العدد (الخامس) المجلد (الاول)
شهر حزيران عام 2026

مجلة الدراسات القانونية التطبيقية
ISSN:2709-426x

حدود استقلال عقد الاستثمار الدولي في ضوء مبدأ الكفاية الذاتية (دراسة تحليلية مقارنة)

Limits on the Autonomy of International Investment Contracts in Light of the Principle of Self-Sufficiency (A Comparative Analytical Study)

الباحث : حيدر عبد الحسين ماطور
Haider Abdalhussin Mator
كلية القانون / جامعة البصرة
College of Law/University of Basrah
pgs.haider.abdalhussain@uobasrah.edu.iq

أ.د علي عبد العالي خشان الأسدي
Prof.Dr. Ali Abdelaali Alasadi
كلية القانون / جامعة البصرة
College of Law/University of Basrah
aliabdelaali@avicenna.uobasrah.eduiq

الملخص

يمثل مبدأ الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي تجلياً فعلياً لسلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص, إذ يعنى بجعل العقد قادراً على تنظيم حقوق والتزامات الأطراف وتسوية منازعاتهم بمعزل عن القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية والمبادئ الدولية الموحدة, ففي ظل الاكتفاء الذاتي لعقد الاستثمار الدولي يكون اللجوء لتلك النظم احتياطياً أو تكميلياً بغية معالجة المسائل التي لم ينظمها المتعاقدون في عقدهم, بيد أن استقلالية عقد الاستثمار الدولي بهذا الشكل قد تثير في النظر تساؤلاً عن إمكانية تقييده . فإن كان مبدأ الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي من إفرازات مبدأ سلطان الإرادة بصورةٍ رئيسية، وإن كان ينبع كذلك من تطبيق قانون الإرادة، وإن كانت هذه المنابع تتقيد بضرورة عدم مخالفتها للنظام العام، فالحال على هذا النحو يخضع للقياس بالنسبة لمبدأ الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي .

الكلمات المفتاحية : مبدأ الكفاية الذاتية في العقد الدولي, النظام العام الدولي, الغش نحو القانون, عقد الاستثمار الدولي .

Abstract

The principle of self-sufficiency in the international investment contract represents a concrete manifestation of party autonomy in private international law. It is concerned with enabling the contract to regulate the rights and obligations of the parties and the settlement of their disputes independently of national laws, international conventions, and unified international principles. Under the self-sufficiency of the international investment contract, recourse to such external legal systems is subsidiary or complementary, intended only to address matters that have not been regulated by the contracting parties within

their agreement. However, this form of contractual independence may raise questions regarding the extent to which it can be limited or restricted.

If the principle of self-sufficiency in the international investment contract is primarily derived from the principle of party autonomy, and if it also stems from the application of the choice of law (lex voluntatis), and if these sources are themselves subject to the necessity of not violating public policy, then by analogy the same applies to the principle of self-sufficiency in the international investment contract .

Keywords : The Principle of Self-Sufficiency of International Contract, International Public Policy, Evasion of The Law, international Investment Contract .

المقدمة

أولاً : فكرة موضوع البحث

تتضمن عقود الاستثمار الدولية المصاغة بشكل نمطي في محتواها بنوداً يمكن للقاضي أو المحكم أن يستند إليها للكشف عن صحة تكوين العقد، كما تتضمن بنوداً يمكن للقاضي أو المحكم أن يعرف الالتزامات التي يخضع لها كل طرف من أطراف العقد الاستثماري والحقوق التي يتمتع بها، وآلية تفسير العقد وطرق تسوية منازعاته[1]، كل ذلك وأكثر من مسائل تتعلق بالعملية الاستثمارية بوجهٍ عام وبالوثيقة التعاقدية بوجهٍ خاص، إذ تكفي النظرة الفاحصة لتلك الوثيقة لادرك كفايتها الذاتية والتعرف على مضمونها من خلال تفاصيلها وتسلسل محتواها ودقة معالجتها لمختلف المسائل، ومن هذه النقطة تحديداً يتقارب معنى مبدأ الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي مع نظيره في الورقة التجارية[2]. بيد أن الثاني ينطلق من الشكلية التي ترسمها قوانين الصرف[3]، في حين يتخذ الأول من الإرادة منطلقاً له، ولما كانت الإرادة في ذاتها محكومة بقيود مأتاها النظام العام الداخلي والدولي، ولما كانت تتأثر بالغش نحو القانون في المجال الدولي، بات أمر مبدأ الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي معرضاً للتقييد بالصورة التي تؤثر على استقلاليته المفترضة وفقاً لمبدأ الكفاية الذاتية .

ثانياً : أهمية موضوع البحث

تتجلى أهمية هذا البحث كونه يتناول موضوع مبدأ الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي، ذلك المبدأ الذي مؤداه حكم العقد لنفسه بنفسه بمعزل عن القوانين الوطنية والاتفاقات الدولية، والتي لا يتم الرجوع إليها إلا عند الحاجة وبشكل احتياطي، وتبرز أهمية الموضوع في تقصي حدود مبدأ الكفاية الذاتية, ولاسيما في ظل

---

(1) ينظر بهذا المعنى : أستاذنا الأسدي، د. علي عبد العالي خشان, النظام القانوني للتحكيم في عقود استثمار الغاز المصاحب للنفط, مطبعة الكتاب, بغداد, ٢٠٢٤, ص٦٨ .

(2) الناهي، د. صلاح الدين, المبسوط في الأوراق التجارية, شركة الطبع والنشر الأهلية, بغداد, غير مؤرخ, ص٩٥؛ د. فائق محمود الشماع, الشكلية في الاوراق التجارية, بحث منشور في مجلة القانون المقارن, كلية القانون, جامعة بغداد, العدد (٢٠), السنة١٣, ١٩٨٧, ص١٦٨ .

(3) د. علاء عمر محمد, ومنصور أحمد نعيم, أساس مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية, بحث منشور في مجلة دراسات البصرة, السنة العشرون, العدد(٥٨), ٢٠٢٥, ص٩٩ .

التطور الحديث لمفهوم النظام العام الذي تنامى دوره ليظهر كأداة قانونية قد تحد من إطلاق سلطان الإرادة، الأمر الذي ينعكس مباشرة على استقرار العقود الاستثمارية وفعالية تنفيذها في ضوء مبدأ الكفاية الذاتية

ثالثاً : مشكلة البحث

كان تقديس سلطان إرادة المتعاقدين أمراً سائداً في ظل النزعة الفردية التي كانت تتسم بها النظم القانونية في القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين، ومن منطلق هذه النزعة أضحى سلطان الإرادة مطلقاً لا تكبله القيود، الأمر الذي أدى إلى ظهور مبدأ الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي، والذي مناطه تحرر عقد الاستثمار من سلطان القوانين والقيود الوطنية بمقتضى السلطان المطلق للإرادة. وما لبث الوضع أن يستمر على هذا النحو، ومع قيام الثورة الصناعية وانتشار التكنولوجيا، باتت الدول تسعى لإبرام عقود تلبي احتياجاتها العامة وتساهم في تنمية اقتصادها، فلم يعد سلطان الإرادة في ظل هذه الأوضاع مطلقاً كما كان في عهده الأول، فسرعان ما كبلته قيود النظام العام والقواعد الآمرة، مما أثر على فكرة الاكتفاء الذاتي التي تجلت فيها صورة سلطان الإرادة.

وفي نهايات القرن المنصرم ومطلع القرن الحالي، عاد بريق مبدأ سلطان الإرادة مجدداً، خصوصاً في مجال التحكيم والعقود الدولية، بل أضحت تلك العقود -سيما الاستثمارية منها- تصاغ بطريقة نموذجية، وكأن العقد أصبح بذاته تشريعاً كافياً لحل جملة المنازعات التي قد تنشأ بين المتعاقدين، وعلى الرغم من ذلك، فإن القيود التي فرضت على سلطان الإرادة نالت نصيباً من التطور كذلك، مما قد يؤثر في الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي، خاصة في ظل صياغته النموذجية المحكمة بالغة التفصيل، ويؤدي في نهاية المطاف إلى القول بعدم إمكانية القواعد التعاقدية أن تحل مختلف النزاعات الناشئة بين الأطراف أو ترتب الحقوق والالتزامات بمقتضى العقد .

بناءً على ما تقدم؛ تكمن الإشكالية الرئيسية لهذا البحث في السؤال الآتي : هل أن مبدأ الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي يبيح للأطراف الاحتكام لشروط العقد أياً كانت تلك الشروط، أم أن ذلك المبدأ مقيد بقيود تؤثر على استقلال العقد الاستثماري ؟ . ويتفرع عن هذا السؤال عدة اسئلة، منها : هل يقتصر أمر إمكانية تقييد مبدأ الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي على القيود التقليدية المتمثلة بالنظام العام والغش نحو القانون. أم أن ما طرأ على الفكر القانوني من تطور أصاب فكرة النظام العام تحديداً له دورٌ في هذا التقييد ؟ .

رابعاً : منهجية البحث

اعتمدنا في هذا البحث على المنهج التحليلي المقارن، والذي يقوم على عرض الإشكالية الرئيسية وما يتفرع عنها، ومن ثم, تتم مناقشتها وتحليلها على ضوء الفقه القانوني، والتشريعات المقارنة مع إبداء الرأي أن كان له مقتضى . ويرتكز هذا البحث في مقارنة التشريع العراقي بكل من المصري والفرنسي بدرجة أساسية، فأما القانون الفرنسي، فالأنه يعد نموذجاً رائداً في الدراسات القانونية المقارنة، ومصدراً تاريخياً مهماً للعديد من النظريات والمبادئ القانونية، ومنها الكفاية الذاتية في عقود الاستثمار الدولي . وأما القانون المصري، فلا تبرز أهميته في هذا السياق من خلال تبنيه تشريعاً في مجال التحكيم فحسب على خلاف تقنينا العراقي، بل أيضاً لكونه يمثل نموذجاً قانونياً عربياً متطوراً يجمع بين التأصيل المدني والتطبيق العملي في منازعات الاستثمار، فضلاً عن غنى تطبيقاته القضائية والتحكيمية التي تسهم في إيضاح معالم هذا المبدأ.

وكما تمتد المقارنة لتشمل الاتفاقيات الدولية، كونها تمثل البيئة القانونية الأخصب لدراسة عقود الاستثمار الدولي، لاسيما في مجال التحكيم وتسوية المنازعات، حيث سنعمد إلى دراسة كل من اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة ١٩٥٨، واتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، بالنظر إلى انضمام العراق إليهما، وما يترتب على ذلك

من آثار قانونية مهمة . كما سنقارن بأحكام اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة ١٩٨٧، لما تنطوي عليه من تطبيقات عملية يمكن أن تعكس ملامح مبدأ الكفاية الذاتية .

وإلى جانب ذلك، سنولي عناية خاصة بالمبادئ الدولية، ولا سيما مبادئ معهد روما لتوحيد القانون الخاص (UNIDROIT) لسنة ١٩٩٤، والمبادئ الأوروبية لقانون العقود(PECL) ، لما توفره من قواعد مرنة ومتكاملة تسهم في تفسير وتطوير أحكام العقود الدولية، وتعد مرجعاً مهماً في استجلاء مدى تحقق الكفاية الذاتية في هذا النوع من العقود . وبغية معالجة المسائل موضوع الدراسة سنتناولها في مبحثين، إذ سنخصص المبحث الأول لبيان مدى إمكانية تقييد مبدأ الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي بقيودٍ قانونية، في حين يكون موضوع المبحث الثاني حول بحث الفكرة الحديثة للنظام العام كقيد على مبدأ الكفاية الذاتية، وعلى النحو الآتي :

المبحث الأول : مدى إمكانية تقييد مبدأ الكفاية الذاتية بقيودٍ قانونية تقليدية .

المطلب الأول : الفكرة الحديثة للنظام العام كقيد على مبدأ الكفاية الذاتية .

المطلب الثاني : الغش نحو القانون كقيد على مبدأ الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي .

المبحث الثاني : الفكرة الحديثة للنظام العام كقيد على مبدأ الكفاية الذاتية .

المطلب الأول : مضمون الفكرة الحديثة للنظام العام الدولي .

المطلب الثاني : تقييد مبدأ الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي بالفكرة الحديثة للنظام العام .

المبحث الأول

مدى إمكانية تقييد مبدأ الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي بقيود قانونية تقليدية

بالإمكان تحديد المقصود بالقيود القانونية التقليدية بالنظر للقيود الواردة على قاعدة قانون الإرادة، إذ لا مساغ من القول بأن فكرة النظام العام تشكل قيداً على الإرادة بشكلٍ عام, وكذا حال نظرية الغش نحو القانون التي قد تقيد الإرادة بوصفها ضابط اسناد في مجال القانون الدولي الخاص, ولما كان النظام العام والدفع بالغش نحو القانون يمثلان قيوداً قانونية, فإن السؤال الذي يتجلى هنا يدور حول إمكانية تقييد مبدأ الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي بهذه القيود التقليدية ؟ للخوض في التساؤلات المتقدمة, سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين, وفقاً للآتي .

المطلب الأول

النظام العام كقيد على مبدأ الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي

يحكم النظام العام في المجال الدولي العلاقات ذات العنصر الأجنبي[1], فيكون القاضي المتصدي لشأن منازعات عقود الاستثمار الدولية متوجهاً بصدده الى إعمال قواعد تنازع القوانين التي تشير إلى تطبيق القانون

(1) يذهب الرأي الشائع في فقه القانون الدولي الخاص نحو التفرقة بين النظام العام في العلاقات الداخلية ونظيره في العلاقات الدولية، مستنداً في تفرقته تلك إلى نواحٍ ثلاث، الأولى منطلقها تطبيقي، والثانية مكمنها وظيفي، والثالثة متعلقةٌ بالآثار المترتبة على تطبيق النظام العام, ولا يعنينا بهذا الشأن سوى بحث النظام العام الدولي؛ ينظر في ذلك : د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص, الدار الجامعية, بيروت, ١٩٨٣، ص١٤٧ وما بعدها، بند٦٨؛ د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص٢٦٧ وما بعدها، بند٣٣٠؛ د. عباس العبودي، تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي

الأجنبي بوصفه الأكثر صلةً بحكم العلاقة الدولية [1]. وتتجلى الوظيفة التي يضطلع بها النظام العام في إطار العقود الدولية -ومنها عقد الإستثمار الدولي- بمراقبة تطبيق القانون الاجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد[2], وذلك بمنع تطبيقه إذا كان تطبيقه ماساً بما ينهض به المجتمع الوطني من أسس عليا[3], ولا يكون هذا المنع إلا بصفةٍ إستثنائية[4]. أما الأثر المترتب على مخالفة النظام العام الدولي، فيتعلق بتغيير الإختصاص التشريعي, إذ يكون سلبياً من جانب وإيجابياً من جانبٍ آخر, فهو يستبعد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في عقد الإستثمار الدولي ويجعل قانوناً آخراً يحل محله[5].

ويلاحظ أن النظام العام بهذا المعنى إن كان يؤدي إلى إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق في عقد الإستثمار الدولي، فإنه في حالة الكفاية الذاتية لا مجال لإعماله إلا بفرضٍ واحد يتجسد باحتياطية القانون المختار إذا كان هذا الأخير محتفظاً بصفته القانونية, وفي هذه الحالة يعمل النظام العام على إستبعاد القانون المختار فحسب دون النظر لبقية شروط العقد التي تشكل بجملتها كفايته الذاتية . أما إذا فقد القانون المختار هذه الصفة وأضحى شرطاً تعاقدياً, فلا مناص من القول بأن فكرة النظام العام الدولي بالمعنى المتقدم, ليس لها أن تكون قيداً يرد على عقود الاستثمار الدولية المتسمة بالكفاية الذاتية، إذ إن هذا المبدأ يعدم فكرة التنازع الذي يجد النظام العام الدولي حيز تطبيقه فيه, ومن ثم, لا تثار مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق إلا بصفةٍ احتياطية[6] .

المطلب الثاني

وتنفيذ الأحكام الأجنبية, دار السنهوري, بيروت, ٢٠١٥، ص٢١١ وما بعدها؛ د. عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة العربية، ٢٠١٥، ص١٥٩ وما بعدها .

(1) ينظر في هذا المعنى : د. حامد زكي, القانون الدولي الخاص المصري, ط١, مطبعة نورى, القاهرة, ١٩٣٦, ص٣٤٨, بند ٣١٩ .

(2) في نفس المعنى : د. عبد المنعم زمزم, مرجع سابق, ص١٦١, بند ٢٦٩ .

(3) الحداد، د. حفيظة السيد ، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٦٧ .

(4) ثار خلافٌ بين الفقهاء حول قواعد النظام العام في القانون الدولي الخاص، فمنهم من نادى بأنها تطبيق لقاعدة أصلية على غرار النظام العام الداخلي، ومنهم من قال بأن فكرة النظام العام ذات طابع استثنائي في المجال الدولي, فلا يستبعد القانون الأجنبي إلا بصفة استثنائية، وهذا الرأي هو الراجح فقهاً . ينظر في تفصيل ذلك : د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٦٨، بند٣٣٠؛ د. صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤،ص٢١ وما بعدها؛ وقد تأكدت هذه الصفة في العديد من الأحكام القضائية، إذ قررت محكمة التمييز البلجيكية في ٤ مايو ١٩٥٠ " أن القاعدة القانونية الداخلية ذات الطبيعة الآمرة لا تعتبر من النظام العام في القانون الدولي الخاص إلا بقدر ما قصده المشرع من تكريس مبدأ يعد جوهرياً للنظام الأخلاقي والسياسي والاقتصادي، وهو مبدأ يستوجب استبعاد أي قاعدة متعارضة مع النظام داخل بلجيكا " . أشار إليه :
Henri Rolin, Vers UN Ordre Public Réellement International, Éditeur non mentionné, P. . ٤٤٢

(5) في المعنى نفسه : د. حامد زكي, مرجع سابق, ص٣٤٥, بند٣١٧

(6) حيث يسعى المستثمر الأجنبي عند إبرامه للعقد مع الطرف المضيف بأن لا يخضع للنظام القانوني لذلك الطرف, ومن هنا يعتمد على مبدأ الكفاية الذاتية بدلاً من اللجوء إلى منهج التنازع التقليدي؛ ينظر في هذا المعنى : د. علي فوزي إبراهيم الموسوي، وحيدر محمد كاظم، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، عدد خاص لبحوث التدريسين مع طلبة الدراسات العليا، ج٢، المجلد (٣٦)، ٢٠٢١, ص٤٣؛ =

الغش نحو القانون كقيد على مبدأ الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي

يشترط لإعمال الدفع بالغش نحو القانون توافر عنصران[1], أحدهما مادي؛ يتمثل بإجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد[2], أما العنصر الثاني الموجب للدفع بالغش نحو القانون وهو المعنوي؛ فمؤداه توافر نية الغش, بمعنى إنصراف نية الأطراف إلى تغيير القانون الواجب التطبيق أصلاً بهدف الهروب من أحكامه[3]. ولما كان مبدأ الكفاية الذاتية ينطلق من الحرية الواسعة التي يتمتع بها أطراف عقد الاستثمار الدولي, فإن التساؤل الذي يمكن أن يثار يتعلق بمدى إمكانية الدفع بالغش نحو القانون بحجة أن الكفاية الذاتية تشكل في ذاتها هروباً عن تطبيق القانون المختار؟

ونحسب مجيبين عن ذلك, بأنه لا يمكن القول بأن الغش نحو القانون يمثل قيداً على مبدأ الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي, ذلك لأن إعمال الدفع بالغش نحو القانون يقتضي تغيير ضابط الإسناد الذي يشير إلى قانون معين وإحلال ضابط آخر محله كما توضح آنفاً, وهذا الضابط لا يكون في عقد الاستثمار الدولي سوى إرادة المتعاقدين المتجسدة بالقانون المختار أو قانون العقد[4].

ومن ثم, فإن الغش نحو القانون يستلزم تغييراً إرادياً في الإختصاص التشريعي للقانون الذي يحكم العقد, وهو ما لا يتيسر بالنسبة لعقد الاستثمار الدولي المكتفي بذاته, ذلك لأن هذا العقد بمجمل شروطه سيكون بمثابة القانون الحاكم للمتعاقدين, ومن هنا تنقطع الصلة بين مبدأ الكفاية الذاتية القائم بدرجة أساسية على تطبيق شروط العقد, وبين المنهج التنازعي الذي يجد الدفع بالغش نحو القانون مجال تطبيقه فيه . وعندئذ لا تنهض نظرية الغش نحو القانون إلا في إطار تغيير ضابط إسناد بضابط إسناد آخر بهدف التحايل على القانون[5], وهو ما لا يتوافر في مبدأ الكفاية الذاتية الذي لا يمكن أن يكون ضابطاً للإسناد حتى يعد مصداقاً لنظرية الغش نحو القانون .

لذلك؛ يجد الدفع بالغش نحو القانون مداه فقط بالنسبة للقانون المختار, والذي يكون تكميلياً في حالة الاكتفاء الذاتي في عقد الاستثمار الدولي, الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عما إذا كانت حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق مقيدة بالدفع بالغش نحو القانون ؟ وتقتضي معالجة هذا التساؤل التمييز بين أمرين,

---

= ويجدر بالإشارة إلى أن القانون الواجب التطبيق يفقد صفته القانونية في حال اندماجه بالعقد, ويكون هذا الأمر حاصلاً عن اشتراط الثبات التشريعي وعند تطبيق النظرية الشخصية لقانون الإرادة؛ ينظر في ذلك : د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية, تحديدها ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها, ط١, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٦، ص٣٣٩ .

(1) لا يخرج معنى الغش نحو القانون عن التعديل الإرادي الذي يعمده أطراف العلاقة القانونية الخاصة في ضابط من ضوابط الإسناد, بقصد إقصاء القانون الواجب التطبيق أصلاً وإحلال قانون آخر محله, وذلك تهرباً من أحكام القانون الأول للانتفاع بما تقرره أحكام القانون الثاني من تسهيلات. وتعد فكرة الغش نحو القانون من مبادئ القانون الدولي الأكثر شيوعاً والتي تعتبر من مصادر القانون الدولي الخاص؛ ينظر : د. عبد الرسول الأسدي, القانون الدولي الخاص, الجنسية, الموطن, مركز الأجانب, التنازع الدولي للقوانين, تنازع الإختصاص القضائي الدولي, دار السنهوري, بيروت, ٢٠١٧, ص٣٦٣ وما بعدها؛ د. عباس العبودي, مرجع سابق, ص٢٢٠؛ د. فريد حنين جاسم, القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية, أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون, جامعة كربلاء, ٢٠٢٢, ص٨٩؛ وينظر بشأن مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً : المادة (٢٤) من القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة ١٩٤٨؛ المادة (٣٠) في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١؛ ولا يوجد ما يقابل هذه المواد في القانون الفرنسي, إلا أن الغش نحو القانون من المبادئ المستقرة في القضاء الفرنسي؛ ينظر في تفصيل ذلك : د. حفيظة السيد الحداد, القانون الدولي الخاص, مرجع سابق, ص٢٨٢ وما بعدها, بند٣٤١؛ د. هشام علي صادق, دروس في القانون الدولي الخاص, مرجع سابق, ص١٦١ وما بعدها, بند٧٢ .

(2) العبودي، د. عباس, مرجع سابق, ص٢٢٣؛ د. عبد المنعم زمزم, مرجع سابق, ص١٨٨, بند٣١٠ .

(3) الأسدي، د. عبد الرسول, مرجع سابق, ص٣٦٧؛ د. عبد المنعم زمزم, مرجع سابق, ص١٩٢, بند٣١٤ .

(4) ينظر في هذا المعنى : د. هشام علي صادق, القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١, ص٤٤٤, بند٢٩٣؛ د. حفيظة السيد الحداد, الموجز في القانون الدولي الخاص, المبادئ العامة في تنازع القوانين, ط١, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, ٢٠٠٥, ص٣٧٤ .

(5) ينظر في هذا المعنى : د. هشام علي صادق, القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية, مرجع سابق, ص(٤٤٣-٤٤٥), بند٢٩٣ .

الأول؛ يكمن بتطبيق النظرية الشخصية لقانون الإرادة, وذلك فيما إذا كانت المسألة معروضة أمام قضاء التحكيم [1].

ويبدو عسيراً هنا إعمال نظرية الغش نحو القانون نظراً لما يتمتع به الأطراف من حرية واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق, مما يترتب عليه إنتفاء العنصـــر المادي والمعنوي للغش نحو القانون, ذلك لأن إرادة أطراف عقد الاستثمار الدولي بوصفها ضابطاً للإسناد, لا تشير لأي قانون محدد مسبقاً حتى يمكن القول بأنهم قد قصــدوا التحايل عليه, فعدم وجود تحديد مسـبق للقانون الواجب التطبيق يقود إلى الحكم بعدم حصــول تغيير إرادي لضــابط الإسـناد, إذ ليس من المتصــور في ظل النظرية الشــخصــية تخويل الإرادة حق إختيار القانون الواجب التطبيق, وبعدئذ يطعن عليها بالغش نحو القانون على أساس أن اختيارها قد قصد منه التهرب من أحكام قانون معين لآخر لم يتم اختياره[2].

أما الأمر الثاني فيتجسد فيما إذا كانت المسألة معروضة أمام القضاء العادي, فيغلب هنا تبني بعض نتائج النظرية الموضـوعية لقانون الإرادة في التشـريعات التي تتبنى النظرية الشـخصـية بصـورة أسـاسـيةٍ كالتشـريع المصري والعراقي, أو تبنيها بصورة أساسية[3] . وطالما كانت تلك النظرية قائمة على ضرورة وجود صلة بين العقد والقانون المختار, فأنه من المتصور الدفع بالغش نحو القانون فيما إذا ثبت أمام القضاء بأن القانون المختار عديم الصــلة بالعقد, وأنه ما اختير إلا بقصــد التهرب من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعقد[4]. ومن جانبنا نعتقد بصعوبة تقييد إرادة الأطراف في عقد الاستثمار الدولي المكتفي ذاتياً حتى في فرض تطبيق النظرية الموضوعية لقانون الإرادة, فمن جانب؛ تستلزم نظرية الغش نحو القانون توافر عنصريها المادي والمعنوي كي يتسـنى تطبيقها من قبل القاضـي, في حين يسـتطيع القاضـي في ظل النظرية الموضـوعية عدم الإعتداد بالقانون المختار إن وجده عديم الصـلة بالعقد ودون الحاجة إلى إثبات قصـد الغش نحو القانون[5]. ومن جانبٍ آخر, عادةً ما يكون القانون المختار في عقود الاستثمار الدولية هو قانون الدولة المضيفة للاستثمار, مما يستبعد معه بشكلٍ قطعي تخيل حصول الغش نحو القانون.

المبحث الثاني

الفكرة الحديثة للنظام العام كقيد على مبدأ الكفاية الذاتية

ما لبثت فكرة النظام العام إلا أن تجري مجرى التطور مسـتجيبةً بذلك لمقتضـيات الزمن ومتغيراته, فبعد أن كان النظام العام حبيس مبدأ ســلطان الإرادة, فكان دوره متوجهاً في إطار العقود الداخلية إلى حظر غير المشــروع منها لعلةٍ في المحل أو الســبب, فانطوت فكرة النظام العام على تقييد حرية الأطراف في إبرام العقد دون أن تتعدى صوب حريتهم في تحديد مضمونه[6] .

---

(1) هنا يتمتع أطراف عقد الاستثمار الدولي بأقصى درجات الحرية كون قضاء التحكيم ميال لتبني النظرية الشخصية لقانون الإرادة وما يترتب عليها من نتائج ابرزها اندماج القانون المختار بالعقد فيصبح شرط تعاقدي

(2) ينظر في هذا المعنى : د. هشام علي صادق, القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية, مرجع سابق, ص٤٤٤, بند٢٩٣ .

(3) ينظر في تفصيل ذلك : د. عكاشة محمد عبد العال, القانون التجاري الدولي، العمليات المصرفية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢, ص٥٧ .

(4) د. فريد حنين جاسم, مرجع سابق, ص٩١؛ قريب من هذا المعنى : د. محمود محمد ياقوت, حرية المتعاقدين في اختيار العقد الدولي بين النظرية والتطبيق, منشأة المعارف, الإسكندرية, ٢٠٠٤, ص١٠٧ .

(5) الحداد، د. حفيظة السيد, الموجز في القانون الدولي الخاص, مرجع سابق, ص٣٧٣ وما بعدها .

(6) حجازي، د. عبد الحي, النظرية العامة للإلتزام وفقاً للقانون الكويتي, ج١, المجلد الأول, مصادر الإلتزام, مطبوعات جامعة الكويت, ١٩٨٢, ص٣٤١ وما بعدها؛ وقريب من هذا المعنى : د. عبد المجيد الحكيم, الموجز في شرح القانون المدني, ج١, مصادر الإلتزام, ط٢, شركة الطبع والنشر الأهلية, بغداد, ١٩٦٣, ص٣٢, بند٥٠ و٥١ .

وبعدئذ أصبح النظام العام يتجه نحو التخصص النوعي, بغية إدراك التطور الذي لحق بالفكر القانوني, والذي تزامن مع تدخل الدولة في مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية بصورةٍ عامة, وتدخلها في مجال العقود بصورةٍ خاصة[1], مما أسفر عنه تحرك فكرة النظام العام من الجمود والسلبية التي كانت تتصف بها بمفهومها التقليدي, فاتجهت صوب المرونة والإيجابية التي أصبحت من سماتها في ظل حداثة مفهومها[2]. ومن منطلق هذه الحداثة, سنبين مضمون فكرة النظام العام الدولي الحديثة في مطلبٍ أول, منتقلين بعدها للبحث عن مدى امكانية تقييد مبدأ الكفاية الذاتية وفقاً للفكرة الحديثة للنظام العام, وذلك في المطلب الثاني, وكالآتي .

المطلب الأول

مضمون الفكرة الحديثة للنظام العام الدولي

كان من مخرجات تطور فكرة النظام العام ظهور ما يسمى بالنظام العام الاقتصادي, والذي يمثل التعبير القانوني عن النظام الأساسي لمجتمع معين[3], ويتمثل من -حيث الأصل- بمجموعة القواعد التي تعمد على تقييد سلطان الإرادة[4], فقواعده تستهدف حماية المصالح الخاصة بالمتعاقدين, إذ يرسم المشرع تلك القواعد المرتبطة بالحماية أو التوجيه, ساعياً تارةً الى تحقيق التوازن التعاقدي بين طرفين أحدهما ضعيف والآخر قوي اقتصادياً, ومبتغياً تارةً أخرى توجيه إرادة الأفراد لتمكين الدولة من تحقيق سياستها الاقتصادية . وهو بمساعيه هذه يقسم الى نوعين احدهما حمائي, وثانيهما موجه [5].

فأما الأول؛ فيشتمل على جملة القواعد الآمرة التي ترمي الى حماية الطرف الأضعف إقتصادياً في العلاقات التعاقدية, وتتكرس هذه الحماية بتحقيق التوازن التعاقدي بين المتعاقدين بما يضمن التناسق الطبيعي بين التزاماتهم[6] . وفي المجمل, يختص النظام العام الحمائي بالعقود التي تفتقر الى المساواة الإقتصادية بين أطرافها [7] . واما ثاني تفرعات النظام العام الاقتصادي -وهو الموجه-؛ فيتضمن مجوعة القواعد التي تعدّ قيوداً مفروضة على الحرية التعاقدية من قبل السلطة[8], إذ يكون مسعى تلك القواعد توجيه السياسة الاقتصادية

---

(1) سلامة، د. احمد عبد الكريم, مدونة ابحاث في القانون الدولي الخاص, دار النهضة العربية, ط١, القاهرة, ٢٠٠٩, ص٣٣٢, بند١٦٩ .

(2) قريب من هذا المعنى : د. علي كحلون, النظرية العامة للالتزامات, ط١, منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص, تونس, ٢٠١٤, ص٢٣٧ .

(3) الكلابي، د. حسين عبد الله, النظام العام العقدي, ط١, دار السنهوري, بيروت, ٢٠١٦, ص٦١٥ .

(4) يرتبط النظام العام الاقتصادي بكل ما يتعلق بحماية المستهلك؛ ينظر في ذلك : د. أحمد عبد الكريم سلامة, مدونة ابحاث في القانون الدولي الخاص, مرجع سابق, ص٣٣٨, بند١٧٧ .

(5) د. ايمن اكرم البسيوني الوكيل, أثر فكرة النظام العام على احكام عقد العمل, ط١, مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع, الجيزة, ٢٠٢٠, , ص٥٢ وما بعدها؛ وفي نفس المعنى : د. اشرف عبد العليم الرفاعي, التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية, دار الكتب القانونية, المحلة الكبرى, ٢٠٠٦, ص٢٠؛ د. حسين عبد الله الكلابي, مرجع سابق, ص٦١٥؛ وكذلك :
Jacques Chevallier, Les soubassements idéologiques de l’ordre public économique, HAL Open science, 2018

(6) الرفاعي، د. اشرف عبد العليم, التحكيم في العلاقات الخاصة.., مرجع سابق , ص٦١٥؛ د. حسين عبد الله الكلابي، مرجع سابق، ص١٠٣؛ د. علي كحلون، مرجع سابق، ص٢٤٠؛ د. ايمن أكرم البسيوني، مرجع سابق، ص٥٢ .

(7) كقود الاستهلاك, مما يستدعي تدخل المشرع لإرساء الحماية القانونية للطرف الضعيف من خلال سنه لعدة قوانين, وتلك القوانين تكون بتوجهها هذا مبعثاً لنشوء النظام العام الحمائي؛ د. حسين عبد الله الكلابي, مرجع سابق, ص١٠٦ .

(8) Savatier(R), L’ordre public économique, Dalloz, 1965, p. 22
أورده : . ايمن مكرم البسيوني الوكيل, مرجع سابق, ص٥٧ .

والمالية للدولة في جهةٍ معينة, بما يضمن تحقق الأهداف العامة للتخطيط الإقتصادي[1] . ويدخل في نطاق هذا الفرع من النظام العام القوانين الخاصة بالائتمان, والصرف والأسعار, والإستثمار[2].

ويلاحظ من خلال الوقوف على هذه التفرقة بين نوعي النظام العام الاقتصادي, أنهما يقرنان بالعلاقات الداخلية بوجهٍ عام [3], بيد أن هذه التفرقة قد امتدت لمجال القانون الدولي الخاص, فهذا القانون كما يعبر أحد الكتاب **"لا يعدو أن يكون إلا محض مرآة تنعكس عليها حالة القانون الداخلي"**[4], ونتيجةً لهذا الإمتداد, بات النظام العام الحمائي يقابل الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص, إذ يتلاقى كلاهما من حيث إن كلاً منهما يكون سلبياً . فهما يستبعدان كل قانون أجنبي يتعارض مع المبادئ العليا للمجتمع[5], ومن ثم, فإنه في حالة الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي, لا يتصور عدّ هذا النوع من النظام العام قيداً يرد على المبدأ وللأسباب التي أوردنا ذكرها عند مناقشة مسألة النظام العام في المنهج التقليدي للقانون الدولي الخاص[6] .

وعودةً للنظام العام الموجه, فهو يتقابل في مجال القانون الدولي الخاص مع ما يسمى بالنظام العام الاجتماعي, فكلاهما يقودان الى تطبيق القواعد القانونية لدولة القاضي بشكلٍ مباشر, وعلى صعيد مختلف العلاقات المتصلة بأهداف التوجيه الاقتصادي والاجتماعي التي ترسمها السياسة التشريعية للدولة, سواءً أكانت تلك العلاقات دولية أم داخلية[7]. وتلك القواعد التي تكون قيد التطبيق يصطلح عليها في مجال القانون الدولي الخاص **"بالقواعد ذات التطبيق الضروري"**[8], والتي تعني عموماً وفق الراجح فقهاً[9], مجموعة القواعد المتصلة بحماية المصالح العامة وحماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية, والهادفة الى تحقيق الأمن والنظام في اقليم الدولة, بحيث تكون واجبة التطبيق على مجمل الروابط القانونية القابعة في مجال سريانها, فتكون ملازمةً لتدخل الدولة ابتغاء احترام المصالح العامة الضرورية سواء أكانت تلك المصالح اقتصادية أم اجتماعية, والتي يترتب على عدم احترامها إهدار ما تنشده السياسة التشريعية[10] .

---

(1) الكلابي، د. حسين عبد الله, مرجع سابق, ص١٠٩ ..

(2) الرفاعي، د. أشرف عبد العليم, مرجع سابق, ص٦١٦؛ د. احمد عبد الكريم سلامة, مدونة ابحاث في القانون الدولي الخاص, مرجع سابق, ص٣٤٢؛ وبمعنى قريب : د. هشام علي صادق, القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية, مرجع سابق, ص٧٧٤ .

(3) حيث يكون جزاء ما تقدم من وجها النظام العام الاقتصادي, البطلان النسبي بالنسبة للحمائي منها, إذ يتمسك المتعاقد المحمي بهذا النوع من النظام العام وحده دون سواه بالبطلان, في حين يكون جزاء النظام العام الموجه البطلان المطلق=
=؛ د. نبيل إبراهيم سعد, التطور في ظل الثبات في مصادر الإلتزام, ط١, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, ٢٠٠٥, ص٤٢؛ وقريب من هذا المعنى : د. علي كحلون, مرجع سابق, ص٢٤١ .

(4) سلامة، د. احمد عبد الكريم, نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩, ص١٩٨, بند٢١٣ .

(5) سلامة، د. احمد عبد الكريم, نظرية العقد الدولي الطليق, مرجع سابق, ص١٩٨, بند ٣١٣؛ كما اورده في كتابه: مدونة ابحاث في القانون الدولي الخاص, مرجع سابق, ص٣٤٢, بند١٨٣ وبند١٨٤؛ وقريب من هذا المعنى : د. عبد الرسول الأسدي، مرجع سابق، ص٣٥٧ .

(6) ينظر في معنى الدفع بالنظام العام الحمائي : د. حسين عبد الله الكلابي، مرجع سابق، ص١٤٢ .

(7) سلامة، د. أحمد عبد الكريم ، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص١٩٨، بند ٢١٤؛ كما أورده في كتابه، مدونة ابحاث في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٣٤٣؛ د. اشرف عبد العليم الرفاعي, التحكيم في العلاقات..، مرجع سابق, ص٦١٦ .

(8) يطلق الفقه على هذه القواعد عدة مسميات, منها " قواعد أو قوانين البوليس والأمن", ومنها "القواعد ذات التطبيق الفوري", ومنها " قوانين النظام العام, إلا أننا نميل الى التسمية التي أعتمدها جمعٌ من الفقهاء وهي " القواعد ذات التطبيق الضروري", وهذا ما سنمضي إعتماده على إمتداد جزئيات البحث المرتبطة بهذا الموضوع . د. احمد عبد الكريم سلامة، مدونة ابحاث في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٤٤٣, وما بعدها، بند٣٣؛ د. عوني محمد الفخري، إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية, ط١, منشورات زين الحقوقية والادبية, بيروت, ٢٠١٢، ص٢٣١ وما بعدها؛ ينظر في أثر الفرق بين المسميات يراجع : د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص(٨٢٢-٨٣٥) .

(9) ينظر بهذا المعنى : د. صادق زغير محيسن حسن، تنازع القوانين في عقود نقل التكنولوجيا, أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه مقدمة الى كلية القانون, جامعة بغداد, ٢٠٠١، ص١٣؛ د. عوني محمد الفخري، مرجع سابق، ص٢٣٢؛ د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص٥٥؛ وفي نفس المعنى؛ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية, مرجع سابق، ص٧٧٠ وما بعدها، ص٤٩٨ .

(10) سلامة، د. احمد عبد الكريم ، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص١٩٨, بند ٣١٣ .

وعلى ما تقدم, يمكن القول بأن النظام العام الموجه في مضمار عقود الاستثمار الدولية، يتمثل بالقواعد المباشرة ذات التطبيق الضروري المعنية بشأن الاستثمار، والتي تقرر إختصاصاً أصلياً لقانون القاضي، فتكون غايتها توجيه النشاط الاستثماري لتحقيق أهداف السياسة التي تنتهجها الدولة من أجل الصالح العام[1]، الأمر الذي يقودنا إلى القول بوجود نظام عام إستثماري - إن صح التعبير- يستجمع أساسه من تلك القواعد وضمن محيط الاستثمار، فيؤدي تطبيقه إلى تقييد عقود الاستثمار المتسمة بالكفاية الذاتية، فيفضي بمعنى آخر إلى تقييد مبدأ الكفاية الذاتية بتلك العقود.

وتأسيساً على المعنى المتقدم، يكون مبنى ما أصطلحنا عليه " بالنظام العام الاستثماري" ما أوردته التشريعات محل المقارنة من نصوص، ففي القانون المدني الفرنسي, تقرر النصوص العامة تقييد الاتفاقات المخالفة لقواعد النظام العام والآداب، وتفرض جزاء البطلان لكل اتفاق يقع مخالفاً لتلك القواعد[2]، إلا أن هذه النصوص تتمحور حول العلاقات الداخلية, فيكون مجال القواعد القانونية الآمرة الحاكمة لتلك العلاقات اكثر اتساعاً من مجالها في الإطار الدولي, والذي تحكمه القواعد الآمرة ضرورية التطبيق[3], إذ تنص المادة الثالثة من القانون المدني الفرنسي بأن **((قوانين البوليس والأمن ملزمة لكل من يقطن الإقليم الفرنسي))** . وتعدّ قوانين الاستثمار [4], من قبيل قوانين البوليس في فرنسا, فيكون عقد الاستثمار الدولي خاضعاً لقوانين الاستثمار الفرنسية . ومن الجدير بالملاحظة أن المشرع الفرنسي قد حدد بموجب المادة الثالثة من القانون المدني نطاق تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري مكانياً بشكلٍ صريح وذلك لبيان فاعلية تلك القواعد[5], وعليه فإذا كان الأطراف قد اتفقوا بموجب حريتهم التعاقدية على تضمين عقدهم شروطاً تقوده نحو كفايته الذاتية, فإن حدود تلك الحرية مقيدة بعدم مخالفة تلك الشروط لقواعد النظام العام الضرورية بالنسبة للإستثمار في فرنسا [6] .

أما بخصوص كل من التشريع المصري والعراقي, فلم يحددا نطاق سريان القواعد ذات التطبيق الضروري بنصٍ عام يحكم كافة العلائق القانونية على غرار ما ذهب إليه المشرع الفرنسي, إلا أنهما أرسيا تلك القواعد بنصوصٍ متفرقة خاصة بمسائل معينة, ومن أبرز تلك المسائل النصوص المعنية بشأن الاستثمار . ففي قانون الاستثمار المصري جاءت المادة الأولى من قانون الاستثمار لتحدد مجال سريان أحكام قانون الاستثمار المصري على مختلف الأنشطة الاستثمارية المحلية منها والأجنبية, وأياً كان حجم تلك الأنشطة, كما حددت هذه المادة الأشكال التي يكون عليها نظام الاستثمار[7].

ونسلط الضوء في مجال عقود الاستثمار الدولية في مصر, على عقد نقل التكنولوجيا, والذي خصه القانون المصري بعناية تشريعية, وذلك لما عبر عن ضرورة تطبيق القانون المصري على عقود نقل

---

(1) قريب من هذا المعنى : د. احمد عبد الكريم سلامة, مدونة ابحاث..., مرجع سابق, ص٣٤٣, بند١٨٥ .
(2) ينظر في نص المادة (٦) والمادة (١٨٠٤) من القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون) لعام ١٨٠٤.
(3) قريب من هذا المعنى : د. نور حمد الحجايا, النظام العام القائم على الإرتباط في قضاء محكمة دبي بشأن مسائل الأحوال الشخصية, مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي, جامعة الكويت, مجلد٤٤, العدد١, ٢٠٢٠, ص٤١٣ .
(4) إذ تكون قواعد التأمينات الاجتماعية الوطنية واجبة التطبيق، إذا كان محل مركز المشروع كائناً في الإقليم الوطني، إذ تقرر هذه القواعد مسؤولية المشروع عن حوادث العمل بوجه عام . د. احمد عبد الكريم سلامة، مدونة ابحاث في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٣٧٦ .
(5) صادق زغير محيسن حسن, مرجع سابق, ص٣٣ .
(6) إذ جاء في الشق الثاني من المادة (١١٠٢) من قانون العقود الفرنسي (لا تسمح الحرية التعاقدية بمخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام)، كما أفادت المادة (١١٦٢) من ذات القانون، عدم جواز مخالفة العقد للنظام العام لا بشروطه ولا أهدافه . النصوص باللغة الفرنسية :
Art.1102 : "..La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre." ; Art. 1162 : " Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties."
(7) المادة الأولى من قانون الإستثمار المصري رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧ والتي جاء فيها (يعمل في شأن الاستثمار في جمهورية مصر العربية بأحكام القانون المرافق. وتسري أحكامه على الإستثمار المحلي والأجنبي أيا كان حجمه، ويكون الاستثمار وفقا لأحكام هذا القانون، إما بنظام الاستثمار الداخلي، أو بنظام المناطق الاستثمارية أو بنظام المناطق التكنولوجية، أو بنظام المناطق الحرة.) .

التكنولوجيا بصرف النظر عن طبيعة العلاقة التعاقدية, وهذا بالضبط ما قررته الفقرة الأولى من المادة (٧٢) من قانون التجارة المصري, إذ نصت على أنه ((**تسري أحكام هذا الفصل على كل عقد لنقل تكنولوجيا لاستخدامها في جمهورية مصر العربية سواءً أكان هذا النقل دولياً يقع عبر الحدود الإقليمية لمصر أم داخلياً، ولا عبرة في الحالتين لجنسية أطراف الاتفاق أو لمحل إقامتهم**))[1] .

أما فيما يخص المشرع العراقي، فقد ذهب هو الآخر إلى إخضاع الأنشطة الاستثمارية كافة في العراق لأحكام قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦، وذلك بموجب المادة (٢٩) منه، إلا أنه استثنى من هذا الخضوع بعض مجالات الاستثمار ذات الصلة باستخراج وإنتاج النفط والغاز، وكذلك الإستثمارات في قطاعي المصارف والتأمينات[2] . وجديرٌ بالإشارة أنه لا وجود في القانون العراقي لنص يقابل المادة (٧٢) من قانون التجارة المصري سالفة الذكر, بيد أننا إن تتبعنا ما جاء في الشطر الثاني من الفقرة الأولى من المادة (١٠) من نفس القانون, لوجدنا تأكيداً لبعض تلك القواعد الضرورية التي يخضع لها عقد الاستثمار الدولي والتي يمكن الاستدلال من خلالها على النظام العام الاستثماري . إذ أفادت تلك المادة خضوع المستثمر العراقي والأجنبي لجميع الالتزامات المنصوص عليها في قانون الاستثمار[3], والتي من ضمنها تقديم دراسات الجدوى الاقتصادية والفنية للمشروع الاستثماري[4], ومسك السجلات الخاصة بالمواد المستوردة للمشروع[5], والإلتزام بنظم السيطرة النوعية والمحافظة على سلامة البيئة[6], وتدريب المستخدمين العراقيين وتأهيلهم وزيادة كفاءتهم وقدراتهم[7] . على أن يراعى في كل ذلك, الاستثناء الوارد في الفقرتين (أولاً) و(ثانياً) من المادة (٢٩) والذي بيناه أعلاه .

كما تكرس تقييد العلاقات القانونية بصفةٍ عامة, وعقود الاستثمار الدولية بصفةٍ خاصة, بالقواعد الآمرة ذات التطبيق الضروري في إطار المبادئ الدولية الموحدة، إذ تنص المادة (١-٤) من مبادئ (UNIDROIT) على أنه ((**ليس في المبادئ ما يقيد تطبيق القواعد الآمرة سواءً أكانت وطنية ام دولية أم فوق قومية، ما دامت تطبق إعمالاً للقواعد واجبة التطبيق في القانون الدولي الخاص**))[8] ، بمعنى أن الطبيعة الخاصة بمبادئ يونيدروا لا تحول دون سمو القواعد الآمرة واجبة التطبيق أياً كان مصدرها، فليس لتلك المبادئ استبعاد الأحكام الآمرة الصادرة عن الدول بواسطة قوانينها الخاصة، أو تلك الصادرة عن الاتفاقيات الدولية المصادق عليها في الدول[9] .

المطلب الثاني

---

(1) المادة (٧٢) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ .
(2) تنص المادة (٢٩) من قانون الإستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ على أنه (تخضع جميع مجالات الاستثمار لاحكام هذا القانون باستثناء ما ياتي: اولاً : الاستثمار في مجالي استخراج وانتاج النفط والغاز . ثانياً : الاستثمار في قطاعي المصارف وشركات التامين .) .
(3) ينظر : الفقرة (اولاً) من المادة (١٠) من قانون الإستثمار العراقي .
(4) ينظر : الفقرة (ثالثاً) من المادة (١٠) من قانون الإستثمار العراقي .
(5) ينظر : الفقرة (رابعاً) من المادة (١٠) من قانون الإستثمار العراقي .
(6) ينظر : الفقرة (خامساً) من المادة (١٠) من قانون الاستثمار العراقي .
(7) ينظر : الفقرة (ثامناً) من المادة (١٠) من قانون الاستثمار العراقي .
(8) تقابلها الفقرة الثانية من المادة (١:٠١٣) من مبادئ قانون العقود الأوربي (PECL) والتي جاء فيها ((ومع ذلك، يجب إعمال أثر تلك القواعد الآمرة الوطنية وفوق الوطنية والدولية التي تكون، وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص ذات الصلة، واجبة التطبيق بغض النظر عن القانون الذي يحكم العقد.))؛ النص باللغة الإنجليزية :
Art (1:103) : "2- Effect should nevertheless be given to those mandatory rules of national, supranational and international law which, according to the relevant rules of private international law, are applicable irrespective of the law governing the contract."
(9) المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص, مبادئ يونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية ٢٠٠٤, مترجم للغة العربية, روما, ٢٠٠٨, ط٢, دار النهضة العربية, القاهرة, ٢٠٠٨, ص١١ .

تقييد مبدأ الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي بالفكرة الحديثة للنظام العام

إذا كان ما طُرح في بيان مضـــمون الفكرة الحديثة للنظام العام الدولي يقيّد مبدأ الكفاية الذاتية في عقد الاســـتثمار الدولي، فإن هذا التقيّيد -بنظرتنا المتواضـــعة - قد لا يتعدى حدود الجانب النظري الذي قررته النصـوص التي تلا ذكرها، وقد لا نجافي الصـواب إذا قلنا أن الجانب العملي يحول دون حصـول هذا التقييد في مجال التحكيم على الأقل[1]، فمن جهة تسـعى الدول لاسـتقطاب المسـتثمرين وخلق بيئة آمنة لهم, ولا يتصـور انسجام هذا السعي مع تقييد العقود المبرمة معهم بطريقة تعرض تلك العقود للبطلان . ومن جهةٍ أخرى عادةً ما تمر عقود الاسـتثمار بمراحل عديدة قبل إبرامها تسـتغرق وقتاً وجهداً, إذ لا يمكن حسـمها بجلسـةٍ أو جلسـتين, فيقتضـي أمر الوصـول للعقد النهائي الخوض في مفاوضـات تمهيدية تُحرَر في مسـتندات تحضـرية, يتبادل من خلالها أطراف العقد الرؤى والمفاهيم التي يمكن من خلالها إمضاء العقد النهائي[2], وبهذا يكون من السليم اتفاق الأطراف في عقد الاستثمار بعد المرور بكل هذه العمليات الشاقة على عدم تضـمين عقودهم شـروطاً تتعارض مع المبادئ العليا في الدولة محل تنفيذ المشروع .

ولا دليل أوضـــح على نية المتعاقدين من عدم تعريض عقدهم للبطلان مما جاء في نص الفقرة الثالثة من المادة (٣٢) من نماذج عقود جولات التراخيص النفطية المتعلقة بالخدمة والتطوير واسـتكشـاف وإنتاج النفط في العراق, والتي جاء فيها **((في حال وجدت أي محكمة أو هيئة قضـائية أو إدارية ذات اختصـاص أن حكماً من أحكام هذا العقد باطل أو غير قابل للتنفيذ, لا يؤثر ذلك البطلان أو عدم قابلية التنفيذ على أحكام هذا العقد الأخرى وتبقى جميع الأحكام غير المتأثرة بالبطلان أو عدم قابلية التنفيذ نافذة وسارية المفعول بشكلٍ كامل . ويقتضي على الطرفان السعي استبدال أي حكم باطل أو غير قابل للتنفيذ بحكم صحيح وقابل للتنفيذ يحقق إلى أبعد حد ممكن الأهداف الرئيسية للأحكام الباطلة أو غير القابلة للتنفيذ))**[3] .

ومن جهةٍ ثالثة, يذهب جانبٌ من قضـاء التحكيم[4] نحو إطلاق إرادة الأطراف امام المُحكّم الدولي, إذ أن هذا الأخير يســتمد ســلطاته من إرادة الأطراف فلا يكون له الخروج عن هذه الإرادة خروجاً مخلاً بتوقعاتهم

---

(1) ذلك أن التقييد بنصوص قوانين الاستثمار واقعٌ لا محالة في بعض احكام القضاء العادي، حيث قضت محكمة التمييز الاتحادية بهذا الصدد ببطلان العقد الاستثماري، حيث ورد على قطعة أرض عائدة لوزارة المالية ضمن مساحة مطار بغداد الدولي مما يضر بحركة الطيران المدني، فجاء حكمها " .. لذا يكون محل الإلتزام من جانب المدعي ممنوع قانوناً، ويجعل من العقد باطلاً بحكم المادة (١٣٠/ من القانون المدني) . قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق، قرار رقم ١١١٧/ الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠١٧ في ١٠/ ١٠/ ٢٠١٧؛ وعلى العكس من ذلك, قررت هذه المحكمة في قرارٍ لها صحة العقد الاستثماري رقم ادعاء المميز بمخالفته للنظام العام, فركن قرارها نحو رضى الطرفين دون التفاتٍ للبنود التي وقع فيها التعارض مع قانون الاستثمار؛ قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق, قرار رقم ١٧٧٢/ الهيئة الاستئنافية منقول/ ٢٠١٨ في ٢٧/ ٦/ ٢٠١٨؛ يمكن الوصول لهذه القرارات عبر موقع مجلس القضاء الأعلى، بوابة القضاء الالكتروني :
https://iraqcas.e-sjc-services.iq/Home/Cases/44097014466?basicno=1117
= https://iraqcas.e-sjc-services.iq/Home/Cases/24028014465?basicno=1772
تاريخ الزيارة : ١٩\ ٨\ ٢٠٢٥, وقت الزيارة : ٤٠ : ٨ PM .

(2) سلامة، د. أحمد عبد الكريم, قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية - القانون واجب التطبيق وازمته، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١, ص٣١ وما بعدها, بند١٤؛ د. محمد حسين منصور, العقود الدولية, العقود الدولية, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, ٢٠٠٩, ص٢٨ وما بعدها .

(3) الفقرة الثالثة من المادة (٣٢) من نماذج العقود التالية : نموذج عقد الخدمة لتطوير منطقة حقل الغراف (DPSC), المبرم بين شركة نفط الجنوب/ وزارة النفط العراقية وشركة بتروناس كاريگالي الخاصة المحدودة (Sdn. Bhd) شركة الإستكشافات البترولية اليابانية المحدودة وشركة نفط الشمال، في ٢١/ ١٢/ ٢٠٠٩؛ وكذلك : نموذج عقد الخدمة لتطوير وإنتاج منطقة عقد غرب القرنة, المبرم بين شركة نفط الجنوب/ وزارة النفط العراقية وشركة لوك أويل المساهمة العامة الروسية وشركة ستات أويل المحدودة لخدمات الشرق الأوسط الهولندية وشركة نفط الشمال في ٢٩/ ١٢/ ٢٠٠٩؛ وكذلك؛ نموذج عقد خدمة تقنية لحقل نفط الزبير، المبرم بين شركة نفط الجنوب و Ein Iraq B.V و Occidental of Iraq, LLC و KOGAS Iraq B.V وشركة ميسان للنفط التابعة لوزارة النفط العراقية، في ٢٠١٠؛ وكذلك : نموذج عقد الخدمة لإستكشاف وتطوير وإنتاج الرقعة الإستكشافية رقم (٩)، المبرم بين شركة نفط الجنوب/ وزارة النفط العراقية و شركة =
= كويت إنرجي و تركيا بترولارا أنونيم أورتاخلرا وشركة دراغون أويل القابضة المحدودة في كانون الثاني ٢٠١٣؛ وأيضاً : نموذج عقد الخدمة لإستكشاف وتطوير وإنتاج الرقعة الإستكشافية رقم (١٢)، المبرم بين شركة نفط الجنوب/ وزارة النفط العراقية وشركة جي

المشروعة, ومن ثم فإن إرادة المتخاصمين تكون الفيصل الأول والأخير عند تطبيق المُحكّم لشروط العقد, الأمر الذي يترتب عليه من حيث الأصـــل, عدم نظر المحكمين للنظام العام الداخلي حتى وإن كانت شـــروط عقد الاستثمار الدولي متعارضةً معه[1]. عليه, ستكون القواعد الآمرة الاستثمارية ضرورية التطبيق لدى المحكمين بحكم القواعد الأجنبية, وتفقد أهميتها بهذا المفهوم[2], مالم تكن تلك القواعد هي ذاتها قواعد النظام العام الدولي وفق مفهوم المحكم, فإن كانت كذلك لزم عليه تطبيقها[3] . وآخر القول يُجمل بكون احترام وتطبيق قواعد النظام العام تبدو مسـألةً صـعبة في مجال الممارسـة العملية[4]، وعلى الرغم من ذلك, فإن مسـألة إعمال تلك القواعد قد تراعى إذا ما توقع المحكم تنفيذ حكمه في الدولة محل تنفيذ المشروع الاستثماري، أو كان محل مقر التحكيم يقبع في ذات الدولة التي سينفذ فيها الحكم, وهو الشائع في عقود الاستثمار الدولية التي تبرمها الدولة [5].

ويبدو أمر مراعاة المحكم لقواعد النظام العام جلياً في قوانين التحكيم, فمثلاً نصـــت الفقرة الخامســـة من المادة (١٥٢٠) من قانون الإجراءات المدنية الفرنســـي على بطلان حكم التحكيم في حال تعارضـــه مع النظام العام[6]. وفي مصـر نصـت الفقرة الثانية من المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصـري رقم (٢٧) لسـنة ١٩٩٤ على أنه **((تقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.))**, أما في العراق فقد نصت المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات المدنية على أن المحكمة بإمكانها إبطال قرار التحكيم من تلقاء نفســـها إذا كان مخالفاً لقاعدة من قواعد النظام العام أو الآداب أو قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في قانون المرافعات[7].

أس أو سي باش نفت وشركة بريمير أويل المحدودة؛ وأيضاً : نموذج عقد الخدمة الفني (TSC), المبرم بين شركة نفط الجنوب وشركة بي بي عراق أن في وشركة بتروجاينا المحدودة وشركة تسويق النفط (SOMO)؛ وليس هنالك ما يقابل هذا النص في من عقد البحث عن البترول وإستغلاله المبرم بين الهيئة المصرية العامة للبترول وشركة وتكساكو للاستكشاف وادى النيل إنك في منطقة أسيوط-صعيد مصر,المصادق عليه بموجب القانون رقم (٥) لسنة ١٩٩٢ .

(4) جاء في إحدى قرارات غرف التجارة الدولية للتحكيم (من الأهمية بمكان في مجال التجارة الدولية إختيار قواعد تولد نتائج متوقعة تسجيب لمقاصد الأطراف وتأخذ في الإعتبار العادات السائدة في السوق الدولي . تعتبر الهيئة أن المنهج المؤسس على المصالح الوطنية سيعتبر غير ملائم في ذلك المحيط) قرارها في القضية رقم (٨٣٨٥) لسنة ١٩٩٥ . J.D.I, 1997, p. 1061؛ أورده : نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية, أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق, جامعة عين شمس, ٢٠٠٢، ص٢٥٧؛ كما أورده أيضاً؛ أحمد مصطفى حسين جيلاني، قابلية النزاع للتحكيم كشرط لصحة إتفاق التحكيم الإلكتروني والتقليدي، بحث منشور في المجلة القانونية على موقع الدوريات المصرية، المجلد٩، العدد٩، ٢٠٢١، ص٣١٩٢؛ وقبل ذلك، قضت هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية "بعدم بطلان رغم عدم مشروعيته بالنسبة لقانون أحد الأطراف" قرارها في القضية رقم (١٣٩٩) لسنة ١٩٦٧؛ أورده : نرمين محمد محمود صبح، مرجع سابق، ص٢٥٨ . وفي احدى القضايا رفض المحكم إعمال قواعد البوليس المشرعة بوقت لاحق على نفاذ العقد وانزل القانون المختار منزلة الشروط التعاقدية . قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، في القضية رقم (٢٨٢٦) لسنة ١٩٧٨؛ أورده : د. أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة...، مرجع سابق، ص٦٣٢ وما بعدها .

(1) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٤٢٣، بند ٢٤٥؛ د. أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة...، مرجع سابق، ص٦٢٠ وما بعدها؛ نرمين محمد محمود صبح، مرجع سابق، ص٢٥٥ وما بعدها؛ وقريب من هذا المعنى : د. عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص٦٠ .

(2) الرفاعي، د. أشرف عبد العليم, التحكيم في العلاقات الخاصة..., مرجع سابق, ص٦٢١؛ د. عبد الرسول الأسدي, مرجع سابق, ص٤٤٣ .

(3) قريب من هذا المعنى : د. فتحي والي, مرجع سابق, ص٤٢٤, بند٢٤٥ .

(4) قنديل، د. مصطفى المتولي, دور الأطراف في تسوية النزاعات العقدية, دار النهضة العربية, القاهرة, لم تذكر سنة النشر, ص٧٧ .

(5) صادق، د. هشام علي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص١٠٣٠، بند ٦٦٩؛ د. عوني محمد الفخري، مرجع سابق، ص٢٧٦ .

(6) نص الفقرة الخامسة من المادة (١٥٢٠) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ١٩٨١ باللغة الفرنسية :
Art.(1520) : "5- La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international".

(7) الفقرة (٢) من المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩؛ وفي مشروع قانون التحكيم العراقي جاءت المادة (٣٩) منه في فقرتها الثانية لتقرر ذات الحكم الذي تضمنته الفقرة الثانية من المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري لفظاً ومعنى .

وفيما يخص موقف الاتفاقيات الدولية، فقد نصـــت الفقرة الثالثة من المادة (٥٤) من اتفاقية واشـــنطن الخاصـة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام ١٩٦٥ على أنه **((يقع تنفيذ الحكم تحت حكم القوانين الخاصة بتنفيذ الأحكام ووضعها موضع التنفيذ في الدولة التي اريد في أراضيها تنفيذ الحكم.))**[1]، بمعنى أن بطلان قرار المحكم وعدم قابليته للتنفيذ مقرون بالقوانين المتعلقة بتنفيذ أحكام المحكمين، ومن تلك القوانين اتفاقية نيويورك المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام ١٩٥٨[2], والتي أفادت عدم الاعتراف بالقرار التحكيمي أو تنفيذه إذا كان متعارضاً مع السياسة العامة للبلد[3].

الخاتمة

انتهينا من خلال بحثنا في موضوع "حدود استقلال عقد الاستثمار الدولي في ضوء مبدأ الكفاية الذاتية" إلى جملةٍ من النتائج والمقترحات, نذكر منها الآتي :

اولاً : النتائج

١ - انتهينا إلى أن النظام العام الدولي بوصـــفه مانعاً من تطبيق قانون الإرادة، ليس له أن يكون قيداً على مبدأ الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي، ذلك لكون هذا المبدأ ينطلق من كفاية العقد الاستثماري الدولي بمجموع شـروطه، في حين يعمل النظام العام بالمفهوم المتقدم على شـرط من الشـروط يتمثل بالقانون المختار، والذي لا يكون له إلا دور احتياطي في ظل كفاية العقد لذاته، وقد يفقد بدوره صـــفته القانونية ليغدو شـــرطاً تعاقدياً، ومن ثم، تنعدم فكرة التنازع الذي يجد النظام العام الدولي مجال إعماله فيه.

٢ - توصلنا إلى أن الدفع بالغش نحو القانون لا يمكن لها أن تكون قيداً على مبدأ الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي، فالغش نحو القانون يلزمه حصول تغيير إرادي في ضـابط الإسناد والذي لا يكون في العقد محل البحث سـوى إرادة الأطراف المتجسـدة بالقانون المختار، وهذا لا يتيسـر بالنسـبة لمبدأ الكفاية الذاتية القائم على تطبيق شـروط العقد، فذلك المبدأ لا يوصـف بكونه ضـابطاً للإسـناد يمكن تغييره حتى تصـدق عليه نظرية الغش نحو القانون . كما أن الدفع بالغش نحو القانون لا يقيد حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، والذي يكون احتياطياً في ضوء مبدأ الكفاية الذاتية، ذلك لأن الإرادة بوصفها ضابطاً للإسناد في عقد الاستثمار الدولي لا تشير لأي قانون بشكل مسبق حتى يقال أن الأطراف قد تحايلوا عليه .

---

(1) دخلت هذه الإتفاقية حيز النفاذ في ١٤/ ١٠/ ١٩٦٦, وقد إنضم العراق لهذه الإتفاقية بموجب القرار رقم (٦٥) لسنة ٢٠١٢؛ وأصبحت نافذة في العراق من تاريخ نشرها؛ ينظر بهذا المعنى : نص المادة (٤٢) من إتفاقية واشنطن=
= : جريدة الوقائع العراقية, العدد (٤٢٨٣), بتاريخ ٢٩/ ٧/ ٢٠١٣, ص١٣؛ اما فيما يخص اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧, فقد نصت المادة (٣٥) منها على صلاحية الدول المنضمة للاتفاقية برفض تنفيذ القرارات المخالفة للنظام العام .

(2) وجديرٌ بالإشارة إلى أن العراق قد انضم إلى اتفاقية تنفيذ الأحكام الأجنبية بموجب القانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٢١ والتي نشرت في جريدة الوقائع بتاريخ ٢٠٢١/٥/٣١؛ جريدة الوقائع العراقية, العدد (٤٦٣٣) السنة الثانية والستون, ٢٠٢١/٥/٣١؛ اما بالنسبة لمصر فكانت قد انضمت إلى الاتفاقية الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها في ٨ من يونيو سنة ١٩٥٩ والتي اقرها مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجاري الدولي المنعقد في نيويورك في المدة من ٢٠ مايو إلى ١٠ يونيه سنة ١٩٥٨ وصدر بشأنها قرار رئيس الجمهورية رقم ١٧١ لسنة ١٩٥٩ وصارت نافذة في مصر اعتبارا من ٨/ ٦/ ١٩٥٩ ومن ثم فإنها تكون قانونا من قوانين الدولة واجبة التطبيق ولو تعارضت مع أحكام قانون المرافعات او اي قانون آخر بمصر؛ ينظر : قرار محكمة النقض المصرية, الدائرة المدنية, في الطعن رقم ١٥٩١٢ لسنة ٧٦ القضائية، جلسة ٦/ ٤/ ٢٠١٥؛ موسوعة أحكام النقض في أحكام التحكيم, متاح إلكترونياً عبر الرابط الآتي :

https://t.me/MO1989N/184119

(3) ينظر في : الفقرة (٢/ب) من المادة الخمسة من اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها لعام ١٩٥٨ .

٣- انتهينا إلى أن النظام العام بات متوجهاً نحو التخصص النوعي، وبتخصصه هذا ظهر ما يعرف بالنظام العام الاقتصادي، والذي يقسم إلى قسمين، أولهما حمائي، والثاني موجه، فأما الحمائي فيتقابل في المجال الدولي مع النظام العام الدولي، ومن ثم، فإن وظيفته تنصب على استبعاد القانون الذي يتعارض مع النظام الأساسي للمجتمع وإحلال قانون آخر محله، مما يعني اقتصار دوره على ضابط الإسناد الممثل بقاعدة قانون الإرادة، وهو ما لا يمكن أن يتقيد به مبدأ الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي . وأما النظام العام الموجه، فيقابل في المجال الدولي ما يعرف بالنظام العام الاجتماعي، والذي يتمثل بمجموعة القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري . كما أن القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال الاستثمار يمكن ان تشكل مفهوماً للنظام العام اصطلاحا عليه "النظام العام الاستثماري"، إذ يستجمع أساسه من تلك القواعد الضرورية في التشريعات الوطنية، وضمن دائرة الاستثمار تحديداً، ومن هنا قد يؤدي تطبيقه إلى تقييد مبدأ الكفاية الذاتية في عقد الاستثمار الدولي .

٤- انتهينا إلى أن المشرع العراقي لم يحدد نطاق سريان القواعد ذات التطبيق الضروري بنص عام يحكم جل العلاقات القانونية كما فعل المشرع الفرنسي، إلا أنه كرس ذلك النطاق بنصوص عديدة متفرقة في قانون الاستثمار، من ضمنها ما جاءت به المادة (٢٩) من قانون الاستثمار العراقي والتي أخضعت جميع الأنشطة الاستثمارية في العراق لأحكام قانون الاستثمار، ما عدا تلك الأنشطة المتعلقة باستخراج وإنتاج النفط والغاز، وكذلك الاستثمار في قطاعي المصارف والتأمينات.

٥- وجدنا أن النظام العام الاستثماري لا يشكل قيداً على مبدأ الكفاية الذاتية سوى من الناحية النظرية وفق ما تقرره التشريعات الوطنية والمبادئ الدولية الموحدة، أما من الناحية التطبيقية فلا نرى بأن هنالك مجال لتقييد مبدأ الكفاية الذاتية بمثل هذه القيود سيما في مجال التحكيم، فالدول إذا ما كانت تسعى نحو استقطاب المستثمرين الأجانب لا يستقيم سعيها ذلك مع تعريض العقد للبطلان، كما أن العمليات الطويلة التي تمر بها عقود الاستثمار الدولية قبل إبرامها تقتضي توافر عناية في كتابة عقد استثماري لا يتعارض في بنوده مع المبادئ العليا في الدولة محل تنفيذ المشروع . أما بالنسبة للعقود التي لا تخضع لقانون الاستثمار - كعقود جولات التراخيص النفطية - فإن وجود بند فيها يتعارض مع النظام العام لا يؤثر على صحة العقد أو عدم قابليته للتنفيذ، وإنما يبقى العقد صحيحاً منتجاً لآثاره، مع سعي الأطراف نحو استبدال أي حكم باطل أو غير قابل للتنفيذ بآخر صحيح .

٦- توصلنا إلى أن المحكم - على عكس القاضي - يتمتع بحرية واسعة تمكنه من إطلاق إرادة الأطراف كون سلطته استمدت منهم، بالصورة التي تجعله يصرف النظر عن قواعد النظام العام الوطنية والتي لا يعترف بها ولا يسهر على حراستها، إلا إذا كان يتوقع أن ينفذ حكمه في أرض الدولة المضيفة للاستثمار أو كان مقر التحكيم في هذه الدولة.

ثانياً : المقترحات

١ - نقترح على أطراف عقود الاستثمار الدولية تعزيز الاهتمام بكتابة الوثيقة التعاقدية، وذلك بتضمينها بنوداً تفصيلية دقيقة تعالج مختلف المسائل المتعلقة بتنفيذ المشروع الاستثماري، مع الابتعاد قدر الإمكان عن تضمين عقدهم أحكاماً تتعارض مع القواعد الأساسية العليا في الدولة التي يراد تنفيذ المشروع فيها.

٢ - نقترح على اللجان المختصة القائمة على إعداد بعض عقود الاستثمار الدولية المهمة، ضرورة إضافة مواد في متن العقد تتضمن معالجة حالة تعارض بعض الأحكام التعاقدية مع النظام العام، ويفضل أن تكون هذه المواد على النحو الآتي : المادة (...) : تعارض الأحكام التعاقدية مع النظام العام ((١ - إذا تبين أن أي حكم من أحكام هذا العقد يعد باطلاً أو غير قابل للتنفيذ كلياً أو جزئياً لتعارضه مع قواعد النظام العام واجبة التطبيق، فإن ذلك لا يؤثر على صحة باقي أحكام العقد، والتي تظل نافذة وملزمة للطرفين . ٢- يلتزم الطرفان، في حال ثبوت هذا

التعارض، بالتشاور بحسن نية لاستبدال الحكم الباطل أو غير القابل للتنفيذ بحكم آخر صحيح ومشروع، يحقق – قدر الإمكان – الغاية الاقتصادية والقانونية ذاتها التي قصدها الطرفان عند إبرام العقد . ٣- يستمر تنفيذ باقي أحكام العقد، إلى حين الاتفاق على الحكم البديل، على أن لا تطول تلك المدة بالشكل الذي يعيق العملية الاستثمارية)) .

المراجع

اولاً : الكتب القانونية

١ - المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص, مبادئ يونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية ٢٠٠٤, مترجم للغة العربية, روما, ٢٠٠٨, ط٢, دار النهضة العربية, القاهرة, ٢٠٠٨ .

٢- د. احمد حسين جلاب الفتلاوي, النظام القانوني لعقد الاستثمار, ط١, منشورات زين الحقوقية, بيروت, ٢٠١٧ .

٣- د. أحمد عبد الكريم سلامة, قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية - القانون واجب التطبيق وازمته، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١ .

٤- د. احمد عبد الكريم سلامة, مدونة ابحاث في القانون الدولي الخاص, دار النهضة العربية, ط١, القاهرة, ٢٠٠٩ .

٥– د. احمد عبد الكريم سلامة, نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩ .

٦- د. السيد عبد المنعم المراكبي, التجارة الدولية وسيادة الدولة, دار النهضة العربية, القاهرة, ٢٠٠٥ .

٧– د. اشرف عبد العليم الرفاعي, التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية, دار الكتب القانونية, المحلة الكبرى, ٢٠٠٦ .

٨- د. ايمن اكرم البسيوني الوكيل, أثر فكرة النظام العام على احكام عقد العمل, ط١, مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع, الجيزة, ٢٠٢٠ .

٩- د. حامد زكي, القانون الدولي الخاص المصري, ط١, مطبعة نورى, القاهرة, ١٩٣٦ .

١٠- د. حسين عبد الله الكلابي, النظام العام العقدي, ط١, دار السنهوري, بيروت, ٢٠١٦ .

١١- د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية, تحديدها ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها, ط١, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٦.

١٢- د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢ .

١٣- د. حفيظة السيد الحداد, الموجز في القانون الدولي الخاص, المبادئ العامة في تنازع القوانين, ط١, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, ٢٠٠٥ .

١٤- د. حميد حنون خالد, مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق, ط١, مكتبة السنهوري, بغداد, ٢٠١٢ .

١٥- د. صلاح الدين الناهي، المبسوط في الأوراق التجارية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، غير مؤرخ .

١٦- د. صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤ .

١٧- د. عباس العبودي، تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية, دار السنهوري, بيروت, ٢٠١٥ .

١٨- د. عبد الحي حجازي, النظرية العامة للإلتزام وفقاً للقانون الكويتي, ج١, المجلد الأول, مصادر الإلتزام, مطبوعات جامعة الكويت, ١٩٨٢ .

١٩- د. عبد الرسول الأسدي, القانون الدولي الخاص, الجنسية, الموطن, مركز الأجانب, التنازع الدولي للقوانين, تنازع الإختصاص القضائي الدولي, دار السنهوري, بيروت, ٢٠١٧ .

٢٠- د. عبد المجيد الحكيم, الموجز في شرح القانون المدني, ج١, مصادر الإلتزام, ط٢, شركة الطبع والنشر الأهلية, بغداد, ١٩٦٣ .

٢١- د. عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة العربية، ٢٠١٥ .

٢٢- د. عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩ .

٢٣- د. عكاشة محمد عبد العال, القانون التجاري الدولي، العمليات المصرفية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢ .

٢٤- د. علي عبد العالي خشان الأسدي, النظام القانوني للتحكيم في عقود استثمار الغاز المصاحب للنفط, مطبعة الكتاب, بغداد, ٢٠٢٤

٢٥- د. علي كحلون, النظرية العامة للإلتزامات, ط١, منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص, تونس, ٢٠١٤ .

٢٦- د. عوني محمد الفخري، إرادة الإختيار في العقود الدولية التجارية والمالية, ط١, منشورات زين الحقوقية والادبية, بيروت, ٢٠١٢ .

٢٧- د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧

٢٨- د. محمد حسين منصور, العقود الدولية, العقود الدولية, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, ٢٠٠٩.

٢٩- د. محمود محمد ياقوت, حرية المتعاقدين في اختيار العقد الدولي بين النظرية والتطبيق, منشأة المعارف, الإسكندرية, ٢٠٠٤ .

٣٠– د. مصطفى المتولي قنديل, دور الأطراف في تسوية النزاعات العقدية, دار النهضة العربية, القاهرة, غير مؤرخ .

٣١- د. نبيل إبراهيم سعد, التطور في ظل الثبات في مصادر الإلتزام, ط١, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, ٢٠٠٥ .

٣٢- د. هشام علي صادق, القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١ .

٣٣- د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص, الدار الجامعية, بيروت, ١٩٨٣.

ثانياً : الرسائل والأطاريح الجامعية

١ - د. صادق زغير محيسن حسن، تنازع القوانين في عقود نقل التكنولجيا, أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه مقدمة الى كلية القانون, جامعة بغداد, ٢٠٠١ .

٢ – د. فريد حنين جاسم, القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية, أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون, جامعة كربلاء, ٢٠٢٢ .

٣- د. نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية, أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق, جامعة عين شمس, ٢٠٠٢ .

ثالثاً : البحوث القانونية

١ - أحمد مصطفى حسين جيلاني، قابلية النزاع للتحكيم كشرط لصحة إتفاق التحكيم الإلكتروني والتقليدي، بحث منشور في المجلة القانونية على موقع الدوريات المصرية، المجلد٩، العدد٩، ٢٠٢١.

٢ – د. علاء عمر محمد, ومنصور أحمد نعيم, أساس مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية, بحث منشور في مجلة دراسات البصرة, السنة العشرون, العدد(٥٨), ٢٠٢٥ .

٣ - د. علي فوزي إبراهيم الموسوي، وحيدر محمد كاظم، الطبيعة القانونية لعقود الإستثمار ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، عدد خاص لبحوث التدريسين مع طلبة الدراسات العليا، ج٢، المجلد (٣٦)، ٢٠٢١.

٤- د. فائق محمود الشماع، الشكلية في الأوراق التجارية، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد (٢٠)، السنة (١٣)، ١٩٨٧

٥- د. محمد السيد بنداري, الوضع القانوني لخصوصية عقود البترول, بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية والإقتصادية, كلية الحقوق, جامعة مدينة السادات, المجلد٩, العدد١, ٢٠٢٣.

٦- د. نور حمد الحجايا, النظام العام القائم على الإرتباط في قضاء محكمة دبي بشأن مسائل الأحوال الشخصية, مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي, جامعة الكويت, مجلد٤٤, العدد١, ٢٠٢٠, ص٤١٣.

رابعاً : التشريعات والاتفاقيات الدولية والمبادئ الدولية الموحدة

أ – التشريعات

- التشريعات العراقية :

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

٢ - قانون الإستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ .

٣ - قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ .

٤ – مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي .

- التشريعات المصرية :

١ - القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .

٢ - قانون الإستثمار المصري رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧ .

٣ - قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ .

٤ - قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ .

- التشريعات الفرنسية :

١ - القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون) لعام ١٨٠٤ .

٢ - قانون العقود الفرنسي رقم (١٣١-٢٠٢٦) لسنة ٢٠١٦ (تعديلات القانون المدني الفرنسي بشأن قانون العقود والنظرية العامة للالتزامات) .

٣ – قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ١٩٨١ .

ب – الاتفاقيات الدولية

١ - اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام ١٩٦٥ .

٢ - اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة ١٩٨٧ .

٣ - اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها ١٩٥٨ .

ج – المبادئ الدولية الموحدة

١ - مبادئ القانون الدولي الموحد (Unidroit) المتعلقة بعقود التجارة الدولية لسنة ٢٠٠٤، الصادر عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في روما.

٢ - مبادئ قانون العقود الأوربي (PECL) والصادرة عن لجنة قانون العقود الأوربي في ثلاثة أجزاء آخرها عام ٢٠٠٢ .

خامساً : قرارات المحاكم

١ - قرار محكمة التمييز الإتحادية في العراق، قرار رقم ١١١٧/ الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠١٧ في ١٠/ ١٠/ ٢٠١٧ .

٢ - قرار محكمة التمييز الإتحادية في العراق, قرار رقم ١٧٧٢/ الهيئة الإستئنافية منقول/ ٢٠١٨ في ٢٧/ ٦/ ٢٠١٨ .

٣- قرار محكمة النقض المصرية, الدائرة المدنية, في الطعن رقم ١٥٩١٢ لسنة ٧٦ القضائية، جلسة ٦/ ٤/ ٢٠١٥ .

سادساً : المواقع الإلكترونية

١ - موقع مجلس القضاء الأعلى العراقي, بوابة القضاء الإلكتروني :

/https://iraqcas.e-sjc-services.iq

٢ - موقع Jus Mundi :

3 https://jusmundi.com/en/document/decision/fr-texaco-overseas

– وزارة العدل العراقية : جريدة الوقائع العراقية, العدد (٤٢٨٣), بتاريخ ٢٩/ ٧/ ٢٠١٣؛ والعدد (٤٦٣٣) السنة الثانية والستون، بتاريخ ٣١/ ٥/ ٢٠٢١ .

سابعاً : عقود جولات التراخيص النفطية

١ - نموذج عقد الخدمة لتطوير منطقة حقل الغراف ,(DPSC) المبرم بين شـــركة نفط الجنوب/ وزارة النفط العراقية وشـركة بتروناس كاريگالي الخاصـة المحدودة (Sdn. Bhd) شـركة الإسـتكشـافات البترولية اليابانية المحدودة وشركة نفط الشمال، في ٢١/ ١٢/ ٢٠٠٩ .

٢ - نموذج عقد الخدمة لتطوير وإنتاج منطقة عقد غرب القرنة, المبرم بين شـــركة نفط الجنوب/ وزارة النفط العراقية وشـركة لوك أويل المسـاهمة العامة الروسـية وشـركة سـتات أويل المحدودة لخدمات الشـرق الأوسـط الهولندية وشركة نفط الشمال في ٢٩/ ١٢/ ٢٠٠٩ .

٣ - نموذج عقد خدمة تقنية لحقل نفط الزبير، المبرم بين شركة نفط الجنوب و Ein Iraq B.V و Occidental of Iraq, LLC و KOGAS Iraq B.V وشركة ميسان للنفط التابعة لوزارة النفط العراقية، في ٢٠١٠ .

٤ - نموذج عقد الخدمة لإستكشاف وتطوير وإنتاج الرقعة الإستكشافية رقم (٩)، المبرم بين شركة نفط الجنوب/ وزارة النفط العراقية و شـركة كويت إنرجي و تركيا بترولارا أنونيم أورتاخلرا وشـركة دراغون أويل القابضـة المحدودة في كانون الثاني ٢٠١٣ .

٥ - نموذج عقد الخدمة لإسـتكشـاف وتطوير وإنتاج الرقعة الإسـتكشـافية رقم (١٢)، المبرم بين شـركة نفط الجنوب/ وزارة النفط العراقية وشركة جي أس أو سي باش نفت وشركة بريمير أويل المحدودة .

٦ - نموذج عقد الخدمة الفني ,(TSC) المبرم بين شـــركة نفط الجنوب وشـــركة بي بي عراق أن في وشـــركة بتروچاينا المحدودة وشركة تسويق النفط(SOMO) .

٧ - عقد البحث عن البترول وإستغلاله المبرم بين الهيئة المصرية العامة للبترول وشركة وتكساكو للاستكشاف وادى النيل إنك، في منطقة أسيوط ـ صعيد مصر، المصادق عليه بموجب القانون رقم (٥) لسنة ١٩٩٢ .

ثامناً : المراجع الأجنبية

1 - Henri Rolin, Vers UN Ordre Public Réellement International, Éditeur non mentionné .

ISSN:2709-426x

2 - Jacques Chevallier, Les soubassements idéologiques de l’ordre public économique, HAL Open science, 2018 .