جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا
قسم القانون الخاص

اعادة التفاوض في حل النزاعات العقدية
(دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها الطالب

ليث حسن عبد الرزاق محمد سعيد شمسه

الى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا وهو جزء من متطلبات نيل درجة
الماجستير في القانون الخاص

اشراف

ا. د . عبد الرزاق احمد محمد

١٤٤٦هـ ٢٠٢٥م

وَاوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ اذا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْايْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا ان اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ

صدق الله العلي العظيم

(سورة النحل: الاية ٩١)

الاهـداء

اهدي هذا الجهد المتواضع الى:

من بنوره تملا الارض قسطا وعدلا كما ملئت ظلما وجورا.

سيدي ومولاي صاحب الامر مستغيثا به فعجل بطلعتك الرشيدة

ثرى سماحة استاذنا العلامة الدكتور محمد بحر العلوم مؤسس معهد العلمين للدراسات العليا

ثرى والداي

الشهيد السعيد القاضي السيد مصطفى المدامغة والد زوجتي

زوجتي وابنتاي عرفانا وتقديرا للعون والمودة.

هؤلاء جميعا اهدي باكورة الثمرات المبحثية.

الباحث

عرفانا بالجميل

الحمد لله والشكر له كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، عدد خلقه ورضا نفسه وزنة عرشه ومداد كلماته على ان تفضل عليّ بانجاز هذه الدراسة، والصلاة والسلام على افضل الخلق نبينا محمد وعلى اله وصحبه وسلم تسليما كثيرا.

وانا اضع القلم بعد نعمة اكتمال بحثي هذا اجد لزاما علي ان ارجع الفضل الى اهله، فاتقدم بفيض الشكر وعظيم الامتنان الى كل من طوقني بفضله وفي مقدمتهم استاذي المشرف الذي كان لتوجيهه العلمي الدقيق وملاحظاته السديدة طيلة مواكبته الاشراف على بحثي ورعايته الابوية المعهودة، وفكره الثاقب ورايه الحفيف الاثر الكبير في اخراجه بهذا الشكل، فجزاه الله عني افضل جزاء المحسنين.

كما اتقدم بفائق الشكر والامتنان لكل من مد لي يد العون باسداء نصيحة او تقديم كتاب او ابداء راي، او دعوة بظهر الغيب، وان كان لا يسعني ان اذكر اسماء الجميع فان الصور محفوظة في القلب.

كما لا يفوتني ان ازجي شكري وتقديري وعرفاني بالجميل لمعلمي ومدرسي واساتذتي للمراحل الدراسية جميعها، واخص اساتذتي في معهد العلمين للدراسات العليا واخص بالذكر منهم اساتذة قسم القانون الخاص الذين كان لي شرف التلمذة في مرحلة الدراسة.

الى هؤلاء جميعا اقول: ساعدني الله برد ولو جزء ضئيل من افضالكم علي وجزا الله الجميع خير جزاء المحسنين ووفقهم الى ما يرضيه واخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين.

الباحث

الملخص

ان الوسائل البديلة هي اليات حل النزاعات التي تقف الى جانب القضاء في اداء وظيفته، وتعتمد على رضا الطرفين. ويجوز للطرفين قبول الحلول والامتثال لها او رفضها، ولكن يجوز للطرفين ان يلزما نفسيهما تعاقديا بقبول هذه التسوية اصلا، وفي حال مخالفة احدهما للاتفاق يتم اللجوء الى القضاء او الى هيئة تحكيم للفصل في القضية، النزاعات التي تحدث خلال مرحلة تنفيذ العقد تكون بناء على اتفاق الطرفين، وقد يتم الاتفاق عليها قبل نشوء النزاع او بعد نشوئه، ويبقى حل النزاع عبر هذه الالية نتيجة محتملة. وقد يتم التوصل الى اتفاق تسوية ينهي النزاع عن طريق اعادة التفاوض، وقد يفشل الاخير في حل النزاع. لذلك، من الواجب توخي الحذر، ويتم خلال عملية اعادة التفاوض اتباع اساليب تكتيكية مختلفة ومتنوعة، تسهم جميعها في حل النزاع.

ان عملية اعادة التفاوض كالية لحل النزاع تسيطر عليها عدة عوامل ومحددات، بعضها موضوعي والبعض الاخر شخصي وبعضها فني. اما المحددات فتتعلق بالاعداد الجيد لعملية اعادة التفاوض من مختلف الجوانب، والتي يتم خلالها اتباع مقاربات مختلفة. ان النهج الافضل والانسب لاتّباعه في اعادة التفاوض لحل منازعات عقود التجارة هو نهج المصلحة المشتركة، حيث يسعى الى تحقيق ما يرضي الطرفين.

وقد توصل الباحث الى مجموعة من النتائج والتوصيات اهمها ان القواعد القانونية المطبقة على اعادة التفاوض خلال فترة التنفيذ، فهي ترجع الى الممارسات العملية وما استقر عليه القضاء الوطني والقضاء التحكيمي، في ظل الفراغ التشريعي الذي تعاني منه معظم القوانين الوضعية لمختلف الدول. ويحكم هذه الفترة مبدا سيادة الارادة، ومن النادر ان ينظم القانون اعادة التفاوض في العقود ، لان التنظيم المتفق عليه هو الذي يحكم هذه المرحلة وان هناك خصائص مشتركة تجمع بين اجراءات الوسائل البديلة، فهي من ناحية اولى كونها ذات طبيعة رضائية، و ما تقدمه هذه الوسائل من مزايا، وهذا ما يؤكد فاعليتها في عقود التجارة ، وان افضل هذه الوسائل هي اعادة التفاوض ، اذ انها حل ودي مباشر، فهي قليلة التكاليف تتميز بمرونة عالية وسرعة اضافة الى السرية فهي تجري بين اطراف العقد ذاتهم دون تدخل من احد ، كما يوصي الباحث بضرورة الاسراع في اقرار مشروع قانون التحكيم العراقي الموجود في اروقة البرلمان العراقي.

الكلمات المفتاحية: إعادة التفاوض، النزاعات، التعاقدية

المحتويات

المقدمة.....٧

الفصل الاول..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

الاطار المفاهيمي لاعادة التفاوض في العقود المدينة والتجارية ...خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

المبحث الاول..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

ماهية اعادة التفاوض..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

المطلب الاول..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

التعريف باعادة التفاوض..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

المطلب الثاني ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

اهداف اعادة التفاوض في حل النزاعات العقدية وتمييزه عن غيره .خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

المبحث الثاني ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

اليات اعادة التفاوض المتبعة في العقود المدنية والتجارية خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

المطلب الاول..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

القانون الذاتي ودوره في إعادة التوازن العقدي ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

المطلب الثاني ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

اجراءات اعادة التفاوض..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

الفصل الثاني ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

احكام اعادة التفاوض في العقود المدنية والتجارية..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

المبحث الاول..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

اثار اعادة التفاوض..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

المطلب الاول..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

التزامات الاطراف الناشئة عن اتفاق اعادة التفاوض..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

المطلب الثاني ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

تعديل العقد ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

المبحث الثاني ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.
دور الارادة في حل النزاع..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.
المطلب الاول..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.
تفعيل دور الارادة في الوصول الى حل او ايقاف التنفيذ... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.
المطلب الثاني ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.
المسؤولية الناشئة عن الاخلال باعادة التفاوض..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.
الخاتمة..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.
اولا: النتائج..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.
ثانيا: التوصيات..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.
المصادر..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

المقدمة

الحمدُ للهِ جعلَ كتابَهُ نبعا فياضا بخيرِهِ ، كريما بعطائِهِ ، لا يخلقُ على كثرةِ الردِ ، واصلي واسلمُ على المبعوثِ رحمةً للعالمين ، وعلى الِهِ لطيبين الطاهرين ، وبعد :

اولا: موضوع البحث

يصور الكثير الية حل النزاعات على شكل قاعة محكمة مليئة بالقضاة بلباس رسمي يقابلهم المحامون والمتقاضين، ولكن تلك الصورة لم تعد مقبولة، فالمتنازعون يشبهون المرضى مايهمهم هو الحصول على الدواء في اسرع وقت وباقل كلفة ممكنة، وكما هو معروف ان المحاكم العادية تمتاز بمحدوديتها الجغرافية وبطول مدة فصلها بالدعاوى اضافة الى كلفتها المرتفعة لذلك فهي لا تتناسب اجمالا مع متطلبات العقود ، وهذا ما يجعل عالم العدالة في بحث مستمر عن وسائل بديلة لحل النزاعات، اذ يبحث المتنازعون عن حلول سريعة لنزاعاتهم، وفي الواقع ان تقليص مدة الاجراءات القضائية وتخفيض كلفة التقاضي والغاء تكاليف الانتقال بالنسبة الى النزاعات يخفف جميعها من الاعباء المالية الملقاة على عاتق الاطراف، لذا فان الحل يكمن باعتماد وسائل بديلة عن القضاء ، وهي ما تؤدي الى حلول او نتائج لمختلف انواع النزاعات بمناى عن القضاء، واللجوء الى وسائل الحل هذه يكون اختياريا بموجب بند تعاقدي، اما قبل او بعد نشوء النزاع ويتم اعمالها اما بطريقة مباشرة او غير مباشرة ، ويكون الحل الناتج عنها ذا طبيعة تعاقدية، عليه لابد من ان يكون رضى الاطراف صريحا وخاليا من اية عيوب رضائية.

ثانيا: اهمية البحث

لاقت المفاوضات المباشرة كوسيلة لفض النزاعات، نجاحا واسعا واقبالا هائلا من قبل المتنازعين لما لمسوه من فعالية في حل منازعاتهم، مع الحفاظ على علاقات العمل الودية في نفس الوقت، اذ تعد المفاوضات الوسيلة الاولية المفضلة لابرام العقود التجارية انموذجا ، ولتسوية المنازعات المدنية والتجارية والاستثمارية وغيرها، ذلك ان المفاوضات وسيلة ودية اتفاقية ومباشرة يجلس فيها الاطراف شخصيا او بواسطة ممثليهم على طاولة مفاوضات ومباحثات واحدة، ليتدارسوا كيفية تخطي مشكلاتهم وحسم منازعاتهم مع بقاء الود والاتصال بينهم، ولقد استقر الفكر القانوني على ان الاتفاق عموما وهو توافق ارادتين او اكثر على احداث اثر قانوني معين، وهذا الاثر

القانوني هو جوهر او ثمرة اعادة التفاوض او الاتفاق بين الاطراف، وهو لا يكون كذلك الا بمقتضى ما وصفه هؤلاء من محددات وضوابط، والتي من غيرها لا يمكن الركون اليه.

ان مايتصوره اطراف اعادة التفاوض ويضعونه حول كل مايثار بينهم من مسائل ومشكلات يتفقون عليه ويوقعونه، يعتبر في الواقع قواعد سلوكية اتفاقية تضبط علاقاتهم، فمن ناحية العدالة ان كل ماهو تعاقدي يكون عادلا، فالشخص لايرتضي الا ما يكون في صالحه واما من الامان فان القواعد المنظمة للعلاقة بين الاطراف المتفاوضة لاتاتي من مصدر خارجي، بل المفاوضون هم من وضعوها ليست غريبة عنهم ومن ثم فهي تتوافق مع تطلعاتهم، والدعوة الى الالتزام بها لايشكل اخلال بتوقعات من تخاطبه، كما ان القاعدة القانونية هي نتاج ارادة المجتمع، فهي تاتي من داخل المجتمع كذلك القاعدة الاتفاقية هي نتاج ارادة الاطراف، فهي من صنع الاطراف انفسهم، فهي لاتخل بتوقعاتهم بل تعمل على احترام حقوقهم المتولدة عن الاتفاق وتعمل على تحقيق التعاون بينهم.

فاعادة التفاوض هي احدى الطرائق الودية لحل النزاعات، وهي تتم مباشرة بين الاطراف ودون تدخل شخص اجنبي، اذ يحاول الاطراف عبر هذه الوسيلة الوصول الى اتفاق، وذلك عن طريق التفاهم المتبادل، فهذه الوسيلة من وسائل حل النزاع تشبه مرحلة ماقبل التعاقد في المواد المدنية، اذ لابد من ان تتم اختيارا ودون التباس او عيوب رضائية، فاعادة التفاوض الذي يجري في ضوء هذه الوسيلة يمتاز ببعده عن الشروط الشكلية، فارادة الاطراف هي المبدا الوحيد الواجب التطبيق، طالما ان النزاع غير خاضع قانونا لشروط شكلية خاصة، وان الاتفاق النهائي وليد لمرحلة سابقة وهي اعادة التفاوض وهذا يكون ملزما لطرفيه كالعقد تماما.

ثالثا: مشكلة البحث :

يدور البحث في دائرة العقود المدنية اضافة الى انه لن يشمل مرحلة اعادة التفاوض التي تسبق ابرام العقد، فهو ينصب على اكثر المراحل اهمية وهي مرحلة التنفيذ، فالمشكلة تكمن في عدم وجود نصوص تشريعية في العراق تحكم الية حل النزاع بواسطة اعادة التفاوض، اذ يفترض وجود نصوص قانونية تنظم وتعالج مسالة وضع اليات بديلة عن القضاء في حل النزاعات التي تنشا في مرحلة لاحقة لابرام العقد، هذا اضافة الى قلة المصادر التي تناولت اعادة التفاوض بكونه وسيلة بديلة لحل النزاعات التي تنشا في مرحلة لاحقة لابرام العقد وانعدام القرارات القضائية في هذا الشان.

رابعا: سبب اختيار الموضوع :

تتمثل اسباب اختيار الموضوع برغبة العراق بالانفتاح على الشركات الاجنبية من اجل جذب الاستثمارات اللازمة لتنمية وتطوير البنى التحتية والخدمات والسلع والبضائع، وهذا يتطلب تيسير عمل هذه الشركات ومايتوقع عبر ذلك من نزاعات قد تحدث نتيجة لاخلال احد الاطراف بالتزاماته العقدية، وانطلاقا من الواقع الذي نعيشه، واستشعارا باهمية دور اعادة التفاوض في حل منازعات العقود المدنية وتحقيق التعاون فيما بين الطرفين ومنع الخصومة، كان لابد من طرح السؤال التالي كيف السبيل الى احياء هذا الدور الهام في حل نزاعات العقود المدنية؟

ان اختيار هذا الموضوع لم يكن وليد صدفة بحتة، بل لانه الطريق العملي والامثل في الحفاظ على العلاقات التعاقدية قائمة مستقبلا مع بقاء الود والاتصال بين اطرافها.

خامسا: منهجية البحث:

انتهج الباحث المنهج التحليلي والمقارن الذي يقوم على تحليل كل جزيئة من جزيئات الدراسة في القوانين وفي العقود المدنية، هذا الى جانب عرض الاراء الفقهية سواء في فقه القانون المدني او فقه التجارة الوطنية وبيان موقف التشريعات العربية والاجنبية كلما دعت الحاجة الى ذلك، وسوف نركز في كل جزيئة على عرض موقف القضاء الوطني وقضاء التحكيم في حدود المتاح لنا من قرارات.

سادسا: خطة البحث:

تناولنا موضوع البحث على فصلين، الفصل الاول خُصِّص لبيان مفهوم اعادة التفاوض في مبحثين تطرقنا في المبحث الاول تعريف اعادة التفاوض و شروطه و تمييزه عما يشتبه به، وخصصنا المبحث الثاني الى بيان اليات اعادة التفاوض المتبعة في العقود المدنية، في حين بحثنا في الفصل الثاني احكام اعادة التفاوض في مبحثين بينا عبرها التزامات الاطراف المتفاوضة، اضافة الى بيان دور الارادة في حل النزاع، ايضا وضحنا المسؤولية الناشئة عن الاخلال باعادة التفاوض، واخيرا الخاتمة والتي تحتوي على اهم النتائج المتحصلة من البحث، واهم المقترحات التي تعالج مشكلة البحث.