



الرقم الدولي: ISSN/2075-7220

الرقم الدولي الالكتروني: ISSN/2313-0377

مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فعلية محكمة تصدر عن

كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

أ.م.م. د. إبراهيم اسماعيل

إدارة مخاطر منح الائتمان المصرفي

م.د. فرقد زهير خليل

الأحكام الموضوعية لجريمة لعب

أ.د. اسراء محمد علي

التمار - دراسة مقارنة -

مصطفى عقيل حميد

دور التشريعات المالية في ظهور الشركات

أ.د. سعد خضير عباس

القائضة في العراق بعد ٢٠٠٣

أ.د. اسماعيل صمصاع فيدان

حقوق الجهة الادارية في عقود الشراكة

م.اقبال عبد العباس يوسف

خدمة الكهرباء بين القطاعين العام

والخاص (دراسة مقارنة)

السنة الثالثة عشر العدد الثالث

٢٠٢١

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٢٩١ لسنة ٢٠٠٩



ISSN 2075-7220

ISSN ONLINE 2313-0377

AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By
College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

- | | |
|--|--------------------------------|
| ▪ Credit Risk Management | ▪ Prof. Dr. Ibrahim Ismael |
| | Dr. Frqad Zuhair Khalil |
| ▪ Objective Judgments To
Crime Of Play Gambling | ▪ P.D. Esraa Mohammed Ali |
| -A comparative Study- | Mustafa Akeel Hammed |
| ▪ The Role of Financial legislation
in the emergence of holding
companies in Iraq after 2003. | ▪ Prof. Dr. Saad Khudir |
| | Abbas Al rahamee |
| ▪ Authority in the electricity
service partnership contracts
between the public and private
sectors (Comparative study) | ▪ Prof. Ismail Sasa' Al-Budair |
| | Iqbal Abdel Abbas |

THIRD ISSUE

2021

THIRTEEN YEAR

No. Deposit in the Archives office – office 1291
for the national Baghdad in 2009

ت	البحث	اسم الباحث	رقم الصفحة
١.	ادارة مخاطر منح الائتمان المصرفي	أ.د. المتمرس. ابراهيم اسماعيل ابراهيم م.د. فرقد زهير خليل	٧١-٩
٢.	الأحكام الموضوعية لجريمة لعب القمار -دراسة مقارنة-	أ.د. اسراء محمد علي مصطفى عقيل	١٠٢-٧٢
٣.	دور التشريعات المالية في ظهور الشركات القابضة في العراق بعد ٢٠٠٣	أ.د. سعد خضير عباس	١٢٣-١٠٣
٤.	حقوق الجهة الادارية في عقود الشراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة)	أ.د. اسماعيل صمصاع غيدان م. اقبال عبد العباس يوسف	١٤٦-١٢٤
٥.	احكام التزام المرفوض بإدارة المال المرهون (دراسة مقارنة)	أ.د. منصور حاتم محسن حازم محمد جواد	١٨٥-١٤٧
٦.	مفهوم عقد الكفالة المؤقتة (دراسة مقارنة)	أ.د. ايمان طارق مكي علي عايد فالح	٢١٧-١٨٦
٧.	المفهوم القانوني لعقد التجميد (دراسة مقارنة)	أ.د. سلام عبدالزهرة عبدالله مشتاق عبدالحى عبدالحسين	٢٥١-٢١٨
٨.	الاساس القانوني للالتزام بضمان سلامة السائح	أ.د. هادي حسين عبدعلي بلسم محمد طالب	٢٨٢-٢٥٢
٩.	اثر قواعد الاسناد لحماية المستهلك الالكتروني في العلاقات الدولية	أ.د. عبدالرسول عبدالرضا حسين عمران جرمت	٣٢٤-٢٨٣
١٠.	جريمة الاعتداء على محطات القوة الكهربائية (دراسة مقارنة)	أ.د. إحسون عبيد هجيج شهد حيدر	٣٦٠-٣٢٥
١١.	السياسية العقابية لجريمة اخفاء العمل الارهابي (دراسة مقارنة)	أ.د. عمار عباس الحسيني علي منديل عبدالله	٣٨٧-٣٦١
١٢.	الجريمة دولية (جريمة الاستيلاء انموذجاً)	أ.د. صدام حسين وادي حازم سكران خضير	٤٢٣-٣٨٨
١٣.	ماهية الاعتداء على البيانات الشخصية لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي وتطبيقاتها العملية	أ.د. ميري كاظم عبيد فلاح ساهي خلف	٤٦١-٤٢٤
١٤.	انتقاص الاجراء القضائي (دراسة تحليلية مقارنة)	أ.د. وسن قاسم غني م. م. احمد خضير عباس أحمد	٤٨٣-٤٦٢
١٥.	نطاق امتياز مؤجر العقار	أ.د. وسن قاسم غني هاجر عبد العظيم عنبر	٥١٩-٤٨٤
١٦.	ظهور المصلحة الفضلى للطفل كضابط إسناد في العلاقات الخاصة الدولية	أ.د. فراس كريم شيعان خضير مخيف فارس	٥٥٤-٥٢٠
١٧.	المحل في عقد الرعاية الرياضية	أ.د. ذكرى محمد حسين ايناس هاشم رشيد	٥٨٨-٥٥٥
١٨.	الدور الذاتي لمبادئ القانون الدولي الخاص في معالجة الفراغ التشريعي (دراسة مقارنة)	أ.د. خير الدين كاظم الامين نور حسين جواد	٦٣٧-٥٨٩
١٩.	حالات النكول في المناقصات الحكومية	أ.د. صادق محمد علي عماد محمد شاطي	٦٦٦-٦٣٨
٢٠.	جريمة اعطاء وصفة طبية بمواد مخدرة أو مؤثرات عقلية لغير اغراض العلاج الطبي "في القانون العراقي"	أ.د. محمد اسماعيل ابراهيم أ.م. احمد هادي عبد الواحد	٧٠٦-٦٦٧
٢١.	جريمة التحريض على تبني افكار او توجهات تتعارض مع التداول السكن	أ.د. اسماعيل نعمه عبود ثامر ماهر حسون	٧٣٠-٧٠٧
٢٢.	جريمة تنظيم عصابة مسلحة ارهابية (دراسة مقارنة)	أ.د. لمي عامر محمود احمد حسن حسون	٧٧٠-٧٣١

٢٣.	الضمانات القضائية لحماية الحق في حرية البحث العلمي	أ.د. حسين جبار عبد لقاء عباس مهدي	٧٩٩-٧٧١
٢٤.	التأمين من المخاطر التجارية في سوق الأوراق المالية (دراسة مقارنة)	أ.د. سماح حسين علي مازن عبدالله عبد	٨٣٥-٨٠٠
٢٥.	تقييد حدود المسؤولية المدنية الناشئة عن الحوادث الرياضية (دراسة مقارنة)	أ.د. حيدر حسين الشمري م. محمد عبدالرزاق محمد	٨٨٣-٨٣٦
٢٦.	الرقابة على التمويل العام للأحزاب السياسية	أ.د. رافع خضر صالح رشا محمد امين	٩١٤-٨٨٤
٢٧.	التعويض من القلق من الموت الوشيك	أ.م.د. محمد جعفر هادي	٩٥٦-٩١٥
٢٨.	تنفيذ المصادرة الإدارية " دراسة مقارنة "	أ.م.د. رفاة كريم كربل غيث حميد كاظم عباس	٩٨٢-٩٥٧
٢٩.	الحماية الدولية لحق السجين في الصحة (دراسة في قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان)	أ.م.د. سرمد عامر عباس عدي كاظم حمزة	١٠٢٢-٩٨٣
٣٠.	مبدأ قرينة البراءة امام المحكمة الجنائية الدولية	أ.م.د. حيدر عبد محسن شهد نورس هادي وحيد	١٠٤٣-١٠٢٣
٣١.	تعارض المصالح في سوق الأوراق المالية (دراسة مقارنة)	أ.م.د. ميثاق طالب عبد جلال حسن حنتوش	١٠٨٧-١٠٤٤
٣٢.	شروط الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية التجارية والاجار المترتبة عليها(دراسة مقارنة)	أ.م.د. ميثاق طالب عبد ياسين خضير داخل	١١١٧-١٠٨٨
٣٣.	الاحكام الموضوعية لجريمة نقل الحدود (دراسة مقارنة)	أ.م.د. منى عبد العالي موسى كوثر عهد محمد	١١٦٢-١١١٨
٣٤.	جريمة اخذ الصغير	أ.م.د. منى عبد العالي موسى	١١٨٣-١١٦٣
٣٥.	الاحكام الموضوعية لجريمة الرشوة التي من شأنها الاضرار بالمصلحة الوطنية (دراسة مقارنة)	أ.م.د. نافع تكليف مجيد ريام سلام عبيد	١٢١٨-١١٨٤
٣٦.	اختصاص البرلمان في صحة العضوية البرلمانية	أ.م.د. ليلى حنتوش ناجي بشار محمد كريم	١٢٥٦-١٢١٩
٣٧.	حالات الظرف الطارئ في عقد الايجار (دراسة مقارنة)	أ.م.د. حبيب عبيد مرزه زينب ثامر شهيد	١٢٩٤-١٢٥٧
٣٨.	نقل الدعوى واثره على الاختصاص في القضاء المدني (دراسة مقارنة)	أ.م.د. عبدالله عبدالامير كمال رحيم عزيز	١٣٣٩-١٢٩٥
٣٩.	اشكاليات تكوين المحكمة الاتحادية العليا في العراق واثرها في جودة احكامها	أ.م.د. غانم عبد دهش	١٣٧٩-١٣٤٠
٤٠.	حق المرأة العراقية في الكرامة الانسانية (دراسة في اطار الدستور والقانون العراقي)	أ.م.د. ميسون طه حسين	١٤٠٣-١٣٨٠
٤١.	فعالية المحكمة التجارية العراقية في تسوية المنازعات التجارية (دراسة قانونية في ضوء البيان الصادر من مجلس القضاء الاعلى رقم (٧٤) لسنة ٢٠٢٠.	م.د. ماهر محسن عبود	١٤٢٥-١٤٠٤
٤٢.	التنظيم القانوني لعقوبة قطع الراتب (دراسة مقارنة)	م.د. امين رحيم	١٤٦٢-١٤٢٦
٤٣.	الخطأ المشترك في الاصابة بفيروس كورونا المستجد (كوفيد ١٩) (دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي)	م.د. احمد عبدالحسين الياسري	١٤٨٣-١٤٦٣
٤٤.	عقد الاختيار بين الوحدة والتعدد	م.د. هند فائز الحسون م.م. ارم عصام خضير	١٥٠٨-١٤٨٤
٤٥.	دور الاجهزة الرقابية في عملية اصلاح الاداري والمالي في العراق	م.د. قتاده صالح م.م. حيدر جاسم محمد	١٥٤٥-١٥٠٩
٤٦.	جرائم جلسات المحاكم (دراسة مقارنة)	م.د. منتظر فيصل كاظم	١٥٨٤-١٥٤٦
٤٧.	دور منظمة الامم المتحدة في تنظيم عمل الطائرات المسلحة المسيرة	م.قاسم ماضي حمزة م.د. هاني عبد الله عمران	١٦١١-١٥٨٥
٤٨.	دور التنظيمات النقابية في حماية حقوق العامل في العراق	م.رشا ظافر محي الدين رضا	١٦٤١-١٦١٢
٤٩.	استنباط الاحكام القانونية بدلالة الظهور اللفظي	م.م. حسن ضعيف حمود	١٦٦٧-١٦٤٢
٥٠.	التاثير القانوني لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية	م.م. عمر محمد صالح	١٦٩٥-١٦٦٨

عقد الاختيار بين الوحدة والتعدد

م.د هند فائز الحسون

كلية القانون – جامعة بابل

م.م ارم عصام خضير العيسى

كلية التمريض – جامعة بابل

ملخص البحث

القاعدة العامة ان العقد يستمد قوته في تنظم الاحكام على ارادة المتعاقدين والخضوع لها في تعيين مداها وحدودها فاذا ما تحدد موضوع العقد بين طرفيه واقترن الايجاب بالقبول على الوجه المشروع وتم الاتفاق على العناصر الجوهرية اصبح لهذا العقد قوة ملزمة وهي كقوة القانون بالنسبة لطرفيه اذ أن الزام احد المتعاقدين او كليهما ببعض من العقد للذين ارتضاه ككل هو مخالفة لتلك الارادة التعاقدية التي انصبت على العقد ككل بمضمونه وشروطه والتزاماته وحقوقه فلا يجوز مخالفة تلك الارادة الملزمة لأطرافها التي لم ترضي جزءاً من العقد دون الجزء الاخر والامر ذاته ينطبق على التصرف الانفرادي الصادر من جانب واحد حيث ان كون التصرف يقبل ولا يقبل التجزئة انما يرجع الى تلك الارادة التي عبر عنها صاحب التصرف القانوني واذا ورد بنود او شروط في التصرف الانفرادي ينبغي التساؤل عن اهميتها في نية وارادة المتصرف نفسه ، فهناك اتجاهان الاول يأخذ بمبدأ عدم القابلية للتجزئة باعتبار الاخيرة هي تصرفات مادية بحتة ترجع الى محل العقد ذاته في حين يوجد اتجاه اخر يرى ان عدم القابلية للتجزئة انما تركز على القانون الذي يعتبر بعض انواع العقد لا تقبل التجزئة حيث يرجع في ذلك الى نية الاطراف وارادتها التي جعلت من التصرف القانوني صفقة واحدة لا تقبل التجزئة .

المقدمة

وقبل الخوض في البحث لابد لنا من الوقوف على جوهر فكرة البحث، وبيان أهمية ومشكلة البحث والصعوبات التي تعترضه، فضلاً عن تحديد منهجية البحث وتوضيح الأهداف التي نرمي الوصول اليها واخيراً التطرق لخطة البحث .

اولاً :- التعريف بموضوع البحث ومضمونه.

تأثر التنظيم القانوني للعقود الدولية بالصراع الايدلوجي الذي نشأ نتيجة لتطور الفكر الإنساني وتبلور الصراع من خلال مذهبين متعارضين الأول المذهب الفردي ونشأته الأول الى القرن الثامن عشر والذي قدس حرية الفرد واتفق بها الى قمة التنظيم القانوني مما تقلص معه دور القاعدة القانونية وتضاءل في ظله تدخل الدولة التي اكتفت على هذا النحو بالسهر على اطلاق حرية الفرد في استعماله لحقوقه ورد العدوان عنه والثاني المذهب الاشتراكي او الاجتماعي الذي ساد مع أواخر القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين وتأثرت به كذلك المجتمعات الرأسمالية الغربية ذاتها الى حد بعيد والذي اكد ان الجماعة هي الهدف الاسمي للقاعدة القانونية التي تسعى الى تحقيق العدالة الاجتماعية ولو على حساب الحرية الفردية ، مما تزايد في رحابه تدخل الدولة في النشاط الاجتماعي والاقتصادي لحماية الافراد وتحقيق المصلحة العامة .

واذا كان فقه القانون الدولي الخاص قد استقر في نهاية القرن التاسع عشر وفي رحاب المذاهب الفردية على تطبيق قانون الإرادة في مسائل العقود الدولية ، فكان من الطبيعي ان يفرز هذا الصراع الفكري بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي آثاره على الدور الذي تقوم به الإرادة في تجزئتها للقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية خاصة وان هذه التجزئة تكون بخلاف التجزئة الداخلية -تتصل بأكثر من نظام قانوني واحد مما تثار معه مشكله تنازع القوانين .

ثانياً :- اشكالية البحث .

تشير مسألة دور الإرادة واختيار القانون في تجزئة العقد مجموعة من الإشكاليات القانونية تتمحور حول الصفة العقدية للعقد وإسائها أي متى نكون بصدد عقد دولي ؟ وهل يوجد هناك تجزئة ؟ وما هي معايير دوليتها وهل تثار مسألة تنازع ؟ وهل يمكن كسرها وتطويعها ؟

ثالثاً :- أهمية موضوع البحث

هل ان الإرادة حرة في اختيارها لقانون العقد؟ ام ان هناك قيود تحد من قدرتها على هذا الاختيار ؟ وهل يؤثر ذلك في تجزئة القانون الواجب التطبيق ؟

رابعاً: الاسباب الداعية الى اختيار الموضوع .

اذا اختار الاطراف قانون الدولة المتعاقدة ليطبق على عقدهم فانه يتوجب على القاضي تطبيق هذا القانون بوصفه قانون الإرادة وذلك استناداً الى العديد من الحجج التي سيقف في هذا الموضوع مثل تخلف هذا القانون وعدم ملاءمته لمعاملات التجارة الدولية او بحجة استكمال النقص في قواعد هذا القانون او بحجة تعارضه مع النظام العام الدولي .

كما لوحظ وجود اتجاه لتهميش دور قانون الإرادة بتنظيم العقود الدولية ، وذلك اذا ما ادى اعمال قاعدة قانون الإرادة الى تطبيق قانون وطني معين والذي عادةً ما يكون قانون الدولة المتعاقدة حيث يسعى الاطراف استناداً الى مبدأ الحرية وسلطان الإرادة الى ممارسة بعض السلطات عليه على نحو يخلع عن صفته كقانون وذلك من خلال التجميد الزمني لقانون الإرادة على حالته التي كان عليها لحظة ابرام العقد او تحويله الى مجرد شرط تعاقدى لا سلطة له على الاطراف الا ما يقرر هؤلاء انفسهم له او تهميش هذا القانون والاكتفاء بدور احتياطي له

خامساً:- منهجية البحث

لاستيعاب ابعاد الموضوع قدر الإمكان وبيان جوانبه القانونية ستكون دراستنا لهذا البحث :-

١- دراسة تحليلية وذلك من خلال ثلاث محاور :-

- المحور التشريعي والذي سوف نتناول فيه المعالجة التشريعية لموضوعها محل البحث على صعيد القوانين الداخلية (الوطنية) والاتفاقيات الدولية ذات الصلة .
- المحور الفقهي ومن خلاله سنبين الآراء الفقهية التي تطرقت للموضوع وتحليل هذه الآراء .
- المحور القضائي والذي سنحاول فيه تتبع اتجاهات القضاء وقراراته وصولاً الى تحديد الاتجاه لتجزئة العقد .

٢- دراسة مقارنة:-

من خلال الاستعانة بعدد من القوانين العربية وبعض القوانين الاوربية ومقارنتها بموقف القانون العراقي فضلاً عن البحث ببعض نصوص اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ م المتعلقة بالمحكمة الجنائية الدولية واتفاقية لاهاي المتعلقة بالالتزامات العقدية لعام ١٩٧١ م .

سادساً: خطة البحث .

في ضوء كل ما تقدم سنقسم البحث الى مبحثين مسبوقتين بمقدمة وتمهيد نتناول في المبحث الاول منه دور النظريتين الشخصية والموضوعية بتجزئة العقد اما المبحث الثاني منه سنسلط الضوء فيه على القانون الواجب التطبيق الاوتق صلة بالرابطة العقدية وسنقسم كل مبحث الى مطلبين .

تمهيد

قبل الخوض بموضوع تجزئة العقد لا بد من بيان مفهوم التجزئة .

مفهوم تجزئة العقد في العلاقات الدولية .

لا بد ابتداءً، من تعريف تجزئة العقد. فعلى الرغم من الإشارة إلى هذا المصطلح في النصوص القانونية والدراسات الفقهية ، لم نجد تعريفاً له ، الامر الذي يتطلب منا وضع هذا التعريف في مجال القانون لا بد من دراسة المجال الذي يتم فيه تطبيقه، وعندما يتم تطبيقه فماذا يشمل ذلك . وبعبارة اوضح اين ومتى يتم إعمال تجزئة العقد وما الذي تشمله هذه التجزئة.

١. تعريف تجزئة العقد .

ليس اصطلاح تجزئة العقد جديداً ، فقد ورد ذكره في بعض النصوص القانونية^(١) . كما استخدمه الفقه في الدراسات القانونية ذات العلاقة كما سنرى لاحقاً. غير اننا لا نجد ان هناك محاولة لتعريف هذا المصطلح . فمن المؤكد ان العقد اذا نشأ وجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه ^(٢) .

اي انه يجب ان ينفذ تنفيذاً كاملاً فليس من شأن التنفيذ الجزئي للعقد ان يحقق الغرض المشروع الذي ابتغاه اطراف العقد الا جزئياً غير ان الامور لا تسير على هذا النحو دائماً بل كثيراً ما يظهر ان جزءاً من العقد كان باطلاً او ان تشريعاً جديداً ظهر فبسبب بطلان جزء من العقد كان موقوفاً (عراقي) او قابلاً للابطال (مصري) او فرنسي (فاستخدم من له الحق في الابطال حقه هذا فزال جزءاً من العقد.

كما قد يكون العقد كله صحيحاً ولكن التنفيذ كان جزئياً ويقتنع القاضي بفسخ العقد فيما لم ينفذ منه فقط كما قد تحصل احدى الحالات التي يتعذر فيها التنفيذ الكامل اما لان المبيع المعين في العقد قد ظهر ناقصاً او لان جزءاً منه قد هلك او استحق او ظهر احد الاشياء المعقود عليها معيباً او تحصل واقعة قانونية كالموت تجعل من التنفيذ الكامل مستحيلاً فيفسخ جزء من العقد وقد يكون للعائد الحق طبقاً لنصوص القانون في التحلل من جزء من العقد كما في العقود غير اللازمة فاذا مارس المتعاقد حقه هذا بقي جزء من العقد وزال الجزء الاخر وهذه الحالات تتفق مع بعضها في ان جزءاً من العقد بقي صحيحاً نافذاً بينما زال الجزء الاخر منه دون تنفيذ .

وعلى الرغم من انه ليست حالات انتقاص العقد جميعاً تعني تجزئة الا ان جانباً من الفقه ينص على ذلك فيعد ان (المادة ١٣٩ مدني عراقي تقرر بانه في حالة البطلان الجزئي للعقد فانه يسقط الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح وهذا كقاعدة عامة وهي تجزئة العقد) ^(٣) ، بل واكثر من ذلك يعرف بعض الفقه انتقاص العقد بانه (تجزئة العقد في حالة ما اذا انصب على محل بعضه قابل لترتيب اثر العقد عليه وبعضه ليس كذلك)^(٤)، ويرى الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري انه (اذا امكن تجزئة العقد صح العقد في شقه الصحيح وبطل في شقه الاخر لان بطلان العقد كله ليس باولى من تصحيحه)^(٥) .

ويشير جانب من الفقه المصري الى نص المادة ١٤٣ من القانون المدني المصري التي تتناول حال كون العقد في شق منه باطلاً او قابلاً للإبطال بينما يكون صحيحاً في الشق الاخر ف(كان هنالك اتجاه يذهب الى ان العقد لا يتجزأ فهو اما ان يبطل كله او يصح كله ولم يأخذ المشرع بهذا الاتجاه بل قرر على العكس مبدأ تجزئة العقد بشروط معينة)^(٦) .

٢. شروط تجزئة العقد

لا يكفي القول ان القانون هو سند كل عملية تجزئة للعقد ، فالقانون هو سند النظم الاخرى التي تستمد مشروعيتها منه، وانما يجب الوقوف على المصادر المباشرة التي تؤدي، باستنادها الى نص القانون، الى حصول تجزئة العقد. واذا كان مفهوماً في الفقه القانوني المعاصر ان مصادر الحقوق الشخصية كما الحقوق العينية واسباب تعديلها وانهاؤها ترجع الى الواقعة المادية والتصرف القانوني ، فان تجزئة العقد بوصفها تغييراً في الوضع الاصلي للعقد، كما نشأ ابتداءً يمكن كذلك ردها الى هذين المصدرين ومركباتهما.

المبحث الاول

دور النظرية الشخصية والموضوعية بتجزئة العقد الدولي

في العقود الدولية ولا سيما تلك العقود التي من شأنها ان تؤدي الى انتقال رؤوس الاموال او الخبرة الفنية عبر الحدود الدولية او انتقال السلع فلا بد من تعيين القانون الواجب التطبيق وتحديد دور الارادة في ذلك واي قانون يحكم تكوين ذلك العقد عند غياب الارادة وهل يلزم بأن يكون هناك اتفاق صريح اوضمني وعليه سنقسم المبحث الى مطلبين نتناول في الاول كيفية خضوع العقد الدولي لقانون الارادة ، اما الثاني فسنبين به الية الاسناد الجامد والاسناد المرن المتعلق بالرابطة العقدية وكما يلي :

المطلب الاول

خضوع العقد الدولي لقانون الارادة

من المتعارف عليه بخصوص قواعد تنازع القوانين ان تحديد النظام القانوني الذي سيطبق على العقود الدولية يستلزم اللجوء الى مبدأ القانون الدولي الخاص المعروف بمبدأ " حرية او استقلالية الارادة " وهو ما يطلق عليه مبدأ خضوع العقد لقانون الارادة والذي اضحى من المبادئ المستقرة في اطار القانون الدولي الخاص^(٧) . حيث تعتبر قاعدة خضوع العقد لقانون الارادة من اهم قواعد تنازع القوانين واكثرها شيوعاً ، فارادة الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد تعتبر ضابط الاسناد الاصيل في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية ، حيث يثار تساؤل عن حقيقة هذه القاعدة وهل تنطبق على فكرة العقد الدولي ؟ وهل لها تأثير على تجزئة ذلك العقد؟

فمن المعروف ان العقد الدولي يخضع كقاعدة عامة لما يعرف بقانون الارادة وبصفة عامة فان قانون الارادة هو القانون الذي اختاره الطرفان لتطبيقه على علاقتهم التعاقدية وهو يكون معظم المسائل المتعلقة بعقد ما وليس كلها بالضرورة^(٨) .

فالمسائل الخاصة باهلية اطراف العقد وما اذا كان العقد صحيحاً شكلاً لا تدخل بالضرورة في نطاق القانون نفسه^(٩) .

ومن خلال ذلك وفي اطار العقد الدولي يمنح للاطراف حرية اختيار القانون الناظم لعقدهم وهو ما يطلق عليه (قاعدة قانون الارادة) ويثور التساؤل هنا عن المقصود بهذه القاعدة ومدى تكريسها في النظم القانونية ؟
فأن هذه الفكرة تعني خضوع العقد الدولي لقانون ارادة المتعاقدين اي خضوعه للقانون الذي يختاره المتعاقدين ولم تكن هي السائدة في بادئ الامر حيث كان من المستقر عليه اخضاع العقد لقانون محل ابرامه ^(١٠) ، فقد جرى الفقه الايطالي القديم في ظل مدرسة الاحوال القديمة على اخضاع العقود لقانون الدولة التي ابرمت فيها من ناحية شكلها وموضوعها تأسيساً على ان مكان انعقاد العقد هو المكان الذي يولد فيه التصرف ومن ثم يتعين اخضاع العقد لقانون هذا المكان باعتباره هو القانون الذي نشأ التصرف في ظله ^(١١) .

ولقد تعرضت هذه الافكار للانتقاد استناداً الى ان العقد انما نشأ نتيجة للفكر الانساني ومكان ابرامه قد لا يعدو ان يكون مسألة خارجة عن العقد ذاته وقد تكون نتيجتها تمت بصورة عرضية ^(١٢) .

ونتيجة لذلك فقد حاول احد فقهاء المدرسة الايطالية اللاحقين في عام ١٤٩٥ تفسير قاعدة اخضاع العقد لقانون محل الابرار على اساس مختلف عن فقه من سبقه ، حيث ذهب هذا الفقيه الى اساس خضوع العقد لقانون محل ابرامه هو الارادة الضمنية للمتعاقدتين الذين قصدا اختيار قانون هذا المكان لحكم العقد ^(١٣) .

وقد كان هذا التفسير بمثابة تمهيد لنظرية الفقه الفرنسي في القرن السادس عشر والتي قررت فيها خضوع العقد من حيث موضوعه لقانون ارادة المتعاقدين وذلك بمناسبة فتوى بخصوص النظام المالي للزوجين ، فقد اراد هذان الزوجان الخضوع للنظام المالي السائد في باريس بغية تجنب القواعد العرفية التي كانت سائدة في المقاطعات المختلفة التي تقع فيها اموالهما ولقد اُفتى بانه وان كانت اموال الزوجين تقع في اكثر من بلد الا ان النظام المالي لهما يخضع لقانون واحد هو قانون موطن الزوجية على اساس ان ارادة الزوجين الضمنية قد اتجهت الى اختيار ذلك القانون وهو العرف السائد في باريس ^(١٤) .

والقرن التاسع عشر كانت قادة اخضاع العقد لقانون ارادة المتعاقدين قد استقرت وقد اخذ بها كلاً من الفقهاء فقد اخضع العقد لمكان تنفيذه حيث كان يعتد اساساً بتحليل الروابط القانونية وتركيزها في مكان معين هو الذي تنتج فيه الرابطة اثارها ثم يخضع الرابطة للقانون السائد في هذا المكان وبعد ان انتهى من تركيز الرابطة العقدية في مكان التنفيذ فسر اخضاعها للقانون السائد في هذا المكان على اساس فكرة الخضوع الاختياري فمن يدخل في علاقة تعاقدية يقبل الخضوع لقانون مركزها ^(١٥) . والرأي الاخر من الفقه كان يرى اخضاع العقد للقانون الذي يختاره الاطراف عملاً بمبدأ الحرية كأحد مبادئ نظريته ^(١٦) .

واذا كان هذا هو حال الفقه فأن محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٥ ديسمبر ١٩١٠ في قضية اعترفت بهذه القاعدة مقررّة ان " القانون الواجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها او بالنسبة لآثارها وشروطها هو ذلك الذي تبناه الاطراف " ^(١٧) .

وهكذا فقد استقرت منذ ذلك الوقت قاعدة خضوع العقد لقانون الارادة وكان مما ساعد على استقرار هذه القاعدة ازدهارها خضوع العقد لقانون الارادة وكان مما ساعد على استقرار هذه القاعدة ازدهارها ظهور مذهب الحرية الفردية الذي اعلنته الثورة الفرنسية ونظام الاقتصاد الحر او الليبرالي الذي اكد مبدأ حرية التعاقد وتقديس سلطان الارادة بوصفها من عوامل سيادة ذلك النظام عبر الحدود الدولية وترسيخه داخل الحدود الوطنية .

وهو ما فعله القانون العراقي في المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي تنص " 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 مالم يتفق المتعاقدان او تبين من الظروف ان قانوناً اخر يراد تطبيقه . " كما اخذ بنص مماثل المشرع المصري في المادة ١/١٩ من القانون المدني والمشرع السوري في المادة ١/٢٠ والاردني في المادة ١/٢٠ من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لعام ١٩٧٦ . وكذلك اعترف المشرع الاسباني والسويسري .

كما حرصت ايضاً معظم الاتفاقيات الدولية النازمة للعلاقات الدولية الخاصة على تكريس قاعدة قانون الارادة بنصوص واضحة وصريحة .

فقد نصت اتفاقية لاهاي المبرمة في ١٥ يونية ١٩٥٥ والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بيع المنقولات المادية ذات الصلة الدولية في المادة ١/٢ " يخضع البيع للقانون الداخلي للبلد الذي عينه طرفا العقد" (١٨).

وكذلك الامر بلائحة روما لعام ١٩٨٠ .

وهكذا فقد اقرت معظم التشريعات والمعاهدات والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بحق الاطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع عقدهم الا ان التساؤل الذي يطرح هنا عن مدى ملائمة هذه القاعدة على تجزئة العقد الدولي او بمعنى اخر هل للارادة دور في التجزئة ؟

المطلب الثاني

الاسناد الجامد والاسناد المرن لرابطة العقدية

من المستقر عليه في القانون الخاص المعاصر انه عند سكوت الارادة عن الاختيار الصريح او الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد فلا يجوز للقاضي او المحكم البحث عما يسمى بالارادة المفترضة للاطراف (١٩) . ذلك ان ارادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد اما ان تكون صريحة او ضمنية ، اما الارادة المفترضة فهي مجرد وهم ومجاز لا يستجيب الى الواقع في غالبية الفروض فهي لا تعدو في الحقيقة ان تكون ارادة المشرع او القاضي الذي طرح امامه النزاع (٢٠) .

لذلك فانه يتعين على القاضي او المحكم في بحثه عن القانون الواجب التطبيق اللجوء الى تركيز الرابطة العقدية باسنادها الى القانون الاوثق صلة بها والذي يشكل على هذا النحو مركز الثقل في الرابطة العقدية. وهكذا فانه يتعين على القاضي او المحكم في بحثه عن القانون الواجب التطبيق ان يجتهد لتحديد القانون الذي يرتبط به العقد على نحو وثيق وجدي ، الا انه يمكن في الواقع التمييز بين عدة مناهج في اسناد العقد للقانون الاوثق صلة به من خلال التركيز الموضوعي للعقد .

فثمة منهج يلجأ فيه المشرع الى ايراد ضوابط معينة بشكل مسبق يلتزم القاضي بتطبيقها ولا مجال للاجتهاد بشأنها باستثناء ما يلزم لفهم الضابط التشريعي واعماله على نحو سليم ويطلق عليه (الاسناد الجامد) ، حيث يمكن وصف هذا المنهج بالمنهج التشريعي حيث يقوم المشرع نفسه بعملية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية

عند تخلف قانون الارادة من خلال ايراد ضوابط معينة يلتزم القاضي بتطبيقها ولا مجال للاجتهاد بشأنها عدا ما يلزم لفهم الضابط التشريعي واعماله على نحو سليم (٢١) .

وقد اخذت العديد من التشريعات بهذا المنهج في الاسناد ومنها القانون المدني العراقي في المادة ١/٢٥ والقانون المدني المصري في المادة ١/١٩ والقانون المدني السوري في المادة ٢٠ .

وهكذا فان الاسناد الجامد يعبر على هذا النحو عن وجهة نظر المشرع فيما يراه اقرب القوانين صلة بالعقد مثل قانون الجنسية او الموطن المشترك للمتعاقدين او قانون دولة ابرام العقد او دولة تنفيذه حيث يلتزم القاضي وفقاً لهذا المنهج بأن يطبق الضابط الذي حدده له المشرع وعلى سبيل التدرج الذي اورده هذا المشرع .

والواقع ان الاخذ بهذا النظر من شأنه ان يمكن الاطراف من معرفة القانون الاجب التطبيق على العقد مقدماً ، الامر الذي من شأنه ان يحقق لهم الامان القانوني الذي ينشدونه ويصون لهم على هذا النحو توقعاتهم المشروعة من ناحية والاستقرار المتطلب للتجارة الدولية من ناحية اخرى (٢٢) .

غير انه مما يؤخذ على هذا المنهج هو انه يتجاهل الطبيعة الخاصة بكل عقد ، اذ انه يأخذ بقاعدة اسناد عامة وكثيراً ما يعبر عن مركز الثقل في العلاقة التعاقدية الامر الذي يبدو على حد تعبير احد الاساتذة نشازاً في اطار المنهج العام لقواعد تنازع القوانين التي تربط قاعدة الاسناد بمركز الثقل في العلاقة (٢٣) .

وفي ضوء ما تقدم نعتقد بأن هذا المنهج يعتبر عقبة امام تطور الحلول وملاحقة المستجدات الحديثة في عصر التكنولوجيا ومن ثم فهو لا يصلح لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة التي تتميز بطبيعة خاصة لا تسمح بادراجها تحت اي من طوائف العقود المسماة .

وثمة منهج اخر يتم فيه ترك مجال واسع لاجتهاد القاضي وتقديره حيث يقوم بتركيز العقد في القانون الاوثق صلة به في ضوء ظروف التعاقد وملابساته ويطلق عليه ب(الاسناد المرن) حيث يسعى هذا على عكس المنهج الجامد الى مزيد من المرونة في الاسناد كما اوضحنا .

وذلك وفقاً لمقتضيات التعاقد ودواعيه في كل حالة على حدة سعياً وراء ادراك العدالة على نحو افضل حيث يقوم القاضي وفقاً لهذا المنهج بالبحث في كل حالة على حدة عن اقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية والذي يعبر عن مركز الثقل في هذه الرابطة كما تشير به ظروف التعاقد وملابساته (٢٤) ، فالقانون المناسب هو ذلك النظام القانوني الذي اشار اليه العقد فعلاً .

وعلى هذا النحو فان هذا الاتجاه في الاسناد الذي يقوم على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وفقاً لظروف التعاقد وملابساته والذي قاد الاستاذ الفرنسي الراحل باتيفول متأثراً في ذلك بالقضاء الانكليزي كما اخذ به القضاء الفرنسي الحديث قبل نفاذ معاهدة روما في فرنسا ، قد اراد التوصل الى اسناد العقد الى اوثق القوانين صلة به في ضوء ظروف التعاقد في كل حالة على حدة .

كما تابع القضاء الفرنسي قبل نفاذ معاهدة روما الاتجاهات القضائية التي اسندت العقود للقانون الاوثق صلة بها في ضوء ظروف التعاقد وملابساته حيث قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢٦ يوليو سنة ١٩٥٩ انه " اذا لم يقم المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحة فعلى قضاة الموضوع ان يتصدوا لتحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء ظروف التعاقد وملابساته " (٢٥) .

خلاصة ما تقدم فان القاضي وفقاً لهذا المنهج هو الذي يقوم بعملية التركيز الموضوعي للعقد وليس المشرع حيث يقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق ومن غير ان يحدد له المشرع موجبات معينة يسير على هداها حيث يتمتع القاضي في ظل هذا المنهج بسلطة واسعة بالاعتماد على العناصر الموضوعية والشخصية . وفي تقدير هذا المنهج يمكن القول بانه في تحديده للقانون الاوثق صلة بالعقد في ضوء ظروف وملابساته في كل حالة على حدة من شأنه ان يحقق العدالة ويأخذ في الحسبان طبيعة كل عقد من العقود الا انه مما يؤخذ عليه هو افتقاده الى عنصري اليقين والمعرفة المسبقة وهو ما يؤدي الى الاخلال بتوقعات الافراد حيث يصعب عليهم العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق على العقد نظراً لتوقف تحديد هذا القانون على ظروف التعاقد في كل حالة على حدة .

ويضاف الى ما سبق منهج حديث يقوم فيه القاضي بالتركيز الموضوعي للعقد في ضوء طبيعته الذاتية بحيث يتم اسناد كل طائفة من العقود ذات الطبيعة الواحدة الى القانون الذي يتلائم وطبيعتها الذاتية والذي يفترض ان يكون القانون السائد في محل اقامة المدين بالالتزام الرئيسي فيها ويطلق على هذا المنهج (نظرية الاداء المميز) حيث يعتبر اسناد العقد للقانون الاوثق صلة به من خلال نظرية الاداء المميز من احدث الاتجاهات في تحديد القانون الواجب التطبيق على تجزئة العقد الدولي انه الاتجاه الذي ظهرت فكرته اولاً في الفقه والقضاء السويسري^(٢٦).

ثم مالبثت ان اخذت به العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة .

وتقوم فكرة الاداء المميز في العقد على تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل فئة متماثلة من العقود حسب الوزن القانوني والاهمية الواقعية للاداء او الالتزام الاساسي في العقد ومكان الوفاء به او تقديمه حيث ينفرد كل عقد باداء يميزه ويحدد خصائصه مما يترتب عليه ان يختلف القانون الواجب التطبيق في كل عقد على حده^(٢٧) .

بمعنى انه عند انتفاء الارادة يتوجب على القاضي من اجل تحديد القانون الذي يحكم العقد ان يقوم بالتركيز الموضوعي للرابطة العقدية في ضوء طبيعتها الذاتية والتي يمكن من خلالها ان نحدد منذ البداية الاداء المميز فيها اي الالتزام الجوهرى الذي يفرضه العقد حيث يتم اسناد العقد في مجموعة الى محل التنفيذ المفترض لهذا الاداء الرئيسي والذي يعد على هذا النحو مركزاً للرابطة العقدية في مجموعها .

وقد افترض القضاء السويسري ان محل التنفيذ المفترض للاداء الرئيسي او المميز في العقد هو محل اقامة المدين بهذا الاداء فقد ذهبت المحكمة الفيدرالية السويسرية في حكمها الصادر في ١١ مايو ١٩٦٦ الى انه " وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص وعند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية تخضع هذه الرابطة للقانون الذي يرتبط بالعقد باوثق صلة اقليمية وهو بصفة عامة قانون محل اقامة الطرف الذي يعد اداؤه مميزاً في العقد محل النزاع " ^(٢٨) .

كما ذهبت احدى هيئات التحكيم المشكلة في اطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بشأن منازعة بيع منازل سابقة التجهيز بين بائع من تكساس واحدى الوزارات السورية الى اختيار قانون ولاية تكساس ذلك ان الاداء الاساسي والمميز للعقد يتمثل في بيع مواد تتصف اساساً بكونها امريكية عن طريق شركة في ولاية تكساس بموجب التسليم سيف انطلافاً من ميناء تكساس والوفاء في الولايات المتحدة الامريكية^(٢٩) .

ويرجع ترجيح قانون محل اقامة المدين بالاداء المميز وهو ليس بالضرورة قانون محل تنفيذ هذا الاداء الى وضوح معيار هذا الاسناد وسهولة العلم المسبق به بدلاً من الاعتداد بمحل التنفيذ الفعلي والذي قد يكون مجهولاً عند التعاقد ، فضلاً عن ان الراجح هو ان يتم التنفيذ الفعلي للالتزام الرئيسي في العقد في محل اقامة المدين بهذا الاداء وهو ما يعني تطابق كل من محل التنفيذ الفعلي ومحل التنفيذ المفترض في غالبية الاحوال^(٣٠) .

قد اخذت بنظرية الاداء المميز اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وذلك في المادة الرابعة منها التي تنص على انه " عند انعدام الاختيار الصريح يسري على العقد قانون الدولة التي له بها اكثر الروابط وثوقاً ويفترض ان العقد يرتبط باوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة المعتاد للطرف المدين بالاداء المميز او مركز ادارته فيما لو كان شخصاً اعتبارياً"^(٣١) .

كما قننتها العديد من التشريعات الوطنية حيث نصت المادة ١١٧ من القانون السويسري على انه " ١. يسري على العقد عند غياب اختيار القانون قانون الدولة التي له بها اكثر الروابط وثوقاً ٢. وتعتبر تلك الروابط موجودة مع الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الذي يجب ان يقدم الاداء المميز ... "^(٣٢) .

كذلك ايضاً فعل المشرع الالمانى حيث نص في المادة ٢٨ من القانون الدولي الخاص الالمانى لعام ١٩٨٦ على انه " ١. عند سكوت الارادة عن اختيار القانون الواجب التطبيق يتم اسناد العقد الدولي الى قانون الدولة الاوثق صلة بالرابطه العقدية ٢. ويفترض ان العقد يرتبط باوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند ابرام العقد محل الإقامة المعتاد للطرف الذي يتعين ان يقوم بالاداء المميز في العقد " ^(٣٣) .

والملاحظ من النصوص السابقة ان لحظة تقدير او وزن الاداء المميز في وقت ابرام العقد عادة وتصور الاطراف له في ذلك الوقت ولا يلزم التنفيذ المادي او الفعلي للاداء فذلك يأتي في مرحلة لاحقة الامر الذي من شأنه ان يصون للمتعاقدين توقعاتهم في شأن قانون العقد ويحقق لهم على هذا النحو الامان القانوني الذي ينشدونه منذ البداية .

وهكذا تقوم نظرية الاداء المميز في العقد على تحليل موضوعي بحث للطبيعة الذاتية للعقد وصولاً الى تحديد الالتزام الرئيسي فيه حتى يمكن للقاضي في ضوء ذلك اسناد الرابطة العقدية لقانون محل اقامة المدين بهذا الالتزام عند التعاقد او مركز ادارته فيما لو كان شخصاً اعتبارياً بوصفه الحل المفترض لتنفيذ هذا الاداء .

غير انه وان كان معيار النظام القانوني السائد في موطن المدين بالاداء المميز هو الذي يكشف وفقاً للنظرية محل الدراسة عن القانون الاوثق صلة بالرابطه العقدية وهو ما يسهل على القاضي مهمته عند التركيز الموضوعي لهذه الرابطة ويحقق الامان القانوني الذي ينشده المتعاقدون فانه قد يتبين للقاضي ان ظروف التعاقد وملابساته تشير الى وجود قانون اخر اوثق صلة بالرابطه العقدية وهو ما قد ينهار معه اساس الافتراض بأن محل اقامة المدين بالاداء المميز هو اقرب القوانين صلة بهذه الرابطة بمعنى ان هذه النظرية تجيز للقاضي ان يخرج على هذا الاسناد المسبق القائم على فكرة محل الاداء المميز فيما لو تبين لهذا القاضي من ظروف التعاقد وملابساته ان هناك نظاماً قانونياً اخر اكثر ارتباطاً بالعقد باعتباره النظام الذي تؤدي الرابطة العقدية في اطاره وظيفتها الاقتصادية والاجتماعية^(٣٤) .

فقد نصت اتفاقية روما في المادة الرابعة منها وبعد ان قررت اسناد العقد الى قانون الدولة الاوثق صلة به على انه من المفترض ان هذه الدولة هي التي يوجد بها محل اقامة المدين بالاداء المميز فيما لو كان هذا الاداء قابلاً

للتحديد وهو ما يستفاد منه انه في حالة تعذر تحديد الاداء المميز في العقد فيجب على القاضي ان يطبق القانون الاوثق صلة بالرابطة العقدية وفقاً لظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة .

كما اخذ بذلك المشرع الالماني فبعد ان اقر في المادة ٢٨ / ١ مبدأ اسناد العقد لقانون موطن المدين بالاداء المميز في العقد فقد اضاف بانه اذا تعذر تحديد هذا الاداء فلا مجال لاعمال هذه الفقرة الامر الذي يتطلب الرجوع الى الفقرة الخامسة من ذات المادة التي تقرر تعطيل الاسناد الى قانون دولة محل الاداء المميز فيما لو تبين من الظروف ان العقد يرتبط باوثق صلة بدولة اخرى (٣٥) .

وهكذا فانه اذا تبين للقاضي ان محل الاداء المميز لا يعبر عن اوثق صلة بالعقد جاز له الا يعتد به كأساس لاسناد الرابطة العقدية وهو ما يستلزم الرجوع في هذا الفرض الاستثنائي للقانون الاكثر تعبيراً عن هذه الصلة . والواقع ان مثل هذه العودة الاستثنائية للمعيار العام لاسناد العقود للقانون الاوثق صلة بها تستلزم اعتبارات المرونة المطلوبة في الاسناد ازاء تنوع الروابط العقدية وتعدد صورها في الواقع العملي على نحو يستحيل معه احياناً مواجهتها بمعيار محدد مهما كانت درجة مرونته (٣٦) .

وفي تقدير هذه النظرية يمكن القول انها تحقق المرونة المطلوبة لادراك العدالة نظراً لكونها تفرق في الاسناد بين طوائف العقود المختلفة من غير ان يؤدي ذلك الى الاخلال بتوقعات الافراد لكون اختلاف الاسناد لا يرتد الى تنوع ظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة وانما الى طبيعة الرابطة العقدية ومحل الاداء المميز فيها الامر الذي يمكن المتعاملين من العلم المسبق بقاعدة الاسناد التي تحدد سلفاً القانون الواجب التطبيق على مثل هذا العقد المزمع ابرامه .

يضاف الى ما تقدم ان نظرية الاداء المميز تكتسب طابعاً موضوعياً خالصاً لكونها لا تلقي بالاً لاي عناصر واقعية خارجية عن طبيعة العقد وذاتيته فهي لم تعد في تركيز الرابطة العقدية بظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة وهو ما قد يختلط بالبحث عن ارادة المتعاقدين الضمنية في تطبيق هذا القانون او ذاك فيلقي على التركيز الموضوعي في هذه الحالة طابعاً شخصياً وانما فضلت ان ينصب التركيز على الطبيعة الذاتية للرابطة العقدية والاداء الجوهري فيها بصرف النظر عن ظروف التعاقد وملابساته الواقعية والتي قد تختلف من حالة لآخرى.

كما ان الاستثناء الذي اوردته بعض التشريعات (٣٧) ، التي اعتدت بالنظرية بالعودة الى تركيز الرابطة العقدية وفقاً لظروف التعاقد وملابساته فيما لو تبين للقاضي ان قانون محل اقامة المدين بالاداء المميز منبت الصلة الحقيقية بالرابطة العقدية من شأنه ان يكفل التطبيق للقانون الاوثق صلة بالرابطة العقدية مما يحقق العدالة في تحديد القانون الواجب التطبيق .

خلاصة لكل ما تقدم فأن نظرية الاداء المميز بما تحققه من الامان القانوني للمتعاقدين لما تتميز به من الوضوح والتحديد ، ولما تتسم به من مرونة في الاسناد يمكن من خلالها ان يختلف القانون الواجب التطبيق بحسب طبيعة العقد محل النزاع حيث يتم التركيز الموضوعي وفقاً لهذه النظرية على اساس الطبيعة الذاتية للعقد بغض النظر عن ارادة المتعاقدين كما قد تشير اليها ظروف التعاقد وملابساته ، فانها تحتل مركزاً وسطاً بين الاسناد الجامد للرابطة العقدية وهو اسناد وان كان يتميز بالوضوح والتحديد الا انه يفتقد للمرونة التي يتطلبها اختلاف طبيعة العقود في الحياة الدولية الخاصة من ناحية وبين الاسناد المرن من خلال التركيز الموضوعي بناءً على ظروف التعاقد وملابساته والذي وان اتسم بالمرونة الا انه يخل باعتبارات الامان القانوني للمتعاقدين .

وفي ضوء ما تقدم فاننا نرجح الاخذ بنظرية الاداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق على تجزئة العقد الدولي في حالة سكوت الاطراف في اختيار هذا القانون وذلك للمزايا العديدة التي تنسم بها هذه النظرية والتي من اهمها مراعاتها للطبيعة الذاتية للرابطة العقدية على نحو يجعلها اقرب المناهج لمراعاة الطبيعة الخاصة لهذه العقود.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق الاوثق صلة بالرابطة العقدية

نتناول في دراستنا لهذا المبحث الاختيار المادي والاختيار التنازعي للرابطة العقدية والية خضوع العقد للقانون السائد في مركز ثقل الرابطة العقدية وعلى مطلبيين الاول منه للاختيار المادي اما الثاني فللاختيار التنازعي

المطلب الاول

الاختيار المادي وخضوع العقد للقانون السائد في مركز ثقل الرابطة العقدية .

من المعروف ان الاصل في ارادة المتعاقدين وان كانت لا تقوى على تحرير العقد في حكم القانون الا انها لا تستطيع ايضاً ان تقوم بوظيفة اسناد الرابطة العقدية لسلطان الارادة واساس ذلك انه اذا كان للمتعاقدان ان يتصدوا بوصفهم اعضاء في نظام قانوني معين لوضع القواعد المتعلقة بتنظيم روابطهم التعاقدية فأن الملاحظ على هذه القواعد العقدية انها اقرب الى القواعد الخاصة منها الى القواعد القانونية لكونها لا تنسم بالعموم والتجريد ولا تلزم الا اطرافها فهي اذن شروط عقدية خاصة بالمتعاقدين يصعب اعتبارها بمثابة قانون العقد ذلك ان قانون العقد هو النظام القانوني الذي يحدد الاشخاص الخاضعين لاحكامه وليس القواعد التي يختارها هؤلاء لتنظيم روابطهم التعاقدية (٣٨) .

ومن هنا تأتي صعوبة التسليم بانتماء القواعد العقدية الى منهج تنازع القوانين فارادة المتعاقدين وان استطاعت ان تضع القواعد الخاصة بتنظيم الرابطة الا انها لا تقوى على اخضاع هذه الرابطة لسلطان القانون ذلك ان القانون هو اساس الالتزام العقدي وهو الذي منح للارادة القدرة على تنظيم الرابطة العقدية ومن ثم لا يتصور ان تقوى الارادة على اختيار القانون الذي تريد الخضوع لاحكامه ومن هنا يرفض هذا الاتجاه الاعتداد بارادة المتعاقدين كضابط لاسناد الروابط العقدية للقانون المختار ، وبهذه المثابة لاتقوى الارادة على الاختيار التنازعي لقانون العقد ولا تصلح من ثم معياراً للاسناد في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية اذ لو كان اختيار المتعاقدين لقانون العقد هو اختيار تنازعي فأن مودى ذلك كما سترى ان يخضع العقد للقانون المختار والذي تملك احكامه الامرة بناء على ذلك ابطال العقد (٣٩) .

ومثل هذه النتيجة كما يقرر هذا الاتجاه الفقهي تخالف المنطق السليم ذلك ان اساس تطبيق القانون الذي اختارته ارادة المتعاقدين هو كونه القانون الملزم لهؤلاء والذي يتفق ورغباتهم فاذا ادى تطبيق هذا القانون الى ابطال العقد فان هذه النتيجة تصطدم لاشك مع ارادة المتعاقدين كما انها تكشف بالقطع عن جهلهم بمضمونه الحقيقي وهو ما يجعل اختيارهم له معيباً وغير منتج لاثاره ،ومن هنا يؤكد هذا الاتجاه ان القانون المختار لا يصلح قانوناً للعقد واختياره لا يعد اختياراً تنازعياً وانما مجرد اختيار مادي تنزل بمقتضاه احكام هذا القانون منزلة الشروط العقدية التي لاتقوى على ابطال العقد (٤٠) .

ومن جهة اخرى فان الادعاء بقدرة الارادة على الاختيار التنازعي لقانون العقد بمقتضى قاعدة من قواعد الاسناد يثير عدة مشاكل يتعين على القاضي ان يتصدى لحسمها بما له من سلطة تقديرية الامر الذي يطيح بالهدف من قاعدة التنازع وهو صيانة توقعات الاطراف .

واولى هذه المشاكل هي مشكلة سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد وما تثيره من تفرقة دقيقة بين حالات وجود ارادة ضمنية في اختيار قانون معين والحالات التي يقرر فيها القاضي على العكس عدم وجود هذه الارادة اصلاً ومن ثم يتصدى لتطبيق القانون المختص بمقتضى قاعدة الاسناد الاحتياطية التي تشير الى القانون الواجب التطبيق عند عدم الاختيار التنازعي لقانون العقد .

اما المشكلة الثانية المترتبة على الاختيار التنازعي لقانون العقد فهي ما يشترطه الفقه من ضرورة وجود صلة بين القانون المختار والرابطة العقدية وهو ما يترك مساحة لسلطة القاضي التقديرية في شأن مدى توافر هذا الشرط من عدمه وبالتالي هل سيطبق القاضي القانون المختار ام سيضطر الى تطبيق القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد الاحتياطية مما قد ينال بدوره من قدرة المتعاقدين على التوقع .

واخيراً فلا شك انه مما قد يخل بتوقعات المتعاقدين ايضاً عدم يقينهم المسبق في شأن ماذا كان القاضي سيعتد باختيارهم التنازعي لقانون العقد ام انه سيعتد هذا الاختيار مجرد اختيار مادي لا يحول دون خضوع العقد لقانون الدولة التي تتركز فيها الرابطة العقدية وهي مسألة دقيقة تتوقف على مدى دولية العلاقة العقدية المطروحة فقد مضت الاشارة الى ان دقة الوقوف على معيار دولية العلاقة العقدية المطروحة على هذا النحو لا تثار بحسب الاصل الا عند اعمال قاعدة التنازع التي تقضى بخضوع العقد لقانون الارادة وعلى خلاف قواعد التنازع الاخرى والتي تنطوي عادة على المعيار الواجب الاتباع في شان دولية المركز محل الاسناد مما يكفل للمتعاملين الامان القانوني الذي ينشده (٤١) .

وعلى هذا النحو يعيب هذا الاتجاه على قاعدة الاسناد التي تخضع العقد الدولي لقانون الارادة وبالإضافة الى ما تؤدي اليه من نتائج غير منطقية ان اعمالها قد يخل بالامان المطلوب في المعاملات الدولية وعلى خلاف ما يعتقده الفقه الغالب والذي سنرى انه يميل الى الاخذ بهذه القاعدة استناداً الى ما تحققه من صيانة لتوقعات المتعاقدين في تطبيق القانون الذي تصدوا لاختياره بانفسهم .

وبهذه المثابة يرفض الاتجاه محل الدراسة فكرة الاختيار التنازعي لقانون العقد والتي تقوم على اساس اعتبار ارادة المتعاقدين معياراً للاسناد في قاعدة من قواعد تنازع التي تخضع الرابطة العقدية بمقتضاها للاحكام الامرة في القانون المختار مفضلاً الاعتداد بهذا الاختيار بوصفه اختياراً مادياً يؤدي الى ادماج هذه الاحكام في العقد باعتبارها مجرد شروط عقدية وهو ما يجردها من عنصرها الامر ويفقدها القدرة على ابطال العقد .

ويستند حق المتعاقدين في الاختيار المادي لقانون معين على هذا النحو الى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص في دولة القاضي المطروح عليه النزاع .

ويرى الفقه المناصر لهذا الاتجاه ان قانون العقد بمعنى النظام القانوني الذي تخضع الرابطة العقدية لاحكامه وهو بالضرورة قانون لاشأن للمتعاقدين باختياره وانما يتم تحديده مسبقاً على اساس موضوعية بحسب طائفة العقود التي تنتمي اليها الرابطة العقدية محل النزاع وفي ضوء مصالح الدول المرتبطة بالعقد وكذلك مصالح الغير .

فالعقود المتعلقة بعقار على سبيل المثال تخضع لقانون موقع العقار وعقود العمل تخضع لقانون محل التنفيذ .. الخ ، اما غالبية عقود المعاملات الدولية وبصفة خاصة عقود التجارة الدولية فهي تخضع لقانون موطن المدين بالاداء المميز الا لو كان هذا المدين هو الذي بادر بالتعاقد حيث ينطبق قانون موطن الدائن كما لاحظنا سابقاً . والقانون الذي يحدده المشرع تحديداً مسبقاً بالنسبة لكل طائفة من العقود على هذا النحو هو الذي يحكم الرابطة العقدية بصرف النظر عن ارادة المتعاقدين . فالارادة تخضع لحكم القانون وليس من مهمتها اختيار القانون الذي تريد الخضوع لاحكامه .

واذا تصدى المتعاقدون رغم ذلك لاختيار قانون اخر لتنظيم الرابطة العقدية فان هذا الاختيار المادي يفضي الى ادماج القانون المختار في العقد على نحو ما رأينا وبالتالي تنزل احكامه منزلة الشروط العقدية التي وان استطاعت مخالفة القواعد المكملة في القانون المختص بحكم العقد والذي تشير قواعد الاسناد باختصاصه الا انها لا تقوى على مخالفة قواعده الامرة .

وبهذه المثابة لم تعد هناك حاجة في نظر هذا الاتجاه لمراعاة القاضي للقواعد الضرورية للتطبيق او قواعد البوليس في قوانين الدول المتصلة بالعقد وفقاً للمنهج المباشر ، مادامت الرابطة العقدية ستخضع للقواعد الامرة في القانون الموضوعي الذي تشير قواعد الاسناد باختصاصه هو كما رأينا القانون الاوثق صلة بهذه الرابطة (قانون محل الاداء المميز) بصرف النظر عن ارادة المتعاقدين في اختيار قانون اخر (٤٢). بل ان اختيار المتعاقدين لقانون اخر هو اختيار مادي يخضع في صحته ونطاقه لقانون العقد المحدد مسبقاً بمقتضى قواعد الاسناد .

ورغم ان اختيار المتعاقدين لقانون دولة معينة وفقاً لهذا النظر هو مجرد اختيار مادي تنزل بمقتضاه احكام القانون المختار منزلة الشروط العقدية وهو ما قد يوحي بانتماء الاتجاه محل الدراسة الى فقه النظرية الشخصية الا اننا لا ننتشك مع ذلك في اعتبار هذا الاتجاه الفقهي محض اعمال للنظرية الموضوعية بل ولعل هذا الاتجاه هو اكثر الاتجاهات الفقهية الحديثة تأكيداً للنظرية الموضوعية ، التي يخضع العقد بمقتضاها لحكم القانون بصرف النظر عن ارادة المتعاقدين ذلك ان اندماج القانون المختار في العقد وفقاً لهذا الاتجاه لا يعني ان الرابطة العقدية قد اصبحت على هذا النحو دون قانون يحكمها بل ان العكس تماماً هو الصحيح اذ يخضع العقد في حالتنا لقانون الدولة الاوثق صلة بالرابطة العقدية وهو قانون محدد بصفة مسبقة لا يستطيع المتعاقدون الخروج عن احكامه الامرة وهي احكام تقوى على ابطال ما يخالفها من شروط عقدية بما في ذلك احكام القانون المختار بعد ان اندمجت في العقد واصبحت على هذا النحو جزءاً من هذه الشروط (٤٣) .

على ان جرأة هذا الاتجاه تتمثل في مخالفته للحقائق الوضعية السائدة كما يؤكدتها الفقه والقضاء وكذلك التشريعات الحديثة بل والمعاهدات الدولية ، اما اذا تصدى المتعاقدون لاختيار قانون العقد فلم يعد من المقبول وفقاً للاتجاه الراجح ان يخضع العقد في هذه الحالة لقانون اخر مثل القانون الاوثق صلة به (قانون محل الاداء المميز) كما رأينا والذي قد يؤدي تطبيقه الى مفاجأة الاطراف ، فالحماية المشروعة لتوقعات المتعاقدين تقتضي اخضاع العقد في هذا الفرض للقانون الذي تصدوا لاختياره .

ولا يعد اختيار المتعاقدين لقانون العقد في هذه الحالة مجرد اختيار مادي وهو ما يفضي الى انزال احكام القانون المختار منزلة الشروط العقدية وانما هو اختيار تنازعي يخضع العقد الدولي بمقتضاه للقانون المختار .

المطلب الثاني

الاختيار التنازعي وخضوع العقد للقانون السائد في مركز ثقل الرابطة العقدية

الاصل في العلاقات الدولية الخاصة هو خضوعها لحكم القانون وفقاً لمنهج التنازع التقليدي ولا تخرج الروابط العقدية المتعلقة بالعقود الدولية عن هذه القاعدة خاصة فيما لو طرح النزاع بشأنها امام القضاء الداخلي للدولة وكما اشرنا سابقاً الى ان العقود الدولية تخضع بحسب الاصل لقانون الارادة عملاً بقاعدة التنازع المزدوجة التي استقر عليها فقه القانون الدولي الخاص والتي تتخذ من ارادة المتعاقدين معياراً لاسناد الروابط العقدية الدولية^(٤٤) . وعلى هذا النحو يستطيع المتعاقدون اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم الدولية سواء كان هذا القانون وطنياً (قانون القاضي) او اجنبياً وبهذه المثابة تملك ارادة المتعاقدين وفقاً لهذا النظر القدرة على الاختيار التنازعي للقانون الذي يخضع العقد الدولي لاحكامه .

وترتد قدرة الارادة على هذا الاختيار الى حكم القانون اي الى قاعدة التنازع في قانون القاضي والتي استخدمت ارادة المتعاقدين كضابط اسناد فمحتهم على هذا النحو القدرة على الاختيار التنازعي للقانون الذي يحكم العقد^(٤٥) . هذا ولما كان اتفاق الاختيار هو عقد كسائر العقود فقد رأى البعض ان صحة هذا الاتفاق تخضع لنفس القانون الذي يحكم العقد الاصلي اي قانون الارادة فاتفق الاختيار ليس الا شرط من الشروط المدرجة بهذا العقد ومن ثم فان المرجع في تقدير سلامته القانونية هو نفس القانون الواجب التطبيق على العقد الاصلي وهذا هو الحل الذي اعتنقته كل من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥ واتفاقية روما لعام ١٩٨٠ في شأن الالتزامات التعاقدية . على انه نظراً لاهمية الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الاصلي بالنسبة لتحديد التزامات الطرفين فقد حرصت بعض التشريعات على ضرورة التيقن من تلاقي ارادات الاطراف في هذا الشأن ولهذا تنص هذه التشريعات على ان سكوت من وجه اليه الايجاب عن الرد لا يصح ان يفسر على انه قبول لهذا الايجاب ولو كان هذا هو حكم القانون المختار وانما يجوز لمن وجه اليه الايجاب ان يتمسك بتطبيق قانون دولة محل اقامته في شأن اثار السكوت في هذا الفرض^(٤٦) .

ومن جهة اخرى يرى البعض انه اذا كان شر اختيار القانون الواجب التطبيق مدرجاً ضمن الشروط العامة للعقد الاصلي وهو ما يحدث فيما لو ان هذا العقد من العقود النمطية مثل عقود التأمين ، فانه يتعين ان تكون موافقة الاطراف على هذا الشرط كتابة او ان تتم هذه الموافقة في ضوء معاملاتهم السابقة او طبقاً للعادات المهنية التي يعرفها المتعاقدون^(٤٧) .

ورغم ان اخضاع اتفاق الاختيار على هذا النحو للقانون الذي تختاره ارادة المتعاقدين هو حل يتسم بالبساطة والوضوح كما يحقق للاطراف الامان القانوني ويصون توقعاتهم المشروعة ، الا انه يتضمن مع ذلك مصادرة على المطلوب وهو ما يؤدي بالضرورة الى الحلقة المفرغة اذ كيف يستمد القانون المختار اختصاصه من ارادة المتعاقدين بمقتضى اتفاق الاختيار بينما تخضع صحة هذا الاتفاق لقانون الارادة^(٤٨) .

فلا شك ان تطبيق القانون المختار على اتفاق الاختيار يقتضي ان يكون هذا القانون مختصاً وهو ما لا يتأتى قبل التأكد من صحة الاتفاق على اختياره وعلى هذا النحو لا يتصور تطبيق قانون الارادة على اتفاق الاختيار مادامت صحة هذا الاتفاق هي شرط اختصاص القانون المختار ، ولا يكفي لتلافي هذه الحلقة المفرغة الادعاء بأن اختيار المتعاقدين لقانون لا يعد اتفاقاً وفقاً للمفهوم القانوني لهذا الاصلاح وانما مجرد واقعة موضوعية تكفي ملاحظتها دون حاجة لاي تنظيم قانوني خاص ذلك ان تقرر وجود هذه الواقعة او انكار هذا الوجود وعلى فرض

صحة هذا التصور هو امر يتطلب اعمال قواعد محددة اي يتطلب تحديد القانون الواجب التطبيق في هذا الشأن^(٤٩) .

ولا يستقيم هذا الرأي الا وفقاً لنظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية والتي تجرد المتعاقدين من القدرة على الاختيار المباشر للقانون الواجب التطبيق باعتبار ان ارادتهم في هذا الشأن هي مجرد عنصر من عناصر التركيز المادي لهذه الرابطة وهو ما يخالف الحقائق الوضعية في الفرض الخاص بالاختيار الصريح لقانون العقد . ومن جهة اخرى فلا يكفي الادعاء بأن اختيار المتعاقدين لقانون العقد وان كان يعد تصرفاً قانونياً الا انه لا يعتبر مع ذلك عقداً من العقود ذلك مثل هذا القول وعلى افتراض سلامته قد يبرر امكان تجنب تطبيق قانون الارادة بوصفه القانون المختص بحكم العقود الدولية على صحة الاختيار ولكنه لا يصلح في ذاته سنداً لتطبيق قانون القاضي كما اراد انصار هذا الرأي^(٥٠) .

على ان اعتراف جانب من الشراح بسلامة التكيف التعاقدى لاتفاق الاختيار في الوقت الذي يريد فيه تجنب الحلقة المفرغة التي يؤدي اليها خضوع هذا العقد للقانون المختار وفقاً للمبادئ العامة في اسناد العقود قد دفعه الى الانتصار لتطبيق قانون القاضي عند النظر في صحة اتفاق الاختيار واساس ذلك ان اتفاق المتعاقدين على اختيار القانون المختص يعتبر عقداً مستقلاً عن العقد الاصلي الامر الذي قد يتصور معه هذا الاختيار في مرحلة لاحقة على ابرام العقد الاصلي وهو ما يمكن ان يتم بطريقة ضمنية يستخلصها القاضي من دلائل تكشف عنها مثل الطريقة التي تم بها تنفيذ العقد الاصلي^(٥١) .

ولا ينال من استقلال الاتفاق على اختيار قانون العقد مع ذلك ان يكون هذا الاتفاق قد ادرج في صلب العقد الاصلي كشرط من شروطه اذ يستمد العقد الاول الذي يسمى بعقد الاختيار قوته الملزمة من قانون القاضي الذي تنتمي اليه قاعدة الاسناد فهو الذي حول للمتعاقدين القدرة على اختيار القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية وعلى هذا النحو يستمد عقد الاختيار قوته الملزمة من قانون القاضي بينما يخضع العقد الاصلي للقانون المختار الذي عينته ارادة المتعاقدين بمقتضى عقد الاختيار^(٥٢) .

ورغم ان هذا الرأي قد لقي تأييد الفقه الغالب تجنباً للوقوع في الحلقة المفرغة الا انه قد يعاب عليه مع ذلك انه برر الرجوع في صحة اتفاق الاختيار الى قانون القاضي على اساس ان هذا الاتفاق يعد في ذاته ضابطاً للاسناد في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية المقررة في هذا القانون وما دامت قاعدة التنازع تنتمي لقانون القاضي فانه يتعين وفقاً لهذا النظر ان يكون هذا القانون هو الواجب التطبيق على صحة اتفاق الاختيار بوصفه ضابط الاسناد الذي تنطوي عليه هذه القاعدة^(٥٣) .

ومثل هذا المنطق كما يرى البعض لا يقضي على مشكلة الحلقة المفرغة بقدر ما يحاول اخفاؤها بطرق هي اقرب الى الالعب السحرية التي يمارسها الهواة ذلك ان اتفاق الاختيار بوصفه ضابط الاسناد في قاعدة التنازع التي يتضمنها قانون القاضي والخاصة بالعقود الدولية هو بالضرورة اتفاق دولي على النحو المفهوم في القانون الدولي الخاص والرجوع الى قانون القاضي في شأن مدى صحة هذا الاتفاق لايعني الرجوع للاحكام الموضوعية في هذا القانون كما اراد الرأي السالف ، وانما هو يعني بالضرورة الرجوع الى قواعد الاسناد التي يتضمنها القانون المذكور والتي تشير الى القانون الواجب التطبيق في شأن العقود الدولية ، واعمال قواعد الاسناد في قانون القاضي على هذا النحو سيؤدي في الغالب الى اختصاص قانون الارادة في شأن صحة عقد الاختيار بوصفه من العقود الدولية اما

الاصرار على الرجوع الى الاحكام الموضوعية في قانون القاضي للنظر في مدى صحة عقد الاختيار كما يريد الرأي السابق فهو يتضمن انكار لدولية هذا العقد وهو ما لا يجوز^(٥٤) .

بل ان الاصرار على هذا المنطق سيؤدي الى توقف تحديد القانون الواجب التطبيق في خصوص هذه المسألة على مصادفة رفع النزاع امام هذه المحكمة او تلك الامر الذي قد يخل بتوقعات الافراد عند التعاقد ورغم ان الاعتراضات السابقة على الاتجاه الفقهي الذي يخضع صحة عقد الاختيار لاحكام الموضوعية في القانون القاضي لا تخلو من المنطق السليم الا انه يبدو ان تلاقي مشكلة الحلقة المفرغة هي التي دفعت انصار الاتجاه محل الدراسة الى الاصرار على هذا الحل بل ان اخضاع صحة عقد الاختيار لاحكام الموضوعية في قانون القاضي الذي تنتمي اليه قاعدة التنازع التي تتخذ من ارادة المتعاقدين معياراً لاسناد العقد الدولي (العقد الاصلي) قد يجد سنده في اختصاص هذا القانون بكل ما يتعلق بتنظيم التنازع والاصل ان هذا التنظيم متروك للقانون الدولي الخاص في دولة القاضي المطروح عليه النزاع ولان كانت وسيلة هذا التنظيم في قانون القاضي عادة هي قواعد الاسناد الا انه من المتصور ايضاً ان يتصدى المشرع لهذا التنظيم من خلال قواعد مادية يضعها لمواجهة مشاكل الحياة الخاصة الدولية^(٥٥) .

وبهذه المثابة فأن كان الاصل ان مشرع القاضي يتصدى لتنظيم التنازع في العقود الدولية من خلال قواعد الاسناد ومن بينها تلك التي تخضع هذه العقود بمقتضاها لقانون الارادة فليس هناك ما يمنع وقد جعل المشرع من عقد الاختيار معياراً لاسناد هذه العقود ان يتصدى بنفسه لتنظيم صحة هذا العقد بالذات دون ان يترك هذه المسألة التي تتعلق بتنظيم التنازع وحدوده لغيره من المشرعين مثل مشرع الدولة التي وقع اختيار المتعاقدين على قانونها لحكم العقد الاصلي ، وعلى هذا النحو يتعين الرجوع الى الاحكام الموضوعية في قانون القاضي مثلاً للنظر في مدى صحة اتفاق المتعاقدين على اختيار قانون على غير صلة بالعقد الاصلي ، هل يعتد القاضي بمثل هذا الاختيار التنازعي لقانون العقد او يرفضه مفضلاً اسناد الرابطة العقدية في هذه الحالة لقواعد التنازع الاحتياطية ؟ وقد يؤيد هذا النظر ان تنظم هذه المسألة المتعلقة بمدى حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد هو امر يتصل باهداف قاعدة الاسناد في دولة القاضي ومقاصدها في شأن حل مشكلة تنازع القوانين ومثل هذا الحل يتعين ان يتم في ضوء الاهداف المادية التي تسعى اليها قاعدة الاسناد في دولة القاضي^(٥٦) . واهداف يحققها القانون الذي تنتمي اليه هذه القواعد اي قانون القاضي المطروح عليه النزاع والمقصود في هذا الصدد بداية هو الاحكام الموضوعية او المادية في هذا القانون وليس قاعدة الاسناد فيه والتي قد تشير باختصاص قانون اجنبي بما يؤدي اليه ذلك من مصادرة على المطلوب .

ولعل هذه الحقيقية هي التي دفعت جانب من الفقه الحديث الى التركيز على اهمية الطابع المادي الخاص لقاعدة التنازع التي يتضمنها قانون القاضي في شأن اسناد العقود الدولية والتي تتخذ من ارادة المتعاقدين (عقد الاختيار) معياراً لهذا الاسناد فقد وصف هذا الفقه قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية بانها قاعدة اسناد ذات طابع مادي خاص^(٥٧) .

ومثل هذا الطابع قد يبرر الرجوع الى الاحكام المادية في قانون القاضي عند النظر في مدى صحة عقد الاختيار بوصفه ضابط الاسناد الذي تنطوي عليه قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية .

ولا شك ان هذا التحليل سيجنبنا محاذير الوقوع في الحلقة المفرغة التي يؤدي اليها منطق القائلين باخضاع صحة عقد الاختيار لقانون الارادة ولا بأس ان ينعت جانب من الشراح هذا التحليل بانه ينطوي على بعض

"الالعاب السحرية " مادامت ممارسة هذه الالعاب ضرورة يتطلبها الافلات من المصادرة على المطلوب ويقتضيها التفسير المتطلب للتنظيم الوضعي للتنازع والذي لا يخلو من رياضة ذهنية هي احدى سمات القانون الدولي الخاص

وعلى هذا النحو يستقل عقد الاختيار عن العقد الاصلي الذي قد يتضمنه فبينما يخضع العقد الاصلي للقانون الذي تختاره ارادة المتعاقدين اختياراً تنازعيّاً يظل عقد الاختيار بوصفه مجرد ضابط للاسناد تنطوي عليه قاعدة التنازع في دولة القاضي خاضعاً لاحكام المادية في قانون هذه الدولة والذي تنتمي اليه قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية .

ومع ذلك فيجب الاعتراف بأن هذا الحل الذي نقول به قد هجرته التشريعات الدولية والداخلية الحديثة كما اوضحنا سابقاً والتي فضلت الرجوع الى قانون الارادة في شأن صحة وسلامة عقد الاختيار وهذا الحل يكفل للمتعاقدين الامان القانوني ويصون توقعاتهم على نحو افضل بصرف النظر عن المحكمة المختصة بالنزاع رغم ما ينطوي عليه لا شك من الوجهة النظرية على الاقل من مصادرة على المطلوب وائماً ما كان من امر الخلاف حول القانون الواجب التطبيق على صحة عقد الاختيار فان سلامة العقد الاصلي من حيث الموضوع تخضع في الرأي الغالب للقانون الذي اختارته ارادة المتعاقدين .

وخضوع العقد الاصلي لقانون الارادة على هذا النحو يناهض افكار انصار النظرية الشخصية والذين رأينا من قبل انهم يردوا اختيار المتعاقدين لقانون العقد الى مطلق مبدأ سلطان الارادة او الى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص تقوم على مبدأ حرية التعاقد وتخول للمتعاقد تنظيم اتقاقهم على النحو الذي يرونه ملائماً بما في ذلك حقهم في الاختيار المادي لقانون دولة معينة تندمج احكامه في العقد الاصلي وتنزل بهذه المثابة منزلة الشروط العقدية وتعامل على هذا الاساس .

وقد سبق ان انتقدنا هذا النظر لما يؤدي اليه الاختيار المادي لقانون العقد على هذا النحو من افلات العقود الدولية من نطاق التنازع وبالتالي من حكم القانون الذي تشير قواعد الاسناد باختصاصه وهو ما لا يجوز (٥٨) .

الخاتمة

بعد التعقب في فكرة عقد الاختيار بين الوحدة والتعدد العقد الدولي نوجز اهم النتائج التي توصلنا اليها واهم المقترحات .

اولاً: النتائج .

١. الاصل في العقود انها تقبل التجزئة والانقسام الا انها اذا حالت دون ذلك طبيعة العقد او انصرفت ارادة المتعاقدين الى جعلها وحدة لا تقبل الانقسام وعندئذ ينشأ هذا العقد موحداً وينقضي موحداً .
٢. غير انه مع ان الاصل في العقود انها تقبل التجزئة والانقسام الا ان الاصل كذلك وجوب تنفيذها طبقاً لما اشتملت عليه ذلك لان التنفيذ الجزئي او الناقص قد لا يحقق للمتعاقد ما ابتغاه من تعاقدته وقد يفوت عليه غرضه من العملية التعاقدية .

٣. ان المشرع في القواعد العامة قد تحسب لهذا الوضع فقر في المادة القانونية نفسها (١٤٦-١ من القانون المدني العراقي ، ١٤٧-١ من القانون المدني المصري) ان التنفيذ الكامل للعقد يمكن الخروج عليه اذا تراضى المتعاقدان على ذلك او نص القانون على جوازه ومن هذا الاستثناء يتفرع كل تغيير في العقد عن مضمونه الاصلي الذي تم وقت التعاقد فيتفرع من ذلك تعديل العقد قضائياً وانتقاص العقد وزال بعض الشروط بارادة المشرع وكذلك تجزئة العقد .

٤. لان المشرع هو الذي نص على وحدانية وشمول العملية التعاقدية وتنفيذها فان تجزئة العقد تستلزم سنداً من نص القانون بوصفها خروجاً على وجوب التنفيذ الكامل للعقد وطبقاً لهذا النص القانوني يمكن التعامل مع الجزء المتبقي من العقد وهل يبقى ام يزول ولذلك لم يكن موقف المشرع واحداً ازاء هذه الحال فهو (اي المشرع) وجد في القواعد العامة بالقانون المدني العراقي والقانون المدني المصري انه اذا كان جزء من العقد باطلاً فان الاصل هو تجزئة هذا العقد وليذهب الجزء الباطل الى الزوال ويبقى الجزء الصحيح عقداً مستقلاً الا اذا كان العقد لا يتم بدون الجزء الذي زال لبطلانه او ابطاله فيزول العقد كله عندئذ وتكون هذه الحال الاخيرة اي زوال العقد كله هي الاستثناء بينما اعطى غالباً للمتعاقد الذي فات عليه جزء من العقد الصحيح لعارض اصاب العقد من هلاك او استحالة او نقص او استحقاق او غير ذلك اعطاه الخيار بين ان يجزئ العقد فيكتفي بالجزء الباقي او يتحلل من العقد كله بينما اعطى للمتعاقد الحق في اقالة جزء من العقد وتجزئته باتفاقهما ولو لم يحصل للعقد اي عارض يعوق التنفيذ الكامل له .

٥. اننا لا نقصد بالنظرية الشخصية في هذه الدراسة ان نقف عند الطابع الشخصي لضابط الاسناد الذي تتضمنه قاعدة التنازع التي تحدد قانون العقد بالمقابلة للنظرية الموضوعية والتي يتحدد هذا القانون بمقتضاها بناء على ضابط موضوعي فمثل هذا المعيار الذي يقول به الفقه الغالب عند التفرقة بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية سيقودنا بالضرورة الى تأكيد الطابع الثنائي لتحديد قانون العقد في القانون الدولي الخاص المعاصر اما عند سكوت الارادة فان فيها تلبس ثوب الموضوعية .

٦. اذا كان مؤدي اختيار المتعاقدين لقانون العقد ان تنزل احكام هذا القانون منزلة الشروط العقدية فاننا نكون بصدد مجرد اختيار مادي لا يؤدي الى خضوع الرابطة العقدية للاحكام الامرة في القانون المختار ويظل العقد على هذا النحو متحرراً من سلطان القانون وهذا ما قصدناه بالنظرية الشخصية في اطار هذا البحث . وعلى العكس فاننا نكون امام منهج موضوعي فيما لو كان اختيار المتعاقدين لقانون العقد اختياراً تنازعيّاً يخضع العقد بمقتضاه للقواعد الامرة في القانون المختار والتي لا يملك هؤلاء الاقليات من احكامها .

ثانياً: التوصيات .

١. لم يعد ان تخضع العقود الدولية لنظام ثنائي او مزدوج وفقاً للمعيار الذي تبنيه وانما يتعين القول على العكس بوحدة النظام الذي يحكم العقود الدولية فهي في تقديرنا تخضع لحكم القانون الذي تشير باختصاصه قواعد الاسناد وسواء كان تحديد هذا القانون قد تم بمقتضى ضابط شخصي وهو ارادة المتعاقدين او ضوابط موضوعية يتم من خلالها تركيز الرابطة العقدية عند سكوت المتعاقدين عن

اختيار قانون العقد فالعقد في الحالتين لا يفلت من سلطان القانون وهذا هو مفهوم النظرية الموضوعية في اطار هذه الدراسة .

٢. ان ابراز الطابع التنازعي لاختيار المتعاقدين لقانون العقد حيث تعتبر ارادة هؤلاء ليست طليقة عند اختيار هذا القانون وانما هي ارادة مقيدة بالدور الذي يتعين عليها ادائه والذي خوله لها المشرع وهو حل التنازع في مسائل العقود الدولية اي العقود التي تتصل باكثر من نظام قانوني واحد وتتضمن على هذا النحو عنصراً اجنبياً مؤثراً نتيجة لاتصالها بمصالح دولية ، ولا شك ان تقيد المتعاقدين بهذا الدور يقتضي ان يتم اختيارهم لقانون العقد من بين القوانين التي تتزاحم لحكم الرابطة العقدية اي القوانين التي تصلها بالرابطة المذكورة علاقة يقدر القاضي معقوليتها فاذا اختار المتعاقدون قانوناً مثبت الصلة بالرابطة العقدية فانهم يخرجون بذلك عن غاية قاعدة التنازع كما حددها المشرع الحريص على ان يجعل من ارادة المتعاقدين ضابطاً للاسناد يشير الى القانون المختص بحكم هذه الرابطة .

٣. ليس معنى ماتقدم ان يتجاهل القاضي بالضرورة تصدى المتعاقدين لاختيار قانون مثبت الصلة بالرابطة العقدية على هذا النحو كل ما في الامر ان هذا الاختيار يكتسب طابعاً مادياً تنزل احكام القانون المختار بمقتضاه منزلة الشروط العقدية ولان الارادة قد سكنت في هذا الفرض عن الاختيار التنازعي لقانون العقد فانه يتعين على القاضي ان يرجع الى ضوابط الاسناد الاحتياطية التي تتضمنها قاعدة التنازع وهي ضوابط ذات طابع موضوعي تكشف عن القانون الاوثق صلة بالرابطة العقدية والذي لا تقوى نصوص القانون المختار وقد اصبحت في حكم الشروط العقدية على مخالفة احكامه الامرة .

٤. اذا تصدى المتعاقدون لاختيار قانون من بين القوانين المتزاحمة لحكم الرابطة العقدية فان اختيارهم على هذا النحو هو اختيار تنازعي يتمشى مع الدور الذي حدده المشرع للارادة بمقتضى قاعدة التنازع ومن ثم تخضع ارادة المتعاقدين للقانون المختار ولا تقوى على الخروج عن احكامه الامرة .

٥. اذا كان اختيار المتعاقدين لقانون العقد يكتسب طابعاً تنازعيّاً في مفهوم قاعدة الاسناد التي تخضع الرابطة العقدية لقانون الارادة فانه يتعين الاعتراف مع ذلك بأن هذه القاعدة تتجرد من طابعها المحايد ذلك ان المتعاقدين يختارون عادة القانون الذي يرون ان مضمونه اكثر ملائمة لهم من بين القوانين المتزاحمة لحكم الرابطة العقدية فقاعدة التنازع في هذا الفرض تعد اذن من قواعد الاسناد ذات الغاية المادية

الهوامش:

- (١) انظر المادة (١/٧٢٠) من القانون المدني العراقي حيث نصت على ان (الصلح لا يتجزأ، فبطان جزء منه يقتضي بطلان العقد) ، وهي توافق المادة (١/٥٥٧) من القانون المدني المصري .
- (٢) نصت المادة (١/١٥٠) من القانون المدني العراقي على انه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية) وهي تطابق المادة (١/١٤٨) من القانون المدني المصري .
- (٣) عقيل فاضل حمد الدهان ، عدم تجزئة التصرف القانوني في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص ١٦ .

- ٤ (د. حسن علي الذنون ، اصول الالتزام ، مطبعة العاني ، العراق ، بغداد ، ١٩٧٠ ، ص ١٢٢ .
- ٥ (د. عبد الرزاق احمد السنهاوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج٤ ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة طبع ، ص ١٤٠ .
- ٦ (د. سمير تناغو ، نظرية الالتزام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع ، ص ٩١ .
- ٧ (د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، ج٢ ، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، ط٩ ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٦ ، ص ٤٢٧ .
- ٨ (انظر : Cheshire and Norths :private International Law ,Eleyenth Edition ,London ,Butterworths ,1987 , p.447 .
- ٩ (حيث يراعى في هذا الخصوص ان مسألة الاهلية او سلطة الطرف في القيام بالتصرف انما تتحدد بصفة عامة بمقتضى القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص سواء اكان معنوياً ام طبيعياً وليس بمقتضى القانون الواجب التطبيق على العقد . انظر : د. احمد عبد الرزاق خليفة ، القانون والسيادة وامتيازات النفط (مقارنة بالشرعية الاسلامية) ، مركز دراسات الوحدة العربية ، سلسلة اطروحات الدكتوراه ، (٢٩) ، ط٢ ، بيروت ، ١٩٩٧ ، ص ٤٣ .
- ١٠ (د. ابراهيم احمد ابراهيم ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص ٣٤٩ .
- ١١ (د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، ج٢ ، مصدر سابق ، ص ٤١٨ .
- ١٢ (د. عوض عبد الله شيبه الحمد ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط٢ ، ١٩٩٧ ، ص ٥٠٦ .
- ١٣ (د. احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، ج٢ ، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٤٤٣ .
- ١٤ (د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص ٤١٩ .
- ١٥ (د. هشام صادق ، دروس تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص ٣٣٢ .
- ١٦ (د. احمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص ٤٤٤ .
- ١٧ (د. بشار الاسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ط١ ، ص ١٢٤ .
- ١٨ (انظر نص القانون منشور على شبكة الانترنت <http://WWW.admin.ch/ch/f/rs/291/>)
- ١٩ (فقد كان يصار في الماضي عند سكوت الارادة عن الاختيار الى افتراضات معينة ولا سيما تلك التي تميل الى الاخذ بمكان الانعقاد او مكان التنفيذ وذلك لتحديد القانون المناسب الذي يطبق في القضية المعروضة . ولكن هذه الافتراضات تعتبر الان مرفوضة وغير راجعة فلم تعد تعطي الاولوية لاي عامل بمفرده بصفته عاملاً حاسماً بل اخذ يجري العمل الان حين تكون هناك ظروف متنوعة للنظر فيها عند تحديد القانون المناسب على ان الافتراضات السابقة ماهي الا سوى عوامل تأخذها المحاكم بعين الاعتبار مع ما تأخذ من ظروف اخرى للقضية . انظر : احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، مصدر سابق ، ص ٦١ .
- ٢٠ (د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، الاسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ٥٣٣ .
- ٢١ (د. احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، مصدر سابق ، ص ١٩٧ .
- ٢٢ (د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق ، مصدر سابق ، ص ٥٥٧ .
- ٢٣ (د. عكاشة عبد العال ، قانون العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية) ، الاسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٤ ، ص ٦٠ .
- ٢٤ (د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق ، مصدر سابق ، ص ٥٦٥ .
- ٢٥ (نقلاً عن د. بشار الاسعد ، مصدر سابق ، ص ٣١٢ .
- ٢٦ (انظر بشأن هذا المعيار في الفقه والقضاء السويسري د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق ، مصدر سابق ، ص ٥٨١ .
- ٢٧ (د. احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، مصدر سابق ، ص ١٩٩ .
- ٢٨ (انظر الحكم منشور في J.D.L,1970,p418 .
- ٢٩ (انظر القضية رقم ٤٣٣٨ لسنة ١٩٨٤ في مؤلف د. عبد الحميد الاحدب ، التحكيم (وثائق تحكيمية) ، الجزء الرابع ، نوفل ، بيروت ، ص ٢٠٢ .

- ٣٠ (د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق ، مصدر سابق ، ص ٥٨٩ .
- ٣١ (انظر نص الاتفاقية منشور على شبكة الانترنت . [http:// www.jus.uio.no/lm/ec](http://www.jus.uio.no/lm/ec) .
- ٣٢ (انظر القانون السويسري منشور على شبكة الانترنت . <http://www.admin.ch/ch/f/rs/291> .
- ٣٣ (انظر نص القانون منشور في Rev.Crit,1987,p.171 .
- ٣٤ (د. هشام صادق ، القانون الواجب التطبيق ، مصدر سابق ، ص ٦١١ .
- ٣٥ (د. بشار الاسعد ، مصدر سابق ، ص ٣١٧ .
- ٣٦ (د. هشام صادق ، القانون الواجب التطبيق ، مصدر سابق ، ص ٦١١ .
- ٣٧ (هناك العديد من التشريعات التي اعتدت بنظرية الاداء المميز الا انها حرصاً على احترام توقعات الافراد فقد رفضت السماح للقاضي بآية عودة استثنائية لظروف التعاقد وملابساته عند تحديد قانون العقد من هذه التشريعات القانون النمساوي .
- ٣٨ (Vincent Heuze, la reglementation Francaise des contrats internationaux etude critique des methods , editions Joly
- ٣٩ (هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق ، مصدر سابق ، ص ٣٨٣ .
- ٤٠ (المصدر نفسه ، ص ٣٨٤ .
- ٤١ (Heuze , La reglementation francaise des contrats internationaux , etude critique des methods , these , p128 .
- ٤٢ (على انه اذا كان صحيحاً ان خضوع العقد وفقاً لهذا النظر للقانون الاوثق صلة به سيغني الى حد كبير عن الحاجة الى الاعمال المباشر لقواعد البوليس الامرة والتي تنتمي عادة الى هذا القانون الا انه قد يحدث مع ذلك ان تكون ثمة قاعدة ضرورية التطبيق على العلاقة العقدية المطروحة تنتمي الى قانون دولة ترتبط بالعقد بخلاف الدولة التي تشير قواعد الاسناد باختصاص قانونها وفقاً لهذا الاتجاه ولاشك ان السبيل الوحيد امام القاضي لاعمال هذه القاعدة ذات التطبيق الضروري وهو الاذعان لارادتها في الانطباق وهو ما يؤكد استمرار الحاجة لهذا المنهج على خلاف ما يظنه الاتجاه الفقهي الموضح في المتن .
- ٤٣ (حيث يرفض المؤلف خضوع العقد على العكس للقانون المختار وبالتالي لا يتصور امكان الحكم بطلانه وفقاً لهذا القانون وذلك لان التسليم بهذا النظر يتعارض مع المنطق السليم فابطال القانون المختار للعقد يعني ان اختيار هذا القانون قد جاء معيباً وغير منتج لاثاره . د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق ، مصدر سابق ، ص ٣٨٩ .
- ٤٤ (مع ملاحظة ان قاعدة التنازع التي تتخذ من ارادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد معياراً للاسناد لاتعد من قواعد التنازع المحايدة لان اختيار قانون العقد لا يتم عادة الا بناء على العلم المسبق بمضمون هذا القانون ، ومن هنا يرد البعض بحق قاعدة خضوع العقد لقانون الارادة الى الحاجة الى اليقين القانوني في مجال العقود احتراماً للتوقعات المشروعة للمتعاقدين ، انظر : د. احمد عشوش ، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة ، ١٩٨٥ ، بدون مكان نشر ، ص ١١٩ .
- ٤٥ (هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق، مصدر سابق ، ص ٣٩١ .
- ٥٩ (كالقانون الدولي الخاص الالمانى لسنة ١٩٨٦ واتفاقية روما لعام ١٩٨٠
- ٤٧ (وهذا ماانتهى اليه مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بمدينة Bale في سويسرا عام ١٩٩١ المادة (٥) من المشروع
- ٤٨ (Batiffol , Les conflits de lois en matiere de contrats , these paris 1938 No.9 .
- ٤٩ (د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق، مصدر سابق ، ص ٣٩٥ .
- ٥٠ (المصدر السابق ، ص ٣٩٦ .
- ٥١ (انظر : Heuze : مصدر سابق ص ١٢٧ .
- ٥٢ (د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق ، مصدر سابق ، ص ٣٩٧ .
- ٥٣ (انظر Heuze : مصدر سابق ص ١٢٧ .
- ٥٤ (د. هشام علي صادق ، المصدر السابق ص ٣٩٨ .
- ٥٥ (د. هشام علي صادق ، المصدر السابق ، ص ٣٩٩ .

٥٦ (انظر: Heuze مصدر سابق ، ص ٩٠ .

٥٧ (د. هشام علي صادق ، المصدر السابق ، ص ٤٠٠ .

٥٨ (مع ملاحظة ما مضت الإشارة اليه من وجود اتجاه فقهي يحيز الاختيار المادي لقانون العقد على هذا النحو بشرط ان يخضع القانون المختار بوصفه مجرد شروط عقدية الى الاحكام الامرة في قانون دولة محل الاداء الرئيسي في العقد وهكذا لا يفلت العقد وفقاً لهذا الاتجاه الاخير من سلطان القانون وهو مادعانا الى ادراج انصار هذا النظرية ضمن شرح النظرية الموضوعية ، انظر ما اوضحناه سابقاً .

المصادر :

اولاً: المصادر القانونية .

١. د. ابراهيم احمد ابراهيم ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٢ .
٢. احمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولاً ومنهجاً ، مكتبة الجلاء الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، ١٩٩٦ .
٣. بشار الاسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ط ١ ، ٢٠١٠ .
٤. د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، نظرية الالتزام ، المصادر الارادية للالتزام ، العقد والارادة المنفردة ، ط ١ ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٩٥ .
٥. د. احمد عبد الرزاق خليفة ، القانون والسيادة وامتيازات النفط مقارنة بالشرعية الاسلامية ، مركز دراسات الوحدة العربية ، سلسلة اطروحات الدكتوراه، ٢٩، ط ٢ ، بيروت ، ١٩٧٠ .
٦. د. احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، ج ٢ ، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .
٧. د. احمد عشوش ، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة ، بدون مكان نشر ، ١٩٨٥ .
٨. د. حسن علي الذنون ، اصول الالتزام ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٠ .
٩. د. خالد عبد الفتاح محمد خليل ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ٢٠٠١ .
١٠. د. سمير تناعو ، نظرية الالتزام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع .
١١. د. عبد الباسط جاسم ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الالكترونية ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٤ .
١٢. د. عبد الحميد الاحدب ، التحكيم ، وثائق تحكيمية ، ج ٤ ، نوفل ، بيروت .
١٣. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج ٤ ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة طبع .

١٤. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ، ج٢، ط٩، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٦.
١٥. د. عكاشة عبد العال ، قانون العمليات المصرفية الدولية ، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية ، الاسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٥.
١٦. عقيل فاضل حمد الدهان، عدم تجزئة التصرف القانوني في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، بغداد ، ٢٠٠٦.
١٧. د. عوض عبد الله شبيبة الحمد ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط٢، ١٩٩٧.
١٨. د. منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني العراقي ، دراسة مقارنة ، ج١، مصادر الالتزام ، ط١، ١٩٩١.
١٩. د. منير عبد المجيد ، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، مصر ، ١٩٩٥.
٢٠. د. نبيل زيد مقابلة ، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص ، ط٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥.
٢١. د. هشام صادق، دروس في تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣.
٢٢. د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠١.

ثانياً: المصادر الاجنبية .

1. Batiffol, H., 1938. *Les conflits de lois en matière de contrats: étude de droit international privé comparé*. Sirey.
2. Fawcett, J.J., 1999. *Cheshire and North private international law*. Butterworths.
3. Cheshire, Geoffrey Chevalier, Peter Machin North, and James J. Fawcett. *Cheshire and North Private international law*. Butterworth-Heinemann, 1987.
4. Mayer, P., 1990. HEUZÉ (V): La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes.
5. Heuzé, V., 1990. *La réglementation française des contrats internationaux: étude critique des méthodes*. GLN joly.

ثالثاً: مواقع الانترنت:

1. [http:// www.jus.uio.no/Im/ec](http://www.jus.uio.no/Im/ec).
2. [http:// WWW.admin.ch/ch/f/rs/291/](http://WWW.admin.ch/ch/f/rs/291/)

Abstract

The general rule is that the contract draws strength in organizing the provisions on the will of the contracting parties and submitting to determining their extent and limits. Therefore, if the subject of the contract is determined between the two parties and the offer is accompanied by acceptance in a legitimate manner. It was agreed on the essential elements, and this contract became a binding force, which is like the force of law for both parties. As for binding one of the contractors or both of them to some of the contract that he accepted as a whole, it is a violation of that contractual will that is focused on the contract as a whole with its content, conditions, obligations and rights. It is not permissible to violate that will which is binding on its parties who did not satisfy one part of the contract without the other part, and the same applies to the unilateral act issued by one side. Whereas, the fact that the disposition accepts and does not accept division is due to that will expressed by the owner of the legal disposition. If clauses or conditions are mentioned in the unilateral act, it should be questioned about their importance in the intention and will of the disposer himself, there are two directions: The first takes the principle of indivisibility, considering the latter as purely material actions that refer to the place of the contract itself, while another trend believes that indivisibility is based on the law, which considers some types of contract are indivisible. As it is due to the intention and will of the parties, which made the legal action a single and indivisible deal.

A Contract of Selection Between Unity and Pluralism

Hind Fayez Ahmed

University of Babylon/College of Law

Aerm Issam Khudair Al-Issa

Babylon University / Faculty of Nursing