القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية

The Applicable Law to the Contracts of Multinational Companies

إعداد

حذيفة رعـــد علـــي الطـــائي

إشراف

الأستاذ الدّكتور مهنـــد عـــزمي أبـو مغلـــي

قدّمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص

قسم القانون الخاص

كلّية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

أيار/2016

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَقُلِ ٱعۡمَلُواْ فَسَيَرَى ٱللَّهُ عَمَلَكُمۡ وَرَسُولُهُۥ وَٱلۡمُؤۡمِنُونَۖ وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عَٰلِمِ ٱلۡغَيۡبِ وَٱلشَّهَٰدَةِ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمۡ تَعۡمَلُونَ ١٠٥ ﴾

صدق الله العظيم

سورة التوبة ــ الآية (105)

التفويض

إني (حذيفة رعد علي) أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي ورقيّاً أو إلكترونياً إلى المنظّمات أو الهيئات والمؤسّسات المعنيّة بالأبحاث والدّراسات العلمية عند طلبها.

الاسم: حذيفة رعد علي

التاريخ: 24/ 5/2016

التوقيع:

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها:

القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية

واجيزت بتاريخ 24 / 2016/5

اعضاء لجنة المناقشة

الاستاذ الدكتور مهند ابو مغلي	مشرفاً
الدكتور محمد ابو الهيجاء	رئيساً
الدكتور جهاد الجراح	عضواً خارجياً

شكر وتقدير

الحمد لله الذي بنعمتهِ تتم الصالحات؛ والصلاة والسلام على سيدنا محمد الذي ختم الله به النبوات، وعلى آله وصحبه الهداة.

لا يسعني وقد انتهيت من كتابة هذه الرسالة إلا أنْ أتقدم بخالص الشكر والامتنان إلى كل من وقف إلى جانبي ومدَّ لي يد العون وأخص بالذّكر منهم أولاً أستاذي الفاضل الدّكتور (مهند عزمي أبو مغلي) المشرف على هذه الرسالة والذي ما بخل عليّ يوماً بعلمهِ ومعرفتهِ فقد كان لإرشاداتهِ وتوجيهاتهِ أبلغ الأثر في إخراجها إلى حيز الوجود؛ فله مني كل الشكر والتقدير.

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى أعضاء لجنة المناقشة على تفضّلهم بقبول مناقشة رسالتي، وعلى إبداء ملاحظاتهم القيمة التي ستثري الرسالة بلا شك؛ وإلى جميع أساتذتي في جامعة الشرق الأوسط على مساعدتهم لي.

جزاكم الله جميعاً عنّي خير الجزاء...

الإهداء

إلى ... وطني الحبيب

العراق الجّريح

إلى ... معلمي الأول، والسراج المنير؛ الذي أضاء لي عتمة دربي

أبـــــــــــــي

إلى ... ينبوع الحنان الصافي؛ الذي نهلت من فيضهِ

أمـــــــــــــي

إلى ... نجوم ليلي، ونور عيني

إخواني وأخواتي

إلى ... من وقفوا بجانبي سعياً لنجاحي

أصدقائي وأقاربي

أهدي هذا الجهد وأسال الله القبول...

الباحث ..

قائمة المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
صفحة العنوان	أ
الآية	
التفويض	ب
قرار لجنة المناقشة	ج
شكر والتقدير	د
الإهداء	هـ
قائمة المحتويات	و
الملخص باللغة العربية	ك
الملخص باللغة الإنجليزية	م
الفصل الأول: خلفيّة الدّراسة وأهميتها	1
تمهيد	1
أولاً: مشكلة الدّراسة وأسئلتها	2
ثانياً: أهداف الدراسة	2
ثالثاً: أهمية الدراسة	3
رابعاً: حدود الدراسة	3
خامساً: مصطلحات الدراسة	4

سادساً: الإطار النظري للدّراسة	4
سابعاً: الدّراسات السابقة	6
ثامناً: منهج الدّراسة	8
الفصل الثاني ماهيّة الشركات المتعدّدة الجنسية	9
المبحث الأول: مفهوم الشركات المتعددة الجنسية، ومدى تمتعها بالشخصية القانونية الدولية	11
المطلب الأول: تعريف الشركات المتعددة الجنسية والطرق القانونية لتكوينها	12
الفرع الأول: تعريف الشركات المتعددة الجنسية	12
الفرع الثاني: الطرق القانونيّة لتكوين الشركات المتعددة الجنسية	14
المطلب الثاني: مدى تمتع الشركات المتعددة الجنسية بالشخصية القانونية الدولية	18
الفرع الأول: اعتبار الشركات المتعددة الجنسية من أشخاص القانون الدولي العام	18
الفرع الثاني: اعتبار الشركات المتعددة الجنسية من أشخاص القانون الخاص	23
المبحث الثاني: بعض أنواع العقود التي تبرمها الشركات المتعددة الجنسية	26
المطلب الأول: عقود البترول	26
المطلب الثاني: عقود نقل التكنولوجيا	29
المطلب الثالث: عقود الأشغال العامة الدولية	32
الفصل الثالث ماهيّة قانون الإرادة الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية	33
المبحث الأول: مفهوم قانون الإرادة	35
المطلب الأول: طرق التعبير عن الإرادة	35

الفرع الأول: التعبير الصريح عن الإرادة.	**36**
الفرع الثاني: التعبير الضمني عن الإرادة.	**37**
المطلب الثاني: المبادئ التي تخضع لها الإرادة في اختيار قانون العقد	**40**
الفرع الأول: وقت اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وإمكانية تجزئة العقد	**41**
الفرع الثاني: الإحالة إلى القانون الواجب التطبيق على العقد.	**45**
الفرع الثالث: مدى قدرة الأطراف على اختيار قانون وطني لدولة معينة.	**46**
المبحث الثاني: ضوابط قانون الإرادة.	**48**
المطلب الأول: مراعاة مبادئ النظام العام عند اختيار قانون العقد.	**48**
المطلب الثاني: التحايل أو الغش نحو القانون عند اختيار قانون العقد.	**50**
المبحث الثالث: موانع تطبيق قانون الإرادة .	**54**
المطلب الأول: التجميد الزمني لقانون الإرادة.	**55**
المطلب الثاني: اندماج قانون الإرادة في العقد.	**58**
المطلب الثالث: الدور الاحتياطي لقانون الإرادة.	**60**
الفصل الرابع **القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية في ظل غياب قانون الإرادة**	**62**
المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية في ظل القانون الدولي الخاص	**63**
المطلب الأول: الإسناد الجامد للقانون الأوثق صلة بالعقد	**64**
المطلب الثاني: الإسناد المرن للعقد، ومنهج الأداء المميز	**66**

المبحث الثاني: سلطة المحكّمين في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية	69
المطلب الأول: مدى قدرة المحكّمين على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد	70
المطلب الثاني: طرق المحكّمين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد.	72
المبحث الثالث: مواقف الفقهاء من تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية	74
المطلب الأول: تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على العقود المبرمة مع الشركات المتعددة الجنسية	75
الفرع الأول: تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة استناداً إلى الصفة الإدارية للعقد	75
الفرع الثاني: تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة استناداً إلى المعاهدات والقرارات الدولية	78
الفرع الثالث: تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة استناداً إلى مبدأ القرينة المفترضة	80
المطلب الثاني: عدم تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على العقود المبرمة مع الشركات المتعددة الجنسية	81
الفرع الأول: تطبيق قواعد القانون الدولي العام على عقود الشركات المتعددة الجنسية	82
الفرع الثاني: تطبيق القانون العابر للدول على عقود الشركات المتعددة الجنسية	84
الفرع الثالث: تطبيق المبادئ العامة للقانون على عقود الشركات المتعددة الجنسية	86

الفصل الخامس **الخاتمة والنتائج والتّوصيات**	**89**
أولاً: الخاتمة	**89**
ثانياً: النّتائج	**91**
ثالثا: التّوصيات	**93**
قائمة المصادر والمراجع	**94**

(القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية)

إعداد

حذيفة رعد الطائي

إشراف

الأستاذ الدكتور مهند عزمي أبو مغلي

الملخّص

نظراً للدور الهام الذي تقوم به الشركات المتعددة الجنسية على الصعيد الدولي، ودخولها في تعاقدات مع الدول لتنفيذ برامج التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ونظراً للطبيعة القانونية الخاصة لهذه الشركات والناشئة عن جنسيتها الأجنبية وانتماؤها لأكثر من نظام قانوني مما أثار مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرمها هذه الشركات.

ويعتبر من أهم النّتائج التي توصّلتْ إليها الدّراسة تبنّى المشرّع الأردني في المادة 1/20 من القانون المدني في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة مع الشركات المتعددة الجنسية قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، واعتباره أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون صريحاً أو ضمنياً، وعدم إجازته تجزئة القانون الواجب التطبيق على العقد بل اعتباره وحدة متكاملة، كما يلاحظ أنه لم يشر إلى ضرورة وجود ارتباط بين قانون الإرادة والعقد، رغم أهمية وجود ارتباط بين القانون الواجب التطبيق على العقد من جهة، والعقد من جهة ثانية.

ممـا يسـتدعي تعـديل المـادة 1/20 مـن القـانون المـدني الأردنـي بحيـث يكـون القـانون المختـار مـن قبـل الأطـراف لـيحكم العقـد علـى صـلةٍ بـه لأنّ الصـلة بـين العقـد وقـانون الإرادة هـي التـي تبـرر الاختيـار، سـواءً كانـت هـذه الصـلة شخصـية تتعلـق بجنسـية المتعاقدين أو محل إقامتهم، أو موضوعية تتعلق بمكان إبرام العقد أو تنفيذه.

الكلمات المفتاحية: تنازع القوانين، الشركة، المتعددة الجنسية، القانون الواجب التطبيق.

م

(The Applicable Law to the Contracts of Multinational Companies)

Done by

Hutheifa Raad Al-Taai

Supervised by

Mohannnad Azmi Abu Maghli

Abstract

In view of an important role played by multinational companies at the international level, and their involvement in contracts with countries to carry out economic and social development programs, as well as due to the special legal nature of these companies resulting in their foreign nationality and their belonging to more than one legal system, the problem of identifying applicable law on contracts made by companies is raised.

One of the most important results that the study has concluded is adoption of Jordanian legislator in article (20/1) of civil law in identifying applicable law on contracts made with multinational companies as a base of contract subjected to law of will, considering that the expression of will can be either implicit or explicit. In addition, it does not authorize to take a part of applicable law on contract, but it is considered as an integrated unit. It is observed that there is no correlation between contract and law of will despite the significance of existing correlation between the applicable law on contract on the one hand and the contract on the other hand.

This calls for amending article (20/1) of Jordanian civil law to be the law chosen by parties to rule contract related to it since the relation between contract and law of will justify the selection, whether the relation is personal related to contractors' nationality or their residential place, or objectivity related to place of making or conducting contract.

Key words: The conflict of laws, company, multinational companies, the applicable law.

الفصل الأول

خلفيّة الدّراسة وأهميتها

تمهيد:

فَرَض التّطور الاقتصادي والاجتماعي للدول وضرورة تأمين سير مرافقها العامة وتلبية الحاجات الاجتماعية والاقتصادية لمواطنيها الاستعانة بالشركات المتعددة الجنسية لتنفيذ المشاريع الاقتصادية الضخمة التي تحتاج إلى تمويل كبير، وتقنية متقدمة تفتقر إليها هذه الدول، كما أن الاستعانة بالشركات المتعددة الجنسية لم يقتصر على الدول أي على أشخاص القانون العام بل امتدّ إلى أشخاص القانون الخاص والأفراد الذين استعانوا بهذه الشركات في تنفيذ مشروعاتهم.

وقد رافق توسع نشاط هذه الشركات ودخولها إلى مختلف ميادين الحياة الاقتصادية العديد من المشكلات القانونية نظراً لتعدد جنسيات هذه الشركات، وانتماؤها إلى قوميات وثقافات وقوانين مختلفة عن البلد الذي تنتمي إليه، وقيامها بتنفيذ مشاريعها في بلد يختلف عن البلد المؤسسة فيه، ما أدى إلى قيام حالة من تنازع القوانين الواجبة التطبيق على عقود هذه الشركات، وفرض بالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود هذه الشركات مع الدولة.

أولاً . مشكلة الدّراسة وأسئلتها:

يلعب تحديد القانون واجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بعقود الشركات المتعددة الجنسية المبرمة مع الدولة دوراً كبيراً في حل المشكلات التي تعاني منها هذه الشركات، وتطوير أنشطتها.

واستناداً لما تقدم فإن مشكلة البحث الرئيسية تتلخص في إيجاد الحلول القانونية الملائمة لتحديد القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الشركات المتعددة الجنسية، والدولة.

وتثير مشكلة الدّراسة الأسئلة الفرعية التالية:

- ما ماهية الشركات المتعددة الجنسية؟
- ما المقصود بقانون الإرادة الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الشركات المتعددة الجنسية، والدولة؟
- ما القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية المبرمة مع الدولة في حالة غياب قانون الإرادة؟

ثانياً . أهداف الدراسة:

- تحديد ماهية الشركات المتعددة الجنسية.
- الوقوف على قانون الإرادة الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية مع الدولة في القانون الأردني، والاتفاقيّات الدولية.

- للتّعرف على القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الشركات المتعددة الجنسية والدولة في حالة غياب قانون الإرادة في القانون الأردني والاتفاقيات الدولية.

ثالثاً: أهمّية الدّراسة:

ترجع أهمية هذه الدّراسة إلى طبيعة الدور الذي تلعبه الشركات المتعددة الجنسية على الصعيد الاقتصادي الدّولي مما يفرض علينا الإلمام بأنشطةِ هذه الشركات، وآليّة تكوينها، وطبيعة عملها ونشاطها للاستفادة مما تقوم به في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وإيجاد الحلول الملائمة للمشكلات القانونية الناشئة عن عمل هذه الشركات، وتحديد القانون واجب التطبيق على منازعاتها وحلها سواءً عن طريق القضاء أو التحكيم.

رابعاً: حدود الدّراسة:

- **الحدود الزّمنية:** يقتصر النطاق الزمني لهذه الدّراسة على الفترة الممتدة من تاريخ صدور القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 وقانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، وحتى تاريخ هذه الدّراسة.
- **الحدود المكانيّة:** يشمل الإطار المكاني لهذا الموضوع العديد من الدول، إلى جانب المملكة الأردنية الهاشمية.
- **الحدود الموضوعية:** تقتصر هذه الدّراسة على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدولة والشركات المتعددة الجنسية على ضوء ما تضمّنه القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 وتعديلاته، وقانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، وما تضمّنته الاتفاقيات والمعاهدات الدولية بهذا الخصوص.

خامساً: مصطلحات الدّراسة:

- **الشركة المتعددة الجنسية:** " كل تنظيم جماعي يتكون من شركات تستقل فيه كل منها بوجودها القانوني وشخصيتها المعنوية الخاصة بها وتتحد فيما بينها بروابط متنوعة تسمح للشركة الأم بإخضاع الشركات الأخرى لتبعيتها وممارسة رقابة عليها للتوصل إلى وحدة القرار الصادر عنها".[1]
- **التحكيم:** نظام خاص للتقاضي ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي فيه.[2]

سادساً: الإطار النّظري للدّراسة:

يعتبر تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرمها الشركات المتعددة الجنسية مع الدولة من المواضيع القانونية الهامة، لما يترتب عليها من نتائج وآثار قانونية تمس أطراف العلاقة القانونية، وخاصّة مع توسع نطاق عمل هذه الشركات وتزايد الطلب على أنشطتها، وتمتعها بالقدرات المالية والفنية الهائلة لتنفيذ المشروعات الاقتصادية الضخمة التي تعجز أحياناً ميزانية الدول عن القيام بها.

وبغية الإحاطة بهذا الموضوع من جميع جوانبه سيتم تقسيم الدّراسة إلى خمسة فصول وفقاً لما يلي:

---

[1] - غنام محمد شريف (2006)، الإفلاس الدولي لمجموعة الشركات المتعددة الجنسية، مسؤولية الشركة الأم الأجنبية عن ديون شركاتها الوليدة، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، ص 7-9

[2] - الحداد حفيظة السيد،(2004) الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط1، ص44، منشورات الحلبي الحقوقية

الفصل الأول: خلفية الدّراسة وأهمّيتها

ويتضمن التمهيد للدّراسة، ومشكلة الدّراسة والأسئلة التي تثيرها، وأهداف الدّراسة، وأهمّيتها، وحدودها، والمصطلحات المستخدمة في الدّراسة، والإطار النّظري للدّراسة، والدّراسات السابقة التي تناولت موضوع الدّراسة، والمنهج المستخدم في الدّراسة.

الفصل الثاني: ماهيّة الشركات المتعددة الجنسية.

المبْحث الأول: مفهوم الشركات المتعددة الجنسية، ومدى تمتعها بالشخصية القانونية الدولية.

المبحث الثاني: بعض أنواع العقود التي تبرمها الشركات المتعددة الجنسية.

الفصل الثالث: ماهية قانون الإرادة الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية.

المبحث الأول: مفهوم قانون الإرادة.

المبحث الثاني: ضوابط قانون الإرادة

المبحث الثالث: معوقات تطبيق قانون الإرادة.

الفصل الرابع: القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية في ظل غياب قانون الإرادة.

المبحث الأول: مواقف الفقهاء من تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية.

المبحث الثاني: سلطة المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية.

المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية في القانون الدولي الخاص.

الفصل الخامس: الخاتمة والنتائج والتوصيات

الخاتمة / النتائج / التوصيات

سابعاً: الدّراسات السابقة:

1- دراسة مليكه (2013) **الشركات المتعددة الجنسيات وتأثيرها على سيادة الدول**[1].

تناولت الدّراسة مفهوم الشركات المتعددة الجنسيات من خلال تسليط الضوء على تعريفها وجذورها التاريخية وخصائصها وأساليب تكوينها، والشخصية القانونية التي تتمتع بها واستراتيجية عملها، وأثر نشاط هذه الشركات على مفهوم سيادة الدول وتأثيرها على مبدأ سيادة الدّولة على ثرواتها الطبيعية.

وتخْتلف دراستنا عن الدّراسة السابقة أنها تبحث في تحديد القانون واجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الشركات المتعددة الجنسية، حيث خلت تلك الدّراسة من التّعرض لهذه المسألة، واقتصرت على تناولِ أثر الشركات متعددة الجنسية على مسألة السيادة.

2- دراسة نعيمة(2010) **الشّخصية القانونية للشركات المتعددة الجنسيات في القانون الدولي العام**[2].

تناولت الدّراسة النّظام القانوني للشخصية القانونية الدّولية بصورة عامة، وللشركات المتعددة الجنسيات بصورة خاصة، من خلال موقف الفقه الدولي والقضاء، وهيئات التحكيم الدولية من الشخصية القانونية للشركات المتعددة الجنسية.

1- مليكة مغيلي(2013) الشركات المتعددة الجنسيات وتأثيرها على سيادة الدول، رسالة ماجستير، جامعة خميس مليانة، الجزائر.

2- نعيمة بوبر طخ (2010) الشخصية القانونية للشركات المتعددة الجنسيات في القانون الدولي العام، رسالة ماجستير، جامعة الأخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر.

وتختلف دراستنا عن هذه الدّراسة في أنها تتناول تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الشركات متعددة الجنسية في حين أن تلك الدّراسة قد اقتصرت على تحديد الشخصية القانونية للشركات المتعددة الجنسية في القانون الدولي العام إلا أن هذه الدّراسة تصلح أساساً لدراستنا في تحديد القانون الذي يحكم الشركات المتعددة الجنسية لأن تحديد هذا القانون يرتبط ارتباطاً وثيقاً بتحديد الشخصية القانونية للشركات متعددة الجنسية.

3- دراسة عبد الكريم(2010) **النّظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**[1]

تناولت هذه الدّراسة الضّوابط القانونية للعقود التي تبرمها الدول مع الشركات الأجنبية، وخصوصيّة هذه العقود وذاتيتها التي تتميز بها عن العقود المبرمة في إطار عقود التّجارة الدّولية، وانعكاسات هذه الخصوصيّة على مضمون هذه العقود والنّظام القانوني الذي تخضع له.

وتختلف دراستنا عن هذه الدّراسة في أنّها تتناول تحديد القانون الذي يطبق على عقود الشركات متعددة الجنسية سواء مع أشخاص القانون العام أو الخاص في حين أن الدّراسة السابقة اقتصرت على تحديد النّظام القانوني للعلاقة مع أشخاص القانون العام ولم تتعرض لعقود الشركات متعددة الجنسية مع أشخاص القانون الخاص.

4- دراسة عبد العزيز أحمد وآخرون(2010) **الشركات المتعددة الجنسيات وأثرها على الدّول النامية**[2]

1- عبد الكريم عدلي محمد (2010) النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر.

2- عبد العزيز أحمد وآخرون(2010) الشركات المتعددة الجنسيات وأثرها على الدول النامية، دراسة منشورة في مجلة الإدارة والاقتصاد، العدد الخامس والثمانون, دمشق.

تناولت هذه الدّراسة ماهيّة الشركات المتعددة الجنسيات من خلال تسليط الضوء على مفهوم الشركات المتعددة الجنسيات وتنظيمها القانوني، كما تناولت دراسة مدى تأثير الشركات المتعددة الجنسيات على الدّول النامية وأثارها السياسية والاقتصادية والاجتماعية على هذه الدول.

وتختلف دراستنا عن هذه الدّراسة في أنّها تتناول تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية في حين أن الدّراسة المذكورة خلت من التعرض لهذه المسألة.

ثامناً: منهج الدّراسة:

تعتمد الدّراسة على المنهج التحليلي الوصفي لتحليل الظواهر المرتبطة بنشاط الشركات المتعددة الجنسية، ووصفها لمعرفة أهم الصّفات المميزة للشركات المتعددة الجنسية، والمشكلات القانونية الناشئة عن مزاولتها لنشاطها للتّوصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقودها.

الفصل الثاني

ماهيّة الشّركات المتعدّدة الجنسيّة

نظـراً لتعـاظم دور الشـركات المتعـددة الجنسـيّة فـي ميـدان التنميـة الاقتصـادية، والاجتماعيـة، لمـا تمتلكـه هـذه الشـركات مـن قـدرات فنّيـة، وتكنولوجيـة، وإداريـة، وماليـة، وعلميـة، وقـدرة علـى تنفيـذ المشـاريع التـي تعجـز عـن تنفيـذها ميزانيّـات بعـض الـدول، ممـا فـرض علـى الـدول وبخاصـة السـائرة فـي طريـق النمـو الاسـتعانة بهـذه الشـركات لتنفيـذ المشـاريع الاقتصـادية الضـخمة، وحيـث أن هـذه الشـركات لا تنتمـي إلـى جنسـية دولـة معينـة بـل تنتمـي إلـى جنسـيات متعـددة، كمـا أنهـا تعتبـر أجنبيـة بالنّسـبة للدّولـة التـي تقـوم فيهـا بتنفيـذ تعاقـداتها، ممـا فـرضَ علـى الأنظمـةِ القانونيـةِ تحديـد مفهـوم الشـخص الأجنبـي سـواءً كـان شخصـاً طبيعيّـاً، أو اعتباريـاً، للتّوصـل إلـى تحديـد القـانون الواجـب التطبيـق علـى العقـود التـي تبرمهـا هـذه الشـركات، وقـد اعتبـر الفقهـاء أنّ الصـفة الأجنبيـة تلحـق بكـل شـخص يتمتـع بجنسـية دولـة أخـرى غيـر الدولـة الطـرف فـي العقـد،[1] غيـر إنهـم اختلفـوا فـي تحديـد المعيـار الـذي يمكـن بواسـطته اعتبـار الشـخص الاعتبـاري أجنبيـا بالنسـبة للدولـة المضـيفة؟ فـذهب بعضـهم إلـى تبنـي معيـار جنسـية الأعضـاء فـي تحديـد جنسـية الشـركة واعتبـر أن جنسـيّة الشـركة هـي جنسـيّة أغلـب الشـركاء وإن تعـددت جنسـياتهم.[2] فـي حـين ذهـب الـبعض الآخـر إلـى القـول بمعيـار تأسـيس الشـركة وبموجبـه يشـترط لتمتـع الشـركة بجنسـية الدولـة التـي تـم فيهـا إبـرام العقـد المنشـئ لـه أن تكـون إجـراءات تأسيسـهِ قـد اتّخـذت وفقـاً لقـانون هـذه الدولـة،

1- السـيد عـوض الله شـبيه الحمـد(1992) النظـام القـانوني لعقـود إنشـاء المنشـآت الصـناعية بـين الـدول والشـركات الأجنبيـة الخاصـة، (مـع دراسـة تطبيقيـة علـى العقـود المصـرية) رسـالة دكتـوراه، جامعـة أسـيوط ، كليـة الحقـوق، مصـر.ص186 ومـا بعدها.

2- الأسـعد بشـار محمـد(2006)،عقـود الاسـتثمار فـي العلاقـات الدوليـة الخاصـة، ط1، منشـورات الحلبـي الحقوقيـة، بيـروت، ص 29.

أو أن يكون قد منح الشخصية القانونية بناء على قوانينها.[1] في حين ذهب رأي آخر إلى القول بمعيار مركز الإدارة الرئيسي لتحديد جنسية الشركة،[2] وقد أخذ القانون الأردني في تحديد جنسية الشركة الأجنبية بهذا الرأي حيث نصت المادة 240/أ من قانون الشركات الأردني على إنه " لغايات هذا القانون.

يقصد بالشركة الأجنبية العاملة الشركة أو الهيئة المسجلة خارج المملكة، ويقع مركزها الرئيسي في دولة أخرى جنسيتها غير أردنية".[3]

واستناداً لما تقدم فإن تناولنا لهذا الموضوع سيكون من خلال المبحث الأول الذي سنتناول فيه مفهوم الشركات المتعددة الجنسية، ومدى تمتعها بالشخصية القانونية الدولية. أمّا في المبحث الثاني فنتناول من خلاله مجموعة من العقود التي تبرمها الشركات المتعددة الجنسية.

1- النمر أبو العلا، (2008)، موطن الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في العلاقات الخاصة الدولية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 207.

2- السيد عوض الله شبيه الحمد، المرجع السابق، ص 199.

3- قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997 وتعديلاته لغاية القانون رقم 57 لسنة 2006.

المبحث الأول

مفهوم الشّركات المتعدّدة الجنسيّة

ومدى تمتعها بالشّخصية القانونيّة الدّولية

نظـراً لتوسّـع أعمـال الشـركات المتعـددة الجنسـية علـى الصـعيد الـدولي، وقيامهـا بتنفيـذ شـتى المشـاريع الاقتصـادية، والـدّور الـذي باتـت تلعبـه بالنسـبة للـدول فـي تحقيـق التنميـة الاقتصـادية لشـعوبها. والخصوصـية التـي يتمتـع بهـا عمـل هـذه الشـركات واختلافهـا عن غيرها من الشركات، واختلاف الموقف من الشخصيّة القانونيّة التي تتمتع بها.

فـإن دراسـتنا لهـذا الموضـوع سـتكون مـن خـلالِ المطلـب الأول الـذي نسـتعرض فيـه تعريـف الشـركات المتعـددة الجنسـية، والطـرق القانونيـة لتكوينهـا. أمّـا فـي المطلـب الثـاني فنتناول مدى تمتع الشركات المتعددة الجنسية بالشخصية القانونية الدولية.

المطلب الأول

تعريف الشّركات المتعددة الجنسيّة

والطرق القانونيّة لتكوينها

دفعت رغبة الدّول في تحقيق التنمية الاقتصادية، والاجتماعية، لشعوبها إلى الاستعانةِ بالشّركات المتعددة الجنسية في تنفيذ هذه البرامج التنموية عبر الدخول معها في علاقات تعاقدية؛ مما يفرض التّعرف على طبيعة هذه الشركات وآليّات تكوينها وإنشائها.

وعليه فإن تناولنا لهذا الموضوع سيكون من خلال الفرع الأول الذي نتناول فيه تعريف الشركات المتعددة الجنسية، أمّا في الفرع الثاني فنستعرض فيه الطرق القانونيّة لتكوين الشركات المتعددة الجنسية.

الفرع الأول

تعريف الشركات المتعددة الجنسية

نظراً لخلو التشريعات القانونية للدّول من تعريف الشركات المتعددة الجنسية، فقد حاول الفقهاء التصدي لتعريف هذه الشركات، من خلال عدة معايير:

أولاً: المعيار الجغرافي أو الإقليمي: وفقاً لهذا المعيار تُعرف الشركات المتعددة الجنسيّة بأنّها "مؤسّسات عبر قومية لا جنسيّة لها من الناحية القانونيّة، وتمتلك وحدات إنتاجيّة موزعة على عدد من الدول الأجنبية، الأمر الذي يمكنها من العمل بمنأى عن أيّة رقابة

وطنيـة، وأن تفلـت مـن رقابـة أي قواعـد خاصـة".[1] أو هـي "مؤسسّـة ذات مصـالح عالميـة تنشـط فـي عـدة دول لزيـادة أرباحهـا".[2] أو "شـركات خاصـة يسـتمد رأسـمالها مـن عـدة دول وتكـون لهـا عـدة فـروع ذات جنسـيات متباينـة"..[3] ويسـتنتج ممـا تقـدم أن الشـركة المتعـددة الجنسية هـي التـي تمـارس نشـاطها فـي أكثـر مـن دولـة وبصـرف النظـر عـن عـدد الـدول التـي تمارس فيها هذه الشركات نشاطاتها.

ثانيـاً : معيـار مركـز الإدارة والتنظـيم: اسـتناداً إلـى هـذا المعيـار يـتم تعريـف الشـركات متعـددة الجنسـية وفقـاً لمرجعيـة القـرارات التـي تتخـذ علـى صـعيد الشـركة ككـل. فالمشـروع يعتبـر واحـداً علـى الـرغم مـن تشـتته الجغرافـي وهـذه الوحـدة تكمـن فـي وجـود إدارة عليـا مهمتهـا رسـم السياسـة الاقتصـادية العامـة للمشـروع، وعلـى إدارات الشـركات التابعـة التقيـد بتلك السياسة الاقتصادية على الرغم من وجودها في دول أخرى ونظم قانونية مستقلة".[4]

ثالثـاً: معيـار اسـتراتيجية الشـركة: وفقـاً لمعيـار اسـتراتيجية الشـركة فإنـه لا يكفـي الاسـتناد إلـى معيـار التـوزع الجغرافـي أو الإقليمـي، أو وجـود مركزيـة فـي الإدارة والتنظـيم للقـول بالشـركة المتعـددة الجنسـية إنمـا يشـترط فـي الشـركة أن تتبنـى اسـتراتيجية موحـدة فـي ممارسـة نشـاطاتها، فالشـركة متعـددة الجنسـية هـي التـي تسـيطر علـى وحـدات إنتاجيـة فـي أكثـر مـن دولة وتديرها في إطار استراتيجية إنتاجية موحدة.[5]

---

[1] - محمـد فهمـي عبـد القـادر(1995)، النظـام السياسـي الـدولي، دراسـة فـي الأصـول النظريـة والخصـائص المعاصـرة، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ص 31 .

[2] - تونسي بن عامر(2005) قانون المجتمع الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 303.

[3] - الغنيمـي محمـد طلعـت(1973) الـوجيز فـي التنظـيم الـدولي، النظريـة العامـة، منشـأة المعـارف، الإسـكندرية، ط2 ، ص85، هامش 2.

[4] - الحديـدي طلعـت جيـاد(2008)، المركـز القـانوني الـدولي للشـركات متعـددة الجنسـية، دار الحامـد للطباعـة والنشـر، ط1، عمان، ص 32.

[5] - عيسى حسام(د/ت) الشركات المتعددة القوميات، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، ص 36.

ويــرى الباحــث بأنّــه لا يمكـن الاكتفـاء بمعيـار واحـد مـن المعـايير الـثلاث السـابقة لاعتبـار الشـركة متعـددة الجنسـية؛ بـل لابـد مـن تـوافر المعـايير الـثلاث مجتمعـة، وعليـه يمكننـا تعريـف الشـركة المتعـددة الجنسـية بأنهـا: الشـركة التـي تمـارس نشـاطها فـي أكثـر مـن دولـة، وتخضـع لمركز إدارة وتنظيم واحد، يتولى رسم استراتيجيتها العامة الموحدة.

الفرع الثاني

الطرق القانونية لتكوين الشركات المتعددة الجنسية

يأخـذ الوجـود القـانوني للشـركات متعـددة الجنسـية وظهورهـا العديـد مـن الصـور، فقـد يـتم عبـر تكـوين شـركات وليـدة تابعـة لهـا، كمـا يمكـن أن يكـون ظهورهـا عـن طريـق الانـدماج القانوني بين عدة شركات موجودة بالفعل.

أولاً: تكوين الشركات المتعددة الجنسيّة عن طريق الشركات الوليدة:

ترجـع دوافـع الشـركة الأم فـي تأسـيس الشـركات الوليـدة إلـى الرغبـة فـي الـتخلص مـن الرسـوم الجمركيـة، والقيـود المفروضـة علـى الاسـتيراد، أو تـداول النقـد وكـذلك حاجتهـا إلـى المـواد الأوليـة، ورغبتهـا فـي المنافسـة، وانخفـاض مسـتوى الأجـور وخاصـة فـي البلـدان الناميـة لتوظيف رؤوس الأموال والتكنولوجيا.[1]

ويشـترط لتكـوين الشـركات الوليـدة علـى الصـعيد الـدولي أن يكـون للشـركة الأم وفقـاً لأحكـام قانونهـا الـوطني الحـق فـي تملـك أسـهم شـركة أخـرى، وأن يكـون مـن الممكـن وفقـاً لأحكـام الدّولـة المضـيفة أن تمتلـك الشـركة الأم أسـهم الشـركة الوليـدة بنسـبة تسـمح بالسـيطرة

1- شـفيق محسـن(2006) المشـروع ذو القوميـات المتعـددة مـن الناحيـة القانونيـة، دار النهضـة العربيـة، القـاهرة، ص 305ـ 306.

عليها.[1] أمّا فيما يتعلق بمسألة مشاركة رأس المال الوطني في الشركة الوليدة فتختلف مواقف الشركة الأم من هذه المسألة إذ أن بعض الشركات الأم ترفض مشاركة رأس المال الوطني في تأسيس الشركة كشركة جنرال موتورز،[2] في حين أن هناك بعض الشركات الأم تقبل بمشاركة رأس المال الوطني في تأسيس الشركة الوليدة شريطة سيطرة الشركة الأم على الشركة الوليدة وتبعيتها لها تنظيمياً أو عقدياً.[3]

وتستنتج تبعية الشركة الوليدة للشركة الأم من عدم جواز تملك الشركة الوليدة أسهماً في الشركة الأم لتبقى السيطرة والرقابة للشركة الأم على أولادها وبالمقابل فإن الشركة الأم ملزمة ببيان أسماء الشركات الوليدة التابعة لها وأسماء الدول التي توجد فيها ومقدار مساهمة الشركة الأم في رأسمالها فضلاً عن قيام الشركة الأم بإعداد الميزانيات والحسابات السنوية لشركاتها الوليدة.[4] غير أن تبعية الشركة الوليدة للشركة الأم ليست مطلقة فبعض الشركات الوليدة قد تترك لها الشركة الأم هامشاً من الحرية في أداء مهامها، وذلك نظراً لأقدميتها، وأهميتها، والبيئة التي تعمل فيها، وخبرة القائمين عليها، وبعدها عن المركز الأصلي، وغير ذلك من الظروف التي تبرر منح وحدة معينة سلطات أكبر من غيرها.[5]

ويعتبر أسلوب إنشاء الشركات الوليدة الأسلوب الوحيد الذي تسلكه الشركات متعددة الجنسية عندما تقوم بالاستثمار في الدول النامية.[6] ووفقاً للمادة 211 من قانون

1- الرامي جورج (1977) الاشتراكية والشركات متعددة الجنسية، مطبعة الأديب، بغداد، دار الثورة للطباعة والنشر ص 188- 189.

2- عيسى حسام، المرجع السابق، ص 116.

3- شفيق محسن، المرجع السابق، ص 307.

4- الفخري عوني محمد(2002) التنظيم القانوني للشركات متعددة الجنسية والعولمة، ط1، بيت الحكمة، بغداد، ص 70ـ 71.

5- شفيق محسن، المرجع السابق، ص 225.

6- شفيق محسن، نفس المرجع السابق، ص 305.

الشركات الأردني يجوز تسجيل الشركات المعفاة في المملكة شريطة أن تزاول عملها خارجها ويضاف إلى اسمها عبارة معفاة، ويحظر على هذه الشركة طرح أسهمها للاكتتاب في المملكة.

ثانياً . تكوين الشّركات المتعددة الجنسيّة عن طريق الاندماج

وفي هذه الحالة لا يتم تكوين الشركات متعددة الجنسية التي تدور في فلك الشركة الأم عن طريق الشركة الوليدة، بل يتم تكوين هذه الشركات عن طريق الاندماج بين شركات قائمة بالفعل، ويعرف الاندماج بأنه "عملية تتضمن قيام شركة، أو عدة شركات بنقل كافة موجوداتها إلى شركة أخرى، قائمة يزيد رأسمالها بمقدار هذه الموجودات، أو إلى شركة جديدة بحيث تتحمل الشركة الدامجة، أو الجديدة كافة خصوم الشركة المندمجة، وتؤول الأسهم، أو الحصص الجديدة التي تمثل هذه الموجودات إلى الشركات المندمجة".[1] وترجع أسباب الاندماج إلى التغلب على شركة منافسة بهدف توسيع نشاط العمليات والاستيلاء على قوة إضافية على الصعيد الوطني يتيح للشركة الدامجة إمكانية تغيير علاقات القوى غير المؤاتية لها على الصعيد العالمي.[2]

ويتم الاندماج بين الشركات على صورتين:

الأولى: الاندماج بطريق الضم: وتعني هذه الطريقة فناء شركة أو أكثر في شركة قائمة فعلاً أي فناء شركة وطنية في شركة وطنية وليدة أو تابعة لشركة أم أجنبية فتكون الشركة

1- الصغير حسام الدين عبد الغني(1987) النظام القانوني لاندماج الشركات، ط1، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، ص 10.

2- الأتربي محمد صبحي (1977) مدخل إلى دراسة الشركات الاحتكارية المتعددة الجنسية، دار الثورة للصحافة والنشر، بغداد، ص 64.

الوليـدة هـي الدامجـة والشـركة الوطنيـة هـي المندمجـة فيـتم نقـل أمـوال وموجـودات وأصـول وديون الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة.[1]

الثانيــة: الانــدماج بطريــق المــزج: المـزج يـتم نتيجـة اتفـاق بـين شـركتين أو أكثـر علـى حـل كـل منهمـا ونقـل موجـودات والتزامـات كـل منهمـا إلـى الشـركة الجديـدة التـي تنشـأ نتيجـة الانـدماج علـى أنقـاض الشـركات المندمجـة التـي تنقضـي وتـزول شخصـيتها المعنويـة بنشـوء الشـركة الجديـدة، إذ يعتبـر مسـاهموا الشـركات المندمجـة مسـاهمين فـي الشـركة الجديـدة، ويحصـل كـل مسـاهم علـى أسـهم جديـدة بنسـبة كـل مـا يملكـه فـي الأسـهم القديمـة، ولكـي يكـون هـذا الانـدماج أحـد مصـادر تبعيـة الشـركة الجديـدة للشـركة يلـزم أن تكـون هـي أو إحـدى شـركاتها التابعـة طرفـاً فـي عقـد الانـدماج وتهـدف الشـركة مـن ذلـك أن تسـيطر علـى شـركة أجنبيـة وعـن مجمـوع شـركاتها لاكتسـاب مواضـع جديـدة فـي الإنتـاج والتسـويق لـم تكـن الشـركة قادرة على الوصول إليها.[2]

ويــرى الباحــث أن تكـوين الشـركات المتعـددة الجنسـية علـى الصـعيد الـدولي سـواءً كـان عـن طريـق الشـركات الوليـدة، أو كـان عـن طريـق الانـدماج بنوعيـه الضـم أو المـزج مـن شـأنه أن يسـاهم فـي تقويـة المركـز الاسـتثماري للشـركات متعـددة الجنسـية، ويكسـبها الخبـرة اللازمـة، وأن يساهم في زيادة نشاطها على الصعيد العالمي.

كمــا يــرى الباحــث أيضـاً أن الانـدماج الـدولي لا يقتصـر فقـط علـى الشـركات الوليـدة والشـركات الوطنيـة القائمـة بـل يمكـن أن يمتـد ليكـون بـين الشـركات الأم وذلـك لزيـادة رأس مال هذه الشركات وقدرتها على المنافسة في الأسواق العالمية.

---

1 - الفخري عوني محمد، المرجع السابق، ص 110.

2- إسماعيل محمد حسين(1990) الشركة القابضة وعلاقتها بالشركات القابضة، ط1، عمان، ص 55- 56.

المطلب الثاني

مدى تمتع الشّركات المتعدّدة الجنسيّة

بالشخصيّة القانونيّة الدّولية

تثبت للشخص سواءً كان طبيعياً أو اعتبارياً؛ شخصيّة قانونيّة يمنحها له المشرّع، ويميز في هذه الشخصية بين أهليّة الوجوب، وأهليّة الأداء، ويقصد بأهلية الوجوب صلاحيّة الشخص للإلزام أو الالتزام، أو صلاحيته لثبوت الحقوق له، أو عليه، أمّا أهلية الأداء فيقصد بها صلاحية الشخص لإتيان التصرفات القانونية المنتجة.

غير أنّ السؤال الذّي يطرح نفسه هنا هو هل تتمتع الشركات المتعددة الجنسية بالشخصيّة القانونيّة الدّولية، بمعنى هل تتمتع بالأهلية اللازمة لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات وفقاً لقواعد القانون الدولي؟ أم تعتبر من أشخاص القانون الخاص وتخضع بالتالي لأحكامه؟

للجواب على هذا السؤال فإنّ تناولنا لهذا الموضوع سيكون من خلال الفرع الأول الذي ندرس فيه اعتبار الشركات المتعددة الجنسية من أشخاص القانون الدولي العام، أمّا في الفرع الثاني فنتناول اعتبار الشركات المتعددة الجنسية من أشخاص القانون الخاص.

الفرع الأول

اعتبار الشّركات متعددة الجنسية من أشخاص القانون الدّولي العام

يعرف الفقه الشخصية القانونية الدّولية بأنها "كل وحدة إنسانية تشغل مركزاً في بناء المجتمع الدولي وتباشر اختصاصاً دولياً إقليميا كان أو نوعياً تتولى تنظيمه القواعد

القانونيــة الدوليــة، كمــا تتــولى تحديــد مــا لهــذه الوحــدة مــن حقــوق والتزامــات ومســؤولية تجــاه الوحدات الدولية الأخرى أو تجاه المجتمع الدولي ككل".[1]

وعلــى الــرغم مــن اتفــاق العديــد مــن الفقهــاء علــى تمتــع الشــركات المتعــددة الجنســية بالشخصــية القانونيــة الدوليــة[2] إلا إنهــم اختلفــوا فيمــا بيــنهم فــي تحديــد مــدى ووصــف الشخصــية القانونيــة لهذه الشركات إلى عدة أراء متباينة.

أ – تمتــع الشــركات المتعــددة الجنســية بالشخصــية القانونيــة للــدّول: يــرى أنصــار هــذا الــرأي "إن التطــوّر الــذّي عرفــه المجتمــع الــدّولي يفــرض عليــه أن يمــنح هــذه الكيانــات بعــد أن أحــرزت علــى المكانــة التــي وصــلت إليهــا مركــزاً قانونيــاً مســاوياً للــدول"،[3] كمــا يــرى الــبعض أن العناصــر الواجــب توافرهــا لقيــام الدولــة والمتمثلــة فــي الشــعب والإقلــيم والســلطة متــوافرة كلهــا فــي الشــركات متعــددة الجنســية، فحســب وجهــة نظــرهم يمثــل العمــال عنصــر الشــعب، فــي حــين تمثــل أقــاليم الــدّول المضــيفة عنصــر الإقلــيم، فــي حــين أن مركزيــة الإشــراف والرّقابــة تمثــل عنصــر الســلطة خاصــة وإن الهيكــل التنظيمــي للشــركات المتعــددة الجنســية يســمح لهــا بممارسة سلطاتها بكل حرية بغض النظر عن الحدود الإقليمية للدول.[4]

غير إن هذا الرأي تعرض للانتقاد من النواحي التالية:[5]

- إن الرابطــة بــين الشــعب والدولــة رابطــة قانونيــة وسياســية تتمثــل فــي الجنســية التــي تعبّــر عــن الــولاء للدّولــة، أمّــا العــاملين فــي الشــركات المتعــددة الجنســيّة فــلا

1- يــاقوت محمــد كامــل(1971) الشخصــية الدوليــة فــي القــانون الــدولي العــام والشــريعة الإســلامية، ط1، دار ألهنــا للطباعــة، القاهرة ، ص 74.

2- الحديدي طلعت جياد، المرجع السابق، ص 142.

3- بــن صــالح رشــيدة،(2001) التنظــيم القــانوني الــدولي للشــركات المتعــددة الجنســيات، رســالة ماجســتير، كليــة الحقــوق والعلــوم الإدارية، جامعة الجزائر، ص 41.

4- أحمــد ســي علــي (2009) النظــام القــانوني للشــركات عبــر الوطنيــة المعاصــرة والقــانون الــدولي العــام، دار هومــة، الجزائــر ص 125.

5 - نعيمة بوبر طخ، المرجع السابق، ص112

تـربطهم أي رابطـة سياسـيّة بالشّـركة؛ ممـا يعنـي عـدم تـوافر الشـعور بـالولاء اتجاهها بـدليل أنهـم كثيـراً مـا يعبـرون عـن سـخطهم وغضـبهم علـى هـذه الشـركات عن طريق الإضرابات والاعتصام.

- إن إقلـيم الدّولـة يعتبـر ركـن مـن أركانهـا ويخضـع لسـيادتها بموجـب القـانون الـدولي العـام، ولا يوجـد مـا يـدل علـى أنّ الـدّول قـد تنازلـت عـن أقاليمهـا للشـركات التجارية الخاصة.
- أمّـا الـذّي يتعلـق بعنصـر سـلطة الدّولـة؛ فـإن سـلطة الشـركة المتعـددة الجنسـية علـى الشـركات الوليـدة لا تشـبه سـلطة الدّولـة المكوّنـة مـن السـلطات التشـريعية والتنفيذية والقضائية.

ب – تمتـع الشـركات المتعـددة الجنسـية بالشخصـية القانونيّـة الدّوليـة المحـدودة: يـرى أنصـار هـذا الاتجـاه أنّ الاعتـراف بالشخصـيّة القانونيّـة الدّوليـة المحـدودة للشـركات المتعـددة الجنسـية أمـراً يفرضـه غيـاب الإطـار القـانوني العـام الـذي يحكـم هـذه الشـركات ويـنظم أنشـطتها الاسـتثمارية فـي الأنظمـة القانونيـة الوطنيـة،[1] كمـا أنّ الواقـع الـدّولي يفـرض الاعتـراف لهـا بهـذه الشخصـيّة لمـا ترتكبـه مـن انتهاكـات لحقـوق الإنسـان، وإلا سـتتمكن مـن الهـرب مـن المسـاءلة بموجـب أحكـام القـانون الـدّولي العـام.[2] ووفقـاً لـرأي الـبعض فـإن مـا جـاء فـي مـدونات السـلوك الصـادرة عـن الأمـم المتحـدة والخاصـة بالشـركات المتعـددة الجنسـية ومخاطبتهـا بصـورة مباشـرة فـي شـكل حقـوق وواجبـات دوليـة؛ يعـد اعترافـاً بهـا فـي الإطـار

1- الحديدي طلعت جياد، المرجع السابق، ص 136.

2- صـديق جوتيـار محمـد (2009) المسـؤولية الدوليـة عـن انتهاكـات الشـركات المتعـددة الجنسـية لحقـوق الإنسـان، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص88.

القانوني الدّولي ما يعني منحها الشخصية القانونية الدولية المحدودة.[1] وإن تطوّر وازدهار وتنامي أنشطة هذه الشركات في عصر العولمة يفرض الاعتراف لها بهذه الشخصية.[2]

وقد تعرّض هذا الرأي للانتقاد لأنّ تمتع أشخاص القانون الدّولي العام بالشخصية القانونية الدولية لا يقاس بقوتها وازدهارها؛ فالدول الصغيرة والفقيرة تتمتع بالشخصية القانونيّة الدّولية، وما دامت الشركات المتعددة الجنسية مجرد شركات تجارية تسعى لتحقيق الربح، وما دامت التجارة ربح وخسارة فهذا يعني أنّ قوتها الاقتصاديّة يمكن أن تتضاءل أو تزول.[3]

ج- الشركات المتعددة الجنسية شخص احتياطي للقانون الدّولي العام: يرى أنصار هذا الاتجاه بأنّ الشركات متعددة الجنسيّة شخص احتياطي للقانون الدّولي العام،[4] ويدعمون وجهة نظرهم بالحجج التالية:

1- إن الشّركات المتعددة الجنسيّة ستحل محل الدّولة مستقبلاً نتيجة للتقدم التكنولوجي وزيادة الإنتاجية، والحاجة إلى الأسواق الواسعة كما حلت الدولة الحديثة محل الأنظمة الإقطاعية.[5]

2- تهاوي سلطة الأنظمة الوطنية وقدرتها على الوقوف في وجه الشّركات المتعددة الجنسيّة نتيجة للعولمة، واختراق الحواجز الجمركية، وعجز هذه الدّول عن تطبيق قوانينها المحلية على هذه الشركات، وتسلط الأخيرة على الإمكانيات الاقتصادية

1- بن صالح رشيدة، المرجع السابق، ص 44.
2 - الحديدي طلعت جياد، المرجع السابق، ص 182.
3 - نعيمة بوبر طخ ، المرجع السابق، ص115 وما بعدها
4- تونسي بن عامر (1995) أساس المسؤولية الدولية في ضوء القانون الدولي المعاصر منشورات دحلب، ط1، ص 63.
5- المراكبي السيد عبد المنعم(2005) التجارة الدولية، دراسة لأهم التغيرات التي لحقت سيادة الدولة في ظل تنامي التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 274.

للعديد من الدّول التي أصبحت تحت رحمة الرأسمالية العالمية والشركات المتعددة الجنسية.[1]

3- تخطي الشركات المتعددة الجنسية لحدود السيادة النقدية والمالية للأنظمة الوطنية وذلك عن طريق التهرب من دفع الضرائب أو تهريب رؤوس الأموال والفوائد.[2]

4- اختراق الأفكار والمعلومات من خلال سيطرة الشركات المتعددة الجنسية على وسائل الأعلام وعملها على التسطيح الفكري والتركيز غير الهادف حيث أظهرت الدّراسات النفسية أن ما تقدمه الشركات المتعددة الجنسية من مواد ترفيهية ينشر السلبية والاتكالية والخمول كما يقتل الإبداع ويؤدي إلى عزل الفرد عن غيره.[3]

وقد تعرّض هذا الرأي للانتقاد إذ إنّ الدّولة وعلى الرغم من انحسارها أمام ظاهرة العولمة ولصالح الشركات المتعددة الجنسية التي استغلت ضعفها وتواطؤ مسؤوليها لكن مهما بلغت جرأتها على سيادة الدول فلن تستطيع الإحلال محلّها أو الاستغناء عنها؛ فالدولة مازالت تلعب دوراً محورياً وكبيراً على المستويين الوطني والدولي، ولن تسمح لهذه الكيانات بالحلول محلّها فالدّولة المضيفة تمتلك ما يكفي من الوسائل للدفاع عن نفسها وذلك عن طريق دعم إجراءات الرقابة وإصدار القوانين التميزية التي تطبق فقط على الشركات الأجنبية والتأميم.[4]

1- متنصر جمال،(2004) العولمة وانعكاساتها على أدوار الدولة الوطنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة المركزية، ص 69.

2- غضبان مبروك(2001)، بين العولمة والسيادة، في الجزائر والعولمة، منشورات جامعة قسنطينة، ص 68- 69.

3- منصور ممدوح محمود(2003) العولمة، دراسة في المفهوم والظاهرة والأبعاد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص136.

4 - نعيمة بوبر طخ، المرجع السابق، ص120

الفرع الثاني

اعتبار الشّركات المتعدّدة الجنسيّة من أشخاص القانون الخاص

يَرى أنصار هذا الاتجاه أن "من المسلمات في النظام القانوني الدّولي اعتبار الدّول والمنظمات الدّولية الكيانات الوحيدة التي تتمتع بالشخصية القانونية الدولية وذلك بالرغم من تواجد قوى أخرى إلى جانبهما مؤثرة في المجتمع الدّولي إلا إنها لا تتمتع بالشّخصيّة القانونيّة الدّولية".[1] وإن عمل الشّركات المتعدّدة الجنسيّة يجب أنْ يكون منسجماً مع القوانين الوطنية للدّولة وسيادتها وعاداتها وتقاليدها، ويؤكد ذلك قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3281 الصادر عام 1975 المتضمن حقوق الدول وواجباتها لاقتصادية،[2] حيث نصّت المادة 2/2 منه على ما يلي "لكل دولة الحق في:

أ- تنظيم الاستثمارات الأجنبية في نطاق ولايتها القومية وممارسة السلطة عليها حسب قوانينها وأنظمتها وطبقاً لأهدافها وأولوياتها القومية ولا تكره أي دولة على إعطاء أي معاملة تفضيلية للاستثمارات الأجنبية.

ب- تنظيم نشاطات الشركات عبر الوطنية الداخلة في نطاق ولايتها القومية والإشراف عليها..."

ومن الأمثلة التطبيقية على ذلك في القانون الوطني إخضاع القانون الأردني

1- عبد الحميد محمد سامي(د/ت) العلاقات الدولية- مقدمة لدراسة القانون الدولي العام - الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ، ص196.

2- دباح عيسى(2003) موسوعة القانون الدولي ، أهم الاتفاقيات والقرارات والبيانات والوثائق الدولية للقرن العشرين في مجال القانون الدولي العام، المجلد لرابع، دار الشروق للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، ص 187.

أنشطة الشركات غير الأردنية للرقابة،[1] وإلزامها بالحصول على ترخيص بمزاولة عملها حيث نصت المادة 240/ب من قانون الشركات الأردني على أنه "لا يجوز لأي شركة أو هيئة أجنبية أن تمارس أي عمل تجاري في المملكة ما لم تكن مسجلة بمقتضى أحكام هذا القانون بعد الحصول على تصريح بالعمل بمقتضى القوانين والأنظمة المعمول بها". وإلزام هذه الشركات باستخدام العمالة الأردنية حيث نصّت المادة 249 من قانون الشركات الأردني على أنه "لا يجوز أن يقل عدد المستخدمين الأردنيين في الشركة الأجنبية غير العاملة في المملكة عن نصف مجموع المستخدمين لديها"، وممارسة الأجهزة الإدارية الأردنية التفتيش على هذه الشركات حيث نصّت المادة 283/أ من قانون الشركات الأردني على أن "يكون للمراقب ولموظّفي الدّائرة المفوضون خطيّاً من قبلهِ حق الإطلاع على جميع سجلات الشركة ودفاترها ووثائقها كما يكون لهم حق الحصول على نسخ من تلك السّجلات والدّفاتر والوثائق لغايات تمكنهم من القيام بأعمالهم وفق أحكام هذا القانون، وعلى السلطات الرسمية المختصة ومسؤولي وموظفي الشركات تقديم المساعدة اللّازمة لهذه الغاية".

---

[1] - حيث نصت المادة 243 من قانون الشركات الأردني تحت عنوان واجبات الشركة الأجنبية المسجلة على ما يلي:

أ - على الشركة أو الهيئة الأجنبية المسجلة وفقاً لأحكام هذا القانون القيام بما يلي:

1ـ أن تقدم إلى المراقب خلال ثلاثة أشهر من نهاية كل سنة مالية ميزانيتها وحساب الأرباح والخسائر عن أعمالها في المملكة مصدقة من مدقق حسابات قانوني أردني.

2ـ أن تنشر الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن أعمالها في المملكة في صحيفتين يوميتين محليتين على الأقل وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم هذه البيانات للمرقب.

3- للوزير استثناء أي شركة من أحكام البندين (1)و(2) بناء على تنسيب مراقب الشركات.

ب - للمراقب أو من ينتدبه الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها وعلى الشركة أن تضع تحت تصرفه تلك الدفاتر والمستندات"

رأي الباحث:

يؤيّد الباحث الرأي القائل بأنّ الشركات المتعددة الجنسيّة تعتبر من أشخاص القانون الخاص، وإن الأنشطة الاقتصادية والاستثمارية لهذه الشركات يجب أنْ تخضع للأنظمة والقوانين الوطنية، كما يرى أنّ ممارسة التشريعات الوطنية للرّقابة عليها يصلح في حد ذاته دليلاً للقول باعتبار الشّركات متعدّدة الجنسيّة من أشخاص القانون الخاص. مما ينفي عن هذه الشركات صفة الشخصية القانونية الدّولية كما يرى أنّ الحجج التي ساقها القائلين بالشخصية القانونية الدّولية لهذه الشركات لا يعبّر عن طبيعة، وحقيقة عمل، وواقع هذه الشركات، حيث يلاحظ تذبذب أنصار هذا الرأي وتناقضهم، فتارة يقولون بالشخصية القانونية الدّولية الكاملة والمساوية للدّول لهذه الشركات رغم افتقار هذه الشركات لمقوّمات الدّولة، وتارة يقولون بشخصيتها القانونية الدّولية المحدودة وما ذلك إلا تلاعب على الألفاظ، وتارة يقولون باعتبار شخصيتها احتياطية للقانون الدّولي العام مما ينفي عنها الشخصية القانونية الدولية.

إنّ القول بالشخصية القانونيّة الدّولية للشّركات المتعدّدة الجنسيّة يتناقض مع مبدأ سيادة الدولة على إقليمها، ويشكل انتهاكاً لسلطة القوانين الوطنية، ويجعل هذه الشركات في مرتبة أعلى من مرتبة الدولة التي تقوم هذه الشركات بالاستثمار فيها، مما يقلص سلطة القانون الوطني خاصة إذا علمنا إن ميزانية هذه الشركات قد تتفوق على ميزانية الدّولة التي تقوم بالاستثمار فيها احياناً. مما يوجب اعتبار هذه الشركات من أشخاص القانون الوطني وإخضاعها له.

المبحث الثاني

بعض أنواع العقود التي تبرمها الشركات المتعددة الجنسية

تتميّز العقود التي تبرمها الشركات المتعددة الجنسية بكونها من العقود الدقيقة التي تحتاج إلى المهارة والخبرة الفنية ويعتبر من هذه العقود استثمار الثروات الطبيعية ولا سيما النفطية، وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود إنشاء مشاريع البنية التحتية لتلبية الحاجات العامة للسكان.

واستناداً لما تَقدم فإن تناولنا لهذا الموضوع سيكون من خلال المطلب الأول الذّي ندرس فيه عقود البترول، أمّا في المطلب الثاني فنتناول عقود نقل التكنولوجيا، ثمّ نتناول في المطلب الثالث عقود الأشغال العامّة الدّولية.

المطلب الأول

عقود البترول

غالباً ما يكون الطرف المتعاقد مع الدّولة في التنقيب عن النفط وإنتاجه وتسويقه من الشركات الكبرى المتخصصة في الدّول الصناعية المستهلكة للطاقة والتي تملك من الأموال والخبرة التكنولوجية ما يمكنها من الدخول في هذا الميدان.[1] وتشكّل العوائد البترولية نسبة مرتفعة جداً من الدّخل القومي بالنسبة لغالبية الدّول المنتجة له والتي تعتمد أساساً على هذه العوائد للنهوض بتنميتها الاقتصادية والاجتماعية. مما أدّى إلى تضارب المصالح بين الدّول المنتجة للنفط والشركات المستثمرة له إلى نشوء أنواع عديدة من

1-الأسعد بشار محمد(2010)، عقود الدولة في القانون الدولي، ط1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ص 55.

الصيغ العقديّة ومنها عقود الامتياز البترولي وعقود المشاركة، وعقود المقاولة، وعقود اقتسام الإنتاج.[1]

1-عقود الامتياز البترولي: يُعرف عقد الامتياز بأنّه "ذلك التصرف الذّي تمنح الدّولة بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق المطلق في البحث والتنقيب عن الموارد البترولية الكائنة فوق إقليمها أو في جزء منه واستغلال هذه الموارد والتصرف فيها خلال فترة زمنية مقابل حصول هذه الدّولة على حصصٍ ماليةٍ معينة".[2] ومن الأمثلة على ذلك اتفاقية امتياز البترول المبرمة بين شاه إيران والتاجر البريطاني وليام دارسي والتي منحت الأخير الحق في البحث عن البترول ومشتقاتهِ واستغلاله ونقله وتسويقه وبيعه لمدة ستون عاماً.[3] إن عقود الامتياز في فترة ما قبل الحرب العالمية الثانية اتّسمت بغياب التوازن لصالح شركات التنقيب والاستغلال كما تضمّنت الكثير من الإجحاف بحقوق ومصالح الدّول المتعاقدة.[4] وبعد الحرب العالمية الثانية تغيرت الظّروف السياسيّة والاقتصادية، والاجتماعية للدّول المنتجة للبترول، ولعب البترول دوراً هاماً في الحرب ما أدّى إلى زيادةِ الطلب عليه. ومع حصول الدّول المنتجة للنفط على استقلالها السياسي طالبت بمراجعة عقود الامتياز مع هذه الشركات للدخول في حصص المشاركة مع العائد البترولي.[5]

2-عقود المشاركة البترولية: وفي هذه الصورة تقوم الدَّولة أو إحدى شركاتها مع الشركة الأجنبية على تأسيس شركة تساهم فيها الدّولة أو إحدى شركاتها بحصة في رأسمالها

1- أبو زيد سراج حسين(2004) التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، ص35 وما بعدها.
2- أبو زيد سراج حسين، نفس المرجع السابق، ص44.
3- أبو زيد سراج حسين، نفس المرجع السابق، ص 45- 46.
4- الأسعد بشار محمد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 79.
5- الأسعد بشار محمد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، نفس المرجع السابق، ص 79.

تتمتع فيها بجنسية الدّولة المنتجة ويكون فيها لجانب الدّولة الحق في الدخول في العمليات النفطية من اكتشاف وإنتاج وتكرير وتسويق وحصول كل من الشريكين الوطني والأجنبي كل حسب حصته في المشاركة المتفق عليها في العقد.[1]

3- عقود المقاولة البترولية: وفيها تتم استعانة الدّولة ممثلة في إحدى المؤسسات المشرفة على النفط بمقاول ممثل في شركة يتولى مسؤولية الكشف عن النفط وإعداده للإنتاج على أن يتحمل كافة المصاريف ومسؤولية المخاطرة التي تكتنف هذه العمليات منذ بداية المشروع،[2] ويقوم هذا المقاول باستخراج النفط لحساب الشركة الوطنية إمّا بمقابل مادي أو على شكل حصة في الإنتاج يبيعها لحسابه.[3]

4- عقود اقتسام الإنتاج: في هذا العقد يتحمل المستثمر كافة مصاريف البحث والتنقيب عن البترول واستخراجه مع الاتفاق على حد أدنى لقيمة المصروفات التي يتعهد الطرف الأجنبي بإنفاقها، وفي حالة عدم اكتشاف النفط بكميات تجارية فإنّ الطرف الأجنبي يتحمل وحده كافة المصاريف والنفقات دون أنْ يكون له الحق في الحصول على أي تعويض أمّا في حالة اكتشاف النفط بكميات تجارية يكون من حق الطرف الأجنبي استرداد المصروفات التي أنفقها على شكل نسبة معينة من البترول المنتج يتم الاتفاق عليها في العقد.[4]

1- أبو زيد سراج حسين، المرجع السابق، ص 65.
2- رباح غسان(2008) الوجيز في العقد التجاري الدولي، نموذج العقد النفطي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 35.
3-الحداد حفيظة السيد،المرجع السابق، ص 187- 188.
4- الشيخ عصمت عبد الله، (2008) التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 123- 124.

المطلب الثاني

عقود نقل التكنولوجيا

تهدف هذه العقود إلى نقل التكنولوجيا من المجتمعات التي حققت فيها تقدماً إلى المجتمعات التي تكون في حاجة إليها لتحقيق ذات النتائج بمختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية وغيرها.[1]

وتُعرف هذه العقود بأنّها "اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأنْ ينقل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل الآلات أو الأجهزة أو لتقديم الخدمات، ولا يعتبر نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع، ولا بيع العلامات التّجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد كجزء من عقد نقل التكنولوجيا أو كان مرتبطاً به"[2] وينصب جوهر عقد نقل التكنولوجيا على العناصر المعنوية المتمثلة في حقوق الاختراع أو حق المعرفة الفنية، أو الخدمات الفنية وليس العناصر الماديّة التي يشملها هذا العقد من معدات وآلات وأجهزة.[3]

وتتدرج هذه العقود ضمن ثلاثة فئات:

أولاً. عقود نقل التكنولوجيا البسيطة:

وفيها يتم نقل المعرفة الفنية عن طريق عقد الترخيص وذلك بالإذن لمنشأة وطنية باستعمال حق مملوك لمشروع أجنبي، وقد تكون طريقة استحدثها في الصناعة أو

1- الملافخ فهد بجاد(2009) تسوية منازعات عقد نقل التكنولوجيا، دراسة في القانون المصري، ونظام التحكيم السعودي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 18.

2- المادة 73 من قانون التجارة المصري رقم 17الصادر سنة 1999.

3- جابر عبد الرءوف(2005) الوجيز في عقود التنمية التقنية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 30.

تصـميماً وضـعه لآلـة أو اختـراع ابتكـره، أو نمـوذج ابتدعـه، وسـواءً كـان الحـق مشـمولاً أم غيـر مشـمولاً بالحمايـة المقـررة للملكيـة الصـناعية".[1] أو عـن طريـق عقـد المسـاعدة الفنيـة ومـن الأمثلـة علـى هذا العقد مـا نصّـت عليـه الفقرة 4 مـن العقد المبـرم بـين الشـركة السـعودية لصـناعة المحـاور وشـركة فـولكس فـاغن الألمانيـة والتـي جـاء فيهـا "إنـه مـن المتفـق عليـه أن تتعهـد شـركة فـولكس فـاغن بنقـل المعلومـات اللّازمـة لشـريكتها السـعودية بهـدف تقـديم المسـاعدة لخطـة بنـاء وإنشـاء وحـدة صـناعية.[2] أو عقـد التـدريب الـذّي يتعهـد بمقتضـاه الناقـل بنقـل مجموعـة المعـارف الفنيـة والمعلومـات اللازمـة إلـى الطـاقم الفنـي للطـرف المتلقـي وهـذا لاسـتعمال التكنولوجيـا بطريقـة فعالـة".[3] ويسـاعد البلـدان الناميـة علـى الحصـول علـى القـدرة التقنيـة البشـرية ويمهـد لسـيطرتها علـى التكنولوجيـا المنقولـة إليهـا.[4] أو عقـد التنظـيم الـذي يتميـز عـن العقـود الأخـرى بأنّـه لا يبـرم إلا بعـد إجـراء دراسـة مـن الطـرف المـورد للتكنولوجيا حول الإمكانيات التنظيمية ووسائل وأهداف الطرف المتلقي للتكنولوجيا.[5]

ثانياً . عقود نقل التكنولوجيا المركبة:

عبـارة عـن اتفـاق يلتـزم بموجبـه ناقـل التكنولوجيـا إلـى جانـب نقـل المعرفـة الفنيـة بتشغيل هذه الوحدات، وإنتاجيتها، وتسويق المنتج. ومن الأمثلة على هذه العقود:

1- عقـد المفتـاح فـي اليـد ويُعـرف بأنّـه "عقـد يلتـزم فيـه مـورد التكنولوجيـا بـأنْ يقـدم إلـى المشـتري مجمـع صـناعي فـي حالـة التشـغيل مـع تحملـه المسـؤولية الكاملـة عـن تشـييد

1- شفيق محسن، المرجع السابق، ص 44.
2- الطيـار صـالح بـن بكـر(2003)، العقـود الدوليـة لنقـل التكنولوجيـا، مركـز الدراسـات العربـي الأوربـي، ط2، بيـروت، ص 67- 68.
3- جمال الدين صلاح الدين(2005) عقود نقل التكنولوجيا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 102 - 105.
4- جمال الدين صلاح الدين ، نفس المرجع السابق، ص106.
5- الطيار صالح بن بكر، المرجع السابق، ص 70.

المصنع وضمان الأداء والتشغيل".[1] ومن صورِ هذا العقد ما اصطلح على تسميته عقد المفتاح في اليد الخفيف؛ ويهدف إلى إنشاء وحدة صناعية من طرف مورد التكنولوجيا مع احتفاظ الطرف المتلقي ببعض الأعمال التي يرى بأنّه قادراً على القيام بها في ذلك المشروع وفق قدراته التكنولوجية المحلية مثل الأعمال التحضيرية لانجاز المشروع.[2] وعقد المفتاح في اليد الثقيل وبموجبه لا يلتزم الناقل فقط بتسليم الوحدة الصناعية في حالة التشغيل بل يلتزم بتدريب العمالة المحلية فنياً لإكسابها المعرفة الفنية وتقديم المعلومات والوثائق العلمية اللازمة لتشغيل وإنتاج الوحدة الصناعية.[3]

2- عقد الإنتاج في اليد: يتضمن هذا العقد تحديد المسؤوليات في نقل التكنولوجيا من المرحلة الأولى حتى مرحلة الإنتاج التي تقع على عاتق طرف واحد هو الناقل.[4] كما يتضمن هذا العقد نقل التكنولوجيا الفعالة وليس مجرد الدّراسات النّظرية مما يجعله يساهم مساهمة فعلية في عملية التنمية.[5]

3- عقد السوق في اليد: في هذا العقد يرفع مورد التكنولوجيا سقف التزاماته ليصل إلى حد تسويق أو شراء منتج التكنولوجيا المنقولة أو جزء منه، ويعتبر هذا العقد أحدث صور للعقود المركبة لنقل التكنولوجيا ويتم اللجوء إليه لضمان عدم خسارة متلقي التكنولوجيا بعد إنجاز المشروع.[6]

1- جمال الدين صلاح الدين، المرجع السابق، ص 201.
2- سعدي نصيرة بو جمعة(1987)، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ص 63.
3- شكري سعيد عبد الغفار أمين(2007)، القانون الدولي العام للعقود، دار الفكر العربي، ط1، مصر، ص 205.
4 - الطيار صالح بن بكر، المرجع السابق، ص 84.
5 - جمال الدين صلاح الدين، المرجع السابق، ص 140.
6- شكري سعيد عبد الغفار أمين، المرجع السابق، ص 207.

المطلب الثالث

عقود الأشغال العامة الدولية

يقصد بالأشغال الدّولية إنشاء بنية تحتية تشمل محطات للكهرباء وشبكات الاتصالات وإقامة المستشفيات والجسور والطرق والمطارات وغيرها من المشاريع ولما تحتاجه هذه المشروعات من تكاليف عالية وتقنية متخصصة فإنّ الدّولة تلجأ لأجل تنفيذ هذه المشروعات إلى التعاقد مع شركات أجنبية عملاقة ذات رؤوس أموال كبيرة وذات خبرة وتخصص في هذا المجال.[1] وتعرف هذه العقود بأنّها "توافق إرادتي جهة الإدارة وشخص أجنبي خاص من أجل تنفيذ أعمال عقارية معينة لحساب شخص معنوي عام وتحقيقاً لمصلحة عامة على نحو معين ولقاء ثمن معين".[2] أو هي عقود تبرمها الدولة لإنشاء المشاريع الكبيرة على أرضها في كافة المجالات والتي قد تحتاج إلى رأس مال الأجنبي أو التي لا تستطيع الدولة تنفيذها بشركاتها الوطنية نتيجة نقص الإمكانيات المادية أو الخبرة.[3]

وهذه العقود تتضمن في الغالب تشييد مشروع والقيام بكل أعمال البناء أو أشغال الهندسة المدنية أو التشييدات الصناعية الأخرى، وما يلحق بها من أعمال مثل تصميم المشروع وتوريد التكنولوجيا، وذلك في مقابل أجر يتعهد به الطرف الوطني الذي قد يتمثل في حصة في مشروع مشترك يتقاسم الأطراف تكاليفه وتوزيع أرباحه وخسائره بينهم.[4] ومن الأمثلة على عقود الأشغال الدولية عقد البناء والتشغيل والتحويل الـ BOT .

1- الأسعد بشار محمد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص68.
2- إسماعيل محمد عبد المجيد(2003) عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 41.
3- الشيخ عصمت عبد الله، المرجع السابق، ص 18.
4- محمد علي عمرو طه بدوي(2006) الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد،دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 472- 473.

الفصل الثالث

ماهيّة قانون الإرادة الواجب التطبيق

على عقود الشّركات المتعددة الجنسيّة

مـر النّظـام القـانوني للعقـود التـي تنطـوي علـى عنصـر أجنبـي فيمـا يتعلـق بتحديـد القـانون الواجـب التطبيـق بالعديـد مـن التطـورات الفقهيـة إلـى أن انتهـى الفقهـاء إلـى تبنـي قـانون الإرادة واعتبـاره حاكمـاً للعقـود الدّوليـة حيـث أخضـع الفقـه الايطـالي القـديم هـذه العقـود لقـانون مكـان إبـرام العقـد باعتبـاره المكـان الـذي نشـأ فيـه التصـرف القـانوني والـذي ارتضـاه ضـمنيّاً طـرف العقـد والمسـتنتج مـن معرفتهمـا واحاطتهمـا لهـذا القـانون،[1]غيـر أن الفقيـه الألمـاني سـافينيSavigny فقـد قـال بإخضـاع العقـد لمكـان التنفيـذ اسـتناداً لإرادة المتعاقـدين ذاتهـا لأنّ مـن يـدخل فـي علاقـة تعاقديـة يقبـل مسـبقاً الخضـوع لقـانون مركـزه،[2] فـي حـين تبنـى الفقيـه الإيطـالي مانشـينيMancini نظريّـة شخصـيّة القـوانين غيـر إنـه لـم يسـتطع تجاهـل قـانون الإرادة فـأورده كأحـد أهـم الاسـتثناءات المقـررة علـى نظريتـه،[3] غيـر إن الفقيـه الفرنسـي Dumoulin اعتبـر إنّـه إذا كـان قـانون محـل إبـرام العقـد قـد فـرض اختصاصـه اسـتناداً لـلإرادة الضـمنية فإنّـه بإمكـان المتعاقـدين بإرادتهمـا الصـريحة اختيـار قـانون آخـر لـيحكم عقـدهما[4] ومنـذ ذلـك الوقـت اسـتقرت قاعـدة سـلطان الإرادة فـي ميـدان العلاقـات التعاقدية بمثابة عرف دولي أو مبدأ عام معترف به، في كافة النّظم القانونية.[5]

---

1 - الأسعد بشار محمد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 96.

2 - الأسعد بشار محمد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ص 97.

3 - فلحـوط وفـاء مزيـد(2008) المشـاكل القانونيـة فـي عقـود نقـل التكنولوجيـا إلـى الـدول الناميـة، ط1، منشـورات الحلبـي الحقوقية، بيروت، ص 737.

4- بلقاسم إعراب(د/ت) القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الزيتونة للإعلام والنشر، الجزائر، ص 275.

5 - فلحوط وفاء مزيد، نفس المرجع السابق، ص 737 وما بعدها.

ويقصد بمبدأ قانون الإرادة في القانون الدّولي الخاص حريّة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المزمع إبرامه إذا كان هذا العقد مما يحتمل خضوعه لقوانين بلاد مختلفة.[1] وهو يعطي الأطراف سلطات واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق والمحكمة المتخصصة لحل النّزاعات.

واستناداً لما تقدم فإن تناولنا لهذا الموضوع سيكون من خلال المبحث الأول الذي نتناول فيه مفهوم قانون الإرادة، أمّا في المبحث الثاني فنتعرض لضوابط قانون الإرادة، ثم نتناول في المبحث الثالث موانع تطبيق قانون الإرادة.

1- حجازي عبد الفتاح بيومي(2002) النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ص 170.

المبحث الأول

مفهوم قانون الإرادة

تثير المنازعات التي تنشأ عن العقود التي تبرمها الشركات المتعددة الجنسية مع الدولة مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود، وذلك لاختلاف مكان تنفيذ العقد عن الّدولة التي يوجد فيها المركز الرئيسي للشركة المتعددة الجنسيّة من جهة، ولتعدد جنسيات مساهمي هذه الشركات من جهة أخرى.

وغالباً ما يتم حل هذه المشكلة القانونية عن طريق الاتفاق بين الطرفين على تطبيق قانون الإرادة ليحكم العقدمما يدفعنا إلى التساؤل عن مظاهر تعبير المتعاقدين عن إرادتهما، والمبادئ التي تخضع لها الإرادة في اختيار قانون العقد.

واستناداً لما تقدم فإنّ تناولنا لهذا الموضوع سيكون من خلال المطلب الأول الذي نبحث فيه طرق التعبير عن الإرادة، أمّا في المطلب الثاني فنستعرض المبادئ التي تخضع لها الإرادة في اختيار قانون العقد.

المطلب الأول

طُرق التعبير عن الإرادة

إنّ مظاهر التعبير عن الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد سواءً صدرت من قبل الشركة المتعددة الجنسية، أو الدولة قد تكون صريحة أو ضمنية.

واستناداً لما تقدم فإن تناولنا لهذا الموضوع سيكون من خلال الفرع الأول الذي نبحث من خلاله التعبير الصريح عن الإرادة، أمّا في الفرع الثاني فنتناول التعبير الضمني عن الإرادة.

الفرع الأول

التعبير الصّريح عن الإرادة

يكـون التعبيـر عـن الإرادة صـريحاً إذا تضـمن العقـد نصّـاً يحـدد قـانون العقـد بعبـارات واضـحة جازمـة تفصـح عـن نيـة المتعاقـدين عـن القـانون الحـاكم للعقـد،[1] بصـورة بعيـدة عـن الغمــوض أو الالتبــاس، كمــا يمكــن أن يكــون التحديــد عــن طريــق الرســائل الالكترونيــة المتبادلـة،[2] وقـد شـبه بعـض الفقـه اتفـاق المتعاقـدين علـى قـانون العقـد كأنّـه إبـرام لعقـد تـأمين علـى الحيـاة تحوطـاً للمسـتقبل ومـا يكتنفـه مـن أخطـار محتملـة،[3] بمعنـى أنّ قيـام الأطـراف بتحديـد القـانون الواجـب التطبيـق علـى النـزاع يعتبـر علـى سـبيل تـوقي النّزاعـات التـي قـد تنشـأ مسـتقبلاً فيمـا بيـنهم بخصـوص القـانون الواجـب التطبيـق. وغالبـاً مـا يشـمل تحديـد الأطـراف للقـانون الواجـب التطبيـق علـى العقـد الجـانبين القضـائي والتشـريعي اللـذان يحكمـان العقـد أي تحديـد الجهـة القضـائية المختصـة بالفصـل فـي النزاعـات بـين الطـرفين، وكـذلك القـانون الـذي يتعين على هذه الجهة القضائية أن تطبقه للفصل في النزاع.[4]

ومــن التطبيقــات العمليــة للتعبيــر الصــريح عــن الإرادة فــي اختيــار القــانون الواجــب التطبيق مـا نـص عليـه العقد المبرم بين شركة Alcoa Minerals of Jamaica وحكومـة جامايكـا والـذي نـص علـى أن "محكمـة التحكـيم سـوف تطبـق القـانون الجامـايكي وقواعـد القـانون الـدّولي التـي يمكـن تطبيقهـا"،[5] كمـا نصّـت المـادة 1/4 مـن قـرار المجمـع الـدّولي فـي

---

1 - إبـراهيم إبـراهيم أحمـد(2000) القـانون الـدولي الخـاص، الكتـاب الأول، تنـازع القـوانين، دار النهضـة العربيـة، القـاهرة، ص351 ،

2- منصور محمد حسين(د/ت)، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص 352.

3 - سـلامة أحمـد عبـد الكـريم (2001) قـانون العقـد الـدولي، مفاوضـات العقـود الدوليـة، القـانون واجـب التطبيـق وأزمتـه، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 190.

4 - محمد علي عمرو طه بدوي، المرجع السابق، ص 537 وما بعدها.

5 - الأسعد بشار محمد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،، ص 108.

مؤتمره المنعقد في أثينا سنة 1979 على أنّه "من المأمول فيه أنْ يعيّن الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على عقدهم".

الفرع الثاني

التعبير الضمني عن الإرادة

لا يثير التعبير الصّريح عن الإرادة أيّة صعوبة في معرض تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، غير أنّ الصعوبة تثور في حالة غياب التعبير الصريح عن الإرادة، ذلك أنّ المتعاقدين قد يتعمدا عند إبرام العقد تجاهل تحديد القانون الواجب التطبيق مسبقاً وقبل وقوع النزاع وذلك لخشيتهما من فشل عملية الإبرام،[1] فيما لو أصرّ طرف على تحديد القانون الذي يتناغم مع مصالحه، مما يدفعنا إلى التساؤل هل يستطيع القاضي أو المحكم البحث عن إرادة الأطراف الضمنية في قانون العقد؟

حقيقة أن موقف الفقهاء من هذه المسالة قد انقسم إلى اتجاهين:

أولاً . الاتجاه المعارض للإرادة الضمنية:

عارض أنصار هذا الاتجاه فكرة استخلاص قانون العقد من الإرادة الضمنية للأطراف، و رأى أن سكوت الأطراف عن تحديد قانون العقد لا يمكن اعتباره سهواً منهم إذ لا يمكن لهم أن يسهوا عن تحديد قانون يتعلق بعقد يتضمن أموالاً طائلة وترك مصيره لاجتهاد المحكم،[2] الذي قد يكون اختياره متعسفاً وخاضعاً لأهوائه تحت ستار الإرادة الضمنية،[3] كما أن تطبيق قانون فشل الأطراف في الوصول إلى اتفاق بشأنه من خلال

---

[1] - صادق هشام علي(2001)،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 327.

[2] - حمزة هاني محمود(2008) النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 131.

[3] - الروبي محمد(2004) عقود التشييد والاستغلال والتسليم BOT دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 238

البحث في الإرادة الضمنية سيؤدي إلى تطبيق قانون قد يخل بتوقعاتهم لكونه لا يعبر عن إرادتهما الحقيقية[1] في حين أن تطبيق قواعد التنازع في إسناد العقد للقانون الذي على صلة وثيقة به من شأنه أن يحقق طمأنينة المتعاقدين ويعطي نتائج أفضل من تخويل القاضي البحث عن الإرادة الضمنية.[2]

ثانياً. الاتجاه المؤيد للإرادة الضمنية:

يرى أنصار هذا الاتجاه أنّه يمكن الاستناد إلى الإرادة الضمنيّة للأطراف في تحديد قانون العقد استناداً إلى الاتفاقيات الدولية، حيث نصّت المادة 1/3 من اتفاقية روما لسنة 1980 على أن "يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف، ويجب أنْ يكون هذا الاختيار صريحاً، أو مستخلصاً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد، أو من ظروف التعاقد ..."."[3] كما أقرّ مجمع القانون الدّولي في دورتهِ المنعقدة في مدينة بال السويسرية سنة 1991 إنّه في حال غياب الاختيار الصريح للقانون الحاكم للعقد فإنّه يتوجب استخلاص الإرادة الضمنية للأطراف من ظروف التعاقد،[4] واستناداً لما تقدم نخلص إلى أن استنتاج الإرادة الضمنية يخضع لعدة مؤشرات يتعين على القاضي الاستناد إليها ويعتبر من هذه المؤشرات استخدام المتعاقدين لغة معينة، أو مكان إبرام العقد، أو مكان تنفيذه، أو مكان إقامة الأطراف أو جنسيتهم المشتركة أو تضمين العقد أحكاما وقواعد معينة مستمدة من قانون دولة معينة لتنظيم جانب مهم في العقد.[5]

---

1 - الأسعد بشار محمد،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 106.
2 - حمزة هاني محمود، المرجع السابق، ص 131 وما بعدها.
3 - مشار إليها عند الأسعد بشار محمد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 110.
4 - أبو أحمد علاء محي الدين مصطفى(2008) التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ص 353
5 - الأسعد بشار محمد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 353

ويتمتع الاختيار الضمني بمجرد استنباطه والاستدلال عليه بقرائن مؤكدة بنفس سلطة الاختيار الصريح ويتعين الاحتكام بموجبه للقانون الذي وقع عليه هذا الاختيار.[1]

موقف القانون الأردني من قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة: نصت المادة 1/20 من القانون المدني الأردني على أن "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإنْ اختلفا يسري قانون الدّولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك"

يتضح من هذا النص أنّ ضابط الإسناد الأول هو الإرادة، وفي حالة خلو العقد من قانون الإرادة يطبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدوا موطناً، أمّا في حالة اختلافهم في الموطن فيطبق قانون الدّولة التي تم فيها إبرام العقد.

وقد اعتد المشرع الأردني بالإرادة الصريحة للأطراف حيث ذهبت محكمة التمييز الأردنية إلى القول "حيث إنّ الفريقين قد اتفقا في عقد الشحن على تطبيق اتفاقية بروكسل لعام 1924 التي حددت المبلغ الواجب ضمانه عن كل طرد أو وحدة من البضائع، فإن هذا الاتفاق يعد نافذاً بحق المتعاقدين وملزماً لهما على اعتبار إنّه يشكل جزءاً من شروط العقد"،[2] كما اعتد بالإرادة الضمنيّة للأطراف على الرغم من إنّه لم يشر إليها في المادة 1/20 من القانون المدني حيث يمكن استنتاج تبنيه لها مما أوردته المادة 25 من القانون المدني والتي نصت على أنه" تتبع مبادئ القانون الدّولي الخاص فيما لم يرد في شأنه

---

1 - الأسعد بشار محمد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 141.
2 - تمييز حقوق رقم 1982/697 منشور في مجلة نقابة المحامين السنة 31 ص 237.

نـص فـي المـواد السـابقة، مـن أحـوال تنـازع القـوانين". هـذا فضـلا عمـا أوردتـه المـادة 1/103 من الدستور الأردني لعام 1952.[1]

ويؤيّــد الباحــث فكـرة الاعتـداد بـالتعبير الضـمني عـن الإرادة فـي تحديـد القـانون الواجـب التطبيـق علـى العقـد المبـرم بـين الشـركة المتعـددة الجنسـية والدولـة، إلا إنّـه يـرى ضـرورة الاعتمـاد علـى معـايير واضـحة ومحـددة فـي اسـتخلاص هـذه الإرادة وأنْ لا يتـرك استخلاصـها لأهـواء القاضـي أو المحكـم، وإن معـايير لغـة العقـد، أو مكـان إبرامـه أو تنفيـذه أو مكـان إقامـة الأطـراف والجنسـية المشـتركة كلهـا تصـلح للأخـذ بـأي منهـا فـي الكشـف عـن الإرادة الضمنية للأطراف.

المطلب الثاني

المبادئ التي تخضع لها الإرادة في اختيار قانون العقد

إنّ القـول بتمتـع الأطـراف بالقـدرة علـى الاختيـار الإرادي لقـانون العقـد يـدفعنا إلـى التساؤل عن المبادئ التي يتعين على الإرادة مراعاتها في اختيار هذا القانون؟

ولتسـليط الضـوء علـى هـذا الموضـوع فـإنّ تناولنـا لـه سـيكون مـن خـلال الفـرع الأول الـذي نـدرس فيـه وقـت اختيـار القـانون الواجـب التطبيـق علـى العقـد وإمكانيـة تجزئـة العقـد، أمّـا الفـرع الثـاني فسنخصصـه لدراسـة الإحالـة إلىالقـانون الواجـب التطبيـق علـى العقـد. أمّـا فـي الفرع الثالث فنتعرض لمدى قدرة الأطراف على اختيار قانون وطني لدولةٍ معينة.

---

1 - والتـي نصـت علـى أن" تمـارس المحـاكم النظاميـة اختصاصـها فـي القضـاء الحقـوقي والجزائـي وفـق أحكـام القـوانين النافـذة المفعـول فـي المملكـة علـى أنـه فـي مسـائل الأحـوال الشخصـية للأجانـب أو فـي الأمـور الحقوقيـة والتجاريـة التـي قضـت العـادة فـي العـرف الـدولي بتطبيـق قـانون بـلاد أخـرى بشـأنها ينفـذ ذلـك القـانون بالكيفيـة التـي يـنص عليهـا القـانون". الدسـتور الأردنـي لسـنة 1952 وتعديلاته.

الفرع الأول

وقت اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وإمكانية تجزئة العقد

إنّ التعـرّف علـى كيفيـة اختيـار القـانون الواجـب التطبيـق علـى العقـد، يفـرض علينـا تحديـد الوقـت الـذي يـتم فيـه الاختيـار، ومـدى قـدرة الأطـراف علـى تعـديل هـذا الاختيـار، أو اختيار أكثر من قانون يطبق على العقد.

أولاً . وقت اختيار القانون الواجب التطبيق وإمكانية تعديله:

انقسـم الفقـه فـي موقفـه مـن مسـألة الوقـت الـذي يـتم مـن خلالـه اختيـار القـانون الواجب التطبيق على العقد إلى اتجاهين:

الاتجـاه الأول: ويـرى أن اختيـار الأطـراف لقـانون العقـد يجـب أن يـتم لحظـة إبرامـه فـلا يجـوز لهـم تأجيلـه، أو الاتفـاق عليـه مسـتقبلاً،[1] وقـد اسـتند أنصـار هـذا الاتجـاه فـي دعـم وجهـة نظـرهم إلـى حكـم محكمـة الـنقض الإيطاليـة الصـادر فـي 28 يونيـو 1966 الـذي ذهـب إلـى القـول "يجـب أن يتـزامن إبـرام العقـد الأصـلي مـع الاتفـاق علـى اختيـار القـانون الواجب التطبيق".

الاتجـاه الثـاني: ويـرى أنصـار هـذا الاتجـاه إنـه لا يشـترط لصـحة القـانون الواجـب التطبيـق علـى العقـد أنْ يـتم اختيـاره لحظـة التعاقـد بـل يمكـن للأطـراف اختيـاره فـي أي وقـت يريـدون ولـو حتـى فـي وقـت لاحـق لإبـرام العقـد الأصـلي، ويمكـن أن يـتم هـذا الاختيـار بطريقـة صـريحة أو ضـمنية يستخلصـها القاضـي مـن دلائـل معينـة،[2] ويسـتمر حـق الأطـراف فـي اختيـار قـانون العقـد قائمـا إلـى مـا قبـل طـرح النـزاع أمـام المحكمـة، أمّـا بعـد

---

[1] - حمزة هاني محمود، المرجع السابق، ص 125 وما بعدها

[2] - محمد علي عمرو طه بدوي، المرجع السابق، ص 539 وما بعدها.

طرحه أمام القضاء فلا يحق لهم ذلك.[1] وقد استند أنصار هذا الاتجاه في تأييد وجهة نظرهم إلى اعتراف القضاء السويسري بحق المتعاقدين في اختيار القانون بعد إبرام العقد ولو حتى أمام محكمة الموضوع،[2] كما استندوا في دعم وجهة نظرهم إلى اتفاقية روما لسنة 1980 التي نصت المادة 2/3 منها على حق الأطراف في اختيار القانون وقت إبرام العقد أو بعده مع التحفظ بحماية حقوق الغير [3] وإلى حكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار فيما يتعلق بالنزاع الذي نشب بين شركة AAPL وحكومة سريلانكا الذي ذهب إلى القول" في ظل هذه الظروف الخاصة سوف تتجسد عملية اختيار القانون عقب ظهور النزاع وذلك عن طريق ملاحظة وتأصيل سلوك وتصرفات الأطراف عبر وقائع التحكيم.."[4]. كما أقر مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة بمدينة بال بسويسرا حق المتعاقدين في الاختيار اللاحق لقانون العقد شريطة عدم الإخلال بالحقوق المكتسبة للغير [5].

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو هل يحق للأطراف تعديل اختيارهم للقانون الواجب التطبيق، أو الرجوع عنه إلى قانون آخر، أو إلغائه؟

ويرى جانب وحيد من الفقه أنّه يحق للأطراف تعديل اختيارهم لقانون العقد إذا كان القانون المختار لا يتناسب مع اقتصاديات العقد، أو طبيعة محل الإبرام، أو التنفيذ، أو إذا كان القانون المراد استبداله متأخراً في تطوره عن القانون المراد تطبيقه،[6] وقد استندوا في تأييد وجهة نظرهم إلى المادة 2/3 من اتفاقية روما التي ذهبت إلى القول

---

1 - سلامة احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 180.
2 - محمد علي عمرو طه بدوي، المرجع السابق، ص 540.
3 - ياقوت محمود محمد(2004) الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 93.
4 - مشار إليه عند الأسعد بشار محمد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 143.
5 - حمزة هاني محمود، المرجع السابق، ص 126.
6 - محمد علي عمرو طه بدوي، المرجع السابق، ص 541.

"يجوز للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون غير ذلك الذي كان يحكمه سابقاً".[1] كما استندوا في تأييد وجهة نظرهم إلى المادة 2/27 من القانون الدّولي الألماني الخاص لسنة 1986 التي نصت على إنه "يجوز للأطراف في أي وقت الإتفاق على إخضاع العقد لقانون غير ذلك الذي كان يحكمه سابقاً".[2]

ويؤيد الباحث فكرة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد في الوقت الذي يشاؤون، وإنه لا يشترط هذا الاختيار لحظة إبرام العقد بل يمكن أن يتراخى هذا الاختيار إلى ما بعد الإبرام بل وحتى إلى لحظة وقوع النزاع بين الأطراف احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة.

ثانياً . إمكانية تجزئة العقد:

غالباً ما يتضمن العقد العديد من البنود مما يطرح تساؤلاً حول إمكانية إخضاع بعض بنود هذا العقد لقانون معين، وإخضاع بنود أخرى لقانون آخر؟

انقسم الفقه في موقفه من هذه المسألة إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: حيث يؤيد تطبيق أكثر من قانون على العقد عن طريق تحديد نطاق تطبيق كل قانون، والجزء من العقد الذي يخضع له،[3] ويرى إنه يمكن للأطراف الاتفاق على إخضاع تنفيذ العقد لقانون بلد التنفيذ، وإخضاع تكوين العقد لقانون بلد الإبرام،[4] وقد استند أنصار هذا الاتجاه في رأيهم إلى ما تضمنته المادة السابعة من

---

1 - حمزة هاني محمود، نفس المرجع السابق، ص 127.
2- حمزة هاني محمود، نفس المرجع السابق، ص 127.
3- موسى طالب حسن(1998) القانون الجوي الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 102.
4 - فلحوط وفاء مزيد، المرجع السابق، ص 746

اتفاقيــة رومــا التــي نصــت علــى ضــرورة احتــرام إرادة الأطــراف فــي التجزئــة عنــد تطبيقــه للقواعد الآمرة في قوانين الدول وثيقة الصلة بالعقد.[1]

الاتجــاه الثــاني : وينكـر أنصـار هـذا الاتجـاه فكـرة تجزئـة العقـد، وإخضـاعه لأكثـر مـن قـانون لأن العقـد وحـدة واحـدة يجـب أن تخضـع لقـانون واحـد متجـانس، إذ إنّ اختيـار عدة قـوانين لـتحكم العقـد قـد يـؤدي إلـى اعتبـار العقـد بـاطلاً فـي ظـل أحـد القـوانين، وصـحيحاً فـي ظـل قـوانين أخـرى، كمـا إنّ قاعـدة الإسـناد فـي العقـود الدوليـة تقـرر حـق الأطـراف فـي اختيار قانون واحد وليس عدة قوانين.[2]

أمّـا فيمـا يتعلـق بموقـف المشـرع الأردنـي مـن هـذه المسـألة فإنـه فقـد تبنـى حكمـاً عامـاً يضـمن وحـدة القـانون الواجـب التطبيـق علـى العقـد.[3] أي إنّ القـانون الأردنـي لا يأخـذ بفكـرة تجزئة العقد.

ويــرى البــاحــث إنّـه يتعـين أن لا يتـرك لـلإرادة حريـة إخضـاع العلاقـة العقديـة الواحـدة إلــى أكثــر مــن قــانون لأنّ العقــد عمليــة قانونيــة واحــدة، وان إخضــاع الشــروط الموضــوعية لأنظمـة قانونيـة متعـددة قـد يـؤدي إلـى صـعوبات تواجـه المحكمـة المختصـة بنظـر النـزاع عنـد تحديدها للقانون الواجب التطبيق كما إنّ العلاقة العقدية مركبة ولا تقبل التجزئة.

---

1 - محمد علي عمرو طه بدوي، المرجع السابق، ص 543.

2 - محمد علي عمرو طه بدوي، نفس المرجع السابق، ص 545.

3- وقـد أشـارت الـى ذلـك المـذكرة الإيضـاحية تعقيبـاً علـى المـادة 1/20 مـن القـانون المـدني الأردنـي، أنظـر المـذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني إعداد المكتب الفني لنقابة المحامين ، عمان، مطبعة التوفيق، ط2، 1985، ص 65.

الفرع الثاني

الإحالة إلى القانون الواجب التطبيق على العقد

قد يلجأ الأطراف عند اختيارهم لقانون العقد إلى إخضاع العقد لقانون دولة معينة مما يدفع إلى التساؤل حول إمكانية تطبيق قواعد التنازع على القانون المختار؟

انقسم الفقهاء في موقفهم من هذه المسألة إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول:

ويرى أنصار هذا الاتجاه إنّ اتفاق الأطراف على اختيار القانون ينصرف إلى القواعد الموضوعية المنصوص عليها فيه، وقواعد الإسناد التي يتضمنها استناداً إلى تخويل الأطراف الحق في تركيز علاقتهم التعاقدية داخل نظام قانوني معين.[1]

الاتجاه الثاني:

ويرى أنصار هذا الاتجاه إنّ اختيار الأطراف لقانون العقد ينصرف إلى القواعد الموضوعية لهذا القانون وليس لقواعد التنازع فيه وذلك لمنح الأطراف القدرة على اختيار قانون دولة معينة لتنظيم العلاقة فيما بينهم.[2]

وقد تبنى المشرع الأردني رأي أنصار هذا الاتجاه في المادة 36 من قانون التحكيم التي نصّت على إنّه".. وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين".[3] كذلك المادة (28) من القانون المدني الاردني.

---

1 - الحداد حفيظة السيد، المرجع السابق، ص 490 وما بعدها.
2 - حمزة هاني محمود، المرجع السابق، ص 96.
3 - قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001.

ويؤيـد الباحـث موقـف المشـرع الأردنـي مـن هـذه المسـألة ويـرى أنّ انصـراف إرادة الأطـراف إلـى تطبيـق قـانون دولـة معينـة يقصـد منـه تطبيـق القواعـد الموضـوعية فـي هـذا القـانون وذلـك لأن القـول بتطبيـق قواعـد التنـازع فـي هـذا القـانون مـن شـأنهِ أنْ يحيـل الأطـراف إلى تطبيق قانون قد لا يرتضيانه ليحكم علاقتهما التعاقدية.

الفرع الثالث

مدى قدرة الأطراف على اختيار قانون وطني لدولة معينة

ينـتج عـن قـدرة الإرادة علـى تحديـد قـانون العقـد التسـاؤل حـول إمكانيـة توافـق إرادة طرفي العقد على تحديد قانون وطني لدولة معينة ليحكم العقد؟

انقسم الفقه في موقفه من هذه المسألة إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول:

يعـارض هـذا الاتجـاه فكـرة قـدرة الإرادة علـى اختيـار قـانون وطنـي لدولـة معينـة ليطبـق علـى العقـد ويـرى أن تطـور العلاقـات التجاريـة الدوليـة جعـل مـن غيـر المناسـب تطبيق قانون وجد أصلاً ليحكم العلاقات الداخلية.

الاتجاه الثاني:

يؤيـد هـذا الاتجـاه فكـرة قـدرة قـانون الإرادة علـى اختيـار قـانون وطنـي لدولـة معينـة لـيحكم العقـد[1] وقـد اسـتند أنصـار هـذا الاتجـاه فـي تأييـد وجهـة نظـرهم إلـى حكـم محكمـة العـدل الدوليـة الـذي أصـدرته فـي قضـية القـروض الصـربية والبرازيليـة عـام 1929 والـذي قضـت فيـه بـأن " كـل عقـد لـيس عقـداً بـين دولتـين بصـفتهما مـن أشـخاص القـانون الـدولي

1- سلامة احمد عبد الكريم، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 175

العـام يجـد أساســه فــي القـانون وطنــي"،[1] وإنّ التنــازع بـين القـوانين لا يقـوم إلا بـين دولتـين تتمتع كل منهما بخصائص ومقومات الدّولة وفقاً لقواعد القانون الدولي العام.[2]

أمّـا موقـف المشـرع الأردنــي مـن هـذه المسـألة فقـد تجلـى فـي المـادة 36 مـن قـانون التحكـيم الأردنــي التــي نصّــت علــى أن "تطبـق هيئــة التحكـيم علــى موضــوع النــزاع القواعـد القانونية التي يتفق عليها الطرفان...".

ويــرى الباحــث إنّــه لـيس هنــاك مــا يحـول دون قـدرة الأطـراف علــى اختيــار قــانون معـين لـيحكم العقـد سـواء كـان هـذا القـانون لأحـد طرفـي التعاقـد، أو للطـرفين معـاً، أو ينتمـي لدولة ثالثة احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة.

1- مشار إليه عند الأسعد بشار محمد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق،، ص 145.

2- يـاقوت محمـود محمـد حريـة المتعاقـدين فـي اختيـار قـانون العقـد الـدولي بـين النظريـة والتطبيـق، ، دراسـة تحليليـة ومقارنـة فـي ضوء الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ،ص 100

المبحث الثاني

ضوابط قانون الإرادة

تثير مسألة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد العديد من التساؤلات القانونية، المتعلقة بالضوابط القانونية التي تخضع لها إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد.

واستناداً لما تقدم فإن تناولنا لهذا الموضوع سيكون من خلال المطلب الأول الذي ندرس فيه مراعاة مبادئ النظام العام عند اختيار قانون العقد. أمّا في المطلب الثاني فنتناول فيهعدم التحايل أو الغش على القانون عند اختيار قانون العقد.

المطلب الأول

مراعاة مبادئ النظام العام عند اختيار قانون العقد

يميّز في فكرة النّظام العام بين النظام العام الوطني، والنظام العام الدولي، ويقصد بالنظام العام الوطني مجموعة المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع [1] أمّا النّظام العام الدّولي فهو "عبارة عن مجموعة أسس وقواعد عامة لا تتعلق بالمصالح الأساسية لمجتمع وطني معين وإنما تتعلق بمصالح أساسية خاصة بالجماعة الدولية".[2] وعلى الرغم من الاختلاف بين النظام العام الوطني، والنظام العام الدّولي فإن الأخير يهدف في النهاية إلى صيانة قوانين الدّولة الأساسية التي تحدد الحد الأدنى من المبادئ الوطنية المشتركة، ويمارس القاضي الوطني رقابته على القانون الواجب التطبيق

1- الصدة عبد المنعم فرج(1978) أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ص 76.

2 - المنزلاوي صالح(2008) القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 297.

مـن خـلال تفحـص مضـمونه، والتثبـت مـن عـدم مخالفتـه للنظـام العـام، وإذا مـا وجـد أيـة مخالفة فإنه يبادر إلى استبعاد ذلك القانون وإحلال قانون القاضي محله[1].

ويقـوم النظـام العـام الـدولي فـي معـرض تحديـد القـانون الواجـب التطبيـق بوظيفـة مزدوجـة الأولـى حمائيـة وتتـيح للقاضـي أو المحكـم اسـتبعاد النظـام العـام الـوطني إذا وجـده مخالفـاً لأحـد هـذه المبـادئ العامـة،[2] والثانيـة توجيهيـة وتتمثـل فـي تطبيـق قواعـد القـانون الـدولي العـام بمعـزل عـن القـانون الـوطني لضـرورات التجـارة الدوليـة التـي تسـتلزم خضـوع " الأنشـطة والعمليـات التـي يقـوم بهـا المتعـاملون فـي التجـارة الدوليـة لمجموعـة مـن القواعـد القانونيـة التـي تلبـي احتياجـات المتعـاملين فـي التجـارة الدوليـة إلـى الصـدق والعدالـة والنظـام والأمان".[3]

وقـد أخـذ المشـرع الأردنـي بفكـرة ضـرورة تقيـد قـانون الإرادة بالنظـام العـام ومراعاتهـا لـه وعـدم مخالفـة قـانون الإرادة لقواعـده فـي المـادة 29 مـن القـانون المـدني الأردنـي والتـي نصـت علـى أنـه " لا يجـوز تطبيـق أحكـام قـانون أجنبـي عينتـه النصـوص السـابقة إذا كانـت هـذه الأحكـام تخـالف النظـام العـام والآداب فـي المملكـة الأردنيـة الهاشـمية".وعليه فـإن مخالفـة قـانون العقـد للنظـام العـام الـدولي مـن شـأنه أن يـؤدي إلـى امتنـاع القاضـي الـوطني عـن تطبيـق قـانون العقـد، أمـا فـي حالـة مخالفـة العقـد للنظـام العـام الـوطني فـإن ذلـك مـن شأنه أن يؤدي إلى بطلان التصرف القانوني.

---

[1] -شـويربحالد(2008) القـانون الواجـب التطبيـق علـى العقـد التجـاري الـدولي، رسـالة دكتـوراه فـي الحقـوق، جامعـة الجزائـر، بن يوسف بن خلدة، كلية الحقوق، ص 65

[2] - ناصـيف حسـام الـدين فتحـي(1999) قابليـة محـل النـزاع للتحكـيم فـي عقـود التجـارة الدوليـة، دار النهضـة العربيـة، القـاهرة، ص 49.

[3] - المنزلاوي صالح، المرجع السابق، ص 302.

ويؤيد الباحث ضرورة توافق وانسجام قانون العقد مع فكرة النظام العام بمفهوميه الوطني، والدولي، لأن مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق لا يتعارض مع فكرة النظام العام الواجب مراعاتها والتي تنص عليها معظم القوانين الوطنية والدولية لصيانة النظام القانوني وتحقيقا لأهدافه وضمان الأمان القانوني لأطراف التعاقد.

المطلب الثاني

التحايل أو الغش نحو القانون عند اختيار قانون العقد

يقصد بالتحايل أو الغش على القانون قيام أحد المتعاقدين بتغيير ظرف الإسناد بحيث ينتقل الاختصاص القضائي من قانون دولة معينة إلى قانون دولة أخرى تحقيقاً لمصلحة معينة[1]، ويتفق الغش نحو القانون مع النظام العام في أن كلاهما يمنع تطبيق القانون المختار عن طريق فرض رقابة على القانون المطبق، ويختلفان من ناحية أن الدفع بالنظام العام يكون موجه إلى مضمون القانون المختص لأن قواعده تتعارض مع الأسس التي يقوم عليها النظام العام الوطني في حين أن الدفع بالغش نحو القانون ليس موجها إلى مضمون هذا القانون بل إلى الوسيلة المستعملة للتهرب من القانون الذي يكون الأصلح[2].

---

[1] - الهداوي حسن(2011) القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 196

[2]- حافظ ممدوح عبد الكريم(1972) القانون الدولي الخاص العراقي، ط2، بغداد، دون دار نشر، ص 65.

موقف الفقهاء من نظرية الغش نحو القانون:

انقسم موقف الفقهاء من نظرية الغش نحو القانون إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول:

عارض هذا الاتجاه تبني نظرية الغش نحو القانون ودعا إلى تطبيق القانون المتفق عليه على العقد نتيجة تغير ضوابط الإسناد دون الاعتداد بالدافع الذي دفع صاحب المصلحة إلى تغيير موطنه أو جنسيته فمن يستعمل حقه لا يعتبر مخالفاً للقانون وان ثبوت الغش نحو القانون بقصد نقل الاختصاص من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى عن طريق تغير الجنسية مثلاً لا يؤثر أصلاً في صحة الجنسية المكتسبة[1].

الاتجاه الثاني:

دعا أنصار هذا الاتجاه إلى عدم الاعتراف بالنتائج الناشئة عن استخدام المتعاقد الغش نحو القانون وبرروا وجهة نظرهم في أنّه إذا كان يحق للفرد تغيير جنسيته أو موطنه فإن هذا التغيير يجب آلا يكون على حساب العدالة، وللتهرب من القواعد الآمرة والناهية.[2]

عناصر نظريّة الغش نحو القانون:

1- وجود نية للغش: يشترط للقول بوجود الغش نحو القانون أن تتجه إرادة المتعاقد إلى التحايل بقصد تغيير ظرف الإسناد لنقل الاختصاص ويدخل التثبت من مسألة الغش ضمن نطاق اختصاص القاضي.[3]

---

1 - نصر الله مرتضى (1965) تنازع الهيئات وتنازع الاختصاص القضائي، دون ناشر، أو بلد نشر، ص 106

2 - الداودي غالب علي (2013)القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، ص 255.

3 - الراوي جابر إبراهيم(1980) أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي، مطبعة الحكم المحلي، بغداد، ص53

2- يجب أن تكون وسيلة الغش فاعلة في نقل الاختصاص القضائي وأن يكون تغيير ظرف الإسناد حقيقياً لا صورياً.[1]

3- أن تكون القاعدة القانونية المتحايل على اختصاصها من القواعد الآمرة أو الناهية، وذلك لأن القواعد الآمرة والناهية لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها

أو استبعاد تطبيقها أو نقل الاختصاص منها[2].

موقف المشرع الأردني:

على الرغم من عدم التبني الصريح من قبل المشرع الأردني لنظرية الغش نحو القانون في القانون المدني غير أن ما نصت عليه المادة 25 بالقول (تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين) يكفي لتغطية هذا النقص لأن المشرع الأردني عالج في المادة 25 حالة عدم وجود نص في شان مسالة من مسائل تنازع القوانين بالإحالة في ذلك إلى مبادئ القانون الدولي الخاص لذا فان القاضي الأردني ملزم بتطبيق فكرة الغش نحو القانون باعتبار ان هذا المبدأ أصبح من مبادئ القانون الدولي الخاص المشار إليها هذا بالإضافة إلى إن المادة 1/7 د من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم 8 لسنة 1952 تنص على أن "يجوز للمحكمة أنْ ترفض الطلب المرفوع إليها لتنفيذ حكم أجنبي إذا كان الحكم قد حصل عليه بطريق الاحتيال".

---

1 - الداودي غالب علي، المرجع السابق، ص 260

2 - الداودي غالب علي، نفس المرجع السابق، ص 260.

ويــرى الباحــث إن حريــة الأطـراف فــي اختيــار القــانون الواجـب التطبيـق علــى العقـد يجــب أن تكــون خاليــة مــن نيــة الغــش والتحايــل علــى القــانون فــي التلاعــب علــى قواعــد الإســناد وذلــك لتــأمين احتــرام النظــام القــانوني، وكــي لا يكــون هــذا التلاعــب وســيلة بيــد الأطراف في التهرب من تطبيق قانون معين.

المبحث الثالث

موانع تطبيق قانون الإرادة

نظراً لتخوف الشركات المتعددة الجنسية من قيام الدولة بعد إبرام العقد معها إلى إدخال تعديلات على قوانينها التشريعية بغرض سلب هذه الشركات الامتيازات التي حصلت عليها بموجب العقد الذي أبرم في ظل قانون نافذ، لذلك فإنّ هذه الشركات تحتاط لهذه المسألة وتقوم بتضمين العقد شرطاً يقضي بإخضاع العقد للقانون الذي أبرم في ظله حتى ولو طرأ التغيير عليه ويعرف هذا البند باسم الثبات التشريعي. وقد تلجأ هذه الشركات إلى محاولة فصل العقد عن القانون الوطني للدولة المتعاقدة عن طريق إدماج قانون الإرادة في العقد، وتحويله إلى شرط من شروطه التعاقدية. أو تحويل القانون الذي يلعبه قانون الإرادة إلى دور احتياطي.

وعليه فإن تناولنا لهذا الموضوع سيكون من خلال المطلب الأول الذي نتناول فيه التجميد الزمني لقانون الإرادة (شرط الثبات التشريعي) أمّا في المطلب الثاني فندرس اندماج قانون الإرادة في العقد، في حين نتعرض في المطلب الثالث للدور الاحتياطي لقانون الإرادة.

المطلب الأول

التجميد الزمني لقانون الإرادة

(شرط الثبات التشريعي)

يتم التجميد الزمني لقانون الإرادة عن طريق تضمين العقد شرطاً يقضي بعدم سريان التعديلات التشريعية الجديدة على القانون المختار للعقد وذلك بقصد المحافظة على التوازن الاقتصادي للعقد، ومنع الإضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة.[1]

ومن الأمثلة على شروط الثبات التشريعي ما تضمنته المادة 21 من العقد المبرم بين حكومة ليبريا وشركة الحديد والصلب الليبيرية في يونيو 1975 التي نصت على إن "اتفاقية الامتياز هذه ستكون خاضعة لقوانين جمهورية ليبريا ويتم تأويلها وتفسيرها بموجبها إنما باستثناء أي تشريع يصدر أو ينفذ في الجمهورية قبل تاريخ هذه الاتفاقية أو بعده ويكون غير متوافق أو مناقض لنصوصها"،[2] كما قد تلجأ بعض الدّول إلى النص على هذا البند صراحة في قوانينها الاستثمارية، وعدم تطبيق القانون الجديد إلا إذا طلب المستثمر المتعاقد مع الدولة ذلك ومن الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة 15 من قانون الاستثمار الجزائري لسنة 2001 من أنه" لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"[3]، أو إعطاء الخيار للمستثمر بين البقاء على القانون القديم أو اختيار إخضاع العقد للقانون الجديد أي للمستثمر اختيار تطبيق القانون الأصلح له

---

1 - الحداد حفيظة السيد، المرجع السابق، ص 324.

2 - السعيدان احمد عبد العزيز خليفة(1997) القانون والسيادة وامتيازات النفط، مقارنة بالشريعة الإسلامية، مركز دراسات الوحدة العربية، سلسلة أطروحات الدكتوراه، 29، ط2، بيروت، ص 290.

3- قانون الاستثمار الجزائري لسنة 2001 المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 47، تاريخ 2001/8/22 .

والمفاضلة بين القانونين القديم والجديدومن ذلك ما نص عليه قانون الاستثمار الأردني رقم 68 لسنة 2003 في المادة السادسة منه حيث نص" للمستثمر الذي يتمتع مشروعه بإعفاءات أو مزايا بمقتضى تشريعات تشجيع الاستثمار وتعديلاتها التي كانت نافذة قبل سريان مفعول هذا القانون أن يختار بشأن مشروعه أيّاً مما يلي:

أ . الاستمرار بالاستفادة من الإعفاءات والمزايا التي تم منحها لمشروعه حتى نهاية مدة الإعفاء الممنوح له بموجب تلك التشريعات وبالشروط الواردة فيها.

ب . الاستفادة من المزايا والإعفاءات المقررة للمشاريع بمقتضى أحكام هذا القانون شريطة توفيق أوضاعه والتزامه بالشروط والمتطلبات التي يقتضيها هذا القانون أو الأنظمة الصادرة بمقتضاه وفي هذه الحالة تقتصر استفادة المشروع من المزايا والإعفاءات على المدة اللاحقة لتوفيق أوضاعه"[1].

وقد تعرض شرط الثبات التشريعي لانتقاداتعديدة من الفقه من النواحي التالية:

ـ إن تضمين العقد شرط الثبات التشريعي يشكل تعدياً على الدولة وانتهاكاً لسيادتها كما يتنافى مع القانون إذ أن الذي يملك الحق ليس الأطراف بل المشرع.[2]

ـ إن شرط الثبات التشريعي يتنافى مع القانون الدولي الخاص ذلك أن العقد الدولي بعد تحديد القانون الواجب التطبيق يصبح كأحد العقود الداخلية وتسري عليه أحكامها من حيث سريان النصوص أو التعديلات الجديدة.[3]

---

1 ـ قانون الاستثمار الأردني المؤقت رقم 68 لسنة 2003 المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية رقم 4606 تاريخ 2003/6/16، ص 3238

2- عبد الله عز الدين(1986) القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ص602 وما بعدها.

3 ـ سلامة احمد عبد الكريم(1987)، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 43، ص 84.

ونتيجة لهذه الانتقادات فقد عمد بعض الفقه إلى التلطيف من شرط الثبات التشريعي بالقول ان مفعول شرط الثبات التشريعي يقتصر على حق المستثمر في الحصول على التعويض إذا ما تمخض عن التعديلات التشريعية الجديدة ضرراً أصاب المستثمر الأجنبي مما يوجب أن يكون هناك التزام بالتعويض عن المكاسب المنتظرة التي كان متوقعا أن يحصل عليها الطرف الأجنبي المتعاقد خلال المدة المتبقية من العقد.[1] وقد استند أنصار هذا الاتجاه على الحكم التحكيمي الصادر في قضية Aminoil حين قررت الحكومة الكويتية إنهاء امتياز هذه الشركة وتأميمها رغم أن المادة 17 من الاتفاقية نصت على عدم إجراء أية تغييرات في شروط الاتفاقية لا من قبل الشيخ ولا من قبل الشركة إلا إذا وافق الطرفان على مثل هذه التغييرات وقد انتهى الحكم التحكيمي إلى تفسير شروط الثبات على أنها التزام بالا يكون للتأميم طابع المصادرة وعلى إنها تعزز الضرورة لتعويض لائق كشرط له.[2]

رأي الباحث:

إن قبول الدولة تضمين العقد المبرم بينها، وبين الشركة المتعددة الجنسية شرطاً يقضي بعدم سريان التعديلات التشريعية اللاحقة على قانون العقد يعتبر ملزماً للدولة ويتعين عليها احترامه لتعزيز الثقة بينها وبين المستثمر الأجنبي وإشاعة روح الطمأنينة لديه، وزرع الثقة بين الطرفين. كما أن هذا البند لا يشكل أي انتهاك لسيادة الدولة لأن الدولة تقبل بمحض إرادتها السيادية عدم سريان التعديلات التشريعية اللاحقة على العقد، كما انه لا يتنافى مع قواعد القانون الدولي الخاص لأن الإتفاق مسبقاً على تطبيق

---

1 - الأسعد بشار محمد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 214.
2 - الأسعد بشار محمد، عقود الدولة في القانون الدولي، نفس المرجع السابق، ص218.

القانون الوطني على العقد يعتبر بمثابة استبعاد تطبيق قواعد التنازع على العقد، ولا يخضع القاضي لإرادة الأطراف بل على العكس يكون القاضي الوطني قد امتثل لإرادة المشرع في بلده.

المطلب الثاني

اندماج قانون الإرادة في العقد

يستطيع الأطراف استناداً إلى فكرة اندماج قانون الإرادة في العقد الاتفاق على استبعاد أيّة قواعد آمرة في القانون المختار المتفق على تطبيقه على العقد وبذلك تعتبر أحكام القانون المختار كشرط من الشروط التعاقدية.[1] كما يستطيع الأطراف الاتفاق على أي شروط أخرى في العقد ولو ترتب عليها مخالفة نص أمر في القانون المختار.[2] ويؤدي إدماج القانون المختار في العقد إلى تفادي بطلان العقد فإذا كان العقد باطلاً بموجب القانون المختار فإن اندماج هذا القانون في العقد يحول دون البطلان لأنه من غير المعقول أن يقرر احد شروط العقد بطلانه لان حرية المتعاقدين ستؤدي إلى نقض الهدف الذي تسعى إليه[3].كما يؤدي إدماج قانون الإرادة في العقد إلى عدم سريان أية تعديلات تشريعية قد تطرأ على أحكام القانون المختار بعد إبرام العقد حتى ولو اتسمت هذه التعديلات بالصبغة الأمرة ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك.[4] وغالباً ما يتم اللجوء إلى إدماج القانون المختار في العقد لحماية المتعاقد الأجنبي مع الدولة من السلطان التشريعي الذي تتمتع به[5] ويشترط للقول بفكرة الإدماج أن تكون إرادة

---

1 - صادق هشام، المرجع السابق، ص 342.
2 - صادق هشام، نفس المرجع السابق، ص 135.
3 - سلامة احمد عبد الكريم، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص362.
4 - الأسعد بشار محمد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 233.
5 - الحداد حفيظة السيد، المرجع السابق، ص 339.

المتعاقدين صريحة في العقد بمعنى أن يتضمن العقد ما يشير إلى إدماج القانون المختار كبند تعاقدي في العقد، أما في حالة الإرادة الضمنية فمن الصعوبة تصور حالة الإدماج لأننا نكون أمام قانون عينه المشرع وليس أمام قانون اختارته إرادة المتعاقدين.[1]

ومن الأمثلة على عقود الدولة التي تضمنت شرطاً بإدماج القانون المختار في العقد الإتفاق المبرم بين حكومة زامبيا واحد المستثمرين الأجانب والذي تضمن أن تلتزم بموجبه أية هيئة تحكيم عند تفسير وتطبيق أية اتفاقيات ووثائق وتشريعات وأوامر وغيرها مما هو ذو صلة بالنزاع بتطبيق قانون جمهورية زامبيا كما هو عليه في 24 ديسمبر 1969 مع تجاهل كل التشريعات والأحكام والأوامر والتعليمات السارية في زامبيا لكونها صدرت أو تم تبنيها بعد ذلك التاريخ.[2]

وقد تعرضت فكرة إدماج القانون المختار في العقد للنقد من جانب الفقه الذي رأى أن تجاهل القواعد الآمرة في القانون المختار من شأنها أن تؤدي إلى سمو القانون المختار على العقد ذلك أن إرادة الأفراد مقيدة بالقواعد الآمرة وعليه فإنه لا قيمة لإرادة الأفراد إلا بمقتضى القانون الذي يعطي ضمنا سلطة للإرادة الفردية من أجل ترتيب آثارها أضف إلى ذلك أن فكرة الاندماج تصطدم بطبيعة قاعدة التنازع المقررة لاختصاص قانون الإرادة حيث تؤدي إلى الخلط بين عملية إسناد العقد، وإعمال قانونه.[3]

ويعارض الباحث فكرة إدماج القانون المختار بالعقد لتعارضها مع فكرة النظام العام واعتباره لها شكل من أشكال الالتفاف عليه، ويرى إن إرادة الأطراف مقيدة بنصوص القواعد الآمرة في القانون.

1- ياقوت محمود محمد حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 81.
2 - الأسعد بشار محمد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 229.
3 - سلامة احمد عبد الكريم، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص369.

المطلب الثالث

الدور الاحتياطي لقانون الإرادة

استناداً إلى فكرة احتياطية قانون الإرادة يستطيع أطراف العقد تضمين العقد الجاري بينهم كل ما يحتاجه من أحكام وقواعد بحيث يصبح بمنأى من سلطة القانون،[1] حيث تعتبر البنود التعاقدية بمثابة قانون حاكم للعقد ومستقل عن القوانين الدولية والوطنية، وقادرة على التعريف بحقوق والتزامات الأطراف، وبذلك فإن القاضي أو المحكم لا يستطيع الخروج عن نطاق قانون العقد في حل النزاع إلا على سبيل الاحتياط،[2] كما في حالة سكوت الأطراف عن تنظيم مسألة معينة، أما في غير حالة السكوت يكون العقد طليقا وخارج سطوة القانون[3].

وترجع فكرة الصفة الاحتياطية للقانون إلى انتشار ظاهرة العقود النموذجية التي تجسد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين على نحو يجعل الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين أمراً نادراً،[4] وإلى وجود قواعد موضوعية خاصة ببعض العقود الدولية مما يجعل الالتجاء إلى القوانين الوطنية لا يكون إلا بصفة احتياطية.[5]

ومن الأمثلة على تكريس إرادة الأطراف لفكرة احتياطية القانون المختار العقد المبرم بين الحكومة اليونانية وشركة Hellenic Esso الذي تضمن ما يلي" 1ـ تتعهد الحكومة اليونانية للشركة بأن الاتفاقية لن تلغى أو تعدل بأي قانون عام أو خاص إلا إذا وافقت عليه الشركة 2ـ يلزم ان تخضع الشركة وجميع عملياتها وممتلكاتها الموجودة في

---

1 ـ سلامة احمد عبد الكريم، قانون العقد الدولي، نفس المرجع السابق، ص387.
2 ـ الأسعد بشار، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 237 وما بعدها.
3ـ سلامة أحمد عبد الكريم، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص374.
4 ـ سلامة احمد عبد الكريم قانون العقد الدولي، نفس المرجع السابق، ص 133
5 ـ المؤيد محمد عبد الله محمد،(1998) منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دراسة تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 87

اليونـان للقـوانين اليونانيـة طالمـا ان هـذه القـوانين لا تتعـارض مـع بنـود الاتفاقيـة وإذا مـا ظهـر تعـارض فـان بنـود الاتفاقيـة تسـود علـى تلـك القـوانين التـي ستصـبح غيـر سـارية فـي هـذه الحالة على الشركة أو عملياتها أو ممتلكاتها.[1]

أمّـا الفقـه فقـد اعتبـر أنّ مبـدأ الـدور الاحتيـاطي لقـانون الإرادة لا يمكـن قبولـه أو إقـراره لأنـه يتضـمن الاعتـراف لـلإرادة بالقـدرة علـى صـياغة القـانون فـي حـين إن الإرادة لا يمكنهـا ترتيـب آثارهـا إلا إذا كانـت منطويـة تحـت نظـام قـانوني معـين يقـر أن اتفـاق الأطـراف قـادر علـى أن يرتـب فـي ظـل تحقـق شـروط معينـة أثـارا قانونيـة معينـة[2]، فكـل أثـر قـانوني يعـزى إلـى الخلـق الحـر لـلإرادة لا يكـون لـه قيمـة إلا بمقتضـى القـانون الـذي يعطـي ضـمناً سـلطة لـلإرادة الفرديـة مـن اجـل الأثـر المـراد ترتيبـه.[3] كمـا أن مبـدأ الـدور الاحتيـاطي لقـانون الإرادة لا يتماشـى مـع الواقـع العملـي لعـدم إمكانيـة توقـع الأطـراف المسـبق لأوجـه النـزاع التـي قـد تثـور في المستقبل[4].

ويؤيّـد الباحـث رأي الفقـه ويـرى أن إرادة الأطـراف المتعاقـدة بمفردهـا عـاجزة عـن صـناعة القـانون الواجـب التطبيـق علـى العقـد لأن الإرادة لا يمكـن أن تعمـل وتنـتج آثارهـا إلا فـي ظـل نظـام قـانوني معـين يسـبغ علـى قراراتهـا المشـروعية بمعنـى أن الإرادة لا تسـتطيع أن تصـنع لنفسـها قانونـاً بمعـزل عـن القـوانين المحيطـة بهـا، أو أن تجعـل الـدور الـذي تلعبـه هـذه القوانين احتياطية.

---

1 - الأسعد بشار محمد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 242.
2- الحداد حفيظة السيد، المرجع السابق، ص 746.
3 - سلامة احمد عبد الكريم، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 141.
4 - صادق هشام، المرجع السابق،، ص 341.

الفصل الرابع

القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية في ظل غياب قانون الإرادة

قد يخلو العقد الذي تبرمه الشركات المتعددة الجنسية من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وفقاً لقانون الإرادة، مما يدفع إلى التساؤل حول كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد؟

واستناداً لما تقدم فإن تناولنا لهذا الموضوع سيكون من خلال المبحث الأول الذي نتناول فيه القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية في ظل القانون الدولي الخاص،.أمّا في المبحث الثاني فنتعرض لسلطة المحكمين في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية، ثم نتناول في المبحث الثالث مواقف الفقهاء من تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية.

المبحث الاول

القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية

في ظل القانون الدولي الخاص

إذا خلا العقد المبرم بين الدولة والشركة المتعددة الجنسية من قانون الإرادة فإنه يتعين على القاضي في هذه الحالة البحث عن قرائن مستمدة من العقد ذاته تعينه في تحديد هذا القانون ويتم ذلك عن طريق إسناد الرابطة العقدية لضوابط جامدة ومعلومة للمتعاقدين كمحل إبرام العقد، أو الموطن المشترك، أو الجنسية المشتركة، أو بإسنادها لضوابط مرنة تستمد من طبيعة العقد الذاتية ومن أهمها ضابط الأداء المميز للعقد،[1] حيث يتم اللجوء إلى إعمال قواعد تنازع القوانين في تحديد قواعد الإسناد التي تتمثل وظيفتها الأساسية في الإشارة إلى قانون يتولى حل النزاع في العلاقات ذات الطابع الدولي.[2]

واستناداً لما تقدم فإن تناولنا لهذا الموضوع سيكون من خلال المطلب الأول الذي ندرس فيه الإسناد الجامد للقانون الأوثق صلة بالعقد، أما في المطلب الثاني فنتناول الإسناد المرن للعقد، ومنهج الأداء المميز.

---

1 - صادق هشام علي، المرجع السابق، ص 548.

2 - ابراهيم ابراهيم أحمد، المرجع السابق ، ص 37.

المطلب الأول

الإسناد الجامد للقانون الأوثق صلة بالعقد

وفي هذه الحالة يتم إسناد العقد للقانون الأوثق صلة به حيث نصت المادة 1/4 من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على أنه" في الحدود التي يتم فيها اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد فيسري على العقد قانون البلد الذي له أكثر الروابط وثوقاً".[1] ووفقاً لهذا النظام يقوم المشرع بإيراد ضوابط قانونية معينة يلتزم القاضي بتطبيقها عند تخلف قانون الإرادة،[2] مما يحقق توقعات الأطراف المشروعة ويمنحهم الأمان القانوني،[3] غير أن هذا المنهج في تحديد القانون الواجب التطبيق لا ينطبق على العقود غير المسماة المتعددة الأشكال والنماذج،[4] ويعتبر من الضوابط التي تعتمد عادة وفقاً لهذا المنهج الموطن المشترك للمتعاقدين، والجنسية المشتركة، ومحل إبرام العقد.

1. إسناد العقد لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين:

استناداً إلى هذا المعيار يتم تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، والموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة،[5] وقد تبنى المشرع الأردني تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين على العقد في حالة خلوه من اتفاق الأطراف وفق ما نصت عليه المادة 1/20 من القانون المدني بالقول" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً..." وكذلك الحال بالنسبة للمشرع العراقي في المادة 25 من القانون المدني.

---

1 - الأسعد بشار محمد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 253 وما بعدها.
2 - الأسعد بشار محمد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، نفس المرجع السابق،، ص 255.
3 - صادق هشام علي، المرجع السابق، ص 557.
4 - الأسعد بشار محمد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 257.
5 - المادة 1/39 من القانون المدني الأردني.

2. إسناد العقد لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين:

تناقضت أحكام القضاء الفرنسي ومواقفه من تطبيق قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين ففي حين اعتبرته بعض الأحكام قرينة على الإرادة المفروضة اعتبرته أحكام أخرى دليلاً على الإرادة الضمنية أو مركز الأعمال المشترك.[1] وقد أخذ بهذه القاعدة القانون المدني الاسباني الذي نصت المادة 5/11 منه على أن "تخضع الالتزامات التعاقدية في حالة تخلف قانون الإرادة الصريحة لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين إنْ اتحدا جنسية..." وقد تعرض هذا الإسناد للانتقاد لأن الجنسية الأجنبية لا تعتبر عنصراً مؤثراً في عقود المعاملات الدولية.[2]

3. إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد:

يرى البعض إنّ إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد يتيح للأطراف ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد، كما أن ضابط محل إبرام العقد يعبر عن وجود صلة حقيقة بين القانون والعقد، ويضمن وحدة الحلول القانونية التي تطبق على الرابطة العقدية، ويكفل للمتعاقدين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل مفصل،[3] وقد أعتد القانون المدني الأردني بمكان تنفيذ العقد في حالة اختلاف الموطن المشترك للمتعاقدين حيث نصت المادة 1/20 منه على أنّه"...سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد...". وقد تبنى المشرع العراقي نفس الحكم في المادة 25 من القانون المدني وكذلك المادة 5/11 من القانون المدني الاسباني والتي نصت على أن تخضع الالتزامات التعاقدية لقانون محل إبرام التصرف.

غير أن هذا الضابط تعرض للنقد من النواحي التالية:

---

1 - المنزلاوي صالح، المرجع السابق، ص 333.
2 - صادق هشام علي، المرجع السابق، ص 75.
3 - بلاق محمد(2010) قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ص 54

إن اختلاف النظم القانونية المتعلقة بتحديد محل إبرام العقد قد يؤثر على تحديد قانون العقد، ويؤدي إلى الإخلال بالأمان القانوني الذي ينشده الأطراف، كما إن إبرام العقد بناء على ظروف عارضة، لا يكفي لاعتماد هذا الضابط في تحديد القانون [1].

يأخذ بقاعدة إسناد عامة وكثيرا ما لا يعبر عن مركز الثقل في العلاقة التعاقدية الأمر الذي يبدو نشازا في إطار المنهج العام لقواعد تنازع القوانين التي تربط قاعدة الإسناد بمركز الثقل في العلاقة.[2]

المطلب الثاني

الإسناد المرن للعقد، ومنهج الأداء المميز

لا يقتصر إسناد الرابطة العقدية على الإسناد الجامد، بل يمكن إسناد هذه الرابطة إلى الإسناد المرن، ومنهج الأداء المميز.

أولاً . الإسناد المرن للعقد:

وفقاً لهذا المنهج يقوم القاضي بتمحيص بنود العقد وتفحص مركز الثقل فيه والذي يستنتج من خلال ظروف العقد وملابساته.[3] وتطبيقاً لما تقدم ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 26 تموز 1959 إلى القول" إذا لم يقم المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحة فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا لتحديد القانون الواجب التطبيق على ضوء ظروف التعاقد وملابساته". كما أسند القضاء الانجليزي الروابط العقدية الدولية إلى ما سماه القانون الخاص بالعقد والذي يحدده القاضي في ضوء ظروف التعاقد وملابساته وفقا لما تشير به أحداثه المادية[4].

---

1 - المنزلاوي صالح، المرجع السابق، ص 327.

2 - عبد العال عكاشة(1994) قانون العمليات المصرفية الدولية - دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية- الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ص 60.

3 - صادق هشام علي، المرجع السابق، ص 564 وما بعدها.

4 - الأسعد بشار محمد عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 312.

ثانياً . منهج الأداء المميز:

استناداً إلى هذا المعيار يتم تحديد الالتزام الأساسي في العقد والذي يعبر عن حقيقته ويصلح الاعتماد عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على مجمل العقد. ويعرف الأداء المميز بأنه البحث عن الأداء الجوهري والهام في الرابطة العقدية،[1] ففي فكرة الأداء المميز لا وجود للإرادة بل يتم التركيز على عناصر مادية وموضوعية مستوحاة من طبيعة الرابطة العقدية فمعظم العقود تتحدد بالأداء النقدي وعليه فإن إخضاع العقد لقانون موطن المدين يعتبر الوسيلة التي يتم بمقتضاها تعيين أكثر القوانين اتصالاً بالعقد نظراً لبساطتها ووضوحها وحمايتها لتوقعات الأطراف.[2] وقد تبت اتفاقية روما لعام 1980 نظرية الأداء المميز حيث نصت المادة الرابعة منها على أنه "عند انعدام الاختيار الصريح يسري على العقد قانون الدولة التي لها أكثر الروابط وثوقاً بالعقد ويفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء المميز أو مركز إدارته فيما لو كان شخصاً اعتبارياً".[3] كما تبنى قانون التحكيم الأردني هذه النظرية في المادة 36/ب والتي نصت على أنه" إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع".

ومن التطبيقات القضائية لنظرية الأداء المميز:

في فرنسا تبنت محكمة استئناف Grenoble ضابط الأداء المميز في حكمها الصادر بتاريخ 31 سبتمبر 1995 حيث قضت المحكمة بتطبيق القانون الإيطالي بصفته قانون المدين بالأداء المميز في العقد واستندت المحكمة إلى المادة 2/4 من اتفاقية روما لعام 1980 والتي

---

1 - المنزلاوي صالح، المرجع السابق، ص 336.
2 - عبد العال عكاشة محمد، المرجع السابق، ص62.
3 - الروبي محمد، المرجع السابق، ص 299.

تطبق في حالة عدم وجود اختيار صريح أو ضمني من جانب الأطراف للقانون الذي يحكم العقد فيكون العقد خاضعاً هنا للنصوص العامة في اتفاقية روما.[1]

قرار هيئة التحكيم المشكلة في إطار غرفة التجارة الدولية في حكمها الصادر في 18 ديسمبر عام 1985 بشأن النزاع الذي ثار بين الحكومة الجزائرية وشركة أمريكية والمتعلق بإنشاء خط سكة حديدية وأمام غياب بند القانون الواجب التطبيق قررت تطبيق القانون الجزائري على العقد حيث أن العقد يتمركز في القانون الجزائري فقد أبرم في الجزائر وتم تنفيذه فيها.[2]

وعلى الرغم من أهمية نظرية الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق إلا إنها تعرضت للعديد من الانتقادات أهمها:[3]

1. يؤدي الاعتماد على ضابط الأداء المميز إلى الإضرار بالطرف الضعيف حيث تكون النتيجة إسناد هذه العقود لقانون الطرف القوي في العقد باعتباره المدين بالأداء المميز.

2. صعوبة تحديد الأداء المميز في العقود المركبة كعقد المقايضة الذي يتم بموجبه تبادل الملكية.

3. صعوبة تحديد الالتزام الذي يشكل الأداء المميز وترجيحه عن غيره ما دام العقد يتضمن التزامات متقابلة ومتعددة.

أمّا الباحث فيؤيد الأخذ بفكرة الإسناد الجامد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد استناداً إلى اشتراك المتعاقدين في الموطن، أمّا في حالة اختلافهما في الموطن فيطبق قانون مكان إبرام العقد وفقاً لما ذهب إليه المشرع الأردني.

---

[1] - محمد خليل خالد عبد الفتاح،(2002)، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية، القاهرة، ، ص 156.

[2] - الأسعد بشار محمد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، ص 273.

[3] - بلاق محمد، (2010) المرجع السابق، ص 61 وما بعدها.

المبحث الثاني

سلطة المحكمين في تحديد القانون واجب التطبيق

على عقود الشركات المتعددة الجنسية

غالباً ما تتضمن العقود التي تبرمها الشركات المتعددة الجنسية مع الدولة بنداً يتعلق باللجوء إلى التحكيم لفض أي نزاع ينشأ عن تنفيذ العقد، وذلك سعياً من هذه الشركات للاستفادة من المزايا التي يقدمها سلوك سبيل التحكيم كبديل في حل النزاع عن القضاء العادي، والسؤال الذي يطرح هنا هو ما هي الضوابط التي يخضع لها المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد؟ وهل يتعين عليهم الاستعانة بقواعد تنازع معينة أم أن لهم سلطة التحديد المباشر لهذا القانون؟

للإجابة على هذه الأسئلة نتناول هذا الموضوع من خلال المطلب الأول الذي ندرس فيه مدى قدرة المحكمين على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، أمّا في المطلب الثاني فنتناول طرق المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد.

المطلب الأول

مدى قدرة المحكمين على تحديد القانون الواجب التطبيق

على العقد

انقسمت مواقف الفقه بشأن الضوابط التي يخضع لها المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: تقييد المحكمين بتحديد القانون الواجب التطبيق من خلال قواعد التنازع:

يرى بعض الفقه أنّ المحكم يمكنه تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من خلال قواعد التنازع المنصوص عليها في قوانين الدولة المختصة أصلاً بالفصل في النزاع[1] غير أنّ المشكلة التي تعترض المحكم هنا تتمثل في كيفية تحديده للدولة التي تختص محاكمها بالفصل في النزاع مما يجعل المحكم يدور في حلقة مفرغة،[2] ولتلافي هذه المشكلة ذهب بعض الفقه إلى القول إن بإمكان المحكم اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين في الدولة التي يحمل هو جنسيتها، أو التي يوجد فيها محل إقامته، غير أنّ هذا الرأي تعرض للانتقاد لأن من شأنه أن يؤدي إلى تطبيق قانون لا يمت بصلة لموضوع النزاع، كما أن هذا الحل من الصعوبة تبينيه وخاصة عندما تتألف هيئة التحكيم من عدد من المحكمين، وتكون جنسياتهم، أو محل إقامتهم مختلفة.[3] ونظراً للانتقادات التي تعرض لها هذا الرأي ذهب بعض الفقه إلى القول إن باستطاعة المحكمين تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من خلال اللجوء إلى قواعد القانون الدولي الخاص في الدولة التي يحمل الأطراف جنسيتها، أو التي يوجد فيها موطنهم المشترك، غير أن المشكلة التي تعترض

---

1 - حيث نصت المادة 25 من القانون المدني الأردني على أنه" تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة، من أحوال تنازع القوانين".

2 - أبو أحمد علاء محي الدين مصطفى، المرجع السابق، ص 359.

3 - أبو زيد سراج حسين، المرجع السابق، ص 578.

هذا الحل تتمثل في أن أطراف العلاقة قد لا يجمعهم موطن مشترك ولا جنسية مشتركة حتى نتمكن من إعمال قواعد تنازع القوانين في دولة الموطن أو الجنسية المشتركة.[1]

الاتجاه الثاني: حرية المحكمين في التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق:

حاول أنصار هذا الاتجاه تجاوز الانتقادات التي وجهت إلى الرأي القائل بقدرة المحكم على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من خلال قواعد التنازع عن طريق القول بحرية المحكمين في التحديد المباشر للقانون، وعدم تقييدهم بأية قيود وقد أستند أنصار هذا الاتجاه في دعم وجهة نظرهم إلى ما تضمنته المادة 1/1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية التي نصت على أنّ "يفصل المحكم في النزاع في حالة غياب القواعد المختارة من قبل الأطراف وفقاً لقواعد القانون التي يقدر أنها ملائمة". وعليه فإن المحكم لا يلزم باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص لبلد معين.[2] كما تبنى هذا الاتجاه قانون التحكيم الجزائري في المادة 1050 منه والتي نصت على أنّ "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة". أمّا قانون التحكيم الأردني فقد نص في المادة 36 منه على أنّ تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وفي حالة عدم الاتفاق تطبق القواعد الموضوعية في القانون الأكثر صلة بالنزاع.

أمّا الباحث فيؤيد فكرة تمتع المحكمين بحرية التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق على العقد ويرى انه في حالة خلو العقد من قانون الإرادة تطبق القواعد الموضوعية في القانون الأكثر صلة بالنزاع وفقا لما ذهب إليه المشرع الأردني.

---

1 - أبو أحمد علاء محي الدين مصطفى، المرجع السابق، ص 359.

2 - محمد كولا(2008) تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، ص 213.

المطلب الثاني

طرق المحكمين

في تحديد القانون الواجب التطبيقعلى العقد

غالباً ما يلجأ المحكمين إلى إتباع طرق معينة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية ومن هذه الطرق:

أولاً . التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق:

ويتم التحديد المباشر للقانون عن طريق قيام المحكم بتحليل عناصر العقد القانونية والموضوعية ومن ثم ربط العقد بالقانون الذي على صلة كبيرة به، وعليه فإن المحكم وفقاً لهذه الطريقة لا يلجأ إلى قواعد تنازع القوانين بل يقوم بإخضاع العقد لقانون معين وفقاً للظروف المحيطة بالعقد. ومن أحكام التحكيم في هذا الخصوص القرار الصادر عن محكمة التحكيم في مدينة بال بسويسرا والتي قررت تطبيق القانون البلجيكي استناداً إلى أنّه ليس من الضروري البحث عن قواعد القانون الدولي الخاص واجبة الإتباع لتعيين القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع بل يكفي إثبات أن كل عناصر العقد من البائع، والمشتري، ومكان تنفيذ العقد وكذلك مكان إبرامه تقع في بلجيكا.[1] وقد تبنى المشرع الأردني فكرة تمتع المحكمين بالقدرة على التحديد المباشر للقانون وتطبيق قواعده الموضوعية الأكثر صلة بالنزاع وفقا لما سبق لنا ذكره.

ثانيا. التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين المرتبطة بالنزاع:

استناداً إلى هذه الطريقة يقوم المحكم بتفحص قواعد تنازع القوانين في مختلف الأنظمة القانونية الوطنية التي لها صلة بالنزاع المطروح أمامه فإذا ما أجمعت هذه القواعد على قانون

---

1 - أبو زيد سراج حسين، المرجع السابق، ص 587- 589.

داخلي معين فإنه يقرر تطبيق هذا القانون وهذه الطريقة تلبي الرغبة المشروعة للأطراف ولا تخل بتوقعاتهم لأنه عندما تلتقي قواعد تنازع القوانين في الأنظمة القانونية المرتبطة بالعقد موضوع النزاع عند تطبيق قانون واحد فمن غير الممكن أن يدعي الأطراف بأن المحكم قد أخل بتوقعاتهم بتطبيقه لهذا القانون.[1]

ثالثاً . اللجوء إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص:

لاقى تطبيق قواعد تنازع القوانين لأحد أطراف العقد، أو لقانون مكان التحكيم باعتباره الأوثق صلة بالعقد العديد من الانتقادات، وذلك لصعوبة تحديد مقر التحكيم عندما تعقد جلساته في أكثر من بلد كما أن اختيار التحكيم لدى الهيئات التحكيمية المتخصصة لا يقصد منه تطبيق قواعد التنازع لقانون البلد الذي يوجد به مقر هذه الهيئات التحكيمية.[2] وعليه فإن المحكم لا يلجأ في بحثه عن القانون الواجب التطبيق إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص لبلد معين بل إلى قاعدة تنازع القوانين المعترف بها بصورة واسعة من قبل الجماعة الدولية.[3]

ومن أحكام التحكيم التي أخذت بهذه الطريقة الحكم الصادر في القضية التحكيمية رقم 1512 لسنة 1971 والذي تضمن أنّه "يوجد اتفاق بشأن مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود بين مختلف الأنظمة الرئيسية لتنازع القوانين في العالم ففي مسائل العقود من الممكن الحديث عن قانون دولي خاص مشترك أو عالمي على الأقل عندما يتعلق الأمر بمعرفة القانون الذي يحكم العقد في حالة الاختيار الضمني من جانب الأطراف.[4]

---

1 - ابو زيد سراج حسين، نفس المرجع السابق، ص 589.
2 - محمد كولا، المرجع السابق، ص 217.
3 - أبو زيد سراج حسين، المرجع السابق، ص 595.
4 - أبو زيد سراج حسين، نفس المرجع السابق، ص 596.

أمّا الباحث فيؤيد تطبيق الطريقة التي يتمتع من خلالها المحكمين بالقدرة على التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق على العقد ويرى ان هذه الطريقة تتماشى مع نظام التحكيم وروحه وتوفر للمحكمين المرونة والقدرة على تحديد قانون العقد.

المبحث الثالث

مواقف الفقهاء من تحديد القانون الواجب التطبيق

على عقود الشركات المتعددة الجنسية

انقسم الفقه في موقفه من مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية مع الدولة في حالة غياب قانون الإرادة إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: ويرى أن العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها تخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة.[1]

أمّا الاتجاه الثاني: فيعارض هذه الفكرة ويقول بعدم خضوع عقود الشركات المتعددة الجنسية لسلطان القانون الوطني للدولة المتعاقدة.[2]

ولتسليط الضوء على آراء هذين الاتجاهين نتناول هذا الموضوع من خلال المطلب الأول الذي ندرس فيه تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على العقود المبرمة مع الشركات المتعددة الجنسية. أمّا في المطلب الثاني فنتناول عدم تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على العقود المبرمة مع الشركات المتعددة الجنسية.

---

[1]- معاشو عمار(1998) الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد) رسالة دكتوراه جامعة بن عكنون، الجزائر، ص 35 وما بعدها.

[2]- حمزة هاني محمود، المرجع السابق، ص 345.

المطلب الأول

تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة

على العقود المبرمة مع الشركات المتعددة الجنسية.

على الرغم من اتفاق أنصار هذا الاتجاه على خضوع عقود الدولة للقانون الوطني للدولة المتعاقدة إلا إنهم اختلفوا في تحديد الأساس القانوني الذي يقوم عليه هذا الخضوع.

واستناداً لما تقدم فإن تناولنا لهذا الموضوع سيكون من خلال الفرع الأول الذي ندرس فيه تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة استناداً إلى الصفة الإدارية للعقد، أمّا في الفرع الثاني فنتناول تطبيق القانون الوطني للدّولة المتعاقدة استناداً إلى المعاهدات والقرارات الدولية. في حين نتناول في الفرع الثالث تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة استناداً إلى مبدأ القرينة المفترضة لهذا القانون.

الفرع الأول

تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة

استناداً إلى الصفة الإدارية للعقد

نظراً لتطور وظائف الدولة التقليدية، ونهوضها بمهمة تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وتوفير الخدمات الأساسية للمواطنين فقد شرعت بإبرام العقود المختلفة بصفتها صاحبة سلطة عامة مناط بها السهر على خدمة المصلحة العامة وضمان السير المنتظم للمرافق العامة.[1] وقد استقر الفقه والقضاء الإداري على أنّه يشترط للقول بإدارية العقد أن تكون الإدارة طرفاً فيه، وأن يتصل بمرفق عام، وأن يتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون

[1] - جمال الدين صلاح الدين (1993) عقود الدولة لنقل التكنولوجيا دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص301.

الخاص.[1] وبتطبيق هذه الشروط على العقود التي تبرمها الدّولة مع الشركات متعددة الجنسية نجد أنّ الدولة بصفتها صاحبة سلطة عامة دائماً ما تكون طرفاً في العقد، كما أن موضوع العقد غالباً ما يكون متصلاً بمرفق عام كعقود استغلال المصادر الطبيعية، وأما فيما يتعلق بالشروط الاستثنائية فإن هذه الشروط تجد ميداناً رحباً لها في عقود الدولة كإعفاء الشركة المتعددة الجنسية من الضرائب والرسوم ومنحها الأرض اللازمة لإقامة المشروع كما تعتبر شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد من الشروط الاستثنائية التي لا يوجد لها مثيل في عقود القانون الخاص.[2] وعليه فإن العقود المبرمة بين الدولة والشركات المتعددة الجنسية تخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة سواء فيما يتعلق بنشأتها وتنفيذها استناداً إلى الصفة الإدارية التي تتمتع بها.[3] كما اعتبر بعض أنصار هذا الاتجاه ان القانون الوطني للدولة المتعاقدة واجب التطبيق على العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها استناداً إلى الطابع الإداري لهذه العقود والمنبثقة عن فكرة السيادة التي تقضي بعدم خضوع الدولة لقانون آخر غير قانونها.[4]

وقد تعرض هذا الرأي للانتقاد إذ اعتبر البعض أنّ هذه العقود تندرج في إطار القانون الخاص ورأى أن المعايير الثلاث التي أوردها دعاة إدارية عقود الدولة لا تكفي بذاتها لإسباغ الصفة الإدارية على عقود الدولة وإخراجها من دائرة القانون الخاص ذلك أن المعيار العضوي أي وجود الدولة طرفاً في العقد لا يكفي بذاته لاعتبار العقد إداريّا، أضف إلى ذلك أن معيار المرفق العام ومفهومه ما زال موضع خلاف بين الفقهاء، وأمّا فيما يتعلق بالشروط الاستثنائية فإن عقود

---

1 - الطماوي سليمان محمد(1991) الأسس العامة في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ط5، ص 59 وما بعدها.

2- بكر محمد عبد العزيز علي(2000)، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 225 وما بعدها. محفوظ عبد المنعم (1984) قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر عالم الكتب، ط1، ص 413.

3 - معاشو عمار، المرجع السابق، ص 36 .

4- محفوظ عبد المنعم (1984) قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر، عالم الكتب، ط1، ص 411ـ 420

القانون الخاص اليوم كثيراً ما تتضمن شروطاً استثنائية فعقد البيع يمكن أن يتضمن شرطا ينص على حق الأطراف في إنهائه بالإرادة المنفردة وهذا النوع من الشروط التي يكون فيها أحد المتعاقدين في مركز أقل من المتعاقد الآخر.[1] كما استشهد أنصار هذا الرأي في دعم وجهة نظرهم بالتحكيم في قضية ارامكو الذي رفضت فيه هيئة التحكيم اعتبار عقود الدولة إدارية استناداً إلى أن القانون الداخلي السعودي لا يأخذ بمبادئ القانون الإداري الفرنسي، كما أن المحكّم في قضية تكساسو رفض تكييف العقد بأنّه عقد إداري لعدم توافر شروط العقد الإداري في عقد الامتياز.[2]

رأي الباحث:

إن العقود التي تبرمها الدولة مع هذه الشركات لا يمكن إدراجها ضمن نطاق القانون العام، أو القانون الخاص بل يتعين النظر إلى كل عقد على حده وتحليل عناصره القانونية فإذا ما تبين أن الدولة قد أبرمت هذا العقد استناداً لأساليب السلطة العامة فإنه يتعين اعتباره عقداً إداريا وإخضاعه للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، أما إذا تبين أن الدولة قد أبرمت العقد وفقاً لأساليب القانون الخاص ولم تحتفظ لنفسها بامتيازات السلطة العامة التي تمكنها من تعديل العقد أو إنهاؤه بإرادتها المنفردة، وأخضعت هذا العقد لقانون إرادة الطرفين فإن ذلك يعتبر إقرارا منها بعدم إدارية هذا العقد، وخضوعه لقواعد القانون الخاص.

---

1 -الأسعد بشار محمد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 101

2 - الأسعد بشار محمد، عقود الدولة في القانون الدولي، نفس المرجع السابق، ص 101

الفرع الثاني

تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة

استناداً إلى المعاهدات والقرارات الدولية.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن عقود الدولة تخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة استناداً إلى ما تضمنته ونصت عليه المعاهدات والقرارات الدولية في هذا الشأن.

أولا . المعاهدات الدولية:

نصت المادة 1/42 من معاهدة واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965 على أن "تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون المختارة من قبل الأطراف، وفي حال عدم وجود اتفاق فإن للمحكمة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في المنازعة بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي المتعلقة بالنزاعات المعروضة عليه...". فالقانون الوطني للدولة المضيفة هو القانون الواجب التطبيق في حال غياب قانون الإرادة.[1]

ثانياً . القرارات الدولية:

ومن هذه القرارات قرار الأمم المتحدة رقم 1803 تاريخ 14 ديسمبر 1962 الذي نص في المادة 4 منه على أن " يراعى استناد التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة على أسس من المنفعة العامة أو الأمن العام أو المصلحة الوطنية المسلم برجحانها على المصالح الفردية أو الخاصة الأجنبية أو الوطنية وللمالك، في هذه الحالات الحق في الحصول على التعويض الملائم الذي يتم تقديره وفقاً للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ هذه الإجراءات في ممارستها لسيادتها ووفقاً للقانون الدولي".[2] وكذلك قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3281 تاريخ1974/12/12 الذي جاء

---

1 - الأسعد بشار محمد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 275 وما بعدها.
2- حمزة هاني محمود، المرجع السابق، ص 325.

فيه" إن لكل دولة الحق بتنظيم السلطة وممارستها على الاستثمار الأجنبي ضمن اختصاصها الوطني بموجب قوانينها وأنظمتها ووفق أهدافها وأولوياتها الوطنية ولا يجوز أن تجبر الدولة على منح معاملة تفضيلية للاستثمار الأجنبي". وأيضاً قرار الأمم المتحدة رقم1803 تاريخ 1962/12/14 الذي أكد على أن يكون الرأسمال المستورد وعائداته محكوما بالتشريع الوطني النافذ وبالقانون الدولي.[1]

غير أنّ بعض الفقه اعتبر أنّ القرارات الدولية مجرد توصيات ولا تتمتع بالقوة الملزمة للدول كما آنها غير مقترنة بالجزاء،[2] في حين اعتبر البعض الآخر أنّها تقع في المنطقة الوسطى فهي ليست مجرد توصيات كما أنّها لا تتمتع بقوة ملزمة على اعتبار أنّها قاعدة عرفية حلت محل قاعدة عرفية سابقة.[3]

أمّا الباحث فيرى إن المعاهدات والقرارات الدولية تشكل دليلاً على خضوع العقد للقانون الوطني للدولة المتعاقدة وإن المعاهدات الدولية لها طابع الإلزام، كما أنّ افتقار القرارات الدولية إلى الجزاء لا يقلل من قيمتها.

1- مشار إليهما عند الأسعد بشار محمد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 269 وما بعدها.
2- أبو زيد سراج حسين، المرجع السابق، ص 612.
3- حمزة هاني محمود، المرجع السابق، ص 329 وما بعدها.

الفرع الثالث

تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة

استناداً إلى مبدأ القرينة المفترضة لهذا القانون

استند أنصار هذا الرأي في تبرير وجهة نظرهم بتطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على فكرة القرينة المفترضة وتقوم هذه القرينة على مجرد وجود الدولة طرفاً في العقد، وقد دعم أنصار هذا الرأي وجهة نظرهم بالحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية سنة 1849 والذي جاء فيه أن " كل شخص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لقوانين هذه الدولة" كما أخذت محكمة الاستئناف بباريس في حكمها الصادر في 1928 بالقول" كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لهذا السبب وحده لقوانين هذه الدولة".[1] غير أن بعض الفقه عارض في مسألة خضوع عقود الدولة لسلطان الدولة المتعاقدة واعتبر إن هذه القرينة بسيطة قابلة للدحض إذا كانت هناك ظروف أو عوامل تؤدي إلى تطبيق قانون آخر غير قانون الدولة المتعاقدة.[2] كما أنّ محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 31 مايو 1932 قضت بعدم وجود أي قرينة خاصة تطبق على العقود المبرمة بين دولة وأحد الرعايا الأجانب وذلك عندما تدخل هذه العقود بطبيعتها وبالشكل الذي أبرمت فيه على حد سواء ضمن طائفة اتفاقات القانون الخاص والمشابهة للاتفاقات التي تبرم بين الأشخاص الخاصة.[3] وكذلك فإن القضاء الانجليزي قرر إنّ مجرد كون العقد مبرماً بواسطة الدولة لا يمثل قرينة لصالح تطبيق قانونها.[4]

1- أبو زيد سراج حسين، المرجع السابق، ص 618.
2- الحداد حفيظة السيد، المرجع السابق، ص 421.
3- أبو زيد سراج حسين، المرجع السابق، ص 622.
4- أبو زيد سراج حسين، نفس المرجع السابق، ص 620- 622.

ويرى الباحث إنّ مجرد وجود الدولة طرفاً في العقد لا يكفي بذاته للتدليل على خضوع عقودها لسلطان قانونها الوطني، ذلك أنّ الدولة كثيراً ما تبرم عقودها وفقا لأساليب القانون الخاص وتخضع العقد لقانون الإرادة، كما ان الدولة طرفاً ثابتاً في جميع العقود التي تبرمها مما يعني أن جميع عقود الدولة تخضع لقوانينها وهذا غير جائز لأن الاعتماد على هذه القرينة المفترضة يلغي فكرة خضوع عقود الدولة لقانون الإرادة والتي تحرص الدولة ذاتها على تطبيقها في كثير من العقود.

المطلب الثاني

عدم تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة

على العقود المبرمة مع الشركات المتعددة الجنسية.

على الرغم من أن بعض الفقه قد اتفقوا على فكرة عدم إخضاع عقود الشركات المتعددة الجنسية للقانون الوطني للدولة المتعاقدة إلا إنهم قد اختلفوا في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود.

ولتسليط الضوء على هذا الموضوع فإن تناولنا له سيكون من خلال الفرع الأول الذي ندرس فيه تطبيق قواعد القانون الدولي العام على عقود الشركات المتعددة الجنسية، أمّا في الفرع الثاني فنتناول تطبيق القانون العابر للدول على عقود الشركات المتعددة الجنسية. ثم نتناول في الفرع الثالث تطبيق المبادئ العامة للقانون على عقود الشركات المتعددة الجنسية.

الفرع الأول

تطبيق قواعد القانون الدولي العام

على عقود الشركات المتعددة الجنسية

إن إخضاع عقود الدولة للقانون الوطني للدولة المتعاقدة من شأنه أن يمنح هذه الدولة سلطة تعديل العقد، أو إنهاؤه بإرادتها المنفردة لضرورات المصلحة العامة، وعليه فإن تقييد سلطات الدولة لا يكون عن طريق تضمين هذه العقود شرط الثبات التشريعي، بل عن طريق الاعتراف للقانون الدولي بمعالجة كل ما له صلة مباشرة بالعقد،[1] مما يفيد في منح المتعاقد مع الدولة حق مساءلتها دولياً.[2] ومما يعزز فكرة خضوع عقود الدولة للقانون الدولي العام أن عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة أو الأجهزة والمؤسسات التابعة لها مع مستثمر خاص أجنبي تتصل بالنظام القانوني الدولي بطبيعتها، وقد اعتبر بعض الفقهاء أن " كل شخص مهما كان نظامه القانوني بصفته مواطناً يخضع بصفة مباشرة للنظام القانوني الدولي ويحتمي به"، وأن كثيراً من العقود التي تبرمها الدولة تبرم في إطار اتفاقيات التعاون الاقتصادي بين الدول مما يدعو إلى إنشاء قانون دولي للعقود مشتملاً على مجموعة قواعد القانون الدولي العام الخاصة بالعقود المبرمة بين دولة وشخص أجنبي.[3]

واستناداً لما تقدم تعتبر العقود التي تبرمها الدولة من خلال الاتفاقيات الدولية عقوداً دولية إذا كانت الدولة أو إحدى الهيئات العامة التابعة لها طرفاً فيها، وتضمنت التزام الدولة بعدم ممارستها لبعض سلطاتها العامة، واختصاص قضاء التحكيم بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأطراف، وإذا ما احتوى العقدعلى ما يشعر الاتفاق صراحة أو ضمناً على استبعاد تطبيق القانون

1- فؤاد مصطفى أحمد(د/ت) القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمة الدولية وشخص القانون الداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 39 وما بعدها.

2- الحداد حفيظة السيد، المرجع السابق، ص 559.

3 - عمار معاشو، المرجع السابق، ص 38 وما بعدها.

الوطني للدولة المتعاقدة، وتطبيق القانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون،[1] وتعتبر المعاهدات الثنائية بين الدول الشكل الأكثر تقدماً لتدويل العقود المبرمة بين الدول، والأشخاص الأجنبية التابعة لدول أخرى، ففي الاتفاقيات الثنائية تعتبر الدولة شريك في العقد لجهة تثبيت النظام القانوني أو المالي الداخلي كما إنها تمنح الطرف المتعاقد مع الدولة إمكانية المطالبة بحقوقه أمام القضاء الدولي القادر على إصدار أحكام قضائية ملزمة وواجبة النفاذ على عاتق الدولة الطرف معه في العقد.[2]

وقد تعرض رأي أنصار هذا الاتجاه للنقد من جانب بعض الفقه الذي اعتبر إن العقود الدولية تختلف بطبيعتها وماهيتها وخصائصها عن المعاهدات الدولية إذ إن المعاهدات الدولية وخاصة ذات الطابع الصناعي أو التجاري لا تتعرض للموضوعات التي تتناولها العقود الدولية إذ تقتصر هذه المعاهدات على الاتفاق على تقديم القروض والمساعدات الفنية دون الخوض في المنازعات الجوهرية التي تثيرها العقود فالمعاهدة مصدر للقانون في حين أن العقد مصدر للحقوق والالتزامات. كما أن المعاهدات الدولية وفقاً لتعريف المادة الثانية من اتفاقية فيينا لها لا تتم إلا بين أشخاص القانون الدولي أي الدول والمنظمات الدولية ومن ثم لا يعد من قبيل المعاهدات الأعمال القانونية التي يأتيها أشخاص القانون الداخلي حتى ولو اتخذت في بعض الأحيان شكل الاتفاق الدولي.[3]

أمّا الباحث فيرى إن عقود الشركات المتعددة الجنسية تخرج عن نطاق الخضوع لقواعد القانون الدولي، أو اعتبارها اتفاقية دولية لأن القانون الدولي يختص بتنظيم العلاقات بين الدول

1- جمال الدين صلاح الدين، عقود نقل التكنولوجيا، المرجع السابق، ص 252 وما بعدها.
2- حمزة هاني محمود، المرجع السابق، ص 345
3- أبو زيد سراج حسين، المرجع السابق، ص 634 وما بعدها.

والقواعد التي تحكم هذه العلاقات، أما الشركات المتعددة الجنسية فلا ينطبق عليها وصف الدولة للقول بإخضاع عقودها لقواعد القانون الدولي.

الفرع الثاني

تطبيق القانون العابر للدول

على عقود الشركات المتعددة الجنسية

يمكن في حالة عدم تحديد المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد، وعدم إمكانية إخضاعه للقانون الدولي العام تطبيق قانون عابر للدول ويشمل هذا القانون وفقاً لمفهومه الواسع قانون التجارة الدولية كأحد مكوناته المتعددة، ويتألف القانون العابر للدول من الأعراف والعادات التجارية، والمبادئ العامة للقانون، والقضاء الإداري الدولي، وقضاء التحكيم،[1] ويرى بعض الفقه إن القانون العابر للدول يتطابق مع قانون التجارة الدولية ويصلح لأن يحكم العلاقات بين الدولة والأشخاص الخاصة،[2] ويسعى قانون التجارة الدولية إلى تنظيم العلاقات التعاقدية بين طرفين غير متساويين أو متكافئين من خلال القواعد المادية التي يتضمنها والتي تتجاوز الحدود الوطنية ويؤمن الحماية لمصالح الأطراف المتعاقدة، ويتميز في أنّه في تجدد مستمر لا يصيبه الجمود مما يجعله يتلاءم مع طبيعة العقود التي ينظمها.[3]

وقد انقسم الفقه في موقفه من مسألة تمتع قانون التجارة الدولية بصفة النظام القانوني إلى اتجاهين:

1- الحداد حفيظة السيد، المرجع السابق، ص 752 وما بعدها.
2- الحداد حفيظة السيد، نفس المرجع السابق، ص 755.
3- مخلوف أحمد(2005)، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تأصيلية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 189.

الاتجاه الأول: ويعارض فكرة تمتع قانون التجارة الدولية بصفة النظام القانوني ويرى أن قواعد التجارة الدولية مجرد عادات تجارية لا تحظى بصفة الإلزام لاتصافها بالتجريد والعمومية وغياب المؤيد الجزائي المادي وعدم انتمائها إلى مجتمع منظم ومتجانس،[1] ولا يمكن تطبيقها إلا إذا تمت الإحالة إليها من أصحاب العلاقة أو القانون الوطني الواجب التطبيق، وقد حاول بعض الفقه التخفيف من النقد الذي تعرضت له هذه القواعد بالقول ان المبادئ العابرة للحدود أو المبادئ بين الدول لا تشكل نظاماً قانونياً مستقلاً، بل مجرد اقتراحات قانونية تعين المحكمين يبقى من الصعب تحديد هويتها وطبيعتها ولم تتجاوز هذا النطاق.[2]

الاتجاه الثاني: يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ قواعد التجارة الدولية تشكل نظاماً قانونيا متكاملاً ومستقلاً يطبق على المعاملات التجارية الدولية، وإن عدم اختيار الأطراف لهذه القواعد لا يفقدها الصفة القانونية لتلعب دوراً تكميلياً لإرادة الأطراف.[3] كما تتمتع هذه القواعد بالترابط الداخلي والخارجي فالترابط الداخلي يتجلى من خلال انتهاج المتعاملين في ميدان معين على نهج محدد استناداً إلى مبدأ الحرية العقدية ثم تكرار ذلك العمل حتى يغدو أبعد من كونه شرطاً عقدياً وجديراً بأن يتبناه قضاء التحكيم. بينما يكفل الترابط الخارجي لقواعد هذا القانون ملائمته لحكم منازعات عقود الدولة مقارنة بقواعد القوانين الوطنية واستنادا إلى اعتباره القضاء الفعلي الحقيقي لمجتمع التجار الدولي،[4] كما يرى أنصار هذا الاتجاه إن قواعد هذا القانون تتمتع بالتجريد والإلزام وتحتوي على حلول ملائمة تخلو منها القوانين الوطنية وان سيادة الطابع المكمل لا يمنع من إلزامها الذاتي

---

1 -الأسعد بشار محمد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق ، ص 149.
2 -الحداد حفيظة السيد، المرجع السابق، ص 760 وما بعدها.
3 - الأسعد بشار محمد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، ص 149 وما بعدها.
4 - فلحوط وفاء مزيد، المرجع السابق، ص 860 وما بعدها.

خاصة في ظل قواعد عبر دولية آمرة علاوة على أنها تتوفر على الركن المؤسساتي إذ تنتمي إلى مجتمع يتمتع بقدر من التنظيم ووحدة المصلحة.[1]

أما الباحث فيؤيد فكرة تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على عقود الشركات المتعددة الجنسية ويرى أنّ هذا القانون يأتلف مع طبيعة عقود هذه الشركات ويعتبر نظاماً قانونياً متكاملاً، ويقدم حلاً لمشكلة خلو العقد من تحديد القانون الواجب التطبيق.

الفرع الثالث

تطبيق المبادئ العامة للقانون

على عقود الشركات المتعددة الجنسية

يقصد بالمبادئ العامة للقانون المبادئ السائدة في الأمم المتحضرة والتي يمكن تطبيقها على النطاق الدولي عند عدم وجود مصدر قانوني دولي آخر معترف به كمعاهدة أو عرف،[2] أمّا اليوم فتستمد المبادئ العامة للقانون من مختلف الدول الأعضاء في الجماعة الدولية وبغض النظر عن درجة تقدمها الفعلية وذلك استناداً إلى مبدأ المساواة في السيادة فيما بينها جميعاً،[3] وقد جرى العمل على تطبيق هذه المبادئ بناء على اتفاق خاص بين الأطراف، ثم استخدمت في قضاء المحكمة الدائمة للعدل الدولي عام 1920.[4] حيث نصت على هذه المبادئ المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية بهدف تزويد المصادر الاتفاقية أو العرفية بضمان احتياطي لمواجهة ما يعترضها من ثغرات. ووفقاً لرأي بعض الفقه فإن المادة 38 ليست نصاً تشريعياً

---

1 -الأسعد بشار محمد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، ص 150.
2- أنظر المادة 24 من القانون المدني الأردني.
3-فلحوط وفاء مزيد، المرجع السابق، ص 880 وما بعدها.
4 - فلحوط وفاء مزيد، نفس المرجع السابق، ص 880.

للحقوق والالتزامات وإنما نصاَ قضائياً يحدد وظيفة القاضي الدولي وحدود سلطته فهي أقرب إلى كونها قانوناً إجرائيا مما يعني اعتبار موضوع هذه المادة مصدراً للقانون أمراً متعذراً.[1]

ويميز في معرض تطبيق المبادئ العامة للقانون بين حالتين:

الحالة الأولى: حالة وجود نص صريح يقضي بإعمال المبادئ العامة للقانون: إذا تضمن العقد نصاً يقضي بتطبيق المبادئ العامة للقانون ففي هذه الحالة يتعين إعمال هذا النص، وعلى الرغم من تبني قضاء التحكيم لهذا المبدأ إلا إنه اختلف في تطبيقه من تحكيم إلى أخر، ففي تحكيم Liamco انتهى المحكم إلى عدم وجود مبادئ مشتركة بين القانون الليبي والقانون الدولي فيما يتعلق بإنهاء العقد بالإرادة المشتركة مع التعويض، غير أنّه اعتبر إن تفسير تلك المبادئ يشير إلى مبادئ العدل والإنصاف ويوجب تطبيق فكرة التعويض العادل، أما في تحكيم Aminoil فإن الوضع يختلف قليلاً حيث اتخذ المحكم موقفاً سلبياً من هذه المبادئ وخاصة من مبدأ القوة الملزمة للعقد وقبل فكرة مساس الدولة به فيما لو اقتضت مصلحتها ذلك بشرط التعويض العادل كما أظهر قبوله لتطبيق القانون الكويتي تطبيقاً كاملاً إلا إنه قام بترك فسحة معينة سمح من خلالها بتدخل المبادئ العامة بغرض تدويل العقد وذلك عندما اعتبر تلك المبادئ مصدراً احتياطياً للقانون الوطني الكويتي وبأن القانون الدولي يمثل جزء مكملاً لهذا القانون وبأن تلك المبادئ تعترف بحق الدولة في حماية مصالحها العامة.[2]

الحالة الثانية: غياب الإرادة الصريحة حول إعمال المبادئ العامة للقانون: ويتجلى غياب الإرادة الصريحة حول إعمال وتطبيق المبادئ العامة للقانون في حالة عدم الاتفاق على تحديد القانون المختص، أو النص على مبادئ أخرى من قبيل حسن النية دون أن يشترط علاقتها بالنظام

---

1 - موسى طالب حسن، المرجع السابق، ص 81 وما بعدها.
2- فلحوط وفاء مزيد، المرجع السابق، ص 887.

القانوني الدولي أو النظم الوطنية، أو وجود نص صريح يشير إلى إعمال قانون وطني معين وهنا تبلغ هيئة التحكيم ذروة جرأتها باستبعاد ذلك القانون لصالح إعمال هذه المبادئ.[1]

ومن الأمثلة على ذلك تحكيم ارامكو الذي ادعى فيه المحكم بغموض العقد ونقصه على نحو استلزم تطبيق المبادئ العامة للقانون على موضوع النزاع فالقانون السعودي لا يعرف فكرة العقود الإدارية كما أن المحكمة قضت بأن" مبدأ احترام الحقوق المكتسبة هو أحد المبادئ الأساسية في النظامين الدولي والداخلي لغالبية الدول المتحضرة وعلى ذلك لا تستطيع الحكومة أن تنقض أو تقيد الحقوق التي منحتها في اتفاق سابق بإبرام اتفاق لاحق حول نفس الموضوع كله أو بعضه[2].

1- فلحوط وفاء مزيد، نفس المرجع السابق، ص 889.
2 - بكر محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 23.

الفصل الخامس

الخاتمة والنتائج والتوصيات

أولاً . الخاتمة:

لقد تناولت هذه الدّراسة موضوع القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية لما يترتب على تحديد هذا القانون من أهمية على الصعيدين القانوني والاقتصادي، وذلك نظراً لتوسع النشاط الاستثماري لهذه الشركات على المستوى الدولي، واستعانة الدول بها لما تتمتع به من قدرات مالية وتقنية وبشرية في تنفيذ برامج التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

ومن هنا فقد جاءت هذه الدّراسة للتصدي لمشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرمها هذه الشركات وتمهيداً لمعالجة موضوع الدّراسة فقد تناولت في الفصل الثاني ماهية الشركات المتعددة الجنسية من خلال مبحثين، حيث تم في المبحث الأول تناول مفهوم الشركات المتعددة الجنسية ومدى تمتعها بالشخصية القانونية الدولية من خلال تعريفها وتسليط الضوء على الطرق القانونية لتكوينها، ودراسة مدى إمكانية تمتعها بالشخصية القانونية الدولية، وما إذا كانت تعتبر من أشخاص القانون العام أم من أشخاص القانون الخاص. أمّا في المبحث الثاني من هذا الفصل فقد عرضت الدّراسة بعض أنواع العقود التي تبرمها الشركات المتعددة الجنسية مع الدول ومن هذه العقود عقود البتول، وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود الأشغال الدولية.

أمّا الفصل الثالث من هذه الدّراسة فخصص لبيان ماهية قانون الإرادة الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية، في حال رغبة الأطراف إخضاع عقودهم لقوانين معينة استناداً لمبدأ سلطان الإرادة وقد تم تناول هذه المشكلة من خلال المبحث الأول الذي تصدى

لتحديد مفهوم قانون الإرادة من خلال مناقشة موقف القانون الأردني والاتفاقيات الدولية من هذه المسألة حيث تم تسليط الضوء على مظاهر التعبير عن الإرادة، والمبادئ التي تخضع لها في اختيار قانون العقد والمتعلقة في وقت اختيار قانون العقد، وإمكانية تجزئة العقد، ونطاق الاختيار، ومسألة الارتباط بين القانون المختار والعقد، ومدى قدرة الأطراف على اختيار قانون وطني لدولة معينة. أمّا في المبحث الثاني فقد تعرضت الدّراسة إلى الضوابط التي تحكم الإرادة عند اختيار قانون العقد وتتمثل هذه الضوابط بضرورة مراعاة مبادئ النظام العام المنصوص عليها في القانون الأردني والاتفاقيات الدولية، وعدم التحايل أو الغش على القانون. ثم استعرضت الدّراسة في المبحث الثالث المعوقات التي تقف في وجه تطبيق قانون الإرادة والمتمثلة بالتجميد الزمني لقانون الإرادة أو مبدأ الثبات التشريعي، واندماج قانون الإرادة في العقد، وأخيراً الدور الاحتياطي الذي يلعبه قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد.

وعرض الفصل الرابع من الدّراسة القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية في ظل غياب قانون الإرادة ، حيث تم معالجة هذه المشكلة والوقوف على كيفية تحديد قانون العقد في حالة غياب قانون الإرادة من خلال المبحث الأول الذي استعرضت فيه الدّراسة مواقف الفقهاء من تحديد القانون الواجب التطبيق وبينت انقسام مواقفهم إلى موقفين الأول دعا إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على العقود المبرمة مع الشركات المتعددة الجنسية. أما الموقف الثاني فقد عارض في تطبيق القانون الوطني على عقود الشركات المتعددة الجنسية. ثم تناولت الدّراسة في المبحث الثاني سلطة المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة غياب قانون الإرادة من خلال عرض موقف قانون التحكيم الأردني والاتفاقيات الدولية من هذه المسألة حيث تم تناول مدى قدرة المحكمين على تحديد قانون العقد، والطرق التي يتبعونها في هذا المجال. أمّا في المبحث الثالث فقد تناولت الدّراسة موقف القانون الدولي الخاص من مسألة تحديد

القانون الواجب التطبيق في حالة غياب قانون الإرادة وعرضت طرق الإسناد الجامد للقانون الأوثق صلة بالعقد والإسناد المرن ومنهج الأداء المميز.

ثانيا : النتائج:

وقد خلصت الدّراسة إلى النتائج التالية:

1. تبنى المشرع الأردني في المادة 1/20 من القانون المدني في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة مع الشركات المتعددة الجنسية قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، واعتبر أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون صريحاً أو ضمنياً، غير أنّه لم يجز تجزئة القانون الواجب التطبيق على العقد بل اعتبره وحدة متكاملة، كما يلاحظ إنّه لم يشر إلى ضرورة وجود ارتباط بين قانون الإرادة والعقد.

2. إن إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ليست حرة بصورة مطلقة بل تخضع للعديد من الضوابط أهمها ضرورة مراعاة النظام العام حيث منعت المادة 29 من القانون المدني الأردني تطبيق أحكام قانون أجنبي إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام والآداب في المملكة الأردنية الهاشمية. وعدم التحايل أو الغش على القانون. وعلى الرغم من عدم التبني الصريح من قبل المشرع الأردني لنظرية الغش نحو القانون غير أنه يمكن تطبيقها من خلال إعمال ما تضمنته المادة 25 من القانون المدني المتعلقة بتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد نص بشأنه من أحوال تنازع القوانين، وكذلك ما تضمنته المادة 1/7د من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم 8 لسنة 1952 والتي نصت على أنه يجوز للمحكمة أنْ ترفض الطلب المرفوع إليها لتنفيذ حكم أجنبي إذا كان الحكم قد حصل عليه بطريق الاحتيال.

3. اختلفت مواقف الفقهاء، وقضاء التحكيم، والتشريعات القانونية، من مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في حالة غياب قانون الإرادة حيث ذهب بعض الفقهاء إلى القول بإخضاع هذه

العقود إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة، في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بتطبيق قواعد القانون الدولي العام عليها، أو قانون التجارة الدولية. أما موقف قضاء التحكيم فقد تجلى من خلال اتجاهين الأول يقول بتقييد المحكمين بتحديد القانون الواجب التطبيق من خلال قواعد التنازع، والثاني يقر حرية المحكمين في التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق. أما فيما يتعلق بموقف المشرع الأردني من هذه المسألة فقد نصت عليه المادة 1/20 من القانون المدني والتي اعتبرت انه في حالة خلو العقد من قانون الإرادة يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد.

ثالثاً: التوصيات:

1. تعديل المادة 1/20 من القانون المدني الأردني بحيث يكون القانون المختار من قبل الأطراف ليحكم العقد على صلة به لأن الصلة بين العقد وقانون الإرادة هي التي تبرر الاختيار، سواء كانت هذه الصلة شخصية تتعلق بجنسية المتعاقدين أو محل إقامتهم، أو موضوعية تتعلق بمكان إبرام العقد أو تنفيذه.

2. تعديل المادة 29 من القانون المدني الأردني والمتعلقة بمنع تطبيق قانون أجنبي في المملكة لمخالفته النظام العام بإضافة فقرة إلى هذه المادة تمنع تطبيق أحكام قانون أجنبي إذا تم اللجوء إليه عن طريق الغش والتحايل على القانون.

3. إقرار اتفاقية دولية تتعلق بتحديد معايير أساسية لكيفية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد في حالة خلوه من قانون الإرادة يراعي مقتضيات القوانين الوطنية، وتكون له الأولوية في التطبيق على القوانين الداخلية.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً . الكتب:

إبراهيم إبراهيم أحمد(2000) **القانون الدولي الخاص**، الكتاب الأول، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة.

أبو أحمد علاء محي الدين مصطفى(2008) **التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم**، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر.

أبو زيد سراج حسين(2004) **التحكيم في عقود البترول**، دار النهضة العربية، القاهرة.

الأتربي محمد صبحي (1977) **مدخل إلى دراسة الشركات الاحتكارية المتعددة الجنسية**، دار الثورة للصحافة والنشر، بغداد.

أحمد سي علي (2009) **النظام القانوني للشركات عبر الوطنية المعاصرة والقانون الدولي العام**، دار هومة، الجزائر.

الأسعد بشار محمد(2006)،**عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

الأسعد بشار محمد(2010)، **عقود الدولة في القانون الدولي**، ط1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت.

إسماعيل محمد حسين(1990) **الشركة القابضة وعلاقتها بالشركات القابضة**، ط1، عمان.

إسماعيل محمد عبد المجيد(2003) **عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

بكر محمد عبد العزيز علي(2000)، **فكرة العقد الإداري عبر الحدود**، دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة.

بلقاسم إعراب(د/ت) **القانون الدولي الخاص**، تنازع القوانين، الزيتونة للإعلام والنشر، الجزائر.

تونسي بن عامر (1995) **أساس المسؤولية الدولية في ضوء القانون الدولي المعاصر** منشورات دحلب، ط1.

تونسي بن عامر(2005) **قانون المجتمع الدولي المعاصر**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

جابر عبد الرءوف(2005) **الوجيز في عقود التنمية التقنية**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

جمال الدين صلاح الدين(2005) **عقود نقل التكنولوجيا**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

حافظ ممدوح عبد الكريم(1972) **القانون الدولي الخاص العراقي**، ط2، بغداد، دون دار نشر.

حجازي عبد الفتاح بيومي(2002) **النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

الحداد حفيظة السيد،(2004) **الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية

الحديدي طلعت جياد(2008)، **المركز القانوني الدولي للشركات متعددة الجنسية**، دار الحامد للطباعة والنشر، ط1، عمان.

حمزة هاني محمود(2008) **النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

الداودي غالب علي (2013)**القانون الدولي الخاص**، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

دباح عيسى(2003) **موسوعة القانون الدولي** ، أهم الاتفاقيات والقرارات والبيانات والوثائق الدولية للقرن العشرين في مجال القانون الدولي العام، المجلد لرابع، دار الشروق للنشر والتوزيع، ط1، الأردن.

الرامي جورج (1977) **الاشتراكية والشركات متعددة الجنسية**، مطبعة الأديب، بغداد، دار الثورة للطباعة والنشر.

الراوي جابر إبراهيم(1980) **أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي**، مطبعة الحكم المحلي، بغداد.

رباح غسان(2008) **الوجيز في العقد التجاري الدولي**، نموذج العقد النفطي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

الروبي محمد(2004) **عقود التشييد والاستغلال والتسليم BOT** دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة.

شفيق محسن(2006) **المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية**، دار النهضة العربية، القاهرة.

شكري سعيد عبد الغفار أمين(2007)، **القانون الدولي العام للعقود**، دار الفكر العربي، ط1، مصر.

الشيخ عصمت عبد الله،(2008) **التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدّولي**، دار النهضة العربية، القاهرة.

صادق هشام علي(2001)،**القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

الصدة عبد المنعم فرج(1978) **أصول القانون**، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت.

صديق جوتيار محمد (2009) **المسؤولية الدولية عن انتهاكات الشركات المتعددة الجنسية لحقوق الإنسان**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

الصغير حسام الدين عبد الغني(1987) **النظام القانوني لاندماج الشركات**، ط1، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة.

الطماوي سليمان محمد(1991) **الأسس العامة في العقود الإدارية**، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ط5.

الطيار صالح بن بكر(2003)، **العقود الدولية لنقل التكنولوجيا**، مركز الدراسات العربي الأوربي، ط2، بيروت، ص 67. 68.

عبد الحميد محمد سامي(د/ت) **العلاقات الدولية.** مقدمة لدراسة القانون الدولي العام . الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت.

عبد العال عكاشة(1994) **قانون العمليات المصرفية الدولية** دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية. الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية.

عبد الله عز الدين(1986) **القانون الدولي الخاص**، الجزء الثاني، في تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب.

عيسى حسام(د/ت) **الشركات المتعددة القوميات**، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت.

غضبان مبروك(2001)، **بين العولمة والسيادة**، في الجزائر والعولمة، منشورات جامعة قسنطينة.

غنام محمد شريف (2006)، **الإفلاس الدولي لمجموعة الشركات المتعددة الجنسية**، مسؤولية الشركة الأم الأجنبية عن ديون شركاتها الوليدة، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية

الغنيمي محمد طلعت(1973) **الوجيز في التنظيم الدولي**، النظرية العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط2.

الفخري عوني محمد(2002) **التنظيم القانوني للشركات متعددة الجنسية والعولمة**، ط1، بيت الحكمة، بغداد.

فلحوط وفاء مزيد(2008) **المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

فؤاد مصطفى أحمد(د/ت) **القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمة الدولية وشخص القانون الداخلي**، منشأة المعارف، الإسكندرية.

محفوظ عبد المنعم (1984) **قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر** عالم الكتب، ط1.

مخلوف أحمد(2005)، **اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية**، دراسة تحليلية تأصيلية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة

محمد خليل خالد عبد الفتاح،(2002)، **حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص** ، دار النهضة العربية، القاهرة.

محمد علي عمرو طه بدوي(2006) **الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد**،دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة.

محمد فهمي عبد القادر(1995)، **النظام السياسي الدولي**، دراسة في الأصول النظرية والخصائص المعاصرة، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد.

محمد كولا(2008) **تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري**، منشورات بغدادي، الجزائر.

المراكبي السيد عبد المنعم(2005) **التجارة الدولية**، دراسة لأهم التغيرات التي لحقت سيادة الدولة في ظل تنامي التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة.

الملافح فهد بجاد(2009) **تسوية منازعات عقد نقل التكنولوجيا**، دراسة في القانون المصري، ونظام التحكيم السعودي، دار النهضة العربية، القاهرة.

المنزلاوي صالح(2008) **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

منصور محمد حسين(د/ت)، **العقود الدولية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية. سلامة أحمد عبد الكريم (2001) **قانون العقد الدولي**، مفاوضات العقود الدولية، القانون واجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة.

منصور ممدوح محمود(2003) **العولمة**، دراسة في المفهوم والظاهرة والأبعاد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

موسى طالب حسن(1998) **القانون الجوي الدولي**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

المؤيد محمد عبد الله محمد،(1998) **منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي**، دراسة تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة.

ناصيف حسام الدين فتحي(1999) **قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية**، دار النهضة العربية، القاهرة.

نصر الله مرتضى (1965) **تنازع الهيئات وتنازع الاختصاص القضائي**، دون ناشر، أو بلد نشر.

نصار محمد عبد الستار(2007) **دور القانون الدولي العام في النظام الاقتصادي العالمي الجديد**، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية

النمر أبو العلا، (2008)، **موطن الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في العلاقات الخاصة الدولية**، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة.

الهداوي حسن(2011) **القانون الدولي الخاص**، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

ياقوت محمد كامل(1971) **الشخصية الدولية في القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية**، ط1، دار ألهنا للطباعة، القاهرة.

ياقوت محمود محمد(2000) **حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق**، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية.

ياقوت محمود محمد(2004) **الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية**، دراسة تحليلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

ثانياً. الرسائل الجامعية:

بلاق محمد(2010) **قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية**، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر

بن صالح رشيدة،(2001) **التنظيم القانوني الدولي للشركات المتعددة الجنسيات**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر.

جمال الدين صلاح الدين (1993) **عقود الدولة لنقل التكنولوجيا دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس.

سعدي نصيرة بو جمعة(1987)، **عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي**، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية.

السعيدان احمد عبد العزيز خليفة(1997) **القانون والسيادة وامتيازات النفط، مقارنة بالشريعة الإسلامية**، مركز دراسات الوحدة العربية، سلسلة أطروحات الدكتوراه، 29، ط2، بيروت.

السيد عوض الله شبيه الحمد(1992) **النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة**، (مع دراسة تطبيقية على العقود المصرية) رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط ، كلية الحقوق، مصر.

شويربحالد(2008) **القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي**، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خلدة، كلية الحقوق.

عبد الكريم عدلي محمد (2010) **النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر.

متنصر جمال،(2004) **العولمة وانعكاساتها على أدوار الدولة الوطنية**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة المركزية.

معاشو عمار(1998) **الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية** (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد) رسالة دكتوراه جامعة بن عكنون، الجزائر

مليكة مغيلي(2013) **الشركات المتعددة الجنسيات وتأثيرها على سيادة الدول**، رسالة ماجستير، جامعة خميس مليانة، الجزائر.

نعيمة بوبر طخ (2010) **الشخصية القانونية للشركات المتعددة الجنسيات في القانون الدولي العام**، رسالة ماجستير، جامعة الأخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر.

ثالثاً . البحوث والمقالات المنشورة في المجلات:

سلامة أحمد عبد الكريم(1987)، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، **المجلة المصرية للقانون الدولي**، العدد 43.

عبد العزيز أحمد وآخرون(2010) الشركات المتعددة الجنسيات وأثرها على الدول النامية، **دراسة منشورة في مجلة الإدارة والاقتصاد**، العدد الخامس والثمانون, دمشق.

رابعاً . الاتفاقيات والمعاهدات والأنظمة والقرارات الدولية:

اتفاقية واشنطن لعام 1965

اتفاقية روما لعام 1980

قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3281 لسنة 1974 و 1803 لسنة 1962

قرارات مجمع القانون الدولي في مؤتمري أثينا لسنة 1979 وبال بسويسرا لسنة 1991

النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية

خامساً . القوانين:

الدستور الأردني لسنة 1952 وتعديلاته.

القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976

قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997 وتعديلاته لغاية القانون رقم 57 لسنة 2006.

قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001.

قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني رقم 8 لسنة1952

.القانون المدني المصري

القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951

قانون التجارة المصري رقم 17الصادر سنة 1999

قانون الاستثمار الجزائري لسنة 2001 المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 47، تاريخ 2001/8/22 .