مجلة كفة الميزان

دراسات قانونية و سياسية محكمة برؤية تحليلية

نافذة معرفية في عالم القنون و السياسة تجمع
بين التحليل الاكاديمي و الرؤية الواقعية

العدد الرابع - السنة الاولى- ذو الحجة- ١٤٤٦- حزيران ٢٠٢٥

توجه جميع المرسلات الى رئيس التحرير على العنوان التالي

مجلة كف الميزان - اربيل - العراق
تلفون : 009647738223277
info@tip-scale.com

تتوفر نصوص و البحوث كاملة في الموقع التالي
www.tip-scale.com

تصدر باللغتين
العربية و الانكليزية

ISBN : 978-9922-24-610-9

كفة الميزان

رئيس التحرير

أ.د: سعد العطية

مدير التحرير

أ.د: محمد نعمان الداوودي

هيئة الحرير

أ.د:احمد خلف حسين الدخيل
جامعة تكريت كلية القانون

أ.م.د: رباح سليمان خليفة
جامعة كركوك
كلية القانون والعلوم السياسية

أ.م.د: معتز علي صبار
جامعة الأنبار
كلية القانون والعلوم السياسية

د.عدنان عاجل عبيد
كلية القانون جامعة القادسية

أ.د:صعب ناجي عبود
معهد العلمين للدراسات العليا
النجف

أ.د. علي غني عباس
كلية القانون
جامعة المشرق

سياسية النشر

ُعنى مجلة كف الميزان بمشاركات الأبحاث الرصينة والدراسات والتعليقات على الأحكام القضائية وملخصات رسائل الماجستير وأطاريح الدكتوراه والتقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات وعرض الكتب الجديدة ومراجعتها باللغة العربية والإنكليزية، كما تدعوكم المجلة للتفاعل معها وإغناء الأعداد الصادرة عنها وفق سياسة النشر الخاصة بها والمتمثلة بالآتي:

1- مجلة كف الميزان هي مجلة دورية تصدر شهرياً عن دار هاتريك للنشر والتوزيع في أربيل- العراق.

2- المجلة مختصة بنشر أبحاث العلوم الإجتماعية (القانونية والسياسية والاقتصادية)، أو عرض رسائل الماجستير وأطاريح الدكتوراه، أو التعليقات على الأحكام القضائية، أو التقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات، أو عرض الكتب الجديدة ومراجعتها في العلوم القانونية والسياسية وباللغتين العربية والإنكليزية.

3- تحتفظ المجلة بحقوق النشر والطبع كافة، كما تعبر جميع آراء المؤلفين الواردة في البحث أو المادة العلمية عن وجهة نظرهم، ولا تُعَدُّ المجلة مسؤولة عنها، استناداً لمبدأ استقلالية الرأي، وتلتزم المجلة بالحفاظ على حقوق الملكية الفكرية للمؤلفين..

4- المجلة غير ملزمة برد أصول البحوث أو التعليقات على الأحكام القضائية أو ملخصات الكتب ورسائل الماجستير أو أطاريح الدكتوراه سواء نشرت أم لم تنشر، مع خصم جميع المصاريف في حال عدم النشر.

5- تكون الأولوية بالنشر حسب الأسبقية بالحصول على قبول نشر للبحوث، وفي حال رغبة الباحث بالنشر المستعجل يستوفى مبلغ إضافي على أجور النشر النهائية للبحث، طبقاً لما متاح على موقع المجلة الإلكتروني.

6- يشترط بالمادة العلمية المراد نشرها بالمجلة، أن لا تكون قد سبق نشرها في مجلة أو دورية أو مؤتمر علمي، بتعهد يقدمه الباحث، وبخلافه يتحمل الباحث المسؤولية القانونية والمالية كافة.

7- يلتزم الباحث بعدم إرسال بحثه أو مادته العلمية إلى أي جهة أخرى لغرض النشر، حتى يصله رد المجلة بصلاحية بحثه أو مادته العلمية للنشر من عدمه خلال مدة شهرين من تاريخ استلام المجلة للبحث أو المادة العلمية، وبخلافه تحتفظ المجلة بحقوقها القانونية والمالية كافة.

8- يتعين على الباحث أن يلتزم بشروط وأسلوب النشر المعتمد من المجلة والمتاح على موقع المجلة الإلكتروني (https:// alkindijournal.com)، وبخلافه لا تتحمل المجلة مسؤولية التأخر بقبول أو نشر البحث أو المادة العلمية.

9- يجب على الباحث مراعاة الأمانة العلمية في البحث العلمي والدراسة الأكاديمية وفي مقدمتها أخلاقيات البحث العلمي وبنود لجنة أخلاقيات النشر (Committee On Publication Ethics) مثال ذلك، توثيق المراجع

والمصادر والنصوص القانونية والعلمية ومراعاة الموضوعية والمنهجية في الكتابة، وبخلافه يتحمل الباحث المسؤولية القانونية والإدارية والمالية الكاملة عن أي انتهاك أو تجاوز لهذه الأخلاقيات طبقاً للقوانين والتعليمات الوطنية أو الدولية.

10- تخضع جميع البحوث العلمية المراد نشرها بالمجلة لتدقيق نسبة الانتحال (turnitin) ضماناً لعدم نشر البحوث مسروقة النص جزئياً أو كلياً، وبخلافه يتحمل الباحث المسئولية القانونية والمالية والإدارية الكاملة.

11- تخضع المادة العلمية التي تنشرها المجلة للتحكيم الشفاف والمراجعة العلمية المتخصصة (Peer-reviewed process) فضلاً عن التدقيق اللغوي (للغة العربية واللغة الإنكليزية)، ويكون للمجلة صلاحية الموافقة على النشر فيها من عدمه استناداً إلى الآراء الأولية لهيئة تحرير المجلة أو آراء المحكمين المتخصصين.

13- يمنح كل باحث نسخة ورقية من العدد المنشور فيه بحثه، فضلاً عن نسخة مستلة عن بحثه، ولا تتحمل المجلة أجور إرسال النسخة الورقية للباحث.

14- تعمل المجلة وفق آلية وسياسة النشر المفتوح (Open Access).

15- تلتزم المجلة بمنح الباحث قبول النشر حين استكمال جميع المتطلبات على أن يذكر فيه المجلد والعدد وسنة النشر.

Publication Policy

KAFEET_ALMEZAN Journal focuses on contributions of rigorous research, studies, comments on judicial rulings, summaries of master's theses and doctoral dissertations, scientific reports on conferences, and book reviews in both Arabic and English. The journal invites you to interact with it and enrich the published issues according to its publication policy, as follows:

1. KAFEET_ALMEZAN Journal is a peer-reviewed monthly journal published by Hatrick Publishing and Distribution company in Erbil, Iraq.
2. The journal specializes in publishing research in the fields of social sciences (legal, political, and economic), presenting master's theses, doctoral dissertations, comments on judicial rules, scientific reports on conferences, and reviews of new books in both Arabic and English languages.
3. The journal reserves all rights of publication and printing. All opinions expressed in the research or scientific material are solely those of the authors,

and the journal is not responsible for them, based on the principle of independence of opinion, the journal is committed to preserving the intellectual property rights of authors.

4. The journal is not obliged to return the original research, comments on judicial rules, book summaries, master's theses, or doctoral dissertations, whether published or not, with all costs deducted in case of non-publication.

5. Priority for publication is based on the order of receiving research acceptance. In case the researcher wishes to expedite publication, an additional fee is applied on the final publication costs of the research, as available on the journal's website.

6. The scientific material intended for publication in the journal should not have been previously published in any magazine, periodical, or scientific conference, as per a commitment provided by the researcher.

Otherwise, the researcher bears full legal and financial responsibility.

7. The researcher should not submit their research or scientific material to any other entity for the purpose of publication until they receive a decision on whether the journal accepts their research or scientific material for publication within two months from the date of the journal's receipt of the research or scientific material. Otherwise, the journal reserves all legal, financial, and administrative rights.

8. The researcher must adhere to the conditions and style of publication approved by the journal and available on the journal's website. Otherwise, the journal is not responsible for any delay in accepting or publishing the research or scientific material.

9. The researcher must observe scientific integrity in scientific research and academic study, including research ethics and the codes of the Committee on Publication Ethics. This includes proper citation of references, sources, legal texts, and scientific texts,

as well as ensuring objectivity and methodology in writing. Otherwise, the researcher is fully responsible for any violations or deviations from these ethics, in accordance with national or international laws and regulations.

10. All scientific research intended for publication in the journal is subject to plagiarism checking (Turnitin) to ensure that the research is not partially or entirely plagiarized. Otherwise, the researcher is fully responsible for any legal, financial, and administrative liability.

11. The scientific material published by the journal is subjected to transparent peer review and specialized scientific review, in addition to linguistic review (in Arabic and English). The journal has the right to approve or reject publication based on the preliminary opinions of the journal's editorial board or specialized reviewers.

12. Each researcher is granted a hard copy of the issue in which their research is published, as well as

a copy of their research. The journal does not cover .the costs of sending the hard copy to the researcher

13. The journal operates according to the Open .Access publication model

14. The journal is committed to providing the researcher with the acceptance of publication upon completing all the requirements, specifying the volume, issue, and year of publication, except for research extracted from master's theses and doctoral dissertations."

"القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية"

"The law applicable to international commercial cntracts"

المحامي طارق جبر ضميد القيوسي

الملخص:

العقود الدولية المتنازعة تعتبر جزءاً حيوياً من القانون الدولي والتجاري. هذه العقود تشمل اتفاقيات التجارة الدولية واتفاقيات التعاون بين الدول، وقد تنشأ تنازعات حولها لأسباب مختلفة. لحل هذه التنازعات، يتم تطبيق القانون الواجب وفقاً للمبادئ والاتفاقيات الدولية المعترف بها.

فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، يعتمد ذلك على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتنازعات والمعاهدات الدولية. في العديد من الحالات، تتم محاكمة هذه القضايا أمام المحاكم الدولية أو محكمة العدل الدولية. بعض الدول تخضع للقوانين والأنظمة الوطنية التي تنص على تطبيق القوانين المحلية في حالات التنازع.

يهدف القانون الواجب التطبيق إلى تحقيق العدالة والتوافق بين الأطراف المتنازعة وفقاً للقوانين الدولية والمعاهدات المتعلقة بالنزاعات. تشجع هذه القوانين على الحوار والتسوية الودية للنزاعات بين الدول والأطراف المتعاقدة وتقدم إطارًا قانونيًا لحل هذه التنازعات بطرق منصفة ومتوازنة.

الكلمات المفتاحية:

العقد الدولي، تنازع القوانين، القانون الواجب التطبيق، ضابط الإسناد، التجارة متعددة الأطراف.

Abstract:

International disputed contracts are considered a vital part of international and commercial law. These contracts include international trade agreements and agreements of cooperation between countries, which can lead to disputes for various reasons. To resolve these disputes, the law that should be applied depends on international agreements and treaties. In many cases, these issues are tried before international courts or the International Court of Justice. Some countries are subject to national laws and regulations .that require the application of local laws in cases of conflict

The purpose of the law that should be applied is to achieve justice and reconciliation between the conflicting parties in accordance with international laws and treaties related to disputes. These laws encourage dialogue and amicable settlement of disputes between countries and contracting parties, providing a legal framework for resolving these disputes in a fair and equitable manner

Key word:

International Contract, Conflict of Laws, Applicable Law, Causation Officer, Multilateral Trade.

المقدمة

إن الحياة في دوران مستمرة وكلما كانت الحياة الاقتصادية ترتبط مع وجود الحياة أو عدمها ولآن البيئة القانونية هي أحد الأسس في الارتقاء بمستوى العيش والتطور الاقتصادي لذا أصبح لازماً وجود نظام قانوني سابق أو يواكب أي شكل من أشكال التطور الحضاري حتى يكون سبيلاً للارتقاء والازدهار نحو حياة أفضل، حيث إن النظام القانوني الخاص بالمعاملات الدولية يختلف عن ذلك الذي يحكم المعاملات الوطنية، غير أن تطبيق القوانين الوطنية على العلاقات التجارية ذات الطابع الدولي، امر غير مقبول، لأنها تواجه ظروفاً مختلفة واطرافا من دول متعددة مما يؤدي بالنتيجة إلى اضطراب في التعامل التجاري، فمقتضيات مثل حق الأطراف في اختيار قانون العقد، أو شرط التحكيم هي أمور باطلة إن وردت في عقد داخلي، وتتقلب صحيحة إن وردت في عقد دولي، من هنا جات ضرورة البدء بتكييف، العقد التحديد ما إذا كان دوليا من عدمه باعتبار النتائج القانونية الهامة التي تترتب عليه، جوهرها أن دولية العقد شرط أولي ولازم لأعمال قواعد القانون الدولي الخاص، سواء ما كان من هذه القواعد ذو صبغة مادية أو ما كان منها معتبرا من قواعد تنازع القوانين.

إشكالية البحث:

تتمحور مشكلة البحث الرئيسية في بيان القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية المنعقدة بين طرفين أجنبيين ضمن إطار أحكام القانون الدولي الخاص حيث تتفرع لدينا مجموعة من الأسئلة هي:

ماهية العقد الدولي ومعايير تكييفه؟

تحديد مدى سلطان الإدارة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي؟

ماهو دور القواعد الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية؟

منهجية البحث:

اعتمدت هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي القائم على استقراء النصوص القانونية التي جاءت بها أهم التشريعات الحديثة في مجال القانون الواجب التطبيق في منازعات العقود الدولية.

هيكلية البحث:

وضعت مقدمة احتوت فحوى البحث، ومن ثم اتبعت التقسيم الثنائي، من خلال تقسيم البحث إلى مبحثين وكل مبحث إلى مطلبين، حيث تضمن المبحث الأول: تعريف العقد الدولي، بينما تضمن المبحث الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، ومن ثم قمت بوضع خاتمة تضم أهم الاستنتاجات والتوصيات.

المبحث الأول
تعريف العقد الدولي

لابد من أن نتصدى لمسألة أولية تعد المدخل الرئيس المتعمقة بالقانون الواجب التطبيق في منازعات العقود الدولية، والمتلثمة بتحديد ماهية العقد الدولي. ومن أجل ذلك لابد من التطرق إلى بيان مفهومه وتمييزه عن العقد الداخلي، وكذلك التطرق لمعايير المتبعة في تحديد الصفة الدولية للعقد.

لذا ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطبين، المطلب الأول ونتناول فيه تعريف العقد الدولي وتمييزه عن العقد الداخلي ، والمطلب الثاني سنبحث فيه معايير دولية العقد.

المطلب الأول: مفهوم العقد الدولي

يعرف العقد بأنه، توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء اثر قانوني مشروع، وقد فرق الفقهاء بين العقد والاتفاق فاعتبروا العقد أخص من الاتفاق، على اعتبار ان الاتفاق جنس، والعقد نوع.. فكل عقد يكون اتفاق، أما الاتفاق فلا يكون عقداً إلا إذا كان منشئا لالتزام أو ناقلا له. فإذا كان يعدل الالتزام أو بنهبه فهو ليس عقد[1].

ولمعرفة ما اذا كانت الارادة قد اتجهت إلى احداث هذا الاثر القانوني ام لا، يجب الرجوع إلى النية والظروف والملابسات المصاحبة لصدور الإدارة، فالمجاملات لا تعتبر التزامات بالمعنى القانوني كدعوة صديق إلى عشاء، فاذا عدل الصديق الداعي عن الدعوة أو تخلف المدعو عنها بعد قبوله، لا يترتب ذلك أي مسؤولية على أي منهما لانتفاء الرابطة التعاقدية في هذه الحالة.

[1] عبد المجيد الحكيم، علي عبد الباقي البكري، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، المكتبة القانونية بغداد، 2002،ص20.

كان المشرع قد عرف في المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة ١٩٥١ العقد بأنه (ارتباط الايجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه).

ويتضح من هذا التعريف أن المشرع العراقي قد عرف العقد على أنه ارتباط الإيجاب بالقبول لا بوصفه ينشئ التزامات شخصية بين المتعاقدين فحسب، بل لكونه يثبت أثره في المعقود عليه، أي أنه سيغير المحل من حالة إلى حالة[1].

وقد نص المشرع المصري على أن يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد أما المشرع الفرنسي، فقد عرف العقد بأنه "اتفاقية يلتزم بواسطتها شخص أو عدة أشخاص تجاه شخص أو عدة أشخاص آخرين بأداء شيء ما أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، إن المعنى الاصطلاحي للعقد في القوانين الداخلية للدول، يفيد معنى التصرف القانوني القائم على توافق إرادتين أو أكثر بقصد إنشاء التزام أو تعديله أو إنهائه[2].

ويعد العقد داخلية إذا اجتمعت كل عناصره القانونية في إطار دولة واحدة، ومن ثم يخضع لنظام قانوني واحد، بحيث لو أثير نزاع حول هذا العقد أمام القاضي، فإنه يلتزم بتطبيق قواعد قانونه الوطني مباشرة، أما العقد الدولي الذي يشوبه عنصر أجنبي، فهو العقد الذي تمتد آثاره إلى أكثر من دولة واحدة، ومن بعد ذلك يخضع القواعد قانونية تتفق مع طبيعته من خلال البحث عن أنسب القوانين واكثرها ملامة عن طريق المفاضلة بين قواعد النظم القانونية التي يحتمل تطبيقها' ولم يحدد المشرع العراقي المقصود بالعقد الدولي بل تركه لاجتهاد الفقه والقضاء بما يستجد من صور للعقود الدولية، وكل ما ورد هو نص المادة (٢٠) من القانون المدني العراقي التي بينت القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية في إطار تنازع القوانين من حيث المكان والتي نصت على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن

---

[1] المادة(89) من القانون المدني المصري رقم 131لسنة 1948.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية،2000، ص118.

المشترك المتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف إن قانونا أخر يراد تطبيقه"، وقد أورد المشرع العراقي للبيوع البحرية، بوصفها من العقود الدولية بابا خاصا في قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة 1984 النافذ تحت عنوان البيوع الدولية.

المطلب الثاني: معايير تكيف العقد الدولي

إن الفقه القانوني كان قد اعتمد في تكييفه للعقد الدولي على ثلاثة معايير، أولها المعيار القانوني والذي اعتد بالصفة الأجنبية أساساً للتفرقة بين العقد الدولي والعقد الداخلي، ومن ثم المعيار الاقتصادي والذي يتحدد بانتقال رأس المال عبر الحدود كدليل على إرساء صفة الدولية في العقد، وأخيراً سنتطرق إلى المعيار الذي جمع بين المعيارين السابقين وهو المعيار المزدوج أو المختلط.

أولاً: المعيار القانوني: يقرر هذا الإتجاه أن العقد بعد دولية متى كانت عناصره القانونية مرتبطة بأكثر من نظام قانوني، من حيث العناصر الضرورية لانعقاده أو تنفيذه أو مركز طرفيه، من ناحية موطنهم أو جنسيتهم أو كان الشيء محل الإبرام، وهكذا يعد سلعة ما دولية على سبيل المثال، لو أبرم العقد في باريس بين شخص فرنسي مقيم بفرنسا وأخر عراقي مقيم في العراق ليتم تنفيذ العقد في الأردن، فمثل هذا العقد يتسم بالطابع الدولي الاتصال عناصره بثلاث دول أي بأكثر من نظام قانوني[1].

ان وجود العنصر الأجنبي يؤدي إلى منح أطرافه حرية اختيار النظام القانوني الحاكم للعقد، أي تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، ومن ثم فإن أساس المعيار القانوني هو العنصر الأجنبي المتواجد في العقد ليصبح بمقتضاه دولياً[2].

---

[1] سلطان عبدالله محمود الجواري، القانون الواجب التطبيق على حساب الجاري والاعتماد المستندي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010،ص45.

[2] أبو العلا النمر، القانون الخاص الدولي، دراسة تحليله لمبادئ معهد روما، المتعلقة بعقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القتاهرة،2006، ص163.

ثانيا: المعيار الاقتصادي: وفقا لهذا المعيار فإن تحديد الصفة الدولية للعقد يكون من خلال تحليل الرابطة العقدية والنظر إلى موضوعها ومدى تعلقها بمصالح التجارة الدولية، عن طريق تركيز عمليات تبادل الأموال عبر الحدود أو مدى تجاوزها النطاق الإقليمي الداخلي للدولة، فالعقد دولية متى ما نتج عنه انتقال رؤوس الأموال من بلد إلى اخر وبصرف النظر عن جنسية المتعاقدين أو غيرها من عناصر الصفة الأجنبية، لذلك فإن العقد إن لم يؤد حركة تبادل لا يعد دولية حتى لو تطرقت إليه الصفة الأجنبية.

والعبرة عند إلحاق تلك الصفة بالعلاقة الدولية تتحدد بالنظر إلى موضوعها، أي العملية التي يحققها العقد التجاري الدولي والمتمثلة في مصالح التجارة الدولية، وهذا دون الرجوع إلى عناصر العقد كجنسية الأطراف، أو محل إقامتهم[1].

وكلمة التجارة الدولية عند أنصار هذا المعيار تأخذ بالمفهوم الواسع، أي أنها لا تتقيد بشأنها بالتصنيف الداخلي للأعمال التجارية أو المدنية بل تشمل مثلا استيراد بضائع من الخارج أو تصدير منتجات وطنية إلى دولة أجنبية، وتشمل أيضاً عمليات الإنتاج الصناعي وتبادل الثروات وعقود نقل التكنولوجيا والامتيا.

ثالثا: المعيار المختلط: نظراً لاختلاف وجهات النظر حول تحديد المقصود بالعقد الدولي، رأى بعض الفقهاء ضرورة الأخذ بالمعيارين القانوني والاقتصادي معاً. ورأى الفقه المناصر لهذا المعيار ضرورة تحقق المعيارين في العقد حتى يمكن اعتباره عقد دولية، فلا يمكن تحقق أحدهما دون تحقق الآخر، فوجود العنصر الأجنبي في العقد يجب أن يزامنه تداول للأموال عبر الحدود ، ويذهب جانب من الفقه إلى أن الجمع بين المعيارين قد جاء بفعل التشابك والتداخل بين العلاقات القانونية والعلاقات الاقتصادية"[2].

---

[1] أبو العلا النمر، القانون الخاص الدولي، دراسة تحليله لمبادئ معهد روما، المتعلقة بعقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص168.

[2] سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، 1995، ص397.

وهو ما تبناه القضاء الفرنسي الحديث عند التصدي لمدى دولية العقد، في مرحلة انتقالية حاول فيها الجمع بين المعيارين وصولا إلى الإقرار بتكاملهما لااكتساب العقد صفة الدولية، وبناءا على ذلك لا يمكن اعتبار عقد ما دولية إلا إذا استوفي الصفة الدولية وفقا لمعطيات المعيارين معأ، كأن يكون متصلا بأكثر من نظام قانوني ومحققة لمصالح التجارة الدولية في نفس الوقت، الأمر الذي يؤكد أن توافر المعيار الاقتصادي لدولية العقد يؤدي بالضرورة إلى اكتساب الرابطة العقدية الطابع الدولي وفقأ للمعيار القانوني والعكس غير صحيح.

المبحث الثاني
تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي

إن الكشف عن دولية الرابطة العقدية يعد شرطة ضرورية لإعمال قواعد تنازع القوانين، وأن الصفة الدولية هي التي تمنح الأطراف حق اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم العقدية)، وسنبين في هذا المبحث دور كل من القواعد الموضوعية وقانون الإرادة ومنهج الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية وذلك في مطلبين:

المطلب الأول: دور القواعد الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية

يقصد بالقواعد الموضوعية تلك القواعد التي تنظم العلاقات الدولية الخاصة المعروضة على القاضي والتي يطبق عليها قانونه الوطني الموضوعي تطبيقا مباشرة، ودون المرور بقاعدة تنازع القوانين)، وتمتاز بانها قواعد كل مباشر للنزاع ومفردة الجانب بمعنى اخر انها تقرر اختصاص قانون دولة ما بصورة مباشرة[1].

ويمكن أن تعرف بأنها مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية المستقاة من مصادر متعددة وتقدم تنظيما قانونية وحلوة ذاتية المعاملات التجارة الدولية على نحو يجعل منها قانونا خاصا مستق عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة.

وتتميز القواعد الموضوعية بعدة خصائص تمثل الجانب الايجابي للمنهج الموضوعي في حل مشكلة تنازع القوانين ومن هذه الخصائص أنها قواعد مباشرة كونها تقدم حلول موضوعية مباشرة المسائل المثارة ولا تميل إلى غيرها من القوانين للتعرف على الحل الذي ينطبق على العلاقة، كما أنها تتميز بالفئوية والنوعية، فهي فئوية لأنها تخاطب فئة معينة من الأفراد المتعاملون في التجارة الدولية، وهي قواعد نوعية لأنها تضع حلاً لنوع معين من المشكلات، وهي تلك

[1] عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، العراق، 2013،ص223.

الناشئة في الأوساط التجارية الدولية كما أنها تتميز بكونها قواعد تلقائية النشأة، فهي تعد ذات نمو تلقائي من حيث الصدور والتطبيق، ولكونها خرجت من مجتمع معين وفق شروط معينة دون المرور بالقنوات الرسمية لسن القانون، وهي تلقائية من حيث التطبيق لأن تطبيقها لا يحتاج إلى تدخل السلطة إذ يكفل ذلك وفاء المتعاملين بها وكذلك ملائمتها النزاعات في نطاق التجارة الدولية[1].

وعليه فإن القواعد الموضوعية المبينه في الاتفاقيات تلعب الدور الرئيسي في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، فالقانون الموضوعي يتركز أساساً في الاتفاقيات الدولية لأنها تشكل اللبنة الأساسية في إنشاء نظام التجارة متعددة الأطراف وينحصر دور المحكم فيها على التطبيق السليم النصوص وأحكام هذه الاتفاقيات (مثل اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية RIPSء واتفاقية التجارة في الخدمات GATS واتفاقية مكافحة الإغراق ...) تحقيقا للغاية الأساسية من ابرامها المتمثلة بتحرير التجارة وازالة جميع مظاهر التمييز في التجارة الدولية[2].

المطلب الثاني: دور قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية

في مقابل العلاقات القانونية التي تحكم الأفراد في الدولة الواحدة، وتكون جميع عناصرها محلية، وبالتالي تخضع للقانون المحلي، فإن القانون الذي يحكم العلاقات الناشئة عن العقود الدولية يترك مجالاً لحرية الأفراد لتوجيه نشاطهم على النحو الذي يروق لهم، وعليهم إضافة إلى اتفاقهم على الشروط العقد أن يحددوا باتفاقهم القانون الواجب التطبيق الذي سيحكم العلاقة العقدية بينهم، وهو ما يعرف بمبدأ قانون أو سلطان الإدارة.

---

[1] محمود المغربي، إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2007،ص64.

[2] هيوا علي حسن، التحكيم التجاري في إطار منظمة التجارة العالمية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد،2007،ص99.

إذ تلعب إرادة المتعاقدين دوراً محورياً في مجال القانون الدولي الخاص إما بوصفها وسيلة لنزع الرابطة العقدية من حكم القانون أو لإخضاعها لسلطانه بذلك ضابط الإسناد في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية، ذلك أن مبدأ قانون الإرادة في القانون الدولي الخاص، يراد به حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المزمع إبرامه إذا كان هذا العقد مما يحتمل خضوعه لقوانين بلاد مختلفة[1].

والارادة قد تظهر بشكل صريح من خلال الاشارة إلى قانون وطني أو مجموعة قواعد جرى العرف التجاري الدولي على تبنيها، أو تظهر بشكل ضمني يستخلصها المحكم من مؤشرات معينة، تعد قرينه على اتجاه إرادة الأطراف لاختيار قانون معين الحكم موضوع النزاع .

ونص القانون المدني العراقي في المادة (٢٠) منه على ما يلي:

يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا . فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف آن قانونا اخر يراد تطبيقه هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف آن قانونا اخر يراد تطبيقه ٢ قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي ابرمت بشأنه.

اما بالنسبة للتشريعات الدولية، فنجد أن قسماً الاتفاقيات الدولية كان قد نص صراحة على القانون الواجب التطبيق في حال عدم اتفاق اطراف النزاع على تعينه، أي بمعنى اخر وضع قاعدة اسناد احتياطية لمعرفة القانون في حال عدم اعمال قانون الإرادة ومن الأمثلة على ذلك اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع لعام 1955 إذ نصت المادة الثانية منها على ان القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني للبلد الذي عينه أطراف

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2002،ص170.

العقد). وكذلك فعلت اتفاقية واشنطن لعام 1965 واتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية لعام ١٩٨٠ وغيرها[1].

الأصل في اختيار القانون الواجب التطبيق هو تلاقي إرادة الطرفين برضاء تام، لذلك فان اختيار القانون يكون لحظة التعاقد بحيث يعبر عن القانون الذي يحكم العقد صراحة، فلا يترك لأحد الأطراف بتسميته لاحقا، إذ يعتد بتلك الإرادة كضابط إسناد على أساس أن القانون الذي اختير هو قانون مركز العلاقه العقدية. ومع ذلك اصبح من المألوف في التجارة الدولية والنقل الدولي وعقود نقل التكنولوجيا الالكترونية وجود عقود نموذجية بصورة قالب نموذجي واحد يخضع كل منها القانون معني منصوص عليه فيه، بغض النظر عن وجود أو عدم وجود صلة بين العقد وقانون الإرادة. وهي بذلك تقترب من عقود الإذعان لو اكتملت شروطه الأخرى).

والتعبير عن الإرادة يكون صريحا إذا كشف المتعاقدان عن هذه الإرادة بحسب المألوف بين الناس بالكلام أو الكتابة أو الإشارة أو نحو ذلك ، إلا أن الطريقة الأكثر وضوح التعبير الصريح عن الإرادة تتمثل بالتعبير الكتابي من خلال قيام أطراف العقد بتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد، أو الذي يحكمه أو أن يكون ذلك من خلال الرسائل الالكترونية المتبادلة[2].

---

[1] فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار النشر والتوزيع، عمان،2002،ص198.

[2] فراس كريم شبعان، اثر اتفاقيات التجارة الدولية في تطور قواعد تنازع القوانين، أطروحة دكتورة، كلية القانون جامعة الموصل، 2007،ص3.

الخاتمة

في نهاية هذا البحث توصلنا إلى عدد من الاستنتاجات والمقترحات سنعمل على ذكر أهمها:

أولاً: الاستنتاجات:

1. إن مشكلة تنازع القوانين قد أخذت حيزا كبيرا في منازعات عقود التجارة الدولية الاتصال هذه الأخيرة بأكثر من نظام قانوني، مما أدى إلى تحريك قواعد القانون الدولي الخاص، الأمر الذي تحتم معه إيجاد معيار يساعد على الكشف عن دولية العقد نظرا لما لهذه المسألة من أهمية من حيث القانون الواجب التطبيق على العقد.
2. إن الفكر القانوني لم يتوصل بعد إلى تحديد المقصود بعقود التجارة الدولية، وذلك باقتصاره على معايير معينه لتحديد هذا المقصود وهي المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي والمعيار المختلط.
3. إن القواعد الموضوعية المبينة في الاتفاقيات الدولية تلعب الدور الرئيسي في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع المتعلق بالعقد الدولي.
4. جرت التشريعات الحديثة على تأكيد حق الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي.

ثانياً: المقترحات:

1. ندعو المشرع العراقي إلى مواكبة التطورات التي تحصل في مجال الاختصاص التشريعي في تسوية المنازعات التي تحصل في نطاق التجارة الدولية من خلال متابعة الاتفاقيات الدولية التي تبرم في مجالات القانون الخاص، والتي تضع قواعد قانونية موضوعية تعالج مسائل وعلاقات التجارة الدولية، والانضمام اليها والتصديق عليها ومنها اتفاقية منظمة التجارة العالمية والاتفاقيات المنظوية داخلها.
2. ندعو المشرع العراقي إلى تشريع قانون خاص بالتحكيم التجاري الدولي على غرار ما فعلته التشريعات الحديثة في هذا المجال، ويمكن الاستفادة من نماذج القوانين التي وضعتها لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري، على أن يكون منسجما مع ما ورد في اتفاقيات منظمة التجارة

العالمية، حتى لا يقع في مشكلة التنازع في حال انضمام العراق إلى المنظمة.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب:

1. أبو العلا النمر، القانون الخاص الدولي، دراسة تحليله لمبادئ معهد روما، المتعلقة بعقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القتاهرة، 2006.
2. سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، 1995.
3. سلطان عبدالله محمود الجواري، القانون الواجب التطبيق على حساب الجاري والاعتماد المستندي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
4. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية،2000.
5. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، العراق، 2013.
6. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2002.
7. عبد المجيد الحكيم، علي عبد الباقي البكري، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، المكتبة القانونية بغداد، 2002.
8. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار النشر والتوزيع، عمان،2002.
9. محمود المغربي، إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2007.

ثانياً: الرسائل والاطاريح:

1. فراس كريم شبعان، اثر اتفاقيات التجارة الدولية في تطور قواعد تنازع القوانين، أطروحة دكتورة، كلية القانون جامعة الموصل، 2007.
2. هيوا علي حسن، التحكيم التجاري في إطار منظمة التجارة العالمية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد،2007.