الرقابة على دستورية القوانين/دراسة مقارنة

الباحث

د. عصام سعيد عبد احمد

المستخلص

نسعى في رسالتنا الموسومة (الرقابة على دستورية القوانين – دراسة مقارنة –) الى بيان وتحليل الرقابة الدستورية من كافة جوانبها القانونية والسياسية النظرية والعملية لاعطاء صورة واضحة لها في ظل بعض الدساتير الاجنبية والعربية الحديثة والمعاصرة .

وقد بينا موضوع رسالتنا من عدة جوانب ركزنا من جانب الى بيان نشأته وتطوره في بعض الانظمة الدستورية المقارنة وذلك ضمن الفصل التمهيدي الذي اوضحنا فيه ان هذه الرقابة لا تعود في جذورها التاريخية كما يتوهم العديد من الكتاب والفقهاء الى فرنسا والولايات المتحدة الاميركية بل تعود في اصلها التاريخي الى العصر الاغريقي القديم والاسلام ، ففي العصر الاغريقي عرفت المدن اليونانية القديمة كاثينا واسبارطة التمييز بين القوانين الاساسية الجامدة والقواعد التشريعية الادنى مما ادى الى ظهور البذرة الاولى للرقابة بنوعيها القضائي والسياسي لغرض تطبيق القوانين الاساسية السامية في مواجهة هذه القواعد الدنيا ، كما عرف الاسلام ايضا باعتباره دين ودولة صورا متعددة من الرقابة سواء كانت غير قضائية ام قضائية حيث انصبت هذه الرقابة بصورة رئيسية على وجوب احترام احكام المشروعية العليا المتمثلة بالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والاجماع وعدم انتهاكها من قبل الاجتهادات والقرارات الفردية الصادرة عن الخلفاء او الحكام ، فضلا عن ذلك ان الرقابة الدستورية ظهرت في العصور الوسطى والحديثة في فرنسا والولايات المتحدة الامريكية ، ففي فرنسا فانها شهدت منذ وقت مبكر يرجع الى العصر الملكي القديم التمييز بين القوانين الاساسية للمملكة والمراسيم التشريعية مما ادى في الواقع الى ظهور الرقابة القضائية التي مارستها محاكم النظام الملكي القديم التي كان يطلق عليها (البرلمانات) لتفرض تطبيق القوانين الاساسية العرفية في مواجهة المراسيم التشريعية إلا ان الدور السيئ الذي لعبته هذه المحاكم في الواقع العلمي كان له اثرا فيما بعد على رجال الثورة الفرنسية الذين اضمروا نتيجة لذلك الضغينة على اسلوب الرقابة القضائية الدستورية ووضعوا العديد من الموانع والعراقيل تجاه التسليم بها مما ادى في الوقت ذاته الى ظهور هيئات سياسية

رقابية بدلا عنها كمجلس الشيوخ المحافظ ومجلس الشيوخ الحامي للدستور واللجنة الدستورية الا ان هذه الهيئات لم تكن تجسد اية حماية فاعلة للقواعد الدستورية مما ادى الى ظهور المجلس الدستوري في دستور الجمهورية الخامسة لعام ١٩٥٨ الا ان هذا المجلس بدا ايضا في مراحله المبكرة بكونه هيئة سياسية هامشية لا تقوم سوى بحماية القواعد الدستورية الشكلية دون الموضوعية وذلك الى عام ١٩٧١ فمنذ هذا التاريخ بدأ المجلس يُظهر ارادته الصريحة في حماية الحقوق والحريات الاساسية واضطرد على ذلك خاصة بعد الاصلاح الدستوري لعام ١٩٧٤ الذي وسع حق الطعن لستين نائبا او ستين شيخا وهذا ما دفع معظم الفقه الدستوري الفرنسي الى ان يذهبوا الى وصفه بانه هيئة قضائية ، اما في الولايات المتحدة الامريكية فقد لعبت عوامل عديدة في نشاة الرقابة القضائية فيها والتي تتمثل في اربعة عوامل الاول هو سمو وجمود الدستور الامريكي لعام ١٧٨٧ والثاني شكل الدولة الاتحادي والثالث بعض الارا والسوابق التاريخية الممهدة لفكرة الرقابة ومن ابرزها رأي اللورد كوك وحكمه في قضية الدكتور بونهام اما العامل الرابع فيتمثل بدور المحكمة الاتحادية العليا في ارساء مبدأ الرقابة القضائية والذي بدأ بصورة بارزة منذ القضية المشورة (arbury V. Madison) لعام ١٨٠٣ التي ارسى دعائمها ومبرراتها رئيس القضاة جون مارشال (JOHN MARSHALL) ، وفي مصر فانه قبل صدور قانون المحكمة العليا لعام ١٩٦٩ فان الرقابة القضائية عن طريق الدفع وإن تم اقرارها من قبل الفقه والقضاء إلا انها لم تجسد حماية فاعلة للحقوق الدستورية الى أن صدر القانون الآنف الذكر حيث مارست المحكمة العليا بموجبه دورها في رقابة دستورية القوانين من الناحيتين الشكلية والموضوعية الا ان المشكلة التي تعلقت بهذه المحكمة انها لم يتم الاعتراف بها من قبل الدستور مما قد تكون عرضة للتلاعب بمقدراتها من جانب المشرع فضلا عن ان طرق تحريك الرقابة امامها كانت محصورة بالدفع وهذا ما دفع المشرع الدستوري في دستور ١٩٧١ الى اقرار نوع جديد من الرقابة القضائية بواسطة محكمة دستورية عليا خاصة تتنوع طرق اللجوء امامها الا ان هذه المحكمة لم تمارس مهامها الى بعد صدور قانونها في عام ١٩٧٩ بحيث قامت بدور كبير في النظام القانوني والسياسي المصري ، اما في اتحاد جنوب افريقيا فان الرقابة القضائية الدستورية بواسطة محكمة دستورية خاصة لم تظهر بصورة رئيسية بموجب دستور ١٩٩٣ المؤقت ودستور ١٩٩٦ الدائم الا كرد فعل ضد التمييز العنصري الذي كان سائدا فيها من قبل ، اما في العراق فانه وإنْ شهد من الناحية النظرية في بعض الدساتير ظهور هيئات رقابية على دستورية القوانين كالمحكمة العليا في القانون الاساسي لعام ١٩٢٥ والمحكمة الدستورية العليا في دستور عام ١٩٦٨ الا ان الاولى لم تمارس دورها في حماية الدستور إلا مرة واحدة اقتصرت فيها على حماية القواعد الدستورية

الشكلية دون الموضوعية ، اما المحكمة الثانية فانها لم تكن سوى حبرا على ورق فضلا عن ذلك انه على الرغم من ان دستور عام ١٩٧٠ سكت عن تنظيم الرقابة على دستورية القوانين إلا ان هنالك العديد من العراقيل السياسية وقفت حائلا امام ممارسة الرقابة القضائية بطريق الدفع ، كما انه حتى بعد تنظيم قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ ودستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ للمحكمة الاتحادية العليا لتمارس دورها في الرقابة على دستورية القوانين إلا أن هذه المحكمة وقفت عاجزة عن ممارسة هذا الدور الرقابي نظرا لعدم استقرار البلاد من الناحيتين السياسية والقانونية في ظل الاحتلال بحيث يمكن القول بانه حتى الصورة الدستورية والقانونية لهذه المحكمة لم تستقر بعد بشكل تام ، وركزنا من جانب اخر الى بيان الاسس النظرية والمنطقية لمفهوم الرقابة على دستورية القوانين وانواعها ومبرراتها وذلك ضمن الباب الاول الذي تطرقنا فيه الى فصلين رئيسيين يتعلق الاول بمفهوم الرقابة على دستورية القوانين وانواعها والذي قسمناه الى مبحثين رئيسيين اشرنا في الاول الى مفهوم الرقابة على دستورية القوانين من حيث تعريفها وتحديد مدلول القطبين الرئيسيين للعملية الرقابية وهما الدستور والتمييز بين دستور الدولة والدولة الدستورية وكذلك القانون الخاضع للرقابة ، اما المبحث الثاني فقد اشرنا فيه الى انواع الرقابة على دستورية القوانين بتقسيمها الى نوعين رئيسيين الاول يتعلق بالرقابة غير القضائية على دستورية القوانين التي تتمثل انواعها الاساسية بالرقابة الشعبية التي تمارس عن طريق الرأي العام والحق في مقاومة الطغيان وكذلك الرقابة بوساطة هيئة سياسية التي تطرقنا الى تعريفها وصورها وتقديرها من حيث مزاياها وعيوبها اما النوع الثاني فيشمل الرقابة القضائية على دستورية القوانين والذي اوضحنا فيه مفهومها ونماذجها واهم الدول الدستورية التي لم تاخذ بها بحيث اشرنا الى ان النماذج الاساسية لهذه الرقابة تتجسد في ثلاثة نماذج النموذج اللامركزي (النموذج الامريكي) والنموذج المركزي (النموذج الاوربي) والنموذج المختلط (الامريكي والاوربي) كما اشرنا الى اهم الدول التي تعد في الحقيقة خاضعة للدستور الا انها لم تاخذ باي نموذج من هذه النماذج الثلاثة للرقابة القضائية وهما بريطانيا وهولندا الا ان ذلك لا ينبغي ان يفسر للتقليل من الاهمية الكبيرة للرقابة القضائية الدستورية في ارساء دولة الدستور لان هاتين الدولتين لها ظروفها السياسية والقانونية والقضائية الخاصة التي ساعدت على تقدم الوعي الديمقراطي واحترام الحقوق الاساسية فيها من دون وجود قضاء دستوري بالمعنى الدقيق للكلمة ، كما ركزنا فضلا عن ذلك الى بيان مبررات الرقابة على دستورية القوانين ضمن اطار الفصل الثاني الذي تطرقنا فيه الى ثلاثة مباحث رئيسية اشرنا في الأول منه الى تبرير رقابة الدستورية من خلال مبدأ علو الدستور وذلك في مطلبين يتعلق الاول بمفهوم مبدأ علو الدستور الذي وضحنا فيه بصورة رئيسية ،

وجهي العلو الموضوعي والشكلي ويتعلق المطلب الثاني بعلاقة الرقابة الدستورية بمبدأ علو الدستور الذي وضحنا فيه فرعين اشرنا في الاول منه الى الرقابة القضائية الدستورية كاثر حتمي لمبدأ علو الدستور واشرنا في الثاني منه الى أن الرقابة الدستورية وسيلة لتحقيق مبدأ علو الدستور اما المبحث الثاني فقد اوضحنا فيه تبرير رقابة الدستورية من خلال مبدأ الفصل بين السلطات ضمن مطلبين يتعلق الاول بالرقابة الدستورية والمفهوم التقليدي لمبدأ الفصل بين السلطات الذي بينا فيه كيف ان المفهوم التقليدي للفصل الجامد او الشديد بين السلطات وقف عائقا امام ممارسة الرقابة الدستورية وخاصة القضائية منها ليأتي المطلب الثاني الذي اشرنا فيه الى المفهوم الحديث لمبدأ الفصل بين السلطات المعزز بالفحص والموازنة ليسهل تبرير رقابة الدستورية وعلى رأسها الرقابة القضائية باعتبارها اثرا من آثار هذا المبدأ الحديث للفصل ووسيلة مهمة لحمايته في الوقت ذاته ، اما المبحث الثالث فقد تطرقنا فيه الى تبرير رقابة الدستورية من خلال مبدأ احترام الحقوق والحريات الاساسية والمبدأ الديمقراطي ضمن مطلبين اشرنا في الاول الى تبرير الرقابة من خلال مبدأ احترام الحقوق والحريات الاساسية الذي اوضحنا فيه بان الرقابة القضائية الدستورية تعد من ابرز الوسائل الفاعلة لحماية حقوق الانسان وحرياته الاساسية خاصة وان طريقة تحريكها لا تقتصر على السلطات السياسية كما هو الحال في الرقابة بوساطة هيئة سياسية بل تمتد ايضا الى السماح للافراد بتقديم الطعون الدستورية ، اما المطلب الثاني فقد تطرقنا فيه الى تبرير رقابة الدستورية من خلال المبدأ الديمقراطي ضمن مطلبين اشرنا في الأول الى رقابة الدستورية والمفهوم التقليدي للديمقراطية الذي اوضحنا فيه كيف ان فكرة الديمقراطية الصرفة او حتى التمثيلية وقفت عائقا امام تبرير الرقابة القضائية ليأتي المطلب الثاني الذي اشرنا فيه الى المفهوم الحديث للديمقراطية الدستورية الذي برر الرقابة القضائية الدستورية بسهولة باعتبارها اثر لهذه الديمقراطية ذات الطابع الدستوري البحت ووسيلة لحمايتها في الوقت ذاته .

كما ركزنا على الدراسة المقارنة في البابين الثاني والثالث في بعض الانظمة الدستورية وهي فرنسا (المجلس الدستوري الفرنسي) ، والولايات المتحدة الامريكية (المحكمة الاتحادية العليا للولايات المتحدة) ، ومصر (المحكمة الدستورية العليا) ، واتحاد جنوب افريقيا (المحكمة الدستورية) ، والعراق (المحكمة الاتحادية العليا) ، حيث اوضحنا في الباب الثاني تكوين الهيئة المختصة بالرقابة الدستورية وضمانات اعضائها واختصاصها الرقابي وذلك في فصلين رئيسيين يتعلق الفصل الاول بتكوين الهيئة المختصة بالرقابة الدستورية وضمانات اعضائها الذي اوضحنا فيه تكوين الهيئة الرقابية المختصة من حيث عدد اعضائها وكيفية اختيارهم ومدة ولايتهم والضمانات الدستورية والقانونية التي يتمتعون

بها وتاثير كل ذلك على مدى ممارسة الهيئة الرقابية لاختصاصها الرقابي باستقلال وتجرد ، اما الفصل الثاني فقد اشرنا فيه الى الاختصاص الرقابي على الدستورية للهيئات الرقابية في الدول محل الدراسة الذي بينا فيه الاختصاص النوعي للرقابة أي محل الرقابة الدستورية (التشريعات الخاضعة لرقابة الدستورية) .

كما ركزنا في الباب الثالث على الطرق والاجراءات المتبعة امام الهيئة الرقابية والاحكام الصادرة منها واوجه وقيود الرقابة على دستورية القوانين في الدول محل الدراسة وذلك ضمن ثلاثة فصول رئيسية يتعلق الفصل الاول بالطرق والاجراءات المتبعة امام الهيئة الرقابية وذلك ضمن مبحثين اوضحنا في الاول طرق تحريك الرقابة الدستورية امام الهيئة الرقابية واوضحنا في المبحث الثاني الاجراءات المتبعة امام الهيئة الرقابية ، اما الفصل الثاني فقد تطرقنا فيه الى الاحكام والقرارات الصادرة عن الهيئة الرقابية المختصة واشرنا فيه الى مبحثين يتعلق الاول بالاثر المترتب على الحكم الصادر بعدم الدستورية والمدى الزمني لسريانه أي هل يسري الحكم بعدم الدستورية باثر مباشر او مستقبلي ام باثر فوري ؟ اما المبحث الثاني فقد اشرنا فيه الى حجية الحكم او القرار الصادر من الهيئة المختصة بالرقابة الدستورية ومدى امكانية الطعن فيه والذي اوضحنا فيه الاجابة على السؤال الذي مفاده هل أن الاحكام والقرارات الصادرة تتمتع بحجية مطلقة في مواجهة الكافة ام تتمتع بحجية نسبية تقتصر على اطراف الدعوى الدستورية فضلا عن مدى امكانية اطراف الدعوى بالطعن في الاحكام والقرارات الصادرة من الهيئة الرقابية ، اما الفصل الثالث فقد تطرقنا فيه الى اوجه وقيود الرقابة على دستورية القوانين وذلك ضمن مبحثين رئيسيين يتعلق المبحث الاول باوجه الرقابة على دستورية القوانين الذي اوضحنا فيه عيوب عدم الدستورية التي يستند عليها الطاعن لتسبيب طعنه فضلا عن استناد الهيئة الرقابية عليها للحكم بعدم دستورية القوانين لذا فقد قسمنا هذه الاوجه والعيوب ، التي اذا ما اصابت القاعدة التشريعية المطعون فيها تجعلها غير دستورية ، الى مطلبين يتعلق المطلب الاول باوجه عدم الدستورية الخارجية الذي يشمل عيب عدم الاختصاص وعيب الشكل والاجراءات ، اما المطلب الثاني فيتعلق باوجه عدم الدستورية الداخلية الذي يشمل عيب السبب وعيب المحل وعيب الغرض والانحراف التشريعي ، ثم اوضحنا بعد ذلك قيود الرقابة على دستورية القوانين ضمن المبحث الثاني الذي بينا فيه ان الهيئة المختصة بالرقابة الدستورية لا يمكن ان تمارس هذه الرقابة بافراط او بدون قيود كما بينا ان هذه القيود لا بد ان يكون لها حدود تقف عندها حتى لا تفقد الرقابة الغرض المرجو منها عند التفريط فيها ، وقد قسمنا هذه القيود الى خمسة مطالب اوضحنا في المطلب الاول بان الرقابة تتم في اطار القواعد الدستورية ومشكلة ما فوق الدستورية واشرنا في المطلب الثاني الى ان قرينة الدستورية تكون لمصلحة التشريع

وبينا في المطلب الثالث عدم امتداد الرقابة الى ملاءمة التشريع ، وتطرقنا في المطلب الرابع الى تقييد الهيئة الرقابية باعتبارات الامن القانوني في المجتمع اما في المطلب الخامس فقــد اوضحنا عدم امتداد الرقابة الدستورية الى اعمال السيادة .

المركز القانوني للاستثمارات الاجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي المالي

الباحث

د.محمد يونس يحيى الصائغ

الملخـــــــص

في عصر بدأت فيه المسافات بين الأمم والشعوب تضيق شيئاً فشـيئاً نتيجـة لثورة المعلومات والاتصالات ، واتساع حركة التبادل وانتقال السلع والأفراد عبر الحدود ، أصبح حق الحياة الكريمة مسألة إنسانية شاملة تنطبق على شعوب العالم الثالث قاطبة ، بما فيها الدول العربية لكن الواقع الاقتصادي والاجتماعي لمجموعة الدول النامية مازال بعيداً عن نيل هذا الحق الأساسي .

فحينما انهار النظام الاستعماري تحت وطأة حركات التحرر الوطني أدركـت معظم الدول المتحررة أن قضايا التحرير السياسي تمتزج مع قضايا التحرر الاقتصـادي ولاسيما قضية التنمية الاقتصادية .

بيد أنه غداة الاستقلال السياسي كانت مجموعة هذه الدول قـد ورثـت حالـة التخلف بكل أبعادها وجوانبها ، ومما لاشك فيه أن التنمية هي التحدي الأول الذي يواجه الدول النامية ، وبقدر نجاحها في مواجهة هذا التحدي سيتحدد على المدى الطويل مـدى نجاحها في حل مشكلاتها الأخرى .

من الثابت أن التمويل يمثل إحدى الدعائم الأساسية للتنمية . وقد كان التمويـل الداخلي وسوف يبقى على ما يبدو ، هو المصدر الرئيسي لتمويل التنميـة فـي الـدول النامية على الرغم من ضعف الدخول في تلك الدول وأتباع أنماط من الاستهلاك فيها لا تتفق بحال مع درجة نموها الاقتصادي .

غير أنه إلى جانب التمويل الداخلي هناك دائماً مجال للتمويل الخارجي سـواء أكان من منظمة دولية أم من دولة أجنبية أم من مستثمر أجنبي خاص ، ومن الثابـت أن لكل نوع من أنواع هذا التمويل مزاياه وعيوبه ، لذلك فأن التفضيل بين هذه الأنواع يظل في حقيقته اختياراً بين أفضل البدائل المتاحة في كل حالة على حـدة بحسـب شـروط التمويل والظروف الاقتصادية والسياسية للدولة التي تتلقاه .

وعلى الرغم من إدراك كثير من البلاد النامية للدور التاريخي الذي أداه تصدير رأس المال الأجنبي في احداث حالة تخلفها الاقتصادي وترسيخه ، فأن ظروفها الخاصة المتمثلة في انخفاض مستوى المعيشة وضآلة حجم الادخار القومي ومعدلاته والتبعية الاقتصادية للخارج ، جعلتها في حاجة مستمرة إلى الموارد الخارجية لعلاج مشكلاتها الاقتصادية ولسد الفجوة القائمة بين المدخرات الوطنية المتاحة ومعدلات الاستثمار المطلوبة للتنمية .

ولا نبالغ إذ قلنا أن من أهم الخصائص المميزة للسياسة الاقتصادية للدول النامية في العصر الحالي هو تطلعها بشكل لافت إلى مساهمة رأس المال الأجنبي في تمويل تنميتها سواء كان ذلك في صورة استثمارات أجنبية عامة أم خاصة ، وفي حقيقة الأمر كان السائد خلال القرن التاسع عشر تصدير السلع وليس رأس المال ، وهو الطابع المميز لاطار العلاقات الاقتصادية الدولية خلال تلك الفترة ، إذ كانت رؤوس الأموال الأجنبية الخاصة تستثمر داخل الدول الرأسمالية المتقدمة ، وعندما دخلت الرأسمالية مرحلة الاحتكار وعلى الأخص في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين زادت درجة تركز رأس المال فظهرت نتيجة لذلك رؤوس أموال فائضة ، وأصبح المزيد من الاستثمار في الدول الرأسمالية يؤدي إلى انخفاض معدل الربح إلى مستويات غير مقبولة من وجهة نظر الرأسماليين .

وفي ضوء ما تقدم فقد تم تصدير رؤوس الأموال الفائضة للاستثمار الى بلاد أخرى توجد فيها معدلات أعلى للربح ، وهكذا أصبح تصدير رأس المال هو الطابع النموذجي لمرحلة الرأسمالية الاحتكارية في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية بين الدول المتقدمة والدول النامية .

وقد لجأت غالبية الدول النامية إلى جذب الاستثمارات الأجنبية الخاصة عن طريق منحها بعض الاعفاءات والمزايا التي تشجعها على المجيء إليها . غير أنه قد تتعذر الاستثمارات الوافدة من الدول المتقدمة إلى الدول النامية لأسباب يرجع بعضها إلى عدم توافر الشروط اللازمة لإقدام الأجنبي على المساهمة بما لديه من مال وخبرة ويرجع بعضها الآخر إلى المخاطر المتعددة التي قد تتعرض لها هذه الاستثمارات .

فإذا استعرضنا – على سبيل المثال – جانباً من الأوضاع السياسية المتعلقة ببعض البلاد النامية المستوردة لرأس المال التي تمثل تربة خصبة للاستثمار الأمثل ، نجد أن لها تاريخاً قد تعكر صفوه التأميمات والمصادرات التي تقع على رؤوس الأموال الأجنبية .

وفي الوقت الذي اعترضت فيه الدول النامية على قواعد القانون الدولي التقليدية الخاصة بمعاملة الاستثمارات الأجنبية وإعلانها أنها غير ملزمة بالنسبة اليها دخلت الدول المتقدمة في اتفاقيات ثنائية مع الدول النامية من أجل التخفيف من الشكوك وبذريعة أن هذه الاتفاقيات تحسن وتطور مناخ الاستثمار في الدول النامية جعلت هذه الاتفاقيات تحقق مصالحها وتلبي رغباتها وقامت بتضمينها أغلب القواعد التقليدية في الموضوع والتي سبق للدول النامية الاعتراض عليها .. ومع ذلك فأن هذه المعاهدات أدت دوراً أساسيا في تطوير القانون الدولي المالي بشكل عام وقانون الاستثمار الأجنبي بشكل خاص .

وبناءاً على هذا فقد آثرنا معالجة هذا الموضوع من خلال مبحث تمهيدي وخمسة فصول ، تناول المبحث التمهيدي التعريف بالاستثمار الاجنبي من الناحية الاقتصادية ومن الناحية القانونية عبر التطرق الى تعريفه في قوانين الاستثمار الوطنية وفي القانون الدولي .

وبغية تعريف القاريء بأنواع الاستثمارات الاجنبية الخاصة فقد خصصنا الفصل الأول للبحث في هذه الأنواع من خلال التطرق الى الاستثمارات الاجنبية الخاصة المباشرة الثنائية والى الشركات المتعددة الجنسية تحت تقسيم الاستثمارت الاجنبية الخاصة وكذلك تم تناول القروض التي تقدمها الهيئات الخاصة أو الأفراد والى الاستثمار في حافظة الأوراق المالية تحت تقسيم الاستثمارات الأجنبية الخاصة غير المباشرة .

ولأن مقدار الحماية وكفايتها هي ما يطمئن المستثمر الأجنبي وتدفعه الى الاستثمار خارج بلده ، فلقد ارتأينا تناول وسائل هذه الحماية عبر مباحث الفصل الثاني من هذه الأطروحة ، إذ خصصنا المبحث الأول للكلام على الوسائل الوطنية لحماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة التي يندرج تحتها تشريعات الاستثمارات الوطنية والنظم الوطنية لضمان الاستثمارات في الخارج في حين خصصنا المبحث الثاني لتناول الوسائل الدولية القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة التي تتفرع الى وسائل حماية في القانون الدولي العرفي ووسائل حماية في القانون الدولي الاتفاقي . واستكمالاً لما بدأناه في الفصل الثاني من الحديث عن وسائل الحماية القانونية خصصنا الفصل الثالث للكلام على الحماية الموضوعية للاستثمارات الأجنبية الخاصة في المعاهدات الثنائية بشكل خاص وذلك من خلال البحث في الحماية الاتفاقية ضد مخاطر التأميم ونزع الملكية كذلك البحث في الحماية الاتفاقية ضد مخاطر القيود على الصرف الأجنبي ومنع التحويل وغيرها من الاجراءات الحكومية ذات الطبيعة المماثلة فضلاً عن أخطار الحروب .

واستمراراً في تناول المركز القانوني للاستثمرات الأجنبية فقد خصصنا الفصل الرابع للبحث في وسائل تسوية المنازعات في معاهدات الاستثمار الثنائية عبر التطرق الى وسيلة القضاء سواء كان وطنياً أم دولياً ودوره في تسوية المنازعات وشروطه للنظر في هذه المنازعات ووسيلة التحكم ودورها في تسوية المنازعات من خلال التطرق الى التحكيم الخاص والى التحكيم المؤسسي .

واكمالاً لجوانب المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة فقد خصصنا الفصل الخامس والأخير من هذه الأطروحة لمناقشة الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية الخاصة عبر التطرق الى اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بوصفها نموذجاً لاتفاقيات الضمان الدولية وذلك من خلال البحث في الجوانب القانونية والتنظيمية للمؤسسة والتطرق الى العمليات التي تقوم هذه المؤسسة .

وبعد بياننا للمركز القانوني للاستثمارات القانونية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي المالي يمكن تحديد نقاط الضعف والمعوقات التي تقلل أو تمنع من تدفق الاستثمارات الأجنبية الخاصة الى الدول النامية ووسائل توفير المناخ الملائم لانسياب الاستثمارات الأجنبية التي تخلق فرصاً واسعة للتنمية في هذه البلدان إن عوملت بوسائل متوازنة تحفظ حقوق الطرفين .

النظام القانوني للممثل التجاري، دراسة مقارنة

الباحث

د. صدام سعد الله محمد

الملخص

بالرغم من الأهمية الكبرى للممثل التجاري في تنشيط حركة التجارة على الصعيدين الداخلي والخارجي بوصفه من أهم الوكلاء التجاريين في وقتنا الحاضر فضلا عن وكيل العقود. ومع ذلك فان الممثل لم يحظ في العراق بتنظيم قانوني منذ عقد الثمانينات، بل لم تلق الوكالة التجارية بأنواعها كافة – والتي منها عمل الممثل التجاري – أي تنظيم قانوني موضوعي لا بين دفتي قانون التجارة العراقي النافذ، ولا في قانون خاص، وهذا بالنتيجة أحدث فراغاً تشريعياً في هذا الجانب، أجتذب نظرنا وكان دافعا لنا في محاولة الكتابة ليس في الوكالة التجارية، بل آثرنا أن تقتصر هذه الدراسة على الممثل التجاري، كونه لم يسبق لباحث أن كتب فيه على الأقل في العراق. ولما يتمتع به من خصوصية، ومخافة ان تكون دراستنا وصفية لاعمق فيها فيما لو انصبت تلك الدراسة على البحث في جميع أنواع الوكلاء التجاريين، ولأجل ما تقدم فقد ارتأينا تقسيم دراستنا إلى أربعة فصول، خصصنا الأول منها لبحث ماهية الممثل التجاري من حيث تعريفه وبيان طبيعة عمله في القانون والفقه فضلا عن تمييزه مما يشتبه به ونظرا لعدم اتفاق القوانين على تعريف موحد للممثل التجاري وكذا الفقهاء، ولما كانت هذه التعاريف بنوعيها محل نظر، فقد خرجنا بتعريف للممثل التجاري بأنه وكيل تجاري محترف ومستقل يمثل بشكل دائم مصالح تاجر او أكثر من أبرام عقود واجتذاب زبائن أو غيرهما من التصرفات باسم موكله ولحسابه، في منطقة معينة، له فيها مكتب خاص يتحمل نفقاته، وينتقي ممثليه وعماله ويدفع عمولاتهم وأجورهم. أما طبيعة عمله فقد خلصنا بعد دراسة موقف القانون والفقه منها الى ان الممثل التجاري هو وكيل تجاري من نوع خاص. ومن ثم له من الخصائص ما يميزه من غيره من أنواع الوكلاء التجاريين.

ولقد افردنا الفصل الثاني لبحث انشاء المركز القانوني للممثل التجاري الذي يلزم لنشأته –كخطوة اولى– ان يكون ثمة عقد تمثيل تجاري صحيح التكوين ، إلا أننا لم نتطرق الى

بحث الأركان التي يتكون منها، بل سنسلط الضوء على الخصوصية التي يمكن ان تتصف بها في تكوينها لعقد التمثيل التجاري، فضلا عن بحثنا لخصائص هذا العقد، التي يشترك في بعض منها مع اغلب أنواع عقود الوكالات التجارية، منها انه عقد قائم على فكرة النيابة الكاملة والمصلحة المشتركة لطرفيه وعلى صفة الاعتبار الشخصي فضلا عن اتصافه بخصائص أخرى.

كما أن ممارسة مهنة التمثيل التجاري تتطلب توافر مجموعة من الشروط الموضوعية في شخص الممثل التجاري التي من أهمها ان يكون محترفا مستقلا. أما الشروط الشكلية فتتجلى بضرورة تسجيل الممثل لنفسه وعقده في سجل خاص عادة ما يعرف بسجل الوكلاء التجاريين، فإذا ما حاز صفة التاجر وجب تسجيل نفسه أيضاً في السجل التجاري. وبتوافر هذه الشروط بنوعيها بعد وجود عقد تمثيل تجاري مكتمل التكوين عند ذلك يمكن للمركز القانوني للممثل التجاري ان ينشأ .

أما المركز القانوني للممثل التجاري فقد بحثناه في الفصل الثالث من هذه الدراسة وقد حوى حقوق الممثل التجاري التي من أهمها أمكانية قيامه بأعمال تجارية باسمه ولحسابه الخاص، وتمثيل موكلين جدد دون استئذان موكله فضلا عن حقه في إنابة غيره في القيام بالتصرف الموكل إليه أصلاً، وأخيرا ألزام موكله بتعويضه عن فقده لعنصر العملاء الذين ساهم كثيرا في تكوينهم وزيادتهم، اذا ما رفض موكله تجديد العقد، متعسفا في استعمال حقه.

كما تضمن هذا الفصل الالتزامات الملقاة على عاتق الممثل التجاري التي من أهمها التزامه بالامتناع عن منافسة موكله سواء أثناء حياة العقد او بعد انتهائه بمدة معينة، والتزامه بتنفيذ الصفقات المقترنة بشرط الضمان، فضلا عن التزامه بتقديم خدمات ما بعد البيع للعملاء من خلال مراكز الصيانة والإصلاح التي ينشؤها.

في حين بحثنا في الفصل الأخير من هذه الدراسة الضمانات التي يمكن ان تكون عونا للممثل التجاري في الحصول على مستحقاته من موكله، ومن هذه الضمانات حق الحبس وتضامن موكلي الممثل اما حقه في الامتياز فان أكثر القوانين المقارنة لم تمنحه التمتع بهذا الحق. ولانه لايمكن للعقد ان يكون مؤبدا، لذا كان لابد لمهمة الممثل التجاري من الانتهاء بانقضاء عقده.

وهذا ما بحثناه ايضا ضمن هذا الفصل الأخير. وبما ان عقد التمثيل التجاري يقوم على فكرة المصلحة المشتركة، لذا فقد حظي هذا العقد من لدن بعض التشريعات المقارنة بنظام إنهاء خاص به. وتتجلى صورة هذا النظام من خلال القيود التي فرضتها هذه

التشريعات على إرادة كل من الموكل وممثله التجاري في انهاء هذا العقد القائم على المصلحة المشتركة لكليهما في تكوين عنصر العملاء والسعي الدؤوب في تنميتهم من خلال التعاون بينهما. اذ كلما زاد عدد العملاء زادت أرباح الموكل وبالمقابل ازدادت عمولة الممثل التجاري.

ولقد سعينا عبر صفحات هذه الدراسة إلى أبراز الخصوصية التي يتصف الممثل التجاري بها من باقي أقرانه من الوكلاء التجاريين، وذلك كله بغية الوصول إلى اقتراح تنظيم قانوني للممثل التجاري يتواءم مع هذه الخصوصية.

تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين- دراسة مقارنة -

الباحث

د. رعد مقداد محمود الحمداني

يعد الزواج من أهم مواضيع الأحوال الشخصية التي إهتمت التشريعات الوطنية بتنظيمه في جميع جوانبه ومنها النظام المالي للزوجين ، ومن المتصور أن يكون الزواج مختلطاً فيقضي القانون الشخصي لأحد الزوجين بسريان نظام مالي معين على حياتهما الزوجية يختلف عما يقضي به القانون الشخصي للزوج الآخر، وهنا يظهر التنازع بين القوانين في النظام المالي للزوجين .ويتخذ النظام المالي للزوجين إحدى صورتين، فإما أن يتخذ صورة التنظيم التشريعي كما هو الحال في نظام إنفصال الأموال في الشريعة الإسلامية ونظام الاشتراك في الأموال المكتسبة في التشريع الفرنسي ، وإما أن يتخذ صورة التنظيم الإتفاقي المعروف في الفقه والتشريعات الأوربية .وفض تنازع القوانين في التنظيم التشريعي للنظام المالي للزوجين يتطلب أولاً بيان التكييف القانوني لهذا التنظيم وقد إختلف الفقه حول ذلك إلى فريقين لكل منهما مبرراته، الأول يرى إنها من مسائل الأحوال العينية ، والأخر يرى إنها من مسائل الأحوال الشخصية وهو ما أخذ به المشرع المصري في قانون نظام القضاء رقم (١٤٧) لسنة ١٩٤٧، وأيدناه وأوصينا المشرع العراقي الأخذ به ، كما يتطلب فض هذا التنازع تحديد ضوابط الإسناد المعتمدة في هذا الصدد وهي إما أن تكون ضوابط إسناد شخصية ، كضابط جنسية الزوج وضابط الجنسية المشتركة ، أو ضوابط إسناد مكانية ، كضابط موقع المال وضابط الموطن المشترك للزوجين ، وقد أيدنا إعتماد ضابط الجنسية المشتركة للزوجين كونه دليلاً على رغبتهما في إعتماده وفي حالة إختلافها يصار إلى إعتماد ضابط جنسية الزوج بإعتباره سيد العائلة ، وبعد بيان التكييف القانوني لهذا التنظيم وتحديد ضوابط الإسناد المعتمدة في هذا الصدد يتم تحديد القانون الواجب التطبيق وهو أمر لا يخلو من صعوبات في التشريع العراقي والتشريعات العربية على خلاف ما هو عليه في التشريعات الأوربية واتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٨ التي حددت ذلك بصورة دقيقة وصريحة ومباشرة ، وقدمنا توصياتنا ومقترحاتنا بما يتلاءم مع أحكام الفقه الإسلامي والنظام العام الإسلامي وأوضاع المسلمين في الدول الإسلامية والأجنبية .أما فض تنازع القوانين في التنظيم الإتفاقي للنظام المالي للزوجين فهو الآخر يحتاج إلى بيان التكييف القانوني الملائم له ، وقد ذهب الفقه والقضاء الأوربيين إلى عده عقداً كسائر العقود المالية وهو

ما يخضعه لقاعدة الإسناد الخاصة بالعقود ، وهو ما إنتقده الفقه العربي وذهب إلى عده أثراً من آثار الزواج دون بيان سندهم في ذلك ، ورأينا في ذلك تعد من الشروط المقترنة بعقد الزواج ولنا في ذلك مبررات عدة تتراوح بين شرعية وقانونية ولغوية ، وأوصينا المشرع والقضاء العراقيين بإعتمادها ، كما يتطلب فض هذا التنازع تحديد ضوابط الإسناد المعتمدة في هذا الصدد وهذه تختلف حسب ما إذا كانت المسائل التي يراد تحديد القانون الواجب التطبيق عليها متعلقة بالموضوع أو الشكل، ومن الأولى ضابط إرادة الزوجين وضابط جنسية الزوج ، وأوصينا بأعتماد هذه الأخيرة باعتبار إن التنظيم الإتفاقي ليس سوى شرط مقترن بعقد الزواج ، ومن الثانية ضابط بلد إبرام المشارطة وضابط الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للزوجين ، وقد إعتمد المشرع العراقي ضابط بلد إبرام التصرف فقط بصورة إلزامية مخالفاً بذلك التشريعات العربية ، وبعد بيان التكييف القانوني لهذا التنظيم وتحديد ضوابط الإسناد المعتمدة في هذا الصدد يتم تحديد القانون الواجب التطبيق وهو ما نصت عليه التشريعات الأوربية واتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٨ بصورة دقيقة وصريحة ومباشرة، أما الفقه الإسلامي والتشريعات العربية فلم ترد فيهما أية إشارة إلى ذلك ، وهو ما دعا الفقه العربي إلى التمييز بين المسائل الموضوعية والشكلية ، فبالنسبة للمسائل الموضوعية فقد إنقسم الفقه بشأنها إلى فريقين ، يرى الأول خضوعها لقانون الإرادة ، بينما يرى الأخر وجوب تطبيق قانون جنسية الزوج ، وهو ما أيدناه مع اختلافنا مع الرأي الأخير في تبرير ذلك حسب تكييفنا السابق للتنظيم الإتفاقي وعده شرطاً مقترناً بعقد الزواج ، أما بالنسبة إلى المسائل الشكلية فقد ذهب الفقه إلى خضوعها للقانون الذي يحكم الشكل عموماً ، بينما نرى خضوعها للقانون الذي يحكم شكل عقد الزواج ، ونرى ضرورة توحيد القانون الذي يحكم الشكل في جميع التصرفات القانونية ومنها عقد الزواج بما يحويه من شروط مقترنة به .وختمنا دراستنا بأهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال البحث والتحليل والمقارنة لموضوع البحث ، كما أوردنا توصياتنا التي تلغي أو تعدل أو تضيف بعض النصوص القانونية إلى التشريع العراقي آملين الأخذ بها من أجل إيجاد تنظيم قانوني دقيق لموضوع البحث .