الرقم الدولي: ISSN2075-7220

الرقم الدولي الالكتروني: ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن

كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

- ادارة مخاطر منح الائتمان المصرفي — أ. متمرس د. ابراهيم اسماعيل، م.د. فرقد زهير خليل

- الأحكام الموضوعية لجريمة لعب القمار -دراسة مقارنة- — ا.د اسراء محمد علي، مصطفى عقيل حميد

- دور التشريعات المالية في ظهور الشركات القابضة في العراق بعد ٢٠٠٣ — ا. د. سعد خضير عباس

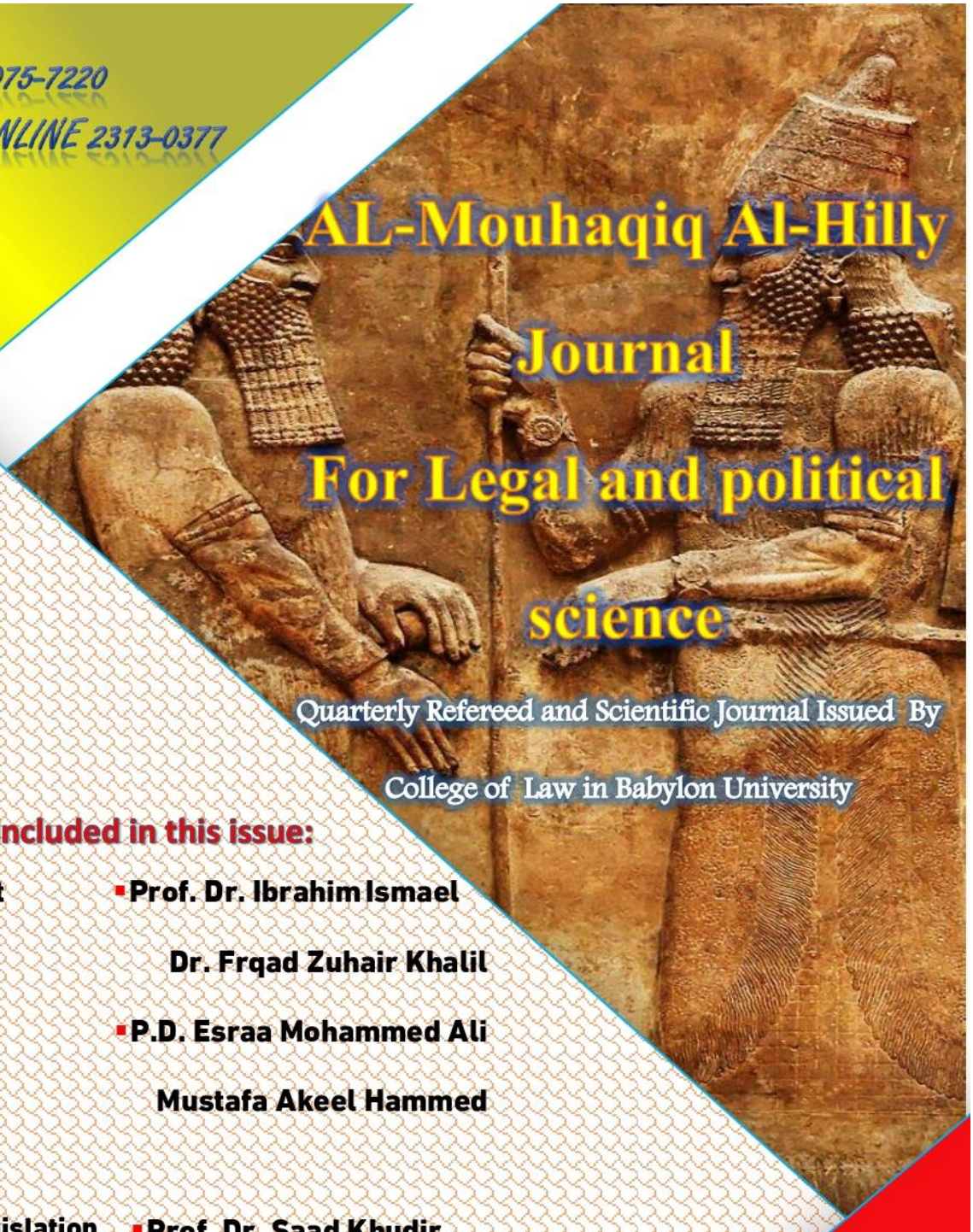
- حقوق الجهة الادارية في عقود الشراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة) — أ.د.اسماعيل صعصاع غيدان، م.اقبال عبد العباس يوسف

السنة الثالثة عشر العدد الثالث

٢٠٢١

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٢٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN 2075-7220
ISSN ONLINE 2313-0377



AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By
College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

- **Credit Risk Management** — **Prof. Dr. Ibrahim Ismael**, **Dr. Frqad Zuhair Khalil**
- **Objective Judgments To Crime Of Play Gambling -A comparative Study-** — **P.D. Esraa Mohammed Ali**, **Mustafa Akeel Hammed**
- **The Role of Financial legislation in the emergence of holding companies in Iraq after 2003.** — **Prof. Dr. Saad Khudir Abbas Al rahamee**
- **Authority in the electricity service partnership contracts between the public and private sectors (Comparative study)** — **Prof. Ismail Sasa' Al-Budair**, **Iqbal Abdel Abbas**

THIRTEEN YEAR
2021
THIRD ISSUE

No. Deposit in the Archives office – office 1291
for the national Baghdad in 2009

الفهرس

ت	البحث	اسم الباحث	رقم الصفحة
١.	ادارة مخاطر منح الائتمان المصرفي	أ.د.المتمرس.ابراهيم اسماعيل ابراهيم م.د. فرقد زهير خليل	٩-٧١
٢.	الأحكام الموضوعية لجريمة لعب القمار -دراسة مقارنة-	ا.د اسراء محمد علي مصطفى عقيل	٧٢-١٠٢
٣.	دور التشريعات المالية في ظهور الشركات القابضة في العراق بعد٢٠٠٣	ا.د. سعد خضير عباس	١٠٣-١٢٣
٤.	حقوق الجهة الادارية في عقود الشراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة)	أ.د.اسماعيل صعصاع غيدان م.اقبال عبد العباس يوسف	١٢٤-١٤٦
٥.	احكام التزام المرفوض بادارة المال المرهون (دراسة مقارنة)	ا.د. منصور حاتم محسن حازم محمد جواد	١٤٧-١٨٥
٦.	مفهوم عقد الكفالة المؤقتة (دراسة مقارنة)	ا.د.ايمان طارق مكي علي عايد فالح	١٨٦-٢١٧
٧.	المفهوم القانوني لعقد التجميد(دراسة مقارنة)	أ.د. سلام عبدالزهرة عبدالله مشتاق عبدالحي عبدالحسين	٢١٨-٢٥١
٨.	الاساس القانوني للالتزام بضمان سلامة السائح	أ.د. هادي حسين عبدعلي بلسم محمد طالب	٢٥٢-٢٨٢
٩.	اثر قواعد الاسناد لحماية المستهلك الالكتروني في العلاقات الدولية	أ.د. عبدالرسول عبدالرضا حسين عمران جرمط	٢٨٣-٣٢٤
١٠.	جريمة الاعتداء على محطات القوة الكهربائية (دراسة مقارنة)	ا.دحسون عبيد هجيج شهد حيدر	٣٢٥-٣٦٠
١١.	السياسية العقابية لجريمة اخفاء العمل الارهابي (دراسة مقارنة)	أ.د. عمار عباس الحسيني علي منديل عبدالله	٣٦١-٣٨٧
١٢.	الجريمة دولية (جريمة الاستيلاء انموذجاً)	ا.د.صدام حسين وادي حازم سكران خضير	٣٨٨-٤٢٣
١٣.	ماهية الاعتداء على البيانات الشخصية لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي وتطبيقاتها العملية	أ.د. ميري كاظم عبيد فلاح ساهي خلف	٤٢٤-٤٦١
١٤.	انتقاص الاجراء القضائي (دراسة تحليلية مقارنة)	أ.د. وسن قاسم غني م. م احمد خضير عباس أحمد	٤٦٢-٤٨٣
١٥.	نطاق امتياز مؤجر العقار	أ.د. وسن قاسم غني هاجر عبد العظيم عنبر	٤٨٤-٥١٩
١٦.	ظهور المصلحة الفضلى للطفل كضابط إسناد في العلاقات الخاصة الدولية	أ.د. فراس كريم شيعان خضير مخيف فارس	٥٢٠-٥٥٤
١٧.	المحل في عقد الرعاية الرياضية	أ.د. ذكرى محمد حسين ايناس هاشم رشيد	٥٥٥-٥٨٨
١٨.	الدور الذاتي لمبادئ القانون الدولي الخاص في معالجة الفراغ التشريعي (دراسة مقارنة)	أ.د. خير الدين كاظم الامين نور حسين جواد	٥٨٩-٦٣٧
١٩.	حالات النكول في المناقصات الحكومية	أ.د. صادق محمد علي عماد محمد شاطي	٦٣٨-٦٦٦
٢٠.	جريمة اعطاء وصفة طبية بمواد مخدرة او مؤثرات عقلية لغير اغراض العلاج الطبي "في القانون العراقي"	ا.د محمد اسماعيل ابراهيم أ.م. احمد هادي عبد الواحد	٦٦٧-٧٠٦
٢١.	جريمة التحريض على تبني افكار او توجهات تتعارض مع التداول السكن	ا.د اسماعيل نعمه عبود ثامر ماهر حسون	٧٠٧-٧٣٠
٢٢.	جريمة تنظيم عصابة مسلحة ارهابية (دراسة مقارنة)	ا.د.لمى عامر محمود احمد حسن حسون	٧٣١-٧٧٠

٢٣.	الضمانات القضائية لحماية الحق في حرية البحث العلمي	أ.د. حسين جبار عبد لقاء عباس مهدي	٧٧١-٧٩٩
٢٤.	التأمين من المخاطر التجارية في سوق الاوراق المالية (دراسة مقارنة)	أ.د. سماح حسين علي مازن عبدالله عبد	٨٠٠-٨٣٥
٢٥.	تقييد حدود المسؤولية المدنية الناشئة عن الحوادث الرياضية (دراسة مقارنة)	أ.د. حيدر حسين الشمري م. محمد عبدالرزاق محمد	٨٣٦-٨٨٣
٢٦.	الرقابة على التمويل العام للاحزاب السياسية	أ.د رافع خضر صالح رشا محمد امين	٨٨٤-٩١٤
٢٧.	التعويض من القلق من الموت الوشيك	ا.م.د. محمد جعفر هادي	٩١٥-٩٥٦
٢٨.	تنفيذ المصادرة الإدارية " دراسة مقارنة "	ا.م.د.رفاه كريم كربل غيث حميد كاظم عباس	٩٥٧-٩٨٢
٢٩.	الحماية الدولية لحق السجين في الصحة (دراسة في قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان)	ا.م.د. سرمد عامر عباس عدي كاظم حمزة	٩٨٣-١٠٢٢
٣٠.	مبدأ قرينة البراءة امام المحكمة الجنائية الدولية	ا.م.د حيدر عبد محسن شهد نورس هادي وحيد	١٠٢٣-١٠٤٣
٣١.	تعارض المصالح في سوق الاوراق المالية (دراسة مقارنة)	ا.م.د ميثاق طالب عبد جلال حسن حنتوش	١٠٤٤-١٠٨٧
٣٢.	شروط الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية التجارية والاجار المترتبة عليها(دراسة مقارنة)	ا.م.د ميثاق طالب عبد ياسين خضير داخل	١٠٨٨-١١١٧
٣٣.	الاحكام الموضوعية لجريمة نقل الحدود (دراسة مقارنة)	ا.م.د منى عبد العالي موسى كوثر عهد محمد	١١١٨-١١٦٢
٣٤.	جريمة اخذ الصغير	ا.م.د منى عبد العالي موسى	١١٦٣-١١٨٣
٣٥.	الاحكام الموضوعية لجريمة الرشوة التي من شأنها الاضرار بالمصلحة الوطنية (دراسة مقارنة)	ا.م.د. نافع تكليف مجيد ريام سلام عبيد	١١٨٤-١٢١٨
٣٦.	اختصاص البرلمان في صحة العضوية البرلمانية	ا.م.د. ليلى حنتوش ناجي بشار محمد كريم	١٢١٩-١٢٥٦
٣٧.	حالات الظرف الطارئ في عقد الايجار (دراسة مقارنة)	ا.م.د. حبيب عبيد مرزه زينب ثامر شهيد	١٢٥٧-١٢٩٤
٣٨.	نقل الدعوى واثره على الاختصاص في القضاء المدني (دراسة مقارنة)	أ.م.د.عبدالله عبدالامير كمال رحيم عزيز	١٢٩٥-١٣٣٩
٣٩.	اشكاليات تكوين المحكمة الاتحادية العليا في العراق واثرها في جودة احكامها	ا.م.د. غانم عبد دهش	١٣٤٠-١٣٧٩
٤٠.	حق المراة العراقية في الكرامة الانسانية (دراسةفياطارالدستوروالقانون العراقي)	ا.م.د. ميسون طه حسين	١٣٨٠-١٤٠٣
٤١.	فعالية المحكمة التجارية العراقية في تسوية المنازعات التجارية (دراسة قانونية في ضوء البيان الصادر من مجلس القضاء الاعلى رقم (٧٤) لسنة ٢٠٢٠.	م.د.ماهر محسن عبود	١٤٠٤-١٤٢٥
٤٢.	التنظيم القانوني لعقوبة قطع الراتب (دراسة مقارنة)	م.د. امين رحيم	١٤٢٦-١٤٦٢
٤٣.	الخطأ المشترك في الاصابة بفيروس كورونا المستجد (كوفيد١٩) (دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي)	م.د. احمد عبدالحسين الياسري	١٤٦٣-١٤٨٣
٤٤.	عقد الاختيار بين الوحدة والتعدد	م.د. هند فائز الحسون م.م. ارم عصام خضير	١٤٨٤-١٥٠٨
٤٥.	دور الاجهزة الرقابية في عملية الاصلاح الاداري والمالي في العراق	م.د قتاده صالح م.م حيدر جاسم محمد	١٥٠٩-١٥٤٥
٤٦.	جرائم جلسات المحاكم (دراسة مقارنة)	م.د منتظر فيصل كاظم	١٥٤٦-١٥٨٤
٤٧.	دور منظمة الامم المتحدة في تنظيم عمل الطائرات المسلحة المسيرة	م.قاسم ماضي حمزة م.د.هاني عبد الله عمران	١٥٨٥-١٦١١
٤٨.	دور التنظيمات النقابية في حماية حقوق العامل في العراق	م.رشا ظافر محي الدين رضا	١٦١٢-١٦٤١
٤٩.	استنباط الاحكام القانونية بدلالة الظهور اللفظي	م.م حسن ضعيف حمود	١٦٤٢-١٦٦٧
٥٠.	التأثير القانوني لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية	م.م. عمر محمد صالح	١٦٦٨-١٦٩٥

الدور الذاتي لمبادئ القانون الدولي الخاص في معالجة الفراغ التشريعي

" دراسة مقارنة "

أ.د خير الدين كاظم الامين
جامعة بابل/ كلية القانون

نور حسين جواد
جامعة بابل/ كلية القانون

ملخص البحث

في بعض الاحيان تكون قاعدة الاسناد منصوص عليها لكنها قاصره عن معالجة فروض معينة غير متلائمة مع طبيعتها الخاصة، ويذهب جانباً من الفقه الى ان القاضي وعن طريق مبادئ القانون الدولي الخاص قد ينشأ قاعدة اسناد غير منصوص عليها، او يقيد حكم عام وارد في قانونه الوطني، او تكون وسيلة القاضي في تفسير نص في قانونه وذلك عن طريق الاسترشاد بهذه المبادئ، وبالتالي ان اهم وظائف مبادئ القانون الدولي الخاص سد الثغرات القانونية ومواجهة الحالات التي لا توجد فيها قاعدة تنازع تواجه الحالة المعروضة، كما وتعمل على توحيد الحلول بتقريبها بين النظم القانونية و تقيد اطلاق احكام القانون الداخلي كذلك تؤدي الى تقديم الحل الموضوعي المباشر للنزاع، علماً ان ميدان العقود الدولية كان من اهم الميادين التي برزت فيه اهمية مبادئ القانون الدولي الخاص، وقد حاولنا في هذه الدراسة وضع اطار نظري وتطبيقي لنظرية مبادئ القانون الدولي الخاص، للحيلولة دون التعويل على عمومية الاسناد او عزوفهِ.

المقدمة

اولاً/ موضوع البحث.

أن المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص موجودة وملازمة بدرجة وثيقة للفكر القانوني، وتحتل بفعل الضرورة مكانها في النظام القانوني الدولي، فالمبادئ تبدو كأداة لسد عجز القانون حينما تنعدم القاعدة التشريعية وتشكل درع انقاذ لكل قاضي في مأزق فعموميتها تسمح لها بالتطبيق على مختلف الفروض والمسائل، وهي ميزان لقياس مدى مراعاة القاضي او المحكم الواقع العملي و خصوصية الروابط الدولية الخاصة، ان القواعد التي يشملها القانون الدولي الخاص بشأن الاختصاص التشريعي اضحت غير قادة على مؤامة الاساليب الحديثة للروابط الدولية، وحتى في فرض ملاحقتها لتلك الاساليب، فهي تقوم على منهج اعمى من حيث اساسه ومن حيث نتيجته.

ثانياً/ اهمية البحث.

أن قاعدة الاسناد تعاملت مع علاقات القانون الدولي الخاص على انها علاقات قانون داخلي معكوسة على مسرح الحياة الدولية، على ان الواقع العملي يظهر أن الروابط الدولية الخاصة بحاجة الى حرية كبيرة واستبعاد الخضوع الحتمي لقانون وطني معين ولا تتحمل قيود تباين واختلاف التشريعات، اذ اننا لا نستطيع ان نغفل عن البعد الشخصي المتعدد في قاعدة الاسناد، فرغم التشابه بين الاحكام القانونية التي تهمين على نظام الاسناد في سائر النظم القانونية لكن تبقى هناك اختلافات جزئية داخل هذه التشريعات.

ثالثاً/ مشكلة البحث.

أن قواعد الاسناد في فرض غياب النص او حتى وجوده لا توائم نشاط الافراد في المسائل التي استفاضت الشكوى من اهمالها سيما تنازع القوانين في العقود الدولية، فكيف لقواعد وطنية معالجة مشكلات الروابط الدولية الخاصة، اذ تدويل الروابط القانونية يقتضي تدويل الحلول التي تحكمها، وكان من شأن عدم توافق القوانين الوطنية وضغط الضرورات العملية ترك انطباعاً على وجود فراغ تشريعي.

رابعاً/ منهجية البحث.

أن المنهج الذي سنتبعه في دراستنا هو منهج مقارن، لأنه منهجاً اكثر انسجاماً مع طبيعة هذا الموضوع، وذلك باختيار ابرز الدول التي اخذت تنظيم المبادئ العامة ومن بينها فرنسا ومصر وسوريا ومقارنتها بموقف المشرع العراقي.

خامساً/ خطة البحث.

تناولنا بحثنا الموسوم " الدور الذاتي لمبادئ القانون الدولي الخاص في معالجة الفراغ التشريعي" في بحثين، المبحث الاول خصص لدراسة دور المبادئ العامة في اطار العلاقات العقدية التقليدية، ثم جاء بحث دور المبادئ العامة في العلاقات العقدية الالكترونية وذلك في المبحث الثاني.

المبحث الأول

دور مبادئ القانون الدولي الخاص في اطار العلاقات العقدية التقليدية

العقد عموماً هو توافق ارادتين على احداث اثر قانوني معين، يتمثل في التزام الشخص قبل شخص اخر او اكثر، بإعطاء شيء او القيام بعمل، او الامتناع عن عمل، فقد جاء في المادة (٧٣) مدني عراقي " العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه "، واذا كان العقد يؤدي دوراً اساسياً في تبادل الثروات والخدمات في القانون الداخلي، فان هذا الدور يتعاظم في القانون الدولي، كما ان العقد الداخلي ينحصر تطبيقه ضمن نطاق جغرافي محدد وفي اطار نظام قانوني واحد هو القانون الوطني، وهذا بخلاف العقد الدولي الذي تتعدى حدوده النظام القانوني الواحد ليشمل عدة قوانين، فتنازع القوانين لابد واقع في ميدان العقود الدولية، وهذا ما سوف يصار بحثه في المطلب الاول، كما سوف نتناول بالدراسة اهم صور الروابط الخاصة الدولية ونبحث في مدى تنظيم التشريع لها وذلك في المطلب الثاني.

المطلب الاول

دور مبادئ القانون الدولي الخاص في اطار العقد الدولي

يحكم العقد الدولي بصفة عامة مبدأ هام وهو مبدأ سلطان الإرادة، ويختلف مفهوم هذا المبدأ في العقود الداخلية عنه في العقود الدولية، فبينما يقصد به في نطاق القانون الداخلي أن إرادة الأطراف حرة في تحديد مضمون العقد وآثاره بشرط ألا تتنافى مع المصلحة العامة ، فان الأمر على خلاف ذلك في نطاق القانون الدولي الخاص للأفراد حيث لا يقتصر سلطان الإرادة على تحديد مضمون العقد وآثاره بل يتعداها الى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، والمشرع العراقي لم يأتي بنص خاص ينظم العقد الدولي، مكتفيا بنص المادة ٢٥ مدني عراقي، التي اورد فيها قاعدة اسناد خاصة بالعلاقات التعاقدية عموما، والتي قد لا تنسجم وطبيعة العقد الدولي، وهنا تبرز اهمية المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في مجال المعاملات الدولية الخاصة التي تتسم بوجود ذات المشكلات القانونية أيا ما كانت جنسية المتعاقدين او مكان ابرام التصرفات او مراكز النشاط الاقتصادي، لذلك ومن اجل الاحاطة بجوانب البحث قسمنا الدراسة الى فرعين، اذ خصصنا الفرع الاول لدراسة العقد الدولي في نطاق الاسناد الوطني، ثم جاء الفرع الثاني لبيان بحث العقد الدولي خارج نطاق الاسناد الوطني.

الفرع الأول

العقد الدولي ضمن نطاق الاسناد الوطني

أن إخضاع العقد لقانون دولة اجنبية لا يكون صحيحاً الا اذا شَرع القاضي بتكيفيه على انه عقداً دولياً[١]، وبذلك يكون الكشف عن دولية الرابطة العقدية يعتبر شرطاً مسبقاً لازماً لتفعيل العمل بقاعدة الاسناد التي تخول المتعاقدين حق اختيار قانون العقد، اذ قبل معرفة اتسام الرابطة بالطابع الدولي من عدمه لا يمكن اعمال قواعد القانون الدولي الخاص، لان في ذلك اهدار للتفرقة بين العقود الداخلية والعقود الدولية، اذ اتصاف العقد بالصفة الدولية يترتب عليه نشأة حق الاطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وبذلك يخرج من نطاق القانون الوطني الى نطاق القانون الاجنبي وبالتالي الى اعمال نظرية تنازع القوانين وتحريك قواعد الاسناد[٢]، ويقودنا التحليل السابق الى التساؤل حول المعيار الذي يعول علية لتحديد مفهوم العقد الدولي، بمعنى اخر ما هو معيار التفرقة بين العقد الداخلي والعقد الدولي؟.

ظهر أكثر من معيار في الفقه لتحديد الصفة الدولية للعقد بين ما هو قانوني " يرتكز المعيار القانوني على كون الصفة الدولية للعقد تستخلص من العناصر القانونية للرابطة العقدية ومدى اتصالها بأكثر من قانون دولة،

وبعبارة اخرى يعتبر العقد دولياً متى تطرقت الصفة الاجنبية الى اي عنصر من عناصر العقد المتمثلة بجنسية اطراف العقد او محل ابرامه او مكان تنفيذ العقد او موطن المتعاقدين، اذ بمجرد تطرق الصفة الاجنبية الى اي من عناصر العقد يعد كافياً بإضفاء الصفة الدولية "، وما هو اقتصادي " بموجب المعيار الاقتصادي ان العقد الدولي هو الذي يترتب عليه حركة ذهاب واياب الاموال عبر الحدود، فهذا المعيار لا يعتد باختلاف جنسية اطراف العقد او اختلاف موطنهم او غير ذلك من عناصر العقد "، وهناك ايضاً ما يسمى بالمعيار المختلط الذي يجمع بين المعيارين السابقين " فكل عقد دولي بالمفهوم الاقتصادي هو بالضرورة دولي بالمفهوم القانوني، اذ لا يمكن التوصل الى دولية العقد من خلال تحليل مختلف عناصر العقد ضمن معيار واحد دون الاعتداد بالمعيار الاخر، بل لابد من تحليل عناصر من خلال المعياريين القانوني و الاقتصادي[٣]، ونرى ان كل من المعيارين يصلح كمعيار كاشف عن الصفة الدولية في العقد، واتصاف العقد بالدولية على اساس المعيارين معاً ما هو الا تأكيداً على دولية العقد[٤].

والعقد الدولي كقاعدة عامة يخضع للقانون الذي يحدده الاطراف بإرادتهم، حيث تعد إرادة الاطراف هي ضابط الاسناد في قاعدة التنازع المتعلقة بالعقود الدولية[٥]، اذ يعتبر قانون الارادة الاسناد الاول في تحديد القانون الحاكم للالتزامات العقدية الدولية.

وأخذت العديد من التشريعات العربية والغربية بهذا منهج الاسناد[٦]، ومنها القانون المدني العراقي في المادة (١/٢٥)[٧]، اذ يتمتع الاطراف الراغبون بالتعاقد بحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق في عقودهم الدولية[٨].

وبهذا فأن معيار سلطان الارادة في المجال القانوني بصفة عامة يراد به جعل الارادة مصدراً ومعياراً للحقوق الشخصية بوصفها الاداة الخالقة للقانون مما ينبثق عنه عدة مبادئ هامة مبدأ حرية التعاقد واحترام ارادة المتعاقدين في تفسير وتنفيذ العقد، وتأسيساً على ما تقدم فان اهم نتائج سلطان الارادة في مجال القانون الدولي الخاص هي قدرة المتعاقدين على اختيار القانون الذي يتلاءم مع النتيجة التي يريدون التوصل اليها على سبيل المثال اختيارهم لقانون اجنبي ينظم عقداً غير معروف في القانون الوطني[٩].

واذا كان مبدأ سلطان الارادة يحقق الكفاية الذاتية للعقد وان العقد شريعة المتعاقدين، الا ان سهام النقد توجهت نحوه، اذ ادى اطلاق هذا المبدأ الى استغلال الطرف الضعيف، وتحكم المنتجون في تحديد اسعار السلع والخدمات سعياً وراء الربح، هذا بالإضافة الى ان حرية المتعاقدين قد وردت عليها الكثير من القيود حتى اتسع نطاق النظام العام بما يفرضه من قيود على حرية ابرام العقود، فلم يعد للمتعاقدين مجال كبير في الاتفاق على ما يخلفه العقد من اثار، بحيث اصبح العقد موجهاً او مداراً بواسطة القانون لا بواسطة المتعاقدين[١٠].

وعند غياب الارادة الصريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق يبحث القاضي عن الارادة الضمنية لأطراف العقد وذلك من خلال شروط التعاقد او ظروفه من ال الحصول على مؤشرات يستدل بها القاضي

للوصول الى القانون الواجب التطبيق والذي يمثل الارادة الضمنية لأطراف العقد، لكن في فرض غياب الارادة الصريحة والضمنية، يحيل المشرع الى اسناد مسبق يخضع له العقد يعرف بالإسناد الجامد للعملية التعاقدية، بمعنى اخر يقوم المشرع عند تخلف قانون الارادة بعملية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية، فيغلق باب الاجتهاد القضائي ويكون الضابط التشريعي هو المرجع في اسناد العلاقات الدولية من خلال تحديد ضوابط معينة يقوم القاضي بتطبيقها[١١]، وفقاً لوجهة نظر المشرع فيما يراه اكثر القوانين صلة بالعقد مثل قانون الموطن المشترك للمتعاقدين او قانون دولة ابرام العقد او مكان التنفيذ، اذ يلتزم القاضي وفقا لهذا المنهج بالضوابط التشريعية وبصورة تدريجية[١٢].

ويتميز هذا الاتجاه بمزايا ومأخذ، فالمزايا تتمثل بما يكفله للمتعاقدين من معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد مسبقا في فرض السكوت عن اختياره على نحو يحقق لهم الامان التعاقدي الذي ينشدونه ويصون الاستقرار المتطلب للتجارة الدولية، ومن جانب اخر يأخذ على الاسناد الجامد والمسبق بانه لا يراعي ذاتيه العقد وملابساته، وتفاوت المراكز القانونية بين الاطراف المتعاقدة، فلا يمكن اخضاعها الى اسناد مسبق[١٣].

الفرع الثاني

العقد الدولي خارج نطاق الاسناد الوطني

أن خضوع العقود الدولية لنظام قانوني مستقل عن كل الانظمة القانونية، سواء كانت قوانين الدولة المتعاقدة او قوانين وطنية محايدة بات امراً مفروغاً منه، فالأطراف في هذا النوع من العقود يتواجدون في مراكز قانونية غير متكافئة، مما يعني ان اخضاعها لأحد تلك الانظمة سيهدد ذاتيتها طالما ان القوانين الوطنية جاءت لتنظيم العلاقات الناشئة بين اطراف ذات مراكز متساوية[١٤].

والمشرع العراقي جاء بنص عام[١٥] يحكم العلاقات الخاصة الدولية في فرض الغياب التشريعي الخاص، وهو امراً بديهياً تطبيقاً للتفسير الحرفي الصريح للنص الا وهو" يتبع فيما لم يرد بشأنه نص ... "، سابقاً اياه بنص خاص[١٦] بضمار العقد، ولكن هل يمنع وجود النص الخاص تطبيق النص العام، في هذا الصدد انقسم الفقه الى اتجاهين، الاول اكد امكانية القاضي من تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص حتى مع وجود النص الخاص، وذلك لتقيد حكماً عاماً كاشتراط وجود صلة بين علاقة الاطراف والقانون المختار او اشتراط ان تكون الارادة الضمنية مؤكدة حتى وان لم تذكر ذلك قاعدة الاسناد العقدية[١٧]، بينما ذهب الاتجاه الثاني من الفقه[١٨] الى القول بتعطيل النص العام في مجال العقود وذلك تأسيساً الى قاعدة "لا اجتهاد في مورد النص" فالنص الخاص ينظم جميع الالتزامات التعاقدية[١٩].

تناول النص الخاص "الالتزامات العقدية" بصفة عامة دون تحديد لطبيعة العقد التي تتولد تلك الالتزامات عنه، ثم اوردت الفقرة الثانية من ذات المادة استثناء بالنسبة للعقود المتعلقة بالعقار، ومن باب اولى ان يفسر وجود استثناء من النص العام على انه تأكيد لعمومية الاسناد المقرر في الفقرة الاولى، وهذا يعني ان كل عقد لا يكون محله عقار يسري عليه نص المادة ١/٢٥ مدني، ان هذه النتيجة وان صحت بالنسبة للعقود المدنية والتجارية كقاعدة عامة، الا ان قبولها محل نظر فيما يتعلق بالاتفاقات التي تبرم خارج اطار القانون الخاص، وذلك ان الظاهرة العقدية لم تعد مقصورة على العلاقة بين الافراد كما تصورها التقنين المدني بل تجاوزها الى رحاب جديدة تلعب فيها الدولة و مرافقها العامة دور بالغ الاهمية، حيث ان عقود القانون العام التي تبرمهما الدولة او احدى هيئاتها ومؤسساتها العامة مع طرف اجنبي لا تخضع بالضرورة لقاعدة الاسناد التي اوردتها المادة ٢٥ مدني عراقي و ١/١٩ مدني مصري المختصة في شأن العقود في القانون الدولي الخاص، كما انه لا محل للقياس لاختلاف المناط، وبالتالي فان المصدر الخصب الذي يمكن الاستناد اليه في معالجة موضوع عقود الدولة هو الذي اشارت اليه المادة ٣٠ مدني اي " مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً[٢٠]" كما تكشف عنها الدراسة المقارنة والسوابق الدولية القضائية واحكام هيئات التحكيم[٢١].

ويجب التنبيه الى ان عقود الدولة مع اطراف اجنبية لا تكون على وتيره واحدة وانما تخضع لتصنيفات وتقسيمات متعددة[٢٢]، والدولة او السلطات التي تعمل باسمها تلجأ احيانا الى التعامل وابرام العقود بعيداً عن مظاهر السلطة العامة على نحو تخضع الى قواعد القانون الخاص، كما لو قامت باستئجار شقة لسكن احد ممثليها الدبلوماسيين، او دخلت سوق القمح الدولي لشراء كميات منه او استأجرت سفينة لنقل القمح المشتري الى اقليمها، ونلاحظ ان العقود في هذا المجال تخضع لقاعدة الاسناد العادية التي تحكم سائر العقود المدنية والتجارية، لكن مفهوم قانون الارادة بات غير ملائم لمعطيات التجارة الدولية المعاصرة، فقانون الارادة وفق ذلك المفهوم هو قانون وطني لدولة معينة اي قانون موضوع اساسا لتنظيم العقود الداخلية وهذا لا يتناسب وخصوصية العقود الدولية، فالدولة او الجهات التي تعمل باسمها قد تلجا في احيان معينة الى ابرام عقود مع اطراف اجنبية في ظروف مغايرة بوصفها سلطة عامة لتقوم بتحقيق اهداف لا يسعى اليها الافراد عادة، مثل شراء اسلحة للحفاظ على امنها الداخلي والخارجي، ابرام عقود امتياز مرافق عامة تفرضها متطلبات تسير مرفق عام كالكهرباء او المياه، الخ..، وهذه الطائفة الاخيرة هي المعنية بالعقود الدولية والتي تتطلب اسنادا متميزا من حيث النظام القانوني الذي تخضع له، فضلا عن تمتعها بالحصانة الدولية، سواء من ناحية الاختصاص

القضائي الاجنبي او من ناحية عدم جواز الحجز والتنفيذ على المال العام، علما انه يجوز للدولة التنازل عن حصانتها اذا قبلت بإرادتها الخضوع للقضاء الاجنبي في صدد منازعتها العقدية[٢٣]، فالعقود التي تبرمها الدولة مع طرف اجنبي لأستغلال ثروة وطنية او لإقامة مشروع صناعي، فأن مثل هذه العقود التي اطلق عليها حديثاً "عقود التنمية الدولية "، هذه العقود تثير خلافًا كبيراً حول امكانية ادراجها تحت طائفة واحدة وتكييفها جميعاً على نحو واضح مقبول عالمياً، فالدولة عندما تصرح بمباشرة الاستثمار الاجنبي انما تمارس عملا من اعمال السيادة على الاقليم الذي يتم تنفيذ المشروع في نطاقه، ولكن من ناحية اخرى فالطرف الاجنبي يحرص على ضمان مستقبل استثماره بالاتفاق على مجموعة من الشروط العقدية تكفل له اكبر قدر من المزايا والضمانات، حيث عادة ما يحرص الاخير الى تجريد العقد من طابع القانون العام اللصيق به وتحويله بالقدر الممكن الى هالة القانون الخاص، او على الاكثر ذات طبيعة خاصة اقرب الى عقود القانون الخاص[٢٤].

ونَهَضَ في مقابل الموقف المتقدم جانبٌ من الفقه ذهب إلى القول: إن العقود التي تبرمها الدولة لتحقيق تنمية مواردها الاقتصادية لا تدخل في عداد القانون الخاص العادية بل هي بحكم طابعها المميز " عقود القانون العام" ولو صح قياسها في بعض مظاهرها على عقود القانون الخاص او تشبيهها بها، ونحن في بحثنا لا نسعى أساساً إلى دراسة مختلف المواقف، وإنما نتناول جانباً محدوداً يقتصر على ما يتعلق بمدى استمرارية المبدأ العام من مبادئ القانون الدولي الخاص، فالمحاكم الدولية هي التي تفصل في المنازعات بين الدول او بين الدول ومواطني دول اخرى، وتأسيساً على ما تقدم ذهب جانبٌ من الفقه الى انفراد العقود الدولية بالخضوع الى قانون الدولة المتعاقدة، كون هذا القانون هو القانون الذي ترتبط به عقود الدولة ارتباطا وثيقا، فعادة ما تبرم هذه العقود في اقليم الدولة المتعاقدة ويتم التنفيذ فيها، علاوة على ذلك ارتباطها بالمصالح الاساسية لهذه الدولة[٢٥].

بينما ذهب اتجاهٌ اخر إلى أن عقود الدولة المبرمة مع اشخاص خاصة يجب ان تكون خاضعة الى المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص وليس للنظام القانوني الوطني في الدول المتعاقدة اذ النظام القانوني الداخلي للدولة المتعاقدة يتعين استبعاده كليا في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على اساس وجود قاعدة اسناد خاصة قوامها اختيار سلبي يمنع تطبيق قانون الدولة المتعاقدة ومما يؤكد الاختيار السلبي المتمثل بوجود شروط تثبيت العلاقة العقدية وحل المنازعات الناشئة عن عقود الدولة عن طريق التحكيم الذي يطبق المبادئ المشتركة بين عدة دول واقصاء الاسناد للقانون الوطني.

ان وصف القانون يصدق على مبادئ القانون الدولي الخاص، وانها تسري بموجب قاعدة التنازع متى اختار اطراف العقد الدولي سريانها على التزاماتهم التعاقدية، خاصة اذا اخذنا بنظر الاعتبار ان المبادئ العامة هي " مجموعة القواعد التي اكتسبت طابعاً عالمياً بسبب طبيعتها المشتركة وتحررها من الخصوصيات الوطنية عند وضعها للحلول المقنعة والمنطقية في تنازع القوانين " فان " المبادئ العامة "، تدخل ضمن المعنى العام للقانون ومنحها الاختصاص التشريعي يحقق معنى اختيار القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الناشئة عن العقد الدولي، ويدعم هذا التحليل نص المادة (٢٩٥) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ التي تنص صراحة على جواز الاتفاق على سريان المبادئ العامة " تسري الاحكام العامة الواردة في هذا الفصل على البيوع الدولية المنصوص عليها في هذا الباب وللطرفين ان يتفقا على احكام غيرها اذا اقتضت ذلك ظروفهما الخاصة او متطلبات التعامل الدولي "، وبهذا الاتجاه اخذ مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي اذا نصت المادة (٣٠) منه على انه " تفصل هيئة التحكيم في النزاع المعروض عليها وفقاً لما يأتي: اولاً : القواعد التي يتفق عليها الطرفان. ثانيا: اذا اتفق الطرفان على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك ".

وبذلك باتت المبادئ العامة ذات دور تعضيدي[٢٦] ومكمل للقانون الوطني اذ تتدخل متى انطوى القانون المختار على نقص او للحلول محل القواعد المستبعدة، حتى ان بعض قرارات التحكيم تشير فقط الى المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص بوصفها منظم " للقانون الوطني "، ومن ثم يصار الى تقييم القانون الوطني من خلال مدى توافقه مع المبادئ العامة، ومتى كانت النتيجة ايجابية عبرت هيئة التحكيم عن رضاها بالقانون الوطني وطبقته على وقائع النزاع، وهذا ما صرحت به هيئة التحكيم الخاصة في قرارها بدعوى شركتيّ جنوب الباسفيك ضد مصر، حيث ذكرت هيئة التحكيم في الفقرة ٨١ من حيثيات الحكم ما يلي:

" على افتراض اتفاق طرفي العقد على تطبيق القانون المصري، فإن مثل هذا الاتفاق لا يمكن ان يستبعد كلياً التطبيق المباشر للقانون الدولي في أحوال معينة، إن قانون جمهورية مصر العربية، ككل الانظمة القانونية الوطنية، ليس بالكامل ولا بالشامل، وحيث يعتريه نقص فلا يمكن القول بوجود اتفاق على تطبيق قانون لاوجود له. وفي مثل هذه الحالة، فإنه لابد من القول بغياب الاتفاق وتبعاً لذلك تطبق الجملة الثانية من الفقرة الاولى من المادة ٤٢ "[٢٧]، ثم بينت مآل ذلك في الفقرة ٨٤ ، التي جاء فيها: " إذ أنطوى القانون الوطني على نقص أو تضمن تطبيق القانون الوطني خرق للقانون الدولي، فإن المحكمة ملزمة بموجب المادة ٤٢ من معاهدة واشنطن

بالتطبيق المباشر لمبادئ وقواعد القانون الدولي ذات الصلة. وكما أشار أحد واضعي مسودة معاهدة واشنطن فإن مثل هذه العملية لا تتضمن الاعتراف أو إنكار قانون الدولة المضيفة، بل ينشأ عنها عدم تطبيق ذلك القانون أو عدم الاعتراف بالتصرف الصادر بموجب قانون ينتهك القانون الدولي"[٢٨].

بمعنى اخر انه وحتى في حالة التي يتفق فيها الاطراف على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة فان هذا لا يمنع هيئة التحكيم من تطبيق المبادئ العامة، وذلك في فرض وجود نقص في القانون المختار، او عدم ملائمته، او لتفسير النصوص الغامضة فيه، خاصة وان النظم الداخلية تعاني عادة من قصور في الاحكام الخاصة بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، اذ من المعلوم ان القانون المختار لا يعني دائماً انه الاكثر ملائمة لحماية مصالحها، فقد تمسكت الكاميرون في مرافعتها امام المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار في قضيتها في مواجهة شركة (Klockner) بعدم التطبيق الاستئثاري لقانونها الوطني على عقدها المبرم مع هذه الشركة، حيث طلبت الاستعانة بمبادئ القانون الدولي الخاص، مما يعني ان القانون الوطني لم يكن يخدم مصالحها وان المبادئ العامة كانت هي الاكثر حماية، وفي نزاع اخر بين شركة (CDSE) وحكومة كوستاريكا بتاريخ ١٩٩٦/٣/٢٢، امام هيئة التحكيم التابعة لتسوية منازعات الاستثمار، اذ طالبت كوستاريكا بتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص فقط، كقانون واجب التطبيق على العقد، ورأت بانه حتى وان كان اتفاق الطرفين غير مكتوب وغير واضح بصورة كافية، الا انه يمكن استنتاجه من طلب التحكيم ومن موافقة الحكومة على اختصاص المركز بنظر النزاع، ولا شك ان حكومة كوستاريكا قد رأت في تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص تحقيقاً لمصلحتها[٢٩].

فالنظام القانوني الذي يحكم العقد الدولي هو في نهاية الامر يطبق المبادئ العامة المعترف بها في العالم المتمدين تستخلص من دراسة نظم القانون الخاص[٣٠].

اذ هناك عددًا من العقود تشير صراحة الى اعمال مبادئ القانون الدولي الخاص، وتطبيقا لذلك المادة (٤١) من الاتفاق الموقع بين E.R.A.P و N.J.O.C والشركة الفرنسية لبترول ايران (Sofiran)، اذ تنص هذه المادة على ان " ولقد اتفقت الاطراف المتعاقدة على ان لا تتقيد محكمة التحكيم او المحكم المنفرد من اجل اصدار حكم التحكيم بأية قاعدة من قواعد القانون، بل يكون لها الحق في ان تؤسس حكمها على اعتبارات العدالة والمبادئ العامة للقانون المعترف بها وعلى وجه الخصوص القانون الدولي "[٣١].

ومن ذلك ايضا العقد المبرم بين حكومة فيتنام وبعض الشركات الاجنبية التي تعمل في نطاق البترول والمبرمة عام ١٩٢٦ والتي تنص على ان " يستند المحكمون من اجل اصدار حكم التحكيم على مبادئ الانصاف ومبادئ القانون الدولي "[٣٢].

كما إن الأطراف المتعاقدة قد تنص صراحة في العقد على شرط اختيار القانون الواجب التطبيق المستند الى مبادئ القانون الدولي الخاص، ففي العقد المبرم بين دولة الكويت والشركة العربية المحدودة للبترول المبرمة عام ١٩٥٨ نصت المادة على انه " ... ونظرا لاختلاف جنسية الاطراف المتعاقدة، فان هذا الاتفاق يرتب اثاره ويتعين تفسيره واعمال احكامه طبقا للمبادئ المشتركة في كل من الكويت واليابان، وفي حالة غياب مثل هذه المبادئ المشتركة طبقا للمبادئ المعترف بها بين الامم المتمدينة ".

فالأطراف يمكنها عن طريق الاشارة الصريحة أو الضمنية اخضاع العقد إما الى القانون الوطني او القانون الدولي أو مبادئ العامة للقانون او الى مزيج من هذه الانظمة، وفي هذا الصدد لا بد من ملاحظة ان الاشارة الى مبادئ القانون الدولي الخاص لا تكفي في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ما لم تكن متزامنة بالإشارة الى النظام القانوني الذي تقود اليه المبادئ وتستمد منه، فكأن مبادئ القانون الدولي في علاقتها مع القانون الواجب التطبيق تؤدي دوراً تكميلياً وتصحيحياً[٣٣].

المطلب الثاني

تطبيقات مبادئ القانون الدولي الخاص في مجال الاسناد

ان التطور الحاصل في اطار العلاقات الدولية الخاصة وازياد النشاط التجاري حركة الاموال والاشخاص عبر الحدود جعل قاعدة الاسناد العامة عاجزه عن التطور وتحديد القانون الملائم لكثير من نماذج العقود الحديثة نسبيا التي لم تعد قاعدة الاسناد التقليدية تتلاءم معها مما اوجد دوراً واضحاً لمبادئ القانون الدولي الخاص في نص المادة (٣٠) محل البحث لتحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العقود عبر رصد تلك العلاقات من خلال ثلاث مطالب نحدد فيها ثلاث انواع من العلاقات الدولية الخاصة نظرا لما تمتاز به من خصوصية، وسوف نتناول بالدراسة عقد العمل في المطلب الاول، ثم نبحث دور مبادئ القانون الدولي الخاص في الاوراق التجارية في المطلب الثاني واخيرا ندرس في المطلب الثالث عقد الاستثمار.

الفرع الأول

عقد العمل

عَرَفَ المشرع في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ عقد العمل في المادة (١/٩٠٠) الملغية بانه " عقد يتعهد به احد طرفيه بأن يخصص عمله لخدمة الطرف الاخر ويكون في ادائه تحت توجيهه وادارته مقابل اجر يتعهد به الطرف الاخر، ويكون العامل اجيراً خاصاً "، اما المادة (١٣) من قانون العمل العراقي رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ فقد عرف عقد العمل بانه " هو اتفاق بين العامل وصاحب يلتزم فيه بأداء عمل معين لصاحب العمل تبعاً لتوجيهه وادارته ويلتزم فيه صاحب العمل بأداء الاجر المتفق عليه للعامل "، كذلك عرف قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١ والتعديلات التي اجريت عليه لصالح العامل فقد عرف العامل بانه " كل شخص طبيعي سواء كان ذكر ام انثى يعمل بتوجيه واشراف صاحب العمل وتحت ادارته سواء كان يعمل بعقد مكتوب او شفوي صريح او ضمني او على سبيل التدريب او الاختبار او يقوم بعمل فكري او جسدي لقاء اجر أياً كان نوعه بموجب هذا القانون ".

وأتضح من تقصي احكام القضاء بصفة عامة تضارب الحلول وعدم استقرارها على ضابط معين في شأن القانون المختص بحكم علاقة العمل، فقد استندت العلاقة تارة الى قانون الارادة بوصفه القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية بصفة عامة وتارة اخرى الى قانون مكان التنفيذ بوصفه القانون الذي يتصل بروابط مباشرة بالعلاقة وتسود فيه قوانين البوليس والامن التي يستحيل تفاديها او التحرر منها، وهناك احكام ذهبت الى تطبيق قانون المركز الرئيسي للمشروع على علاقات العمل بل ان بعض الاحكام قد اسندت علاقات العمل الى قانون مكان الابرام، كما اخذت احكام اخرى قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين[٣٤].

ويتضح مما تقدم تنوع الحلول بين الضوابط المتعددة بالإضافة الى ان هناك احكام قد جمعت بين كل او بعض الضوابط السابقة، على نحو يتعذر معه معرفة الضابط الحاسم، مما استلزم البحث عن اسناد العلاقة الى قانون محدد يتماشى مع طبيعتها، كما ان تفادي الحلول المتناقضة يحقق الامان القانوني وهو احد الاهداف التي تسعى اليها حلول تنازع القوانين[٣٥]، بالنسبة لمشكلة القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الفردي ذو الطابع الدولي فأنها تعد من ادق المشاكل واكثرها جدلاً في فقه القانون الدولي الخاص، اذ لم يتفق بشأنها على اسناد خاص وثابت يتناسب وخصوصية هذه العقود واهميتها، وذلك نتيجة لازدياد تدخل المشرعين بالتنظيم الامر لإحكام هذا العقد، مما ادى الى حصر دور الارادة في مجال ضيق ومحدود، الامر الذي اثار جدلا عن مدى

صلاحية حكم هذا العقد بالقاعدة العامة التي تحكم العقود[٣٦]، ولا شك ان قانون الارادة قد يؤدي حلول تعسفية في اطار علاقات العمل الدولية اذ ان ارادة رب العمل تستطيع ان تفرض قانونا على العامل اقل فائدة من القانون الذي اقتضت العدالة تطبيقه، كل ذلك له تأثير ملحوظ على قاعدة الاسناد الخاصة بالعقود وتعتبر عقود العمل الفردية ذات الطابع الدولي النموذج الواضح من العلاقات التي تأبى طبيعتها الخضوع لقانون الإرادة[٣٧].

وخصوصية هذا العقد تتمثل في كثرة القواعد الامرة التي وضعها المشرع لتنظيمه، مما دفع جانباً من الفقه الى القول بان عقد العمل ينقسم الى شقين: الاول يضم القواعد المتعلقة بالقانون الخاص وتكون ذات صفة غير امرة ويترك فيها الحرية المطلقة للمتعاقدين في تنظيمها، اما الشق الثاني فيضم القواعد ذات الطبيعة الامرة والتنظيمية وهذه القواعد تكون متعلقة بالنظام العام في حين يذهب البعض الاخر الى اخراج عقد العمل من نطاق تنازع القوانين، حيث يعدونه من العقود الخاضعة للقانون العام بشكل كامل وبالتالي فهو يخضع للقانون الاقليمي، ويناصر هذا الاتجاه كل من الفقيهين (Niboyet) و (Caleb)، ويشار بان هذا الرأي قد تم هجره نظراً لان الفقه الحديث قد اقر بوجود قواعد خاصة واخرى عامة في قانون العمل[٣٨]، وتطبيقاً لقاعدة خضوع عقد العمل لقانون الارادة فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٤/٧/١ بأن القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق بشان عقد تمثيل تجاري كان قد ابرم بين فرنسيين في فرنسا، وقد جعلا الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن هذا العقد للمحاكم الفرنسية، رغم ان العقد كان قد نفذ في المانيا حيث يوجد فيها محل اقامة المندوب، وقد استند الحكم الى ثلاثة عناصر وهي جنسية الاطراف المشتركة، ومحل الابرام، ومنح الاختصاص للقضاء الفرنسي، وهذا العنصر الاخير يدلل وبشكل واضح على رغبة الاطراف الضمنية بالخضوع لقانون المحكمة التي سيعقد لها الاختصاص، وعملا بهذه الارادة الضمنية فقد طبقت المحكمة القانون الفرنسي[٣٩].

ان القواعد القانونية التي تنظم عقود العمل تدخل ضمن التشريعات الآمرة التي لا تترك مجالاً للأفراد في حرية اختيارها، ذلك لان المشرعين في معظم الدول وكما رأينا قد تدخلوا بتنظيم احكام هذا العقد كونه من العقود التي تختل فيها المساواة بين اطرافها (العامل وصاحب العمل) واضفوا على قواعده الصفة الامرة، الامر الذي دفع جانب من الفقه[٤٠] الى القول بان هذا العقد قد خرج من دائرة الاحكام الخاصة بالعقود المدنية، واضحى من العقود التنظيمية الموجهة من قبل الدولة كونه يرتب آثاراً حتى في حالة بطلانه او عدم انعقاده اصلا، فما دامت هناك علاقة عمل تابع فان احكام قانون العمل تحكم المسالة مباشرة، وفكرة علاقة العمل التابع هذه أدت

الى القول بضرورة اخراج عقد العمل من قاعدة قانون الارادة واخضاعه لقاعدة اسناد اخرى تتناسب وخصوصية هذا العقد[٤١]، ويرى الاستاذ (Batiffol) [٤٢] بانه حتى في حالة الاخذ بفكرة الارادة ارادة الاطراف عندما تكون صريحة، فان الامر يثير اشكالا في حالة عدم تصريح المتعاقدين باختيارهم للقانون الواجب التطبيق، حيث يقوم القاضي باستخلاص ارادة الاطراف الضمنية وهذا ما يؤدي بطبيعة الحال الى عدم طمأنينة المتعاقدين، إذ من الممكن ان يطبق عليهم قانون لم يكن في توقعاتهم او حساباتهم، لان سلطة القاضي في استخلاص الارادة الضمنية هي سلطة تحكمية وغير ثابتة، وقد تختلف من محكمة الى اخرى مما يؤدي الى اختلاف واضطراب في الحلول المطبقة على عقود العمل، فضلا عن ذلك فان قاعدة قانون الارادة لا يمكنها حل بعض المسائل التي تعد محلاً لأنظمة اسناد معينة كالمسائل المتعلقة بقواعد العمل ذات التطبيق الضروري[٤٣] والنظام العام والاهلية، ويلاحظ ان غالبية التشريعات تخضع العقد غياب الاختيار لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا او جنسية، فان اختلفا فيخضع العقد لقانون بلد الابرام، واساس تطبيق هذين القانونين يعود الى اعتبارهما يعدان تارةً بمثابة قرينة للإرادة المفترضة للمتعاقدين، وتارة اخرى بوصفهما يمثلان تركيزاً موضوعياً للرابطة العقدية في عقد العمل[٤٤].

أن الحجة التي يستند اليها انصار هذا الرأي باعتبار ان قانون الموطن المشترك معلوم لدى الاطراف اكثر من أي قانون اخر، هو قول مردود، اذ من الممكن ان يكون الاطراف على علم بمضمون قانون بلد التنفيذ الاجنبي ايضاً، فضلاً عن ذلك فان اغلب الفقه قد أخرج عقد العمل من نطاق قانون الارادة، ويشمل ذلك الارادة الصريحة او الضمنية، وعليه فان هذا العنصر بوصفه قانونا للإرادة المفترضة لا يصلح كضابط للأسناد في عقود العمل[٤٥]، اما فيما يتعلق باعتبار قانون الموطن المشترك بمثابة تركيز للرابطة العقدية في عقد العمل، فقد قيل بأن هذا العقد يجب ان يتم اسناده بطريقة مزدوجة وذلك باحترام ارادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد، فاذا ما تخلف الاختيار الصريح او الضمني، فينبغي عندئذ اللجوء الى نظرية التركيز، أي تركيز العقد وفقاً للعناصر الواقعية المرتبطة به والمحيطة بظروف التعاقد، وموضوعه، والتي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بقانون بلد معين[٤٦]، ومما يؤخذ على هذا الرأي، ان قانون الموطن المشترك وفقا لمفهوم نظرية التركيز لا يعبر عن الرابطة الاكثر وثوقا بالعملية التعاقدية في نطاق عقد العمل، وحيث ان نظرية التركيز تستلزم تطبيق القانون الاوثق صلة بالعقد، لذا فان هذا العنصر لا يمكن ان يعول عليه، اذ انه لا يحقق بذاته الكفاية اللازمة كضابط اسناد في عقود العمل الا اذا تعزز بعناصر اخرى تدعمه[٤٧]، من كل ما سبق يمكن ان نستنتج بأن قاعدة الاسناد الخاصة بالعقود الدولية

لا تتلاءم مع عقد العمل الفردي، نظرا للانتقادات التي وجهت لها بدءً من القانون المختار وانتهاءً بقانون الموطن المشترك وقانون محل الابرام، وعلى هذا النحو فقد تم هجر تلك الاتجاهات التي اصبحت لا تتلاءم مع تطور عقد العمل، واتجه البصر الى البحث عن قاعدة اسناد اخرى تتلاءم وخصوصية هذا العقد[٤٨]، وهذه الاعتبارات دفعت بغالبية الفقه الى اخضاع عقد العمل لقانون دولة التنفيذ، عن طريق تطبيق نظرية التركيز، باعتبار ان هذا المكان يمثل الوسط الاجتماعي والاقتصادي الذي ينفذ فيه العمل، كما انه يمثل محل ثقل الرابطة العقدية[٤٩]، اما عن قانون بلد التنفيذ فإنه يعد وبحق العنصر الحاسم والمؤثر، ليس في نطاق عقد العمل فحسب وانما في كافة العقود الدولية كونه يعبر عن المكان الذي ينتج فيه العقد اثاره، كما يتجلى في هذا المحل الاداء المميز للعقد. هذا وان تنظيم العمل يعد الحجة الاساسية التي يُستند اليها في تطبيق قانون مكان التنفيذ، باعتبار ان التطابق بين القانون الواجب التطبيق على عقد العمل والقانون المختص بتنظيم العمل، يؤدي الى تجاوز الصعوبات المترتبة على التمييز بين المسائل المتروكة لسلطان الارادة والمسائل الآمرة في قانون العمل[٥٠]، فقد تعددت احكام القضاء التي اعتنقت قانون مكان التنفيذ في علاقات العمل وعلى هذا النحو فان قانون مكان تنفيذ العمل يكون هو المختص بحكم عقود العمل، كونه يمثل المحل الذي تتركز فيه العناصر الاساسية للعقد، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٣ فبراير ١٩٧١ بان قانون مكان التنفيذ هو المطبق على علاقات العمل الدولية، فطبقت القانون الفرنسي على علاقة عمل نفذت في فرنسا وابرمت في بلجيكا[٥١].

وبقدر تعلق الموضوع بتعيين القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الفردي ذات العنصر الاجنبي وفقاً للتشريع العراقي فقد تم تنظيم عقد العمل الدولي بقواعد التنازع الواردة في المادة ١/٢٥ من التقنين المدني العراقي من حيث الموضوع باعتبار عقد العمل الدولي نوع من انواع الالتزامات التعاقدية الدولية التي نظمتها المادة ١/٢٥ وبالتالي يسري على عقد العمل الدولي ما يسري على الالتزامات المتعاقبة الدولية من احكام معينة تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي، بالنظر لعدم التنظيم الدقيق لتعيين القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي في قانون العمل العراقي رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ فقد احالت جميع المنازعات المتعلقة بتعيين القانون الواجب التطبيق لحكمها بقواعد التنازع المنصوص عليها في المادة ١/٢٥ من التقين المدني العراقي، الا أن تطبيق نص المادة ١/٢٥ على عقد العمل الدولي من حيث الموضوع قد يواجه بعض الصعوبات تتمثل هذه الصعوبات بأن عقد العمل فيه جانب تعاقدي صرف تندرج في نطاق القانون

الخاص، وجانب آخر تنظيمي يندرج غالباً في إطار القانون العام ويبتعد عن ارادة الاطراف، إذ تعبر عن مسائل الامن المدني بقواعده الآمرة مثل تحديد ساعات العمل والاجور والاجازات التي يتمتع بها العامل، فإذا عرض على القاضي العراقي نزاع يتعلق بعقد عمل فردي فإنه يعمل في هذه الحالة على تطبيق احكام المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي، ومن جانبنا نرى ان نصوص قانون العمل العراقي رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ تضمنت قواعد آمرة متعلقة بعقد العمل الا انها لم ترد اي نص يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي.

الفرع الثاني

الاوراق التجارية[٥٢]

تتداخل المسائل التي يعالجها القانون التجاري والقانون الدولي الخاص، ففي طبيعة الموضوعات والعلاقات التي يتضمنها القانون التجاري ما يدخل ضمن تحليل معين ضمن مجموعة العلاقات ذات العنصر الاجنبي اي التي تأخذ الصفة الدولية، ان تنظيم التصرفات القانونية بصفة عامة لا تسري بخصوص بعض التصرفات التي تكون ذات طبيعة خاصة، حيث اجمع الفقه على ان قواعد الاسناد المقررة في المادة ٢٥ مدني عراقي لا تنطبق في شأن كافة العقود، وسوف نرى ان نص المادة ٢٥ ذاته لا يصلح كضابط اسناد يحكم موضوع الدراسة الاوراق التجارية في جميع الفروض.

عرفت المادة (٣٩) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ الورقة التجارية[٥٣]، وهذا خلافاً للتشريعات السابقة فلم يذكر في قانون (١٩٤٣) و (١٩٧٠)، كما ان اغلب التشريعات لم يرد فيها تعريفاً محدداً للورقة التجارية، وقد وضع الفقه بدورة تعريفات عديدة للأوراق التجارية تدور في جملتها حول ضرورة توافر مجموعة من الخصائص في الورقة التجارية بان تكون مصاغة في محرر مكتوب وفقا لأوضاع شكلية يحددها القانون قابلة للتداول بالطرق التجارية تمثل حقا موضوعه مبلغ من النقود مستحق الوفاء لدى الاطلاع او بعد فترة من الاطلاع، ويستقر الفقه على قبولها كأداة لتسوية الديون شأنها شأن النقود، وتعرف اغلب التشريعات انواع ثلاثة للأوراق التجارية هي الحوالة التجارية والكمبيالة والصك، وهذه الاوراق كثيرا ما تستخدم في تسوية علاقات بين اشخاص يقيمون في دول مختلفة، فقد تحرر الورقة في دولة ويتم تداولها في ثانية وثالثة ورابعة وتكون مستحقة الوفاء في ثانية، ولا احد ينكر ان الاوراق التجارية هي من النظم القانونية التي ولدتها الحاجة

المشتركة بفعل عوامل متماثلة عند الجميع، ولعل هذا من شأنه ان يفسر ذلك التشابه بين الاحكام القانونية التي تهمين على نظام الاوراق التجارية في سائر النظم القانونية، فالتشريعات جميعا تعرف طريقا خاصا لانتقال هذه الاوراق وهو تداولها عن طريق التظهير، وتعرف مبدا استقلال التواقيع وعدم الاحتجاج بالدفوع، ومبدأ التضامن بين سائر الملتزمين في الورقة، وطرق الرجوع واحكام السقوط والتقادم، لكن تبقى هناك اختلافات جزئية داخل هذه التشريعات مما يفتح الباب امام حالات التنازع، بالإضافة الى هذا فان التعامل مع الورقة التجارية بوصفها بناء قانوني خاص قد يختلف من دولة الى اخرى، فمثلا التشريعات تختلف في تفسير العلاقات الناشئة عن الورقة التجارية، فالبعض يفسرها على اساس القواعد العامة في الالتزامات، والبعض الاخر يرى في تحرير الورقة التجارية او تظهيرها تصرفا قانونيا ذات طابع متميز ومنفصل عن سببه بوجه خاص، والبعض يعمد الى رد الورقة التجارية لا الى فكرة التصرف القانوني وانما الى فكرة موضوعية بحته هي حماية الثقة المشروعة كل تلك اختلافات ومشاكل لا يمكن ان تمضي دون ان تترك انعكاساتها على نظرية تنازع القوانين في نطاق العلاقات الخاصة الدولية ويلاحظ انه لا يوجد في التشريع العراقي نصوص خاصة تتضمن حلولاً للتنازع في مسائل الالتزام الصرفي، الامر الذي يطرح التساؤل حول ما اذا كان ينبغي البحث عن هذه الحلول في كنف القواعد العامة الواردة في القانون المدني ام ان هذه القواعد تعجز عن القيام بهذه المهمة وانه ينبغي البحث عن الحل تحت ستار مبادئ القانون الدولي الخاص، ان الطبيعة الخاصة بالأوراق تقتضي الا نعمل عليها الاحكام المقررة بالنسبة للتصرفات القانونية بصفة عامة هكذا دون قيد او شرط وانما ينبغي مراعاة هذه الطبيعة، ومبادئ القانون الدولي الخاص التي نصت عليها المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي هي المرجع في هذا الخصوص للكشف عن القاعدة الملائمة في هذا الصدد، وامام هذا القصور في المعالجة فان القضاء مدعو الى ان يرجع لمبادئ القانون الدولي الخاص للكشف عن قاعدة الاسناد التي تتناسب وطبيعة الالتزام الصرفي[٥٤].

وبالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزام الصرفي في العراق، قد عالجتها المادة ٤٨ من قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤، فمتى كانت القاعدة العامة لا تستوعب جميع فروض التنازع بصورة كلية مما يستدعي البحث عن قاعدة اسناد تخييرية مع مراعاة التدرج من القاعدة الى الاستثناء، وقاعدة الاسناد هذه هي محل الالتزام الصرفي في فرض قصور القانون الشخصي، كذلك فالطبيعة الخاصة للأوراق التجارية تقتضي عدم اعمال القاعدة العامة في الاهلية وهي تطبيق قانون الجنسية الملتزم، وعلى ذلك فان قضاءنا العراقي مدعو الى البحث عن القانون الذي يحكم اهلية الالتزام الصرفي لعدم صلاحية المادة ١٨ مدني

عراقي في هذا الشأن نظراً لما الاوراق التجارية من طبيعة خاصة، اذ تعدد الجنسية وانعدامها وتغيرها واخفاء نقص الأهلية تمثل في مجملها اخلالاً بتطبيق قانون الدولة التي ينتمي اليها الملتزم بجنسيته وتهدد الثبات المنشود في القانون الذي يحكم أهلية الالتزام الصرفي ويبلغ هذا الاخلال ذروته في شأن الاوراق التجارية بحيث قد يؤثر على اداء هذه الاوراق لوظيفتها الجوهرية ضمن الصعوبة في الغالب الاعم ويتمكن الحامل الاخير للورقة من الوقوف على جنسية الملتزمين في الورقة، وتزداد الصعوبة تعقيداً كلما زاد عدد الملتزمين في الورقة وبدلاً من ان يصبح تواتر التوقيعات على الورقة امر صعب يضاف الى صعوبة وقوف الحامل أو الضامن الذي وفى على سبيل الضمان على نصوص قوانين الجنسية في القوانين الوطنية للملتزمين في الورقة، لذلك يفضل اخضاع اهلية الالتزام الصرفي لقانون الدولة التي نشأ فيها الالتزام الصرفي أو تلك التي تم التوقيع فيها على الورقة التجارية فهذا القانون يحقق الطمأنينة بالنظر الى ان اطراف العلاقة عارفون به من أول الأمر اي منذ نشأة الالتزام الصرفي وهو ما يتجنبون معه ما قد يحمله من مفاجأة غير متوقعة بالنسبة لاختصاص قانون القاضي فهو قانون لم يكن في حسبانهم وقت نشوء الالتزام بالإضافة الى ان هذا الحل يمنع الغش لذا فان قانون محل نشوء الالتزام الصرفي يتمتع بالثبات النسبي فضلاً عن ذلك فأن هذا الحل المتمثل في ضرورة الاعتراف لقانون محل نشوء الالتزام الصرفي بالنسبة لاختصاص قانون القاضي فهو قانون لم يكن في حسبانهم في اختصاص مجاور لاختصاص قانون الجنسية حتى يمكن تحديد القانون الذي يحكم أهلية الملتزم، وهذا الحل اخذت به اتفاقيات جنيف ١٩٣٠ و ١٩٣١، وهو السائد لدى الكثير من التشريعات العربية ومنها القانون العراقي في الفقرة الثالثة من المادة ٤٨ من قانون التجاري العراقي النافذ التي نصت " اذ كان القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم ناقص الأهلية فإن التزامه بمقتضى الحوالة يبقى صحيحاً اذا وضع توقيعه عليها في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية " فالحل كذلك ما توجبه المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي فالحال هنا يمكن الاخذ به باعتباره من مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً[٥٥].

اما الشروط الموضوعية في الورقة في صدد القانون الواجب التطبيق عليها، فان المادة ٢٥ مدني عراقي لا تسري الا في الفرض الذي يتفق فيه اطراف الالتزام الصرفي على تطبيق قانون معين ليحكم هذه الشروط، ومن مفهوم المخالفة يتضح ان في حال عدم اتفاق الاطراف صراحة على القانون الواجب التطبيق فانه يتعين على القاضي ان يبحث عن الحل الملائم على ضوء مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً، وهذا الحل تفرضه الورقة التجارية ذاتها وما لها من طابع مجرد واخرى راجعة الى مقتضيات الائتمان الصرفي التي توجب

ان يكون حامل الورقة على علم بالقانون الذي يحكم التزامه، وفيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على اثار الالتزامات الصرفية التي ترد على الورقة التجارية، فانه لا يصح تطبيق نص المادة ٢٥ مدني عراقي، والا انتهى بنا الامر الى ترتيب نتائج غريبة تعيق تداول الورقة وتخل بتوقعات الافراد، وهنا يأتي دور اجتهاد القضاء في الاستناد الى مبادئ القانون الدولي الخاص حتى تحقق الورقة التجارية دورها على اكمل وجه على المستوى الدولي [٥٦].

الفرع الثالث

عقد الاستثمار

من اهم السمات التي أضحت تميز الاقتصاد العالمي هو تهافت جميع الدول نحو جذب الاستثمارات الأجنبية الخاصة، وذلك للأهمية القصوى التي تؤديها الاستثمارات في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية على اعتبار أنها القناة الرئيسية التي تسمح بتدفق رؤوس الأموال والخبرات العلمية والفنية والتكنولوجية إلى الدولة، ومن المعلوم أن العقد الدولي هو الأداة الشائعة التي تنفذ بها عمليات الاستثمار بين الدول والمشروعات الأجنبية، لأنه يعبر عن الإرادة المشتركة لأطرافه من جهة، ويسمح لهم بإشباع حاجاتهم وفقاً لمصالحهم من جهة ثانية، وتعد مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات الاستثمار من أهم الموضوعات التي يحرص اطراف العقد الدولي للاستثمار على الاتفاق عليها، لما لذلك من أثر على حقوق وواجبات كل طرف، وعقود الدولة هي " عقود شبيهة بعقود القانون العام طرفاها هما الدولة او جهاز حكومي من جهة او وشخص اجنبي طبيعي او اعتباري من جهة اخرى، وتتعلق هذه العقود ببناء مجمع صناعي، يكون مصحوباً عادة باتفاق بالمساعدة الفنية وقد ينصب موضوع العقد على استخراج ونقل وتسويق الموارد الطبيعية وهو ما يقتضي انشاء تجهيزات ضخمة تتطلب استثمارات على قدر كبير من الاهمية، وتحتم ان تكون مدة هذه العقود طويلة نسبيا "[٥٧]، وتساهم هذه العقود في بناء وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة عن طريق المساعدة الاقتصادية والفنية والمالية الاجنبية للدولة المضيفة التي تتمركز على ارضها هذه الاستثمارات، ولا سيما الدول النامية التي يكون تطلعها جذب الاستثمارات الاجنبية الخاصة بغية انجاز عملية الانماء الاقتصادي، حيث ينظر الى الاستثمارات الاجنبية التي تقوم بها الشركات الاجنبية في هذه البلدان على انها اكبر مكونات الموارد المالية المتاحة للتنمية فيها[٥٨]، وينقسم الاستثمار الاجنبي الى نوعين هما الاستثمار غير المباشر " يتميز هذا الشكل من الاستثمار بان دور المستثمر يقتصر على تقديم المال للدولة المضيفة دون ان يكون له دور الرقابة

والاشراف على المشروعات " [٥٩]، والاستثمار المباشر " ويتميز هذا الاستثمار بان المستثمر يكون له دور الرقابة على المشروعات، اذ يصاحب التنظيم والادارة انتقال الاموال الى الدولة المضيفة، على نحو تكون المشاريع مملوكة ملكية كاملة للمستثمرين "[٦٠]، والمشرع العراقي في قانون الاستثمار النافذ عرف الاستثمار بانه " توظيف المال في أي نشاط او مشروع اقتصادي يعود بالمنفعة المشروعة للبلد "[٦١]، ونلاحظ ان التعريف المتقدم كان جامعا للاستثمار بشكل المطلق الوطني والاجنبي، بينما نجد امر سلطة الاحتلال المؤقت رقم٣٩ لسنة ٢٠٠٣ للاستثمار الاجنبي الملغي عرف الاستثمار بانه " هو الاستثمار من قبل مستثمر اجنبي في اي من الاصول المتواجدة في العراق، بما في ذلك الممتلكات المادية وغير المادية وحقوق الملكية المتعلقة والاسم وغيرها من اشكال وصكوك المشاركة في الكيان التجاري، كما تعني حقوق الملكية الفكرية والخبرة الفنية التقنية، باستثناء ما يحدده القسم الثامن[٦٢] من هذا الامر"، وهذه العقود كانت اكثر المجالات التي اثارت جدلا فقهياً واسعاً وحاداً حول تطبيق فكرة مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً، والتي تكون فيها الدولة الطرف الاول وغالبا ما تكون دول نامية، وفي المقابل يكون الطرف الثاني المستثمر احدى الشركات الاجنبية العملاقة التي تنتمي الى الدول الغربية، وهنا تكمن المشكلة والتي تتمثل بعدم التوازن العقدي بين طرفيه، فالعقد قد يحمل شروط تعسفية تعكس استعمار اقتصادي للدول موطن الاستثمار، لذلك اتجهت هذه الى العمل على عقود الاستثمار بحيث تضمن مصلحة الطرفين فذهبت الى تأميم الشركات او تعديل العقود، مما دفع الشركات ان تركن الى التحكيم الدولي[٦٣]، وهنا لجا المحكمون الى تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص وابرزها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وعلوية سلطان الارادة بحيث لا تستطيع الدول موطن الاستثمار ان تنفرد بتعديل العقود او الانفراد بها، لذلك ذهبت الدول النامية الى عدم تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص والعمل على تطبيق القانون الوطني على العقود التي تبرمهما مع الشركات الاجنبية[٦٤]، وقد نصت المادة ١/٤٢ من اتفاقية التحكيم الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الاخرى لسنة ١٩٦٥ " تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها طرفي النزاع، واذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه القواعد فان المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين فضلا عن مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع "، وقد نصت المادة الثانية من التوصية الصادرة عن مجمع القانون الدولي في اثينا باليونان لسنة ١٩٧٩ " يستطيع الاطراف على وجوه الخصوص اختيار قانون العقد او واحد او اكثر من القوانين الداخلية او المبادئ العامة للقانون "[٦٥]، ولم تعد ذاتية عقود الاستثمار تفرض خضوعها للقانون الوطني للدولة

المتعاقدة، اذ فرضت المبادئ العامة للأمم المتمدينة و اعمالا لمنهج القانون الدولي الخاص او تطبيقا لإحكام المعاهدات الدولية استبعاد هذا القانون، ومن الملاحظ ان بعض احكام القضاء الوطني وايضا التحكيم ذهبت الى ذلك لأسباب متنوعة، كعدم ملائمة القانون الوطني للدولة المتعاقدة لحاجات المعاملات الدولية ولذا يجب عدم العمل به باسم المبادئ العامة للأمم المتمدينة مثال ذلك حكم التحكيم الصادر في ٢٨ اغسطس ١٩٥١ في المنازعة القائمة بين شركة petroleum Development ضد شيخ ابو ظبي، وايضا حكم التحكيم الصادر عام ١٩٥٣ في المنازعة بين International Marina Oil Company وحاكم قطر اذ تم استبعاد القانون الوطني لدولة قطر استنادا الى ذات المبادئ[٦٦].

وذهب جانبا من الفقه[٦٧] الى ان احكام التحكيم لم تنجح في التأكيد على وجود المبدأ القانوني العام المعترف به دولياً، فاستخدام احكام التحكيم لمبادئ القانون الدولي كان من الامور الخلافية ودون النقاش في ذلك، فان مبادئ القانون الدولي تفيد استبعاد القانون الذي اشارت الية قواعد الاسناد الوطنية فلا تعد تعبيرا عن قاعدة قانونية وطنية ولكن تعبيرا عن نظام قانوني غير وطني، فالشروط التي تشير الية مبادئ القانون الدولي قد تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق او تتعلق بتحديد سلطات المحكم، علما ان تلك الشروط قد تتسم بالتناقض لذلك يجب على المحكم القيام بتفسيرها على نحو يجعل عملة يقترب من عملية خلق القاعدة القانونية، بحيث تؤدي المبادئ الى خلق نظام قانوني جديد، وهذه الظاهرة تتجلى بشكل واضح في احكام التحكيم الصادرة بشأن عقود الاستثمار ، فالدولة رغم قبولها تطبيق مبادئ القانون الدولي سواء بشكل كلي او جزئي، فانها لا تقبل تفعيل دور المبادئ في استبعاد القانون الوطني، وكان المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار تضمن الاشارة الصريحة الى مبادئ القانون الدولي والتي تتمثل وظيفتها في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار مع القدرة على استبعاد القانون الوطني لدولة المتعاقدة، كمان عمومية مبادئ القانون الدولي تسمح للقاضي او المحكم بإنزال حكمها على العديد من الحالات المتنوعة، فالمبادئ تمد القاضي او المحكم بالأساس القانوني للأحكام التي تؤدي الى ترجيح فكرة العدالة على نحو يؤدي الى استبعاد القانون الوطني للدولة المستضيفة وتطبيق احكام قانون اخر باسم هذه المبادئ والتي تشكل ودون ادنى شك تربة صالحة لاحتضان العلاقات القائمة بين الدول والتي لا صلة لها مطلقات بعلاقات القانون الداخلي، فعقود الاستثمار الدولية توضح بشكل جلي المساوئ الناجمة عن اللجوء الى استخدام القياس، فتحول قاعدة من قواعد القانون الداخلي الى نطاق القانون الدولي يعكس نظرة ضيقة للقانون لا تأخذ بعين الاعتبار ان لكل دولة نظام سياسي واجتماعي[٦٨]،

ونلاحظ ان مبادئ القانون الدولي في عقود الاستثمار تسمح للدولة المضيفة الى حد ما ان تفقد سيادتها ففي قضية Lubelski ذهب المحكم الى انه عندما يتم منح حق الامتياز في شكل عقد ملزم لجانبين يحدد الحقوق والالتزامات الواقعة على طرفيه، فمثل هذا العقد يعد عقداً ادارياً، يتصف بالطابع الدولي، اما اذا كان الطرف صاحب الامتياز اجنبيا، ففي هذا الفرض تتراجع عناصر السيادة لصالح العناصر التعاقدية في العلاقة القائمة بين الدول والطرف الاجنبي، كذلك حرص تحكيم Amco على اظهار ان وجود الدولة في العقد المبرم بينها وبين المستثمر الاجنبي يفرض عدم وجود تماثل بين اطراف هذه العلاقة وبين اطراف العلاقات الخاصة البحتة، فهذه العقود لا تتماثل مع عقود القانون الخاص.

كما ذهب جانبا من الفقه الى ان مبادئ القانون الدولي الخاص تخلق نوعا من عدم الامان القانوني، اذ لا يوجد ضمان حقيقي حول مضمون هذه المبادئ، وهذا ما قد يؤدي الى اطلاق سلطة المحكمين المطبقين لهذه المبادئ، فقد ذهب تحكيم Amco الى ان مبدا العقد شريعة المتعاقدين يعد من مبادئ القانون الدولي وذلك لأنه يعد مبدأ عام من مبادئ القانون وفقا لنص المادة (٣٨) من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية وهو مبدأ مشترك بين كل الانظمة القانونية التي تعرف فكرة العقد، الا ان هذا المبدأ اذا كان متحقق في بالنسبة للعقود المبرمة بين الاشخاص الخاصة، فلا يتحقق في نطاق عقود الاستثمار الاجنبية لان شرط التماثل المطلوب لتفعيل المبدأ غير متحقق، كما ان القانون الدولي لا يتضمن اية قاعدة قانونية وضعية تؤكد قدسية عقود الاستثمارات الاجنبية، اذ القانون الدولي العام يجهل كأصل عام موضوع العقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الاجنبية وبالتالي لا يتضمن قواعد لتنظيمها، ويرد على ما تقدم بان اللجوء الى مبادئ القانون تهدف الى اضفاء الطابع المقدس على العقد اما عن طريق الاشارة الى مبادئ قانون المعاهدات حيث يتمتع المبدأ في نطاقها باحترام مفرط ، او عن طريق التوجه الى المبادئ الحاكمة لعقود القانون الخاص[٦٩]، والذي يحدث ان تقوم الدولة المستضيفة جذبا للاستثمار الاجنبي بإصدار قوانين تقدم مزايا وضمانات للمستثمر الاجنبي، فاذا قامت هذه الدولة بتعديل قوانينها تكون مسؤولة عن التزامها الدولي المتمثل في اصدار قوانين الاستثمار، وهذا يعني ان كل تعديل قانوني لا يؤثر على العقود المبرمة بينها وبين اشخاص اجنبية ، فحتى اذا كانت التعديلات التي تم اجرائها في النظام القانوني الداخلي مبعثها الظروف الاقتصادية او الاجتماعية، لا يمنع من قيام المسؤولية الدولية، ولهذا السبب يتعين دراسة الظروف الاقتصادية والسياسية المصاحبة لإبرام هذه العقود وخاصة بالنسبة للدول النامية، فالدولة لا يمكن ان تستفيد مما يصدر عنها من امور تسبب ضررا للغير، وذلك تأسيسا على مبدأ

حسن النية، ولقد ذهب جانبا من الفقه الى القول بان قضاء التحكيم الصادر في قضية Amco في ٢٥ سبتمبر ١٩٨٣ ساهم مساهمة هامة في ابراز مبدأ جديد من مبادئ القانون الدولي، ورغم ان المجال الطبيعي لهذا المبدأ هو القانون الدولي العام ولكن امتداد المبدأ كمبدأ تقليدي في القانون الدولي العام الى نطاق التحكيم وفقا لقواعد المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار والى القانون الذي يحكم عقود الدولة التي تشكل نقطة التقاء لقواعد القانون العام والخاص، علما ان قضاء التحكيم قد حرص على تطبيق هذا المبدأ على العلاقات الاقتصادية الدولية التي تكون الاشخاص اطراف فيها[٧٠]، وفي هذا الصدد جاءت اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الاخرى بتاريخ ١٩٧٤/٦/١٠ [٧١].

ولابد الاشارة في هذا الصدد ان القاضي العراقي لا يقبل استبعاد القانون العراقي لصالح المبادئ المشتركة بين الدول المتمدنة استنادا لنص المادة (٣٠) بوصفها من مبادئ القانون الدولي الخاص في مسألة وثيقة الصلة بالمصالح العراقية المتعلقة بالاستثمارات الاجنبية في العراق، خاصة وان احكام التحكيم لم تتفق على حل واحد في مسألة معينة حتى يعتبر مبدأ شائعاً دولياً، فهي تارة تطبق الاعراف الدولية وتارة اخرى تطبق قانون الدولة المتعاقدة او قد تستبعده بحجة عدم ملائمته للعلاقة [٧٢].

وخلاصة ذلك ان القاضي العراقي يمكن ان يستند الى نص المادة (٣٠) في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الاستثمارية بقبول لمبادئ الاكثر شيوعا دوليا متى كانت متلائمة مع المصالح الاقتصادية والنظام العام العراقي .

المبحث الثاني

دور مبادئ القانون الدولي الخاص في العلاقات العقدية الالكترونية

أن التعامل التجاري على الصعيد الدولي نتج عنه ميلاد علاقة تعاقدية ذات عنصر أجنبي تثير البحث عن القانون الواجب التطبيق، والتي تعتبر من أهم وابرز المواضيع التي حظيت بدراسة فقهية كبيرة، وهذا التحول الذي طرا على أنماط التعامل التجاري سواء اكان بين الافراد أم بين المؤسسات والشركات أو بين بعضها، صيغ التعامل التجاري الدولي بصيغة جديدة وتحول به عن تعامل قائم على العلاقات المباشرة بين المتعاملين يكون فيه للقاء المادي المباشر الكلمة الأخيرة، إلى التعامل يعتمد بالكامل على استخدام وسائل الاتصال الفورية الحديثة عن بعد، وخصوصا إذا كانت هذه المعاملات عبارة عن عقود تجارية تبرم عن طريق

وسائل إلكترونية الحديثة[٧٣]، من أهمها الحاسوب الألي الذي يعمل من خلال شبكة المعلومات الدولية للأنترنت، والذي أصبح سوقا في العالم الافتراضي الذي يمكن التجار والمستهلكين من ابرام عقودهم دون الحاجة إلى الالتقاء المادي، وتتسم هذه العقود بالطابع الدولي لأنها تتم بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة ويكون تعاقد هؤلاء تحت ما يسمى بالتجارة الإلكترونية، نتيجة للتقدم التكنولوجي، واستخدام الوسائل العلمية الحديثة في المعاملات، وهذا ما يعرف بعصر العولمة الذي أصبحت التجارة الإلكترونية فيه جزءا لا يتجزأ من الاقتصاد العالمي التي تمكن التجار والمستهلكين من الالتقاء بدلا من التنقل بين المتاجر أو التسوق عبر الهاتف[٧٤].

وكل هذه المستجدات أتت بميلاد عقود جديدة تبرم في عالم افتراضي عبر تقنيات الاتصال الحديثة وبشكل خاص شبكة الأنترنت أًلا وهي " العقود الالكترونية "، والتي عرفت بانها " اتفاق يتلاقى فيه الايجاب والقبول، بشأن الاموال والخدمات، عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية تتيح التقابل بين الموجب والقابل "[٧٥]، كما عرف العقد الالكتروني ايضا "عقد متعلق بالسلع والخدمات تتم بين المورد والمستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الالكترونية حتى تمام العقد "[٧٦]، وعرف ايضا " اي عملية تجارية سواء كان موضوعها سلعة او خدمة او اداء عمل تتم عن طريق المبادلات الالكترونية " [٧٧]، فالعقد الإلكتروني هو قوام للمعاملات التجارية الالكترونية، وما يعتبر هذه المستجدات قصور الأنظمة التقليدية على مواكبة واحتواء ما يعيشه العالم من حداثة في المعاملات ومن تطور تكنولوجي ومن هنا ظهرت الحاجة إلى أنظمة قانونية تحتوي وتنظم هذه المعاملات والتعاقدات الجديدة، وتنظيم كيفية التعامل مع وسائل الاتصال الحديثة[٧٨]،وقد طرحت هذه العقود مشاكل قانونية متعددة على الرغم من حداثتها، تتعلق بفروع القانون المختلفة ولا سيما القانون المدني والقانون التجاري وقانون المرافعات و قانون الاثبات والقانون الجنائي، وتبدو هذه المشاكل اكثر وضوحا في القانون الدولي الخاص حيث تطرح اشكالية تحديد القانون واجب التطبيق على العقود التي تبرم بواسطة شبكة الانترنيت، ومن اهم مناهج تحديد القانون واجب التطبيق، المنهج الذي يعتمد على ارادة الاطراف في العقد باختيار القانون، لكن مبدأ سلطان الارادة لم يعد متماشيا مع معطيات البيئة الالكترونية التي يتم فيها التعاقد، فمع تطور الحياة الاقتصادية وازدياد التجارة الدولية عبر الحدود تبين عدم ملائمة القوانين الوطنية لحل منازعات العقود الالكترونية، ولذلك ظهرت الحاجة الى حلول وقواعد تتفق وتلائم المعطيات الجديدة للتجارة الالكترونية وتعمل على حل المنازعات المتعلقة بها[٧٩]، ولبيان ما تقدم سوف نقسم المبحث الى مطلبين، ندرس في المطلب

الاول مدى تنافر قواعد الاسناد التقليدية والعقد الالكتروني، ثم يصار الى دراسة الحلول المقترحة لحل التنازع في العقد الالكتروني وذلك في المطلب الثاني.

المطلب الاول

تنافر قواعد القانون الدولي الخاص والعقد الالكتروني

من المتعارف عليه أن قاعدة الإسناد تعتبر الوسيلة الفنية الأولى، التي يتم بموجبها تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات العنصر الأجنبي، ونظرا لأهمية مبدأ سلطان الارادة في تحديد هذا القانون في منازعات العقود الإلكترونية، والتي كثيرا ما ترتبط بأكثر من نظام قانوني واحد، اذ بموجب مبدأ سلطان الارادة يكون للأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، ولهم استبعاد القانون واخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون أو عادات وأعراف التجارة الدولية، وذلك في حدود النظام العام والآداب العامة، ومثل هذا الحل لم يبقى في مجاله النظري، وانما أخذت به القوانين وجعلت من مبدأ سلطان الارادة أحد المبادئ التي تعتمد عليه لفض مشكلة تنازع القوانين، فقد اخذ المشرع العراقي في المادة (٢٥) مدني عراقي، ومن حذا حذوه من التشريعات كالمشرع المصري في المادة (١٩) مدني مصري، كذلك المشرع السوري في المادة (٢٠) مدني سوري، اذ خول المشرع المتعاقدين الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدوّلي الإلكتروني، لكن لم يمنح حرية مطلقة للمتعاقدين وانما حرّيتهم تستمد مشروعيتها من ارادة المشرع، بمقتضى قاعدة إسناد بل منحهم حق الاختيار بنص صريح دون تجاوز أهداف المشرع[٨٠].

الفرع الاول

قانون الارادة

ان العقد الالكتروني يخضع في مسالة تحديد القانون واجب التطبيق الى القواعد العامة المتفق عليها من غالبية التشريعات، وهي قاعدة قانون الارادة، اي خضوع العقد للقانون الذي تتفق عليه ارادة الطرفين، وهذا تكريس لمبدأ حرية التعاقد الذي يحكم العلاقة العقدية، اما في حالة عدم التحديد الصريح من قبل الاطراف للقانون واجب التطبيق فيكون على القاضي ان يتحرى القانون من ظروف و وقائع تعكس نية الاطراف، وبذلك ينفرد الاطراف بحرية مطلقة في تحديد القانون الذي يحكم عقدهم، وعلى القاضي في فرض غياب الارادة الصريحة ان يراعي في تفسير ارادة الاطراف ان يكون القانون لا يخل بتوقعات الافراد وامانهم القانوني[٨١].

لكن نظرا لما تنفرد به العقود الالكترونية من معطيات خاصة لا يمكن اطلاق مبدا سلطان الارادة في تحديد القانون واجب التطبيق، خاصة وان التعبير عن الارادة يكون طريق أجهزة ووسائط إلكترونية لا تملك الارادة أصلا، كما قد تصاب الأجهزة الإلكترونية بمشاكل فنية، تؤدي إلى ضياع الأدلّة والبيانات المخزنة بداخلها، أو قد يتم التلاعب بمضمون السند الإلكتروني، مما يؤثر على إمكانية الإثبات في اختيار قانون معين لحكم النزاع ، أو التأكد من طبيعة الخدمة المقدمة قبل توقيع العقد، خاصة وان المستهلك في الواقع قد لا يكون قادر على رؤية المنتج، ولا يعرف هويته الذي يرغب في التعاقد معه، ولا أهليته القانونية، أو التأكد من طبيعة الخدمة المقدمة قبل توقيع العقد ، ولا عن الدولة التي ينتمي لها، كما تنعكس اشكالية قانون الارادة، انه قد تتصرف ارادة الاطراف المنتمين لدول متعددة في اختيار قانون معين دون ان تكون له أية صلة موضوعية أو حتى شخصية بالعقد[٨٢]، ويرى غالبية فقهاء القانون الدولي الخاص، أنه في فرض غياب ارادة الطرفين المتعاقدين بخصوص تحديد، واختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، يصار الى قواعد الاسناد التقليدية في تحديد ذلك كونها ضوابط ذات صلة وثيقة بالعقد، أهمها قانون دولة ابرام العقد، أو قانون دولة تنفيذه، أو قانون جنسية المتعاقدين، أو قانون موطنها المشترك، باعتبارها معايير موضوعية معلومة مسبقا من قبل المتعاقدين، مما قد لا يفاجئ توقعاتهم ويخل بأمانهم القانوني ، وهو الأمر المنصوص عليه في اغلب الأنظمة القانونية ومنها القانون المدني العراقي (٢٥) مدني عراقي[٨٣]، وتتمثل معايير الإسناد التقليدية في قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وفي حالة اختلاف موطنها يطبق قانون بلد ابرام العقد، يرى بعض الشراح أنه من الصعوبة الاعتماد على معيار قانون الموطن [٨٤]، في العالم الافتراضي عبر الأنترنت، لأن الموّرد يستطيع التحايل عن طريق جعل موقعه لتوريد المعلومات في دولة لا تجرم تلك الأعمال غير المشروعة، وقد يكون مكان عارض غير دائم على سبيل المثال من يقوم ببث معلومات غير مشروعة، من خلال حاسب آلي منتقل عبر الحدود، وبالتالي يصعب تحديد هذا المكان، لأنه في عالم افتراضي وربما لا يكون أيّ مكان في الواقع حيث أن توريد الخدمات يتم إلكترونيا على الشبكة الدولية دون وجود أي مكاتب أو مقر لها، لأن العناوين الإلكترونية للمتعاقدين غالبا ما تكون مؤقتة. بالإضافة إلى ذلك فإن أي موقع على الشبكة، وبالإضافة إلى ذلك فإن أي موقع على الشبكة يقدم خدمات يمكن أن يكون مركزا رئيسيا، أو مجرد فرع أو مكان تابع لمكان العمل؛ وربما لا يكون هناك مكان لشركة في الواقع، حيث أن توريد الخدمات يتم إلكترونيا على الشبكة الدولية، دون وجود مقر لها[٨٥]، وبالتالي لا يمكن الاعتماد على ضابط الموطن المشترك في تحديد القانون واجب التطبيق على العقود الالكترونية باعتبار

أن العناوين الإلكترونية، لا تعطي دلالة حقيقية على العنوان الحقيقي، والعناوين الإلكترونية، ليس لها منظوراً جغرافياً، اما بالنسبة الى معيار بلد ابرام العقد الذي يصار اليه في فرض اختلاف موطن المتعاقدين، فهذا المعيار ايضا لا يلغي اشكالية العقد الالكتروني المشوب بعنصر اجنبي، لان مسألة تحديد المكان الذي ابرم فيه العقد تكتنفها صعوبات وخاصة في العقد محل البحث كونها تبرم عن بعد، اذ ذلك يستلزم تحديد المكان الذي يبرم فيه العقد كونه سيخضع لقانون هذا المكان[٨٦]، ومعرفة هذا المكان يقتضي منا الرجوع الى القواعد العامة في القانون وذلك لان المشرع العراقي لم يفرد المعاملات الالكترونية بتشريع خاص، حيث نصت المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي " ١-يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح او ضمني او نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢- ويكون مفروضا ان الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل اليه فيهما، والمادة (٨٨) مدني عراقي " يعتبر التعاقد (بالتليفون) او باي طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان "، ويتضح من النصوص اعلاه ان المشرع العراقي اخذ بنظرية العلم بالقبول لتحديد مكان انعقاد العقد، واعتبر استلام القبول دليلا على العلم به، والنتيجة فان العقد يخضع لقانون البلد الذي يعلم فيه الموجب بالقبول[٨٧].

الفرع الثاني

معيار الاداء المميز

نظراً لصعوبة تطبيق الضوابط الجامدة على عقود التجارة الإلكترونية، جعل الفقه والقضاء والتشريعات تتجه إلى تبني ضوابط موضوعية أخرى لتحديد القانون الذي يحكم العقد، لذا فإن الفقه وجد منهج التوحيد الدولي خاصة على صعيد فكرة الأداء المميز والقواعد المادية، فهي خير علاج لهذه الاختلافات الجوهرية، والتي تقدم الحل المباشر بعيدا عن نطاق قاعدة التنازع[٨٨]، وتقوم فكرة الاداء المميز على اساس التركيز الموضوعي للعقود في ضوء طبيعتها الذاتية بصرف النظر عن ظروف التعاقد وملابسات كل حالة على حدى مما قد يسمح بتحديد قانون العقد، ومراعاة توقعات المتعاقدين وحماية المستهلك بقوانين فعالة في تعاقدات التجارة الإلكترونية ذات العنصر الدولي وخصوصا أن اعتبارات تلك الحماية اهتمت بالمستهلك ذاته لأنه المركز المعرض للخطر في العملية التعاقدية [٨٩]، وفكرة الأداء المميز كضابط لحل منازعات العقود الإلكترونية تقوم على أساس تفريد معاملات العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق، على كل عقد حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء،

أو حسب الالتزام الأساسي في العقد أو مكان الوفاء بالالتزام ويتم ذلك استنادا إلى التركيز الموضوعي لتحديد القانون الأوثق صلة بال ا ربطة العقدية، تحديدا دقيقا ومرنا باختلاف العقود، مع السماح للقضاء بالخروج عن هذا المبدأ في ظروف استثنائية بحيث يعتد بالظروف الملابسة[٩٠]، ويرى جانب من الفقه في هذا الصدد أنه يستلزم استبعاد فكرة الأداء المميز من أساسها، في العقود التي يبرمها المستهلكون لأنها تحقق المنفعة للبائع على حساب المستهلك، مما يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي يحققها له قانون محل إقامته وذلك في العقود التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية، فمعيار الاداء المميز صالح لتطبيق على العقود الالكترونية للتجار مع بعضهم البعض، بينما عقود التجار مع المستهلكين يكون غير صالح للمستهلك في جميع الاحوال[٩١].

وبهذا امست قواعد القانون الدولي الخاص لا تراعي المعطيات الخاصة للعقود الالكترونية المبرمة عبر شبكة انترنيت، فهذه الشبكة كيان غير محسوس ولا يمكن حصرة في اقليم معين، فالطبيعية غير المادية للشبكة، تؤدي الى صعوبة تركيز العلاقات العقدية في اقليم دولة معينة، اذ اساس منهج تنازع القوانين في مسائل العقود يعتمد على تركيز العلاقة العقدية في اقليم دولة معينة، في حين يتنافر العقد الالكتروني مع المنهج التقليدي لقواعد تنازع القوانين ، وهذا يعني افلات العقود الالكترونية من الخضوع لمنهج الاسناد وما يقود الية من تطبيق القوانين وطنية، مما يستلزم البحث عن قواعد موضوعية تجد اساسها في اعراف ومبادئ تتسم بصبغة العالمية بعيد عن قواعد القانون الدولي الخاص[٩٢]، وهذا ما سيثار بحثه في المطلب الثاني من البحث.

المطلب الثاني

الحلول المقترحة لحل تنازع القوانين في العقد الالكتروني

اذا كان اطراف العقد الالكتروني من بلد واحد فلا تثور اي اشكالية من حيث القانون الواجب التطبيق اذ سيصار الى تطبيق القانون الوطني، ولكن لان المعاملات الالكترونية تتسم غالبا بطابع دولي نظرا لعالمية شبكة الانترنيت والطابع الطليق لها اذ استخدمت كوسيلة جديدة لأبرام العقود على اختلاف انواعها وفرضت نفسها بوصفها البديل الحديث عن التعاقد عبر الوسائل التقليدية اذ ينعقد العقد من خلالها باقل جهد واقصر وقت وادنى النفقات اذ اصبح اي شخص ممكن ان يتعاقد عبر الشبكة او يطلب ما يشاء من السلع والخدمات، فهذه الشبكة هي شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، ومن ثم فأنها عولمت وسائل الاتصال كما انها عولمت المعاملات والعقود، وانعكس ما تقدم على تنازع القوانين كإشكالية لا تثار بالعقود التي تتسم بالسمة المحلية فهنا

تتمركز جميع عناصر العقد الالكتروني في دولة واحدة حيث لا يوجد اي عنصر اجنبي لا من حيث اطراف العقد او بموطنهم او بمكان ابرام العقد، والامر يختلف في فرض العقد الالكتروني والذي يتصل بالضرورة بأكثر من نظام قانوني مما يثير التساؤل عن القانون واجب التطبيق فأطراف العقد قد يقيمون في دول مختلف وينتمون الى جنسيات متعددة، اضافة الى الطبيعية غير المادية لشبكة الانترنيت التي يتعذر حصرها في مكان جغرافي معين[٩٣]، ولذلك تثور مسألة هامة تتمثل في تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكة المختصة بنظر النزاع، خاصة وان العقود الالكترونية تأخذ زاوية بعيدة وتنأى عن الخضوع لقواعد القانون الدولي الخاص، كونها عقود لا تتلاءم مع قواعد الاسناد التقليدية التي تعتمد على الحلول العادية لتنازع القوانين، اذ التعامل من خلال الشبكات ينشئ عالما له قانونه الخاص، خاصة وان مبدأ اقليمية القوانين لا يمكن تفعليه في العالم الافتراضي، اذ اصبح العالم مجرد قرينة تكنولوجية على الانترنيت، وحيث ان المفاهيم التقليدية لاختصاص التشريعي و الوضعي التي وضعت لتنظيم مجتمع مقسم الى دول واقاليم يفصل بينهما حدود سياسية واقليمية لا تتلاءم وطبيعية مجتمع الكتروني مقسم الى مواقع ويب وشبكات، وبذلك نكون امام غياب نظام قانوني يتلاءم والطبيعة الخاصة للعقد الالكتروني، ومن ثم لزم البحث عن حلول اخرى تتلاءم وحالة العقد الالكتروني بغرض ايجاد نوع من التوحد او الاتفاق الدولي بشأن الاحكام الواجبة الاتباع في هذا الصدد[٩٤]، ومن اجل تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات العقد الالكتروني كان هناك مجموعة من الحلول والاقتراحات نعرضها تباعا، في الفروع التالية.

الفرع الاول

القانون تلقائي النشأة

نزولاً عن الضوابط الاقليمية التي تحكم قواعد الاسناد التقليدية المتمثلة بقانون الارادة او الموطن المشترك للمتعاقدين، او مقدم الاداء المميز، والتي لا تتلاءم والطبيعة الخاصة للعقد الالكتروني، ذاك العقد الذي لا ينسجم والصلات المكانية فهو لا يندرج ضمن نطاق جغرافي معين، حيث يكون التركيز الطبيعي للعقد غير معلوم، اضافة الى ذلك، إن المعلومات لا يمكن أن ترتبط أو أن يتم تحديدها بإقليم معين، لأنها تنتقل آلياً منذ لحظة التحميل إلى كل الدول المرتبطة بشبكة الانترنت[٩٥]، لذلك اتجه قسما من فقهاء القانون الدولي الخاص الى وضع قانون موضوعي يحكم المنازعات الخاصة بالعقد الالكتروني ويحدد القانون الواجب التطبيق، اذ وضع قانون موحد لهذه المعاملات الالكترونية سوف يعاصر التقدم التكنولوجي وطبيعة الخاصة للأنترنيت تلك الطبيعة

التي تتجاهل الحدود بين الدول بخلاف القوانين الوطنية[٩٦]، ان القانون الموضوعي الالكتروني كيان قانوني موضوعي ذاتي، خاص بالمعاملات الالكترونية، مما يجعله نظيرا للقانون الموضوعي للتجارة الالكترونية، وهو عبارة عن مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في البيئة الالكترونية، وطورتها المحاكم ومستخدمو الشبكة، وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الاتصال والمعلومات، فهو بذلك قانون تلقائي النشأة، وجد ليتلاءم مع حاجات مجتمع قوامه السرعة في التعامل، والبيانات الرقمية التي تتم بها المعاملات والصفقات عبر شاشات أجهزة الحواسب، ويسمى اختصارا (القانون الموضوعي الالكتروني الدولي)[٩٧]، كما عرف بانه القانون الذي يضع مباشرة تنظيما موضوعيا خاصا للتطبيق على المعاملات القانونية ذات الصفة الدولية، اذ هو مجموعة من القواعد تشكل قانونا ذاتيا مستقلا وغير مرتبط بالقوانين الوطنية(٩٨)، وعرف ايضا بانه مجموعة القواعد القانونية غير الرسمية المطبقة في مجال التجارة الالكترونية، وفي ذات المعنى عرفه البعض بانه مجموعة قواعد تلقائية ذات طبيعة موضوعية خاصة بالروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الالكترونية[٩٩]، ويعرف ايضا، بانه مجموعة من الاعراف والعادات والقواعد غير الصادرة من سلطة رسمية، والتي تولد بشكل تلقائي من قبل فئة او جماعة معينة تطبقها وتعتبرها ملزمة، ثم تمتد تدريجياً مع الوقت وتتوسع رقعة انتشارها لتلقى في مرحلة اولى قبولاً واعترافاً من قبل المعنيين، وفي مرحلة ثانية من قبل المحاكم لكي تكتسب بنتيجة هذا القبول والاعتراف قيمة قانونية ملزمة، ولا تتحلل هذه القواعد من التشريعات الداخلية او المحلية بل هي وليدة التنظيم الذاتي لمستخدمي شبكة الانترنت انفسهم[١٠٠].

ويعرف تعريفا اخر بانه قانون فئوي ونوعي، فهو فئوي لان قواعده لا تخاطب الا فئة معينة من الاشخاص وهم مستخدمو شبكة الانترنت هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى فهو قانون نوعي لان قواعده واحكامه لا تنظم الا نوعاً من المعاملات والمسائل، وهي تلك التي تنشأ او تثور في مجال التجارة الالكترونية[١٠١]، ويتضح من تعريف القانون التلقائي النشأة انه قانون لم ينشأ بشكل رسمي عن طريق هيئة دولية او منظمه بل نشأ من الاعراف والعادات التجارية، وبالتالي فو ينشأ ويتطور بتطور المعاملات الالكترونية عبر الشبكة، فجذوره تعود الى القواعد القانونية النابعة من مجتمع ذاتي بطوائف مختلفة ومن غير المرور عبر القناة الرسمية لسن القوانين كما هو الحال بالنسبة للقوانين الوضعية، وبذلك اصبحت الاعراف والعادات عبر الوقت هي القانون المشترك للدول في المعاملات الالكترونية والذين يلتزمون به[١٠٢]، ولكي يتم التوصل لهذا القانون الموضوعي الالكتروني، قد تتفق الدول على اصدار قانون موحد يحكم المنازعات الالكترونية وغير مرتبط بإقليم معين، وتكون قواعد هذا

القانون على غرار قواعد قانون التجار المعمول به في نطاق المعاملات التجارية الدولية، لكنه يكون موجه لمستخدمي شبكة الانترنيت، وينظم المعاملات الالكترونية، مثل القانون الأونسترالي النموذجي للتجارة الالكترونية لعام ١٩٩٦، او القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن الافلاس عبر الحدود لعام ١٩٩٧، او يصاغ قانون نموذجي للمعاملات الالكترونية عن طريق اتفاقيات دولية ذات اهتمام بتنظيم الجوانب القانونية لتلك المعاملات، مثل جمعية الانترنيت الالكترونية، او منظمة الاتحاد الاوربي[١٠٣]، وذهب اتجاه اخر الى ان هذا القانون ذو طابع دولي عالمي، ويتجسد الطابع الدولي لهذا القانون من طبيعة المعاملات التي يحكمها ، و التي تتم عبر الحدود و تتصل بأكثر من دولة في ذات الوقت و تتضمن اتصالا بالقيم الاقتصادية فيما بينها كما تتصل بمصالح المعاملات الدولية، لذا يعبر عن القانون التلقائي بانه قانون الفضاء الافتراضي المشترك، والمقصود بان القانون التلقائي ذو طابع دولي كون ان هذا القانون لم يكن من وضع سلطة وطنية او من وضع هيئة عالمية او دولية[١٠٤]، ويلاحظ ان اعتماد القانون التلقائي النشأة في تسوية نزاعات المعاملات الالكترونية يؤدي الى توحيد القواعد الموضوعية، وبالتالي خلق مناخ عالمي نحو التوحيد المتوازن المدروس، بحيث تصبح القواعد الموضوعية بكل مصادرها قانونا عالمية[١٠٥]، نحن لا نؤيد حل منازعات العقد الالكتروني، عن طريق قانون موضوعي، وذلك لان هذا القانون كما ذكر اعلاه لم ينشأ بطريق رسمي وانما هو عبارة عن اعراف وعادات تجارية، وبتالي كان من باب اولى ان نصرح بالرجوع الى العرف كمصدر من مصادر القانون الدولي الخاص، حيث من الاقتراحات المعمول بها لحل نزاعات العالم الافتراضي، الرجوع الى العرف، ثم خلطوا القائلين بالرجوع للعرف بانه اهم مصادر القانون تلقائي النشأة، لذلك كان الافضل الاكتفاء بالأعراف المستقرة في اوساط العالم الافتراضي، خاصة وان العرف يتسم بالتطور السريع والمتلاحق في مجال عقود الالكترونية.

الفرع الثاني

الاعراف والعادات المستقرة

هي الممارسات والتقاليد التي استقر العمل عليها تلقائيا من قبل مستخدمي الانترنيت والبيئة الالكترونية، مما يجعلها قواعد مهنية ذات طبيعة تعاونية خاصة بكل مجال من مجالات التعاون الالكتروني، كما ابتعدت عن التطور البطيء الذي لا يتلاءم وسرعة معاملات التجارة الالكترونية، لذا عرفت بانها " مجموعة الاعراف و العادات والقواعد غير الصادرة عن سلطة رسمية، والتي تتولد بشكل عفوي من قبل سلطة او جماعة معينة تطبقها وتعتبرها ملزمة، ثم تمتد تدريجيا مع الوقت وتتوسع رقعة انتشارها، لتلقى في مرحلة اولى قبولا واعترافا

من قبل المعنيين بها، وفي المرحلة الثانية من قبل المحاكم، حتى تكتسب بنتيجة هذا القبول والاعتراف قيمة قانونية ملزمة، لا تتولد هذه القواعد من التشريعات الداخلية او المحلية، بل هي وليدة التنظيم الذاتي لمستخدمي شبكة الانترنيت انفسهم "[١٠٦]، اذ العرف من مصادر القانون الدولي الخاص، وان المتعاملين في العالم الافتراضي قد ساهموا في انشاء وتكوين قواعد وعادات وذلك بطريقة تلقائية من خلال ما استقر عليه من ممارسات في الاوساط المهنية لهذا العالم الافتراضي[١٠٧]، ويمكن القول ان الطابع الفني لشبكة الانترنيت يكون في الاعراف التجارية الدولية من خلال التنظيم الذاتي، اذ التنظيم الذاتي له ميزه خاصة في قدرته على تكوين قواعد عالمية، ورغم حداثة العقود الالكترونية لا يمكن انكار الدور الذي يلعبه العرف والعادة المستقرة في المستقبل.

الفرع الثاني
مبادئ القانون الدولي الخاص

ان تعدد انماط المتعاملين عبر شبكة الانترنيت يحول دون وضع قانون امر و محكم، ومن هنا تأتي ضرورة وجود مبادئ تنشأ قواعد واحكام مشتركة والتي يجب ان يراعيها كافة مستخدمي ومستفيدي من التعامل في هذا العالم الافتراضي، وتتمثل اهم هذه المبادئ، عدم استخدام الحاسب الالي في الحاق الضرر بالأخرين، او التدخل بعمل الغير المعلوماتي، او سرقة او انتحال مصنفات الغير[١٠٨]، ان مبادئ القانون الدولي الخاص تشكل الحل الامثل والمبتكر لتنظيم استخدام شبكة الانترنيت، كونها تمتاز بالقدرة على لعب دور مرجعي متجاوز الحدود، لأنها حلول مشتركة عالميا، مما يجعلها تتجاوز الخلافات على الصعيد الوطني، سيما بتعاونها مع الممارسات العقدية التي تعد ركيزة نظرية الحرية الفردية التي يراهن عليها كثيرا في تنظيم تعاملات الانترنيت والتجارة الالكترونية الدولية، خاصة وانه لا بديل عن العقد الالكتروني الذي يمتاز بقدرته على مواكبة التطورات التكنلوجية المتسارعة، وما قد تسفر عنه مستقبلا، في ظل ما يعرفه تطور القانون من بطء واجراءات طويلة ومعقدة تحتاج الى الكثير من الاجراءات[١٠٩]، فقد ظهرت المبادئ الى جانب الاعراف والاتفاقيات الدولية في بناء التنظيم اللازم للبيئة الالكترونية، بهذا تأتي اهمية مبادئ القانون الدولي الخاص في وضع حد ادنى من الاحكام المشتركة الذي يجب ان يراعيها كافة المتعاملين بهذا العالم سواء على المستوى الدولي او الوطني، اذ المبادئ من اهم القواعد التي يتم الاسترشاد بها في مجال المعاملات الالكترونية، فالمبادئ تعد ثروة وتراثا مشتركا لكل الجماعة الدولية وتمهيدا طبيعيا لوضع قواعد تشريعية وطنية ودولية حاكمة للتعامل عبر

الانترنيت[١١٠]، ومؤدى ما تقدم انه يمكن لهذا المصدر ان يغذي القضاء في خصوص العلاقات الخاصة الالكترونية الدولية فيستنبط بالنظر اليه قواعد تنازع غير منصوص عليها وقواعد اخرى متعلقة بالنظرية العامة لتنازع القوانين، ونحن من جانبنا نثق في ان الرجوع الى مبادئ القانون الدولي من شأنه ان يكشف لنا عن وجود قواعد للتنازع قادرة على حل المنازعات ذات الطبيعة الالكترونية الدولية، كما نستغرب لماذا لم تتجه انضار فقه القانون الدولي الخاص الى المبادئ العامة لتنظيم منازعات العقد الالكتروني، اذ ذهب غالبية الفقه الى التعويل على القانون التلقائي النشأة لحكم العقد الالكتروني وهذا القانون ينشأ من اعراف وعادات شائعة في الاوساط التجارية اذ ما هذا الا الرجوع الى مصدر من مصادر القانون الدولي الخاص، وكان من باب اولى الرجوع الى المبادئ بعبارها المصدر الثالث بعد الاتفاقيات والتشريع كما ورد في تدرج المصادر الذي ذكر في الفصل الاول من الاطروحة، خاصة وان المبادئ هي مصدر تظهر فيه المصادر الاخرى رسمية او تفسيرية بوصفها المصادر غير المباشرة التي يستقي منها القاضي الحكم عند صياغة ما يعد من مبادئ القانون الدولي الخاص، اذ ادوات القاضي عد قيامه بهذه المهمة هي الاستناد الى الاصول العامة الجامعة في تشريعيه والتي تنضج من روحه، والى العرف، والى احكام القضاء واراء الفقه واجتهاده، ولن يبقى الامر مرتبطا بإحدى مقتضيات التجربة، وانما بفكرة مقبولة عالميا، اي بفكرة عملية تتلاءم وطبيعة القانون الدولي الخاص، وبذلك نتجنب الخلط بين الاعراف والعادات وقانون تلقائي النشأة، التي تشكل جميعها مضمون المبادئ العامة، فأننا نجدها في صفتها منشئه للقواعد التي يفرضها المآل من وجودها.

الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع " الدور الذاتي لمبادئ القانون الدولي الخاص في معالجة الفراغ التشريعي " توصلنا الى عدة نتائج دعتنا الى ان نتقدم بعدة توصيات نأمل ان يأخذ بها المشرع العراقي.

اولاً/ النتائج.

١- باتت المأخذ التشريعية والأوضاع المستحدثة التي لا تجد الحلول المناسبة ضمن قواعد التنازع الوطنية، تعالج اوتماتيكيا بمقتضى المبادئ العامة على نحو جعل الاستثناء قاعدة والقاعدة استثناء، ويرجع تعليل ذلك الى ان قواعد التنازع لا تغدو اكثر من عشرة مواد عالجها القانون المدني العراقي في المواد من ١٨ –٢٨، منذ اكثر من خمس عقود خلت متغافلا التطورات وتنوع العلاقات الدولية الخاصة.

٢- ضرورة التوسع في الاسناد بحيث لا تقف عند تحديد نظام قانوني داخلي لدولة معينة او لمجموعة من الدول بوصفه القانون الواجب التطبيق وانما تتجاوز ذلك الى التحليق في سماء المبادئ العامة وربط العلاقة بها مباشرة، وبعبارة اخرى فان العقد مثلا لا يخضع لنظام قانوني داخلي في احدى الدول او لأكثر من نظام قانوني داخلي، وانما يتم اسناد العلاقة العقدية الى نظام قانوني اسمى يستخلص من الدراسة المقارنة لما هو مستقر في ضمير مختلف النظم القانونية من المبادئ العامة.

٣- ان القضاء الدولي يعكس احد " المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص"، حسب المفهوم التي اوردته المادة (٣٠) مدني عراقي، بانه يعتمد في شأن طائفة معينة من العقود وهي عقود الدولة على قاعدة اسناد خاصة لا تستند الى ضابطي الموطن المشترك او مكان ابرام العقد، وهما الضابطين الذين قننا بموجب المادة (٢٥) مدني عراقي في شأن العقود عموما عند غيبة اختيار صريح او ضمني، ومقتضى قاعدة الاسناد التي تحكم عقود الدولة والتي يمكن ان تستمد سندها القانوني من المادة (٣٠) مدني عراقي ان النظام القانوني الوطني المعمول به في الدول المتعاقدة يكون هو الواجب التطبيق اساسا، وذلك ما لم تتفق الاطراف على اختيار نظام قانوني اخر مغاير، واذا ما انتقلنا من نطاق التطبيق الخاص بعقود الدولة الى المجال الرحب لعلاقات القانون الدولي بمختلف صورها وتفريعاتها، فان عبارات محكمة العدل الدولية الدائمة الواردة بحكم القروض الصربية والبرازيلية لعام ١٩٢٩ تظل قائمة وتمثل برنامج عمل لا يمكن اغفال مدى اهميته ليس فقط كحقيقه معاصره وانما كنقطة انطلاق في سبيل تطوير القانون الدولي الخاص مستقبلا، ذلك ان تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق في المسائل التي لا تسعفها قواعد الاسناد المقررة، انما يتم وفقا لما قررته المحكمة في قضائها اي استناداً لمبادئ القانون الدولي الخاص والتي يمكن استخلاصها من تلك القواعد المشتركة بين عدة دول او التي تقررت بمقتضى اتفاقيات دولية او بمقتضى العرف.

ثانياً/التوصيات.

(١) لفت انتباهنا عدم وجود قاعدة اسناد لحكم عقد العمل، تحت ذرائع غير مقنعة، مما ادى الى الانفلات في التأويل والتفسير بشكل لا تحمد عقباه وحتى لا يترك مثل هذا الموضوع في مهب الاجتهادات الفقهية، لذلك نقترح ان ينفرد المشرع العراقي بوضع قاعدة اسناد يحدد فيها القانون الواجب التطبيق لهذا العقد مراعيا تحقيق التوازن العقدي، من خلال الكيفية التي يتم من خلالها سير المفاوضات العقدية من ناحية، و صفة الأطراف من

ناحية أخرى، فهناك مسائل لا نجد لها حلاً في منهج المبادئ العامة، كأهلية المتعاقدين، وعيوب الرضا، وسلطات اجهزة وممثلي الشركات التجارية في ابرام العقود الدولية وتقادم التزامات الاطراف، وفي كل تلك المسائل يجب الرجوع الى منهج قاعدة الاسناد.

(٢) نظراً لخلو القانون العراقي من قاعدة اسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار، فقد تمنينا على المشرع العراقي سد هذا الفراغ التشريعي، خاصة وان هذا العقد ثار خلافا كبيرا حول امكانية تكيفيه على نحو واضح مقبول عالميا، اذ لا يمكن انكار وجود بعض المثالب في حالة ما إذا اقتصر القاضي أو المحكم الدولي على تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص على عقد الاستثمار، اذ نتمنى ان ينفرد العقد بقاعدة تنازع مرتدية ثوبا جديدا مكرسة بذلك التكامل بين المبادئ العامة وقواعد الاسناد.

(٣) نوصي المشرع العراقي معالجة الثقوب التي سببها تطبيق قواعد التنازع التقليدية على العقود الالكترونية، خاصة وأن هذه الأخيرة تحتاج إلى قواعد تفهم طبيعتها الجديدة وملامحها وظروفها المستجدة، فالعلاقات التجارية الدولية التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية تقود في أغلب الأحيان إلى عالم غير مادي قوامه الأرقام والبيانات، بينما يعتمد منهج قاعدة التنازع على ضوابط إسناد معروفة في القانون الدولي الخاص لا توضع في الأصل إلا من أجل واقع مادي ملموس، لذلك نقترح على المشرع الاستفادة من الآراء الفقهية والنصوص القانونية المقارنة لوضع قاعدة اسناد تحدد القانون الواجب الاخذ به بمناسبة هذه العقود، او وضع قانون خاص لكل قواعد التنازع بقراءة جديدة وشاملة لمتطلبات العصر كما فعلت قوانين دول اخرى.

الهوامش

(١) يقصد بالتكييف في نطاق تنازع القوانين بانه عملية اولية يقوم بها القاضي لإضفاء الوصف القانوني على النزاع المطروح علية، وذلك بهدف اخضاعه الى قواعد قانونية مسماة في القانون الواجب التطبيق سواء في قانون دولة القاضي او في قانون اجنبي، ينظر في ذلك: د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص اللبناني، تنازع القوانين، ج١، الدار الجامعية، ط١، ١٩٩٨، ص٧٩.

(٢) فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، منشورات جامعة دمشق، ١٩٨٦، ص٣١٤.

(٣) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص٩١-٩٢.

(٤) ان المشرع العراقي في قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤، قد اعتمد على العناصر القانونية في حالة تحديده لعقد البيع الدولي والذي لا يتحقق في هذا القانون الا اذا كان البيع بين دولتين او اكثر وبما ان البيع بحد ذاته هو عملية تجارية لما تتضمنه من استيراد وتصدير للبضائع وهذا ما يتفق مع نص المادة ٣/٥ من القانون ذاته الذي اعتبر استيراد البضائع او تصديرها هو احد الاعمال التجارية، وهنا نرى ان المشرع العراقي في تلك المادة قد اخذ بالمعيارين معاً: ينظر في ذلك: د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي و حيدر عبد الحسين حسن، سلطة المحكم في تحرير العقود الدولية من الخضوع للقوانين الوطنية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة العاشرة، ٢٠١٨، ص٢٨.

(٥) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، دار منشأة المعارف، بلا سنة طبع، ص٣٢.

(٦) تبلور مبدأ قنون الارادة على يد الفقيه الفرنسي (ديمولاند) اذ رأى انه ما دام العقد يخضع الى قانون محل ابرامه، فيجب الاعتراف بحق المتعاقدين في اختيار قانون اخر ليحكم العقد، وتأكد هذا المبدأ بعد الفتوى الشهيرة للفقيه (ديمولاند) في قضية الزوجين (دوجاني) وهنا اكد ان شكل العقد والتصرفات القانونية تخضع لقانون بلد الابرام اما موضوع العقد فيخضع للقانون الذي يحدده اطراف العقد صراحة او ضمناً، ينظر في ذلك: هشام علي صادق و حفيظة السيد حداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الاجانب، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٨، ص٢٥٦، كلك: د. محمود محمد ياقوت، مصدر سابق، ص٣٣.

(٧) حيث نصت على ان " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فان اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه " وهو ذات النص الذي جاء به المشرع المصري في المادة ١٩ من قانونه المدني.

(٨) ينظر في ذلك د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق، ص٥٥٧، كذلك: د. بشار الاسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، ط٢، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١١، ص٣١٠.

(٩) د. كريم مزعل شبي و م. م ثامر داوود عبود خضير الشافعي، النظرية الشخصية المحددة لدور الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية / كلية القانون – جامعة بغداد، المجلد ٣٢، العدد الثاني، ٢٠١٧، ص٢١٥.

(١٠) المصدر نفسه، ص٢١٦.

(١١) بيار ماير – فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط١، ٢٠٠٨، ص٦٤٣، كذلك: د. بشار الاسعد، عقود الدولة، مصدر سابق، ص٣٠٩.

(١٢) د. سامية راشد، دور المادة ٢٤ مدني في حل مشكلات تنازع القوانين (نظرة مستقبلية)، دار النهضة العربية، ١٩٨٥، ص٢٦.

(١٣) المصدر نفسه، ص٢٧.

(١٤) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٢٧٨.

(١٥) نص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي اذ نصت " يتبع فيما لم يرد بشأنه نص من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً ".

(١٦) نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي.

(١٧) د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص اللبناني، مصدر سابق، ص٥٢، كذلك: بيار ماير – فانسان هوزيه، مصدر سابق، ص١٤٣.

(١٨) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم وحدة التنازع والاختيار بين الشرائع، ط١، مكتبة الجلاء الجديدة، بلا سنة طبع، ص٢٢٧، كذلك: د. عوني محمود فخري، ارادة الاختيار في العقود التجارية والمالية، ط١، مكتبة زين الحقوقية و الادبية، بيروت ٢٠١٢، ص٢٢٣.

(١٩) د. وسام توفيق عبد الله، مبادئ القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة الرافدين، العدد ٥٧، ٢٠١٨ ، ص٥٦.

(٢٠) أن الفقيه LETOURNEU يقول إن اصطلاح المبادئ العامة يطلق "على عدد من المبادئ التي لا تكون مصاغة في نصوص مكتوبة ولكن يعترف بها القضاء باعتبارها واجبة الاتباع وأن مخالفتها تمثل انتهاكاً للمشروعية "، ومن ذلك أيضا تقرير مقرر الحكومة الفرنسية دي لوباردير عن قضية société des concert du conservatoire مخاطباً مجلس الدولة بما يأتي " إن القضاء قد قبل منذ مدة طويلة أنه إلى جانب القوانين المكتوبة توجد مبادئ كبرى يعتبر الاعتراف بها كقواعد قانونية أمر ضروريا لتكملة الإطار القانوني الذي في ظله يجب أن تتطور الأمة بما لها من تنظيمات سياسية و اقتصادية وأن مخالفة هذه المبادئ الكبرى لها ذات النتائج التي ترتبها مخالفة القانون المكتوب أي إلغاء القرار الصادر على خلافها و التزام السلطة التي أصدرته بالتعويض عن قرارها الخاطئ"، كما عرفت المبادئ بانها "مجموعة من المبادئ التي تستخدم في توجيه النظام القانوني من حيث تطبيقه وتنميته، ولو لم يكن لها دقة القواعد القانونية الوضعية وانضباطها"، وتعرف كذلك أنها " مجموعة من القواعد التي تتسم من ناحية بطابع العمومية كما تتميز من ناحية اخرى بانها مبادئ اساسية، فأما طابع العمومية فيستمد من الاعتراف بها من جانب التشريعات الوطنية لمعظم الدول مهما كانت طبيعة النظام القانوني الذي تنتمي اليه، اما من ناحية كونها مبادئ اساسية بمعنى انها تهمين على مجموعة من القواعد التفصيلية التي تتفرع عنها او هي ان شئنا قواعد موجهة لغيرها من القواعد الاخرى"، اذ هي عبارة عن قواعد عامة كلية موجودة في صلب التشريع وكامنة في روحه العامة، وكان الطرح في أعلاه عن مفهوم المبادئ

العامة للقانون، لأنها تجسد الأساس العام لفكرة مبادئ القانون الدولي الخاص، وما الأخيرة إلا عبارة عن صورة خاصة للمبادئ العامة للقانون لكن على نحو يتلاءم وطبيعة القانون الدولي الخاص، ينظر في ذلك: د. سمير السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤، ص٢٤٧.

(٢١) د. سامية راشد، مصدر سابق، ص١٦.

(٢٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم وحدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مصدر سابق، ص١٠٥٨.

(٢٣) د. سامية راشد، مصدر سابق، ص٢٢، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص١٢٩، ينظر كذلك: د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص اللبناني، مصدر سابق، ص٥٤.

(٢٤) د. سامية راشد، مصدر سابق، ص٢٤.

(٢٥) وبصفة عامة فان القاضي من اجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي يلجأ الى مفاهيم اكثر عمومية من فكرة مكان تنفيذ العقد او محل ابرامه، ومن اهم المفاهيم التي يلجأ اليها القضاء العادي والتحكيم في الآونة الاخيرة، فكرة اعمال القانون الذي تكون العلاقة القانونية تتصل به على نحو وثيق او مركز الثقل، او قانون الدولة التي يتم على اقليمها الوفاء بالإداء المميز للعقد، حيث ان العقد يتضمن مجموعة من الاداءات سواء منها ما يتعلق بإبرامه او تنفيذه اذ يتم تحديد الاداء التي تتركز فيها مصالح الاطراف، ينظر في ذلك: د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠٠٣.، ص٥٠٩-٥١١، وتايد هذا النظر وما يقتضي من قرينه لصالح تطبيق قانون الدولة المتعاقدة في الحكمين الشهرين الذي اصدرتهما محكمة العدل الدولية الدائمة عام ١٩٢٩، في قضايا القروض الصربية والبرازيلية حيث صاغت عبارتها الشهيرة التي تقضى بان " اي عقد ليس عقدا بين دولتين بصفتهما اشخاص قانونية دولية يجد اساسه في النظام القانوني الوطني لدولة ما "، واعقبت ذلك بقرارها " ان تحديد هذا النظام يتم وفقا لفرع الدراسة القانونية المعروف باسم " القانون الدولي الخاص" او " نظرية تنازع القوانين " والذي يشمل تلك القواعد المشتركة بين عدة دول او التي تقررت بمقتضى اتفاقيات دولية او وفقا للعرف، وفي هذه الحالة الاخيرة تكون قواعد التنازع ذات طابع دولي حقيقي ". وخلصت على هذا الاساس القرينة التي تجعل قانون الدولة المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق في غيبة اختيار نظام قانوني اخر، كما سارت هيئات التحكيم المختلطة التي انشئت بمقتضى معاهدات الصلح في فرساي عام ١٩١٩ على ذات النسق حيث خلصت في مجال البحث عن القانون الواجب التطبيق لحكم العقود المطروحة عليها الى وجوب اعمال قانون الدولة المتعاقدة، ينظر في ذلك : د. سامية راشد، مصدر سابق، ص٢٧.

(٢٦) فوزي قدور نعيمي و مظفر جابر الراوي، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ع، العدد ١٠، السنة ٣، ص١٧.

(٢٧) د. عباس زبون العبودي و د. ليث عبد الرزاق علي الانباري، عقد اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية / كلية القانون – جامعة بغداد، العدد الثالث، ج١، ٢٠١٧، ص٢٨.

(٢٨) المصدر نفسه، ص٢٩.

(٢٩) د. فوزي قدور نعيمي و د. مظفر جابر الراوي، مصدر سابق، ص١٧.

(٣٠) وقد وجب التركيز على لفظ " نظم القانون الخاص " على اساس عدم الاخذ بقواعد القانون العام الخاصة بالعقد الدولي، وكذلك يتعين اغفال التنظيمات التشريعية المنظمة لبعض طوائف العقود المدنية والتجارية: انظر في ذلك: د. سامية راشد، مصدر سابق، ص٢٤.

(٣١) د. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الاجنبية، مصدر سابق، ص٥٩٦.

(٣٢) محمود محمد ياقوت، مصدر سابق، ص١٣٢.

(٣٣) ففي التحكيم Agip ضد حكومة الكونغو حدد الشرط المتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد على ما يأتي، تتم تكملة القانون الكونغولي، في حالة الاقتضاء بكل مبدا من مبادئ القانون الدولي على المنازعات الناشئة بين الطرفي، د. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الاجنبية، مصدر سابق، ص٧١٨.

(34) LALIVE; Cours general de droit int.privr,Recueil des Cours,1977,P21-22 .

(35) ان علاقات العمل محل البحث قد تكون علاقات دولية او داخلية، فسؤال الذي يثار في هذا الصدد هل القانون الدولي الخاص يتدخل حصرا عندما تكون علاقة العمل دولية ام انه يؤدي دورا ايضا عندما تكون العلاقة داخلية؟ اذا كانت العلاقة بجميع عناصرها داخلية فيصار من باب اولى الى تطبيق القانون الوطني دون القانون الدولي الخاص، فالعلاقة التي تكون بجميع عناصرها فرنسية تتطلب بطبيعة الحال تطبيق القانون الداخلي الفرنسي، ومع ذلك يجب مراعاة ان هناك بعض الحالات ينظمها القانون الدولي الخاص وتكون العلاقة داخلية محضة، وذلك لان العنصر الاجنبي يمكن ان يتغير على نحو واخر حسب وجهة نظر الفاحص، بالنسبة للقاضي البلجيكي تكون العلاقة بين بلجيكيين مقيمين في فرنسا ، دولية بمقتضى الموطن ، في حين انه بالنسبة لنفس الافتراض فان القاضي البلجيكي قد يرى ان العلاقة دولية بمقتضى جنسية الاطراف، وهذا يدل على ان عنصري الموطن والجنسية في الفرضين اعلاه، تكون ذات دلالات للمسألة محل البحث بمقتضى نظام القانون الدولي الخاص الذي يكون بحسب الاصل النظام الفاحص، بمعنى ان تكون العلاقة المطروحة شخصية

دولية ، اي تشكل للجهة المعروض امامها النزاع عنصرا اجنبيا فعندما يتعلق الامر بفرنسيين مقيمين في فرنسا مركز داخلي محض للقاضي الفرنسي، ونكون امام علاقة شخصية دولية بمجرد رفع النزاع امام قاضي بلجيكي. ينظر في ذلك: LALIVE, ibid,P21-22.

(٣٦) د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، ط٢، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٢، ص٤.

(٣٧) د. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة طبع، ص ١٩-٢٣.

(38) LALIVE, ibid. P24.

(٣٩) د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، ج٢ ، دار النهضة العربية، ١٩٨٦ ، ص٤٤٥، كذلك د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص٢٢-٢٣، د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص اللبناني، مصدر سابق، ص١٣١.

(40) Cass. 1-7-1964,Rev. Crit., 1966,N.1,P.48.

(٤١) د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص٧٦، كذلك د. اسماعيل غانم، قانون العمل ، بلا مكان طبع، ١٩٦١، ص٩٠.

(42) انظر تعليق الاستاذ (Batiffol) على قضية : Cass. 6-7-1959, Rev. Crit., 1959, N.3, P.708.

(٤٣) " القواعد ذات التطبيق الضروري يقصد بها، مجموعة القواعد التنظيمية الامرة التي تهدف الى تحقيق الصالح الوطني وتوفير الحماية اللازمة للتنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة "، ينظر في ذلك : د.احمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون الدولي الخاص،ط١، دار النهضة العربية، ١٩٨٥، ص٣١.

(44) Dubois Clarice . Tribunal De Civil De Bruxelles 1-3-1935, Clunet .P.196.

(45) Dubois Clarice ibid. p.198.

(46) Dubois Clarice .ibid. p. 198.

(٤٧) د. اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص٩٠.

(٤٨) المصدر نفسه، ص٩١.

(٤٩) د. مجيد عبد الحميد، مصدر سابق، ص٤٣، كذلك: د. اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص٩٣.

(٥٠) د. حسن الهداوي، و د. غالب الداودي، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، بغداد، ١٩٨٨، ص١٦٩.

(٥١) د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص١٣٢، د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي، مصدر سابق، ١٩٨٨، ص١٧٠، ينظر كذلك: د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص٩٩.

(٥٢) يطلق الفقهاء كلمة العقد في اصطلاحهم على معنيين:

احدهما وهو المشهور " الربط بين كلاميين او ما يقوم مقامهما وينشأ عنه الاثر الشرعي "، والعقد على هذا الاطلاق يستوجب وجود طرفين له، لكل طرف منهما ارادة تتفق وتتوافق مع ارادة الطرف الاخر، مثل البيع والاجارة والزواج و غيرها من العقود التي لا تتم الا بارتباط طرفين، والثاني وهو اعم من الاول، اذ لا يستوجب وجود طرفين له في جميع حالاته، بل قد يكون من جانب واحد، فهو يشمل الارتباط الحاصل بين جانبين كالبيع والاجارة والزواج، كما يشمل التصرفات التي تتم من طرف واحد كالطلاق والابراء واليمين لما فيها من العزم والارادة على تنفيذه، وهذا المعنى هو الشائع عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، فهو عندهم كل ما عزم المرء على فعله سواء صدر بإرادة منفردة ام احتاج الى ارادتين في انشائه فهو يسمى عقداً عندهم، فالعقد بمعناه العام يكون مرادفاً للالتزام، لان العقد بالمعنى العام هو كل ما يعقد الشخص العزم علية بإرادته المنفردة، وعلى ما يتكون من ارتباط الكلاميين من جانبيين: ينظر في ذلك، شيخ الاسلام ابن تيمية، العقود، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص٦٧-٨٧.

(٥٣) نصت المادة على ان " الورقة التجارية محرر شكلي يتعهد بمقتضاه شخص او يأمر شخص اخر فيه لأداء مبلغ معين النقود في زمان ومكان معينين ويكون قابلا للتداول بالتظهير او المناولة ".

(٥٤) د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الاوراق التجاري، الدار الجامعية، ١٩٨٨، ص٤٨، د. فوزي محمد سامي و د. فائق محمود الشماع، الاوراق التجارية ، بغداد، ١٩٩٢، ص٦، ينظر كذلك : محمد سمير الشرقاوي، الاوراق التجارية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص٢٦.

(٥٥) أقبال مبدر نايف، القانون الواجب التطبيق على أهلية الملتزم بالورقة التجارية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والانسانية/ جامعة بابل، العدد ٣٨، ٢٠١٨، ص١٢٢٣.

(٥٦) د. سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي للأسناد التجاري، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦، ص٧٦.

(٥٧) د. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الاجنبية، مصدر سابق، ص٣٠، كذلك د. وسام توفيق عبد الله، مصدر سابق، ص٦٠.

(٥٨) د. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الاجنبية، مصدر سابق، ص٣٠.

(٥٩) ومن امثلة هذا النوع من الاستثمارات قروض تقدمها الهيئات الخاصة والافراد او شراء اسهم وسندات الدولية طويلة الاجل، ولا يترتب على هذا النوع نقل المهارات والخبرات الفنية والتكنولوجيا الحديثة الى الدولة

محل الاستثمار، د. بشار الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦، ص٣٩.

(٦٠) وعرفت منظمة التجارة العالمية الاستثمار الاجنبي المباشر " يحصل عندما يقوم المستثمر المستقر في بلد ما، بامتلاك اصل موجود في بلد اخر، مع وجود النية لدية في ادارة الاصل : انظر هذا التعريف: د. بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار، مصدر سابق، ص٤٠، فالاستثمار الاجنبي المباشر يعني قيام المستثمر الاجنبي بممارسة نشاطه في الدولة المستضيفة للاستثمار بحيث يخضع هذا النشاط لسيطرته وتوجهيه من خلال صورتين الاولى عن طريق ملكيته الكاملة لرأس مال المشروع الاستثماري والثانية عن طريق مساهمة مع راس المال الوطني بنسبة معينة تكفل له المشاركة في ادارة المشروع وهذه الصورة تحمل الكثير من المزايا للدولة المستضيفة والمستثمر الاجنبي على حد سواء، وتضمن هذه الصورة من الاستثمار المباشر نوع من الرقابة الداخلية على المشروع الاستثماري بصورة تضمن ممارسته لنشاطه بما يتلاءم ومصلحة الدولة المستضيفة وخطة التنمية الاقتصادية فيها، وفي نفس الوقت يحقق مزايا للمستثمر الاجنبي فضلا عن منح المستثمر الاجنبي امتيازات اضافية كتخفيض الرسوم او الاعفاء الضريبي، كما ان الدولة المستضيفة للاستثمار لا تبغي الحصول على ارباح سريعة يحققها المشروع الاستثماري بل تميل الى استثمار تلك الارباح في توسيع نشاط المشروع الاقتصادي وهو ما يفضله المستثمر الاجنبي: د. عبد الواحد الفار، الجوانب القانونية للاستثمارات العربية والاجنبية في مصر، دار عالم الكتب، بلا سنة طبع، القاهرة، ص٣٢.

(٦١) المادة (١) الفقرة (ن) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ النافذ، والمشرع العراقي عرف المستثمر الاجنبي في قانون الاستثمار اعلاه بانه " هو الذي لا يحمل الجنسية العراقية في حالة الشخص الحقيقي ومسجل في بلد اجنبي اذا كان شخصا معنويا او طبيعيا ".

(٦٢) القسم الثامن من هذا الامر يتعلق باستخدام العقارات م قبل المستثمر الاجنبي اذ نصت الفقرة (١) من هذا القسم بانه لا يجوز للمستثمر الاجنبي او لكيان تجاري اجنبي له مصلحة استثمارية في العراق ممارسة حقوق التصرف في الاملاك العقارية او حقوق الانتفاع بها بعد تاريخ صدور هذا الامر ما لم يسمح القانون بخلاف ذلك وقد حدد في الفقرة الثانية من هذا القسم الترخيص لاستعمال الاملاك العقارية باربعين سنة قابلة للتمديد لمدة مماثلة اضافية على ان للحكومة التي يؤسسها الشعب العراقي ان تراجع هذه التراخيص بعد توليها السلطة ": د. رواء يونس محمود النجار، النظام القانوني للاستثمار الاجنبي، دار الكتب القانونية، ٢٠١٢، ص٣٨.

(٦٣) وكان من الضرورة وجود قضاء خاص يتكفل بحل المنازعات الناشئة عن عقود الضمان. وعليه، الزمت اتفاقيات وعقود الضمان الاطراف باللجوء إلى التحكيم، وقد يقال أن اللجوء إلى التحكيم لا يضفي على عقود الضمان خصوصية، لأنه اصبح قضاء التجارة الدولية عموماً. ومع ذلك، فان الاحتكام إلى محكمين ذوي خبرة فنية خاصة ومن العارفين والمتفهمين لطبيعة عقود الضمان والاحكام والقواعد التي تلائمها، سوف يشعر

المتعاقدين بالأمان ويصون توقعاتهم المشروعة؛ لان علم المحكمين بالقواعد القانونية السائدة في نطاق ضمان الاستثمار، والتي ابرم العقد على أساس منها، سيؤدي إلى شعور الاطراف بالاطمئنان، لأن حقوقهم والتزاماتهم ستقرر أمام قضاء مختص وعارف بطبيعة علاقتهم، فضلاً عن الدور البارز الذي يؤديه التحكيم في نطاق نظم الضمان؛ لحداثة هذه النظم وحاجتها للاستقرار التام: المادة (٦) من اتفاقية المؤسسة العربية: ينظر في ذلك: د. رواء يونس، مصدر سابق، ص٣٩-٤٧.

(٦٤) د. وسام توفيق عبد الله، مصدر سابق، ص٦٠.

(٦٥) المصدر نفسه، ص٦١.

(٦٦) د. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الاجنبية، مصدر سابق، ص٧٧٣-٧٨٦.

(٦٧) د. رواء يونس محمود النجار، مصدر سابق، ص٤٥، ينظر كذلك: د. بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار، مصدر سابق، ص١٦٨.

(٦٨) د. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الاجنبية، مصدر سابق، ص٥٤٨.

(٦٩) المصدر نفسه، ص٧٧٤-٨١٢.

(٧٠) يقوم هذا المبدأ على فكرة حسن النية، والذي يعني ان يتمسك الشخص امام القضاء بموقف مخالف للموقف الظاهر السابق: د. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الاجنبية، مصدر سابق، ص٧٩٦-٨٠٦.

(٧١) عندما حصلت الثورة النفطية عام ١٩٧٣وارادت الدول العربية ان تستفيد من اتفاقية ICSID بوضعها صيغة عربية لهذه الاتفاقية على شكل " اتفاقية لتسوية المنازعات ما بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الاخرى"، على نحو يتناسب مع متطلبات الاستثمار العربي في كافة ميادين الاستثمار، وتم توقيع هذه الاتفاقية بتاريخ ١٩٧٤/٦/١٠ من قبل الدول التالية: (الاردن، السودان ، العراق- مصر، الكويت، اليمن، سوريا، ثم انظم بعد ذاك الامارات، وليبيا) وقد تم المصادقة عليها عام ١٩٧٤ ووضعت موضع التنفيذ بتاريخ ٢٠/ ١٩٧٦/٨، وتهدف الى حل اي نزاع قانوني ينشأ بين الدول ومواطني الدول مما يسهم في تشجيع الاستثمار، د. عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم الدولي، ج١، دار المعارف القاهرة، ١٩٩٨، ص٨٧٢.

(٧٢) د. سامية راشد، مصدر سابق، ص٣٠-٦٠.

(٧٣) د. اسامة احمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨، ص٧.

(٧٤) د. الياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٩، ص٢٦.

(٧٥) د. عامر محمود الكسواني، التجارة عبر الحاسوب، بلا مكان طبع، ٢٠٠٨، ص٧٥.

(٧٦) المادة الثانية من قانون التوجيه الاوربي الصادر في ٢٠ مايو ١٩٩٧ المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد.

(٧٧) الفصل الثاني من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي وفي هذا الصدد نصت المادة الاولى من مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري " كل معاملة تجارية تتم عن بعد باستخدام وسيلة الكترونية " كذلك المادة الثانية في الفصل الاول من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاماراتي رقم (٢) لسنة (٢٠٠٢) عرفت العقد الالكتروني بانه " أي تعامل او عقد او اتفاقية يتم ابرامها او تنفيذها بشكل كلي او جزئي بواسطة المراسلات الالكترونية "، كما عرفه المشرع اللبناني بانه " عقد يتم كليا او جزئيا بواسطة عملية الكترونية "، كذلك المشرع الاردني عرفه بانه " الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كليا او جزئيا "، ومن هذا نلاحظ ان اغلب التشريعات العربية قد افرد العقد الالكتروني بتشريع خاص دون تركه لحكم القواعد العامة، بخلاف المشرع العراقي الذي لاذ بصمت عن تنظيم هذا النوع من العقود رغم اهميتها وشيوعها في التطبيق العملي.

(٧٨) خالد عبد الفتاح محمد، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٩٦.

(٧٩) المصدر نفسه، ص٩٦.

(٨٠) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ٢٧٩.

(٨١) د. سميرة حسين محسين، و نورا كاظم عواد، القانون واجب التطبيق على العقد الالكتروني (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي والقانون الوضعي)، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الثاني ، المجلد الثامن، ٢٠٠٧، ص١٨٦.

(٨٢) خالد عبد الفتاح محمد، مصدر سابق، ص٩٨-١٠٤.

(٨٣) عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص اللبناني، ص٥٥٦.

(٨٤) عرفت المادة (٤٢) من القانون المدني العراقي الموطن بانه " المكان الذي يقيم به الشخص عادة بصفة دائمة او مؤقتة ويجوز ان يكون للشخص اكثر من موطن واحد ".

(٨٥) د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص اللبناني، مصدر سابق، ص ٥٥٨.

(٨٦) د. سمير حسين محسين و نورا كاظم عواد، مصر سابق، ص١٨٦.

(٨٧) د. سمير حسين محسين و نورا كاظم عواد، مصدر سابق، ص١٨٧.

(٨٨) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سق، ص٦١٢.

(٨٩) المصدر نفسه، ص٥٩٦..

(٩٠) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص١٩٩.

(٩١) المصدر نفسه، ص٢٠٠.

(٩٢) د. جليل الساعدي، تنازع القوانين في التعاقد عبر شبكة الانترنيت، ص١٤٧. بحث منشور على الموقع الالكتروني : www.iasj.net تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٧/٧.

(٩٣) د. جليل الساعدي، تنازع القوانين في التعاقد عبر شبكة الانترنيت، مصدر سابق، ص١٣٨.

(٩٤) د. ماجد محمد سليمان ابا الخيل، العقد الالكتروني، ط١، مكتبة الرشد، الرياض، ٢٠٠٩، ص١١٦.

(٩٥) د. عادل ابو هشيمه، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٥، ص١٤١.

(٩٦) د. ماجد محمد سليمان ابا الخيل، مصدر سابق، ص١١٦.

(٩٧) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠، ص٣٠-٤٠.

(٩٨) سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠، ص١٤٠.

(٩٩) المصدر نفسه، ص١٤١.

(١٠٠) د. طوني عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، ط١، المنشورات الحقوقية، بيروت، ٢٠٠١، ص٤٧٢.

(١٠١) د. عادل ابو هشيمه، مصدر سابق، ص١٤٢.

(١٠٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، مصدر سابق، ص٩٤.

(١٠٣) د. ماجد محمد سليمان ابا الخيل، مصدر سابق، ص١١٧.

(١٠٤) د. عادل ابو هشيمه، مصدر سابق، ص١٤٥.

(١٠٥) د. ماجد محمد سليمان ابا الخيل، مصدر سابق، ص١١٧.

(١٠٦) خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، ط١، الدار الجامعية، مصر، ٢٠٠٧، ص١٠٧.

(١٠٧) د. ماجد محمد سليمان ابا الخيل، مصدر سابق، ص١١٨.

(١٠٧) خالد ممدوح ابراهيم، مصدر سابق، ص١٠٨.

(١٠٩) المصدر نفسه، ص١٠٨.

(١١٠) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص١٠٩.

المصادر

اولاً/ الكتب القانونية.

(١)احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠.

(٢) احمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون الدولي الخاص،ط١، دار النهضة العربية، ١٩٨٥.

(٣) احمد عبد الكريم سلامة، علم وحدة التنازع والاختيار بين الشرائع، ط١، مكتبة الجلاء الجديدة، بلا سنة طبع.

(٤) احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.

(٥) اسامة احمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨.

(٦) اسماعيل غانم، قانون العمل ، بلا مكان طبع، ١٩٦١.

(٧) بشار الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦.

(٨) بشار الاسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، ط٢، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١١.

(٩) بيار ماير – فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط١، ٢٠٠٨.

(١٠) حسن الهداوي وغالب الداودي، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، بغداد، ١٩٨٨.

(١١) حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠٠٣.

(١٢) خالد عبد الفتاح محمد، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

(١٣) خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، ط١، الدار الجامعية، مصر، ٢٠٠٧.

(١٤) رواء يونس محمود النجار، النظام القانوني للاستثمار الاجنبي، دار الكتب القانونية، ٢٠١٢.

(١٥) سامية راشد، دور المادة ٢٤ مدني في حل مشكلات تنازع القوانين (نظرة مستقبلية)، دار النهضة العربية، ١٩٨٥.

(١٦) سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي للأسناد التجاري، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦.

(١٧) سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠.

(١٨) طوني عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، ط١، المنشورات الحقوقية، بيروت، ٢٠٠١.

(١٩) عادل ابو هشيمه، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٥.

(٢٠) عامر محمود الكسواني، التجارة عبر الحاسوب، بلا مكان طبع، ٢٠٠٨.

(٢١) عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم الدولي، ج١، دار المعارف القاهرة، ١٩٩٨.

(٢٢) عبد الواحد الفار، الجوانب القانونية للاستثمارات العربية والاجنبية في مصر، دار عالم الكتب، القاهرة ، بلا سنة طبع.

(٢٣) عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، ج٢ ، دار النهضة العربية، ١٩٨٦.

(٢٤) عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص اللبناني، تنازع القوانين، ج١، الدارالجامعية، ط١، ١٩٩٨.

(٢٥) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الاوراق التجاري، الدار الجامعية، ١٩٨٨.

(٢٦) فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، منشورات جامعة دمشق، ١٩٨٦.

(٢٧) فوزي محمد سامي وفائق محمود الشماع، الاوراق التجارية ، بغداد، ١٩٩٢.

(٢٨) ماجد محمد سليمان ابا الخيل، العقد الالكتروني، ط١، مكتبة الرشد، الرياض، ٢٠٠٩.

(٢٩) محمد سمير الشرقاوي، الاوراق التجارية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.

(٣٠) منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة طبع.

(٣١) هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، ط٢، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٢.

(٣٢) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية ،١٩٩٥.

(٣٣) الياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٩.

ثانياً/البحوث.

(١) أقبال مبدر نايف، القانون الواجب التطبيق على أهلية الملتزم بالورقة التجارية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والانسانية/ جامعة بابل، العدد ٣٨، ٢٠١٨.

(٢) جليل الساعدي، تنازع القوانين في التعاقد عبر شبكة الانترنيت، بحث منشور على الموقع الالكتروني : www.iasj.net تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٧/٧.

(٣) عباس زبون العبودي و ليث عبد الرزاق علي الانباري، عقد اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية / كلية القانون – جامعة بغداد، العدد الثالث، ج١، ٢٠١٧.

(٤) عبد الرسول عبد الرضا الاسدي و حيدر عبد الحسين حسن، سلطة المحكم في تحرير العقود الدولية من الخضوع للقوانين الوطنية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة العاشرة، ٢٠١٨.

(٥) فوزي قدور نعيمي و مظفر جابر الراوي، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ع، العدد ١٠، السنة ٣.

(٦) كريم مزعل شبي و ثامر داوود عبود خضير الشافعي، النظرية الشخصية المحددة لدور الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية / كلية القانون – جامعة بغداد، المجلد ٣٢، العدد الثاني، ٢٠١٧.

(٧) سميرة حسين محسين و نورا كاظم عواد، القانون واجب التطبيق على العقد الالكتروني (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي والقانون الوضعي)، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الثاني ، المجلد الثامن، ٢٠٠٧.

(٨) وسام توفيق عبد الله، مبادئ القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة الرافدين، العدد ٥٧، ٢٠١٨.

ثالثاً/ القوانين.

(١) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٢) قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

(٣) قانون العمل العراقي رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧.

(٤) قانون التقاعد والضمان الاجتماعي العراقي رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١.

(٥) قانون التوجيه الاوربي الصادر في ٢٠ مايو لسنة ١٩٩٧.

(٦) القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ المعدل .

(٧) القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩.

(٨) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٩.

(٩) قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاماراتي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢.

رابعاً/المصادر الاجنبية.

(1) LALIVE; Cours general de droit int.privr,Recueil des Cours,1977 .

(2) Cass. 6-7-1959, Rev. Crit., 1959, N.3, P.708.

(3) Dubois Clarice . Tribunal De Civil De Bruxelles 1-3-1935 .

(4) Cass. 1-7-1964,Rev. Crit., 1966,N.1.

Abstract

Sometimes the base of conflicts rules or conflict attachment rules is stipulated, but it falls short of addressing certain assumptions that are incompatible with its special nature, and it goes aside from the jurisprudence that the judge and through the principles of private international law may establish a base of attribution not provided for, or restrict a general rule contained in his national law, Or the judge's means is to interpret a text in his law by guiding these principles, and therefore the most important functions of private international law principles are to bridge legal loopholes and confront situations where there is no conflict rule that confronts the case It also works to unify solutions by bringing them closer to legal systems and restricts the release of the provisions of internal law as well as lead to providing a direct objective solution to the conflict, knowing that the field of international contracts was one of the most important fields in which the importance of the principles of private international law emerged, and we have tried in this study to develop And my application of the theory of principles of private international law, to prevent relying on the generality of attribution or its reluctance.

The self-role of the principles of private international law in addressing the open texture "A comparative study"

Prof.Dr. Khair AL-ddin Kazem AL-ameen
University of Babylon/College of Law

Noor Hussain Jawad
University of Babylon/College of Law