مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ٨٣ ـ ١٠٢
ISSN: 2222-6583

أسباب اختلال التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية

Reasons for nodal imbalance in international administrative contracts

مرسلين عادل كريم
أ.م اسامة كريم بدن

المستخلص

تعتبر العقود الإدارية الدولية المجال الخصب الذي تظهر فيه بجلاء مظاهر الاختلال نظرا لأن تلك العقود تمتاز بطول مدة تنفيذها مما يترتب عليها إختلال التوازن العقدي الذي يحكم العملية التعاقدية مما يعيب العقد ويجعل مصالح طرفيه غير متوازنة ونلاحظ أن هذا الاختلال قد يظهر أما عند إبرام العقد الإداري الدولي عندما ما تشوب إرادة أحد الطرفين عيب من عيوب المتعلقة بركن الرضا أو إدراج أحدهما لشروط تعسفية بسبب قوة مركزه القانوني مقارنتا بالطرف الآخر، كما قد يظهر الاختلال عند تنفيذ العقد بسبب حدوث ظروف خارجة عن إرادة وتوقع أحد المتعاقدين تجعل من تنفيذ الالتزامات المترتبة على عاتقة مرهقة ولكن ليست مستحيلة فضلا عن ذلك من الممكن أن يحدث هذا الاختلال بس فرض أحد المتعاقدين بنودا أو شروطا جزائية مبالغ فيها تعويضا عن الأضرار التي لحقت به أو بسبب التأخر في التنفيذ.

Abstract

International administrative contracts are considered the fertile field in which manifestations of imbalance clearly appear, given that these are characterized by the long duration of their implementation, which results in an imbalance in the contractual balance that governs the contractual process, which defects the contract and makes the interests of the two parties unbalanced. The will of one of the parties is a defect related to the element of consent or the inclusion of arbitrary conditions by one of them because of the strength of his legal position compared to the other party, and the imbalance may appear when implementing the contract due to the occurrence of circumstances beyond the will and expectation of one of the contracting parties that make the implementation of the obligations incurred by him burdensome, but not impossible as This imbalance may occur if the contracting parties impose exaggerated penal clauses or conditions in compensation for the damages incurred or due to the delay in implementation.

المقدمة

أولا– موضوع الدراسة:

لما كانت فكرة التوازن العقدي من الافكار القديمة التي تستعصي على التحديد الدقيق واستنادا إلى قدمها وانتشارها تعتبر من اصعب الافكار واكثرها تشابك وتعقيدا لأنها تدل على أكثر من معنى فقد تدل

على المساواة، التناسب، التعادل، الاستقرار، التكافؤ وغيرها من المعاني الأخرى المتشابهة لذلك تكون لهذه الفكرة أهمية بالغة وكبيرة في العقود بصورة عامة وتتعاظم أهميته بالعقود الإدارية الدولية بصورة خاصة لان هذه العقود تتميز بخصوصية عدم التكافؤ للمراكز القانونية لأطرافها وفي إمكانياتهم الفعلية سواء في المجال الاقتصادي أو الفني أو التقني إذ يبرم هذا النوع من العقود بين الدولة بشخصيتها الاعتيادية أو بواسطة أحدى هيئاتها أو التي تعمل لحسابها وبين شخص أجنبي طبيعي أو اعتيادي وغالبا ما يكون شركة خاصة أو متعددة الجنسيات الأمر الذي يؤدي بالنتيجة إلى اختلال التوازن بين أداءات الأطراف مما يؤثر سلبا على العقود الإدارية الدولية ولكن هذا التوازن يتأثر بلا شك بفعل الظروف والمتغيرات لأن العقود الإدارية الدولية تتميز بطول مدة تنفيذها لتعلقها باستثمار الموارد الطبيعية وبناء مشاريع ضخمة تحتاج إلى وقت طويل لإتمام تنفيذها وخلال تلك الفترة قد يطرأ على العقد تحولات ومخاطر وظروف استثنائية غير متوقعة وخارجة عن إرادة المتعاقدين تعرض العقد للانهيار للحد الذي يفقد العقد توازنه الأمر الذي يستلزم البحث عن أسباب هذا الاختلال ومعالجته لإعادة التوازن بين أطراف العقد لأن العقود الإدارية الدولية في تطور مستمر كونها أحدى أهم الظواهر السائدة في عالمنا الحالي إذ تشكل اداة أساسية لا غنى عنها للدول النامية لتحقيق التنمية وتنفيذ خططها الاقتصادية والاجتماعية كعقود الاستثمار والاشغال العامة والخدمات والتوريد والتنقيب عن البترول واستغلاله وتسويقه ونقل التكنولوجيا، إذ أن من شأن هذه المخاطر والظروف انهيار التوازن الاقتصادي للعقد وانتهاك مصلحة الطرف الآخر إذ قد يحدث هذا التغير عند إبرام العقد بسبب ناشئ عن بعض العوامل المرافقة لانعقاد العقد التي تخل بسلامة اختيار المتعاقد ولو لا تأثيرها في نفسه لما أقدم على إبرام العقد إذ أن العوامل التي تؤثر على إرادة المتعاقد في القانون والمتعلقة بركن الرضا هي الغلط والتدليس والإكراه والغبن وقد يختل هذا التوازن ايضا بسبب إدراج الشروط التعسفية في العقود باعتبارها شروطا مجحفة فضلا عن ذلك قد يظهر هذا الاختلال عند تنفيذ العقد بسبب حدوث ظروف طارئة خارجة عن نطاق إرادة الطرفين أو نتيجة لأرهاق أحدهما بشرط جزائي مرتفع القيمة بسبب تأخر أو عدم تنفيذ مقتضيات العقد. لذلك لابد من تطوير القواعد القانونية التي تحكم تلك العقود بما يضمن حماية حقوق المتعاقد الأجنبي من جهة ويحقق هدف الدولة من التعاقد من جهة ثانية وبشكل يتناسب معها ومع التغيرات والظروف الاستثنائية التي تطرأ عليها، لأنه لا يوجد في العالم تقريباً دولة تتمتع من ناحية السلع والخدمات بالاكتفاء الذاتي إذ نجد أن الدولة التي تنتج سلع قد تفيض عن استهلاكها نجدها تفتقر إلى سلع أخرى لسد حاجاتها مما يستوجب تدخل السلطة القضائية لمواجهة تلك الظروف والتقلبات الاقتصادية.

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ٨٣ ـ ١٠٢
ISSN: 2222-6583

ثانيا– أهمية الدراسة:

تبدو إهمية الدراسة في معرفة الأسباب التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي في مجال العقود الإدارية الدولية والوقوف عليها لبيان الكيفية التي عالج بها المشرع هذه الأسباب ومع ندرة الدراسات القانونية التي تناولت موضوع التوازن في العقود الإدارية الدولية فأن هذه الدراسة تسهم في بيان تلك الأسباب التي تؤثر على استمرارية تنفيذ تلك العقود وبالتالي انتفاء الغرض من وراء إبرامها المتمثل بتحقيق المصلحة العامة وانتظام سير المرافق العامة باطراد.

ثالثا– إشكالية الدراسة:

القاعدة العامة التي تحكم العقود هي "العقد شريعة المتعاقدين" فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين المتعاقدين إلا أن هذه القاعدة قد تتعطل في مجال العقود الإدارية الدولية لأن القانون والقضاء يعترف بأن للإدارة في سبيل تنفيذ أعمالها وانتظام سير المرافق العامة باطراد وانتظام تتمتع بسلطات واسعة ومنها قدرتها على مواجهة المتغيرات والظروف الاستثنائية التي من شأنها أن تؤدي إلى قلب التوازن العقدي رأسا على عقب سواء في مرحلتي الإبرام أو التنفيذ، إذ تبدو إشكالية الدراسة في التساؤل عن ماهية الأسباب التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية في مرحلتي الإبرام والتنفيذ ؟ ويتفرع عن هذا التساؤل الرئيسي تساؤلات عدة أهمها:

١– كيف عالج القانون المدني الفرنسي والجزائري والعراقي عيوب الرضا في العقود.

٢– ماهي الضمانات التي قدمها المشرع لحماية الطرف الضعيف لتعديل الشروط التعسفية.

٣– كيف يتم معالجة أثر الظروف الطارئة بين المتعاقدين.

٤– ما إمكانية تدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي.

رابعا– منهجية الدراسة:

لغرض معالجة موضوع البحث والاجابة عن الأسئلة المذكورة في مشكلة الدراسة، فقد حاولت الدراسة مناقشة وتحليل هذه المشكلة من خلال تسليط الضوء على المنهجية التي سنعتمدها في الدراسة، حيث اعتمدنا في البحث المنهج الوصفي المعزز بالمنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المختلفة في التشريع العراقي، فضلا عن انتهاج المنهج المقارن، لكوننا سنقارن دراسة موضوع التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية في العراق مع تجارب الدول الأخرى وهي فرنسا والجزائر، لبيان أوجه التشابه والاختلاف بين العراق وتلك الدول وترجيح أحدها مع بيان الاسباب

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ٨٣ ـ ١٠٢
ISSN: 2222-6583

والمبررات التي دفعتنا إلى الانحياز لهذا الجانب أو غيره للاستفادة من الجوانب المفيدة في تلك التجارب والوقوف على مواطن الضعف والقوة.

خامسا– خطة البحث:

نتناول دراسة هذا الموضوع على مبحثين حيث يتضمن المبحث الأول اختلال التوازن العقدي في مرحة ابرام العقج بينما يتناول المبحث الثاني اختلال التوازن العقدي في مرحلة تنفيذ العقد.

وختم البحث بخاتمة تضمنت أهم الاستنتاجات والمقترحات.

المطلب الأول

اختلال التوازن العقدي في مرحلة إبرام العقد

العقد ما هو إلا تعبير عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين له قوة ملزمة يستلهما من الإرادة الحرة للمتعاقدين ولكي ينعقد العقد الإداري الدولي صحيحا لا يكفي أن تكون الإرادة موجودة بل يجب أن يتطابق الإيجاب والقبول وتحقق التراضي بين طرفي العقد بل فوق ذلك أن تكون الإرادة سليمة وغير معيبة بأي عيب من عيوب الرضا وهي الغلط والتدليس والإكراه والغبن.

الفرع الأول

اختلال التوازن العقدي بسبب عيوب الرضا

يعرف الغلط بصورة عامة بأنه وهم يقوم في ذهن الانسان يجعله يرى الأمر على غير الحقيقة أي أنها حالة تقوم في نفس المتعاقد تحملة على تصور غير الواقع واقعا فيقوم بإبرام العقد اعتقادا منه بصحة ما توهمة بمعنى أخر أن الغلط المقصود هو الغلط الذي يقع وقت تكون الإرادة لأنه غلط يقوم في نفس من صدرت منه الإرادة وليس الغلط الذي يقوم في نفس من توجهت إليه الإرادة كالغلط في التعبير أو في تفسير المعاني إلى الطرف الآخر ونجد أن الغلط يتعلق أما بالقانون أو الواقع إذ أن الغلط في الواقع قد يتصل بالعقد كأن يتعلق بوجودة أو نوعيته أو بالكمية أما الغلط في القانون قد يتعلق بالقانون الأجنبي أو القانون الاعتيادي أي قانون البلاد[i].

وفي هذا الصدد لا بد من الإشارة إلى موقف الدول محل المقارنة من عيب الغلط في العقد الإداري الدولي إذ نبدء بالحديث عن موقف الجمهورية الفرنسية من ذلك إذ نلاحظ أن القانون الإداري الفرنسي تسري عليه نفس مبادىء القانون المدني فقد نصت المادة (١١١٠) من القانون المدني الفرنسي الجديد لسنة (٢٠١٦) لا يعتد إلا بالغلط الجوهري في الشي محل العقد أو الشخص المتعاقد بمعنى أن الغلط اليسير والمتعارف عليه في مجال المعاملات لا يترتب عليه أي أثر ممكن[ii].

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ٨٣ ـ ١٠٢
ISSN: 2222-6583

أما بالنسبة إلى موقف الدولة الآخرى من محل المقارنة والمتمثلة بالجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية فقد نصت على الغلط من خلال القانون المدني في المواد من (٨١-٨٥) كأحد عيوب الرضا بمعنى إذا وقع أحد المتعاقدين في العقد المبرم بينهما بغلط جوهري فهذا يعني بالطبع أن إرادته لم تكن سليمة إذ أن المتعاقد لم يكن على بينه من أمرة عندما تعاقد و أبرم العقد ففي هذه الحالة للمتعاقد أن يطلب أبطال العقد للغلط الذي وقع فيه بصرف النظر عن موقف المتعاقد الآخر غير أن هذه النتيجة تؤدي إلى تهديد استقرار المعاملات في العقود الإدارية الدولية حيث يفاجىء المتعاقد الحسن النية بطلب أبطال العقد[iii].

إما على مستوى موقف العراق من الغلط نجد أن القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ فقد اخذ بالغلط الجوهري الذي يبلغ حدا من الجسامة بحيث كان يمتنع على المتعاقد الذي وقع فيه إبرم العقد لو كان على بينه من امره ولكن يجب توافر أمرين في ذلك الغلط الجوهري لكي يترتب عليه إيقاف العقد هو جوهرية ذلك الغلط بأن يكون هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد ويجب أن يبلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع على المتعاقد إبرام العقد لو لا الوقوع فيه والأمر الآخر هو اتصال المتعاقد الآخر بالغلط إذ لا يكفي أن يدعي المتعاقد أنه وقع في الغلط ويطلب ابطال العقد لوقوعه في غلط جوهري ولكن ينبغي عليه أن يثبت ايضا أن الطرف الآخر يشترك في الغلط[iv].

٢- التدليس:

ويراد به استعمال وسائل قولية أو فعلية للتاثير على الطرف الآخر لحملة على التعاقد ويمكن أن يعرف بأنه الطرق الاحتيالية التي يوهم بها أحد المتعاقدين الآخر على غير الحقيقة فيدفعه إلى التعاقد أي أنه غلط مستثار لم يقع فيه الشخص من تلقاء نفسه وهو لهذا يعتبر عيبا في الرضا يؤدي متى ما توافرت عناصره إلى ابطال العقد وأن التدليس لا يكون مؤثرا في العقد إلا إذا تضمن حيلا تدليسية من طرف المتعاقد الآخر إذ أن التدليس يقصد به عموما في العقود الإدارية الدولية هو قيام المتعاقد بأتباع واستعمال طرقا احتيالية مع الإدارة لتضليلها ودفعها إلى التعاقد معه مثال على ذلك أن يتظاهر بأيه وسيلة لكي يظهر إمانته أمام الإدارة للتعاقد معه ووضعه مراقبا على مرفق من مرافق العامة لديها كأن يدعي قيامه بأعمال تدل على خبرته في طبيعة عمل المرفق موضوع التعاقد أما التدليس من جانب الإدارة يكاد أن يكون أمر مستعبد إذ يفترض أن الموظفين يتحلون بالأمانه والنزاهة لأن اختيارهم قد تم وفق ضوابط معينة ويعملون من أجل تحقيق الصالح العام وليس لهم مصلحة شخصية في ذلك ويخضعون في اعمالهم للرقابة الإدارية. وأن التدليس يتميز عن غيره من العيوب بأنه يتسع للعديد من حالات الاختلال ومن هذا يتضح أن للتدليس عنصرين لا يقوم بتخلف أحدهما...

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ٨٣ ـ ١٠٢
ISSN: 2222-6583

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

ثانيهما:- عنصر معنوي يتحقق بتوافر القصد لدى مستخدم الطرق الاحتيالية في دفع الطرف الآخر للتعاقد بمعنى ثبوت نية التضليل لدى المدلس[v].

أما بالنسبة إلى موقف الدول محل المقارنة من عيب التدليس لابد من الإشارة ابتداء إلى موقف الجمهورية الفرنسية من ذلك إذ يرى القضاء الفرنسي أن التفاوت الباهظ بين الإداءات المتقابلة قرينة على وجود التدليس كما يعتبر ايضا من قبيل الأفعال التدليسية والتي تسمح بترتيب الجزاء كالغلط في القيمة وفي بعض الاحيان حتى الغلط الذي لا يمس الصفة الجوهرية[vi].

أما بالنسبة إلى موقف الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من التدليس إذ نصت المادة (٨٦) من القانون المدني الجزائري: "حيث يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا اثبت أن المدلس علية ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة" وبهذا يساير المشرع الجزائري التصور الحديث للعلاقة العقدية التي تقتضي حماية الطرف الضعيف وحماية التوازن العقدي[vii].

أما على مستوى موقف المشرع العراقي لم يرد فيه نص على التدليس في باب عيوب الإرادة فيقابل التدليس في القانون المدني العراقي التغرير المشار إليه في المادة (١٢١) إذ نصت على أن: "إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن في العقد غبنا فاحشا كان العقد موقوفا على إجازة العاقد المغبون"[viii].

٣- الاكراه:

الحياه لا تخلو من ضغوطات مختلفة ودائمة كما أن الرضا لا يشترط فيه أن يكون سليم بالتمام وأن تكون الإرادة حرة على الاطلاق فهذا تفكير مجرد ولكن ما يعتد به هو الإكراه الغير مشروع إذ يعرف الإكراه عموما بأنه احداث أو التهديد بأحداث العنف البدني أو الحبس بقصد الحصول على موافقة الطرف الآخر لإبرام العقد ويمكن أن يعرف ضغط مادي أو معنوي تتأثر به إرادة الشخص فيندفع للتعاقد إذ يفسد الرضا ومرد ذلك إلى الرهبة النفسية التي توجدها الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه وتكون هذه الرهبة قائمة متى كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها بأن هناك خطر جسيما محدقا به ويهدده[ix].

أما بالنسبة إلى موقف الدول محل المقارنة من عيب الإكراه في العقود الإدارية الدولية إذ لابد من التطرق بالحديث عن موقف الجمهورية الفرنسية من ذلك إذ نجد أن معظم الاحكام التي تصدر من مجلس الدولة بهذا الشأن هي احكام تمتاز بالصفة السلبية يكتفي فيها المجلس بابطال العقد إذا ما شاب الرضا إكراه بالمعنى المعروف في القانون المدني وذلك لأن الإكراه نادر الوقوع في العقود الإدارية

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ٨٣ ـ ١٠٢
ISSN: 2222-6583

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

أما بالنسبة إلى موقف الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من ذلك إذ نصت المادة (٨٨) من القانون المدني الجزائري على أن : "يجوز ابطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية، والصحية، وجميع الظروف التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه"[x].

أما بالنسبة إلى موقف المشرع العراقي من الإكراه فقد عرفه في القانون المدني رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١حيث نصت المادة (١/١١٢): "هو أجبار شخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه"[xi].

٤- الغبن:

يعد الغبن عيبا من عيوب الإرادة في العقود الإدارية الدولية إذ يعرف بأنه عدم التوازن بين ما يأخذه أحد المتعاقدين وبين ما يعطية المتعاقد الآخر أي وجود عدم تعادل واضح بين إلتزامات الأطراف ويجب أن يكون عدم التعادل على نحو كبيرا غير محدد بكمية أو رقم معين مما يصدم الشخص العادي ولذلك لوجود فرق كبير بينهما حسب سعر السوق ويؤدي إلى خسارة فادحة تصيب أحد المتعاقدين ويحصل المتعاقد على هذه الميزة المبالغ فيها عندما يستغل حاجة شخص أو اعتماده على أمر معين أو العوز الاقتصادي أو الأمر غير المتوقع أو الجهل وعدم الخبرة أو عدم القدرة على التفاوض وأن عيب الغبن يقترب كثيرا من الشروط التعسفية كونه ناجم عن استغلال أحد طرفين للآخر[xii]أما بالنسبة إلى موقف الدول محل المقارنة من عيب الغبن إذ لم نجد للمشرع الفرنسي فقد نص المشرع الجزائري على الغبن في نص المادة (٩١) من القانون المدني الجزائري: "على انه يراعى في تطبيق المادة (٩٠) عدم الإخلال بالأحكام الخاصة في بعض العقود"[xiii]، أما المشرع العراقي فقد إشار إلى الغبن في (١٢٣) من القانون المدني العراقي: "يرجع العاقد المغرور بالتعويض إذا لم يصبه إلا غبن يسير أو اصابه غبن فاحش وكان التغرير لا يعلم به العاقد الأخر ولم يكن من السهل عليه أن يعلم أو كان الشيء استهلك قبل العلم به أو هلك أو حدث فيه عيب أو تغيير جوهري ويكون العقد نافذا في جميع هذه الاحوال"[xiv].

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ٨٣ ـ ١٠٢
ISSN: 2222-6583

الفرع الثاني

اختلال التوازن العقدي بسبب البنود التعسفية

أن تحقيق التوازن العقدي في العقود الإدارية الدولية يتم عندما تكون المراكز القانونية لأطراف العلاقة التعاقدية متكافئة عند أنعقاد العقد غير أنه من الممكن أن يكون المركز القانوني لأحد المتعاقدين غير متكافىء مع مركز المتعاقد الآخر مما ينجم عنه اختلال في التوازن المطلوب كون أحد أطراف تلك العلاقة لدية بعض مواطن الضعف في مواجهة الطرف الآخر لأسباب اقتصادية أو معرفية أو تقنية فعدم التناسب في المقدرة التعاقدية فيما بين أطراف هذا العقد ليست إلا ثمرة لتطور محسوس في الفن التعاقدي الذي يستمد اصلة من العوامل الاقتصادية والاجتماعية وخصوصا في الوقت الحاضر بسبب التسارع الهائل في التطور التكنولوجي[xv].

إذ أن العقود الإدارية الدولية التي يكون كل طرف فيها على قدم المساواة في مركزيهما والتي تتم فية المفاوضات أو المناقشات بحرية تامة اختفت أو تكاد تكون قد اختفت نتيجة لتغير الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية التي نشأ فيها العقد فحرية المتعاقد في أن يتعاقد أو لا قد قيدت كثيرا لأنه لم يجد أمامه إلا الخضوع لهذه الشروط والتعاقد أي ليس له إلا أن يقبل أو يرفض وذلك لان المسألة تتعلق بسلعة أو مرفق ضروري لا غنى له عنها إذ يجد أمامه متعاقد قويا قد انفرد بوضع جميع شروط العقد نتيجة تمتعة بقوة قانونية وهذا ما يحصل غالبا في عقود الأذعان[xvi]، وعلى ذلك لأبد من تعريف الشرط التعسفي بأنه كل شرط يدرج في العقد أو في أحد ملحقاته ويترتب عليه الأضرار بمصالح وحقوق المتعاقد التي يحميها القانون ويترتب عليه عدم توازن العقدي لصالح المتعاقد القوي في مواجهة المتعاقد الضعيف الذي لا تتوفر لدية الخبرة أو الدراية التقنية أو الاقتصادية[xvii].

كما يعرف الشرط التعسفي بأنه الشرط المحرر بصورة مسبقة من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي والذي يعطية ميزة فاحشة بالنسبة إلى الطرف الآخر إذ ينتج عن ذلك اختلال واضح في حقوق والتزامات أطراف العقد والذي ينعكس بصورة مباشرة على العقد ويؤدي إلى اختلال توازنة[xviii]، فأينما كان هذا التفوق موجودا تكون معه إمكانية فرض شروط تعسفية من الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية وأن غاب هذا التفوق غابت معه إمكانية فرض هذه الشروط مما يجعل المتعاقد يستغل مركزة الاقتصادي إذ ينفرد بوضع شروط العقد مع التيقن بعدم وجود منافس له وهذا ما يحدث غالبا في عقود توريد الكهرباء[xix].

وفي هذا الصدد لابد من التطرق بالحديث عن أنواع الشروط التعسفية إذ هناك شروطا تعسفية بذاتها والتي تظهر فيها حالة التعسف عند ادراجها في العقد إذ تكشف عنها ذاتية الفاظها حيث تأتي متناقضة مع الجوهر ويمكن التعرف على ذلك منذ الوهلة الأولى عند كتابة العقد أما النوع الثاني

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ٨٣ ـ ١٠٢
ISSN: 2222-6583

للشروط التعسفية هي التي تظهر بحكم الاستعمال وهي شروط عادية لاتظهر فيها صفة التعسف عند ادراجها في العقد ولكن تظهر في معرض تنفيذ العقد ومن امثلة الشروط التعسفية شرط الإعفاء من الضمان القانوني كضمان العيوب الخفية أو ضمان التعرض أو الشرط الذي يمنح الطرف القوي حق التعديل في الخدمة او العقد أو في المواصفات دون تعديل الثمن[xx].

لذلك عمدت التشريعات محل المقارنة إلى حماية المتعاقد الضعيف في العقد والغاية التي يستهدفها المشرع من وراء ذلك هو من أجل إعادة التوازن للعقود التي اختل توازنها خصوصا في عقود الإذعان التي يفرض فيها المتعاقد القوي شروطا تعسفية على المتعاقد الضعيف الذي ليس امامه إلا أن يسلم بها دون نقاش[xxi].

أما في ما يخص موقف الدول محل المقارنة من الشروط التعسفية لابد من الإشارة إلى موقف الجمهورية الفرنسية من تلك الشروط إذ لم نجد في القانون المدني الفرنسي قبل التعديل لعام ٢٠١٦ أي قاعدة قانونية تمنح القاضي سلطة التدخل لإعادة التوازن المفقود للعقود إلا في قوانين خاصة بحماية المستهلك إذ نظمت بصورة مباشرة سلطة القاضي بالتدخل لتعديل شروط العقد التعسفية حيث تطرق المشرع الفرنسي للشروط التعسفية في قانون الاستهلاك بموجب المادة (١/١٣٢) من قانون حماية المستهلك رقم (٩٥- ٩٦) الصادر في ١/ ٢/ ١٩٩٥ والتي تنص على إنه: "في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها أضرارا بغير المحترفين أو المستهلكين، عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد"[xxii]، إذ بين هذا النص المفهوم الجديد للشرط التعسفي أو المعايير التي من خلالها يمكن اعتبار الشرط تعسفيا لكن نجد بأن النص المذكور قد تم تعديله جزئيا بموجب القانون رقم (٧٧٦) الصادر بتاريخ ٢٠٠٨/٨/٤ وأن هذا التنظيم التشريعي لسلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية يتناولها نص المادة (١/٢١٢) من قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل بموجب المرسوم رقم (٣٠١) الصادر في ٢٠١٦/٣/١٤ التي عرفت البند التعسفي على أنه: " في العقود المبرمة بين المهنين والمستهلكين، تكون تعسفية الشروط التي تحدث، بحسب موضوعها أو أثرها، بالنسبة للمستهلك، عدم توازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد"[xxiii].

إلا أن المشرع الفرنسي قد حسم الأمر من خلال التعديل الأخير بموجب المرسوم رقم (١٣١-٢٠١٦) الصادر في ٢٠١٦ بشأن تعديل قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والإثبات في نص المادة (١١٧١) من القانون المدني الفرنسي على أنه: " كل شرط في عقد إذعان ينشيء عدم تعادل واضح بين حقوق والتزامات الأطراف يعتبر كأن لم يكن"[xxiv].

اما بالنسبة الى موقف الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية فقد أشار المشرع الجزائري إلى الشروط التعسفية بموجب المادة (٧٠) من القانون المدني الجزائري إذ نص على أنه: " يحصل القبول

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ٨٣ ـ ١٠٢
ISSN: 2222-6583

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

حيث يلاحظ بأن المشرع الجزائري من خلال هاتين المادتيين قد أشار إلى فكرة الشرط التعسفي إلا أنه ربطة بعقود الإذعان حيث أنه لم يحدد الشرط التعسفي مكتفيا ببيان الجزاء المترتب على إدراجه في مثل هذه العقود غير ما لبث أن صدر القانون رقم (٠٤-٠٢) لسنة ٢٠٠٤ حيث عرف الشرط التعسفي بموجب المادة (٣) بأنه: "كل بند أو شرط بمفردة أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط اخرى من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد"[xxvii]، وبذلك حسم الجدل حول تعريف الشروط التعسفية.

أما على مستوى موقف المشرع العراقي قد أشار إلى موضوع الشروط التعسفية في القانون المدني العراقي بصورة صريحة في عقود الإذعان إذ يتبين ذلك من خلال نص المادة (٢/١٦٧) من القانون المدني العراقي: " اذا تم العقد بطريق الأذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدلة ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك"[xxviii].

لذلك نلاحظ أن المشرع العراقي قد عمل على منح الحماية للمتعاقد الضعيف في العقد والغاية من ذلك لتحقيق الاستقرار الاقتصادي والمعرفي والفني خصوصا في عقود الإذعان التي يفرض فيها المتعاقد القوي بنودا يسلم بها الطرف الآخر دون نقاش لضعف مركزة الاقتصادي وذلك بمنح القاضي السلطة في رفع أوجة التعسف التي تشوب العقد إلى الحد الذي يعيد التوازن إلى العلاقة التعاقدية[xxix].

المطلب الثاني

اختلال التوازن العقدي في تنفيذ العقد

قد تتوازن حقوق والتزامات المتعاقد عند إبرام العقد الإ أن ذلك ليس كافيا وأنما يجب أن يستمر هذا التوازن خلال مرحلة تنفيذ العقد ايضا إذ قد يتعرض العقد إلى اخلالا كبيرا يترتب عليه أرهاق أحد المتعاقدين وأستفادة الطرف الأخر من هذا الارهاق، وبناء على ذلك سنقسم هذا المطلب إلى

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ٨٣ ـ ١٠٢
ISSN: 2222-6583

فرعين، الفرع الأول لنظرية الظروف الطارئة كسبب لاختلال التوازن العقدي، والثاني نتطرق فيه إلى بيان الشرط الجزائي.

الفرع الأول

نظرية الظروف الطارئة كسبب لاختلال التوازن العقدي

للاهمية المعطاة للعقود وبالإخص العقود الإدارية الدولية ودورها الأساسي والمهم في استقرار وأستمرار التعاملات الاقتصادية والتجارية سواء كان ذلك على الصعيد الدولي أم المحلي[xxx].

لذلك فقد احاطت القوانين والتشريعات المختلفة تلك العقود بمجموعة من القواعد القانونية الآمرة وذلك من أجل ضمان حسن تنفيذها على أكمل وجة دون تقصير أو أخلال من قبل أطراف العقد ولعل أبرز تلك القواعد القانونية المنظمة لهذا النوع من العقود هي قاعدة أو مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) اذ تعد هذه القاعدة من أهم القواعد المتعارف عليها في مجال العقود حيث يلتزم أطراف العلاقة العقدية بتنفيذ كل ما ورد في العقد من بنود أو شروط وتنفيذها على أحسن وجة ممكن[xxxi]، ونجد أن على هذا المبدأ قد وردت بعض الاستثناءات ومن هذه الاستثناءات هي نظرية الظروف الطارئة لذلك فقد عرفها أحد الفقهاء بأنها: " عقود يتراخى فيها التنفيذ إلى أجل أو أجال ويحصل عند حلول أجل التنفيذ أن تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت بسبب حادث لم يكن متوقعا فيصبح تنفيذ الإلتزام شاقا على المدين ومرهقا له إلى الحد الذي يجعله مهددا بخسارة فادحة الأمر الذي يجيز للقاضي أن يتدخل ليوزع هذا الحادث على عاتق الطرفين وذلك برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول"[xxxii].

وذلك أيمانا بضرورة ووجوب خلق توازن بين أطراف العقد وخاصة في مجال العقود ذات ألامد الطويل أي العقود متراخية التنفيذ التي غالبا ما تتطلب مدة من الزمن من أجل تنفيذها والتي قد يصاحب عملية تنفيذها من احتمال حدوث ظرف طارئ وهذا ما ينطبق على العقود الإدارية الدولية التي يتطلب تنفيذها مدة طويلة من الزمن[xxxiii]. وهذا هو العامل الأساسي الذي يزيد من احتمال حدوث طارئ عام لا يمكن توقعه من قبل المتعاقدين مثل الحروب والزلازل إذ قد تتغير الظروف التي إبرم في ظلها العقد بسبب حادث غير متوقع ولايد فيه لأي من المتعاقدين يؤدي إلى عدم التعادل واختلال واضح بين الالتزامات اختلالا فادحا بحيث يصبح التزم أحدهما مرهقا ويهدده بخسارة فادحة إذا نفذه على النحو المتفق عليه عندئذ يجوز للقاضي أن يتدخل ليوزع تبعة هذا الحادث على عاتق الطرفين[xxxiv].

وإذا كانت تلك المتغيرات في الظروف المرافقة للعقد لها أثر واضح وبين في نطاق العقود الداخلية التي تبرم داخل الدولة فأن نطاق هذه المتغيرات تزداد وتصبح أكثر وضوحآ على مستوى

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ٨٣ ـ ١٠٢
ISSN: 2222-6583

العقود الإدارية الدولية العابرة للحدود إذ من الملاحظ أن حركة الاسواق العالمية تتعرض لمتغيرات وظروف استثنائية ملحوظة من وقت إلى أخر لم يكن بالإمكان توقعها تنعكس بصورة مباشرة على العقود الإدارية الدولية منها ظروف صحية كجائحة كورونا حيث اعلنت منظمة الصحة العالمية بأعتبارها جائحة تصيب الدول كافة تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي[xxxv]، وأن اختلال التوازن العقدي بسبب نظرية لظروف الطارئة لا يقتصر فحسب على الظروف الصحية بل من الممكن أن تكون تلك الظروف أو المتغيرات سياسية كالقرارات التي تصدر من قبل الحكومة المنتمي إليها المتعاقد بحيث تجعل من الصعب تنفيذه للعقد المبرم مع الطرف الآخر، فضلا عن ذلك فقد تكون تلك الظروف أو المتغيرات تقنية أو فنية كتطور الانتاج بالنسبة لسلعة أو منتج معين بحيث يجعل هذا المنتج أقل سعرآ أو أكثر تقدمآ مما يترتب على ذلك تغير ذوق المستهلكين لذلك المنتج موضوع العقد وبقائة في المخازن دون تسويق أو قد تكون الظروف المحيطة بالعقد ظروفآ أقتصادية كوجود أزمة اقتصادية في دولة المتعاقد أو أرتفاع في أسعار السلع سواء كانت الأولية أو المصنعة أو انخفاض القوة الشرائية للنقود أو ارتفاع الأسعار ارتفاعا يجاوز الحدود القصوى الممكن توقعها بواسطة طرفي العقد.

أما في ما يخص موقف الدول محل المقارنة من نظرية الظروف الطارئة لابد من الاشارة إلى موقف الجمهورية الجزائرية إذ نجد أن المشرع الفرنسي أقر وبشكل مباشر مما لايدع مجال للشك والاجتهاد بنظرية الظروف الطارئة إذ جاء في التعديل الجديد بموجب المرسوم رقم (١٣١ــ٢٠١٦) الصادر في ٢٠١٦/٢/١٠ من القانون المدني الفرنسي الجديد في الفصل الرابع في موضوع آثار العقد من القسم الاول والخاص ب"اثار العقد بين الأطراف"في المادة (١١٩٥): "إذا حدث تغير في الظروف، غير ممكن التوقع عند إبرام العقد، ترتب عليه أن صار التنفيذ، بالنسبة لأحد الأطراف، مكلفا إلى حد مبالغ فيه، وأن لم يكن هذا الطرف قد قبل تحمل نتيجة هذا التغير، فيمكن لهذا الأخير أن يطلب من المتعاقد معه أعادة التفاوض بشأن العقد، على أن يستمر في تنفيذ التزاماته خلال إعادة التفاوض، في حالة رفض إعادة التفاوض، أو فشله يمكن للأطراف الاتفاق على فسخ العقد اعتبارا من التاريخ ووفق الشروط التي يحددونها، خلال مدة معقولة، يمكن للقاضي، بناء على طلب أحد الأطراف تعديل العقد أو أنهاؤه اعتبارا من التاريخ ووفق الشروط التي يحددونها" إذ يلاحظ بأن المشرع الفرنسي قد منح القاضي سلطة إنهاء العقد من خلال نص المادة المتقدمة عندما يجد بأن الحل الأمثل والأفضل لمواجهة الظروف الطارئة إنهاء العقد من تاريخ ووفق الشروط التي يحددونها أطراف العقد.[xxxvi].

أما بالنسبة إلى موقف الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من نظرية الظروف الطارئة واثرها على العقود الإدارية الدولية فقد إشار المشرع الجزائري إلى نظرية الظروف الطارئة في المادة (١٠٧) من القانون المدني الجزائي إلى أنه:" إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ٨٣ ـ ١٠٢
ISSN: 2222-6583

توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وأن لم يكن مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الألتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويصبح باطلا كل اتفاق خلاف ذلك" أن المشرع الجزائري قد أجاز للقاضي سلطة التدخل بتعديل العقد وجعله ملائما للظروف التي طرأت عند تنفيذ العقد ويكون ذلك من خلال رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويكون هذا الرد أما بزيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق ولكن ليس معنى هذا أن يعفى الطرف الضعيف كليا من الخسارة وأنما فقط الخسارة الفادحة مع بقاء الخسارة المألوفة وتوزيعها على أطراف العقد متى ما كانت متوقعة عند إبرام العقد، أو أن يقوم القاضي بانقاص التزام المتعاقد كتخفيض ثمن شراء سلعة إذا كانت قيمة السلعة مرهقة بالنسبة له،أو وقف تنفيذ العقد لحين زوال الحادث الطارىء متى ما تبين للقاضي أن الحادث الطارىء مؤقتا وأنه سيزول بعد وقت قصير و لم يتسبب هذا الوقف بخسارة فادحة أو ضرر جسيم للمتعاقد الاخر[xxxvii].

ولا بد من الإشار إلى موقف المشرع العراقي من نظرية الظروف الطارئة حيث نجد أن المشرع العراقي قد نص عليها صراحة في المادة (٢/١٤٦) من القانون المدني العراقي: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعا وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي، وأن لم يصبح مستحيلا إلا أنه صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[xxxviii].

لذلك لابد من الإشارة إلى أن سلطة القاضي تنحصر طبقا لأحكام المادة (٢/١٤٦) من القانون المدني العراقي بأنقاص الإلتزام المرهق إذ لم يأخذ بوسيلة زيادة الإلتزام بقدر الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق أو وقف تنفيذ العقد مؤقتا لحين زوال الظرف الطارىء حيث أن المشرع لم ينص على هذه الوسيلة رغم كونها وسيلة ناجعة لمواجهة الظروف غير المتوقعة كذلك لم ينص على إنهاء العقد بل أكتفى بعبارة أنقاص الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول.

الفرع الثاني

الشرط الجزائي كسبب لاختلال التوازن العقدي

بادىء ذي بدءأن الشرط الجزائي يعود أصلة إلى القانون الروماني إذ أنه يعتبر خلق وأبتكار الفقهاء الرومان وكان الغرض منه من أجل اعطاء الإلزامية لبعض العقود والاتفاقيات التي لا تتمتع بالقوة التنفيذية فبوجود مثل هذا الإلتزام في الاتفاقيات والعقود يلتزم المتعاقد بتنفيذ كل ما يترتب عليه وإلا تعرض لدفع قيمة الشرط الجزائي[xxxix].

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ٨٣ ـ ١٠٢
ISSN: 2222-6583

ولقد أطلق على الشرط الجزائي تسميات عدة منها التعويض الاتفاقي أو الجزاء التعاقدي أو التعويضات الجزائية لكن عبارة الشرط الجزائي حظيت بتفضيل وأولوية من قبل الفقة والقانون والقضاء لأنها ترمز وتشير إلى الشرط الذي يدرج في العقود[xl].

وفي سياق الفقه حيث عرفه أحدهم بأنه كل تعويض يقوم المتعاقدان بالاتفاق عليه مقدما في حال عدم قيام المدين بتنفيذ التزامة كلياً أو جزئياً أو التأخير في تنفيذ ذلك الإلتزام وهناك من عرفه بأنه مبلغ جزافي يتم تقديرة من قبل المتعاقدان عن الضرر الذي يلحق المتعاقد الآخر[xli].وايضا عرف أحد الفقهاء الشرط الجزائي " التعويض الذي يقوم بتقديره المتعاقدان مقدما بدلا من تركة إلى للقاضي والذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أو يتفقان على مقدار التعويض في حالة تاخر المدين عن تنفيذ التزامه"[xlii].

من خلال عرض كل هذه التعريفات السابقة للشرط الجزائي نجد أنها تتفق وتدور حول فكرة واحدة وهي أن البند الجزائي اتفاق بين المتعاقدين على مقدار التعويض الذي يلتزم به المتعاقد ويستحقة الطرف الآخر نتيجة لعدم قيام المتعاقد بتنفيذ الإلتزام المتوجب عليه بموجب العقد بسبب التأخير أو عدم تنفيذ الالتزام كلياً او جزئياً وقد لا يرد الاتفاق على التعويض عند إبرام العقد حيث من الممكن أن يتم الاتفاق على الشرط الجزائي في اتفاق لاحق للعقد وقبل أن يحدث اخلال من قبل المتعاقد ولا يوجد مانع من أن يكون الاتفاق لاحق على العقد ولكن بشرط أن لا يكون الضرر قد وقع لأن الاتفاق الذي يكون بعد وقوع الضرر يكون صلحا[xliii].

كما أن محل الشرط الجزائي أو محل التعويض الاتفاقي غالبا ما يكون مبلغ من النقود ولكن لا يمنع من أن يكون محلة شيء أخر غير النقود كأن يكون مثلا القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل[xliv].

إذ يلاحظ أن التعويض الاتفاقي مرتبط أرتباط وثيق بأرادة الأطراف إذ يتم تحديده والاتفاق عليه من قبلهم حيث لا يستطيع أي منهم أن يحتج به في مواجهة الطرف الآخر وذلك لأن الشرط الجزائي لا يفرض بقوة القانون أنما يتم بأرادة أطرافة حيث أن إرادتهم هي من تنشئة وغالبا ما يقصد المتعاقدان من أدراجهما لهذا الشرط يكون من أجل استبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض والتخلص من عبىء أثباته الضرر الذي يتوقف عليه استحقاق التعويض[xlv].

واذا كان الشرط الجزائي عبارة عن تعويض يستحقه الطرف المتضرر من العقد عند اخلال الطرف الآخر بالإلتزامات المترتبة عليه سواء كان الاخلال بعدم التنفيذ كلي أو جزئيا أو التاخير في التنفيذ عندئذ لابد من تعويض عن ذلك الاخلال ولاستحقاق التعويض لابد من توافر الشروط اللازمة لذلك من خطأ وضرر وعلاقة سببية[xlvi].

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ٨٣ ـ ١٠٢
ISSN: 2222-6583

وما دام الشرط الجزائي هو عبارة عن اتفاق على التعويض الذي يستحق عن اخلال المتعاقد بتنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد الذي يتم ابرامة بين الطرفين حيث في هذه الحالة لا يجوز الجمع بينه وبين تعويض أخر عند وحدة الضرر إذ لا يجوز للمتعاقد المطالبة في ذات الوقت بالتعويض عن ضرر أخر[xlvii].

وفد من الإشارة إلى أن البند الجزائي يعتبر التزام تبعي حيث أن المتعاقد لا يحق له مطالبة المتعاقد الاخر بتنفيذ الالتزام الاصلي المترتب عليه ما دام تنفيذة ممكنا وهذا هو الهدف الرئيسي والأساسي من إدارج الشرط الجزائي في العقد وذلك من أجل أجبار المتعاقد على تنفيذ التزامة الاصلي ويترتب على بطلان العقد الاصلي بطلان البند الجزائي ايضا على عكس من ذلك نجد أن بطلان الإلتزام التبعي والمثمثل بالبند الجزائي لا يؤدي إلى بطلان الالتزام الاصلي والمتمثل بالعقد ككل[xlviii].

ويترتب على ذلك أن الشرط الجزائي سواء كان بندا مدرجا في العقد الاصلي أو في اتفاق لاحق على العقد يجب توافر شروط انعقاد العقد وشروط صحتها إذ يتوجب به توافر اركان العقد من رضا ومحل وسبب ويجب أن يكون ذلك الرضا خالي من العيوب[xlix].

أما بالنسبة إلى موقف الدول محل المقارنة من الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي في العقود الإدلرية الدولية لابد من التطرق بالحديث أولا عن موقف الجمهورية الفرنسية من ذلك إذ لم يمنح المشرع الفرنسي في السابق القاضي أي سلطة لتعديل البند الجزائي إذ لم يكن للقاضي بأي حال من الأحوال تعديل البند الجزائي سواء زيادة أو نقصان وهذا تأكيد من المشرع لمبدأ ثبات البند الجزائي وعدم جواز المساس به احتراما للإرادة العقدية ولمبدأ القوة الملزمة[l].

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

وعلى الرغم من ذلك نلاحظ أن المشرع الفرنسي لم يكتفي بهذا التطور بتعديل وتنظيم احكام البند الجزائي بل إضافة إلى ذلك قد سمح المشرع للقاضي مباشرة تعديل البند الجزائي من تلقاء نفسه دون طلب من المتعاقد بالتدخل بإنقاص البند الجزائي أو زيادته بموجب القانون الصادر ١١/١٠/ ١٩٨٥ حيث يبدو واضحا اتجاه التطور الذي تبناه المشرع الفرنسي من حيث تغليبة لإعتبارات العدالة حتى وأن كان ذلك على حساب مبدأ القوة الملزمة للعقد وإحترام الإرادة العقدية أستمر هذا التطور حتى بالتعديل الأخير لعام ٢٠١٦ إذ إشار إلى سلطة القاضي بتعديل البند الجزائي بموجب المادة

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ٨٣ ـ ١٠٢
ISSN: 2222-6583

(٥/١٢٣١) من القانون المدني الفرنسي الجديد لسنة ٢٠١٦"....على الرغم من ذلك، يجوز للقاضي ولو من تلقاء نفسه، إنقاص أو زيادة الجزاء المتفق عليه إذا كان باهظآ أو تافها بشكل واضح"[lii].

أما بالنسبة إلى موقف الدولة الآخرى من محل المقارنة والمتمثلة بالجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية إذ نجد أن المشرع الجزائري قد منح القاضي سلطة مراجعة الشرط الجزائي من خلال تخفيض قيمة الشرط الجزائي أو زيادته إذا كان مبالغا فيه أو الأعفاء منه وذلك بموجب المادة (٢/١٨٤) من القانون المدني الجزائري: " يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر" وأن حكم هذه المادة يطبق إذا لم يقم المتعاقد اصلا بتنفيذ ألتزامة أو إذا تأخر في تنفيذ العقد وقد انتهى الميعاد المحدد له بموجب العقد ولم يقوم بالتنفيذ أما إذا تحقق الضرر فعلا للمتعاقد في هذه الحالة أن يثبت للمتعاقد الأخر أن التعويض لا يتناسب مطلقا مع الضرر الواقع فعلا وينطوي على مبالغة كبيرة (مفرطا) في هذه الحالة يكتفي القاضي بأن يخفض التعويض إلى الحد المعقول لا إلى الحد المساوي تماما للضرر الواقع وهذا الآمر متروك لسلطة القاضي التقديرية بالاضافة إلى ذلك أجاز المشرع للقاضي إسقاط الشرط الجزائي متى ما وجده بأنه مبالغا فيه ويعلم المتعاقدين بهذه المبالغة إذ يسقط الشرط ويقدر التعويض وفقا للقواعد العامة[liii].

وللتخلص من الشرط نهائيا نصت المادة (١/١٨٤) من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر"[liv].

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

أما على مستوى موقف العراق من التعويض الاتفاقي فقد نص وبصراحة على منح القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي من خلال نص المادة "٢/١٧٠" من القانون المدني العراقي على:" ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه إذا ثبت المدين أن التقدير كان فادحا أو أن الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلا كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة"[lvi].

فقد اورد المشرع العراقي نص صريح على منح القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي مرجحا اعتبارات العدالة والتعويض على اعتبارات القوة الملزمة للعقد ومبدأ سلطان الإرادة حيث اختط المشرع العراقي منهجا مغايرا لما كان الحال علية في القانون المدني القديم فمنح القاضي سلطة تعديل العقد إلا أن سلطة القاضي بالتدخل وتعديل قيمة الشرط الجزائي ليست مطلقة بل مقيدة بالحالات التي جاء بها المشرع أولا من جهه

مجلة دجلة • المجلد ٦ ،العدد ٣ (٢٠٢٣)، ص: ٨٣ ـ ١٠٢
ISSN: 2222-6583

ومن جهة اخرى لا يستطيع القاضي التدخل من تلقاء نفسه بإجراء تعديل لإعادة التوازن إلى العقد وتحقيق العدالة التعاقدية وإنما يشترط لذلك أن يتم بناءا على طلب من أحد طرفي العقد[lvii].

الخاتمة

أولاً- النتائج:

١-أن الشروط التعسفية تعد أحد أهم مظاهر اختلال التوازن العقدي وذلك مرده ألى اختلاف طبيعة المراكز العقدية لكل من أطراف العقد نظرا لما يتمتع به الطرف القوي من تفوق اقتصادي أو تقني أو معرفي تخولة فرض إرادته في العقد.

٢- رصدت لنا هذه الدراسة بأن الهدف من إقرار نظرية الظروف الطارئة هو من أجل أعادة التوازن الاقتصادي للعقد في حاله اختلاله.

٣- كشفت لنا هذه الدراسة ايضا بأن من أهم الأسباب التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي هو ادراج الشرط الجزائي عند ابرام العقد بين الاطراف وذلك من أجل ضمان تنفيذ كل طرف الالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد المبرم إلا أن هذا البند في بعض الاحيان يكون مبالغا فيه أو لا يتناسب مع الضرر الذي لحق المتعاقد من جراء عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ لذلك اجاز المشرع العراقي للقاضي التدخل لتعديل البند الجزائي.

ثانياً- التوصيات:

١- نوصي المشرع العراقي بعدم حصر الشروط التعسفية في عقود الإذعان فقط بل جعلها تشمل جميع العقود التي تفتقر إلى التوازن والعدالة بين أطرافه وذلك من خلال تفعيل دور القاضي أكثر في تعديل تلك العقود لان اطار الحماية ما يزال مقصورا على العقود التي تتم بطريق الاذعان.

٢- نرى من الضروري والأفضل لو يتم تعديل نص الفقرة الثانية من المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي لتكون على الصيغة التالية: "على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وأن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين يهدد بخسارة فادحة، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين إما أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أن أقتضت العدالة ذلك، وإما فسخ العقد إن أصبح الاستمرار متعذرا ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك "وذلك من خلال استبدال عبارة تنقيص الالتزام إلى عبارة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فهذه العبارة أوسع من الاولى وبالاضافة إلى ذلك ضرورة منح القاضي سلطة فسخ العقد في حالة تعذر معالجة الاختلال الذي أصاب العقد".

٣- أن يضع المشرع العراقي معيارا يستند عليه القاضي في تخفيض قيمة الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام وذلك لان الفائدة التي تعود على المتعاقد من التنفيذ الجزئي تختلف قيمتها من تنفيذ إلى اخر فقد ينفذ المتعاقد جزءا كبيرا من التزامه لا يعود على المتعاقد بفائدة تذكر وقد ينفذ جزءا يسيرا منه ويعود على المتعاقد بفائدة كبيرة فيتعين على القاضي في مثل هذه الحالة أن يخفض مبلغ الجزاء بنسبة الفائدة التي عادت على المتعاقد في العقود الإدارية الدولية.

الهوامش

([i]) د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص١٠٢.

([ii]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص٥٠.

([iii]) أيمن راحم، مصدر سابق، ص٦.

([iv]) يزيد أنيس نصير، عدالة التعاقد الغلط والتدليس، بحث منشور في مجلة الحقوق، المجلد ٣٦، العدد٣، ٢٠١٩، ص٢٠١٢.

([v]) د. ذنون يونس صالح المحمداوي، التصوير غير الحقيقي كعيب من عيوب الرضا في القانون الانكليزي، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، دون مجلد، العدد ٨، ص٦.

([vi]) د. الياس ناصيف، العقود الدولية، ط١، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٤، ص١٠٠.

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

([viii]) عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، منشورات زين الحقوقية، ٢٠٠٧، ص٥٨.

([ix]) إياد أبراهيم محمد عودة، أثر الإكراه على المعاملات المالية، رسالة ماجستير، كلية التربية، جامعة الازهر، ٢٠١٠، ص٥٠.

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

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

([xii]) درماش بن عزوز، مصدر سابق، ص١٢٠.

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

([xiv]) المادة (١٢٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

([xv]) عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٣٠٤.

([xvi]) معمر علي نجم، الشروط التعسفية في عقد التامين، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٨، العدد ٣٨، ٢٠١٩، ص٧٩.

([xvii]) حنيفي فاطمية، إرادة المتعاقد بين الإطلاق والتقييد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، ٢٠١٨، ص١٠٠.

([xviii]) د. غمان محمد، الحماية العقدية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص١٣٥.

([xix]) تعرف عقود التوريد: "بأنها اتفاق يحصل بين شخصية قانونية عامة ومنشأة أو شخص يتعهد بتوريد أشياء منقولة للحصول على مبالغ مالية محددة" نفلا عن: د. برهان زريق، عقد التوريد الإداري، ط١، دون دار نشر، ٢٠١٧، ص٧.

([xx]) د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص٤٣٥.

([xxi]) السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص٨.

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

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

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

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

أيمن راحم، إختلال التوازن العقدي وآليات التصدي له، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، ٢٠١٩، ص٦١.

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

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

([xxix]) زينب خالد عبد الله جريو، مصدر سابق، ص٧٧.

([xxx]) د. بكر عصمت، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، المكتبة الوطنية، بغداد، ١٩٩٣، ص١٥.

([xxxi]) د. ماهر صالح علاي، الوسيط في القانون الإداري، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٩، ص٤٥٢.

([xxxii]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، دون ذكر السنة، ص٨٠٤.

([xxxiii]) مهنا محمد فؤاد، مبادى واحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، ١٩٧٣، ص٧٦٦.

([xxxiv]) وهيب عياد سلامة، دروس في العقود الإدارية مع التعمق "التوازن المالي للعقد وفكرة التعويض غير القائم على الخطأ"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص١٦٧.

([xxxv]) حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٩٤، ص٤٤٤.

([xxxvi]) المادة (١١٩٥) من القانون المدني الفرنسي لعام ٢٠١٦ المعدل.

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

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

([xxxix]) د. سامي منصور، انقاص البند الجزائي وما ينطوي عليه من طبيعة قانونية، بحث منشور في النشرة القضائية اللبنانية، دون مجلد، العدد ١٠، بيروت، ١٩٧٥، ص١٣٠٨.

([xl]) عبد المحسن سعد الرويشد، الشرط الجزائي واحكامة في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، اطروحه دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٨٣، ص٥٣.

(xli) اسعد السيد ابراهيم، الشرط الجزائي في العقود المدنية، دراسة مقارنة، ط١، دار الكتب والدراسات العربية، الاسكندرية، ٢٠١٣، ص٤٦.

(xlii) د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص٨٥١.

(xliii) د. عبد الفتاح عبد البكري، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج١، ط٣، مكتبة السنهوري، بغداد، ١٩٩٦، ص٥٧٧.

(xliv) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٥، ص٤٠٣.

(xlv) د. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني، ج٣، تنفيذ الالتزام، دون دار نشر، بغداد ١٩٦٧، ص٧٦.

(xlvi) محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، ج٢، دون دار نشر، دون مكان نشر، ٢٠٠٥، ص٥٨.

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

(xlviii) أبراهيم السيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية، دار الكتب والدراسات العربية، الاسكندرية،٢٠١٦، ص٦٩.

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

(l) عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، ط٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص٢٩٥.

(li) د. محمد حسن قاسم، العقد، المجلد الأول، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٨، ص٩٥.

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

(liii) عادل عبد الله جعفر، سلطة القاضي في تعديل العقود المالية التقليدية، بحث منشور في مجلة كلية التربية، جامعة طنطا، دون مجلد، العدد ٥٩، ٢٠١٥، ص١٤٣.

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

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

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

(lvii) زينب خالد عبد الله جريو، مصدر سابق، ص١٠٧.