

القانون واجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية

م. م. مريضة داخل عبد الله

جامعة ذي قار - كلية التربية للعلوم الصرفة

لقد أصبحت عقود التجارة الدولية تتمتع بمكانة مهمة في المجتمعات نظراً لدورها الفعال في عملية التبادل التجاري، وهذا ما يستوجب توفير بيئة قانونية لحل النزاعات القائمة بين المتعاقدين. والبحث عن القانون واجب التطبيق على عقودهم، ويعد قانون الإرادة الضابط الأساس في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، سواء كان اختيار أطراف العلاقة العقدية لذلك القانون صريحاً أو ضمناً يستخلصه القاضي من مؤشرات معينة، لكن عند غياب اتفاق الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق يبرز دور القاضي في تحديد القانون المختص لحكم النزاع باعتماده على قواعد الإسناد الجامدة، وقواعد الإسناد المرنة، وقد تحدد قواعد الإسناد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية لكن القاضي يمتنع عن تطبيقه نتيجة لوجود مانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي.

الكلمات المفتاحية: عقود التجارة الدولية، قانون الإرادة، قواعد الإسناد الجامدة، قواعد الإسناد المرنة، الدفع بالنظام العام.

The Law Applicable to International Trade Contracts Disputes

Asst. Inst. Zina Dakhil Abdulaah

University of Thiqr- College of Pure Science

International

trade contracts have occupied a significant status in societies taking into consideration their vital role in trade exchange, which requires establishing legal environment to resolve existing disputes among contractors and determine a law that is applicable to their contract. Autonomy of Will is the major regulation in designating the law applicable to international trade contracts, whether the choice of parties to the contractual relationships is explicit or implicit as inferred by the judge according to certain indicators. But when parties disagree on identifying the applicable law, here the judge's role is highlighted to settle the dispute by depending on Rigid Rules of Conflict of Laws and Flexible Rules of Conflict of Laws. Rules of Conflict of Laws might specify the law applicable to international trade contracts, but the judge might refrain from applying it owing to a bar of application of foreign law.

Keywords: International trade contracts, Autonomy of Will, Rigid Rules of Conflict of Laws, Flexible Rules of Conflict of Laws, invocation of public policy.

القبول

2025/9/14

الرجاء

2025/9/11

الاستلام

2025/8/24

المقدمة

تعد التجارة الدولية من أهم القطاعات الحيوية في مختلف الدول، لا سيما بعد أن اتسع حجم المبادلات التجارية بفعل التطورات الاقتصادية والتكنولوجيا الهائلة التي يشهدها العالم، فأصبحت تسهم بشكل كبير في زيادة النشاط الاقتصادي للدول، وباتت من المعايير المعتمدة في تصنيف الدول إلى دول متقدمة ودول نامية، وتتم ممارسة التجارة الدولية من خلال أنواع عديدة من العقود، التي يطلق عليها عقود التجارة الدولية.

تتميز العلاقة التعاقدية في إطار عقود التجارة الدولية بوجود عنصر أجنبي، لذلك طُرحت مسألة كيفية تحديد القانون واجب التطبيق على هذا العقد، سواء من حيث شكله، أو موضوعه، أو منازعته، وذلك بالنظر لارتباطه بأكثر من نظام قانوني، وهو ما يثير مسألة تنازع القوانين في هذا المجال، وتحديد قواعد الإسناد الملائمة، ذلك أن قواعد الإسناد التقليدية تتميز بأنها قواعد وطنية، وهو ما دفع بجانب من الفقه إلى التشكيك في قدرتها على حكم الروابط التعاقدية ذات الطابع الدولي.

لذلك يلاحظ أن قانون الإرادة يحتل دوراً مهماً في عقود التجارة الدولية، ويعد أحد أبرز روابط الإسناد المعتمدة فيها عند البحث عن القانون المختص لحل مسألة ما، ولقد تم تكريسه في العديد من التشريعات المقارنة، والاتفاقيات الدولية، لكن يطرح الإشكال في حال سكوت الأطراف عن تحديد القانون واجب التطبيق على عقدهم، إذ يبرز دور القاضي أو المحكم التجاري الدولي، في البحث عن القانون المختص لحكم هذه العلاقة العقدية التجارية، على ضوء مناهج التنازع المعتمدة في التشريعات الداخلية، التي تنقسم إلى منهج الإسناد الجامد، الذي يقوم على التحديد المسبق للقانون الأوثق صلة بالعقد، سواء من حيث الإبرام، أو من حيث التنفيذ، ومنهج الإسناد المرن الذي يعتمد على تركيز الرابطة التعاقدية من خلال فكرة الأداء المميز وفقاً للطبيعة الذاتية للعقد التي تتم تبعاً لظروف التعاقد وملابساته.

وحرصاً من المشرع العراقي في تنظيم هذه العلاقات، وضمان حقوق الأفراد في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي شرع إلى تنظيم هذه القواعد في التشريع الوطني كقواعد إسناد يستند إليها القاضي في تعيين القانون واجب التطبيق على العلاقة القانونية المعروضة أمامه، إذ نصت المادة (25) الفقرة (1) من القانون المدني العراقي على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية

قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للتعاقدین إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه"، إذ إن المشرع العراقي قد نظم قواعد الإسناد على نوعين، وهما قاعدة الإسناد الأساس، وهي قائمة على إرادة الأفراد، وقاعدة الإسناد الثانوية، التي يعمل بها في حالة سكوت إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق.

أولاً: إشكالية البحث

تكمن إشكالية البحث في مدى ملاءمة قانون الإرادة وضوابط الإسناد في تحديد القانون واجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، ومن هذه الإشكالية تتفرع مجموعة من الأسئلة وهي:

1. ما دور الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق وما أساسها؟
2. هل يطبق القاضي قواعد الإسناد الثانوية مباشرة عند سكوت الإرادة، أم يجب أن يبحث عن الإرادة الضمنية؟
3. ما مدى فاعلية قواعد الإسناد الجامد المسبق للعملية التعاقدية المتمثل بقانون الموطن المشترك لأطراف العقد وقانون بلد الإبرام؟ وهل يصلح للتطبيق على أنواع العقود الدولية جميعاً؟
4. ما مدى فاعلية الإسناد المرن في تحديد القانون واجب التطبيق؟
5. هل يمكن استبعاد قواعد الإسناد عن طريق الدفع بالنظام العام أو الدفع بالتحايل على القانون؟

ثانياً: أهمية البحث

تبرز أهمية موضوع البحث من أوجه عديدة، فمن الناحية العملية يلاحظ أن تجاوز مشكلات تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، ووضع ضوابط إسناد ملائمة لها يسهم في التشجيع على هذه العقود، التي تؤدي إلى تطوير اقتصاديات مختلف الدول، كما يكون المتعاملون الاقتصاديون في مأمن من مفاجئتهم بتطبيق أنظمة قانونية على علاقاتهم التعاقدية من دون أن يتوقعوها عند إبرام عقودهم الدولية، أما بالنسبة للأهمية العلمية فتتجلى في معالجة الإشكالات القانونية التي

يطرحها هذا الموضوع، منها تلك المتعلقة بدور الإرادة كضابط إسناد لحل مشكل تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، وكذلك في حالة سكوت الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق.

ثالثاً: هدف البحث

إن الهدف من دراسة موضوع القانون واجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية بدرجة أولى هو التيسير على المتعاقدين بما يحقق مصالحهم، ويصون حقوقهم، التي تنشأ في ظل العقد محل النزاع، الذي يرتبط بأكثر من نظام قانوني؛ لذا أضحت مسألة تعيين القانون واجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية محط اهتمام العديد من الدول والأنظمة القانونية، لما تشهده هذه العقود في مساهمتها، ودورها في تسيير اقتصاديات الدول.

رابعاً: منهجية البحث

وللإجابة عن الأسئلة المذكورة آنفاً سيتم الاعتماد على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي المعتمد في تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بموضوع البحث.

خامساً: تقسيم البحث

ستتم معالجة موضوع البحث من خلال تقسيمه على مبحثين، نتناول في المبحث الأول (اتفاق الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية)، فيما نعالج في المبحث الثاني (غياب اتفاق الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية).

المبحث الأول: اتفاق الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية

باتت مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية واحدة من أهم المسائل الناجمة عن هذه العقود، ففي إطار ما تتميز به هذه العلاقة التعاقدية في ظل تلك العقود، من وجود عنصر أجنبي، أدى بدوره إلى ارتباط هذه العلاقة بأكثر من نظام قانوني واحد، وهو ما أثار مسألة تنازع القوانين، أصبحت هناك حاجة ماسة بشأن تعيين القانون الواجب تطبيقه عليها، فاقترضت القواعد المستقرة بهذا الشأن إلى ضرورة إخضاع هذه العقود لقانون الإرادة إعمالاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وقد نصت عدد من الاتفاقيات والتشريعات الدولية على ضرورة احترام حرية الأطراف في تحديد واختيار القانون واجب التطبيق على عقودهم الدولية.

فيما مضى لم يكن الفقه القديم يسند العقود الدولية لقانون الإرادة، إذ أسندها إلى قانون بلد الإبرام، سواء من ناحية شكلها أو موضوعها، وبعد ذلك تبلورت فكرة هذا القانون على يد الفقيه الفرنسي ديمولاند، لكن لم يتفق الفقه على قول واحد بشأن الأساس الذي استند عليه هذا القانون، فظهرت لدينا عدد من النظريات، ومن هذه النظريات لدينا، النظرية الشخصية، والنظرية الموضوعية، والنظرية المزدوجة، كما وتترتب على إخضاع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة عدد من النتائج، تمثلت بالسماح للمتعاقدین باختيار أكثر من قانون واحد ليحكم العقد، واشتراط توافر الصلة بين القانون المختار والعقد، وأخيراً رفض فكرة الإحالة (المطلب الأول).

كما وتثور الإشكاليات في هذا الشأن في حال غياب الإرادة الصريحة عن اختيارها للقانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، ففي هذه الحالة على القاضي الوطني أن يجتهد في بحثه عن الإرادة الضمنية لأطراف الرابطة التعاقدية من خلال استناده على بعض المؤشرات والقرائن التي تساعده في ذلك، وعلى الرغم من أن بعض التشريعات قد ساوت بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية، إلا أن الفقه لم يتفق في هذا الشأن، فغدا على اتجاhein، تمثل الاتجاه الأول منه بتأييده لوجود الإرادة الضمنية، أما الاتجاه الثاني قد أنكر وجودها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: قاعدة خضوع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة

تم إقرار هذا القانون في معظم التشريعات العربية والغربية، وتم عده في أغلب التشريعات على أنه الإسناد الأول في تحديد القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وعدت هذه القاعدة من أهم ما أرسته قواعد تنازع القوانين في معظم النظم القانونية، ويحكم هذا القانون كل ما يتعلق بتكوين العقد، وشروطه الموضوعية من تراض ومحل وسبب، كما ينظم آثار العقد، وما يترتب من التزامات وحقوق متبادلة بين أطرافه، كما نظم كذلك جزاء مخالفة هذه الالتزامات، وما قد تنثيره هذه المخالفة من مسؤولية عقدية.

وسيتم البحث في هذا المطلب بشأن نشأة وبداية ظهور قانون الإرادة، وعلى ماذا يستند هذا القانون من أساس؟ (الفرع الأول)، وكذلك سيتم التطرق إلى النتائج المترتبة على الأخذ بهذا القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم قانون الإرادة

لمعرفة مفهوم قانون الإرادة كان لزاماً علينا أن نبحث عن نشأته وتطوره، كما توجب علينا أن نقف على الأساس القانوني الذي استند عليه، وفي هذا الشأن برزت لدينا إشكالية تمثلت بظهور عدد من النظريات التي اختلفت بشأن تحديد أساسه القانوني.

1. نشأة قانون الإرادة

في ظل مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة، في القرنين الثاني عشر والثالث عشر تحديداً، لم يكن الفقه القديم يسند العقود الدولية لقانون الإرادة، وإنما كان يخضع هذه العقود سواء من ناحية شكلها أو موضوعها لقانون محدد سلفاً⁽¹⁾، وهو قانون محل إبرامه، وكان بمثابة إسناد أمر لا تملك الإرادة تغييره⁽²⁾، وفي مرحلة لاحقة، بالتحديد في القرن الخامس عشر، ظهر بعض الشراح، وبرروا أن أساس خضوع العقد لقانون محل الإبرام هو أن الإرادة الضمنية للمتعاقدين قد ارتضته.

بدأت ملامح قانون الإرادة بالظهور في القرن السادس عشر، إذ قام الفقيه الفرنسي (ديمولاند) ببلورة هذا القانون، واستند في ذلك على التبرير الذي قدمه الشراح في القرن الخامس عشر، وبنى وجهة النظر الآتية، بما إن إرادة المتعاقدين الضمنية قد ارتضت قانون بلد الإبرام ليكون القانون الذي يحكم العقد؛ إذن من الواجب الاعتراف بأن للمتعاقدين الحق في اختيار قانون آخر غير قانون بلد الإبرام لتخضع عقودهم له.

ثم جاء الفقيه البلجيكي (لوران) مؤكداً وجهة نظر الفقيه الفرنسي ديمولاند، إذ أكد أن للمتعاقدين الحرية في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد بعد أن هذا يمثل حقاً من حقوق الإنسان، وكان هذا في أواخر القرن التاسع عشر⁽³⁾، أما في مرحلة لاحقة وأمام القضاء الفرنسي في بدايات القرن العشرين تحديداً، تأكدت قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة، وكان هذا في قضية (Cquebec Steamship)، فعد قرار المحكمة دستوراً لهذا القانون، وبصورة قطعية أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الأمر، وجاء في قرارها ما يأتي "أن القانون واجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو بآثارها أو بشروطها هو القانون الذي تبناه الأطراف"، وأدى هذا القرار إلى تبني هذا المبدأ في مشروع القانون الدولي الخاص الفرنسي لسنة 1967

والذي يقضي بأن "يخضع العقد ذو الطابع الدولي والالتزامات الناشئة عنه للقانون الذي قصد الأطراف الخضوع له"⁽⁴⁾.

العديد من التشريعات العربية قننت هذه القاعدة في أنظمتها القانونية، ومن هذه التشريعات لدينا، القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 في نص المادة 25، إذ نصت على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها القانون المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فإذا اختلفا، يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه"⁽⁵⁾.

القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 في نص المادة 20 في فقرتها الأولى، إذ نصت هذه المادة على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها القانون المشترك للمتعاقدين، إذا اتحدا موطنًا، فإن اختلفا، سري قانون الدولة التي فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك"⁽⁶⁾، كما قنن القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 هذه القاعدة في الفقرة الأولى من نص المادة 19، إذ نصت على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها القانون المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فإن اختلفا موطنًا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه"⁽⁷⁾.

أما بالنسبة لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فينا) لسنة 1980، نجد أنها قد اعتدت بحرية المتعاقدين، واحترمت مبدأ سلطان الإرادة، وظهر هذا جليا في نص المادة 6 من هذه الاتفاقية "يجوز للطرفين استبعاد تطبيق هذه الاتفاقية، كما يجوز لهما فيما عدا الأحكام المنصوص عليها في المادة 12، مخالفة نص من نصوصها أو تعديل آثاره"⁽⁸⁾، ومن ضمن اتفاقيات لاهاي الـ 36، نجد أن اتفاقية 15 يونيو 1955 الخاصة بالقانون الواجب تطبيقه على البيع الدولي للبضائع، قد تبنت مبدأ سلطان الإرادة في نص المادة الثانية منها، ونصت "يخضع البيع للقانون الداخلي الذي يختاره الطرفان"⁽⁹⁾.

ويمكن تعريف قانون الإرادة على أن القانون الذي تم اختياره صراحةً أو ضمناً من المتعاقدين، كذلك يعرف على أنه القانون الذي يستند على إرادة الأطراف ليحكم الالتزامات التعاقدية، لينحصر دور الإرادة في تعيين القانون، وليس تحرير العقد من سيطرة القانون⁽¹⁰⁾.

2. أساس قانون الإرادة

ظهر خلاف بين الفقه بشأن تحديد الأساس القانوني الذي يستند عليه قانون الإرادة، فبرزت لدينا نظريات عديدة نذكرها على الوجه الآتي:

أ. النظرية الشخصية

هذه النظرية عدت أن اختيار المتعاقدين للقانون واجب التطبيق على عقدهم منبثق من مبدأ سلطان الإرادة، وليس من قواعد تنازع القوانين، كما إن هذه الإرادة تعلق على القانون سواء أكانت هذه الإرادة إرادة ضمنية أم صريحة، وهذا يصل بنا إلى عد أن هذه النظرية قد قدست مبدأ سلطان الإرادة تقديسا كبيرا، فالقانون بالنسبة إلى هذه النظرية هو إرادة المتعاقدين، بمعنى أن للمتعاقدین مطلق سلطان الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم، وعلى القاضي أن يستظهر الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة في حال لم يقدّم المتعاقدون باختيار القانون الذي سيحكم العقد صراحة، وإذا لم يستطع القاضي الكشف عن الإرادة الضمنية، فعليه البحث عن الإرادة المفترضة، ما لم يكن المشرع قد حدد بنفسه هذه الإرادة من خلال قرائن مختلفة حسب الأحوال⁽¹¹⁾.

أما بالنسبة لأهم النتائج التي ترتبت على الأخذ بالنظرية الشخصية، عدم اشتراط توافر أي صلة بين القانون المختار والعقد، لأن اشتراط هذه الصلة يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة⁽¹²⁾، وبحسب هذه النظرية، يجوز لأطراف العقد اختيار أكثر من قانون ليحكم الرابطة التعاقدية مستخلصين منها النصوص التي تحقق مصالحهم⁽¹³⁾، كما إن العقد الدولي لا يخضع لأي تعديلات تشريعية قد تطرأ على القانون المختار بعد إبرام العقد، وهو ما يعرف بشرط الثبات التشريعي⁽¹⁴⁾.

أما فيما يخص أبرز الانتقادات التي وجهت للنظرية الشخصية، أنه من غير المقبول التخلي عن القانون، وترك إرادة المتعاقدين تحكم العقد⁽¹⁵⁾، كذلك وفقا للنظرية الشخصية، فإن إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة سيتسبب بتحويل العقد الدولي إلى عقد حر، مما يؤدي إلى فقدان القانون المختار وصفه كقانون لتصبح أحكامه شرطا من شروط العقد، بالتالي يملك الأطراف الحق في مخالفتها حتى ولو اتسمت هذه الأحكام بطابع الصفة الأمرة⁽¹⁶⁾، كما إن هناك

إمكانية أن يقضي قانون الإرادة ببطان العقد بسبب الاختيار المطلق للقانون الذي سيحكم العقد، وهذه نتيجة غير معقولة⁽¹⁷⁾.

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي من هذه النظرية، فمن الواضح أنه قد تم رفض ما تدعو عليه بشكل قاطع، وهذا يظهر جلياً من نص المادة 32 من القانون المدني العراقي، إذ نصت على الآتي لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في العراق، وهذا أيضاً موقف المشرع الأردني من النظرية، في نص المادة 29 من القانون المدني الأردني، إذ نصت على الآتي، لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية.

ب. النظرية الموضوعية

رفضت النظرية الموضوعية التسليم بمنح الإرادة دوراً مطلقاً في اختيار قانون العقد، وهذا على عكس ما جاءت به النظرية الشخصية، والتي قدست سلطان الإرادة، ويرجع أصل هذه النظرية إلى الفقيه الألماني سافيني إلا أنها تطورت وتبلورت على يد الفقيه باتيفول⁽¹⁸⁾.

إن ما نادى به النظرية الموضوعية، هو ضرورة إخضاع العقد لأحكام القانون الداخلي لدولة معينة وفقاً لما يقرره القاضي استناداً على قواعد تنازع القوانين في دولته، فبحسب ما أشارت إليه هذه النظرية، ففوة القانون هي ما تستند عليه إرادة المتعاقدين، فالقانون هو منح هذه الإرادة حق اختيار القانون واجب التطبيق على عقد بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي⁽¹⁹⁾، فالطرفان المتعاقدان بحسب هذه النظرية، لا يملكان أي حق في استبعاد أي حكم مصبوغ بصفة أمرة في القانون واجب التطبيق كما هو الحال في النظرية الشخصية⁽²⁰⁾.

كما إنه وبموجب هذه النظرية، فإن أطراف العقد يملكون فقط تركيز العقد في دولة معينة، وليس حق اختيار القانون واجب التطبيق، فمعنى أن يقوم المتعاقدان بتركيز العقد في مكان معين، هو أن هذا التركيز يمثل مركز ثقل التعاقد، ويمكن معرفة المركز الحقيقي لثقل التعاقد من خلال البحث عن الملبسات والظروف التي تم بها العقد، لاستخلاص القانون واجب التطبيق⁽²¹⁾.

وما يترتب على هذه النظرية من نتائج، هو احترام النصوص الآمرة في دولة القاضي، لأنه وبخلاف النظرية الشخصية فالقانون يبقى محتفظاً بوصفه، فلا يتحول إلى شرط من شروط العقد، كما إنه لا يمكن إخضاع العقد لأكثر من قانون واحد بناء على هذه النظرية، وأبرز ما جاءت النظرية على تأكيده، هو لزوم توافر الصلة بين القانون المختار والعقد⁽²²⁾.

ومن الانتقادات التي وجهت إلى هذه النظرية، أنها أهملت دور الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد بشكل كبير، كما إنها أعطت سلطة مطلقة وغير مقيدة للقاضي، من خلال منحه حق تعديل اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق على العقد متى كان هذا الاختيار غير متطابق مع التركيز الحقيقي للعقد، وهذا يؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف المتعاقدة⁽²³⁾.

ج. النظرية المزدوجة

رأت الأستاذة (Deby Gerard) والتي ظهرت هذه النظرية على يدها "أن الحق الممنوح للأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق هو حق اختيار وليس حق تركيز العقد في مكان معين"⁽²⁴⁾.

وميزت هذه النظرية بين وجود الاختيار الصريح وانعدامه، ففي حالة وجود الاختيار الصريح فعلى القاضي أن يقوم باحترام ما اختاره المتعاقدون، باعتبار أن قانون الإرادة هي قاعدة موضوعية تختص بالعقود الدولية أولاً، أما ثانياً فهذا من أجل الحفاظ على توقعاتهم، كذلك يعد قانون الإرادة بحسب هذه النظرية قانوناً مطلقاً لا يخضع لأي قيد، وهذا يعني أنه بإمكان المتعاقدين اختيار أي قانون ليحكم عقدهم حتى وإن لم يكن بينه وبين العقد صلة، أما في حال انعدام الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق من الأطراف المتعاقدة، فيجوز في هذه الحالة تطبيق فكرة تركيز العقد بحسب ما تراه هذه النظرية⁽²⁵⁾.

أما الانتقاد الذي وجه إلى هذه النظرية هو "تجاهلها للإرادة الضمنية لأطراف العقد، واعتبار أنها تتساوى مع انعدام إرادة الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق، بينما هي إرادة حقيقية لها وجودها وقرائنها اليعينية التي تدل عليها، وينبغي احترامها، وعلى القاضي المعروض أمامه النزاع البحث عن هذه الإرادة"⁽²⁶⁾.

أما فيما يخص موقف المشرع العراقي من هذه النظرية، نجد أنه قد اعترف أن للأطراف المتعاقدة حق الاختيار، وهذا يظهر جلياً بموجب نص المادة 25 من القانون المدني العراقي،

كما إننا نجد أن المشرع العراقي، قد اعترف بوجود الإرادة الضمنية، فعبارة "الإرادة" جاءت مطلقة، أي تشمل كلاً من الإرادة الصريحة والضمنية، وهذا أيضاً موقف المشرع الأردني.

وبعد أن وضعنا نشأة قانون الإرادة وبيننا الأساس الذي استند عليه هذا القانون من خلال التطرق للنظريات الثلاث، ظهرت لدينا عدد من النتائج ترتبت على إخضاع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة، وهذا ما سنأتي عليه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني: النتائج المترتبة على خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة

تترتب نتائج مهمة على خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة، من أبرز هذه النتائج، السماح للمتعاقدین باختيار أكثر من قانون (أولاً)، واشتراط توافر الصلة بين القانون المختار والعقد (ثانياً)، ورفض فكرة الإحالة في مجال عقود التجارة الدولية (ثالثاً).

أولاً: السماح للمتعاقدین باختيار أكثر من قانون

"ترتب على ميزة تمكين الأطراف المتعاقدة من اختيار القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، الاعتراف بحقهم في اختيار أكثر من قانون ليحكم العقد، وتبعاً لذلك يمكنهما أن يتفقا على إخضاع تكوين العقد لقانون محل إبرامه، وإخضاع تنفيذه لقانون محل التنفيذ، إلى غير ذلك من الأمور التي تبقى لصيقة بحريتهما، غير أن هذه الحرية مقيدة بشرط أساس، وهو ضرورة أن تتوافر في القوانين التي يقع اختيارها من قبل الأطراف الصلة المتطلبة في العقد، منعا لحدوث أي تضارب في حال تطبيق قوانين مختلفة، مما يؤدي إلى الإخلال بانسجام الرابطة العقدية"⁽²⁷⁾. وبالنسبة لاتفاقية لاهاي لسنة 1986 في مادتها السابعة (الفقرة الثانية تحديداً)، واتفاقية روما لسنة 1980 في مادتها الثالثة، كلتا الاتفاقيتين ذهبتا إلى تأكيد هذا الحق⁽²⁸⁾، كما ذهب أنصار هذا القول حول تأكيدهم أن حرية الأطراف المتعاقدة في تطبيق مبدأ قانون الإرادة لن تأتي إلا من خلال نظرية نسبية العقود التي تسمح بتجزئة العقد من خلال إسناد كل جانب إلى قانون معين⁽²⁹⁾.

ثانياً: اشتراط توافر الصلة بين القانون المختار والعقد

قيدت حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، بضرورة اشتراط الصلة بين القانون وبين العقد، أو بين القانون وبين المتعاقدين، وانعدام الصلة يعد قرينة على التهرب من القانون واجب التطبيق على العقد، وغشا في غاية الوضوح تجاهه، ومن ثم تكون

الإرادة قد تخطت دائرة التنازع التي تعمل في إطارها مما يشكل خرقاً لأهداف تلك القاعدة⁽³⁰⁾، وفي حال ثبت للقاضي هذا التهرب وهذا الغش، بإمكان القاضي استبعاد القانون المختار من الأطراف المتعاقدة من خلال إعماله لنظرية الغش نحو القانون، وإسناد العقد للقانون الأكثر صلة بالرابطة التعاقدية⁽³¹⁾.

ثالثاً: رفض فكرة الإحالة في مجال عقود التجارة الدولية

إن منطق الإحالة يتعارض في حد ذاته مع ضابط الإسناد التي تضمنته قاعدة التنازع، لذا ذهب غالبية الفقه إلى رفض فكرة الإحالة في مجال عقود التجارة الدولية، فاعتماد قواعد التنازع في تحديد القانون المطبق، سيؤدي حتماً إلى خضوع لنظام قانوني مختلف عن النظام القانوني الذي ارتضت به الأطراف المتعاقدة، وهذا بحد ذاته سيؤدي إلى اضطراب معاملات الأطراف والإخلال بتوقعاتهم، لأن اختيار الأطراف المتعاقدة لقانون معين يقوم على اعتبارات قام المتعاقدون بتقديرها، لذا فإن قبول فكرة الإحالة يؤدي لخضوع العقد لنظام قانوني لم يكن متوقعا للأطراف، بل قد يكون متعارضا مع أهدافهم ورغباتهم⁽³²⁾.

الأصل العام أن يعبر الأطراف بإرادة صريحة ومعلنة عن اختيارهم للقانون واجب التطبيق ليحكم عقدهم، لكن أحيانا قد تسكت الأطراف عن هذا الاختيار الصريح، وفي هذه الحالة يأتي دور القاضي لبحث عن إرادتهم الضمنية من خلال استناده على عدد من القرائن والمؤشرات، وهذا ما سنأتي عليه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني: غياب الإرادة الصريحة

لا تثار أي إشكاليات إذا عبر الأطراف بإرادة صريحة ومعلنة بشأن رغبتهم بتحديد قانون معين يحكم عقدهم، لكن تكمن الإشكالية حينما تسكت الأطراف عن الاختيار الصريح، فإذا سكنت الأطراف، على القاضي أن يجتهد للكشف عن الإرادة الضمنية مستعينا بقرائن معينة تساعد في هذا الشأن، هذه القرائن قد تكون قرائن ذاتية، أو خارجية، وما نعينه بالقرائن الذاتية، هي تلك القرائن التي تستمد من ذات الرابطة التعاقدية، أما الخارجية، فهي التي تستخلص من الظروف والملابسات التي تحيط بالعقد.

ولقد عرف جانب من الفقه الإرادة الضمنية "يكون التعبير ضمنياً إذا كانت الوسيلة المستعملة فيه لا تدل بذاتها مباشرة على حقيقة المعنى المقصود، ولكن ظروف الحال تسمح

بترجيح المعنى المقصود على غيره من المعاني المحتملة⁽³³⁾، أي ما نقصده بالاختيار الضمني، أن تكون إرادة المتعاقدين إرادة غير معلنة، لكن في الوقت نفسه لا يتبادر إلى ذهن الشخص أن الإرادة غير موجودة⁽³⁴⁾.

وفي هذا المطلب كان لزاماً علينا أن نوضح دور القاضي في الكشف عن الإرادة الضمنية من جهة، ومن جهة أخرى بيان رأي الفقه القانوني في مسألة الاختيار الضمني (الفرع الأول)، أما (الفرع الثاني) سيتم تخصيصه للتحديث بشأن أهم المؤشرات الكاشفة التي قد يستند عليها القاضي للكشف عن الإرادة الضمنية.

الفرع الأول: دور القضاء وموقف الفقه القانوني بشأن الاختيار الضمني

يميل القضاء بشكل عام للتسوية بين الإرادة الضمنية والإرادة الصريحة، لذا يلعب القاضي دوراً مهماً في الكشف عن هذه الإرادة كما أشرنا سابقاً، لكن على الرغم من موقف القضاء الإيجابي في هذا الشأن، نجد أن الفقه لم يحسم أمره بشأن غياب الإرادة الضمنية، فانقسم الفقه ما بين مؤيد ومعارض.

أولاً: دور القاضي في الكشف عن الإرادة الضمنية

عند غياب الإرادة الصريحة، فإن القاضي يلجأ إلى تفسير مضمون العقد ليتمكن من تحديد ما اتجهت إليه إرادة الأطراف المتعاقدة، فقد يضع الأطراف بعض النصوص في عقدهم، يمكن من خلالها تحديد القانون المطبق على العقد التجاري الدولي⁽³⁵⁾، ومثال على ذلك، أن يتم وضع نص في العقد يبين اختصاص محكمة من محاكم دولة معينة للفصل في المنازعات المتعلقة بالعقد، وتعتبر هذه قرينة على أن إرادة الأطراف المتعاقدة قد انصرفت إلى اختيار قانون الدولة التي عهد إليها اختصاص المحكمة.

بعض التشريعات الحديثة لم تعد إلا بإرادة المتعاقدين الصريحة في اختيار قانون العقد، ومن هذه التشريعات لدينا القانون الدولي الخاص الصيني، الذي اشترط في المادة الثالثة منه، أن القانون واجب التطبيق يجب أن يتم اختياره صراحة، ولا يصح للقاضي البحث عن الإرادة الضمنية في حال تعذر الاختيار الصريح⁽³⁶⁾، وهذا يدفعنا للقول إلى وجود بعض المعارضين في مسألة إعطاء القاضي تخويلاً للبحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، إذ إنهم يرون أنه من الأفضل أن على القاضي التصدي مباشرة لتركيز الرابطة العقدية وإسنادها للقانون الأوثق صلة

بها، وبرروا ذلك أن هذا أكثر أماناً للمتعاقدين، لأن إعطاء القاضي سلطة البحث عن الإرادة الضمنية، واختيار القانون واجب التطبيق على أساسها قد يؤدي إلى الإخلال التام بتوقعات الأطراف⁽³⁷⁾.

ومن التشريعات الوطنية التي ساوت بين الإرادة الضمنية والإرادة الصريحة في اختيار قانون العقد، القانون المدني العراقي في نص المادة 25 منه، وكذلك القانون المدني المصري في نص المادة 19 منه، وكذلك نص المادة 20 من القانون المدني الأردني، نجد أن نصوص هذه المواد لم تحو على أي جملة أو عبارة صريحة تنص على أنه من الممكن استخلاص الإرادة الضمنية لأطراف العلاقة التعاقدية من خلال الاستناد على المؤشرات والقرائن، لكن نرى أن القانون قد أعطى للقاضي سلطة تفسير العقد للبحث عن الإرادة الضمنية لأطرافه، إذ جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني في الصفحة 243 "أول ما يعرض للقاضي في شأن العقد هو تفسيره إذا كان في حاجة إلى تفسير، وتفسير العقد هو استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين"⁽³⁸⁾، كما نصت المادة 214 من القانون المدني الأردني "2- أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري بين المعاملات"⁽³⁹⁾.

ومن الاتفاقيات الدولية التي ساوت بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية، لدينا اتفاقية روما لسنة 1980، إذ نصت المادة الثالثة منها، في الفقرة الأولى تحديداً، على الآتي "يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحاً أو مستمداً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد، وللأطراف اختيار القانون واجب التطبيق على كل العقد أو على جانب منه فقط"⁽⁴⁰⁾، وهذا معناه أن للقاضي الخيار في استخلاص إرادة الأطراف الضمنية من نصوص العقد وبنوده، أو له الخيار في استخلاص هذه الإرادة من ظروف التعاقد المحيطة والمصاحبة للعقد.

أما بالنسبة للمجتمع الدولي، فقد أقر بوجود الإرادة الضمنية سنة 1991، وكان هذا في دورة انعقاده في سويسرا، إذ نصت المادة الثانية، الفقرة الثالثة منها تحديداً من المشروع على

الآتي "عند عدم وجود اختيار صريح لقانون العقد فإنه يتعين أن يستخلص الاختيار الضمني لهذا القانون من ظروف معبرة تكشف بوضوح عن إرادة المتعاقدين بهذا الشأن"⁽⁴¹⁾.

ثانياً: موقف الفقه بشأن الاختيار الضمني

بالنسبة للفقه الذي تناول الإرادة الضمنية، كان على اتجاhein، منهم من رفض الأخذ بالإرادة الضمنية ومنهم من أيدھا، نذكرهما على الوجه الآتي:

1. الاتجاه الرافض للإرادة الضمنية

بالنسبة إلى هذا الاتجاه فهو قد عد أن الإرادة الضمنية ما هي إلا وهم استند القاضي عليه في تحديد القانون واجب التطبيق، لذا هذا الاتجاه ينكر بشدة الاعتراف بوجود الإرادة الضمنية، فهم يرون ضرورة ظهور الإرادة الصريحة لأطراف العقد ليعتد بها، ويستند هذا الاتجاه على فروض عدة قد تعتري العملية التعاقدية، وأحد هذه الفروض قد يتمثل بتطرق الصفة الأجنبية على العقد بصورة لاحقة على التعاقد، كما لو طلب المشتري من البائع بعد إبرام العقد تسليم البضاعة في الخارج، أي أن تحديد القانون واجب التطبيق لم يظهر لأطراف العقد وقت التعاقد⁽⁴²⁾، كذلك قد يعتمد أطراف العقد على عدم تحديد القانون الواجب التطبيق كونها محل خلافهم منذ البداية، أو خشيتهم أن تحديد القانون قد يسبب خلافاً قد يؤدي إلى عدم إتمام العقد⁽⁴³⁾.

وعلى ذلك يرى هذا الاتجاه، أن القاضي ليس لديه الحق في البحث عن الإرادة الضمنية ليختار على أساسها القانون واجب التطبيق، لأن أطراف الرابطة العقدية منذ البداية لم يكن لديهم أي نية في تحديد هذا القانون، وعلى هذا الأساس فإن القانون المستخلص من القاضي لن يتناسب مع إرادة الأطراف ورغبتهم، لأن هذا أدى بدوره إلى الإخلال بتوقعات أطراف الرابطة العقدية⁽⁴⁴⁾.

2. الاتجاه المؤيد للإرادة الضمنية

هذا الجانب من الفقه قد "اشتراط أن البحث عن الإرادة الضمنية يكون عن طريق قرائن يستدل بها قاضي النزاع للوصول إلى القانون واجب التطبيق والذي يكون بصورة مؤكدة تمثل حقيقة إرادة الأطراف الضمنية، وعلى هذا الأساس عد الفقه أن تحرير عقد من العقود الأتمودجية ينتمي إلى نظام قانوني محدد، مثل وثيقة التأمين التي تنتمي إلى هيئة اللوز الدولية، والمعروف أنها تخضع للقانون الإنجليزي إلى اتجاه إرادة الأطراف الضمنية إلى اختيار هذا القانون، كما إن

استخدام صيغة الشروط العامة للعقد المعروفة في القانون الألماني يفيد إلى ارتضاء الأطراف الضمنية للخضوع لأحكام القانون الألماني⁽⁴⁵⁾.

وبعد أن وضعنا دور القاضي وقمنا بتبيان رأي الفقه على شقيه ما بين مؤيد ومعارض، كان لزاماً علينا في الفرع الثاني من هذا المطلب أن نتطرق لأهم المؤشرات، التي قد يستند عليها القاضي الوطني في الكشف عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد.

الفرع الثاني: مؤشرات الإرادة الضمنية

كما أشرنا سابقاً، فإن للقاضي مهمة تتمثل بالكشف عن الإرادة الضمنية يستخلص من خلالها القانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في حال غياب إرادة الأطراف الصريحة، فيستعين القاضي في هذا الشأن بعدد من القرائن والمؤشرات، يمكن أن تتمثل بمكان تنفيذ العقد، أو مكان إبرامه، أو بالجنسية المشتركة للأطراف، أو باللغة التي حرر بها العقد، أو بالاختصاص القضائي، أو حتى بعملة الوفاء، أو بالموطن المشترك، وفي هذا الصدد سنخصص هذا الفرع للتحديث عن أهم مؤشرين يمكن للقاضي الاستناد عليهما.

أولاً: مؤثر قانون بلد الإبرام

في السابق كانت فكرة خضوع العقد الدولي لقانون محل إبرامه هي الفكرة السائدة، على أساس أن مكان إبرام العقد، هو المكان الذي يولد فيه التصرف⁽⁴⁶⁾، ويستند الفقه المؤيد لقانون مكان الإبرام على عدد من الحجج، من أهمها، أن قانون بلد الإبرام يعبر عن الصلة القوية التي تربط العقد بمكان نشوئه من جهة، ومن جهة أخرى، فإن قانون بلد الإبرام يتيح فرصة العلم المسبق بالقانون المطبق على العقد، وبالتالي هو أكثر احتراماً لتوقعات الأطراف⁽⁴⁷⁾، كما إن تطبيق هذا القانون من شأنه أن يضمن وحدة القانون المطبق على العقد⁽⁴⁸⁾.

ومن الجدير بالذكر، فإن هذا المؤشر تم إعطاؤه أهمية خاصة من القضاء في الحالة، التي يكون فيها تنفيذ العقد في نفس مكان انعقاده، كذلك نجد أن بعض التشريعات الوطنية لمختلف الدول قد أولت أهمية كبيرة لهذا المؤشر، لكن اختلفت في مسألة إعطاء الأولوية له عن باقي المؤشرات، من هذه التشريعات التشريع العراقي في المادة 25 من القانون المدني والتشريع الأردني في نص المادة 20 من القانون المدني، نجد أن المشرع قد منح قانون دولة إبرام العقد الموقع الثاني في الترتيب بعد قانون الموطن المشترك للمتعاقد⁽⁴⁹⁾.

أما بالنسبة للفقهاء المعارضين، فهو يرى أن تحديد قانون محل إبرام العقد يختلف باختلاف أنظمة الدول، وهذا قد يؤثر في طبيعة القانون المطبق على العقد⁽⁵⁰⁾، كما إن الحجج التي ساقها الرأي المؤيد لا تقوم على أساس صحيح، إذ إنه حتى وإن كان بلد الإبرام هو المكان الذي نشأ فيه العقد، ليس بالضرورة أن يعبر عن كونه القانون الأوثق صلة بالعقد⁽⁵¹⁾، إذ إن مكان إبرام العقد قد يتحدد بناء على ظروف عارضة لا تكفي لقيام الصلة المطلوبة بين الرابطة العقدية والقانون الذي سيحكمها⁽⁵²⁾، ومن جهة أخرى، نرى أن أغلب النظم القانونية قد تبنت قوانين تنظم المعاملات الإلكترونية، مما أدى إلى التعاقد عبر وسائل اتصال حديثة، مثل الفاكس، والتيليكس، وشبكة الإنترنت، مما أدى إلى صعوبة في تحديد محل إبرام العقد، هل هو دولة إرسال الإيجاب، أم دولة محل القبول، أم الدولة التي علم بها الموجب بالقبول، ولأجل هذا، فضل جانب آخر من الفقهاء إسناد العقد لقانون بلد التنفيذ⁽⁵³⁾.

ثانياً: مؤتمر قانون بلد التنفيذ

كان الفقيه سافيني أول من نبه إلى فكرة خضوع العقد التجاري الدولي لقانون بلد التنفيذ، واستند في ذلك إلى فكرة أساس مفادها أن العقد يرتب آثاره في الدولة محل التنفيذ⁽⁵⁴⁾، فعد مكان تنفيذ العقد من المعايير الثابتة، التي استندت على فكرة جوهرية مثلت الأساس الذي سعى إلى تحقيقه أطراف الرابطة التعاقدية من وراء إبرام العقد⁽⁵⁵⁾.

وبالنسبة لأحكام القضاء الحديث، نجد أنها قد ذهبت إلى تطبيق قانون دولة التنفيذ عند سكوت الإرادة عن اختيار القانون الذي سيحكم العقد، على اعتبار أن إرادة الأطراف المتعاقدة قد اتجهت إلى ذلك⁽⁵⁶⁾، مثلاً لدينا أحكام القضاء الفرنسي الحديث الذي ذهب إلى تطبيق قانون بلد التنفيذ عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم، على أساس أن الإرادة الضمنية للمتعاقدين قد اتجهت إلى ذلك⁽⁵⁷⁾.

إلا أن جانباً آخر يرى أنه من الصعوبة تطبيق قانون بلد التنفيذ في بعض الحالات، لا سيما حينما تتعدد أماكن التنفيذ، بالتالي قد يتم التنفيذ في أكثر من دولة واحدة⁽⁵⁸⁾، ولقد اقترح بعضهم في هذا الشأن من أجل تحديد القانون الأصح للتطبيق، "بأن يتم تطبيق قانون مكان التنفيذ الأساسي، فيما لو وجد من بين تلك الأماكن ما يمكن عده محلاً للتنفيذ الرئيس، وهو أكثر

الأماكن صلة بالعقد، ويعاب على هذا الرأي أنه يمثل خروجاً وانتهاكاً للمعيار الذي استند إليه أصحابه منذ البداية، فكيف يمكن تحديد المكان في حال تساوت المصالح⁽⁵⁹⁾.

أما فيما يخص مميزات قانون بلد التنفيذ، كانت على الوجه الآتي، فهو يعد المكان الذي تجسدت فيه التزامات الأطراف التعاقدية، كذلك من الممكن أن يكون موطن أو إقامة أحد طرفي الرابطة التعاقدية، كذلك تم عد أن مكان تنفيذ العقد الذي تتحقق فيه المسؤولية عن عدم التنفيذ⁽⁶⁰⁾. الأصل العام كما أشرنا سابقاً، أن تخضع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة، لكن قد تغيب هذه الإرادة بشقيها، الصريحة والضمنية، ولمعالجة هذه الإشكالية، أحال المشرع العقد إلى إسناد مسبق ليجعل له في حال غياب نوعي الإرادة، إذ إن القاضي يعتمد في هذا الشأن على ضوابط إسناد تم النص عليها في قانونه الوطني، وقد تتمثل هذه الضوابط إما ببلد التنفيذ أو الإبرام، أو بالموطن المشترك لأطراف الرابطة التعاقدية، وهذا ما يسمى بالإسناد الجامد، ولقد أخذت به بعض التشريعات الوطنية به، كالتشريع العراقي والتشريع الأردني، وهذا يظهر جليا في نص المادة 25 مدني عراقي، والمادة 20 مدني أردني، وقد يترك للقاضي سلطة تقديرية يعمد من خلالها على استخلاص القانون واجب التطبيق، وهذا ما يسمى بالإسناد المرن، وسنأتي على إيضاح هذه الجزئيات في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: غياب اتفاق الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية

إن مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية تعد من أهم المسائل التي تواجه القضاة أو المحكمين المعروض أمامهم نزاع بخصوص هذا الموضوع، لاسيما إذا لم تتفق أطراف العقد الدولي على قانون يحكم تلك العلاقة التعاقدية في حالة نشوب نزاع حولها. عند غياب قانون الإرادة يجد القاضي نفسه ملزماً بالبحث عن ضوابط أخرى وذلك بإسناد الرابطة إلى قانون بلد معين، يكون هذا القانون الأكثر صلة بالعقد من خلال اعتماد القاضي على ضوابط إسناد من شأنها إرشاده إلى القانون واجب التطبيق في ظل غياب اتفاق الأطراف عن ذلك الاختيار، وتختلف ضوابط الإسناد من بلد إلى آخر لكنها عموماً تندرج ضمن ضوابط الإسناد الجامدة وضوابط الإسناد المرنة (المطلب الأول).

وقد تحدد قواعد الإسناد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي إلا أن القاضي الوطني يتمتع عن تطبيق القانون المختص في حالات معينة، كما لو كان القانون الأجنبي مخالفاً للمثل العليا والمبادئ الأساسية والجوهرية في دولة القاضي الذي ينظر النزاع، وهو ما يعرف بالدفع بالنظام العام أو حالة الغش نحو القانون التي تتجسد في تهرب وتحايل الأطراف على أحكام قانون معين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دور قواعد الإسناد في تحديد القانون واجب التطبيق

عند غياب الإرادة الصريحة لأطراف العقد الدولي في تحديد القانون واجب التطبيق يبحث القاضي عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد من خلال شروط التعاقد أو ظروفه من أجل الحصول على مؤشرات يستدل بها القاضي للوصول إلى القانون واجب التطبيق، إلا أنه قد لا يتيسر للقاضي الوصول إلى الإرادة الضمنية لأطراف العقد، وعليه فلا بد من وجود حلول بديله يتحدد بها القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وهي قواعد الإسناد.

وقواعد الإسناد إما أن يحيل المشرع إلى إسناد مسبق يخضع له العقد عند غياب إرادة الأطراف الصريحة والضمنية، وهو ما يعرف بالإسناد الجامد (الفرع الأول)، أو قد يتصدى قاضي النزاع بنفسه للبحث عن القانون الأكثر صلة بالرابطة العقدية، وهو ما يعرف بالإسناد المرن (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قواعد الإسناد الجامدة

ويقصد بالإسناد الجامد أن يتبنى المشرع بنفسه عملية الإسناد للعقد عند غياب إرادة الأطراف عن تحديد القانون واجب التطبيق، الذي يعرف بالإسناد المسبق للعملية التعاقدية⁽⁶¹⁾، ويكفل الإسناد الجامد الأمان للمتعاقدين، وذلك لمعرفتهم المسبقة بالقانون الذي سيحكم العقد من ناحية، ويكفل استقرار التجارة الدولية من ناحية أخرى، إلا أن هذا النوع من الإسناد يتجاهل الطبيعة الذاتية للعلاقة العقدية وظروف التعاقد، وهو بالنتيجة يتعارض من الرابطة الأوثق والقانون واجب التطبيق بشأنها⁽⁶²⁾.

وقد أخذ المشرع العراقي بالإسناد الجامد بموجب المادة (25) من القانون المدني، التي تنص "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الوطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسرى قانون الدولة التي تم فيها العقد..."، وعليه يتقيد القاضي

بموجب هذا الإسناد عند غياب الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، وذلك بتطبيق الموطن المشترك لأطراف العقد، وإن لم يتحدا موطناً يطبق القاضي قانون بلد الإبرام. ومن أبرز ضوابط الإسناد الجامد هي الموطن المشترك للمتعاقدين، ومكان إبرام العقد أو تنفيذه:

أولاً: إسناد العقد لقانون الموطن المشترك

ويقصد بذلك أن قانون الموطن المشترك هو القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره وقد اعتادوا على أن ينظموا سلوكهم وتصرفاتهم وفقاً لأحكامه، الأمر الذي يسمح لهم بتوقع الآثار التي ستترتب عنه من جراء تطبيقه⁽⁶³⁾.

وتحديد الموطن يعتمد على الرابط بين الشخص والمكان برابط قانوني، إذ عرف المشرع العراقي الموطن في المادة 42 من القانون المدني "الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة أو مؤقتة ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد"، ويعد قانون الموطن المشترك للمتعاقدين الإسناد الأول عند غياب الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على التزامهم التعاقدية بموجب نص المادة 25 من القانون المدني، إذ يمثل هذا القانون من وجهة نظر المشرع أنسب القوانين لحكم العلاقة التعاقدية.

إن إسناد العقد لقانون الموطن المشترك يتصف بالإيجابيات، إذ تتوقع الأطراف تطبيقه عند سكوتهم عن تحديد القانون واجب التطبيق، وعليه لا يستغربون بتطبيق أحكام مختلفة على عملياتهم التعاقدية، كما يحقق الأمان القانوني لأطراف العقد⁽⁶⁴⁾، ومن السلبات التي ترد على هذا القانون أنه لا يمثل مركز الثقل لأنواع العقود جميعاً، كما لا يمكن عده العامل الوحيد في تركيز العقد الدولي⁽⁶⁵⁾.

ثانياً: إسناد العقد لقانون بلد الإبرام

أخذ المشرع العراقي بهذا القانون عند عدم وجود موطن مشترك لأطراف العقد، إذ إن القاضي لا يستطيع تطبيق قانون محل إبرام العقد إذا وجد موطناً مشتركاً لأطراف العقد، فلا بد من التزام القاضي بالترجح الذي وضعه المشرع بموجب المادة 25 من القانون المدني. ويتصف قانون بلد الإبرام بإيجابيات بوصفه الميلاد الأول للعقد، كما يمثل الصلة الأقوى التي تربط العقد بمحل إنشائه، وهو القانون الأنسب لأطراف العقد للتأكد من سلامة الشروط التي

ينون إدراجها في العقد من الناحية القانونية، كما إنه يحفظ وحدة القانون المطبق على العقد⁽⁶⁶⁾، ولم يسلم هذا المعيار من الانتقاد لأن مكان الإبرام قد يتحدد بناء على مجرد ظرف التقى به المتعاقدون صدفه، ومن ثم لا يكون قانون الإبرام يمثل مصالحهم الحقيقية⁽⁶⁷⁾.
إن التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية والتطور التكنولوجي كالتعاقد الذي يحصل عن طريق البريد الإلكتروني والفاكس وغيرها من وسائل الاتصال الإلكترونية، يثير صعوبة في تحديد قانون بلد الإبرام لاختلاف مكان الإيجاب عن القبول وعلم الموجب كون أن التشريعات تختلف بهذا الخصوص⁽⁶⁸⁾.

ثالثاً: إسناد العقد لبلد التنفيذ

لم يأخذ المشرع العراقي بالإسناد المسبق لقانون بلد التنفيذ عند غياب إرادة الأطراف عن تحديد القانون واجب التطبيق، إلا أن فقه القانون الدولي الخاص يعول عليه كثيراً في تحديد القانون واجب التطبيق، وذلك بعدما أكد الفقيه "سافيني" على أهميته، وتبناه الفقيه الفرنسي "ديمولاند" في نظرية التركيز الموضوعي بوصفه يمثل مركز الثقل⁽⁶⁹⁾.

إن إسناد العلاقة التعاقدية إلى قانون دولة التنفيذ يقوم على أساس أن مصالح المتعاقدين تتركز في هذه الدولة، كما هو القانون الذي يتم حصول كل طرف على حقوقه، ويرتبط هذا القانون بموضوع العقد، كما إنه المكان الذي تجني فيه الأطراف ثمار تعاقدتها وتتعقد فيه مسؤولياتهم عند عدم تنفيذ التزاماتهم، وهذا القانون يمثل الوجهة الأخيرة للعقد، وعليه لا حاجة لإسناد العقد لقانون آخر، إذ إن العقد عند وصوله إلى مرحلة التنفيذ يكون قد تجاوز جميع مراحل التعاقد، ويعد قانون بلد التنفيذ الأجدر بحكم العلاقة⁽⁷⁰⁾.

وقد انتقد هذا الضابط بسبب أن تنفيذ العقد ليس بالضرورة مرتبطاً بمكان واحد، فعقد النقل الدولي يتم تنفيذه في أكثر من دولة، وبذلك تتعدد قوانين بلد التنفيذ⁽⁷¹⁾.

ونجد أن ضوابط الإسناد الجامدة متباينة في قوتها، إذ إن قانون الموطن المشترك لا يمثل مركز الثقل في العقد، إلا أنه يحقق مصالح وتوقعات الأطراف، أما قانون بلد الإبرام يفقد فعاليته في تحقيق مصالح أطراف العقد أو بوصفه مركز الثقل، أما قانون بلد التنفيذ فهو يمكن أن يحقق الغايتين من حيث أنه يمثل مصالح وحقوق الأطراف، وكذلك يمثل مركز ثقل العقد في بعض الحالات، إلا إنه يعاب على قواعد الإسناد الجامدة، وذلك بسبب شرط التدرج في تطبيقها، وكذلك

تقييد سلطة القاضي في الرجوع على أحد القوانين المسندة، مما دفع إلى ظهور قواعد الإسناد المرنة، وهذا ما سوف نناقشه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: قواعد الإسناد المرنة

يقصد بالإسناد المرن أن قاضي النزاع غير مقيد في إسناد مسبق، وإنما له سلطة تقديرية في تحديد القانون واجب التطبيق عند غياب الإرادة الصريحة والضمنية لأطراف العقد، إذ يقوم القاضي باستخلاص القانون واجب التطبيق من خلال تركيز العقد حسب معطياته الخارجية، وحسب ظروف التعاقد في كل حالة على حدة، وهو ما يسمى بفكرة التركيز الموضوعي أو عن طريق فكرة الأداء المميز.

أولاً: نظرية التركيز الموضوعي

أصل هذه النظرية يرجع إلى الفقيه الألماني (سافيني)، ثم تطورت على يد الفقه الفرنسي (باتيفول)، وملخصها أن تحديد القانون واجب التطبيق يتم عن طريق تركيز العقد حسب معطياته الخارجية، التي يرجع فيها للقاضي تعيين القانون المختص بناء على دور الإرادة في تحديد مقر العقد بوصفها عنصراً أساساً في عملية التركيز، رغم أنها ليست العنصر الحاسم في الموضوع، وذلك لإمكانية إهمالها في الحالات التي لا تعبر فيها عن المكان الذي يتعين تركيز العقد فيه⁽⁷²⁾. ويرى (باتيفول) وجوب التركيز المكاني للرابطة العقدية في ضوء ظروف التعاقد وأحداثه الخارجية في كل حالة على حدة، وذلك أن إرادة الأطراف لا تعين القانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، وإنما تركز على العقد في مكان معين بالنظر إلى موضوع العلاقة العقدية وظروف التعاقد، وحتى يتم تركيز العلاقة العقدية بهذا الشكل فإن القانون الذي اختارته الأطراف هو الذي يطبق على العقد⁽⁷³⁾.

ولما لهذا التركيز من أهمية في توحيد الحلول، وضرورة توافر صلة بين القانون المصرح باختياره والعقد، كما إن اعتماد التركيز الموضوعي يحقق عنصر العدالة من خلال دراسة كل عقد على حدة واستنباط مركز الثقل منه، وبعدها إسناده لقانون دولة معينة وذلك بالنسبة للعقود الدولية جميعاً، لكن الإشكال أن القانون الذي يختاره القاضي ينطبق على العقد الدولي، وقد لا يكون من ضمن توقعات الأطراف، ولم تتجه إرادتهم إليه من أجل تطبيقه، فضلاً على إمكانية جهل الأطراف بهذا القانون، كما إن فكرة التركيز الموضوعي تتجاهل بشكل واضح إرادة الأطراف

في العقد الدولي، كما تسمح للقاضي بالتدخل، وفرض إرادته في تعديل وتصحيح اختيار الأطراف إن ارتأى له أن القانون المختار لا يرتبط بالعقد، الأمر الذي يؤدي إلى عدم استقرار الأوضاع القانونية⁽⁷⁴⁾.

ثانياً: نظرية الأداء المميز

ظهرت هذه النظرية على يد الفقيه السويسري (شنايتزر) وملخصها أن في كل عقد هناك طرف واحد يتميز بأدائه عن الطرف الآخر الذي عادة لا يتغير أدائه بتغير نوع العقد، وهو أداء متمثل بالتزامات مالية تجاه الطرف الآخر الذي يكون أدائه متميزاً⁽⁷⁵⁾.

فمثلاً في عقد البيع الدولي يكون أداء المشتري متمثلاً في التزامه بدفع مبلغ من النقود تجاه البائع، ولو أخذنا أداء هذا الطرف في غير عقد مثل عقد التأمين، فإن أدائه لا يتغير إذ يبقى التزامه مالياً متمثلاً بدفع أقساط التأمين إلا أن أداء البائع يختلف عن أداء المؤمن في عقد التأمين وأداء الناقل في عقد النقل، وعليه يعد أداء الطرف الأخير هو المتميز في كل عقد، ويعد أدائه جوهرياً، ويطبق على العقد قانون موطن المدين بالأداء المتميز كونه القانون الذي يرتبط به العقد وظيفياً⁽⁷⁶⁾.

إن تحديد الأداء المميز لا يتم بصورة عشوائية، وإنما ضمن مؤشرات يستدل بها قاضي النزاع لتحديد الأداء المتميز في العقد وهذه المؤشرات بينتها اتفاقية روما⁽⁷⁷⁾.

إن تطبيق هذه النظرية يجعل أطراف العقد على دراية مسبقة بالقانون الذي سوف يطبق على عقدهم، كما يسهل إليه تحديد القانون واجب التطبيق، ويؤدي إلى توحيد الإسناد بالنسبة للعقود المنتمية للطائفة نفسها، كما إن إسناد العقد الدولي لقانون موطن المدين بالأداء المتميز من شأنه أن يضمن استقرار العلاقات التجارية الدولية، ويصون التوقعات المشروعة للأطراف⁽⁷⁸⁾، وقد وجه لهذه النظرية انتقاد، وهو تهميشها للأداء المالي لأحد أطراف العقد وإخراجه من نطاق تحديد القانون واجب التطبيق الذي يمثل انحيازاً لأحد أطراف العقد دون الآخر، وكذلك صعوبة تحديد الالتزام الذي يشكل الأداء المتميز وترجيحه على غيره ما دام العقد يتضمن التزامات متقابلة ومتعددة⁽⁷⁹⁾.

وباستقراء نص المادة 25 من القانون المدني لا نجد المشرع العراقي يشير إلى أعمال قواعد الإسناد المرنة كضابط يطبق في حالة غياب قانون الإرادة، بل اكتفى بذكر الضابط الأصلي،

وهو اختيار الأطراف لقانون العقد، وفي حال غياب هذا الاختيار يتم إعمال ضوابط الإسناد الجامدة المذكورة في المادة.

وبعد أن بيّنا دور قواعد الإسناد في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية عند غياب اتفاق الأطراف، نعالج في المطلب الثاني الحالات التي تستبعد فيها قواعد الإسناد من تطبيق القانون الأجنبي المختص ليطبق قانون القاضي.

المطلب الثاني: استبعاد قواعد الإسناد

إذا ما فرغ القاضي من إعمال قاعدة الإسناد وأمكنه الوقوف على مضمون القانون الأجنبي المختص، فليس معنى ذلك أن يطبق القاضي وعلى نحو لازم هذا القانون، فقد يظهر أن هذا القانون يناقض المبادئ الأساس التي يقوم عليها قانونه، عند ذاك لن يقبل تطبيقه، فيتم استبعاده لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي (الفرع الأول).

وقد يكتشف القاضي أن القانون الأجنبي المختص قد تم التوصل إليه نتيجة تغيير إرادي في ضابط الإسناد بقصد التهرب من القانون المختص، سواء كان هذا القانون هو قانون القاضي أم تمثل بقانون أجنبي آخر مستفيد في ذلك من إمكانية تغيير بعض ضوابط الإسناد وقاصد الحصول على ميزة يقرها القانون الذي تعين على أثره تغيير الضابط أو التخلص من التزام يفرضه القانون المختص، وهذا ما يعرف بالغش نحو القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الدفع بالنظام العام

إن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام والآداب في بلد القاضي قاعدة عامة يأخذ بها المشرع في مختلف الدول، على الرغم من عدم التمكن من الاتفاق على تحديد فكرة النظام العام، فإنه لا خلاف على مفعولها بمثابة دفع لاستبعاد القانون الأجنبي المختص متى ما اتضح للقاضي أن أحكام القانون المراد العمل به غير مقبولة في بلده فيمتنع عن تطبيقها، لذا يتعين بيان مفهوم النظام العام وأثاره الدفع به.

أولاً: مفهوم النظام العام

من الصعب تحديد مفهوم النظام العام لكونه فكرة مرنة يتغير مفهومها بعامل الزمان والمكان، لذلك نجد أن أغلب التشريعات لم تقم بتعريفه، لكن عرفه جانب من الفقه بأنه مجموعة المصالح العليا في المجتمع والتي تعلو على مصالح الأفراد⁽⁸⁰⁾.

كما عرف بأنه المبدأ الذي يفرض استبعاد القانون الأجنبي في الظروف التي يخالف فيها تطبيقه سياسة القانون الوطني أو قواعد الآداب العامة وكذلك المحافظة على النظم السياسية⁽⁸¹⁾. إن فكرة النظام العام تقوم على أساس انقضاء الاشتراك القانوني بين قانون القاضي والقانون الأجنبي المختص، ويتحقق عدم الاشتراك لا بمجرد تخلف وحدة الأحكام المقررة بين القانونين، فاختلاف كهذا طبيعي لكن في اللحظة التي يصل فيها الاختلاف إلى درجة يصطدم بمبدأ جوهري يقره قانون القاضي، فإن الحد الأدنى للاشتراك القانوني يتصدع⁽⁸²⁾.

إن فكرة النظام العام فكرة حالية، لأن العبرة في تقدير مدى تعلق الأمر بالنظام العام من عدمه، هي بوقت نظر الدعوى، وليس بالوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني محل النزاع، وبالتالي تكون سلطة القاضي مقيدة بمعيار موضوعي مجرد يلتزم به في إعمال الدفع بالنظام العام حينما يتعارض مع المبادئ والأفكار الأساسية السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والفكرية، التي يقوم عليها مجتمع معين⁽⁸³⁾.

إن الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي يتطلب توافر شروط هي⁽⁸⁴⁾:

1. أن يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق مختصاً، فيكون منصوباً عليه كضابط إسناد في دولة القاضي.
2. أن يكون القانون الأجنبي المراد تطبيقه مخالفاً في حكمه مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي.

ثانياً: آثار الدفع بالنظام العام

يترتب على الدفع بالنظام العام أثرين هما الأثر السلبي، وهو استبعاد القانون الأجنبي، والأثر الإيجابي المتمثل بتطبيق قانون القاضي، وفيما يلي تفصيل لهما وكالاتي:

1. الأثر السلبي

يتمثل الأثر السلبي باستبعاد أحكام القانون الأجنبي المتعارض مع المبادئ التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي، وقد اختلف الفقه بشأن المدى الذي يستبعد من أحكام القانون الأجنبي، فذهب بعضهم إلى وجوب استبعاد القانون الأجنبي برمته كون التطبيق الجزئي يؤدي إلى تشويه القانون، بينما ذهب بعضهم إلى استبعاد الجزء المخالف فقط من دون الأجزاء الأخرى⁽⁸⁵⁾.

ويرجح العمل بالاستبعاد الجزئي وذلك لاعتبار أنه يجب استخدام الأثر الاستبعادي للنظام العام بحذر شديد وبصورة استثنائية، كما إن الدفع بالنظام العام لا يرمي إلى إصدار حكم على القانون الأجنبي في ذاته إنما يهدف إلى منع حدوث النتيجة المخالفة للنظام العام والمترتبة بسبب تطبيق بعض أحكام القانون الأجنبي والأهم من ذلك أن الاستبعاد الجزئي هو وحده الذي يحقق قاعدة التنازع وظيفتها، كما تصورها المشرع الوطني ويحفظ للقانون الأجنبي المختص مكانته بوصفه صاحب الاختصاص الأصيل⁽⁸⁶⁾.

2. الأثر الإيجابي

حينما يتم استبعاد القانون الأجنبي على إثر الدفع بالنظام العام أمام القاضي، فإن مهمة القاضي لا تنتهي عند هذا الحد، فعليه أن يفصل في النزاع نزولاً على ما يأمر به المشرع وإلا اعتبر منكراً للعدالة، ولكن ما هو القانون الذي يجب أن يطبقه القاضي؟ أجاب الفقه بآراء عديدة منها تطبيق القانون الأقرب للقانون واجب التطبيق، أو تطبيق قانون دولة ثالثة، أو تطبيق قانون دولة القاضي وهو الراجح، إذ يطبق قانون القاضي بما له من اختصاص احتياطي عام، فضلاً عن سهولة تطبيقه من القاضي المختص⁽⁸⁷⁾.

وقد أخذ المشرع بالدفع بالنظام العام بموجب المادة 32 من القانون المدني العراقي، التي تنص على أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قرره النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في العراق"، وهذا من نص عليه المشرع الأردني أيضاً في المادة 29 من القانون المدني، والتي تنص على أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت تخالف النظام العام والآداب في المملكة الأردنية الهاشمية".

كما إن هناك دفعا آخر تستبعد بوساطته قواعد الإسناد، وهو ما يسمى الدفع بالغش نحو القانون، وهذا ما سوف نعالجه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: الدفع بالغش نحو القانون

إن كل قاعدة إسناد تسترشد بضابط معين للوصول إلى القانون واجب التطبيق، لكن هناك ضوابط يمكن تغييرها وفقاً لإرادة الأطراف، إذ من المتصور أن يعمد الشخص إلى تغيير ضابط الإسناد من أجل تطبيق قانون معين، والتهرب من أحكام القانون واجب التطبيق، وهو ما يعرف بالغش نحو القانون، لذا يتعين بيان مفهومه وشروط الدفع به.

أولاً: مفهوم الغش نحو القانون

الأساس التاريخي لظهور دفع الغش نحو القانون يعود إلى قرار محكمة التمييز الفرنسية الصادر في 18 أيار 1878م في قضية معروفة باسم (دي بوفومونت) التي حدثت قبل الاعتراف قانوناً بالطلاق عام 1884م⁽⁸⁸⁾.

وتتلخص وقائع هذه القضية بأن سيدة بلجيكية تزوجت أميراً فرنسياً، واكتسبت الجنسية الفرنسية ثم أرادت الطلاق منه، لكنها واجهت أحكام القانون الفرنسي التي لا تسمح بالطلاق في ذلك الوقت، فتجنست بجنسية دولة ألمانية تسمح لها بالطلاق ثم تزوجت أميراً رومانياً يدعى بيبيسكو، وعادت إلى فرنسا، فرفع الزوج الأول دعوى طالبا بطلان زواجها على أساس أن تغيير جنسيتها الفرنسية واحتساب الجنسية الألمانية كان بهدف التهرب من أحكام القانون الفرنسي الذي لا يجيز الطلاق، فقضت المحكمة بفائدة الزوج مستندة إلى فكرة الغش⁽⁸⁹⁾.

وقد عرف الفقه الغش نحو القانون بأنه تغيير إرادي في ضوابط الإسناد، أو في طائفة الإسناد ذاتها، وهو تغيير مقصود يتم بطريقة قانونية للتهرب من أحكام القانون واجب التطبيق أصلاً على العلاقة، وإحلال قانون آخر بدلاً عنه، من شأنه أن يحقق الغاية التي كان التغيير بسببها⁽⁹⁰⁾.

ثانياً: شروط الدفع بالغش نحو القانون

يشترط للدفع بالغش نحو القانون توافر شروط معينة هي:

1. إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد: ويقصد بذلك تغيير الظروف التي يتحدد على أساسها ضابط الإسناد، وأن يكون التغيير إرادياً، وعليه إن لم يكن التغيير إرادياً فلا يمكن قيام الغش نحو القانون، كما يجب أن يكون تغيير الضوابط تغييراً مشروعاً مبنياً على أساس قانوني، أما إذا كان التغيير غير مشروع، فلا مجال لإعمال الدفع بالغش نحو القانون، كما يجب أن يكون التغيير حقيقياً لا صورياً⁽⁹¹⁾.

2. قصد التحايل على القانون: يشترط أن يكون التغيير في ضوابط الإسناد قد تم بسوء نية، إذ إن الهدف وراء التغيير هو تجنب أحكام قانون معين لمصلحة قانون آخر، كما إن صعوبة هذا الشرط يكمن في ضرورة التوقف على مكان النفس البشرية، إذ دفع جانب من الفقه إلى القول لا يشترط لقيام الغش نحو القانون إثبات سوء النية، بالمقابل غالبية الفقه يشترط سوء

النية، بحيث يستخلصها القاضي من الظروف والملابسات، التي تحيط بتغيير ضابط الإسناد، التي تعكس سوء نية من قام بهذا التغيير⁽⁹²⁾.

3. خضوع المتحايل لقانون جديد: وهذا الشرط بديهي، وهو الغاية من التحايل على القانون، وإن أغلب فقهاء القانون الدولي الخاص لم يتطرقوا لهذا الشرط⁽⁹³⁾.

أما موقف المشرع العراقي من الدفع بالغش نحو القانون، من استعراض قواعد القانون المدني، لا سيما قواعد الإسناد يتبين لنا خلو التشريع العراقي من أي إشارة إلى الغش نحو القانون كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي، وعلى الرغم من ذلك فإنه لا بد من إعمال الدفع بالغش نحو القانون، وذلك استناداً إلى المادة 30 من القانون المدني العراقي "تتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً"، باعتبار أن الدفع بالغش نحو القانون مبدأ مستقر من مبادئ القانون الدولي الخاص، هذا موقف المشرع الأردني وفق المادة 25 من القانون المدني.

الخاتمة

من خلال ما تقدم تتضح لنا جملة من النتائج والتوصيات أهمها:

أولاً: الاستنتاجات

1. إن الإرادة لا زالت لها الأهمية القصوى والدور الحاسم في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي كلما تعلق الأمر في الجانب الموضوعي للعلاقة التعاقدية.
2. اعترف المشرع العراقي بحق الاختيار لأطراف الرابطة التعاقدية، وهذا يظهر جلياً بموجب نص المادة 25 من القانون المدني.
3. رفض المشرع العراقي ما نادى به النظرية الشخصية، إذ إنها دعت إلى الإفلات من القواعد الآمرة، وهذا ما ترفضه نص المادة 32 من القانون المدني.
4. حينما تغيب الإرادة الصريحة، يكون على القاضي الوطني البحث عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد، من خلال عدد من المؤشرات والقرائن، قد يعمل على استخلاصها من نصوص العقد أو بنوده، أو من خلال الملابسات والظروف المحيطة بالعقد.
5. عند غياب اتفاق الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية تطبق معايير الإسناد الجامدة التي يضعها المشرعون في الدول، وبحسب ترتيب يذكره المشرع، فلا

يترك فيها أي حرية للقاضي في تحديد القانون واجب التطبيق، لذلك ثبت عدم ملازمتها لعقود التجارة الدولية.

6. لم يعتمد المشرع العراقي على مكان تنفيذ العقد كمعيار يستند إليه القاضي في حال غياب القانون المختار من أطراف الرابطة العقدية على الرغم من الإيجابيات التي يتمتع بها هذا القانون كضابط إسناد.

7. كما لم يعتمد المشرع العراقي على معايير الإسناد المرنة في تحديد القانون واجب التطبيق عند غياب اتفاق الأطراف على الرغم من أن نظرية الأداء المميز تعد من أنسب الحلول لتحديد القانون واجب التطبيق بما تحققه من وضوح في عملية الإسناد.

8. يعد النظام العام من موانع تطبيق القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد، وتطبيق قانون القاضي، وقد أخذ به المشرع العراقي في المادة 32 من القانون المدني.

9. يخلو التشريع العراقي من أي إشارة إلى الغش نحو القانون كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي، ولكن يمكن الأخذ به استناداً إلى نص المادة 30 من القانون المدني بوصفه من المبادئ المسلم بها في القانون الدولي الخاص.

10. إن إعمال قواعد تنازع القوانين في تحديد القانون واجب التطبيق لا تلائم معاملات التجارة الدولية، لأنها تؤدي إلى تطبيق قوانين وطنية في أغلب الأحيان، كما إنها تؤدي إلى نتائج غير مرضية للمتعاملين في عقود التجارة الدولية.

ثانياً: التوصيات

1. بعدما اتضح لنا قصور قواعد الإسناد في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، نوصي بضرورة وجود قواعد بديلة تكون أكثر ملاءمة لعقود التجارة الدولية، وتطبيق قانون التجارة الدولية.

2. ينبغي على المشرع تعديل نص المادة 25 من القانون المدني العراقي لتضمن تعريف واضح للإرادة الضمنية، وتحديد المؤشرات التي يمكن استخلاصها منها، مثل سلوك الأطراف، والعرف التجاري، ومكان تنفيذ العقد، وطبيعة العلاقة بين المتعاقدين، ضماناً لتوحيد التطبيق القضائي.

3. ضرورة إصدار قانون خاص بالقانون الدولي الخاص أو تحديث الأحكام الحالية لتواكب التطور في عقود التجارة الدولية على غرار بعض الدول، التي أصدرت قانوناً دولياً خاصاً، مثل إيطاليا وسويسرا.

4. ينبغي على القضاء العراقي تعزيز دوره التفسيري والتطبيقي من خلال إصدار أحكام منشورة تبين كيفية استخلاص الإرادة الضمنية ومعاييرها، مع مراعاة المبادئ الدولية المستقرة في العقود التجارية، وذلك لتكوين اتجاه قضائي ثابت يسهم في استقرار المعاملات الدولية.

المصادر

- (1) صادق، هشام علي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص22.
- (2) ياقوت، محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص26.
- (3) ياقوت، محمود محمد، مرجع سابق، ص26.
- (4) سلامة، أحمد عبد الكريم، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص1059.
- (5) القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- (6) القانون المدني الأردني، رقم 43، لسنة 1976، المنشور على صفحة 2 من عدد الجريدة الرسمية رقم 2645 في تاريخ 1976/1/8.
- (7) القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- (8) اتفاقية فيينا لسنة 1980.
- (9) اتفاقية لاهاي لسنة 1955.
- (10) أمين، مناصف وسامية، سعدي، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة محمد الشريف مساعدي، سوق أهراس، 2019، ص7.
- (11) شعبان، فراس كريم وخضير، أرم عصام، أثر مبدأ قانون الإرادة على إخلال التوازن في العقود الدولية، مجلة جامعة تكريت، العراق، العدد 29، آذار 2016، ص234.
- (12) رياض، فؤاد عبد المنعم وراشد، سامية، الوسيط في القانون الدولي الخاص ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص374.
- (13) الأنباري، أحمد حميد، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2017، ص54.
- (14) شعبان، فراس كريم وخضير، أرم عصام، مرجع سابق، ص235.
- (15) أمين، مناصف وسامية، سعدي، مرجع سابق، ص9.
- (16) شعبان، فراس كريم وخضير، أرم عصام، مرجع سابق، ص236.
- (17) أمين، مناصف وسامية، سعدي، مرجع سابق، ص9.
- (18) خليل، خالد عبد الفتاح، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص126.
- (19) ياقوت، محمود محمد، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، الإسكندرية، مصر، 2004، ص58.
- (20) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص39.
- (21) سلامة، أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص1070.
- (22) أمين، مناصف وسامية، سعدي، مرجع سابق، ص9.
- (23) نفس المرجع السابق، ص10.
- (24) سلامة، أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص1072.
- (25) أمين، مناصف وسامية، سعدي، مرجع سابق، ص10.

- (26) سلامة، أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 1073.
- (27) العطار، أم كلثوم، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، العدد 5، 2017، ص 69.
- (28) بلاق، محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص 45.
- (29) العطار، أم كلثوم، مرجع سابق، ص 69.
- (30) بلاق، محمد، مرجع سابق، ص 46.
- (31) العطار، أم كلثوم، مرجع سابق، ص 69.
- (32) بلاق، محمد، مرجع سابق، ص 48.
- (33) العبودي، عباس، النظرية العامة للإرادة الضمنية "دراسة مقارنة"، مجلة العلوم القانونية/ كلية القانون، العدد الخاص الخامس، 2009، ص 10.
- (34) أمين، مناصف وسامية، سعدي، مرجع سابق، ص 12.
- (35) شويرب، خالد، القانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص 46.
- (36) العززي، زياد خليف، مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقاً لمبادئ مؤتمر لاهاي (2015)، مجلة جامعة الشارقة، المجلد 13، العدد 2، 2016، ص 390.
- (37) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص 427.
- (38) ملكوي، بشار عدنان، نظرية العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 33، العدد 2، 2006، ص 284.
- (39) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
- (40) اتفاقية روما لسنة 1980.
- (41) أبو أحمد، علاء محيي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية، وأحكام محاكم التحكيم: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 353.
- (42) الأنباري، أحمد حميد، مرجع سابق، ص 68.
- (43) عياض، رملة، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح، 2016، ص 36.
- (44) الروبي، محمد، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، ماهيتها، طبيعتها القانونية، القانون واجب التطبيق عليها، تقييمها: BOT، عقود التسييد والاستغلال والتسليم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 238.
- (45) الأنباري، أحمد حميد، مرجع سابق، ص 69.
- (46) أمين، مناصف وسامية، سعدي، مرجع سابق، ص 43.
- (47) عياض، رملة، مرجع سابق، ص 41.
- (48) أمين، مناصف وسامية، سعدي، المرجع السابق، ص 43.
- (49) العمر، عدنان بن صالح وعمارين، حسني صالح، الأصول القانونية للتجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2017، ص 69.
- (50) بلاق، محمد، مرجع سابق، ص 45.
- (51) العمر، عدنان بن صالح وعمارين، حسني صالح، مرجع سابق، ص 70.
- (52) عياض، رملة، مرجع سابق، ص 42.
- (53) العمر، عدنان بن صالح وعمارين، حسني صالح، المرجع السابق، ص 70.
- (54) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص 557.
- (55) عبد الله، عز الدين، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط6، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص 428.
- (56) العمر، عدنان بن صالح وعمارين، حسني صالح، مرجع سابق، ص 71.
- (57) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص 559.
- (58) سلامة، أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 1106.

- (59) العمر، عدنان بن صالح وعمارين، حسني صالح، المرجع السابق، ص71.
- (60) عياض، رملة، مرجع سابق، ص45.
- (61) الأنباري، أحمد حميد، مرجع سابق، ص81.
- (62) العمر، عدنان بن صالح، وعمارين، حسني صالح، مرجع سابق، ص68.
- (63) العطار، أم كلثوم، مرجع سابق، ص71.
- (64) إبراهيم، أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص555.
- (65) صادق، هشام، الموجز في القانون الدولي الخاص، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1997، ص310.
- (66) العمر، مصدر سابق، ص69.
- (67) عبد الحفيظ، صفوت أحمد، دور المستثمر الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص184.
- (68) نصت المادة 101 من القانون المدني الأردني "إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حيث العقد مجلس واحد يُعتبر التعاقد قد تم في المكان والزمان اللذان صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".
- (69) الأنباري، مصدر سابق، ص88.
- (70) أمين، مناصف، مصدر سابق، ص45.
- (71) الأنباري، مصدر، ص88.
- (72) بلاق، محمد، مرجع سابق، ص55.
- (73) محمد، خالد عبد الفتاح، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص127.
- (74) أمين، مناصف، مصدر سابق، ص56-57.
- (75) عبودي، نوره عباس، الأداء المميز وأثره في عملية الإسناد، دار السنهوري، بيروت، 2019، ص20.
- (76) محمد، خالد عبد الفتاح، مصدر سابق، ص153.
- (77) انظر المادة 4 من اتفاقية روما 1980.
- (78) بلاق، محمد، مصدر سابق، ص54.
- (79) الأنباري، أحمد حميد، مصدر سابق، ص102.
- (80) عبد الحسن، ختام، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مجلة الجامعة الإسلامية، مجلد 3، عدد 6، 2009، ص285.
- (81) الهداوي، حسن، القانون الدولي الخاص، مكتبة دار الثقافة للنشر، ط2، عمان، 1997، ص184.
- (82) عبد الحسن، ختام، مصدر سابق، ص285.
- (83) الهداوي، حسن، مصدر سابق، ص185.
- (84) أمين، مناصف، مصدر سابق، ص24.
- (85) العمر، عدنان، مصدر سابق، ص74-75.
- (86) عبد الحسن، ختام، مصدر سابق، ص287.
- (87) المصدر نفسه، ص288.
- (88) قطيشات، خلدون سعيد، تغيير ضابط الإسناد لغاية غير مشروعة وأثره في تحديد القانون الواجب التطبيق في إطار القانون الدولي الخاص الأردني، مجلة الجامعة الأردنية، مجلد 38 عدد 1، 2011، ص209.
- (89) العمر، عدنان، مصدر سابق، ص77.
- (90) أمين، مناصف، مصدر سابق، ص28.
- (91) قطيشات، خلدون سعيد، مصدر سابق، ص211.
- (92) عبد الحسن، ختام، مصدر سابق، ص289.
- (93) العمر، عدنان، مصدر سابق، ص78.