جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

معهد العلمين للدراسات العليا

قسم القانون الخاص

دور الإرادة فـــي إطار القواعد الموضوعية

"دراسة مقارنة"

رسالة قدمتها الطالبة

سماح حسين دحام

إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا وهي جزء من متطلبات

نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

إشراف

الأستاذ الدكتور

صالح مهدي كحيط

استاذ القانون الدولي الخاص

١٤٤٧ هـ ٢٠٢٥م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ
الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا
جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ
لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِن لِّيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ
إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة المائدة: ٤٨

الإهداء

إلـــى... روح أبي الغالي الساكن في عالم الملكوت الأعلى. اشعر بفضلك في كلّ خطوة اخطوها، فانت علمتني أن العزيمة تحقق المستحيل... رحمك الله.

إلـــى... أمي الحبيبة ... سندي الذي لا ينكسر ويا نور دربي، شكراً لصبركِ الذي كان حصناً لي في أصعب اللحظات.

إلـــى... أخواتي العزيزات ... شكراً من القلب لوقفتكم الباسلة، ولدفء كلماتكم التي كانت تجدد همتي، لولا تشجيعكم ودعواتكم الخفية ما بلغت هذا اليوم .

إلـــى... زوجي، رفيق دربي، شكراً لأنك كنت القوة حين ضعفت، والابتسامة حين تعبت، أنت نعمة الله التي اكرر شكرها كلّ يوم.

إلى ... أطفالي علي وافنان ، فلذة كبدي أهدي ثمرة جهدي المتواضع

مع خالص حبي...

الشكر والعرفان

الحمد لله الذي انار الدرب، ووفق الخطى إلى غايات العلم والحكمة، فكانت هذه الرحلة الاكاديمية نوراً يضاف إلى سجل الحياة، وأصلي واسلم على نبيه الهادي وعلى اله الطيبين الطاهرين سلالة الحكمة.

أما بعد ...

فأهدي هذا العرفان الموشى بنور القلوب، والثناء المعطر بعبق الاخلاص، إلى من كانوا سنداً للفكر، وقبساً للعطاء في رحلتي الاكاديمية ، إلى اساتذتي الافاضل، من وهبوني من كنوزهم ما جعل الحروف تنطق بالحق والنصوص تحيي العدل.

إلى الاستاذ الدكتور(صالح مهدي كحيط): سيدي المُلهم، لقد كنت بحراً زاخراً من الحكمة، تنير افقه شموس الخبرة، وترسي قواعده مراسي المنهجية بتوجيهاتك المحكمة، صاغ البحث روحه، وارتقى إلى مصاف التشريعات الرصينة، فلك مني عهد امتنان لا ينقطع، فكلّ جلسة اشراف كانت محراباً اتلو فيه صلاة العلم، وكلّ ملاحظة كانت لؤلؤة تزين تاج البحث.

إلى استاذتي الاكارم: (د.عبد الرسول عبد الرضا الاسدي) و (د. خالد خضير دحام) و (د. ابراهيم عباس الجبوري): لقد منحتموني من يد العون ما جعل العثرات سبيلاً إلى النجاح، عطاؤكم السخي كان نسمة ازاحت غيوم التردد، وحولت العثرات إلى سلم نحو النجاح، فلكم مني الثناء الجزيل على روحكم الابوية التي جعلتني اؤمن بان العلم لا يكتمل إلا بيد تعطي و أخرى تشكر.

إلى معهد العلمين للدراسات العليا والمتمثل بعميدها وكادرها التدريسي والاداري :

أساتذتي الافاضل، لقد جعلتم من رحلة الماجستير رحابًا اتنفس فيه عبق القانون واسرار العدالة، دمتم أوتاداً لصرح العلم في المعهد، ورموزاً يُحتذى بها في العطاء والبذل، فشكراً لأنكم كنتم شركاء النجاح، ورسل الالهام في كلّ خطوة.

ولا يسعني وأنا أقدم هذا الجهد المتواضع إلا أن اسجل شكري وامتناني إلى لجنة المناقشين الأفاضل والخبيرينِ العلمي واللغوي، الذين سيتفضلون بقراءة الرسالة ورفدها بآرائهم السديدة التي تجعلها إن شاء الله في أحسن تقويم.

الباحثة

المستخلص

تعد مسالة تنازع القوانين في مسائل العقود الدولية أحد أهم موضوعات القانون الدولي الخاص، وأكثرها صعوبة نظراً إلى تعدد المناهج التقليدية والحديثة التي حاولت معالجتها، وتضارب الحلول وعدم استقرارها، إذ اثبتت الدراسات التحليلية لواقع الروابط الدولية من حيث تنظيمها الوضعي عن عجز القوانين المعدة للعلاقات الداخلية في إيفاء متطلبات وحاجات التجارة الدولية، وقد باتت الأهداف المتمثلة في تحقيق الأمن واليقين القانوني واحترام التوقعات المشروعة لأطراف العقود الدولية أهدافاً عزيزة على فقه القانون الدولي الخاص دون سواه في ميادين القانون في الفروع الأخرى، بسبب الطبيعة المميزة لقواعد هذا القانون والأسلوب الفني المتّبع في هذا الفرع لتسوية المنازعات الناشئة عنه.

ففي ظلّ قواعد الاسناد الوطنية المصدر وما يشوبها من قصور وجمود وتعقيد تؤدي إلى نتائج متضاربة وقفت حاجزاً أمام تحقيق تلك الأهداف، بسبب هذه المؤشرات لم يجد المتعاملون في التجارة الدولية مفراً من العمل بقواعد انشأتها الظروف والطبيعة المميزة لكلّ نوع من النشاط التجاري عبر شروط متقابلة واعراف وعادات تواتر العمل عليها من قبلهم، والدخول في اتفاقيات دولية بما يتلاءم وحاجات العلاقات الدولية العابرة للحدود التي تنضوي جميعها تحت منهج القواعد الموضوعية باعتباره يمنح المتعاملين به العلم المسبق والواضح للقواعد التي تحكم علاقاتهم.

والمتتبع لتشكيل هذه القواعد يجد أنه أغلب قواعدها عرفية النشأة تكونت في الأوساط المهنية وبين المتعاملين في التجارة الدولية منذ بداية العصور القديمة وصولاً للعصور الحديثة.

ويقصد بالقواعد الموضوعية إنها تلك القواعد التي تضع حلًا موضوعيًا للعلاقات الدولية الخاصّة التي تنهي النزاع بصورة مباشرة، مثلما تمتاز القواعد الموضوعية بسمات عديدة تنفرد وتستقل بها عن باقي القواعد في القانون الدولي الخاص باعتبار قواعده نوعية وظائفية في مضمونها

وموضوعية ومباشرة في حلولها، وأيًا كان وجه اختلاف الفقه في مدى اطلاق صفة النظام القانوني على القواعد الموضوعية بوصفه منهجاً جديداً في العلاقات التجارية الدولية، إلا أن هذا الخلاف لا ينفي عليها تعاطيها السلس مع مقتضيات التجارة الدولية، ويلاحظ إنها ظهرت نتيجة مبررات سلبية و ايجابية ساهمت في ظهورها كونها تعد الوسيلة الممكنة والفضلى في تحقيق الوضوح واليقين القانوني، ولعلّ التطورات الحاصلة في ميدان التجارة الحرة أدى إلى تزايد القواعد الموضوعية التي تحكم العلاقات الدولية الخاصّة والتي تستمد قوتها من ارادة المتعاملين بها، إذ تعد الارادة المحرك الأساس الذي تدور حوله معاملات الأفراد في ميدان المال والاعمال، وتظهر الارادة بصورة جلية ولاسيما في التشريعات التي تأخذ بالمذهب الفردي عن طريق مبدأ سلطان الارادة، إذ يعد المبدأ الأخير من المبادئ الأساسية والجوهرية المستقرة في القانون الدولي الخاص، فأغلب الفقه والتشريعات قد اعطت ارادة الأفراد الحرية في اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم القانونية وسواء كان هذا الاختيار صريحاً أم ضمنياً أم مفترضاً.

ولقد تأثر التنظيم القانوني للعقود بالصراع الأيديولوجي الذي نشأ نتيجة تطور الفكر الانساني، وتبلور الصراع إلى مذهبين متعارضين الأول المذهب الفردي ومن أنصاره أصحاب النظرية الشخصية التي ترجع في نشأتها إلى القرن الثامن عشر والتي نادت بتبجيل وتقديس حرية الفرد بوصفها حقاً طبيعياً له، وقد ردوا حق المتعاقدين في اختيار قانون العقد إلى مطلق مبدأ سلطان الارادة بما في ذلك اندماج القانون المختار في العقد وقدرة أطرافه في انشاء العقد وتنظيمه، فتأخذ بمبدأ سلطان الارادة والذي يعطي الارادة سلطان واسع من حيث الشكل الذي تظهر فيه.

أما المذهب الثاني فهو المذهب الاجتماعي ومن أنصاره أصحاب النظرية الموضوعية الذي ساد أواخر القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين والذي اكد أن الجماعة هي الهدف الأسمى للقاعدة القانونية والتي تسعى إلى تحقيق العدالة الاجتماعية ولو على حساب الحرية الفردية عن

طريق اعتبار القانون هو الأساس الملزم لقوة العقد بدلاً من الارادة وإلى عدالة العقد، وانطلاقاً من هذه المعطيات يبدو دور الإرادة لنا في مجال العقود الدولية عن طريق الحلول الموضوعية المباشرة التي تضعها للنزاع التي تلاءم الروابط الدولية، وتتبين الصفة المباشرة لقواعد هذا المنهج عن طريق مصادرها المتعددة سواء أكانت الاتفاقيات الدولية أو الاعراف والعادات الدولية فالقواعد الموضوعية تستمد قوة تطبيقها من إرادة الدول ذاتها عن طريق الدخول في اتفاقيات دولية، فتؤدي هذه الاتفاقيات إلى تجميع قواعد موضوعية موحدة تطبق على العلاقات الدولية الخاصّة إذ تقوم بمد القانون الدولي الخاص بقواعد تكون محل اِتفاق دولي لتطبق على العلاقات الخاصّة الدولية.

وبالنظر إلى المتغيرات المعاصرة على الساحة الوطنية والدولية اقتصادياً واجتماعياً، أصبحت الإرادة محل نظر فهي تتأثر بفعل هذه العوامل التي ساهمت بظهور انماط جديدة من العقود من أهمها عقود الاستثمار التي تنشأ بين ارادتين، ارادة الدولة من جهة وارادة المستثمر الاجنبي من جهة أخرى وما يصاحبها من تضارب وتعارض الارادتين في حل المنازعات التي تثور بمناسبة هذه العقود.

وتستمد القواعد الموضوعية قوة تطبيقها من إرادة أطراف العقد ذاته عن طريق الاعراف والعادات التجارية الدولية، وذلك عن طريق صياغة القواعد الموضوعية التي تطبق بصورة مباشرة على العلاقات في نطاق التجارة الدولية، فهي تقدم الحلول التي تعمل على معالجة القصور أو عدم ملاءمة القوانين الوطنية لحل المنازعات الدولية عن طريق الأحكام الموضوعية التي اِستقر عليها العمل بين التجار ورجال الأعمال في معاملاتهم الدولية، وذلك عن طريق إخضاع عقدهم لقانون معين يلزم القاضي والمحكّم بإرادة الطرفين فيطبق القاضي أو المحكم هذه القواعد بصورة مباشرة.

ومن أهم تطبيقاتها العقود النموذجية، والتي تعبر عن واقع مهني معين أو تعاون يربط بين المتعاملين الدوليين بهذه العقود، أي بعبارة أخرى تمثل عادات التجارة الدولية وأعرافها، إذ أنَّ اِستمرار العمل على هذه الأنماط الجديدة من العقود ساعدت على تكوين أعراف وعادات مستقرة تقوم بتنظيم علاقات التجارة الدولية وبنفس الوقت تتلقى اِرتياحًا من أطراف العلاقة العقدية في ميدان التجارة الدولية.

قائمة المحتويات

ت	الموضوع	الصفحة
١	**الآية القرآنية**	أ
٢	**الإهداء**	ب
٣	**الشكر والعرفان**	ت
٤	**المستخلص**	ث – خ
٥	**قائمة المحتويات**	١
٦	**المقدمة**	٤-١٠
٧	**الفصل الأول : ماهية القواعد الموضوعية**	١١-٨١
٨	المبحث الأول : مفهوم القواعد الموضوعية	١٣
٩	المطلب الأول : نشأة وتعريف القواعد الموضوعية	١٣
١٠	الفرع الأول : نشأة القواعد الموضوعية	١٤
١١	الفرع الثاني: تعريف القواعد الموضوعية	٢١
١٢	المطلب الثاني: سمات القواعد الموضوعية	٢٨
١٣	الفرع الأول : السمة الطائفية والنوعية	٢٩
١٤	الفرع الثاني: سمة الحكم المباشر	٣٥
١٥	المبحث الثاني: النظام القانوني للقواعد الموضوعية	٤٤

١٦	المطلب الأول : الاتجاهات الفقهية للقواعد الموضوعية	٤٥
١٧	الفرع الأول : التشكيك بصفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية	٤٥
١٨	الفرع الثاني: الاعتراف بصفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية	٥٣
١٩	المطلب الثاني: مبررات ظهور القواعد الموضوعية	٦٠
٢٠	الفرع الأول : المبررات السلبية	٦١
٢١	الفرع الثاني: المبررات الإيجابية	٧١
٢٢	**الفصل الثاني: البناء المصدري للإرادة في فاعلية احكام القواعد الموضوعية**	٨٢-١٦٢
٢٣	المبحث الأول : مفهوم الارادة في العقود	٨٤
٢٤	المطلب الأول : تعريف مبدأ سلطان الارادة وطرق تطبيق قانون الارادة	٨٤
٢٥	الفرع الأول : تعريف مبدأ سلطان الارادة	٨٥
٢٦	الفرع الثاني: طرق تطبيق قانون الارادة	٩٣
٢٧	المطلب الثاني: الارادة الحرة بين التقييد والاطلاق في ظلّ النظريات الفقهية	١٠٩
٢٨	الفرع الأول : النظرية الشخصية ومعاييرها المحددة للإرادة	١١٠
٢٩	الفرع الثاني: النظرية الموضوعية ومعاييرها المحددة للإرادة	١١٩

٣٠	المبحث الثاني: الدور الارادي في القواعد الموضوعية المتعلقة بالتجارة الدولية	١٢٧
٣١	المطلب الأول : الأثر الارادي في الاتفاقيات الدولية	١٢٨
٣٢	الفرع الأول : ارادة الدول(الاتفاقيات الدولية)	١٢٩
٣٣	الفرع الثاني: تطبيق الارادة في عقود الاستثمار	١٣٨
٣٤	المطلب الثاني: الأثر الارادي في الأعراف والعادات التجارية	١٤٧
٣٥	الفرع الأول : اختيار الأعراف الدولية والعادات التجارية	١٤٨
٣٦	الفرع الثاني: تطبيقات الارادة في العقود النموذجية	١٥٥
٣٧	**الخاتمة**	١٦٣-١٦٧
٣٨	**المصادر والمراجع**	١٦٨-١٨٢

أولاً- التعريف بموضوع البحث: كشفت الدراسات لواقع الروابط الدولية من حيث تنظيمها الوضعي عن عجز القوانين المعدّة للعلاقات الداخلية في إيفاء متطلبات وحاجات التجارة الدولية، وباتت الأهداف المتمثلة في تحقيق الأمن واليقين القانوني واحترام التوقعات المشروعة للعاملين في التجارة الدولية أهدافًا مهمة على فقه القانون الدولي الخاص دون سواه من ميادين القانون في الفروع الأخرى بسبب الطبيعة المميزة لقواعد هذا القانون والأسلوب الفني المتّبع في هذا الفرع لتسوية المنازعات الناشئة عنه.

إذ ينفرد القانون الدولي الخاص باستعمال وسيلة فنية غير مألوفة في فروع القانون الأخرى وهي قواعد التنازع، وبموجب هذه القواعد يقوم المشرع في مختلف الدول بتوزيع الاختصاص التشريعي بين القوانين التي تحكم طوائف من العلاقات أو المراكز القانونية تسمى "بالفكرة المسندة"، ويتم هذا التوزيع على أساس آلي لا يأخذ في الحسبان بالحلول الموضوعية لكلّ نوع من أنواع العلاقات أو المراكز القانونية.

وإزاء هذا التطور العالمي لم يجد العاملون في التجارة الدولية مفرًا من العمل بقواعد أوجدتها الظروف والطبيعة المميزة لكلّ نوع من أنواع النشاط التجاري عبر شروط متقابلة وأعراف وعادات تواضع العمل عليها من قبلهم بما يتلاءم وحاجات العلاقات التجارية العابرة للحدود.

وتحت وطأة الظروف المتغيرة لهذه العلاقات وبتأثير لا يمكن إنكاره لهيئات وأجهزة تعمل على أيجاد قانون متميز يحكم مباشرة العلاقات ذات العنصر الأجنبي وإدراكاً لمثالب المنهج التقليدي في تنازع القوانين فقد تزايدت القواعد التي تحكم مباشرة العلاقات الدولية الخاصّة، والتي تجد مصدرها ليس فقط في نصوص الاتفاقيات الدولية التي تحكم مسائل وأنواع متعددة من العقود كالبيع والإيجار التمويلي، والنقل الدولي للأشخاص والبضائع، والوكالة التجارية واتفاقيات الاستثمار الاجنبي وإنما في صورة قواعد ارساها القضاء في بعض الدول والتي تبناها التشريع في دول مختلفة ثم ساد منها تنظيماً قانونياً وطنياً معدًا لحكم العلاقات الدولية يختلف عن مثيله المعدّ لحكم العلاقات الوطنية أو الداخلية.

أدى تشعب انماط العقود الدولية وتعقد مسائل التجارة الدولية الحديثة إلى قصور قواعد التنازع التقليدية عن حل المنازعات الدولية، ومن ثم اصبحت لا تلاءم التطور الحديث في العلاقات الدولية الخاصّة العابرة للحدود الوطنية إذ إن السنوات الاخيرة قد شهدت تراجع منهج قواعد الاسناد عن المرتبة المميزة التي كانت تحتلها، وظهور مناهج أخرى فرضت نفسها بقوة لتنظيم العلاقات الدولية الخاصّة، وأحد هذه المناهج وهو منهج القواعد الموضوعية الدولية، والتي هي مجموعة القواعد التي تنظم تلك العلاقات الخاصّة الدولية المعروضة على القاضي أو المحكم، إذ إنها تمتاز تأخذ بنظر الاعتبار خصوصية العلاقات الدولية باعتبارها مجموعة من القواعد القانونية الدولية والعادات والاعراف التجارية التي درج رجال الاعمال والتجارة على استخدامها واللجوء إليها كونها وليدة هذه العلاقات التجارية ومن ثم يكون تطبيقها على منازعات هذه العلاقات أكثر تحقيقاً للعدالة وحماية توقعات الأطراف .

في الواقع تؤكد كافة الانظمة القانونية المعاصرة إلى خضوع العقود الدولية لإرادة الأطراف المتعاقدة كأساس لتطبيق القواعد الموضوعية، والذي يعود إلى مبدأ سلطان الارادة، فبعد إن كان يتركز في الزام المتعاقدين بما اتجهت إليه ارادتهم، وحظر التدخل في العلاقة العقدية من قبل المشرع والقاضي، إلا أن دوره تعدى ذلك في مجال التجارة الدولية، ليتمتع في ظلّها بدور الخالق للقاعدة القانونية، فأصبح بالفعل الركيزة الأساسية التي يبنى عليها ما يسمى بالنظام القانوني للتجارة الدولية أي (قانون التجارة الدولي)، والحال كذلك فقد كان من الطبيعي ألّا يتمرد ذلك النظام على صانعه، بل يضفي عليه القدسية ويبث فيه قدراً أكبر من الفاعلية .

وبالنظر إلى أن الاتفاقيات والاعراف والعادات الدولية هي من صور القواعد الموضوعية، ومن ثم سيكون للإرادة دورًا مهمًا في كلّ من الاتفاقيات الدولية عن طريق (ارادة الدول)، والتي تنطبق مباشرة على منازعات العلاقات

الخاصّة الدولية، بمجرد دخول العلاقة في نطاق تطبيق تلك القواعد وهنا دور الارادة لا يغير القاعدة وإنما اختيار القاعدة فهو دور ليس مطور وإنما مختار (اختياري).

غير إن الارادة تنشط أكثر في مجال الاعراف والعادات التجارية الدولية (ارادة الأطراف) بعدها قابلة للتطوير، فهنا دور الارادة تطويري للقاعدة القانونية ، وهذه المسألة مبنية على أسس علمية صحيحة باعتبار أن النشاط الانساني متحرك ومتغير يفرز سلوكيات وعادات تتشكل منها القواعد، ومن ثمّ بإمكان الأطراف المتعاقدة أن يحسّنوا من هذه القواعد .

ثانياً- أهمية البحث: تتجلى أهمية الموضوع في البحث عن تزايد الدور الإرادي لأطراف العلاقات الدولية الخاصّة، في اختيار القواعد الموضوعية التي تطبق بصورة مباشرة على العلاقات العقدية ذات العنصر الأجنبي، الذي من سماته منح المتعاملين في المجال الدولي التيسير والطمأنينة، في التعامل والعلم المسبق والواضح للقواعد التي تحكم علاقاتهم على اعتبار أنّ الاحترام المتطلب لتوقعات الأفراد من أهم أهداف القانون الدولي الخاص المعاصر.

وهنا دور الإرادة يختلف بتعدد صور القواعد الموضوعية بين الاتفاقيات الدولية، والاعراف والعادات التجارية الدولية بشكل متفاوت، فهي ذات قوة في الاطار العرفي عن طريق إنشاء وخلق القواعد الموضوعية واقل استجابة في الاطار الاتفاقي عن طريق اِلاتفاق الدولي بتطبيق تلك القواعد على العلاقات الخاصّة الدولية.

كما وتبدو أهمية هذا البحث بظهور الحاجة لهذه القواعد ذات التطبيق المباشر، فعالمنا المعاصر يعيش متغيرات هائلة جعلت من اتساعه وترامي حدوده قرية صغيرة، ونتيجة لما يواجهه منهج الإسناد التقليدي من الانتقادات كونه يؤدي إلى وضع حلول داخلية لمنازعات دولية، ومن ثم يكون هذا المنهج لا يتناسب مع الطبيعة الدولية للعلاقات ذات الصلة، فضلاً عن عدم ملاءمته لتنظيم العلاقات الخاصّة الدولية، ومن ثم تم هجره لصالح منهج

القواعد الموضوعية، وذلك لأنّ قواعده متفق عليها في نطاق التجارة الدولية تطبق مباشرة على هذه العلاقات، وعليه فأن دور الارادة هنا قد تجاوز دوره التقليدي باتجاه الدور الحديث التطويري، ومعنى ذلك أنه قد أصبح للإرادة دورًا في صنع القانون (قانون الدول الموحدة والأطراف).

ثالثاً- أهداف البحث: أن القواعد الموضوعية بمصادرها المتعددة، تتواجد في النظام القانوني الدولي وفي النظام القانوني الوطني، إلا أنها تستهدف وضع حلول موضوعية خاصّة للعلاقات المشوبة بعنصر أجنبي.

وتوصل القضاء إلى إقرار قواعد تستدعي حاجة المعاملات الدولية تحت ستار التفسير، ولكنه قد مارس في الواقع دورًا قاسم فيه "الشارع" اختصاصه ورغم إن هذه القرارات والقوانين تبقى قرارات وقوانين وطنية يكتنفها الغموض وتلفها تضاعيف المجموعات القانونية والقضائية إلا أنها ومن غير شك تمتاز بتوجهها المباشر نحو إعداد حلول موضوعية للعلاقات الخاصّة الدولية تختلف عن تلك المعدة للعلاقات الوطنية.

فلم تعد قواعد الإسناد مقصورة على الإسناد إلى نظام قانوني وطني، بل صار من الممكن إسناد العلاقة إلى مجموعة من القواعد التي لا تنتمي لأي نظام قانوني وطني كالقواعد المكرسة في العقود النموذجية أو الشروط العامة التي تصدرها المؤسسات المهنية والتي يتفق فيها على تسوية ما يثار بشأنها من منازعات أمام التحكيم الدولي.

وقد وجد القضاء نفسه في بعض الدول أمام خيار صعب بين التمسك بالقانون المشار له بوساطة قاعدة التنازع وبين ترجيح القانون الذي أشاد به التجار وتواضعوا على العمل به في علاقاتهم المتبادلة، فما كان من هذا القضاء سوى الإقرار بهذا الواقع وتطبيق تلك القواعد التي تشكل في رأي جانب من الفقه نظاما قانونيا ثالثا يتوسط القانون الدولي العام والقانون الوطني ذاك هو نظام القواعد العابرة للدول.

رابعـــا – اشـــكالية البحـــث والتســـاؤلات المطروحـــة: يكمـن موضـوع البحـث مـن دراسـتنا فـي أنـه ينـاقش مشـكلة مهمـة فـي القـانون الـدولي الخـاص، والتـي تشـكلّ جدليـة فـي تـاريخ هـذا القـانون، فنجـد أن فكـرة التنـازع التـي هـي جـوهر هـذا القـانون تـرتبط وجـودًا وعـدمًا بحركـة رؤوس الأمـوال والبضـائع عبـر الحـدود الدوليـة ومتـى مـا ازدهـرت هـذه الحركـة تزدهـر معهـا العلاقـات الدوليـة الخاصّـة وبالنتيجـة تثـور مشـكلة تنـازع القـوانين، ولا شـك فـي أن بسـبب التطـورات التـي لحقـت بالقـانون الـدولي الخـاص أصـبحنا بصـدد تعـدد المنـاهج التـي تسـعى لتلافـي أوجـه القصـور الموجـودة فـي قاعـدة التنـازع، ومـن هـذه المنـاهج المـنهج المباشـر الـذي يحتـوي قواعـد موضـوعية التـي تكونـت نتيجـة ارادتـي الـدول والأفـراد علـى خلقهـا وتجمعيهـا وتكوينهـا فـي اطـار هـذه المعطيـات إذ يوجـد تـداخل فـي دور الارادة، كمـا أنَّ هنـاك منطقـة ضـبابية تسـتدعي تسـاؤلاً رئيسًـا وأسئلة فرعية وهي كالآتي :

الســـؤال الـــرئيس: مـا مـدى مسـاحة دور الإرادة فـي صـياغة وتطبيـق القواعـد الموضـوعية سـواءً فـي اطـار الاتفاقيـات الدوليـة أو فـي سـياق الأعـراف والعـادات التجارية الدولية ... ؟

الســـؤال الفرعـــي: مـا مـنهج القواعـد الموضـوعية ومـا هـي أبـرز سـماته ...؟ وهـل ظهـرت الحاجـة إلـى هـذا المـنهج بجـوار المنـاهج الأخـرى فـي اطـار القـانون الدولي الخاص ...؟

الســـؤال الفرعـــي: هـل فكـرة القواعـد الموضـوعية تناسـب فلسـفة التنـازع الـدولي الخاص؟

السؤال الفرعي: ما أهم النظريات الفقهية التي تناولت الدور الارادي ...؟

الســـؤال الفرعـــي: مـا مـدى مسـاحة دور الارادة التطـويري أو الاختيـاري فـي ظـلّ القواعـد الموضـوعية ...؟ وهـل تتجـه الـدول إلـى توسـيع مسـاحة الـدور التطويري للإرادة أم الاكتفاء بالدور الاختياري فقط ...؟

خامســاً– نطـــاق البحـــث: لغـرض الاحاطـة بالجوانـب الأساسـية لموضـوع البحـث فقـد التزمـت دراسـة البحـث بـدور الإرادة فـي اطـار القواعـد الموضـوعية الدوليـة وذلك عبر ثلاثة محاور تناولنا فيها الموضوع ومثلما يلي:

١-**المحـــور الأول** : يشـمل القواعـد الموضـوعية بصـورة عامّـة وكـلّ مـا يخصـها باعتبارهـا مجـال تخصصـنا فـي القـانون الـدولي الخـاص، ولغـرض اعطـاء القـارئ فكرة أساسية عن المضمون الرئيس لهذه القواعد.

٢-**المحـــور الثـــاني**: سـلطنا فيـه الضـوء علـى الارادة فـي القـانون الـدولي الخـاص بإيضاح المذاهب الفقهية التي تبنتها.

٣-**المحـــور الثالـــث**: قمنـا بـربط الارادة بالقواعـد الموضـوعية عـن طريـق تسـليط الضـوء علـى بيـان دورهـا، فـي هـذه القواعـد الأخيـرة المتعلقـة بالتجـارة الدوليـة الاتفاقيـات والأعـراف الدوليـة، فـي كـلّ مـن القـانون العراقـي والقـوانين المقارنـة والعديد من الاتفاقيات الدولية والاعراف والعادات التجارية.

سادســاً- منهجيـــة البحـــث: سـنتناول دراسـة موضـوع البحـث عـن طريـق المـزج بين مناهج عديدة أَلا وهي:

١- **المـــنهج التحليلـــي**: عـن طريـق تحليـل القواعـد القانونيـة التـي تـنظم هـذا الموضـوع حيـثُ مـا وردت مـع تحليـل مواقـف الفقـه والقضـاء والاتفاقيـات الدوليـة المتيسـرة فـي هـذا المجـال فـي محاولـة لاسـتخلاص الإطـار العـام الـذي يهـيمن علـى الموضـوع وذلـك فـي إطـار نظـرة شـاملة لمختلـف الحلـول الجزئيـة والتـي تبـدو لأول وهلـة حلـولًا مبعثـرة لا رابـط بينهـا ، وبالمحصـلة أنّ التوصـل إلـى معرفـة الـرأي الـراجح الـذي يـرد فـي البحـث يـرومُ إلـى تحديـد دقيـق فـي موضـوع البحث.

٢- **المـــنهج الوصـــفي**: عـن طريـق التعـرف علـى دور الارادة فـي القواعـد الموضـوعية، ووضـعها فـي إطارهـا الصـحيح، وتفسـير جميـع الظـروف المحيطـة بهـا، ويعـد ذلـك بدايـة الوصـول إلـى النتـائج التـي تتعلـق بالبحـث، وبلـورة للحلـول التـي تتمثـل فـي التوصـيات والمقترحـات لإنهـاء الجـدل الـذي يتضـمنه مـتن البحث.

٣- **المـــنهج المقـــارن:** عــن طريــق بعــض القــوانين المقارنــة اعتمــادًا علــى مــا ورد فـــي القـــانون العراقـــي والقـــانون المصـــري والقـــانون الفرنســـي مـــع الاســـتعانة بـــبعض القوانين الأخرى ذات الصلة بالموضوع .

إنّ الغــرض مــن تعــداد القــوانين المقارنــة هــو تغطيــة أكبــر قــدر ممكــن مــن نصـــوص القـــوانين واســـتجلاء فلســـفتها وجـــذبها لصـــالح البحـــث مـــع دراســـة التطبيقـــات القضـــائية وآراء فقهـــاء القـــانون الـــدولي الخـــاص، فضـــلاً عـــن أنَّ الاشارة إلى تلك الاتفاقيات الدولية هي في ذات الصلة أيضًا .

ســـابعاً- خطـــة البحـــث: لمــا تقــدم ذكــره أعــلاه اقتضــت طبيعــة البحــث ومــن أجــل الإحاطـــة بجوانبـــه القانونيـــة جميعهـــا النظريـــة منهـــا والعمليـــة، والوقـــوف علـــى معطياتـــه المختلفـــة تقســـيمه علـــى فصـــلين: نوضـــح فـــي الفصـــل الأول منـــه: ماهيـــة القواعـــد الموضـــوعية، وبـــدوره يقســـم علـــى مبحثـــين: نتنـــاول فـــي المبحـــث الأول : مفهـــوم القواعـــد الموضـــوعية، ونخصـــص المبحـــث الثـــاني فيـــه : النظـــام القـــانوني للقواعد الموضوعية.

أمـــا فـــي الفصـــل الثـــاني نتنـــاول: البنـــاء المصـــدري لـــلإرادة فـــي فاعليـــه احكـــام القواعـــد الموضـــوعية، وبـــدوره يقســـم علـــى مبحثـــين: نتنـــاول فـــي المبحـــث الأول : مفهـــوم الارادة فـــي العقـــود، أمـــا المبحـــث الثـــاني فنتنـــاول فيـــه: الـــدور الارادي في القواعد الموضوعية المتعلقة بالتجارة الدولية.

وختمـــت الدراســـة بـــأهم النتـــائج والتوصـــيات التـــي توصـــلنا لهـــا خـــلال البحـــث فـــي دراســـتنا ، وبـــذلك فـــإنني آمـــل أن أكـــون قـــد قـــدمت مـــا فيـــه فائـــدة إلـــى كـــلّ العاملين في مجال القانون من أساتذة جامعيين وقضاة ومحامين وطلبةِ علمٍ .

الفصل الأول

ماهية القواعد الموضوعية

نتيجة التطورات الحاصلة على المستوى القانون الدولي الخاص وبسبب قصور منهج قواعد الاسناد عن استيعاب حلولها كافة المنازعات ذات العنصر الأجنبي أو أن حلولها لا تستجيب لمتطلبات التجارة الدولية، فكانت ردت فعل على ذلك بروز منهج القواعد الموضوعية لسد الحاجة لذلك، وما سنلاحظه بشكل واضح في هذا الفصل هو انصراف الجهود المبذولة في ظلّ منهج القواعد الموضوعية إلى استعادة التناغم المفقود بين طبيعة العلاقة والقاعدة المختصة بالتطبيق، أي بمعنى أن المجتمع الدولي للعلاقات الخاصّة في أغلب الاحيان سيشرع بنفسة قواعده الخاصّة به، من أجل تنظيم علاقاته بعيداً عن التشريعات الوطنية وصولاً تدريجياً لإحلال القواعد الموضوعية محل قواعد التنازع.

ولاشك في أن معرفة ذاتية الشيء يكون بالكشف عن هويته وبيان معالمه ويكون هذا عن طريق تحديد ماهية القواعد الموضوعية، فيمكن القول بأن هذا النوع من القواعد قد جاءت مواكبة للتطورات الحاصلة في معاملات التجارة الدولية، إذ أن الفكرة الرئيسة التي تبتنها هذه القواعد هي الحلول المباشرة الفورية سريعة التطبيق على المنازعات الدولية، في حال حدوثها بعيداً عن الاستعانة بقانون اخر وهذا بالتأكيد يعطيها الافضلية عن غيرها من مناهج التنازع الأخرى .

فهدف هذا النوع من القواعد ينصب على توفير القواعد القانونية الملاءمة لتلك المعاملات الدولية، وهي بذلك جاءت ملبية لاحتياجات المتعاملين في المجتمع التجاري الدولي، متلازمة مع تطورات العصر الحديث على صعيد العلاقات التجارية الدولية، فضلاً عن أن استخدام هذه القواعد لم يعد مقتصراً على المتعاملين في الأوساط التجارية، بل دخول

الدولة في الحياة التجارية الدولية عن طريق ابرام العقود مثلما يبرمها اشخاص القانون الخاص ومن ثم ارتضت قبول تطبيق هذه القواعد الحاكمة لهذا المجال بإرادتها الشخصية عن طريق اخضاع نفسها إلى القواعد التي تحكم الاشخاص الخاصّة ضمن مجال التجارة الدولية، هذه العوامل التي أدت إلى ظهور القواعد الموضوعية والحاجة لها لفض منازعات العقود الدولية الخاصّة تتطلب منا البحث في ماهية هذه القواعد من جهة، ولابد من تحديد نظامها القانوني وبيان عوامل ظهورها من جهة أخرى .

ومن أجل الإحاطة بما تقدم أعلاه سيقسم الفصل على مبحثين: نبين في المبحث الأول منه: مفهوم القواعد الموضوعية، وندرس في المبحث الثاني منه: النظام القانوني للقواعد الموضوعية، وعلى النحو الاتي:

المبحث الأول

مفهوم القواعد الموضوعية

لا يمكن ضبط ماهية القواعد الموضوعية مالم نعود إلى أصل نشأة هذه القواعد عبر التاريخ، إذ تفيد الحقيقة التاريخية لدراسة ما هو مستحدث من الافكار لا يكون إلا بفهم القديم منها بالوقوف على اسباب نشوه ووجوده، وعليه استلزمت الدراسة لمعرفة أصول هذه القواعد لابد من الاحاطة بجذورها التاريخية التي ساهمت برسم ملامحها على مر العصور، ومثلما يستوجب عند الحديث عن هذا النمط العالمي من القواعد المهمة، بيان أهم ما ورد فيها من تعريفات اصطلاحية وتشريعية ومحاولة وضع تعريف للقواعد المعنية، فضلاً عن توضيح أهم سمات هذا النوع من القواعد بصفاتها النوعية الناصعة كقواعد قانونية مباشرة في مضمونها ممّا يجعلها تسجل منهجاً نموذجياً مستقلاً متفوقاً في حل نزاعات العلاقات الدولية الخاصّة .

ومن أجل الإحاطة بما تقدم أعلاه سيقسم المبحث على مطلبين: نبين في المطلب الأول منه: نشأة وتعريف القواعد الموضوعية، وندرس في المطلب الثاني منه: سمات القواعد الموضوعية، وعلى النحو الاتي:

المطلب الأول

نشأة وتعريف القواعد الموضوعية

أصبحت بعض قواعد القانون الدولي الخاص متحررة من قيود القوانين الداخلية، الأمر الذي بدأ يضغط باتجاه انتاج قواعد تحكم علاقاته دون حواجز وقيود، هذه العلاقات التي توحدت فيها المصالح لتلافي الاختلاف الناتج عن تباين القوانين الوطنية، بإعطاء حلول مادية تلاءم هذا المجتمع.

والواقع يشير إلى أن اللجوء إلى القواعد الموضوعية هو احياء لذلك النظام القانوني السائد في العصور الوسطى في أوربا والمسمى

(LEXMERCATORIA) إذ وجـــدت مجموعـــة مـــن التجـــار لهـــم كيـــانهم المســـتقل والخاضـــعين لهـــذه القـــانون، ففضـــل هـــؤلاء الاشـــخاص فـــي معـــاملاتهم عـــدم الخضـــوع لأي نظـــام قـــانوني وطنـــي، ويـــرون أن ارادتهـــم قـــادرة علـــى خلـــق نظـــام القـــانوني صـــالح لحكـــم علاقـــاتهم، يحتـــرم إلـــى حـــد كبيـــر توقعـــاتهم المشـــروعة بشـــأن مـــا يـــدخلون فيـــه مـــن علاقـــات، ولا تتقيـــد بشـــكلّيات القـــوانين الوطنيـــة بفضـــل ما موجود لديهم من تنظيم داخلي.

ومـــن أجـــل الإحاطـــة بمـــا تقـــدم أعـــلاه سيقســـم المطلـــب علـــى فـــرعين: نبـــين فـــي الفـــرع الأول منـــه: نشـــأة القواعـــد الموضـــوعية، ونـــدرس فـــي الفـــرع الثـــاني منـــه: تعريف القواعد الموضوعية، وعلى النحو الاتي:

الفرع الأول

نشأة القواعد الموضوعية

لمـــا كـــان مـــن الضـــروري وجـــود تنظـــيم يســـري علـــى العلاقـــات التـــي تـــتم داخـــل الدولـــة، فكـــان لابـــد كـــذلك مـــن وجـــود تنظـــيم اخـــر يحكـــم العلاقـــات الخارجيـــة الدوليـــة للإفـــراد، إذ تكونـــت فـــي الأوســـاط المهنيـــة بـــين التجـــار قواعـــد موضـــوعية عرفيـــة النشـــأة اســـتقرت مـــع مـــرور الـــزمن لتـــواتر العمـــل بمقتضـــاها تعـــود إلـــى العهـــد الرومـــاني القـــديم، إذ تميـــزت هـــذه الاعـــراف بمراعاتهـــا مبـــدأ اليقـــين القـــانوني مقارنـــة مـــع القواعـــد الأخـــرى، لأنهـــا قواعـــد نشـــأة ارادياً مـــن قبـــل المتعـــاملين بهـــا علـــى المســـتوى الـــدولي وهـــم علـــى علـــم بمضـــمونها[1]، عنـــدها استشـــعر الفقـــه آنـــذاك بعـــدم ملاءمـــة قواعـــد القـــانون الرومـــاني مـــع تطـــور العلاقـــات التـــي تـــتم بـــين الأجانـــب والرومـــان مـــن جانـــب والأجانـــب بعضـــهم بـــبعض مـــن جانـــب اخـــر، ولهـــذا فقـــد

(١) د. أيـــاد مطشـــر صـــيهود، العلاقـــات الدوليـــة الخاصّـــة، ط١، مكتبـــة القـــانون المقـــارن، بغـــداد، العـــراق، ٢٠٢١، ص١٥٤.

حرصوا على اخضاع تلك العلاقات إلى ما أسموه بقانون الشعوب (القانون التجاري المشترك بين الأمم)[١].

فظهر هذا التقنين منذ القرن الثالث قبل الميلاد إلى جانب القانون المدني الخاص بالرومان، إذ أسس قانون الشعوب لقواعد موضوعية تسري على العلاقات الخاصّة ذات الطابع الدولي، أي التي فيها عنصر أجنبي فهو أقرب إلى القانون التجاري الدولي منه إلى أي قانون اخر كون التجارة حلقة وصل بين الأمم، باعتبار قواعده جاءت من نشأة عرفية خالصة وأكثر العلاقات القانونية ذا الطابع الدولي تتعلق بالتجارة متصفه بالمرونة، وكان هذا القانون يشتمل قواعد تعامل خاصّة من ضمنها قاعدة التمثيل التجاري، ونظام الضمان المالي[٢].

أما أهم مميزات هذا القانون هو رجحان الصفة التجارية فيه، إذ جاء مرناً بعيداً عن الشكليات التي اثقلت القانون المدني وجعلته غير أهل لمواجهة حاجات التجار، فشكلت اعراف السوق التي كانت تجري فيه التعاملات التجارية بين الرومان والأجانب مصدرا مهماً لقانون الشعوب، وأصبح اشخاص التعاملات التجارية غير المحلية في الاسواق الرومانية، ينشؤون لأنفسهم نظاماً قانونيا تلقائياً يلاءم طبيعة معاملاتهم.

ونتيجة لتحول الاقتصاد الروماني نحو التجارة، وما رافق ذلك من انتقال التجار إلى الخارج واستقبالهم لتجار اجانب[٣]، شكلت هذه الاعتبارات اسباب

---

(١) محمد عبد الله محمد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصّة ذات الطابع الدولي (دراسة تأصيلية)، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلّية الحقوق،١٩٩٧ص٢١.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٨، ص١٨٤.

(٣) نادر محمد ابراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، اطروحة دكتوراه، كلّية الحقوق، جامعة الاسكندرية، مصر، ١٩٩٨، ص١٢٢و١٢٣.

مباشرة لتراجع الرومان عن شكلياتهم في التعامل، كونها تتنافى مع مقتضيات التجارة الدولية وما تقوم عليه من سرعة وائتمان، وهذا كله مهد الطريق نحو نشأة العقود الرضائية المهمة، البيع والإيجار، والوكالة والشركة، ومبدأ حسن النية في التعامل، ممّا أدى بانتهاء الأمر عند فقهاء الرومان بتغليب الارادة على الشكل(١).

وعلى اثر سقوط الدولة الرومانية وحتى بداية العصور الوسطى تدهورت التجارة في أوربا فحكم على القانون التجاري بالركود إلى أن نشأة الجمهوريات الإيطالية وازدهار التجارة بين شعوب البحر الاحمر المتوسط وازدياد التعامل فيما بينها وبين الشعوب الأخرى حتى صار التجارة عمادها، فكان هذا ميلاد القانون التجاري الدولي وتكون قواعده الموضوعية، بعده من القواعد التي تعارف بتطبيقها التجار الذين ينتقلون من مرسى إلى أخر، إذ وضعت بذور القانون التجاري الدولي بالمفهوم الحديث بسبب نتيجة هذه العلاقات تحتم أيجاد حلول لتنازع القوانين، وقد اطلق على هذه القواعد LexMercatoria إذ تميز هذا القانون بطابع دولي موحد، وعلى الرغم من كونه قانوناً غير مقنن عرفي، إلا أن ذلك لم يقلل من قوته الملزمة فحظى باحترام كبير لدى التجار، وما يزال يتم التعامل بها حتى في وقتنا الحالي مثل (القواعد والعادات الموحدة المتعلقة بالاعتمادات المستندية) التي تولت غرفة التجارة الدولية جمعها ونشرها.

كان للمسلمين دور بارز في هذه التطورات، كونهم يمثلون قوة تجارية وعلمية آنذاك، فقد جاءت الشريعة الإسلامية بتنظيم عادل ودقيق لقواعد التعاملات التجارية بغاية الأحكام والدقة ومنها تلك المتعلقة بالقرض والرهن

(١) د. هشام علي صادق، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٢، ص٢٤٦.

والوديعة والبيوع ... وإلى غير ذلك من الأحكام والمعاملات[١]، فترك القانون التجاري الإسلامي اثراً مهماً في التجارة الغربية وحتى اليوم وساهم بنشوء قواعد موضوعية ذات صياغة منفردة تتضمن عدالة كاملة لا تساويها عدالة نسبية، مثل التي تدركها القواعد الموضوعية اليوم في الأنظمة والقوانين المعاصرة، ففي مجال المعاهدات على سبيل المثال مبدأ الوفاء بالعهود من القواعد التي جاء بها الإسلام تطبيقاً لقولة تعالى(وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤولا)[٢].

إذ نجد أن الشريعة الاسلامية قد أولت اهتماما خاصا بهذا المبدأ ولاسيما في علاقات التجارة الدولية، كونها تقر التعاملات التجارية مع العدو حتى وأن نشبت الحرب بخلاف أوربا في القرون الوسطى فأن أعرافهم كانت تحضر على الفرنجة تعاطي التجارة مع المسلمين.

لقد بقى القانون التجاري الدولي كمجموعة قواعد عرفية تعارف التجار على تطبيقها فيما بينهم وامتاز بطابع دولي وشخصي، ويعني هو من التجار ومن أجلهم ولا يطبق إلا على مجتمعهم، إلى أن تم ادخاله في التقنيات الوطنية فقنقت قواعده وتشتت نتيجة للنزاعات الاقليمية لدى الدول التي تقوم على الوحدة التشريعية[٣]، وهو الأمر الذي جعل القواعد العرفية تتراجع نتيجة تدوينها في قوانين خاصّة في دول عديدة من أوربا التي عملت على التوطين الاقليمي للقواعد التي تحكم المعاملات التجارية، وهذا بدوره أدى إلى اضعاف القانون التجاري أمام تلك الحواجز الاقليمية للدول التي ادخلته في القوانين الوطنية.

---

(١) بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية ، اطروحة دكتوراه، جامعة ابي بكر بلقايد –تلمسان، كلّية الحقوق والعلوم السياسية ، ٢٠١٦، ص١٧.

(٢) الآية ٣٤ من سورة الاسراء.

(٣) نادر محمد ابراهيم، مصدر سابق، ص١٤٨.

كان لبريطانيا السبق في هذا الشأن، فأدخلت القانون التجاري في القانون العرفي في بداية القرن السابع عشر عندها ابتدأت المحاكم الانكليزية النظر في منازعات الناشئة عنه[١]، وكان لفقهاء هذه الحقبة من الزمن دور بارز في الاعتراف عملياً بالأعراف التجارية الرئيسة كجزء من القانون العرفي وذلك دون أن يطلب اثباتها في جميع الاحوال، إذ أصبحت قواعد التجارة الخارجية جزءاً لا يتجزأ منها وخضع التجار لنفس المحاكم التي يخضع لها بقية الناس[٢].

ثم بعدها تتابعت دول أخرى كثيرة مثل المانيا وفرنسا بنفس الصدد، فأصدرت فرنسا المجموعة التجارية الفرنسية سنة ١٨٠٧ وعملت على ادخال القانون التجاري في تشريعها الوطني، بل ويحسب لها السبق في اصدار لائحتين في عهد لويس الرابع عشر احدهما لائحة التجار صدرت سنة ١٦٣٣، والأخرى لائحة البحر صدرت سنة ١٦٨١، أما المانيا فإنها قد اصدرت مجموعتها التجارية في بداية سنة ١٨٦١، ثم ما كان لبقية دول العالم متخذة من الدولتين انفة الذكر بقيامها أيضاً على تضمين القواعد التجارية الدولية في قوانينها الوطنية، وبذلك انتشرت ظاهرت التقنين التجارية الوطنية[٣].

---

(١) بلاش ليندة، اخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، اطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٧، ص٩١.

(٢) فقد انتهى في فرنسا استقلال القانون التجاري (LexMercatoria) عن القانون الفرنسي في أواخر القرن السابع عشر بصدور اللائحتين، إذ استمدت احكامهما من القواعد التي دونتها طوائف التجار. انظر بهاء هلال الدسوقي، قانون التجارة الدولي الجديد دراسة تحليلية، القاهرة، ١٩٩٣، ص١٦.

(٣) من ابرز التشريعات المعاصرة للتنظيم الموضوعي للروابط الدولية هو القانون التشيكي للتجارة الدولية الصادر سنة ١٩٦٣ الذي بدأ العمل به أو ل يناير سنة ١٩٦٤ متأثراً في عدة نصوصه بأحكام القانون الموحد للبيوع الدولية للمنقولات المادية الذي اقرته

وبظهور التقنيات الوطنية التجارية في مختلف الدول وما صاحب ذلك تباين في القوانين، فهذا أدى حتماً إلى وقوع التنازع فيما بينها في مجال التجارة الدولية، ممّا أدى فقدان التجارة الدولية لمزايا القواعد الموضوعية العرفية التي نشأة بمرور الزمن وفق حاجتها وعاشت تحت سلطان التشريع الوطني ومنهج تنازع القوانين[1]، وباعتبار أن قواعد التنازع اتخذت بدورها الطابع الوطني فصارت هي أيضاً تختلف من دولة إلى أخرى، ممّا جعل من الصعب على أطراف العلاقة أن يعلموا مسبقاً بمقتضى أي قانون وأمام أي قضاء سيفصل بينهم فيما شجر من نزاع، وحتى لو امكن تعين القانون الواجب التطبيق فسيكون بالتأكيد قانوناً وطنياً لا يلاءم التجارة الدولية، لذلك صار المتعاملين في ميدان التجارة ينفرون من الخضوع للقوانين الوطنية أو القضاء الوطني.

وأمام عجز هذه التقنيات الوطنية المعاصرة، فضلاً عن الرغبة في توحيد القانون الذي تخضع له العقود الدائرة في العلاقات الدولية بدلاً من اسنادها إلى قوانين داخلية لدول معينة على وفق المنهج التقليدي، وتزامناً مع ظهور مؤسسات غير حكومية عملاقة كغرفة التجارة الدولية التي عملت على استمرارية وتطوير قانون التجار عبر الحدود بجمع الاعراف والعادات بكلّ مهنة أو تجارة عن طريق وضع قواعد نموذجية بصيغ مكتوبة ومعدة مسبقاً تتضمن الشروط التعاقدية بشأن سلعة معينة وتضم القواعد التي تحدد

اتفاقية لاهاي سنة ١٩٦٤، لمزيد من ذلك انظر، محمد عبد الله محمد، منهج القواعد الموضوعية، مصدر سابق، ص١٩٩.

(١) د. جمال محمود الكردي، الجنسية في القانون المقارن، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٥، ص٩٧.

تفاصيل العقد واثارة، مثلما هو الشأن بالنسبة للقواعد المتعلقة بالبيوع البحرية والقواعد الموحدة للاعتماد المستندي[١].

كلّ ذلك ساهم في إحياء الحاجة للعادات والاعراف التي كانت سائدة أو عودة ظهور القواعد الموضوعية أو عبر الدولية في العصر الحديث أو ما يسمى(NewLexMercatoria)، إذ يشير أحدهم إلى أن فكرة البعث الجديد لظاهرة قانون الشعوب تظهر من أن الفقه رصد هذا القانون من جديد عن طريق قرارات التحكيم التجاري الدولي تحت مسميات عديدة فبدأ العزوف عن قوانين الدول وتزايد العمل بقواعد معيارية، هي القانون العلوي أو القانون الجديد للشعوب[٢].

فيكون تطبيق هذه القواعد على وفق ارادة المتعاقدين ورغبتهم في تدويل عقدهم وتحريره من أحكام قانون وطني معين، بل وللمحكمين تطبيق هذه القواعد المشتركة من تلقاء انفسهم بوصفها جزءاً ممّا يسمى بالقانون التجاري الدولي، وهنا بدأت استخدامات العقد الطليق أو التحكيم الطليق الذي يكون فيه حسم النزاع استناداً لقواعد دولية تعلو فوق القواعد الوطنية[٣]، ليجسد هذا الاستقلال لها في شكلّ التدوين الدولي للقواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الدولية الخاصّة [٤].

(١) د. محمود فياض، المعاصر في قوانين التجارة الدولية، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع ، عمان، ٢٠١٢، ص٨٤.

(٢) د. زيد ابو رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ١٩٨١، ص٥٣.

(٣) د. جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٣، ص٦٦٤.

(٤) د. عبدالله فاضل حامد، مبدأ اليقين القانوني في العلاقات الدولية الخاصّة، ط١، دار الجامعة العربية، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٩، ص٣٥٩.

يتبين لنا ممّا تقدم اعلاه أن نشوء القواعد الموضوعية قد ظهرت نتيجة انعكاس ارادات وحاجات مجتمع العلاقات الدولية الخاصّة في بنية هذه القواعد ابتداء بالقواعد العرفية والعادات وانتهاءً بالتدوين الدولي لها، كونها أكثر ملاءمة بالنسبة لقيم الأطراف ورغبتهم في التعامل في العقود التجارية الدولية فما يهم هنا أن هذه القواعد الموضوعية قد ترجمت فيها تلك الأفكار والمبادئ السائدة بين أفراد المجتمع، إذ اتت القواعد المعنية منسجمة مع ارادة الاشخاص وطموحاتهم، وهذا يعني إنها لم تأتي من فراغ وإنما لها أبعاد إنسانية واجتماعية واقتصادية متجذرة في المجتمع الدولي، ومن ثم أن انشاء هذه القواعد بهذا المنهج يحقق مصالحهم المشروعة بالنظر لقبول الأفراد لمضمونها والتي لم تشرع وطنياً ودولياً إلا لتلبية ما يحتاجه الأفراد من تنظيم قانوني لعلاقتهم.

الفرع الثاني

تعريف القواعد الموضوعية

لقد ظهرت العديد من العقود الدولية والتي كانت من شأنها رفد الساحة الدولية بالعديد من المشاكل القانونية التي تتطلب الحل السريع والمضمون بما يواكب سرعة العصر، من ذلك ظهرت الحاجة إلى أيجاد قواعد موضوعية لحل هذه المشاكل التي تتم عبر الحدود[١].

يجمع الفقهاء الذين كتبوا في القواعد الموضوعية على أن دلالتها تشير إلى اعطاء الحل الواجب التطبيق مباشرة لموضوع النزاع[٢]، وهذه الدلالة تعد

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١١، ص٩.

(٢) لقد ذهب الفقيه الالماني kegel إلى تقسيم الاتجاهات الموضوعية في القانون الدولي الخاص إلى اتجاهين اساسين :الاتجاه الموضوعي التكميلي والاتجاه الموضوعي الأساس اذ نادى أصحاب الاتجاه الأول بتكوين قانون موضوعي جديد للحالات أو القضايا التي لا يكون فيها تطبيق القانون الذي تقرره قواعد التنازع تطبيقاً مرضياً،

العلامة الفارقة التي تميز هذه القواعد في نطاق العلاقات الدولية الخاصّة عن بقية منهاج قواعد التنازع، وإذا كان الفقهاء متفقين بشأن دلالتها، إلا أنهم مختلفين إلى حد كبير بخصوص تسمية هذه القواعد اعلاه، فمنهم من يستعمل مصطلح القانون التجاري بين الشعوب، أو القانون العرفي عبر الدول، ومنهم من يستخدم مصطلح القواعد المادية [1]، ويرى جانب من الفقه أن المصطلح الاخير لا يتماشى مع مبادئ القوانين الوضعية فليس هناك قانون مادي وقانون معنوي، في حين رجح جانب من الفقه استخدام مصطلح القواعد الموضوعية باعتبار أن القانون أما يكون اجرائياً أو موضوعياً من ناحية مضمون قواعده، أو عام أو خاص من ناحية أشخاصه ونوع علاقاته، وعلى هذا الأساس فإننا نرجح مع جانب من الفقه صحة التسمية الاخيرة، وهو ما نستدل به أيضاً ما نص عليه القانون المدني العراقي " إذا تقرر أنَّ قانونًا أجنبيًا هو واجب التطبيق فإنَّما يطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الخاص"[2].

حيث ان القاعدة الموضوعية التكميلية هي قاعدة ملحقة بقاعدة التنازع ويجب صياغتها في حالات قليلية على اساس الافتراض بان نظام التنازع عليه ان يحتفظ بحلوله القانونية الموضوعية الخاصّة لتطبق عند الضرورة وفقاً لرأي الفقيه Steindorff، أما الاتجاه الموضوعي الأساس والتي يضم فقهاء القانون التجاري الدولي فيرون ضرورة مراجعة المفاهيم التقليدية للقانون حتى لا تطول حالة الفوضى التي يعانيها المجتمع والقانون الدولي، إذ ان نظام التنازع بمعناه الواسع يشمل مظهرين احدهما مظهر وقائي وهو القانون الموضوعي الأساس أي قانون التجارة الدولية الذي يقوم على تجنب التنازع، والمظهر الاخر علاجي ويقوم على الحلول المتنازعة عن طريق المنهج التقليدي التنازعي، ومن وجهة النظر التاريخية فأن الحلقة تكون قد انتهت فيتناقص نظام التنازع بالمنهج التقليدي إلى النطاق الذي تتزايد فيه القواعد الموضوعية. انظر مشار إليه، بلاق محمد، مصدر سابق، ص٢٢.

(١) احمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، ٢٠٠٤، ص٧.

(٢) المادة (١/٣١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

ويجب التنويه مع اختلاف التسميات التي اشار لها الفقهاء، فأنهم يجتمعون أن هذه القواعد وضعت على وجه الخصوص لكي تسري بصورة مباشرة على العلاقات الدولية الخاصّة[1]، وبقدر تعدد التسميات تعددت معها التعريفات التي قيلت في هذا النوع من القواعد بقدر من كتب بها، فقد عرفها الأستاذ الدكتور أحمد عبدالكريم سلامة (مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية المستساقاة من مصادر متعددة، وتقدم تنظيماً قانونياً وحلولاً ذاتيه لمعاملات التجارة الدولية على نحو يجعل منها قانوناً مستقلاً عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة)، إلا أن أهم ما يؤخذ على هذا التعريف أنه حصر القواعد الموضوعية في نطاق العلاقات التجارية، إذ إنه وإن كان أغلب هذه القواعد قد وجدت لتنظيم العلاقات المذكورة ضمن هذا الميدان، فإنه يستحسن أن يبقى مفهوم القواعد الموضوعية شاملاً للقواعد المنظمة للعلاقات التجارية وغير التجارية مثل القواعد التي تنظم حقوق المؤلف[2].

---

(١) د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، أحكام الجنسية والموطن، دراسة مقارنة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١٠، ص١٥٤.

(٢) ان التعريف اللغوي للقواعد الموضوعية يقصد به : القاعدة لغة أساس الشيء سواء كان ماديًا أم معنويًا، على نحو ينعدم الشيء ويضمحلّ بسبب اِنتفائه، والقواعد: الأسس، وقواعد البيت أساسُه. فالبيت ينعدم بانعدام أساسه، والعلم ينتفي بانتفاء القواعد الكلّيّة الموجودة فيه، و أما المَوْضوعيَّة لغةً فهو اسم مؤنَّث منسوب إلى مَوْضوع، وهو مصدر لكلّمة مَوْضوع، وتعني الحياديّة وعدم التحيُّز، وتأتي الموضوعيَّة بمعنى الحكم، أو خالٍ من أي تحيُّز خاصّ، وبهذا ان معنى القواعد الموضوعية في نطاق العلاقات الخاصّة الدولية لغة الأسس التي تتضمنها الأحكام المحايدة التي تنظم العلاقات الدولية الخاصّة. انظر أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور)، لسان العرب، ج٥، دار صادر بيروت، ٢٠٠٣ ، ص٢٩١، و مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، ١٩٩٤، ص٣٢٤.

وعـــرف جانـــب اخـــر مـــن الفقـــه هـــذه القواعـــد بأنهـــا (مجموعـــة القواعـــد الموضـــوعية أو الماديـــة ذات المضـــمون الـــدولي أو العـــالمي، الموجـــودة أصـــلاً أو المعـــدة خصيصـــاً لتعطـــي حـــلاً مباشـــراً ينهـــي النـــزاع أو يتفـــاداه فـــي علاقـــة ذات طـــابع دولـــي) [١]،إذ يلاحـــظ مـــن هـــذا التعريـــف وأن اكـــد المفهـــوم الواســـع للقواعـــد الموضـــوعية بحيـــث لـــم يحصـــرها بالعلاقـــات التجاريـــة فحســـب، إلا أن مـــا يؤخـــذ عليـــه هـــو تعريـــف الشـــيء بذاتـــه إذ اشـــار إلـــى القواعـــد الموضـــوعية هـــي (مجموعـــة القواعـــد الموضـــوعية)، فضـــلاً عـــن تـــردده بـــين مصـــطلح القواعـــد الموضـــوعية ومصطلح القواعد المادية.

ركـــزت التعريفـــات الســـابقة علـــى اعتبارهـــا مجموعـــة القواعـــد، بينمـــا ركـــزت تعريفـــات أخـــرى علـــى اعتبـــار هـــذه القواعـــد نظامـــاً قانونيـــا، فقـــد عُرفـــت أيضًـــا بأنهـــا (النظـــام القـــانوني الـــذي يضـــم مجموعـــة مـــن القواعـــد التـــي تحكـــم ذاتيـــة العقـــود أو مجموعـــة مـــن الأدوات التـــي عـــن طريقهـــا تجـــري المعـــاملات التجاريـــة ذات الطـــابع الـــدولي)[٢]، يتضـــح مـــن هـــذا التعريـــف الاخيـــر إنـــه ركـــز علـــى اعتبارهـــا نظامـــاً قانونيـــاً الـــذي يهـــتم بمشـــاكل العقـــود التجاريـــة الدوليـــة ذات المصـــادر المتعـــددة وتشـــكل بـــدورها نظامًـــا قانونيًـــا متكـــاملاً، وتعطـــي حلـــولاً موضـــوعية مباشـــرة علـــى العلاقات الخاصّة الدولية.

إن مـــنهج القواعـــد الموضـــوعية يقـــوم علـــى فكـــرة خلـــق بعـــض القواعـــد الموضـــوعية الأساســـية التـــي تشـــتمل علـــى حلـــول موضـــوعية مباشـــرة لمنازعـــات العلاقـــات الدوليـــة الخاصّـــة [٣]، وضـــعت خصيصـــاً لتســـتجيب لطبيعـــة هـــذه

---

(١) د. الســيد عبــد المــنعم حــافظ الســيد، التعريــف بالقــانون الــدولي الخــاص، ط١، مكتبــة الوفــاء القانونية، ٢٠١٢، ص ١٦٣-١٦٤.

(1) PAMBOUKIS Carabobo's، in le droit international ، la lex Mercatoria Reconsideree، Dalloz، Mélanges en Ihonneur dePAUL LAGARDE،prive:esprit et methods ، 2005،Paris، p.645.

(3) Goldman (B)، La lex mercatoria dans les contrats ete l'arbitrage International Realite et perspective ، trav. Com fr ، de droit int، prive 1977، p.487.

العلاقات الخاصّة ومن بينها الروابط التعاقدية ذات الطابع الدولي، فهي قاعدة تنطوي على حلول مباشرة للنزاع خلاف قاعدة التنازع وهذا لاعتبارين اثنين وهما[1]:

أولهما: هذا النوع من القواعد والحلول التي تأتي بها تتلاءم مع الروابط الدولية لأنها اعدت أساساً لتنظيم علاقات دولية خاصّة، وبذلك يخرج من نطاقها القواعد المنظمة للعلاقات الدولية العامّة.

ثانياً: هذه القواعد تتميز تنهي النزاع أو تتفاده أي أنها تحقق وظيفتين وهما: الوظيفة الأولى وقائية عن طريق عملها على منع نشوء النزاع أو التنازع بين القوانين لمعرفة حكم القانون أو توحيده، أما الوظيفة الثانية فهي علاجية إذ عند نشوء النزاع قد تعين الأطراف على حسن التفاهم واعادة التنفيذ السلمي للالتزامات التعاقدية، وقد يكون عن طريق (التوفيق) و (الوساطة) والتي تؤدي إلى تسوية ودية وعادلة للنزاع، وقد يكون العلاج عن طريق القضاء يفضي إلى حكم ملزم في النزاع.

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فلم يتعرض لبيان المقصود بالقواعد الموضوعية على الرغم من أنه قد عرف هذا النوع من القواعد واعتمدها سواء في إطار مصادقته على الاتفاقيات الدولية أو في إطار تبينها ضمن القواعد القانونية المحلية، وهذا الحال ينطبق على المشرع المصري لم يتبنَ تعريف القواعد اعلاه، ونلاحظ أن كلا القانونين على مستوى التنظيم معترفان بها ولكن على مستوى التعريف لم يتولوا وضع تعريف خاص بها وكذلك لم نجد لها تعريفاً في القوانين الأجنبية مثل القانون الدولي الخاص الفرنسي والتركي ونأمل من مشرعنا الوطني بتنظيم مسائل تنازع القوانين بإصدار قانون خاص

(١) د. أياد مطشر صيهود، موسوعة أحكام الجنسية المقارنة، ج١، ط١، دار السنهوري، بغداد، العراق، ٢٠١٩، ص٢٢١.

فيه مواد مختصة بهذه القواعد الموضوعية بكلّ تفاصيلها على غرار القانون الدولي الخاص السويدي والفنزويلي[1].

وبخصوص القضاء فقد عرِف القواعد الموضوعية في العديد من القضايا التي عرضت أمامه، فعلى سبيل المثال القضاء السويسري عرِف هذه القواعد في الحكم الصادر من قبل محكمة بازل في ٢١ كانون الأول عام ١٩٩٢ في قضية رفع فيها البائع النمساوي الدعوى على المشتري السويسري مطالباً إياه بثمن شراء الياف وقد دفع البائع لتأييد دعواه بأن عقد البيع كان قد ابرم بين الطرفين على أساس طلب شراء ارسله المشتري السويسري وتأكيد كتابي ارسله البائع، ورأت المحكمة أن كتاب التأكيد الذي ارسله البائع والذي لم يلق استجابة من جانب المشتري يمثل عرفاً يتعلق بتكوين العقود بالمعنى المقصود في المادة(١١١٩) من اتفاقية البيع (فيينا ١٩٨٠) وأن الطرفين قد جعلا ضمناً هذا العرف منطقياً على عقدهما، إذ كانا يعرفان أو كان عليهما أن يعرفا الطابع الملزم لمثل هذه التأكيدات بمقتضى القانونين النمساوي

(١) في حين وردت تعريفات للقواعد الموضوعية في كلّاً من القانون الدولي الخاص السويدي لعام ١٩٧٧ في المادة (١٥٦) منه على إنها (مجموعة القواعد القانونية التي تقدم الحل المباشر لتنازع القوانين بشأن علاقة قانونية ذات عنصر اجنبي)، و القانون الفنزويلي الصادر عام ١٩٩٨ في المادة (٧٨) منه عرفها بأنها(مجموعة قواعد قانونية تلقائية وجدت لتقدم الحل المباشر لقضايا المجتمع المعاصر)، مثلما ورد لها تعريف في التقرير الذي اعدته الأمانة العامة لمنظمة الأمم المتحدة، الذي جاء في تقرير الامين العام للأمم المتحدة عام ١٩٦٦ فقد عرفها(مجموعة القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص والتي تجري بين دولتين أو أكثر)، ومع اعتراضنا على تقيده هذه القواعد انفة الذكر ضمن العلاقات التجارية فحسب فأن هذا التعريف يشمل مجموعة القواعد المتعلقة بالبيع الدولي للمنقولات والاعتمادات المصرفية والنقل والتأمين والملكية الصناعية والتحكيم في العلاقات المشوبة بعنصر اجنبي وعقود الاستثمارات ونقل التكنولوجيا.

والسويسري عليهما، وأن قواعد اتفاقية فينا والاتفاقيات الأخرى إنما هي قواعد موضوعية ملزمة للطرفين كونها تقدم الحل المباشر لهما(١).

وعرِف القضاء الالماني القواعد الموضوعية عن طريق عدة من القضايا التي عرضت عليه، إذ ذكر بأنها قواعد تطبق على نوع معين من المنازعات دون غيرها واشار إلى أصلها العرفي عن طريق تطبيقاته القضائية من ذلك ما أصدرته محكمة استئناف فرانكفورت في الخامس من تموز عام ١٩٩٥ في قضية مدعي منتج شكولاته فرنسي ومدعى عليه مشتري الماني، إذ ارسل البائع خطاب التثبيت إلى المشتري بناء على مفاوضات سابقة، إلا أن المشتري الالماني لم يرد، وبعد التسلم اقام البائع دعوى مطالباً فيها بثمن الشراء غير المسدد، بحجة أن العقد قد ابرم لعدم رد المشتري على خطاب التثبيت وعندما ردت المحكمة على دعوى البائع استأنف القرار وقررت المحكمة أن لا يجري ابرام أي عقد عن طريق خطاب التثبيت الذي لا يرد عليه، بسبب أن القواعد التي تسري عليه هي قواعد اتفاقية فينا أو المعروفة باتفاقية البيع والتي تعد قواعد ملزمة لكلّ من الطرفين(٢).

وبعد اِستعراض بعض آراء الفقهاء سواء في تسمية القواعد الموضوعية أو في تعريفها، فعن طريق ذلك يمكننا تعريف القواعد الموضوعية على أنها (مجموع القواعد القانونية الدولية التي تحدد الحقوق والواجبات للأفراد أو الكيانات في علاقاتهم الدولية الخاصّة، بتقديم الحل المباشر للنزاع بصورة مستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية)،

فالروابط الدولية لها مقتضياتها وبناؤها الخاص المستقل عن النظم الوطنية التي وضعت أصلاً لتحكم علاقتها الداخلية، ومن ثم فان الاستقرار

---

(١) انظر هذه القضية المعروضة على شبكة الانترنيت على العنوان التالي:http://cisgw3.law pace .Edu/cases/ 921221s1htm1

(٢) انظر هذه القضية المعروضة على شبكة الانترنيت على العنوان التالي:

http: //cisgw3.law/ pace . Edu cases /98100j\htm1.

المنشود للعلاقات الدولية يأتي من قواعد من صنع الأوساط المهنية التي تنشأ تلقائياً عن طريق تعاملات المجتمع الدولي الخاص، تطبق مباشرة بمعرفة القاضي ودون البحث عن قواعد التنازع في قانونه الداخلي والبحث عن القانون الواجب التطبيق الذي تؤدي إليه، وعلى هذا النحو بتحديدها الحقوق والواجبات فهي تمثل مرجعاً أساسياً ومن أجل زيادة حجم التعاملات والمبادرات التجارية الدولية، كون وجودها يحقق السرعة والثقة والاطمئنان التي تسعى إليها الأطراف المتعاقدة.

المطلب الثاني

سمات القواعد الموضوعية

تقوم القواعد الموضوعية بدور محوري ومهم في نطاق العلاقات الدولية الخاصّة مشكلة بذلك أساس نظام خاص وفريد من نوعه أعطى لها خصوصياتها وتمايزها عن باقي القواعد القانونية التي تنشط في مجال القانون الدولي الخاص، إذ تميزت بسمات عديدة اختصت بها عن غيرها من القواعد الأخرى، ممّا أدى إلى جعلها تتفوق عن غيرها من الوسائل الأخرى في تحقيق الأمن القانوني وصيانه توقعات الأفراد وصولاً إلى انسب الحلول.

فسمات المنهج الموضوعي تعكس عمل هذا المنهج في العلاقات الخاصّة الدولية، إذ إنها تأخذ بنظر الاعتبار خصوصية العلاقات الدولية وتمتاز بأنها قواعد طائفية ونوعية، لأنها تختص في حل مشاكل عقود التجارة الدولية، أي تمثل قواعد خاصّة تتماشى مع معطيات وذاتية المجتمع الدولي للتجار، مثلما أنها قواعد مباشرة تعطي الحلول مباشرة للنزاع دون الإسناد إلى قانون معين، وبذلك تستبعد أنْ تكون وسيطة بين القاضي والقانون واجب التطبيق فتعطي الحل المباشر الذي يفي بالغرض المطلوب.

ومن أجل الإحاطة بما تقدم أعلاه سيقسم المطلب على فرعين: نبين في الفرع الأول منه: السمة الطائفية والنوعية، وندرس في الفرع الثاني منه: سمة الحكم المباشر، وعلى النحو الاتي:

الفرع الأول

السمة الطائفية والنوعية

صيغت القواعد الموضوعية لمواجهة مواقف وظروف نوع معين من المشكلات التي تنشأ في الأوساط التجارية، إذ هي تختص بمخاطبة فئة معينة من العلاقات وفئة معينة من الافراد الذين يدخلون في علاقات دولية خاصّة [1]، إذ هناك منظومة من القواعد القانونية تحكم العلاقات التجارية الدولية في اطار مجتمع التجار ومعطياته ومشكلاته الذاتية والذي يختلف عن المنظومة القانونية التي تحكم العلاقات التجارية والتجار في محيط المجتمع الداخلي، أن هذا الاختلاف هو الذي نتج عنه وجود قواعد قانونية متخصصة نوعية تخاطب فئة معينة من الافراد وهم رجال وممارسي التجارة الدولية وفي ذات الوقت هي تعالج المشكلات التي تنتج عن ذلك[2].

وهذه القواعد تنشا تلقائيا من دون حاجة إلى تدخل تشريعي فالممارسات والخبرات والمهارات التي تتكون بفعل الزمن في اطار التعامل بالتجارة الدولية هي التي تفرز هذا النمط من القواعد النوعية المهنية وإذا ما اعتبرنا أن للأشخاص المتعاملين على المستوى الدولي على الأقل في ميدان التجارة

(١) د. حامد مصطفى، مبادئ القانون الدولي الخاص من وجهة نظر القانون العراقي في القواعد العامة والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق والجنسية، ج١، ط٢، مطبعة الأهلية، بغداد، العراق، ١٩٩٩، ص٢١٠.

(٢) د. احمد عبدالكريم سلامه، العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص٣٠٢.

الدولية[١]، مجتمعهم الخاص بهم وهو بالضرورة يختلف عن مجتمع الأفراد المتعاملين على المستوى الداخلي من حيث اعرافهم وعاداتهم، فبالنتيجة القواعد القانونية المنظمة للعلاقات الداخلية البحتة لا تتلاءم مع العلاقات الدولية الخاصّة .

ممّا يدعو الحاجة لوجود نوع من القواعد المتخصصة بمجتمع الأطراف المتعاملين على المستوى الدولي[٢]، واستناداً لما هو راسخ فيه من قيم واعراف وعادات مرعية من قبل أفراده، وإن هذه القواعد هي نوع متقدم على قواعد منهج قواعد التنازع، مثلما يمكن أن تعمل هذه القواعد في محيط العلاقات الوطنية والدولية على حد سواء على رأي البعض[٣].

ومن ثم فأن نوعية القواعد الموضوعية تأخذ بنظر الاعتبار خصوصية العلاقات الدولية، وبهذه السمة اصبحت الوسيلة الفعالة دون سواها في هذا الخصوص، لأنها شرعت خصيصاً من أجلها وتحل مشكلاتها مباشرة، وبسبب عجز قواعد الاسناد بل وبتجاهلها أحياناً خصوصية العلاقات الدولية، وبما تتصف به الياتها من طول وتعقيد ونتائج مجهولة[٤]،

---

(١) د. أحمد قسمت الجداوي، مبادئ القانون الدولي الخاص، ط١، المطبعة التجارية، القاهرة، مصر، ١٩٨٨، ص٢١٣.

(٢) د. محمد ابراهيم موسى، التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال العقود التجارة الدولية، دار الجامعة العربية الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص٢٢.

(٣) د. أبو العلا علي أبي العلا النمر، مقدمة في القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع، ص ١٠٧ .

(٤) محمد عبد الله محمد، منهج القواعد الموضوعية، مصدر سابق، ص٦٥، وقد اكد القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه على عدم ملائمة القواعد الوطنية لتسوية منازعات العقود التجارية الدولية، ومنها الحكم الصادر عن محكمة النقض في ١٩٩٣/٩/٢٠ في قضية (Dalico) إذ قررت المحكمة انه (وفقاً لإحدى القواعد الموضوعية التي يقررها قانون التحكيم الدولي، يعد شرط التحكيم مستقلاً عن العقد

ممّا دعا فقه القانون التجاري الدولي إلى تأكيدهم على أهمية القواعد الموضوعية ولاسيما الموحدة منها التي تتولى تنظيم التجارية الدولية مباشرة إذ يعرف سلفاً الأفراد والقضاء احكامها، ممّا يحقق الأمن القانوني لهم وبعث الطمأنينة في نفوسهم اتجاه ثبات هذه القواعد، وقدرتها على تنظيم عقودهم على نحو يستجيب لمتطلبات التجارة الدولية ومصالحهم في وقتٍ واحد، وفي هذا المورد نجد هناك بعض الأحكام القضائية خرج بها القضاء عن القانون واجب التطبيق عندما وجد أنَّ هذه القواعد لا تلاءم مشكلاّت التجارة الدولية[1]، وهذا ما بيّنه القضاء الفرنسي في قراراته التي أجاز فيها للدولة الفرنسية ولهيئتها العامة الخضوع إلى التحكيم على الرغم من المنع الوارد في تقنين الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد في المادتين (١٠٠٤،٨٣)، وكذلك ما أقره القضاء الفرنسي من صلاحية شرط الذهب إذا ما أدرج في العقود التي تتسم بالصفة الدولية رغم بطلان هذا الشرط في العقود الداخلية، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢١- يونيو - ١٩٥٠ بانه يمكن للأفراد الاتفاق على شرط الذهب حتى وإن كانت القواعد الآمرة في القانون الداخلي الواجبة التطبيق على العقد تحظر هذا الشرط (٢).

هذه السمة النوعية تبرز بشكل جلي في الاعراف والعادات الدولية، إذ نشأت ارادياً وتلقائياً في أوساط الافراد المتعاملين بالتجارة على النطاق الدولي فيؤكد فقه ما يسمى بقانون التجار أن سمتها النوعية تتحقق عن طريق العودة

الأساس الذي يحتويه أما مباشرة أو بالإحالة، وكذلك وجوده وفعاليته لا يمكن انكارها وذلك دون المساس بالقواعد الأمرة التي يقررها القانون الفرنسي أو تلك التي تعد من قواعد النظام العام الدولي دون ان يكون ضرورياً الاحالة إلى قانون وطني معين) نقلاً عن د. محمد ابراهيم موسى، مصدر سابق، ص٢٦.

(١) د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف ،١٩٩٥، ص٥٦٧.

(2) Horatia MUIR WATT لمزيد من أحكام القضاء الفرنسي راجع Cour de cassation (Ch. com.، Dalloz، N4، 2010، p 721.) – 13 juillet 2010

إلى طبيعتها العرفية التي ظهرت بها في القرون الوسطى، وعبر مرورها بمراحل تاريخية متعاقبة لتصل إلى صورتها في الوقت الحالي كقواعد خاصّة بالعلاقات الدولية التجارية، مستدلين في ذلك قاعدة صحة واستقلال شرط التحكيم في مبادئ القانون الدولي للتحكيم(١).

ومن جانب اخر فان نشأت القواعد الموضوعية على وفق حاجات الاشخاص المتعاملين على المستوى الدولي يتماشى في الحقيقة مع مبدأ الواقعية في القانون، أي يعني الانسجام بين القانون والواقع الاقتصادي والاجتماعي للمجتمع الذي يتولى ذلك القانون تنظيم علاقاته، فالقانون يستمد مضمونه من ظروف الحياة الواقعية(٢).

فالثابت هو أن سبب ظهور القواعد الموضوعية كان نتيجة لضغط الظروف الواقعية المتغيرة في مجال العلاقات الدولية الخاصّة، وعلى وفق مبدأ الواقعية يرى أنصار القواعد الموضوعية أن الاتجاهات الحديثة على المستوى التجاري الدولي تتجه نحو خلق تنظيم موضوعي مباشر ينطبق فوراً على العقود الدولية، ويرون أن القواعد الموضوعية ذات المصدر العرفي هي الاجدر بالتطبيق على هذه العلاقات بحكم طبيعتها بمنشأ ارادي والتي وجدت أصلاً ومن أجل أن تحل مشكلاتها بصورة مباشرة، وبتوافر صفة الواقعية في القاعدة الموضوعية ذلك يجعل منها قاعدة شرعية في نظر الأفراد المتعاملين على المستوى الدولي، كون هذه القواعد تستند إلى القيم الخاصّة بالمجتمع

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص ٣٠٥ وما بعدها.

(٢) د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص٤٤.

الـــذي يمارســـون فيـــه علاقـــاتهم فهـــذه القواعـــد نشـــأت بتوافـــق ارادي ضـــمني بـــين المتعاملين في نوع من النشاطات الاقتصادية والتجارية[١].

بلحـــاظ أن هـــذه الســـمة النوعيـــة لهـــذه القواعـــد بخصـــوص تعلقهـــا بمجموعـــة معينـــة مـــن ممارســـي التجـــارة الدوليـــة، إذ تمتـــد هـــذه القواعـــد لتشـــمل كـــذلك جميـــع الأنشـــطة الاقتصـــادية والتكنولوجيـــة التـــي يمارســـها هـــؤلاء علـــى المســـتوى الـــدولي فمـــثلاً بالنســـبة للقواعـــد النوعيـــة المنظمـــة لموضـــوع البيئـــة والتعـــويض عـــن الاضـــرار التـــي تنشـــأ عنهـــا بســـبب التلـــوث بكـــلّ اشـــكاله ودرجاتـــه، فهـــي لا تخاطـــب إلا الاشـــخاص المســـببين الضـــرر والمتضـــررين وكـــلّ مـــن لـــه علاقـــة بهـــذه المســـائل المتعلقة بها.

والقواعـــد الموضـــوعية ليســـت طائفيـــة و نوعيـــة فـــي عمومهـــا فحســـب بـــالنظر إلـــى مقارنتهـــا بـــالقوانين الداخليـــة والاشـــخاص بـــل كـــذلك هـــي نظـــراً إلـــى موضـــوعها ومادتهـــا[٢]، فمـــثلاً هنـــاك مـــن القواعـــد مـــا هـــو خـــاص أو ذاتـــي بـــالعقود الداخليـــة لتجـــارة الحبـــوب أو الحريـــر أو الصـــوف أو تجهيـــز المصـــانع، ويجســـد ذلـــك العقـــود النمطيـــة والشـــروط العامـــة التـــي لهـــا مـــن القـــوة الملزمـــة ممّـــا يحمـــل المتعـــاملين بهـــا علـــى الالتـــزام بمضـــمونها وعـــدم التفكيـــر بهجرتهـــا، إذ يـــدعم ثبـــات وتهـــذيب تلـــك القواعـــد تقنيـــات الســـلوك التـــي ظهـــرت فـــي ميـــدان المعـــاملات الاقتصـــادية وتوحيدها توحيداً دولياً[٣].

وعليـــه فـــان الطـــابع الطـــائفي والنـــوعي لهـــذه القواعـــد يجعلهـــا لا تســـري علـــى مجمـــل العلاقـــات القانونيـــة، بـــل علـــى طائفـــة معينـــة مـــن العلاقـــات القانونيـــة وهـــي

(١) د. حســـام الـــدين فتحـــي ناصـــف، نظـــام الجنســـية فـــي القـــانون المقـــارن، ط١، دار النهضـــة العربيـــة، القاهرة، مصر، ٢٠٠٧، ص٢١٧.

(٢) هنـــد محمـــد عبـــد، دور قواعـــد التنـــازع النوعيـــة فـــي حلـــول تنـــازع القـــوانين، اطروحـــة دكتـــوراه ، معهد العلمين للدراسات العليا، ٢٠١٧، ص١٧.

(٣) د. أحمـــد حســـني ســـليم، تطبيـــق المحكـــم الـــدولي لعـــادات وأعـــراف التجـــارة الدوليـــة، دار النهضـــة العربية، بدون سنة طبع، ص ١٠٠ .

العلاقات ذات العنصر الاجنبي، وبالنسبة لموقف المشرع العراقي فلم يشر إلى سمة الطائفية أو النوعية للقواعد الموضوعية بصورة مباشرة، ولكن يمكننا الاستدلال عنها ضمنياً عن طريق نص المادة(٣٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي اشارت إلى يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، ممّا يعني لنا في مجال العلاقات الدولية الخاصّة يمكن تطبيق القواعد الموضوعية على العلاقات ذات العنصر الاجنبي، إذ إن عملها ينعكس في معالجة ما يعتري النظم الوضعية من قصور ومن ثم يبرز بشكلّ خاص الطابع الطائفي والنوعي لهذه القواعد.

أما بخصوص المشرع المصري ففي المادة (١/٣٤١) من القانون التجاري المصري لعام ١٩٩١ التي نصت على أنَّه " تسري فيما لم يرد في شأنه نص خاص في هذا الفرع القواعد الواردة بالأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة من غرفة التجارة الدولية" نجد فيها اشارة إلى الاعمال بهذه القواعد والأعراف الموحدة التي تخص الاعتماد المستندي ذات الطابع الدولي فإنَّ القاضي أو المحكم الدولي والمعروض أمامه النزاع يقوم بتطبيق هذه القواعد دون المرور بقواعد الاسناد، ممّا يعني لنا السمة والنوعية لهذا النوع من المنازعات، وفي القانون الفرنسي فهناك العديد من التطبيقات القضائية التي تظهر في بعض اجتهاداته واتفاقياته تؤكد سمة الطائفية ومنها القضية المعروفة باسم Bensoussan التي صدرت عن محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٨٧، إذ إنها رفضت تطبيق قاعدة قانونية موضوعية على عقد لم يكن من نوع تنظمه هذه القاعدة، إذ إن المحاكم الفرنسية تلتزم بتطبيق القواعد القانونية الموضوعية فحسب على العقود التي تندرج بوضوح ضمن الفئة القانونية التي تنظمها تلك القواعد، ومن ثم هذه السمة تحدد نطاق تطبيق هذه القواعد بنوع معين من العلاقات الدولية الخاصّة، فهي تساهم إلى

حد كبير في تحقيق اليقين القانوني للأطراف فضلاً عن توفير حلول مباشرة للنزاعات ذات الطابع الدولي(١).

يتبين لنا ممّا سبق اعلاه، نجد أن سمة الطائفية والنوعية في كون هذه القواعد اعدت خصيصاً لحل نوع معين من المشكلّات التي تنشأ على مستوى التعاملات التجارية الدولية هذا من جهة، ومن جهة أخرى بسبب مخاطبتها لفئة معينة من الأفراد وهم ممارسي التجارة الدولية وحتى الدول، فالمتأمل في اشخاص التجارة الدولية المعاصرة يلاحظ محاولة رجال القانون والتجار بالعمل على خلق وارساء قواعد واعراف مهنية أولاً، وخلق بيئة قانونية موثوقة يمكن التنبؤ بنتائجها ثانياً، هذين الاعتبارين يعدان من الخصائص المهمة التي تشكلّ الاطار القانوني العلاقات التجارية الدولية، ومن ثم تخدم ولو بطريق غير مباشر مصالحهم المشروعة عن نحو تجنب تدخل القواعد القانونية التي يضعها مشرعو الدول الأخرى التي يتعاملون معها، واخضاع عقودهم للقواعد القانونية التي يرون إنها أكثر مناسبة بالنسبة لهم .

الفرع الثاني

سمة الحكم المباشر

تعد هذه السمه من أهم سمات القواعد الموضوعية، إذ أن المضمون الموضوعي أو التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية يضع حكماً قانونياً لتنظيم جوهر المسألة، وليس أي القوانين تستند إليه حكم المسألة، ومن ثم فأن هذا يقود إلى صيانة توقعات الأفراد منذ البداية، وهو من أهم أهداف

(١) محمد عبد الله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية، مصدر السابق، ص١٢٩، وكذلك فؤاد العلواني ود. عبد جمعة موسى الربيعي، الاحكام العامة في التفاوض والتعاقد – التعاقد عبر الانترنت – عقود البيوع التجارية على وفق احكام قواعد الانكويترمز لعام ٢٠٠٠، بيت الحكمة، بغداد ٢٠٠٣، ص١٠٢.

القانون الدولي الخاص احترام توقعاتهم المشروعة منذ البداية[١]، والمتعاملين في مجال التجارة الدولية لا يحبذون التعامل مع منهج التنازع والقوانين الداخلية معًا فيلتجؤون إلى تطبيق هذه القواعد على عقود التجارة الدولية، بما يحقق لهم الثقة والاستقرار في هذه المعاملات، فالموضوعية هي سمة تميزت بها القواعد التي تسري على علاقات قانونية في العلاقات الخاصّة الدولية، لهذا يعني بها هو اِستنباط قواعد تلاءم أنشطة العلاقات التجارية الدولية، قواعد تكون ذات مقبولية أو موحدة لدى أطراف العقد الدولي إذ إنَّ كل الأمر يتعلق بوجود قواعد موضوعية موحدة تطبق على المنازعات التجارية الدولية[٢].

وهنا تكون الارادة قد صنعت الجزء المهم والأكبر من هذه القواعد أما بالاختيار أو بالتكوين أو بالمزج بين ما هو كائن من قواعد وما هو كائن من ممارسات وسلوكيات.

وتوصف القاعدة الموضوعية بالمباشرة، كونها تقوم بتنظيم العلاقة المعروضة على القاضي بصفة مباشرة وهي بذلك لا تحيل العلاقة القانونية إلى غيرها للتعرف على الحل الذي يطبق عليها، وهذا خلاف لمنهج التنازع الذي لا يعطي أي حل موضوعي أو مباشر للنزاع[٣]، لأن المنهج الأخير يتكفل فحسب بالإشارة إلى القانون واجب التطبيق على العلاقة المعروضة أمام القضاء أو المحكم الدولي، ولا يتم معرفة الحل الموضوعي إلّا في

(١) د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص١٣٠.

(٢) د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولي، مطبوعات جامعة القاهرة، الخرطوم، ١٩٧٥، ص ٢٠.

(٣) د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، أحكام الجنسية والموطن، دراسة مقارنة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١٠، ص٢٢٣.

الرجوع إلى الأحكام الموضوعية في القانون واجب التطبيق الذي أشارت إليه قواعد التنازع[١].

وتبدو لنا أيضاً السمة المباشرة لقواعد هذا المنهج عن طريق مصادرها المتعددة سواء كالعادات أو الأعراف أو المبادئ العامة للقانون، إنها تضع حلولاً موضوعية مباشرة للمسألة المعروضة على القضاء أو المحكم الدولي، ولا تحيل إلى غيرها من قواعد للتعرف على هذا الحل فتطبق هذه القواعد تطبيقًا مباشرًا، ومثلما هو الحال في النزاعات الداخلية فيطبق القاضي الوطني قانونه مباشرة دون وسيط، فكذلك القاضي والمحكم الدولي يقوم بتطبيق هذه القواعد بشكلّ مباشر على النزاعات ذات الطابع الدولي فلا يكون هناك وسيلة وسيطة بين القاضي أو المحكم أو القانون واجب التطبيق على النزاع، وهذا خلاف لتطبيق قاعدة التنازع[٢].

ونؤيد ما ذهب إليه بعض الفقه أن سمة الموضوعية في هذه القواعد تجعلها تحقق وظيفتين هامتين غير موجودتين: في قواعد الاسناد وهما الوقاية والعلاج، فالوظيفة الوقائية وتتمثل في الحيلولة دون وقوع النزاع ومشكلّة التنازع بين القوانين لمعرفة حكم القانون أو توحيده، فيستعان بها الأطراف في المرحلة الأولى لتنظيم المركز القانوني في مرحلة التفاوض، ممّا يقلل فيها من فرضية نشوء نزاع في المستقبل إلى حد كبير ولاشك في أن الوظيفة الوقائية تعد الأولى بالمراعاة بالنسبة لوظائف القانون بشكل عام.

أما الوظيفة العلاجية فتأتي في مرحلة ما بعد وقوع النزاع[٣]، إذ تساعد المتعاقدين على حسن التفاهم واعادتهم التنفيذ السليم لالتزاماتهم التعاقدية، عن

---

(١) د . أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط١ ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٩، ص ٤٥.

(٢) د. جمال محمود الكردي، مصدر سابق، ص ١٤٠.

(٣) وطبان ورنس نواف، دور القواعد الموضوعية الاتفاقية في تنظيم العقود التجارية الدولية وتسوية منازعاتها، اطروحة دكتوراه، كلّية الحقوق،٢٠٢١، ص١٣٠.

طريق اللجوء لأسلوب التوفيق والوساطة المؤديان إلى تسوية وديه وعادلة للنزاع أو عن طريق اللجوء للقضاء الذي يقضي إلى حكم ملزم للأطراف، فيعطي حلاً مباشراً ينهي النزاع[١].

ولما تتصف به القواعد الموضوعية المباشرة بالمرونة والاستجابة لكافة متطلبات التقدم التكنولوجي يرجع لكونها قواعد غير آمره، بل هي مكملة متروك امر الاعمال بها إلى ارادة الأطراف في المعاملات الدولية، ممّا دفع كثير من الدول إلى اهمال قواعد الاسناد كوسيلة غير مباشرة وغير محددة المضمون والنتائج، فهي وطنية المصدر والموضوع في الأغلب تستخدم عمليات شاقة ومعقدة، لصالح التنظيم الموضوعي على صعيد العلاقات الدولية.

فضلاً عن ذلك نجد أن القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية يهدف إلى توحيد الحلول في مختلف الأنظمة القانونية الوطنية، والقضاء على أوجه التنازع بينها وهذا بدوره يستجيب لروح العلاقات الخاصّة الدولية والتطور المرغوب فيها، فالتطبيق المباشر لهذه القواعد يحل محل البحث عن القانون الواجب التطبيق ومنهج التنازع برمته،

وهذا ما يكون سبباً في التقدم الذي يمكن أن يثبت للقواعد الموضوعية ومنهجها المباشر[٢]، إذ نجد إنها اخذت مكانها في المناقشات الدولية وتوسعت طرق المعالجة لها والتشدد على استعمالها، بتزايد عددها على نطاق واسع لتسجل بذلك منهجاً موضوعياً له قيمته الخاصّة في القانون الدولي الخاص المعاصر، بلحاظ توقف بعض الحالات النادرة في تطبيق القواعد الموضوعية بناء على معايير تبرر هذه التصرف لا يقلل من أهمية هذه

(١) بلاش ليندة، مصدر سابق، ص١١٠.

(٢) لقد ظهرت العديد من الاتفاقيات الدولية على المستوى الدولي والتي تميزت بمرونة احكامها وحمايتها لمصالح المشتري ولعل ابرزها اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ بشان البيع الدولي للبضائع التي تبدو في نظر البعض محطة الامل للمستقبل المنشود.

القواعد كمنهج بل بالعكس تزيد من قوته وكمالة، ويؤيد البعض هذا النظر بقولة (المنهج الكامل يجب أن يتضمن ليس فحسب على قواعد موضوعية ولكن أيضاً اليات تسمح بتنظيمه وأعماله وتقليل أضراره) بنية الوصول إلى انسب الحلول ذات المكانة العالمية في مضمونها ومجالاتها[١].

فضلاً عن أن التطور والنمو الحاصل في ميدان التجارة الدولية، كان سبباً مهماً ومؤثراً في زيادة حجم المبادلات التجارية، وهذا بدوره أدى بتوسع وتعقيد العلاقات التجارية التي تخطت حدود الدولة الواحدة، وهو ما جعل المشرع الوطني يفقد قدرته على مواكبة هذه المعاملات بالتنظيم المستمر لها[٢].

وعليه فان الحل الأمثل لمعالجة هذا العجز هو خلق مجموعة قواعد موضوعية عن طريق جمع الاعراف والعادات وأبرام اتفاقيات دولية متضمنة هذه القواعد والتي تطبق مباشرة على منازعات أوساط المتعاملين في التجارة الدولية، وبالتأكيد لا يوجد افضل من رجال التجارة الدولية بمهمة استخلاص

(١) محمد عبد الله محمد، منهج القواعد الموضوعية، مصدر سابق، ص٦٩.

(٢) ومن اتفاقيات الدولية التي أسهمت في خلق قواعد موضوعية، والتي تطبق على الدول كافة سواء كانت العلاقات داخلية أم المشوبة بعنصر أجنبي، هي اِتفاقية بروكسل عام ١٩٢٤ بشأن سندات الشحن، إذ نصت المادة(١٠) منها بشأن سندات الشحن على (تسري أحكام هذه المعاهدة على كلّ سند شحن يعمل" يصدر" في إحدى الدول المتعاقدة)، ينظر : في هذه الاتفاقية خليل إبراهيم محمد خليل، القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن البحرية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلّية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٥، ص ٧٨-٨٦ ، واِتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٨ بشأن النقل الدولي إذ نصت المادة (٥) منها على (تطبق أحكام هذه المعاهدة على كلّ سند يتعلق بنقل بضائع بين موانئ تابعة لدولتين مختلفتين) .

القواعد الموضوعية التي تحكم النزاعات، لخبرتهم في اثناء ممارستهم لتجارتهم الدولية[١].

وبالنسبة لموقف المشرع العراقي بخصوص سمة الحكم المباشر للقواعد الموضوعية، فيمكن الاستدلال عنها عن طريق المادة (١/٢٧) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل، إذ أجاز لأطراف عقد الاستثمار اللجوء إلى التحكيم الدولي أو الداخلي لحسم النزاع، التي تقتصر على نوع معين من المنازعات الدولية ممّا يعكس بالمحصلة السمة المباشرة والموضوعية لهذه القواعد والتي تطبق على عقد الاستثمار بشكلّ مباشر[٢].

أما عن موقف المشرع المصري فنجد ما ورد في قانون التجارة المصري الجديد في مجال نقل التكنلوجيا رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ إذ وضع قواعد موضوعية تنطبق مباشرة على هذا النوع من العقد، وأيضاً نستدل عن طريق المادة(٣٩) من قانون التحكيم المصري، والمادة (٦) من القانون نفسه، إذ سمحت للأطراف بإخضاع عقدهما لأحكام عقد نموذجي أو اِتفاقية دولية، وهذا بلا شك يسمح لهم بتطبيق قواعد موضوعية مباشرة[٣].

وبالإشارة للمشرع الفرنسي ففي قانون الاجراءات المدنية الفرنسي إذ تتضمن المواد من (١٥٠٤-١٥٢٧) تنظيم التحكيم الدولي، وتطبق فحسب

---

(١) د. هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠١، ص١٢٢.

٢) نصت المادة (٢٧) قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل(... يجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء إلى التحكيم التجاري الوطني أو الدولي وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه اجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق).

(٣) نصت المادة (٣٩) قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ (إذا اِتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اِتفاقية دولية أو أي وثيقة دولية وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم).

علـــى النزاعـــات التـــي تعـــد دوليـــة، ممّـــا يبـــرز الســـمة المباشـــرة للقواعـــد المعنيـــة بدراستنا.

وســـاهم القضـــاء فـــي أرســـاء ســـمة الحكـــم المباشـــر لهـــذه القواعـــد، فعنـــدما عجـــزت المحـــاكم أمـــام العديـــد مـــن القضـــايا المعروضـــة أمامهـــا ولاســـيما تلـــك التـــي تتعلـــق بالتجـــارة الالكترونيـــة والعقـــود المبرمـــة خـــلال الانترنيـــت، إذ لا توجـــد ســـوابق قضـــائية يمكـــن الاســـتناد عليهـــا كأمثلـــة لحـــل هكـــذا نزاعـــات أو لحداثـــة هـــذا النـــوع مـــن القضـــايا أمـــام المحـــاكم، فكـــان لابـــد مـــن أيجـــاد طريقـــة مناســـبة تواكـــب التطـــورات علـــى المســـتوى الـــدولي الخـــاص تخـــرج بهـــا مـــن المـــأزق الـــذي وضـــعت فيـــه نتيجـــة تطبيـــق قواعـــد الاســـناد التقليديـــة ومـــن الجمـــود والتعقيـــد الـــذي تتصـــف فيـــه، فعلـــى ســـبيل المثـــال نجـــد أن محكمـــة الـــنقض الفرنســـية قـــد اكـــدت علـــى قصـــور وعجـــز قواعـــد الأســـناد التقليديـــة ولابـــد مـــن اللجـــوء إلـــى طـــرق أكثـــر حداثـــة لحـــل التنـــازع بـــين القـــوانين، عـــن طريـــق أيجـــاد قواعـــد تخـــتص بنـــوع معـــين مـــن العلاقـــات دون غيرها على المستوى الدولي الخاص[1]،

وذلـــك فـــي حكمهـــا الصـــادر فـــي الخـــامس مـــن ديســـمبر عـــام ١٩٨٢فـــي قضـــية تتعلـــق وقائعهـــا بعقـــد نقـــل ابـــرم بـــين شـــاحن أمريكـــي وناقـــل كنـــدي واتفـــق الأطـــراف علـــى تطبيـــق القـــانون الأمريكـــي، فضـــلاً عـــن أنـــه تـــم ادراج شـــرط فـــي العقـــد بموجبـــه يعفـــى الناقـــل مـــن المســـؤولية عـــن تلـــف البضـــاعة، وقـــد اقـــرت المحكمـــة مبـــدأ مفـــاده (إن القـــانون الواجـــب التطبيـــق علـــى العقـــود ســـواء فيمـــا يتعلـــق بتكوينهـــا أو اثارهـــا أو شـــروطها هـــو القـــانون الـــذي تتبنـــاه الأطـــراف، وإذا كـــان العقـــد مبـــرم بـــين اشـــخاص مـــن جنســـيات مختلفـــة فـــان القـــانون المخـــتص هـــو قـــانون مكـــان الابـــرام مـــالم يعلـــن الأطـــراف عـــن ارادة مختلفـــة)، إذ تـــم الاعتمـــاد علـــى مبـــدأ ســـلطان الارادة فـــي المقـــام الأول كضـــابط اســـناد رئـــيس فـــي مجـــال العقـــود

(١) د. أحمـــد محمـــود الفضـــلي، التحايـــل علـــى القـــانون فـــي القـــانون الـــدولي الخـــاص، ط١، دار المنـــاهج للطبع والتوزيع، بغداد، العراق، ١٩٩٨، ص٢١٦.

الدولية[1]، إلا أن المحكمة قد اشارت في ذات الحكم نفسه إلى الخطورة التي يمكن أن تنتج عند تطبيق هذا المبدأ ولاسيما بالنسبة للطرف الضعيف، وإلى ضرورة أيجاد حلول موضوعية مباشرة ضامنه لتطبيق العدالة تضمن حق الطرف الضعيف في مجال العقود تطبق بصورة مباشرة على النزاع.

وفي مورد أخر، فقد قررت المحكمة الفدرالية السويسرية في حكمها الصادر في ١١-أي ار-١٩٩٦ خضوع العقود الدولية في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون المختص للقانون الأكثر صله بالعقد، ولكنها قد اشارت أيضاً في ذات الحكم إلى ضرورة العمل على ايجاد قواعد موضوعية تعنى بهذه العلاقات وتقدم الحل المباشر للنزاع الناشئ عنها، وإنها اشارت إلى الأمر ذاته في حكمها الصادر في ١-اكتوبر-١٩٩٨[2]، ونحن نؤيد ما ذهبت إليه المحاكم اعلاه من ضرورة وجود قواعد موضوعية تنظم العلاقات الدولية الخاصّة كونها تحقق الأمن والعدالة في تنظيم هذه العلاقات[3].

ويتبين لنا ممّا سّبق اعلاه، أن القواعد الموضوعية قواعد مباشرة محددة المضمون من ناحية، ذات تطبيق مباشر على النزاع المعروض على القاضي أو المحكم الدولي دون الحاجة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق، واضحة المعالم، فالعلم المسبق بهذه القواعد بالتأكيد يحقق لأطراف العلاقة معرفة حكم القانون ومضمون الحل الواجب التطبيق في المسألة مسبقاً، أي أن هناك تقديراً لنتائج معلومة سلفاً، ممّا يبعث على الاطمئنان بين المتعاملين في العلاقات الخاصّة الدولية، ومن ثم انتزاع مخاوفهم وشكوكهم في ثبات القواعد

(١) د. أشرف وفا محمد، الجنسية ومركز الأجانب في القانون المقارن والقانونين المصري والعماني، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١١، ص٢١٧.

(٢) د. محمد عبد الله المؤيد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول المقررة في القانون اليمني، ط١، جامعة صنعاء، ١٩٩٩، ص٢١٥.

(٣) د. محمود سمير شرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، القاهرة، دار النهضة العربية،١٩٩٢، ص٢٢.

التي تحكم علاقاتهم، فهي تعنى بتنظيم العلاقة القانونية بشكلّ جوهري، وهي دولية القلب والقالب من ناحية أخرى، فالروح الدولية في صلب ومضمون هذه القواعد ليس من منطلق مصلحة العلاقات الدولية وازدهارها فحسب بل ومن منطلق مصالح الدول ذاتها، لأن الدول التي لا تعطي أي تقدير للعلاقات الخاصّة ذات الطابع الدولي يعزف الأجانب عن التعامل معها ومع أفرادها وعليه يؤدي إلى عزلة اقتصادية لها عن العالم الخارجي، فالواقع الحقيقي يؤكد وجود تلازم حقيقي بين مصالح التجارة الدولية وضروراتها مع مصالح الدولة ذاتها وهذا ما منح مرونة لإرادة الأفراد في الخلق والايجاد والتكوين لهذه القواعد .

المبحث الثاني

النظام القانوني للقواعد الموضوعية

انقسم الفقه بشان مسألة النظام القانوني للقواعد الموضوعية على اِتجاهات مختلفة، إذ حصل اختلاف بشأنها بين مؤيد ومعارض، فمنهم من يرى لا يمكن اعتبارها نظاماً قانونياً بالمعنى الدقيق وذلك لأن بعض مكونات هذا النظام تفتقد إلى عناصر أساسية للقواعد القانونية.

بينما ذهب اتجاه اخر إلى الاقرار للقواعد الموضوعية بقدرتها على تكوين نظام قانوني مستقل يوازي النظام القانوني الذي تضعه الدولة بتنظيم الروابط القانونية بين الأفراد، ومن أجل البحث في هذا الموضوع والتوقف على صحة ادعاء هذه الاتجاهات وللاطلاع على حججهم والبراهين التي اعتمدوا عليها في آرائهم لابد من التطرق لها وتوضيحها، فضلاً عن أن المصداقية القانونية لهذه القواعد التي أصبحت حاجة ضرورية لكلّ المتعاملين الدوليين وهو ما تكون نتيجة معطيات ومبررات سلبية وايجابية سببت بظهور القواعد الموضوعية، ولكن ماهي أهم هذه المبررات وأسباب ظهورها ...؟

وهذه الحقيقية تبدو جلية في مادة تنازع القوانين حتى تمكننا من الفهم العميق أسباب الأزمات التي تمر بها قواعد منهج التنازع والتي كانت خلف ظهور القواعد الموضوعية فمن الطبيعي أن تستجيب قواعد القانون الدولي الخاص لكلّ ما هو مستجد في المجتمع التجاري الدولي.

ومن أجل الإحاطة بما تقدم أعلاه سيقسم المبحث على مطلبين: نبين في المطلب الأول منه: الاتجاهات الفقهية للقواعد الموضوعية، وندرس في المطلب الثاني منه: مبررات ظهور القواعد الموضوعية، وعلى النحو يأتي:

المطلب الأول

الاتجاهات الفقهية للقواعد الموضوعية

حصل خلاف بين فقهاء القانون حول اعطاء صفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية من عدمه، عن طريق اتجاهين متباينين حول مضمون هذه الفكرة، فذهب جانب من الفقه إلى انكار أو نفي صفة النظام القانوني عن مجموع القواعد الموضوعية.

بينما ذهب جانب اخر من الفقه إلى العكس من ذلك بالاعتراف بصفة النظام القانوني لهذه القواعد، باعتبارها تشكّل نظاما قانونيا مستقلا من قواعد خاصّة بالتجارة الدولية والمنازعات والعلاقات الناشئة عنها تم وضعها من قبل مؤسسات وهيئات دولية مستقلة ومحاكم تحكيمية .

وأمام هذا الاختلاف نرى أن التزام الدقة القانونية يقودنا إلى تحديد النظام القانوني لهذه القواعد، والتي يمكن أن نتبين معالمها عن طريق التطرق للرأي المنكر لهذه القواعد والمعترف بها.

ومن أجل الإحاطة بما تقدم أعلاه سيقسم المطلب على فرعين: نبين في الفرع الأول منه: التشكيك بصفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية، وندرس في الفرع الثاني منه: الاعتراف بصفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية وعلى النحو الاتي:

الفرع الأول

التشكيك بصفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية

أصحاب هذا الاتجاه ويتزعمهم الفقيه LAGARDEPAUL ينكرون تمتع القواعد الموضوعية بصفة نظام قانوني قائم بذاته يمثل المعاملات التجارية الدولية، وذلك بسبب عدم وجود مجاميع دولية تتحد يجد فيها النظام التجاري مصدرة، إذ يرون بوجود تعددية كبيرة في هذا المجتمع الدولي

التجاري والتي تقوم على أساس التنافس الشديد بين اعضاءه ولا يوجد هناك ما يؤلف بينهم.

ومن ثم يؤدي ذلك إلى عدم امكانية الاعتراف بوجود مجتمع يربط بين هؤلاء الاعضاء[١]، وفي حقيقة الواقع المعاصر للممارسات والروابط الدولية إذ تؤكد عدم وجود توازن بين أعضاء هذا المجتمع، كون قواعد هذا القانون تصاغ بمعرفة المشروعات الكبرى المهيمنة على المبادلات التجارية الدولية[٢]، أما المشروعات الصغرى فهي ملزمة بأتباع القواعد والحلول التي تقرها المنظمات المهنية التي تسيطر عليها، وعليه القول بوجود قواعد موضوعية موصوفة بالنظام القانوني تحكم الروابط والعلاقات التي تنشأ في هذا الميدان مازالت مشكوك في قيمتها وأصلها[٣].

وذهب جانب من الفقه أيضاً إلى أنه في مجال الفقه القانوني لا تمتلك القواعد الموضوعية الانسجام المطلق الذي يسمح بإعطائها صفة النظام القانوني واستندوا في ذلك لعوامل عديدة وأهمها مثلما يلي:

أولاً- من ناحية المجتمع الذي تنظمه هذه القواعد: لا يمكن القول بوجود مجتمع متماسك يجمع كلّ المتعاملين بالعلاقات الدولية العابرة للحدود، وقادر على خلق نظام قانوني خاص بها، كونه مجتمع غير متماسك وغير متجانس تتعارض مصالح أشخاصه، إذ أن جوهر أي نظام قانوني يتكون من عنصرين، وهما عنصر عضوي وهو وجود منظم لوحدة اجتماعية على نحو

(١) د. غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص/تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الاحكام الاجنبية، دراسة مقارنة، ط٣، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، ٢٠٠١، ص٦٥.

(٢) د. طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر التوزيع، عمان، ١٩٩٧، ص٧٧.

(٣) د. سلامة فارس عرب، وسائل اختلال توان العقود الدولية في قانون التجارة التجارية الدولية، دار الكتب الحديث، القاهرة، ١٩٩٩، ص٤٥٥.

حقيقي ملموس، وعنصر اخر تنظيمي ويتمثل في وجود قواعد قانونية تحافظ على هذا التنظيم[١].

وبناءَ على ذلك يصعب الاعتراف في نظر أصحاب هذا الاتجاه بصفة النظام القانوني لهذه القواعد التي تحكم هذا المجتمع والذي هو في حقيقته عبارة عن مجموعات مشتتة من التجار ورجال الاعمال ينقصهم التنظيم الحقيقي الذي يعطيهم صفتي الوحدة والتماسك، إذ إن كلّ منهم يتبع عادات واعراف خاصّة والتي تعبر عن مصالهم وهي تتعارض مع مصالح غيرهم[٢]، ممّا يصعب القول بتوافر هذه القواعد على فكرة التنظيم الموحد اللازم لقيام النظام القانوني[٣].

ويؤيد ذلك أن الدول ليست متعاونة فيما بينها بخصوص هذا الشأن فهي ليس لديها الاستعداد الكافي لترك المنازعات التي يكون مواطنوها أطرافاً فيها لكي تحكمها هذه القواعد، فضلاً عن أن مصالح هذه الدول الاقتصادية والسياسية ستعيق كلّ محاولة لاكتمال مثل القانون[٤].

---

(١) د. محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٢، ص ٧٣ .

(٢) د هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص١٦١.

(٣) لقد اكد الأستاذ Hobbes على ان التنازع والتعارض بين المصالح يكون في اقصى حالاته في الفرضية التي لا يستطيع فيه افراد الجماعة تحديد المصالح الخاصّة لكلّ منهم أو مصالح الجماعة ككلّ، أي تكون نظرة المتعاملين غير متناسقة وغير منتظمة مع بعظها البعض، انظر مشار إليه ، صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص ٢٠٢.

(٤) د. سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٠، ص١٦٥.

يلاحظ ممّا تقدم اعلاه، أنهم غالوا في الاعتماد على الربط بين فكرة النظام القانوني وبين الدولة على نحو لم يتصور فيه وجود هذا النظام خارج إطار فكرة الدولة وهو أمر يصعب التسليم به، إذ إن الفقه الحديث اتجه إلى كون ليس بالضرورة من وجود الدولة كشرط لنشأة النظام القانوني، فصناعة القانون لم تعد في ذاتها حكراً على الدولة، إذ قد يوجد أكثر من نظام قانوني واحد في الدولة مثلما أننا ما دمنا بصدد مجتمع منظم ومتماسك، وهذا يصدق الحديث على مجتمع البائعين والمشترين من التجار ورجال الاعمال المتعاملين عبر الحدود إذ تدفعهم مصالحهم المشتركة إلى التعاون والتضامن سعياً إلى ادراكها، والواقع يؤكد وجود هذا المجتمع كوحدة متماسكة بدرجة كافية تسمح لأطرافه بتنظيم علاقاتهم على نحو تجعلهم يشكلون مجتمع دولي حقيقي له تنظيمه الذاتي وتطبيقه في قضاء التحكيم وتسامح الدول والاعتراف به.

ثانياً- من ناحية هذه القواعد لاتعد آمرة: لقيام أي نظام قانوني بحسب ممثلي هذا الاتجاه لا يكون إلا بوجود القواعد الآمرة، في حين أن قواعد المنهج الموضوعي قواعد مكملة أو ذات طابع تفسيري ولا يتوافر فيها عنصر الاعتقاد بالالتزام، إذ يتوقف اعمالها بناءً على رغبة وإرادة الأطراف المتعاقدين في العقود الدولية، وما القواعد المكملة إلا عبارة عن كماليات وترف قانوني ومن ثم لا تشكّل نظاماً قانونياً مستقلاً وكاملاً، إذ لا يتصور قيام نظام قانوني في ظلّها فهي مجردة من القواعد الآمرة التي تهدف في حماية المصلحة العليا للجماعة[1]،

فهي قواعد يتم تطبيقها بإرادة الأطراف في إطار مجتمع التجار ورجال الاعمال، كالعقود النموذجية والعادات المقننة، ومن ثم فلا وجود لقواعد آمرة خاصّة في مجال التجارة الدولية في ظلّ مجتمع متناثر ومتنافس ينقصه

(١) محمد عبد الله محمد، منهج القواعد الموضوعية، مصدر سابق، ص ٤٦.

التنظيم الحقيقي[1]، فدور الارادة يقلل من الحواجز بين القوانين ويجعل هناك انسيابية عالية في تطبيق القانون المختصة بما يتلاءم مع طبيعة العلاقة وعناصرها الموضوعية والشخصية.

فضلاً عن ذلك أن الحلول التي تستقي من هذه القواعد تترجم بعمق موازين القوى المختلة من الناحية العملية بين أطراف هذه العقود، إذ تؤدي هذه القواعد في حالات ليست قليلة إلى حدوث اختلال التوازن في العقود الدولية التي تنطبق عليها[2]، كونها تعكس مصالح الأطراف المسيطرون على وضعها وابتداعها[3].

غير أن القول اعلاه بأن هذه القواعد تتسم بالطابع المكمل وهو ما لا يسمح بتكوين نظام قانوني مستقل ومتكامل وأن تطبيقها لا يتوقف إلا على ارادة الأطراف فهو غير مجدي، بسبب أن هذه القواعد أحياناً رغم غياب ارادة الأطراف قد تطبق، وأحياناً أيضاً تطبق بناءً على ارادة المشرع الوطني والدولي نفسه، فضلاً عن أنه لا يستطيع أحد أن ينكر قدرة هذه القواعد المكملة على تنظيم المجتمع ولاسيما في مجال العلاقات الدولية الخاصّة باعتبار القواعد المكملة تعد ميزة جوهرية لها.

ثالثا- من ناحية عدم اقترانها بجزاء يكفل احترامها: ومؤدى ذلك أن أي نظام قانوني لا يقوم له أساس مالم تقترن قواعده بالجزاء الذي يحمل الأفراد المتعاملين بها إلى احترامها واستمرارها، على غرار ما هو معمول به في

(١) د. حسن الهداوي و د. غالب الداووي، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني: تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية ط١، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٨، ص٢١٠.

(٢) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٦٩، ص٢١٨.

(٣) بلاش ليندة، مصدر سابق، ص٢٠٤.

الأنظمة القانونية التي توضعها الدول، والذي يتميز بوجود ذلك الجزاء وتتكفل بتوقيعه عند الاقتضاء[١].

وما يؤكد هذا المعنى أن القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي تفتقد لمثل هذا الجزاء، إذ إن الجزاء الذي زعم به أنصار هذه القواعد في حقيقة الواقع لم يدل على توقيع جزاء محدد خارج اطار دائرة تنفيذ أحكام التحكيم وهو لا يتأتى من التجمع المهني أو الوسط التجاري، بل عن طريق اللجوء إلى السلطات العامة في الدولة وهي تملك حق امكانية القبول أو رفض ذلك التنفيذ ومن ثم لا تضفي على هذه القواعد أي قيمة، ممّا يجردها من صفة النظام القانوني بسبب عجزها عن فرض الجزاء الذي يكفل بالنهاية احترام قواعدها[٢].

هذا الأمر لم ينكره جانب من أنصار هذه القواعد [٣]، حينما أكد بعضهم أنه لا يمكن التأكيد بوجود جزاء مستقل للقواعد الموضوعية من دون تدخل الدول لأنه عند تنظيم روابط الأطراف في ميدان العقود الدولية ولابد من أن يؤخذ بنظر الاعتبار الوسائل المتاحة من قبل الدولة من أجل تنفيذ القوانين، وهو ما يستجيب للرأي الفقهي الذي لا يتصور وجود القانون بعيد عن الدول[٤].

---

(١) د. احمد عبدالكريم سلامه، العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٣٧٠.

(٢) د. محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٧٤.

(٣) د. احمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، ط١، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية، مصر، ١٩٨٩، ص٢١٧.

(٤) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٢٨٣.

وبخصوص انعدام الجزاء في هذه القواعد، فهو قول مجاف للحقيقة ولا نؤيده، كونها تتضمن جزاء ضمنيا بصورتيه المالي والادبي، ما يكفل لها الاحترام والتطبيق مقارنة بالقواعد التشريعية، فهي تتضمن جزاء ذاتيا له استقلاليته يضمن احترامها مثلما هو الشأن في القانون الوضعي[١]،

وتلك الجزاءات الذاتية متنوعة على نحو يتلاءم وطبيعة اشخاص المجتمع الذي تسود فيه، يفرضها قضاءه المستقل عن الدولة الذي يضمن له الاحترام المتطلب لقواعده، فمثلاً هناك جزاءات مالية كتقديم كفالة لضمان تنفيذ الحكم وأيضاً يوجد نوع اخر من الجزاءات وهو الجزاء الأدبي كنشر اسم عدم تنفيذ المحكوم ضدة لقرار الحكم، الأمر الذي يضفي على هذه القواعد الطابع القانوني الملزم الذي يكفل لها صفتها الملزمة.

ويتبين لنا ممّا سبق اعلاه، إنَّ الحجج التي اِستند إليها الاتجاه المنكر للنظام القانوني للقواعد الموضوعية، هو أمر مرفوض ومبالغ فيه كون هذه القواعد هي صاحبة الدور الريادي في معالجة الجمود التشريعي لقواعد الاسناد التقليدية ونستند في ذلك إلى ما جاء في مشارطة التحكيم بخصوص قضية (Aminoil) بين الكويت وإحدى الشركات الاجنبية البترولية عام ١٩٨٢ إذ اشارت إلى (أن القانون الذي يحكم المسائل الجوهرية بين الأطراف يجب أن تحدده المحكمة، بالنظر إلى صفة الأطراف والطبيعة عبر الدولية، وما هو سائد بالعالم الحديث)[٢]، وعليه فان هذه القواعد ماهي إلا نتاج اتفاقيات دولية وعادات واعراف مستسقاة من ضمير الجماعة، ومن ثم لا يجد القاضي أو المحكم أي حرج في الرجوع إليها لتقرير أحكامه، إن هذا الاتجاه

(١) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية التطبيق، منشأة معارف الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٣٢٣.

(٢) د. علي كاظم الرفيعي، التحكيم التجاري الدولي، محاضرات غير مطبوعة ملقاة على طلبة الدراسات العليا في كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٢، ص٢١٣.

يجعل هذه القواعد فيها مرونة واستجابة لحاجات المعاملات التجارية، فالإرادة هنا تتحرك في الاختيار والايجاد دون التنظيم والترتيب.

مثلما نلاحظ لم يتضمن المشرع العراقي نصوصاً صريحة تتحدث عن وجود نظام قانوني مستقل للقواعد الموضوعية في العلاقات الدولية الخاصّة بل يعتمد في الغالب على قواعد الاسناد المحددة في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١حول القانون الواجب التطبيق في العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ممّا يعزز التشكيك بهذه الصفة، وبالمحصلة المشرع وضع قواعد عامة موحدة لحكم حالات مختلفة مع تجاهله مواكبة التطورات الاجتماعية الحديثة، والذي رافقه طردياً قيام علاقات جديدة لم تكن موجودة ابان تشريعه القانون المدني العراقي قبل أكثر من خمسين سنه، وعليه يتطلب ايجاد قواعد قانونية دولية لتنظيمها تتسم بالسرعة وبالحلول المباشرة يمكن التنبؤ بها من قبل الأطراف، تسن بقوانين حديثة مسايرة للتطورات على الساحة الدولية.

ولقد تبنى المشرع المصري منهجاً متشابهاً للمشرع العراقي، إذ اعتمد أيضاً على قواعد الاسناد التقليدية في القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، وهذا يفيد التشكيك أيضاً بصفة النظام المستقل لهذه القواعد، على العكس من ذلك القانون الفرنسي كان أكثر تطوراً في هذا الخصوص، فقد شهد تطورات في مجال الاجتهاد القضائي بتطبيق القواعد الموضوعية الدولية مباشرة دون المرور بقواعد الاسناد، مثلما حدث في بعض أحكام محكمة النقض الفرنسية في عام١٩٧٢ بخصوص قضية (MessageriesMaritimes) تتعلق بعقد تم في اطار علاقة دولية، إذ قضت المحكمة اعلاه بحكم أن لا يستبعد ان تكون هناك قواعد موضوعية قابلة للتطبيق المباشر دون المرور بقواعد الاسناد، ونستنتج من ذلك إنها اعترفت بإمكان وجود قواعد موضوعية مستقلة عن النظم القانونية الداخلية تطبق بشكل مباشر.

الفرع الثاني

الاعتراف بصفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية

يرى الاتجاه المناصر للقواعد الموضوعية إنها تتضمن مفهوم القانون بالمعنى المتعارف عليه، وهذا يجعلها تشكّل نظاماً قانونياً مستقلاً كاملاً يتميز بمصادرة المتعددة وقضاءه الخاص بل وحتى له جزاؤه[١]، إذ أصبحت القواعد الموضوعية الوسيلة القانونية الفعالة في فض المنازعات الخاصّة ذات الطابع الدولي، وهو ما دعى هذا الاتجاه إلى القول بأنه منهج متكامل يحتوي على القواعد والأصول القانونية ممّا يؤهله لمنافسة المنهج التقليدي، عن طريق وصفها بمنهجية متجدد القواعد وليس بوصفها قائمة القواعد سابقة الوجود[٢].

ان توافر صفة النظام القانوني بالقواعد الموضوعية ممّا يجعل منها نظاماً قانونياً متكاملاً يوازي الانظمة الوطنية، يطرح تساءل هنا حول مدى انطباق فكرة النظام القانوني على مجموع هذه القواعد ...؟

إذ يعرف النظام القانوني بأنَّه " مجموعة متناسقة من القواعد تتأتى من مصادر مرتبطة على نحو تدريجي، وتستلهم المجموعة نفسها من المبادئ ونفس الرؤية للحياة والعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أنْ تحكمه"[٣].

وهذا يعني من التعريف المتقدم اعلاه ممكن أنْ يوجد هذا النظام في كلّ تنظيم جماعي على نحو كاف، والتي تتوفر فيها أجهزتها التي تمارس سلطة معينة على كلّ عضو في هذه المجموعة بصدد توطيد العلاقات

---

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص ٣٢٧ . و د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعة ، ٢٠١٠، ص ٤٨ .

(٢) نادر محمد ابراهيم، مصدر سابق، ص١٩٢.

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، مصدر سابق، ص ٦٢.

والروابط التي تنشأ فيما بينهم، أما تعريف القاعدة القانونية بصورة عامة فيقصد بها " قاعدة عامة مجردة من وضع سلطة نظامية التي تهدف إلى تنظيم روابط وعلاقات الأفراد داخل المجتمع مصحوبة بجزاء يكفل لها اِحترامها والتي توقعه السلطة المختصة عند الاقتضاء "، وبذلك فالقاعدة القانونية من التعريف اعلاه هي احدى ادوات الضبط الاجتماعي التي تستخدمها السلطة للسيطرة على سلوك الأفراد ونشاطهم داخل المجتمع، فهي توازن ما بين حرية الأفراد ومصالح الجماعة، وما يتخذه المجتمع من وسائل التي تكفل تكييف سلوك الأفراد على نحو بما يتلاءم مع ما اصطلحت عليه الجماعة من قواعد وقوالب للعمل والتفكير(١).

يتضح من ذلك كله أن صفة العموم والتجريد هي السمة الأساسية في القاعدة القانونية، لأنها تخاطب الافراد والاشياء بصفاتهم وليس بذواتهم، وتطبق على الجميع مالم يرد استثناء يخصص عمومها بالنسبة للإفراد أو الاشياء أو الوقائع، وإن هذه صفة العموم والتجريد في القاعدة القانونية، تعني إنها قاعدة فرضية و والمقصود بذلك أن صفة الأمر التي تتضمنها هذه القاعدة ترتبط بصفة في الشخص أو الشيء أو الحدث، ولا يسري حكم ذلك الأمر إلا في الفرض الذي يتوفر في الشخص أو الشيء أو الحدث لتلك الصفة، ومن ثم لا ينبغي فهم صفة العموم في القاعدة القانونية على أنه يجب اعتياد جميع الناس على متابعتها، وإنما يكفي أن تخصص القاعدة في مهنة كممارسة التجارة أو في طائفة معينة كطائفة التجار.

وبقياس القواعد الموضوعية على ما سبق ذكره، يمكننا القول أن هذه القواعد تتوافر فيها صفة الالزام أو الآمر، بالعودة إلى أصل قواعدها العرفي المنبثق من عادات وأعراف التجارة الدولية التي درج العمل بها المتعاقدون منذ القدم، فتكرار تطبيق هذه العادات والأعراف على نحو متكرر ومضطرد

(١) وطبان ورنس نواف، مصدر سابق، ص٣٩٦.

وتغلغلها في إطار مجتمع معين مكن من ادراجها في صيغة العقود النموذجية ممّا اضفى عليها طابع القانون الملزم[١].

ومسألة الاشكال الحاصل حول النظام القانوني للقواعد الموضوعية في نظر الاستاذ (KAHN) لامعنى له، فلا يمكن بحسب وجهة نظره انكار حتمية وجود هذا النظام الذي تتابعت عليه قرارات التحكيم واحكام المحاكم لتؤكدها وكذلك لامعنى للتشكيك في القيمة القانونية لقواعده، فالقواعد اعلاه أصبحت الاداة القانونية الفعالة في فض المنازعات ذات الطابع الدولي، بيد أن المشكلة لا بوجود أو عدم وجود قانون دولي طائفي وإنما يتحدد بمدى استطاعته على أن يشكل نظاماً قانونياً حقيقياً يستند على مبادئ كافية لضمان تماسكه وفعاليته[٢].

ويدعم أنصار هذا الاتجاه رأيهم في أن الترابط الداخلي والخارجي لمجمل القواعد الموضوعية تجعل منها تشكّل نظاماً قانونياً منفرداً بذاته، فمن حيث الترابط الداخلي فيتمثل عن طريق انتهاج المتعاملين في ميدان معين على نسق محدد استناداً إلى مبدا الحرية التعاقدية ومن ثم تكرار العمل به حتى يصبح أبعد من كونه شرطاً تعاقدياً وجديراً أن يتبناه قضاء التحكيم، أما من ناحية الترابط الخارجي لهذه القواعد ينعكس عن طريق التحكيم الذي حاول بمرات عديدة تحطيم العقبات التي وقفت في وجه اعمال انطلاقة بملاءمته لحكم المنازعات الدولية مقارنة بالقوانين الوطنية، باعتباره القضاء الفعلي الحقيقي لمجتمع التجار الدولي[٣].

---

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع الاختيار بين الشرائع –اصولا ومنهاجاً ،الطبعة ١، مكتبة الجلاء الجديد، المنصورة، ١٩٩٦، ص٤٥ . وينظر كذلك د. محمد علي عمران، المدخل للعلوم القانونية ،١٩٩٥، ص١٧.

(٢) محمد عبد الله محمد، منهج القواعد الموضوعية، مصدر سابق، ص ٥٨.

(٣) د. بهاء هلال الدسوقي، مصدر سابق، ص٢٧–٢٨.

فضلاً عمّا تقدم فان سلطة الدولة لاتعد مصدراً وحيداً للقانون، ولا يمكن ربط الدولة بالقانون، لأن فيها انكاراً لقواعد قانونية نشأت على هامش قانون الدولة كالقواعد العرفية، وأيضاً هناك قواعد صدرت من منظمات مهنية والتي لا تمثل بالتأكيد سلطات عامة، ولكنها اكتسبت صفة ووضعت جزاء على كلّ من يخالفها وهي كذلك نشأة وتكونت على هامش قانون الدولة، إذ إن مفاد هذا القول إذا كان ما يميز النظام القانوني هو وجود سلطة تضع قواعده فتلك السلطة موجودة في مجال التجارة الدولية والمتمثلة بالتنظيمات أو المنظمات المهنية، ولكي تعد هذه القواعد الموضوعية نظاماً قانونياً حقيقياً شأنها في ذلك شأن القواعد الوطنية لابد من توافر عوامل عديدة وأهمها مثلما يلي[1]:

أو لاً- التضامن والتعاون في ميدان التجارة الدولية: إذ أصبح لابد منهما لنشأة نظامها القانوني، وتؤكد ذلك منظمات ومؤسسات هذا المجتمع الدولي، بل وجهازه القضائي المتمثل بمراكز التحكيم الخاصّة والمؤسسية المنتشرة دولياً فضلاً عن ذلك أن ضرورة التعامل على المستوى الدولي يستلزم لابد من أن يكون لهذا المجتمع قانونه الذي يخلقه بنفسه على وفق حاجاته التي يشعر هو بأهميتها[2].

فالقواعد القانونية يمكن أن توجد في كلّ مجتمع، ولا يلزم الانتظام في شكلّ الدولة المهم وجدت جماعة متماسكة بدرجة كافية في معاملاتها وعلاقات أعضائها، ومن ثم تكتسب معها قواعدها الناظمة لها صفة القاعدة القانونية ذات الأصل العرفي أو غير التشريعي وهي بذلك قاعدة مقبولة ولو لم تصدر عن سلطة تشريعية معينة.

ثانياً- وجود أنظمة قانونية تعمل على احترام القواعد الموضوعية: يتم هذا عن طريق هيئات التحكيم، فالتحكيم هو سلطة قضائية حقيقية تساعد على

(١) د. محمد عبد الله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية، مصدر سابق، ص ٥٨ .

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص ٣٢٥.

تقوية واستقلال المجتمع الدولي للتجار ورجال الاعمال، فالمحكم يستمد سلطته واختصاصه من ارادة الأطراف التي هي ساهمت بخلق وانشاء القواعد الموضوعية وليس من القواعد الوطنية(١).

ولكي توجد القاعدة القانونية فيجب أن يكون هناك قاضي ونظام الاكراه الخارج عن الأطراف وهو ما يكفله نظام التحكيم لقواعد القانون التجاري الدولي، وهذا الأمر يؤدي إلى منح القواعد الموضوعية القيمة القاعدية التي تتمتع بها قواعد القانون الوطني، فالاتفاقيات الدولية وقضاء التحكيم الحديث يميلان إلى التأكيد بحق المحكمين في التطبيق المباشر للقانون التجاري الدولي دون الحاجة بتمسك الأطراف بهذا التطبيق صراحة أو ضمناً.

لقد بات التحكيم الدولي منافساً قوياً للقضاء الوطني، ولاسيما وأن المتعاملين في مجال التجارة الدولية يفضلون طرح نزاعاتهم على اشخاص ذوي خبرة فنية خاصّة، لا يتقيدون بالقوانين الوطنية التي اضحت لا تواكب التطورات الحاصلة على الصعيد الدولي، فاستقر بهم المطاف على اخضاع العقود التي يبرمونها إلى القانون الذي يرسمون هم انفسهم قواعده وأحكامه(٢).

ثالثا- وجود جزاء ذاتي يكفل احترام تلك القواعد على غرار القانون الوضعي: تتصف تلك الجزاءات بتنوعها في هذا الميدان، بما يلاءم المجتمع الذي تسود فيه، فتكون أما مالية كتقديم كفالة لضمان مصاريف التحكيم، أو جزاءات تأديبية كنشر اسم من صدر الحكم ضده وامتناعه عن التنفيذ، أو جزاءات تتمثل بالحرمان من بعض الحقوق كتعليق حقوق العضوية، ومنع

(١) ارميض خلف عبيد، مستقبل منهج التنازع في عقد البيع الدولي دراسة تحليلية في ضوء احكام اتفاقية فيينا ١٩٨٠، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ٢٠١٨، ص٢١٩.

(٢) د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية مصدر سابق، ص ١٤٢.

المقصر من الالتجاء إلى التحكيم مستقبلاً أو في ارتياد الاسواق التجارية العالمية، وهذا بالتأكيد يؤثر على سمعتهم التجارية في هذه الاسواق[١].

وفي الواقع العملي قد اثبت أن الغالبية العظمى من احكام التحكيم تنفيذ بصورة تلقائية دون الحاجة لتدخل سلطات الدولة، وذلك لتفادي الجزاءات التي قد يتعرض لها المخالف والتي يفرضها التعامل في الأوساط التجارية والمهنية ممّا يعني أن القواعد الموضوعية للقانون التجاري، صارت لها روحها الخاصّة واساليبها وجزاءاتها الخاصّة بها، فالجزاء يمكن أن يكون ماثلاً للعيان أو قد يكون مستوراً بين ثنايا النظام القانوني، فاذا امتنع المحكوم عليه في تنفيذ الحكم تلقائياً فأنه يمكن الحصول من القاضي على أمر بالتنفيذ وبهذا نكون استندنا إلى سلطة الدولة واعمال الجزاءات التي تراها مناسبة، وهذا ما نلاحظه في القرارات التي يتم تنفيذها بواسطة القضاء الوطني، رغم علمه بأن هذا الحكم التحكيمي قد صدر بناء على هذه الاعراف[٢].

ونخلص من مناقشة هذه الاتجاهات، أننا لا نتفق من الاتجاه الأول، وللكننا مع رأي الاتجاه الثاني كونه يبدو أكثر واقعية وهو الاتجاه الفقهي الغالب، رغم أن المشرعين (العراقي والمصري) لا يعترفان صراحة بوجود نظام قانوني للقواعد الموضوعية في العلاقات الدولية الخاصّة، لكن لا يمنعان من تطبيق هذه القواعد بصورة ضمنية إذا ما عدّت من المبادئ المقبولة في العلاقات الدولية الخاصّة، وعلى النقيض القانون الفرنسي يظهر في بعض اجتهاداته واتفاقياته نوعاً من الاعتراف بنظامية القواعد الموضوعية فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٧- مايو - ١٩٦٣ في نزاع Gosset بانه في مسائل التحكيم الدولي، أن شرط التحكيم وسواء ابرم منفصلا أو كان يتضمنه العمل القانوني، فانه يتصف بنوع من

---

(١) صلاح الدين جمال الدين محمد، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، كلّية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٣، ص٨٥٢.

(٢) د. محمد عبد الله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية، مصدر سابق، ص ٦٠.

الاستقلالية والقانونية وهو ما نجده أيضا في القضاء الأمريكي، وذلك في الحكم الصادر في ١٢- يونيه -١٩٦٧ في نزاع Primo Paint corporation.[١]

وكذلك نستنتجه من القاعدة التي تؤكد على حق الدولة في الخضوع للتحكيم في الروابط العقدية التجارية الدولية على الرغم من الحضر الوارد في القانون الداخلي، إذ قضت محكمة استئناف باريس في ١٣/ يونيو/١٩٩٦ في النزاع الذي نشأ بين الشركة الإيطالية (ICORIESTERO) والشركة الكويتية للتجارة والمعاملات الخارجية والاستثمار (Kfrcic) بذلك، إذ يتبين لنا من حكم محكمة النقض الفرنسية اعلاه إنها قد اتجهت إلى تطبيق قاعدة موضوعية مباشرة اجازت عن طريقها التحكيم في المعاملات الدولية دون التوقف أمام مسألة أهلية الدولة وهيئاتها لأبرام اتفاق التحكيم، وهو ما يستدل منه اعتراف القضاء الفرنسي بالنظام القانوني لهذه القواعد[٢].

وعليه أن انكار الصفة القانونية على هذه القواعد، هو أمر غير مقبول إذ يؤدي إلى اضطراب العلاقات الدولية للأفراد، ويضيع إحدى الوظائف المهمة للقواعد وهي تحقيق الامان القانوني للعلاقات الدولية الخاصّة، إذ ان كلّ مجتمع يخلق بنفسه قانونه وقواعده التي يسير عليها، ومن ثم فأن هذه القاعدة القانونية التي تحكم جماعة معينة فعلاً، أصبحت راسخة في نفوسهم على اتباعها واحترامها بخضوعهم لها بإرادتهم ممّا يعطيها صفة الالزام داخل هذا المجتمع الدولي مثلما في مبادئ(Unidroit) للعقود التجارية الدولية، التي تعد نموذجاً للقواعد الموضوعية التي يمكن اعتمادها كنظام قانوني مستقل باختيار الأطراف، ممّا يجعل منها نظاماً قانونياً اكتسب صفة الالزام،

---

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق ، ص٥٤٥.

(٢) د. السيد عبد المنعم المراكبي، التجارة الدولية وسيادة الدولة، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٥، ص٢٩١.

فهنا دور الارادة في القواعد الموضوعية يتجاوز الإيجاد والتكوين إلى التنظيم أيضاً.

المطلب الثاني

مبررات ظهور القواعد الموضوعية

من دون شك أن المشاكل تتبدل بأثواب جديدة في كلّ يوم، ولقد كان من الطبيعي أن تستجيب قواعد القانون الدولي الخاص لكلّ ما هو مستحدث وجديد على الساحة الدولية، لأن ثمة وجود رابطة قوية بين القانون الدولي الخاص والمعطيات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، والتي من ضمنها تمثل بقصور المنهج التقليدي القائم على تطبيق القانون المختص الذي تحدده الية التنازع الوطنية المتمثلة في قاعدة الاسناد لمختلف طوائف النظم القانونية ومن ثم يقود إلى عدم توقع الاحكام وانعدام الأمن القانوني.

إذ يوصف حل التنازع في ضوؤه بطابع الوطنية حتى وإن كانت العلاقات الداخلة في نطاقة تتصف بالأجنبية، فيطبق القاضي ما يقضي به قانونه في نظام التنازع باعتبار أن له اختصاصا أمراً لتعلقه بالسيادة الوطنية، وهذا لا يواكب التطورات السريعة على المستوى الدولي الخاص هذا من جانب المبررات السلبية.

أما من جانب المبررات الإيجابية فتمثلت في ذاتية القواعد الموضوعية والتي تلاءم التغيرات التي طرأت العلاقات الدولية الخاصّة المؤثرة في النظام القانوني والاقتصادي للعقد الدولي التي تمخضت عن العولمة، وكشفت حركات التوحيد العالمية عن ضرورة سن قواعد موضوعية تلبي الحاجات الدولية المستجدة وتجنب قواعد منهج التنازع، وعليه للتأكد من صلاحية منهج القواعد الموضوعية سنتطرق إلى المبررات السلبية والإيجابية المساهمة بظهورها.

ومن أجل الإحاطة بما تقدم أعلاه سيقسم المطلب على فرعين: نبين في الفرع الأول منه: المبررات السلبية، وندرس في الفرع الثاني منه: المبررات الإيجابية، وعلى النحو الاتي:

الفرع الأول

المبررات السلبية

تأثر القانون الدولي الخاص باعتباره النظام القانوني الخاص بحل النزاعات الخاصّة الدولية بعوامل عديدة مؤثرة انعكست على مضمونه والتقنية المستخدمة في منهجية حل مسائله، فالتوسع الذي شهدته العلاقات الدولية الخاصّة دفعت لتعرض منهج تنازع القوانين إلى انتقادات عنيفة كأسلوب لحل تنازع القوانين، بسبب أن الوظيفة الأساسية لهذه القواعد هي الاشارة عن طريق قاعدة الاسناد إلى قانون يتولى حل النزاعات في العلاقات المتسمة بالطابع عبر الدولي(١).

وهي علاقات تشمل من حيث أطرافها عنصرا اجنبيا أو أكثر التي تتصف بالجمود(٢)، وتؤدي إلى نتائج غير مرضية بالنسبة لأطراف العلاقة وكرد فعل من جانب بعض الفقه نادى بالبحث عن بديل لهذه القواعد، وكان من هذه البدائل منهج القواعد الموضوعية، إذ هي قواعد موجودة أصلاً أو معدة خصيصاً لتعطي حلاً مباشراً ينهي النزاع(٣).

وقد اظهر الاعتماد المفرط على منهج قواعد التنازع بعدم ملاءمته للعلاقات على المستوى الدولي الخاص، وعدم تحقيقيه الاستقرار في المراكز

---

(١) د. احمد عبدالحميد عشوش، مصدر سابق، ص٣.

(٢) د. سامي بديع منصور ود. أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ص١٥٤.

(٣) د. حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص٣٣.

القانونية الناشئة في ظلّه، إنما يعود ذلك إلى سببين الأول: تتمثل في قواعده تبدو غير سهلة الاعمال، وما تتطلبه من جملة اجراءات طويلة ومعقدة، والتي منها تحديد طبيعة العلاقة القانونية، ومن ثم التكييف، والاحالة، وتحديد القانون الاجنبي الواجب التطبيق، وكيفية تفسيره والية تنفيذه، إذ يتطلب ذلك القيام بمجموعة عمليات فنية في سبيل الوصول إلى ذلك القانون(١)، أما السبب الثاني: فانه تمثل منهج تنازع القوانين يعمل على تطبيق قوانين وطنية شكك في قدرتها على حل مشاكلّ الحياة الدولية الخاصّة، كلّ هذه الأمور مجتمعة ساهمت بظهور منهج القواعد الموضوعية والذي بين عيوب قاعدة التنازع والمتمثل بالأمريين التاليين(٢):

---

(١) ان الاحالة تؤدي إلى اخلال صارخ بتوقعات الأطراف، ويرجع سبب ذلك لما ترتبه من صعوبات عملية متعددة لتعارضها مع وظيفة الاسناد وإلى اعتبارات الشارع الخاصّة التي بنى عليها اختياره لقاعدة الاسناد، لأنها تؤدي إلى مسخ القانون وتحريفه، ومن ثم فهي لا تركن إلى قرار، والمتتبع لتاريخ الاحالة ونشأتها على اثر قضية فوركو التي اثيرت أمام القضاء الفرنسي سنة ١٨٧٨ يظهر فيها الغش نحو القانون بركنية المادي والمعنوي فهي تجازف بتحريف وغش توقعات الافراد وتحتال على ثقتهم المشروعة في اعطاء حل مادي مناسب لهذه العلاقات، انظر في ذلك، د. هشام خالد، الاتجاهات الحديثة في الاحالة، مجلة المحاماة، العددان الأول والثاني، السنة الثانية والسبعون، ١٩٩٢، ص٢٠١.

(٢) لقد انتقد الفقيه الأمر يكي (Currie) قاعدة التنازع بقولة لقد انشأنا ماكنة لحل تلك المشاكلّ، بافتراض ان وحدة النتائج ستسمو على كلّ الاعتبارات الأخرى ، من أجل هذه الغاية فأننا قد اعددنا ماكنة لكي يكون بالتالي قانون دوله واحدة هو فقط الواجب التطبيق من قبل كلّ الدول في شأن حالة مفترضة، لا يفترض بالمحكمة ان تلم أو تعلم سبب أو تاريخ القوانين المعنية، لان تطبيقها على مسألة النزاع المعروضة أمامها يكون لغرض تحقيق العدالة وفق القانون، وان دور المحكمة هو تغذية الماكنة باستخدام اجراءات معينة وتثبيت النتائج من دون السؤال عن حكمة أو عدالة النتيجة ، انظر مشار إليه ، د. احمد عبدالحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٩٧.

أولاً- افتقاد منهج قواعد التنازع للأمن واليقين القانوني: من الواضح أن قواعد التنازع في بعض الدول تتخذ من القضاء مصدراً رئيسا لها أكثر من التشريع، وهذا ما يفقدها الوضوح نسبياً ويفتح المجال للقاضي لاستخدامها وفقاً لتوجهاته الشخصية ومن ثم يصعب التنبؤ بالحلول التي تقدمها، فتأتي أغلب حلولها مستجيبة لمفهوم القاضي للعدالة أكثر من كونها اعمال لقاعدة مجردة ممّا يكون سبباً لتحول منهج التنازع إلى وسيلة تحكمية بيد القاضي يستخدمها لتحقيق فكرته الشخصية عن العدالة، لأنه غالباً ما يتم تطبيق وتفعيل قواعد التنازع فحسب بمعرفة المحاكم، ومثل هذا الانتقاد له أهمية كبيرة في مجال التجارة الدولية التي تتسم بسرعة ايقاعها لذا تتطلب نوعاً من اليقين والامان القانوني لا يجدهما إلا في منهج القواعد الموضوعية، نظرا لتدخل الارادة في انتقاء وتشكيل هذه القواعد(١).

وما يدعم هذا النقد هو أن تقلبات الاجتهاد لقاعدة التنازع ذات المصدر القضائي تنطوي عادة على مخاطر جسيمة بالنسبة للعلاقات القانونية بصورة عامة، والتعاملات التجارية الدولية بصورة خاصّة، والتي تقدر في بعض الاحيان بمبالغ باهظة للغاية، والتجارة الدولية هي احوج إلى الاستقرار والثقة فتؤدي إلى عدم اطمئنان المتعاملين في التعاملات التجارية الدولية على حقوقهم كونهم لا يعلمون مسبقاً أي قانون يطبق عليهم، وبالفرض امكان تعيين قانون مسبقاً فانة بلا شك سيكون قانوناً وطنياً غير معد لمواجهة منازعات التجارة الدولية المتغيرة(٢).

---

(١) محمد احمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية ايجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، رسالة ماجستير، كلّية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، عمان ،٢٠٠٦، ص١٣٩.

(٢) د. سالم ارجيعة، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي، تنازع القوانين من حيث المكان، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية ومركز الأجانب ، ط٤، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧، ص١٤٣.

فالإرادة تكسر جمود قواعد الاسناد لتتطور باتجاه ايجاد القواعد الموضوعية، والتي تتمثل بوضوح القاعدة القانونية بسهولة الوصول إليها وقابلية القانون المتوقع فيها، فضلاً عن استقرار قواعدها ما تؤمن للأفراد وتحقق تطلعاتهم واهدافهم المبنية في ظلّ معرفتهم السابقة بالقواعد المطبقة عليهم ومن ثم إن عقود التجارة الدولية تعد من أهم المجالات التي يطرح فيها بشدة ضرورة مراعات اليقين القانوني للأطراف، كونهم يستندون في تحديد تصرفاتهم والنتائج المترتبة عنها إلى قواعد الاعراف والعادات السائدة في مجتمع التجارة الدولي أكثر من الانظمة الوطنية، إذ ما يشغلهم هو الاطمئنان إلى أن القواعد المنظمة لمعاملاتهم، هي ذاتها التي يستند إليها لحكم ما قد ينشأ من نزاعات فيما بينهم، فلا يتم مفاجأتهم بقواعد مغايرة مخالفة لتوقعاتهم[1].

ويؤدي تطبيق المنهج التقليدي على العلاقات المترتبة عنها إلى عدم امكان توقع الاحكام، فأن رغبات الأطراف ستتحطم متى تم الفصل في النزاع من قبل محكمة من غير الممكن توقعها مع قواعدها الخاصّة بتنازع القوانين وأسلوبها الخاص في حل القضايا الدولية، وحتى أن تمت معرفة المحكمة عند ابرام العقد فأن القانون الواجب التطبيق يبقى غير معروف في ضوء اختلاف الحلول المقررة من قبل المحاكم الوطنية والمشرعين[2].

والملاحظ أن أغلب قواعد المنهج اعلاه من خلق القضاء ممّا يعدم الأمن القانوني ويجعل من قاعدة التنازع وسيلة تحكمية بيد القضاء فمثلاً تخضع العقود في معظم النظم القانونية إلى ضابط قانون الارادة، إذ يشوب تطبيق هذا الضابط عند غياب الارادة الصريحة تخمين القاضي واحلال آرائه الشخصية تحت مضمون الارادة الضمنية، أو الارادة المفترضة، وتركيز العقد

(١) د. سامي بديع منصور، القانون الدولي الخاص، ط١، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠، ص٢١٥.

(٢) وطبان ورنس نواف، مصدر سابق، ص١٨٣.

ومن ثم الاخذ بنظرية الاحالة محل القانون الذي ارادة المتعاقدان وهذا اخلال صارخ بتوقعات الأطراف من ضرورة الأمن واليقين القانوني[١].

فضلاً عن ذلك في ظلّ القاعدة التقليدية لقانون الارادة معوق اخر يحول دون تحقيق اليقين القانوني، إلا هو الحالة التي تقوم فيها الدولة بتغيير قوانينها عبر تعديل تشريعاتها لاحقة لاختيار المتعاقدين قانون تلك الدولة فيثار تنازع القوانين من حيث الزمان، أي يعني سيوجد قانون قديم اختاره الأطراف واطمأنوا لأحكامه وقانون جديد نتيجة التعديلات التشريعية اللاحقة الذي قد يخالف توقعات أطراف العقد، وعليه لا تسعف قاعدة التنازع التقليدية في تحقيق الأمن واليقين القانوني ممّا يجعل ضرورة البحث عن بديل له يلطف من شدة قواعد الاسناد فكانت القواعد الموضوعية ردت فعل طبيعة على هذه القاعدة .

ولهذا لم يكن غريباً أن يؤكد الفقه على أهمية القواعد الموضوعية الموحدة التي تتولى التنظيم المباشر لروابط التجارة الدولية، فالتوحيد الذي تحققه القواعد الموضوعية في نظرهم هو الوسيلة الفضلى لبث الطمأنينة لدى أطراف العلاقات الدولية الخاصّة وانتزاع شكوكهم في ثبات القواعد التي تحكمها ومنع الأطراف من ظاهرتي التسوق القانوني والقضائي[٢].

وهذا التوحيد والتنسيق يمكن ملاحظته بوضوح في الاتفاقيات الدولية والاعراف والعادات التجارية الدولية، التي اهتمت بوحدة الحلول القانونية على المستوى الدولي ومن ثم تتحقق مصلحة الافراد عبر اتاحة الفرصة لهم بمعرفة القانون الذي يحكم علاقاتهم على وجه اليقين وهو ما يحقق الاستقرار المنشود بالنسبة لهم، ولاشك في أن الاحترام المتطلب لتوقعات الأطراف

---

(١) رزوتي الطيب، مصدر سابق، ص٧٤.

(٢) د. عبد السلام بلبع، الاتجاه الحديث في تطوير القانون الدولي الخاص، مجلة القضاء ،العدد السادس، ١٩٧٠، ص٢٩، انظر مشار إليه ، محمد عبدالله المؤيد، مصدر سابق، ص٧٤.

وتحقيق اليقين القانوني لهم من أهم أهداف القانون الدولي الخاص المعاصر، لذلك يعتقد البعض أن اللجوء إلى القواعد الموضوعية اصبح الطريقة المثلى لحل المنازعات التجارة الدولية، نظرا لدور الارادة في تلك القواعد الذي يرفع مستوى اليقين القانوني ويجعل تلك القواعد محل ترحيب لدى أطراف العلاقة[١].

ثانياً- عدم مواكبة الحلول الوطنية لتطور العلاقات الدولية الخاصّة: تتصل هذه الفكرة بمدى دولية القانون الدولي الخاص حقيقة لأنه يستخدم قواعد تنازع وطنية غالبا، مثلما أن القانون الذي يتقرر تطبيقه هو أيضا قانون وطني اعد في الاساس لكي يحكم العلاقات الوطنية البحتة، غير أنه منَ المفروض أن القانون الدولي الخاص هو قانون علاقات دولية خاصّة، إذ يشير الفقه الحديث إلى أن العقود اصبحت اداة فنية لتبادل الثروات عبر الحدود وتسيير التجارة الدولية ولذلك فقد تنوعت انماطها وبسبب هذا التنوع والتركيب المعقد، فان هذه العقود مثلما يرون لا يمكن تصنيفها ضمن اطار التصرفات المعهودة التي تنظمها القوانين الوطنية، ولكن هذا الفقه يؤكد بالقول إن قانون التجارة الدولية والقوانين الوطنية ليسا في حالة تصارع، بل يكمل احدهما الاخر وأن الميزة المهمة لقانون التجارة الدولية هي أنه يأخذ بحاجات التجارة الدولية في الحسبان[٢].

وفي ضوء ذلك، فان القانون الذي يحكم النزاع وضع أصلاً ليحكم نزاعات داخلية ومن ثم قد لا يتناسب العمل به بعلاقات ذات طابع دولي، فتوصف قواعد الاسناد بأنها وطنية المصدر والموضوع، ليس فحسب بمعنى إن الدولة هي التي تضعها أو تحددها، ولكن أيضاً موضوعها الأساس هو تحديد قانون وطني يحكم الروابط القانونية من دون أن يكون بمقدرتها هي أن

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٣٣٤.

(٢) احمد مهدي صالح، مصدر سابق، ص٧٠.

تحكمها مباشرة، مثلما هو موجود في القواعد الموضوعية بوصفها قواعد دولية القلب والقالب تلاءم العلاقات الدولية، فهي خلقت من أجلها وتحل مشكلاتها مباشرة ومن ثم يكون البدء بتطبيق منهج الاسناد ونتائجه لا تتناسب بالتأكيد مع العلاقات القائمة على المستوى الدولي، فهي قواعد تتجاهل الخصوصية للعلاقات الدولية، يذهب البعض إلى منهج قاعدة التنازع يتجاهل في بعض الاحيان خصوصية بعض العلاقات الدولية، وهو بتجاهله لهذه الخصوصيات يتعارض مع الفكرة الاجتماعية لعلم القانون بوجه عام، فكيف نسوي مثلاً بين عقد دولي واخر داخلي، فالأول له صفاته ومقتضياته الذاتية بأنه اداة تبادل الثروات والخدمات عبر الحدود يناط به توثيق روابط التعاون والتبادل بين الأفراد بين دول مختلفة وهو ما لا نراه في عقد البيع الداخلي الثاني[١].

يعاب على قاعدة الاسناد من هذه الزاوية افتقارها للدولية، ممّا يجعلها قاعدة عمياء وتحكمية تكتفي بتحقيق العدالة الشكلية[٢]، وهي بأسناد العلاقة إلى أكثر القوانين تعلقاً بها على وفق السياسة التشريعية لدولة القاضي وحدها ومن وجهة نظرها هي من دون أن تعرف مسبقاً مضمون القانون الواجب التطبيق، وفي السياق ذاته يقول الاستاذ (BATIFFOL) أن (منهج تنازع القوانين قد اضحى زائفاً تماماً لأنه يؤدي إلى تطبيق قواعد موضوعة أساساً لأوضاع داخلية على أوضاع دولية)، بل وغالباً ما تبدو هذه القواعد بدائية غير قادرة على مواجهة حاجات التجارة الدولية الحديثة كماً ونوعاً، والأمر هنا يتعلق انعدام القدرة المسبقة على حكم الأوضاع الدولية[٣].

ويلاحظ لقد مضى على تطبيق قواعد التنازع على مستوى العراق مدة جداً طويلة منذ صدور القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل والذي يضم بين دفتيه قواعد حل تنازع القوانين في المواد من (١٨-٢٨) من

---

١) د. سامي بديع منصور، مصدر سابق، ص٢١٦.

(٢) د. محمد عبد الله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية، مصدر سابق، ص ١٤٧.

(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص ٢٤١.

الفصل الأول ومنذ ذلك الوقت ولحد الأن لم تتغير على الرغم من التطورات المهمة التي حدثت دولياً، فأننا نجد تدخل المشرع هنا في تنظيم العلاقات القانونية التي يشوبها عنصر اجنبي وما يشوبها من تشابك وتعقيد تدخلاً خجولاً ممّا يخلق بالنتيجة عدم الاستقرار القانوني المنشود لأطراف العلاقة، إذ تطورت العلاقات فيما بين الدول والافراد ولم تعد تتناسب مع الواقع الاقتصادي الجديد، فنجد مثلاً في المادة(١٨) مدني عراقي يقابلها المادة (١١) من القانون المدني المصري، التي اشارت إلى تحدد اهلية الشخص الطبيعية لمباشرة حقوقه المدنية بقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، بلحاظ تغير الجنسية يؤدي إلى تغير القانون المطبق، ممّا يؤدي إلى عدم استقرار في الحقوق والالتزامات القانونية كونها تعبر عن فكره وطنية خاصة بدولة معينة، وعليه في التشريعات العراقية والمصرية هناك قصور في تحقيق الامان القانوني المنشود لأطراف العلاقات الدولية الخاصّة، وبما أن القانون يساير التطور وحركية الواقع فقد دعت الضرورة إلى تبني قواعد جديدة ذات منهج مباشر وهذا التبني لهذه القواعد المباشرة سوف يسهل على المتقاضين الرجوع إليها على نحو يضمن الامان القانوني لأطراف النزاع، وحتى يخفف من جمود هذه الاسناد الذي كشف عنه التطور، لابد للمشرع الوطني من تبني القواعد الموضوعية التي أصبحت مسايرة للعلاقات الدولية الخاصّة الحديثة.

على خلاف التشريعين العراقي والمصري، نلاحظ ماجاء بالتشريع الفرنسي منذ وضع التقنين المدني[١]، إذ نجد المادة (٣) منه ارست الأساس القانوني السليم لتطبيق القانون العام على اساس اقليمي، فقد بين المشرع الفرنسي في مقدمة القواعد التي جاء بها لحل مشكلات تنازع القوانين على ابراز وجود طائفة معينة من التنظيمات القانونية يتعين على القاضي الوطني الاخذ بها في مختلف مجالات القانون الدولي الخاص، ومن ثم استقر القضاء

(١) القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل.

في فرنسا على الاعتماد بالمادة اعلاه كسند قانوني لابتداع الحلول اللازمة لمواجهة مختلف صور الروابط الدولية الخاصّة .

نتيجة هذه الانتقادات الموجهة لقاعدة التنازع، كانت سبباً في بروز القواعد الموضوعية، واحتلالها مكان الصدارة في حكم العلاقات الدولية الخاصّة فنظراً إذا كان القانون الدولي الخاص هو القانون الذي يهتم بالعلاقات الدولية الخاصّة، فلابد من أنْ يضع حلولاً عالمية للعقود الدولية لأهميتها وشدة تعقيدها لأنها تتخطى حدود إقليم دولة لتنظم علاقات عابره للحدود في إقليم دولتين أو أكثر، فظهرت الحاجة لقواعد تتميز بصفة الدولية، لذلك ظهر قانون التجارة الدولي في إطار العقود الدولية ذات العنصر الأجنبي[١].

وظهرت القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية لتحقيق غاية انشأتها حاجات التجارة الدولية تسري على المعاملات ذات الطابع الدولي، ويخرج من نطاقها كلّ التعاملات التجارية التي تتم على المستوى الداخلي للدولة، والتي تختص في حكم علاقة معينة وهو نوع من أنواع القانون الدولي الخاص ولو كان أحد طرفي العلاقة دولة أو إحدى المؤسسات التابعة لها.

ومن ثم العبرة هي في نوع وطبيعة العلاقة كونها تمثل علاقة من علاقات القانون الدولي الخاص، وكونها علاقة تتخطى حدود الدولة إذ تتركز آثارها في دولة واحدة أو أكثر، وهنا يبدو الفرق بين قانون التجارة الدولية وبين القانون التجاري الوطني[٢]، ففي الواقع هذا الأمر أدى إلى البحث لإيجاد تنظيم قانوني شامل للعلاقات الخاصّة الدولية يحقق مبدأ

---

(١) د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولي، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص ٥٥.

(٢) نصت المادة (١/١) من اتفاقية لاهاي عام ١٩٦٤ على ما يأتي : " تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة".

الاحتـرام مـن جانـب الـدول فـي العلاقـات الدوليـة ذات الطـابع التجـاري، ممّـا دفـع مشـرعي كثيـر مـن الـدول إلـى عقـد الاتفاقيـات التـي أسـهمت فـي خلـق وإرسـاء العديـد مـن القواعـد الموضـوعية المتعلقـة بالنشـاط التجـاري والأمـر الـذي سـاعد فـي القضـاء علـى مشـكلّة تنـازع القـوانين، لمـا تـؤدي إليـه المعاهـدات مـن توحيـد القـوانين وحتـى فـي الحـالات التـي لـم يـتم التصـديق بعـد علـى المعاهـدات الدوليـة[١]، أي نعنـي فـي هـذا الخصـوص أنَّ الاتفاقيـات الدوليـة هـي التـي تضـع تحديـد معـايير معنى(الدوليـة) لكونهـا منـاط تطبيـق الأحكـام فـي المسـائل التـي تنظمها[٢].

ومـن المعاهـدات الدوليـة التـي أسـهمت فـي خلـق قواعـد موضـوعيةوالتي تطبـق علـى الـدول كافـة سـواء كانـت العلاقـات داخليـة أم المشـوبة بعنصـر أجنبـي هـي اِتفاقيـة بروكسـل عـام ١٩٢٤ بشـأن سـندات الشـحن، واِتفاقيـة لاهـاي لعـام ١٩٦٨ بشـأن النقـل الـدولي، إذ نصـت المـادة (٥) مـن الاتفاقيـة علـى (تطبـق أحكـام هـذه المعاهـدة علـى كـلّ سـند يتعلـق بنقـل بضـائع بـين مـوانئ تابعـة لـدولتين مختلفتـين)، ومعاهـدات جنيـف التـي وضـعت قانونـاً موحـداً فـي شـأن الشـيكات عـام ١٩٣١، وكـذا فـي شـأن الشـيكات والسـندات الأذنيـة عـام ١٩٣٠، وغيرها من الاتفاقيات[٣].

يتضـح ممّـا تقـدم اعـلاه، أن اليقـين القـانوني يكـاد ان يكـون شـبه معـدوم فـي ظـلّ مـنهج التنـازع، لاقتصـار وظيفتـه قاعـدة التنـازع علـى ارشـاد القاضـي

(١) د. يوسـف عبـد الهـادي خليـل الاكيـابي، النظـام القـانوني لعقـود نقـل التكنولوجيـا فـي مجـال القانون الدولي الخاص، بدون مكان طبع، ١٩٨٩، ص ٣٨٠.

(٢) نصـت المـادة(١٠) مـن اتفاقيـة بروكسـل عـام ١٩٢٤ بشـأن سـندات الشـحن علـى (تسـري أحكـام هـذه المعاهـدة علـى كـلّ سـند شـحن يعمـل" يصـدر" فـي إحـدى الـدول المتعاقـدة)، ينظر : في هذه الاتفاقية خليل إبراهيم محمد خليل، مصدر سابق، ص ٧٨-٨٦ .

(٣) كاتفاقيـات الخاصّـة بالعلامـة التجاريـة، ينظـر بخصـوص هـذه الاتفاقيـة، أيمـان نبيـل ذيـب حـداد، القـانون الواجـب التطبيـق علـى العلامـات التجاريـة، رسـالة ماجسـتير، كلّيـة الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٦، ص ١٧ .

للقانون الواجب التطبيق والذي قد يكون قانون أي دولة تشير له قاعد التنازع من دون مراعاة توقعات الأطراف، إذ إنها لاتضع قاعدة موضوعية واحدة تطبق مباشرة بل تحدد القانون الواجب التطبيق وفق معايير قدد تتغير أو تتنوع، مثلما أن افتقاد قاعدة التنازع للصفة الدولية أصدق مدلول على عدم استجابتها لما تمتاز به العلاقات الدولية الخاصّة من خصوصية وما تتمتع به من ذاتية الأمر الذي يستدعي احياناً تجاوزها واخضاع المنازعات التي تثيرها لقواعد وضعت خصيصاً من أجلها، ومن هنا كانت سبباً لبزوغ نجم القواعد الموضوعية ولاسيما عادات واعراف التجارة الدولية التي نشأة بأراده الأفراد المتعاملين بها والتي استقر العمل بها على مستوى الاسواق العالمية الدولية، فالإرادة ساهمت في تكوين توليفة من الأحكام والأعراف انبثقت عنها تلك القواعد.

الفرع الثاني

المبررات الإيجابية

لا تمثل أسباب قصور قاعدة التنازع إلا العوامل السلبية المسببة في ظهور القواعد الموضوعية، إذ ان هناك عوامل ايجابية أخرى تجسدت في ذاتية القواعد الموضوعية والتي جعلت لها الافضلية على القواعد القانونية الأخرى، إذ إن من المسلم به في جميع التشريعات الوطنية والدولية وغالبية الفقه في القانون الدولي الخاص على أن للإرادة المشتركة لأطراف العقود في التجارة الدولية الحق في اختيار القانون الذي يرونه مناسباً لحكم عقودهم واساس اقرار الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد هي قاعدة من قواعد الدولي الخاص الموضوعي التي تقوم على مبدأ سلطان الارادة وحرية التعاقد، وأيضاً يقوم على مبدأ حسن النية في التنفيذ والعمل بقاعدة

العقد شريعة المتعاقدين والاعتراف عالمياً باللجوء إلى التحكيم كأليه لحسم المنازعات ذات الطابع الدولي(١).

وقد صاحب تطوير مبدأ سلطان الارادة اصلاح وتهذيب لهذه القواعد الموضوعية، إذ بدأ يتحول إلى مبدأ الحرية الدولية للاتفاق والعقود، فكان من الطبيعي أن يستجيب لكلّ ما هو جديد ومستحدث، بسبب وجود رابطة قوية بين القانون الدولي الخاص والعوامل القانونية والاقتصادية ولاسيما وأن هذه القواعد تقوم على ظاهرة الحدود السياسية التي تفصل بين الدول، والتي تعد أساساً له فطرأت على العالم تغيرات متواصلة استقطبت ظهور تعريفات جديدة كالعولمة والتي أضحت الهاجس المهم في المجتمعات الحديثة، ومن ثم ظهرت الحاجة أمام هذه المتغيرات لضرورة ضبط وتوحيد احكام عقود التجارة الدولية وهو ما سنوضحه كالاتي(٢):

أولاً- البعد الاقتصادي والقانوني المؤثر للعولمة: أصبحت العولمة بشقها الاقتصادي أمرا مؤثراً، فقد ساهم التطور التكنولوجي والمعلوماتي في تعدد وسائل الانتاج، وتشابك العمليات التجارية بين البائعين والمشترين، الأمر الذي أدى إلى التغير الجذري في الطريقة التي تنظم المعاملات والصفقات التجارية الداخلية والدولية على حد سواء، مثلما أدى كثرة انتاج البضائع الصناعية إلى توسيع حجم التجارة لتتصل بدول من شتى اقطار العالم، على اعتبار أن القوى الانتاجية للدول تتصل بخصوص نواحيها الاقتصادية بالسوق العالمي لتكون بذلك جزءاً من النظام الاقتصادي العالمي(٣).

---

(١) وطبان ورنس نواف، مصدر سابق، ص١٨٥.

(٢) د. فلحوط وفاء مزيد، المشاكلّ القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨، ص١٨٧.

(٣) محمد عوني الفخري، التنظير القانوني للعولمة الاقتصادية الرأسمالية، بحث مقدم إلى ندوة بغداد الموسومة (العولمة واثرها في الاقتصاد العربي)، التي نظمها بيت الحكمة للمدة ١٤-٢٠٠٢/٤/١٦، الجزء الخامس، ص١٣٩.

فيعد البعد الاقتصادي للعولمة هو البعد الأكثر أهمية ويؤثر على الابعاد الأخرى وقد يطغى عليها، إذ تقوم مؤسسات العولمة الاقتصادية بالعمل على تدويل الاقتصاد وحرية التجارة في السلع والخدمات، وأيضاً زيادة حركة رأس المال وتدفق الاستثمار الاجنبي المباشر والحد من سلطة الدولة في ادارة النشاط الاقتصادي، كلّ ذلك يصب في مصلحة الشركات متعددة الجنسيات الممثلة لمصالح الدول الرأسمالية التي تعمل على استبعاد القوانين الداخلية للدول النامية المطبقة لمنهج التنازع، ومن ثم اخضاعها لقواعد موضوعية ذات بعد عالمي(١).

وبسبب الاختلاف الواضح بين الأنظمة القانونية أدى إلى قصورها في مواجهة التطور والمعطيات الجديدة في الساحة الدولية الخاصّة، ولعجز الادوات الفنية القانونية القائمة لديها على استيعاب هذه الظاهرة ذات الطابع الدولي، ممّا اثر هذا التطور الذي لحق بالنظام العالمي على الفكر القانوني على القواعد القانونية التي تحكم عقود التجارة الدولية، فنظراً لوجود علاقة تبادلية بين المتغيرات العالمية وبين القواعد القانونية، فقد اتجه الفكر المسيطر إلى ضرورة ايجاد نوع من التوازن بين حق الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق وبين الاحترام المتطلب للنصوص الأمرة في القوانين الوطنية، ليظهر نتيجة ذلك معالم قواعد قانونية تعتمد بالدرجة الأساسية على ممارسات الاشخاص المهيمنين على الحركة التجارية الدولية وما ينتج من قواعد السلوك

(١) بخصوص الوظيفة السياسية للدولة فهناك من يرى التوجه نحو السوقنة، أي بمعنى سيطرة الاقتصاد على السياسة إذ تسير السياسة بقوانين السوق ويتحكم مصطلح حرية السوق في الدولة، وهذا الأمر يعني تجاوز الدولة ومن ثم تهمشيها واخيراً انحسار دورها في الشأن الاقتصادي والاجتماعي والثقافي ومن ثم الجانب السياسي على الصعيد العالمي، لذا يرى جانب من الفقه مثل (هانس بيتر) و(هار الدشومان) ان المهمة المستقبلية للدولة هو استعادة الادارة السياسية أي اعطاءها الأولوية على الاقتصاد. انظر في ذلك مقال منصر محمد، الدولة في عصر العولمة: رؤية من المنظار الوظيفي، مجلة الديمقراطية، ص١-٨.

عن تنظيماتهم المهنية، فتماشياً مع هذا التطور المصاحب لعقود التجارة الدولية وما أصابها من تغير في الشكلّ والمضمون اتجه الفكر القانوني إلى الابتعاد عن القواعد الحالية والبحث عن وسائل تحقق العولمة القانونية[١].

يؤكد فقه القانون التجاري العابر للحدود على العوامل الاقتصادية والقانونية كأحد أهم الأسباب الكامنة وراء وجود قواعد موضوعية موحدة، بسبب الارتباط الوثيق بين القانون ومصالح الدول الاقتصادية، ممّا تتطلب تحرك المنظومة التشريعية على ضبطها قواعد قانونية متطورة تستجيب للتطورات الحديثة في الاسواق العالمية، وتركز على صيانة توقعات الأطراف بما يعكس مصالح المجتمع الدولي التجاري، ومن ثم هذا الارتباط القائم بين القانون والاقتصاد ترتب عليه نتائج عديدة وهي مثلما يلي[٢]:

١-تقارب المجتمع الدولي واضمحلال الحدود الوطنية، وثورة تكنولوجيا الاتصالات العالمية وانتشار استعمال الانترنت، وما صاحبه من تطور العلاقات التعاقدية بشكلّ لم تشهده من قبل على مدار تاريخها بين الحضارات على النحو الذي نراه اليوم، إذ دفع تطور هذه الوسائل اشخاص المجتمع الدولي إلى اعادة النظر في قواعد التعامل القائمة على الحدود الجغرافية بهدف تحسين الوضع الاقتصادي، وان المفاهيم التقليدية للاختصاص لم تعد تتناسب في عالم لا ينقسم على أمم أو دول أو اقاليم ولكن إلى شبكات أو مجالات ومضيفات[٣].

٢-نشوء مؤسسات العولمة الاقتصادية وأهمها البنك الدولي وصندوق النقد الدولي ومنظمة التجارة العالمية التي تعد ثالث العولمة الاقتصادية، وهي تعمل على تدويل

(١) د. حيدر أدهم الطائي، أحكام جنسية الشخص الطبيعي والمعنوي في التشريعات العراقية، ط١، دار السنهوري، بغداد، العراق، ٢٠١٦، ص١٢٤.

(٢) د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في الجنسية اللبنانية ومركز الأجانب وتشجيع الاستثمار في لبنان، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٦، ص١٥٥.

(٣) د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٢١.

الاقتصاد وحرية التجارة في السلع والخدمات، وزيادة حركة راس المال وتدفق الاستثمار الاجنبي المباشر والحد من سلطة الدولة في ادارة النشاط الاقتصادي، وكلّ ذلك لصالح الشركات متعددة الجنسية عن طريق ادراج شرط تحكيمي يخرج المنازعات المتعلقة بتلك العقود من القضاء العادي، ومن ثم يخضعها للقواعد الموضوعية العابرة للدول التي نشأت في أوساط العالم الصناعي الغربي(١)، وفي خطوة باتجاه مزيد من السيطرة على الفعاليات الاقتصادية فقد تم ابرام اتفاق تعاون بين هذه المنظمات الثلاث في ٧ – ١٩٩٦/١١/١٣(٢)، مضمونه التنسيق بين نشاط كلّ منها والتعاون بهدف عدم التعارض بين التزامات الاعضاء فيها، ومن هذا يتضح أن العولمة تعمل على تحويل العالم إلى حقل قانوني واحد يعمل على ازالة الحواجز القانونية عن طريق توحيد القواعد الموضوعية(٣).

٣–فضلاً عن الطابع الاختياري للقواعد الموضوعية، إذ يجمع غالبية الفقه على حرية الأطراف المتعاقدة في اختيار قانون العقد هو قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص القائمة على مبدأ سلطان الارادة وحرية التعاقد، والتي تعطي القدرة للمتعاقدين على وضع الشروط العقدية التي يلتزمون بأحكامها على غرار ما هو معمول به في القانون الداخلي إذ يستمد المتعاقدين قدرتهم على التنظيم الذاتي لعقدهم من سلطان القانون الذي هو منحهم هذه القدرة، حتى أصبحت هذه قاعدة التشريعات الوطنية والدولية، أن

---

(١) د. عوني محمد الفخري، مصدر سابق، ص١٤٢ .

(2) Siegel (D)، Legal Aspects Of The IMF/WTO Relationship: The fund's articles of agreement and the WTO agreements، Am.Jo.Int.L، 2002، Vol.96.، p.575.

(٣) فقد حاولت الارجنتين ان تستند إلى وجود فقرة في رسالة النية المقدمة إلى الصندوق تتضمن فرض رسم استيراد لأغراض احصائية بنسبة ٣% وكان ذلك يتعارض مع التزاماتها بموجب اتفاقيات الجات Gatt، فوجد خبراء الصندوق ان ذلك الالتزام غير ضروري ويجب الغاء الرسم الذي كان قد فرض على احذية مستوردة من الولايات المتحدة، راجع(D) Siegel .، Op.Cit، P.570

لـلإرادة المشـتركة لأطـراف لعقـود فـي التجـارة الدوليـة الحـق فـي اختيـار القـانون الـذي يرونـه مناسباً لحكم عقودهم(١).

وقـد انعكسـت تلـك التغيـرات علـى واقـع التشـريعات الوطنيـة فـي محاولـة منهـا لمواكبـة التطـورات التـي تجـري فـي سـاحة العقـود الدوليـة، ومـن بـين تلـك التشـريعات مـا قـام بـه المشـرع العراقـي بإصـدار قـانون الاسـتثمار رقـم (١٣) لسـنة ٢٠٠٦ والـذي جـاء نتيجـة التحـول فـي طبيعـة النظـام فـي العـراق، وأيضـاً اصـدار قـانون حمايـة المنتجـات الوطنيـة رقـم (١١) لسـنة ٢٠١٠، كـذلك التشـريعات المتعلقـة بالإلكترونيـات، كقـانون التوقيـع الإلكترونـي والمعـاملات الالكترونيـة العراقـي لسـنة ٢٠١٢، فهـذه التشـريعات فـي تنظيمهـا للموضـوعات التـي تناولتهـا شـكلت نقطـة تحـول فقـد قـد تجـاوزت الواقـع الـداخلي للدولـة المتمثـل بالعلاقـات الداخليـة، إذ جـاءت اسـتراتيجية العولمـة بمحاولـة تسـعى منهـا ايجـاد حلـول مـن شـأنها أن تخفـض مـن مشـكلّ تنـازع القـوانين، ويكـون السـبيل إلـى ذلـك عـن طريق تبني حلول موحدة ومباشرة تطبق على علاقات تأخذ بعداً دولياً.

ثانيـاً- الحاجـة إلـى توحيـد احكـام التجـارة الدوليـة: يشـهد العـالم تطـور العلاقـات والمعـاملات فـي مجـال العقـود الدوليـة، ممّـا أدى تكـوين مجتمـع مجـاور لمجتمـع الدولـة، لـه سـلطته الذاتيـة التـي تقـوم علـى وضـع قواعـد تنظيميـة لسـلوك إفـراده وضـبط مـا ينشـأ بيـنهم مـن علاقـات، فتشـكل هـذه القواعـد نظامـاً قانونيـاً جديـداً اساسـة قواعـد موضـوعية، إذ ان المجتمـع التجـاري الـدولي أضـحى حقيقـة واضـحة تؤكـدها منظمـات ومؤسسـات هـذا المجتمـع مـن ناحيـة، وجهـازه القضـائي المتمثـل بمراكـز التحكـيم بنوعيـه الخـاص والمؤسسـي مـن ناحيـة أخـرى، لـذلك اقتضـى مـن ضـرورات التعامـل أن يكـون لـدى هـذا المجتمـع قـانون الـذي يخلقـه بنفسـه ويبدعـه علـى وفـق حاجاتـه ومتطلباتـه، بغـض النظـر عـن طبيعـة النظـام الاقتصـادي والقـانوني الـذي تتبعـه هـذه الـدول سـواء رأسـمالية أو اشـتراكية كانـت، إذ مـن غيـر المقبـول تطبيـق القـوانين الوطنيـة علـى التجـارة الدوليـة التـي تجـرى

(١) بلاق محمد، مصدر سابق، ص٦٦.

في مجال دولي ومن هنا ظهرت الحاجة إلى ضرورة ضبط وتسيير التجارة الدولية وتوحيد احكامها[١].

لقد بدأت تظهر معالم تطور هذا القانون الجديد والمتمثل بالقواعد الموضوعية بصورة واقعية تجسدت في العقود النموذجية أو النمطية وشروط الموحدة ولوائح الجمعيات المهنية، وهي قواعد تشكلت بسرعة وأصبحت مقبولة بسبب تكرارها تقوم على عنصري السرعة والائتمان بما تتضمنه من اجراءات مبسطة لانعقاد العقد وفي اثباته، وأساسها الثقة المتبادلة بين المتعاملين بها ولما كانت تلك القواعد تعد مجرد شروط تعاقدية نتجت من اتفاق المتعاملين بها في مجال التجارة الدولية، فأن ذلك يشير إلى أن الروابط القانونية التي تتم في اطار تجاري عابر للحدود، تدين إلى جوهرها هي ومضمونها الدولي في الافلات من نطاق تطبيق القوانين الوطنية، وتبقى لإرادة الأطراف السيادة في مواجهتها والعمل على خلق قواعدها الذاتية، بما يلائم العلاقات والروابط التي تكون طرفاً فيها[٢].

هذا المبدأ الحرية الدولية للاتفاق والعقود، والذي أساسه سلطان الارادة بالتغيرالذي طرأ عليه يقوم على الارادة الحرة للأطراف، فبدلاً من ان تؤدي الارادة دورها كقاعدة اسناد، في تحقيق التنسيق بين السيادات، والتعايش بين النظم القانونية الوطنية، فإنها تنازلت عن هذه المهمة لصالح المصالح العليا للتجارة الدولية[٣].

ويرى البعض يظهر سلطان الارادة هكذا كوسيلة دفاعية عن النظام القانوني الدولي ضد النظام القانوني الداخلي[٤]، فهو في الوقت ذاته الذي

---

(١) د. محمود سمير الشرقاوي، مصدر سابق، ص٣.

(٢) د. حسين عبد السلام جابر، الموجز في أحكام القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٨٥، ص١٤٤.

(٣) وطبان ورنس نواف، مصدر سابق، ص١٨٥.

(٤) د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص ٢٦٣.

يحمي فيه العقود الدولية يحافظ أيضاً على خصوصية القانون الدولي من أن يكون مجرد مركب أو مجموعة توليفة من الأنظمة الداخلية المنفصلة، فعقود التجارة الدولية لها مقتضياتها وبنائها المستقل عن القوانين الداخلية، وعليه يكون من الطبيعي أن يجد المتعاملين في ميدان تلك التجارة الحرية في الخروج من النظم الداخلية، ويكونون قانوناً هم بأنفسهم يرسون قواعده وأحكامه.

لقد أضحى من المسلم به ان القواعد الموضوعية حتى تكتسب أهمية كبرى على المستوى الدولي يجب ان تتوج بالتوحيد القانوني، فهي الطريقة الفضلى لمسايرة التطورات السريعة على الساحة الدولية، ولعل من الجهود المبذولة من المنظمات الدولية المهنية والفنية في مجال توحيد القانون، لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص من أهم المنظمات في مجال توحيد القواعد الموضوعية، فضلاً عن المنظمات الدولية غير الحكومية، كغرفة التجارة الدولية وجمعية القانون الدولي ومنظمة الطيران المدني الدولية واللجنة البحرية الدولية، وتجدر الاشارة إلى أن الجمعية العامة للأمم المتحدة قد اصدرت قرارها المرقم ٢٠/٥٧ بتاريخ ٢١-١-٢٠٠٣، والذي وسعت بموجبه عضوية لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية من (٣٦) دولة إلى (٦٠) دولة وشغل الاعضاء الجدد الـ(٢٤) مقاعدهم ابتداء من اليوم الأول للدورة السابعة والثلاثين للجنة في عام ٢٠٠٤، وبدأت هذه اللجنة عملها عن طريق الاتفاقيات، القوانين النموذجية، الادلة التشريعية والتوصيات التشريعية وقواعد نموذجية للعقود، وأهم اعمالها اتفاقية البيع الدولي للبضائع[1] (فيينا ١٩٨٠)[1] والمسائل

(١) يعود تاريخ غرفة التجارة الدولية إلى المؤتمر الدولي للتجارة الذي عقد بالولايات المتحدة الأمريكية عقب الحرب العالمية الأولى مباشرة، سنة ١٩١٩ فاقر هذا المؤتمرّ انشائها كمنظمة دائمة تعني بشؤون التجارة الدولية، وتم فعلاً فيما بعد وضع نظامها الأساسي في مؤتمر عقد في باريس يوليو سنة ١٩٢٠ وقد اتخذت من مدينة باريس مقراً لها، وهي تشكلّ اتحاداً عالميا لمجموعات اقتصادية ولرجال اعمال ينتمون إلى

المتعلقة به والاتفاقيات ذات الصلة بالمدفوعات الدولية (اتفاقيات التحويلات والضمانات والسندات الضامنة)، واتفاقية النقل الدولي للبضائع، والقانون النموذجي للتحكيم والتوفيق التجاري الدولي، والقانون النموذجي للإعسار عبر

أكثر من ٦٠دولة، وأيضاً تضم غرفاً للصناعة وجماعات مهنية للمصارف أو المجهزين، وتعد أيضاً هيئة استشارية للمجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة، انظر في ذلك عادل محمد خير، عقود البيع الدولي للبضائع عن طريق اتفاقية فينا وجهود الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية والغرفة التجارية، ط١، القاهرة، دار النهضة العربية،١٩٩٤، ص٢٢ وما بعدها.

(١) وقد نصت الفقرة (٣) من هذا القرار على الاتي: ٣.ان تتولى الجمعية العامة انتخاب اعضاء اللجنة الاربعة والعشرين الاضافيين لمدة (٦) سنوات باستثناء ما هو منصوص عليه في الفقرة الفرعية (ب) ادناه على وفق القواعد الاتية: أ. تراعي الجمعية العامة في انتخاب الاعضاء الاضافيين توزيع المقاعد على النحو الاتي:١. خمسة مقاعد للدول الافريقية،٢. سبعة مقاعد للدول الاسيوية،٣. ثلاثة مقاعد لدول أوربا الشرقية،٤. اربعة مقاعد لدول امريكا اللاتينية ومنطقة البحر الكاريبي، ٥. خمسة مقاعد لدول اروبا الغربية ودول اخرى. ب. تنتهي مدة ولأية (١٣) عضوا من أصل الاعضاء الـ(٢٤) الاضافيين الذين سينتخبون في عملية الانتخاب الأول ى والتي ستجري اثناء الدورة (٥٨) للجمعية العامة، في اليوم السابق لافتتاح الدورة (٤٠) للجنة في عام ٢٠٠٧، ويتولى رئيس الجمعية العامة اختيار أولئك الاعضاء بالقرعة على النحو الاتي: ١. (٢) عضو من بين المنتخبين من الدول الافريقية و(٢) عضو من بين المنتخبين من دول أوربا الشرقية و(٢) عضو من ضمن المنتخبين من دول أوربا الغربية ودول اخرى. ٢. (٤) اعضاء من بين المنتخبين من الدول الاسيوية. ٣. (٣) اعضاء من بين المنتخبين من دول امريكا اللاتينية ومنطقة البحر الكاريبي.ج. يشغل الاعضاء الـ(٢٤) الاضافيون المنتخبون في عملية الانتخاب الأول ى مناصبهم ابتداء من اليوم الأول للدورة (٣٧) للجنة في عام ٢٠٠٤.د. تطبق احكام الفقرتين ٤،٥ من الفرع ثانيا من قرار الجمعية العامة ٢٢٠٥(د/٢١) على الاعضاء الاضافيين أيضا.

الحدود، والقانون النموذجي للتجارة الالكترونية، والقانون الخاص بالمنشأة العامة وتطوير البنية التحتية[١].

أما أهم القواعد الموضوعية الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص فهي المبادئ المسماة (unidroitprinciples) وهي مبادئ خاصة بعقود التجارة الدولية صدرت عام١٩٩٤ واعداد مشروع اتفاقية لاهاي عام ١٩٦٤[٢]، وكانت للمنظمات الدولية الدور الابرز في توحيد القواعد الموضوعية ويعود سبب ذلك إلى كثرة هذه المنظمات وتنوع انشطتها، ولعلّ المثال الأبرز على ذلك هو منظمة التجارة العالمية، إذ يعد انشاءها حدثاً مهماً في مجال العلاقات التجارية والاقتصادية الدولية، عن طريق عملها على ايجاد مجموعة من الركائز والقواعد الداعمة لحرية التجارة ومن أجل دعم وتوحيد الاسواق العالمية وجعلها سوقاً واحدة، عن طريق التشريعات و محاولة توحيدها عالمياً قدر الامكان، ومن أهم تلك الاتفاقيات المنبثقة عنها اتفاقية (تريبس) المتعلقة بالملكية الفكرية التي دخلت حيز التنفيذ في ١- يناير- ١٩٩٥، والتي تشكل أهمية كبيرة بالنسبة لدعم التجارة الدولية، هذا ما أدى بالعديد من الدول العربية إلى المصادقة على تلك الاتفاقية ومن بينها العراق، إذ قدم طلباً للانضمام إلى تلك المنظمة منذ عام (٢٠٠٣) وأصبح عضواً مراقباً فيها، ممّا حدا بالمشرع العراقي إلى تكييف تشريعاته بما يتواءم مع التزاماته الدولية واعتماده على سياسات الانفتاح على العالم الخارجي، فهذه خطوة منه لمجاراة التطور الحاصل على الساحة الدولية، وكذا الحال مع المشرع المصري الذي عمل في تكييف قوانينه مع الاتفاقيات الدولية، إذ انضم للاتفاقية قبل العراق من تاريخ تأسسيها، ممّا يعني التزامه باتفاقية

(١) د. محمد عبد الله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية، مصدر سابق، ص ٢٩١.

(٢) يعد هذا المعهد من الهيئات الحكومية التي تتكون من عضوية حكومات بعض الدول ويمثلها فيها مندوبون، وقد ظهرت فكرة انشائه عن طريق الاجتماع الخامس بعصبة الأمم عندما تقدمت الحكومة الإيطالية بتأسيسه في روما، ومنحته من اجل ذلك اعتماداً سنوياً، وقد تأسس في سنة ١٩٢٦ باتفاقية متعددة الأطراف .

(تـــريبس) منـــذ ذلـــك التـــاريخ، بلحـــاظ أن فرنســـا لـــم تنضـــم بشـــكلّ منفصـــل إلـــى اتفاقيـــة (تـــريبس) بـــل أصـــبحت ملزمـــة بهـــا تلقائيـــاً كونهـــا عضـــواً مؤسســـاً فـــي منظمـــة التجارة العالمية.

يتبـــين لنـــا ممّـــا ســـبق اعـــلاه، أن الحاجـــة لوجـــود القـــانون الـــدولي الخـــاص قـــد تولـــدت لفـــض مشـــاكلّ التنـــازع بـــين قـــوانين الـــدول المختلفـــة لحكـــم العقـــود الدوليـــة التـــي نشـــأت عبـــر الحـــدود، غيـــر ان هـــذه المـــنهج القـــائم علـــى مرتكـــزات داخليـــة لا يـــتلاءم مـــع معطيـــات العولمـــة القائمـــة علـــى تحـــرر الاســـواق العالميـــة ورأس المـــال ومبـــدأ اهمـــال الحـــدود الجغرافيـــة فـــي كـــلّ تعامـــل اقتصـــادي وتجـــاري، وهنـــا يتضـــح بأهميـــة العمـــل بالقواعـــد الموضـــوعية التـــي تحقـــق التوقعـــات المشـــروعة للأطـــراف، وبـــالرجوع إلـــى قواعـــد واصـــوليات الأنظمـــة القانونيـــة يكشـــف لنـــا علـــى تخويـــل هـــذه الانظمـــة المتعاقـــدين بالتصـــدي لوضـــع القواعـــد المتعلقـــة بتنظـــيم روابطهـــم التعاقديـــة، فـــلإرادة حـــره فـــي حـــدود القـــانون الـــذي تســـتمد منـــه ســـلطانها، ممّـــا يتعـــين إيجـــاد منظومـــة قانونيـــة تـــلاءم الـــروابط الاقتصـــادية الدوليـــة فـــي صـــورتها التجاريـــة بمـــا يحقـــق الأمـــن القـــانوني والملائمـــة القانونيـــة للأطـــراف المتعاقـــدين، وعـــن طريـــق توحيـــد القواعـــد الموضـــوعية سيقضـــى علـــى الســـبب المـــؤدي إلـــى مشـــكل تنـــازع القـــوانين التـــي ســـببها اخـــتلاف القـــوانين الوطنيـــة مـــن جهـــة وقواعـــد التنـــازع مـــن جهـــة أخـــرى، وهـــذا بالتأكيـــد ســـيهيئ جـــواً مـــن الاســـتقرار والطمأنينـــة بالنســـبة للعلاقـــات الخاصّة الدولية.

الفصل الثاني

البناء المصدري للإرادة في فاعلية احكام القواعد الموضوعية

يشهد العالم في الوقت الحاضر تزايداً مطرداً للعلاقات العقدية وغير العقدية بين الافراد عبر الحدود فأصبحت القواعد التقليدية لحل التنازع في إطار تلك العلاقات لا تستجيب لحاجات التجارة الدولية ومتطلبات حركة الافراد فطرحت بدائل عن تلك القواعد تنامى معها دور الارادة، على نحو يخدم التنمية في اطار التجارة الدولية وحركة الاستثمارات الاجنبية، فتعاظمت ارادة الأطراف في مجال العقود الدولية وكان ذلك تطبيقا لمبدأ سلطان الارادة فأخضعت هذه العقود بالأصل لقانون الارادة الذي يطبق على كلّ ما يتعلق بتكوين العقد واثاره.

ان اعتماد الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق يستجيب لمصالح الأطراف فمعه يرتفع مستوى الامان واليقين القانونين، فيعرف أطراف النزاع مقدماً القانون الواجب التطبيق، فضلاً عن تحقيقه ميزه أخرى تتمثل في اسهام الارادة في تحقيق التنظيم الدولي الموحد لحلول التنازع في اطار العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي، وهذا ما قاد جميع الأنظمة القانونية بالاعتراف به مع بعض الاختلافات الطفيفة في شروط تطبيقه .

ولكي تنهض فرص الارادة فلابد من أن تتحقق صلة وثيقة بالقانون المختار على الرائي الراجح، فحقيقة الواقع تؤكد أن الارادة القانونية لا تدخل في عالم القانون الا إذا تحققت شروط، أي أن القانون لا يستجدي الارادة للدخول في عالمة ونطاقة، وإنما تلج باب القانون إذا خلصت كأراده قانونية بموضع اعتبار سليمة وصحيحة وخالية من الموانع والعيوب، ويصبح دور الارادة أكثر اهتماما في نطاق العلاقات الخاصّة ذات الطابع الدولي، وعلى وجه الخصوص القواعد (الموضوعية) المنظمة للعقود المتصفة بالصفة

الدولية في مختلف العلاقات التجارية والمتصلة بأكثر من نظام قانوني لمواجهة مشكلة تنازع القوانين في إطار تلك العلاقات.

ومن أجل الإحاطة بما تقدم أعلاه سيقسم الفصل على مبحثين: نبين في المبحث الأول منه: مفهوم الارادة في العقود،ونـدرس في المبحث الثاني منه: الدور الارادي في القواعد الموضوعية المتعلقة بالتجارة الدولية، وعلى النحو الاتي:

المبحث الأول

مفهوم الارادة في العقود

سلطان الارادة كنظرية تجعل من الارادة أساساً لكل المؤسسات القانونية بالدرجة الأولى، إذ أن هذه النظرية ليست وليدة الصدفة وانما نتاج تفاعل مجموعة من التراكمات المعرفية التي نتجت عن فكر فلاسفة القانون الطبيعي فهي تعتد بسلطة ارادة الفرد في ألا تخضع الا للقوانين التي تخلقها بنفسها، أي بعبارة أخرى فأن سلطان الارادة هو سلطة الارادة في خلق القانون والمراكز القانونية، أي في خلق الحقوق والالتزامات بتعديلها أو انشائها، ويذهب غالبية الفقه والتشريعات ان لإرادة الافراد الحرية في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم العقدية سواء كان هذا الاختيار للقانون اختياراً صريحاً أم ضمنياً، لذا استلزمت الدراسة في مجال البحث عن هذا المبدأ اعلاه بيان ماهيته من جهة وإلى التطرق لأهم النظريات التي تحمل في طياتها اختلافاً عميقاً في وجهات النظر بخصوص دور الارادة في اختيار قانون العقد من جهة أخرى .

ومن أجل الإحاطة بما تقدم أعلاه سيقسم المبحث على مطلبين: نبين في المطلب الأول منه: تعريف مبدأ سلطان الارادة وطرق تطبيق قانون الارادة وندرس في المطلب الثاني منه: الارادة الحرة بين التقييد والإطلاق في ظلّ النظريات الفقهية، وعلى النحو الاتي:

المطلب الأول

تعريف مبدأ سلطان الارادة وطرق تطبيق قانون الارادة

تعد قاعدة مبدأ(سلطان الارادة) من القواعد التي اقرت في القوانين والاتفاقيات الدولية، على ان لكلّ الأطراف الحق في تحديد القانون الذي يحكمهم وفقاً لإرادتهم المستقلة، والتي تجد لها مجالاً خصباً في مجال العلاقات الدولية، فيتوزع دورها بين العلاقة وبين القانون الذي تتجه إليه

بحيث يكون هناك درجة عالية من الملاءمة الفنية والواقعية بين الفرقين (العلاقة والقانون).

ومن أجل الإحاطة بما تقدم أعلاه سيقسم المطلب على فرعين: نبين في الفرع الأول منه: تعريف مبدأ سلطان الارادة، وندرس في الفرع الثاني منه: طرق تطبيق قانون الارادة، وعلى النحو الاتي:.

الفرع الأول

تعريف مبدأ سلطان الارادة

يعبر سلطان الارادة عن الفلسفة القانونية التي سادت عقب الثورة الفرنسية، فالإرادة هي التي تحدد مصدر ونطاق الحقوق والالتزامات في العلاقات كافة، ومن دونها لا يمكن تصور أن يخلق الالتزام، إذ يرى الفقيه (كانت) بأن سلطان الارادة هو مبدأ الكرامة الطبيعة البشرية وكلّ طبيعة عاقلة، إذ لولا هذا المبدأ لما كانت الارادة هي المصدر الوحيد للقانون ولما كان القانون الاخلاقي الذي يصدر عنه العقل واحداً لدى جميع الكائنات الناطقة، فلهذه الاعتبارات يرى الفقيه اعلاه بأن هناك (جمهورية الناس الاحرار) تتكون من اجتماع سائر الموجودات العاقلة التي تجمع بينها تلك القوانين المشتركة[1]،

إذ يسودهم تشريع عقلي واحد وتنظم علاقاتهم مبادئ الواجب الضرورية العامة، ولما كان جوهر هذه المبادئ هو (العمومية) فأن المجتمع البشري لن يكون سوى جمهورية معقولة تتألف من اناس أحرار يضع كلّ منهم لنفسه وللأخرين قواعد عامة صادقة بحيث لو وجد أي شخص اخر مكانه لتصرف على غراره تماماً دون إعارة ادنى اعتبار للتفضيل الشخصي أو الميول الذاتية

(١) رونزا عبد الرضا انعيم، دور الارادة في العلاقات الدولية الخاصّة، رسالة ماجستير ، جامعة ميسان، ٢٠٢٣، ص ٦.

انطلاقاً من قاعدة (اعمل دائما بحيث يكون في مقدورك أن تجعل من عملك قاعدة تصلح لان تكون قانوناً عالمياً)[١].

عرف البعض الارادة[٢] اصطلاحاً بأنها (القدرة على اختيار غاية من غايتين أو غايات متصارعة متعددة أو القدرة التي بموجبها تكون المقاومة التي يتم الشعور بها في أثناء الموازنة بين الغايات اقوى من جانب الغاية المختارة)[٣] وهو متى اختيرت الغاية منها تبدأ المحاولة في تحقيقها وذلك عن طريق الفعل الارادي والذي يتضمن حرية الاختيار والقدرة على المبادأة، مثلما تم تعريفها بأنها (القوة النفسية التي تنتج أو توجه عمل المرء القصدي بصورة نهائية)، فعن طريق التعاريف اعلاه يتضح بأن الارادة في الاصطلاح هي قوة كامنة في النفس تسعى إلى تحقيق غايه معينة بالذات بتصرف قانوني ينتج عنه بالمحصلة اثار قانونية[٤].

في حين أن جانباً اخر من الفقه قد عرف مبدأ سلطان الارادة هو (اعطاء المتعاقدين الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهما فيما لو كان ذلك العقد يمكن إخضاعه إلى قوانين دول مختلفة)، وأيضاً ذهب بعضهم إلى تعريف مبدأ سلطان الارادة (بأنها السلطة المعترف بها للأفراد في ظلّ نظام قانوني معين لأنشاء مراكز قانونية يعترف بها هذا

---

(١) محمد شليح ، سلطان الارادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي (أسسه ومظاهرة في نظرية العقد)، رسالة دبلوم، جامعة محمد الخامس، كلّية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، ١٩٨٣، ص٢٧.

(٢) الارادة لغة: تعني المشيئة أو الطلب و الاختيار، وهي مصدر اراد وأصلة بعد التجريد :اراد يرود رودا : فيقال راد فلان اذا سعى في طلب الشيء، انظر ابن منظور، لسان العرب، طبعة دار المعارف، بدون تاريخ،ج٣ ، ص١٤٧١.

(٣) د. امين خليلي بيدس، قوة الارادة، دار الافاق الجديدة، بيروت، ٢٠٠٢، ص١٢.

(٤) د. عادل جبري حبيب، قيمة السكوت في الاعلان عن الارادة دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص٥.

النظام الذي لولا تدخله ومنحه إياهم هذه السلطة لما كان لتلك المراكز من وجود أو ما كانت لوجدت أصلاً ولكن بصورة مختلفة)[١].

وعرفه اخرون بأن المقصود به (القانون الذي اختاره المتعاقدان سواء بصورة صريحة ام ضمنية هو الذي يحكم العلاقة العقدية) [٢]، ونجد من التعريفات اعلاه أنها تدور حول حرية أطراف العلاقة التعاقدية الدولية في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، بلحاظ أن تكون هذه العلاقة التعاقدية المتنازع بشأنها ذات طابع دولي، أي حرية الاختيار المقصودة تكون بخصوص العقود الدولية ذات العنصر الاجنبي، وهنا يمكن أن تنتقي ارادة الأطراف افضل الحلول عبر افضل القواعد لتكون هي القواعد المباشرة في الحل[٣].

وأيضاً ذهب بعضهم إلى تعريف مبدأ سلطان الارادة (بأنها السلطة المعترف بها للأفراد في ظلّ نظام قانوني معين لأنشاء مراكز قانونية يعترف بها هذا النظام الذي لولا تدخله ومنحه إياهم هذه السلطة لما كان لتلك المراكز من وجود أو ما كانت لوجدت أصلاً ولكن بصورة مختلفة)[٤].

لقد استقر في مختلف النظم القانونية مبدأ سلطان الارادة في الفكر القانوني والذي يتكون من شقين مهمين :الأول مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والثاني مبدأ حرية التعاقد، وتنازع في بيان معنى هذا المبدأ ثلاثة اتجاهات

---

(١) عدلي محمد عبدالكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية ، اطروحة دكتوراه، كلّية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان الجزائر ، ٢٠١١، ص٢١٢.

(٢) د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٤، ص ١٨٣-١٨٤.

(٣) احمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت، المجلد١٧، العدد١٢٥١، ١٩٩٣، ص١٧٦.

(٤) عدلي محمد عبدالكريم، مصدر سابق، ص٢١٢.

فهناك اتجاه بالغ في توسيع دائرة سلطان الارادة، وهناك اتجاه قلل من أهمية الارادة، في حين ذهب اتجاه ثالث معتدل إلى محاولة الجمع بين الاتجاهين في تقدير الارادة وعلى النحو الاتي:

أولاً- الاتجاه المؤيد لسلطان الارادة: ذهب هذا الاتجاه إلى أن مبدأ سلطان الارادة يقوم على فكرة هي أن العقد يستمد قوته من القوة الذاتية للإرادة ومن ثم إذا كانت الارادة هي مصدر قوة العقد الملزمة، فهذا يعني أن الارادة هي التي تخلق العقد والفيصل في تحديد مصيره، بالتالي لها كامل الحرية في تكوين العقد وفي ترتيب ما تشاء عليه من اثار(١).

وعند التعمق في تاريخ هذا المبدأ نجد أنه يعود إلى مذهب الفلسفة الفردية في القرن التاسع عشر، والذي يتشدد فيه أصحاب هذا الاتجاه عندما حاولوا اقامة احكام هذا القانون على الارادة المجردة عن طريق وجوب التزام الأطراف بما تم النص عليه، فالعقد منذ اللحظة التي ينعقد بها يخضع لسلطان أطرافه(٢).

إذ يرون ان سلطان الارادة يولد إلى جانب كلّ الالتزامات كلّ الحقوق الأخرى كالحقوق العينية وأهمها حق الملكية، فهذا الحق يقوم على حرية الارادة وسلطانها، وبالغ أنصار هذا الاتجاه في مغالاتهم بتأييد سلطان الارادة اقصى حد عند تشديدهم التقيد بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، بحيث لا يجوز المساس بالعقد بأي شكل من الاشكال كالتعديل أو النقض ومهما كانت

(١) د. سمير عبد السيد تناغو، المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام، منشأة دار المعارف ، الاسكندرية، بدون سنة نشر، ص١٠.

(٢) جميل محمد حسين، مفهوم الارادة في فلسفة القانون الخاص، اطروحة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، ٢٠٠٨، ص١٣٤.

ظروف نشأته ومهما طرأ من ظروف لاحقة بعد نشوئه لم تكن في الحسبان أو الاعتبار عند أطراف العقد وقت التعاقد[1].

يتبين ممّا سبق أن مبدأ سلطان الارادة أصبح دعامة تبنى عليها النظريات القانونية، والاخذ بها ينتج عنه نتيجتين وهما: الأولى ان كلّ التزامات بل كلّ النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الارادة الحرة هي الجوهر المهم في تكوين العقد، واما الثانية التوسع في اسناد العلاقة العقدية بحيث لاتقف عند حدود القوانين الداخلية للدول، وإنما يجوز اسنادها لتلك القواعد ذات الصبغة العالمية، وهنا يمكن ان تختار الارادة كقاعدة اسناد القواعد الموضوعية في اطار قانون اجنبي معين، ونرى أن اختيار المتعاقدين لقانون العقد هو الحل الذي قرره المشرع لمشكلّ تنازع القوانين في العلاقات الدولية الخاصّة، كون نظام العقود في القوانين الداخلية يتجه اتجاهاً اجتماعياً (مصالح عليا تهم الجماعة) بينما العكس يتسم بالفردية في مجال القانون الدولي الخاص.

ثانياً- الاتجاه المعارض لسلطان الارادة: نظراً إلى الغلو الكبير الذي ذهب إليه أنصار الاتجاه السابق، انطلق اتجاه فكري في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين معارض لهذا المبدأ، ويرى المعارضون لمبدأ سلطان الارادة أن العوامل السياسية والاقتصادية التي ساهمت في ازدهار هذا المبدأ قد اخذت تدريجياً بالانكماش فتح المجال أمام ظهور عوامل أخرى أدت إلى مهاجمة هذا المبدأ، إذ ظهرت الصناعات الكبيرة والشركات الضخمة اضافة إلى ظهور نظم حاشدة من العمال، ممّا سبب اختلال في التوازن الاقتصادي فظهرت نقابات العمال لإعادة هذا التوازن عن طريق المذاهب الاشتراكية

(١) د. عبد المجيد حكيم، الكافي في شرح القانون المدني، ج١، مصادر التزام، ج١، المجلد الأول في العقد، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، ١٩٩٣، ص٦٦.

المعارضة لمبدأ سلطان الارادة، باعتبار انه مبدأ يقوم على المذهب الفردي[١].

ولقد غالى المعارضون لهذا المبدأ في مناهضتهم له مغالاة المؤيدين من أنصاره، فهم انكروا أي دور للإرادة المجردة في قيام العقد، وبعدوا المبدأ من دائرة العقد واشاروا إلى أن الالتزامات الناشئة عن العقد تستند إلى اعتبارات اجتماعية تعود إلى النظام العام الذي يحكم المجتمع.

فالعقد عند المخاصمين لمبدأ سلطان الارادة ليس سوى نظام الهدف منه تحقيق النظام الاجتماعي[٢]، والملكية ليست ارادة المالك المطلقة وانما هي وظيفة اجتماعية ينظمها المشرع تنظيماً يتعلق بالنظام العام وارادة الفرد لا تملك تغيير هذا النظام أو تعديله[٣].

ومن ثم أنصار هذا الاتجاه يرون اعتبار العقد واقعة اجتماعية أكثر من كونه توافقاً لإرادة أطرافه، وأيضاً أن الاثر الملزم له عن طريق توافقه مع المصلحة العامة، ولابد من تفعيل دور القانون فهو من يعطي الاثر الملزم للإرادة وذلك عندما تكون متوافقة مع المصلحة العامة[٤].

ونلاحظ بحسب هذا الاتجاه فان الارادة التي تعمل بتخويل قواعد الاسناد لا تصنع القواعد الموضوعية إنما هي تعمل بتخويل تشريعي يركز العلاقة في اطار قانون دولة ما.

---

(١) د. حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص٢٥.

(٢) نرمين محمد محمود، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٣، ص١٢.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص٨٩.

(٤) د. محمد تقية، ارادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الاسلامية، دار الامة، الجزائر، ١٩٩٥، ص٦.

ثالثـــاً-الاتجـــاه المعتـــدل لمبـــدأ ســـلطان الإرادة: عنـــد الـــتمعن بـــالنظر فـــي الاتجـــاهين الســـابقين نجـــد أن هنـــاك فرقـــاً شاســـعاً بـــين مـــا يقـــول بـــه مؤيـــدو مبـــدأ ســـلطان الارادة ومعارضـــوه، فأقـــام أصـــحاب هـــذا الاتجـــاه نـــوع مـــن الاعتـــدال والوســـطية بـــين المـــذهب المؤيـــد والمـــذهب المعـــارض لهـــذا المبـــدأ فـــي تقـــديره لـــدور الارادة وســـلطانها، إذ لا يمكـــن الاخـــذ بالنقـــد الموجـــه لهـــذا المبـــدأ علـــى اطلاقـــه والتخلـــي عنـــه نهائيـــاً ونفـــي أي دور لســـلطان الارادة، وبالمقابـــل أيضـــاً لا يمكـــن الاخذ بالمبدأ كله ومثلما قال به أنصاره[1].

فمـــن هنـــا ظهـــر الاتجـــاه المعتـــدل فـــي تقـــدير دور الارادة وســـلطانها فـــي القـــانون الخـــاص فوقـــف عنـــد حـــدودها المعقولـــة وجعـــل لمبـــدأ ســـلطان الارادة مجـــالاً فـــي حـــدود معينـــة، فمـــثلاً لا ســـلطان لـــلإرادة الفرديـــة فـــي القـــانون العـــام كـــون الـــروابط القانونيـــة فـــي هـــذا الفـــرع مـــن فـــروع القـــانون تحـــدد المصـــلحة العامـــة ولـــيس ارادة الفرد[2].

وامـــا فـــي القـــانون الخـــاص فـــالإرادة فيـــه دورهـــا متفـــاوت بـــين هـــذا الفـــرع وذاك فعلـــى ســـبيل المثـــال دور الارادة يتضـــاءل فـــي مجـــال الاحـــوال الشخصـــية، فـــالزواج عقـــد تنشـــئة الارادة ولكـــن بالمحصـــلة اثـــاره يســـتقيل بهـــا القـــانون علـــى وفـــق مصـــلحة الاســـرة والمجتمـــع ولا دور لـــلإرادة ببقيـــة روابـــط الاســـرة، ولكـــن يتســـع دور الارادة ويتطـــور فـــي مجـــال المعـــاملات الماليـــة، حيـــث يتجـــه فقـــه التجـــارة الدوليـــة إلـــى الســـعي بـــالاعتراف لأطـــراف العقـــد الـــدولي بحريـــة واســـعة عنـــد اختيـــارهم للقـــانون الـــذي ســـيطبق عليـــه، بمعنـــى ثـــاني خضـــع القـــانون لإرادة الأطـــراف ومـــن ثـــم تطويعـــه ليـــتلاءم مـــع كـــلّ علاقـــة عقديـــة، وكـــذا الحـــال يتســـع دورهـــا فـــي نطـــاق

(١) جميل محمد حسين، مصدر سابق، ص١٣٧.

(٢) د. هشـــام علـــى صـــادق، د. حفيظـــة الســـيد الحـــداد، القـــانون الـــدولي الخـــاص، تنـــازع القـــوانين ، تنازع الاختصاص القضائي، دار المطبوعات الجامعة، ٢٠١٥، ص٢٥٣.

الحقوق الشخصية والالتزامات، فالإرادة قوام التصرفات القانونية والتي تشكل أهم مصدر للحقوق الشخصية[١].

ولهذا المبدأ اعلاه أهمية في مجال القواعد الموضوعية محل الدراسة فهي تخول للإرادة حرية اختيار القواعد المعدة مسبقاً والمعلومة ابتداء للأطراف والقاضي والمحكم وهذه القواعد تنظم الرابطة التعاقدية تندمج في العقد وتصبح جزءا من الشروط التعاقدية دون ترتفع إلى مصاف القواعد الآمرة في القانون الذي يخضع له العقد، هكذا بات " مبدأ سلطان الإرادة " كجزء من القانون التجاري الدولي، كونه يعطي لإرادة الأطراف الحرية التامة لاختيار القانون الذي يحكم عقدهم، وقد لا يكون هناك صلة بين عقدهم والقانون الذي تم اِختياره أو عدم إخضاع عقدهم لقانون معين أو إخضاعه لما يسمى بقانون التجار الدولي[٢].

ونحن ندعم هذا الاتجاه بالاستناد في ذلك عندما استعمل المشرع المصري لاصطلاح "قواعد" بدلاً من اِصطلاح "قانون" بموجب الفقرة (١) من المادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والمادة (٦) من القانون نفسه، إذ سمحت للأطراف بإخضاع عقدهما لأحكام عقد نموذجي أو اِتفاقية دولية، فنصت على أنَّه " إذا اِتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اِتفاقية دولية أو أي وثيقة دولية وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم"، ومن ثم نلاحظ يكون التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية أمام التحكيم الدولي خاضعًا لإرادة الأطراف .

---

(١) من الاتفاقيات التي اخذت بهذا الاتجاه اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ الخاصّة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع في م(٧) منها انظر، احمد السمدان، مصدر سابق، ص ١٧٦.

(٢) د. علي عوض حسن، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية ، ط١، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١، ص ١٦٨.

يتضح ممّا تقدم اعلاه، أن مبدأ سلطان الارادة هو السلطة التي تمنح للأفراد في انشاء مراكز قانونية في ظلّ نظام قانوني معين، ممّا يتيح للأطراف الاتفاق على شروط العقد والقانون أو القواعد التي تحكمه وهذا بالتأكيد يعكس احترام استقلالية الأطراف، وأيضاً يساهم في تعزيز سهولة التعامل فيه على صعيد المعاملات الدولية عن طريق تجنب النزاع حول القانون الواجب التطبيق بحيث يكون القانون المختار واضحاً بالنسبة لأطراف العقد وهو ما يحقق اليقين القانوني لهم، بلحاظ ان المشرع العراقي لم يتطرق إلى بيان المقصود بسلطان الارادة، وكذا الحال في عند المشرع المصري، ولا مشكل في ذلك كونه ليس من مهام المشرع.

ويمكن تعريف مبدأ سلطان الارادة وبحسب وجهة نظرنا، هو (المبدأ الذي يعبر عن ارادة الأطراف المتعاقدة في تحديد النظام القانوني أو القواعد التي تنظم علاقاتهم القانونية أو العقود التي ابرموها ذات الطابع الدولي)، أي بمعنى اخر اتاحة الفرصة للأطراف في اطار الاتفاق وحرية التعاقد تحديد القانون الواجب التطبيق الانسب أو القواعد الموضوعية كالاتفاقيات الدولية والقواعد العرفية التي نشأت واِستقرت بين الجماعات العاملة في مجال التجارة الدولية على العلاقة العقدية القائمة بينهما، وهذا يعني ان دور الارادة متفاوت بحسب نوع المسائل التي يظهر فيها التنازع لتكون الحقوق الشخصية والمالية المجال الخصب لدور الارادة في اختيار القواعد الموضوعية في حين يتراجع دورها في اختيار قواعد موضوعية بعينها في ظلّ مسائل الأحوال العينية والأحوال الشخصية .

الفرع الثاني

طرق تطبيق قانون الإرادة

تؤدي الارادة الفردية دوراَ مهماً في مجال العقود الدولية طبقاً لمبدأ سلطان الارادة، أما بوصفها اداة لنزع الرابطة العقدية من حكم القانون أو

لإخضاعها لسلطانة، إذ ينشأ الالتزام العقدي بتوافق إرادتين على أحداث أثر يرتبه القانون إعمالاً له، وعرفت المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي "العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"(١).

في ضوء ذلك أن الأمر الرئيس والجوهري في الالتزام العقدي هو الإرادة المشتركة لعاقديه فهي التي تنشئ العقد وهي تحدد آثاره، فالإرادة تعمل متحررة من القيود التي تستلزم ورودها في شكل معين، لذا لاشك في أن ارادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد قد تكون صريحة أو ضمنية، إلا أن هناك العديد من المسائل الخلافية التي هي محل نقاش في الفقه ومنها كيف يتحدد القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد ...؟ سنبين الاجابة ذلك عن طريق بيان طرق تطبيق قانون الارادة وعلى النحو الاتي:

أو لاً- الاختيار الصريح لقانون الارادة: يكون الاختيار المباشر للقانون بالتعبير عن الارادة صراحة، بان يختار الطرفان قانون هذه الدولة أو تلك، أو حتى القواعد الموضوعية التي استقرت في مجال معين(٢)، هو الواجب التطبيق عند النزاع ولاشك في أن الاختيار الصريح من قبل أطراف العلاقة يحقق ضمانات مهمة للأطراف، تكمن في تحقيق مصالح الأطراف عن طريق توفير عنصري الامان واليقين القانوني، إذ إن أطراف العقد يعرفون مسبقاً القانون الذي سوف يطبق على عقدهم، فضلاً عن ذلك تسهم الارادة

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

(1)FOUCHARD Philippe et BRETHOLD Goldman,Traite de l;arbitrage commercial international, op.cit, p799et s.

في ميزة أخرى إلا هي المشاركة في تحقيق التنظيم الدولي الموحد للحلول في إطار تنازع القوانين في العلاقات ذات الطابع الدولي [١].

إذ أصبح من المألوف في العقود الدولية أن يحدد أطراف العقد الدولي بعبارات صريحة تشير إلى القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ويتم ذلك عن طريق ادراج شرط في العقد يحدد فيه المتعاقدان القانون الواجب التطبيق ويسمى بشرط الاختصاص التشريعي[٢].

وهذه الارادة التي اشارت للقانون المختص بحكم النزاع قد يتم الكشف عنها لحظة ابرام العقد، وأيضاً يمكن أن يتم الكشف عنها باتفاق لاحق بعد ابرام العقد وحتى عند نشوب النزاع بين أطرافه، ومثلما يجوز للأطراف إذا تم الاتفاق بينهم على تطبيق قانون معين ان يقوموا بتعديل اتفاقهم وتغير القانون، هذا بشرط عدم الاضرار بحقوق الغير حسني النية البانين توقعاتهم على القانون الأول المراد العدول عنه، ومن التشريعات التي نصت على امكانية تعديل الاختيار هي مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ في م(٢/١١٦) والتي نصت بأن (اختيار القانون يمكن اجراؤه أو تعديله في أي وقت واذا كان لاحقاً على ابرام العقد فيرتد اثرة إلى لحظة ابرام العقد...)، وكما اخذ بهذا الحل المشرع الالماني في القانون الدولي الخاص الصادر عام ١٩٨٦ في المادة (٢/٢٧) وهو ذات الحل الذي اخذت به اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ في المادة (٢/٣)التي نصت انه (يجوز للأطراف

(١) د. محمد حمدي بهنسي، دور الارادة الفردية في حل تنازع القوانين بشان العلاقات غير العقدية، دراسة تأصيلية، جامعة الزقايق، كلية الحقوق، بدون سنة نشر، ص١٠.

(٢) ثامر داود عبود، المعايير المحددة لدور الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقد الدولي، اطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، كلية القانون، ٢٠١٥، ص٥٣.

في أي وقت الاتفاق على اخضاع العقد لقانون اخر غير ذلك الذي كان يحكمه سابقاً)[1].

لقد اشار جانب من الفقه عند تطبيق قانون الإرادة في العقود الدولية يشترط أن يعلن المتعاقدان عن اختيارهم لهذا القانون بشكلّ صريح فلا يصح للقاضي أن يبحث عما يسمى بالإرادة الضمنية، وإنما إعمال قاعدة الإسناد لإسناد الرابطة التعاقدية إلى القانون الأوثق صلة بها عن طريق إعمال ضوابط الإسناد الاحتياطية التي أمر بها المشرع، وهذا ما يحقق أماناً قانونياً للمتعاقدين أفضل من تخويل القاضي البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين والتي تعد في هذه الحالة مسألة موضوعية تخرج عن رقابة محكمة التمييز، ممّا قد يؤدي إلى تحكم القاضي والإخلال الواضح غير المتوقع من قبل المتعاقدين بتطبيق قواعد قانون لم يختاروه بإرادتهم ولم يتوقعوه، وهذا ما أخذت به بعض التشريعات الحديثة والتي لم تعتد إلا بالإرادة الصريحة مثل القانون الدولي الخاص التركي في المادة (٢٤) الصادر سنة ٢٠٠٧، وفي المادة (٥/١٠) من القانون الدولي الخاص الإسباني التي نصت "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة الذي يخضع له الأطراف صراحة"[2].

ويبرر هذا الاتجاه الرافضين لحرية القاضي في البحث عن الإرادة الضمنية من وجهة نظرهم في شأن ما قد تؤدي إليه هذه الحرية من تحكم قد يخالف الحقيقة ويستندون في ذلك إلى أن سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح لقانون العقد لا يتعدى أحد الأسباب الثلاثة وهي[3]:

١-ألا يكون المتعاقدين قد تنبهوا للمشكلّة أصلاً.

---

(١) د. احمد عبدالكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، مصدر سابق، ص٨٣-٨٤.

(٢) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق، مصدر سابق، ص ٣١٩-٣٢١.

(٣) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق، مصدر سابق، ص ٣٢٨.

٢-ألا تكون مشكلة التنازع ظاهرة عند إبرام العقد كأن يتطرق العنصر الأجنبي للرابطة العقدية لاحقاً لها، مثلما لو طلب المشتري تسليم البضاعة في الخارج ممّا يجعل العقد ذو عنصر أجنبي بتاريخ لاحق.

٣-أما السبب الثالث لسكوت المتعاقدين فهو اختلافهم منذ البداية على اختيار القانون الذي يحكم العقد.

ومن ثم فإنه مع الفروض الثلاثة يصعب الادعاء بوجود إرادة ضمنية في اختيار هذا القانون، ولذلك فإن تصدي القاضي البحث عما يسمى بالإرادة الضمنية سوف يؤدي إلى تطبيق قانون لا يتوقع المتعاقدان تطبيقه لسبب بسيط وهو انه لا يعبر عن إرادتهم الحقيقية.

وقد اكدت أغلب القوانين الوطنية والعربية والاتفاقيات الدولية على أهمية الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، ومن تلك القوانين القانون المدني العراقي النافذ اشار في المادة (١/٢٥) التي نصت على أن (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانون اخر يراد تطبيقه) فهذه المادة اعلاه فيها دلالة واضحة على تأكيد المشرع العراقي لأهمية الاختيار الصريح[1].

ومن التشريعات المقارنة التي اشارت إلى أهمية الاختيار الصريح المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨[2]، وفي فرنسا تأكد

---

(٢) د. عبد الرسول عبد الرضا جابر، القانون الدولي الخاص، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد ،٢٠١٣، ص٣٤١.

(٢) نصت المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ على ان (يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً، فأن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد،

هـذا الاختيـار بانضـمامها إلـى الاتفاقيـات الدوليـة المتعلقـة بـالعقود الدوليـة، وتوقيعهـا لاتفاقيـة رومـا المبرمـة فيمـا بـين دول السـوق الأوربيـة عـام ١٩٨٠حـول القـانون الواجـب التطبيـق علـى الالتزامـات التعاقديـة، مثلمـا نصـت العديـد مـن الاتفاقيـات الدوليـة إلـى دور الارادة فـي الاختيـار الصـريح، ومنهـا اتفاقيـة رومـا الخاصّـة بالقـانون الواجـب التطبيـق علـى الالتزامـات العقديـة فـي نطـاق دول الاتحـاد الأوربـي التـي تـم توقيعهـا فـي حزيـران عـام ١٩٨٠ إذ نصـت فـي المـادة (١/٣) منهـا علـى ان (يحكـم العقـد بالقـانون المختـار مـن جانـب الأطـراف، ويجـب ان يكـون هـذا الاختيـار صـريحاً أو مسـتمد بطريقـة مؤكـدة مـن نصـوص العقـد أو مـن ظـروف التعاقـد، وبموجـب هـذا الاختيـار يكـون للطـرفين تعيـين القانون الواجب التطبيق على العقد بأجمعه أو جزء منه فحسب)[1].

وطبـق القضـاء ضـابط اختيـار الصـريح للقـانون الواجـب التطبيـق علـى موضـوع النـزاع مـن قبـل الأطـراف المتعاقـدة، فـي العديـد مـن القـرارات الصـادرة عنـه ومنهـا مـا جـاء بقـرار محكمـة التمييـز الأردنيـة والـذي جـاء فيـه(حيث إن الفـريقين قـد اتفقـا فـي عقـد الشـحن علـى تطبيـق نصـوص اتفاقيـة بروكسـل لعـام ١٩٢٤ التـي حـددت المبلـغ الواجـب ضـمانة عـن كـلّ طـرد أو وحـدة مـن البضـائع، فـأن هـذا الاتفـاق يعـد نافـذاً بحـق المتعاقـدين وملزمـاً لهمـا علـى اعتبـار أن يشـكلّ جـزا مـن شـروط العقـد)، بلحـاظ هـذا الاختيـار للقـانون يعمـل علـى تحريـر العقـد مـن الخضـوع إلـى قـانون دولـة معينـة بشـكل تلقـائي وإنمـا بشـكل ارادي وأن القواعد الموضوعية المختارة ستأخذ نفس الوصف.

هـذا مـا لـم يتفـق المتعاقـدان أو يتبـين مـن الظـروف ان قانونـاً اخـر هـو الـذي يـراد تطبيقه).

(١) ينظـر إلـى نصـوص اتفاقيـة رومـا الخاصّـة بالقـانون الواجـب التطبيـق علـى الالتزامـات التعاقديـة لعـام ١٩٨٠ والمنشـورة علـى الموقـع الالكترونـي التـالي: legal-\https:\\eur-lex.europa.eu تاريخ زيارة الموقع ٢٠٢٥/٢/٢.

ثانيـــاً- الاختيـــار الضـــمني لقـــانون الارادة: قـد لا يقـوم أطـراف العقـد الـدولي بتضـمين عقـدهم نصـاً صـريحاً بخصـوص القـانون الواجـب التطبيـق علـى النـزاع وهـذا بالتأكيـد لا يعنـي انتهـاء كـلّ دور لإرادة الأطـراف[١]، فـإلى جانـب الارادة الصـريحة للأطـراف هنـاك الارادة الضـمنية، وهـي ارادة ينبغـي الاخـذ بهـا بنظـر الاعتبـار وعـدم تجاهلهـا، كونهـا ارادة حقيقيـة تشـير إلـى ميـل واضـح إلـى نظـام قـانوني معـين وإن كـان كامنـاً، بحيـث نكـون أمـام اختيـار ضـمني لقـانون العقد[٢].

فهنـا فـي هـذه الاحـوال يلجـأ القاضـي أو هيئـة التحكـيم الـذي ينظـر النـزاع بالبحـث عـن الارادة الضـمنية للمتعاقـدين مسترشـدين بظـروف وقـرائن معقولـة وموضـوعية لهـذه الارادة فـي كـلّ حالـة بهـدف التوصـل إلـى معرفـة قـانون العقـد ومـن امثلـة هـذه الظـروف والقـرائن التـي يمكـن الاسـتعانة بهـا مـن قبـل القاضـي أو المحكـم لتحديـد قـانون العقـد هـي اللغـة التـي سـرد فيهـا العقـد أو أن يتضـمن العقـد نصـاً يقضـي باتفـاق المتعاقـدين علـى أن يـتم الفصـل فـي النـزاع مـن قبـل محـاكم دولـة معينـة أو أن يكـون الفصـل فيـه مـن قبـل هيئـة تحكـيم معينـة أو تطبيـق الاعـراف التجاريـة، وهـذا يعتبـر اشـارة ضـمنية مـن قبـل الأطـراف التـي يمكـن للقاضي الاستعانة بها لتحديد القانون الواجب التطبيق في النزاع[٣].

وتسـاوي أغلـب القـوانين الوطنيـة والاتفاقيـات الدوليـة بـين الارادة الصـريحة والارادة الضـمنية فـي اختيـار القـانون الواجـب التطبيـق علـى النـزاع، فالنسـبة لموقـف المشـرع العراقـي وهـو مـا يسـتفاد مـن العبـارة الـواردة فـي المـادة (١/٢٥)

---

(١) القـرار التمييـزي حقـوق رقـم ١٩٨٢/٦٩٧، المنشـور فـي مجلـة نقابـة المحـامين، ص٢٣٧ ، انظر اشار الية د. غالب علي الداودي، مصدر سابق، ص٢١٨.

(٢) محمـد احمـد علـي المحاسـنة، تنـازع القـوانين فـي العقـود الالكترونيـة نحـو أيجـاد منظومـة للقواعد الموضوعية الموحدة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٦، ص٣٢.

(٣) د. سـلطان عبـدالله محمـود، عقـود التجـارة الالكترونيـة والقـانون الواجـب التطبيـق، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠، ص١٠٥.

من القانون المدني العراقي بقولها:(... هذا مالم يتفق المتعاقدين أو يتبين من الظروف ان قانوناً اخر يراد تطبيقه)، ففي المادة اعلاه اشارة واضحة إلى انه في الاحوال التي لا يصرح فيها أطراف العقد بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فيجب على القاضي أو المحكم الذي ينظر النزاع استخلاص نية الأطراف وتوجههم وميلهم نحو قانون معين عن طريق ظروف وملابسات العملية التعاقدية[1]، دون تقييده أو تخصيصه بكونه قانون دولة معينة ممّا يعني أنَّ هذا القانون قد يكون قانونًا وطنيًا وقد يكون غير ذلك، وهو ما أكدته محكمة اِستئناف بغداد الرصافة الاتحادية في قرار لها إذ قضت أنْ يطبق القانون الكندي بوصفه القانون الذي اتفق عليه أطراف العقد بموجب الفقرة (١٢) من العقد المبرم بينهما[2].

ومن الاتفاقيات الدولية التي اخذت بالإرادة الصريحة أو الضمنية اتفاقية عمان لسنة ١٩٨٧ في المادة (١/٢١) والتي نصت بقولها(تفصل الهيئة وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين واحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً ان وجد)[3].

---

(١) انظر يقابلها نص المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري، والمادة (١/٢٠) من القانون المدني الاردني، والمادة (١/٣٥) من القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩، والمادة (١/٢٧) من القانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦، والمادة (٢/١١٦) من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧، ونص القانونين الأخيرين يقترب إلى حد كبير من نص المادة (١/٣) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ والذي يقضي بأن (يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف ، ويجب ان يكون هذا الاختيار صريحاً أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من ظروف القضية...).

(٢) انظر: قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية رقم ٥١٤/س هـ ٢٠٠٧/٢ بتاريخ ٢٠٠٨/٦/٢٢، غير منشور .

(٣) د. اشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصّة ، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦، ص١٢٢٠.

إذ يشير جانب من الفقه إلى أن حرص الأطراف المتعاقدة بالنص على إخضاع المنازعة في العقد لاختصاص محاكم دولة معنية يعد دلالة واضحة على رغبتهما الضمنية في تطبيق قانون هذه الدولة على موضوع الرابطة التعاقدية، وكذلك إشارتهم إلى نصوص قانون معين أو استخدام اصطلاحات واردة في قانون ما، وتحرير العقد بمعرفة موثق تابع لدولة معينة واللغة التي يحرر بها العقد كلّ هذه الظروف والملابسات قد تكشف وبشكلّ واضح عن اتجاه ارادة الأطراف الضمنية نحو الاعتداد بقانون معين، بلحاظ أن نص المادة (٢/٢٥) من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية التي نصت على أن (يكون اختيار الأطراف لقانون العقد صريحا أو مستخلصاً على سبيل ألحتم من نصوص العقد)، فهي قيدت أن يكون هذا الاستخلاص من نصوص العقد ذاتها، وهو ما انتقده جانب من الفقه وليس من الظروف الملابسة للتعاقد، وقد كان لهذا النقد وقعه في اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٨ فقد نصت المادة (٢/٢) من هذه الاتفاقية على "وجوب أن يكون اختيار قانون العقد صريحاً أو يمكن استخلاصه بتأكد معقول من نصوص العقد وظروف الحال"[١].

وكذلك الحال في معاهدة روما ١٩٨٠ في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والتي اشترطت المادة (١/٣) "أن يكون استخلاص القاضي للإرادة الضمنية قد تم على نحو مؤكد"، ويقترب ذلك ممّا انتهى إليه المشروع الذي أعده مجمع القانون الدولي الخاص في دورة انعقاده بمدينة (بال) في سويسرا عام ١٩٩١ والتي نصت المادة (٢/٣) منه على أنه(عند عدم وجود اختيار صريح لقانون العقد فانه يتعين أن يستخلص الاختيار الضمني لهذا القانون من ظروف معبرة تكشف بوضوح عن إرادة المتعاقدين في هذا الشأن)، وقد أخذ بهذا الاتجاه في مجال التشريعات الوطنية القانون الدولي الخاص الألماني ١٩٨٦، والقانون الدولي الخاص السويسري لسنة

(١) د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ٣٧٨.

١٩٨٧ إذ نصت المادة(١/١٦) منه أن "اختيار القانون يجب أن يكون صريحاً أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من الظروف"[١].

يتضح ممّا تقدم أن على القاضي أو المحكم في حالة غياب الاختيار الصريح لقانون العقد فإنهم مضطرين لاستجلاء إرادة الأطراف الضمنية عن طريق القرائن السابق ذكرها والمؤثرات التي تدل على وجود هذه الإرادة بوصفها إرادة ضمنية وموجودة تنبئ عن ميل واضح في اختيار قانون معين لحكم العقد، وكلّ ما هنالك أن هذه الإرادة لم يتم التعبير عنها بشكل واضح وصريح ومن ثم فلا يمكن إغفالها وإن إغفالها يتعارض مع مقتضيات العدالة، فالقاضي أو المحكم المطروح أمامه النزاع المتعلق بالرابطة التعاقدية الدولية الخاصّة أو العقد الدولي يبحث أولاً عن الإرادة الصريحة للمتعاقدين في تطبيق قانون معين على العقد فإن لم يجد مثل هذه الإرادة الصريحة فإنه يبحث عن إرادتهم الضمنية، وذلك عن طريق الظروف المحيطة بالتعاقد والتي سبق وتم توضيحها، كالجنسية أو الموطن أو مكان التنفيذ أو اللغة أو موقع المال.

وللقاضي أو المحكم حرية استنباط هذه الارادة الضمنية بتفسير بسيط للعقد، استناداً لاختيار الأطراف في تطبيق القانون التجاري الدولي عند عرض النزاع أمام قضاء التحكيم، إذ أن اساس الاختيار هنا تمثل في قاعدة موضوعية خاصة بالتحكيم الدولي، ومن ثم يمكن استخلاص تطبيق القواعد الموضوعية بسبب وجود شرط التحكيم[٢].

هذه الإرادة تأتي كمعالجة لعدم وضوح النص حول القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وهي متروكة للقاضي أو المحكم يكشف عنها من معطيات حقيقية ملموسة وموضوعية مبنية على اساس ما كان المتعاقدين

(١) انظر نص هذا القانون منشور على شبكة الانترنت:.http://www.admin.ch/ch/f/rs/291

(٢) د. غالب علي الداودي، مصدر سابق، ص ٢١٩.

ليفعلوا من اختيار قانون لحكم العقد لو اتجهت إرادتهم إلى اختيار قانون معين أو أتيحت لهم فرصة التعبير الصريح عن إرادتهم(١).

فالإرادة الضمنية ينبثق عنها القانون بتدخل القاضي فالقواعد الموضوعية بها تنتج عن التقاء ارادة الأطراف مع ارادة قاضي النزاع .

وعن قرارات التحكيم الدولي التي كرست مبدأ الاخذ بالإرادة الضمنية عند غياب الارادة الصريحة من قبل المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على النزاع، فقد درجت غرفة التجارة الدولية في الكثير من أحكامها عند غياب الاختيار الصريح إلى تطبيق قانون الدولة الذي يحكم علاقة العقد الأصلية، ففي حكم صادر عن غرفة التجارة الدولية في باريس ICC في ديسمبر عام ١٩٨٥، بخصوص النزاع الذي وقع بين إحدى الشركات العاملة في الجزائر مع شركة امريكية، بشأن اجراء دراسات حول خط سكك حديدية في الجزائر وعندما عرض النزاع على هيئة التحكيم وجدت أن الأطراف لم يختاروا قانون العقد، وقامت هيئة التحكيم آنذاك بتطبيق القانون الجزائري على إجراءات التحكيم وعلى موضوع النزاع، استناداً إلى الارادة الضمنية للأطراف التي اتجهت إلى تطبيق القانون الجزائري بوصفة مكان ابرام العقد ومكان تنفيذه(٢).

ثالثاً- الإرادة المفترضة لقانون العقد: إذا لم يحدد المتعاقدان القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم صراحة، ولم يستطيع القاضي أو المحكم الذي ينظر النزاع الكشف عن ارادتهما الضمنية عن طريق ظروف العقد وملابساته فهنا يلجؤون بتحديد قانون معين لحكم العقد على فرضية أن

(١) د. صفوت أحمد عبد الحميد، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٤٧-١٤٨.

(٢) محي الدين علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول ، ١٩٨٦، ص٣٠٧.

الأطراف كانوا سيقومون باختياره لو انهم فكروا أو اهتموا بمسألة القانون الواجب التطبيق[١].

إذ إن أهم ما يميز الارادة الصريحة أو الضمنية عن الارادة المفترضة هي ان كلتا الارادتين الصريحة أو الضمنية يجمعهما قاسم مشتركا يتمثل في ان كلّاً منهما ارادة حقيقية وموجودة، في حين أن الارادة المفترضة إنها ارادة غير موجوده، يتم استخلاصها من قبل القضاء أو هيئة التحكيم بالاستناد إلى ظروف تكوين العقد واثارة مثل مكان ابرام العقد أو مكان تنفيذه أو موطن الأطراف أو جنسيتهم، ومن ثم هي تعطي القاضي سلطة واسعة وتقديرية عن طريق البحث عن كافة الظروف المحيطة بالعقد دون التقيد مقدماً بظرف معين[٢].

بلحاظ أن موقف المشرع العراقي لم يأخذ بالإرادة المفترضة، وأنه اخذ فحسب بالإرادة الصريحة، وفي حالة غيابها فعلى القاضي استخلاص ارادة الأطراف الضمنية من الظروف المصاحبة للعقد، أما إذا انعدم الاختيارين الصريح والضمني، فنجد ان المشرع العراقي قد اعتد إلى جانب ضابط الاسناد الأصلي وهو قانون الارادة ضوابط اسناد احتياطيه وهذا ما يعبر عنه في المادة(١/٢٥) من القانون المدني العراقي والتي نصت على (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، وإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد...)[٣]،

---

(١) طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه، كلّية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص١٤٤.

(٢) د. عبدالله عزالدين، القانون الدولي الخاص، الطبعة السادسة، الجزء ٢، النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص٤٢٤.

(٣) انظر ما يقابل النص في القوانين العربية نص المادة(١/١٩) قانون مدني مصري ، ونص المادة (١/٢٠) من القانون المدني السوري، ونص المادة (١/٢٠) من القانون المدني الاردني، ونص المادة (١/١٩) من القانون المدني الليبي، ونص المادة (١٨) من القانون المدني الجزائري التي تنص على انه "يسري على الالتزامات

فيفهم من نص المادة اعلاه على القاضي الاخذ بضابطين احتياطين يتم تطبيقهما على سبيل التدرج، وهما الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، وأن اختلفا تعين الاخذ بقانون الدولة التي تم ابرام العقد فيها(١)،

وعليه ممّا تقدم في الاختيار يجب الاعتداد بالإرادة وعند عدم الاعتداد بها يتم إلحاقها بالفرض الخاص بعدم اتفاق المتعاقدين على اختيار قانون العقد وهذا أمر يناقض المنطق السليم، نتيجة لما يؤدي إلى تجاهل قاعدة الإسناد التي تخضع العقد لقانون الإرادة، وايضاً لم يترك للقاضي تكملة إرادة المتعاقدين عند تخلف إرادتهما الضمنية مثلما هو الحال في كثيرٍ من النظم القانونية على أساس ما كانا يفعلانه لو اِتجهت نيتهما إلى اِختيار قانون العقد، بل أتى بضابطي إسناد اِحتياطيين وقرر الأخذ بهما على التوالي وهو ما لا يسهم في التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية من قبله.

بلحاظ في مجال التطبيق القضائي، نجد قد كرست محكمة النقض الفرنسية الاخذ بالإرادة المفترضة فقررت (أن غياب الاختيار الصريح من قبل

التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم امكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة"، ومن التشريعات الأجنبية القانون المدني الاسباني المادة ٥/١١ منه والتي تنص على أن "تخضع الالتزامات التعاقدية في حالة تخلف قانون الإرادة الصريحة لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين إن اتحدا جنسية وعند تخلفه فلقانون محل إقامتهما العادية المشترك وإلا فقانون محل إبرام التصرف" وكذلك المادة ٢٥ من القانون المدني الإيطالي إذ وضع قانون مكان إبرام التصرف في المرّ كز الثاني بعد قانون الجنسية... ، وكذلك القانون السوفيتي إذ نصت المادة ١٢٦ من مبادئ التشريع المدني الصادر سنة ١٩٦١ "تخضع حقوق والتزامات أطراف التصرف المتعلق بالتجارة الخارجية لقوانين المكان الذي ابرم فيه، ما لم يتفق هؤلاء الأطراف على غير ذلك".

(١) د. ثامر دواد عبود، دور الارادة في تحديد الاختصاص التشريعي في العقد الدولي، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع ، ٢٠١٩، ص٨٢.

الأطراف المتعاقدة لقانون وطني يحكم موضوع منازعات الدولة المتعاقدة، يعني بالضرورة وجود قرينة على أن قانون هذه الدولة يكون، هو قانون الارادة المفترضة الذي يجب ان يحكم موضوع النزاع)، وهذا يعني أن القضاء الفرنسي قد اخذ بالإرادة المفترضة إلى جانب الارادة الصريحة(١).

ويرى البعض أن ما يسميه القضاء إرادة مفروضة هو في حقيقة إرادة مفترضة والفارق ما بين الاثنتين هو ان الأولى تؤخذ على إنها حقيقة تنهض على قرينة في حين أن الثانية تؤخذ على إنها مجرد افتراض تصوري لا أساس له في الواقع، فلا يجوز للقاضي البحث عن ما يسمى الإرادة المفترضة للأطراف ذلك إن إرادة المتعاقدين أما أن تكون صريحة أو ضمنية، أما الإرادة المفترضة فهي مجرد وهم ومجاز، ولا يجوز الاستناد عليها لتحديد القانون الواجب التطبيق لأن الإرادة أما أن توجد أو لا توجد، فالإرادة المفترضة هي مجرد وهم وتصور مجازي يتنافى مع الإرادة الحقيقية(٢) للمتعاقدين سواء تم التعبير عن هذه الإرادة بشكلّ صريح أو تم التعبير عنها بشكلّ ضمني(٣)، ولكن ما الحل في هذه الحالة التي تسكت فيها الإرادة عن تحديد القانون الذي يحكم العقد ...؟

اتجه الفقه إلى اتجاهين لتحديد القانون الواجب التطبيق لإسناد الرابطة التعاقدية في حالة سكوت الإرادة عن الاختيار(٤)، يسمى الأول بالاتجاه الجامد الذي يتولى المشرع فيه تحديد ضوابط اسناد تلزم القاضي المرفوع أمامه النزاع بتطبيق قانون معين مسبقاً على العقد الدولي متى سكتت الارادة

---

(١) د. ابو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ١٩٨٧، ص١٤٥.

(٢) د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ٣٨٠.

(٣) د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصّة ، مصدر سابق، ص ٢٥٣.

(٤) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق، مصدر سابق، ص ٤١٦.

عن اختيار قانون العقد صراحة أو ضمناً، بالتالي هو يعبر عن وجهة نظر المشرع عندما يرى اقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية، مثل قانون الجنسية أو الموطن المشترك للأطراف، لذا تم وصفه بالمنهج التشريعي[١]، إلا أنه تعرض للنقد كونه يتجاهل الطبيعة الذاتية للعلاقة التعاقدية المطروحة[٢]، وقد أخذت العديد من التشريعات بهذا المنهج ومنها القانون المدني العراقي في المادة(٢٥) وكذلك القانون المدني المصري في المادة(١/١٩)[٣].

اما الاتجاه الثاني فيسمى الاتجاه المرن والذي يقوم على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية، بما يوجب من ضرورة البحث عن القانون الواجب التطبيق عن طريق اسناد العقد إلى الدولة التي يكون قانونها أوثق صلة به يتصف هذا الاتجاه بخلاف المنهج الجامد بمزيد من المرونة في الإسناد وذلك على وفق مقتضيات التعاقد ودواعيه في كلّ حالة على جهة سعياً لتحقيق العدالة على نحو أفضل، بحيث يتوجب على القاضي البحث في كلّ حالة على جهة للوصول إلى اقرب القوانين صلة بالرابطة التعاقدية[٤].

ومن ثم فهو يقوم على التركيز الموضوعي للرابطة التعاقدية على وفق ظروف التعاقد وملابساته على نحو يحقق نوعاً من المرونة والواقعية وملاءمة القانون لحكم النزاع، ويلاحظ ما يؤخذ على هذا الاتجاه يتعرض فيه الأمن القانوني للخطر إذ يتعذر على أطراف العقد العلم المسبق بما ستنتهي إليه المحكمة بعد تركيز العلاقة العقدية في ضوء ظروف التعاقد وملابساته، وقد اخذت بهذا الاتجاه محكمة النقض الفرنسية حين قررت في حكمها ٢٦ يوليو

(١) سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلّية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٦، ص١٣٣.

(٢) هذا الاتجاه اخذت به المدرسة اللاتينية منها فرنسا قبل انضمامها لاتفاقية روما عام ١٩٨٠.

(٣) سامي مصطفى فرحان، مصدر سابق، ص١٣٣.

(٤) د. محمود ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية التطبيق، مصدر سابق، ، ص١٣٧.

سنة ١٩٥٩" انه إذا لم يقم المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحة فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا لتحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء ظروف التعاقد وملابساته" وهذا هو مسلك القضاء الإنكلّيزي أيضاً والذي يجري على اسناد العقد عند غياب الإرادة وعدم تحديدها للقانون المختص للقانون السائد في الدولة التي تشكلّ مركز الثقل في العلاقة العقدية(١).

يتضح ممّا سبق اعلاه، تطبيقاً لمبدأ سلطان الارادة فأن للأطراف كامل الحرية في الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على نزاعهم، إذ تكمن أهمية اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق بصورة صريحة على موضوع النزاع أنه يعطي للنصوص التعاقدية القوة التنفيذية، ويعمل على تكملة النقص الوارد في العقود ومن ثم يشكل حماية للأطراف المتعاقدة، فمن حق الأطراف المتعاقدة في العقود الدولية الخاصّة، اختيار النظام القانوني المناسب لهم لتطبيقه على موضوع النزاع، وعليه فأن القضاء أو هيئة التحكيم ملزمون باحترام اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، كونه يحقق عنصر الامان القانوني لهم، لانهم يعرفون مسبقاً القانون الذي سوف يطبق على عقدهم في حالة نشوب النزاع فيما بينهم.

وفي حالة سكوت الأطراف في العقود الدولية الخاصّة عن اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وأمام هذا الواقع يتصدى القضاء أو هيئة التحكيم لاستظهار الارادة الضمنية التي ينبغي اعتبارها وعدم تجاهلها في تحديد هذا القانون عن طريق الدلائل والظروف المحيطة بالعقد لهذه الارادة في كلّ حالة وعلى وفق مؤشرات معقولة وملابسات العملية التعاقدية، والملاحظ أن المشرع العراقي وأغلب التشريعات الوطنية لم تأخذ بالإرادة المفترضة وإنما اخذت بالإرادة الصريحة أو الضمنية وفي حالة تخلفهما فحينئذ يلزم القاضي بتطبيق ضابطين احتياطين على سبيل التدرج وهما الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، وأن اختلفا تعين الاخذ

(١) د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ٣٨١.

بقانون الدولة التي ابرم فيها العقد، فالإرادة المفترضة هي نتاج ارادة قاضي النزاع يستوحيها عن طريق مؤشرات عامة لا تشترك معها ارادة الأطراف صراحة أو ضمنا .

المطلب الثاني

الارادة الحرة بين التقييد والإطلاق في ظلّ النظريات الفقهية

يعد تطبيق قانون الارادة على الرابطة العقدية الدولية، هو بمثابة ترجمة حية على قدرة الأطراف بتنظيم عقودهم على النحو الذي يجدونه مناسباً لهم وذلك باختيارهم القانون الواجب التطبيق على عقودهم، ورغم ذلك حصل خلاف وصراع بين فقهاء القانون الدولي الخاص حول إذا ما كان هذا الاختيار يرجع إلى مطلق مبدأ سلطان الارادة وهو بتخويل المتعاقدين حرية مطلقة في اختيار القانون الذي يرونه أكثر تعبيراً عن مصالحهم المشتركة لتنظيم العقد المبرم بينهما، بحيث تنزل أحكام هذا القانون منزلة الشروط التعاقدية في العقد التي يستطيع المتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها حتى ولو كانت ذات صبغة آمرة وبهذه المثابة تسمو ارادة المتعاقدين فوق القانون والذي يستمد قوته من اتفاق الأطراف على اختيار أحكامه مثلما يرى أنصار النظرية الشخصية، او أن اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي يرجع إلى قوة القانون الذي هو نفسة منح الارادة الحق على اختيار هذا القانون، الأمر الذي يؤدي إلى خضوع العقد للقواعد الآمرة في القانون المختار، ومن ثم لم تعد الارادة هنا قادرة على تحرير العقود الدولية من سلطان القانون وانما انحصر دورها على العكس في اخضاع هذه العقود لحكم القانون وهو ما يتوافق مع افكار اتباع النظرية الموضوعية.

ومن أجل الإحاطة بما تقدم أعلاه سيقسم المطلب على فرعين: نبين في الفرع الأول منه: النظرية الشخصية ومعاييرها المحددة للإرادة، وندرس

في الفرع الثاني منه: النظرية الموضوعية ومعاييرها المحددة للإرادة، وعلى النحو الاتي:

الفرع الأول

النظرية الشخصية ومعاييرها المحددة للإرادة

بعد استقرار مبدأ سلطان الارادة في نهاية القرن التاسع عشر، أصبح هذا المبدأ ليس بكونه مجرد تبرير لحل مسبق في تنازع القوانين بالعقود الدولية بل أصبح هذا المبدأ هو الحل نفسه بما يكفله للإرادة في ذاتها من حق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد بصفة مستقلة عن أي حل سابق(١).

إذ بدت ملامح النظرية الشخصية تظهر وتتبلور كترجمة حية وصادقة لفقه (لوران)(٢)، الذي يرى أن اختيار المتعاقدين لقانون العقد يرتد إلى مطلق مبدأ سلطان الارادة متأثراً في ذلك بالمدرسة الفردية ونظام الاقتصاد الحر بوصفهما تعبيرين عن مبدأ سلطان الارادة، ذلك المبدأ الذي يعتبر انعكاساً قانونياً للفلسفات الاجتماعية والاقتصادية التي كانت سائدة في ذلك الوقت والتي كانت تقدس الحرية الفردية وتسمو بها فوق القانون حتى ولو كان على حساب المصلحة العامة للجماعة(٣).

---

(١) ثامر داود عبود، المعايير المحددة لدور الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقد الدولي، مصدر سابق، ص٧٤.

(٢) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية التطبيق، مصدر سابق، ص٧٩.

(3) Batiffol , Subjectivisme et Opjectivisme dans le Droit international prive des Contrats" Choix de articles rassambles par ses aims . L.G.D.J. 1976, P.48 .

إذا كان القرن ١٨ يوصف بعصر الاستبداد وقمع الحريات في مختلف صورها، فالمقابل يوصف بكونه العصر الذي ظهرت فيه التيارات الفلسفية والاقتصادية التي دافعت بحرارة عن قدسية الفرد وتكريس حرية المواطنين وبذلك ولدت النظرية الشخصية في رحاب الفكر الفلسفي للمذهب الفردي الذي ساد خلال القرن الثامن عشر، والذي يقوم على تقديس حرية الفرد عن طريق وصفها بأنها حق فطري وطبيعي له، فالفرد وحريته هي الغاية التي وجدت من اجلها الجماعة التي تعيش فيها وليس العكس، وهكذا غرس مبدأ سلطان الارادة جذوره عملياً بإضفاء الصبغة القانونية عليه بتأكيده على حرية العقود[١].

أن بيان اصطلاح سلطان الارادة في المجال القانوني بصفة عامة يراد به اعتبار الارادة مصدراً ومعياراً للحقوق الشخصية بوصفها الاداة الخالقة للقانون ممّا ينبثق عنه في مجال القانون الداخلي مبادئ عديدة مهمة مثل مبدأ حرية التعاقد واحترام ارادة المتعاقدين في تفسير وتنفيذ العقد، وعلية إذا كان المقصود من اصطلاح الارادة المعنى العام اعلاه، فهذا المصطلح في مجال القانون الدولي الخاص يترتب عليه من أهم النتائج هي قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد، بل ويمكنهم الذهاب إلى أبعد من ذلك فهم يستطيعون استناداً لمبدأ سلطان الارادة ممارسة بعض سلطاتهم على القانون المختار، على نحو يبعد عنه صفته كقانون إذ يتحول إلى مجرد شرط تعاقدي لا سلطة له على الأطراف إلا في حدود ما يقرره أطرافه أنفسهم[٢].

---

(١) د. اشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصّة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ، ٢٠٠٣،ص٣٨.

(٢) د. ثامر داود عبود، المعايير المحددة لدور الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقد الدولي، مصدر سابق، ص١١٧.

ويـــردون أنصـــار النظريـــة الشخصـــية قـــدرة المتعاقـــدين علـــى اختيـــار قـــانون العقـــد إلـــى مبـــدأ حريـــة التعاقـــد الـــذي يمـــنح الارادة ســـلطاناً مطلقـــاً فـــي هـــذا الخصـــوص يرتفـــع بهـــا فـــوق القـــانون الـــذي يســـتمد قوتـــه الملزمـــة علـــى هـــذا النحـــو مـــن اتفـــاق الأطـــراف علـــى اختيـــار أحكامـــه لتنظـــيم الرابطـــة العقديـــة، كـــون اختيـــار المتعاقـــدين لقـــانون العقـــد لا يـــتم بنـــاء علـــى قاعـــدة مـــن قواعـــد تنـــازع القـــوانين وانمـــا استناداً إلى مطلق سلطان الارادة [1].

أي بمعنـــى أن يصـــبح العقـــد الـــدولي بـــلا قـــانون يحكمـــه، إذ اتصـــاله بـــأكثر مـــن نظـــام قـــانوني واحـــد، وفقـــاً لهـــذا النظـــر أنـــه لا يوجـــد قـــانون يملـــك الادعـــاء بانـــه صـــاحب الاختصـــاص بحكـــم العلاقـــة العقديـــة، ومـــن ثـــم لا يخضـــع إلا لمطلـــق سلطان الارادة.

وفـــي ضـــوء ذلـــك يتبـــين لنـــا، أن لإرادة المتعاقـــدين الصـــريحة فـــي اطـــار النظريـــة الشخصـــية القابليـــة علـــى التنظـــيم الـــذاتي للعقـــد، أمـــا فـــي الفـــرض إذا لـــم يقـــوم المتعاقـــدين بتعيـــين قـــانون العقـــد صـــراحة، فعلـــى القاضـــي أن يبحـــث علـــى نيـــة الأطـــراف (الارادة الضـــمنية) عـــن طريـــق ظـــروف العقـــد وملابســـاته، مثـــل مكـــان الابـــرام أو موقـــع المـــال أو اللغـــة التـــي حـــرر بهـــا العقـــد أو شـــرط الاختصـــاص القضـــائي وهـــو مـــا يعنـــي عـــدم وجـــود قـــانون مســـبق يـــنظم العمليـــة التعاقديـــة، فـــالأمر متـــروك للأطـــراف اســـتناداً لمبـــدأ ســـلطان الارادة، هـــذا أن لـــم يســـتطيع القاضـــي الكشـــف عـــن ارادتهـــم الضـــمنية فهـــو يملـــك حـــق تحديـــد ارادتهـــم المفترضـــة فـــي اختيـــار قـــانون العقـــد، مـــالم يكـــن المشـــرع قـــد حـــددها بنفســـه عـــن طريـــق قـــرائن تختلف حسب الحال .

إن أنصـــار النظريـــة الشخصـــية يـــرون الارادة إذا شـــاءت فالعقـــد لا يخضـــع لقـــانون معـــين، وإذا شـــاءت واختـــارت قـــانون جعلتـــه بنـــدا مـــن بنـــود العقـــد عـــن طريـــق

(1) Deby – Gerard (F) – Le Role De La Regle De Conflit Dans Le Reglement Des Rapports Internationaux, Dalloz, 1973.No.288.

دمج القانون المختار في العقد، فضلاً إلى قدرة الأطراف انفسهم على اعداد العقد ووضع الشروط الخاصّة به دون الرجوع إلى أية قاعدة قانونية خارجية عن العقد، وهذه هي المعايير المحددة للإرادة وفق النظرية الشخصية ومثلما يلي[1]:

أولاً- اندماج القانون المختار في العقد: إن تخويل المتعاقدين حرية اختيار قانون العقد لدى فقه النظرية الشخصية من شأنه أن يؤدي إلى اندماج هذا القانون في العقد وتجريده من سلطاته الآمرة، فكأنما القانون ينصهر في العقد ويصير جزءا منه، ولا يبدو كأمر خارجي عن الأطراف المتعاقدة بل يضحى كأنه من عمل الأطراف[2]، بحيث يحق للأطراف أن يجروا عليه ما يجرونه على باقي الشروط التعاقدية ويفقد صفته كقانون أو كقاعدة نظامية وبذلك فأن اندماج القانون في العقد لا يكون الا من عمل الأطراف في العقد الدولي[3].

بحسب رأي أنصار النظرية الشخصية، أن اتصال العقد بأكثر من نظام قانوني يؤدي بالنتيجة إلى افلات العقد الدولي من دائرة التنازع، ممّا

---

(١) طارق عبدالله عيسى المجاهد، مصدر سابق، ص٤٩-٥٠.

(٢) د. احمد عبدالكريم سلامه، العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ١٣٧.

(٣) ذهب جانب من الفقه إلى ان المقصود بالاندماج : هو نظام بمقتضاه يصبح القانون المختار لحكم العقد الدولي مجرد شرط تعاقدي لا تكون له الا قوة وقيمة باقي الشرط التعاقدية، ويفقد حينئذ صفته كقانون أو كقاعدة نظامية، أي بمعنى اخر هو انتزاع لقاعدة أو استلال مجموعة من القواعد القانونية من موطنها الأصل ي المستقرة فيه وهو القانون الاجنبي ، ثم جعل هذا القانون المدمج (المختار) يخلع عباءته بفعل ارادة الأطراف ليرتدي حلة اخرى جديدة نسج خيوطها هؤلاء الأطراف ، انظر د، احمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي الطليق، المصدر السابق، ص٣٤٧. ويتم ادماج القانون المختار أما عن طريق ترديد نصوصه في صلب العقد، أو عن طريق الاحالة إلى ذلك القانون، د. منير عبدالمجيد، حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف في العقود الخاصّة الدولية، مجلة المحاماة، العددان السابع والثامن، أيلول، تشرين الأول ، ١٩٩١، ص٤٤.

يجعله يتحرر من الخضوع لحكم القانون، وهو ما يخول المتعاقدين حرية واسعة في تنظيم علاقاتهم التعاقدية، استناداً إلى مطلق مبدأ سلطان الارادة، أي بمعنى في نطاق العقود الدولية يترك الحرية للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق وهذا يؤدي إلى اندماج الأخير في العقد الذي اختير له[1].

يتضح ممّا تقدم ذكره، أن اندماج القانون المختار يؤدي إلى فقدان العقد لسلطانة وطابعة الملزم، باكتسائه بالطابع التعاقدي فيصير جزءاً من العقد، ويصبح شيئاً خاصاً بالمتعاقدين، ممّا يعني أن التقاء ارادة المتعاقدين كافية بذاتها، لتكون مصدراً للالتزام وبمعزل عن اختيار أي قانون يحكم العلاقة العقدية، فاختيار قانون تخضع له تلك العلاقة يعني اندماج ذلك القانون في العقد كبند من بنوده، بالتالي المسألة هي مسألة اختيار للإرادة أن شاءت فالعقد لا يخضع إلى أي قانون، وان شاءت كان القانون المختار بنداً كبقية بنود العقد.

ويترتب أيضاً على اندماج القانون المختار في العقد، عدم تقيد اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد بضرورة وجود صلة بين هذا القانون وبين يكون خاضعاً لنظام قانون وضعي قد لا يعترف بصحة هذا الاختيار نفسه الا في الحدود التي يرسمها أو ينص عليها ومن ثم هذا الأمر يتعارض بالنهاية مع مبدأ سلطان الارادة، أو بمعنى اخر مع فكرة حرية الاختيار بذاتها، كذلك تعد حرية الاختيار من جهة أخرى بمثابة عامل لا غنى عنه على وجه الخصوص بالنسبة لتنظيم وحكم مختلف العلاقات التجارية الدولية، نظراً لما تكلّفه هذه الحرية من انماء وتنشيط لمثل هذه النوعية من العلاقات، وعلى ذلك يجوز للأطراف على وفق هذه النظرية اختيار قانون اشتهر بوضع شروط نموذجية موحدة لنوع معين من العقود،

(1) Deby Gerard …op. Cit., No.288.

حتى ولو لم تكن هناك صله بين العقد وبين هذا القانون، استناداً على أساس أن هذه الصلة قد اتت على الاقل من حاجات التجارة الدولية، ومن الاتفاقيات الدولية لم تشترط توفر هذه الصلة إذ اِتجهت اِتفاقية لاهاي ١٩٥٥ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية هذا الاتجاه بنصها في المادة الثانية منها على أنَّ البيع يكون محكومًا بقانون الدولة الذى يختاره المتعاقدون دون إيراد أي قيد في هذا الشأن(١).

ومن ثم أن فكرة الاندماج تمنح المتعاقدين حرية مطلقة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم استناداً إلى مبدأ سلطان الارادة سلطة دمجه فيه ومعاملته كأي شرط تعاقدي، ممّا يبيح للأفراد استبعاد ما يريدون من قواعده الآمرة في هذا القانون، وهو ما يعني أن يبقى العقد طليقاً بلا قانون يحكمه ولهم الاتفاق بعدم الاعتداد لأي تعديلات تشريعية لاحقة قد تطرأ على القانون المختار بعد ابرام العقد.

ثانياً- معيار الكفاية الذاتية للعقد: يلجأ أطراف العقد الدولي إلى محاولة عدم الخضوع لأي قانون وطني، وذلك عن طريق تحقيق الكفاية الذاتية لعقدهم بتحريره بتفصيل ودقه متناهية، تغني القاضي أو المحكم عن الاستعانة بأي قانون غير العقد نفسه فالعقد لا يستلزم لوجوده أو خلقه، وعلى عكس كثير من الأنظمة القانونية الوطنية دون تدخل أي سلطة خارجية أو نظامية، فهو كتصرف ارادي يمكن ان ينشئ بتنظيم ذاتي مرده ارادة الأطراف وحدهم عن طريق دورها في وضع الاشتراطات الكفيلة بقيام هذا التنظيم الذاتي، دون العودة إلى أية قاعدة قانونية، فهو نظام قانوني يكفي بنفسه بيان حقوق والتزامات أطرافه واقرارها، والمشرع هو بذاته منح العقد قوة القانون باعتماده مبدأ العقد شريعة أو (قانون) المتعاقدين من ناحية، ومنذ اعتماده

(١) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اِختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص٨٥.

قدرة قاعدة أو مبدأ سلطان الارادة على خلق قواعد قانونية وإن كانت فردية من ناحية أخرى .

فالعقد الدولي إذا كان مفصلاً ومحبوكاً في صياغته القانونية، يخلق حقوقا والتزامات يمكن ان تلزم الأطراف وهو ما يغني القاضي أو المحكم عن الرجوع لقواعد القانون التي يمكن في بعض الاحيان لا تلاءمه، إذ من غير المتعذر ندرك أن خلف القاعدة الفنية التي تجيز للأطراف اختيار قانون العقد، تتوارى فكرة الارادة الخلاقة للحق التي تتساوى مع القانون(١).

وهذا ما دعي جانب من الفقه بتشبيه العقود الدولية بالقانون الصادر من البرلمان بالنسبة للمخاطبين بأحكامه، فعملية اعداد العقود الدولية هي أشبه بعملية تشريعية، بسبب أن ما عبرت عنه ارادة الأطراف في العقد تعد قانوناً بالنسبة لهم، وأن الشروط التعاقدية تشكّل في مجموعها قانوناً خاصاً يحكم كافة جوانب العقد من دون الحاجة للالتجاء لنظام قانوني معين(٢).

لقد دعي جانب من الفقه، ولاسيما المتخصصين في مجال القانون التجاري الدولي إلى الاخذ بمبدأ الكفاية الذاتية للعقود الدولية، أو العقود المنظمة ذاتياً، إذ ذهب الاستاذ (فوشار) إلى أنه (في التجارة الدولية يعد من احسن السبل، للإفلات من قوانين الدول، اشتراط الحد الاقصى من الأحكام الفنية والتجارية وتسوية الصعوبات الأكثر توقعاً، فيستطيع الأطراف الاهتمام بها شخصياً، بوضع شروط خاصة، بعد مفاوضات مباشرة)(٣).

ومن سبل تحقيق مبدأ معيار الكفاية الذاتية، تمثل ذلك في العقود النمطية والتي تسمى اصطلاحاً (العقود النموذجية) وهي إحدى صور القواعد

---

(١) د. احمد عبدالكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق ، ص٤٦.

(٢) د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص ٤٥.

(3)Ph-Fouchord;Larbitrage commercial.These Dijon,ed,Dalloz,Paris,1965,N.588,P.408,spec,p.409.

الموضوعية، إذ اصبحت احدى الوسائل الفعالة في تحقيق المبدأ الاخير بالنسبة للعقود الدولية التي استقرت في عادات وواقع التجارة الدولية، والمكتوبة بصيغ معدة سلفاً والمطبوعة بأعداد ضخمة تستعمل كنماذج لعقود يتم ابرامها مستقبلاً.

إذ أصبح من الميسور عن طريقها، تبادل السلع والخدمات وابرام العقود الدولية خلال وقت قصير[1]، بسبب لا تستغرق المفاوضات في ابرام العقود الدولية غير وقت قصير، فمجرد ملئ بعض الفرغات والبيانات في النمط المعد سلفاً، وتمام توقيع الأطراف أو من ينوب عنهم قانوناً ينعقد العقد، بل يمكن في بعض الأحيان ان مجرد الاتصال الهاتفي أو رسالة الكترونية عبر الانترنيت أو اشارة بالفاكس إلى عقد نمطي معين يكفي لأن يعرف كلّ من الأطراف المتعاقدة حقوقهم والتزاماتهم[2].

ومن أهم التطبيقات القضائية المؤيدة لهذه النظرية اعلاه، حكم محكمة النقض الفرنسية لعام ١٩٣٥ بخصوص نزاع يتعلق بعقد بيع تم ابرامه سنة ١٩١٤ بين مشتري فرنسي الجنسية وبائع شركة المانية مقرها الرئيس في منطقة الالزاس التي كانت تابعة لألمانيا قبل حدوث الحرب العالمية الأولى وقد تضمن عقد البيع بنداً بان القانون الالماني هو القانون الي يحكم العقد، وبعد حدوث الحرب العالمية الأولى، تمسكت الشركة المانية بالفوائد القانونية المترتبة على المشتري خلال الحرب العالمية الأولى بحسب القانون الالماني المختص إلا أن المشتري قد دفع بأن الشركة الالمانية لم توجه له الاعذار وفق القانون الفرنسي الصادر عام ١٩١٩، ومن ثم المطالبة بهذه الفوائد ليس لها محل، لان حق المطالبة بها قد سقط بعد انضمام الالزاس إلى

(١) د. ثامر داود عبود، المعايير المحددة لدور الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقد الدولي، مصدر سابق، ص١٥٨.

(٢) د. احمد عبدالكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص١٠٨٢.

فرنسا، وعندما تم رفع القضية إلى محكمة النقض الفرنسية أيدت قرار محكمة الاستئناف وجاء في قرارها (ان الفوائد المتعلقة بشأن هذا الدين الناتج عن توريد البعض من المهمات والخاضعة لحكم القانون الاجنبي بزمان ومكان تحرير العقد عام ١٩١٤ بعيداً عن السقوط المنصوص عليه بقانون ١٩١٩ على اساس أن هذا القانون لا تخضع له الفوائد القانونية التي كانت خاضعة لقانون ١٩١٤، أما الفوائد موضوع الدعوى الخاضعة للقانون الأجنبي فإنها تحمل طابع تعاقدي ولا تخضع للمرسوم الصادر عام ١٩١٩).

واكدت المحكمة في قرارها بأن القانون الذي يسري على العقد هو القانون الالماني الذي كان سائداً عند ابرام العقد، وهو لم يستلزم الاعذار كشرط لاستحقاق الفوائد، وبهذا الحكم اخذت المحكمة بفكرة التجميد الزمني لقانون الارادة على حالته القائمة عند ابرام العقد دون الاعتداد بالتغييرات التشريعية اللاحقة عليه على الأقل عندما لم يقرر المتعاقدون صراحة قبولهم المسبق للتغيرات التي عسى أن يدخلها مشرع القانون المختار على أحكامه القائمة عند التعاقد[1].

يتضح لنا ممّا تقدم اعلاه، أن النظرية الشخصية تقوم على مبدأ سلطان الارادة والاعتراف للفرد بحقوق مصدرها طبيعته الانسانية الحرة، وهذا الحق يمنح ارادته القدرة على انشاء المراكز القانونية بصورة مستقلة عن القانون الذي يقتصر دوره على تمكين الفرد من استعمال الحقوق التي يتمتع بها، إذ ذهب أنصار النظرية اعلاه إلى تقديس ارادة الفرد في التعاقد والاعتراف بحق الأطراف في ابرام العقد وتحديد مختلف شروطه، فضلا عن حقهم في اختيار القانون الذي يرونه مناسباً للتعبير عن مصالحهم المشتركة لتنظيم العقد المبرم بينهم، ومن ثم يترتب على هذا الاختيار للإرادة دمج القانون المختار في العقد بحيث تنزل أحكامه منزلة الشروط التعاقدية التي يستطيع

(١) انظر إلى الحكم المشار إليه، د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة، مصدر سابق، ص١٠٨.

الأطـراف الاتفـاق علـى مـا يخالفهـا حتـى وإن كانـت ذات صـبغة امـرة ولا يشـترط تـوفر صـلة بـين القـانون المختـار وبـين العقـد، فضـلاً عـن أن ارادة الأطـراف كافيـة بـذاتها لإقامـة النظـام القـانوني لعلاقـاتهم الذاتيـة، وبهـذا الشـكلّ تسـمو ارادة الأطـراف فـوق القـانون الـذي يسـتمد قوتـه الملزمـة مـن اتفـاق المتعاقـدين علـى اختيـار أحكامـه لتنظـيم الرابطـة التعاقديـة، ويبـدو مـن هـذا العـرض أننـا نـرجح هـذه النظريـة، لتخطـي العـائق المتمثـل باشـتراط تـوفر الصـلة بـين العقـد والقـانون المختـار، وهـذا التـرجيح يمكـن الاخـذ بـه فـي ظـلّ المـادة (٢٥) مـن القـانون المـدني العراقـي التـي خلـت مـن ضـرورة تـوفر الصـلة بـين العقـد والقـانون المختـار ويقابلهـا نـص المـادة (١٩) مـن القـانون المـدني المصـري، ومـن بعـد اقـرار مـنهج القواعـد الآمـرة ذات التطبيـق الضـروري، فـان القاضـي سـيطبق القواعـد الآمـرة ذات التطبيـق الضـروري بغـض النظـر اختيـار الأطـراف لقـانون العقـد، إذ إن التضـحية بهـذا الاختيـار مـا هـو الا مراعـاة لاعتبـارات المبـادئ الأخـرى و بالخصـوص حمايـة المصـلحة العامـة، وهنـا نجـد أن القواعـد الموضـوعية المختـارة بحسـب هـذه النظريـة مـن صـناعة الارادة بشـكل خـالص فهـي محـررة بالإرادة من سيطرة القانون .

الفرع الثاني

النظرية الموضوعية و معاييرها المحددة للإرادة

تعرضـنا فيمـا سـبق إلـى مـا ذهبـت إليـه المدرسـة الشخصـية بتجريـد العقـد الـدولي مـن سـلطان القـانون، عـن طريـق اعطـاء المتعاقـدين حريـة واسـعة فـي تنظـيم علاقـاتهم العقديـة واخضـاعها لمطلـق سـلطان الارادة، متناسـية بـذلك العلاقـة الجدليـة بـين المجتمـع والعقـد فـالمجتمع يـؤثر بطرائـق عديـدة علـى العقـد، فالعقـد وعلـى الـرغم مـن كونـه مسـألة أو علاقـة خاصـة تـربط بـين أطرافـه إلا أنـه يمـس مصـالح المجتمـع بالمنفعـة أو الضـرر، ومـن هـذا المنطلـق بـرز اتجـاه فكـري اخـر يصـعب التسـليم بـه فـي نظـر أصـحاب المدرسـة الموضـوعية الـذي اكـد أن مبـدأ سـلطان الارادة لـيس مبـدأ مطلقـاً، فـالإرادة ليسـت حـره الا فـي حـدود

القانون الذي تستمد منه سلطانها، والعقد لا يمكن أن يستند إلى فراغ، وارادة المتعاقدين غير قادرة على أن تنشأ نظاماً قانونياً بذاته [١].

وأن العقد ليس مسألة خاصة بالمتعاقدين فحسب، وانما هو حلقة في نظام قانوني متكامل، وهو لا يرتب اثاراً قانونية بوصفها هذا إلا بأسناده إلى هذا النظام الذي منحه الوجود وكفل له الحماية، وهكذا لا بد من تفعيل دور القانون والحد من الفردية القانونية المطلقة[٢]، فالقانون لم يعد الحارس الامين الذي يرعى الفرد في تحقيق رغباته وإنما هو من يعطي الأثر الملزم للإرادة عندما تكون متوافقة مع المصلحة العامة ومقيدة بنصوص القانون الآمر وهو بذلك يقيد الحرية حماية للطرف الضعيف والمصلحة العامة، وإذا كان فقه القانون الدولي الخاص الحديث قد اعترف بدور الارادة في اختيار قانون العقد فأن هذا الحق يستند إلى حكم القانون الذي سمح للإرادة بهذا الاختيار وليس إلى مطلق سلطان الارادة، إذ ينحصر دور الارادة على النحو السابق في تعيين القانون الذي يحكم العقد لا في تحريره من سلطانه [٣].

تعود النظرية الموضوعية في أصولها إلى الفقيه الالماني(سافيني)، إذ إنه أول من نادى بضرورة تحليل مختلف العلاقات القانونية موضوع النزاع تحليلاً دقيقاً ليتسنى تركيزها في مكان معين، فاذا ما عرف هذا المركز امكن اسنادها إلى القانون السائد في هذا المركز عن طريق وصفة بكونه أكثر القوانين المتنازعة ملاءمة لحكمة، إذ اعتمد أنصار هذه النظرية على معايير عديدة لتعيين القانون الواجب التطبيق على سبيل المثال مكان ابرام العقد، مكان التنفيذ، لغة العقد، المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات الناشئة

(١) نرمين محمد محمود، مصدر سابق، ص٣١.

(٢) د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، الطبعة١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص٨٥.

(٣) د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية، مصدر سابق، ص٥٢.

عنه[1] فضلاً عن ارادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية، وبعد ذلك يأتي دور القاضي المرفوع أمامه النزاع ليستنبط القانون الواجب التطبيق عن طريق تلك الوقائع التي يجد احدها أوثق صلة بالعقد من غيرها[2].

وإن كان لهذه الارادة أن تختار قانون العقد فأنّ دورها في هذا المجال يكون بمثابة ابداء رغبة في تركيز الرابطة العقدية في اطار نظام قانوني معين، يتصل بالضرورة بهذه الرابطة، وعليه فأن معايير النظرية الموضوعية تتمثل بما يلي:

أولاً- معيار القانون هو الأساس الملزم لقوة العقد بدلاً من الارادة: تُعَد النظرية الشخصية العقد عبارة عن تلاقي ارادتي الأطراف، وأن القانون يعطي القوة الملزمة للعقد، ذلك أن ارادة الأطراف هي حره بذاتها وجديرة بالحماية، فهدف القانون هو تحقيق وتنفيذ تلك الارادة التي هي جوهر العقد ولكن يطرح تساؤل هنا هل هذا الافتراض الذي تبنته النظرية اعلاه صحيح...؟

بلحاظ أن الارادة هي المشيئة، وتعني انعقاد العزم على امرٍ ما، ويسبق ذلك العزم انصراف ذهن الشخص أولاً إلى التفكير في ذلك الأمر وتقدير مدى تحقيقه لمصلحته، ولكن من الممكن أن تكون تلك الارادة المتكونة بناء على ذلك العزم قد بُنيَت على تقدير واسع لمصلحته اتَّباعاً لميول لحظية سريعة، وإذا كانت كذلك فإنها تكون ذات طبيعة متغيرة لا يمكنها أن تلزم صاحبها حتى النهاية، وحتى لو افترضنا أن ارادة الشخص المتعاقد نتجت

(١) د. احمد الهواري، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص

(٢) د. فؤاد عبد المنعم ود. سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ١٩٨٧، ص ٣٨٦.

عن تقدير سليم وعن ترو فهل يمكن تجميد ارادة الشخص وابقاءها على نفس العزم طوال مدة تنفيذ العقد، وهذا امرٌ جلل من الصعب تحققه دائماً[١].

فالإنسان بشرٌ وليس الهًا، فعواطفه واهواءه وتقلب رغباته ومصالحه هي التي تتحكم في ارادته، ومن ثم قد تكون لديه ارادة أخرى بعد التعاقد تخالف ارادته الأولى الساعية إلى تحرره من تعهداته التي أُلزِمَ القيام بها، ولذلك لا بُدّ أنَّ يكون مصدر التزام الشخص شيئاً مختلفاً عن ارادته الا وهو القانون، فالقانون هو الذي يعطي الارادة القدرة على ترتيب الاثر الملزم للعقد، بأن تلزم صاحبها ليس لحظة الدخول في العلاقة العقدية فحسب وإنما أيضاً للمستقبل وهو بذلك يضفي عنصر الثبات عليها مِمّا يعني أنّ لزوم التنفيذ ليس فقط احتراماً لإرادتهم إنما ضرورة اجتماعية ألا وهي استقرار المعاملات .

وهكذا فبالنسبة لأنصار النظرية الموضوعية، أنّ العقد لا يعلو على القانون بل يخضع لأحكامه ولاسيما الآمرة منها، أي بمعنى اخر إنها تعلي سلطان القانون على ارادة الأطراف المتعاقدين، فإذا كان لهذه الارادة ان تختار قانون العقد فيكون دورها بهذا الصدد بمثابة ابداء رغبة في تركيز الرابطة التعاقدية في اطار نظام قانوني معين، يتصل بالضرورة بهذه الرابطة، ومن ثم فأن ارادة الأطراف المتعاقدين تكون ضابط اسناد يشير إلى القانون الواجب التطبيق في شأن الرابطة التعاقدية، على اساس ان ذلك هو الحل الذي ارتضاه المشرع لحل مشكلة تنازع القوانين في العقود الدولية، ومن ثم فأن الرابطة العقدية تخضع لحكم القانون الذي اختاره المتعاقدان، والذي لا تملك الارادة الافلات من أحكامه الآمرة [٢].

ثانياً- معيار عدالة العقد: ينشأ العقد غالباً بإرادة أطرافه، ولكن القانون هو من يحدد لتلك الارادة شروط ممارستها لدورها وترتيبها للأثار، إذ إن هدف

(١) نرمين محمد محمود، مصدر سابق، ص٣٧.

(٢) د. صلاح علي حسين، مصدر سابق، ص٤٦١.

القانون ليس فحسب ضمان حرية تلك الارادة وتحقيق سلطانها، وإنما هدفه الأساس هو تحقيق العدالة لأطرافه وتحقيق مصلحة المجتمع، ومن ثم فأن تلك الارادة يجب ان تكون متوافقة في ممارستها لدورها مع مصلحة المجتمع ويحق للمشرع أن يتدخل لتقييدها بغرض حماية الطرف الضعيف بموجب فكرة التضامن الاجتماعي(١).

افرزت النظرية الشخصية في المجال القانوني حرية التعاقد، والتي جعلت للعقد في ذاته قدرة خلق عدالته الذاتية، والتي لا يمكن البحث عنها خارج العلاقة العقدية، لكنها قد اغفلت احتمال عدم وجود تعادل بين المتعاقدين من الناحية الواقعية، والذي في حال تحققه يعني ذلك تنافي وجود حقيقي للإرادة الحرة، والحال كذلك فأن افتراض حرية وتعادل المتعاقدين قد كذبته الحقائق التي بينت عدم تمتع احد الأطراف بحرية التعاقد أو حرية قبول شروط معينه وذلك بسبب عدم وجود مساواة أو تعادل بينهم خصوصاً من الناحية الاقتصادية، إذ يوجد طرف قوي وهو المسيطر وطرف اخر ضعيف مذعن وبذلك اصبحت الارادة الحرة ليست الا ارادة تستطيع فرض نفسها على ارادة أخرى، ومن ثم يطرح تساؤل هنا هل الارادة الواقعة تحت ضغط الحاجة تسمى بإرادة ...؟

وعليه إذا ما ترك للفرد ممارسة نشاطه الاقتصادي بحرية مطلقة تحقيقاً لمصلحته الشخصية ودون رقابة عليه من جانب الدولة، فأنه في الغالب يضحي بمصلحة المجتمع في سبيل تحقيق مصالحة الخاصّة، ولذلك لابد من تدخل المشرع فهو لا يضمن العدالة العقدية وحسب، والتي هي عدالة فردية توصل إليها الأطراف من منظورهم الشخصي أو منظور أحدهم وإنما يحقق العدالة الموضوعية المتوافقة مع المصلحة العامّة، ومن ثم إذا كانت العدالة العقدية تعني احترم الشخص لتعهده، وهي بذلك تتطابق مع مبدأ سلطان

(١) د. احمد الهواري، مصدر سابق، ص٢١٤.

الارادة، فـأن هنـاك عدالـة أخـرى مثلمـا يـذهب بعـض الفقـه وهـي الانصـاف والتـي تعني احترام القاعدة القانونية [١].

أن أهـم التطبيقـات القضـائية المؤيـدة للنظريـة الموضـوعية، حكـم محكمـة الـنقض الفرنسـية المؤيـد لحكـم محكمـة اسـتئناف (Douai)الصـادر عـام١٩٨٠ فـي النـزاع المتعلـق بقضـية (ميركـاتور)، عنـدما طبقـت القـانون الفرنسـي بوصـفة قـانون المكـان الـذي نفـذ فيـه العقـد وقـانون مـوطن المنـدوب التجـاري، إذ اكـدت محكمـة التمييـز الفرنسـية فـي قرارهـا بـأن (اذا كـان تركيـز العقـد يسـتند إلـى ارادة الأطـراف، فانـه يعـود للقاضـي الـذي يفصـل فـي النـزاع الحريـة للكشـف عـن تفسـير هـذه الارادة فيمـا يتعلـق بتركيـز العقـد ليسـتخلص منهـا القـانون الـذي يحكـم العقد المتنازع عليه)[٢].

يتضـح ممّـا سـبق اعـلاه، ان أنصـار النظريـة الموضـوعية يعـدون ارادة الأطـراف المتلاقيـة هـي ليسـت الا عنصـراً مـن عناصـر تـوطين العقـد، بحيـث يكـون الغـرض منهـا تحديـد ضـابط الاسـناد، لا أن تكـون ضـابط الاسـناد بذاتـه فهـي تقـدم حـلاً غيـر مباشـر لمشـكلة التنـازع، فـدور الارادة هنـا هـو تركيـز الرابطـة التعاقديـة فـي نظـام قـانوني لدولـة معينـة، ولـيس اختيـار القـانون الواجـب التطبيـق كـون أن ارادة الأطـراف المتعاقـدة لا يمكنهـا أن تختـار قانونـاً معينـاً، تلـزم القاضـي بتطبيقـه، وإنمـا يركـزان العقـد المبـرم بينهمـا فـي دولـة معينـة، فـإرادة الأطـراف وأن كانـت قـد حـددت قـانون معـين بذاتـه فهـي تعـد مجـرد ارادة لتـوطين العقـد أو ارادة كاشـفة لمكـان العقـد اسـتناداً إلـى وقـائع وظـروف قـد تكـون خارجيـة عـن تكـوين العقـد وقـد تكـون داخليـة تتصـل بتكوينـه، ويشـترط أن توجـد صـلة بـين العقـد والقـانون المختـار، بالتـالي ارادة المتعاقـدين وفـق هـذه النظريـة يكـون دورهـا

(١) منصـور مصـطفى منصـور، دور الارادة فـي تكـوين التصـرف القـانوني، خلاصـة دروس القيت على طلبة الدراسات العليا في القانون الخاص، ص٩١-٩٢.

(٢) الحكم منشور على الموقع الالكتروني-https:\\www-courdecassation , تمت زيارة الموقع بتاريخ ٢٠٢٥/٢/١٥.

مجرد تركيز العقد في دولة معينة ومن أجل تحديد القانون الواجب التطبيق عليه فالإرادة ليست غاية القانون، فهو لا يرتب عليها اثر ملزم تحقيقاً لسلطانها وإنما هي وسيلة لتحقيق الخير العام والعدالة، وهي أن لم تحقق ذلك أو خالفته فلا سبيل إلى اعطائها الاثر الملزم، فالقواعد الموضوعية المختارة هنا تكون مركبة بين ارادة القانون وارادة الأطراف ولا يعتد باختيار الارادة المجرد عن قيود القانون فتحرير العقد يكون نسبيا من سيطرة القانون.

أما عن موقف المشرع العراقي من النظريتين الشخصية والموضوعية فيلاحظ جانب من الفقه أنه يشير وهو بصدد تفسيره لنص المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي ويقابلها المادة (١٩) مدني مصري، قد اخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي اختاره المتعاقدان بأراداتهما الصريحة ان اعلن عنها في العقد، وإلا فباردتهما الضمنية التي يستطيع القاضي استخلاصها من ظروف وملابسات العقد عند عدم الاختيار، إذ يتم اللجوء في البداية إلى ضوابط الإسناد المحددة سلفًا وبصورة جامدة فيما لو رفع النزاع أمام المحكمة الوطنية فالقاضي في هذه الحالة لا يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، بل يفرض عليهما إرادة غير موجودة فعلاً ويقيمها على قرائن مستمدة من الرابطة العقدية ذاتها أو من ظروف وملابسات الحال، فإرادة القاضي وليست إرادة المتعاقدين هي التي تتولى تعيين قانون العقد، وذلك عن طريق اللجوء إلى مؤشرات أو عوامل اِرتباط موضوعية تشير إلى القانون الذى يرتبط بالعقد اِرتباطًا وثيقاً [١].

ممّا يعني أن المشرع قد جمع بين النظرتين الشخصية والموضوعية، عن طريق تصدي المتعاقدين لاختيار قانون العقد صراحة أو ضمناً بحسب النظرية الشخصية هذا من جهة، ومن جهة أخرى تمثل عند سكوت

(١) انظر مشار إليه ، باسم سعيد يونس، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، دراسة في القانون الدولي الخاص، اطروحة دكتوراه، كلّية القانون، جامعة الموصل، ١٩٩٨، ص٢١٩.

المتعاقدين عن اختيار قانون العقد وقيام القاضي بأسناد العلاقة أما لقانون الموطن المشترك أو قانون بلد الابرام حسب النظرية الموضوعية، وهو رأي لا يقابله الصواب كونه ممّا يؤخذ على هذا التحديد أنَّه لا يأخذ في الحسبان الظروف الخاصّة بكلّ نوع من أنواع العقود، بلحاظ أن المشرع الفرنسي تبين قد اخذ بالنظرتين وذلك عن طريق اجتهاداته القضائية المشار إليها في أحكامه اعلاه.

المبحث الثاني

الدور الارادي في القواعد الموضوعية المتعلقة بالتجارة الدولية

أصبح لإرادة الأطراف الدور البارز والمهم في القانون الدولي الخاص باعتبار هذا القانون هو الذي ينظم العلاقة بين الأفراد والمؤسسات عبر الحدود الدولية، فانة من الطبيعي أن يسمح لأطراف العلاقات الدولية الخاصّة بحرية اختيار قانون معين، واستبعاد قانون أخر لا يتفق مع مصالهم أو توقعاتهم المشروعة، استناداً إلى مبدأ سلطان الارادة الذي هو المبدأ العام والأساس في القانون الدولي الخاص، وهو الأمر الذي اقرته التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وطبقته احكام القضاء في هذا الشأن.

مثلما كان لإرادة الأطراف الدور البارز في صياغة مبادئ قانونية عامة وذلك عندما تصدر مبدأ سلطان الارادة المشهد في بلورة قواعد موضوعية تقدس الحرية الفردية وتعمل على حمايتها، وإزالة التعارض بين المصالح و محاولة التوفيق بينها، إذ اخذ مبدأ سلطان الإرادة مكانته في القواعد الموضوعية عن طريق تنامي دور الاتفاقيات الدولية التي تؤيد اللجوء إلى هذا المبدأ، إذ افرزت الاتفاقيات الدولية التي تتصدر الواقع في العلاقات الدولية الخاصّة قواعد موحده ومفاهيم محددة في تقرير اختصاص المحاكم، وتلتزم بها كافة الدول التي تنضم إلى المعاهدة الدولية وتضمنها تشريعها الوطني بتطبيق هذه القواعد على المنازعات التي تطرح عليهم هذا من ناحية الارادة الدولية (الاتفاقيات)، ومن الثابت نتيجة للظروف المتغيرة في نطاق العلاقات الدولية الخاصّة قد تم صياغة قواعد موضوعية لمواجهة ظروف دولية بعد أن تبين عجز منهج التنازع التقليدي في حل المشاكل التي يطرحها واقع العلاقات القانونية على المستوى الدولي ولاسيما واقع التجارة الدولية، وبالنتيجة اتجهت التجارة الدولية نحو خلق تنظيم موضوعي مباشر يطبق مباشرة على العقود الدولية، تمثلت (بالأعراف والعادات التجارية) لتطبق على

هـذه العلاقـات بحكـم طبيعتهـا والتـي وجـدت أصـلا مـن أجلهـا وتحـل مشـكلتها بصورة مباشرة من ناحية أخرى .

وعليـه لتحديـد الـدور الارادي لكـلاً مـن الاتفاقيـات الدوليـة والاعـراف والعـادات التجاريـة فـي القواعـد الموضـوعية سـنبحث فـي كلاهمـا بتقسـيم المبحـث علـى مطلبـين: نبـين فـي المطلـب الأول منـه: الاثـر الارادي فـي الاتفاقيـات الدوليـة، ونـدرس فـي المطلـب الثـاني منـه: الاثـر الارادي فـي الاعـراف والعـادات التجارية، وعلى النحو الاتي:

المطلب الأول

الاثر الارادي في الاتفاقيات الدولية

تتطـور وتسـير العلاقـات الدوليـة الخاصّـة بخطـى متسـارعة، بسـبب وجـود انمـاط مسـتحدثة منهـا تسـاهم فيهـا عـادات واتفاقيـات أطرافهـا، الأمـر الـذي أدى إلـى زيـادة الـدور الارادي التـي تؤديـه فـي هـذه الاتفاقيـات علـى السـاحة الدوليـة الخاصّـة، بـالنظر لمـا يحققـه مـن حفـظ لتوقعـات المتعاقـدين وتلبيـة طموحـاتهم، ممّـا جعلـه يختـرق مجـالات كانـت محجـوزة مـن ذي قبـل للقـوانين الوطنيـة عـن طريـق ترسـيخ الـدور الارادي لأطـراف العلاقـات الدوليـة الخاصّـة بانتقـاء القواعـد المناسـبة لهـم واختيـار القـانون الواجـب التطبيـق والـذي يرعـى مصـالحهم المشروعة.

إذ يبـرز الـدور الارادي المهـم للقواعـد الموضـوعية فـي الاتفاقيـات الدوليـة عنـدما تـؤدي هـذه الاتفاقيـات إلـى خلـق قواعـد موضـوعية موحـدة تطبـق علـى العلاقـات الدوليـة الخاصّـة، كونهـا تقـوم بمـد القـانون الـدولي الخـاص بقواعـد تكـون محـل اِتفـاق دولـي لتطبـق علـى العلاقـات الدوليـة الخاصّـة، فتطبـق القواعـد الموضـوعية التـي تضـعها الاتفاقيـات الدوليـة بشـكل مباشـرة علـى العلاقـات الدوليـة الخاصّـة دون العلاقـات الداخليـة، إذ تخضـع العلاقـات الأخيـرة إلـى التشـريعات الداخليـة لـدول الأطـراف فـي الاتفاقيـة، فـلإرادة الـدول الأطـراف

المتعاقدة أن تقدم الحلول التي تعمل على معالجة القصور أو عدم ملاءمة القوانين الوطنية لحل المنازعات الدولية عن طريق الأحكام الموضوعية التي إستقر عليها العمل بين التجار ورجال الأعمال في معاملاتهم الدولية، بل ولإرادة الأطراف هنا أن تتدخل وتثبت حركة القانون المطبق على عقدهم.

ومن أجل الإحاطة بما تقدم أعلاه سيقسم المطلب على فرعين: نبين في الفرع الأول منه: ارادة الدول (الاتفاقيات الدولية)، وندرس في الفرع الثاني منه: تطبيقات الارادة في عقود الاستثمار، وعلى النحو الاتي:

الفرع الأول

ارادة الدول (الاتفاقيات الدولية)

تعد الاتفاقيات الدولية من أهم الوسائل الفعالة لمعالجة ما ينشأ من مشكلات تنازع القوانين، بل تبدو الوسيلة الطبيعية في هذا الخصوص كونها تضع علاقات ذات طابع دولي لتنظيم علاقات قانونية ذات طابع دولي هي الأخرى، فضلاً عن دورها في تجميع أو تقنين قواعد التنازع بما يوفر التبصر والتوقع بالقواعد القانونية التي تنظم العلاقات الدولية الخاصّة وتعمل على استقراها، عن طريق توحيد القواعد الموضوعية وتلافي التباين في تحديد القانون الواجب التطبيق هذا من ناحية،

ومن ناحية أخرى تساهم الاتفاقيات الدولية في الحد من الروح الوطنية في صناعة القواعد التي تحكم العقود التجارية الدولية، والتوجه نحو تدويل تلك القواعد بما يكفل التناسق الدولي بين الحلول، فهي بهذا المعنى هي تلك التي يتم الاتفاق عليها بين الدول بمقتضى معاهدة أو اتفاقيه بخصوص أحد جوانب التجارة الدولية والتي تطبق بصورة مباشرة على العلاقات التي وضعت من اجلها، ومن ثم تعد عملا قانونيا بحسب طبيعتها وعملا دوليا بحسب أطرافها وموضوعها تولد حقوقاً والتزامات يتعين احترامها، ولذلك تعدّ الاتفاقيات الدولية أحد أهم مصادر المنشئة للقواعد الموضوعية، لأنها تقوم

بمد القانون الدولي الخاص بقواعد تكون محل إتفاق دولي لتطبق على العلاقات الدولية الخاصّة[١].

ويرى جانب من الفقه أن الدول كلّ ما استكثرت من عقد الاتفاقيات الدولية في مسائل تنازع القوانين[٢]، فان ذلك يؤدي بالمحصلة إلى اتساع مساحة القواعد الموضوعية على حساب قواعد الاسناد وهو رأي بدورنا نؤيده، فعند الدخول في هذه الاتفاقيات يؤدي بالنتيجة إلى توحيد قواعد حل التنازع الدولي في مجال العلاقات التجارية عن طريق تطبيقها بشكل فوري ومباشر، وهو ما يؤدي بتوحيد القوانين التجارية للدول الاعضاء وبهذا ستضيق مساحة المسائل موضوع النزاع.

وبقدر عدد الدول في المجتمع الدولي توجد قوانين وطنية، وتختلف الاتفاقيات الدولية من حيث الأهمية القانونية بقدر عدد الدول المنظمة إليها ويبدو أن الاتفاقيات الأكثر نجاحاً وأهمية هي تلك التي تجذب عدد كبير من الدول إليها، بحيث يتم وصفها بأنها اتفاقيات جماعية أو دولية، إلا أنه يتعين أن يؤخذ بعين الاعتبار نوعية الدول المنظمة إليها أيضاً، إذ يجب أن تضم دولاً تمثل المكون والنظم الثقافية والاقتصادية والقوى السياسية الكبرى في العالم، إذ يلاحظ أن هناك بعض الاتفاقيات التي كان من الممكن أن تكون عالمية بالنظر إلى عدد دول الاعضاء فيها إلا أنها اخفقت في بلوغ أهدافها لمجرد امتناع الولايات المتحدة الأمريكية من الانضمام إليها[٣].

---

(١) باسم سعيد يونس، مصدر سابق، ص١٦٥.

(٢) د. عبد الرسول عبد الرضا جابر، مصدر سابق، ص٢٢٦.

(٣) د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصّة ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦، ص ٨٣ . و د. محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٣٢٥ . و د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٥٧٠.

لقد ساهمت الاتفاقيات العالمية في صياغة القواعد الموضوعية التي تطبق بشكل مباشر على العلاقات التعاقدية في نطاق التجارة الدولية، مثلما عملت على صياغة القواعد الموضوعية ضمن أطر متعددة لتحرير وتسهيل التجارة فيما بين الدول الأعضاء عن طريق قواعد موضوعية تطبق بصورة مباشرة، فعلى سبيل المثال ابرمت اِتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع [١] (اِتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠) بين عدد غير محدود من الدول لغرض وضع قواعد عامة تحكم العلاقات التجارية الدولية، ولا يقتصر تطبيقها على عدد محدود من الدول، إذ تضمنت الاتفاقية عددًا من القواعد الموضوعية التي تطبق تطبيقًا مباشرةً ويظهر فيها دور ارادة الدول، والتي تصدت لوضع قواعد موضوعية موحدة لتنظيم هذا النوع من البيوع وهي أحكام لا يمكن تطبيقها إلّا على البيوع الدولية [٢].

وعلى وفق المعايير التي تم تحديدها في الاتفاقية، فقد جاء الفصل الأول من هذه الاتفاقية ضمن ست مواد تحت عنوان (نطاق التطبيق)[٣]،

---

(١) د. نزيه عبد المقصود مبروك، التكامل الاقتصادي العربي وتحديات العولمة مع رؤية إسلامية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦، ص ١٦.

(٢) اِنضم العراق إلى الاتفاقية في ٥ آذار ١٩٩٠ وبدأ سريان الاتفاقية فيها اِبتداءً من أول شهر نيسان ١٩٩١.

(٣) لقد ميز الفقه بين نوعين من الاتفاقيات: فهناك الاتفاقيات ذاتية التنفيذ والاتفاقيات غير ذاتية التنفيذ، ويقصد بالأولى تلك التي تنتقل إلى المجال الداخلي في الدول التي تنص دساتيرها على ان مجرد التصديق على المعاهدة ونشرها في الجريدة الرسمية يدمجها في القوانين الوطنية ولاتحتاج إلى مرسوم أو تشريع خاص بها بعد التصديق عليها، إذ تسري احكام الاتفاقيات ذاتية التنفيذ في الدول التي تنضم إليها وتطبقها المحاكم كجزء من القانون الداخلي، ويستمد فيها الكافة حقوقاً من نصوص الاتفاقية مباشرة، ويجوز أيضاً التمسك بأحكامها أمام القضاء الوطني في كلّ من دولة من الدول التي تنضم إليها، أما الاتفاقيات الغير ذاتية التنفيذ فهي لا تنشئ حقوق ولا تفرض التزامات الا من قبل الدول المتعاقدة كونها لا تخاطب سواها، فلا يجوز للأفراد التمسك بأحكامها أمام المحاكم الوطنية، ويتعين لتنفيذ احكامها اصدار

لذلك تشترط المادة(١) منها إخضاع عقود بيع البضائع للأحكام الواردة في هذه الاتفاقية لاكتسابها صفة الدولية، لذلك جاءت هذه المادة في فقرتها ١/أ: تطبق أحكام هذه الاتفاقية على العقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة: أ- عندما تكون هذه الدول دولاً متعاقدة "[1]، وحددت اتفاقية فيينا نطاق تطبيقها على العقود الدولية ذات الطابع التجاري، وإن اختلف مراكز عمل الأطراف ضمن الدول المتعاقدة، أو في حالة تعدد مراكز الأعمال.

تشريعات خاصة لوضع احكامها موضوع التنفيذ في القانون الداخلي، والا تضل جامدة غير قابلة للتطبيق ومن امثلتها اتفاقية تربس المتعلقة بالجوانب المتصلة بالتجارة وحقوق الملكية الفكرية، انظر مشار إليه لينداً بلاش، مصدر سابق، ص١٤٣-١٤٤.

(١) تشكلت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارة الدولية عام (١٩٦٦)، إذ اِهتمت هذه اللجنة بتوحيد أحكام البيع الدولي للبضائع ومارست نشاطًا واسعًا في توحيد القواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية وسميت هذه اللجنة بلجنة (الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي) والتي تعرف بـ(الأونسترال) UNCLTRAL، إذ عقدت لجنة الأونسترال أول اجتماع في عام ١٩٦٨ تم عن طريقها وضع خطة عمل للسنوات المقبلة ووضع اختيار عدة مواضيع لدراستها والعمل على توحيد أحكامها وتصدر البيع الدولي للبضائع قائمة الموضوعات التي أعطتها اللجنة الأولية المشكلة، وأنَّ من أهم المهام التي عملت عليها هذه اللجنة هو توحيد القواعد الموضوعية في القانون التجارة الدولية ينظر مشار إليه ، أحمد هاني محمد السيد أبو العنين، الفحص والاخطار كواجب على المشتري في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، أطروحة دكتوراه، كلّية الحقوق جامعة المنوفية، ٢٠٠٥، ص ٦ ومابعدها و د. حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠١، ص ٤٢.

ومن القواعد الموضوعية التي جاءت بها اتفاقية فينا نظمت الاتفاقية عقد البيع الدولي[١]، إلا أنها استبعدت أنواع البيوع الأخرى [٢]، وقد نظمت أحكام عقد البيع المطلق تنظيمًا مباشرًا، مثلما أولت الاتفاقية تحديد الإيجاب والقبول أهمية كبيرة، فقد عرفت الإيجاب بأنَّه عرض يعبر عن إرادة الموجب في أنْ يلتزم في حالة صدور القبول من الطرف الموجه إليه الإيجاب ويكون محددًا بطريقة كافية[٣]، وأما القبول وفق الاتفاقية فيمكن أنْ يصدر من الموجب له بصورة صريحة، وقد يصدر بصورة ضمنية عن طريق السلوك الذي يقوم به الموجب له ويبدي موافقته على الإيجاب الموجه إليه [٤]، وقد اِشترطت الاتفاقية أنْ يصدر من الموجب له سلوك فلا تكتفي بالسكوت، ومن ثم لا يعد السكوت في ذاته قبولاً وفق الاتفاقية مثلما هو مقرر في التشريعات الداخلية، ولذلك فإنها قاعدة موضوعية نصت عليها الاتفاقية وتطبق بصورة

---

(١) يعرف البيع المطلق بأنَّه البيع مقابل ثمن نقدي، لمزيد من التفصيل ينظر مشار إليه ، د. طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧، ص١٠٥.

(٢) وقد تناولت الاتفاقية عقد البيع الدولي المطلق بوصفه من أهم موضوعات قانون التجارة الدولية، فيعد الأداة القانونية الأساسية التي تتم بواسطتها حركة التجارة الدولية، ينظر في هذا المعنى: د. كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١، ص ٤٥ وما بعدها .

(٣) نصت الفقرة الأولى من المادة (١٤) من اتفاقية فيينا على أنَّه " يعدّ أيجابًا أى عرض لإبرام عقد إذا كان موجهًا إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، وكان محددًا بشكلّ كاف وتبين منه اِتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول. ويكون العرض محددًا بشكلّ كاف إذا عيّن البضائع وتضمن صراحة أو ضمنًا تحديدًا للكمية والثمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدهما " .

(٤) أصبحت هذه الاتفاقية أداة مهمة لتوحيد القواعد الموضوعية في التجارة الدولية ووصل عدد الدول الموقعة على هذه الاتفاقية حتى مايو ٢٠٠٤ إلى (٦٣) دولة. ولمزيد من التفاصيل ينظر مشار إليه ، أحمد هاني محمد السيد أبو العنين الفحص والاخطار كواجب على المشتري في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، مصدر سابق، ص ١٠.

مباشرة على عقد البيع الدولي المطلق[١]، ونصت الاتفاقية أيضاً على قاعدة موضوعية دولية أخرى مهمة في المادة (٢/١٨)، إذ يتعين فيها على الوقت الذي يمكن الاعتداد به في حالة التعاقد بين الغائبين، وتشترط كذلك وصول هذا القبول إلى الموجب خلال المدة التي تم اِشتراطها من قبل الموجب مع مراعاة الظروف التي تحيط بالعقد ووسائل الاتصال بين الطرفين[٢].

ويقصد بالبيع الدولي للبضائع وفق المادة (١) من اِتفاقية فيينا، عقود البيع التي تعقد بين أطراف توجد مراكز أعمالهم في دول مختلفة، إذ تطبق الاتفاقية على العقود التي تتخطى حدود الدولة الواحدة[٣]، ولا يعتد بجنسية أطراف العقد (البائع والمشتري)، لذلك يعد العقد دوليًا ضمن اِتفاقية فيينا إذا كان البائع عراقيًا ومقر أعماله في الاردن ومشتري عراقي مقر أعماله في العراق فإذا اِفترضنا توافر جميع الشروط الأخرى الخاصّة بالعقد مع اتحاد الجنسية، لا يؤثر ذلك بتطبيق الاتفاقية، لأنَّ العقد في هذه الحالة يعدّ دوليًا[٤] ولا أهمية لصفة البائع والمشتري بأنْ يكون تاجرًا أو لا أو صفة العقد المبرم بينهم هل هو عقد تجاري أو مدني بحسب المادة (٣/١) من اِتفاقية فيينا[٥] وتضع المادة (١/١) من الاتفاقية المعيار الرئيس لكي يطبق على عقد البيع

---

(١) الفقرة الثانية من المادة (١٨) من اتفاقية فينا.

(٢) ولمزيد من التفاصيل ينظر، د. محسن شفيق، اِتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ١١٧.

(٣) د. خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقًا لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٠)، العدد (٣٥) ، ٢٠٠٨، ص ٩١.

(٤) د. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٢، ص ٦٣، منشور على الموقع الالكتروني:

http://cisgw3.law.pace.edu/cisgarabic/middleast/sharkawy.htm

(٥) د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولي، مصدر سابق، ص ١٥٤.

الدولي للبضائع أو على تكوينه، فإذا توافرت الصفة الدولية في العقد على أساس آخر مخالف للمادة(١/١) فإنَّ الاتفاقية لا تطبق على العقد[١]، وعلى هذا فأن اتفاقية فيينا لا تطبق في حالة وجود مراكز أعمال أطراف العلاقة العقدية في دولة واحدة، فعقد البيع وتكوينه يكون خاضعًا للقانون الداخلي لتلك الدول [٢].

وهناك زيادة على الضابط الرئيس ضابط اخر تكميلي وهو الذي جاءت به المادة (١/١/أ)، إذ إن اجتماع الضابط التكميلي مع الضابط الرئيس هو الذي يحقق تطبيق الاتفاقية بشكل مباشر على العقد الدولي للبضائع على الرغم من أماكن عمل الأطراف في دول مختلفة[٣]، ويلاحظ من نص المادة (١/١/أ-عندما تكون هذه الدول دولاً متعاقدة) أي الدولة التي وقعت على الاتفاقية أو اِنضمت إليها، ومن الأمثلة التي يمكن أنْ نستعين في هذا المجال، فلو فرضنا أنَّ عراقيًا أبرم صفقة في العراق ومركز عمله في العراق مع أردني ومركز أعماله في مصر فإنَّ اِتفاقية فيينا هي التي تطبق بشكل مباشر على هذا العقد لأنَّ العراق ومصر هي من الدول المتعاقدة[٤].

أما في حالة عدم وجود مراكز أعمال أطراف العلاقة العقدية، فإنَّ اِتفاقية فيينا لم تضع شرط تطبيق أحكامها على العلاقات التجارية أو المدنية أعمالاً لنص المادة (٣/١)، إذ من الممكن بأنْ ينعدم مركز أعمال أحد

---

(١) د. سلامه فارس عرب، دروس في قانون التجاري الدولية، مصدر سابق، ص ١٣٣.

(٢) كالعقد الذي يكون بين بائع عراقي وتتركز أعماله في العراق ومشتري عراقي تتركز أعماله في العراق إذ يكون هذا العقد خاضعًا للقانون العراقي.

(٣) د. خليل إبراهيم محمد، مصدر سابق، ص ٩٢ .

(٤) اِنضمت مصر إلى اِتفاقية فيينا وأودعت وثائق التصديق في ٦ / كانون الأول / ١٩٨٢ ودخلت اتفاقية فيينا حيز التنفيذ في مصر اعتباراً من أول كانون الثاني لعام ١٩٨٨ وحسب المادة (١/٩٩) من اتفاقية افيينا، ينظر في هذا المعنى، د. حسام الدين عبد الغني الصغير ، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي ، مصدر سابق ، ص ٤٢.

أطراف البيع الدولي، لذلك جاءت المادة (١٠/ب) تنص على (إذا لم يكن لأحد الطرفين مكان عمل وجب الأخذ بمكان إقامته المعتاد) وجاء هذا النص مطابق لنص المادة (٢/١) من توحيد اِتفاقية لاهاي في تحديد مكان إقامة أحد الأطراف بدلاً عن الموطن الذي يختلف من نظام قانوني إلى آخر[١].

وكذلك جاءت مبادئ (UNIDROIT) بالحكم نفسه إذ نصت المادة (٦/١/٦) منه على (١- إذا كان مكان التنفيذ غير محدد أو غير قابل للتحديد بموجب العقد، فيجوز التنفيذ وفق النحو الآتي: أ- بالنسبة للالتزام النقدي، فينفذ في مقر منشأة الدائن، ب- وبالنسبة لأي اِلتزام آخر، فينفذ في مقر منشأة المدين)، إنَّ الفقرة (ب) عالجت تلك الحالات التي لا يكون لأحد أطراف العقد مكان عمل، أو في بعض الأحيان تبرم العقود الدولية بين رجال أعمال لهم أماكن غير معروفة"[٢].

ومن الاتفاقيات التي تضمنت قواعد موضوعية تحكم موضوع معين من موضوعات القانون وتنظمه تنظيماً مباشراً بما يفي حاجات العلاقات الدولية الخاصّة، كلّ من اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٢٤ الخاصّة بتوحيد سندات الشحن والمعدلة جزئياً ببروتوكول سنة ١٩٦٨ [٣]، واتفاقية وارسو لسنة ١٩٢٩ بتعديلاتها المتعاقبة في شأن النقل الجوي، بلحاظ أن موقف المشرع العراقي في قانون النقل العراقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣ قد اعتمد تطبيق اِتفاقية وارسو لعام ١٩٢٩ وتعديلاتها سواء كان الأمر متعلقًا بنقل الأشخاص أو الأشياء[٤]، و أخضع المشرع المصري النقل الجوي الدولي إلى أحكام

(١) د. خليل إبراهيم محمد، المصدر نفسة، ص ٩٩.

(٢) المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (UNIDROIT)، المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، ط٢، ٢٠٠٤، ص ١٦٢.

(٣) د. محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث للقانون، مصدر سابق، ص٣٣.

(٤) نصت المادة(١٢٦) من قانون النقل العراقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣ على أنَّه " تطبيق على نقل الشخص والشيء والأمتعة بطريق الجو، حتى لو كان النقل داخليًا، أحكام اِتفاقية توحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي الموقعة في وارسو بتاريخ ١٢- تشرين

اِتفاقيــة توحيــد بعــض قواعــد النقــل الجــوي الــدولي الموقعــة فــي وارســو بتــاريخ ١٢ أكتــوبر ١٩٢٩ والاتفاقيــات الأخــرى المعدلــة والمكملــة لهــا، إذ تضــمنت هــذه الاتفاقيــات قواعــد موضــوعية وضــعت بالخصــوص لتنظــيم عقــود النقــل، ومــن ثــم لا تطبــق أمــام قضــاء الــدول المتعاهــدة إلا علــى العقــود التــي تتصــف بالصــفة الدوليــة[١]، أمــا بالنســبة لموقــف المشــرع الفرنســي فكــان مــن أوائــل الــدول التــي صــادقت اتفاقيــة وارســو لســنة ١٩٣٢وادخلتهــا فــي نظامهــا القــانوني، وتطبقهــا المحاكم الفرنسية في الوقائع التي تدخل ضمن نطاقها.

يتضــح لنــا ممّــا تقــدم اعــلاه، أن الواقــع الــدولي يقضــي إلــى عمليــات جمــع القواعــد الموضــوعية عبــر الاتفاقيــات الدوليــة الموحــدة التــي تطبــق علــى العلاقــات الدوليــة الخاصّــة، إذ تتضــمن هــذه الاتفاقيــات التــي تــم الاتفــاق عليهــا بنــاءً علــى ارادة الــدول قواعــد موضــوعية تطبــق مباشــرة علــى أحــد جوانــب علاقــات التجــارة الدوليــة، كونهــا تســتجيب فــي مضــمونها وأهــدافها لمتطلبــات الــروابط الدوليــة ولا تطبــق إلّا فــي شــأنها، والتــي تعــد الوســيلة الممكنــة والمفضــلة لتحقيــق اليقــين القــانوني والوضــوح بالنســبة للأطــراف، عــن طريــق تقــديمها الحلــول التــي تعمــل علــى معالجــة القصــور أو عــدم ملاءمــة القــوانين الوطنيــة لحــل المنازعــات فــي نطــاق العلاقــات الدوليــة، إذ ســاهمت بعــض الاتفاقيــات الدوليــة بخلــق قواعــد موضــوعية تهــدف إلــى الحــل المباشــر للنــزاع، فضــلاً عــن صــياغة القواعــد

الأول – ١٩٢٩ والاتفاقيــات الخاصّــة بهــا والمعدلــة لهــا والمصــادق عليهــا بــالقوانين ١٠٥و ١٠٦و ١٠٧ لســنة ١٩٧٣ أو أيــة اِتفاقيــة تحــل محلهــا ويصــادق عليهــا بقــانون" .

(١) نصــت المــادة (١٢٣) مــن قــانون ٢٨ لســنة ١٩٨١ بإصــدار قــانون الطيــران المــدني علــى أنَّــه : " تســري علــى النقــل الجــوي الــدولي أحكــام اِتفاقيــة توحيــد بعــض قواعــد النقــل الجــوي الــدولي الموقعــة فــي وارســو بتــاريخ ١٢ أكتــوبر ١٩٢٩ التــي اِنضــمت إليهــا الدولــة والاتفاقيــات الأخــرى المعدلــة والمكملــة لهــا. وتســري علــى النقــل الجــوي الــداخلي أحكــام الفــرع الرابــع مــن الفصــل الســابع مــن البــاب الثــاني مــن قــانون التجــارة الصــادر بالقــانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩".

الموضوعية من أجل تحرير وتسهيل التجارة بين الدول الاعضاء عن طريق التطبيق المباشر لهذه القواعد.

الفرع الثاني

تطبيقات الارادة في عقود الاستثمار

يعالج الاستثمار موضوعات مهمة للدولة، إذ يكون عامل جذب للأموال لها، ويدخل في مفهوم عقود الاستثمار جميع العقود المبرمة بين الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع شخص من أشخاص القانون الخاص الاجنبية التي تتعلق مباشرة بالأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد محل الاستثمار، إذ كان من اثر ذلك ازدياد تدخل الدولة في مجال المعاملات الدولية الخاصّة في غالبية ما يخصها لفض أي نزاع قد يحدث بين المستثمر والدولة المضيفة(١).

وتعد العقود الدولية هي الوسيلة التي يتم عن طريقها تنفيذ الاستثمار بين الدول والمشروعات الأجنبية، كون طبيعة هذه العقود هي التعبير عن الإرادة المشتركة لأطراف هذه العقود من ناحية، ويسمح لأطراف العقد بإشباع حاجاتهم على وفق ما تقتضيه مصالحهم من ناحية أخرى، وتعد من الأولويات التي يحرص أطراف العقد الدولي على الاتفاق عليها هي مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم منازعات الاستثمار، لما لهذا القانون ألأثر في تحديد الحقوق والواجبات لأطراف هذا العقد(٢).

إنَّ أهم ما يميز نشاط الاقتصاد العالمي هو ظهور قوانين الاستثمار والتي أصبحت ذات أهمية كبرى في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية

---

(١) محمد عبدالله محمد، مصدر سابق، ص١٨٤

(٢) د. فوزي قدور نعيمي و د. مظفر جابر الراوي، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظلّ المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٣، العدد ١٠، السنة ٣، ص ١ .

في دولةٍ ما، وتتميز قوانين الاستثمار بأنها القناة الرئيسة التي تسمح بتدفق رؤوس الأموال والخبرات الفنية والعلمية، فضلاً عن ذلك تعد أداة لنقل التكنولوجيا والآلات الحديثة إلى الدول المضيفة للاستثمار، وبهذا تشكل قوانين الاستثمار مثالاً واضحاً للقواعد التي تطبق بصفة مباشرة، حينما تحدد نطاق ما تتضمنه من قواعد موضوعية تتجه إلى تحديد طبيعة العلاقات المحكومة بها(١).

فقد عرف المشرع العراقي الاستثمار بأنَّه " توظيف المال في أي نشاط أو مشروع اقتصادي يعود بالمنفعة المشروعة على البلد "(٢)، ويلاحظ أن المشرع العراق لم يميز بين المستثمر الاجنبي والمستثمر الداخلي الذي يطبق عليه قانونه بشكل صريح دون الحاجة إلى قواعد الإسناد وعليه يخرج المستثمر الوطني من نطاق دراستنا، ولذلك هو عرف الاستثمار الاجنبي بأنَّه " قيام المستثمر بنشاط معين بنفسه أو بأمواله في بلدٍ آخر، وغالبًا ما يكون شخصًا معنويًا ينشأ في شكلّ فرع لشخص معنوي أو في صورة الاشتراك في مؤسسة محلية أو أجنبية عامة أو خاصة موجودة في بلدٍ ما، أو في صورة الاشتراك مع الدولة في مشروع مشترك بينهما"(٣).

(١) د. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط١، ٢٠٠٦، ص ٤٠.

(٢) المادة (٦/١) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦، المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٠٣١) في ٢٠٠٧/١/١٧ والمعدل بقانون رقم (٣) لسنة ٢٠١٠ والقانون رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٥.

(٣) أحمد هليل عبد عون، معوقات الاستثمار الاجنبي في العراق (دراسة وفق قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة (٢٠٠٦)، رسالة ماجستير، كلّية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٣، ص ٨.

وجاء قانون الاستثمار العراقي بالنص على بعض القواعد الموضوعية التي تطبق على المستثمر الوطني[1]، فضلاً عن العلاقات ذات العنصر الأجنبي، ومن هذه القواعد الموضوعية التي جاءت بها نصوص هذا القانون هي ما جاءت به المادة (١/١٠) منه على " يتمتع المستثمر العراقي أو الأجنبي بجميع المزايا والتسهيلات والضمانات ويخضع للالتزامات المنصوص عليها في هذا القانون"[2] فهي قاعدة موضوعية تنطبق على عقد الاستثمار بشكل مباشر على العلاقة القانونية ذات الطرف الأجنبي في ميدان التجارة الدولية[3]، تولى المشرع الوطني بإصدارها التزاما منه بنصوص الاتفاقيات التي تم ابرامها بين دولته والدول الأخرى، ذات تطبيق مباشر على العلاقة ذات الطابع الدولي في مجال العلاقات التجارية.

أما حول القانون الواجب التطبيق فإنَّ قانون الاستثمار العراقي قد جاء بقاعدة موضوعية التي عن طريقها يتم تطبيق هذا القانون، إذ نص على أنَّه " تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي، ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء إلى التحكيم

---

(١) المستثمر العراقي حسب نصت المادة (٩/١) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل " الشخص الحاصل على إجازة الاستثمار والذي يحمل الجنسية العراقي إذا كان شخصًا معنويًا مسجلاً في العراق" .

(٢) المستثمر الأجنبي حسبما نصت المادة (١٠/١) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل" الشخص الحاصل على إجازة الاستثمار الذي لا يحمل الجنسية العراقية إذا كان شخصًا طبيعيًا أو شخصًا معنويًا مسجلاً في بلد أجنبي " .

(٣) المادة (١٠/٢،٣،٤،٥) والمادة (١١) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل، وبما يقابلها نص المادة (٢) من قانون الاستثمار المصري رقم (١٧) لسنة ٢٠١٥ المعدل التي نصت (لا تخل احكام هذا القانون بالمزايا والاعفاءات الضريبية وغيرها من الضمانات والحوافز المقررة للشركات والمنشأة القائمة وقت العمل به...وذلك طبقاً للتشريعات والاتفاقيات المستمدة منها).

التجاري (الوطني أو الدولي) وفق اِتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبة إجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق"[1].

فيلاحظ على الرغم من أنَّ هذا القانون قد تضمن مثل هذه القاعدة التي تطبق على العلاقات الاستثمارية، إلا أنه قد تضمن قاعد إسناد والتي تمثلت بترك حرية للأطراف في اِختيار القانون الواجب التطبيق، وبذلك فإنَّ تطبيق القواعد الموضوعية التي جاء بها هذا القانون لم يمنع دور الارادة في اختيار القانون الأجنبي من قبل أطراف العلاقة الاستثمارية، غير أن قانون الاستثمار قد أجاز لأطراف عقد الاستثمار اللجوء إلى التحكيم الدولي أو الداخلي لحسم النزاع، بلحاظ أن ما موجود من نصوص قانونية في قانون المرافعات العراقي لا تلاءم معطيات النزاعات التجارية ذات الطابع الدولي الحديثة[2]، وهي أيضاً وضعت لتحكم المنازعات ذات الطابع الداخلي، وأيضاً يمكننا الاستناد إلى تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ في اللجوء إلى التحكيم الدولي في البند ثانيًا من المادة (٨) منها على أنَّه : "... لجهة التعاقد اِختيار التحكيم الدولي لتسوية المنازعات في حالات الضرورة وللمشاريع الاستراتيجية الكبرى أو المهمة، وعندما يكون أحد طرفي العقد أجنبيًا على أنْ يراعى ما يأتي : (أولاً) أنْ يتم اِختيار إحدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة (ثانيًا) تحديد مكان ولغة التحكيم (ثالثًا) اِعتماد القانون العراقي كقانون واجب التطبيق (رابعًا) أنْ تتوفر في العاملين لدى جهة التعاقد المؤهلات المطلوبة لتسوية المنازعات بهذا الأسلوب "، إذ شهد

---

(١) المادة (١/٢٧) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل .

(٢) ينظر في هذا المعنى المواد (٢٥١-٢٧٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل والتي تختص بالتحكيم الداخلي، وللمزيد من التفاصيل في هذه المواد د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية (دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية)، دار الكتب للطباعة والنشر، ٢٠٠٠، ص ٣٤٨-٣٦٣.

التشريع العراقي تطورا في هذا المجال عن طريق إصدار تشريعات حديثة تنظم قدرة الإرادة على اختيار التحكيم الدولي لتسوية منازعات العقود الدولية.

أما عن تأكيد الاتفاقيات الدولية على تطبيق القواعد الموضوعية عن طريق قواعد الاسناد على العلاقة الاستثمارية فقد أكدت الاتفاقيات الدولية على الإرادة كضابط إسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية الخاصّة بعقود الاستثمار، فقد أكدت اِتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ والمتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار على الإرادة الصريحة لأطراف العلاقة العقدية في عقد الاستثمار في حال اِختيار القانون الواجب التطبيق على هذا العقد، وألزمت هيئة التحكيم والقضاء على الأخذ بهذه الإرادة الصريحة، أما في حالة عدم وجود الإرادة الصريحة فتلتزم هيئة التحكيم بتطبيق قانون الدولة التي تكون طرفًا بالنزاع وكذلك قواعد التنازع التي ينظمها قانون الدولة وتطبيق مبادئ القانون الدولي الواجب التطبيق.

ومن نص المادة (٤٢) اعلاه من اِتفاقية واشنطن يمكن أنْ نلاحظ أنَّ قواعد الإسناد التي جاءت بها الاتفاقية والمتمثلة بقانون الإرادة بشقيها الصريح والضمني[١]، والتي يمكن أنْ يستنتجها القاضي أو المحكم من شروط وبنود العقد الدولي والظروف المحيطة بالقضية، بأنْ يخضع هذا العقد لقانون الدولة المتعاقدة مع المستثمر إذا تم اِختيار هذا القانون بشكل صريح أو ضمني لتطبيق هذا القانون، سواء تم اِختيار هذا القانون عند إبرام العقد أو عند نشوء النزاع أو حتى في أثناء اِختيار الأطراف التحكيم الدولي لفض

(١) نصت المادة(١/٤٢) من اِتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الاستثمارية الأجنبية لعام ١٩٦٥ على " تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقًا للقواعد القانونية المتفق عليها من قبل الأطراف، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بما في ذلك قواعدها الخاصّة بتنازع القوانين، وقواعد القانون الدولي القابلة للتطبيق على الموضوع " .

النـزاع فـالمهم هنـا هـو أن يـتم الاختيـار لهـذا القـانون قبـل أنْ تفصـل المحكمـة فـي النزاع المعروض عليها[١].

وبنـاء علـى مـا سـبق تهـدف قـوانين الاسـتثمار بصـورة أساسـية إلـى تجميـع وتوحيـد ضـمانات وحـوافز الاسـتثمار الموجـودة فـي قـوانين عديـدة، فـي إطـار قـانون واحـد لتوحيـد التعامـل مـع المسـتثمرين، والأهـم تحريـر الاسـتثمار مـن القيـود والمعوقـات الاداريـة والاجرائيـة، إذ إن هـذه القـوانين تعمـل علـى تهيئـة منـاخ مناسـب لجـذب الاسـتثمارات الاجنبيـة عـن طريـق اعتمـاد مجموعـة مـن الضـمانات والحـوافز، ومـن ثـم تكـرس هـذه الضـمانات والحـوافز فـي صـيغة قواعـد ماديـة تطبـق علـى علاقـات الاسـتثمار الأجنبـي وبالـذات فـي المجـالات الاستثمارية التي تتضمنها هذه القوانين وأهمها ما يأتي:

أولاً- الثبـات التشـريعي: تحـرص كثيـر مـن الـدول ولاسـيما الناميـة علـى اصـدار قـوانين الاسـتثمار متضـمنة كثيـر مـن المزايـا والضـمانات التـي تجـذب المسـتثمر الأجنبـي ومـن بـين تلـك الضـمانات الثبـات التشـريعي[٢]، حيـث إذا ارادت الدولـة المضـيفة للاسـتثمار الأجنبـي أن تجعـل مـن تشـريعها اداة لتشـجيع هـذا النـوع مـن الاسـتثمار وضـمانه، فيجـب عليهـا أن تكـون هـذه الادارة مسـتقرة نسـبياً لـديها عـن

(١) شـيماء محمـد شـلتاغ، القـانون الواجـب التطبيـق علـى عقـود الدولـة مـع الاشـخاص الأجنبيـة ، رسالة ماجستير، كلّية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٥، ص ٧٤.

(٢) ذهـب جانـب مـن الفقـه إلـى تعريـف شـرط الثبـات التشـريعي بأنه(الضـمان القـانوني الـذي يـرد فـي العقـود الدوليـة والتشـريعات الوطنيـة للدولـة المتعاقـدة، يقتضـي الالتـزام بعـدم إصـدار قـوانين جديـدة أو تعـديلات تشـريعية جوهريـة تمـس قـانون العقـد تعـد نافـذة فـي مواجهـة المسـتثمر الأجنبـي مـن شـأنها الإخـلال بـالتوازن العقـدي والإضـرار بمصـلحة المسـتثمرّ واعتمـاد تـاريخ أبـرام العقـد فـي تحديـد قـانون العقـد فـي المشـروعات التـي تحقـق التنميـة الاقتصـادية)، انظـر صـالح مهـدي كحـيط، شـرط الثبـات التشـريعي فـي عقد الاستثمار الاجنبي، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء، ٢٠١١، ص١٨.

طريق أصلاح انظمتها القانونية وتطويرها نحو اتجاه عدم التمييز بين المستثمرين الأجانب والوطنين[١].

فموجب شرط الثبات التشريعي، كصورة من صور القواعد الموضوعية تتعهد الدول المضيفة للاستثمار بمقتضى نصوص تشريعية الا تعدل أو تلغي قانونها الذي يحكم عقد الاستثمار مع الطرف الاجنبي، أي بمعنى تثبيت القانون الواجب التطبيق على حالته التي كان عليها وقت ابرام العقد، وهي بذلك تعد مدى قدرة الدولة على امكانية بناء قاعدة قانونية مسايرة للتشريعات الدولية محفزة للاستثمارات الاجنبية، وتكون هذه القاعدة على شكل إطار تنظيمي وتشريعي للاستثمار الأجنبي، وحتى يكون الاطار التشريعي محفزاً لابد من وجود قانون موحد للاستثمار يمتاز بالوضوح والاستقرار[٢].

وفي الغالب عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة تستمر إلى مُدد زمنية طويلة ولاسيما عقود البترول وعقود التنمية الاقتصادية، وتطبيق قوانين الوطنية على هذه العقود تشوبه مساوئ عديدة منها قدرة الدولة على تغيير هذه القوانين بإرادتها المنفردة، ممّا يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي بين أطراف العلاقة الاستثمارية، إذ يعد تغير التشريعات الداخلية من قبل الدولة والتي تؤدي إلى الإضرار بالمستثمر الاجنبي سببًا إلى لجوء أطراف العلاقة العقدية إلى إدراج شرط يسمى "شرط التجميد الزمني" أو " شرط الثبات التشريعي"[٣].

---

(١) صالح مهدي كحيط، المصدر نفسه، ص٢٥.

(٢) محمد اقلولي، شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول ، كلّية الحقوق، جامعة مولود معمري، جانفي، ٢٠٠٦، ص ٩٨-٩٩.

(٣) أحمد حسين جلاب الفتلاوي، النظام القانوني لعقد الاستثمار، أطروحة دكتوراه، تقدم بها إلى كلّية الحقوق جامعة النهرين، ٢٠٠٦، ص ١١٦-١٢٤.

ومن التشريعات العربية التي يمكن الاشارة لها في هذا المورد نص المادة (٢) من القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٥ في مصر، وقانون الاستثمار اليمني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩١ بشأن الاستثمار، إذ إن المادة (٤و٥) منه تكفلان للمستثمر اليمني والعربي والأجنبي حرية الاستثمار ويتساوى رأس المال العربي والاجنبي والمستثمرون العرب والأجانب مع راس المال اليمني دون تميز فيما يخص الحقوق والالتزامات والقواعد والاجراءات الواردة في هذا القانون، ويلاحظ إن هذه المادة اعلاه تحدد مسبقاً توقعات المستثمر الوطني والدولي، بسبب أن أي تغير تشريعي يزيد من مخاوف المستثمر في تعامله معها ومن ثم زعزعة الاستقرار المنشود، ممّا دفع ببعض الدول إلى الاستجابة لرغبات المستثمرين في تضمين اتفاقات الاستثمار شرطاً خاصاً بالشرط التشريعي، مقتضاه خضوع الاتفاق بما في ذلك شرط التحكيم لقانون الدولة المضيفة الساري لحظة ابرامه[١].

ثانياً- اعادة التفاوض: يتمتع المستثمر الاجنبي بحرية واسعة في مناقشة الدولة بخصوص تنظيم العقد واختيار شروط تحمية والتي يراها مناسبة له بعدما كان مقيداً من قبل الدولة من فرض قانونها الوطني والواجب التطبيق وهذا يأتي من الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الارادة[٢]، ففي هذه الحالة للمستثمر أن يفرض هذا الشرط على الدولة في العقد على أساس إعادة التفاوض لمواجهة المشكلات التي تظهر نتيجة تغيير الظروف، ولاسيما التغير في مقتضيات العقد الاستثماري.

فالحرية التعاقدية التي يملكها الأطراف المتعاقدة على وفق مبدأ سلطان الارادة، منحتهم الصلاحية في تضمين عقودهم الشروط التي يختارونها والملاءمة لهم، ومن أبرزها شرط اعادة التفاوض الذي يسعى المستثمر

(١) د. احمد عبدالكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص٩٥.

(٢) علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة٢٠٠٥، ص١٣٤ وما بعدها.

الأجنبي الاتفاق عليه مع الدولة، وأدراجه في العقد ليكون له دور فعال لمشكلة تغير الظروف واختلال التوازن الاقتصادي للعقد، ولاسيما العقد طويل الامد إذ يكون تعرضه إلى هذه المشكلّة أكثر من غيره(١).

لقد تضمنت العديد من العقود الدولية هذا الشرط، لما حققه من أهمية في تجب كثير من المنازعات في عقود الاستثمار، وجد تجسيداً له في العديد الاتفاقيات الدولية ومن بينها اتفاقية الاستثمار المنعقدة ما بين وكالة الاستثمار الجزائرية والشركة الوطنية الكويتية للاتصالات، إذ جاء في البند الخاص بتسوية منازعات الاستثمار في نص المادة (١٣) منها (يعبر الطرفان عن نيتهما لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهما والتي لها علاقة بالاتفاقية الحالية وذلك بكلّ روح موضوعية وودية)، ومثلما تمت الاشارة إليه في القواعد التي تعنى بتوحيد عقود التجارة الدولية في الفقرة (٣) من المادة (٦) منها إذ نصت على أنه (في حالة وجود شرط تغير الظروف الاقتصادية يجوز للطرف المتضرر أن يطلب اعادة التفاوض ويجب ان يقدم الطلب دون تأخير وأن يكون مسبباً)، وأيضاً تضمن مشروع مدونة السلوك الخاص بالشركات التي اعدته لجنة الشركات عبر الدولية المشكلّة في إطار الأمم المتحدة، إذ اشارت على ضرورة اعادة التفاوض في العقود التي تبرها هذه الأخيرة في حالة ما تغيرت الظروف التي ابرمت في ظلّها هذه العقود تغييراً جوهرياً(٢).

يتضح ممّا تقدم اعلاه، إنَّ عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة هي عقود في الغالب تستمر إلى مُدد زمنية طويلة، ومن ثم تطبيق قوانينها الوطنية على هذه العقود تعتريه مساوئ عديدة منها قدرة الدولة على تغيير

(١) هني عبد اللطيف، حدود الاخذ بفكرة اعادة التفاوض في العقد، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلّية الحقوق العلوم السياسية، جامعة تلمسان، ٢٠١٦، ص١٩.

(٢) رشا علي الدين، سلطة المحكم في اعادة التوازن المالي للعقد، مداخلة في الملتقى العلمي السنوي، الثالث عشر، كلّية الحقوق، جامعة المنصورة،٢٠٠٩، ص٢٢.

هـذه القـوانين بإرادتهـا المنفـردة، ممّـا يـؤدي إلـى الإخـلال بـالتوازن العقـدي بـين أطـراف العلاقـة الاسـتثمارية، أو فـي بعـض الأحيـان قصـور القـوانين الوطنيـة بشـكل عـام وقـوانين الاسـتثمار بشـكل خـاص عـن حـل بعـض مشـاكل الاسـتثمار، لـذلك تعـزز هـذه المشـاكل إلـى لجـوء بعـض المسـتثمرين لقواعـد قانونيـة نشـأت بعيـدة عـن سـلطان الدولـة، وهـي قواعـد تحكـم العلاقـات التجـارة الدوليـة بمـا فيهـا العلاقـات التـي تنشـأ بـين الـدول والمشـروعات الأجنبيـة والتـي يمكـن أنْ تفـرض نفسـها فـي ظـلّ التطـور الاقتصـادي العـالمي، فـيلاحظ هنـا أن دور ارادة الـدول يكـون فعـال إذا مـا رغبـت تحقيـق التنميـة الاقتصـادية للـبلاد بمـا تقدمـة مـن ضـمانات وحـوافز فـي صـيغة قواعـد موضـوعية تطبـق علـى علاقـات الاسـتثمار الاجنبي.

المطلب الثاني

الاثر الارادي في الاعراف والعادات التجارية

إنَّ الصـفة الخاصّـة المميـزة لقـانون التجـارة الـدولي هـي نشـأته العرفيـة إذ تعـد قواعـد تكوينـة فـي الأصـل مـن مجموعـة مـن الأعـراف والعـادات التـي تـواتر اِتباعهـا بـين طوائـف التجـار بعيـدًا عـن تـدخل الـدول ولكـلّ طائفـة مـن طوائـف التجـارة علـى حـدة، لـذلك تعـد هـذه الأعـراف المصـدر الـرئيس والأسـاس لقـانون التجـارة الدوليـة، وهـذا يعنـي أن دور الارادة فـي القواعـد المتكونـة بفعـل العـرف نشط وقوي.

تشـكل الاعـراف والعـادات التجاريـة اسـتجابة طبيعيـة لرغبـات وارادات أطـراف المجتمـع التجـاري بتنظـيم علاقاتـه واشـباع حاجاتـه، فهـي تتواكـب مـع الارادة الحقيقيـة لأفـراد المجتمـع الـدولي، إذ تتوافـق بصـورة جـداً كبيـرة مـع طبيعـة العمـل التجـاري الـذي يقتضـي مسـايرة المتغيـرات فـي الحيـاة التجاريـة ومتطلباتهـا، لـذا بالنتيجـة نجـدها سـلوك نـابع مـن ارادة التجـار أنفسـهم دون أي تـدخل أو امـلاء مـن السـلطة التشـريعية، فهـي تنشـأ مـن ضـمير الجماعـة وتعبـر عـن

ارادتهم وطبيعتها، كونها تمثل مرآة عاكسة لرغباتهم وحاجاتهم التي يرون أنها تتسق مع ظروف وطبيعة مهنتهم، والمتتبع لهذه الأعراف والعادات يجد أن هناك العديد من المؤسسات المهنية والتجارية قد تصدت لتقنين هذه القواعد ضمن الشروط العامة للعقود النموذجية بكلّ مهنة أو تجارة على جهة.

ومن أجل الإحاطة بما تقدم أعلاه سيقسم المطلب على فرعين: نبين في الفرع الأول منه: اختيار الاعراف الدولية والعادات التجارية، وندرس في الفرع الثاني منه: تطبيقات الارادة في العقود النموذجية، وعلى النحو الاتي:

الفرع الأول

اختيار الاعراف الدولية والعادات التجارية

تتميز العلاقات الدولية التجارية بالعديد من الخصوصيات التي فرضت بنفسها تواجد حلول معينة خلقت من ارادة الأطراف، بهدف حل مختلف المشاكل المترتبة على الممارسة الوطنية للأعمال التجارية، وفي هذا الصدد برزت الأعراف والعادات التجارية الدولية كنظام قانوني دولي مستقل لا يتوانى المحكمون والقضاة على تبنية بخصوص المنازعات التي تعرض عليهم، كونها ساهمت بخلق وصياغة قواعد موضوعية تطبق بصورة مباشرة على العلاقات في نطاق التجارة الدولية[1].

إذ تعرف اعراف التجارة الدولية بأنها (القواعد السلوكية التي يتبعها المتعاملون في علاقاتهم الاقتصادية الدولية، والتي اكتسبت تدريجياً صيغة الالزام بحكم تعميمها في الزمان والمكان وتكريسها من قبل القضاء التحكيمي)[2] غير أن هناك خلطا بين العرف والعادة فيفرق بعض الفقهاء

(١) ثابت منير محمد، القيمة القانونية لعادات واعراف التجارة الدولية، مجلة المناهج، العدد ٩، ٢٠٠٦، ص١٩-٢٨.

(٢) بلاش ليندا، مصدر سابق، ص١٥٩.

بينهما، إذ يرى أنَّ العرف المستقر يتكون من عنصرين[١]: الأول مادي، ويتمثل في سلسلة من التصرفات والأفعال المتكررة والمتصلة دون أنْ يقطعها توقف أو إهمال أو أفعال وتصرفات مخالفة على أنْ يستمر وقتًا كافيًا حتى تصبح مألوفة في وسط المخاطبين بها.

والثاني معنوي يتمثل في الاحساس والشعور بالإلزام والاعتقاد الراسخ عندهم بأنَّهم يمارسونها لا عن رضا بل لكونها تتضمن في ذات الوقت معنى الإلزام أو الإجبار لمن يخالفها، فالعرف يقصد به بالعموم القواعد التي يتعارف عليها الأفراد مدة من الزمن وتستقر في نفوسهم والتي هي من صنعهم، ومن ثم يشعرون بإلزامها دون أنْ تستند إلى أساس تشريعي، والأعراف التجارية الدولية غالبًا ما تكون خاصّة بكلّ مهنة أو فرع من فروع التجارة الدولية[٢].

ومن ثم إذا تم الاتفاق بين أطراف العقد الدولي على تطبيق الأعراف الدولية صراحة في العقد فإنَّهم يلتزمون بتنفيذها، كونها تشكلّ جزءًا من العقد أما في حالة عدم النص عليها في العقد فهم ملزمون كذلك بالأخذ بها إذا توفرت شروطها وفقًا للمادة (٩) من اتفاقية فيينا[٣].

فالعرف يعد مصدرًا معترفًا به في الفقه والقضاء والتشريع كمصدر أصيل للقاعدة القانونية بينما لا تعدّ العادة كذلك، وأية محاولة للتسوية بينهما

---

(١) من الاعراف التي التجارية التي تكون تعبر السنين في التجارة الدولية والتي يطلق عليها (قانون البحار) وكذلك بعض الاعراف التي تجري عليها التجارة الدولية مثل مبدأ القوة القاهرة، ومبدأ اعادة التوازن العقدي في العقود الدولية، للمزيد من التفاصيل ينظر، محمد كافي، فهيمة محجوب، مظاهر تطبيق مبدأ سلطان الارادة في التحكيم التجاري الدولي، المجلد١٥، العدد١، ٢٠٢٤، ص ٤٨١.

(٢) د. محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٣١١.

(٣) المادة (٩/ ١،٢) من اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠.

تعد غير دقيقة قانونًا، فالعادة يجب أنْ تظلّ ذات صفة اِتفاقية أو تعاقدية فهي مجرد شرط تعاقدي وليست مثلما يزعم بعضهم بأنها قواعد اِتفاقية وعليه مركزها لا يتعدى مركز شروط العقد لأنَّه لا يوجد حتى في الفن القانوني ما يسمى بالقواعد الاتفاقية[١] وقد عرف القانون التجاري الموحد الأمريكي العادة التجارية بأنها (هي أية ممارسة أو أسلوب في التعامل تتم مراعاتها بانتظام في مكان ما في مهنة أو تجارة لتبرير التوقع بمراعاتها في مجال التعامل المعني، ويتم إثبات وجود ونطاق تلك العادة كوقائع) [٢].

وبخصوص الأساس القانوني لإرادة الأطراف في الأعراف والعادات التجارة الدولية فيرى إنها تستمد قوتها من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إذ إن حرية أطراف النزاع بشأن عقد من عقود التجارة الدولية لا تتوقف فحسب في اختيار قانون دولة معينة أو نظام تحكيم مؤسسة معينة، وإنما لإرادة الأطراف إلى اختيار الاعراف الدولية أو العادات التجارية في هذا المجال، فيمكن للأطراف أن يضعوا تنظيماً خاصاً وقواعد تواجه ما قد ينشأ من منازعات فيما بينهم، هم بالمحصلة الاقدر على تصورها وعلى وضع حلول بما يلاءمها لا تجد مصدرها في قانون معين، وإنما في ارادة الأطراف مباشرة وفي الغالب ما يكون ذلك مأخوذاً من الاعراف والعادات الدولية في عقد من عقود التجارة الدولية[٣].

فيلاحظ إن هذه الاعراف والعادات والتي هي أحد مصادر القواعد الموضوعية، قد تكونت نتيجة الاساليب التي ابتدعتها ارادة التجار الدوليين لتنظيم تعاملاتهم التجارية العابرة للحدود الدولية فتكرست بكثرة الممارسة، ثم رسخت واستقرت، ومن ثم تطورت بتطور المعاملات التجارية الدولية، بسبب

---

(١) د. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية، مصدر سابق، ص٩٠ .

(٢) المادة (٢٠٥) من قانون التجاري الأمريكي الموحد .

(٣) صالح نبيل العرباوي، اتفاق التحكيم، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد ١٥، ٢٠١٥، ص٣٦٣.

الحاجة إلى حلول مباشرة وموضوعية ملاءمة للنزاعات الدولية، حتى أصبحت تمثل نظاماً قانونياً ذات تطبيق عالمي وبعيدة عن الحلول المقدمة من طرف القوانين الوطنية، التي وجدت اساساً لتنظيم العقود التجارية الداخلية بشكل لا يتلاءم مع العقود التجارية الدولية والتي تحتاج إلى تنظيمً خاص بها يراعي طبيعتها وانفتاحها على المعاملات العابرة للحدود الدولية.

ونذكر من الاتفاقيات الدولية التي اشارت إلى تطبيق الأعراف والعادات التجارية على العقد الدولي تطبيقًا بصورة مباشرة، فنصت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠ في المادة(٩) بفقرتيها فنصت الفقرة (١) على " يلتزم الطرفان بالأعراف التي اِتفقا عليها وبالعادات التي اِستقر عليها التعامل بينهما" أما الفقرة(٢) منها فنصت على " ما لم يوجد اِتفاق على خلاف ذلك يفترض أنَّ الطرفين قد طبقا ضمنًا على عقدهما أو على تكوينه كلّ عرف كانا يعلمان به أو كان ينبغي أنْ يعلما به متى كان معروفًا على نطاق واسع ومرعى بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف في العقود المماثلة السارية في فرع التجارة نفسه "[١]،

فهذا النص يبين اتجاه هذه اتفاقية إلى الاعتراف للأطراف بحق اختيار عادات واعراف التجارة الدولية، ومثلما أن المثال الشائع على العادات المتفق عليها هو اِختيار الأطراف إحدى قواعد الانكوترمز (فوب Fob أو سيف Cif)[٢] ، أو أي شرط آخر شائع في نوع معين من البيوع الدولية، فإذا وجد

(١) أيوب دينوري، تطبيق المحكم الدولي لعادات واعراف التجارة الدولية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، المجلد، العدد ٤، سنة ٢٠٢٠، ص٣٦١.

(٢) د. بهاء هلال الدسوقي، مصدر سابق، ص ٧٧.

نـــصً صـــريحً فـــإنَّ المســـألة المتعلقـــة بمحـــل التســـليم أو بانتقـــال المخـــاطر يـــتم حسمها تبعًا للعادة المختارة أكثر من قواعد الاتفاقية ذاتها[١].

وأيضـــاً نصـــت الاتفاقيـــة الأوربيـــة للتحكـــيم التجـــاري الـــدولي لعـــام ١٩٦١[٢] والتـــي جـــاءت بحريـــة الأطـــراف فـــي تحديـــد القـــانون المطبـــق علـــى موضـــوع النـــزاع وعنـــد عـــدم الإشـــارة مـــن قبـــل الأطـــراف إلـــى القـــانون الواجـــب التطبيـــق، يطبـــق المحكمـــون القـــانون الـــذي تشـــير إليـــه قاعـــدة التنـــازع التـــي يراهـــا المحكمـــون ملاءمـــة للموضـــوع، وفـــي كلّتـــا الحـــالتين يتقيـــد المحكمـــون بشـــروط العقـــد وعـــادات التجـــارة فتحريـــر العقـــد الـــدولي مـــن احكـــام القـــوانين الداخليـــة أمـــام قضـــاء التحكـــيم الحـــديث يعـــود إلـــى قاعـــدة موضـــوعية مـــن قواعـــد القـــانون الـــدولي الخـــاص، التـــي اســـتقر عليهـــا العمـــل أمـــام المحكمـــين وهـــي قاعـــدة تبـــيح لـــلإرادة الطـــرفين المتعاقـــدين ســـلخ العقـــد الـــدولي عـــن القـــوانين الوطنيـــة وخضـــوعها لأحكـــام القـــانون التجـــاري الـــدولي، بـــل إن احكـــام المحكمـــين قـــد كشـــفت عـــن وجـــود بعـــض القواعـــد الموضـــوعية ذات الطـــابع العرفـــي الآمـــرة التـــي يطبقهـــا المحكـــم مباشـــرة وبغـــض النظـــر عـــن مـــنهج قواعد الاسناد والقانون الواجب التطبيق[٣].

وقـــد نصـــت قواعـــد التحكـــيم الصـــادرة عـــن غرفـــة التجـــارة الدوليـــة لعـــام ١٩٧٥ والمعدلـــة فـــي عـــام ١٩٨٨ إذ جـــاء فـــي الفقـــرة(٣) مـــن المـــادة (١٣) مـــا يـــأتي:" للطـــرفين كامـــل الحريـــة فـــي تحديـــد القـــانون الـــذي يتعـــين علـــى المحكـــم تطبيقـــه علـــى موضـــوع النـــزاع، فـــإذا لـــم يحـــدداه طبـــق المحكـــم قاعـــدة تنـــازع القـــوانين التـــي يراهـــا

---

(1) Boell (Mj), the unidroit principles & Transnational Law ,U .L. R., vo15-2000,p(3-18).

انظـــر مشـــار إليـــه ، ســـلام هـــادي جاســـم، فكـــرة العقـــد الـــدولي الطليـــق وتأثرهـــا بالقواعـــد الموضـــوعية الدوليـــة، رســـالة ماجســـتير، مقدمـــة إلـــى معهـــد البحـــوث والدراســـات العربيـــة، القـــاهرة ،٢٠١١، ص١٤٢.

(٢) المادة (١/٧) من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١.

(٣) د. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية، مصدر سابق، ص٩٩ .

ملائمة في هذا الخصوص" أما الفقرة(٨) من المادة ذاتها فقد نصت على "يرعى المحكم في جميع الأحوال شروط العقد وعادات التجارة "، وهو رأي يؤيده ما ورد في نص المادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري ونص المادة (١٤٩٦) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي، علما أننا لم نجد نص ماثلا في القانون العراقي لعدم وجود قانون تحكيم تجاري.

أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي فقد أورد نصًا في المادة(١/٢٨) لكي يشير إلى حق الأطراف في اِختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ولا يقتصر على القانون الوطني لإحدى الدول وإنَّما يشمل أيضًا القواعد القانونية ذات الطبيعة الدولية أو العابرة للدول[١].

أما في بخصوص الاتفاقيات العربية فهناك اِتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري المبرمة في ١٩٨٧/٤/١٤ والمعدلة في ١٩٩٢/٤/٢٢ إذ تنص هذه الاتفاقية في المادة(١/٢١) منها على" تفصل الهيئة- هيأة التحكيم – على وفق العقد بين الطرفين وأحكام القانون الذي اِتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنًا إنْ وجد، وإلّا فوفق أحكام القانون الأكثر اِرتباطًا بموضوع النزاع على أنْ تراعى قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة "[٢].

ومن التطبيقات القضائية التي اشارت إلى تطبيق الأعراف التجارية على العقد الدولية، نذكر منها محكمة اِستئناف باريس في حكمها الصادر في ٢١ سبتمبر عام ١٩٨٩ عندما قامت بتطبيق العادات التجارية الموحدة والتي قننتها غرفة التجارة الدولية في باريس عام ١٩٨٣ بصدد الاعتماد المستندي، وملخص الدعوى هو آثار نزاع بين بنك المشتري الآمر وبين بنك البائع

(١) د. عوني محمد الفخري، إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية الدولية، ط١، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٢، ص ١٠٩ .

(٢) انظر: نص المادة(٢٨) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥؛ وينظر في المعنى نفسه في المادة (٣٣) من قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي " الأونسترال" لعام ١٩٧٦.

المستفيد والذي قام بقبول كمبيالتين مسحوبتين عليه من البائع المستفيد، وذلك بسبب رفض بنك المشتري أداء قيمة الكمبيالة التي أداها بنك المستفيد في تاريخ استحقاقها والذي يصادف يوم ٧ أكتوبر ١٩٨١، إذ قضت محكمة تجارة باريس بالزام بنك المشتري بدفع قيمة الكمبيالة فضلا عن الفوائد التأخيرية محسوبة طبقاً للعادة المستقرة عليها في عمليات البنوك، إذ أن المحكمة في هذا الحكم طبقت العادات والأعراف الموحدة الخاصّة بالاعتماد المستندي والتي قننتها غرفة تجارة باريس عام ١٩٨٣/م٢١ على الفوائد"[١].

ومن حكم محكمة باريس نستنتج، أن المحكمة طبقت العادات التجارية الدولية واعرافها في الاعتماد المستندي تطبيقاً مباشراً دون أن تبحث المحكمة عن القانون الواجب التطبيق أي بمعنى أنَّ أعراف التجارة الدولية تعد كقانون واجب التطبيق على العقد الدولي.

يتضح ممّا تقدم اعلاه، يمكن لإرادة أطراف النزاع المتعلق بعقد من عقود التجارة الدولية الحرية في اختيار تطبيق الاعراف أو العادات التجارية الدولية لحل النزاعات المتعلقة بهذا العقد، وذلك لأهمية هذه الاعراف أو العادات في التجارة الدولية التي تعد النواة الأولى لقانون التجار، فهي قانونهم الشعبي الأول للتجارة الذي خُلق بإرادتهم وأوجده التعامل اللاشعوري والتلقائي فيما بينهم، عن طريق الاعتياد على سلوك معين لمدة زمنية طويلة تكفي لتأصيله في نفوس المتعاملين به حتى أصبح في نظرهم قاعدة ملزمة واجبة الاتباع من قبلهم، يضاف لها الدور المميز الذي تقوم به بالنسبة لعقود التجارة الدولية بصفة عامة وعقود البيع الدولي بصفة خاصة، بسبب الحلول التي تقدمها إذ تعمل وبلا أدنى شك على معالجة حالة عدم ملاءمة القوانين الوطنية لحل المنازعات الدولية .

---

(١) د. طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقيات الخاصّة بالقانون الواجب التطبيِق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما ١٩ يونيو ١٩٨٠، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة طبع، ص١٢٣.

الفرع الثاني

تطبيقات الارادة في العقود النموذجية

إنَّ لأعراف التجارة الدولية وعادتها أهمية كبيرة، وتنبع هذه الأهمية من أنَّ هذه القواعد صادرة من ارادة أطراف العلاقة التجارية نفسها، كون أطراف التجارة الدولية هم الأقدر على خلق قواعد عرفية يطمئنون لها و لسلامة عقدهم ووصوله إلى بر الأمان والابتعاد عن جميع المخاطر التي تحيط تجارتهم، وأنَّ تكرار العمل بهذه القواعد في نطاق التجارة الدولية ينشئ يقيناً لدى المتعاملين في هذا النطاق بأنها ملزمة[١]، والعقود النموذجية هي صورة من صور اعراف وعادات التجارة الدولية التي تؤكد التجارة الدولية، إنها تشكلّ قواعد قانونية تطبق بشكلّ مباشر وتفرض نفسها على القاضي الوطني أو المحكم الدولي عند حسمه للنزاع، إذ يعود منشأ الاخيرة إلى ارادة افراد التجمعات التجارية التي حاولت تسهيل العلاقات التجارية لنفس السلع محل التنظيم وتذليل العقبات التي تعترض طريقها، لا ترتبط هذه العقود في شروطها العامة بقانون دولة أو دول معينة بل أن أطراف هذه العقود إنما تهدف ارادتهم بها إلى التخلص من الخضوع للقوانين الوطنية لعدم مسايرتها لضرورات التجارة الدولية، بل لا ترتبط حتى بالمعاهدات الدولية، وإنما من العقد نفسه[٢]، ولقد قامت بعض المؤسسات الدولية والمعنية في المجال القانوني بتقنين عادات التجارة الدولية وأعرافها لإبرام وتنفيذ العقود الدولية، ويطلق على هذا التقنين بالعقود النموذجية والتي هي عبارة عن نماذج عقدية (قوالب) تحتوي على مجموعة من الشروط العامة التي اِستقرت عليها عادات

(١) د. سلامة فارس عرب، دروس في قانون التجاري الدولية، مصدر سابق، ص ٦٤.

(٢) عبد الحميد منير، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي والداخلي في ضوء الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص٢٤٤.

التجارة الدولية وأعرافها، وتكون هذه النماذج مكتوبة بصيغ معدة سلفًا ومطبوعة وتستعمل كعقود يتم إبرامها في المستقبل(١).

وتعدّ من أوائل العقود ذات الشكلّ النموذجي(٢) تلك التي تولدت عن تجارة القمح التي صدرت عن "جمعية لندن لتجارة الحبوب" وتأسست في عام ١٩٧٧(٣)، وقد حظيت بالذيوع والانتشار في معظم أنحاء العالم، وكذلك العقود النموذجية للاتحاد الدولي لمجلس المهندسين التي تعلقت عقوده بإنشاء المجمعات الصناعية وتسليم المفتاح باليد، وتعد العقود النموذجية أحد مصادر القواعد الموضوعية ذات الشكلّ العرفي، ومن الملاحظ أنَّ القواعد التي تحكم هذه العقود لا تستمد من الاتفاقيات الدولية أو القوانين الداخلية لدولة ما بل تستمد من نصوص العقد ذاته والتي تعبر عن واقع مهني معين

(١) د. محمد محمود علي، مدى تأثير التجارة الإلكترونية في تنازع القوانين ذي الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠١٣، ص ٣٤٥ .

(٢) أما الشروط العامة فهي عبارة عن شروط أو بنود مرفقة بالعقد أو ملحقة به التي تسن من قبل أحد أطراف العقد أو من قبل الجمعيات المهنية المتخصصة في نوع معين من التجارة، ولاشك باعتياد الأطراف إلى اللجوء لهذه الشروط يؤدي إلى تحويلها إلى أعراف ملزمة دون الحاجه إلى النص عليها مع إدخال بعض التعديلات عليها فيما يتعلق بكلّ معاملة على حدة، مثلما انَ الفرق بين الشروط العامة والعقود النموذجية تكمن في أنَّ العقود النموذجية يمكن اِستخدامها كوثيقة العقد نفسه بعد إضافة البيانات الأخرى كالاسم والوزن... ، أما شروط العقد فهي الشروط التي يهتم بها الأطراف في إبرام عقدهم وتنفيذه، ينظر د. سلامة فارس عرب، دروس في قانون التجاري الدولية، مصدر سابق، ص ٣٨١ و د. منير عبد الحميد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٣٩.

(٣) إنَّ النظام الأساس لهذه الجمعية يقتضي بأنَّ " توحيد العقود والمعاملات في مجال تجارة الحبوب، وهذا الأمر لا يقتصر اِستخدامها على أعضاء الجمعية فحسب بل تجري الإشارة إليها في العقود الخاصّة بالحبوب في أغلب دول العالم.." بهاء هلال الدسوقي، قانون التجار الدولي الجديد، مصدر سابق، ص ١٧٧.

أو تعاون يربط بين المتعاملين الدوليين بهذه العقود، أي بعبارة أخرى تمثل عادات التجارة الدولية وأعرافها[١].

إنَّ إستمرار العمل على هذه الأنماط الجديدة من العقود، ساعدت على تكوين أعراف مستقرة تقوم بتنظيم العلاقات التجارة الدولية[٢]، ممّا ساعد ذلك على تطبيقها بصورة مباشرة أمام المحكمين الدوليين وهي في الوقت نفسه تتلقى إرتياحًا من أطراف العلاقة العقدية في ميدان التجارة الدولية[٣].

لذلك تتضمن هذه العقود كافة احكام العقد كالإيجاب والقبول، موضوع ومكان العقد، والسبب المنشأ للعقد، وأسباب الانحلال والتأمينات والجزاءات فضلاً عن أسباب انتفاء المسؤولية والتحكيم...الخ، لذلك يكفي بالعقود النموذجية وضع أسماء أطراف العلاقة العقدية وبعض المعلومات كالكمية والوزن ومكان وميعاد التسليم ...الخ، ثم يوضع التوقيع على العقد، إذ ترتبط هذه المعايير الأخيرة بشكلّ العقد، أما بالنسبة إلى مضمونه فتعدّ قواعده بمثابة نصوص قانونية.

وذهب جانب من الفقه إلى القول بأنَّ العقود النموذجية مجرد صيغ قانونية لا تتمتع بأي قوة ملزمة إلّا إذا إختارها الأطراف المتعاملون صراحة أو ضمنًا[٤]، ويعد الاتفاق هنا مصدر الإلزام، ويؤيد هذا الرأي ما قرره

---

(١) د . احمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٣٦.

(٢) فضلاً عن الجمعيات المهنية الأخرى ، كالجمعية الأمريكية لتجارة الحرير التي تأسست عام ١٨٧٣ . ينظر في تفصيل العقود النموذجية وأنواعها : د. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، مصدر سابق، ص ٦٥ ومابعدها.

(3)Michel virall, Melonges Goldman, Un tiers droit? Reflexions theoriques, p378.

انظر اشار إليه : د. أحمد حسني سليم ، تطبيق المحكم الدولي لعادات وأعراف التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ١٣١ .

(4) ph. Kahn, la vente commercial internationale ,paris, sirey , 1961, p.379-402.

بعضهم بأنَّ العقود النموذجية الصادرة عن المؤسسات الدولية هي في حقيقتها شروط عامة، لكنها تمثل خطوة نحو الاعتراف بوجود عادات تحكم حركة التبادل في الوسط الذى تظهر فيه بشرط أنْ يكون النموذج مستخدمًا بكثرة[١].

ويعزز جانب من الفقهاء إنكار صفة القاعدة القانونية عنها وكفايتها الذاتية، إذ يرى أنَّ القاعدة القانونية أما أنْ تكون كذلك أو لا تكون، وهي أما قاعدة آمرة أو مكملة ولا وسط بينها أو شبه آمرة ومن ثم لا يضفي على العقود النموذجية الدولية الصفة القانونية مجرد إطلاق التسميات على هذه العقود "مثل قواعد الواقع العملي" أو قواعد شبه آمرة، لأنَّ ذلك يعد ذلك تلاعبًا بالألفاظ ليس إلّا، ومن ناحية أخرى أنكر القضاء إطلاق صفة القواعد القانونية على أحكام العقود النمطية بل قرر طبيعتها التعاقدية، وعلى فرض اعتبارها عادات فلا محل للتفرقة فيها بين عادات داخلية وأخرى دولية، ففي الحالتين تفتقد صفة القاعدة القانونية، وأنَّ أساس إلزامها هو خضوع الأطراف لها وإرضائهم تطبيقها على عقودهم، فأصحاب هذا الاتجاه لا يعدّها قواعد قانونية ما دامت خارجة عن إطار الدولية [٢].

على أن اتجاهاً اخر من الفقه يرى أن تواتر الحلول القانونية التي تقننها هذه العقود النموذجية في الأوساط المهنية الدولية من شأنه خلق وابداع قواعد قانونية ملزمة تحكم روابط التجارة الدولية ولا تنتمي لقانون وطني، ممّا يجعها تشكلّ مصدراً بالغ الأهمية للقواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي[٣].

انظر اشار إليه : د. طلال حافظ جابر، عقد البيع الدولي للبضائع، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٢، ص١٦٧.

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامه، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص٣٨٨ .

(٢) محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية، مصدر سابق، ص٨٣.

(٣) عبد الحميد منير، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي والداخلي في ضوء الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص١٤٦.

وتعكس عملها في حل مشكلة تنازع القوانين بأثرها المباشر على العلاقات التجارية الدولية دون المرور بقواعد الإسناد التقليدية، وهذا الهدف هو أسمى أهداف القانون التجاري الدولي للتخلص من الخضوع للقوانين الوطنية التي باتت لا تلاءم علاقات التجارة الدولية[١].

ويرى اخرون أن العادات المقننة من قبل الهيئات الدولية في الشروط العامة والعقود النموذجية تعد قواعد قانونية أو اعراف ملزمة، وأساس ذلك جرى تقنينها في هذه الأوساط قد أدى إلى تكرار اتباعها واستقرار العمل بمقتضاها، فأصبحت على هذا الاساس ذات مضمون عام ومجرد في الوقت الذي شعر فيه المتعاملون في هذه الأوساط على أهميتها وضرورة وجودها لتنظيم هذا المجتمع ممّا يضفي عليها في النهاية سمة الأعراف الملزمة، بل إن استقرار العمل بمقتضاها قد اكسبها نوعاً من الالزام نتيجة الجزاءات التي تفرضها في الأوساط التجارية على مخالفيها، ممّا اضفى عليها في النهاية الطابع القانوني الملزم وكفل لها صفتها الوضعية[٢].

مثلما أن العقود النموذجية كثيرًا ما تمنح الأطراف حرية وضع واِستكمال الشروط الإضافية أو بعض الملاحق، إذ إن القوانين ذاتها تركت أمر تنظيم المجالات النوعية التي ينظمها المتعاقدون في الشروط العامة للعقود النموذجية مثلما هو الشأن بالنسبة لقواعد **(الانكوترمز)** في مجال البيوع الدولية،

وهي شروط يطبقها القضاء الوطني في مثل هذه الحالات باسم سلطان الارادة ممّا يكشف عن اعتراف القضاء بوجود هذه العادات وتطبيقها في النزاعات المطروحة أمامه، بل وتسامحه بتنفيذ احكام المحكمين رغم علمه

(١) د. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، مصدر سابق، ص ١٦ و د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص ٥٤ وما بعدها .

(٢) محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية، مصدر سابق، ص٨٥.

بأن هذه احكام تطبق الاعراف بعد تحريرها من سلطان القوانين الوطنية[١]، ومن ثم يفقد العقد معناه إذا لم يمارس الأطراف سلطتهم التقديرية في إستكمال العقود النموذجية[٢].

مثلما هو في قرار لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القضية رقم ٦٠١عام ٢٠٠٩ إذ طبقت محكمة التحكيم قواعد الانكوترمز بشكل مباشر على النزاع الذي ثار ما بين شركة آسيوية لتجارة مواد البناء وشركة أفريقية لإنتاج حديد التسليح، إذ تبيّن من حكم المحكمة إنها حكمت على وفق لمادة (١/٩) من اِتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع عام ١٩٨٠، فضلاً عن الأعراف الصادرة من غرفة التجارة الدولية والخاصّة بقواعد الانكوترمز[٣].

فضلاً عن ذلك أنَّ تراضي أطراف العلاقة العقدية على العقود النموذجية معناه حلول إرادة أطراف العلاقة العقدية محل الإرادة الجماعية، لذلك نجد من أهم الشروط العامة هو شرط القبول بالتحكيم لحسم المنازعات

---

(١) قواعد الانكوترمز وهي (عبارة عن مجموعة من القواعد التي تصدر من غرفة التجارة الدولية لتقنين بعض أعراف وعادات التجارة الدولية التي تحكم جانبًا من عقود البيع الدولية للبضائع وتتعلق بالنقل والتوصيل والتأمين على البضائع)، فإذا وجد نص صريح بين أطراف العلاقة العقدية على اِستخدام قواعد الانكوترمز التي تخص بمسائل محل التسليم أو بانتقال المخاطر فيتم حسم النزاع تبعًا للعادة المختارة أكثر من قواعد الاتفاقية، وهذا ما أشارت إليه العديد من الاتفاقيات الدولية إلى تطبيق الأعراف التجارية على العقد الدولي تطبيقًا مباشرًا، فنصت اِتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠ في المادة(١/٩) على أنَّه " يلتزم الطرفان بالأعراف التي اِتفقا عليها وبالعادات التي اِستقر عليها التعامل بينهما " للمزيد من التفاصيل ينظر د. محمد محمود علي، مدى تأثير التجارة الإلكترونية في تنازع القوانين ذي الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠١٣، ص٣٤٥.

(٢) د . حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، بدون سنة نشر، ص ٣٦٢ .

(٣) انظر: القرار التحكيمي الصادر من مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي : د. محيي الدين علم الدين، أحكام التحكيم، ج ٤، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ٢٠١٢، ص ٢٩٢– ٣٤٥ .

التي تنشأ من العقد أو شرط اِختيار القانون الواجب التطبيق، ممّا يشير عن تراضي الطرفين لاختيار العقود النموذجية(١).

وقد ساعد على تشكيل هذه القواعد واستقرار العمل بها انتشار استعمال هذه العقود وحرص المتعاملين على تطبيقها عليهم، ممّا حدا بهيئات أو جمعيات متخصصة تراعي الوضع القانوني لأطراف العقد بأعداد العقود النموذجية(٢).

ومن ثم فإنَّ هذه العقود كان الهدف منها هو توحيد العقود والمعاملات في كلّ فرع من فروع التجارة الدولية، وهذا ما بيّنته جمعية لندن لتجارة الحبوب في نظامها الأساس (٣)، فضلاً عن التخلص من تشريعات الدول الداخلية التي لم تواجه إلّا العقود التقليدية، وكذلك ظهور أنماط جديدة من العقود الدولية مثل عقود المفتاح في اليد وعقود نقل التكنولوجيا وغيرها من العقود المركبة التي يصعب إدراجها بين العقود التقليدية المعروفة في القوانين الداخلية(٤).

يتضح لنا ممّا تقدم اعلاه، أنشأت أعراف وعادات التجارة الدولية عقود وشروطً عامة تواتر العمل على اِستخدامها من قبل المتعاملين بها، ولاشك في أن العقود النموذجية هي صورة من صور القواعد الموضوعية، وذلك لقيام المنظمات المتخصصة بوضع هذه العقود بدورٍ كاشف للقواعد الموضوعية مثال ذلك تدوين ارادة الافراد بالأعراف التجارية السابقة الوجود، أي بمعنى أخر أنها تملك دور انشائي للقواعد الموضوعية متى تحولت تلك القواعد

---

(١) طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدول، أطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد، كلّية القانون، ٢٠٠١، ص ١٩٥ .

(٢) د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولي، مصدر سابق، ص ٨١ .

(٣) بهاء هلال الدسوقي، مصدر سابق، ص ١٧٧.

(4)Gold Man, La lex mercatoria dans les contrats ete l'arbitrage International Realite et perspective op,cit, p 440 .

التعاقدية التي جمعتها تلك المنظمات إلى اعراف وعادات تجارية ملزمة عن طريق تواتر العمل عليها، فيمكن اعطاء وصف للعقود النموذجية بأنها تعبير محسن عن القواعد الموضوعية تشارك فيها ارادات عديدة أولها ارادة الافراد وارادة المنظمات المعنية يزاد عليها ارادة الدولة في ظلّ تقنين تلك العقود .

بعد أن انتهينا من بيان الأثر الذي تؤديه الارادة في إطار القواعد الموضوعية بمعالجة قصور أداء قواعد الإسناد، كونها حصيلة ما توصل إليه ارادة الفكر الانساني والقانوني عن طريق خلق وتطبيق قواعد تطبق بصورة مباشرة على نزاعاتهم ضمن العلاقات الدولية الخاصّة ؛ لذا سنُلخّص ما تم التوصل إليه في هذه الدراسة بأهم الاستنتاجات التي تتبعها جملة من المقترحات نتمنى على المشرّع العراقي أن يأخذها بنظر الاعتبار لحظة إعادة النظر بالنصوص التي تنظم العلاقات الدولية الخاصّة .

أولًا- الاستنتاجات:

١- إنّ القواعد الموضوعية بطبيعتها ذات مفهوم لم يُتفق على تسميتها لا على مستوى التشريع ولا على مستوى الفقه إلا أنهم اجمعوا بأن هذه القواعد هي التي تنظم تلك العلاقات الخاصّة الدولية المعروضة على القاضي أو المحكم وتطبق تطبيقًا مباشرًا دون المرور بقاعدة " تنازع القوانين" التي تأتي من صنع الأوساط المهنية والتي تُنشأ تلقائياً عن طريق التعاملات في المجتمع الدولي الخاص.

٢- هذه القواعد تساعد على توحيد الحلول بتقريبها بين النظم القانونية ممّا يضع تحت يد المشرّع الوطني الادوات الفنية المسايرة للاتجاهات المستحدثة في الساحة الدولية خصوصًا عندما يقوم بتعديل مستقبلي للنصوص التشريعية، نظراً لأن مشرعنا الوطني مازال يعتمد بشكل اساس على قواعد الأسناد التقليدية مع ضعف في تنظيم القواعد الموضوعية التي تعطي دوراً مباشرا للإرادة.

٣- للقواعد الموضوعية وظيفتان أساسيتان غير متوفرة في قاعدة التنازع التقليدية، فالوظيفة الأولى وقائية والتي تتمثل في الحيلولة دون وقوع النزاع بين الأطراف لذلك يستعان بها في المرحلة الأولى لتنظيم المركز القانوني، أما الوظيفة الثانية فهي علاجية والتي تتمثل بإعطاء الحل الموضوعي الذي ينهي النزاع.

٤- باتت المآخذ التشريعية والأوضاع المتطورة لا تجد الحلول المناسبة ضمن قواعد الاسناد الوطنية، ويرجع سبب ذلك، كون أنَّ قواعد الاسناد الوطنية

التي لا تزيد عن أكثر من عشرة مواد والتي تمت معالجتها من قبل القانوني المدني العراقي في المواد من (١٨-٢٨) منذ عقود زمنية مضت قد أغفل التطورات الحاصلة والتنوع في العلاقات الدولية الخاصّة .

٥- ترتفع نسبة الامان واليقين القانوني في ظلّ وجود القواعد الموضوعية أكثر ممّا هو عليه في ظلّ قواعد التنازع مثلما ترتفع هذه النسبة في ظلّ وجود الارادة في هذه القواعد سواء أكانت ارادة الدول أم ارادة الأطراف أكثر ممّا تكون عليه في ظل غيابها، كونها تصون توقعات أطراف العلاقة الدولية ولا تحتاج إلى تدخل السلطة لوضعها، كما أنها لا تمرّ بالمراحل الشكلية التي تمر بها القواعد القانونية الأخرى فهي تستمد مشروعيتها من توافقهم عليها.

٦- تعزيز دور الارادة في القواعد الموضوعية يسهم في حماية مصالح الأطراف المتعاقدة، مثلما يعزز أيضاً من مكانة العراق في التعاملات الاقتصادية والقانونية الدولية، وهو ما يواكب التطور العالمي وحركات العولمة عبر الحدود، وعليه عدم النص صراحة على امكانية تطبيق القواعد الموضوعية المستمدة من الارادة التعاقدية الموجودة ضمن هذه القواعد يؤدي إلى إرباك قانوني في العقود الدولية الخاصّة .

٧- الارادة تحتل مكانة محورية في صياغة وتطبيق القواعد الموضوعية سواء عبر ارادة الدول في الاتفاقيات الدولية أو عبر ارادة الافراد في انشاء الاعراف والعادات التجارية، لأنها قد صنعت الجزء المهم والأكبر من هذه القواعد اما بالاختيار أو بالتكوين أو بالمزج بين ما هو كائن من قواعد وما هو كائن من ممارسات وسلوكيات.

٨- إن المشرع العراقي شأنه شأن باقي التشريعات التي تأخذ بمبدأ الإسناد الجامد والذي بدوره قد اورد ضوابط إسناد احتياطية في المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي ويتوجب على القاضي الأخذ بها عند سكوت الإرادة عن الاختيار للقانون المختص بحكم موضوع الرابطة التعاقدية وهما ضابط الموطن المشترك للمتعاقدينِ إذا اتحدا موطناً وضابط قانون الدولة

الذي تم فيها العقد إذا اختلفا ومن ثم لا تجيز هذه المادة للقاضي أو للمحكم الدولي من اِختيار القواعد الموضوعية الدولية لافتقارها لصفة قانون دولة مرتبط بالعقد.

٩- يظهر ألأثر الارادي للقواعد الموضوعية عن طريق الحلول المباشرة للنزاع الذي يلاءم الروابط الدولية، وذلك عن طريق الدور الارادي لتلك الدول لقدرتها على جمع القواعد الموضوعية عبر الاتفاقيات الدولية الموحدة التي تطبق على العلاقات الدولية الخاصّة من جهة وعن طريق الدور الارادي لأعراف وعادات التجارة الدولية لقدرتها على اختيار تطبيق هذه الأعراف أو العادات التجارية الدولية لحل النزاعات المتعلقة بهذا العقد و تنظيم مشكلات العقود التجارية الدولية من جهة أخرى .

١٠- الدور الارادي يتباين بين الجانبين الاتفاقي والعرفي، فحين يكون دور الارادة في الاتفاقيات الدولية محدوداً باطار الاتفاق المسبق والاختياري بين الدول فأنّ دورها في الاعراف والعادات يكون أكثر مرونة ضمن الاطار التطويري.

ثانيًا- المقترحات:

١- نقترح على المشرّع العراقي وحتى يتمكن من إعادة بناء فلسفة قواعد تناسب العلاقات الدولية الخاصّة، فأنه يتحتم عليه ادخال تعديلات تشريعية على القانون المدني العراقي، والمواد الخاصّة بتنازع القوانين، عن طريق اضافة نصوص قانونية صريحة تسمح بتطبيق القواعد الموضوعية المبنية على ارادة الأطراف مستندًا في تنظيمه على أحدث التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية.

٢- ندعو مشرعنا العراقي إلى تضمين مبدأ حرية اختيار القواعد الموضوعية في العقود الدولية ضمن التشريع العراقي، سواء كانت هذه القواعد من أنظمة قانونية وطنية أو من اتفاقيات دولية أو من عادات واعراف التجارة

الدولية، جاعلاً من هذه التحولات والتطورات التي حصلت على الساحة الخاصّة الدولية نصب عينيه.

٣- نقترح على المشرّع العراقي أن يُعيد النظر بأحكام المادة (٢٥) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وتعديلها بالصيغة الآتية: " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اِتحدا موطنا، فإذا اِختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان على اِختيار قانون أو قواعد موضوعية أخرى أو يتبين من الظروف أن قانون آخر يراد تطبيقه " .

٤- التشجيع على تطبيق القواعد الموضوعية بخصوص العلاقات الدولية الخاصّة سواء أكانت من قبل القاضي أو من قبل المحكم الدولي، باعتبارها من أفضل الوسائل الممكنة للتغلب على اختلاف التشريعات الداخلية بحيث تكون لهذه القواعد قوتها الذاتية في تنظيم سلوك أفراد المجتمع الدولي الخاص كونها جاءت منسجمة مع ارادة الاشخاص وطموحاتهم.

٥- نتمنى من مشرعنا الوطني أن يقوم بتكثيف جهوده مع المحيط الدولي الجديد وتحمل مسؤولياته في تمثيل مصالح شعبه، من خلال الحضور والمشاركة في المؤتمرات والهيئات التي تعمل في حقل التجارة الدولية، كغرفة التجارة الدولية في باريس وغيرها والانضمام إلى الاتفاقيات الدولية والمُساهمة في عمليات توحيد القواعد الموضوعية مما يضمن تحقيق التوازن العقدي العادل للأطراف التي تواكب حركات العولمة عبر الحدود.

٦- نقترح على المشرّع العراقي مراعاة تطبيق القواعد الموضوعية الدولية في قانون الاستثمار وذلك لتعزيز بيئة الاستثمار عن طريق تحقيق التوازن بين حماية حقوق المستثمر وتحقيق المصلحة العامة، كما وندعوه إلى الاسراع في تشريع قانون خاص بالتحكيم التجاري الدولي على غرار ما فعلته التشريعات الحديثة في هذا المجال، بتضمينه نصاً يقضي بحرية الأطراف في عقود التجارة الدولية وذلك بإخضاع عقودهم للقواعد الموضوعية المتمثلة بالأعراف

والعـــادات التجاريـــة الدوليـــة بمـــا ينســـجم مـــع مـــا يـــرِد فـــي الاتفاقيـــات الدوليـــة التـــي تُبرم في مجالات القانون الخاص.

القرآن الكريم

أولاً- المعجمات اللغوية:

١- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور)، لسان العرب، ج٥، دار صادر بيروت، ٢٠٠٣ .

٢- مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، ١٩٩٤.

ثانيًا- الكتب القانونية العربية:

١- د. أبو العلا علي أبي العلا النمرّ ، مقدمة في القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع.

٢- د. ابو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي،١٩٨٧.

٣- د. احمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي ،مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد،١٧، العدد١٢٥١، ١٩٩٣.

٤- د. احمد الهواري، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

٥- د. أحمد حسني سليم، تطبيق المحكم الدولي لعادات وأعراف التجارة الدولية، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع.

٦- د. احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٧- د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١١.

٨- د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع الاختيار بين الشرائع –اصولا ومنهاجاً، الطبعة ١، مكتبة الجلاء الجديد، المنصورة، ١٩٩٦.

٩- د. احمد عبدالكريم سلامه ،العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

١٠- د. احمد عبدالحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين -دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ١٩٨٩.

١١- د. أحمد قسمت الجداوي، مبادئ القانون الدولي الخاص، ط١، المطبعة التجارية، القاهرة، مصر، ١٩٨٨.

١٢- د. أحمد محمود الفضلي، التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص، ط١، دار المناهج للطبع والتوزيع، بغداد، العراق، ١٩٩٨.

١٣- د. أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.

١٤- د. اشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصّة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣.

١٥- د. اشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصّة ، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦.

١٦- د. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط١ ، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.

١٧- د. أشرف وفا محمد، الجنسية ومركز الأجانب في القانون المقارن والقانونين المصري والعماني، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١١.

١٨- د. امين خليلي بيدس، قوة الارادة، دار الافاق الجديدة، بيروت، ٢٠٠٢.

١٩- د. أنطوان الناشف، الجنسية اللبنانية بين القانون والاجتهاد، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ١٩٩٩.

٢٠- د. أياد مطشر صيهود، العلاقات الدولية الخاصّة ، ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، العراق، ٢٠٢١.

٢١- د. أياد مطشر صيهود، موسوعة أحكام الجنسية المقارنة، ج١، ط١، دار السنهوري، بغداد، العراق، ٢٠١٩.

٢٢- د. بهاء هلال الدسوقي، قانون التجارة الدولي الجديد دراسة تحليلية، القاهرة، ١٩٩٣.

٢٣- د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، أحكام الجنسية والموطن، دراسة مقارنة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١٠.

٢٤- د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، العلاقات الخاصّة الدولية، أحكام الجنسية، الموطن، مركز الأجانب ، ط١، مطبعة العشري، القاهرة، مصر، ٢٠٠٥.

٢٥- د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصّة ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦.

٢٦- د. ثامر دواد عبود، دور الارادة في تحديد الاختصاص التشريعي في العقد الدولي، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، ٢٠١٩.

٢٧- د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولي، مطبوعات جامعة القاهرة ، الخرطوم، ١٩٧٥.

٢٨- د. جابر إبراهيم الراوي، شرح أحكام الجنسية، ط١، دار وائل للنشر، عمان، الأردن ، ٢٠٠٠.

٢٩- د. جمال سلامة أحمد الوقيد، تعدد الجنسية في القوانين العربية وآثاره الأمنية، ط١، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ٢٠١٥.

٣٠- د. جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم ، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

٣١- د. جمال محمود الكردي، الجنسية في القانون المقارن، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٥.

٣٢- د. حامد مصطفى، مبادئ القانون الدولي الخاص من وجهة نظر القانون العراقي في القواعد العامة والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق والجنسية، ج١، ط٢، مطبعة الأهلية، بغداد، العراق، ١٩٩٩.

٣٣- د. حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

٣٤- د. حسام الدين فتحي ناصف، نظام الجنسية في القانون المقارن، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٧.

٣٥- د. حسن علي كاظم المجمع وإبراهيم عباس الجبوري، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مرّ كز الأجانب ، ط١، مؤسسة الصادق الثقافية للطبع والنشر والتوزيع، بابل، العراق، ٢٠١٨.

٣٦- د. حسين عبد السلام جابر، الموجز في أحكام القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٨٥.

٣٧- د. حفيظة السيد الحداد، المدخل إلى الجنسية ومركز الأجانب ، ط١، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧.

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

٣٩- د. حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧.

٤٠- د. حيدر أدهم الطائي، أحكام جنسية الشخص الطبيعي والمعنوي في التشريعات العراقية، ط١، دار السنهوري، بغداد، العراق، ٢٠١٦.

٤١- د. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط١، ٢٠٠٦.

٤٢- د. رياض القيسي، علم اصول القانون، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢.

٤٣- د. سالم ارجيعة، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي، تنازع القوانين من حيث المكان، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية ومركز الأجانب ، ط٤، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧.

٤٤- د. سامي بديع منصور، القانون الدولي الخاص، ط١، الدار الجامعية، بيروت، لبنان ، ٢٠٠٠.

٤٥- د. سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٠.

٤٦- د. سلامة فارس عرب، وسائل اختلال توان العقود الدولية في قانون التجارة التجارية الدولية، دار الكتب الحديث، القاهرة، ١٩٩٩.

٤٧- د. سلطان عبدالله محمود، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق ،ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠.

٤٨- د. سمير عبد السيد تناغو، المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام، منشأة دار المعارف، الاسكندرية، بدون سنة نشر.

٤٩- د. السيد عبد المنعم المراكبي، التجارة الدولية وسيادة الدولة ، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٥.

٥٠- د. صالح المنزلاوي ،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٨.

٥١- د. صفوت أحمد عبد الحميد، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

٥٢- د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، الطبعة١، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠١٢.

٥٣- د. طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر التوزيع، عمان، ١٩٩٧.

٥٤- د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولي، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.

٥٥- د. عادل جبري حبيب، قيمة السكوت في الاعلان عن الارادة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣.

٥٦- د. عادل محمد خير، عقود البيع الدولي للبضائع عن طريق اتفاقية فينا وجهود الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية والغرفة التجارية ،الطبعة الأولى، القاهرة ، دار النهضة العربية،١٩٩٤.

٥٧- د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية (دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية)، دار الكتب للطباعة والنشر، ٢٠٠٠.

٥٨- د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٤.

٥٩- د. عبد الرسول عبد الرضا جابر، القانون الدولي الخاص، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد،٢٠١٣.

٦٠- د. عبدالله عزالدين، القانون الدولي الخاص، الطبعة السادسة، الجزء ٢، النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.

٦١- د. عبدالله فاضل حامد، مبدأ اليقين القانوني في العلاقات الدولية الخاصّة، دار الجامعة العربية، الاسكندرية،٢٠١٩.

٦٢- د. عبدالمجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني، ج١،مصادر التزام، ج١،المجلد الأول في العقد، الشركة الجديدة للطباعة، عمان،١٩٩٣.

٦٣- د.عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٦٩.

٦٤- د. علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة٢٠٠٥.

٦٥- د. علي عوض حسن، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، ط١، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١.

٦٦- د. غالب الداودي، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني: تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، ط١، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٨.

٦٧- د. غالب علي الداودي – القانون الدولي الخاص/تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الاحكام الاجنبية، دراسة مقارنة، ط٣، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، ٢٠٠١.

٦٨- د. فؤاد العلواني ود.عبد جمعة موسى الربيعي، الاحكام العامة في التفاوض والتعاقد – التعاقد عبر الانترنت – عقود البيوع التجارية على وفق احكام قواعد الانكوترمز لعام ٢٠٠٠ بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٣.

٦٩- د. فلحوط وفاء مزيد، المشاكلّ القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٨.

٧٠- د. كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١.

٧١- د. محسن شفيق، اِتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.

٧٢- د. محمد ابراهيم موسى، التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال العقود التجارة الدولية، دار الجامعة العربية الجديدة للنشر، الاسكندرية،٢٠٠٥.

٧٣- د. محمد تقية، ارادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الاسلامية، دار الامة، الجزائر، ١٩٩٥.

٧٤- د. محمد حمدي بهنسي، دور الارادة الفردية في حل تنازع القوانين بشان العلاقات غير العقدية، دراسة تأصيلية، جامعة الزقايق، كلّية الحقوق، بدون سنة نشر.

٧٥- د. محمد شليح، سلطان الارادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي (أسسه ومظاهرة في نظرية العقد)، رسالة دبلوم، جامعة محمد الخامس، كلّية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، ١٩٨٣.

٧٦- د. محمد عبد الله المؤيد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول المقررة في القانون اليمني، ط١، جامعة صنعاء، ١٩٩٨.

٧٧- د. محمد محمود علي، مدى تأثير التجارة الإلكترونية في تنازع القوانين ذي الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠١٣.

٧٨- د. محمد محمود علي، مدى تأثير التجارة الإلكترونية في تنازع القوانين ذي الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠١٣.

٧٩- د. محمود سمير شرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، القاهرة، دار النهضة العربية،١٩٩٢.

٨٠- د. محمود فياض، المعاصر في قوانين التجارة الدولية، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢.

٨١- د. محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٢.

٨٢- د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية التطبيق، منشأة معارف الاسكندرية، ٢٠٠٤.

٨٣- د. محي الدين علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول ، ١٩٨٦.

٨٤- د. مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابعة الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،٢٠١٠.

٨٥- د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعة ، ٢٠١٠.

٨٦- د. نزيه عبد المقصود مبروك، التكامل الاقتصادي العربي وتحديات العولمة مع رؤية إسلامية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦.

٨٧- د. هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠١.

٨٨- د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ٢٠١٤.

٨٩- د. هشام علي صادق، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٢.

٩٠- د. يوسف عبد الهادي خليل الاكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، بدون مكان طبع، ١٩٨٩.

ثالثاً- الرسائل والأطاريح الجامعية:

١- أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلّية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤.

٢- أحمد هاني محمد السيد أبو العنين، الفحص والاخطار كواجب على المشتري في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع ، أطروحة دكتوراه، كلّية الحقوق جامعة المنوفية، ٢٠٠٥.

٣- أحمد هليل عبد عون، معوقات الاستثمار الاجنبي في العراق (دراسة وفق قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة (٢٠٠٦) ، رسالة ماجستير، كلّية القانون، جامعة كربلاء ، ٢٠١٣.

٤- ارميض خلف عبيد، مستقبل منهج التنازع في عقد البيع الدولي دراسة تحليلية في ضوء احكام اتفاقية فيينا ١٩٨٠، اطروحة دكتوراه، كلّية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ٢٠١٨.

٥- أيمان نبيل ذيب حداد، القانون الواجب التطبيق على العلامات التجارية ، رسالة ماجستير، كلّية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط ، ٢٠١٦.

٦- باسم سعيد يونس، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، دراسة في القانون الدولي الخاص، اطروحة دكتوراه، كلّية القانون، جامعة الموصل، ١٩٩٨.

٧- بلاش لينده، اخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، اطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، كلّية الحقوق والعلوم السياسية،٢٠١٧.

٨- بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه، جامعة ابي بكر بلقايد –تلمسان، كلّية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٦.

٩- ثامر داود عبود، المعايير المحددة لدور الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقد الدولي، اطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، كلّية القانون، ٢٠١٥.

١٠- جميل محمد حسين، مفهوم الارادة في فلسفة القانون الخاص، اطروحة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، ٢٠٠٨.

١١- خليل إبراهيم محمد خليل، القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن البحرية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، مقدمة إلى مجلس كلّية القانون، جامعة الموصل ، ٢٠٠٥.

١٢- رونزا عبدالرضا انعيم، دور الارادة في العلاقات الدولية الخاصّة، رسالة ماجستير، جامعة ميسان، ٢٠٢٣.

١٣- سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلّية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٦.

١٤- سلام هادي جاسم، فكرة العقد الدولي الطليق وتأثرها بالقواعد الموضوعية الدولية، رسالة ماجستير، مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ٢٠١١ .

١٥- شيماء محمد شلتاغ، القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة مع الاشخاص الأجنبية، رسالة ماجستير، كلّية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٥.

١٦- صالح مهدي كحيط، شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار الاجنبي، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء،٢٠١١.

١٧- صلاح الدين جمال الدين محمد، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، اطروحة دكتوراه، كلّية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٣.

١٨- طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلّية القانون، جامعة بغداد ، ٢٠٠١.

١٩- عدلي محمد عبدالكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية، اطروحة دكتوراه، كلّية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان الجزائر، ٢٠١١.

٢٠- محمد احمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية أي جاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، رسالة ماجستير، كلّية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، عمان،٢٠٠٦.

٢١- محمد عبد الله محمد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصّة ذات الطابع الدولي (دراسة تأصيلية)، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلّية الحقوق،١٩٩٧.

٢٢- نادر محمد ابراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، اطروحة دكتوراه، كلّية الحقوق، جامعة الاسكندرية، مصر،١٩٩٨.

٢٣- نرمين محمد محمود، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة عين شمس، كلّية الحقوق ، ٢٠٠٣.

٢٤- هند محمد عبد، دور قواعد التنازع النوعية في حلول تنازع القوانين ،اطروحة دكتوراه، معهد العلمين للدراسات العليا، ٢٠١٧.

٢٥- وطبان ورنس نواف، دور القواعد الموضوعية الاتفاقية في تنظيم العقود التجارية الدولية وتسوية منازعاتها، اطروحة دكتوراه، كلّية الحقوق،٢٠٢١.

رابعاً-البحوث والدراسات القانونية:

١- أيوب دينوري، تطبيق المحكم الدولي لعادات واعراف التجارة الدولية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، المجلد، العدد ٤، سنة ٢٠٢٠.

٢- ثابت منير محمد، القيمة القانونية لعادات واعراف التجارة الدولية، مجلة المناهج، العدد ٩، ٢٠٠٦.

٣- خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقًا لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٠)، العدد (٣٥) ، ٢٠٠٨.

٤- رزوتي الطيب، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، والسياسية، رقم ١ ، ١٩٩٧.

٥- رشا علي الدين، سلطة المحكم في اعادة التوازن المالي للعقد، مداخلة في الملتقى العلمي السنوي، الثالث عشر، كلّية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٩.

٦- صالح نبيل العرباوي، اتفاق التحكيم، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد ١٥، ٢٠١٥.

٧- طلال حافظ جابر، عقد البيع الدولي للبضائع، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١٢.

٨- عبد السلام بلبع، الاتجاه الحديث في تطوير القانون الدولي الخاص، مجلة القضاء، العدد السادس، ١٩٧٠.

٩- علي كاظم الرفيعي، التحكيم التجاري الدولي، محاضرات غير مطبوعة ملقاة على طلبة الدراسات العليا في كلّية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٢.

١٠- فوزي قدور نعيمي و د. مظفر جابر الراوي ، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظلّ المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة ، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٣، العدد ١٠، السنة ٢٠٠٣.

١١- محمد اقلولي، شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول ، كلّية الحقوق، جامعة مولود معمري، جانفي، ٢٠٠٦.

١٢- محمد عوني الفخري، التنظير القانوني للعولمة الاقتصادية الرأسمالية، بحث مقدم إلى ندوة بغداد الموسومة (العولمة واثرها في الاقتصاد العربي) ، التي نظمها بيت الحكمة للمدة ١٤-٢٠٠٢/٤/١٦، الجزء الخامس.

١٣- محمد كافي، وفهيمة محجوب، مظاهر تطبيق مبدأ سلطان الارادة في التحكيم التجاري الدولي، المجلد١٥،العدد١، ٢٠٢٤.

١٤- منير عبدالمجيد، حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف في العقود الخاصّة الدولية، مجلة المحاماة ،العددان السابع والثامن، أيلول، تشرين الأول ،١٩٩١.

١٥- هشام خالد، الاتجاهات الحديثة في الاحالة، مجلة المحاماة، العددان الأول والثاني، السنة الثانية والسبعون،١٩٩٢.

خامساً- النصوص القوانين

١- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل.
٢- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.
٣- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
٤- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٥- القانون الدولي الخاص السويدي لعام ١٩٧٧.
٦- القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩.
٧- قانون النقل العراقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣.
٨- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥
٩- القانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦.
١٠- قانون الاستثمار اليمني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩١.
١١- قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.
١٢- القانون الفنزويلي الصادر عام ١٩٩٨.
١٣- قانون التجارة المصري الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩.
١٤- قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦المعدل.

سادساً-الاتفاقيات الدولية:

١- اتفاقية بروكسل عام ١٩٢٤ بشأن سندات الشحن.
٢- اتفاقية وارسو لعام ١٩٢٩ بشأن النقل الجوي.
٣-اتفاقية جنيف لعام ١٩٣٠ في شأن الكمبيالات والسندات الإذنية.
٤- اتفاقية جوادا لاخارا بالمكسيك عام ١٩٦١ بشأن النقل الجوي.
٥- الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١ .
٦- اِتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الاستثمارية الأجنبية لعام ١٩٦٥.
٧- اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (واشنطن لعام ١٩٦٥).
٨- اِتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٨ بشأن النقل الدولي.

٩- اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ بشان البيع الدولي للبضائع.

١٠- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠).

١١- اتفاقية روما ١٩٨٠ بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

١٢- اتفاقية عمان لسنة ١٩٨٧.

سابعاً- المصادر الأجنبية:

1. PAMBOUKIS Caralabos,la lex Mercatoria Reconsideree,in le droit international prive:esprit et methods,Melages en lhonneur dePAUL LAGARDE,Dalloz,Paris,2005.
2. Jean-Michel Jacquest et Philippe delebecque et Sabine corneloup. Droit du commece internationa l. ed Dalloz.2007
3. Horatia MUIR WATT , Cour de cassation (Ch. com.) – 13 juillet 2010, , Dalloz, N4, 2010.
4. Siegel (D), Legal Aspects Of The IMF/WTO Relationship: The fund's articles of agreement and the WTO agreements, Am.Jo.Int.L, 2002.
5. FOUCHARD Philippe et BRETHOLD Goldman,Traite de l;arbitrage commercial international,op.cit.
6. Batiffol , Subjectivisme et Opjectivisme dans le Droit international prive des Contrats" Choix de articles rassambles par ses aims . L.G.D.J.

7. Ph-Fouchord;Larbitrage commercial.These Dijon,ed,Dalloz,Paris,1965,N.588.
8. Boell (Mj), the unidroit principles & Transnational Law ,U .L. R., vo15-2000.
9. Michel virall, Melonges Goldman, Un tiers droit , Reflexions theoriques.
10. ph. Kahn, la vente commercial internationale ,paris, sirey , 1961.
11. Gold Man, La lex mercatoria dans les contrats ete l'arbitrage International Realite et perspective op,cit.
12. Deby – Gerard (F) – Le Role De La Regle De Conflit Dans Le Reglement Des Rapports Internationaux, Dalloz, 1973.

Abstract

The issue of conflict of laws in international contract matters is one of the most important and challenging topics in private international law, given the multiplicity of traditional and modern approaches that have attempted to address it, and the inconsistency and instability of solutions. Analytical studies of the reality of international relations, in terms of their legal organization, have demonstrated the inability of laws designed for domestic relations to meet the requirements and needs of international trade. The goals of achieving security and legal certainty, and respecting the legitimate expectations of parties to international contracts, have become cherished objectives of private international law jurisprudence, more than any other field of law in other branches. This is due to the distinctive nature of the rules of this law and the technical approach used in this branch to settle disputes arising therefrom. Given the shortcomings, rigidity, and complexity of the national attribution rules, which lead to conflicting results and stand as a barrier to achieving these goals, due to these indicators, those involved in international trade have no choice but to work with rules created by the circumstances and distinctive nature of each type of commercial activity, based on mutually reinforcing conditions, customs, and traditions, and to enter into international agreements consistent with the needs of cross-border international relations. These agreements all fall under the objective rules approach, as it grants those involved in them clear and prior knowledge of the rules governing their relations. Those who follow the formation of these rules will find that most of their rules are customary, having been formed in professional circles and among those involved in international trade since the beginning of ancient times and up to the modern era.

Objective rules are those rules that establish an objective solution for private international relations, which ends the dispute directly. Objective rules are also distinguished by several features that make them unique and independent from the rest of the rules in private international law, considering that its rules are qualitative and sectarian in their content, and objective and direct in their solutions. Whatever

the difference in jurisprudence regarding the extent to which the legal system is applied to substantive rules as a new approach in international trade relations, this disagreement does not negate their smooth interaction with the requirements of international trade. It is noted that they appeared as a result of negative and positive justifications that contributed to their emergence, as they are considered the possible and best means of achieving legal clarity and certainty. Perhaps the developments taking place in the field of free trade led to the increase of substantive rules to govern private international relations, which derive their strength from the will of those dealing with them, as the will is the basic engine around which the transactions of individuals revolve in the field of finance and business. The will appears clearly, especially in legislation that adopts the individual doctrine through the principle of the authority of the will, as the latter principle is considered one of the basic and essential principles. Established in private international law, most jurisprudence and legislation have given individuals the freedom to choose the law that governs their legal relations, whether this choice is explicit, implicit, or assumed. The legal organization of contracts was influenced by the ideological conflict that arose as a result of the development of human thought. This conflict crystallized into two opposing schools of thought. The first is the individualist school of thought, whose proponents include the personalist theory, which originated in the eighteenth century. This theory advocated the veneration and sanctification of individual freedom as a natural right.

They relegated the right of contracting parties to choose the law of the contract to the absolute principle of the sovereignty of the will, including the integration of the chosen law into the contract and the ability of its parties to create and regulate the contract. This principle adopts the principle of the sovereignty of the will, which gives the will broad authority in terms of the form in which it appears. The second school of thought is the social school of thought, whose proponents include the proponents of the objective theory, which prevailed in the late nineteenth and early twentieth centuries. This theory emphasized that the community is the ultimate goal of the legal rule, which seeks to achieve social justice, even at the expense of individual freedom, by

considering the law as the binding basis for the strength of the contract, rather than the will and the justice of the contract. Based on these facts, the role of the will appears to us in the field of international contracts through the direct, objective solutions it provides for disputes that are compatible with the bonds. International, and the direct nature of the rules of this approach is evident through its multiple sources, whether international agreements or international customs and traditions. The objective rules derive their application force from the will of the states themselves through entering into international agreements.

These agreements lead to the collection of unified objective rules that apply to private international relations, as they extend private international law with rules that are the subject of international agreement to be applied to private international relations.

Given the contemporary changes in the national and international economic and social arena, the will of the parties has become a matter of scrutiny. These factors have contributed to the emergence of new types of contracts, the most important of which are investment contracts, which arise between two wills: the will of the state on the one hand and the will of the foreign investor on the other. This has led to the conflict and contradiction between the two wills in resolving disputes arising in connection with these contracts. Objective rules also derive their application from the will of the parties to the contract themselves, through international commercial customs and practices.

This is achieved by formulating objective rules that are directly applicable to relations within the scope of international trade. They offer solutions that address the shortcomings or inadequacy of national laws for resolving international disputes through the objective provisions established by the practice of traders and businessmen in their international transactions. This is achieved by subjecting their contracts to a specific law that binds the judge and arbitrator to the will of both parties. The judge or arbitrator applies these rules directly. One of its most important applications is the model contracts, which express a specific professional reality or cooperation that links international dealers with these contracts. In other words, they represent the customs

and traditions of international trade. The continued work on these new types of contracts has helped to form stable customs and traditions that regulate international trade relations and at the same time receive satisfaction from the parties to the contractual relationship in the field of international trade.

Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and

Scientific Research

Al-Alamein Institute for Higher Studies

Department of Law

The Role of will with in Substantive Rules

Comparative research

Research submitted by

Samah Hussein Dahham

Research supervised by

Professor

Salih Mahdi Khait Dr.

Professor of Private International Law

2025 A. D. 1447 A. H.