

2022

القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار بالمنهج المباشر

أ.د. علي فوزي ابراهيم الموسوي
كلية القانون / جامعة بغداد

طالب الماجستير حيدر محمود كاظم
كلية القانون والعلوم السياسية الجامعة العراقية

Follow this and additional works at: <https://digitalcommons.aaru.edu.jo/midad>



Part of the [Arts and Humanities Commons](#), and the [Law Commons](#)

Recommended Citation

كاظم, طالب الماجستير حيدر محمود (2022) "القانون الواجب التطبيق على and الموسوي, أ.د. علي فوزي ابراهيم
عقود الاستثمار بالمنهج المباشر," *Midad AL-Adab Refereed Quarterly Journal*: Vol. 26: Iss. 1, Article 16.
Available at: <https://digitalcommons.aaru.edu.jo/midad/vol26/iss1/16>

This Article is brought to you for free and open access by Arab Journals Platform. It has been accepted for inclusion in Midad AL-Adab Refereed Quarterly Journal by an authorized editor. The journal is hosted on [Digital Commons](#), an Elsevier platform. For more information, please contact rakan@aarj.edu.jo, marah@aarj.edu.jo, u.murad@aarj.edu.jo.

القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار بالمنهج المباشر

أ.د. علي فوزي إبراهيم الموسوي
كلية القانون / جامعة بغداد

طالب الماجستير حيدر محمود كاظم
كلية القانون والعلوم السياسية الجامعة العراقية

The law that must be applied on Investment contract by direct procedure

*Prof. Dr. Ali Fawzi Ibraheem Al- Mousawi
College of Law Baghdad University*

*Master Students: Haider Mahmoud Kadum
College of Law and Political Science
Al- Iraqia University*

المستخلص

أدى التطور الحديث الذي طرأ على العلاقات الدولية الخاصة، فضلاً عن ما صاحبه ذلك من عدم توافق القوانين الوطنية مع حاجات تلك العلاقات إلى ظهور قواعد تعمل على إيجاد حل للمواضيع التي قد بالامكان الرجوع إليها لإيجاد الحل، منها العقود المشبوبة بعنصر أجنبي، الأخص من ذلك عقود الاستثمار وهي تعد بذلك المنافس لقواعد التنازع، أطلق عليها الفقه الحديث تنمية القواعد المادية وهذا الأكثر انتشاراً وشيوعاً على الرغم من بروز لها تسميات عديدة منها القواعد الموضوعية، والقواعد المباشرة والقواعد المادية ذات الأصل الدولي، مؤدى ما يتقدم به هذه القواعد فكرة خلق بعض القواعد بعض القواعد التي تشتمل على حلول مباشرة تنطبق على العلاقات ذات الطبيعة الدولية الخاصة، يعتمد تطبيقها دون الرجوع إلى المنهاج التنازعي التقليدي وإن كان هو الأصل بذلك، فقد يلجأ إليها القاضي أو المحكم عندما يعرف أمامه نزاع قد يتعلق موضوعه بعلاقة دولية خاصة، منها عقود الاستثمار المشبوبة بعنصر أجنبي فهي قد تكون الأقرب لإيجاد الحل، الأمر الذي قد يراه البعض هو الأنسب لتلك العلاقة، وتفضيله على غيره من وسائل الحل الأخرى في العلاقات الدولية الخاصة.

الكلمات المفتاحية: عقود ، الاستثمار، قواعد مادية، منهج مباشر، عنصر أجنبي

Abstract

The modern development of private international relations, besides the incompatibility of national laws with the needs of those relationships

led to emergence of rules working to find a solution to the issues that may be referred to in order to find a solution, such as the contracts that has a foreign element, especially investment contracts, and they are which considered as a competitor to the rules of conflict, modern jurisprudence called it the development of material rules, and this is the most famous and common despite the emergence of many names, including substantive rules, direct rules and material rules of international origin, the idea behind these rules is creating some rules that include direct solutions that apply to relationships of a special international nature, It intends to apply it without going back to the traditional conflict approach, even if it is the original.

The judge or arbitrator may resort to it When a dispute is brought before him, the subject of which may be related to a special international relationship, Including investment contracts tainted with a foreign element, as they may be the closest to finding a solution,

The matter that some may think is the most appropriate for that relationship, and its preference over other means of solution in private international relations.

Key Words: Contracts, investment, material rules, direct procedure, foreign facto.

التعريف بالبحث

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على خير خلقه اجمعين حبيب اله العالمين
ابي القاسم محمد وعلى اله الهداة الميامين واصحابه المنتجبين وبعد.

وقبل البحث والخوض بالموضوع، لابد لنا من الوقوف على جوهر فكرة
البحث، وبيان أهميته، ومشكلة البحث، فضلاً عن تحديد منهجية البحث، واخيراً
التطرق لخطة بحثه.

ان الكلام عن موضوع البحث (خضوع عقود الاستثمار للقواعد المادية لتحديد القانون واجب التطبيق) وان تعدد البحث فيها عن اهميتها وماهيتها وطبيعتها والقانون الواجب التطبيق عليها، فإن الكثير من جوانبها مازال يعتريها الغموض لذلك تحتاج الى ايضاح واجلاء وعليه فإن من الامر نجد الموضوع يلزم تناوله من خلال الامور التالية:

اولا: موضوع البحث

ثابت لدى الباحثين والكتاب وعلى رأس المقدمة الفقهاء في القانون بأن العقد بصفته الخاصة قد ساهم بمقدار غير محدود وعلى كافة الاصعدة سواء ما كانت منها ذات طابع وطني ام انها ذات طابع دولي، باعتباره من اهم الوسائل التي تتم من خلالها تنفيذ وتطبيق مختلف العلاقات القانونية، ونظراً لهذه الاهمية البالغة التي تتسم بها من خلال مختلف الانظمة القانونية قد وجهت اهتمامها من اجل وضع تنظيم قانوني خاص به، مع مراعاة اختلاف انواعه سواء ما كان عقدا ذا طابع داخلي ام انه عقدا ذا طابع دولي، ومع التقدم الذي شهده العالم على صعيد العلاقات القانونية الداخلية والدولية، من التأثير على المشروعات التي تكون احدى اطرافها الدولة ومن يمثلها من الهيئات والمؤسسات التابعة لها، على صعيد الاستثمار اذ اتسمت السنوات الاخيرة بظاهرة بروز هذا الأمر بشكل واضح وجلي، من ان الدولة تدخل بعلاقة تعاقدية مع طرف اخر شخص اجنبي طبيعي او معنوي، مما يرافق ذلك مسألة تحديد النظام القانوني الحاكم لهذه العلاقة، بسبب انها غير متوازنة ومتكافئة من ناحية

المراكز القانونية، اذ سابقا كان يعهد الى منهج التنازع لمعرفة وتحديد القانون واجب التطبيق اذا ما كانت ارادة الاطراف قد سكتت عن تحديده من خلال الارادة وهي تأخذ احدى الصورتين الصريحة او الضمنية، فقد يلجأ الى اعتماد المناهج المستقرة نسبيا في القانون الدولي الخاص لايجاد الحل، ويرى البعض انه بالامكان اللجوء الى الوسيلة الفنية التي ظهرت بشكل واسع في الالونة الاخيرة وهي القواعد المادية لأيجاد الحل لها تمتاز به من مميزات وخصائص دون الرجوع الى منهج التنازع التقليدي، قد تعطي الحل مباشرة دون البحث عن ارادة الاطراف في العلاقة موضوعة البحث، ذلك لأهمية الموضوع للدولة التي تكون طرف في هذه العلاقة وتفيد من حرية الاطراف بذلك الاختيار.

ثانيا: مشكلة البحث

ما كان موضوع البحث لي طرح وما كانت الدراسة محل البحث لتوجد لو اننا وجدنا ما هو مثالي في العلاقات الدولية الخاصة، اذ ان تحديد القانون واجب التطبيق على العلاقات القانونية الخاصة الدولية، منها ما هو حاكم لعقود الاستثمار المشوبة بعنصر اجنبي، اذ كان في مرحلة سابقة قد منح الاطراف حق اختيار القانون الحاكم للعلاقة التعاقدية المبرمة بين الطرفين لهذه العقود، الا ان التطور الذي صاحب هذا النوع من العقود جعل من قاعدة قانون الارادة ان تتماشى مع هذا التقدم نظرا لعدم قابليها ايجاد حل موضوعي ومباشر دون اللجوء الى المسائل التعقيدية المصاحبة له، وبهذا برز من نادى بالاهتمام بموضوع القانون الواجب التطبيق على هذه العقود محل الدراسة والبحث عن السبل اليسيرة لايجاد حل اذا ما عجز المنهج التنازعي من تقديم ما هو يحترم توقعات هذه العلاقات كونها تتعلق بجانب مهم من اقتصاد الدولة وارتباطها بخطط التنمية لها، لذا تتلخص مشكلة البحث في الاستفسار عن مدى عدم تحديد القانون من قبل الاطراف او بتعبير اخر اذا ما كانت هذه القواعد هي الاقرب لايجاد الحل بالشكل الموضوع والمباشر.

ثالثاً: أهمية البحث

تتأصل أهمية البحث من أهمية الموضوع ذاته، الا وهو ما يتجسد (خضوع عقود الاستثمار للقواعد المادية المباشرة لتحديد القانون واجب التطبيق) كونها فكرة يتطلب الواقع الحديث الخوض في غمارها فالواقع قد اثبت بأن عقود الاستثمار لما لها من وزن قانوني واقتصادي على الصعيدين الداخلي والدولي، نجد من الاهمية معالجة القانون واجب التطبيق عليها اذا ما سكت اطراف العلاقة عن تحديده بالارادة الحرة المختارة، لذا كان من الاجدر تقديم أهمية الموضوع لمعالجة الثغرة اذا ما وجدت في بعض العقود المبرمة من قبل احدى الاطراف وهو في الغالب الدولة او من يمثلها من الهيئات والمؤسسات العامة التابعة لها، لمنع استغلال ذلك بالجوء الى قانون للتهرب من قانون الدولة المضيفة للاستثمار بصورة يتوفر فيها نية غش من العقود التي تكون الدولة كطرف فيها و بالتالي تفرض على المستثمر الاجنبي شخص طبيعي او معنوي الخضوع والالتزام بما يرد في قانونها من قواعد مادية.

رابعاً: منهجية البحث

انتهجت الدراسة اسلوب البحث الوصفي عن طريق الوقائع التي ترد مع الاعتماد على المنهج التحليلي المقارن لبعض القوانين وتحليل بعض الافكار والآراء التي ترد في البحث ايضا جانب التطبيق العلمي من الناحية التشريعية والقضائية له اثر نحاول ابرازه كلما دعت الحاجة اليه.

خامسا: خطة البحث

طالما كان بحثنا يتجسد في فكرة مفادها خضوع عقود الاستثمار للقواعد المادية المباشرة لتحديد القانون واجب التطبيق لذا سوف نقوم بتقييم موضوع الدراسة على مبحثين حيث تضمن المبحث الأول: مفهوم القواعد المادية ويتضمن المبحث الثاني تطبيق هذه القواعد والية اعمالها على عقود الاستثمار وسنصل في نهاية بحثنا الى مجموعة من النتائج والتوصيات.

المقدمة

يتم في اطار تنازع القوانين اخضاع العقد كمبدأ عام لقاعدة قانون الارادة وعند غياب الارادة عن الاختيار، قد يصار الرجوع لأيسر الحلول والمعالجة في العلاقات الدولية الخاصة وهي القواعد المادية، التي تعمل على اسناد العلاقة التعاقدية مباشرة الى احد القوانين الحاكمة لها، اذا ما كانت هذه القواعد توجب مراعاتها عند اللجوء اليها لتحديد القانون المختص، فهي تعطي الحل دون الرجوع الى منهج التنازع التقليدي الذي يعمد الى قواعد قانونية مزدوجة الجانب وهي غير مباشرة محايدة، تستهدف القانون بمجمله دون الاهتمام بما يحتويه القانون من قواعد مادية، لكن المنهج المباشر المتمثل بالقواعد المادية.

ومن خلال ما تقدم سوف نبحت الموضوع من خلال مبحثين وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول: القواعد المادية المباشرة لتحديد القانون المختص
المبحث الثاني: اثر القواعد المادية ذات المصدر الدولي وتطبيقاتها على عقود الاستثمار

المبحث الأول

القواعد المادية المباشرة لتحديد القانون المختص

ادى التطور الحديث الذي طرأ على العلاقات الخاصة الدولية، وما صاحب ذلك من عدم توافق القوانين الوطنية مع حاجات تلك العلاقات ادى الى ظهور قواعد مادية تصلح للتطبيق مباشرة على هذه العلاقات، اطلق عليها الفقه الحديث تسمية القواعد المادية في القانون الدولي الخاص⁽¹⁾، ويحسن بناء ونحن في مستهل الحديث عن القواعد المادية ان نقف على الاسباب التي ادت الاحتكام الى هذه القواعد بصدد حل مشاكل عقود الاستثمار المشوبة بعنصر اجنبي، بعد ان نبين في بادئ الامر مفهومها والخصائص التي تميزها في مطلب اول، فاذا انتهينا من ذلك اصبح من

الواجب التطرق الى جانب مهم وهو مصدر هذه القواعد، خاصة مع كثرة الاشكالات والتساؤلات التي تثار وعدم الاتفاق على هذه المصادر من خلال مطلب ثاني.

المطلب الاول: مفهوم القواعد المادية المباشرة

المطلب الثاني: مصادر القواعد المادية المباشرة وأثرها على عقود الاستثمار.

المطلب الاول

مفهوم القواعد المادية المباشرة

يقوم منهج القواعد المادية على فكرة خلق بعض القواعد الاساسية والمادية، التي تشتمل على حلول مباشرة لمنازعات العلاقات الدولية الخاصة، فتطبق مباشرة بمعرفة القاضي ودون البحث عن قواعد التنازع او قواعد الاحالة في قانون القاضي المعروف امامه الموضوع، ومن ثم يتم تحديد القانون واجب التطبيق مباشرة^(٢)، ومن خلال ما تقدم سوف نقوم ببحث الموضوع في هذا المطلب من خلال فرعين:

الفرع الاول - التعريف بالقواعد المادية.

الفرع الثاني - خصائص القواعد المادية.

الفرع الاول

التعريف بالقواعد المادية

يقصد بالقواعد المادية او الموضوعية، تلك القواعد التي تنظم العلاقات الدولية الخاصة المعروضة على القاضي والتي ينطبق عليها قانونه الوطني الموضوعي تطبيقا مباشرا، ودون المرور بقاعدة تنازع القوانين^(٣).

وقد اطلق عليها البعض عدة تسميات، القانون الموضوعي للتجارة الدولية والقواعد عبر الدولية، كما اطلق عليها ايضا بقواعد القانون الدولي الخاص المادى^(٤).

وتتمتاز هذه القواعد بانها تعطي الحل مباشرة للنزاع، كما تتمتاز ايضا بكونها مفردة الجانب بمعنى اخر انها تقرر اختصاص قانون دولة ما بصورة مباشرة^(٥).

ومن الامثلة عليها في المعاملات الدولية الخاصة، عقود نقل التكنولوجيا، وعقود الاستثمار المبرمة مع الاشخاص الاجنبية.

وقد وضع لها جانب من الفقه عدة تعاريف منها، على سبيل المثال (انها مجموعة القواعد الموضوعية او المادية المنتقاة من مصادر متعددة وتقدم تنظيماتها قانونيا وحلولا ذاتية للمعاملات الدولية، على نحو يجعل منها قانونا خاصا مستقلا عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة)^(٦).

اذا امعنا النظر في هذا التعريف نجد انه ركز على هدف هذه القواعد المتمثلة في تقديم الحل الذاتي والمباشر للنزاع ذات الطابع الدولي مما يساعد ويعطي لهذه القواعد ذاتيتها واستقلالها، كما انه يعمل على بيان المصادر التي تستقي منها هذه القواعد، متعددة دون بيان ماهيتها.

كما نجد تعريف اخر للفقيه جولد مان Gold Man انها (مجموعة من المبادئ والنظم والقواعد المستمدة من كل المصادر التي تغذي باستمرار وتواصل تغذية البناء القانوني وسير جماعة العاملين عليها)^(٧).

ومن خلال هذا التعريف نجد انه يركز على مصادر هذه القواعد^(٨) المتمثل بالمبادئ العامة للقانون والنظم العابرة للدولة وهي تعد من مصادر القانون الدولي الخاص، وعلى الرغم من تعدد التعريفات التي وضعها الكتاب والباحثين لهذه القواعد علاوة على اختلافها وتنوعها في الشكل والعناصر الخاصة بهذه التعريفات فانها ذات مضمون واحد، هو ان القواعد الموضوعية هي تلك التي تعطي الحل بصورة مباشرة، وتحدد القانون واجب التطبيق على الموضوع. كما يرى جانب من الفقه، ان الدولة اذا ما لجأت الى ابرام العديد من المعاهدات والاتفاقيات الدولية، فان ذلك حتما سوف يغلب ويزيد من اتساع القواعد الموضوعية على حساب قواعد الاسناد، وهو يكون اقرب الى الصواب ولكن بسبب ضعف الاتفاقيات وعدم تغطيتها للجوانب التي تثير نزعات دولية غالبا لذا لا مفر من اللجوء الى المنهج التنازعي والرجوع الى منهجه بوساطة قواعد الاسناد التي يتوزع الاختصاص التشريعي بين الدول^(٩).

الفرع الثاني

خصائص القواعد المادية في عقود الاستثمار

كما اشرنا انفا، ان هذه القواعد توصف انها قواعد مفردة الجانب وهي قاعدة تنطبق على النزاع المشوب بعنصر اجنبي من دون المرور بالمنهج التنازعي مباشرة، فالقاعدة المادية تعطي الحل الموضوعي مباشرة، للمسائل المثارة ولا تميل الى غيرها من القوانين للتعرف على الحل الذي ينطبق على العلاقة الدولية الخاصة، وهو خلاف ما نجده في قواعد الاسناد التي لا تعطي اي حل مباشر، وتشير فقط الى القانون الذي يتولى الحل لتلك العلاقة.

كما انها تتميز بالفئوية والنوعية فهي فئوية لأنها تخاطب فئة معينة من الافراد وهم المتعاملون في العقود الدولية الخاصة، ايضاً الذين يتعاملون بالتجارة الدولية، وان وصفها بالنوعية لأنها قواعد تضع حلاً لنوع معين من المشكلات وهي تلك الناشئة من العلاقات الدولية الخاصة^(١٠).

ايضاً تمتاز بالصفة الموضوعية فالموضوعية هي تلك القاعدة التي تضع احكاماً تنظم جوهر العلاقات القانونية التي تتصدى للموضوع، وتحدد الحقوق والواجبات فيها، وبذلك تتميز عن القاعدة الإجرائية التي يقتصر دورها على بيان الإجراءات الكفيلة بأعمال القانون الموضوعي وتطبيقه^(١١) ايضاً يترتب على الصفة الموضوعية نتيجة هامة غير متوفرة في قاعدة الاسناد، وهي الوظيفة الوقائية فيستعان بها في المرحلة الأولى لتنظيم المركز القانوني، اما الوظيفة العلاجية فهي وان كانت مشترك فيها قاعدة الاستناد^(١٢)، الا ان دورها في القاعدة المادية يختلف تماماً عن قاعدة الاسناد، فالوظيفة العلاجية في القاعدة المادية تبرز بأعطاء الحل الموضوعي الذي ينهي النزاع، اما تلك الوظيفة في قاعدة التنازع فانها تتوقف على المحكمة القضائية او التحكيمية التي تنظر في النزاع بعد اثارته^(١٣).

ولها خاصية هي الصفة الدولية، فما يلاحظ على القواعد المادية، اياً كان مصدرها، انها قواعد موحدة غالباً، اذ تنشأ القواعد المادية الاتفاقية من خلال توحيد

حلول التنازع بمقتضى اتفاقيات دولية كما هو الحال بالنسبة لاتفاقية النقل الجوي (وارشو ١٩٢٩) والنقل بالسكك الحديدية (بيرن ١٩٥٢ وتعديلاتها) والنقل البحري (هامبورغ ١٩٧٨) والبيع الدولي للبضائع (فيينا ١٩٨٠)، اما الصفة الوطنية للقواعد المادية فنجد لها الأساس في البعض من خلال الاعتماد على التشريعات الحديثة والقوانين النموذجية التي تصدرها لجنة التابعة للأمم المتحدة^(١٤).

فالقواعد المادية باستطاعتها خلق بيئة قانونية امنة موثوق بها ويمكن التنبؤ بنتائجها، وهذين المقصدين يعتبران من الخصائص المهمة التي تشكل الاطار القانون للعلاقات الدولية الخاصة لكونها سهلة التطبيق وقد وصفها البعض الى انها صديقة للمحكمة^(١٥)، كون القضاة سيكونون سعداء لتطبيق قواعد واضحة وسهلة، بدلا من التوغل في متاهات منهج تنازع القوانين بكل ما يتطلبه من مشقة وجهد، وسوف يكون التعامل بشكل سلس مع هذه القواعد.

المطلب الثاني

أثر القواعد المادية ذات المصدر الوطني على عقود الاستثمار

بعد ان تأكدت الحاجة الملحة نحو خلق قواعد مادية تحكم العلاقات الدولية الخاصة، منها عقود الاستثمار المشوبة بعنصر اجنبي، للمسايرة مع الطبيعة الذاتية التي تتميز بها، حيث اشار الموضوع عن التنوع الذي تستقي منه هذه القواعد، فالقواعد المادية المباشرة هي مجموعة من القواعد الموضوعية المنبثقة من عدة مصادر، والتي تعطي حولا ثلاثم بعض العقود ذات الصلة الدولية ومنها عقود الاستثمار المشوبة بعنصر اجنبي، الامر الذي يجعل منها قانونا مستقلا عن القوانين التي تحكم العلاقات الداخلية.

كما قد يراد بالمصدر الذي استمدت منه هذه القواعد صياغة احكامها، واخيرا قد يراد به المصدر المادي او الحقيقي او الموضوعي، الذي هو عبارة عن الحادث الزمني او الظاهرة الاجتماعية او المناسبة الاقتصادية، التي وضعت هذه القواعد لتنظيمها، وهذا ما يهمننا في الموضوع وهو الجانب الذي نهتم في دراسة هذا المطلب

وعلى اثر ذلك انقسمت مصادر القواعد المادية الى مصادر وطنية و مصادر دولية تتخذ من الطابع التشريعي والطابع القضائي اساسا لها من خلال فرع اول. واخرى ذات مصدر دولي اتخذت من الاتفاقيات الدولية ومن العادات والاعراف الدولية كمصدر لها ثاني.

على النحو الاتي:

الفرع الاول - القواعد المادية ذات المصدر التشريعي.

الفرع الثاني - القواعد المادية ذات المصدر القضائي.

الفرع الاول

القواعد المادية ذات المصدر التشريعي

تصدت بعض التشريعات الوطنية لوضع قواعد مادية، استجابة لحاجات ومتطلبات العلاقات الخاصة الدولية، يكون ذلك في مجال العلاقات التجارية، فقد يرى البعض^(١٦) ان القواعد المادية في القانون الدولي الخاص بشأن تنظيم مركز الاجانب تقدم المثال الواضح لتلك القواعد، اما في المجالات التي تعمل فيها القواعد المادية التشريعية لمركز الاجنبي، نجد سعة اختلاف في تحديدها بين دولة واخرى، الا انه من الفقه من يشير الى بعضها ويقع معظمها في القواعد المتعلقة بالمركز القانوني للشخص الاجنبي^(١٧) كقواعد الاقامة وابلاغ وثائق الاجراءات التي تتم في الخارج وقواعد الاستيراد والتصدير والاحكام المتعلقة بالعلاقات النقدية مع شخص اجنبي طبيعي او معنوي وبالذات ما نراه في قوانين الاستثمار المتضمنة ابرام عقود مع شخص اجنبي^(١٨)، لكن احياناً تلجأ الدول الى ابرام المعاهدات الدولية، التي تشغل بتنظيم هذه العلاقات وفقاً لتوجيه الاطراف المتعاقدة والهدف الذي ترمي اليه، وهو على العكس من البعض الذي اهتم، لموضوع وضع تنظيم شامل للعلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي^(١٩)، حيث تصدى المشرع التشيكي لوضع قواعد مادية بما يخدم العلاقات التجارية الدولية ما كان له الا ان يُصدّر القانون في الرابع من كانون الثاني

١٩٦٣ والنافذ في ١/٤/١٩٦٤ والمسمى (بتقنين التجارة الدولية)، اذ وضع قواعد مادية تتولى تنظيم هذه الفئة من العقود، رغبة منه في سن قواعد تتلاءم مع الطبيعة الخاصة، التي تتميز بها هذه العقود^(٢٠)، وكذلك التقنين الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية الصادر عن المانيا الديمقراطية سابقاً- في ١٩٧٦/٢/٥، وايضاً الأعراف (usages) العامة للتجارة في يوغسلافيا لعام ١٩٥٤ التي حل محلها قانون الالتزامات لعام ١٩٧٨ وهناك فضلاً عما سبق مجموعة واسعة من القوانين التي تصدرها الدول بهدف تشجيع الاستثمار،^(٢١) الخاصة في ذلك الاستثمار الأجنبي وكذلك القوانين المنظمة للتحكيم الدولي اذ تتضمن هذه القوانين قواعد خاصة بالعلاقات والروابط القانونية الدولية تختلف عن مثيلاتها المعدة للعلاقات الداخلية، إذ اهتم المشرع المصري في قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، بوضع قواعد مادية تتعلق بميدان العقود التي تتعلق بالتجارة الدولية، ايضاً وضع قواعد مادية ذات تطبيق مباشر على بعض العقود منها ما جاء في قانون رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩، وبخصوص عقود نقل التكنولوجيا إذ نصت المادة (٧٢) على ((تسري احكام هذا الفصل على كل عقد لنقل تكنولوجيا لاستخدامها في جمهورية مصر العربية سواء أكان هذا النقل دولياً يقع عبر الحدود الإقليمية لمصر ام داخلياً. ولا عبرة في الحالتين لجنسية اطراف الاتفاق او لمحال اقامتهم))، ايضاً المادة (٢/٨٧) من نص القانون اعلاه^(٢٢) اذ جاء فيها ((وفي جميع الاحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب احكام القانون المصري وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطل)).

اما عن موقف المشرع العراقي فقد اتجه الامر في قانون الاستثمار المعدل رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ في المادة (١٠/أولاً) الى الحكم ذاته التي جاء فيها ((يتمتع المستثمر العراقي او الأجنبي بجميع المزايا والتسهيلات والضمانات ويخضع للالتزامات المنصوص عليها في هذا القانون))^(٢٣).

وهكذا القواعد المادية التشريعية كأسلوب قائم على الاستثمار والانفراد في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية، وان جانب من الفقه كان له رأي بأدخالها في منهج

آخر في القانون الدولي الخاص، وهو منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، ولم يتردد جانب آخر من الفقه للتصدي له، من أجل وضع حلول فاصلة بين المنهجين فالقواعد المادية والقواعد ذات التطبيق الضروري وإن اشتركا في المصدر إلا أنهما قد يختلفان فالقواعد المادية يتم الرجوع إليها في معالجة دولية مشوبة بعنصر أجنبي وهي من أهم مميزاتها أما القواعد ذات التطبيق الضروري فهي وإن كانت قواعد مباشرة لكن الهدف منها حماية النظام الاقتصادي والاجتماعي والسياسي على مستوى العلاقات الداخلية لتحقيق الغرض المنشود منها^(٢٤).

ومما تقدم يتبين ان كل قاعدة قانونية وطنية اعدت لكي تنظم علاقة دولية، تعد قاعدة مادية سواء تم تطبيقها بناء على ما تشير به قاعدة الاسناد وهو ما اخذ به بعض التشريعات الاوروبية^(٢٥) لتنظيم قوانين خاصة في العلاقات الدولية، وان هذا التطبيق تم مباشرة امام قضاء الدولة المشرعة لها وهو ما يحصل عادة في القوانين المنظمة للاستثمارات ذات العنصر الأجنبي والقواعد الخاصة بمركز الاجانب^(٢٦).

الفرع الثاني

القواعد المادية ذات المصدر القضائي

القواعد المادية ذات المصدر القضائي، تُعد وسيلة من الوسائل لتأمين ايجاد الحلول في بعض العلاقات القانونية ذات الطبيعة الدولية الخاصة^(٢٧)، فهي ينطبق عليها وصف المصدر او بعبارة اخرى انها مصدر قد يكون اللجوء اليه كوسيلة لتحديد القانون واجب التطبيق، من خلال تدخل القضاء عن طريق اصدار احكام تتلاءم مع طبيعة القواعد ذات الطبيعة الخاصة، على الرغم من وطنية ومصدر هذه الاحكام^(٢٨).

وبهذا نكون امام احكام تنطبق بصورة مباشرة على الروابط العقدية الدولية، ومن الجدير بالذكر ان القضاء الفرنسي ومنذ الثلث الاول من القرن الماضي، عمل جاهدًا على خلق قواعد مادية للقانون الدولي الخاص من خلال الاحكام القضائية، الهادفة الى تنظيم بعض المسائل المتعلقة بالعقود الدولية ذات الطبيعة الخاصة، مثال ذلك الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية، في ٢١/تموز/١٩٥٠، بانه يمكن

للافراد الاتفاق على شرط الذهب، حتى وان كانت القواعد الآمرة في القانون الداخلي والحاكمة للعقد تحظر هذا الشرط^(٢٩)، كذلك حكم محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٧/تموز/١٩٦٣، بشأن استقلال شرط التحكيم عن العقد الاصلي الذي ينظمه، فقد جاء في الحكم انه في مسائل التحكيم الدولي، فان شرط التحكيم وسواء ابرم منفصلا او كان يتضمنه العمل القانوني، فانه يتصف بنوع من الاستقلالية، وهو ما نجده ايضا في القضاء الامريكي، وذلك في الحكم الصادر في ١٢/تموز/١٩٦٧، في نزاع (شركة بريمو للطلاء).

وبخصوص الموضوع نجد ان القاعدة التي تؤكد على حق الدولة في الخضوع للتحكيم في الروابط العقدية الدولية، على الرغم من الحظر الوارد في القانون الداخلي، إذ قضت محكمة استئناف باريس في الحكم الصادر لها في ١٣/تموز/١٩٩٦، بشأن النزاع ما بين الشركة الايطالية والشركة الكويتية للتجارة والمعاملات الخارجية والاستثمار بذلك^(٣٠)، ((بأن الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم وياً كان السبب الذي الذي يستند اليه، يعمل به فقط في اطار العقود الوطنية ولا يعد هذا الحظر من قبيل العقود المتصلة بالنظام العام الدولي، والذي يحظر على العكس على الشخص العام المتعامل على مسرح التجارة الدولية من ان يتمسك بالنصوص المقيدة الواردة في القانون الوطني او في القانون الحاكم من اجل التوصل من انقاف التحكيم المتفق عليه مسبقاً)).

لذا تعتبر الشركة الكويتية قد ابرمت العقد مع الشركة الايطالية المذكورة بصفتها شخص من اشخاص القانون العام لغرض تحقيق المصلحة العامة والهدف منها انشاء مرفق عام يقوم على تشييد مبنى عام مخصص من اجل اشغال الدولة لهذا المبنى بصفتها كدولة، وهو مقر السفارة لدولة الكويت في الجزائر، وقد طالب الطرف الكويتي ببطلان شرط التحكيم الواردة في المنازعة على اعتبار ان الاطراف قد اتفقت صراحة على اخضاع العقود المبرمة بينهما فيما يخص بتنفيذ العقد، فإن قواعد النظام العام في القانون الجزائري وتلك الاخص فيما ورد في المادة (٤٤٢) من قانون

اصول المحاكمات المدنية الجزائري تحظر قبول شرط التحكيم في العقود التي تبرمها الاشخاص المعنوية العامة.

الا ان محكمة استئناف باريس رفضت هذا الحظر على اعتبار ان هذا الحظر يعمل به في اطار العقود التي تبرمها الدولة ضمن اطار العقود الداخلية دون الدولية، وهذا الأمر لا يتعلق بالنظام العام الدولي وبهذا قضت المحكمة استئناف باريس، وفي معرض تقديرها لصحة الحظر الوارد على الدولة ومؤسساتها العامة في مألة قبول شرط التحكيم، لم تقص بها من خلال منهج التنازع، وانما من خلال اعمال منهج الاسناد المباشر وكما تبين للمحكمة اذ ان الشرط وصحته في العقود التي تقوم الدولة بابرامها يخرج عن اطار منهج التنازع التقليدي وتحكمه بالتالي قاعدة موضوعية من قواعد القانون الدولي^(٣١).

ومن خلال ما تقدم نجد انه القواعد المادية التي انشأها القضاء عن طريق القضايا التي تم طرحها انفاً، لها دور واضح في تحديد القانون واجب التطبيق على العلاقات الدولية الخاصة ذات العنصر الاجنبي.

ايضاً قد جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر في ١٧ مايو ٢٠١٠ اعتبرت المحكمة ان العقد الإداري المبرم بين الطرفين لا يتعلق بالنظام العام، وقد ايدت محكمة الاستئناف عندما استندت هذه الأخيرة الى مبدأ صحة الشرط التحكيمي الدولي في العقود الإدارية، فان هذا لمنع ليس مرتبطاً بالنظام العام الدولي، بل ان منع لجوء الدولة الى التحكيم يقتصر على العقود الداخلية^(٣٢).

كما كان للقضاء اللبناني في مجال تطبيق القواعد الموضوعية قولاً في ذلك، إذ كرس هذه القواعد بقرارات مستمدة من ذلك امتداد الاتفاق التحكيمي الى غير الموقعين عليه^(٣٣).

وقد كان له قرار ايضاً بأهلية الدولة في اللجوء الى التحكيم في عقود العلاقات الدولية الخاصة^(٣٤)، وبالرغم من عدم وجود نص يجيز ذلك، قام القضاء اللبناني بتطبيق قاعدة مادية، من خلال قرار محكمة الاستئناف اللبنانية عام ٢٠٠١-

صدر هذا القرار رقم ٤٤٠ لعام ٢٠٠٢ والذي أجاز للدولة في عقودها الإدارية اللجوء الى التحكيم- وقد نص القرار^(٣٥) ان ((انتقال البضائع من بلد الى اخر ومن ثم انتقال ثمنها من البلد الثاني الى البلد الأول، يعتبر تحكيمياً دولياً))، مما يعني اعتماد المعيار الاقتصادي كمعيار قاطع ونهائي يجري تغليبه على المعيار القانوني. وحيث ان الموقف الذي يركز على قاعدة التعارض بين الدولة والتحكيم في المواد الإدارية، والتي استقر عليها اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي والبناني، قد تجاوزها القضاء الفرنسي عن طريق وضع قاعدة مادية تفرض نفسها بمعزل عن بحث القانون الواجب التطبيق، وهذه القاعدة تقضي بصحة البنود التحكيمية في عقود الدولة ذات الطابع الاقتصادي، وهذا ما قننه المشرع اللبناني بنص مباشر وواضح الا وهو الفقرة الثانية من المادة ٨٠٩ التي جاء فيها ((حق الدولة وسائر الأشخاص المعنويين العاملين للجوء الى التحكيم الدولي....))^(٣٦).

المبحث الثاني

اثر القواعد المادية ذات المصدر الدولي وتطبيقاتها على عقود الاستثمار

بعدما بينا دور التشريع والقضاء مصدراً للقواعد المادية ودورها في تحديد القانون واجب التطبيق، في حال غياب الاختيار من قبل الاطراف، لكن هذا المصدر قد يؤخذ عليه انه سيكون متأثراً الى حد بعيد، بالمصالح الوطنية، على اعتبار ان كل قاعدة ذات اصل داخلي قد تبدو عاجزة عن احداث قانون دولي مادي، ومعه تولدت الحاجة لوجود قواعد مادية ذات مصدر دولي تعالج في مضمونها النقص اذ ما وجد حل عن طريق التشريع او القضاء الوطني وهي تكون اقرب لتحقيق الاهداف التي تسعى الى ادراكها، ولعل من اهم القواعد المادية التي تشكلها خارج الاطار الوطني لمواجهة المشكلات الخاصة بالعقود بصفة عامة، وعقود الاستثمار ذات الطبيعة الخاصة منها، هي التي تكون مستمدة من المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تعد جوهر القواعد المادية على المستوى الدولي، كما افرزت ايضا العادات والاعراف التي استقر عليها التعامل في الوسط التجاري والاقتصادي الدولي والتي غالباً ما تتضمنها

المطلب الأول

بعد ان بينا في المبحث السابق تعريف وخصائص القواعد المادية المباشرة كان من الاجدر بحث اثر المصادر على عقود الاستثمار من الناحية الوطنية ومن الناحية الدولية وهي على النحو الآتي:

الفرع الأول

ان تبني المعيار القائم على طبيعة العلاقة، كشرط لأكتساب قواعد الاتفاقيات الموحدة صفة القواعد المادية يضيف الى دخول مجموعة كبيرة من الاتفاقيات الدولية في نطاق البحث، مادام الهدف منها اعداد حلول موضوعية مباشرة للعلاقات الدولية دون العلاقات الداخلية المحضة^(٣٧).

كما وتعد المعاهدات والاتفاقيات الدولية من أهم المصادر المتعلقة بالقواعد المادية في إطار القانون الدولي الخاص، التي يلجأ إليها مباشرة لانطباقها على العلاقات الخاصة الدولية، دون العلاقات الداخلية، التي تظل محكومة بالقوانين الداخلية للدولة المتعاهدة^(٣٨)، كما أن تبني المعيار القائم على طبيعة العلاقة، كشرط لأكتساب قواعد الاتفاقيات الموحدة صفة القواعد المادية يقضي الى دخول مجموعة كبيرة من الاتفاقيات في نطاق البحث، ما دام الهدف منها اعداد حلول موضوعية مباشرة للعلاقات الدولية دون الداخلية المحضة^(٣٩)، من هذه الاتفاقيات ما كان منها منظم لعقود البيع الدولي، وما يتصل بها من عقود مهمة أخرى كقوانين النقل بأنواعه

المختلفة، أيضاً قواعد تسوية ما ينشأ عن هذه العقود من منازعات بالتحكيم كانت هي الأخرى محلاً لتنظيم الاتفاقيات الدولية بقواعد مادية موحدة، كما توجد قواعد مادية وضعت أيضاً بموجب الاتفاقيات الدولية لتنظيم الاستثمار الأجنبي المباشر، وبما أن اللجوء إلى الاتفاقيات الدولية لوضع القواعد المادية لا يقتصر على مجال العقود الدولية فقط^(٤٠)، فقد تقوم هذه الاتفاقيات بتوحيد القوانين الداخلية للدول المنظمة إليها، وقد وضعت هذه القواعد فضلاً عن وجوب انطباقها على الروابط الدولية، فقد تجد طريقها للتطبيق على الروابط الداخلية وبرز مثال على ذلك اتفاقية جنيف بشأن القانون الموحد المتعلق بالشيكات والسندات الإذنية^(٤١) عام ١٩٣١، ومن الاتفاقيات الدولية التي تعد أيضاً مصدر للقواعد المادية في القانون الدولي الخاص، لغرض تطبيقها على العلاقات الدولية الخاصة، تلك التي أبرمت في إطار مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص عام ١٩٦٤ والتي تضمنت قانون موحداً للبيع الدولي للمنفولات المادية، واتفاقية فينا^(٤٢) الخاصة بالبيع الدولي للبضائع عام ١٩٨٠، التي تتضمن قواعد مادية موحدة وضعت خصيصاً لتنظيم هذا النوع من البيوع، إذ يستطيع قضاء الدول المتعاهدة تطبيقها تطبيقاً مباشراً دون حاجة لإعمال منهج التنازع^(٤٣). فضلاً عن اتفاقيات النقل الدولي، وهي توزع تبعاً لأنواع النقل إلى ثلاثة أنواع، النقل الجوي من أبرزها اتفاقية وارشو الموحدة لبعض القواعد الخاصة بالنقل الجوي الموقعة في ١٢/١٠/١٩٢٩ والمعدلة ببرتوكول لاهاي ١٩٥٥ والمكملة بالاتفاقية جواوا لآخارا لعام ١٩٦١ وتعديلاتها، أما اتفاقية بروكسل التي أبرمت في تاريخ ٢٩/٤/١٩٦١ بهدف توحيد بعض القواعد المتعلقة بنقل الركاب بطريق البحر أو تلك المعنية بنقل البضائع بحراً (اتفاقية الأمم المتحدة بشأن النقل البحري للبضائع هامبورغ في ٣١/٣/١٩٧٨، أما عن موضوعها التي تعالجها المعاهدة الأخير، هي التركيز على مسؤولية الناقل في التسليم وفي جانب آخر ركزت على مسؤولية الشاحن عند تلف أو تضرر^(٤٤) السفينة كما هو الحال مثلاً عند نقل أشياء أو بضائع خطرة وقد دخلت اتفاقية هامبورغ حيز النفاذ في ١/١١/١٩٩٢، وهي انجاز وتتويجاً للجهود الهادفة إلى

وضع نظام قانوني دولي حديث موحد بحكم نقل البضائع بحراً بعد تأكد عدم ملائمة الاتفاقية المتعلقة بتوحيد بعض القواعد ذات الصلة بسندات الشحن والتي تم إقرارها في ١٩٢٤/٨/٢٥، أما عن الاتفاقيات الخاصة بالنقل البري، مثلاً، اتفاقية جنيف المبرمة بتاريخ ١٩٥٦/٥/١٩ الموحدة لبعض القواعد ذات الشأن بالنقل البري الدولي للبضائع، واتفاقية النقل بالسكك الحديدية، أبرمت اتفاقيات عدة منها ١٨٩٠ في بيرن وعدلت بموجب اتفاقية باريس ١٨٩٦ ثم في بيرن ١٩٠٥ والنص النافذ حالياً هو الموقع عليه من روما بتاريخ ١٩٣٣/١١/٢٣، أما نقل المسافرين والامتعة فهناك اتفاقية بيرن لسنة ١٩٢٤ وكذلك اتفاقية روما انفة الذكر لسنة ١٩٣٣ والمعدلة في ١٩٥٢/١٠/٢٥ والمعدلة^(٤٥) أيضاً في بيرن في ١٩٦١/٢/٢٥ اذ نصت المادة الأولى من هذه الاتفاقية الأخيرة الفقرة الأولى منها بأن تكون القواعد المادية المقررة واجبة التطبيق على عمليات النقل الدولي المحددة بمراعاة (الاستثناءات المنصوص عليها في الفقرات التي عدتها تلك المادة) وقد تفرض الاستثناءات التي تشير إليها الفقرة قواعد التنازع بدلاً من القواعد المادية وعلى ذلك فإن القواعد المادية تكون واجبة التطبيق مباشرة دون ان يتم الاسناد إليها بواسطة قواعد التنازع ولهذا فهي تتخذ طابع القانون الدولي الخاص المادي، وكل ما تقدمنا به من اتفاقيات انها تتضمن، قواعد موضوعية تنطبق مباشرة على الموضوع في حال توفرت شروط انطباقها الا ان ما يختص بموضوعنا الحاضر، وهو الاتفاقيات التي نتناول في قواعدها عقود الاستثمار، ومن اهمها اتفاقية واشنطن^(٤٦) الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية لعام ١٩٦٥، وقد انظم العراق الى هذه الاتفاقية في سنة ٢٠١٢، ويمكن القول ان هذه الاتفاقية قد وضعت قواعد خاصة بالقانون الواجب التطبيق، وذلك في المادة (٤٢) اذ انها تبنت مبدأ حرية الإرادة في اختيار القانون الذي يتوجب اعماله على العقد الاستثماري المبرم بين اطرافه، وذلك في الجملة الأولى من الفقرة الأولى من المادة المذكورة، الا انه اثار الجدل عند اعداد مشروع الاتفاقية حول تحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب اتفاق اطراف العلاقة العقدية، وانتهت الاتفاقية الى

نص الجملة الثانية وهي تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار، وكما قامت هذه الاتفاقية بنقل مسألة هامة كنا قد تطرقنا اليها سابقاً، وهي مسألة أهلية الدولة اللجوء الى التحكيم، مما يعني ان الدولة قد أصبحت بموجبها قادرة على حل نزاعاتها عن طريق التحكيم في المسائل المتعلقة بالاستثمار الأجنبي الخاص.

الفرع الثاني

الأعراف والعادات الدولية كمصدر للقواعد المادية

تُعد الاعراف والعادات التجارية^(٤٧) مصدراً هاماً من مصادر القواعد المادية التي تحكم العلاقات الدولية الخاصة بشكل عام، ومنها عقود الاستثمار بشكل خاص^(٤٨)، حيث يقصد بها معنى واسع يشمل الممارسات المعتادة بين اطراف المعاملات الدولية سواء أكانت قد وصلت الى مرحلة العرف الملزم، لهذه الاطراف او لم تكن قد وصلت إليه، ولكن يرى البعض ان الاعراف التجارية السائدة في الاسواق الدولية تُعد من القواعد المادية^(٤٩).

اذ يُعد قضاء التحكيم في التجارة الدولية باعتباره القضاء العام الذي تشكلت في اطاره العادات والاعراف حيث عمدت على تطبيقها تطبيقاً مباشراً دون حاجة لإعمال منهج قاعدة التنازع^(٥٠)، ورغم ان العادة والعرف ليسا على درجة واحدة من الأهمية او القيمة القانونية بالنسبة للمحكم^(٥١)، في هذا الاطار يمكننا القول بان هذه الاعراف والعادات تكفل للعلاقة التعاقدية وحدة القانون الواجب التطبيق على جميع العقود المماثلة، ومن هذا القبيل القواعد المادية الموحدة بشأن الاعتماد المستندي، التي تبنتها غرفة التجارة الدولية في هذا المجال لعام ١٩٨٣، من اهم الأمثلة على التطبيق المباشر لقواعد مادية مصدرها العرف والعادات امام القضاء الوطني، ففي الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس في (١٩٨٩/٩/٢١) ايدت فيه محكمة تجارة باريس التي طبقت العادات الموحدة في مجال الاعتماد المستندي دون ان تكون هناك إحالة اليها في القانون الواجب التطبيق او من قبل الاطراف^(٥٢)، ويبدو ان المحكمة لم تجد من المناسب تحديد القانون الواجب التطبيق تبعاً لقاعدة الاسناد الفرنسية المقرر

تطبيقها في نزاع من هذا النوع الذي تحكمه العادات السائدة في التجارة الدولية والتي اكتسبت قوة في الممارسة توازي ان لم تفوق اية قواعد وطنية^(٥٣) وفي حكم مماثل لنفس الواقع كان لمحكمة التمييز اللبنانية في قرارها الصادر عام ١٩٦٨، إذ ذهبت في قرارها ان ((العقد الناشئ عن فتح اعتماد مصرفي هو عقد مبني على الأعراف التجارية الدولية التي تراعي كيفية انشائه واثاره، وهذه الأعراف تقرها جميع المحاكم عبر العالم دون الحاجة بأن تردّها في تشريعاتها الداخلية او تستنبط من هذه التشريعات ما يبررها)).

وبالنظر الى ما تتمتع به هذه القواعد من طابع قانوني، فإنها تطبق بصرف النظر عن قواعد الاسناد، باعتبار انها قواعد مادية مباشرة تشكل قانوناً خاصاً بالعلاقات الخاصة بالتجارة الدولية مستقلاً عن قواعد التنازع ولا ينقص من امر هذه القواعد كونها قواعد مكملة، حيث ان القواعد المكملّة أم الامرّة تعتبر سواءً لدى قضاء التحكيم من حيث التزامه بتطبيقها.

ولا يمكن انكار دورها في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية للعديد من المشكلات التي تنجم عن التفاوت الحاصل بين النظم القانونية الوطنية وما يعترئها من قصور في مواكبة تطور العلاقات الخاصة الدولية، مثال عقود نقل التكنولوجيا والمساعدة الفنية، وعقود تسليم المفتاح باليد والتي تتدرج في اطار العقود المركبة والتي يصعب تصنيفها ضمن العقود التقليدية، فالقواعد العرفية أصبحت تتزاحم على شكل قواعد موضوعية موحدة في العلاقات الخاصة الدولية، سواء كانت ناتجة عن الاتفاقيات الثنائية، او في صورة قواعد نموذجية يتم تبنيها من قبل شريحة من المعنيين كالتجار، وقد اطلق البعض عليها اسم القواعد العالمية التطبيق، كقواعد مباشرة في الأسلوب الموضوعي المباشر لمحل مشكلة القانون الواجب التطبيق^(٥٤).

وهو ما نجده ونعتبره كسند للكلام المادة (٣٩/ف٢)، من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، الذي جاء فيها ((وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجب التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية

في القانون الذي تراه انه الأكثر اتصالاً بالنزاع)). وايضا نص المادة (١٤٦٩) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي، مع العرض انه لم يقابلها نص في القانون العراقي لعدم وجود قانون تحكيم تجاري، ومن الاحكام القضائية بهذا الشأن، قرار هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في باريس^(٥٥)، بشأن موضوع النزاع بين بائع من مدينة تكساس واحدى الوزارات السورية حيث لم ينص الاطراف بشأنه على القانون واجب التطبيق، فرأت الهيئة بان الموضوع يتصف بالطابع التجاري، ويجوز حسمها في ضوء احكام الاعراف الدولية، دون الحاجة الى الاسناد لقانون معين، خلاصة الموضوع نجد ان دور القواعد المادية العرفية في تحديد القانون واجب التطبيق في نطاق التحكيم يعتبر مصدرا مكملًا وذلك لوجود النصوص القانونية الواجبة التطبيق، ومن ثم دور قانون الارادة.

المطلب الثاني

الاية تطبيقات القواعد المادية المباشرة على عقود الاستثمار

بعد ان بينا في المطلب السابق مصادر القواعد المادية الوطنية والدولية سوف نبحت هذا المطلب من خلال بيان الية تطبيق القواعد المباشرة على عقود الاستثمار من خلال فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: الية اعمال العقود النموذجية كتطبيق للقواعد المادية على عقود الاستثمار
الفرع الثاني: الية اعمال القواعد المادية الوطنية على عقود الاستثمار

الفرع الأول

الاية اعمال العقود النموذجية كتطبيق للقواعد المادية على عقود الاستثمار

ان العقود النموذجية هي عبارة عن وثيقة تم اعدادها مسبقاً ويجوز اعتبارها بمثابة العقد نفسه، اذ انها تحتوي على معظم القواعد التي تحكم العقد من التزامات الأطراف، التنفيذ ومكانه، وميعاد التسليم، وانتقال الملكية، وغيرها من الشروط التي يمكن ان ترد في العقد، يتم تحديدها بشكل مسبق ولا يكون على المتعاقد الا توقيعه

وملء بياناتها الإضافية، التي تترك له تحديد الثمن وتاريخ التنفيذ والكمية والوزن، كما بإمكان الأطراف المتعاقدة ادخال بعض التعديلات عليها بحيث تلائم العقد الذي يكون الأطراف بصدد ابرامه، فالعقد النموذجي^(٥٦)، لا يمكن اعتباره اتفاقاً من قبل ارادتين، بل هو مجرد صيغة بسيطة وضعت ليتم استخدامها كنموذج للعقود المماثلة التي سوف يتم ابرامها لاحقاً الأصل انه في احكام العقود النموذجية لا تسري الا باتفاق الطرفين ووفق ارادتهما، حيث يحق للأطراف تعديل بعض احكامها واستبدالها باخرى، باعتبار ان واضعي هذه العقود النموذجية لا يملكون الصفة التشريعية التي تخولهم وضع نصوص قانونية تعتبر ملزمة للآخرين، بل تعد احكام هذه العقود بأنها مجرد نصوص يتم الاسترشاد بها من قبل المتعاقدين وذلك لتحديد حقوق والتزامات كل منهما ويمكن تعريفها بأنها عبارة عن مجموعة من الشروط العامة التي استقرت عادات وواقع التجارة الدولية، والمكتوبة في صيغ معدة سلفاً والمطبوعة بأعداد ضخمة تستعمل كنموذج لعقود يتم ابرامها في المستقبل^(٥٧)، وبالنظر الى أهمية هذه العقود في ميدان التجارة الدولية وتكرار التعامل بها أدى الى اكتسابها صفة الأعراف الدولية والاستقرار عليها جعل منها تتمتع بالقوة الإلزامية لما تحتويه من جزاء على مخالفتها^(٥٨)، كما جعل منها عادات مقننة في الشروط العامة للعقود النموذجية فقد أدى هذا التكرار الى جعلها اعراف ملزمة، والواقع ان العقود النموذجية الدولية^(٥٩)، وإن كانت تتحرر من فكرة اسنادها الى نظام قانوني معين، الا انه يمكن اسنادها الى نظام قانوني غير تابع لدولة معينة وهو القواعد الموضوعية للتجارة الدولية^(٦٠).

ومن القوانين التي نجد فيها القواعد المادية التي يستند اليها لاعتمادها في مجال التعاقد^(٦١) الدولي الهدف منها ايجاد توافق في القانون المطبق في بعض العمليات او الاوضاع ذات الصلة بالعقود الدولية من خلال وضع نموذج يستند اليه، وحسب عدة نماذج لهذه القوانين:

- ١- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (١٩٨٥).
- ٢- القانون النموذجي للتحويلات الدائنة الدولية (١٩٩٢).
- ٣- القانون النموذجي لشراء (Procurement) السلع والخدمات (١٩٩٤).
- ٤- القانون النموذجي للتجارة الالكترونية (١٩٦٦).
- ٥- القانون النموذجي للاعسار (insolvency) عبر الحدود (١٩٩٧).
- ٦- القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي (٢٠٠٣).

الفرع الثاني

الاية اعمال القواعد المادية الوطنية على عقود الاستثمار

بعد ان بينا فيما تقدم في موضوع مصادر القواعد المادية من مصادر وطنية ودولية متضمنة تشريع داخلي وقضائي، ايضا اتفاقيات دولية وعادات واعراف سوف نسعى الى بيان الية عمل القواعد المادية الوطنية في اطار عقود الاستثمار كالآتي:

أولاً: آلية اعمال القواعد المادية الوطنية

مما لا شك فيه ان اعمال القواعد المادية على العقود الدولية بشكل عام، وعقود الاستثمار بشكل خاص، ليس سوى تعبير عن الحاجات المشروعة للروابط التعاقدية المتصلة، كما تطبق القواعد الموضوعية اما مباشرة امام القضاء الوطني ويكون ذلك في الحالة التي تكون هذه القاعدة المادية ذات مصدر داخلي او مكرسة في معاهدة دولية تكون الدولة التي ينتمي اليها القاضي طرفاً فيها^(٦٢)، ودون الحاجة في الرجوع الى قاعدة التنازع، التي يتم عبرها اعمال القاعدة المادية في قانون اجنبي واذ ما كانت ذات صلة بالعلاقة العقدية المطروحة امام القاضي الوطني، والذي، لا يعتمد على العرف التجاري الدولي الا بصورة احتياطية، وفي حالة وجود نقص في بعض النصوص التشريعية الوطنية، انه يكون بالإمكان تطبيق القواعد المادية والتي شرعت اساساً لتنظيم عقود القانون الداخلي الا ان صفتها الامرة جعلتها واجبة التطبيق حتى على الروابط ذات العلاقات الدولية^(٦٣).

لكن القضاء الفرنسي فقد طبق الأعراف والعادات كمصدر للقواعد المادية الدولية، وعمد الى اعمالها بشكل مباشر، إذ نشير الى الحكم الصادر عن محكمة التمييز الفرنسي^(٦٤) في ٦ تموز عام ٢٠٠٥ والتي قضت بان الطرف الذي تقدم بطلب التحكيم امام محكمة التحكيم المشكلة من اجل حل النزاعات الناشئة بين دولتين، والذي شارك دون ادنى تحفظ في إجراءات التحكيم لمدة تزيد عن تسعة سنوات، لا يقبل منه، وفقاً لقاعدة الأغلاق^(٦٥) ان يتمسك بوسيلة مخالفة لما صدر منه سابقاً، بان محكمة التحكيم قد فصلت في النزاع دون وجود اتفاق تحكيم يفيد ذلك او بمقتضى اتفاق تحكيمي باطلاً، او بالاستناد الى اتفاق تحكيمي، ينطبق عليه وعليه فان الاعتراف المباشر بالقواعد المادية التي قد يكون مصدرها العادات والأعراف الدولية او قد يكون مصدرها قاعدة مادية وجدت اصلاً لتحكيم العلاقات الدولية الخاصة سواء داخلية، بناءً على انطباقها، او قد تكون عن طريق معاهدة، فهذه القواعد يتم اعمالها بصورة مباشرة على العقود الدولية دون الحاجة في المرور بقاعدة الاسناد والتي تقضي بوجوب اخضاع العقد لقانون الإدارة. وبالتالي فان اعمال هذه القواعد المادية لا يحتاج في تطبيقها الى اختيار من قبل المتعاقدين اذ انها تسري بقوتها الذاتية وتكون واجبة الاعمال بمجرد تعلق الموضوع بعقد ذات طبيعة دولية، واستعمال هذه القواعد غير متوقف على اية قاعدة اسناد^(٦٦).

ثانيا: آلية تطبيق الاحكام القضائية المادية في عقود الاستثمار

المتعارف عليه ان دور القضاء الوطني في شأن العقود الدولية ينحصر بتطبيق القانون الذي تشير اليه قاعدة الاسناد الوطنية في قانون القاضي، اذ ان وظيفة القاضي الاساسية لتطبيق ما يوجد من قواعد قانونية دون ان يتجاوز هذه الوظيفة الى خلق قواعد قانونية جديدة، لكن السؤال الذي يرد ما الحل لو جوبه القاضي خلاف بشأن عقد يتضمن عنصر اجنبي لا يوجد مخرجا في نص التشريع القائم؟ او قد يكون الحل لكن يتعارض مع النظام العام في قانونه الوطني.

مما لا شك ان الحل هو لجوء القاضي لسد الثغرات ليس في النصوص القانونية فقط بل في كل مصادر القانون الوضعي بما في ذلك القضاء المستقر ذاته^(٦٧)، اذ نجد من التشريعات من يمنح القاضي سلطة وضع القانون عند الضرورة كما لو انه قد باشر بتشريعه، من ذلك تنص المادة (٤) من القانون المدني السوري الصادر عام ١٩٠٧ على الآتي: ((في حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه فإن القاضي يحكم بمقتضى القانون العرفي فإن لم يوجد عرف، فبحسب القواعد التي كان سيضعها هو لو انه باشر عمل المشرع)) وفي الاتجاه ذاته، نجد القانون المدني الفرنسي جاء بحكم مماثل لذا نصت المادة (٤) منه ((ان القاضي الذي يرفض الحكم تحت ادعاء سكوت او غموض او نقص التشريع يمكن ان يوجه اليه اتهام بارتكاب جريمة انكار العدالة))^(٦٨)، وبالرجوع الى القوانين العربية نجد المشرع المصري في القانون المدني اورد نصا مماثل ذلك الموجود في القانون المدني العراقي في المادة الأولى منه يأمر فيه القاضي بالرجوع عند نقص التشريع، الى العرف لتكملة هذا النقص^(٦٩).

فإن لم يجد الرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية، ويقرر المشرع المصري عند عدم وجود حل للنزاع في التشريع او العرف او الشريعة الاسلامية يلزم الرجوع الى القانون الطبيعي وقواعد العدالة، في حين يقرر التشريع العراقي عند عدم كفاية المصادر السابقة الرجوع الى قواعد العدالة^(٧٠)، وهذه النصوص وغيرها ما هي الا اسناد لموقف القضاء المتمثل بالقاضي وكسند له في الاجتهاد للوصول الى حل عادل يكون فيه القضاء مصدرا اليه لحل التنازع عن طريق غلق قواعد مادية مباشرة لها قوة القاعدة القانونية وملزمة، ومن المعلوم نجد ان القضاء الفرنسي كان له دور واضح من اقرار بعض القواعد المادية في القانون الدولي الخاص نتيجة تطور استخدم فيه القضاء وسائل متعددة وصولا الى تطبيقها بشكل مباشر استقلالا عن اية قاعدة من قواعد تنازع القوانين^(٧١).

اذ ان الوسائل التي يتبعها القضاء في هذا الشأن هي اما لجؤوه الى تفسير النص القانوني للحد الذي يعدل فيه بعض الاثار، وهو الاسلوب الذي اتبعته محكمة النقض الفرنسية عندما أيدت قضاة الموضوع في تفسير نص المادتين ٨٣، ١٠٠٤ من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي في قرارها الصادر في نزاع (Galakis) بتاريخ ١٩٧٠/٥/٢ اذ قيدت من نطاق سريان المادتين انفا مؤكدة حق الدولة الفرنسية وهيئاتها العامة من الخضوع للتحكيم الدولي ومقررة بذلك لقاعدة مادية في القانون الدولي الخاص^(٧٢) تكون بذلك خرجت عن النص التشريعي تحت ستار التفسير.

وقد تجد المحكمة ان القانون الاجنبي واجب التطبيق يتفق مع القاعدة المادية التي قررتها فتلجأ عندئذ الى منهج تنازع القوانين، وبهذا اخذت المحكمة في قرار صادر لها بشأن نزاع (SanCarlo) في ١٤/٤/١٩٧٥ حينما عدت أن الاتفاق المبرم في اطار القانون الخاص يخضع للقانون الاجنبي الذي يقر صحة شرط التحكيم، متى اكسبه العقد طبيعة العقد الاولى، وهذا الحل وان كان قد انشأ قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص مقتضاه اهلية الدولة ومؤسساتها العامة الخضوع للتحكيم في العقود الدولية ذات الطبيعة الخاصة^(٧٣)، فقد نجد من الوسائل ايضا قد تلجأ اليها المحاكم في سبيل اقرار القواعد المادية فهي اللجوء الى مفهوم النظام العام الدولي، اذ قد تجد المحكمة ان القانون واجب التطبيق الاجنبي قد لا يتفق مع القاعدة المادية المقررة، فالنظام العام يعد وسيلة وسيطة للوصول الى تلك النتائج، وقد ساعد القضاء في اقرار صحة شرط الذهاب الوارد في العقود الدولية ومقتضى هذه القاعدة تقييده اذا لم يكن استبعاد الضرر الناشيء من انخفاض القوة الشرائية للعملة المتفق عليها في العقد الدولي، فقد استبعدت المحكمة -القانون الكندي واجب التطبيق على النزاع المعروف بنزاع شركة البريد البحرية الفرنسية استنادا الى النظام العام في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٧٠/٦/٢١ فقررت انه يمكن للأفراد الاتفاق على شرط الايفاء بالذهب حتى وان كان هذا الدفع مخالفا للأحكام الآمرة في القانون الاجنبي الذي هو القانون الكندي ذلك

لأن المحكمة وجدت ان القانون الفرنسي الصادر بتاريخ ١٩٢٨/٦/٢٥ يقر صحة هذا الشرط المتفق مع المفهوم الفرنسي للنظام العام الدولي^(٧٤).

وهكذا يبدو ان القضاء الفرنسي قد استخدم وسائل متعددة تحرر بها من القواعد المعدة للعلاقات الداخلية، فسواء لجأ الى قاعدة اسناد ليتخلص من قيود القانون الوطني (م ١٠٠٤، ٨٣) او تفسير هذه النصوص بشكل عدل فيه من نطاق تطبيق المادتين، او لجوئه الى استحداث نظام عام دولي ذا اثر يخالف الاثار المعتادة للنظام العام في القانون الدولي الخاص فإنه قد اوجد قواعد مادية تتلائم مع العقود الدولية، رغم ان هذا المفهوم وجده جانب من الفقه اتجاها منتقدا لأنه يجعل من النظام العام ظرفا للاسناد وليس عقبة امام القانون المختص بمقتضى قاعدة الاسناد، لكن كان البعض من المدافعين عن هذه القواعد منهم^(٧٥) سيمون ديبايتير اذ رد على هذه الانتقادات قوله ان النظام القانوني تكون فيه قواعد الاسناد ايضا من وضع القضاء، كما هو الحال في القضاء الفرنسي، ومن الجدير بالذكر ان القضاء المصري قد اصدر بعض القرارات التي انشأت قواعد موضوعية، فقد قضت محكمة النقض المصرية بشأن تطبيق المعاهدات الدولية بأنه من المقرر ان قواعد القانون الدولي، ومصر عضو في المجتمع الدولي تعترف بقيامه - تعد مندمجة في القانون الداخلي دون حاجة الى اجراء تشريعي فيلزم القاضي المصري باعمالها فيما يعرض عليه من مسائل تتناولها تلك القواعد ولم يتعرض لها القانون الداخلي طالما انه لا يترتب على هذا التطبيق اخلال بنصوصه^(٧٦).

ومن خلال ما تقدم نجد ان لا يوجد ما يمنع في نصوص القوانين او لم يرد في اتفاقية تقييد لسلطة القضاء من خلق قواعد مادية مباشرة تجد لها تطبيق على العقود الدولية الخاصة منها عقود الاستثمار اذ لم يتم التوصل لإيجاد القانون الاقرب صلة بالموضوع.

ثالثاً: اعمال القواعد المادية المباشرة من خلال المحكم على عقود الاستثمار

قد يختلف تطبيق القواعد المادية المباشرة أمام المحكم الدولي عنه أمام القاضي الوطني، فالمحكم يعتبر متحرراً من الخضوع الى قاعدة الاسناد في دولة ما، حيث يقوم المحكم باعمال القواعد المادية الواجبة التطبيق على النزاع وبطريقة مباشرة على اعتبار انها قواعد تعطي الحلول مباشرة على المسألة المعروضة وتعد اكثر ملاءمة من سواها، فالمحكم هنا ليس له قانون اختصاص تابع له فهو وفي العقود المتصلة بالعلاقات الدولية الخاصة، يتحتم عليه ان يبذل جهداً من اجل تيسير ايجاد حل للموضوع المعروض امامه او امام الهيئة التحكيمية وان اعمال القواعد المادية بالشكل المباشرة، قد لا يحتاج الى إرادة المتعاقدين، فإنه يكون بإمكان المحكم اعمالها حتى في الحالة التي يسكت فيها الأطراف عن الاختيار، وذلك بمجرد تعلق موضوع النزاع بعقد من العقود الدولية، لان التنظيم الموضوعي والمباشر لهذه القواعد يجعل منها منهج مستقل عن منهج قواعد التنازع، فالمحكم ليس له نظام قانوني بالمعنى المتعارف عليه في اطار القانون الدولي الخاص، اذ ان النظام الذي ينتمي اليه يتكون من مجموعة من العادات والأعراف الدولية، ولمبادئ العامة للقانون، لذا فهو يلتزم بتطبيقها بصورة مباشرة على النزاع المطروح امامه للفصل فيه^(٧٧).

ايضاً من ناحية أخرى تكون جميع الأنظمة والتشريعات الوطنية بمثابة قانون اجنبي بالنسبة اليه، وبالتالي يحق له ان يستبعد اياً من هذه القوانين والتي تتعارض مع المبادئ الأساسية للقانون الذي ينتمي اليه، الا وهو قانون التجارة الدولية فضلاً عن ان معظم الاتفاقيات الخاصة بالتحكيم والقوانين التي تحاكي التحكيم، تنص على وجوب مراعاة المحكم لأحكام العقود والعادات واعراف التجارة الدولية بغض النظر عن وجود اختيار من قبل الأطراف من عدمه.

وكان القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية في قضية Valanciana Primary coalincusa/ company^(٧٨) في باريس عام ١٩٨٨ يتلخص مضمونها عندما طبقت هيئة التحكيم عادات وإعراف التجارة الدولية بطريقة

مباشرة على المنازعة، إذ تحتوي هذه الأعراف والعادات على خصائص تجعلها دولية، وهذا الحل هو الوحيد الذي يمكن تطبيقه في حالة غياب إرادة الأطراف عن تحديد هذا القانون، وإن هذه العادات والأعراف يمكن استخلاصها شيئاً فشيئاً من التعامل وتحديداً القرارات التحكيمية التي تحظى بالاعتراف لدى المحاكم الوطنية^(٧٩).

رابعاً: التطبيق المباشر للقواعد المادية الوطنية في عقود الاستثمار

يستند التطبيق المباشر للقواعد المادية الوطنية، شأنها في ذلك شأن قواعد البوليس والأمن، إلى إرادتها في الانطباق والتي تكشف عنها الصلة العقلانية القائمة بين مضمون القاعدة وأهدافها ونطاق تطبيقها^(٨٠). وكما سبق القول، فإن قواعد البوليس إذا كانت ذات تطبيق مباشر فلا يعني ذلك أن كل قواعد التطبيق المباشر هي قواعد البوليس، و يفضل البعض بتسميتها بقواعد التطبيق الفردي لكي تعبر عن قواعد البوليس دون غيرها من قواعد التطبيق المباشر^(٨١). ومما لا شك فيه أن من أهم قواعد التطبيق المباشر الأخرى هي قواعد القانون الدولي الخاص المادي التي تنطبق مباشرة على منازعات العلاقات الدولية الخاصة بمجرد دخول العلاقة في نطاق تطبيق تلك القواعد سواء كان الأمر معروضاً على قاضيه أو على قاضي اجنبي.

ويتوصل الأستاذ (Vitta) إلى النتيجة ذاتها، من خلال ما سماها بـ(قواعد التطبيق) المنصوص عليها مباشرة من قبل المشرعين الوطنيين لغرض تحديد نطاق تطبيق القواعد المادية أو الداخلية والمعدة للتطبيق على المنازعات ذات الصلة الدولية، فقواعد التطبيق الوطنية تماثل تلك القواعد المنصوص عليها في الاتفاقيات المنشئة للقواعد المادية بعد أن يتم استقبالها في النظم الداخلية للدول المتعاهدة^(٨٢).

وعلى النحو السابق، أن تحديد نطاق البحث في القواعد المادية المتعلقة بالعقود الدولية يوجب التركيز على قوانين الاستثمار الدولية والتي تصدرها الدول الأخرى بأشكال مختلفة بهدف جذب رؤوس الأموال الأجنبية في مجالات استثمارية محددة وتتخذ القواعد المادية أيضاً صيغة ضمانات وحوافز تضعها الدول في تقنيات خاصة بالاستثمارات ويكون ذلك في مجالات محددة ويشير الفقه الفرنسي في هذا

الصدد الى قانون الاستثمار الفرنسي الصادر في ٢٨/١٢/١٩٦٦ الذي اقر نظاماً قانونياً للاستثمارات الاجنبية في فرنسا^(٨٣). كما نجد ان قوانين الاستثمار حينما تحدد نطاق ما تتضمنه من قواعد مادية تتجه الى تحديد صيغة العلاقات المحكومة بها، وشروط تطبيق ما تتضمنه من ضمانات وحوافز، وقد تعتمد ايضاً الى تحديد المجالات التي يجوز الاستثمار فيها ومنها قد يكون شيئاً للسياسة الاقتصادية المعتمدة في البلد المعني.

وبناء على ما جاء في قانون الاستثمار المصري السابق رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٤) في المادة (٦) منه تقول: ((يتمتع المال المستثمر في جمهورية مصر العربية وفقاً لأحكام هذا القانون، وائاً كانت جنسية مالكه او محل اقامته بالضمانات والمزايا المنصوص عليها في هذا القانون)). ف نطاق تطبيق القواعد المادية التي يتضمنها هذا القانون يقتصر على الصفة الأجنبية للاستثمار بصرف النظر عن جنسية المستثمر، وان كان تصور وجود مستثمرين أجانب هو الغالب نظراً للظروف الاقتصادية التي حدد فيها القانون لقلّة عدد المواطنين ممن يملكون رؤوس الأموال اجنبية عدا قلّة من المهاجرين^(٨٤) وإذا كان المسلك السابق يحظى بتأييد الفقه المصري لكونه مسلماً يتفق وحكمة التشريع القائمة على تشجيع تدفق رؤوس الأموال المحولة من الخارج للاستثمار بغض النظر عن جنسية مالكها، فلا يتعارض هذا المسلك مع الاتجاه القائم على التفرقة في مجالات استثمارية معينة، وبين المستثمرين الأجانب والمستثمر العربي، إذ قصر المشرع المصري الاستفادة من احكام هذا القانون في مجال الاستثمار في مشروعات الإسكان على الأموال العربية، أي الأموال المملوكة لشخص طبيعي يتمتع بجنسية احدى الدول العربية او لشخص معنوي يكون غالبية راس ماله لمواطني دولة عربية او اكثر:

ولكن الخطوة الأكثر أهمية التي جاء بها المشرع المصري في قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ النافذ اذ نصت المادة الأولى منه على ((تسري احكام القانون على جميع الشركات والمنشآت اياً كان النظام القانوني

الخاضعة له، بعد تاريخ العمل به، لمزاولة نشاطها في أي من المجالات الآتية، استصلاح الأراضي، الفنادق السياحية، والنقل السياحي، الإسكان الذي يؤجر وحداته كاملة خالية لأغراض السكن الإداري،.....)) ولا يسري هذا القانون على الشركات والمنشآت التي تستثمر في مجالات غير المنصوص عليها أو تلك التي يضيفها مجلس الوزراء (م ٢) ونصت م (٣) على عدم الإخلال بالمزايا والاعفاءات الممنوحة بمقتضى اتفاقيات دولية أو تشريعات أخرى^(٨٥) اما عن موقف قانون التجارة الجديد المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ إذ يتضمن الفصل الأول منه من الباب الثاني، خصص المشرع قواعد خاصة تنطبق على بعض العقود التي يتطبق عليها وصف الاستثمار منها عقود نقل التكنولوجيا، التي تلزم القاضي أو المحكم الذي الموضوع بالتطبيق المباشر لهذه القواعد المادية الواردة في نصوص المواد (٧٢) من القانون انفاً نصت الآتي ((١- تسري احكام هذا الفصل على كل عقد لنقل تكنولوجيا لاستخدامها في جمهورية مصر العربية سواء اكان هذا النقل دولياً يقع عبر حدود الإقليمية لمصر ام داخلياً ولا عبرة في الحاليتين لجذبه اطراف الاتفاق او لمحال اقامتهم، ٢- كما تسري احكام هذا الفصل على كل اتفاق لنقل التكنولوجيا يبرم بعقد مستقل او ضمن عقد اخر)) ايضاً ما جاء في نص المادة (٨٦/ثانياً) من نفس القانون حيث نصت الآتي ((وفي جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب احكام القانون المصري وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً))^(٨٦).

اما عن المشرع اللبناني فقد صدر قانون اطلق على تسميته قانون تشجيع الاستثمارات في لبنان بالرقم ٣٦٠ في ١٦/٨/٢٠٠١ الذي منح العديد من المزايا والضمانات للمستثمر، كما اطلق اليه حل المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار، حيث نصت المادة الثامنة عشر منه على ذلك^(٨٧). وعند الرجوع في تدرج قوانين الاستثمار الصادرة عن المشرع العراقي، فقد كان قانون الاستثمار العربية رقم (٤٦) لسنة ١٩٨٨ الذي ظل نافذ لغاية عام (١٩٩٤) اذا وقف العمل به بموجب القرار رقم (٢٣) لسنة (١٩٩٤)، فان نطاق هذا القانون وكما تعبر عنه تسميته كان مصوراً على

تنظيم الاستثمارات العائدة للمستثمرين العرب فقط، اما عن قانون الاستثمار العربي رقم (٦٢) لسنة (٢٠٠٢) فقد تضمن إجراءات شكلية وإن اقتصر هو الآخر على مشاريع الاستثمار المملوكة لمستثمر عربي أو العراقي غير المقيم سواء كانت مملوكة برأس المال كاملاً أو المشاركة مع مستثمر عراقي طبيعي أو معنوي، كما أجاز للوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة، بموافقة مجلس الوزراء الدخول في مساهمات لتأسيس مشروع مشترك مع المستثمر العربي بنسبة مشاركة يتفق عليها الأطراف ذات العلاقة^(٨٨). كما لم يحدد هذا القانون مجالات الاستثمار التي يجوز فيها، بل إنه أجاز الاستثمار في المجالات كافة عدا المشاريع التي يحددها مجلس الوزراء^(٨٩).

اما عن موقف القانون العراقي النافذ رقم(١٣) سنة ٢٠٠٦ المعدل إذ نصت المادة (١٠/اولاً) الاتي ((يتمتع المستثمر العراقي او الأجنبي بجميع المزايا والتسهيلات والضمانات ويخضع للالتزامات المنصوص عليها في هذا القانون)) حيث تعتبر قاعدة موضوعية تنطبق على عقد الاستثمار بشكل مباشر ايضاً.

اما عن موقف القضاء العراقي من تطبيق قاعدة مادية مباشرة على عقد استثمار من خلال الدعوى المنظورة امام احدى المحاكم العراقية بشأن نزاع بين مستثمر لبناني الجنسية وبين الشركة الوطنية للاستثمارات السياحية بشأن تمويل مشروع فندق سياحي لقاء نسبة من الأرباح، فقررت المحكمة بطلان العقد لمخالفة احكام القانون العراقي للاستثمار العربي رقم (٦٢) لسنة (٢٠٠٢) والذي اوجب إجراءات تشكيله معنية لغرض تأسيس المشروع لم يستوفها العقد محل الموضوع وقد صدر القرار استناد الى قرار مجلس قيادة الثورة السابق المرقم (٢٣) لسنة (١٩٩٤) الذي منع غير العراقي من الاستثمار في العراق باي وجه كان^(٩٠).

ومما يلاحظ على هذا القرار ان المحكمة لم تلجأ الى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار لبيان ما قد يرتبه هذا العقد من حقوق والالتزامات، بل انها طبقت القواعد المادية التي قد يكون القضاء مصدرها و الموجودة في نظامها تطبيقاً مباشراً سواء كان ذلك قانون الاستثمار العربي وهو الغرض الذي نراه التطبيق

من خلال تطبيق قرار رقم (٢٣) لسنة (١٩٩٤) وهو أيضاً قرار يندرج في إطار القواعد المادية الواجبة التطبيق بصورة مباشرة على العلاقات الخاصة الدولية^(٩١).

الخاتمة

بعد ان انتهى بحثنا وهو (خضوع عقود الاستثمار للقواعد المادية المباشرة لتحديد القانون واجب التطبيق) اصبح من الضروري التطرق لأهم النتائج التي تم التوصل اليها ومن ثم طرح بعض التوصيات في ضوءها.

اولاً: النتائج

١- اتضح لنا بأنه ليس كل العقود المتعلقة بالاستثمار بالامكان اللجوء الى مبدأ قاعدة الارادة في تحديد القانون واجب التطبيق.

٢- ايضاً تبين لنا ان منهج القواعد المادية كما يطلق عليه او يعرف بمنهج القواعد الموضوعية منهج قائم على ايجاد الحل الموضوع المباشر للحالات التي تخضع لهذه القواعد.

٣- يمتاز منهج القواعد المادية بميزة انها مفردة الجانب وهي قاعدة تنطبق على النزاع المشوب بعنصر اجنبي من دون المرور بالمنهج التنازعي، وهي فضلاً عن ذلك تمتاز بالفئوية والنوعية كونها تتخطى فئة معينة من الافراد وهم الذين يتعاملون في العقود الدولية الخاصة، وانها نوعية كونها تضع حلاً لنوع معين من المشكلات الناتجة من العلاقات الدولية الخاصة فقط.

٤- يتضح بأن لها صفة خاصة، فهي قواعد موحدة غالباً، عكس القواعد القانونية والتجارية، فهي نجد اصلها في الاتفاقيات الدولية عن طريق الاعراف والعادات الدولية.

٥- يتضح لنا انها ملائمة لبعض العقود ذات الطبيعة الدولية الخاصة، منها عقود الاستثمار، الأمر الذي يجعل منها اكثر ملائمة من غيرها من القواعد، اذا ما تم

الرجوع اليها في ايجاد حل لتحديد القانون المختص واجب التطبيق على هذا النمط من العقود في حال عدم تحديده من قبل الاطراف.

التوصيات:

١- بالنظر للخصوصية التي افرزتها بعض العقود، والخاصة منها عقود الاستثمار، من نتائج غير تقليدية، كان حريا بنا ان نعترف بعدم الخروج في القواعد التقليدية والتي تأبى القول بها، ليس في وسعنا الا ان ندعو المشرع ان يستجيب لهذه المعطيات الخاصة بهذه العقود من حيث ماهيتها واحكامها وتنفيذها، ليس في ذلك هدر للقواعد القانونية المستقرة لكن ان القانون وليد البيئة.

٢- نوصي المشرع العراقي على الاسراع من تشريع من القوانين التي تساعد على نفاذ الاتفاقيات الخاصة بالاستثمار دون الرجوع الى ما هو متعلق بالامور الغير مهمة من ذلك لما له من اهمية بالغة في وضع قواعد قانونية مستقرة يجعل منها منهج مستقل متكامل لمعالجة الحالات التي لم يرد بشأنها حكم سابق فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على هذه العقود.

٣- نأمل خيرا في المستقبل من انضمام العراق لمنظمة التجارة العالمية (WTO) لما لها من دور اساسي في خلق قواعد موحدة مادية عن طريق الاتفاقيات التي تنشأ من خلالها.

٤. نصي المشرع العراقي من جمع العقود الاستثمارية المهمة بمدونة قانونية وتشريعاتها فمن قانون وطني يتبنى اخر النماذج الدولية المعتمدة لهذه العقود الغاية منها استنقار القواعد المادية على صعيد العلاقات الدولية الخاصة كما فعل المشرع المصري في النص على بعض العقود منها عقود نقل التكنولوجيا ما كان لها الا ان تأخذ صداها عند التعاقد مع الطرف الآخر كونها تتضمن قواعد مادية واجبة التطبيق المباشر تراعى فيها موقف الدولة ومصالحها العامة كما في نص المواد (٧٣، ٨٧) من قانون التجارة المصري لسنة ١٩٩٩.

الهوامش

- (١) يتجه جانب من الفقه الى تسمية هذه القواعد بالقواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص تمييزاً عن قواعد التنازع، لان ادبيات اللغة القانونية تشير احتمال ان استخدام تعبير "المادية"، مقابل "المعنوية"، الا ان هناك جانباً من الفقه الحديث يفضل اصطلاح القواعد المادية بدلاً من القواعد الموضوعية لان هذا الاصطلاح الاخير قد يثير الخلط بدوره على اساس مقابلته لاصطلاح القواعد الاجرائية. في هذا المعنى: د. هشام صادق، الحماية الدولية للمال الاجنبي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٧٠٢.
- (٢) صالح المنزلاوي، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٤١.
- (٣) د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، ط الاولى، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الاردن، ٢٠٠٣، ص ٥٢.
- ٤(٤) خليل ابراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، منشورات زين الحقوقية، لبنان، بيروت، ط ١، ٢٠١٢، ٢٧٠.
- (٥) عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، العراق، ٢٠١٣ ص ٢٢٤.
- (٦) احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار (اصولاً ومنهجاً)، ط ١، مكتبة الجلاء الجديدة، معهد المنصورة، ١٩٩٦، ص ١٠٤.
- (٧) احمد قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروي ومنهجية تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية والاقتصاد، السنة الرابعة والعشرين، العدد الاول والثاني، كانون الثاني، ١٩٨١، ص ١٠.
- (٨) مادة (٣٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين، مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً).
- (٩) عبد الرسول عبد الرضا، دور القواعد المادية في منظمة التجارة العالمية (WOT)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٢، السنة الثامنة، ٢٠١٦، ص ٢٢٥.

- (١٠) احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٥٩.
- (١١) د. رياض القيسي، علم أصول القانون، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢، ص ٢٧٩، للمزيد: احمد محمدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص ١٠.
- (١٢) د. علي فوزي ابراهيم الموسوي، قاعدة الاسناد وموقف القانون العراقي دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٦، ص ١١-١٥.
- (١٣) د. محمد عبد الله المواجدة، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، ط١، ١٩٩٨، ١٩٩٩، ص ١٢٧.
- (14) Bonell (M), the undroit principles of international commercial contracts: Nature, purposes, First Experiences In Practice, available at WWW.unidroit.,No1,p25. تاريخ الزيارة: ٢٠٢١/١/١٠.
- (١٥) محمد عبد الله المواجدة، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، ط١، ١٩٩٨، ١٩٩٩، ص ١٠٠.
- (١٦) احمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ١٩٩٠، ص ٢١ وما بعدها.
- (١٧) المركز القانوني: وهو مجموعة الحقوق والالتزامات الناشئة عن تمتع الشخص الطبيعي والمعنوي بموجب القانون لها.
- (١٨) Simon Pcpitrc (M), Les Regles Materielles, Op. Cit., p595.
- (١٩) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط١، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، الاسكندرية، ص ٥٤٢.
- (٢٠) القانون منشور على شبكة :
- <http://www.aluyuen.com.vn/dogs/04%20law%trandfer/2020.pdf> الانترنت:
- تاريخ الزيارة: ٢٠٢١/٢/١٥.
- (21) Darid (R), L. Arbitrage Dans Le commerceInt, Economica, 1982, p.476.
- (٢٢) د. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، مطبعة عبير للكتاب، ١٩٩٠، ص ٢.

- (٢٣) د. بسمان محمد صالح، النظام القانوني للاستثمارات الاجنبية، ط١، مطبعة دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٤.
- (٢٤) احمد صادق القشري، نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والاقتصاد، السنة العاشرة، العدد الاول/ كانون الثاني، ١٩٩٠، ص ١٣٨.
- (٢٥) موقف المشرع التشيكي والألماني من تبني قوانين لتنظيم العلاقات في القانون الدولي الخاص.
- (٢٦) احمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري، وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية، دار النهضة، القاهرة، ١٩٥٨، ص ٥٩ - ص ٧٢، ايضا Deby- Gevard(F), Op. Cit, P.124.
- (٢٧) د. هشام صادق، الحماية، الدولية للمال الاجنبي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٥٤٠ وما يليها.
- (٢٨) محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٠، ص ٣٠٠.
- (٢٩) احمد عبد الحميد عشوش، المصدر السابق، ص ٢٦؛ ايضا د. هشام علي صادق، المصدر السابق، ص ٥٥٠؛ للمزيد محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، الجزائر، ٢٠١٨، ص ١٤٠.
- (٣٠) د. عبد الرسول عبد الرضا، دور القواعد المادية في منظمة التجارة العالمية (WOT) ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٢، السنة الثامنة، ٢٠١٦، ص ٢٤٨-٢٤٩.
- (٣١) حفيظة السيد الحداد، القانون المدني واثره على التحكيم كنظم واتفاق، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٣٨٢.
- (٣٢) تميز فرنسي، رقم ٣٧٥٤، صادر في ١٧ مايو ٢٠١٠، مجلة التحكيم، العدد السابع، باب الاجتهاد الدولي، ٢٠١٠، ص ٦٥٦؛ ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الاجنبي، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط١، لبنان، ٢٠١٤، ص ١٧٧.
- (٣٣) تميز مدني الغرفة الأولى، قرار رقم ٧، صادر بتاريخ ٢٠٠٠/٥/٣٠ صادر في التمييز المدنية، ٢٠٠٠، ص ١٣٠.
- (٣٤) ان اهلية الدولة في اللجوء الى التحكيم في العقود الدولية من وجهة النظر التقليدية قد ترتبط بشكل مباشر بمسألة السيادة وهذا الامر غير صحيح، الامر الذي حدا بالبعض الى القول ان فكرة السيادة تشابه فكرة العبيد في العصور القديمة (حيث ان العبيد في عصور العبودية تمنع من التعاقد،

فالعبد يفتقر الى الحرية وليس له ان يمارسها بأي شكل بما في ذلك تقييد نفسه بالالتزامات والحقوق، هذا هو تماما شأن الدولة، فعدم اهليتها للالتزام عموما وللتعاقد خصوصا، انما ينفي سيادتها ولا يؤكداه. للمزيد ليندا جابر، مصدر سابق، ص ١٧٤.

(٣٥) محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة العاشرة، القرار رقم ٤٩٢، ٢٠٠١، بتاريخ ٢١/٣/٢٠٠١، منشور في مجلة العدل، العدد الثامن، السنة العاشرة، المجلد الحادي عشر، ٢٠٠١، ص ١٣٩ وما بعدها.

(٣٦) نص المادة (٨٠٩)، قانون اصول محاكمات مدنية اللبناني رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ والمعدل بالقانون رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٦، للمزيد: لندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، مصدر سابق، هامش ص١٧٥.

(37) Simon, Depitre (M) use regles materell dans le conflit de lois, Rev. crit.1974, p.594.

(٣٨) هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٥٥١.
(39) Simon-Depitre (M), Op.Cit. 1974, p594.

(٤٠) يشير جانب من الفقه الى امثله على هذه الاتفاقيات في مجال حماية حقوق الملكية الصناعية والفكرية، وكذلك الاتفاقيات الدولية التي وضعها المكتب الدائم لمؤتمر لاهاي والتي وضعت قواعد مادية في المجال الدولي، للمزيد مراجعة هذا الخصوص

Bouer (H), lestraites, op. cit., p564.

(٤١) هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٥٥١.

(٤٢) اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠، ان هذه الاتفاقية لها توجيه معين وهو بناء قانون موضوعي موحد يقوم مقام القوانين الوطنية للدول الأعضاء في المجال التي تطبق فيه احكامها، وفي ذلك

Audit: "Le droit de la vente constitue la branche la plus importante du droit des contrats et il est lié au droit des biens. La convention de Vienne est le premier instrument d'unification du droit de la vente internationale ou, tout au moins, celle des règles les plus largement admises par les opérateurs du commerce international". Bernard Audit, "la vente internationale des marchandises, convention des Nations-Unies du 11 avril 1980", L.E.D.J., Paris, 1990, p.193.

اتفاقية فينا ((هي من الاول الاتفاقيات التي جاءت لتوحيد قانون المبيعات الدولي، وقانون

البيع هو اهم فرع من

فروع قانون العقود ويرتبط بقانون الملكية. وهي المفضلة ، وهي مصدر من مصادر قواعد التجارة الدولية الاكثر قبولاً على نطاق واسع لخلق قواعد مادية واجبة ذات تطبيق مباشرة ، اتفاقية فيننا، نيسان، ١٩٨٠)) باريس، ١٩٩٠، ص ١٩٣.

(٤٣) صادق العراق على بروتوكول لاهاي بموجب القانون رقم (١٠٥) لسنة ١٩٧٣، كما صادق على اتفاقية جودا الاخرا المكملة لاتفاقية وارثو بموجب القانون (١٠٦) لسنة ١٩٧٣، وبعد ذلك صادق على اتفاقية وارثو بموجب القانون رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٣ ونشرت هذه القوانين في الوقائع العراقية ع ٢٢٧٩ س ١٦ بتاريخ ١٩٧٣/٩/٢٢ كما تم تأكيد احكام الاتفاقية وتعديلاتها في قانون النقل رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٢ النافذ وبالات في م ١٢٦ منه حيث نصت: ((تطبق على نقل الشخص والشيء والامتعة بطريق الجو، حتى لو كان النقل داخليا، احكام اتفاقية توحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي الموقعة في وارثو، بتاريخ ١٢ تشرين الاول ١٩٢٩، والاتفاقيات الملحقة بها، والمعدلة لها والمصادق عليها بالقوانين (١٠٥ و ١٠٦ و ١٠٧) لسنة ١٩٧٣ واية اتفاقية تحل محلها ويصادق عليها بقانون)).

(٤٤) اما بالنسبة للفقرة ثانيا المادة (٤٦) اذا كانت قد قررت بطلان شروط الاعضاء من المسؤولية فان المادة (٤٩) من قانون النقل العراقي ذاته اجازة تحديد مسؤولية الناقل في هلاك الشيء كلياً او جزئياً او تلفه او التأكيد في تسلمه عند قيامه باعمال النقل التي تتم بين العراق والخارج ما لم يصدر غشاً او خطأ جسيم من الناقل او من تابعيه.

(٤٥) صادق العراق على الاتفاقيتين المبرمتين في بيرن ١٩٥٢/١٠/٢٥ بشأن نقل البضائع بالسكك الحديد والمعدلتين في بيرن بتاريخ ١٩٦١/٢/٢٥ وكذلك بموجب القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٦ المنشور في الوقائع العراقية ع ١٢٩٥ السنة التاسعة بتاريخ ١٩٦٦/٨/٦.

(٤٦). عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨، ص ١٣. للمزيد من التفصيل بشأن، هذه الاتفاقية موقع الانترنت وهما على التوالي: WWW.unidroit.org , WWW.uncitral.org ، تاريخ الزيارة: ٢٠٢١/٢/١٧.

(٤٧) تستمد عادات واعراف التجارة الدولية جذورها التاريخية من قانون التي تكونت عبر المدن الايطالية على ايدي طوائف التجارة التي ظهرت في العصر الوسيط، والذي اكتسب في مرحلة لاحقة طابعها الدولي اثر ازدهار العلاقات التجارية الدولية بين موانئ شمال ايطاليا وموانئ غرب اوربوا لا سيما في فرنسا وانجلترا. للمزيد من التفصيل حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٦، ص ٣٦٦، محمد بلاق، مصدر سابق، ص ١١٤.

(٤٨) محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٠، ص ٣٠٠.

(٤٩) مصطفى محمد الجمال، وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٨، ص ٧٤٠.

(٥٠) تحتل العادة التجارية مرتبة ادنى من العرف التجاري، فبينما يتوقف اعمال العرف على اتجاه إرادة الطرفين فيه، ولا يجوز لأي منهما الادعاء بجهله، فان اعمال العادة التجارية يتوقف على ثبوت اتجاه إرادة الطرفين اليها ومن ثم لا يجوز اعمالها اذا اثبت احدهما عدم علمه بها.

(٥١) د. طرح البحور علي حسين - تدويل العقد/ دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما ١٩ حزيران ١٩٨٠، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠ ص ١٢٦، واحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، هامش ص ١٣٣.

(٥٢) ومن المسائل التي اكدها هذا القرار ايضاً مسؤولية البنك مصدر الاعتماد بصفة شخصية في مواجهة المستفيد واستقلال عقد الاعتماد المستندي عن العقد الأصلي، اما التطبيق المباشر لهذه العادات الموحدة، فقد تم بصدد تحديد أسعار الفائدة طبقاً للعادة المستقرة العمل بها في عمليات البنوك (London inter bank offered rate labor) ايضاً قرار محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة الأولى، القرار رقم ٦٨/٣٩ تاريخ ١٥٦٨/٤/٤، النشرة القضائية اللبنانية، السنة ٢٤، العدد ٢، ١٩٦٨، ص ١٦٤٥.

(٥٣) أبو زيد رضوان، قانون التجارة الدولية ودراسة الفكرة Lex mercatorio، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، لسنة ١٩٩٣، العدد ٣٥، ص ٩.

(٥٤) سامي منصور، القضاء اللبناني والعولمة - نحو دور جديد للقضاء - مجلة القضاء الإداري في لبنان، العدد الخامس عشر، المجلد الأول، ٢٠٠٣، ص ١٠٩-١١٠.

(٥٥) د. عبد الرسول عبد الرضا، مصدر سابق، ص ٢٥٤. وبنفس المعنى القرار رقم ٤٣٣٨ في عام ١٩٨٤ الصادر من هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية، وكذلك المادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري بالرقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤.

(٥٦) من هذه العقود، عقود جمعية لندن للقمح التي تعتبر من اول العقود النموذجية والتي أصبحت شروطاً يعمل بها في بيع الحبوب والغلل في معظم انحاء العالم، وعلى نسق هذه الجمعية انتشرت العقود النموذجية التي تصدر عن الجمعيات المهنية والتعاونية، كالحريز والقطن والاخشاب والصوف وغيرها، للمزيد ، سامي منصور، مصدر سابق، ص١١٥، ايضاً ما اخذ به المشرع العراقي في

الباب الخامس من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٤ إذ يضم هذا الباب احكاماً لثمانية عقود نموذجية وهي تبدأ من المادة (٢٩٧) والى مادة (٣٣٠) وهي الآتي: ١- البيع (فوب) ٢- البيع (سيف) ٣- البيع بشرط نقل البضاعة دون التأمين عليها (سي. اند. اف) ٤- البيع بشرط التسليم بجانب السفينة ٥- البيع بشرط التسليم في مكان العمل. ٦- البيع بشرط التسليم في المطار المعين للانطلاق. ٧- البيع بشرط التسليم على عربة القطار (فور) او مركبة (فور). ٨- البيع بشرط الوصول بسلامة. ولهذا فان مصدر هذه الاحكام قد كرس في تشريع وطني رغم ان أهميتها العابرة للدول ولأهميتها في الممارسات التجارية يجعلها تفوق أي تشريع وطني اخر، ايضاً ما ورد في شأن النقل الدولي في المواد ٤٩، ١٠٣، ١٥٠ من قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣.

(٥٧) هشام صادق، مصدر سابق، ص ١٥٩، ايضاً ، سامي عبد الله الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، دار العلوم العربية، بيروت، سنة ١٩٨٦، ص ٢٠٧.

(٥٨) احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص ٦١.

(٥٩) مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص ٢٧٦، ايضاً د. هشام صادق، مصدر سابق، ص ١٦٢.

(٦٠) مجموعة من قوانين الدول العربية التي تبنت القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن اليونسترال لعام ١٩٨٥، ومنها القانون التونسي رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣ الذي تتضمن في الباب الثاني منه الاحكام الخاصة بالتحكيم الدولي، وفي البحرين هناك القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٤، وفي الأردن هناك القانون رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ الذي ينص في المادة (٣٦) على احكام مماثلة لما ورد ٣٩ من القانون المصري المذكور انفاً. للمزيد مراجعة:

<https://uncitral.un.org/ar/about/fag/texts> تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٣١

(٦١) كما يوجد فرق بين تبني عقد نموذجي وقانون نموذجي وحسب ما جاءت به لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي، إذ ان ما يميز القانون النموذجي والعقد النموذجي ان الاول يعد نص تشريعي، مثل الاتفاقيات والقوانين النموذجية، والادلة التشريعية، ويتم تبني هذه القوانين عن طريق سن تشريعات داخلية، اما المقصود بالعقد النموذجي فيما ورد عن لجنة الاونسترال، هي نصوص غير تشريعية مثل قواعد الاونسترال للتحكيم = فيمكن الرجوع اليها اطراف العلاقة وهي على انواع،

البحوث العربية، ١٩٨٠، ص ٢٦٨.

(٦٢) سامي منصور، المبادئ القانونية العامة مجلة العدل، العدد ١-٣، ٢٠٠٢، ص ١٥٥.

(۶۳) لیندا جابر، مصدر سابق، ص ۲۰۰ وما يليها.

(٦٤) **حفيفة الحداد: الطعن بالبطلان على احكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية،**

دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ١٩٩٧، ص ٨٨٩.

(٦٥) مبدأ Estoppel- هو ما يعرف بعدم التناقض اضراراً بالغير، ويقصد به اصطلاحاً بأنه قاعدة

إجرائية شكلية تطبق في سياق المنازعة القضائية لمنع التناقض في الأقوال والأفعال، ويقصد

بالتناقض قول الشيء وعكسه، ويعتبر اليه دفاع يستخدمها طرف ما أثناء الدعوى لمنع خصمه من

الادعاء بطلب يتعارض وموقفه السابق. اما الاجتهاد اللبناني فقد تبني واستند على مبدأ (الاستنابل)

من اجل رد طلبات الابطال المبنية على أسباب لم تعرض على المحكم، وذلك قبل الاجتهاد الفرنسي

وقيام محكمة التمييز الفرنسية بتبنيها للمبدأ حسب ما ورد في مجلة الاحكام العدلية المادة (١٠٠)

(من سعى الى نقض من تم من جهته فسعيه مردود عليه).

(٦٦) محمود محمد ياقوت، مصدر سابق، ص ٣٥٨.

(٦٧) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٠، ص ٤٩٠-

.490

(٦٨) د. احمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد النظام العام في القانون

الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ٩٠.

(٦٩) د. ابراهيم شحاتة، اجتهاد القاضي، مجلة العلوم القانونية والاقتصاد لجامعة عين شمس، ٢٤،

سنة ٤، ١٩٨٠، ص ٤١٨.

(۷۰) د. سمیر تتاغو، مصدر سابق، ۵۵۰.

(٧١) د. هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق،

ص ٥٤١-٥٤٢.

- (٧٢) د. محمود محمد ياقوت، مصدر سابق، ص ٣٠٢-٣٠٣.
- (73) Glodman (B), Les conflits de lois dans L'Arbitrage Op. Cit., P 439.
- (74) Deby – Gerad (F), Op. Cit., No.162, P.128.
- (75) Simon – Depitre (M), Op. Cit. P.601m Deby– Gerard(F), Op. Cit, P.130.
- (٧٦) د. السيد عبد المنعم المراكبي، التجارة الدولية وسيادة الدولة، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٦، ص ٢٩٤-٢٩٥.
- (٧٧) مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص ٦٠.
- (٧٨) لندا جابر، مصدر سابق، هامش، ص ٢٠٩.
- (٧٩) مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٥٢١.
- (٨٠) هشام صادق و د. حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، ك ١ - الجنسية ومركز الأجانب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٨ - ١٩٩٩ - ص ٣٤٠ - ص ٣٤٢.
- (٨١) د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص ٥٩٠، ايضاً: د. محمود محمد ياقوت، مصدر سابق، ص ١٩٠ - ١٩٣.
- : (82)Vitta(E), opcit., p.198-199.
- (83) Deby, Gerappcf, Op.cit., p., 124, Pintocr Le Regime Juridique des investissement etrangers en France, Clunet, 1967, no.2, p235.
- (٨٤) هشام صادق، وحفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص ٣٢٥.
- (٨٥) هشام صادق و د. حفيظة السيد الحداد، المصدر السابق، ص ٣٤٧.
- (٨٦) على الموقع الالكتروني: www.egyptlawfirm.net.pdf تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٧.
- (٨٧) على الموقع الالكتروني: www.e-lawerrassistance.com.pdf تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٧.
- (٨٨) المادة (٢) من قانون الاستثمار العربي رقم (٦٢) لسنة ٢٠٠٢ الملغى.
- (٨٩) المادة (الأولى) من القانون نفسه.

(٩٠) القرار صادر عن محكمة بدءا الكرخ عدد (١٣٧٦/ب/ ٢٠٠٢) بتاريخ (٢٠٠٢/١٢/٣١) وصاقت عليه محكمة التمييز بموجب قرارها الصادر بالعدد (١٢٦٠) بالهيئة المدنية / ٢٠٠٣ / قرار غير منشور.

(٩١) احمد مهدي صالح، مصدر سابق، ص ١٧١.

المصادر

١- الكتب القانونية

١. ابراهيم شحاتة، اجتهاد القاضي، مجلة العلوم القانونية والاقتصاد لجامعة عين شمس، ٢٤، سنة ٤، ١٩٨٠.
٢. احمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ١٩٩٠.
٣. احمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري، وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية، دار النهضة، القاهرة، ١٩٥٨.
٤. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار (اصولاً ومنهجاً)، ط١، مكتبة الجلاء الجديدة، معهد المنصورة، ١٩٩٦.
٥. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
٦. بسمان محمد صالح، النظام القانوني للاستثمارات الاجنبية، ط١، مطبعة دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٤.
٧. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٦.
٨. حفيزة السيد الحداد، القانون المدني واثره على التحكيم كنظم واتفاق، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت، ٢٠٠٤.
٩. خليل ابراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، منشورات زين الحقوقية، لبنان، بيروت، ط١، ٢٠١٢.
١٠. رياض القيسي، علم أصول القانون، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢.

١١. سامي عبد الله الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، دار العلوم العربية، بيروت، سنة ١٩٨٦.
١٢. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٠.
١٣. السيد عبد المنعم المراكبي، التجارة الدولية وسيادة الدولة، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٦، ص ٢٩٤-٢٩٥.
١٤. صالح المنزلاوي، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨.
١٥. طرح البحور علي حسين - تدويل العقد/ دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما ١٩ حزيران ١٩٨٠، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
١٦. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، ط الاولى، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الاردن، ٢٠٠٣.
١٧. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، العراق، ٢٠١٣.
١٨. عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨.
١٩. علي فوزي ابراهيم الموسوي، قاعدة الاسناد وموقف القانون العراقي دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٦.
٢٠. ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الاجنبي، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط ١، لبنان، ٢٠١٤.
٢١. محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، الجزائر، ٢٠١٨.
٢٢. محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، الجزائر، ٢٠١٨.
٢٣. محمد عبد الله الواجدة، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، ط ١، ١٩٩٨، ١٩٩٩.
٢٤. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، مطبعة عبير للكتاب، ١٩٩٠.
٢٥. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، ٢٠٠٠.

٢٦. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٠.
٢٧. مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.
٢٨. مصطفى محمد الجمال، وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٨.
٢٩. مصطفى محمد الجمال، وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٨.
٣٠. هشام صادق و د. حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، ك١ - الجنسية ومركز الأجانب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٨ - ١٩٩٩.
٣١. هشام صادق، الحماية الدولية للمال الاجنبي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٢.
٣٢. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط١، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، الاسكندرية.
٣٣. يحيى الجمال واحمد عشوش، اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات الدولية، دراسة حول ضمانات الاستثمار في قوانين البلاد العربية، معهد البحوث العربية، ١٩٨٠.

ثانيا: الرسائل والاطاريح:

- ١- احمد محمدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤.
- ٢- محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، الجزائر، ٢٠١٨.

ثالثاً: المجالات

١. أبو زيد رضوان، قانون التجارة الدولية ودراسة الفكرة Lex mercatorio، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، لسنة ١٩٩٣، العدد ٣٥.
٢. احمد صادق القشري، نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والاقتصاد، السنة العاشرة، العدد الاول/ كانون الثاني، ١٩٩٠، ص ١٣٨.
٣. احمد قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية والاقتصاد، السنة الرابعة والعشرين، العدد الاول والثاني، كانون الثاني، ١٩٨١.

٤. سامي منصور، القضاء اللبناني والعولمة - نحو دور جديد للقضاء - مجلة القضاء الإداري في لبنان، العدد الخامس عشر، المجلد الأول، ٢٠٠٣.
٥. سامي منصور، المبادئ القانونية العامة مجلة العدل، العدد ١-٣، ٢٠٠٢.
٦. عبد الرسول عبد الرضا، دور القواعد المادية في منظمة التجارة العالمية (WOT)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٢، السنة الثامنة، ٢٠١٦.

رابعاً: القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١
٢. القانون التونسي رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣
٣. القانون البحريني رقم ٩ لسنة ١٩٩٤
٤. القانون الاردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١
٥. قانون الاستثمار العربي رقم (٦٢) لسنة ٢٠٠٢ .

خامساً: الاتفاقيات:

اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠،

سادساً: المصادر الاجنبية

1. Bernard Audit, "l'avenement international des marchandises, convention des Nations-unies du 11 avril 1980", L.E.D.J, paris, 1990,
2. Bonell (M), the undroit principles of international commercial contracts: Nature, purposes, First Experiences In Practice, available at WWW.unidroit.org, No1,p25. تاريخ الزيارة: ١٠/١/٢٠٢١.
3. Darid (R), L. Arbitrage Dans Le commerce International, Economica, 1982, p.476.
4. Pintocr Le Regime Juridique des investissements etrangers en France, Clunet, 1967, no.2.
5. Simon, Depitre (M) use des regles materielles dans le conflit de lois, Rev. crit. 1974.