

## أثر مبدأ قانون الإرادة على اختلال التوازن في العقود الدولية

أ.م.د. فراس كريم شيعان  
أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد  
ارم عصام خضير  
جامعة بابل/ كلية القانون

### الملخص

تلعب عقود التجارة الدولية أهمية بارزة سواءً بالنسبة لتحقيق التنمية الاقتصادية للدول أو توفير الاحتياجات الضرورية للأفراد والجماعات، ولما كانت مراكز أطراف هذه العقود ليست واحدة، الأمر الذي قد يؤدي بالنتيجة إلى اختلال التوازن بين ادعاءات هذه الأطراف مما يؤثر سلباً على نمو التجارة الدولية، الأمر الذي يستلزم البحث عن أسباب هذا الاختلال ومعالجته لإعادة التوازن بين أطراف هذه العقود. وقد أثار موضوع البحث عن القانون الواجب التطبيق في ميدان عقود التجارة الدولية الجدل منذ زمن بعيد وما زال قائماً حتى يومنا هذا، وقد حاول البعض تعديل الخلل الذي يطرأ على المراكز القانونية لأطراف عقود التجارة الدولية من خلال البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذه العقود، ولما كانت إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق ضابط الإسناد الرئيسي والأساسي والذي لا يزال له الأفضلية والغلبة على بقية الضوابط فقد حرصت هذه الدراسة قدر المستطاع على بيان أثر مبدأ قانون الإرادة على اختلال التوازن في العقود الدولية من خلال القاء الضوء على بعض القوانين والاتفاقيات الدولية لاسيما القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي والأمريكي واتفاقية روما نموذجاً لبيان هذا الأثر، هادفين إلى بيان مدى صلاحية قانون الإرادة كضابط اسناد في العقود الدولية المختلة التوازن، وهل يتفق هذا الضابط وينسجم مع حماية الطرف الضعيف في هذه العقود أم لا. وقد تناولنا الموضوع في بحثين يسبقهما مقدمة وتعبقهما خاتمة، حيث تناولنا في المبحث الاول منه قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة وقسمناه الى مطلبين تناولنا في المطلب الاول التعريف بمبدأ قانون الإرادة وفي المطلب الثاني الاساس القانوني لمبدأ قانون الإرادة في حين تناولنا في المبحث الثاني تقدير خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة وقسمناه بدوره الى مطلبين خصصنا المطلب الاول لتحليل وظيفة الإرادة في نطاق العقد الدولي والمطلب الثاني لدور مبدأ قانون الإرادة في تركيز اختلال التوازن العقدي وفي ختام هذين المبحثين قدمنا خاتمة للبحث ضمناها اهم النتائج التي توصل اليها الباحث ومنها ان مبدأ قانون الإرادة لا يصلح كضابط اسناد في العقود المختلة التوازن ولا يتفق مع هدف حماية الطرف الضعيف في هذه العقود حيث يخول هذا المبدأ الطرف القوي سلطة ليفرض شروطه على الطرف الضعيف ومنها اختياره للقانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهما كما وانهبنا بحثنا بما وجدناه ضرورياً من توصيات.

## ABSTRACT

This study sought as much as possible to demonstrate the impact of the principle of the will on the imbalance in international contract law, through shed light on some of the laws and international conventions, particularly the Iraqi Civil Code and the Egyptian and the French and the US and the Rome Convention model to demonstrate this effect Hadwin to show the extent of the validity of the will the law as an officer attribution in International Contracts dysfunctional balance and whether this officer is consistent and compatible with the protection of the weaker party in this contract or not, where we addressed the subject in two sections preceded by an introduction and others following the conclusion we had in the first part of it base subordination of the International Decade for the Law of the will and divided by the two demands we had in the first requirement definition of the principle will Law In the second requirement the legal basis of the principle of the will the law while we dealt with in the second part, estimate the subordination of the International Decade for the Law of the will and divided by turn to the two demands we have allocated the first requirement to analyze the function of the will in the scope of the contract and the second requirement of the role of the principle will of law in the concentration of the disruption of the nodal balance At the end of these two Alambgesan we have in Conclusion of the search we included the most important findings of the researcher and the ones that principle will the law was not suited as an officer BPOs in dysfunctional equilibrium contracts and disagreed with the goal of protecting the weaker party in these contracts where authorizes this principle strong party the authority to impose conditions on the weaker party, including the choice of law applicable to the contract between them as we finished our research and what we found necessary recommendations.

## المقدمة

### جوهر فكرة البحث

يستند جوهر مبدأ قانون الإرادة على احترام الإرادة الفردية للإنسان، فالإرادة في أصلها غير مقيدة وكل الالتزامات التي تنشأ بموجبها عادلة فمعيار التوازن وفق مبدأ قانون الإرادة معيار شخصي يصعب تقييمه من غير أطراف العقد أنفسهم. إلا أن ما سبق قوله يصلح في حالة كون طرفي العقد الدولي على قدم واحدة من التكافؤ في مراكزهم، ذلك إن القول بأن الالتزامات التي تنشأ عن هذا المبدأ عادلة لا ينطبق على الحالات التي ينعدم فيها التكافؤ العقدي فجوهر محتوى هذا المبدأ في هذه العقود ليس سوى إرادة الطرف القوي . وأهم ما يميز العقود الدولية التي ينعدم فيها التكافؤ هو التفوق الظاهر لأحد طرفي العلاقة العقدية على الطرف الآخر في المجال الاقتصادي والفني أو التقني، فمثل هذا التفوق يستغله الطرف القوي في هذه العقود ليفرض ما يشاء من شروط على الطرف الآخر، ومنها اختياره للقانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهما مستندا إلى مبدأ قانون الإرادة الذي يخوله ذلك. فقانون الإرادة كقاعدة إسناد خاصة بالالتزامات العقدية تعني إن القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون الذي اختارته إرادة طرفي العقد أو القانون المتفق بين الأطراف على اختصاصه ليحكم عقدهما، وضابط الإرادة إذا كان يصلح في حالة كون طرفي العقد على قدم واحد من المساواة في مراكزهم التعاقدية وفي قدرتهم التفاوضية، إلا إن الحال ليس كذلك في العقود التي يختل فيها التوازن والتي يكون فيها عدم المساواة والتكافؤ هو السمة الأساسية فيها، وخصوصا وإن ضابط الإسناد في تلك القاعدة هو ضابط الإرادة وهو ضابط معنوي ومجرد لا يقوى على الحد من إرادة الطرف القوي في هذه العقود بل انه يكرسها مما يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي في بعض أنواع العقود الدولية.

### مشكلة البحث

إن إشكالية بحثنا تكمن في انه لم يعد من الملائم ترك حرية تنظيم العقود الدولية لإرادة الأطراف، ذلك أن قانون الإرادة كقانون واجب التطبيق سيتم تحديده من قبل الطرف القوي في بعض أنواع عقود التجارة الدولية التي لا يتساوى فيها أطرافها مما يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي في هذه العقود، و دون أي اهتمام بمحتوى أحكامها وقواعدها ومدى ملائمتها للطرف الآخر، الأمر الذي أثار التساؤل حول الاختيار المستند إلى الإرادة بوصفها ضابطا عاما في إطار عقود التجارة الدولية، وهل يبقى على التوازن المطلوب بين أطرافه ام لا؟ كما إن القانون المختار هو في الأساس قانون داخلي لدولة معينة وموضوع بصفة أساسية لتنظيم العقود والاتفاقات الوطنية الخالية من العنصر الأجنبي وبالتالي فهو غير مناسب لجوهر العقود الدولية والاقتصادية مما يؤدي بالضرورة إلى جعل انعدام الملائمة واختلال التوازن احتمال مؤكد الوقوع فيه، هذا بالإضافة إلى أن ضابط الإسناد (الإرادة) ضابط معنوي ومجرد ومحاييد فلا ينظر إلى مضمون القانون الذي يشير باختصاصه وفيما إذا كان يحقق الحماية المطلوبة للطرف الضعيف ام لا؟

### أهمية الموضوع وأسباب اختياره

تتمثل أهمية موضوعنا في تحليل وبيان اثر قاعدة قانون الإرادة ودورها في حماية الطرف الضعيف في العقود المختلفة التوازن وهل تحقق هذه القاعدة هدف الحماية أم لا؟ فقد آن الأوان لإعادة النظر في هذه القاعدة كقاعدة إسناد صالحة للعمل على جميع أنواع العقود الدولية المتوازنة منها والمختلفة .

### منهجية البحث

للإحاطة بإبعاد الموضوع قدر المستطاع ولبيان جوانبه القانونية ستكون دراستنا دراسة مقارنة بالاستعانة بقوانين الولايات المتحدة التي تمثل الاتجاه الانكلوسكسوني وقوانين فرنسا ومصر كقوانين تمثل الاتجاه اللاتيني ومقارنتها بموقف القانون العراقي بالاضافه إلى بيان موقف اتفاقية روما لعام 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية و تحليل المعالجات التشريعية والفقهية والتطبيقات القضائية ذات الصلة..

### خطة البحث

لبيان اثر مبدأ قانون الإرادة على اختلال التوازن في العقود الدولية سنقوم بعرض الموضوع من خلال مبحثين نتناول في المبحث الأول قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة والتي بدورها سنقسمها إلى مطلبين نخصص المطلب الأول للتعريف بمبدأ قانون الإرادة والمطلب الثاني لبيان الأساس القانوني لمبدأ قانون الإرادة، أما المبحث الثاني فنخصصه لتقدير خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة والذي بدوره سنقسمه الى مطلبين نخصص الاول منه لتحليل وظيفة الإرادة في نطاق العقد الدولي والمطلب الثاني لبيان دور مبدأ قانون الإرادة في تركيز اختلال التوازن العقدي.

## المبحث الأول

### قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة

يخضع العقد الدولي للقانون الذي يحدده الاطراف بإرادتهم وتلك هي القاعدة الاصلية التي تقرها النظرية العامة لتنازع القوانين في مجال العقود الدولية<sup>(1)</sup>، فالعقد الدولي كقاعدة عامه يخضع لما يعرف بقانون ارادة المتعاقدين حيث تعد ارادة الاطراف هي ضابط الاسناد في قاعدة التنازع المتعلقة بالعقود الدولية<sup>(2)</sup>، ولكي تطبق هذه القاعدة على العقد يجب ان تتوفر فيه شروط عدة<sup>(3)</sup>. إن فكره خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة فكره قديمة ترجع للفقيه والمحامي الفرنسي ديمولان<sup>(4)</sup>، فحق المتعاقدين في اختيار القانون الذي يخضع له العقد الدولي يرتد أساسه إلى مبدأ حرية التعاقد التي تخول المتعاقدين الحرية المطلقة في تنظيم اتفاقاتهم على النحو الذي يروه مناسباً. وهذا الاختيار، على وفق منظور النظرية الشخصية، هو اختيار مادي لأنه يؤدي الى اندماج القانون المختار ونزول أحكامه منزله الشروط التعاقدية التي يستطيع المتعاقدان الاتفاق على خلافها. فيما تستند قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد الدولي الى قوة القانون الذي منح الارادة هذا الحق بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي وهو ما يعرف بالاختيار التنازعي على وفق منظور النظرية الموضوعية<sup>(5)</sup>، والتي سنبينها لاحقاً ولبيان الدور الذي تؤديه هذه القاعدة في ظل اختلال التوازن داخل العقود الدولية لا بد أولاً من التعريف بمبدأ قانون الارادة وذلك ما سنتناوله في المطلب الاول ثم نبين الاساس القانوني لمبدأ قانون الارادة في المطلب الثاني.

#### المطلب الأول

##### التعريف بمبدأ قانون الإرادة

يقصد باصطلاح قانون الارادة في القانون الدولي الخاص فانه يؤخذ بالقانون الذي اختاره المتعاقدان صراحه او ضمناً<sup>(6)</sup>. وهذا ما استقر عليه فقه تنازع القوانين من ان جوهر فكرة قانون الارادة تتمثل في الاعتراف لأطراف العقد بحق اختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم وعند هذا الحد يتوقف دور الارادة ويخضع العقد بعدها خضوعاً كاملاً لذلك القانون ولا يتدخل الأطراف للحد من هذا الخضوع<sup>(7)</sup>.

(1) نقلاً عن د. خالد عبدالفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2002، ص 73.

(2) ضابط الاسناد: يقصد به المعيار الذي يعول عليه المشرع بوصفه مرشداً الى القانون الواجب التطبيق على الفكرة المسندة فهو اداء الوصل بين موضوع القاعدة والقانون المسند اليه (الواجب التطبيق) مثال ذلك الجنسية بالنسبة للأهلية الشخص وحالته والموقع بالنسبة للأموال ومحل التنفيذ بالنسبة لعقد العمل واردة الافراد بالنسبة للعقود عموماً... وهكذا نقلاً عن د. عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية 2007، بيروت، ص 19.

(3) يشترط لتطبيق هذه القاعدة ان يتعلق الامر بعقد ذو طابع دولي وحتى يكون كذلك فيجب ان يكون احد عناصر ذلك العقد احدهما او كلاهما اجنبياً او ان يكون موضوعه موجوداً بالخارج او ان يكون قد ابرم او نفذ في الخارج فان لم يكن للعقد احد هذه الشروط فيكون من غير الممكن اعمال مبدأ قانون الإرادة د. احمد عبدالكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة طبع، ص 331.

(4) وكان ذلك بمناسبة فتوى تتعلق بالنظام المالي للزوجين "دوجاني" تقدماً له للفتوى في مدى امكانية تجنب القواعد العرفية السائدة في باريس والتي كانا قد اتخذاهما موطناً لهما عند الزواج وقد افنى ديمولان بإمكان تطبيق العرف السائد في باريس بوصفها الموطن المشترك لهما عند الزواج وحيث ان النظام المالي للزوجين هو عقد ضمنى يجوز اخضاعه لقانون ارادة الزوجين وهو في حالتها العرف السائد في باريس باعتبار ان ارادتهما انصرفتا ضمناً الى تطبيق القانون السائد في موطن الزوجية الاول د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1983، ص 255.

(5) د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مصدر سابق، ص 57.

(6) د. جابر جاد عبدالرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص 534.

(7) د. احمد عبدالكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص 1058.

غير إن هذا المفهوم لقانون الارادة يعتبر غير ملائم لمعطيات التجارة الدولية المعاصرة، فقانون الإرادة وفقاً للمفهوم المتقدم هو قانون وطني أي قانون موضوع لدولة معينة وأساساً لتنظيم العقود الداخلية وهذا لا يتناسب مع خصوصية عقود التجارة الدولية فيكون من المناسب هنا تخويل ارادة الاطراف دوراً يجعل تلك العقود في مأمن من مطالب القوانين الوطنية في القانون الداخلي.<sup>(1)</sup> فدولية العقد تعد مسألة أولية لازمة لأعمال قواعد قانون الارادة وهي تتميز عن مبدأ سلطان الارادة في القانون الداخلي.<sup>(2)</sup> فالإرادة في العمل القانوني الدولي الخاص لاتعطي الحل للنزاع مباشرة، وإنما ترشد الى القانون الواجب التطبيق و تنقيد بعوامل موضوعية هي من ضمن مفهوم ذلك القانون، في حين ان الارادة في العمل القانوني الداخلي هي اساس تكوين ذلك العمل وهي التي تحدد اثاره ضمن حدود القوانين الامرة والنظام العام والآداب العامة، فهي تعطي الحل مباشرة ولاتملك اختيار قانون اجنبي للتطبيق وإنما تعمل على ادخال ذلك القانون ضمن البنود التعاقدية المتفق عليها وفي حدود عدم مخالفة القواعد الامرة في القانون الداخلي.<sup>(3)</sup> ويجب لأعمال قانون الارادة ان تكون المسألة من قبيل القواعد المفسرة لا الإمرة وان تكون العلاقة العقدية متعلقة بحقوق شخصية.<sup>(4)</sup> وإذا كان تحديد القانون الواجب التطبيق يستند الى اختيار الاطراف فان هذا الاختيار المستند إلى سلطان الإرادة قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً، وقد أكدت القوانين الوطنية وكذلك الاتفاقيات الدولية على ان الارادة التي يعتد بها في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد هي التي يعلنها الأطراف صراحة او التي تكشف عنها الظروف المحيطة ضمناً.<sup>(5)</sup> وقد نصت المادة (1/25) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1958 على انه " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانوناً اخر يراد تطبيقه ". ويشير جانب من الفقه العراقي<sup>(6)</sup> في هذا الصدد الصدد جازمين ان هذا النص قد اخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يختاره المتعاقدان في العقد بإرادتهما الصريحة إن أعلن عنها في العقد وإلا فإبإرادتهما الضمنية التي يمكن للقاضي ان يستخلصها من ظروف الحال كاتفاقهما على جعل المنازعات المتعلقة بالعقد من اختصاص محاكم دولة من الدول ،أما إذا لم توجد إرادة صريحة ولم يستطع القاضي ان يستكشفها فأن المشرع قد أوجد قواعد إسناد احتياطية هي الموطن المشترك وفي ظل اختلاف الموطن يصار الى الخيار الاخير وهو قانون محل الابرام. وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية "حيث ان العقد قد تم بين طرفين في لندن فيكون القانون الانكليزي هو المطبق"<sup>(7)</sup>. فيلاحظ على القرار السابق انه اعطى الاختصاص لقانون البلد الذي تم فيه العقد لعدم اتفاق الاطراف على القانون الواجب التطبيق بشكل صريح بافتراض ان ارادتهما انصرفتا الى اعطاء الاختصاص لقانون محل العقد.

(1) د.احمد عبدالكريم سلامه، المصدر السابق نفسه، ص1058.

(2) د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، منشاه المعارف ،الاسكندرية ،2000،ص13 وكذلك د.غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص ،دار وائل للطباعة والنشر،عمان ،الاردن ،2001،ص129.

(3) د.سامي بديع منصور ود. اسامة العجوز ، القانون الدولي الخاص ،منشورات زين الحقوقية ،بيروت،2000،ص397.

(4) د.عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ،القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري ،بغداد ،ص293.

(5) احمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية ،رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون، جامعه بغداد، 2004 ،ص136.

(6) د.حسن محمد الهادي، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي،بغداد،1972،ص206.

(7) قرار محكمة التمييز رقم 1045 القرار منشور في مجلة القضاء /تصدرها نقابة المحامين في العراق/بغداد في 1958.5.28،ص414.413.

ولم يخرج المشرع المصري عما هو مستقر في النظم القانونية فنص على مبدأ خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة في الفقرة الاولى من المادة ( 19 ) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 التي تنص على "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً فاذا اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانوناً اخر هو الذي يراد تطبيقه". ويرى جانب من الفقه<sup>(1)</sup> ان المشرع المصري قد قرر اخضاع العقد لقانون ارادة الأطراف أي القانون الذي يريده ويحدده الأطراف في العقد وهذا الاختيار قد يكون صريحاً أو ضمناً أو يحدده القاضي تفسيراً للإرادة المفترضة للأطراف، ويشير جانب آخر من الفقه<sup>(2)</sup> الى ان حرص المتعاقدين على النص على اخضاع المنازعة في العقد لاختصاص محاكم دولة معينة يعد دلالة على رغبتهم الضمنية في تطبيق قانون هذه الدولة ، كما تعد إشارة المتعاقدين لنصوص قانون معين أو استخدامهم للاصطلاحات المقررة فيه اتجاه إرادتهم الضمنية نحو تطبيق هذا القانون على العقد في مجموعه، ويضيف البعض<sup>(3)</sup> كذلك الى ان تحرير العقد بمعرفة موثق تابع لدولة معينة قد يفيد رغبة الخصوم الضمنية في الخضوع لقانون تلك الدولة وكذلك فان اللغة التي يحرر بها العقد قد يستشف منها اتجاه الارادة نحو الاعتداد بقانون معين. ولا صعوبة في الأمر إذا كانت الإرادة صريحة أما إذا سكت المتعاقدان عن اعلان رغبتهم الصريحة في تطبيق قانون معين فعلى القاضي أن يكشف عن ارادتهما الضمنية من ظروف وملابسات التعاقد. وقد حكم القضاء المختلط المصري بأن اتفاق المتعاقدين على بلد معين لتنفيذ العقد قد يستشف منها اتجاه رغبتهم على اخضاع العقد لقانون ذلك البلد<sup>(4)</sup>، اما اذا لم توجد إرادة صريحة ولم يستطع القاضي أن يستكشف من ظروف التعاقد رغبة المتعاقدين في تطبيق قانون معين فان مؤدى نص المادة 19 من القانون المدني المصري هو تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً فان اختلفا موطناً يتعين على القاضي ان يطبق قانون الدولة التي تم فيها العقد<sup>(5)</sup> وبهذا حسم المشرع المصري والعراقي مشكلة كيفية تركيز الرابطة العقدية فيما لو تخلفت الارادة الصريحة او الضمنية للمتعاقدين. أما الوضع في فرنسا فقد ظل القضاء الفرنسي يطبق قانون دولة محل ابرام العقد الدولي على أساس انه قانون الارادة الضمنية للأطراف حتى عام 1864 حيث أخذ القضاء بعدها يعدل عنه الى القانون المختار من قبل الأطراف ، وفي 5 ديسمبر 1910 صدر الحكم الذي يعد بمثابة دستور قانون الارادة ومقننه "ان القانون واجب التطبيق على العقود ،سواء فيما يتعلق بتكوينها ،او بآثارها ،أو بشروطها ،هو القانون الذي يتبناه الاطراف " ومازال القضاء الفرنسي يردد هذه الصيغة حتى يومنا هذا<sup>(6)</sup> كما نص مشروع القانون الدولي الخاص الفرنسي لعام 1967 في المادة 2313 على ان "يخضع العقد ذي الطابع الدولي والالتزامات الناشئة عنه للقانون الذي قصد الاطراف الخضوع له"<sup>(7)</sup>.

(1) د.احمد عبد الكريم سلامة ،التنازع الدولي للقوانين ، مصدر سابق،ص333.

(2) د.هشام علي صادق،تنازع القوانين ، الطبعة الثانية،منشأة المعارف،الاسكندرية ، 1971، ص673.

(3) د.عز الدين عبد الله،القانون الدولي الخاص ،ج1، الطبعة السادسة ،دار النهضة العربية،القاهرة،1964ص125.

(4) استئناف مختلط 19 مايو 1901 مجلة التشريع والقضاء سنة 13 ،ص377

(5) د.هشام علي صادق ،تنازع القوانين،مصدر سابق ،ص674.

(6) نقلا عن د.احمد عبد الكريم سلامة،الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق ،ص 1061.وايضاً"د.خالد عبد الفتاح محمد خليل، مصدر سابق،ص76.

(7) د.احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين،مصدر سابق،ص1061.

وفيما يخص الإرادة الضمنية في حالة تخلف الإرادة الصريحة فهي مشكلة مازال الخلاف فيها صاحباً في الفقه والقضاء في فرنسا نظراً لعدم وجود نص صريح مماثل للمادة (25) مدني عراقي و(19) مدني مصري ولهذا فقد اتجهت بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى تطبيق قانون محل إبرام العقد فيما لو اختلفت جنسية المتعاقدين<sup>(1)</sup>، أما إذا اتحدت جنسية المتعاقدين تعين تطبيق قانون جنسيتها المشتركة وعلى العكس من ذلك فقد اكدت بعض الأحكام الأخرى وجوب الاعتداد بقانون بلد التنفيذ<sup>(2)</sup>. ومهما كان أمر هذا الخلاف فالقضاء الفرنسي قد أقام غالبية احكامه على اساس فكرة الإرادة المفترضة اذ ان سكوت المتعاقدين عن اعلان رغبتهم الصريحة في تطبيق قانون معين وتعدر استخلاص هذه الرغبة ضمناً من ظروف التعاقد دفع القضاء الى تطبيق القانون الذي يفترض اتجاه ارادة المتعاقدين الى اعمال احكامه<sup>(3)</sup> احكامه<sup>(3)</sup> وتأكد قانون الإرادة في فرنسا وبقية دول الاتحاد الأوروبي بانضمامها وتوقيعها على اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام 1980 التي سنأتي على بيانها لاحقاً.

وعلى صعيد تقنين تنازع القوانين الأمريكي الثاني (Restatement (Second) of Conflict of Laws)

عام 1971 فقد نص في المادة (1/ 187) منه على أن تخضع العقود لقانون الدولة الذي اختاره الأطراف صراحة<sup>(4)</sup> وفيما نصت الفقرة (2) من ذات المادة على أن القانون الذي يختاره الأطراف لا يكون واجب التطبيق إلا إذا كان للدولة المختار قانونها له صلة جوهرية بالأطراف أو بالعقد، وعلى أن لا يكون في تطبيق القانون المختار مخالفة للقواعد الآمرة للدولة التي يكون قانونها واجب التطبيق أو التي يكون في تطبيقها لقانونها مصلحة أكبر من القانون المختار من قبل الأطراف<sup>(5)</sup>. وفقاً لما تقدم فإن القانون الأمريكي يشترط أن يكون لاختيار الأطراف صلة جوهرية أو روابط طبيعية طبيعية وثيقة الصلة تربط بين العقد والدولة التي اختير قانونها لحكمه، فإذا انعدمت تلك الصلة أو الرابطة حق للقاضي ان يغض البصر عن القانون المختار وينهض بنفسه بمهمه البحث عن القانون الذي تتوفر معه الصلة أو الرابطة المذكورة.

وقد أخذ جانب من الفقه الأمريكي بالإرادة الضمنية للأطراف المستخلصة من اتصال العقد بقانون يعتبره صحيحاً بالمقارنة مع قانون أو قوانين أخرى تعتبره باطلاً وكذلك بقرينة اللغة التي حرر بها العقد<sup>(6)</sup> كما نصت المادة رقم (1/301 ج) من التقنين التجاري الأمريكي الموحد (UCC) على إن (الأطراف في المعاملات الدولية ، يجوز لهم الاتفاق وفقاً لقانون اية ولاية أو دولة أخرى، سواء كانت هذه المعاملة ذات صلة بهذه الدولة أو الولاية ام لا) ، كما نصت الفقرة

(1) نقض فرنسي 23 فبراير 1884 نقلاً عن د. هشام علي صادق ،تنازع القوانين ،مصدر سابق ،ص674.

(2) نقض فرنسي 19 مايو 1884 و5 ديسمبر 1910 نقلاً عن د. هشام علي صادق ،تنازع القوانين ،مصدر سابق ،ص675.

(3) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين مصدر سابق ،ص675

(4) The Law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied if the particular issue is one agreement directed to that. issue

انظر نصوص هذا التقنين منشوره على الانترنت على الموقع الالكتروني: [www.columbia.edu/mr2651/.../Rest2conf/187](http://www.columbia.edu/mr2651/.../Rest2conf/187)

(5) (THE Law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue unless either; (a) the chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there in other reasonable basis for the parties choice).

(6) نقلاً عن د. احمد عبدالكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولاً ومنهجاً" ، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ص1100.



رقم (1/301) من نفس المادة على ان (الإطراف في المعاملات الدولية آيا كانت حقوقهم والتزاماتهم لهم الحرية الاساسية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم ،سواء كانت المعاملة ذات صلة بالدولة او الولاية المعنية)<sup>(1)</sup>. وفي ظل اتفاقية روما، الموقعة فيما بين دول السوق الاوربية في 19 يونيو 1980، بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية فقد نصت صراحة المادة (1/3) منها على أن ( يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الاطراف ويجب ان يكون هذا الاختيار صريحاً أو مستمداً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد او من ظروف التعاقد ، وللاطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على كل العقد او على جانب منه فقط )<sup>(2)</sup>. حيث أن المادة (1/3) من الاتفاقية تعدد بإرادة الاطراف المتعاقدة في اختيار القانون الذي يحكم العقد ويستوي ان يكون هذا الاختيار صريحا او ضمنيا، إلا انه في حالة الاختيار الضمني يجب ان يكون الكشف عن الإرادة الضمنية مؤكدا لا شبهة فيه وان يكون ذلك من خلال نصوص العقد أو الظروف العامة التي تكون العقد في ظلها<sup>(3)</sup>، وهو يكون كذلك اذا اتضح من نصوص العقد ذاته ان هناك اتجاه نحو تفضيل قانون معين عن طريق اتخاذ شروط او نموذج او صيغ للعقود متعارف على استخدامها في قوانين معينه ،كما يدخل في اطار الارادة الضمنية المؤكدة ان يكون العقد مرتبطا بعقد سبق ابرامه وتم اختيار الاطراف للقانون الواجب التطبيق عليه إذ يفيد ذلك إلى انصراف إرادة الإطراف إلى ذات القانون الذي سبق اختياره في العقد الاول، كما يمكن أن تستخلص إرادة الإطراف من شرط الخضوع الاختياري لقضاء دولة معينه، حيث أن هذا الخضوع يفيد ضمنا اتجاه ارادة الاطراف الى اخضاع العقد لقانون دولة القاضي المعهود اليه بالاختصاص ببناء على الاتفاق المانع للاختصاص.<sup>(4)</sup> ويلاحظ على نص الفقرة الأخيرة من المادة (1/3) من اتفاقية روما أنها خولت الإطراف الحق في تجزئة القانون الواجب التطبيق على العقد، أي أن يخضع العقد في بعض اجزائه لقانون اخر غير القانون الذي يحكم الاجزاء الاخرى وبذلك تتعدد القوانين بقدر تعدد اجزاء العقد، وهذا يعد تعبير عن الاحترام شبه المطلق الذي اضيفته الاتفاقية على ارادة الاطراف من جهة ومن جهة اخرى أخذت الاتفاقية بنظر الاعتبار طبيعة العقود الدولية المركبة التي يكون من صالح اطرافها عدم اخضاعها لقانون واحد يحكمها<sup>(5)</sup>. ونرى إن هذا الموقف الذي تبنته الاتفاقية هو أمر موجود من الناحية العملية في إطار العقود الدولية من حيث خضوعها لأكثر من قانون واحد وان لم يكن هذا التعدد في القوانين التي تكون واجبة التطبيق على هذا النوع من العقود منظورا.

(1) نقلا عن د. ابراهيم بن احمد بن سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2009، ص101.

(2) Article 3 Freedom of choice (1. A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or a part only of the contract.)

انظر نصوص اتفاقية روما على الموقع الالكتروني EUR-Lex > ... > eur-lex.europa.eu

(3) في نفس المعنى د. طرح البحور علي حسن ،تدويل العقد، منشأة المعارف ،الأسكندرية ،2000، ص49

(4) د.حفيظه السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول (المبادئ العامة في تنازع القوانين) ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2005، ص424.

(5) د.حفيظه السيد الحداد، المصدر السابق ،نفس الصفحة.

فالواقع العملي يكشف لنا إن انتفاء وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، ذلك أن أهلية المتعاقدين في هذه العقود تكون محكومة بقانون جنسيتهم وهو ليس بالضرورة هو القانون المختار للتطبيق على بقية الجوانب الموضوعية للعقد، كما إن الجوانب الشكلية للعقد تخضع عادة إلى قانون الدولة التي تم فيها إبرام العقد، وهذا التعدد في القانون الواجب التطبيق يمكن أن يقابله تعدد في الجانب الموضوعي وخصوصا إذا كان العقد من العقود الدولية المركبة التي تنشأ التزامات متعددة في ذمة أطرافها، الأمر الذي يقتضي أن يتم إخضاع كل التزام إلى قانون معين يختلف عن القانون الذي يخضع له الالتزام الآخر في ذات العقد. وهذا التصور يتوافق مع أهداف القانون الدولي الخاص من حيث توفير الأمان القانوني لأطراف هذه الطائفة من العقود وحماية توقعاتهم المشروعة من حيث العلم المسبق بالقانون الذي سوف يحكم التزاماتهم بموجب هذه العقود. وإذا كانت التشريعات المختلفة تتفق على إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة<sup>(1)</sup>، إلا أن هناك أنواعا من العقود تخرج عن نطاق هذه القاعدة وهي عقود الأحوال الشخصية كعقد الزواج وما يترتب عليه من نسب وتوريث وتبني ونفقة وحضانة، فمثل هذه المسائل يحرص المشرعون على تنظيمها على نحو مختلف وإسنادها إلى القانون الشخصي للزوجين دون الاعتداد بإرادتهما في هذا الشأن<sup>(2)</sup>. كما يخرج من نطاق قانون الإرادة العقود التي ينظمها المشرع لأسباب اقتصادية أو اجتماعية كعقد العمل فالإرادة هنا لا تؤدي دورها إلا من خلال التنظيم التشريعي الأمر الذي يفرضه المشرعون لتحقيق التوازن في العلاقة العقدية فضلا عن اغراض اجتماعية واقتصادية محدده<sup>(3)</sup>. كما تخرج من حكم قانون الإرادة العقود المتعلقة بعقار فهي تخضع في غالبية التشريعات إلى قانون موقعها<sup>(4)</sup>، كما يستبعد من نطاق قانون الإرادة أيضا مسالتين هما شكل العقد وأهلية التعاقد إذ تنفرد كل منهما بقاعدة إسناد خاصه فيخضع الشكل لقانون محل الأبرام أما الأهلية فتخضع للقانون الشخصي سواء أكان قانون الجنسية أم قانون الموطن.<sup>(5)</sup> وعلى هذا فأن استثناءات قانون الإرادة إما أن تتناول بعض العقود الدولية بسبب طبيعتها القانونية التي تدخل في فئة الأحوال الشخصية فتخرج من مجال قانون الإرادة، وإما بنص القانون كخضوع العقار لقانون الموقع، وإما لأنها تخضع مباشرة لقاعدة من القواعد ذات التطبيق المباشر التي قد تكون ناتجة عن معاهدة دولية تضع حلا للمسألة موضوع النزاع، أو ناتجة عن قاعدة وطنية أو قانون وطني ذا تطبيق حتمي ومباشر.<sup>(6)</sup>

(1) من هذه التشريعات القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979 في المادة 1/35 على أن "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي يحدده الأطراف صراحة أو ضمنا، كما نص القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979 في المادة 24 على أن "يسري على العقود القانون الذي يختاره الأطراف" كما نص القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982 في المادة 24 منه على أن "تخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة" والقانون المدني البيروني لعام 1984 في المادة 2095 الذي نص على أن "تخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة" والقانون المدني الألماني الخاص لعام 1986 في المادة 1/27 على أن "يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف". نقلا عن د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص 1061.

(2) د. محمود محمد ياقوت، مصدر سابق، ص 14.

(3) أحمد مهدي صالح، مصدر سابق، ص 136.

(4) انظر المادة 2/25 مدني عراقي والمادة 19 ف2 من القانون المدني المصري

(5) انظر المادة (26) من القانون المدني العراقي التي تنص على "تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها" والمادة 1/18 التي تنص على "الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته"

(6) د. سامي بديع منصور ود. أسامه العجوز، مصدر سابق، ص 436

من كل ما تقدم فإننا نتفق مع جانب من الفقه عند وصفه لقانون الإرادة والذي يرى بأنه ذلك القانون المحدد بالاستناد إلى اختيار أطراف الرابطة العقدية وفق قاعدة من قواعد تنازع القوانين وإن إرادة الأطراف بوصفها ضابطة للإسناد تكتفي بمجرد الإشارة والإرشاد إلى القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وتشارك سائر قواعد التنازع في خصائصها المميزة فهي قاعدة تستند إلى عرف دولي عتيق يمتد جذوره إلى ما قبل الميلاد وجدت للحفاظ على التوقعات المشروعة للمتعاقدین حول مضمون التزاماتهم ولتسهيل العمليات في التجارة الدولية.<sup>(1)</sup>

## المطلب الثاني

### الأساس القانوني لمبدأ قانون الإرادة

يختلف الأساس القانوني لمنح الإرادة حق اختيار القانون الواجب التطبيق باختلاف النظرة إلى دور الإرادة حيث يختلف هذا الدور بين نظريتين تناولتا هذا الموضوع هما النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية<sup>(2)</sup>. فأما النظرية الشخصية فقد قدست مبدأ سلطان الإرادة إلى حد القول بأن "إرادة المتعاقدين هي شريعتهم الملزمة وهي لا تحتاج في هذا الإلزام إلى قوة القانون فالعقد ملزم في ذاته وهو لا يستمد هذا الإلزام من القانون وإنما من إرادة المتعاقدين"<sup>(3)</sup>، فوفقاً لهذه النظرية فإن إرادة الأطراف مطلقة في اختيار القانون الذي يحكم العقد اعتقاداً بأن الأمر مادام قد تعلق بتنظيم مصالحهم الخاصة فيجب أن يقف القانون بعيداً عنها.<sup>(4)</sup> فإرادة الأطراف وفق هذه النظرية تسمو فوق القانون سواء كانت هذه الإرادة صريحة أم ضمنية وفي حاله عدم وجودها يبحث القاضي عن الإرادة المفترضة.<sup>(5)</sup> وهكذا تكون لإرادة المتعاقدين الصريحة القدرة على التنظيم الذاتي للرابطة العقدية، أما إذا لم يقم المتعاقدان بتحديد القانون الذي يحكم العقد صراحة فعلى القاضي أن يستظهر الإرادة الضمنية لهم، فإن لم يستطع الكشف عنها فهو يملك تحديد إرادتهم المفترضة في اختيار قانون العقد، ما لم يكن المشرع قد حدد بنفسه هذه الإرادة من خلال قرائن مختلفة حسب الأحوال.<sup>(6)</sup> إن قدرة المتعاقدين وفق النظرية الشخصية ترد إلى مبدأ حرية التعاقد الذي خول الإرادة سلطاناً مطلقاً يرتفع فوق القانون فاختيار المتعاقدين لقانون العقد لا يتم بناءً على قاعدة من قواعد تنازع القوانين وإنما من مطلق سلطان الإرادة،<sup>(7)</sup> فمثلاً عقود التجارة الدولية وفق هذه النظرية تخرج من دائرة التنازع لتخضع لمطلق سلطان الإرادة، فالعقد المبرم بين شخصين أحدهما فرنسي والآخر انجليزي لتصدير بضاعة من فرنسا لانتجلاً هو عقد دولي يؤثر مشكلة تنازع القوانين وما يترتب عليها من توقع الاختيار بين كل من القانونيين، إلا أن مشكلة الاختيار في هذا المثال وفقاً لأنصار النظرية الشخصية تكشف عن أن أي من القانونيين لا يدعي خضوع العقد لسلطانه وهكذا يفلت العقد الدولي من حكم القانون ليخضع لسلطان الإرادة.<sup>(8)</sup>

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص 1086.

(2) د. سامي بدیع منصور ود. أسامة العجوز، لمصدر سابق، ص 398.

(3) نقلاً عن د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 101.

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص 274.

(5) د. حسام الدين فتحي، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين دار النهضة العربية، القاهرة 2004، ص 25.

(6) د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مصدر سابق، ص 24-25.

(7) سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، 2004، ص 75.

(8) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 104.

فحق المتعاقدين في اختيار قانون العقد وفق هذه النظرية يرتد اما الى مبدأ سلطان الارادة أو الى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص في دولة القاضي تستند على مبدأ حرية التعاقد فتخول الأطراف حرية مطلقة في تنظيم اتفقاتهم، كما تخولهم وضع الشروط العقدية التي يلتزمون بها كما هو الحال في القانون الداخلي فهو اختيار مادي لا يستند الى قاعدة من قواعد الإسناد، وذلك لأن التنازع في هذه الحالة هو تنازع سلبي مفاده عدم الادعاء بالاختصاص بين القوانين التي يمكن ان تطبق على العقد.<sup>(1)</sup> ويترتب على النظرية الشخصية جملة من النتائج الايجابية والسلبية فأما الايجابية فمنها إن القانون الأجنبي المختار في حالة الاختيار الصريح أو الضمني يندمج في العقد و يأخذ حكم الشرط التعاقدى الأمر الذي يخول الخصوم استبعاد أحكامه الآمرة،<sup>(2)</sup> وأيضاً أن لا يتقيد اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد بضرورة توافر صلة بينه وبين العقد فيبيح ذلك للمتعاقدین اختيار قانون اشتهر بوضع شروط نموذجية مثلاً لنوع معين من العقود حتى وان لم تتوافر تلك الصلة ، حيث ان اشتراط مثل هذه الصلة يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة.<sup>(3)</sup> كما ويعتبر خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة عامل ايجابي مهم لا غنى عنه لتنظيم مختلف العلاقات التجارية الدولية لما تكفله هذه الحرية من انماء وتنشيط لهذا النوع من العلاقات وان لم تكن بين العقد والقانون صلة على أساس إن هذه الصلة اتت من حاجة التجارة الدولية ذاتها.<sup>(4)</sup> كما يجوز للمتعاقدین ايضاً وفقاً لهذا المبدأ اختيار اكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في الرابطة العقدية مستخلصين من كل منها النصوص التي تحقق مصالحهم.<sup>(5)</sup>

كما ويؤدي خضوع العقد الدولي لقانون الارادة الى عدم الخضوع لأي تعديلات تشريعية قد تطرأ على القانون المختار بعد ابرام العقد، وهو ما يعرف بالتجميد الزمني للعقد أو شرط الثبات التشريعي، وما يوفره في المساهمة بتحقيق الاستقرار للرابطة العقدية وحفظ توقعات الأطراف، حيث إن اختيارهم لقانون العقد يعني انصراف ارادتهم الى اختيار هذا القانون طبقاً لمضمونه الذي كان موجوداً عند ابرام العقد.<sup>(6)</sup> وعلى الرغم من النتائج الايجابية السابقة، إلا أن هناك مجموعة من السلبيات المترتبة على اخضاع العقد لقانون الإرادة، حيث وجه العديد من الانتقادات إلى منهج هذه النظرية وما تم التوصل اليه من نتائج في ظلها. ومن الانتقادات التي وجهت إلى مضمون النظرية الشخصية انه ليس من المقبول ان يترك للأفراد حرية اختيار القانون الذي سيحكم العقد اذ المفروض ان القانون هو الذي يحدد نطاق سريانه من حيث الأشخاص والأموال الخاضعين له وليس العكس، كما إن هذه القاعدة قد تؤدي الى نتائج غير مقبولة اذ قد يقضي قانون الارادة ببطال العقد فكيف يتصور اذن ان يختار المتعاقدین قانوناً يبطل عقدهم.<sup>(7)</sup>

(1) د.محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مصدر سابق، ص57 و سلطان عبد الله محمود الجوازي، المصدر السابق، ص82.

(2) د.محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مصدر سابق، ص30.

(3) د.فؤاد رياض ود.سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين، 1974، ص374 ود.عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص ج2 تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط6، 1969، ص435

نقلاً عن د.محمود محمد ياقوت، مصدر سابق، ص32. La live Chronique de jurisprudence Suisse, Clunet, 1970, P.416ets.

(5) د.هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص650.

(6) د.محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مصدر سابق، ص39 وما بعدها ود.هشام علي صادق، مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني، منشأ المعارف، الاسكندرية، ص97 وما بعدها.

(7) د.هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص257.258

كما يؤدي إخضاع العقد الدولي إلى قانون الإرادة وفق النظرية الشخصية أن يتحول العقد الدولي في ظل هذا القانون إلى عقد حر أو طليق، حيث يفقد القانون المختار وصفه كقانون ويتحول إلى مجرد شرط من الشروط التعاقدية،<sup>(1)</sup> بالإضافة إلى أن اختيار المتعاقدين لأحكام قانون معين ليصبح جزءاً من شروطهم التعاقدية يتنافى مع فكرة الاحالة التي يفترض اعمالها ان اختصاص قانون الارادة قد تم بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين وليس استناداً إلى مطلق سلطان الإرادة.<sup>(2)</sup> فمنطق أنصار النظرية الشخصية يناهض صحيح القانون لإرادة المتعاقدين ليست طليقة وإنما مقيدة بنصوص القانون الأمرة التي تهدف إلى حماية المصالح العليا للجماعة فالعقد ليس مسألة خاصة فقط بأطرافه وإنما هو واقع اجتماعي.<sup>(3)</sup> انطلاقاً من فكرة إن العقد إنما يعبر عن الواقع الاجتماعي للبيئة التي نشأ فيها، تبلور مضمون النظرية الموضوعية وهي الأساس القانوني الثاني لمبدأ قانون الإرادة والتي يرجع أصلها إلى الاستاذ الألماني سافيني وتطورت فكرتها على يد الاستاذ باتيفول، فهذه النظرية ترفض التسليم بإطلاق دور الإرادة في اختيار قانون العقد، وإن كانت تبقى على هذا الدور في الحدود التي تقضي باعتبار الإرادة عنصراً في تركيز العلاقة العقدية في نظام قانون معين وليس أساساً لها.<sup>(4)</sup> فقد استقرت هذه النظرية على ضرورة خضوع العقد لإحكام القانون الداخلي لدولة معينه وفقاً لما تقرره قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي، فإرادة المتعاقدين وفق النظرية الموضوعية تستند إلى قوة القانون الذي منح هذه الإرادة حق اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي، وهذا الاختيار هو اختيار تنازعي لأنه يخضع العقد لأحكام القانون المختار الأمر الذي يؤدي إلى بطلان أي شرط يخالف قاعدة أمرة في هذا القانون.<sup>(5)</sup> فهذه النظرية تعلي سلطان القانون على إرادة المتعاقدين فسد اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقدهم هو القانون وبهذا تعد إرادة المتعاقدين ضابط اسناد يشير إلى القانون الواجب التطبيق،<sup>(6)</sup> فلا يملك الطرفان المتعاقدان استبعاد الأحكام ذات الصبغة الأمرة في القانون الواجب التطبيق كما في النظرية الشخصية. وإذا لم يقدّم المتعاقدان صراحةً بختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي تبدأ مهمة القاضي بالبحث عن إرادتهم الضمنية، وفي حالة عدم وجودها فيتولى اسناد الرابطة العقدية إلى القانون السائد في مركز الثقل في الرابطة العقدية، ما لم يتولى القانون بنفسه هذا التركيز من خلال قرائن محدده، كما لو اسند العقد عند سكوت الإرادة إلى قانون دولة إبرامه أو دولة تنفيذه.<sup>(7)</sup> فجوهر إرادة المتعاقدين وفق هذه النظرية تتمثل في تركيز العقد في مكان معين وفقاً لطبيعة العقد وملابساته وتبقى سلطة القاضي في تصحيح التركيز الذي قام به طرفا العقد أيًا كان شكله حتى يتلاءم مع التركيز الحقيقي للعلاقة العقدية.<sup>(8)</sup>

(1) د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص 24.

(2) د. هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 110.

(3) H. Batiffol, Subjectivism et Objectivism, dans le droit international prive, des contrats, mélanges, maury, t.i, dalloz  
مشار إليه د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 58. 1960, P.58.267

(4) د. خالد عبد الفتاح، مصدر سابق، ص 126

(5) د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مصدر سابق، ص 58.

(6) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص 39.

(7) د. هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 39.

(8) د. حسام الدين فتحي، مصدر سابق، ص 26.

ويترتب على خضوع العقد الدولي لأحكام النظرية الموضوعية جملة من النتائج الايجابية والسلبية، تتمثل النتائج الايجابية باحترام النصوص الأمرة في القانون الواجب التطبيق، وكذلك حظر التجميد الزمني للقانون باستبعاد التعديلات التشريعية، فوفق هذه النظرية يخضع العقد الدولي لهذه التعديلات التي قد تطرأ عليه. كما لا يمكن للأطراف المتعاقدة اختيار قانون لا صلة له بالعقد، وإن القانون المختار من قبل الأطراف لا يندمج في العقد ويصبح شرط من شروطه كما في النظرية الشخصية، بل يحتفظ القانون المختار بصفته القانونية امام القضاء ولا يندمج في العقد ويخضع المتعاقدان لأحكامه الأمرة. كما وتتقيد حرية الأطراف في اختيار أكثر من قانون لحكم العقد وماتؤدي اليه هذه الحرية من الافلات من حكم القانون.<sup>(1)</sup> وعلى الرغم من المزايا المذكورة إلا أن لهذه النظرية نتائج سلبية أيضا تتمثل في أن إطلاق سلطة القاضي في تعديل اختيار المتعاقدين وعدم تقييدها بأي قيد لما قام به المتعاقدان من تركيز للعقد القائم بينهما يؤدي إلى انعدام الامان القانوني فهو يؤدي بالضرورة إلى الاخلال بتوقعات الأطراف المشروعة حول القانون الواجب التطبيق على عقودهم. وهكذا يختلف دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في رحاب النظرية الشخصية عنه في رحاب النظرية الموضوعية حيث تملك الإرادة وفق النظرية الشخصية الاختيار المادي للأحكام التي تنظم الرابطة العقدية بنحو يجعلها تفلت من أحكام القانون، بينما لا تملك هذه الإرادة وفق النظرية الموضوعية و بمقتضى قاعدة الإسناد ألا الاختيار التنازعي للقانون فلا يستطيع المتعاقدان مخالفة القواعد الأمرة.<sup>(2)</sup> ولما كان التمييز بين توجه النظرية الشخصية والموضوعية من الصعوبة بمكان فقد طرح الفقه معيار تقليدي للفرقة بين النظرية الشخصية والموضوعية يتخذ من وسيلة تحديد القانون سندا للفرقة بينهما، فإذا تم تحديد قانون العقد بناء على اختيار إرادي له سواء كان الاختيار صريحا أو ضمنيا أوحى مفترض نكون امام النظرية الشخصية، أما لو تم تحديد القانون عن طريق تركيز الرابطة العقدية في اطار قانوني تعينه ارادة المشرع أو القاضي المطروح عليه النزاع حتى لو كان التركيز قائم على علامات ودلالات مستمدة من ارادة المتعاقدين فإننا نكون امام النظرية الموضوعية.<sup>(3)</sup> ولما كان المعيار التقليدي يكتنفه الغموض أيضا و جانبه الصواب لأنه يتناسى إن الاختيار في الحالتين مستندا إلى إرادة الأطراف، ظهر المعيار الحديث للفرقة بين النظرية الشخصية والموضوعية والذي يتمثل بقاعدة "وضع الإرادة في مواجهة قانون العقد"، ويقصد به إذا علت إرادة المتعاقدين على القانون المختار بحيث تصبح احكام القانون المختار مجرد شروط تعاقدية نكون امام النظرية الشخصية، أما لو خضعت هذه الإرادة للقانون بحيث لا يستطيع المتعاقدان الخروج عن الاحكام الإمرة فيه نكون امام النظرية الموضوعية.<sup>(4)</sup> وهذا المعيار من وجهة نظرنا منتقد أيضا وذلك لعدم تبيينه معيار واضح ومحدد للتمييز بين النظريتين فمتى يكون للإرادة أن تعلق عن القانون وتدمج القانون المختار في العقد بوصفه شرطا تعاقديا؟ وما هو معيار دمج القانون بالعقد؟ فنحن نعتقد إن الإرادة عندما تمارس دورها في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد فإن ذلك يكون بالاستناد إلى القانون الذي خولها هذا الحق وبالتالي لا يجوز لها أن تتجاوز هذا الحق في الاختيار وإن تعلو القانون أو

(1) د.حسام الدين فتحي، مصدر سابق، ص 27.

(2) د.محمود محمد ياقوت، مصدر سابق، ص 11 وكذلك سلطان عبد الله محمود علي الجواري، مصدر سابق، ص 81 وما بعدها وإيضاً سلام هادي جاسم، فكرة العقد الدولي الطليق وتأثيرها بالقواعد الموضوعية الدولية، رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2011، ص 81.

(3) د.محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مصدر سابق، ص 12.

(4) د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، بند 113.

تغير من وصفه وتجعله شرطاً من الشروط التعاقدية، كما أن إدراج القانون الواجب التطبيق على العقد ضمن بنود العقد لا يغير من وصفه ، إلا في حالة ما إذا تم الإشارة إلى الأحكام الواردة في قانون معين دون تسميته، كأن يذكر في العقد على أنه (( في حالة ما إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليه فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت إن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً )) ، ففي مثل هذه الحالة قد يتبادر إلى البعض أن هذا الحكم الوارد في العقد هو شرطاً تعاقدياً من صنع الأطراف أنفسهم إلا أنه في حقيقته هو نص قانوني قد تم تضمينه في بنود العقد فذلك لا يغير من طبيعته ويجعله شرطاً تعاقدياً بل يبقى محتفظاً بهذه الصفة. ونستطيع القول مما تقدم أن النظرية الشخصية لا تتفق مع هدف الحماية للطرف الضعيف في العقود المختلة التوازن، وذلك لأن الطرف القوي سيعتمد إلى استغلال مركز القوة الذي هو فيه فيحدد القانون الواجب التطبيق على العقد والذي يحقق مصالحه فقط على حساب الطرف الآخر، أما مضمون النظرية الموضوعية فيمكن أن يستعمل في معالجة اختلال التوازن وحماية الطرف الضعيف في العقود الدولية فحرية الاختيار للقانون الواجب التطبيق وفق هذه النظرية ليست متروكة لطرفي العقد، وبالتالي لا تتوفر للطرف القوي فيها حرية الاختيار واستغلال تفوقه ومركز القوة الذي هو فيه، وإنما لابد من احترام النصوص الأمرة والتي تعتبر حماية الطرف الضعيف أحد أهدافها. كما إن هذه النظرية تسمح لإطراف العقد الدولي بتركيز العقد فقط في مكان معين وفقاً لطبيعة العقد وملابساته وتبقى السلطة الأكبر للقاضي في تصحيح هذا التركيز، أي إننا نستطيع القول أنه حتى لو استغل الطرف القوي سلطته وقام باختيار القانون الذي يحقق مصالحه على حساب الطرف الآخر فللقاضي تصحيح هذا الاختيار بما يتلاءم مع التركيز الحقيقي للعلاقة العقدية، الأمر الذي يرجح النظرية الموضوعية في التطبيق في العقود الدولية التي يختل فيها التكافؤ. وعن موقف القانون العراقي من النظرية الشخصية والموضوعية فإن هذا الموقف غير واضح من خلال نص المادة (1/25) من القانون المدني العراقي، ويرى البعض<sup>(1)</sup> إن المشرع العراقي قد تبنى بعض النتائج التي قررتها النظرية الموضوعية إذ أن عبارة يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي وجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين.... فقد أقر المشرع هنا أن القواعد التي تطبق على الالتزامات التعاقدية سواء اتفق عليها الأطراف أو قررها القاضي لغياب دور الإرادة الصريحة أو الضمنية هي قواعد تبقى محتفظة بصفاتها القانونية، وهو ما تؤيده ويدعمه تحليلنا لدور الإرادة الذي ذكرناه أعلاه. كما إن منطوق المادة يوحي أيضاً حسب رأي جانب آخر من الفقه<sup>(2)</sup> بعدم وجود أي قيد على الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق فلم يشترط النص وجود صلة بين القانون المختار والعقد، فالأطراف يتمتعون بحرية كاملة في اختيار أي قانون حتى لو لم يكن له علاقة بالعقد وهذا من نتائج النظرية الشخصية وعليه نستطيع القول بأن المشرع العراقي قد اعتد بالنظرية الموضوعية مع احترامه لدور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية الدولية. وعن موقف التشريعات والاتفاقيات محل المقارنة من النظرية الشخصية والموضوعية فيرى جانب من الفقه المصري<sup>(3)</sup> إن مسلك المشرع في نص المادة (1/19) من القانون المدني المصري هو محض أعمال للنظرية الموضوعية، فهو يخضع الرابطة العقدية عند الاختيار الإرادي

(1) د. بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر ، 2011، ص170-171.

(2) د. ممدوح عبدالكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن، الطبعة الاولى، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، 1973.

(3) د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية ، مصدر سابق، ص174.

للقانون الواجب التطبيق للقواعد الامرة في القانون المختار، وأيضا عند سكوت الارادة عن الاختيار، حيث تخضع الرابطة العقدية لحكم القواعد الامرة في القانون الذي اختاره المشرع لتركيز العقد فيه.

أما في ظل القانون الفرنسي فيمكن استخلاص توجه المشرع الفرنسي من النظريتين الشخصية والموضوعية من إحكام القضاء الفرنسي الذي يتردد بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية فبعض إحكامه ابتداءً بالحكم الصادر في (5 ديسمبر 1910) السابق الذكر تنبئ عن تبني القضاء للنظرية الشخصية، وتؤكد ذلك الموقف أيضا في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1935/6/4 والذي رفضت فيه المحكمة تجزئة العقد وتطبيق قوانين مختلفة على اجزاء العقد وقررت تطبيق قانون الارادة على عناصر العقد كاهه بما فيها الأمرة والناحية وعلى اساس عدم قابلية العقد للتجزئة،<sup>(1)</sup> كما وتؤكد أيضا في حكم محكمة استئناف باريس بتاريخ 24 نيسان 1940 الذي اعلنت فيه بان العقد الدولي يشكل وحده شريعة المتعاقدين.<sup>(2)</sup> فيما اخذ القضاء الفرنسي ايضا بالنظرية الموضوعية القائمة على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية فيما لو لم يحدد الاطراف القانون الواجب التطبيق على نحو صريح، فيعمل القاضي على الكشف عن القانون الاوثق صلة بالرابطة العقدية بحسب طبيعة العقد ووفقا لظروف التعاقد وملابساته وبغض النظر عن ارادة المتعاقدان.<sup>(3)</sup> فقد أعلنت محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 1910/12/5 صحة بند عقدي (بند الاعفاء من المسؤولية لسبب الاهمال) وفقا لأحكام القانون الفرنسي قانون محل تنفيذ العقد في حين أن الإرادة قد عينت قانون آخر هو القانون الأمريكي قانون محل ابرام العقد.<sup>(4)</sup> أما بخصوص موقف القانون الأمريكي فيمكن تلسمه من المادة (2/187) من التقنين الأمريكي الثاني للعام 1971، فالواضح من المادة اعتناقها للنظرية الموضوعية في حالة كون ارادة الاطراف في اختيارهم لقانون معين يحكم عقدهم تخالف قاعدة أمره في قانون الولاية الأمريكية وبالنظرية الشخصية في الفقرة (1) من نفس المادة حيث اعطت للأفراد في اخضاع عقدهم للقانون الذي يختارونه. أما عن موقف معاهدة روما لسنة 1980 من النظرية الشخصية والموضوعية فيرى جانب من الفقه انها قد كرست مبدأ حرية الاطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد في المادة (1/3) والتي يتضح منها انها قد اعتنقت النظرية الشخصية وساوت بين الاختيار الصريح والضمني الا انها قد اشترطت في الاختيار الضمني ان يكون مؤكدا، كما انها قد استثنت من الخضوع للنظرية الشخصية القانون المختار في حالة مخالفته لقواعد امره في الدولة التي تتركز فيها كل عناصر العلاقة العقدية وكذلك القانون المختار في حالة مخالفته للقواعد الامرة الحامية للطرف الضعيف كما وقيدت هذا الاختيار بضرورة احترام قواعد البوليس الوطنية والاجنبية<sup>(5)</sup>.

(1) نقلا عن جابر جاد عبدالرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص 542.

(2) نقلا عن د. سامي بديع منصور ود. أسامه العجوز، مصدر سابق، ص 399.

(3) د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص 381.

(4) نقلا عن سامي بديع منصور ود. أسامه العجوز، مصدر سابق، ص 399.

(5) د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق ص 423 وما بعدها.



## المبحث الثاني تقدير خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة

يقتضي تقدير خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة بيان الجوانب الايجابية والسلبية لهذا الخضوع وهذا ما سنحاول تسليط الضوء عليه في هذا المبحث الذي سنقسمه الى مطلبين نتناول في المطلب الاول تحليل وظيفة الإرادة في نطاق العقد الدولي ونخصص المطلب الثاني لبيان دور مبدأ قانون الإرادة في تركيز اختلال التوازن العقدي.

### المطلب الأول

#### تحليل وظيفة الإرادة في نطاق العقد الدولي

إذا كان لمتعاقدان وفق مبدأ قانون الإرادة ان يختارا بإرادتهم الصريحة او الضمنية القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهما فان التساؤل الذي يثور هنا هل ان ارادتهما في هذا الشأن طليقة لا حدود لها ام انها مقيدة؟ وهل لهذه الإرادة حق تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون ام لا؟

ان البحث عن مدى حرية الاطراف المتعاقدة في اختيار القانون الواجب التطبيق ينحصر فقط في مجال العقود الدولية المتضمنة عنصراً أجنبياً، حيث إن العقود الوطنية تخضع للقانون الوطني فلا يحصل تنازع بين القوانين في إطار تلك العقود.<sup>(1)</sup> وقد ذهب جانب من الفقه من انصار النظرية الشخصية الى القول بان حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي حرية مطلقة متأثرين بالنظرية الشخصية التي تطلق حرية الاطراف في اختيار قانون العقد استناداً لما للإرادة من سلطان ليس له حدود في هذا الصدد.<sup>(2)</sup>

وأساس هذه الفكرة عندهم انه لما كان العقد الدولي يرتبط باكثر من قانون فهو يفلت اذن من الخضوع لنظام قانوني معين، فيكون للمتعاقدین مطلق الحرية في تنظيمه وفقاً للقواعد التي يرونها مناسبة عملاً بمبدأ سلطان الإرادة في مجال العلاقات العقدية، ويرتب بعض المناصرين لهذا القول نتيجة مهمة وهي قدرة المتعاقدين على تحرير العقد من الخضوع لقانون دولة معينة بحيث يبقى طليقاً لا يخضع الا لما اتفق عليه الطرفان او للأعراف التجارية السائدة بين المتعاقدين او العادات وهذه هي فكرة العقد الدولي الطليق حيث لا يخضع العقد فيها لقانون دولة محددة.<sup>(3)</sup>

على إن جانب من الشراح المؤيدين لإطلاق حرية الاطراف في اختيار قانون العقد لا ينطلقون من مبدأ سلطان الإرادة، كما يفعل انصار النظرية الشخصية، وإنما على العكس يرون ان اختيار المتعاقدين لقانون العقد هو الحل الذي قرره المشرع لمشكلة تنازع القوانين في الروابط العقدية الدولية، وهو ما يفيد لديهم ان العقود الدولية لا تقلت من سلطان القانون وإنما تخضع لإحكامه، كل ما في الامر ان هذا الاتجاه يرفض تقييد سلطان الإرادة باشتراط توافر الصلة بين القانون المختار والعقد على اساس ان القانون الدولي الخاص يهدف اساساً الى حماية المصالح الفردية دون اهتمام كبير بالتدخل الامر الذي يهدف اليه القانون الداخلي.<sup>(4)</sup>

(1) د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 262.

(2) د. سامي بديع منصور ود. عكاشة عبد العال، طرق حل المنازعات الدولية الخاصة والحلول الوضعية لتنازع القوانين، الدار الجامعية، 1995، ص 36. ود. صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن، بيروت، 1981، ص 77. وكذلك Ranouil L autonomie de volonte, naissance, et evolution d un concept, presse universitaire de France, 1980, p. 29. نقلاً عن سلطان عبدالله محمود الجوازي، مصدر سابق، ص 75.

(3) د. حفيظه السيد الحداد، مصدر سابق، ص 371.

(4) Pierre Louis Lucas, La Liberte contractuelle en droit int. prive Francais, Melanges jean Dabin, Tom II 1963 P. 743 et نقلاً عن د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 332.

وعلى هذا النحو فإذا كان للأطراف المتعاقدة ان تختار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي فإنه يتعين ان تكون حريتهم مطلقة في هذا الشأن ومن ثم لا يجوز للقاضي ان يصحح اختيارهم بدعوى انها لا تمثل مركز الثقل في العلاقة العقدية ذلك ان هذا الامر يخل بالأمان القانوني ويتعارض مع الاحترام المتطلب لتوقعات الافراد بوصفه من اهداف القانون الدولي الخاص المعاصر.<sup>(1)</sup> والاتجاه نحو إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد هو اتجاه يعبر بلا شك عن الفلسفة الفردية التي كانت سائدة ويتمشى ايضا مع واقع الاسواق الدولية التي تسيطر عليها الشركات العملاقة التي تؤكد على مزيد من الفردية في القانون الدولي الخاص المعاصر.<sup>(2)</sup> كما إن احترام إرادة المتعاقدين كضابط للأسناد يميله أمران الاول: التقليد أو العرف التاريخي الذي دفع الى الاعتراف بحق الاطراف المتعاقدة في تعيين القانون الواجب التطبيق وهو حق اختيار قانون لا تركيز عقد في مكان والثاني: ان قاعدة قانون الارادة هي قاعدة موضوعية مادية خاصه بالعقود الدولية فهي واجبة التطبيق والاحترام من القاضي وهي ضرورية لتنظيم العلاقات التجارية الدولية وتجاهلها وعدم الاهتمام بها يضر بذلك التنظيم، ليس هذا فقط بل لا ينبغي تقييدها واشترطت توافر صلة بين العقد والقانون المختار كما لا ينبغي قبول الإحالة في حالة وجود الارادة الصريحة للمتعاقدين<sup>(3)</sup> ويمكن أن نشير هنا الى اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والتي اكدت على حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد في المادة الثالثة منها السابقة الذكر، والتي يرى جانب من الفقه<sup>(4)</sup> ان نص المادة قد خلا من أي اشارة تقيد الإطراف في اختيارهم، كاشتراط توافر صلة بين العلاقة العقدية والقانون المختار مثلا، وبهذا يحق للمتعاقدين اختيار قانون محايد لحكم العقد فالاتفاقية خولت حرية غير مقيدة في الاختيار حماية لتوقعات الإطراف، وقد طابقت بعض الاتفاقيات والتشريعات الوطنية موقف اتفاقية روما هذا.<sup>(5)</sup> والتساؤل الذي يمكن طرحه هنا هل يمكن أعمال نظرية الغش نحو القانون كقيد ازاء حرية المتعاقدين أم لا؟ للوهلة الأولى قد يبدو من الصعوبة إعمال نظرية الغش نحو القانون في هذا المجال مادامت حرية المتعاقدين مطلقة في اختيار قانون العقد، ذلك أن أعمال الدفع بالغش نحو القانون يقتضي توافر التغيير الارادي لضوابط الإسناد، وان يكون هذا التغيير بقصد الافلات من احكام القانون المختص اصلا بحكم النزاع، ولاشك ان ارادة المتعاقدين هي في الاساس ضابط الاسناد في الالتزامات العقدية فمن الصعب والعسير اعمال هذه النظرية نظرا لما خول للإرادة من حرية مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق فالحق الممنوح لهم يتعارض مع اعمال نظرية الغش نحو القانون.<sup>(6)</sup>

(1) Deby Gerard Le role de regle de conflit dans le reglement des rapports inter-nationaux, these,

ص 238 نقلا عن د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 333. Paris 1973

(2) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المصدر سابق، ص 336.

(3) د. احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص 1071-1072.

(4) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 336.

(5) اخذ بنفس الموقف من حرية الاطراف اتفاقية لاهاي لعام 1978 بشأن القانون الواجب التطبيق على الوساطة والتمثيل التجاري ولعام 1986 بشأن القانون الواجب التطبيق على النيووع الدولية للبضائع فلم تقيد بدورها ارادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد وكذلك م2 من المشروع الذي اعده مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بمدينة بال بسويسرا عام 1991 التي نصت على " المتعاقدين احرار في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم"

(6) د. محمود محمد ياقوت، مصدر سابق، ص 105.

ومع هذا يرى البعض،<sup>(1)</sup> انه يمكن اعمال نظرية الغش نحو القانون بتدويل عقد داخلي بطبيعته لمجرد التوصل الى اخضاعه لقانون دولة غير التي تنتمي اليها الرابطة العقدية، وذلك عن طريق اصطناع عنصر اجنبي في عقد وطني لإيجاد صلة بينه وبين القانون المختار بهدف التهرب من الاحكام الأمرة في القانون الداخلي، كما لو سافر مصريان مقيمان في مصر الى ايطاليا لمجرد التهرب من النصوص الأمرة الخاصة بالفوائد في القانون المصري الذي يخضع العقد لا حكامه فانه من الممكن هنا اعمال نظرية الغش نحو القانون، فاختيار المتعاقدين للقانون الايطالي قد اريد منه التهرب من القواعد الأمرة في القانون المصري الواجب التطبيق اصلا على العقد، بوصفه من عقود القانون الداخلي، وهو ما يتوافر معه العنصر المعنوي للغش بنيه التحايل على القانون، من خلال خلق معيار اسناد لم يكن موجود. فعقود القانون الداخلي لا تخضع لقانون الارادة مما اضطر المتعاقدان في هذا المثال الى اصطناع عنصر اجنبي بسفرهم الى ايطاليا بغرض تدويل هذه الرابطة لإسنادها لقانون الإرادة (القانون الايطالي). وهذا ما تنبته له اتفاقية روما لسنة 1981 حين نصت على ضرورة احترام القاضي للقواعد الأمرة وقواعد البوليس في الدولة التي يرتبط بها العقد، فالجزاء المترتب على اصطناع العنصر الاجنبي هو تجاهله واعاده الاختصاص للقانون الداخلي.<sup>(2)</sup> وقد انتقد جانب من الفقه اطلاق حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق باشتراطهم ضرورة توافر صلة بين القانون المختار والعقد، بحيث يجب ان يرتبطا بنحو أو اخر، وبذلك يستطيع المتعاقدان ان يختارا قانون جنسية او موطن احدهما أو محل تنفيذ العقد أو قانون موقع المال في حال تقييد هذه الارادة<sup>(3)</sup>، فالحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق ستضر بالطرف الضعيف في العلاقة العقدية غير المتوازنة، فهي حرية للطرف القوي وحده حيث سنشهد حرصا من الجانب القوي على اختيار قانون يحقق مصالحه ويلبي طموحاته دون ادنى اهتمام بمصالح الطرف الضعيف، مستغلا حاله الضعف المعرفي او الاقتصادي التي يعانيتها الأخير.<sup>(4)</sup> وقد دفع هذا الأمر للاتجاه نحو تقييد حرية الاطراف في اختيار قانون العقد، فاختيار قانون العقد لا يقوم على مطلق سلطان الارادة أو على قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص، وإنما على قاعدة من قواعد تنازع القوانين، فالإرادة تعد ضابط الإسناد في قاعدة التنازع التي وضعها المشرع في دولة القاضي فيتعين عليها ان تختار احد القوانين التي تتزاحم لحكم العقد الدولي اسوة بغيرها من قواعد تنازع القوانين، الأمر الذي يوجب ان تكون هناك صلة بين القانون المختار وبين العقد الدولي.<sup>(5)</sup> ولا يهم بعد ذلك أن تكون هذه الصلة ذات طابع مكاني او مادي، بل يكفي ان تكون صلة ذهنية تكشف عن ارتباط العقد بنظام قانوني محدد على نحو أواخر، مثل ارتباط الشخص بأمة معينه عند الحديث عن خضوع احواله الشخصية لقانون الجنسية، أو أن ينصب الاختيار على قانون احد الدول التي يتوطن بها احد المتعاقدين، أو التي يتمتع بجنسيتها، فالصلة هنا مستمدة من العناصر الشخصية.<sup>(6)</sup> ولم يشر القانون العراقي الى موقفه من اطلاق أو تقييد ارادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد بوجود صلة

(1) د.عز الدين عبدالله، مصدر سابق، ص 437.

(2) د.حفيظ السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 426.

(3) د.شمس الدين الوكيل، دروس في القانون الدولي الخاص، مذكرات على الالة الكاتبة، ملقاء على طلبة السنة الرابعه بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية 1962، 1963، ص 160-161.

(4) نجلاء عبد حسن، القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك الدولي، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بابل، 2013، ص 56.

(5) د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 344، و B.AUDIT:Droit international prive, 2e ed.paris.economica, 1997, p.77.

(6) د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 348.

بين العقد والقانون المختار، إلا أن جانب من الفقه العراقي<sup>(1)</sup> يشترط توافر هذه الصلة أما من خلال جنسية أو موطن أطراف العلاقة العقدية أو موضوع العقد أو محل الإبرام أو التنفيذ. وفي إطار القانون المصري فيرى جانب من الفقه المصري ضرورة التفرقة بين الإرادة الصريحة والضمنية وحالة انعدام الاختيار حيث يشترط توافر الصلة بين العقد والقانون الواجب التطبيق على الحالة الأخيرة (غياب الاختيار)، فالقانون أخذ بإطلاق حرية المتعاقدين في حالة كون إرادتهما صريحة واضحة عندئذ يجب احترامها وأعمال القانون المختار وفي حالة تخلف الاختيار الصريح مع وجود أدلة ومعطيات يقينية على اتجاه الإرادة إلى تطبيق قانون معين فيعمل بتلك الإرادة الضمنية وينبغي احترامها أما في حالة كان من المتعذر تلمس الإرادة صريحة أو ضمنية يكون اللجوء إلى تطبيق القاضي للقانون الاوثق صلة بهذا العقد.<sup>(2)</sup> ومن الأمثلة على الصلة بين القانون المختار وبين العقد الدولي ما أكدته القضاء الفرنسي من صحة الاتفاق على تطبيق القانون الانكليزي على عقود نقل البضائع بحراً ولو لم تكن هناك صلة مادية بين العقد والقانون المذكور، وإنما على أساس الأهمية التي يحتلها القانون الانكليزي في مجال النقل البحري، فالعقد يرتبط بالقانون الانكليزي بصلته ذات طابع اجتماعي أو اقتصادي بالإضافة إلى المصلحة المشروعة للمتعاقدین هنا التي تتركز على ما يوفره القانون الانكليزي من مزايا للعملية العقدية من حيث التمويل أو التغطية التأمينية للمخاطر<sup>(3)</sup>. وقد أيد الفقه والقضاء الأمريكي الاتجاه نحو توافر الصلة بين العقد والقانون المختار، فقد سجل الوفد الأمريكي خلال مناقشات إبرام معاهدة روما لسنة 1980 وجهة نظره التي قرر فيها رفضه لإطلاق حرية المتعاقدين في الاختيار، مؤكداً على ضرورة تقييد الحرية باشتراط أن يكون القانون المختار على صلة بالرابطة العقدية، فأشار الوفد الأمريكي إلى أن "الولايات المتحدة تعتبر أن تقييد إرادة الأطراف في اختيار قانون العقد أمر بالغ الأهمية لأن إطلاق حريتهم سيؤدي إلى اضطراب في المعاملات الدولية ذلك أنه إذا كان العقد يعتبر غير مشروع وفقاً لقوانين الدول التي ترتبط بالعلاقة العقدية وأصر المتعاقدان على اختيار قانون منبت الصلة عن هذه العلاقة يقر مشروعية العقد فإن طرح النزاع الذي يثور بين المتعاقدين أمام قضاء أي من الدول التي ترتبط بها العلاقة العقدية سيؤدي بالضرورة إلى الحكم بطلانها، بينما ستحكم محاكم الدولة التي تم اختيار قانونها بصحة العقد فيما لو أثر النزاع أمامها وهو ما يتنافى مع الاستقرار المطلوب للمعاملات التجارية الدولية"<sup>(4)</sup>. ويرى جانب من الفقه<sup>(5)</sup> أن تقييد إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق باشتراط توافر الصلة بين القانون المختار والمختار والعقد الدولي يقلل من فرص تحايلهم على الأحكام الآمرة في القوانين المرتبطة بالعقد، ولكنه في ذات الوقت يخل بتوقعات الأفراد وذلك بمفاجئتهم بتطبيق قانون غير الذي وقع عليه اختيارهم وهذا بدوره ينال من الأمان القانوني الذي قصده الأطراف، كما أن تحويل القاضي السلطة في تصحيح اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم عقدهم عندما يكون اختيارهم غير ذي صلة بالعقد يعني أن المتعاقدان لا يتمتعون بأي حق في اختيار القانون الذي يحكم العقد لأنهم لا

(1) انظر في ذلك د. غالب علي الداودي - د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، الجزء الثاني، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 1982، ص 151.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص 1073.

(3) Pierre Mayer Droit international Prive, 2eme edition et 4 edition montchrestien 1991, P. 561

(4) Lagarde, Le principe de proximité dans le droit international privé pour la Haye 1986, p. 62

نقلاً عن د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ص 352

(5) د. حفيظه السيد الحداد، مصدر سابق، ص 372.

يملكون الا الخضوع للقانون الاوثق صلة بالعقد، وهو ما يتنافى مع قاعدة الاسناد في مجال العقود الدولية التي خولت المتعاقدين حرية اختيار القانون الذي يحكم عقدهم وحتى لو حاول المتعاقدان اختيار القانون السائد في مركز الثقل، فهذا لا يعني نجاحهم في ادراك الأمان لان القاضي سيتصدى لما سينشأ من نزاع في المستقبل فيفاجئهم ربما بتطبيق قانون غير الذي تم اختياره من قبلهم عند التعاقد . ونحن نرى إن تقييد حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم يمكن العمل به لمعالجة اختلال التوازن في العقود الدولية، فاشتراط القاضي للصلة بين القانون المختار والعقد الدولي يعني الالتزام بما تقرره النصوص الآمرة والقواعد ذات التطبيق الضروري في القانون المختار والتي تعتبر حماية الطرف الضعيف احد أهدافها، كما إن تقييد حرية المتعاقدين تعني تقييد حرية الطرف القوي وعدم ترك المجال امامه لاختيار قانون يحقق مصالحه فقط او اختيار قانون منبت الصلة عن العقد، ونستطيع القول أيضا انه يمكن تخويل المتعاقدين حرية اختيار القانون عملا بحقهم المقرر بمقتضى قاعدة الإسناد وصيانة توقعاتهم وعدم تقييدها بالقانون السائد في مركز الثقل في العلاقة العقدية، في حالة الحد من اطلاق هذه الحرية التي تمكنهم وبالأخص الطرف القوي في العقد من الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعقد فعلياً. فالزام المتعاقدين باحترام النصوص الآمرة في القانون المختار يمكن الاخذ به كوسيلة لمعالجة اختلال التوازن وايضا لإبقاء قدر من الحرية للمتعاقدين، وهذا الحل لا يهدر حرية الإطراف في الاختيار كما لا يطلق العنان لهذه الحرية فهو يقيم توازن بين حرية المتعاقدين في اختيار القانون وضرورة استناد هذه الحرية على اسس موضوعية ومشروعة من ناحية أخرى. بعد أن بينا هل ان ارادة المتعاقدين كضابط للإسناد مطلقة أم مقيدة في اختيار القانون الواجب التطبيق يثور تساؤل اخير حول حرية ارادة المتعاقدين في اختيار اكثر من قانون لحكم العقد الدولي وحقهم في تجزئة العلاقة الخاصة الدولية محل الاسناد على نحو يسمح بتطبيق اكثر من قانون؟ إن مشكلة التجزئة في القانون الدولي الخاص قد يكون موضوعها العلاقة العقدية محل الاسناد او القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذاته ، وهو ما تسعى إليه إرادة المتعاقدين عند اختيارها لأكثر من قانون<sup>(1)</sup> فالمقصود بالتجزئة في نطاق العقد اخضاع العقد الدولي الواحد لأكثر من قانون وقد يقوم المشرع بتقسيم العلاقة الواحدة الى اجزاء واخضاع كل جزء لقانون مختلف ، كما قد تقوم المحكمة بهذه التجزئة بإسناد جانب واحد او اكثر من العقد الى قانون يختلف عن القانون الذي يحكم الجوانب الاخرى وقد يقوم المتعاقدان بذلك ، فهناك ثلاثة انواع من تجزئة العقد تشريعيه وقضائية وتعاقدية<sup>(2)</sup> والتي تهمنا التجزئة التعاقدية والتي فيها يقوم المتعاقدين باقتطاع بعض نصوص القانون الواجب التطبيق واستبدالها بنصوص اخرى ، فمثلا عقد بيع المنقول وان كانت تخضع لقانون الارادة كأصل عام وهو ما يتطلب تطبيق هذا القانون على التراضي والمحل والسبب والالتزامات المتبادلة للمتعاقدين، الا ان شكل العقد يخضع لقانون محل الابرار واهلية التعاقد تخضع للقانون الشخصي وانتقال الحق العيني على المنقول يخضع لقانون موقع المال<sup>(3)</sup> والتساؤل الذي يرد هنا اذا كانت ارادة المتعاقدين تقوى على تجزئة القانون الواجب التطبيق في شان الفكرة

(1) Jean Christophe Pommier, La resolution du conflit de lois en matiere contractuelle en presence d une election de droit .clunet 1992 p.120.366 نقلا عن د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص 120.366

(2) د.عوني محمد الفخري ، ارادة الاختيار في العقود الدولية والتجارية والمالية، دراسته مقارنه، منشورات زين الحقوقية ، 2012، ص 147

(3) د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص 367.

المسندة الواحدة فهل ترتبط فكرة تجزئة العقد بفكر النظرية الشخصية ام الموضوعية ؟ يشير البعض<sup>(1)</sup> في هذا الخصوص ان تجزئة قانون العقد يرتبط بفكر النظرية الشخصية التي تتيح للمتعاقدین اختيار قانون على غير صلة بالرابطة العقدية فتتزل احكامه منزلة الشروط التعاقدية وهو مايؤدي الى الاعتراف بحقهم في اختيار اكثر من قانون، اما عن هذا الحق في اطار فقه النظرية الموضوعية أي مدى امكانية تجزئة العقد الدولي من حيث الموضوع وبخاصة الالتزامات المتبادلة والتي تخضع لقانون الارادة، فيرى جانب من الفقه<sup>(2)</sup> انه فليس هناك ما يمنع المتعاقدين من اخضاع هذه الرابطة لأكثر من قانون واحد مادامت قد توافرت في كل منها الصلة المتطلبة بالعقد وعلى ان لا تؤدي التجزئة الى الاخلال بانسجام العقد وافلاته من سلطان القانون، ويبدو الامر واضحا في العقود المركبة المتضمنة لعدة عمليات عقدية يمكن الفصل بينها مثل عقد القرض الدولي الذي قد يلحقه عقد كفاله يمكن للمتعاقدین هنا اختيار قانون ليطبق على عقد الكفالة يختلف عن القانون المختار في شأن عقد القرض<sup>(3)</sup>. ولم يشر القانون المدني العراقي الى امكانية تجزئة العقد وهذا يمكن ان يعتبر حكم عام في القوانين العربية، فتعبير الالتزامات التعاقدية الذي استعملته النصوص العربية يشمل كل المسائل المتعلقة بتكوين العقد وأثاره بحيث تخضع لقانون واحد، فلا تسمح هذه القوانين ومنها القانون العراقي بان يكون تكوين العقد خاضع لقانون في حين التزامات البائع خاضعه لقانون ثاني والتزامات المشتري خاضعه لقانون ثالث وانما كل ما يتعلق بالعقد يمثل وحدة لا تقبل التجزئة<sup>(4)</sup>. أما القوانين محل المقارنة فيلاحظ ان القانون المدني المصري يرفض تجزئة العقد حيث جاء بالملحظة الايضاحية للقانون المدني المصري ان الحكم الوارد في المادة 1/19 مدني "يضمن وحده القانون واجب التطبيق على العقد وهي وحدة لا تكفلها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها"<sup>(5)</sup>. اما قانون التحكيم التجاري المصري الجديد رقم 9 لسنة 1999 فله موقف مغاير فقد اخذ بتجزئة العقد في م 1/39 التي نصت على هيئة التحكيم ان تطبق على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، ومثل هذه الصياغة تسمح للمتعاقدین اختيار قواعد قانونية ينتمي بعضها الى قانون دولة معينة وينتمي بعضها الاخر الى قانون دولة اخرى وهو ما يعني امكانية تجزئة العقد واخضاعه لأكثر من قانون<sup>(6)</sup> كما ان القانون الفرنسي فلم يشر في نصوصه الى فكرة تجزئة العقد واخضاعه لأكثر من قانون، إلا أن جانب من الفقه الفرنسي<sup>(7)</sup> أشار إلى رفض فكرة تجزئة العقد وضرورة الحفاظ على وحدة العقد واخضاعه لقانون واحد ، ويرجع ذلك إلى ان تجزئة العقد تؤدي الى تقطيع اوصال العملية التعاقدية واخضاع كل جانب منها لقانون مختلف، كما انه يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي والاستقرار

(1) د.محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مصدر سابق، ص33 وكذلك د.عوني محمد الفخري، مصدر السابق، ص147، وايضا د.ممدوح عبدالكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص176.

(2) د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص371

(3) فقد حكمت المحكمة الفدرالية في سويسرا في 1934/9/18 بان القانون الذي يحكم الكفالة هو القانون السويسري في خصوص الدعوى ليس بالضرورة القانون الذي يحكم الدين الاصلي القانون الالمانى نقلا عن د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص371.

(4) د.ممدوح عبدالكريم، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، المصدر السابق، ص177.

(5) د.احمد عبدالكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولا ومنهجيا، مصدر سابق، ص1092.

(6) د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص372

(7) les conflits des lois en matière de contrats, these paris 1938, p.69 Batiffol

اللازم للعلاقة التعاقدية. وإن عدم العمل به يجنب العقد اسباب البطلان التي قد يقررها احد القوانين واجبة التطبيق عليه، كما إن تجزئة العقد تتنافى مع روح القانون الذي قرر للمتعاقدين حق اختيار قانون العقد وليس حق اختيار قوانين عدة، إلى جانب إن العقد وحدة نفسية واقتصادية وتجزئته لا تشوه فقط تلك الوحدة، وإنما تنال من العقد كمخلوق قانوني منشئ لقواعد قانونية فريدة. وقد تغير موقف القانون الفرنسي هذا بعد انضمامها الى اتفاقيه روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام 1980 التي تعتبر القانون الحاكم للعقد في إطار منظومة الاتحاد الأوروبي. أما عن موقف القانون الأمريكي والقوانين الانكلوسكسونية بصفة عامة من تجزئة العقد فيذهب جانب من الفقه إلى القول بتطبيق مبدأ تجزئة العقد، حيث لا يوجد ما يمنع من تعدد القوانين التي تحكم العقد الدولي من حيث الانعقاد او الآثار او التنفيذ<sup>(1)</sup> ، فقد جاء بالمادة رقم (7) من اتفاقية مكسيكو لعام 1994 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية التي أبرمت بين دول الأمريكتين الشمالية والجنوبية على: " يحكم العقد بواسطة القانون الذي يختاره الأطراف، واتفاق الأطراف على هذا الاختيار يجب ان يكون واضحاً وجلياً، و في حالة ان لا يكون هناك اتفاق واضح، يجب ان يكون ذلك مستمداً من سلوك الأطراف ومن بنود العقد، وهذا الاختيار يمكن ان يرتبط بكامل العقد او بجزء منه" <sup>(2)</sup> ، فالنص أعلاه يشير بصورة واضحة إلى خضوع العقد إلى القانون المختار من قبل الأطراف وهذا الخضوع ممكن أن يكون إلى أكثر من قانون، حيث لا يوجد ما يقيد الإرادة طالما كانت هذه القوانين ذات صلة بالرابطة العقدية. وفيما يخص اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية فقد نصت صراحة على إمكانية تجزئة العقد في المادة (1/3) والتي تخضع العقد في بعض اجزائه لقانون اخر غير القانون او القوانين التي تحكم الاجزاء الاخرى وبذلك تتعدد القوانين بقدر تعدد اجزاء العقد، كما اعتنق هذا المبدأ عدد من القوانين والاتفاقيات الدولية<sup>(3)</sup>. وإن قدرة المتعاقدين على تجزئة العقد وفقاً لرأي جانب من الفقه لا تقلت من أي قيد وإنما ترد على هذه القدرة قيدين<sup>(4)</sup>:

(1)Bernard Audit,Droit international Prive2eEd paris.economica,1991,p251.

(2) تنص المادة 7 من اتفاقية مكسيكو

The contract shall be governed by the law chosen by the parties. The parties' agreement on this selection must be express or, in the event that there is no express agreement, must be evident from the parties' behavior and from the clauses of the contract, considered as a whole. Said selection may relate to the entire contract or to a part of same.

Selection of a certain forum by the parties does not necessarily entail selection of the applicable law.

انظر نصوص الاتفاقية على الموقع الالكتروني :

[www.oas.org/juridico/english/treaties/b-56.html](http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-56.html)

(3) انتهت اتفاقية لاهاي لسنة 1986 في شان القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية الى تأكيد هذا المبدأ كما اخذ القانون الدولي الخاص الالمانى به في المادة1/27 لعام 1986التي اكدت على حق الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد في مجموعه او على جانب منه فقط وكذلك المادة7من المشروع الذي اعده مجمع القانون الدولي عام 1991 الذي اكد على حق المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على مجموع العقد او على جزء او اكثر من اجزائه. د.هشام علي صادق ،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ،مصدر سابق ،ص372.

(4) د.هشام علي صادق ، المصدر سابق ،ص375.

**القيد الأول:** ان لا تؤدي حرية المتعاقدين هذه في تجزئة العقد الى اهدار الانسجام المطلوب في الرابطة العقدية. وهو ما يحدث في الفروض التي تتصل المسألة محل النزاع فيها بعنصرين من عناصر العقد اخضع المتعاقدين كل منها لقانون مختلف، كما في طلب فسخ عقد لعدم التنفيذ فالفصل في هذه المسألة يؤدي الى ضرورة بحث المحكمة عن مضمون الالتزامات المتقابلة للمتعاقدين وهو ما يصعب معه الفصل في النزاع اذا اخضع المتعاقدان كل التزام لقانون يختلف عن الآخر الذي يحكم الالتزام المقابل .

**القيد الثاني:** ضرورة احترام سلطان القانون، يؤكد على هذا القيد الاستاذ باتيفول بان السماح للإرادة باختيار أكثر من قانون لحكم العقد الدولي في شأن مسائل تنظمها هذه القوانين تنظيمًا امرا قد تعمل على انزال القوانين المذكورة منزلة الشروط التعاقدية مما يجردها من صفتها فتقلت الرابطة من سلطان القانون<sup>(1)</sup>. وكمثال لهذه الحالة عقد ايجار مبرم بين احدى الشركات التابعة للدولة (أ) ورجل صناعة يقيم في الدولة (ب) واستأجر رجل الصناعة من الشركة المذكورة بموجب هذا العقد اجهزة صناعية لمدة معينة مقابل مبالغ نقدية يلتزم بدفعها بصفه دورية للشركة المؤجرة، وقد تضمن العقد شرطًا ربطت فيه الشركة مبلغ الاجار بسعر الذهب وشرط آخر ذو طابع جزائي يؤكد انفساخ العقد تلقائيًا مع استحقاق الاجرة عن مدة العقد كاملة في حالة تأخر المستأجر عن دفع أي قسط من اقساط الاجار عن موعد استحقاقه، فاذا افترضنا ان قانون الدولة أ يبطل شرط الدفع بالذهب لكنه يجيز الشرط الجزائي بينما قانون الدولة ب بالعكس يبطل الشرط الجزائي ويجيز الدفع بالذهب فانه والحال هذه تستطيع الشركة الحفاظ على مصالحها رغم التنظيم القانوني الامر اذا قامت بتضمين العقد شرط يفيد اتفاق الطرفين على اخضاع شرط الذهب لقانون الدولة ب والشرط الجزائي لقانون الدولة أ وبهذا يقلت العقد من الاحكام الإمرة التي يتضمنها قانون كل من الدولتين<sup>(2)</sup>. ونحن وان أيدنا حرية المتعاقدين في اختيار أكثر من قانون على ان تكون مقيدة بالقيود السابقة والتي نضيف عليها ان لا تؤدي تجزئة العقد واخضاعه لا كثر من قانون الى الاختلال بالتوازن داخل العقد الواحد وذلك بقيام العاقد القوي باقتطاع بعض نصوص القانون الواجب التطبيق والتي تحمي مصالح الطرف الضعيف ويستبدلها بنصوص اخرى في قانون اخر يحقق مصالحه فقط على حساب الطرف الضعيف مستغلا حاله التفوق التي هو فيها وهذا ما سنتناوله في المطلب التالي.

### المطلب الثاني

#### دور مبدأ قانون الإرادة في تركيز اختلال التوازن العقدي

لما كان مبدأ قانون الارادة يخول الاطراف المتعاقدة امكانية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بصرف النظر عن طبيعته وظروفه وتكافؤ المراكز المعرفية والاقتصادية بين أطرافه، ولعدم وجود مساواة حقيقية في المراكز المعرفية والاقتصادية للمتعاقدين داخل العقد الواحد، فان السماح لهم واعطاءهم الحرية في اختيار وتحديد قانون العقد من شأنه ان يسمح للطرف القوي ان يضحي بمصالح الطرف الضعيف تلبية لمصالحه وطموحاته. فالنتيجة المترتبة على اقرار مبدأ حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد من نتائجها اقضاء أي حماية يوفرها المشرع الوطني للطرف الضعيف في العقد<sup>(3)</sup>، إذ إن المبدأ يعطي للإرادة الافراد الدور الاساسي والجوهري في

(1) mayer,op .cit , p.554.

(2) د.هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق ،ص377-378.

(3) د.بدران شكيب الرفاعي، مصدر سابق ،ص233-234



تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ويترك لهم مجال كبير في حرية الاختيار اكبر من المجال المتروك لهم في القانون الداخلي، وذلك لكون العقود ذات الطابع الدولي لها نظام قانوني خاص قائم على الرغبة في عدم اعاقه تطور التجارة الدولية فمجرد تكييف العقد بانه عقد دولي يكفي لوضعه تحت سلطان نظام قانوني اكثر مزايا بالمقارنة مع النظام القانوني الذي يخضع له العقد الوطني<sup>(1)</sup>. ان مشكلة تنازع القوانين هي في الحقيقة مشكلة اختيار الضابط الملائم لحكم العلاقة ذات الطابع الدولي<sup>(2)</sup>، فالوظيفة التقليدية لقاعدة الاسناد هي توزيع الاختصاص بين الانظمة القانونية المتزاحمة في حكم علاقة قانونية معينة بناءاً على ضابط اسناد مجرد، وإذا كانت صفة الحياد هي احد الخصائص المميزة لقاعدة الإسناد، حيث الاختيار يتم بدون النظر الى مضمون القانون الواجب التطبيق والنتائج التي يؤدي إليها، يؤكد عدم امكانية مراعاة مصالح المتعاقدين الضعيف فالتطبيق التلقائي غير المبصر لقاعدة عامة في مجال كبير كالعقود يشمل نماذج عديدة مختلفة باختلاف الظروف والملابسات يؤدي الى نتائج غير مقبولة وفقاً للعدالة<sup>(3)</sup>، لذلك يقرر البعض (( إن اختيار الضابط المتصل بالعنصر الرئيسي في العلاقة القانونية يكفل لها اكبر قسط من الفعالية في المجال الدولي فهو من جهة يؤدي الى استقرار المعاملات الدولية بدخول رعايا كل دولة في علاقات تتعدى حدود اقليم دولتهم دون ان يخشوا تطبيق قانون غير متوقع على العلاقة ومن جهة أخرى يكفل للعلاقة انتاج اثارها ليس داخل اقليم الدولة التي تم اختيارها لحكم العلاقة فقط بل كذلك لدى الدولة الاخرى التي تمتد اليها اثار العلاقة))<sup>(4)</sup> فالأصل في ضابط الارادة انه ضابط شخصي ونفسي ومعنوي ومجرد فهذه الخصائص تجزم بعدم ملائمة كضابط اسناد رئيس في قاعدة التنازع العامة التي تحكم العقود الدولية خصوصاً العقود المختلة التوازن والتي يكون احد اطرافها ضعيفاً مقارنة بالآخر لسببين<sup>(5)</sup>:

الأول : إذا كان لإرادة الاطراف الحرية المطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وفق النظرية الشخصية فستؤدي هذه الحرية المطلقة لاسيما في حالة عدم التكافؤ بين طرفي العقد الى تعسف الطرف الاقوى واملائه لشروطه واختياره لقانون يحقق مصالحه على حساب مصلحة الطرف الضعيف<sup>(6)</sup>، وبالتالي فان تبني قانون الإرادة كقاعدة عامة صالحة لحسم تنازع القوانين في إطار العقود الدولية من شأنه إقصاء التوازن العقدي المطلوب في هذا النوع من العقود ويتناقض مع هدف حماية الطرف الضعيف في العقود التي يختل فيها التوازن.<sup>(7)</sup>

الثاني : حين يكون للقاضي السلطة المطلقة في تصحيح اختيار الاطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وفقاً للنظرية الموضوعية فان تلك السلطة المطلقة من شأنها عدم توفير الحماية المرجوة للطرف الضعيف في العقد لاسيما في العقود التي يختل فيها التوازن لسببين:

1- إن بقاء سلطة القاضي في تصحيح اختيار الاطراف أياً كان وجه تعبيرهم عن ارادتهم من شأنه أن يؤدي إلى شعورهم بعدم الامان لعدم امكانية توقعهم للقانون الواجب التطبيق على عقدهم منذ لحظة ابرام العقد الى ان يتم

(1) د.ابو العلا ابو النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص20.

(2) د.احمد عبد الكريم سلامه، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولاً ومنهجاً، مصدر سابق، فقرة92، ص102.

(3) د.ابو العلا ابو النمر، المصدر سابق، ص21 ود.أشرف وفا محمد، استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الاطراف، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة الطبع، ص4.

(4) د.فؤاد رياض ودسامية راشد، مبادئ القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص35.

(5) د.حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص28

(6) د.حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص28.

(7) د.ابو العلا او النمر، المصدر سابق، ص21

الكشف عن مضمونه في مرحلة التطبيق، وحينئذ سيفاجئ المتعاقدان لاسيما الضعيف منهم بتطبيق احكام قانون لا يرغب به.<sup>(1)</sup>

2- إن القاضي عندما يقوم بتصحيح اختيار الاطراف وفق النظرية الموضوعية لا يهدف الى تطبيق القانون الاكثر حماية للطرف الضعيف وانما يسعى الى تطبيق القانون الذي يرتبط مع العقد بالرابطة الاكثر وثوقا، وهو ما قد يؤدي الى ان يكون القانون المختار من القاضي يقرر حماية ضعيفة او قد لا يقرر أي حماية للطرف الضعيف في العقود المختلة التوازن.<sup>(2)</sup>

ومع هذا فنحن نرى بأن سلطة القاضي في تصحيح اختيار الاطراف وان كانت تسعى الى تطبيق القانون الاوثق صلة والذي قد لا يقرر حماية كافية للطرف الضعيف، إلا انه أفضل من ترك الحرية للطرف القوي ليختار القانون المطبق على العقد فالقانون الاكثر ارتباطا بالعقد والذي سيختاره القاضي لا يخلو من نصوص حامية للطرف الضعيف في حين ان ترك حرية الاختيار للطرف القوي فقط تجعل احتمال اختيار هكذا قانون شبه معدومة، إضافة إلى ذلك يمكن تقييد حق القاضي في تصحيح الاختيار ليس فقط بالبحث عن القانون الأوثق صلة بل بالقانون الذي يوفر حماية أكثر حماية لاسيما في العقود التي يختل فيها التوازن. أما عن موقف القوانين المقارنة فيلاحظ جانب من الفقه العراقي والذي نؤيده بدورنا <sup>(3)</sup> ان المشرع المدني العراقي في نص المادة (25) السابق الذكر لا يمنع من اختيار الاطراف لقانون لقانون الارادة حتى وان كان مؤديا الى الاضرار بالطرف الضعيف باختيار الطرف القوي للقانون الذي يحقق مصالحه، وهذا الموقف يمكن ان يعتبر محل نظر، ذلك ان المشرع العراقي قد سعى الى حماية الطرف الضعيف في العقد في أحكامه الموضوعية مثال ذلك المادة (167) من القانون المدني العراقي، التي عاجت عقود الاذعان ومنحت دورا بارزا للمحكمة في امكانية تعديلها للشروط التعسفية التي تتضمنها هذه العقود او حتى بإلغائها على وفق ما تقضي به العدالة، كما أبطلت كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك، وقررت أيضا إن تفسير عبارات العقد ينبغي ان لا تكون ضارة بمصلحة الطرف المدعن ولو كان دائما، ومثل هذا الحكم ما وضع الا لحماية الطرف الضعيف من تحكم الطرف الاخر فمثل هذا الموقف التشريعي إذا كان ينصرف إلى الوضع الداخلي، لا يتناسب مع ما تقضي به قاعدة الاسناد المنصوص عليها في المادة (1/25) من القانون المدني العراقي، ومن باب أولى أن ينعكس على الصعيد الدولي. أما موقف القانون المدني المصري فنجد انه واضحا في المادة (1/19) مدني مصري فالمشرع اعتمد على ضابط رئيس شخصي هو ارادة الاطراف أيضا، وهذا الضابط يؤدي الى فقد التوازن بين اطراف العقد بالضغط على الطرف الضعيف من جانب الطرف القوي لاختيار القانون الذي يحقق مصلحه الأخير، والضوابط الاحتياطية الاخرى التي أشارت إليها المادة (1/19) وهي الموطن المشترك ومحل ابرام العقد لا تحقق هدف الحماية، فقد ابرز واقع عقود ومعاملات التجارة الدولية جمودها في ظل التطور الحديث للمعاملات والعقود الدولية نتيجة تطور وسائل الاتصالات والنقل و ابرام العقود بين غائبين بالهاتف أو الفاكس أو الانترنت.<sup>(4)</sup> وفي ظل القانون الفرنسي فيمكن القول ان بانضمام فرنسا وتوقيعها لاتفاقيه روما حول القانون القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية يكون القانون الفرنسي قد اخذ بما جاء بنصوص الاتفاقية من ضرورة

(1) في نفس المعنى د. ابو العلا ابو النمر، مصدر سابق، ص34.

(2) د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص29.

(3) د. بدران شكيب الرفاعي، مصدر سابق، ص235.

(4) د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص15-16.

عدم مخالفة القانون المختار للنصوص الأمرة بالحماية للطرف الضعيف فقد نصت المادة (2/5) من اتفاقية روما على ان "اختيار الاطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد يجب ان لا يؤدي الى حرمان المستهلك من الحماية التي تقررت له بمقتضى النصوص الامرة في قانون الدولة التي يوجد فيها محل اقامته المعتادة"<sup>(1)</sup> ، وقد أتى المشرع الفرنسي بعدة قوانين من اجل تنظيم العقود التي فيها عدم توازن واضح بين حقوق طرفيها كعقد التأمين، فقام بفرض رقابة صارمة على شركات التأمين تحد من سلطاتها في فرض الشروط التعسفية على المؤمن لهم بما يحقق نوعا من التوازن في العلاقة العقدية، فقد استطاع المشرع الفرنسي من خلال هذه الرقابة ان يغل يد شركات التأمين في مسالة اختيار القانون الذي يخضع له العقد.<sup>(2)</sup> أما عن موقف القانون الأمريكي من مبدأ قانون الارادة ودورها في اختلال التوازن فيمكن تلسمه من المادة (109) من القانون الأمريكي الفيدرالي الموحد لمعاملات الكمبيوتر لعام 1999، فبعد أن أقرت المادة صراحة مبدأ حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وضعت احكاما خاصة بالطرف الضعيف فقد نصت الفقرة (أ) منها على ان للأطراف في اتفاقهم ان يختاروا القانون الواجب التطبيق، لكن هذا الاختيار يجب ان لا يتعارض مع نصوص حماية المستهلك.<sup>(3)</sup> كما قدم الفقه الأمريكي مثال لدور مبدأ الارادة في اختلال التوازن العقدي والامكانية التي يتيحها هذا المبدأ للطرف القوي في تذكرة نقل بحري اصدرتها احدى شركات الملاحة الامريكية عام 1964 تتضمن من بين شروطها العقدية شرطا يتعلق بمسؤولية الناقل، مفاده انه إذا ثار تنازع بين القوانين بصدد هذه المسؤولية فان الناقل والسفينة سيتمتعان بحماية القانون الافضل لهما من بين القوانين المتنازعة.<sup>(4)</sup> ومن المثال السابق يتضح قيام الطرف القوي وهو الناقل بتحديد القانون الذي يوفر الحماية له مما يضر بالطرف الاخر في العقد.

(1) تنص المادة الخامسة فقرة 2 من اتفاقية روما Article 5 Certain consumer contracts

2. Notwithstanding the provisions of Article 3, a choice of law made by the parties shall not have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by the mandatory rules of the law of the country in which he has his habitual residence

انظر نصوص الاتفاقية على الموقع [eur.europa.eu](http://eur.europa.eu) ... [eur-lex](http://eur-lex)

(2) R.T.D.E.1974,P319. » CLAUDE J.BERR«droit europeen des assurances

نقلا عن د. هشام احمد محمود عبد العال ، عقد التأمين في اطار القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000، ص133.

(3) نقلا عن د. ابراهيم بن احمد بن سعيد زمزمي، مصدر سابق، ص102.

(4) اشارة الى هذا المثال د. احمد الهواري، مصدر سابق، ص88.

## الخاتمة

بعد الانتهاء من عرض مضمون فكرة البحث يمكن ان نخلص إلى النتائج التي تم استخلاصها من هذه الدراسة والتوصيات التي نعرضها علنا نوفق في طرحها وتتمثل بالاتي:

### النتائج

1- كشفت لنا هذه الدراسة ان اختلال التوازن العقدي في العقود الدولية انما ينجم عن كون احد اطراف العقد لديه بعض مواطن الضعف في مواجهة الطرف الاخر عند ابرام العقد لأسباب اقتصادية او معرفية او تقنية، فعدم التناسب في المقدرة التعاقدية فيما بين اطراف هذه العقود يستمد اصله من العوامل الاقتصادية والاجتماعية وخصوصا المعرفية السائدة في الوقت الحاضر الناجمة عن التسارع الهائل في التطور التكنولوجي ، فالعقود الدولية التي يكون كلا طرفيها على قدم المساواة في مركزيهما والتي تتم فيها المفاوضة بحرية تامه اختفت او تكاد تختفي.

2- يقصد باصطلاح قانون الارادة في القانون الدولي الخاص انه في مجال تتنازع القوانين بشأن العقود يؤخذ بالقانون الذي اختاره المتعاقدان صراحة او ضمنا فقاعدة قانون الارادة هي قاعدة من قواعد تتنازع القوانين تكفي بمجرد الارشاد والاشارة للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وتشارك سائر قواعد التنازع في خصائصها المميزة فهي قاعدة تستند الى عرف دولي وجدت للمحافظة على التوقعات المشروعة للمتعاقدين حول مضمون التزاماتهم ولتسهيل العمليات في التجارة الدولية، إلا إن الانحراف في فهم الدور الذي تقوم يؤدي بالنتيجة إلى اختلال التوازن العقدي بين طرفي العلاقات العقدية الدولية.

3- إن خصيصية الحياد لم تعد من الصفات المميزة لقاعدة الإسناد في ظل التطور الحاصل في وظيفة هذه القاعدة، إذ أن تحديد القانون الواجب التطبيق بغض النظر عن مضمونه لم يعد مقبولا في إطار العلاقات الخاصة الدولية بل لابد من البحث عن القانون الذي يوفر حماية اكبر للطرف الضعيف منعا من اختلال التوازن في هذا النوع من العلاقات.

4- إن الأساس القاني لمبدأ قانون الإرادة يختلف باختلاف النظرة إلى دور الإرادة حيث يختلف هذا الدور بين نظريتين هما النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية

5- جوهر النظرية الشخصية ان ارادة المتعاقدين مطلقة في اختيار القانون الذي يحكم العقد فهذه الارادة تسمو فوق القانون سواء كانت صريحة ام ضمنية وحققا هذا مستمد من مبدأ سلطان الارادة او من قاعدة مادية في دولة القاضي تستند الى مبدأ حرية التعاقد تخولهم هذه الحرية المطلقة في تنظيم اتفاقاتهم.

6- من النتائج الايجابية للنظرية الشخصية اندماج القانون الاجنبي المختار في العقد واخذه حكم الشرط التعاقدي مما يخول الأطراف استبعاد احكامه الآمرة ومن ايجابيات هذه النظرية كذلك عدم اشتراط توافر الصلة بين العقد والقانون المختار كما وان خضوع العقد الدولي لقانون الارادة يعتبر عامل ايجابي مهم لتنظيم مختلف العلاقات التجارية الدولية لما توفره هذه الحرية من تنشيط لهذه العلاقات وان لم تكن هناك صلة بين العقد والقانون المختار وأيضا يؤدي خضوع العقد لقانون الارادة لعدم الخضوع لأي تعديلات تشريعية قد تطرا على القانون المختار بعد ابرام العقد كما ويحفظ هذا المبدأ توقعات الاطراف وبالتالي تستقر المعاملات.

7- من سلبيات النظرية الشخصية ترك حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد للأفراد في حين ان المفروض كون القانون هو من يحدد نطاق سريانه على الاشخاص والاموال وليس العكس فترك حرية اختيار القانون للأفراد يؤدي الى كون الافراد هم من يتحكم بالقانون كما ويتحول العقد في ظل هذه النظرية الى عقد حر طليق لا يخضع لأي قانون وطني كما ان ترك هذه الحرية للأفراد لا يتفق مع هدف حماية الطرف الضعيف ومعالجة اختلال التوازن العقدي فالطرف القوي سيعتمد الى استغلال مركزه القوي فيحدد القانون الواجب التطبيق على العقد والذي يحقق مصالحه.

8- يتمثل الاساس القانوني لمنح الارادة حق اختيار القانون الواجب التطبيق ايضا بالنظرية الموضوعية جوهر هذه النظرية رفض التسليم بدور الارادة في اختيار قانون العقد وترى بانه فقط عنصر في تركيز العلاقة العقدية فهي تسند قدرة المتعاقدين الى قوة القانون الذي منح الارادة حق الاختيار فالقانون هو سند اختيار الاطراف للقانون الواجب التطبيق واردة الاطراف مجرد ضابط اسناد لا يملك المتعاقدان بموجبه استبعاد الاحكام الآمرة في القانون الواجب التطبيق.

9- من النتائج الايجابية للنظرية الموضوعية احترام النصوص الآمرة في القانون الواجب التطبيق وحظر التجديد الزمني للقانون فالقانون سيخضع بموجب هذه النظرية للتعديلات التشريعية كما لا يمكن للأطراف اختيار قانون لا صلة له بالعقد كما وتستعمل هذه النظرية كوسيلة في حماية الطرف الضعيف في العقود المختلة التوازن فالحرية في اختيار القانون وفق هذه النظرية ليست متروكة للطرف القوي وانما يكون مقيد باحترام النصوص الآمرة والتي تعتبر حماية الطرف الضعيف احد اهم اهدافها .

10- هناك معياران للتفرقة بين النظرية الموضوعية والشخصية معيار تقليدي يتخذ من وسيلة تحديد القانون سند للتفرقة بينهما ومعيار حديث يتمثل بوضع الارادة في مواجهة قانون العقد.

11- اختلف الفقه حول مدى حرية اطراف العقد الدولي في اختيار القانون الواجب التطبيق هل هي حرية مطلقة ام مقيدة بين من ذهب بالقول بانها حرية مطلقة ليس لها حدود مستندا الى مبدأ سلطان الارادة وبين من ذهب بانها مقيدة باشتراط الصلة بين العقد والقانون المختار بحيث يجب ان يرتبطا بنحو اواخر.

12- إن منح إطراف العقد الدولي حرية مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق يؤدي الى اختلال التوازن في العقود الدولية فهذه الحرية ستكون قاصره على الطرف القوي وحده وتخوله اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الذي يحقق مصالحه دون ادنى اهتمام بالطرف الضعيف

13- إن تقييد إرادة الإطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق تتفق مع هدف حماية الطرف الضعيف ومعالجة اختلال التوازن العقدي فاشتراط الصلة بين العقد والقانون المختار يقلل من فرص التحايل على الأحكام الآمرة في القوانين المرتبطة بالعقد كما ان هذا التقييد يقيد حرية الطر القوي ولايترك المجال امامه لاختيار قانون يحقق مصالحه فقط.

14- يعتبر مبدأ قانون الإرادة احد اهم الاسباب لاختلال التوازن في العقود الدولية فهذا المبدأ سيكون وسيلة للطرف القوي في العقد الدولي المختل التوازن يمكن من خلاله فرض ما يشاء من شروط على الطرف الضعيف ومنها اختياره للقانون الذي يحقق مصالحه مستغلا حالة التفوق الاقتصادي او المعرفي التي يتميز بها .

## التوصيات

- 1- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة(1/25) الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية فالمادة اعلاه لا تأخذ بنظر الاعتبار العقود التي لا يكون طرفيهما على قدر من المساواة في مراكزهم التعاقدية وبالتالي فقانون الارادة الذي نصت عليه هذه المادة سوف يتيح للطرف القوي إن يفرض إرادته في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بما يحقق مصالحة فقط وعليه نقترح أن يكون نص المادة كالتالي:  
(1- يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي يختاره طرفاه، من نصوص العقد ومن ظروف التعاقد وبما لا يؤدي إلى إهدار القواعد الآمرة القانون الذي يرتبط به العقد بروابط أوثق صلة أو التفريط بالحماية المقررة في تلك القواعد).
  - 2- ما لم يتم تحديد القانون الواجب التطبيق في الفقرة (1) أعلاه، يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الموطن المشترك للمتعاقدین إذا اتحدا موطنا فان اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها إبرام العقد ما لم يكن للعقد صلة أوثق بقانون الدولة التي يكون فيها موطن المدين بالأداء المميز في ذلك العقد).
  - 3- يمكن لإطراف الرابطة العقدية إخضاعها إلى أكثر من قانون أعلاه وبما يحقق اكبر قدر من الحماية للطرف الضعيف في الرابطة العقدية).
- فهذه الصياغة للنص ستأخذ بنظر الاعتبار حماية الطرف الضعيف في العقود غير المتكافئة عن طريق تقييد الارادة بالنصوص الآمرة التي لا يجوز لأطراف العقد الدولي وخصوصا الطرف القوي الاتفاق على مخالفتها، كما تأخذ بفكرة تجزئة الرابطة العقدية في الحدود التي توفر قدرا اكبر من الحماية للطرف الضعيف وتستجيب للتطور الحاصل على الصعيد الدولي وبهذا نصل الى هدفنا حماية الطرف الضعيف.
- 2- نقترح على القضاء العراقي تطبيق نص المادة (167) من القانون المدني العراقي في إطار العقود الدولية على اعتبار إن الهدف الحمائي، أي حماية الطرف الضعيف في العلاقات العقدية الدولية، يدخل ضمن مفهوم النظام العام الاجتماعي وبالتالي يمكن للقاضي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي لا يوفر هذه الحماية وتطبيق القانون العراقي متى كان يوفر حماية اكبر للطرف الضعيف، فان لم يكن كذلك كان على القاضي ان يبحث عن القوانين الأكثر صلة والتي توفر قدرا اكبر من الحماية.

أولاً: الكتب القانونية

1. د. إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
2. د. أبو العلا أبو النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 20.
3. د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة طبع.
4. د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولاً ومنهجاً، ط 1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة
5. د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
6. د. أحمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
7. د. أشرف وفا محمد، استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الاطراف، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة الطبع،
8. د. بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011.
9. د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.
10. د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.
11. د. حسام الدين فتحي، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
12. د. حسن الهداوي، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، بغداد، 1972.
13. د. حفيظه السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول (المبادئ العامة في تنازع القوانين) ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
14. د. خالد عبدالفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2002.
15. د. سامي بديع منصور ود. اسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2000.
16. د. سامي بديع منصور ود. عكاشة عبد العال، طرق حل المنازعات الدولية الخاصة والحلول الوضعية لتنازع القوانين، الدار الجامعية، 1995.
17. د. شمس الدين الوكيل، دروس في القانون الدولي الخاص، مذكرات على الالة الكاتبة، ملقاء على طلبه السنة الرابعه بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية 1962، 1963،
18. د. صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن، بيروت، 1981.
19. د. طرح البحور علي حسن، تدويل العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.
20. د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد.
21. د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص ج 2 تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط 6، 1969.
22. د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، ج 1، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.

23. د.عكاشة محمد عبدالعال ،تتازع القوانين ،منشورات الحلبي الحقوقية 2007 ،بيروت.
24. د.عوني محمد الفخري ، ارادة الاختيار في العقود الدولية والتجارية والمالية، دراسة مقارنة منشورات زين الحقوقية، 2012.
25. د.غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص ،دار وائل للطباعة والنشر، عمان ،الاردن ، 2001.
26. د.غالب علي الداودي - د.حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تتازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، الجزء الثاني، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 1982.
27. د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج2، تتازع القوانين، 1974.
28. د.فؤاد رياض ود.سامية راشد، مبادئ القانون الدولي الخاص ،ج2، تتازع القوانين ،دار النهضة العربية ،القاهرة ، 1996.
29. د.محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، دار الفكر الجامعي ، 2004 ، الاسكندرية .
30. د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ،منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2000.
31. د.ممدوح عبدالكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص ،تتازع القوانين ،الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2005.
32. د.ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن ، الطبعة الاولى ،دار الحرية للطباعة ،مطبعة الحكومه ،بغداد، 1973.
33. د.هشام احمد محمود عبدالعال ، عقد التامين في اطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية ،القاهرة ، 2000.
34. د.هشام صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995.
35. د.هشام علي صادق، تتازع القوانين ، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية ، 1971.
36. د.هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، 1983.
37. د.هشام علي صادق ،مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني ، منشأة المعارف ، الاسكندرية .



### ثانياً: الكتب الأجنبية

- 1-Pierre Mayer Droit international Prive, 2eme edition et 4 edition montchrestien 1991
- 2- Batiffol , les conflits des lois en matière de contrats, these paris 1938.
- 3-Bernard Audit, Droit international Prive 2e Ed paris. ecomica, 1997.

### ثالثاً: قرارات قضائية

1. قرار محكمة التمييز رقم 1045 القرار منشور في مجلة القضاء / تصدرها نقابة المحامين في العراق/ بغداد في 1958.5.28

### رابعاً: الرسائل الجامعية

1. احمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية ،رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون، جامعه بغداد، 2004
2. نجلاء عبد حسن، القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك الدولي ،رسالة ماجستير ،كلية القانون جامعة بابل، 2013.
3. سلطان عبدالله محمود الجواري، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق ،أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل ، 2004.
4. سلام هادي جاسم ، فكرة العقد الدولي الطليق وتأثيرها بالقواعد الموضوعية الدولية ،رسالة ماجستير مقدمه الى معهد البحوث والدراسات العربية ،القاهرة ، 2011.

### خامساً: القوانين

1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951
2. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948
3. القانون المدني الفرنسي لعام 1804
4. تقنين تنازع القوانين الامريكى الثانى لعام 1972 على الموقع الالكتروني  
التالى [www.columbia.edu/mr2651/.../Rest2conf/187](http://www.columbia.edu/mr2651/.../Rest2conf/187)

### سادساً: الاتفاقيات

1. اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام 1980 على الموقع الالكتروني  
[eur.europa.eu ... eur-lex](http://eur.europa.eu...eur-lex)
2. اتفاقية مكسيكو الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لعام 1994 على الموقع الالكتروني  
التالى [www.oas.org/juridico/english/treaties/b-56.html](http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-56.html)