بتحديد الأحكام القانونية التي تطبق على الهاردشيب، فهذه سنرجئ الحديث عنها إلى المبحث الثاني. وغالباً ما تبدأ بعض الاشتراطات بتمهيد أو مقدمة قصيرة مثالها، (الحقوق والالتزامات الناجمة عن الاتفاق الحالي يحدد على وفق الظروف ووضعية الأطراف أثناء توقيع العقد). كذلك (تعترف الشركات الموقعة بأن الروح التي تحكم العقد والتي دفعتهم للتعاقد هي روح التضامن، وبمقتضاها يأخذ كل طرف بعين الاعتبار الحالات الخاصة للأطراف المتعاقدة الأخرى من الموقعين، خصوصاً إذا نجم عن تطبيق الاتفاق الحالي ضرر غير عادي للآخر مرتفع، مقارنة عن ذلك

المفترض لمجموع الأطراف فالشركات تقبل تقسيم الآثار بصفة عادلة بينهم).[12]

ونلاحظ أن التمهيد المذكور يوحي للمتعاقدين وللغير (المحكم، القاضي، الخبير)، في حالة مراجعة العقد على وفق المعيار المعتمد من قبل الأطراف المتعاقدة لقياس الإرهاق أو الأثقال، فهنا يثار التساؤل حول المعيار الذي أخذ فيه في المثال الأول، هل هو معيار موضوعي يتعلق (بتوازن الاداءات) ...؟ أم اعتمدوا المعيار الذاتي (العدالة) كما في المثال الثاني...؟ للإجابة عن هذا السؤال يتوجب بيان عناصر الهاردشيب أولاً بثلاث فروع متتالية.

الفرع الأول
الحادث الاستثنائي

لتحقق الهاردشيب لابد من وقوع حادث استثنائي، فإذا كان مألوفاً فلا يعتد به ولا تعتبر الخسارة التي تلحق المدين مرهقة، وغير عادلة لأن من عادة المألوف أن يكون محتملاً بحكم التعامل، فاشتراطات الهاردشيب تشير إلى العبارات التالية، (وقوع تحولات معتبرة) أو (تغيرات بارزة في الأوضاع)[13] والاستثنائية على هذا التحديد تعني ندرة الوقوع أو الخروج عن مألوف الحياة،[14] وعليه فإن من الظروف ما يكون بطبيعته استثنائياً لا يحدث إلا في النادر القليل، مثل ارتفاع أو انخفاض الأسعار بمعدلات طفيفة أو حصول أزمة اقتصادية مالية عالمية ترمي بظلالها على كافة العقود المبرمة، أو تكرار الفيضانات بمنسوب معلوم إلا أنه في هذه الحالة الأخيرة قد يكون الارتفاع أو الانخفاض للأسعار بمعدل غير مألوف لعظمته أو فداحته، وقد يتدفق الفيضان بمنسوب عال يخرج بكثير عما اعتاده الناس في حياتهم بكذا فيضانات. وهنا يصبح الظرف الطارئ في جميع الحالات ظرفاً استثنائياً، بعد أن كان غير ذلك بحسب المنشأ.

أن الغاية من تطلب شرط استثنائية الظرف أو التغير في حد ذاته، هو التضييق من مجال الخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، إلى الحد الذي يمكن معه التوفيق بين استقرار المعاملات وما يتطلبه من ثبات في الروابط العقدية، وبين مقتضيات العدالة وما تتطلبه من ضرورة مراجعة الروابط العقدية، إذا ما أدت التقلبات في الظروف الاقتصادية التي أبرم العقد في ظلها إلى هدم هذه العدالة.

وفي الواقع لا يمكن أن يتم هذا التوفيق بين مبدأ استقرارالمعاملات ومبدأ العدالة العقدية باشتراط أن يوصف الحادث بالاستثنائية، لأنه قد يفضي إلى نتائج غير استثنائية، كما أن التغيرات العادية المألوفة قد تفضي إلى نتائج غير عادية أي نتائج استثنائية، لذلك نذهب إلى القول بضرورة أن يوصف الأثر الناتج عن هذا الحادث بالاستثنائية لا الظرف في ذاته.ولا يكفي أن يكون أثر الحادث استثنائياً بل لابد أن يتصف الحادث في حد ذاته ببعض الصفات وهي العمومية والخارجية وبالشكل التالي:

1) العمومية

أن عمومية الحادث في نظرية الظروف الطارئة تنصرف إلى أن يشمل التغيرات، طائفة من الناس ويصيب رقعة مكانية واسعة،[15] وهذا لا يجد له مبرراً في العقود الدولية، فالمقصود بعمومية الحادث في اشتراطات الهاردشيب، هو تغير في الوضع العام أي المعطيات العامة أو الظروف الذي أبرم في ظله العقد وأرتكز عليه الاتفاق الأصلي. وهذه الأخيرة تخص في غالب الأحيان التطورات في الظروف الاقتصادية أو التجارية أو المالية أو السياسية.[16]

ونعتقد أن شرط العمومية يتعارض مع فكرة التعديل، لأن تحقيق العدالة في الأداءات يستوجب رفع الظلم الذي يلحق بأحد الطرفين نتيجة التغير. بغض النظر عما إذا كان هو الوحيد المتضرر من التغير أو هناك آخرون تضرروا منه. لذا أختلف مفهوم العمومية في العقود الداخلية عنه في العقود الدولية.

2) **الخارجية**

لا يكفي أن يتصف الحادث بالعمومية بل يجب أن يتصف أيضاً بخارجيته، أي يكون خارجاً عن إرادة الأطراف، فلا يكون الطرف الذي يثير الهاردشيب متسبباً في حدوثه بخطئه أو خطأ تابعيه.وهو شرط يتناسب مع هذا النوع من الاشتراطات شرط عدم إمكان التوقع.[17]

لكننا نرى ضرورة تضمين شرط عدم توقع الحادث لأسباب عديدة منها، أن مبادئ القانون الموحد في المادة 126 المتعلقة بالهاردشيب، تتطلب هذا الشرط في الفقرة (ب) بنصها (أن الطرف المتضرر لم يأخذها (الظروف)عند إبرام العقد بعين الاعتبار بصفة معقولة). وأن التطبيق التعاقدي يظهر كثرة اشتراط هذا العنصر في العقود الدولية.[18]

والجدير بالإشارة أن المعيار المتخذ لقياس عدم توقع الحادث في المادة(126/ب) من القانون الموحد، هو المعيار الذاتي المتمثل في الاحتياط المعقول، وهذا ما أكده قرار تحكيمي صادر عام 1989،[19]

وفيه أثار البائع عدم تعادل الأداءات مبيناً أن ثمن المبيع (الحديد) أصبح بخساً، مقارنةً مع الثمن العالمي للحديد فجاء في إحدى حيثيات القرار، إن تطور ثمن الحديد كان متوقعاً، والبائع كان عليه أن ينتظر ارتفاع ثمن الحديد بل أكثر من هذا الارتفاع الواقع.

كذلك يتفرع عن شرط خارجية الحادث عدم إمكانية رده أو تلافيه، بمعنى أن لا يكون الطرف المتضرر من وقوع الحادث قادراً على رده أو على الأقل رد آثاره وهو يتصرف تصرفاً حذراً ومعقولاً. وعندما نقف عند كلمة (معقول) نجد أن محتواها القانوني أقل دقة من عبارة (عدم توقع أو عدم إمكانية رد الحادث)، إلا أنه يمكن تقييم العبارة اقتصاديا بمقارنة الأعباء والفوائد وهو يصعب بالنسبة للشرطين السابقين.

الفرع الثاني
الإخلال بتوازن اقتصاد العقد

يجب أن يؤدي الحادث الاستثنائي العام الخارجي إلى إخلال بتوازن العقد الاقتصادي، وهذا الأثر في التغيير يتخذ صورتين: الأولى يؤدي إلى تغير معتبر في المعطيات الأساسية للعقد، والثانية عدم الإنصاف أي الإخلال غير العادل وقد يجمع اشتراط واحد كلتا الصورتين.

1) التغير المعتبر في المعطيات الأساسية للعقد (المعيار الموضوعي)/هذه الصورة لا تعتد بأي أثر للحادث أو الظرف، لكن يعتد بذلك الظرف الذي يكون من شأنه أن يحدث تغيراً في المعطيات الأساسية للعقد. والسؤال الذي يثار هنا، متى يعتبر التغير جوهرياً أو معتبراً...؟

لابد من الأخذ في الحسبان نتائج التغيرات التي طرأت على العقد، فالتغير يكون معتبراً بالنظر إلى توازن العقد الاقتصادي،[20] فمن البديهي أن تغيرات الظروف الهامة والتي لا تؤثر كثيراً أو قليلاً على اقتصاد العقد، لا تفتح المجال لإعادة تعديل العقد على وفق الظروف. بل أن الظرف أو التغير في المعطيات الذي يحدث اضطرابات في العقد هو الوحيد الذي يسمح بإعمال آلية التعديل، وفضلاً عن ذلك يحدث هذا التغير نتائج مختلفة أساساً عن تلك المتفق عليها عند إبرام العقد، بحيث يظهر للأطراف المتعاقدة أن العقد أصبح عقداً آخر يختلف تماماً عن الاتفاق الأصلي. وبصفة عامة لقياس درجة تغير المعطيات الأساسية للعقد يعتد بالمعيار الموضوعي، حول مدى حصول ضرر لأحد المتعاقدين، غير أن غالبية الاشتراطات لا تلزم بحصول ضرر ما، وإنما تكتفي بإعطاء صفة معتبرة للإخلال بالمعطيات الأساسية للعقد كما في الأمثلة التالية[21] :

_ (تكاليف ثقيلة جداً عن تلك المنصوص عليها عند التوقيع على العقد).

_ (هاردشيباقتصادي جوهري substantial economique hard ship).

_ (عندما ينجم عن الحوادث قلب للأسس الاقتصادية للعقد ، إضرار بأحد طرفي العقد).

_ (إذا انهارت مزايا الاتفاق الحالي بصفة أساسية).

2) الإخلال غير العادل

إن الإحالة إلى مفهوم العدالة في اشتراطات الهاردشيب، يضفي جانباً أخلاقياً في آلية العقود الدولية مع الظروف، فلا يكفي أن يكون ثقل الأعباء طفيفاً بل يجب للدفع بالهاردشيب أن يكون بالحد الذي يصير فيه تنفيذ الالتزام غير طفيف، بل يجب أن يكون بالحد الذي يصير فيه تنفيذ الالتزام غير عادل لأحد الطرفين، والأمثلة كثيرة تدل على مدى انشغال الممارسين للتجارة الدولية بالإنصاف، عندما تحل ظروف جديدة تهدم العدالة التعاقدية. ومن هذه الأمثلة :[22]

_ (إلى درجة أن يصبح تطبيق الاتفاق الحالي يرتب نتائج غير عادلة لأحد الأطراف).

_ (تفرض على أحد الأطراف تكاليف غير عادلة ناجمة عن الاتفاق الحالي).

_ (هاردشيب غير عادل للطرفين undue hard ship to either party).

نعتقد الإحالة إلى مفهوم العدالة يكون محل نظر ، لكونه مفهوم غير دقيق وأنها تثير مشكلة تقديرها، فمتى يكون الإخلال بالالتزامات غير عادل...؟ يمكننا القول بأن التغير المعتبر في المعطيات الأساسية للعقد والخلل غير المنصف، كوجهين للإخلال بتوازن اقتصاد العقد يقابلان مفهوم الإرهاق في نظرية الظروف الطارئة. حيث نصت المادة (146) الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي (على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وأن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).[23]

من خلال النص أعلاه وضع المشرع تعريفاً للإرهاق وهو تهديد المدين بخسارة فادحة، بمعنى تحمل المدين من جراء تنفيذ الالتزام أو فوات منفعة عليه، وذلك خارج عن الحد المألوف. أما من يتمعن في المادة (878) مدني عراقي، على أنه (ليس للمقاول إذا ارتفعتأسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجر حتى لو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً، على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول انهيارا تاماً بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وانعدم بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة جاز للمحكمة أن تقضي بزيادة في الأجر أو بفسخ العقد). .[24]

نجد هذه المادة تشير إلى المعيار الموضوعي للإخلال بتوازن اقتصاد العقد، وهو أن تحدث تغير في الأسس المالية للعقد. وبصفة عامة جميع القوانين التي نصت صراحةً على قبول نظرية الظروف الطارئة، حاولت وضع معيار لتحديد درجة الإرهاق، اذ يزيد عن الحد المألوف أو يهدد المدين بخسارة فادحة. ومن خلال تحليلنا لعنصر الإرهاق في نظرية الظروف الطارئة، نلمس التشابه أو التطابق بينها وبين اشتراطات الهاردشيب، ونستطيع الجزم أن هذه الأخيرة هي فعلاً تنظيم اتفاقيلنظرية الظروف الطارئة، كما قال الأستاذFontaine Marcel ،بحيث تبين لنا بأن الفقه،[25] يتأرجح بين المعيار الموضوعي والمعيار الذاتي وهو الأمر ذاته بالنسبة للأطراف في العقود الدولية عند صياغتهم لاشتراطات الهاردشيب، فسلطان الإرادة قد يختار المعيار الموضوعي ليتحقق الهاردشيب ،لابد من أن يؤدي الحادث إلى تغير في الأسس أو المعطيات الأساسية للعقد.وقد يختار المعيار الذاتي، أي ينظر إلى المدين وظروفه الشخصية وحالته، أن يكون من شأن الظرف أن يؤدي إلى تحمل المدين عبء غير منصف.

وخلاصة القول إن شروط الهاردشيب هي نفسها الشروط الواجب توافرها لتحقق الظرف الطارئ، ما عدا بعض الاختلاف في تفسير الفقه لها،

وكذلك من حيث الألفاظ المستعملة في اشتراطات الهاردشيب مع بقاء جوهرها مطابق لنظرية الظروف الطارئة، ويرجع ذلك إلى التطبيق العملي للعقود الدولية واختلاف أنواعها. ولما تتوافر هذه الشروط يتحقق الفرض وينجم عنه آثار متفق عليها، وهو القسم الثاني من الاشتراط المتعلق بالنظام القانوني الواجب التطبيق، فهل تتفق اشتراطات الهاردشيب من حيث الآثار مع نظرية الظروف الطارئة أيضاً أم لا ...؟

الفرع الثالث
مراجعة تحقق شروط الهاردشيب

قد تثير مراجعة الهاردشيب أو مدى تحقق الفرض صعوبات هامة، وهذا بسبب عدم دقة المعايير المستعملة لتقدير الإخلال في توازن اقتصاد العقد بالخلل غير المنصف أو المعيار الجوهري، (التغير المعتبر في المعطيات الأساسية للعقد). فيحاول الطرف المستفيد من تغير الظروف دائما التهرب من تعديل أو تكييف العقد مع الظروف الجديدة، ليترك الطرف المتضرر يتخبط في آثار الظرف غير المتوقع والخارجي عنه، فيبادر الطرف المدين الذي يرى بان شروط الهاردشيب اجتمعت، ويريد تعديل العقد مع الظروف الجديدة بإخطار المتعاقد معه بالوقائع التي أحدثت التغير في المعطيات، وبمدى الهاردشيب الذي لحقه ويرفق كل ذلك باقتراح وسائل تجاوز الصعوبات تماماً، كما يقوم الطرف الآخر بإبداء وجهة نظره في أجل معقول، أما بقبول اقتراحات الطرف المتضرر من الهاردشيب أو بقبول الالتقاء معه لأجل التفاوض حول مسألة التعديل، وإما يرفض هذه الاقتراحات صراحةً أو ضمنياً وذلك بسكوته عن إبداء موقفه.[26]

ولا خلاف يذكر في حالة حصول اتفاق على تعديل العقد مع الظروف الجديدة، لكن المشكلة تثار عند عدم الاتفاق سواء في مرحلة التفاوض أو منذ البداية في مرحلة الإبلاغ حول توافر شروط الهاردشيب، أي حول تحقق

الفرض. وهنا تختلف الحلول بحسب اتفاق الأطراف الصريح في اشتراطات الهاردشيب حول إتباع إجراء معين لحل هذه المشكلة أو سكوتهم عن ذلك...

1) في حالة وجود اتفاق صريح في اشتراطات الهاردشيب /

وهي حالة نادرة في اشتراطات الهاردشيب، وفيها يدرج الأطراف في اشتراطهم إجراء معين كاللجوء إلى التحكيم أو خبير اقتصادي، ليقرر وجود أو عدم وجود هاردشيب. وعلى سبيل المثال نأخذ الاشتراط التالي:

(في حالة عدم اتفاق الأطراف حول مبدأ المراجعة ، فأن المسألة يثيرها الطرف الأكثر عناية ويخضعها إلى التحكيم... المحكمون يقررون ما إذا كان هناك محل للمراجعة أم لا...). كذلك (عند عدم الاتفاق فمن المقرر أن كل طرف يعين خبيرا اقتصادياً، يعاونه خبيراً مالياً عند الاقتضاء واللذان يجتمعان قصد فحص ما إذا انهارت كلياً مزايا الاتفاق الحالي بسبب حادث غير متوقع).[27] ودور الخبير في هذه الحالة ينحصر في ملاحظة الوقائع والقول بوجود هاردشيب أم لا ، وليس له مطلق الحق في تعديل العقد مع المعطيات الجديدة.

2) في حالة السكوت عن الإجراء الواجب إتباعه

في كثير من الأحيان قد لا يفطن المتعاملون الاقتصاديون للمشاكل التي قد تثار بصدد إجراء مراجعة لبنود العقد، فلم يتفقوا على إدراج أحكام في اشتراطات الهاردشيب لتحل هذه المشكلة. فيحاول الطرف المستفيد من الظرف التهرب من تعديل العقد على وفق المعطيات الجديدة، فيرفض الاعتراف بتحقق شروط الهاردشيب بدون أدنى مبرر، وقد ينازعه حتى في مرحلة الإبلاغ ويرفض الالتقاء معه لأجل التفاوض وإمكانية تعديل العقد ويساعده في ذلك عدم دقة المعايير المعمول بها في تقدير عناصر الهاردشيب، فأما غياب أي اتفاق صريح حول الإجراء الواجب اتخاذه تقوم مسؤولية المتعاقد، لهذا الطرف الرافض للتفاوض على أساس قاعدة لا التزام بمستحيل فيعفى الطرف المتضرر من المسؤولية.[28]

وإذا ما تضمن العقد الدولي اشتراطا عاماً للتحكيم، فأن هذا الاشتراط هو الواجب التطبيق فيسمح للمحكم تحديد ما إذا كان الهاردشيب المثار من قبل الطرف المتضرر، يستجيب للشروط المطلوبة أم لا ، فإذا رأى عدم توافر هذه الشروط يبقى العقد ساري المفعول، وينتج كافة آثاره وإذا ما قرر وجود هاردشيب فعلاً فأنه يلتزم الأطراف بالالتقاء لأجل التفاوض أو بالأحرى إعادة التفاوض ولا يجوز له تعديل العقد كما أشرنا في النقطة السابقة.[29] وخلال مرحلة معاينة الهاردشيب إلى مرحلة إجراء المفاوضات ما مصير العقد الدولي، هل يبقى ساري المفعول أم يتوقف..؟

إن حدوث حالة الهاردشيب يترتب التزام بالتفاوض لأجل التعديل المحتمل للعقد، فيبقى ساري المفعول وينتج كافة آثاره خلال هذه المرحلة ما عدا في حالة اتفاق صريح مخالف لذلك.[30]

الحقيقة نجد مبرراً قوياً لهذا الحل، وهو أن مختلف الاشتراطات تنص بأنه في حالة الاتفاق حول التكييف، فالطرف الذي يثير الهاردشيب له الحق في إنهاء العقد لأنه طالما لم يستعمل هذه الرخصة يبقى العقد ساري المفعول و يلزم كافة الأطراف، فمن باب أولى يبقى العقد ينتج كافة آثاره خلال الفترة الممتدة بين حدوث التغيير وتحقق التعديل.

ويبدو أن هذا الحل هو المعتمد في المادة (6) من مبادئ القانون الموحد المتعلق بآثار الهاردشيب على أنه (في حالة وجود هاردشيب للطرف المتضرر أن يطلب فتح مفاوضات والطلب يجب أن يكون مسبباً وبدون أي تأخر، لأن الطلب لا يتيح للطرف المتضرر الحق في توقيف تنفيذ التزاماته).[31]

المطلب الثالث

تمييز اشتراطات الهاردشيب عن غيرها من الاشتراطات والنظريات المشابهة

تتشابه اشتراطات الهاردشيب بكثير من اشتراطات التعديل غير الآلية، كاشتراطات القوة القاهرة واشتراطات الحماية أو المراجعة واشتراطات

التقييس. كما تقترب من بعض النظريات كنظرية استحالة الهدف والظروف الطارئة والغبن والحوادث المفاجئة. فما هي مواطن التشابه والاختلاف بينها وبين الاشتراطات والنظريات المشابهة لها...؟

1) اشتراطات الهاردشيب والقوة القاهرة /

تخص اشتراطات الهاردشيب تقلباً في الظروف يمس اقتصاد العقد الدولي، فيجعل تنفيذه مرهقاً لأحد المتعاقدين، ويهدده بخسارة فادحة أو يجعل تنفيذه مجرداً من أية منفعة مع بقاء التنفيذ ممكناً لا مستحيلاً. أما اشتراطات القوة القاهرة تخص حدوث ظروف تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد بصفة مطلقة أو مؤقتة.[32] كذلك أن الظروف التي تحقق الهاردشيب ظروف عامة، فالتغير يمس الحالة العامة للمعطيات التي أخذها الأطراف بعين الاعتبار أثناء إبرام العقد، في حين تكون الظروف في القوة القاهرة في غالب الأحيان محددة على سبيل المثال لا الحصر وتخل بصفة مفاجئة تنفيذ العقد.[33] وتختلف من حيث آثار الحادث، ففي الهاردشيب ينظر إلى نتائج الظرف أو الحادث من ناحية الإخلال بمجموع العقد، في حين أنه في القوة القاهرة يخص جزء من العقد أو التزام معين من التزامات العقد. و أخيراً تتميز اشتراطات الهاردشيب عن اشتراطات القوة القاهرة من حيث الأحكام الواجبة التطبيق، ففي الأولى تنظم الالتزام بالتفاوض لأجل تعديل العقد، في حين تنظم الثانية توقف العقد لفترة معينة. والتفاوض لا يكون إلا بعدما تمتد استحالة تنفيذ العقد بعد فترة التوقف.[34] وغني عن البيان أن الاشتراطين يلتقيان في تنظيمهما لفسخ العقد في حالة الاستحالة النهائية في تنفيذ العقد أو عدم الاتفاق على التعديل، ويشتركان أيضاً في عدم توقع الحادث وعدم إمكانية تلافيه.

2) اشتراطات الهاردشيب واشتراطات المراجعة أو التعديل واشتراطات التقييس

توجد عدة اشتراطات للتعديل الغير الآلي تسمح بتغيير الشروط التعاقدية في بعض الظروف المعينة كاشتراطات المراجعة، التي تقضي بصفة

عامة مراجعة العقد عند حدوث تغير محدد سلفاً، كتغير في القيمة النقدية في الأجور أو الثمن... ولعل اشتراطات المراجعة الأكثر انتشاراً وشيوعاً هي اشتراطات الزبون الأكثر رعاية والعرض المنافس، وهذه الاشتراطات يستعملها المتعاقدون في عقود توريد البترول، حيث تسمح لشركات نفطية بتحميل المشترين كل زيادة في ثمن البترول من طرف البلدان المنتجة له. واشتراطات الرفع والتخفيض التي تسمح بمراجعة الشروط المالية للعقد في حالة رفع أو انخفاض مستوى الأجور أو تكلفة المادة الأولية. [35]

الحقيقة أن جميع هذه الاشتراطات تتميز عن اشتراطات الهاردشيب، في كونها تشير إلى حوادث معينة ومحددة سلفاً وليست حوادث عامة. وعلى هذا الأساس تنظم الأطراف المتعاقدة مسبقاً آثار هذه الحوادث كتحديد مسبق للثمن وتطبيق شروط الأكثر رعاية الممنوحة للغير على العقد وتعديل العقد مع العرض المنافس الممنوح للغير... في حين لا تسمح اشتراطات الهاردشيب إلا بالتفاوض.

كما تختلف من حيث أثر التغير أو الحادث، ففي اشتراطات الهاردشيب يكون من شأن التغير أن يمس بمجموع العقد (المعطيات الأولية للعقد)، بينما اشتراطات التعديل غير الآلية (المراجعة) فلا يمس التغير إلا عنصراً معيناً للعقد (كالثمن أو المحل)، ويكون لفائدة طرف واحد (البائع). ومع ذلك فان التفرقة ليست مطلقة فقد تفضي اشتراطات المراجعة إلى إعادة التفاوض. هذا من جهة ومن جهة أخرى توجد في التطبيق التعاقدي اشتراطات للهاردشيب تحدد ظروف خاصة وليست عامة.

3) اشتراطات الهاردشيب ونظرية الغبن

يعرف الغبن بأنه عدم تعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه، أو أنه يوجد غبن عندما يكون ثمن مال أو خدمة كما حدد في العقد، مختلاً اختلالاً واضحاً عن القيمة التجارية الموضوعية لهذا المال أو هذه الخدمة.[36] وبناء عليه يجب أن تقييم الأشياء حسب الأسعار السائدة لحظة التعاقد، فإذا

كانت قيمة أداءات طرفي العقد وقت التعاقد متكافئة، فلا يعتد بأي تغير يطرأ عليها بعد ذلك واعتمادا على هذه القاعدة يفترق الغبن عن اشتراطات الظروف الطارئة أو اشتراطات الهاردشيب، التي تفترض اختلالاً في التعادل الذي كان قائماً لحظة إبرام العقد نتيجة التغير الذي حدث في الظروف التي ابرم العقد في ظلها، وعندما يتحقق الغبن فانه يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال، بينما تؤدي اشتراطات الهاردشيبإلى مراجعة العقد أو فسخه.

4) اشتراطات الهاردشيب ونظرية الحوادث المفاجئة

الحوادث المفاجئة هي عبارة عن صعوبات مادية غير معروفة من الأطراف وقت إبرام العقد، وتكون موجودة من قبل التعاقد، وبالتالي لا تدخل في توقعهم، ويكون من شأنها أن تثقل في تكلفة الأشغال العامة مع بقاء تنفيذ العقد ممكناً، ومعظم الصعوبات تكون ذات طبيعة جيولوجية ونادراً ما تكون ذات طبيعة تقنية. فهذه النظرية تسمح للمقاول في طلب تعويض إذا كان مجبراً على تنفيذ العقد رغم وجود هذه الصعوبات الخارجة عن إرادته وتوقعه، فوجه التفرقة الأساسي أن ميدان تطبيق النظرية يقتصر في الصفقات العمومية أو الأشغال العامة والتوريدات. وأن الحوادث هي عبارة عن صعوبات تكون موجودة مسبقاً قبل التعاقد، في حين تطرأ الحوادث أو الظروف في اشتراطات الهاردشيب عند تنفيذ العقد ومجالها واسع يخص مختلف أنواع العقود الدولية الطويلة الأجل.[37]

5) اشتراطات الهاردشيب ونظرية استحالة الهدف

نظرية استحالة الهدف أنها من خلق القضاء الانكليزي، حيث لا تهدف إلى حماية المدين بل الأخذ بيده لإخراجه من الإفلاس باسم العدالة، [38] خلافاً لما هو عليه الأمر في اشتراطات الهاردشيب، حيث تهدف إلى إعادة التوازن بين الالتزامات التعاقدية بين الطرفين من خلال التفاوض وضمان استمرار المشروع وتنفيذه. وهذا الاختلاف بين الاثنين ينجم عنه اختلاف في الآثار، فنظرية استحالة الهدف تؤدي إلى فسخ العقد الأصلي فوراً، أما

اشتراطات الهاردشيب فهي تؤدي إلى إعادة التفاوض من أجل تعديل العقد واللجوء للفسخ كحل أخير.

المبحث الثاني
آثـــار الهـاردشـيب

إن خصوصية اشتراطات الهاردشيب تكمن أساساً في استثناءها لكل تكييف آلي للعقود الدولية، خلافاً لاشتراطات الإبقاء على القيمة أو اشتراطات المراجعة بشكل عام.[39] فلما يتحقق الفرض سواء كان ذلك باتفاق الأطراف أنفسهم أو بقرار من المحكم أو الخبير المناط لهم هذه المهمة، ينص الاشتراط على النظام الواجب التطبيق بعيداً عن كل تكييف آلي. بيد أن غالبية الاشتراطات لا تنص صراحةعلى هذا النظام، فما هو الحل إذا تقاعس الطرف المستفيد من الهاردشيب من الإجابة على الإبلاغ الذي تلقاه...؟

قبل الخوض في أجابة هذا التساؤل، علينا أولا بيان طبيعة القانون الذي يخضع له العقد الدولي وما يتضمنه من اشتراطات أو بنود، الأصل أن الاطراف لديهم الحرية في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية، ولكن هذه الحرية مقيدة بوجود صلة بين العقد والقانون المختار، ويتصل العقد بالقانون المختار أما بجنسية أحد المتعاقدين أو بموطنه أو بمحل ابرام العقد أو محل التنفيذ. وهذه الصلة فرضتها حاجة التجارة والمعاملات الدولية، وقد نجد في مجال التجارة الدولية اخضاع عقد لقانون معين بحيث يصبح عقدا نموذجيا لتجارة معينة كالحبوب والقطن والصوف، ففي مثل هذه الحالة اذا ما ابرم المتعاقدان عقدهما وفقا للعقد النموذجي وأختارا القانون الذي يخضع له هذا النموذج يصبح القانون المختار ذا صلة بالعقد، ولو لم تتوفر بين العقد وبين هذا القانون صلة من حيث الجنسية أو الموطن أو محل التنفيذ وغيرها. وهذا ما ذهب اليه المشرع العراقي في الفقرة الأولى من المادة (25) مدني ، اذ قال (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي وجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم

فيها العقد هذا مالم يتفق المتعاقدان أو تبين الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه)، ويتبين من هذا النص أن المشرع أخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يختاره المتعاقدان في العقد بارادتهما الصريحة أن اعلن عنها في العقد، والا فبارادتهما الضمنية التي يمكن للقاضي أن يستخلصها من ظروف الحال. والواقع يشير بأن المسؤولية التعاقدية تصبح قائمة طبقاً للقانون الواجب التطبيق على العقد (قانون الارادة)، ولقد جاءت قرارات التحكيم الدولي تتبنى هذا الحل على أساس خرق الالتزام بالتعاون أو واجب التعاون. وهو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، فالأطراف غير ملزمين بالوصول إلى نتيجة خلال مرحلة التفاوض، ولكن يقع عليهم التزام بإتباع سلوك مشرف حسب قرار غرفة التجارة الدولية في باريس رقم 2551 لسنة 1990.[40]

لكن الملاحظ أن مسألة إثبات خطأ أحد الأطراف في إتباع السلوك المشرف اللازم في المفاوضات شائكة للغاية، يتطلب حنكة قانونية واقتصادية ومالية ودراية كبيرة بالتطبيق المهني la pratiqueprofessional من طرف المحكم، وحتى لو افترضناأن المحكم استطاع إثبات الخطأ أي سوء النية لدى هذا المتعاقد، فسيلقى المحكم مشكلة أخرى وهو تقييم الضرر اللاحق بالطرف الآخر، ويتعين عليه في هذه الحالة تحديده استناداً على الوضعية كما لو كانت حسن النية موجودة وتمت المفاوضات فعلاً. وعند إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما يكون للمتعاقد المتضرر من الهاردشيب الحق في طلب فسخ العقد أو التعويض طبقاً للقانون الواجب التطبيق على العقد.

ولعل أحسن طريقة لتجنب عبء إثبات الخطأ والضرر وتحكم المحكمين في مسألة تقدير عناصر قيام المسؤولية التعاقدية، هو أن يحدد الأطراف المتعاقدة مسبقاً في اشتراطهم النظام الواجب التطبيق وإن كان يختلف بحسب صياغتها، فقد صدق أحد المؤلفين عندما قال (لا نستطيع تعيين نطاق محدد لاشتراطات الهاردشيب ولكنها تتطلب دائماً المناقشة حسن النية والإحالة على العدالة)،[41] ومبدئياً تقضي اشتراطات الهاردشيب بأن

الأطراف عليهم مراجعة العقد أو تعديله، وعند الاختلاف قد يخول للغير هذه الصلاحية وعند عدم الوصول إلى أية نتيجة يفسخ العقد. وهذه هي الآثار التي سنبحثها في المطالب التالية.

المطلب الأول
تعديل العقد

تحدد اشتراطات الهاردشيب بصفة عامة أجلاً قصيراً للوصول إلى تعديل العقد على وفق المعطيات الجديدة (شهرين أو ثلاث كحد أقصى)، وعادةً ما تستعمل عبارة (أجل معقول) للدلالة على إجراء التعديل في أقرب وقت ممكن نظراً للمصالح التي تنطوي عليها العقود الدولية. وعلى هذا الأساس نرى أن الأطراف ملزمة بالالتقاء لأجل التفاوض وبحث التغيرات الممكن إدراجها في العقد لتكييفه على وفق الظروف الجديدة، وهذا لا يمنع من الاتفاق صراحة على أن يقوم الغير(محكم، خبير) بهذا التعديل عندما تختلف الأطراف حول التعديل ذاته أو طرقه.

الفرع الأول
مراجعة العقد من طرف المتعاقدين

يرتب الهاردشيب التزام على الأطراف بإجراء مفاوضات لأجل تكييف أو تعديل العقد مع المعطيات الجديدة. وعلى سبيل المثال تتضمن بعض العقود (يباشر الأطراف عملية مراجعة العقد)، أو (يتشاور الأطراف لأجل الوصول سوياً إلى ملائمة عادلة للاتفاق الحالي)، أو (يلتقي الطرفان المتعاونان لأجل تحديد وسيلة العلاج بسرعة وبصفة عادلة لهذه الوضعية المجحفة)، أو (في إطار روح التفاهم والعدالة).[42]

وبغية الحد من الاختلال في توازن اقتصاد العقد، يستعمل المتعاقدون معايير معينة تحكم المفاوضات الجديدة، مثل المعايير الذاتية المتعلقة بالعدالة والأمانة في إجراء المفاوضات. كذلك قد تكون معايير موضوعية ترمي إلى إعادة التوازن الأصلي للأداءآت بين الأطراف المتعاقدة.

مثلاً يقول (لأجل إرجاع الأطراف إلى الوضعية المتوازنة المماثلة لتلك التي كانت موجودة أثناء إبرام العقد الحالي). وهذا النوع من المعايير لا يثير مشاكل لأن مسألة التوازن في الأداءات يمكن حسابها بالأرقام، ولكن تثار المشكلة بصدد المعيار الذاتي عند التقدير، فالعدالة والسلوك المشرف هي مفاهيم واسعة ومتغيرة وغير دقيقة، وتزداد هذه المشكلة في العقود الدولية التي تكون بين أطراف غير متجانسة اقتصادياً أو قانونياً، خاصةً عندما يكون أحد الأطراف ينتمي إلى دولة نامية وآخر إلى دولة متقدمة، أو أحدهم ينتمي إلى النظام الانكلوسكسوني والآخر إلى النظام اللاتيني. في حين ينعدم الإشكال عندما تكون الأطراف المتعاقدة متجانسة، ومن باب أولى إذا كانت بينهم علاقات تجارية سابقة ومشرفة. وعندها تكون مرحلة إعادة المفاوضات مثمرة، فيحصل اتفاق نهائي على مراجعة العقد، فيحدد الأطراف جوانب العقد التي يمسها التغيير والطرق أو الوسائل الكفيلة بإعادة إرجاع توازن العقد الأصلي وبصفة عادلة، إذ يتحمل كل منهم نصيب من الهاردشيب وتبقى العلاقة التعاقدية قائمة.

الفرع الثاني
مراجعة الغير للعقد الدولي

أمام اختلاف الأطراف المتعاقدة على التكييف الملائم للعقد، تقضي بعض الاشتراطات بإسناد هذه المسألة إلى الغير وقد نقصد به محكما أو أكثر أو خبيرا أو مصالحا، ومثاله (في الحالة التي يتعذر فيها على الأطراف إيجاد حلاً لصعوباتهم فان المسألة تخضع إلى التحكيم)، كذلك (الأطراف يرجعون الأمر إلى قرار المصالح). وبموجب هذا النوع من الاشتراطات تبين للمحاكم أو بصفة عامة (الغير) مهمة إعادة توازن اقتصاد العقد والبحث عن الحلول المناسبة له، وأحيانا تتحدد المهمة كما في الاشتراط التالي، (المحكمون بعد سماعهم للأطراف لهم تغيير الشروط المتنازع عليها في الحدود المعقولة لأجل إرجاع وضعية الأطراف أو فسخ الاتفاق)، وغني عن

البيان أن الغير بدوره يتبع أما المعيار الذاتي أو الموضوعي ضمنياً أو صراحةً كما في الاشتراط التالي، (... بحيث أنه يحترم روح التعاون والتقييم العادل للنتائج التي سبقت إبرام الاتفاق الحالي).[43]

وهنا قد تثار مسألة طبيعة قرار المحكم أو الخبير، ومن ثم هل له قوة ملزمة للأطراف أم لا...؟

إن الأهمية العملية للإجابة عن هذا التساؤل يكمن فيما إذا كان قرار الغير تحكيمياًأو قضائياً وبالتالي يمكن تنفيذه عن طريق إجراءات تنفيذ الأحكام أو القرارات الأجنبية، وإذا كان قراراً غير قضائي فأنه يدخل في العقد ويندمج فيه، فلا يكون له إلا أثر القوة الملزمة للعقد ذاته، وفي حالة رفض تنفيذه من قبل أحد الأطراف فما على الطرف المتضرر سوى إتباع الإجراءات العادية أمام القضاة أو المحكم عند وجود الشرط ألتحكيمي في العقد. ونود الإشارة بان المحكم يفصل في نزاع قانوني قائم بين طرفين أو أكثر و هذا ما نجده في اشتراطات الهاردشيب، وبالتالي يحسم النزاع القائم بين المتضرر من الهاردشيب والمستفيد منه، وبطبيعة النزاع هو ذو طبيعة قانونية إذ يقوم المحكم بالتحقق من توافر شروط الهاردشيب من عدمه.[44]

ويمكن في مرحلة إعادة التفاوض نستطيع القول بأن هناك تحكيم إذا طلب الأطراف من المحكم تقدير خطأ أحدهم، ولا يعتبر السلوك المتبع خلال المفاوضات خرق للالتزام بالتعاون أو التفاوض، ولكن لما يطلب من المحكم تكييف العقد على وفق الظروف الجديدة أي إعادة تنظيم العلاقات التعاقدية فهل يتعلق الأمر دائما بالتحكيم...؟

اختلفت الآراء حول هذه المسألة، فحسب تحليل تقليدي[45]لا يزال يحتفظ بقوته يقضي بأن المحكم الذي يعدل العقد، لا يقوم بعمل قضائي وإنما يقوم بعمل وكالة، فهو وكيل مشترك للأطراف يحل محلهم لأجل مراجعة العقد فقراره القاضي بتعديل العقد لا يمكن تنفيذه كقرار تحكيمي.

الحقيقة نحن لا نتفق مع هذا الرأي، فإذا اعتبرنا الغير وكيلاً وليس محكماً حقيقياً، فإن صعوبة أخرى سوف تظهر للوجود في حالة نشوب نزاع فيما بعد بين الأطراف عند تنفيذ العقد، فيكون من غير المنطقي أن يحكم (هذا الغير)، النزاع باعتباره محكماً بعدما عرف تطبيق العقد بصفته وكيلاً. وبالتالي فهذه الطبيعة الخاصة للمهمة المسندة للمحكمين أدت بغرفة التجارة الدولية عام 1978، إلى إصدار تنظيم جديد يسمى بإعادة تنظيم العلاقات التعاقدية، فجاء في المادة (11) منه بعنوان (نطاق تدخل الغير)، فكان مضمون المادة (حسب اختيار الأطراف للغير أن يضع توصية أو يتخذ قراراً وعندما يصدر الغير توصية فإن الأطراف يأخذونها بعين الاعتبار وبحسن نية، ولما يتخذ الغير قراراً فإن الأخير يندمج في العقد و يخضع له الأطراف كالعقد نفسه ويلزمهم بتنفيذه باعتباره تعبيراً عن إرادتهم).[46] يستفاد من هذا النص أن الغير لا يلعب دور محكمة التحكيم حسب تنظيم غرفة التجارة الدولية، بل يقوم بالمهمة المسندة إليه عندما تتفق الأطراف على إعطاء سلطة اتخاذ القرار وليس اقتراح مجرد توصية، لكن هذا الحل ينطوي على أخطار نظراً للشك الذي قد يكتنف تكييف قرار المحكم. وعموماً مهما اختلفت تسميات (الغير) محكم أو مصالح أو خبير، فمن الثابت أن التحكيم تطور بشكل ملحوظ، إذ لم يعد يقتصر دوره في فض النزاعات ذات الطبيعة القانونية في العقود الدولية، بل تعدى ذلك وأصبح يدخل في العلاقة التعاقدية في حد ذاتها عن طريق إعادة تنظيمها وتكييفها مع الظروف الجديدة حتى وإن كان هذا الدور حديث العهد. علما أن المحكم أو الغير عند قيامه بالتعديل، يعتمد على قانون الإرادة أي قانون العقد (المادة 1/25) مدني عراقي، مثله مثل القاضي الوطني ويطبق القواعد الموجودة في ظل هذا القانون، أما بإنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل أو وقف تنفيذ العقد مؤقتاً أو تنفيذه مقدماً أو يحكم بتمديد العقد، وسنحاول بيان ذلك بنقاط متتالية:

1) إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل/

يكون الإنقاص أو الزيادة في الكم أو الكيف، على أنه في حالة حدوث ظروف طارئة يترتب عليها أن يصبح تنفيذ الالتزام العقدي محاطاً بصعوبات شديدة أو يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة، يجوز للمحكمة أن تحدد مقداره، ونرى أنها تحتمل إنقاص الالتزام أو الزيادة في الالتزام المقابل، ونعتقد أن المشرع زود القاضي بمعيار مرن لدى رفعه الإرهاق عن المدين، وأوجب عليه مراعاته ونقصد به أن يوازن بين مصلحة الطرفين المتعاقدين، فقد ورد في الفقرة الثانية من المادة 146 مدني (.... جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول...)، أننا نعتقد أن صياغة النص قد لا تكون دقيقة ، لأنها توحي ان سلطة القاضي أو المحكم أو الغير عموما تقتصر فقط على انقاص الالتزام المرهق ، في حين ان الامر ليس كذلك ، فان القاضي او المحكم لا تقتصر سلطته على انقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول، بل تتجاوز ذلك لتشمل تعديل العقد من خلال زيادة التزامات الدائن المقابلة للالتزامات المدين ، أو يحكم بايقاف تنفيذ العقد مؤقتا لفترة معينة، اذا كان القاضي أو المحكم يقدر زوال الظرف الطارئ في وقت قريب . وهذا النهج يحقق العدالة بين الطرفين، خاصة عندما يتم توزيع الخسارة على الطرفين المتعاقدين بعد الموازنة بين مصلحتيهما.

2) وقف تنفيذ العقد مؤقتا أو تنفيذه مقدما/

وقف تنفيذ العقد مؤقتا هي وسيلة شائعة، فلما يقرر القاضي أو المحكم أن أسباب اختلال التوازن العقدي مؤقتاً ويقدر لها الزوال، فأنه يقرر وقف تنفيذ العقد للمدة التي يستغرق فيها الحادث أو الظرف، وفي هذه الحالة يبقى العقد قائماً بجميع آثاره، فالالتزامات التي يرتبها تبقى قائمة بمقاديرها وقيمها المحددة في العقد، دون أن يمسها أدنى تعديل من حيث الزيادة أو النقصان، وغاية الأمر أن تنفيذ هذه الالتزامات يتوقف طوال المدة التي عينها القاضي أو المحكم لوقف تنفيذ العقد.وخلال فترة التوقف لا يحق لأحد

الطرفين مطالبة الطرف الآخر بالتنفيذ، إلا في حالة الإفلاس أو الإعسار لأنه الأجل المحدد يسقط في مثل هذه الحالة.وتبقى وسيلة تنفيذ العقد مقدماً وسيلة غير معروفة نسبياً، ومجال استعمالها ينحصر عادةً في العقود الدورية الطويلة الأجل.[47]

3) امتداد العقد /

يقصد به إطالة الفترة الزمنية اللازمة لتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، فهو (وسيلة لا تترك للعقد فرصة الانقضاء بطريق الوفاء في الموعد المحدد له، وإنما تدفعه إلى الاستمرار في حالة التنفيذ إلى فترة أخرى تبدأ بعد نهاية المدة المحددة للتنفيذ بإرادة الطرفين المتعاقدين.[48]

هذه مجملالوسائل القانونية لإعادة تكييف العقد مع الظروف الجديدة، لكن قد يجد القاضي أو المحكم نفسه أمام تغير أو ظرف أثر بصفة أساسية في العقد ويصعب عليه استعمال الوسائل المذكورة، لعدمنجاعتها فهل يقرر فسخ العقد من تلقاء نفسه ...؟ الفسخ كوسيلة من وسائل تكييف العقود الدولية مع الظروف كانت محل خلاف، ونظراً لأهميته التي ينطوي عليها سنفرد له مطلباً مستقلاً.

المطلب الثاني
فسخ العقد

يقع الفسخ إذا لم يتوصل الأطراف المتعاقدة خلال إعادة التفاوض إلى تكييف أو تعديل العقد على وفق الظروف الاقتصادية الجديدة، أو قرر الغير فسخ العقد لما تناط به هذه المهمة وهو وسيلة جذرية تنهي العلاقة التعاقدية. وفي أغلب الأحيان يتفق الأطراف مسبقاً وصراحةً على فسخ العقد في حال فشل المفاوضات، لكن قد تسكت الأطراف عن هذه المسألة فما هو الحل...؟

الفرع الأول
في حالة وجود اتفاق صريح على الفسخ

تقضي اشتراطات الهاردشيب على منح سلطة الفسخ لكل طرف في

العقد، وهذا هو المبدأ ونذكر المثالين التاليين، (إذا لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق في أجل معقول، فلكل طرف الحق في طلب فسخ العقد أو الجزء غير السليم في العقد وبدون تعويض)، و(عند عدم اتفاق الأطراف في اجل معين ابتداء من طلب التعديل، فان لكل طرف إمكانية إنهاء العقد بدون تعويض، بعد إشعار الطرف الآخر عن طريق رسالة موصى عليها، وخلال مدة الإشعار فان التوريدات تتابع بدون أي تغيير في الشروط التعاقدية). وقد يرد على المبدأ المذكور استثناء، فأرادة الأطراف قد تخول لأحدهم الحق في طلب الفسخ دون الطرف الآخر وفي آجل معين، كما في المثال التالي، (عند عدم اتفاق الأطراف حول إعادة التكييف في مدة 30 يوماً من تاريخ الطلب، فللطرف الذي يثير الهاردشيب الحق في إنهاء العقد بدون إشعار أو تعويض أو يستعمل هذه الرخصة في أجل 30 يوماً وإلا يتم تنفيذ العقد دون تغيير في شروطه).[49]

فأمام استحالة إعادة توازن اقتصاد العقد وعدم توافق إرادة الأطراف حول التكييف الملائم له، لا يبقى بيد المتعاقدين إلا اللجوء إلى الحل الجذري وهو الفسخ المتفق عليه مسبقاً في اشتراطات الهاردشيب، وحسب الاتفاق قد يصبح حق الفسخ لكل طرف في العقد وقد يقتصر على أحدهم فقط كالمدين بالهاردشيب أو الطرف الدائن.ومن يخول له اشتراط الهاردشيب فسخ العقد يقوم بإنهائه من تلقاء نفسه بدون حاجة إلى اللجوء للقضاء أو التحكيم لإيقاع الفسخ. ولكن هذا لا يعني أنه بمجرد أن يتحقق من فرض الهاردشيب ومعاينة عدم الاتفاق حول تعديل العقد، يجعل العقد مفسوخاً فلا بد من إتباع إجراء جوهري وهو إنذار الطرف الآخر، كما هو واضح في المثال الأول المذكور أعلاه[50]

ولكن في القانون العراقي صحيح قد أخذ بالفسخ كعلاج للإرهاق عن الظروف الطارئة بالنسبة إلى بعض العقود، مثل عقد المقاولة بالمادة 878 مدني، وعقد الإيجار في المادة 783 و784 و 792 مدني، بل أنه يعتبر الحل

الوحيد في عقد الإيجار من أجل رفع أثر الظرف الطارئ. ولكننا نرى عدم وجود حكم الفسخ في النص العام يعتبر نقصاً تشريعياً، لأن المفروض في النص العام سريان أحكامه على كافة العقود، ما لم يخرج قسم منها على بعض هذه الأحكام، وذلك بمقتضى نصوص خاصة، ولأن هناك من العقود لا يقل أهمية عن العقود التي أجاز المشرع بشأنها حكم الفسخ مثل عقد البيع وعقد التوريد، وهذه العقود قد تمثل صفقات كبيرة وإن الظرف الطارئ قد يكون جسيماً، بحيث لا يمكن معالجة الإرهاق الناجم إلا الحكم بالفسخ، أي إنهاء الرابطة التعاقدية.بيد أن بالإمكان إعطاء القاضي سلطة فسخ العقد، بشرط أن يلجأ إلى هذا الإجراء إلا عندما يتعذر عليه معالجة الإرهاق عن طريق تعديل العقد.

وسواء تقرر الفسخ باتفاق المتعاقدين أو بقرار من الغير، فإنه يرتب آثاراً متمثلة بزوال العقد ومحو آثاره بأثر رجعي. فإنهم يعودون إلى الحالة التي كانوا عليها من قبل التعاقد، أي يرد الدائن ما تلقاه من المدين بمناسبة تنفيذ العقد ويسترد ما قدمه لمدينه، وكذلك الأمر بالنسبة للمدين.

الفرع الثاني
في حالة سكوت المتعاقدين عن الفسخ

أمام إخفاق المفاوضات وغياب اتفاق صريح حول فسخ العقد، يجد الأطراف أنفسهم مخيرين بين فسخ العقد أو مواصلة تنفيذه بشروطه الأولى، أختلف الفقه بين مؤيد للحل الأول ورافض له.أما الفريق الأول المؤيد فيعتمد على أن الأطراف أرادوا مراجعة العقد لأنه تعرض لاختلال في توازنه الاقتصادي، فلا يمكن إلزامهم بمواصلة تنفيذ العقد المختل في حالة إخفاقمفاوضاتهم فيستخلص من إرادتهم في التفاوض أملهم في عدم تنفيذ هذا العقد غير المتوازن.[51]

أما الرأي الرافض للفسخ،[52] يقول عند عدم اتفاق الأطراف حول التعديلات اللازمة، يجب التقرير مبدئياً بأن العقد يبقى ساري المفعول في

جميع مقتضياته ما عدا حالة وجود اتفاق مخالف لذلك، لكنهم يضيفون إلى أن بقاء الأحكام التعاقدية بدون تغيير رغم حدوث الهاردشيب، لا يلاءم روح الاشتراط ولا نية الأطراف. وقد جاء قرار محكمة التحكيم رقم 2478، [53] مؤيداً لوجهة النظر هذه، مبيناً أن هذا الحل لا يجرد اشتراط الهاردشيب من محتواه بالسماح للطرف المستفيد من الظروف توقيف مسالة تكييف العقد مع المعطيات الجديدة، وذلك برفضه لكل تعديل منذ البداية، لكن القرار يظهر بوضوح أن هذا الرفض غير مبرر و يشكل خطأ عقدياً، يكون أساساً لدعوى طلب الفسخ بتظليل الطرف الآخر، كما يرتب أثراً في تقييم الضرر اللاحق بالدائن للالتزامات غير المنفذة.

وأمام تباين وجهات النظر نقترح حلان، الأول يقضي بأن يفسخ العقد طبقاً للقانون الواجب التطبيق في بعض الأنظمة القانونية ، التي تعرف نظرية الظروف الطارئة، وفي حالة نشوء النزاع يعود الأمرإلى القاضي للتحقق مما إذا كان الفسخ مؤسساً أم لا . أما الحل الثاني يقضي بتعديل العقد من طرف الغير، كأن يتفق الأطراف على اللجوء إلى غرفة التجارة الدولية المختصة بتسوية العلاقات التعاقدية طبقاً لتنظيمها الصادر في 1978. [54]

أما الموقف في العراق فنجده منقسماً إلى فريق رافض منح القاضي سلطة فسخ العقد، لصعوبة تفسير سكوت المشرع عن هذه المسألة. [55] ويرى الفريق الثاني بأن مضمون المادة 146 الفقرة الثانية يفيد الإبقاء على حياة العقد. [56] ولو دققنا في الرأي المعارض الذي يقول أن اللجوء إلى الفسخ قد يتعارض مع المصالح الاقتصادية للدولة، خاصة إذا تعلق الأمر بعقود الاستثمار، فأنه لا يمنع من قبول المبدأ. وحجج هذا الاتجاه تتعلق بأحكام المادة 878 مدني التي تقضي (... على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول انهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للمحكمة أن تقضي بزيادة في الأجرة أو فسخ العقد). فطالما قبل

المشرع منح القاضي صراحةً سلطة فسخ عقد ذات طبيعة معقدة مثل عقد المقاولة، فمن باب أولى يجب التسليم بامتداد تطبيق هذا الحل إلى جميع عقود المدة سواء كانت عقود مستمرة أو مؤجلة.

ونحن نميل إلى الرأي الذي ذهب إلى عدم منح القاضي سلطة فسخ العقد، ونستند في ذلك إلى أن تفسير نص المادة 146 مدني لا يمكن أن يكون للعقد إلا تفسيراً ضيقاً، لأنه يتعلق باستثناء أي تكييف العقد مع المعطيات الاقتصادية الجديدة، من القاعدة العامة وهي مبدأ القوة الملزمة للعقد، والمعروف أن الاستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره وبالتالي لا يمكن التوسع في الاستثناء.

المطلب الثالث
موقف المتعاملين الاقتصاديين الوطنيين من تطبيق اشتراطات الهاردشيب

يقر مبدأ سلطان الإرادة أن الأطراف المتعاقدة أحراراً في اختيار الاشتراطات، التي تراها مناسبة لإدراجها في عقودهم، بيد أن هذا المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه فلكي تنتج الاشتراطات آثاراً قانونية، يجب أن تكون صحيحة وتتماشى مع القانون والنظام العام، وإلا صارت باطلة أو قابلة للإبطال. وباعتبار أن القانون العراقي يختار في أغلب الأحيان كقانون واجب التطبيق على العقود الدولية، بحيث تعتبر هذه الاشتراطات باطلة وفقا للقانون العراقي لمخالفتها للنظام العام، وبالتالي تبطل هي وحدها ويعتبر العقد صحيحاً، ويظهر ذلك بنص المادة 139 مدني بقولها (إذا كان العقد في شق منه باطلا، فهذا الشق وحده الذي يبطل، أما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا، إلاإذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا).

ولقد يتبين أن المتعاقدين الوطنيين حذرين أثناء مرحلة التفاوض، بخصوص صحة اشتراطاتهم ومدى مطابقتها للقانون العراقي، وهنا يطرح

التساؤل حول مدى مطابقة اشتراطات الهاردشيب للقانون العراقي، أو ما هو موقف المتعاملين الاقتصاديين العراقيين من هذه الاشتراطات...؟

نعتقد نتيجة للجهل الحاصل في معرفة هذه الأنواع من الاشتراطات من الجانب العراقي، التي من شأنها أن تعطي الفرصة للأطراف المتعاقدة بإعادة التفاوض ومراجعة بنود العقد والتحكم في تكييف العقد على ضوء المتغيرات الجديدة التي حصلت، لكون هذهالمتغيرات جوهرية تمس أصل الحق لوقوع ظروف خارجة عن توقعات الطرفين، وبالتالي نعتقد لا أثر لمثل هذه الاشتراطات في العقود الدولية في الوقت الحاضر، وذلك بحجج مختلفة :

الحجة الأولى/ نستند على المادة 146 الفقرة الثانية من القانون المدني، التي تمنع الأطراف من تضمين العقود الدولية اشتراطات الهاردشيب لأنها من النظام العام، إذ تنص على بطلان كل اتفاق مخالف لهذا النص، فالقاضي وحده يملك سلطة تعديل العقد دون غيره.

الحجة الثانية/ إن أغلب العقود الدولية يحكمها القانون العراقي كلما كان أحد الأطراف عراقياً بموجب قواعد الإسناد العراقية، فالأطراف الوطنية يعدلون عن وضع هذا الاشتراط لأنه محظور عليهم بموجب المادة 2/146 مدني، ناهيك عن الجهل بأحكامه من قبل الأطراف العراقية خاصة المتعاقدة في مجال الاستثمار في الوقت الحاضر.

الحجة الثالثة/ عادة ما تكون اشتراطات الهاردشيب موجودة في العقود المبرمة بين المتعاقدين المتقاربين اقتصاديا، ولا أثر لها في العقود المبرمة بين المتعاملين غير المتجانسين، أي (أحد المتعاقدين ينتمي إلى دولة من العالم الثالث وآخر ينتمي إلى دولة متقدمة صناعياً). فكل منهما يفضل التمسك بالاتفاق الأصلي واستمرار العلاقة التعاقدية بدون تعديل أوتغيير،وتعمل جاهدة على تكريس مبدأ القوة الملزمة للعقد. فالمتعاقد القوي اقتصاديا يخشى كل اشتراط يكون من شأنه خرق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، في حين يرى

الطرف الضعيف (عادةً الدول النامية) أن اشتراطات الهاردشيب مصدر للريب والغموض مقارنة بالمزايا المتوخاة من العقد.

وخلاصة القول أن العقود الاقتصادية الدولية المبرمة من قبل الوطنيين لا تتضمن اشتراطات الهاردشيب، على الرغم من التوسع الحاصل في إدراج اشتراطات الهاردشيب في أهم العقود الدولية المتمثلة بعقود الاستثمار وعقود نقل التكنولوجيا وعقود الترخيص.

وحسب رأينا ذلك راجع إلى حداثتها أولا، والى قلة استعمالها من طرف دول الاتحاد الأوربي وخاصة فرنسا ثانيا، وكذلك كون هذه الاشتراطات مخالفة للنظام العام حسب نص المادة 2/146 مدني. إلا أننا يمكن تبرير ضرورة الأخذ بهذه الاشتراطات على المستوى الدولي، كون النظام العام الدولي غير النظام العام الداخلي، هذا من جهة ومن جهة أخرى فالتطبيق العملي للعقود الدولية، التي كانت تبرم سابقاً في كثير من الأحيان لا تسمح بمخالفة النظام العام الذي يحظر الخضوع لغير القضاء العراقي، وذلك من خلال الموافقة على إحالة النزاع إلى التحكيم الدولي لضرورات أملتها الحاجة آنذاك. أما اليوم وبعد التغيير الجذري الحاصل في العراق بعد عام 2003، والسماح صراحة ضمن القوانين العراقية ومنها قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 المعدل ،والذي يسمح بالخضوع إلى التحكيم في تسوية المنازعات في العلاقات الخاصة الدولية. لذلك نحن ندفع باتجاه إلغاء عبارة (... ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) من نص المادة 2/146 مدني، وبالتالي السماح للأطراف الاقتصادية العراقية بتضمين عقودهم اشتراطات الهاردشيب، لغرض تمكينهم من مراجعة العقد وتكييفه على وفق الظروف والمتغيرات الحاصلة بعد إبرام العقد وأثناء فترة التنفيذ.

الخاتمـــة

يتبين لنا أن العدالة التعاقدية موضوع متجدد شغل ويشغل القانونيين والممارسين للتجارة الدولية. فتبارزوا في تقديم الأفكار والحلول الممكنة التي يرونها تقيم هذه العدالة بين المتعاقدين أو تعيدها إلى ما كانت عليه بينهما عند التعاقد، إن اختلت لأسباب لاحقة على العقد وأدت إلى انهيار تام لتوازن اقتصاده، أو أضحى تنفيذه يلحق إرهاقا بأحد الطرفين أو مؤديا إلى خسارة له. ففي حالة الانهيار التام لتوازن العقد، تبين أن جل الأنظمة القانونية تتفق على أنه لا مناص من إنهاء العقد والتحلل من الالتزامات التعاقدية، سواء سميت هذه الحالة قوة قاهرة أم استحالة التنفيذ أم استحالة الهدف. أما الحالة التي يؤدي فيها الحادث إلى جعل تنفيذ العقد يرهق أحد الأطراف، وتبين أن الأنظمة القانونية المقارنة متباينة بين رافض لنظرية الظروف الطارئة وبين مؤيد لها بنصوص قانونية أو عن طريق الاجتهاد القضائي. أما موقف المشرع العراقي الذي أقر مبدأ التعديل القضائي للعقد وأعتبره من النظام العام ولا يسمح بمخالفته، فترك مصير تكييف العقد أو تعديله سواء كان وطنيا أو دوليالسلطة القاضي حصرا ليتحكم في هذه العقود المهمة، وبالتالي لايجوز مطلقا إدراج اشتراطات الهاردشيب باعتبارها تنظيما إتفاقيا لنظرية الظروف الطارئة، لذا نقترح ما يلي:-

أولا/ إلغاء عبارة (.... ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) من المادة 146 الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.وذلك للأسباب التالية :-

1) إن القوانين المقارنة الحديثة التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة (القانون البولوني والايطالي واليوناني ...) لم تعتبرها من النظام العام[57]، ما عدا القانون المصري والقوانين العربية التي استقت منه أغلب أحكامها ومنها العراق، . وفي حقيقة الأمر لم يكن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يتضمن هذا الحكم، فأضافته لجنة المراجعة دون أن تبين سبب الإضافة. وقد

ذهب الأستاذ عبد الرزاق السنهوري في تعليل السبب بالقول (الجزاء قد يغدو صوريا لا قيمة له إذا سمح للمتعاقدين أن يتفقا مقدما على ما يخالفه، فيستطيع المقاول القوي أن يملي شروط المخالفة دائما على المتعاقد الضعيف، وهذا ضرب من الإذعان تفاداه القانون بهذا النص)[58] ، لكننا نقول بأن القانون لم يعتبر القوة القاهرة من النظام العام على الرغم من كونها تجعل الالتزام مستحيلا وهي أخطر من نظرية الظروف الطارئة، فنؤيد المساواة في الحكم بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة. حتى لا تهدر القوة الملزمة للعقد وبالتالي يجوز تعديل العقد اتفاقا مع تغير الظروف.

2) إن التعديل ألاتفاقي هو الأصل وما التعديل القضائي أو التشريعي إلا استثناء منه، فترك مسألة تعديل العقد وتكييفه مع تغير الظروف لإرادة الأطراف المتعاقدة يلاءم طبيعة العقود الدولية، لأن الأطراف محترفون في أغلب الأحيان وهم أدرى بمصالحهم أكثر من القاضي.

3) إن العقود الدولية التي تبرمها الجهات الوطنية في العراق لا تخلو في أغلب الأحيان من شرط التحكيم، فعندما يعرض النزاع المتعلق بتنفيذ العقد بسبب الاختلال في توازن اقتصاده، نجد المحكم عادة يقوم بتعديل هذا العقد مع تغير الظروف حسب قانونه هو، أو قد يلجأ إلى ما يعرف بقانون lexarbiteri، فيعتمد المبادئ المتعارف عليها في قانون التجار ولا يستند أبدا إلى نص المادة 2/146 من القانون المدني العراقي، ويستبعدها تماما لتعلقها بالنظام العام الداخلي. وعلى هذا الأساس لا يجب أن نتمسك بنصوص قانوننا الوطني، إذا وجدناها حبيسة التطبيق على المستوى الوطني فقط ولا توجد لها تطبيقات على المستوى الدولي، فلا بد من مجاراة التطبيق التعاقدي الدولي في مسألة تعديل العقود مع تغير الظروف.

ثانيا/ لأجل رفع أي غموض أو لبس في مدى سلطة القاضي أو المحكم في تعديل العقد، نقترح أن تستبدل عبارة (انقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول

.....) ، بعبارة أخرى كرفع الارهاق عن المدين ، أو أن للقاضي أو المحكم سلطة تعديل العقد بحيث يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول.

ثالثا/ أن النص العام لا يشير الى حكم الفسخ، فنحن نرى أن هذا النص يجب أن يحتوي على هذا الحكم، لأن الفسخ في بعض الاحيان يكون الحل الوحيد لمعالجة أثر الظرف الطارئ. بحيث مهما حاول القاضي أو المحكم أن يوزع عبء الارهاق على الطرفين ، فانه قد يتعذر عليهما تحمله، ويتبين للقاضي أن أنجع حل لأزالة الارهاق عن المدين ، هو انهاء العقد وذلك بفسخه.

الحقيقة هذه مجمل الأسباب التي نراها كافية ليعيد المشرع العراقي النظر في الفقرة الثانية من المادة 146 مدني وحذف العبارة التي أشرنا إليها في أعلاه، وبالتالي يسمح للأطراف الوطنية بإدراج اشتراطات الهاردشيب، والتي نرى تسميتها باشتراطات الظروف الطارئة لأنه كما بينا الشروط الواجب توافرها لتحققه، هي نفسها الشروط التي يتطلبها القانون في نظرية الظروف الطارئة.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

obeikandl.com

الهوامش

(1) د. ابراهيم أحمد ابراهيم – القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1992، ص547.

(2) د. حسن علي كاظم – تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي، اطروحة دكتوراه، كلية القانون / جامعة الجزائر، 2005/2004، ص18.

(3) (عبارة الهاردشيب ولدت من التطبيق العملي للعقود الدولية وقد تعذر إيجاد ترجمة دقيقة باللغة الفرنسية ولا العربية. هناك من قال بترجمتها إلى الظروف الطارئة وتتطابق تماماً مع نظرية GeschaftsGrulagen في النظام الجرماني، وهناك من يطلق عليها اصطلاح بند الإثقال في العربية باعتبارها تثقل كاهل أو أعباء أحد طرفي العقد).

- مقال د. قادري عبد العزيز- دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية، عقد الدولة، مجلة الحقوق في كلية القانون ، الجزائر، المجلد 7، العدد 1، عام 1996.

(4) Bruno Oppetit: L Adaptation Des Contrats Internationaux au Changements Des Circonstances, La Clause de hard ship JDI 1974, NO 4, P. 795-812.

(5) (تجتمع مجموعة العمل مرتين أو ثلاث مرات سنويا، فرنسا وبلجيكا و انكلترا و ألمانيا و سويسرا. وهي تتكون من أساتذة مختصين في عمليات التجارة الدولية منهم محامون وقانونيون وممثلي شركات ينتمون لدول مختلفة، ومن بينهم عضو لدولة عربية هي الجزائر ويمثلها الأستاذ نور الدين تركي).نشرت أعمالهم منذ 1977 إلى 1984 في مجلة DPCI ومنذ عام 1985 في مجلة Revue du Droit des Affaires Nationaux.

(6)(مبادئ القانون الموحد حول العقود الدولية ، هي مجموعة من القواعد الأساسية في مادة العقود الدولية، حيث تدعم صراحةً قانون التجارة وطبقاً

للمادة الأولى منه، تطبق المبادئ في الحالات التالية، عندما يتفق الأطراف على أن عقدهم يخضع لقانون التجار أو لعبارة مماثلة.

Giardina Andrea: les Principes Uni droit sur les Contrats Internationaux, JDI, 1995, no 3, P. 331.

(7) (في مجال نقل التكنولوجيا ورغم التطور الحاصل فيها ومع زيادة المخاطر السياسية التي قد يتعرض لها المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة من اضطرابات وإجراءات تشريعية من قبل الدولة ذاتها، يعد من قبل الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين به، وقد استطاع قضاء التحكيم من خلال شرط الهاردشيب أن يعيد تنظيم العقد ويدخل التعديلات المناسبة عليه استناداً إلى فكرة العدالة. د. عبد الهادي خليل الاكيابي- النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا ، منشورات الحلبي، بيروت ، 1989، ص 502.

Bruno Oppetit: OP.cit. p.815(8)

(9)(هذه الاشتراطات وردت في مؤلف André Brabant: le contrat -
international de construction ,brulant, Bruxelles,1998,P.310.

(10) - André Brabant: op.cit.p.307

- et NourddineTerki: Clause de Force Majeure et de hard ship dans les contrats international,in actes du séminaire sur la négociation des contrats internationaux, chambre national de commerce décembre, 1993,p. 154.

(11) - Ben chabanehanifa: l alea dans le droit des contrats, office des publication universitaire, Alger,1992,p. 233.

(12)- Fontaine Marcel: les clauses de hard ship, étude de groupe de travail, contrats internationaux, DPCI,1976,n 2,p.243.

(13)- Kahn ph: force majeur et contrats internationaux de longue durée,JDI,1965,p.304.

(14) حميد بن شنيتي – مدى سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة لنيل الدكتوراه دولة في القانون، جامعة الجزائر ، 1996، ص 287.

(15) د.غازي عبد الرحمن ناجي – التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد ، 1986، ص77).

(16) حسب الرسول الشيخ الفزاري- أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة ، 1979، ص226.

(17) د. رشوان حسن رشوان أحمد- أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، ط1، دار الهاني للطباعة، 1994، ص464.

(18)- B Oppetit: op. Cite.p.801.

(19) - Marcel Fontaine: op.cit. p.257

(20) - Affaire: n 6281,1989,REC, sentences arbitral,CCi,p.394

(21) (الواقع أن الإبقاء على توازن اقتصاد العقد هو قاعدة من قواعد قانون التجارlexmercatoria ، فكل أتفاق تجاري دولي مؤسس على توازن الأداءات المقابلة، وأن نفي هذه القاعدة يعني أن العقد يصبح عقداً احتماليا قائماً على المضاربة والمخاطرة، وقرارات التحكيم تقول ذلك (قرارات صادرة من غرفة التجارة الدولية في باريس برقم 2211 و 1074 لسنة 1997) أنظر . د. أحمد شرف الدين- دراسات في التحكيم بمنازعات العقود الدولية، أبناء وهبة ، القاهرة ، 1999، ص154.

(22) د. جميلة بولحية- نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والمقارن، مطبعة دار النهضة، الجزائر، 1989، ص198.

(23).Kahn ph:op.cite,345

(24) القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

(25) د. غازي عبد الرحمن ناجي- المصدر السابق، ص 53.

(26) د. عبد السلام الترمني- نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر ، مصر، 1971،ص 203.

- د. رشوان حسن رشوان- المصدر السابق، ص 517.

Fontaine marcel: op.cite.287.

(27) جميلة بولحية- المصدر السابق، ص 179.

(28) أنظر مزيد من الأمثلة التي أوردها Marcel Fontaine: op.cite.p.266.

(29) د. عصام الدين القصبي- خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية،القاهرة، 1993،ص209.

(30) د.أحمد شرف الدين – المصدر السابق، ص 254.

(31)Marcel Fontaine: op.cite.p.807.

(32) Giardina Andrea: op.cite.p.321.

(33) زروتي الطيب- دفع المسؤولية العقدية بالقوة القاهرة،دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والمصري والفرنسي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر/ كلية القانون، 1978،ص 165.

(34)L'oyant Bruno: recherché sur la notion de force majeure en droit communautaire et en droit international, mémoire de DEA, université de rennes, 1978,p.211.

(35)Boris Starck: obligation libraire technique, paris, 1972, p. 479.

(36) د. عبد الرزاق احمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني، ج1 ، المجلد 1، ط3، دار الإحياء التراث العربي، بيروت، 1977،ص198.

(37) Boris Starck: op.cite.p.466.

(38) د.عبد العزيز مخيمر عبد الهادي- القوة القاهرة في القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1990 ، ص199.

(39) إن مسألة إعداد اشتراطات التكييف الآلية من المسائل الشائكة التي تواجه المتعاقدين خلال مرحلة المفاوضات، لأنها تفترض أن يتوقع الأطراف

بدقة الأخطار التي تواجه العناصر الجوهرية للعقد، وعليهم أيضاً أن يتصوروا الميكانزم الواجب إعماله آلياً لأجل تعويضها، فلأجل تعديل مدة العقد يكفي تحديد أجل أو آجال معينة تنتهي فيها، ولتعديل الثمن يعين الأطراف نسبة مئوية يتحدد على أساسها.

(40) الحقيقة هو التزام ناجم عن المبدأ العام السائد في العقود الدولية وهو حسن النية المؤكد Bonne FoiAccenture

Abdelhamid Berchiche- la renégociation des contrats international , actes du seminaire sur la negocition des contrats internationaux, chambre nationale de commerce, décembre 1993, p.53.

(41)Gerard Morin- le devoir de coopération dans les contrats internationaux, droit et pratique, DPCI, mars, 1980,tome 6, n 1, p.26/27.

(42) Abdelhamid Berchiche- op.cite.p.59.

(43) FauchardPhilipe: son rapport général al issue du colloqué sur (le juge et l arbitré) tenu aduon ,publie dans revu arbitrage,1980,P.421.

(44) د. حسب الرسول الشيخ الفزازي- المصدر السابق، ص 124.

(45)Fouchard philipe:op.cite.p.427.

(46)op.cite.p.30: MorinGerard

(47) د. غازي عبد الرحمن ناجي – المصدر السابق، ص 149.

(48) د. حميد بن شنيتي- المصدر السابق،ص 214.

(49) د. بلعيور عبد الكريم- نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري والمقارن، دار هومة للطباعة، الجزائر، 1986، ص 218.

(50) تتفق جميع التشريعات تقريبا التي أخذت بالنظرية العامة للفسخ بأن الأعذار مسألة ضرورية وهو ما يجمع عليه الفقه والقضاء.

(51)B. Oppetit:op.cite.p.812.

(52) Fontaine marcel: op.cite.p.295.

(53) Affaire, No 2478, Publier,JDI,1975, no 4,p.925.

(54) PlvanOmmeslache: les clauses de force majeure est d imprévision (hard ship) dans les contrats internationaux ,1990,p.92.

(55) د. عصمت عبد المجيد- اختلال التوازن الاقتصادي في العقد ودور القاضي في معالجته، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 1978، ص 203.

فاضل شاكر النعيمي- نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، 1969.

(56) د. حسن علي الذنون- أصول الالتزام، بغداد ، 1970، ص 222. د. غازي عبد الرحمن- المصدر السابق، ص 175.

(57)Ali Ben Cheneb: négociation des clauses contractuelles et droit applicable, actes du séminaire sur la négociation des contrats internationaux, chambre nationale de commerce, Alger,1993,p.211.

(58) د.عبد الرزاق السنهوري- المصدر السابق ، ص264..

المصـــادر

أولا/ المصادر باللغةالعربية:-

أ) الكتب /

1) د. أحمد شرف الدين- دراسات في التحكيم بمنازعات العقود الدولية، أبناء وهبة ، القاهرة ، 1999.

2) د. ابراهيم أحمد ابراهيم – القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992.

3) د. بلعيور عبد الكريم- نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري والمقارن، دار هومة للطباعة، الجزائر، 1986.

4) د. جميلة بولحية- نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والمقارن، مطبعة دار النهضة، الجزائر، 1989 .

5) د. حسن علي الذنون- أصول الالتزام، بغداد ، 1970 .

6) د. عبد الهادي خليل الاكيابي- النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا ، منشورات الحلبي، بيروت ، 1989.

7) د. عبد السلام الترمني- نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر ، مصر، 1971،ص 203.

8) د. عصام الدين القصبي- خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

9) د. عبد الرزاق احمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني، ج1 ، المجلد 1، ط3، دار الإحياء التراث العربي، بيروت، 1977.

10) د.عبد العزيز مخيمر عبد الهادي- القوة القاهرة في القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1990 .

11) د.غازي عبد الرحمن ناجي – التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد ، 1986.

12) د. رشوان حسن رشوان أحمد- أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، ط1، دار الهاني للطباعة، 1994.

ب) الرسائل الجامعية /

1) حميد بن شنيتي – مدى سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة لنيل الدكتوراه دولة في القانون، جامعة الجزائر ، 1996.

2) حسب الرسول الشيخ الفزاري- أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة ، 1979.

3) حسن علي كاظم – تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية القانون / جامعة الجزائر، 2005/2004.

4) زروتي الطيب- دفع المسؤولية العقدية بالقوة القاهرة،دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والمصري والفرنسي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر/ كلية القانون، 1978.

5) عصمت عبد المجيد- اختلال التوازن الاقتصادي في العقد ودور القاضي في معالجته، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 1978 .

6) فاضل شاكر النعيمي- نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، 1969.

ت) المقالات /

1) د. قادري عبد العزيز- دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية، عقد الدولة، مجلة الحقوق في كلية القانون ، الجزائر، المجلد 7، العدد 1، عام 1996.

2) أعمال لجنة العقود الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية في باريس نشرت منذ 1977 إلى 1984 في مجلة DPCI ومنذ عام 1985 في مجلة Revue du Droit des Affaires Nationaux.

ث) النصوص القانونية /

1) القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

ثانيا/ المصادر الأجنبية :-

1) Bruno Oppetit: L Adaptation Des Contrats Internationaux au Changements Des Circonstances, La Clause de hard ship JDI 1974, NO 4.

2) Giardina Andrea: les Principes Uni droit sur les Contrats internationaux, JDI, 1995, no 3.
3) André Brabant: le contrat international de construction ,brylant, Bruxelles,1998.
4) NourddineTerki: Clause de Force Majeure et de hard ship dans les contrats international, in actes du séminaire sur la négociation des contrats internationaux, chambre national de commerce décembre, 1993.
5) Ben chabanehanifa: l alea dans le droit des contrats, office des publication universitaire, Alger,1992.
6) Fontaine Marcel: les clauses de hard ship, étude de groupe de travail, contrats internationaux, DPCI,1976,n 2. 7) Kahn ph: force majeur et contrats internationaux de longue durée, JDI, 1965.
8) L'oyant Bruno: recherché sur la notion de force majeure en droit communautaire et en droit international, mémoire de DEA, université de rennes, 1978.
9 Boris Starck: obligation libraire technique, paris, 1972.
10) Abdelhamid Berchiche- la renégociation des contrats international , actes du séminaire sur la négociation des contrats internationaux, chambre nationale de commerce, décembre 1993.
11) Gérard Morin- le devoir de coopération dans les contrats internationaux, droit et pratique, DPCI, mars, 1980,tome 6, n 1.
12) FauchardPhilipe: son rapport général al issue du colloque sur (le juge et l arbitré) tenu a duos ,publie dans revu arbitrage,1980.
13) PlvanOmmeslache: les clauses de force majeure est d imprévision (hard ship) dans les contrats internationaux ,1990.

14) Ali Ben Chenab: négociation des clauses contractuelles et droit applicable, actes du séminaire sur la négociation des contrats internationaux, chambre nationale de commerce, Alger,1993.
15) Affaire: n 6281,1989,REC, sentences arbitral,Cc