

التحكيم التجاري الدولي والخسارة الناتجة عن إنهاء الدولة للعقد بإرادتها المنفردة (وزارة النقل العراقية ضد هورس المصرية أمودجاً)

International Commercial Arbitration and the Losses Resulting from
the State's Unilateral Termination of Contracts: The Case of the Iraqi
Ministry of Transport against Egyptian Horus Airlines.

م.د. موصعب ثائر عبد الستار العبيدي.

كلية العلوم الإسلامية - الجامعة العراقية.

musaab.t.abdul-sattar@aliraqia.edu.iq

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٥/٣/٢

تاريخ استلام البحث: ٢٠٢٤/١٢/١

الملخص:

الحمد لله الذي أنزل على عبده الكتاب ولم يجعل له عوجاً، وأصلي وأسلم على سيدنا وقائدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين. أما بعد: بدايةً، تكمن أهمية بحثنا في أهمية التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسوية النزاعات بين الأطراف التجارية، حيث يُعتبر التحكيم بديلاً فعالاً للمحاكم التقليدية. يناقش بحثنا الخسائر التي تنجم عن إنهاء العقد من قبل الدولة بإرادتها المنفردة، مما قد يؤثر سلباً على حقوق الأطراف الأخرى.

يُناقش بحثنا على أهمية التزام الأطراف المتعاقدة بشروط العقد التجاري وغيره من العقود على حد سواء، مع التزم تام بأن العقد يُعد بمثابة قانون ملزم للمتعاقدين - كما هو مقرر عند فقهاء القانون -، مما يؤثر على طبيعة العلاقة بين الدولة العراقية والجهات المتعاقدة معها؛ على أن نبيّن الفرق بين العقود الإدارية التي تُبرمها الدولة داخلياً وتلك التي تُبرمها مع جهات أجنبية استثمارية، وإيضاح الجوانب القانونية المختلفة لكل نوع من هذه العقود المبرمة.

يركز بحثنا على إشكالية كيفية إنهاء عقود التجارة الدولية باتفاق الطرفين، بدلاً من إنهاء العقود بإرادة المنفردة، وتأثير ذلك على الاستثمار الأجنبي، من خلال الاتفاق المتبادل بين الأطراف المتعاقدة، مما قد يسهم في حل النزاعات بشكل سلمي بدلاً من الخسائر التي يقع فيها العراق - كما في قضية وزارة النقل وشركة هورس المصرية - واللجوء إلى الأسباب القانونية المقررة التي بيناها في بحثنا هذا، مثل: فسخ العقد عن طريق القاضي أو المحكم الدولي، الفسخ الاتفاقي أو الشرط الفاسخ الصريح، الدفع بعدم التنفيذ، وأخيراً اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاعات التجارية الدولية، مما يساعد على تجنب الأزمات المرتبطة بالنزاعات التحكيمية أو القضائية.

الكلمات المفتاحية: التحكيم التجاري، العقود الادارية، الحصانة القضائية، إنهاء العقد.



Abstract:

The significance of our research lies in the importance of international commercial arbitration as a means of resolving disputes between commercial parties, where arbitration is considered an effective alternative to traditional courts. Our study discusses the losses resulting from the unilateral termination of contracts by the state, which may negatively impact the rights of other parties involved.

Our research addresses the importance of the contracting parties' adherence to the terms of commercial contracts and other agreements alike, with a complete commitment to the notion that a contract serves as a binding law for the contractors—as established by legal scholars thereby affecting the nature of the relationship between the Iraqi state and its contracting entities. We aim to distinguish between administrative contracts concluded by the state domestically and those entered into with foreign investment entities, elucidating the different legal aspects of each type of contract.

Our study focuses on how to terminate international trade contracts by mutual agreement of the parties, rather than through unilateral termination, and the impact this has on foreign investment. This mutual agreement among contracting parties can contribute to resolving disputes amicably, as opposed to the losses incurred by Iraq—as seen in the case of the Ministry of Transport and Egyptian Horus Airlines—and recourse to established legal grounds that we have outlined in this research, such as: contract termination through a judge or international arbitrator, consensual termination or explicit resolutive condition, raising the defense of non-performance, and finally, resorting to arbitration as a means to resolve international commercial disputes, thus helping to avoid crises related to arbitration or judicial disputes.

Keywords: commercial arbitration, administrative contracts, judicial immunity, contract termination.

المقدمة

يناقش بحثنا هذا الموسوم بـ(التحكيم التجاري الدولي والخسارة الناتجة عن إنهاء الدولة للعقد بإرادتها المنفردة - وزارة النقل العراقية ضد هورس المصرية أنموذجا)، كيفية إنهاء عقود التجارة الدولية باتفاق الطرفين، بدلا من إنهاء العقود بالإرادة المنفردة، وتأثير ذلك على الاستثمار الأجنبي، من خلال الاتفاق المتبادل بين الأطراف المتعاقدة، مما قد يسهم في حل النزاعات بشكل سلمي بدلا من الخسائر التي تقع فيها الدولة -العراق أنموذجا كما في قضية وزارة النقل وشركة هورس المصرية محل البحث-، بل واللجوء إلى الأسباب القانونية المقررة التي بينها في بحثنا هذا في المبحث الثاني: نماذج من الحلول المقترحة

لحل قضية وزارة النقل وشركة الخطوط الجوية العراقية ضد هورس المصرية. تكمن مشكلة البحث حين أبرمت شركة الخطوط الجوية العراقية عقد وكالة عامة مع الشركة المصرية (هورس) لتقديم خدمات رحلات الطيران المدني، أثناء حكم النظام السابق. تبين عدم وجود الشركة -أصلاً- عند توقيع العقد وفقاً لوثائق تسجيل الشركات في مصر، وأنها حصلت على ترخيص بعد هذا التاريخ. وللأسف، بسبب مخالفات وتقصير من جانب شركة هورس المصرية، قامت الخطوط الجوية العراقية بإخطار الشركة بإنهاء الوكالة اعتباراً من ١ شباط/فبراير ٢٠٠٥م. وهو ما دفع الشركة إلى تقديم طلب للتحكيم الحر في ٤ آب/أغسطس ٢٠١١ وفقاً لبند في العقد. وعندما لم يتم التوصل إلى اتفاق حول محكم مرجح، لجأت الشركة إلى القضاء المصري، الذي حكم بإلزام العراق بالتحكيم. حصلت بعدها تطورات كثيرة، من متابعة ودفع تقدم بها الجانب العراقي، وإجراءات ضد الموظفين المقصرين العراقيين، وتغيير للمحكمن الدوليين، والجهود المبذولة من قبل وزارتي النقل والخارجية، بل وتابع رئيس الوزراء العراقي الموضوع بنفسه. إلا أن قرار هيئة التحكيم التي أصدرت قراراً في ٢٦ تموز/ يوليو ٢٠٢٣م بإلزام وزارة النقل وشركة الخطوط الجوية العراقية بدفع مبلغ يزيد عن (٧٨٧) مليون دولار أمريكي مع الفوائد، والتي قد تصل إلى (١) مليار دولار أمريكي، أدت إلى قرارات مجحفة بحق العراق. وبناء على ذلك، وجه رئيس الوزراء بتشكيل فريق من الوزارات المختصة لمتابعة دعوى بطلان القرار التحكيمي. وبدأت برفع دعوى بطلان القرار أمام القضاء المصري، مستندة إلى قانون التحكيم المصري. ومن خلال هذه الدراسة، نهدف إلى تقديم رؤية شاملة تسهم في فهم التحديات التي تواجه العقود الإدارية والتحكيم التجاري الدولي، وبالتالي تعزيز استقرار العلاقات التجارية بين الدول.

وبناء على ما سبق فإنني قسمت البحث التحكيم التجاري الدولي والخسارة الناتجة عن إنهاء الدولة للعقد بإرادتها المنفردة -وزارة النقل العراقية ضد هورس المصرية- نموذجاً -وفق الآتي:
المبحث الأول: التحكيم في العقود الإدارية وعلاقته بالحصانة القضائية للدولة.
المطلب الأول: إخضاع العقد الإداري لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"
المطلب الثاني: التمييز بين العقد الإداري الوطني والدولي في عقود الاستثمار.
المبحث الثاني: نماذج من الحلول المقترحة لحل قضية وزارة النقل وشركة الخطوط الجوية العراقية ضد هورس المصرية.

المطلب الأول: إنهاء عقود التجارة الدولية باتفاق الطرفين.

المطلب الثاني: إنهاء عقود التجارة الدولية بأسباب مقرر قانوناً.

السبب الأول: فسخ العقد عن طريق القاضي أو المحكم الدولي.

السبب الثاني: الفسخ الاتفاقي أو الشرط الفاسخ الصريح.

السبب الثالث: الدفع بعدم التنفيذ.

المطلب الثالث: ضرورة اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.



وأخيراً، خرجنا في بحثنا هذا ببيان لأهم الاستنتاجات، وعرض التوصيات والمقترحات، والوسائل اللازمة لإعادة الحقوق للعراق.. عرفانا منا وبعض وفاء.

أهمية البحث: يمثل إنهاء الدولة للعقد بإرادتها المنفردة تحدياً كبيراً للعلاقات التجارية الدولية؛ فيسلط بحثنا هذا الضوء على الخسائر الناجمة عن هذه القرارات الفردية من بعض الدول، مما يساعد على فهم تأثيرها على المستثمرين الأجانب والدول على حد سواء. ويمثل نموذج قضية وزارة النقل العراقية ضد شركة هورس المصرية فرصة للباحثين لفهم الآثار المتعلقة بإنهاء الدولة للعقد بالإرادة المنفردة والخسائر الناتجة عن عملية التحكيم في النزاعات الدولية. ويمكن أن يوفر تحليل هذه الحالة رؤية قيمة حول كيفية التعامل مع المشاكل المتعلقة بهذا الجانب القانوني في المستقبل. وعليه، فإن تعزيز الثقة في نظامنا التحكيمي التجاري الدولي -المشروع المطروح أمام البرلمان- قد يشجع المستثمرين على الدخول في شراكات وعقود مع بلدنا العراق، مما يؤدي إلى زيادة الاستثمارات الأجنبية المباشرة وتحفيز التنمية الاقتصادية - التي نحن بأمس الحاجة إليها.

مشكلة البحث: إبراز المشكلات الرئيسية يتمثل في افتقار العقود الإدارية إلى معيار محدد يبين شروط إنائها، بالإضافة إلى تعقيد الأنظمة القانونية التي تختلف من دولة إلى أخرى، مما قد يسبب تعقيدات في فهم كيفية تطبيق مبادئ التحكيم في العقود الدولية. كما أن غياب المعايير الواضحة لتحديد النظام القانوني للعقود الإدارية تجاه الأجنبي يؤدي إلى نزاعات بين الأطراف حول الشروط والتعويضات. كذلك، تشمل المشكلات صعوبة الوصول إلى الأدلة، ففي النزاعات الدولية قد يكون من الصعب جمع الأدلة اللازمة لدعم موقف الطرف المتضرر -كحالة العراق-، مما يمكن أن يؤثر على فرص النجاح في التحكيم، كما هو الحال في الكثير من القضايا العالقة.

منهجية البحث: اتبعنا في بحثنا هذا المنهج الوصفي لفهم وتفسير المفاهيم الأساسية للعقد بشكل أساسي، وبالقياس بالمتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي والمرتبطة بالعقود الإدارية. كما يبين هذا المنهج الحالات العملية -كقضية وزارة النقل العراقية ضد هورس المصرية-، لفهم كيفية تطبيق القوانين والمبادئ على الموضوع. ثم تمت مراجعة الدراسات القانونية السابقة ذات الصلة بالتحكيم والعقود الإدارية، مما يساعد على توسيع نطاق الفهم وتحديد الفجوات التي يمكن أن يصوبها بحثنا هذا.

المبحث الأول: التحكيم في العقود الإدارية وعلاقته بالحصانة القضائية للدولة

تمهيد وتقسيم: بدايةً.. من القواعد المقررة في القانون الدولي هو انحصار الدفع بالحصانة على الدعاوى المرفوعة أمام محاكم الدول الأجنبية دون قضاء التحكيم؛ وهو ما تقضيه المبادئ المقررة في القانون الدولي والذي يعني تمتع الدولة بالحصانة القضائية، فلا يمكن التقاضي إلا أمام محاكمها دون محاكم الدول الأجنبية. وعليه لا يتصور لأي مدعي اختصاص الدولة إلا أمام محاكمها الوطنية، وفي حالة مخالفة هذه القاعدة تقضي محاكم الدول الأجنبية وفقاً للقواعد المقررة في القانون الدولي بعدم قبول الدعوى لانتفاء الولاية؛ ورغم أن هذه القاعدة لا تحتاج إلى نص فقد حرصت الجمعية العامة للأمم المتحدة على التأكيد على الحصانة القضائية للدول في مناسبات مختلفة.

كان آخرها بمقتضى اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، والتي اعتمدت ونشرت وطرحت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة^(١) رقم ٣٨/٥٩ بتاريخ ٢ ديسمبر ٢٠٠٤م، وقد ورد في ديباجة هذه الاتفاقية حرص الدول الأعضاء على أنها: "إذ ترى أن حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية مقبولة بوجه، عام كمبدأ من مبادئ القانون الدولي العرفي وإذ تضع في اعتبارها مبادئ القانون الدولي المجسدة في ميثاق الأمم المتحدة، وإذ تعتقد أن وجود اتفاقية دولية لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية من شأنه أن يعزز سيادة القانون والوثوق القانوني، ولا سيما في المعاملات بين الدول والأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، وإن ساهم في تدوين القانون الدولي وتطويره ومواءمة الممارسة في هذا المجال وإذ تأخذ في الاعتبار التطورات التي جرت في ممارسة الدول فيما يتعلق بحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، وإذ تؤكد أن قواعد القانون الدولي العرفي تظل تسري على المسائل التي لا تنظمها أحكام هذه الاتفاقية". وعليه فإن القاعدة المستقاة من النص أعلاه هو التأكيد على أن الحصانة القضائية مبدأ أصيل من مبادئ القانون الدولي العرفي، جاءت هذه الاتفاقية من أجل تدوينه وتطويره بما يتفق أحدث التطورات؛ وهو تأكيد مهم على أن مبدأ الحصانة من شأنه أن يعزز سيادة القانون فلا تقاضي جميع الدول إلا أمام محاكمها الوطنية فالدول جميعها على قدم المساواة في نطاق الأمم المتحدة، ولذا لا يصح أن تخضع الدولة - وهي أهم أشخاص القانون الدولي - كمدعى عليه لسلطة محكمة أجنبية، وإلا كان ذلك انتقاصاً شديداً من سيادتها. وبما أن التحكيم التجاري الدولي هو الخروج عن القواعد المقررة لطرق النقاضي التقليدية فإننا سنبين كيفية تسمك الدولة بالقواعد المقررة المعروفة ابتداءً بإخضاع العقد الإداري لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين واحترام هذه القاعدة، ومن ثم لا بد من التمييز بين العقد الإداري الوطني والدولي في عقود الاستثمار. وعليه لذلك قسمت المبحث الأول إلى مطلبين، تكلمت في المطلب الأول عن إخضاع العقد الإداري لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. أما الثاني: التمييز بين العقد الإداري الوطني والدولي في عقود الاستثمار.

المطلب الأول: عن إخضاع العقد الإداري لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

لما كان المقرر إعطاء الدول حصانة لنظامها القضائي، نرى ان هناك بعض الاتفاقيات تقرر للدول وبالإرادة الحرّة التنازل عن هذه الحصانة القضائية؛ لكن كيف؟! أجابت عن ذلك المادة (٧) السابعة^(٢): "الموافقة الصريحة على ممارسة الولاية القضائية. الفقرة (١) لا يجوز لدولة أن تحتج بالحصانة من الولاية القضائية في دعوى مقامة أمام محكمة دولة أخرى فيما يتعلق بأي مسألة أو قضية إذا كانت قد وافقت صراحة على أن تمارس المحكمة ولايتها فيما يتعلق بتلك المسألة أو القضية إما: أ. باتفاق دولي؛

ب. أو في عقد مكتوب

ج. أو بإعلان أمام المحكمة أو برسالة خطية في دعوى محددة".



وعليه فإن المستتب من النص أعلاه هو امكانية تنازل الدولة -وفقاً للحالات التي تقدرها وبما تقضي به مصالحها بطرق ثلاث اتفاق دولي مع دولة أو عدة دول أجنبية أو عقد مكتوب مع أي طرف أو حضور ممثليهما والإعلان أمام المحكمة أو برسالة خطية في دعوى علنية بالذات. بل وذهبت ذات الاتفاقية في المادة (٨) تحت عنوان "الأثر المترتب على الاشتراك في دعوى أمام المحكمة بقولها: ١ - لا يجوز لدولة أن تحتج بالحصانة عن الولاية القضائية في دعوى مقامة أمام محكمة دولة أخرى إذا كانت (أ) قد أقامت بنفسها تلك الدعوى.

(ب) أو تدخلت في تلك الدعوى أو اتخذت أي إجراء آخر فيما يتصل بموضوعها، ومع ذلك، إذا أقنعت الدولة المحكمة بأنه ما كان في وسعها أن تعلم بالوقائع التي يمكن الاستناد إليها لطلب الحصانة إلا بعد أن اتخذت ذلك الإجراء، جاز لها أن تحتج بالحصانة استناداً إلى تلك الوقائع بشرط أن تفعل ذلك في أقرب وقت ممكن". وهنا نخرج بنفس النتيجة السابقة في المادة (٧)، أن الدولة تتمتع بالحصانة القضائية ضد اخضاعها لقضاء الدول الأجنبية، فالدولة أهم أشخاص القانون الدولي، ولا يصح أن تخضع لسلطة أقل ممثلة في محكمة تابعة لدولة أجنبية، وإلا كان في ذلك انتقاصاً من سيادتها وإخلالاً بمركزها القانوني في المجتمع الدولي. وكما هو معلوم أن لكل قاعدة شواذ! وعليه فإن هذا الأصل ليس مطلقاً على العموم، وإنما يرد عليه استثناءات قانونية مقررة لمصلحة الطرفين، وذلك في الأحوال التي تقدرها الدولة بإرادتها الحرة ووفقاً لما تقضي به مصالحها، إذ يمكن التنازل عن الحصانة بمقتضى:

١. اتفاق دولي مع دولة أو مجموعة دول أجنبية بالتنازل عن الحصانة فيما بينها استناداً لمبدأ المعاملة بالمثل.
٢. عقد مكتوب مع شخص طبيعي أو اعتباري وطني أو أجنبي.
٣. حضور ممثليها لتقرير قبولها بالخضوع أمام المحكمة الأجنبية أو برسالة مكتوبة في دعوى معينة بالذات. إذا أقامت الدولة بذاتها الدعوى أمام المحكمة الأجنبية كمدع.
٤. إذا تدخلت الدولة في دعوى مقامة أمام محكمة أجنبية أو اتخذت أي إجراء آخر فيما يتصل بموضوعها. وإذا كانت الجماعة الدولية المعاصرة قد وصلت لهذه المرونة فيما يتعلق بمبدأ الحصانة القضائية، فقررت المبدأ وأجازت عليه خمسة استثناءات. فلا شك أن هذا الوضع سيدفع للاعتقاد بأن المرونة ستصل لأقصى درجاتها في مجال التحكيم. والحقيقة أن الأمر يتجاوز هذا المفهوم بكثير، حيث لا تتمتع الدولة مطلقاً بأي نوع من أنواع الحصانة القضائية متى سلكت طريق التحكيم كوسيلة لفض المنازعات لأن الحصانة القضائية -استثناء جوهري- لا تتمتع به الدولة إلا في مواجهة قضاء دولة أخرى تتساوى معها؛ وحين الامعان في النظر بموضوع التحكيم لا يُعد قضاء خاضعاً لسيادة أيّة دولة من الدول، بل هو قضاء من نوع خاص، فإن فكرة الحصانة القضائية لا يمكن إعمالها أمام هذا القضاء الخاص، لغرابتها عنه، فالدولة لا تتمتع في مواجهة هذا القضاء غير العادي بأية حق أو ميزة حتى يقال إنها تتمسك بها وبالتالي يجوز لها أن تتنازل عنها^(٣). وبالنتيجة فإن لهذا الكلام ما يؤيده من نصوص القانون الدولي، فإن المادة (١) الأولى من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن حصانة الدول وممتلكاتها لعام ٢٠٠٤م - السابق

ذكرها- نصت على أن: " تسري هذه الاتفاقية على حصانة الدولة وممتلكاتها من ولاية محاكم دولة أخرى " فنطاق الحصانة مقصور إذن على عدم الخضوع لولاية محاكم دولة أخرى. والسبب الأساسي في التخلي عن أدوارها التقليدية هو الرغبة الكبيرة في سلوك طريق التجارة والاستثمار الدولي، وفقاً لأحكام القانون الخاص مع المستثمرين والأشخاص الاعتبارية الوطنية والأجنبية؛ وقبلت في تعاقدها التنازل عن ميزة المثل أمام قضائها الوطني، متنازلة بذلك عن حصانتها القضائية مع قبولها بالإرادة الحرة الخضوع لقضاء التحكيم، وتسوية منازعاتها بهذا القضاء الخاص-التحكيم- بدلاً من القضاء العام المتمثل في قضائها الوطني أو حتى قضاء الدولة الأجنبية الأخرى التابع لها الطرف الأجنبي. من خلال هيئة التحكيم التي تتشكل من محكمين يتم اختيارهم بالاتفاق المشترك مع باقي الأطراف وفقاً للقواعد والأصول المقررة في قانون التحكيم التجاري الدولي المتمثلة بقواعد الأونسيترال للتحكيم والتي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي^(٤). هنا فقد أصبحت الدولة تتعامل مع الأفراد على قدم المساواة وعلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وبآليات القانون الخاص، وطالما نزلت إلى مجال القانون الخاص، فإن هذا القانون يحكم تعاملاتها في كل الجزئيات، حيث لا يحق للدولة بعد ذلك، ولا يقبل منها إعادة استخدام القواعد المقررة السابق ذكرها في حصانة قضائها الوطني بما لها من حصانة في مجال القانون العام، لتحاول الاستفادة بها وتحسين مركزها القانوني في معاملات القانون الخاص، رغبة منها في بعض الأحوال التنصل من التزاماتها التعاقدية. ولأن تلك الحصانة لها استثناءات قبلت ورضيت الدولة بها قبل واثناء التعاقد وتنازلت عنها، ولأن اتفاق التحكيم كافٍ بمفرده لاستبعاد الحصانة، بمجرد إبرامه ينهي وجودها، ويعنى بالضرورة تنازل الدولة عنها فتتساوى عند الأطراف آليات القانون الخاص وهي هيئة التحكيم كما هو الحال في عقود الاستثمار النفطي في العراق، والذي كان الهدف من التعاقد هو إدارة أو تسيير أو تقديم خدمات لمرفق عام، فإن هذه العقود تخلو من سلطات القانون العام، ولا تتمتع فيها الدولة بأي امتياز في مواجهة المتعاقد الأجنبي معها، بل تنازلت عن ذلك وإرادتها الحرة، رغبة في تشجيع وجذب الاستثمار وما احوجنا إلى ذلك بسبب الظروف التي يحتاج فيها البلد إلى جملة من الاستثمارات الدولية.

المطلب الثاني: التمييز بين العقد الإداري الوطني والدولي في عقود الاستثمار

بدايةً.. القوانين الوطنية التي كانت تتلاءم قديماً مع العقود التجارية الدولية البسيطة، أصبحت غير ملائمة للعقود الدولية الحديثة المركبة، ومن هنا استشعرت شركات الاستثمار الأجنبي العالمية بالحاجة إلى قواعد قانونية جديدة أكثر اتفاقاً مع تلك العقود، وتقوم على أساس الإرادة الحرة للأطراف وعلى أساس أن العقد شريعة المتعاقدين، ولذلك فإن سلطان الإرادة يعتبر الآن بمثابة وسيلة دفاعية عن النظام القانوني الدولي في مواجهة النظام القانوني الداخلي. وفي الغالب الأعم أن هذا النوع من العقود أكثر ما يكون في عقود الدولة، أي يكون في العقود التي طرفها الدولة -أي دولة كانت-، والطرف الآخر شركة أجنبية استثمارية وفي وضعنا الحالي في العراق لدينا امثلة كثيرة على ذلك: كالعقود المبرمة سنة ٢٠١٤م، بين جمهورية العراق وشركة (B.B) البريطانية، والعقد الموقع مع (إيني) الإيطالية، والعقد الموقع مع شركة



(لوك أوليل) الروسية، فقد طلبت الحكومة العراقية من هذه الشركات تعديلات على تخفيض مستحقات هذه الشركات من الحكومة العراقية من نسبة (٢٥%) إلى (٥%) بسبب زيادة التكاليف على الحكومة العراقية في محاربة الإرهاب-تنظيم الدولة الإسلامية في ذلك الوقت- بالإضافة لدفع مستحقات غزو العراق للكوييت، بالإضافة لانخفاض سعر برميل النفط العالمي^(٥). وهنا عادةً ما تطالب الشركات إلى تجميد القانون الوطني من حيث الزمان بالنسبة للشركة المتعاقدة، بحيث لا يسري على عقدها إلا القانون الذي كان ساريًا عند إبرامه وفق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين_ لأنَّ الأفضلية تعطى أولاً لما يصاغ من قواعد وشروط وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، ولا يلجئون للقانون الوطني عادة إلا على سبيل الاحتياط، وهذا الاتجاه هو الذي يدفع المتعاملين في التجارة الدولية إلى تحرير عقودهم بشكل تفصيلي، لتكوين نظام عقد مستقل عن قانون أي دولة. هذا من جانب.. من جانب آخر ذهب البعض حول صفة عقد الاستثمار إلى جعله عقدًا إداري وطني على أساس أن كل عناصر العقد الإداري فيه، وذهب آخرون إلى العكس من ذلك وسنحاول الإجابة على ما إذا كانت شروط العقد الإداري محققة في عقد الاستثمار -عقد وزارة النقل متمثلة بالخطوط الجوية العراقية مع شركة حورس المصرية- أم لا؟ من خلال بيان شروط العقد الإداري، ثم بعد ذلك لا بد من الوقوف عند الطبيعة القانونية لمثل هذه العقود الاستثمارية حتى نعرف سبب خسارة الدولة العراقية من خلال انبائها للعقود بإرادتها المنفردة وكيفية تكييفها للعقد أساسًا. ولمعرفة كيفية الاستقامة من الناحية العملية في إبرام العقود المستقبلية والظهور بأفضل النتائج، على المستوى الدولي. بدايةً اختلفت الآراء حول صفة عقود الاستثمار الدولي بكل أنواعه، هل هو من العقود الإدارية أم لا، فهناك آراء لبعض القائلين بأنَّ العقد الاستثماري عقد إداري، تأسيسًا على أنَّ شروط العقد الإداري محققة فيه، إلا أنَّ مثل هذا التكييف عليه كثير من المآخذ وخاصة أنَّ معايير العقد الإداري كما هو معروف في جوانب كثيرة غير واضحة، وتترك بعض المسائل لتحديد القاضي ما إن كانت مثل هذه الشروط أو المعايير محققة، كي يطبق العقد بالطابع الإداري^(٦).

أولاً الدولة طرف في العقد: إذا كان أحد أطراف العقد النفطي شخصًا من أشخاص القانون العام - سواء كانت الدولة ذاتها، أم إحدى هيئاتها- فإنه ليس كل عقد يبرمه أحد أشخاص القانون العام يعد عقدًا إداريًا، فقد يلجأ الطرف المستثمر في تعاقدِهِ إلى وسائل القانون الخاص فيبرم عقودًا "إدارية" ومع التسليم بوجود الإدارة طرفًا في العقد إلا أنَّه لا يُعد كافيًا بذاته لوصف العقد بالإداري! وما يحتج به من يرون أنَّ العقد النفطي مثلًا عقدٌ إداري من تدخل الدولة في الإشراف والرقابة فإنَّ ذلك لا يكفي لأن يوصف العقد بأنه إداري أيضًا، حيث إنَّ المشروعات الخاصة تخضع لنوع من الرقابة والإشراف، فالدولة قد تعين مديرًا للمشروع الخاص، وقد تمثل الحكومة في مجلس إدارة الشركات، وقد تتدخل الدولة لمساعدة ومعاونة وتشجيع المشروعات الخاصة، فتمنحها امتيازات وحقوق السلطة العامة، مثاله: حق التنفيذ المباشر ونزع الملكية، إلا أنَّ كل هذه المظاهر لتدخل الدولة أو السلطة العامة لا تجعل من المشروع الخاص مرفقًا عامًا، بل يجب أن يصل تدخل الدولة إلى حد الهيمنة على المشروع، بحيث يكون لها الكلمة النهائية في

إنشاء وإلغاء المشروع بالكامل، وفي تحديد قواعد سيره وتنظيمه، والدولة بما لها من سلطة إشراف ورقابة على أعمال الشركة المتعاقدة، إلا أنها ليست صاحبة الرأي الأعلى والكلمة النهائية في إدارة المشروع النفطي -كمثال على ذلك- بل إنَّ القدر الأكبر من ذلك بيد الشركة الأجنبية المستثمرة المتعاقدة مع الدولة^(٧). كما أنَّ الدولة في تعاقدها تأخذ أشكالاً قانونية متنوعة، وذلك لأسباب قانونية، وأحياناً لأسباب الملاءمة العملية والتجارية، ويفترض في هذه الحالة أنَّ الدولة قد تنازلت عن صلاحياتها العامة-كما ذكرنا سابقاً- أي أنَّ الدولة صاحبة السلطة العامة تخضع ضمناً لقانون العقد، وتصبحُ الدولة في هذه الحالات وكما هو الحال في المشروعات الخدمية الاستثمارية الأجنبية مجرد منظم وليس عاملاً مؤثراً فاعلاً في العملية الاقتصادية.

وهذا الترتيب الجديد للدولة قد ترتب منذ انهيار حائط برلين في عام ١٩٨٩م، ونهاية الشيوعية في عام ١٩٩٤م، ونشأة منظمة التجارة العالمية، وهي المنظمة الوحيدة التي تحمل صفة العالمية بجانب الدولية، ونشوء عالم تغلب عليه الليبرالية الاقتصادية الجديدة، مع تطور التكنولوجيا ووسائل الاتصال، برز إلى عالم الوجود عالم جديد منفتح تغير فيه دور الدولة تغيراً جذرياً، وأعيد تحديد نطاق سلطات الدولة وتوسعت التجارة الدولية^(٨).

ثانياً الشروط الاستثنائية: مسألة الشروط الاستثنائية هي أهم وسيلة نعرف بها أو من خلالها الكشف عن نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام^(٩)، دون القانون الخاص^(١٠)، وذلك عن طريق تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص، ومن تلك الشروط: حق الإدارة في تعديل العقد، وحقها في الإشراف وحقها في تنفيذ العقد، وحقها في فسخ العقد وإنهائه بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر، والسؤال الذي يطرح: هل تضمنت عقود الاستثمار النفطي في العراق أو إحدى الدول العربية مثل هذه الشروط؟! الجواب: من دراسة العديد من النصوص القانونية لعقود اتفاقيات النفط العربية، أنَّ البعض منها لا يتضمن مثل هذه الشروط، بل على العكس تماماً يتضمن شروطاً تحد من السلطات والامتيازات التي تتمتع بها جهة الإدارة في العقد الإداري، ومن تلك الشروط شرط عدم إمكان تعديل العقد أو إنهائه إلا باتفاق الطرفين وفق قاعدة معروفة-مبدأ العقد شريعة المتعاقدين-^(١١). ومثاله، قضية اليمين مع شركة (هانت الأمريكية Hunt Oil Company) خير دليل على مدى ضعف الدولة اليمنية في مواجهة مثل هذه الشركات، حيث قامت جهة الإدارة في اليمن بتمديد العقد بعد إنهائه في عام ٢٠٠٥م، خمس سنوات إضافية، إلا أنَّ السلطة التشريعية (مجلس النواب) رفض التمديد، والمفروض أنَّ الأمر ينتهي عند هذا الحد، إلا أنَّ الشركة النفطية لجأت إلى التحكيم بموجب شرط التحكيم المنصوص عليه في العقد، إلا أنَّهم نسوا أنَّ العقد يتضمن أيضاً مادة مفادها أنَّ مصادقة البرلمان وموافقة رئيس الجمهورية أمرٌ ملزم، وإلا فإنَّ العقد يكون منعدماً وليس له أي أثر قانوني^(١٢). فأين الشروط الاستثنائية في مثل هذه العقود، حتى توصف بأنها استثنائية؟! وبما أنَّ وجود الشروط الاستثنائية يُعدُّ قرينة على أنَّ العقد عقداً إدارياً، فإنَّ انتفاءها أيضاً ينفي عن العقد الصفة الإدارية، ورداً



على أن للإدارة الحق في الإشراف والرقابة على أعمال الشركة المتعاقدة يعد شرطاً استثنائياً، فالأمر لا يعدو أن يكون بغرض التأكد من حسن أداء الشركة المتعاقدة لالتزاماتها، ولا تعد من قبل الشروط الاستثنائية بالمعنى المفهوم في القانون الإداري.

ثالثاً المرفق العام: من البديهيات فإنه لا بد من أن يتصل العقد بأحد المرافق العامة، وتتخذ درجة صلة المرفق العام صوراً متعددة، فقد يتصل العقد بتنظيم المرفق العام أو إدارته أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه، فإذا ما انقطعت الصلة بين العقد وأحد المرافق العامة فإن العقد لا يعد إدارياً، بل يُعد من عقود القانون الخاص، ولو كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام^(١٣). وهنا تجدر الإشارة إلى أن استغلال الثروات النفطية بواسطة الشركات المتعاقدة ليس مشروعاً يعمل باطراد وانتظام بقصد أداء خدمات عامة للجمهور، حيث إن الشركة المتعاقدة لا تلتزم بإفادة الجمهور من النفط الذي تنتجه، ولا يتضمن عقد الاستثمار النفطي أي نص بهذا المعنى، في حين أن المرفق العام يستهدف بصفة أساسية تحقيق النفع العام، بل أن الهدف العام من إنشاء المرفق العام هو إشباع الحاجات العامة للجمهور، مثل حاجاتهم إلى الأمن والعدالة والصحة والتعليم، ويعد تحقيق النفع العام العنصر المميز للمرفق العام على غيره من المشروعات الأخرى التي لا تستهدف إلا تحقيق نفع خاص. أما القول بأن استغلال الثروات النفطية يُعد استغلالاً لأحد مرافق الدولة، فمعناه إخضاع استغلال الثروات النفطية للمبادئ الأساسية التي تخضع لها المرافق العامة، وهي مبدأ مسايرة المرفق العام للمتغيرات المستجدة، ومبدأ مساواة الأفراد في الانتفاع بخدمات المرفق العام، وعند تطبيق ذلك عملياً فإنه يصبح أمراً مستحيل التطبيق. كما أن هناك أمراً آخر يدل على أن قطاع النفط في الدول العربية ليس مرفقاً عاماً، وهو ما تورده كثير من النصوص الدستورية^(١٤)، ولا يختلف الحال موقف القضاء العراقي فقد ذكرت من خلال قرار محكمة التمييز المرقم ٣٢٦/صحية/١٩٦٨ الصادر في ٢٠/٤/١٩٦٨م، حيث أوردت تعريف المرفق العام بأنه "مشروع تديره جهة الإدارة أو تنظمه وتشرف على إدارته ويقصد به إداء خدمات أو سد حاجات ذات نفع عام" لكن الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥م، الحالي لم يورد أي تفاصيل حول المرافق العامة بين طياته؛ بمعنى ان الدستور العراقي بخصوص النفط لم يكن مرفقاً عاماً، ولو كان قطاع النفط من المرافق العامة لما كان هناك حاجة لأن ينص عليه بشكل مستقل عن المرافق العامة.

الخلاصة أننا ننفي الصفة الإدارية عن عقود الاستثمار الأجنبي أياً كانت نفطية أو محل بحثنا - عقد وزارة النقل متمثلة بشركة الخطوط الجوية العراقية وشركة هورس المصرية- وتأييداً لوجهة النظر التي تبناها البعض والتي سبق ذكرها، إلا أن الوضع لم يختلف كثيراً عما هو عليه الآن، والتي تؤيد وجهة النظر في انتفاء الصفة الإدارية عن عقود الاستثمار الأجنبي والتي تحتوي شرطاً أو مشاركة تحكيم التي أبرمتها الدول العربية بشكل عام.

المبحث الثاني:

نماذج من الحلول المقترحة لحل قضية وزارة النقل وشركة الخطوط الجوية العراقية ضد هورس المصرية. تمهيد وتقسيم: هناك مجموعة من الحلول التي لا يمكن تجاوزها في العقود المهمة، حيث يمكن للطرفين الاتفاق على إنهاء العقد في أي مرحلة، دون الحاجة لأسباب معينة أو تدخل من التحكيم أو القضاء. يتم ذلك عادةً من خلال صياغة عقد مكتوب يوضح شروط إنجائه. أو قد يقرر أحد الأطراف إنهاء العقد بناءً على أسبابه القانونية الموجبة؛ مثل الفسخ بسبب عدم التنفيذ، أو الفسخ بسبب القوة القاهرة، أو الفسخ القضائي بعد دراسة الظروف.

في النهاية، سواء كان إنهاء العقد باتفاق الطرفين أو لأسباب قانونية، فإن الالتزام بالشروط والأحكام يضمن حماية حقوق جميع الأطراف المعنية. إن إنهاء العقد بالإرادة المنفردة يعد مخالفاً للقواعد المقررة قانوناً. ومن المهم أن يكون لدى المتعاقدين وعي كافٍ بحقوقهم وواجباتهم لضمان سير العمليات التجارية الاستثمارية بشكل آمن، وتقليل النزاعات القانونية المستقبلية.

وعليه، قمنا بتقسيم المبحث الثاني إلى مطلبين رئيسيين: المطلب الأول: إنهاء عقود التجارة الدولية باتفاق الطرفين. أما المطلب الثاني: إنهاء عقود التجارة الدولية بأسباب مقرر قانوناً.

المطلب الأول: إنهاء عقود التجارة الدولية باتفاق الطرفين

ولم يفت الاتفاقية- المشار إليها سابقاً- اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية لعام ٢٠٠٤م - تقرير وتأكيده هذه الأحكام، فقد وردت مادتها رقم ١٧ تحت عنوان: «الأثر المترتب على اتفاق تحكيم»، ونصت على أنه "إذا أبرمت دولة اتفاقاً مكتوباً مع شخص أجنبي طبيعي أو اعتباري يقضى بعرض الخلافات المتعلقة بمعاملة تجارية على التحكيم، لا يجوز لتلك الدولة أن تحتج بالحصانة من الولاية القضائية أمام محكمة دولة أخرى تكون من جميع الوجوه الأخرى هي المحكمة المختصة، في دعوى تتصل:

أ. بصحة اتفاق التحكيم أو تفسيره أو تطبيقه؛

ب. أو بإجراءات التحكيم

ج. أو بتثبيت أو إلغاء قرار التحكيم. ما لم ينص اتفاق التحكيم على غير ذلك".

والشاهد أن المادة (١٧) تجاوزت فكرة تنازل الدولة عن حصانتها القضائية وعدم جواز الاحتجاج بها أمام هيئة التحكيم إلى فكرة الأثر المترتب على اتفاق التحكيم عندما تعرض بعض تبعاته أمام قضاء دولة أجنبية. لتقضي أيضاً بعدم قبول تعلل الدولة بحصانتها القضائية أمام أي محكمة أجنبية تكون مختصة بالنظر في الدعاوى التي تتصل بالتحكيم ويكون موضوعها:

١. صحة اتفاق التحكيم أو تفسيره أو تطبيقه كالدعاوى المتعلقة ببطلان هذا الاتفاق أو انعدامه.

٢. الدعاوى المتعلقة بأي إجراء من إجراءات خصومة التحكيم مثل تعيين محكم أو رده أو تعيين من يخلفه.

٣. الدعاوى المتعلقة بتثبيت أو إلغاء حكم التحكيم مثل دعاوى البطلان أو الدعاوى المتعلقة بالأمر بالتنفيذ أو التظلم منه.



مع الأخذ في الاعتبار التحفظ الوارد في عجز المادة (١٧)، وهو اتفاق الطرفين - في اتفاق التحكيم سواء كان شرطاً للتحكيم أو مشاركة -^(١٥) على غير ذلك بأن يقبل المتعاقد مع الدولة وهو أمر يصعب وجوده تمتعها بالحصانة القضائية أمام محاكم الدول الأجنبية، فلا تكون مختصة بنظر هذه المسائل، ليكون الاختصاص منعقداً بنظرها لمحاكم الدولة دون غيرها. خلاصة القول.. إذا كان شرط التحكيم يرتب أثرين أحدهما إيجابي: ومعناه ثبوت الاختصاص لهيئة التحكيم؛ والآخر سلبي: قوامه امتناع القضاء عن نظر الدعوى، فإن من نتائج الأثر السلبي هو امتناع الدولة عن الدفع بحصانتها القضائية والذي سبق أن تنازلت عنها، ومن ثم لا تتمتع بأي مركز قانوني متميز - عن المتنازع معها - في الخصومة، لسابقة تعاقدها معه على قدم المساواة، ومن ثم تتقاضى معه أيضاً على قدم المساواة.

هكذا ننتهي بشكل عام إلى عدم تمتع الدولة بأية حصانة قضائية في مجال التحكيم، وذلك لانحصار نطاق الدفع بالحصانة على الدعاوى المرفوعة أمام محاكم الدول الأجنبية دون قضاء التحكيم. بالنتيجة فإن فقه القانون الدولي الخاص يؤدي إلى حقائق قانونية وعملية مفادها:

أولاً: الدولة العراقية أو الجهات التي تعمل باسمها "وزارة النقل العراقية" أو الهيئات التابعة لها شركة الخطوط الجوية العراقية" تلجأ إلى التعامل كأبي فرد عادي بعيداً عن مظاهر السلطة العامة، بحيث تخضع لمتطلبات السوق وقواعد القانون الخاص والاتجاه الحديث في النظام القانوني الدولي أن مثل هذه المعاملات تتميز بخاصيتين أساسيتين:

(أ) إن الدولة العراقية هنا لا تتمتع في مجالها بحصانة دولية مطلقة باعتبار أن هذه الحصانة لا تشمل نشاط الدولة التجاري أو المدني.

(ب) العقود التجارية أو المدنية التي تبرم في هذا المجال - مثل الاستثمارات الدولية - تخضع لقاعدة الإسناد العادية التي تحكم سائر العقود المدنية والتجارية.

ثانياً: الطابع التجاري أو الاستثماري للتحكيم لا علاقة له بصفة الأطراف في العقد، ولا بموضوع العقد ولا بالقانون الواجب التطبيق، إذ يكفي لكي يكون التحكيم تجارياً أو استثمارياً أو دولياً في ذات الوقت، أن يتعلق بمنازعة محلها ينصب على علاقة اقتصادية تتضمن انتقالاً للأموال أو للخدمات - كما هو الحال مع شركة هورس المصرية - أو الوفاء الذي يتجاوز حدود الدولة الواحدة ولا قيمة البتة في إضفاء هذا الوصف على التحكيم أن تكون المنازعة ناشئة بين دولة أو أحد أجهزتها المنبثقة عنها من جهة ومشروع أجنبي خاص من جهة أخرى بصدد تنفيذ مشروع مخصص عند اتمامه ليصبح مشروعاً عاماً^(١٦).

ثالثاً: من القواعد المقررة الأساسية المستقرة في النظام الدولي الجديد، أن اختيار الدولة للتحكيم كنظام قضائي للفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الدولية، لا يستتبع بالضرورة تطبيق قوانينها الإدارية.

أما عن كيفية إنهاء العقد أو انقضائه هو عن طريق النهايات الطبيعية له وأقصد بذلك تمام التنفيذ حسب ما ورد في بنود العقد، وهي نهاية إيجابية سليمة أما النهاية الأخرى هي ألا يكتب للعقد التمام بمعنى نهاية غير موفقة مبسرة، فلا يكتب لها التمام ولا بلوغ الأجل المحدد الذي كان مكتوباً للعقد وهي نهاية سلبية.



وفي الحالة الأخيرة لا يكون أمام أطراف العقد إلا إنهاء العقد بالتراضي - وهو المطلوب - من باب الحفاظ على الحقوق المشتركة وقطع دابر المشاكل المترتبة على إنهاء العقد بالإرادة المنفردة. إن ما حصل في قضيتنا محل البحث هو إنهاء الدولة العراقية متمثلة بإحدى وزاراتها أو هيئاتها شركة الخطوط الجوية العراقية بإنهاء العقد بالإرادة المنفردة تعليلاً إن شركة هورس المصرية لم توف بالالتزاماتها في تنفيذ بنود العقد! فقد نصت المادة (١٤٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م، على أنه: "أيا كان المحل الذي يرد عليه العقد فإن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه"^(١٧). ونصت المادة (١٤٦) من القانون المذكور في فقرتها الأولى على أنه: "١- إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي"^(١٨). وتنص المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م، على أنه: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون"^(١٩) وفي هذا المعنى أيضاً نصت المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي على أن: "الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم بالنسبة الى من عقدها مقام القانون" و قد قضت محكمة النقض المصرية بهذا الشأن بأنه (ليس في احكام القانون المدني، ما يسوغ للقاضي نقض الالتزامات التي يربتها العقد، بل ان هذا منافٍ للأصل العام القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين)^(٢٠). وإذا كان العقد أقوى من إرادة كل طرف، فإنه لا يمكن لهذه الإرادة المنفردة أن تنهي كياناً قانونياً يعلو عليها، وتعتبر هي أحد مكوناته فلا يجوز إنهاء العقد بالإرادة المنفردة كما حصل مع دولة العراق وشركة هورس المصرية - محل بحثنا - حتى وإن كان هناك تقصير من الجانب المصري المتمثل بشركة الخدمات هورس المصرية!. والسبب الجوهرى هو إن ما نشأ بتلاقي إرادتين لا ينقضي إلا بإعادة تلاقي ذات الإرادتين مرة أخرى حيث لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين - كما بينا - وإلا تحمّل المخالف مسؤوليته القانونية عن الأضرار التي ستلحق بالطرف الآخر. ويُعرف هذا النوع من طرق انحلال العقد باسم الإقالة وهو عبارة عن اتفاق من المتعاقدين على أن يقل كل منهما الآخر من العقد فهو عبارة عن عقد جديد يتفق فيه على ما يناقض العقد الأول؛ ومادامت الإقالة عقداً جديداً فلا يكون له أثر رجعي. وقد يتفق الطرفان على أن يقع بأثر رجعي - حسب الاتفاق - وسواء كان له هذا الأثر أو لم يكن فإنه يعتبر عقداً جديداً^(٢١)، وهكذا فإن السبيل الأول أمام الدولة العراقية متمثلة بإحدى الوزارات أو الهيئات - إذا أرادت التخلص من بعض عقودها التي أبرمتها - هو إنهاؤها بالتراضي. فكما يتم إبرام العقد بالتراضي، وكما نشأ عنه كيان ملزم للجانبين، فإن إنهاءه يتقرر أيضاً بالتراضي ليتحلل الطرفان من هذا الكيان الملزم للجانبين. وهذا هو القصد من عبارة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، وليس بإرادة واحدة لطرف على حساب طرف، فالدولة قد خاضت مراحل طويلة من التفاوض مع المستثمر الاجنبي من أجل إبرام العقد، ولذا وجب عليها إذا أرادت التخلص منه - إعادة التفاوض مع المستثمر الاجنبي للوصول لإنهائه حفاظاً على حقوقها، بدلاً من اتباعها لآليات خاطئة مثل الإنهاء بإرادتها فقط، بما يوجب مسؤوليتها بالتعويض ويحملها بخسائر جسيمة تقدر بـ (سبعمئة وسبع وثمانون مليون دولار امريكي



إضافة الى الفوائد) قد يصل الرقم إلى (١ مليار دولار امريكي)، لقيام الخطأ العقدي في جانبها، وهو ما حصل في الحكم المبدئي الصادر من هيئة التحكيم في قضية شركة الخطوط الجوية العراقية مع شركة هورس المصرية للخدمات حيث تم مطالبة العراق بتعويض عن انهاء العقد بالإرادة المنفردة^(٢٢).

المطلب الثاني: انهاء عقود التجارة الدولية بأسباب مقرر قانوناً.

عندما لا يستطيع أحد الطرفين ان ينهي العقد بالإرادة المنفردة ولا ان ينقض العقد ولا يستطيع ان يقوم بتعديل بنوده يلجأ إلى الأسباب الأخرى التي يقرها القانون حتى يكون تصرفه صحيحاً، فإذا كان إنهاء العقد ممكناً باتفاق الطرفين جاز له ذلك وإذا لم يتمكن من ذلك يتوجه أيضاً للأسباب التي يقرها القانون، دون أن يترتب على ذلك أدنى مسئولية للطرف الذي يلجأ لأحد هذه الأسباب، طالما التزم الحدود والضوابط المقررة قانوناً وقد حدد القانون هذه الأسباب على النحو التالي:

السبب الأول: فسخ العقد عن طريق القاضي او المحكم الدولي: يمكن للدولة في سبيل الحفاظ

على حقوقها تجاه المستثمر الاجنبي إقامة دعوى قضائية أو تحكيمية، للمطالبة بفسخ العقد عن طريق القاضي أو المحكم، وليس فسخه بالإرادة المنفردة كما تفعل الجهة الإدارية دائماً^(٢٣). والأصل في الفسخ أن يتم بحكم قضائي أو محكم دولي، وهذه هي القاعدة العامة بالنسبة لجميع المنازعات التي تحدث بين الأفراد او الهيئات، فالقاضي أو المحكم هو حكم محايد لا يميل الى احد المتنازعين دون الآخر؛ وقوله هو الذي يفصل النزاع بين الخصوم^(٢٤)، فيراد بهذا النوع من انواع الفسخ الحل الواقع على الرابطة التعاقدية الصحيحة والملزمة للجانبين من القضاء^(٢٥)، فالفسخ القضائي هو الذي يقع بموجب حكم صادر من القضاء او من هيئة تحكيم، ولا بد منه في كل حال عندما لا ينص فيها العقد على ان يقع الفسخ بقوة القانون بمجرد اخلال اي من العاقدين بالتزامه^(٢٦). فهو وسيلة من وسائل التقييد لا يقع الا بناء على تدخل القاضي أو المحكم وبناءً على طلب الدائن، اذ لا يمكن للإنسان أن ينتصف بنفسه لنفسه وهذا القول ينطبق ولو نص الطرفان على فسخ العقد عند عدم تقييده بصريح العبارة، وبهذا يختلف الشروط الفاسخ الضمني عن الشرط الفاسخ المدني من الشرط الاعتيادي الذي يعلق عليه العقد اذ يترتب على تحقق الشرط الأخير انفساخ العقد بقوة القانون من تلقاء نفسه لأنه ليس طريقاً من طرق التنفيذ^(٢٧)، ومن اجل مزيد من التفصيل هناك ثلاث طرق لا بد من التعرض لها وهي كالآتي:

أولاً الاعذار: القاعدة العامة في الفسخ لا بد للمتعاقد الجهة الادارية الذي يريد أن يلجا الى القضاء أو هيئة التحكيم يطالب بفسخ العقد لعدم قيام المتعاقد الأخر بتنفيذ التزاماته، هو ما ذكره الجانب العراقي ضد هورس المصرية وأن يطلب من هذا المتعاقد -هورس المصرية- القيام بتنفيذ التزاماته أما اذا لم يتم بالتنفيذ فانه سيطلب الفسخ، وتنبيه المدين يكون بأعداره، والأعدار بإنذاره^(٢٨)، والإنذار يتم بواسطة الكاتب العدل، او هيئة التحكيم الدولية، وقد نصت على ضرورة الاعذار الفترة الأولى من المادة (١٧٧) الفقرة الأولى (١) منه من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م على " في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقدا الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع

التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته". ومعنى الأعدار: هو تسجيل التأخير على المدين. أو بعبارة أخرى: هو وضع المدين موضع المقصر في تنفيذ التزامه وذلك بتسجيل التأخير عليه. فالتأخير الذي يعتد به المشرع ليس هو التأخير الفعلي، وإنما التأخير القانوني وهو الحالة القانونية التي يوجد فيها المدين غير منفذ لالتزامه من لحظة أعداره، ويتم اعدار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الأعدار عن طريق البريد فالأصل في الأعدار أن يكون بإنذار المدين على يد محضر بالوفاء بالتزامه، الذي تخلف عن تنفيذه ويقوم مقام الانذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين الى الوفاء بالتزامه. أو أي أسلوب كتابي او صيغة تقوم بها هيئة تحكيم، ويسجل عليه التأخير في تنفيذ^(٢٩). ويتطلب القانون سواء المدني او قانون التحكيم المؤسسي أن تتضمن الورقة فوق ذلك أن تحذر المدين بأن تطلب فسخ العقد في حالة عدم وفائه بالتزامه وذلك لأن الفسخ والتعويض كليهما جزاء يرتضيه القانون على تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه في العقود الملزمة للجانبين، وليس من اللازم ان ينبه المدين اليها قبل رفع الدعوى التحكيمية، بطلب ايهما، والأعدار ليس شرطاً لقبول دعوى الفسخ وإنما هو شرط للحكم، فالفسخ والتغريم على ذلك يجوز توجيهه الى ما قبل الحكم في دعوى الفسخ^(٣٠). وبناء على ذلك انه لا يجوز للدائن أن يطالب بفسخ العقد الا بعد اعدار المدين بالوفاء بالتزاماته مما قد يجعل القاضي أو المحكم يذهب إلى الاستجابة الى طلب الفسخ^(٣١). فيجب أن يعطي المدين أجلاً للوفاء بالتزامه وهذا ما يسمى بنظرة الميسرة وفي هذه الحالة يجب أن يتم التنفيذ خلالها. وألا أعتبر العقد مفسوخاً وإن لم ينص القاضي في حكمه على ذلك^(٣٢). والسؤال المطروح هنا: ماذا لو كان تنفيذ الالتزام غير ممكن على المدين أو الطرف المستثمر الاجنبي؟! الجواب: من الأمور التي لا بد من معرفتها أن لا حاجة الى اعدار المدين إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير مجدٍ بفعل المدين، او إذا أصبح التنفيذ غير ممكن او غير مجد بفعل المدين إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو ان احرازه بوجه غير مشروع أو إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه من تقديم هذه الخدمات التي كان عازماً على تقديمها^(٣٣). أما في حالة الإعفاء الاتفاقي من الأعدار فانه لا يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي او حكم هيئة تحكيم^(٣٤)، وبناء عليه، نعتقد أن نص المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م، والتي تنص بقولها "١- في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض. ٢. ويجوز للقاضي ان يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته". نرى أن هذا النص هو الأفضل من الناحيتين الشكلية والموضوعية فالمشرع العراقي وان كان قد ذهب إلى ما ذهب اليه المشرع المصري بخصوص هذا المادة إلا انه لم يكن موفقاً في المادة (١٧٧) السالفة الذكر في الفقرة (٢) منها "ففي عقد



الايجار ان امتنع المستأجر عن ايفاء الاجرة المستحقة الوفاء كان للمؤجر فسخ الاجارة، وفي ايجار العمل ان امتنع المستأجر عن ايفاء الاجر المستحق الوفاء كان للأجير طلب فسخ العقد، وفي عقد البيع يجوز للبائع او للمشتري ان يطلب الفسخ إذا لم يؤد العاقد الاخر ما وجب عليه بالعقد، كما يثبت حق الفسخ بخيار العيب من غير اشتراط في العقد". وهنا تطرقت الى حالات جزئية من عقد الايجار والبيع كتطبيق لفسخ القضائي وهو ليس سليما لأن الفسخ القضائي لا يقتصر على هذين العقدين وانما يرد على جميع العقود الصحيحة الملزمة للجانبين وفوق ذلك ان ضرب الأمثلة في نص القانون من المسائل التي تعيب في الصياغة التشريعية^(٣٥).

ثانياً: الخيار بين طلب الفسخ وطلب التنفيذ: ومن الطرق الإيجابية أيضاً أن تختار جهة الإدارة - الدولة او احدى هيئاتها- طلب الفسخ والذي مفاده رفع دعوى الفسخ، وهذا الحق يثبت لكل من الدائن أو من يحل محله خلف عام أو خلف خاص، -الدولة او من يمثلها- كما يكون ايضا لدائنه بطريق الدعوى غير المباشرة، وفي حالة تعدد الدائنين يجوز لكل منهم المطالبة بالفسخ، ولو كان محل الالتزام أو الرد غير قابل للانقسام^(٣٦). فالدائن يقيم دعوى طالباً الفسخ الا انه لا يلزم بالاستمرار على طلبه، فهو يستطيع أن يعدل عنه قبل الحكم الى طلب التنفيذ، وكذلك الأمر إذا رفع دعوى التنفيذ، فانه يستطيع أن يعدل من طلبه ويطلب فسخ العقد؛ كل هذا ما لم يكن قد تنازل عن أحد الطلبين، ولا يعتبر مجرد رفع الدعوى بطلب أحدهما نزولاً عن طلب الاخر^(٣٧). فالدائن يرفع دعوى الفسخ الى القضاء أو هيئة التحكيم الموقرة، ويكون الخيار في الفسخ أو في التنفيذ لكل من الدائن والمدين و القاضي أو المحكم، فالدائن بعد أن يرفع دعوى الفسخ له أن يعدل قبل الحكم عن طلب الفسخ الى طلب التنفيذ والعكس صحيح؛ وللمدين كذلك قبل النطق بالحكم النهائي ان يتجنب الفسخ بالمبادرة إلى تنفيذ ما عليه من التزام في ذمته، وكذلك للقاضي أو المحكم كل السلطة في تقدير طلب الفسخ، فله أن يحكم بالفسخ اذا وجد له مبررا او ان يرفض حكم الفسخ، وعلى كل حال اذا اختار الدائن -الدولة او احدى هيئاتها أو من ينوب عنها- فسخ العقد.. سقط حقه في طلب التنفيذ! لكن على أن هذه القاعدة محل نزاع عند فريق آخر من الفقهاء الذي يرى أن الدائن لا يتقيد بطلبه فله أن يطلب الفسخ بعد أن طلب التنفيذ والعكس بالعكس^(٣٨). وهو ما يذهب إليه الفقه في القانون التجاري من سعة في وجهات النظر، ذلك ان الأعراف والقوانين متجددة ومتغيرة لسرعة المعاملات التجارية وتجدها، فمع أن الفسخ امر اختياري للدائن أن يلجأ اليه، أو لا يلجأ حتى بعد اقامة دعوى التنفيذ، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى حتى يكتسب الحكم الذي يصدر في هذا الشأن الدرجة القطعية^(٣٩). ومثال على ذلك: الخيار بين طلب التنفيذ العيني او طلب الفسخ في عقد البيع، حيث يكون للبائع الخيار بين التنفيذ العيني والفسخ، وله بعد أن يختار احدهما أن يعدل عنه ويطلب بالآخر، ولا يعتبر اختيار التنفيذ العيني نزولاً عن الفسخ والعكس صحيح، وله ان يطالب بالزام المشتري بدفع الثمن، أي يقوم -المشتري او المستثمر الاجنبي- قبل الحكم بتنفيذ التزامه، فاذا طلب البائع من المحكمة الحكم بفسخ البيع لعدم قيام المشتري بدفع ثمن الشيء المبيع، هنا للمشتري الحق في أن يتدارك فسخ

البيع وأن يعرض الثمن ولو بعد صدور الحكم عليه، على ان لا يكون قبل اكتساب هذا الحكم حجية الشيء المقضي به، وتأييده استثنائياً وهذا الحق الذي للمشتري يرجع اليه بمجرد قبول المحكمة طلب التماس يُقدم بعد حكمها^(٤٠). ولو كانت المحكمة قد حكمت بالفسخ لأن قبول الالتماس يعيد إلى الخصوم حقوقهم التي كانت لهم قبل صدور الحكم بالقبول^(٤١). وأخيراً للإدارة -الدولة او احدى هيئاته او من يمثلها - ان تختار بين طلب الفسخ وطلب التنفيذ، بدلاً من ان تنهي العقد بالإرادة المنفردة وهو مسلك حميد بديلاً عن الخسارة التي تلحق بالإدارة جراء انهاء العقد بالإرادة المنفردة.

ثالثاً: هيئة التحكيم أو القضاء والسلطة التقديرية: بعد أن يختار الدائن -الدولة أو احدى أجهزتها وهيئاتها- طريق الفسخ فان الطلب يعرض على القاضي أو المحكم فهو غير ملزم بالحكم به، بل يتمتع بسلطة تقديرية في منحه إياه، فقد يقضي به إذا اقتنع بوجود ما يبرره، وقد يرفض الحكم به خاصة إذا كان ما نفذ جزءاً كبيراً بالنسبة للباقي، ويمنح المدين نظرة الميسرة أي اجلاً لتنفيذ التزامه^(٤٢). والقاضي أو المحكم يستتبع حكمه من الظروف المحيطة بالقضية^(٤٣)، فإذا كان التنفيذ جزئياً، فانه يجوز للقاضي أو المحكم أن يحكم بالتعويض، كما لو تخلف المدين عن تنفيذه، أما إذا كان ما تم تنفيذه هو الجزء الأهم في الالتزام، هنا يرى القاضي أو المحكم في أن المدين سيء النية في عدم تنفيذه لالتزامه كاملاً^(٤٤)، أو مهملاً في تنفيذه اهمالاً واضحاً في الجزء المتبقي من الالتزام، بالرغم من أعذار الدائن -الإدارة او من ينوب عنها- له قبل رفع الدعوى، فذلك يحمل القاضي أو المحكم الحكم بالفسخ. وعلى العكس من ذلك، إذا رأى المدين -المستثمر الاجنبي- حسن النية في عدم تقييده لالتزاماته إنما يعود لظروف خارجة عن ارادته، أو ان الذي لم ينفذ من الالتزام المتبقي، قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته، وان الدائن لم يصبه ضرر نتيجة هذا التأخير، فذلك مما يجعل القاضي او المحكم يرفض الحكم بالفسخ ومنح المدين نظرة الميسرة، حتى وان كان الدائن قد اعذر المدين قبل رفع الدعوى. وإذا منح القاضي او المحكم، المدين نظرة الميسرة فعلى المدين القيام بتنفيذ التزامه في غضونهما، وليس له أن يتعدها، ولكن اذا لم يستطع أن ينفذ التزامه في خلال تلك الفترة وكانت الظروف التي بررت منحه نظرة الميسرة لا تزال موجودة، تستطيع المحكمة او هيئة التحكيم الموقرة أن تمنحه نظرة ميسرة مرة أخرى، فالفسخ القضائي الصادر سواء من المحكمة او هيئة التحكيم، يتميز بأنه جوازي للدائن وجوازي للمدين وجوازي للقاضي أو المحكم وقد سبق الكلام بالنسبة للدائن و المدين أما المقصود بانه جوازي للقاضي: بانه يجوز للقاضي أن يحكم به، لكنه ليس ملزماً به^(٤٥). لان القاضي او المحكم له سلطة تقديرية في ذلك، فاذا رأى القاضي أو المحكم أن عدم الوفاء بالالتزام يستوجب الفسخ حكم به، وإذا لم يقتنع بذلك فلا يحكم به، بحسب الظروف المحيطة بالقضية^(٤٦). وفي كل الأحوال فان القاضي أو المحكم لا يحكم بالفسخ الا في حالة توافر ثلاثة شروط وهي:

أولاً: أن يظل تنفيذ العقد ممكناً.

ثانياً: أن يطلب الدائن -الإدارة او من ينوب عنها- فسخ العقد دون تنفيذه.

ثالثاً: يبقي المدين -المستثمر الاجنبي- على تخلفه عن تنفيذ الالتزام فيكون في ذلك مبرراً بالفسخ.



واخيراً إذا ثبت تقصير شركة هورس المصرية واستطاعت الدولة او من ينوب عنها -وزارة النقل او الخطوط الجوية العراقية- ان تجمع هذه الشروط القابلة للفسخ لتحقيق بذلك ما ينسب إلى المدين -المستثمر الاجنبي- من خطأ او تقصير^(٤٧)، كان على السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع او هيئة التحكيم انت تحكم للجانب العراقي في القضية، بدلاً من انتهاء العقد بالإرادة المنفردة وتحملنا كافة الخسائر المترتبة على ذلك^(٤٨).

السبب الثاني: الفسخ الاتفاقي او الشرط الفاسخ الصريح: قد يتوقع المتعاقدان عند ابرام العقد عدم قيام أحدهما بتنفيذ التزامه فينتفان مقدما بشرط في صلب العقد على أنه إذا لم يتم احدهما بتنفيذ التزامه فالعقد يعتبر مفسوخا وهذا الشرط صحيح، وقد أجازته المادة (١٧٨) من القانون المدني العراقي بقولها "يجوز الاتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه"، وهذا الاتفاق لا يعفي من الأعدار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته^(٤٩)، فقد يتفق المتعاقدان على أن العقد يعتبر مفسوخا اذا لم يتم احدهما بتنفيذ التزامه، وقد يزيدان من قوة هذا الشرط فينتفان على أن العقد يكون مفسوخا من تلقاء نفسه، وقد يزيدان أيضا في قوة الشرط فينتفان على أن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه ومن غير حاجة الى حكم، وقد يبلغان الذروة في زيادة قوة الشرط فينتفان على أن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه من غير الحاجة الى حكم ولا أعدار وسيضمن هذا المطلب كل شرط من هذه الشروط الأربعة في فرع مستقل^(٥٠). وعليه إما ان يكون العقد مفسوخاً بشروط-كما سنبين معنى ذلك-، أو الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، أو الاتفاق على أن يكون العقد منسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة الى حكم ولا أعدار! وهو ما سنبينه في أربعة عناصر:

أولاً الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً: كثيراً ما يتفق المتعاقدان في العقد ذاته على أنه اذا لم يتم أحدهما بتنفيذ التزامه، او بتنفيذ التزام معين بالذات، يكون العقد مفسوخا وحكم هذا الشرط يتوقف على نية المتعاقدان، فقد يكونان ارادا به ان يقع الفسخ من تلقاء نفسه بمجرد اخلال المتعاقد بالتزامه، ويكون الفسخ قد وقع بتراضي المتعاقدان مقدما على ذلك، الا انه من الصعب استخلاص نية كهذه من مجرد ورود شرط على هذا النحو والغالب أن المتعاقدان لا يريدان بمثل هذا الشرط الا أن يقررا بالفظ صريحة القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ^(٥١)، وعليه فهذا الشرط لا يمنع من تطبيق الفترة الأولى من المادة (١٧٧) المتقدمة الذكر من القانون المدني العراقي فهو لا ينفي عن الأعدار ولا عن اللجوء الى القضاء للحصول على حكم بالفسخ^(٥٢)، والنتيجة ان انه لا يسلب القاضي سلطته التقديرية بل هو لا يسلب المدين حقه في توقي الفسخ بتنفيذ الالتزام الى أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ والحكم الذي يصدر بالفسخ يعتبر منشأ للفسخ لا كاشفا له^(٥٣).

ثانياً الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه: قد يرغب المتعاقدان بتجنب رقابة القضاء وما يقتضيه هذه الرقابة فينتفان سواء في العقد او في اتفاق لاحق او اثناء اجراءات التقاضي على أن يقع الفسخ عند اخلال أحدهما بتنفيذ التزامه من تلقاء نفسه فيحل الاتفاق محل الحكم ويكون له

اثره، وفي هذه الحالة يكون مقررا باتفاق المتعاقدين، ونتيجة ذلك الاتفاق فانه يسلب سلطة القاضي التقديرية اي يجب عليه أن يحكم بالفسخ حتما وهذا هو الفرق بين هذه الحالة والحالة الأولى المتقدمة؛ ولكن هذا الشرط لا ينفي عن رفع دعوى الفسخ، بل ولا عن أعمار المدين في الأحوال التي يكون فيها الأعمار مفيدا. والحكم الذي يصدر بالفسخ يكون منشأ للفسخ لا كاشفا له كما في الحالة السابقة، ومن الجدير بالذكر في هذا السياق أن المشرع العراقي ذكر في المادة (٥٨٢) هذا الحكم ضمن احكام عقد البيع فيها ما يلي: "إذا اشترط البائع أن يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد، كان للمشتري مع ذلك أن يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد ما دام لم يعذر، الا إذا نص في العقد على أن الفسخ يقع دون أذاره، وفي كل حال لا يجوز للمحكمة أن تمنح المشتري اي اجل"^(٥٤) وقد ذهب إلى مثل هذا ايضا الفقه المصري في ذلك^(٥٥).

ثالثاً الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى حكم: فيقع الفسخ في هذه الحالة من تلقاء نفسه لمجرد الإخلال بتنفيذ الالتزام العقدي من المتعاقد فتكون هذه الحالة أقوى في التدرج من الحالتين السابقتين^(٥٦). فاذا اتفق المتعاقدين على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة الى حكم كان معنى هذا الشرط انه إذا أخل المدين بتنفيذ التزامه فلا حاجة الى حكم كان معنى هذا الشرط انه إذا أخل المدين بتنفيذ التزامه فلا حاجة لرفع الدعوى لفسخ العقد ولا لحكم لينشئ الفسخ. ولكن اذا نازع المدين لدائن في ادعائه وادعى أنه قد نفذ التزامه في هذه الحالة يجب رفع الدعوى ولكن الحكم الذي يصدر يقتصر على تقرير ما إذا كان المدين قد نفذ التزامه ام لا، فاذا قرر أنه لم ينفذ التزامه حكم بالفسخ ويكون الحكم مقرر -اي كاشفا- للفسخ لا منشأ له^(٥٧)، ولكن هذا الشرط لا يغني عن الأعمار، فلا بد للدائن اذا اراد اعمال الشرط من اعمار المدين، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بالرغم من أعمار أنفسخ العقد من تلقاء نفسه، ولكن اذا اعذر الدائن المدين ولم يقم هذا بتنفيذ التزامه فذلك لا يمنع الدائن من طلب التنفيذ، فيبقى له الخيار بين طلب الفسخ او طلب اجبار مدينه على التنفيذ^(٥٨)، وبناء عليه فان مثل هذا الاتفاق يؤدي أي حرمان المتعاقد ضامنتين الأولى هي أن العقد يفسخ حتما دون ان يكون لهذا العاقد، بل ولا للقاضي، خيار الفسخ أو التنفيذ، وأما الضمانة الثانية فيقع الفسخ بحكم الاتفاق دون حاجة الى التقاضي، على ذلك لا تقبل الدائن من ضرورة التدافع الى القضاء عند منازعة المدين في واقعة تنفيذ العقد، بيد أن مهمة القاضي تقتصر في هذه الحالة على التثبت من هذه الواقعة، فاذا تحقق لديه صحتها ابقى على العقد، والا قضي بالفسخ على أن حرمان المدين هاتين الضامنتين لا يسقط عنه ضمانة الأعمار، وفي هذا الاتجاه الكثير من الاحكام الصادرة عن محكمة النقض المصرية^(٥٩).

رابعاً الاتفاق على أن يكون العقد منسوخا من تلقاء نفسه من غير حاجة الى حكم ولا أعمار: قد يشد المتعاقدين في الاحتياط، فيشترطان أن العقد يفسخ حتما من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم او اعمار، وفي هذه الحالة يكون العقد مفسوخا بمجرد حلول أجل التنفيذ وعدم قيام المدين به ذلك دون الحاجة الى اعمار المدين ولا الى رفع دعوى الفسخ وان كان الفسخ في هذه الحالة يقع من غير تدخل



القضاء^(٦٠)، إلا أن الأمر قد يفضي إلى أن قد يضطر الدائن إلى إقامة الدعوى ورفع الأمر إليه للتحقيق من توافر شروط الفسخ، فقد يدعي المدين أنه لم يتخلف عن تنفيذ التزامه، أو أن الدائن لم ينفذ ما عليه، وعندئذ تقتصر سلطة القاضي على تحري الأمر، فإن وجد المدين محقاً في دعواه أمر ببقاء العقد، والا أصدر حكمه مقررًا لفسخ العقد^(٦١). والحكم الذي يصدر يكون مقررًا للفسخ لا منشأً، ولكن هذا الشرط كما في الحالة السابقة لا يمنع الدائن من طلب التنفيذ بدلاً من طلب الفسخ، والا كان معناه وضع الدائن تحت رحمة المدين، إذ لا يكون على هذا الآخر إذا أراد فسخ العقد، إلا أن يمتنع عن تنفيذ التزامه فيفسخ العقد، وهذا لا يمكن قبوله^(٦٢).

ومن المهم ملاحظة أنه لا يكون للمدين المقصر حق طلب الفسخ لأن شرط الفسخ لم يوضع لمصلحته فيحق له أن يستفيد منه^(٦٣).

السبب الثالث: الدفع بعدم التنفيذ: إذا وجدت الدولة -متمثلة بإحدى وزاراتها أو هيئاتها- نفسها أمام متعاقد -كشركة هورس المصرية- لا يفي بالتزامه فلها أن تلجأ للتفاوض لإنهاء تعاقدتها معه بالتراضي -لا كما حصل بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة-، ولها أن تطلب الفسخ والتعويض استناداً للأحكام السابقة. والحقيقة أن القانون الخاص يقرر -بالإضافة إلى ذلك- آلية ثالثة لمواجهة عثرات العقود، وهي نظام الدفع بعدم التنفيذ، حيث يكون للجهة الإدارية ألا تحرك المياه الراكدة، وتظل على حالتها الساكنة وتمتنع -بالمقابل- عن تنفيذ التزاماتها نتيجة لعدم تنفيذ المستثمر لالتزاماته. وقد جاءت نصوص القانون المدني العراقي مراعية لهذه التوجهات بموجب المادة (٢٨٢) في الفقرة (١) بقولها "لكل من التزم بإداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يوفّق بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به" وقد ورد النص على هذا النظام أيضاً في المادة (١٦١) من القانون المدني المصري "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به". فالنص يتيح للمتعاقد إمكانية الامتناع عن تنفيذ التزامه، إذا امتنع المتعاقد الآخر عن الوفاء بما التزم به والدفع بعدم التنفيذ «يقال له أيضاً الامتناع المشروع عن الوفاء، وهو حق كل متعاقد في عقد ملزم للجانبين في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به. فهو عبارة عن وقف تنفيذ العقد من جانب أحد المتعاقدين حتى يقوم الآخر بالتنفيذ وهو بذلك يمهد إما إلى التنفيذ وإما إلى الفسخ، ومن ثم يتصل بالجزء الذي يترتب على القوة الملزمة للعقد^(٦٤). والدفع بعدم التنفيذ وسيلة للمتعاقد الذي لا يرغب في سلوك وسائل فض المنازعات بما تقتضيه من مشقة ونفقات فهو وسيلة للضغط على مدينه وحمله على التنفيذ دون اللجوء إلى القضاء وهو تطبيق للحق في الحبس الذي يفترض وجود التزامين كل منهما مترتب على الآخر ومرتب به^(٦٥)، وبعبارة أخرى هو وسيلة من وسائل جبر المتعاقد على التنفيذ وضمانة من ضماناته؛ ثم هو أيضاً وسيلة لتحقيق المساواة والعدالة بين طرفي العقد، حتى لا يجد أحدهما نفسه مضطراً إلى تنفيذ العقد في حين أن الطرف الآخر لا يقوم بتنفيذه؛ ولا يؤدي الدفع بعدم التنفيذ إلى زوال

الالتزام، وذلك على خلاف الأمر في الفسخ، وإنما هو يؤدي فقط إلى وقف التنفيذ؛ فأثر الدفع بعدم التنفيذ هو إذن أثر موقف وذلك كوسيلة للضغط على المدين لتنفيذ التزامه. وقد يقوم الأخير بالتنفيذ، فتنتهي المشكلة ويجري استكمال العقد بين طرفيه وقد يستجيب فيظل الحال كما هو عليه، ويكون أمام الدائن حينئذ المطالبة بالفسخ مع التعويض^(٦٦)، ونتيجة ما سبق، وبعد استعراض الأحكام المقررة في القانون الخاص بشأن انقضاء العقود، فليس أمام الدولة -أو إحدى مؤسساتها أو هيئاتها- متى كان المراد نقض العقد أو تعديله، إلا أن يتم ذلك باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون وهم في جميع الظروف أربع حالات يمكن أن ينتهي فيها التعاقد من غير مشاكل -بغير الأسلوب الذي انتهت فيه قضية شركة هورس المصرية-:

١. إنهاء العقد بالتراضي مع المستثمر الإقالة أو التقابل.
٢. المطالبة بفسخ العقد مع التعويض.
٣. الفسخ الاتفاقي أو الشرط الفاسخ الصريح، بالاتفاق المبدئي على اعتبار العقد مفسوخاً.
٤. الدفع بعدم التنفيذ.

وقد يتساءل البعض هل تسري هذه القواعد المقررة في شأن التعاملات الخاصة بين الأفراد على تعاملات الدولة؟ الإجابة: نعم، لأن الدولة نزلت من مكانها المتميز لمجال التعامل بهذه القواعد، فتخلت عن سلطات القانون العام الاستثنائية، وارتضت التعامل على قدم المساواة كالمتعاقدين معها دون أي تمييز كما وضحنا ذلك سابقاً في صفحاتنا أعلاه.

المطلب الثالث: ضرورة اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي

أساس التحكيم في القانون العراقي فهو وارد في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩م، في الباب الثاني منه في المواد (٢٥١) وما بعدها؛ لكنه يعاب عليه لم يتناول احكام التحكيم التجاري الدولي، مما يجعل التحكيم في وضع سبات! والسبب يعود إلى ان القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م، يسمح بتنفيذ الاحكام الصادرة من محاكم اجنبية بموجب قانون صادر في هذا الشأن وهو قانون تنفيذ احكام المحاكم الأجنبية في العراق رقم (٣٠) لسنة ١٩٢٨م. وعليه. فإن جمهورية العراق ترتبط مع عدد من الدول العربية والإقليمية بمجموعة من الاتفاقيات المبرمة في اطار تشجيع وحماية الاستثمار تتعلق بجل المنازعات الخاصة بالاستثمارات العربية عن طريق اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، وهذا يدل على ان المعاهدات المتفق عليها تقضي جميعها باللجوء إلى التحكيم التجاري لحلها ومنها الاتفاقية الموحدة لاستثمار الأموال العربية في الدول العربية في عمان بتاريخ ٧/٩/١٩٨١م، واتفاقية الرياض للتعاون القضائي بتاريخ ٦/٤/١٩٨٣م، وايضاً الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري في عمان بتاريخ ١٤/٤/١٩٨٧م، ولديك ايضاً النظام الأساسي لمحكمة تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية لعام ١٩٧٤م، واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية في القاهرة بتاريخ ٦/١٢/٢٠٠٢م، واخيراً وليس آخراً اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لسنة ١٩٧٠م. أما عن النطاق الدولي فإن



جمهورية العراق لديها علاقة طويلة مسبقاً تعود إلى مطلع القرن الماضي بخصوص حل نزاعات الاستثمار الأجنبي وتشمل مجموعة كبيرة من الاتفاقيات والبروتوكولات وهي: بروتوكول جنيف للتحكيم لعام ١٩٢٣م، وهو القاضي بمشروعية شرط التحكيم في عقد تجاري دولي والاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الصادرة في أراضي الدول الأعضاء في البروتوكول. وقانون رقم (٣٠) لسنة ١٩٢٨م، القاضي بالاعتراف وتنفيذ الاحكام الأجنبية في العراق بموجب التعليمات الصادرة على أساس مبدأ المعاملة بالمثل؛ والقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م، في المادة (١٦)^(٦٧) التي تجيز تنفيذ الاحكام الأجنبية في العراق، بموجب قانون صادر في هذا الشأن بما في ذلك قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦م؛ وايضاً قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠م، في المادة (٣) الفقرة (ثانياً) بتنفيذ الاحكام الأجنبية في العراق بدلالة القانون السالف الذكر رقم (٣٠) لسنة ١٩٢٨م؛ وايضاً قانون انضمام جمهورية العراق رقم (١٤) لسنة ٢٠٢١م^(٦٨)، إلى اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها لعام ١٩٥٨م، بمثابة انتصار للقضاء العراقي والارتقاء بالدولة العراقية والانفتاح الحقيقي على التحكيم التجاري الدولي - بالرغم من النقص الحاصل في نصوص المواد المتعلقة بالتحكيم^(٦٩). وعليه فإن الحكومة العراقية الان! معروض عليها العشرات من القضايا التحكيمية سواء في مجال النفط والغاز او التجارة والاستثمارات في البنى التحتية والخدمات وغيرها، وللأسف الشديد فقد اتخذت الدولة في هذه القضايا مركز المدعى عليه - غالباً - دون أن تبادر بشكل - مبدئي - في مقاضاة المستثمرين حفاظاً على حقوقها. فالحكومة العراقية - متمثلة بإحدى الوزارات او الهيئات - تبرر في الغالب مسلكها في العقود التجارية، بإنهاء عقودها بالإرادة المنفردة حين اخلال المستثمر ببعض التزاماته. والتساؤل الذي يفرض نفسه: لماذا لا تلجأ الدولة إلى التحكيم للمطالبة بالتعويضات المناسبة والمحافظة على حقوقها؟! لماذا لا تتبع الآليات القانونية الصحيحة السابق ذكرها - فسخ العقد عن طريق المحكم الدولي او القاضي، الفسخ الاتفاقي او الشرط الفاسخ الصريح، والدفع بعدم التنفيذ - لبلوغ هذه الغاية؟! ولماذا تلجأ الحكومة العراقية إلى آليات وأساليب خاطئة كإنهاء العقد أو فسخه بالإرادة المنفردة؟! لماذا لا تقف في مواجهة المستثمر كمدع أمام مراكز وهيئات التحكيم؟ لماذا تستبدل مركزها القانوني من مدع إلى مدع عليه إذا ما قامت بإنهاء العقد بشكل منفرد؟! لماذا لا تستفيد من شرط التحكيم أياً كان مكان النص عليه أي سواء في العقد الأصلي أو في اتفاقية الاستثمار الثنائية مع دولة المستثمر؟ هل دولة بحجم العراق تحمل من الكفاءات العلمية والمعرفية أقل كفاءة أو أقل حرصاً من المستثمرين الذين قاضوها أمام كل مراكز التحكيم في العالم للمطالبة بحقوقهم؟ وعليه.. فإن خلاصة ما سبق بعد أن فقدت كل عقود الاستثمار صفتها الإدارية مع المستثمر الأجنبي - في الغالب -، وبعد أن اكتسبت كل هذه العقود الصفة المدنية التجارية، فإن الخيارات المتاحة أمام الحكومة العراقية متى أرادت إنهاء العقد وفقاً للقانون^(٧٠)، إضافة لما سبق هو اللجوء إلى التحكيم للحصول على حكم بالفسخ مع التعويض. حيث ان الذي نراه من باب الصواب، ونؤكد عليه هو خيار ضرورة لجوء الدولة إلى التحكيم باعتباره الخيار المثالي الذي يحقق لها مصالحها وأهدافها

ويحافظ على حقوقها. طالما كان مركزها القانوني سليماً، كما تؤكد الدولة على ذلك دائماً. والمحظور عليها - الحكومة العراقية متمثلة بإحدى الوزارات أو الهيئات - ان تعرف أنّ الجهة الإدارية ليس لها ان تنهي العقود المبرمة مع المستثمرين بإرادتها المنفردة لعدم حيازتها هذه السلطة.

ويجب ايضاً أن تقرر الدولة العقاب المناسب على أي مسئول إداري يقوم باتباع هذا الأسلوب ويلجأ لإنهاء العقد من جانب واحد لما في ذلك من إهدار للمال العام، وتحميل الدولة أعباء إضافية عن طريق التعويضات التي تصدر ضدها - كما هو مدوّن في الملاحق الخاصة بالبحث الأطراف ذات العلاقة -.

الخاتمة

ختاماً، لا يسعني إلا أن أحمد الله على ما يسر وأعان، فله عظيم الشكر على التوفيق والامتنان، وأسأله مزيد فضله والإحسان. ومن منطلق الحرص على إثراء هذا المجال وإفادة المختصين والباحثين، يأتي هذا البحث مكللاً بمجموعة من الاستنتاجات والتوصيات التي نرى أنها ضرورية لتعزيز الفهم والتطبيق الأمثل لموضوع (التحكيم التجاري الدولي والخسارة الناتجة عن إنهاء الدولة للعقد بإرادتها المنفردة - وزارة النقل العراقية ضد هورس المصرية أمودجاً-)، وذلك لتوفير حلول عملية وعلمية للتحديات التي يطرحها هذا المجال.

الاستنتاجات:

١. لم يكن هناك أي وجود لشركة هورس المصرية أثناء تعاقد شركة الخطوط الجوية العراقية عقد وكالة عامة من أجل تقديم خدمات رحلات الطيران المدني لمدة ثلاث سنوات في ٣٠ يناير ٢٠٠١م، أثناء حكم النظام السابق - ما قبل ٢٠٠٣م.
٢. أثبتت البيانات الصادرة من سجل الشركات في جمهورية مصر العربية، أن شركة هورس المصرية لم تكن موجودة عند توقيع العقد، بل تأسست وحصلت على ترخيص بعد تاريخ التأسيس، وهذه نقطة سلبية كيف غفل عنها الجانب العراقي.
٣. بناء على وجهة النظر الخاصة بشركة الخطوط الجوية العراقية، يتبين أنه وبسبب التقصير الحاصل وعدم تنفيذ شركة هورس المصرية لبنود العقد، قامت الخطوط الجوية العراقية بإخطار هورس بإنهاء الوكالة اعتباراً من ١ فبراير ٢٠٠٥م.

التوصيات:

١. نوصي فريق الدفاع الذي عينته الحكومة العراقية بالتمسك بالدفع التي ذكرناها في المبحث الثاني: المطلب الثاني: إنهاء عقود التجارة الدولية بأسباب مقرر قانوناً.
٢. التمسك بدعوى بطلان القرار التحكيمي الصادر أمام القضاء المصري، مستندة إلى قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م.
٣. مراجعة طلب التنحي الذي قدمه المحكم العراقي بسبب الضغوطات وتقديم ذلك لتعزيز الموقف العراقي، وأن تأخذ في الاعتبار طلبات التنحي التي يلجأ إليها الجانب المصري للمماطلة، والتي استمرت في النظر فيها لمدة تقارب خمس سنوات قبل أن ترد في ٢٢ مارس ٢٠٢٢م.



٤. نوصي الجهات ذات العلاقة -وزارة النقل وشركة الخطوط الجوية العراقية- أن تتمسك بالتحكيم التجاري الذي تقدمت به شركة هورس في ٤ أغسطس ٢٠١١م، وأن تلجأ لحلول حول المحكم المرجح.
٥. نؤيد تمسك واهتمام دولة رئيس الوزراء محمد شياع السوداني العراقي بمتابعة القضية مع الرئيس المصري عبد الفتاح السيسي لحل الخلاف مع الحكومة المصرية باعتبارها الجهة المشرفة على شركة هورس.
٦. نوصي بتشكيل فريق عمل مشترك من خلال نقابة المحامين العراقيين والأكاديميين العراقيين أصحاب اختصاص التحكيم التجاري الدولي في الجامعات والمركز العراقي للتحكيم، للتمسك بدعوى بطلان القرار التحكيمي.
٧. لا بد من أخذ الموضوع بشكل جدي ومثمر، باعتبار أن الخسارة -لا قدر الله- هدر كبير للمال العام.

الهوامش:

- (١) راجع نصوص الاتفاقية منشورة في الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة التاسعة والخمسون الملحق رقم (٢٢) (A/٢٢/٥٩)
- (٢) انظر: اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية. اعتمدت ونشرت على وفتحت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٣٨/٥٩) المؤرخ ٢ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٤م.
- (٣) انظر: عبد المنعم زرم، انتهاء الدولة للعقود بإرادتها المنفردة وأثره على خسائرها من التحكيم في ضوء قانون الاستثمار الدولي، دار مصر للنشر والتوزيع جمهورية مصر العربية، ط ٢٠٢٢-٢٠٢٣م، الصفحة رقم (١٥٠) وما بعدها.
- (٤) توفر قواعد الأونسيترال للتحكيم مجموعة شاملة من القواعد الإجرائية التي يمكن للأطراف الاتفاق عليها من أجل تسيير إجراءات التحكيم التي قد تنشأ عن علاقتها التجارية، وتستخدم على نطاق واسع في عمليات التحكيم المخصص وكذلك في عمليات التحكيم التي تديرها المؤسسات؛ وتتناول القواعد جميع جوانب عملية التحكيم، حيث تشمل شرط تحكيم نموذجي، وتضع قواعد إجرائية لتعيين المحكمين وتسيير إجراءات التحكيم، وتضع قواعد تتعلق بشكل قرار التحكيم وأثره وتفسيره؛ أما في الوقت الحالي، توجد أربعة نسخ مختلفة من قواعد التحكيم.. للمزيد أنظر: لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على الرابط التالي:
- <https://uncitral.un.org/ar/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>
- (٥) انظر: مؤلفنا منازعات التحكيم التجاري في عقود البترول -دراسة مقارنة- جمهورية مصر العربية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية لسنة ٢٠١٧م، الصفحة رقم (١٤٠) وما بعدها.
- (٦) منى عبد العالي موسى، ورفاه كريم كربل، التحكيم وأثره على العقد الإداري، مجلة بابل للعلوم الصرفة والتطبيقية، جامعة بابل العدد (١٥) التسلسل الدولي: 19920652، سنة ٢٠٠٨م، صفحة رقم (٩).
- (٧) لؤي كريم عبد، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة ديالى للبحوث الإنسانية جامعة ديالى، العدد (٥٣) التسلسل الدولي: 1998104X، لسنة ٢٠١١م، صفحة رقم (١٠).
- (٨) الليبرالية الاقتصادية: مذهب اقتصادي يرى أن الدولة لا ينبغي لها أن تتولى وظائف صناعية، ولا وظائف تجارية وأنها لا يحق لها التدخل في العلاقات الاقتصادية التي تقوم بين الأفراد والطبقات أو الأمم. بهذا المعنى يُقال غالباً "ليبرالية اقتصادية". انظر: عبد الرحيم صمايل السلمي، الليبرالية نشأتها وتطورها ومجالاتها، الثلاثاء/١/جمادى الأولى/١٤٢٤هـ الموافق ١/يوليو/٢٠٠٣م. موقع الإسلام اليوم على الرابط التالي: <https://islamtoday.net>

(^٩) عقود القانون العام تقسم إلى قسمين: عقود دولية (كالمعاهدات والاتفاقيات والمواثيق) وهي التي يكون أطرافها من أشخاص الحق الدولي العام (دول أو مؤسسات دولية أو من يمثلها) وتنظم لإنشاء نتائج حقوقية، وهذه العقود تحكمها قواعد القانون الدولي العام وأحكامه وتخضع لسلطة القضاء الدولي (محكمة العدل الدولية). أو عقود إدارية: وهي التي يكون أحد أطرافها الدولة أو مرفق عام أو من يمثلها، والطرف الآخر شخص وطني أو اجنبي؛ وهي تنشأ لتحقيق منفعة عامة وتلبية حاجات عامة. والنتائج كعقد الالتزام وغيره من العقود الإدارية، وهذه العقود تحكمها قواعد القانون الداخلي (الإداري) وتخضع لسلطة المحاكم الإدارية.

(^{١٠}) عقود القانون الخاص: وهي التي يكون أطرافها أشخاصاً عاديين وتنشأ لتنظيم مصالح شخصية عادية، كعقود البيع والإيجار وغيرها من العقود التي تبرم بين الأفراد عادةً، وهذه العقود تحكمها قواعد القانون الخاص (مدني، تجاري، دولي خاص) وإجراءاته وتخضع لسلطة محاكمه الداخلية.

(^{١١}) انظر تعريف شروط الثبات العقدي وشروط الثبات التشريعي في عقود البترول، مؤلفنا التحكيم التجاري في عقود البترول -دراسة مقارنة- دار الفكر الجامعي جمهورية مصر العربية، الإسكندرية صفحة رقم (١٢٥) وما بعدها، وانظر أيضاً: منير محمود الوتري، العقود الإدارية وأنماطها التعاقدية في إطار التحولات الاشتراكية، الجزء الأول، بغداد ١٩٧٩م، صفحة رقم (٢٠٠).

(^{١٢}) لجأت شركة هنت للتحكيم التجاري في ٢٠٠٥م، للمزيد من التفاصيل انظر الرابط:

<http://www.almotamar.net/pda/61504.htm>

(^{١٣}) لؤي كريم عبد، مصدر سبق ذكره، صفحة رقم (١١).

(^{١٤}) حيث ينص الدستور المصري على أن (يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروات الطبيعية، والمرافق العامة، كما بين أحوال التصرف بالمجان في العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك) المادة (١٢٣) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١م.

(^{١٥}) انظر: شرط ومشاركة التحكيم في عقود الاستثمارات البترولية، في مؤلفنا التحكيم التجاري في عقود البترول -دراسة مقارنة- دار الفكر الجامعي جمهورية مصر العربية، الإسكندرية صفحة رقم (٨٣) وما بعدها.

(^{١٦}) انظر: معيار دولية وتجارية التحكيم في مؤلفنا التحكيم التجاري في عقود البترول -دراسة مقارنة- دار الفكر الجامعي جمهورية مصر العربية، الإسكندرية صفحة رقم (٨٨) وما بعدها.

(^{١٧}) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م وتعديلاته.

(^{١٨}) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م وتعديلاته.

(^{١٩}) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م وتعديلاته.

(^{٢٠}) محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة، ٢٠٠٠، صفحة رقم (١٩٤).

^{٢١} اختلف الفقهاء في ذلك وهم على ثلاث اتجاهات: يرى الفريق الأول، ان الإقالة عقد جديد. ويرى الفريق الثاني، ان الإقالة فسخ اتفاقي. في حين يرى الفريق الثالث، ان الإقالة تعد فسخ فيما بين المتعاقدين، وعقد جديد بالنسبة للغير، وهذا الرأي هو ما اخذ به القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م، في المادة (١٨٣) منه، بقولها "الإقالة في حق المتعاقدين فسخ، وفي حق الغير عقد جديد".

(^{٢٢}) بناءً على الحكم الصادر في ٢٦ من تموز/يوليو ٢٠٢٣م، وبناء على توجيه تصريح السيد رئيس هيئة النزاهة الاتحادية (القاضي حيدر حنون) حول تحقيق الهيئة في وجود شبهات فساد وخسارة وزارة النقل وشركة الخطوط الجوية العراقية القضائية التحكيمية ضد شركة (هورس) المصرية.



- (٢٣) خير دليل على ذلك بحثنا هذا المتعلق بإنهاء الدولة عقد الخدمات مع شركة هورس المصرية، وهناك عقود أخرى متعلقة بالاستثمار البترولي.
- (٢٤) عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون، الجزء الأول، مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، لسنة ١٩٦٣م.
- (٢٥) منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، جامعة بغداد، لسنة ١٩٩٧م، الصفحة رقم (٢٧٩).
- (٢٦) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، القاهرة، الصفحة رقم (٢٧٤).
- (٢٧) صلاح الدين الناهي، مبادئ الالتزامات، الخلاصة الوافية، مطبعة سلمان الاعظمي، بغداد ١٩٦٨م، الصفحة رقم (١٣٩).
- (٢٨) والاعذار بالإندازار من المثل الدارج "وقد اعذر من انذر"
- (٢٩) عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في قانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، حقوق الطبع محفوظة لدى وزارة التعليم العالي والبحث العلمي لسنة ١٩٨٠م، الصفحة رقم (١٧٧)
- (٣٠) محمد محمود المصري، ومحمد احمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ والبطلان والانعدام في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٨م.
- (٣١) انور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٣م، صفحة رقم (٢٦٠).
- (٣٢) احمد حشمت ابو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٤م، الصفحة رقم (٣٤٤).
- (٣٣) جلال علي العدوي، ومحمد لبيب شنب مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٥م. الصفحة رقم (٢٥٩).
- (٣٤) عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٨م، الصفحة رقم (١٦٣).
- (٣٥) منذر الفضل، مصدر سابق، الصفحة رقم (٢٨٠) وما بعدها.
- (٣٦) محمد محمود المصري، محمد احمد عابدين، مصدر سابق، ١٩٨٨م، الصفحة رقم (١٧).
- (٣٧) عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، الصفحة رقم (٣٧٠).
- (٣٨) حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦م، الصفحة رقم (٢٠٧).
- (٣٩) عبد الحميد عمر وشاحي، نظرية الالتزام في القانون المدني، مطبعة النقيض الأهلية، بغداد، ١٩٤٠م، الصفحة رقم (١٢٩).
- (٤٠) صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، الصفحة رقم (١٣٧) وما بعدها.
- (٤١) محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، الالتزامات، مطبعة العالمية، مصر، ١٩٥٤م، الصفحة رقم (٦٣١).
- (٤٢) لقوله تعالى (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ) [سورة البقرة: ٢٨٠] حيث يأمر الله تعالى بالصبر والتيسير على المعسر الذي لا يجد وفاء.
- (٤٣) عبد المجيد الحكيم واخرون، مصدر سابق، الصفحة رقم (١٧٨).

- (^{٤٤}) محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ١٩٥٤م، الصفحة رقم (٦٣١).
- (^{٤٥}) عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصدر سابق، الصفحة رقم (٣٧١).
- (^{٤٦}) عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، الصفحة رقم (٢٧٥).
- (^{٤٧}) عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨م، الصفحة رقم (١٦٢).
- (^{٤٨}) محمد محمود المصري، ومحمد احمد عابدين، مصدر سابق، الصفحة رقم (١٩) وما بعدها.
- (^{٤٩}) تجد نفس المعنى في نص المادة (١٠٨) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م، "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصل".
- (^{٥٠}) عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري المرجع السابق، الصفحة رقم (٣٩٥) و(٥٠٣).
- (^{٥١}) حسن علي ذنون، مصدر سابق، الصفحة رقم (٢٠٨).
- (^{٥٢}) عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، الصفحة رقم (٣٧٢) وما بعدها.
- (^{٥٣}) عبد المنعم البدرابي النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري المرجع السابق، الصفحة رقم (٣٩٦) و(٥٠٤). وانظر ايضاً: محمد محمود المصري، ومحمد احمد عابدين، مصدر سابق، رقم الصفحة (٢٦).
- (^{٥٤}) احمد حشمت ابوستيت، مصدر سابق، الصفحة رقم (٣٤٥). وعبد الحميد عمر وشاحي، مصدر سابق، الصفحة رقم (١٢٧) وحسن علي الذنون، مصدر سابق، صفحة رقم (٢٠٨). وعبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، رقم الصفحة (٣٤٣).
- (^{٥٥}) لمزيد من التفاصيل انظر: عبد الودود يحيى الموجز في النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، الصفحة رقم (١٢٨) و(١٩٣). وعبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، المرجع السابق، الصفحة رقم (٣٩٦) و(٥٠٤). وعبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام المرجع السابق الصفحة رقم (٣٧٤) و(٤٣٥).
- (^{٥٦}) منذر الفضل، مصدر سابق، الصفحة رقم (٢٧٨).
- (^{٥٧}) عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصدر سابق، رقم الصفحة (٣٧٤).
- (^{٥٨}) عبد المجيد الحكيم، واخرون. مصدر سابق، الصفحة رقم (١٠٨).
- (^{٥٩}) مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض، المكتب الفني، جلسة ١٩٥٢/١/٥، السنة الثالثة، الصفحة رقم (٩٨٨). وانظر ايضاً: محمد كامل مرسي، مصدر سابق، الصفحة رقم (٦٣٩).
- (^{٦٠}) حسن علي الذنون، مصدر سابق، رقم الصفحة (٢٠٩).
- (^{٦١}) احمد حشمت أبو ستيت، مصدر سابق، رقم الصفحة (٣٤٧).
- (^{٦٢}) عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، الموجز في شرح القانون المدني، مصدر سابق، الصفحة رقم (٣٧٥).
- (^{٦٣}) مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض المكتب الفني جلسة ١٩٧٣/١/١٩، السنة ٢٤، الصفحة رقم (٤٩). مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض المكتب الفني جلسة ١٩٨٢/٥/١٣، السنة ٣٣، الصفحة رقم (٥١٧). وعبد الودود يحيى الموجز في النظرية العامة للالتزامات المرجع السابق، رقم ١٢٨ الصفحة رقم (١٩٥). وانظر ايضاً: عبد الحميد عمر وشاحي، مصدر سابق، الصفحة رقم (١٢٨).
- (^{٦٤}) عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام المرجع السابق، الصفحة رقم (٣٨١) و(٤٤٢).
- (^{٦٥}) عبد الودود يحيى الموجز في النظرية العامة للالتزامات المرجع السابق، الصفحة رقم (١٣٢) و(١٩٩).
- (^{٦٦}) عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، المرجع السابق، الصفحة رقم (٤٠٩) و(٥٢٢).



- (٦٧) نص المادة (١٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م "لا تكون الاحكام الصادرة من محاكم اجنبية قابلة للتنفيذ في العراق إلا إذا اعتبرت كذلك وفقاً للقواعد التي قررها القانون الصادر في هذا الشأن"
- (٦٨) جريدة الوقائع العراقية | العدد (٤٦٣٣) الصادرة بتاريخ ٢٠٢١/٥/٣١م.
- (٦٩) مهندس حمد احمد الجبوري، هلو محمد صالح عبد الصمد، التحكيم التجاري الدولي الالكتروني والقانون الواجب التطبيق (عقود الاستثمار إنموذجاً) مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (١)، العدد (٣٥) الصفحة (٢٢٠).
- (٧٠) عبد المنعم زمزم، شرح قانون التحكيم دراسة في إطار التحكيم التقليدي والتحكيم الإلكتروني المرجع السابق، الصفحة رقم (٥٥)، و(٨٢).

المصادر:

الكتب:

- ١) احمد حشمت ابو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٤م.
- ٢) انور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الجزء الاول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٣م.
- ٣) جلال علي العدوي، ومحمد لبيب شنب مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٥م.
- ٤) حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦م.
- ٥) صلاح الدين الناهي، مبادئ الالتزامات، الخلاصة الوافية، مطبعة سلمان الاعظمي، بغداد ١٩٦٨م.
- ٦) عبد الحميد عمر وشاحي، نظرية الالتزام في القانون المدني، مطبعة النقيض الأهلية، بغداد، ١٩٤٠م.
- ٧) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الاول، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، القاهرة لسنة ١٩٩٧م.
- ٨) عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٨م.
- ٩) عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون، الجزء الاول، مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، لسنة ١٩٦٣م.
- ١٠) عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في قانون المدني العراقي، الجزء الاول، مصادر الالتزام، حقوق الطبع محفوظة لدى وزارة التعليم العالي والبحث العلمي لسنة ١٩٨٠م.
- ١١) عبد المنعم البدرابي النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، القاهرة، لسنة ١٩٧١م.

- ١٢) عبد المنعم زمزم، شرح قانون التحكيم دراسة في إطار التحكيم التقليدي والتحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٤م.
- ١٣) عبد المنعم زمزم، قانون الاستثمار الدولي - تأصيل وتطبيق في قضاء التحكيم وأحكام المحاكم - دار مصر للنشر والتوزيع - القاهرة، لسنة ٢٠٢٢م.
- ١٤) عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام دار النهضة العربية لسنة ١٩٩٨م.
- ١٥) عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة لسنة ١٩٨٤م.
- ١٦) محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة، لسنة ٢٠٠٠م.
- ١٧) محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، الالتزامات، مطبعة العالمية، مصر، ١٩٥٤م.
- ١٨) محمد محمود المصري، ومحمد احمد عابدين، الفسخ والانسفاخ والتفاسخ والبطلان والانعدام في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٨م.
- ١٩) مصعب ثائر عبدالستار، التحكيم التجاري في عقود البترول - دراسة مقارنة - دار الفكر الجامعي جمهورية مصر العربية، الإسكندرية لسنة ٢٠١٨م.
- ٢٠) منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، جامعة بغداد، لسنة ١٩٩٧م.
- ٢١) منير محمود الوتري، العقود الإدارية وأنماطها التعاقدية في إطار التحولات الاشتراكية، الجزء الأول، بغداد ١٩٧٩م.

المجالات المحكّمة:

- ١) لؤي كريم عبد، الأسس القانونيّة اللازمة لمشروعيّة العقد الإداري وأهمّيّتها في أداء السلطة العامّة لواجباتها، مجلة ديالى للبحوث الإنسانيّة - جامعة ديالى، العدد (٥٣) لسنة ٢٠١١م.
- ٢) منى عبد العالي موسى، ورفاه كريم كربل، التحكيم وأثره على العقد الإداري، مجلة بابل للعلوم الصرفة والتطبيقية، جامعة بابل العدد (١٥) سنة ٢٠٠٨م.
- ٣) مهند حمد احمد الجبوري، هلو محمد صالح عبد الصمد، التحكيم التجاري الدولي الالكتروني والقانون الواجب التطبيق (عقود الاستثمار إنموذجًا) مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (١)، العدد (٣٥).

التشريعات:

- ١) اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية. اعتمدت ونشرت على وفتحت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٣٨/٥٩) المؤرخ في ٢ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٤م.
- ٢) جريدة الوقائع العراقية | العدد (٤٦٣٣) الصادرة بتاريخ ٣١/٥/٢٠٢١م.



٣) الحكم الصادر في ٢٦ من تموز/يوليو ٢٠٢٣م، وبناء على توجيه تصريح السيد رئيس هيئة النزاهة الاتحادية (القاضي حيدر حنون) حول تحقيق الهيئة في وجود شبهات فساد وخسارة وزارة النقل وشركة الخطوط الجوية العراقية القضية التحكيمية ضد شركة (هورس) المصرية.

٤) دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١م.

٥) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م وتعديلاته.

٦) القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م وتعديلاته.

٧) القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م.

٨) مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض المكتب الفني جلسة ١٩/١/١٩٧٣ السنة ٢٤، الصفحة رقم (٤٩).

٩) مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض المكتب الفني جلسة ١٣/٥/١٩٨٢، السنة ٣٣، الصفحة رقم (٥١٧).

١٠) مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض، المكتب الفني، جلسة ١/٥/١٩٥٢، السنة الثالثة، الصفحة رقم (٩٨٨).

١١) نصوص الاتفاقية منشورة في الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة التاسعة والخمسون الملحق رقم (٢٢) (A/٢٢/٥٩).

الانترنت:

١) عبد الرحيم صمايل السلمي، الليبرالية نشأتها وتطورها ومجالاتها، الثلاثاء/١/جمادي الأولى/١٤٢٤هـ الموافق ١/يوليو/٢٠٠٣م. موقع الإسلام اليوم على الرابط التالي: <https://islamtoday.net>

٢) قضية شركة هنت للتحكيم التجاري في ٢٠٠٥م، للمزيد من التفاصيل انظر الرابط:

<http://www.almotamar.net/pda/61504.htm>

٣) قواعد الأونسيترال للتحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على الرابط التالي:

<https://uncitral.un.org/ar/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>