عقد الاطار والقانون الواجب التطبيق عليه

د. عطيه سليمان خليفة م.م عباس م موسى الياس

المقدمة

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وبعد :

ان العقود التي يبرمها الافراد والهيئات لا تكون دائما عقود بسيطة لا تتناول الا عملية قانونية واحدة ، بل قد تكون في بعض الاحيان مركبة تنطوي على عمليات قانونية متعددة ، ومن هذه العمليات ما يعرف بعقد الأطار ، حيث انه عقد يضم في كنفه مجموعة من عقود التطبيق والتنفيذ ويتضمن القواعد الاساسية التي يكون لزاما التقيد بها في عقود التنفيذ والتطبيق وسيكون موضوع بحثنا بصدد هذا العقد والقانون الواجب التطبيق عليه.

اسباب اختيار الموضوع

١- توضيح الاهمية القانونية لعقد الاطار من خلال تمييزه عن ما يشتبه به من اوضاع قانونية.

٢- ان عقد الاطار عقد غريب كتسمية ومضمون على القضاء العراقي وقلة ما كتب عنه .

٣- ان المشرع العراقي لم ينظم هذا العقد بأحكام خاصة رغم الخصوصية التي يتميز بها عن بقية العقود

٤- قاعدة الاسناد المتعلقة بالعقد يواجه تطبيقها مشاكل جمة بالنسبة لعقد الاطار عندما تكون هذه العلاقة العقدية مشوبة بعنصر اجنبي.

نطاق البحث

يستهدف هذا البحث دراسة عقد الاطار وجميع ما يتفرع عنه من عقود التطبيق والتنفيذ اللاحقة عليه والقانون الواجب التطبيق عليه ، وسنذكر الخصوصية التي يتميز بها هذا العقد في كل مناسبة.

خطة البحث

سنقسم هذا البحث الى مبحثين :

المبحث الاول : ماهية عقد الاطار.

المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على عقد الاطار.

المبحث الأول

ماهية عقد الاطار

سوف نقسم هذا المبحث الى اربعة مطالب نتناول في الاول تعريف عقد الاطار وتمييزه عن الاوضاع القانونية المشابه له وفي الثاني نتناول مجال تطبيق عقد الإطار وطبيعته القانونية وفي الثالث نتناول اركان عقد الاطار وموقف القضاء العراقي منه ونتناول في المطلب الرابع انقضاء عقد الاطار وعلى النحو الاتي:

المطلب الاول

تعريف عقد الاطار وتمييزه عن الاوضاع القانونية المشابه له.

نقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الاول تعريف عقد الاطار وفي الثاني نتناول تمييزه عن الاوضاع القانونية المشابهه له وعلى النحو الاتي:

الفرع الاول

تعريف عقد الاطار

لقد عرف الفقه عقد الاطار بوصفه العقد الذي يتضمن الشروط الرئيسية التي تبرم على اساسها عقود التطبيق والتنفيذ وعرفه جانب من الفقه بأنه ((اتفاقات تهدف الى أقامة تنظيم نموذجي لعلاقة مستمرة تتعدد تطبيقاتها وتتلاحق عبر الزمن بحيث يصبح كل تطبيق منها محكوما بالقواعد المتفق عليها في التنظيم الاطاري))([١]) وعرفه أخرون بأنه ((ذلك العقد الذي يحدد الشروط الرئيسية التي يلتزم الطرفان بأتباعها فيما يبرمانه من عقود لاحقة وهي عقود التطبيق او عقود التنفيذ))([٢]) وقيل بصدد تعريف عقود الاطر انها ((عقود تولد التزامات عمل فهي تهيء العقود التي ينفذ الاطراف من خلال عقود البيع بالتعهدات الناجمة عنها فهي تضيف لوعد التوريد التزامات اخرى)) وورد في تعريفه ايضا انه ((اتفاق اولي او ابتدائي يشتمل على ابرام عقود لاحقة تعرف بعقود التطبيق ، ويهدف هذا الاتفاق الى تحديد بعض الشروط الجوهرية لتلك العقود في حين تترك مسألة تقدير الثمن لكي تتم من خلال العقود اللاحقة والتي يشكل هذا العقد اطار لها))([٣]) ، وقال جانب من الفقه بأن عقد الاطار ما هو في حقيقته الا اتفاق يتم بين ارادتين على محل العقد وطبيعته الذاتية ([٤]) ، ونسب جانب من الفقه الى عقد الاطار صفة العقد التمهيدي حيث يتم عن طريقه الاتفاق على الشروط الموحدة في العقود المستقبلية ([٥]) ، مما سبق ذكره بصدد التعاريف المقالة عن عقد الاطار يمكننا الخروج بنتيجة وهي ان هذا العقد يحوي في طياته الشروط العامة او الرئيسية التي تنظم العقود اللاحقة عليه فيكون بالنسبة لها كما الدستور بالنسبة للقوانين

العادية فلا يجوز الحياد عن القواعد المذكورة فيه ، فيكون هو الموجه والمنظم والمراقب لهذه العقود.

الفرع الثاني

تمييز عقد الاطار عن ما يشتبه به من اوضاع قانونية

ونتناول في هذا الفرع تمييز عقد الاطار عن عقد التفاوض والوعد بالتعاقد والعقد الجزئي او الاتفاق المرحلي واخيرا تمييزه عن الاتفاق المبدئي وعلى النحو الاتي :-

اولا- تمييز عقد الاطار عن الوعد بالتعاقد:- في الحقيقة يقترب عقد الاطار من الوعد بالتعاقد في حالة تضمنه وعدا بالتعاقد ، اذ ان عقد الاطار الملزم قد يتضمن وعدا بالتعاقد سواء كان ملزما لجانب واحد او ملزما للجانبين وذلك عندما يتضمن التزاما بأبرام عقود التطبيق او التنفيذ خلال مدة معينة أذا ما ابدى الطرف الاخر رغبته في التعاقد خلال هذه المدة على ان يتضمن كافة الشروط الجوهرية لعقد التطبيق او التنفيذ (٦) ، الا انه لا يمكن اعتبار اتفاق الاطار وعدا بالتعاقد في أي حال من الاحوال سواء كان هذا الوعد ملزما لجانب واحد او ملزما للجانبين ، لان عقد التطبيق الذي يتضمنه عقد الاطار يشترط لتمامه ان يكون هناك اتفاق مستقل بين الطرفين على انشاءه بينما يتحقق العقد النهائي في الوعد بالتعاقد بأضهار رغبة الموعود له بالتعاقد خلال المدة المتفق عليها(٧).

ثانيا – تمييز عقد الاطار عن عقد التفاوض :- في الحقيقة يقترب عقد الاطار من عقد التفاوض في ان كليهما يظهران في فترة المفاوضات ، وان كلا من عقد الاطار وعقد التفاوض مستقل تماما عن العقد النهائي ، الا ان بينهما نقاط

اختلاف وهي ان عقد الاطار يتضمن القواعد الرئيسية التي يتم على اساسها ابرام العقد النهائي (لعقود التطبيق والتنفيذ) وهذا بخلاف ما عليه الحال في عقد التفاوض فهو لا يتضمن أي من هذه العقود ([٨]) ، كذلك يشترط في عقود التطبيق والتنفيذ اللاحقة لعقد الاطار ان لا تخالف هذا العقد ، ولا يشترط في العقد النهائي بالنسبة لعقد التفاوض ان يكون متفقا مع هذا الاخير كذلك قد يتضمن عقد الاطار وعدا بالتعاقد سواء كان ملزما لجانب واحد او للجانبين ، بينما لا يمكن تصور ذلك في عقد التفاوض([٩]).

ثالثا – تمييز عقد الاطار عن العقد الجزئي :-

أن العقد الجزئي هو ((اتفاق يتم ابرامه اثناء المفاوضات ويحدد الاطراف بمقتضاه مسائل التفاوض التي تمكنوا من الاتفاق بشأنها)) او هو اتفاق يتم ابرامه اثناء المفاوضات ويتم بموجبه حسم المسائل التي تم الاتفاق عليها أولا بأول ([١٠]) ، ويتميز عقد الاطار عن العقد الجزئي او الاتفاق المرحلي كما يسميه جانب من الفقه في ان عقد الاطار ينظم عقود التطبيق والتنفيذ المستقبلية ويكون مستقلا عنها ، اما العقد الجزئي فهو يمهد لأبرام عقد واحد او مجموعة عقود ويكون جزءا لا يتجزء من هذه العقود وبهذا يبرز الفرق الشاسع بين عقد الاطار والعقد الجزئي .

رابعا – التمييز بين عقد الاطار والاتفاق المبدئي:-الاتفاق المبدئي كما عرفه جانب من الفقه بأنه ((اتجاه نية الاطراف خلال فترة المفاوضات أي قبل ابرام العقد النهائي الى ترتيب اثر قانوني يتعلق بالمفاوضات ذاتها او تنظيم سير المفاوضات او بالغرض من عملية التفاوض))([١١]) ، فالاتفاق المبدئي او اتفاقات المبادئ لا تتضمن اتفاقات على العناصر الجوهرية للعقد ، بخلاف ما

هو عليه الحال في عقد الاطار حيث يتضمن هذا الاخير اتفاقا على القواعد الرئيسية التي تحكم عقود التطبيق والتنفيذ اللاحقة في وجودها على عقد الاطار .

خامسا – تمييز عقد الاطار عن الوعد بالتفضيل :- يعرف جانب من الفقه الوعد بالتفضيل بأنه اتفاق يتعهد بمقتضاه الواعد بتفضيل الموعود له على غيره في حال تصرفه بالعين بالبيع ويكون الثمن في هذه الحالة هو الثمن الذي يعرضه الغير ويرضى به الواعد (١٢) ، وهناك تباين شاسع بين الوعد بالتفضيل واتفاق الاطار ويتمثل هذا التباين في ان عقد الاطار هو عقد رئيسي يتضمن تنظيما لمجموعة من العقود اللاحقة (عقود التطبيق والتنفيذ) اما عقد الوعد بالتفضيل فهو عقد ثانوي قد يترتب عليه ابرام العقد النهائي(١٣).

المطلب الثاني

مجال تطبيق عقد الاطار وطبيعته القانونية

ونتناول هذا المطلب في فرعين نتناول في الاول مجال تطبيق عقد الاطار وفي الثاني نتناول الطبيعة القانونية له وعلى النحو الاتي:-

الفرع الاول

مجال تطبيق عقد الاطار

أن عقد الاطار نشأ نتيجة الحاجة اليه فهو ليس من ابتداع المشرع أذ ان اشتراك مجموعة من العقود في تحقيق هدف معين لتنفيذه يجعل من هذه العقود تنطوي تحت عقد واحد يسمى عقد الاطار بهدف تنظيم العقود التي تندرج تحته ، والتي تتظمن التزاما بالتنفيذ او التطبيق فينظم هذا العقد مجموعة من هذه العقود وهناك عقود كثيرة يظهر فيها الاطار القانوني والتي يلتزم

اصحابها بأبرام عقود تطبيق في المستقبل ونذكر من هذه العقود على سبيل المثال لا الحصر ما يلي :

اولا - عقد التموين :- وفي هذا العقد يتعهد الموزع بالتزويد من المنتج وبدون ان يقيد المنتج حرية الموزع في العمل وخير مثال عليه عقود محطات التزود بالوقود([١٤]).

ثانيا – عقد الخصم :- وعقد الخصم كما عرفه المشرع العراقي في المادة (٢٨٣) من قانون التجارة النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ بأنه (اتفاق يتعهد المصرف بمقتضاه بأن يدفع مقدما قيمة ورقة تجارية أو أي مستند اخر قابل للتداول الى المستفيد مقابل نقل ملكيته الى المصرف مع التزام المستفيد برد القيمة الى المصرف اذا لم يدفعها المدين الاصلي) ويمكن ان يكون الخصم ضمن ما يسمى عقد اطار حيث انه يمثل الاعتماد المصرفي الذي يضم في كنفه كل صور الائتمان المصرفي والذي قد يتمخض عن عقد قرض في الحساب الجاري او عن تعهد المصرف بخصم الاوراق التجارية التي يقدمها العميل في حدود مبلغ الاعتماد المتفق عليه وخلال مدة سريانه او تعهده بقبول ما يسحبه العميل من اوراق او التوقيع عليها كضمان احتياطي([١٥]).

ثالثا – عقد الامتياز التجاري :- ان عقد الامتياز التجاري يكون مجالا رحبا لاتفاقات الاطر حيث انه عقد يلتزم بموجبه صانع سلعة معينة بأن يقدم خدمة لبائع نفس النشاط باستخدام علاقاته التجارية او بيع منتجاته او خدماته مقابل رسم محدد في العقد وبشروط تتعلق بالمساعدة في تنظيم تسويق هذه السلعة او الخدمة ([١٦]).

رابعا – عقد التوزيع المختارة :- وفي هذا العقد يقدم المنتج الى اختيار موزع او عدة موزعين يتم اختيارهم على اساس الثقة والسمعة والقدرة التجارية والتقنية او للمميزات الشخصية من قبله والتي يتم اختيارهم على اساسها([١٧]) ، ويجب ان تتوافر في هؤلاء الشروط التي لها علاقة بعملات الانتاج المضمونة كما هو الحال في توزيع العطور و تجارة المنتجات ذات التقنية العالية كالحاسوب ([١٨]).

خامسا – عقد الترخيص التجاري :- هو اتفاق يتم بين المنتج والموزع يمنح بموجبه الاول للثاني ترخيصا بأستعمال المعرفة التقنية لقاء مقابل مادي وتلقي المساعدة والمجال الرحب لهذا العقد تكون في مجال تقديم الخدمات لجمهور المستهلكين لاسيما في مجال خدمات المطاعم والفنادق وتأجير السيارات ([١٩]). وفي عقد الترخيص هناك عقد اطار ينظم اساليب ابرام عقود عديدة في المستقبل وهو من ابرز النماذج المقدمة لعقد الاطار في هذا المضمار.

في الحقيقة ان مجال تطبيق عقد الاطار لا ينحصر بنوع واحد او انواع معينة من العقود ، وانما ميدانه أي عقد ينظم عقود تطبيق وتنفيذ في المستقبل في أي ميدان من ميادين الحياة التجارية او الصناعية وغير ذلك من المجالات ، اما ما سبق ذكره فهو توضيح لهذا العقد وانطباقه على بعض العقود التي يشيع فيها الاتفاق مسبقا على اطار معين لتطبيق او تنفيذ عدة عقود في المستقبل.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لعقد الاطار

ان العقود التي يبرمها الافراد لا تكون دائما عقود بسيطة لا تتناول الا عملية قانونية واحدة ، بل تكون في بعض الاحيان مركبة تحتوي على عدة عمليات

قانونية ، فالعقد الذي يبرم مع صاحب الفندق والنزيل هو عقد مركب (عقد اطار) فهو يتضمن في كنفه عدة عقود ، فهو يتضمن ايجار للغرفة التي يشغلها النزيل ، وبيعا للأطعمة والمشروبات ، ووديعة بالنسبة لأمتعة النزيل ، أضافة الى الخدمات الاخرى التي تقدم الى هذا النزيل ([٢٠]) ويطرح السؤال هنا ما هي طبيعة عقد الاطار؟

أن عقد الاطار ما هو الا التزام على عاتق اطرافه ينتج عن اتفاق بينهم على القيام بعمل تمهيدا لعقود التطبيق والتنفيذ والتي قد توصل الى ابرام العقد النهائي ، ولا يمكن القول بأن عقد الاطار هو عقد بيع او وعد بالبيع سواء كان ملزما لجانب واحد او ملزما للجانبين ، فالهدف منه تعيين الشروط العامة للعقود اللاحقة ، وهو يختلف عن الوعد بالبيع ، لانه لايولد التزاما بدفع الثمن او بالتسليم ، وانما يولد التزاما بعمل وهو تمشية الطلبات والاستجابة لها او الامتناع عن البيع للغير ([٢١]). ومن الجدير بالذكر ان مسألة تحديد الثمن في عقد الاطار وعلى وجه الخصوص في عقد التوريد كانت مجال نقاش وجدال في الفقه والقضاء الفرنسي حيث ان محكمة النقض الفرنسية قضت ببطلان عقد الاطار نتيجة عدم تحديد الثمن استنادا الى المادة (١٥٩١) من القانون المدني الفرنسي رغم اعترافها بأن عقد اطار التوريد ليس بعقد بيع ، الا انها طبقت هذه المادة الخاصة بعقد البيع ، وانتقد موقف المحكمة هذا من قبل القضاء والفقه الفرنسي ، ونتيجة لذلك فقد غيرت محكمة النقض الفرنسية الاساس القانوني الذي اسست عليه حكم البطلان فبدلا من الاستناد الى حكم المادة (١٥٩١) قررت الاستناد الى حكم المادة (١١٢٩) والمتعلقة بوجوب تحديد المحل الا انها غيرت موقفها هذا عندما اصدرت حكمها الشهير في

الاول من كانون الاول من عام ١٩٩٥م ، وقضت بأن عدم تحديد الثمن في عقد الاطار لا يترتب عليه بطلانه واذا كان هناك تعسف في تحديد الثمن لاحقا فأن ذلك لا يترتب عليه سوى الفسخ او التعويض بحسب كل حالة([٢٢]).

المطلب الثالث

اركان عقد الاطار وموقف القضاء العراقي منه

ونتناول في هذا المطلب فرعين نقدم في الاول منهما اركان عقد الاطار ونتناول في الثاني موقف القضاء العراقي من عقد الاطار وعلى النحو الاتي:-

الفرع الاول

اركان عقد الاطار([٢٣])

ذكرنا انفا بأن عقد الاطار هو عقد من العقود الرضائية ويحتوي على اركان ثلاثة هي الرضا والمحل والسبب الا ان لهذا العقد خصوصية من حيث العناصر فلها صفة التركيب ولتوضيح هذه الخصوصية سنتناول تلك العناصر وبشكل مختصر وعلى النحو الاتي:-

اولا- الرضا في عقد الاطار:- من ابرز مميزات الرضا في عقد الاطار انه رضا مركب ، بمعنى ان اطراف العقد يعبرون ابتداءا عن رضاهم بعقد الاطار ، ، ويعبرون تارة اخرى عن رضاهم بعقود التطبيق والتنفيذ اللاحقة عليه ، اما بالنسبة لعقد الاطار فهو من العقود الرضائية ، والرضا ينصب فيه على القواعد والشروط التي ترد فيه والتي يقع على عاتق الطرفين التقيد بها حيث يلتزمان بما يبرمانه من عقود في المستقبل أي ان لا تخالف عقود التطبيق والتنفيذ ما منصوص عليه في عقد الاطار([٢٤]) ، كذلك يجب ان تكون ارادة الطرفين خالية من العيوب في عقد الاطار وكذلك في عقود التطبيق

والتنفيذ اللاحقة على اعتبار ان هذه الاخيرة مستقلة تماما عن عقد الاطار ، وكذلك يجب ان تتوافر الاهلية الكاملة في عقد الاطار وفي عقود التطبيق والتنفيذ اللاحقة ، وذلك لكون هذه الاخيرة وكما اسلفنا ، مستقلة تماما عن عقد الاطار فإذا ابرم عقد الاطار صحيحا وشاب عقد التطبيق عيب من عيوب الارادة او نقص اهلية فأنه يعتبر عقدا معيبا ولا يرتب الاثار التي كان يرتبها لو كان كل من العقدين أي العقد الرئيسي والعقود التابعة له صحيحة وهذا كله تطبيق للقواعد العامة .

ثانيا- المحل في عقد الاطار:- اذا نظرنا الى المحل في عقد الاطار نجد انه ينصب على ابرام العقود التطبيقية ، وهذا امر طبيعي في حقيقته فمن المتفق عليه ان العقود قد ترد على اشياء غير مادية او بعبارة اخرى انها قد ترد على القيم الاقتصادية والمالية المشروعة ، وليس هناك مشكلة في تحديد عقود التطبيق والتنفيذ التي تمثل محلا لعقد الاطار ، فعلى سبيل المثال في عقد التوريد يتحدد الكم بحسب حاجة المورد اليه ([٢٥]) ، كما ان الغالب في عقد الاطار ان تذكر فيه انواع عقود التطبيق التي ينظمها هذا العقد ، وسواء ذكرت عقود التطبيق بنوعها او بوصفها فيجب ان تتوفر فيها كافة الشروط التي تتطلبها القواعد العامة في المحل بأن يكون ممكنا وان يكون معينا او قابلا للتعيين ومشروعا بأن يكون غير مخالفا للنظام العام والاداب([٢٦]) ، فيجب ان تتوافر هذه الشروط في عقد الاطار والا كان العقد باطلا([٢٧]) .

قبل ختام الحديث عن المحل نورد السؤال الاتي: اذا كانت عقود التطبيق تشتمل على عنصر الثمن فهل يشترط ذكر هذا العنصر في عقد الاطار ام لا يشترط ذلك؟

لقد فرض القضاء الفرنسي شرطا لصحة عقد الاطار وجوب تحديد الثمن للبيوع التي يتكون منها هذا العقد استنادا الى نص المادة (١٥٩١) من القانون المدني الفرنسي واعتمد على قاعدة تحديد المحل في كل عقد ينضوي تحت لواء عقد الاطار وذلك في المادة (١١٢٩) الا ان القضاء الفرنسي لاحظ ان تعيين الثمن يصبح صعبا فيما يتعلق بالعقود الممتدة على سنين عديدة كما هو الحال في عقد الامتياز التجاري اذ جاء في قرارات لها انه عندما ينص الاتفاق على توقيع ابرام عقود لاحقة فانه في حالة عدم تحديد الثمن في هذه العقود في اتفاق اولي لا يؤثر على صحة هذا الاتفاق وانه في حالة التعسف في تحديد الثمن في وقت لاحق لا يعطي الحق الا في طلب فسخ العقد او التعويض([٢٨]).

ثالثا – السبب في عقد الاطار:- السبب هو احد اركان العقد الثلاثة او الاربعة اذا كان العقد من العقود الشكلية طبقا للقواعد العامة ([٢٩]) ، وهذا ما ينطبق على عقد الاطار وعليه لابد ان يكون السبب فيه موجودا وان يكون مشروعا وغير مخالفا للنظام العام والاداب ، والا نتج عنه بطلان هذا العقد . ان عقد الاطاريحتوي على القواعد الرئيسية التي يتم على اساسها ابرام عقود التطبيق والتنفيذ الا انه لا يحتوي على العناصر الجوهرية في هذه العقود وانما يقتصر دوره على المباديء العامة التي تعمل هذه العقود في ضلها واذا تضمنت عيب في عقد الاطار او في العقود اللاحقة عليه فانه يترتب على ذلك بطلان هذا العقد([٣٠]) ، والسبب في عقد الاطار له خصوصية تميزه عن السبب في بقية العقود وتتمثل هذه الخصوصية بأن السبب فيه هو تحديد طبيعة التصرف وبيان فيما اذا كان التصرف عقد اطار ام انه لايمكن اسباغ هذا الوصف عليه ([٣١]) ، أي الاجابة على السؤال الاتي:هل كان بنية المتعاقدين عند اقدامهم على

عقد الاطار توحيد العقود اللاحقة عليه وادراجها جميعا تحت مضلة القواعد التي يتضمنها ام لا ، يضاف الى هذا الجانب من السبب في عقد الاطار السبب في عقود التطبيق والتنفيذ ، ومن جانبنا نرى ان السبب في عقد الاطار مركب السبب الرئيسي وهو النية بتوحيد العقود المستقبلية تحت قواعد هذا العقد الرئيسي والاسباب الفرعية والتي يستقل بها كل عقد من عقود التطبيق والتنفيذ.

الفرع الثاني

موقف القضاء العراقي من عقد الاطار

عقد الاطار كتسمية ومضمون من صنع القضاء الفرنسي ، ولقد تصدى له الفقه الفرنسي بالدراسة والتحليل والسؤال هنا هل من تطبيق لهذا العقد على صعيد القضاء العرقي؟ وهل كان محلا للقرارات الصادرة منه ؟ وهل اقتفى اثر القضاء الفرنسي بعدم اعتبار الثمن في عقد الاطار موجبا لبطلان عقود التطبيق والتنفيذ اللاحقة؟

أن القضاء العراقي لم يعرف تسمية عقد الاطار التي عرفها القضاء الفرنسي ، فهو عقد غريب كتسمية على القضاء العراقي ويذهب جانب من الفقه الى انه في حالة رفع نزاع ناشئ عن عقد يضم في كنفه مجموعة من عقود التنفيذ والتطبيق اللاحقة فأن هذا النزاع يحل عن طريق التحكيم([٣٢]) ، الا اننا وجدنا وعند بحثنا في ثنايا قرارات القضاء العراقي انه عرف هذا النوع من العقود وانه ينشئ التزامات على عاتق اطرافه الا انه لا يطلق عليه تسمية (عقد الاطار) في حين ان مضمون القرار يشير الى وجود عقد رئيسي ينظم عدة عقود لاحقة عليه ، اذ صدر قرار من محكمة بداءة نينوى مضمونه ان المدعي

يدعي قيامه بتجهيز مواد والقيام بأعمال ميكانيكية متعددة (عقود تطبيق وتنفيذ) لشركة المدعى عليه استنادا الى عقد شفهي (عقد اطار) مع مدير احد المصانع التابعة لشركة المدعى عليه بمبلغ معين وان المدعى عليه امتنع عن سداد هذا المبلغ وقضت المحكمة بالزام المدعى عليه بتأدية هذا المبلغ الى المدعي([٣٣]).

ففي هذا القرار التزام المدعي يكون استنادا الى عقد اطار يتضمن عقود تطبيق وتنفيذ فحوى الالتزام فيها تجهيز مواد اضافة الى القيام بأعمال ميكانيكية متعددة ، الا ان السؤال الذي يطرح هنا ، ماذا لو لم يحدد الثمن في عقد الاطار ، او بعبارة اخرى ما هو الحكم وعلى ضوء القرار السابق فيما لم يحدد المبلغ لقاء تجهيز المواد او القيام بالاعمال؟

ذكرنا انفا بالنسبة الى موقف القضاء الفرنسي ومما استقر عليه انه لا يترتب على عدم تحديد الثمن بطلان عقد الاطار وان تحديد ثمن متعسف بعد ذلك يقتصر على الفسخ او التعويض وبحسب الاحوال ، اما بالنسبه للقضاء العراقي فلم نجد فيما اطلعنا عليه من قرارات بهذا الشأن الا ان الفقه الغالب يذهب الى ان نص المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي صريحة ومطلقة و(المطلق يجري على اطلاقه) فهي تشترط الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية لانعقاد أي عقد ، وبما ان الثمن من العناصر الجوهرية لذا فشرط لصحة العقد النص عليه في متنه والنص هنا عام ولم يستثن عقد الاطار عن سائر العقود الاخرى.

المطلب الرابع

انقضاء عقد الاطار

عقد الاطار في حقيقته لا يختلف كثيرا عن بقية العقود بالنسبة لحالات انقضائه فهو ينقضي اما بتنفيذه او بانتهاء مدته ، ان كان له مدة او ينقضي انقضاء مبتسرا قبل انتهاء مدته بالفسخ ، وكذلك قد يشوبه عيب يؤدي الى بطلانه وبالتالي انتهاء الرابطة التعاقدية ([٣٤]) ، وعلى هذا الاساس سنقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الاول انقضاء عقد الاطار بانقضاء مدته ، وفي الثاني نتناول انقضاء عقد الاطار خارج نطاق مدته اذا كان غير محدد المدة وعلى النحو الاتي:-

الفرع الاول

انقضاء عقد الاطار بانقضاء مدته

يقصد بانقضاء عقد الاطار بانقضاء مدته ان يحدد طرفا العقد مدة محددة له ، او واقعة مستقبلية محققة الوقوع يترتب على وقوعها نهاية العقد ، الا ان عقد الاطار اسوة ببقية العقود قابلا للتجديد ، فمن حق الطرفين قبول هذا التجديد او رفضه وهذا ما اوضحته محكمة النقض الفرنسية بقولها ((بأن صاحب الامتياز لم يكن لديه سبب وأنه لا يجب عليه ان يلتزم بأي تعويض بسبب رفضه او بسبب اقتراحه عقدا جديدا بشروط مختلفة))([٣٥]) ، الا انها استثنت حالة واحدة وهي حالة اعطاء وعدا بالتجديد حيث يكون لزاما على الواعد التقيد بوعده([٣٦]).

الفرع الثاني

انقضاء عقد الاطار بغير انقضاء مدته

في حالة عدم تحديد مدة للعقد فأنه يمكن انهائه بالفسخ من طرف واحد من اطراف العقد والقيد الوحيد على ارادة هذا الطرف او ذاك هو ان يراعى كون الفسخ في وقت مناسب ولا يكون صاحبه متعسفا في استعماله ، أي بمعنى اذا لم يكن لعقد الاطار مدة محددة فأنه يجوز للطرفين انهاءه ولكن يجب مراعاة قاعدة عدم التعسف في استعمال الحق ، وتجنب الاضرار بالطرف الاخر وهذا الامر ينطبق على تطبيقات عقد الاطار ، كما قد ينتهي عقد الاطار بوفاة احد اطرافه سواء كانت هذه الوفاة حقيقية للشخص الطبيعي او حكمية للشخص المعنوي اذ قد تكون شخصيته محل اعتبار ([٣٧]) ، اذ ان غاية عقد الاطار هي تنظيم العلاقات بين اشخاصه لفترة طويلة نسبيا مما يعني لزوم ان تكون الثقة عالية بينهم وقد لا تتوافر هذه الثقة فيمن يخلف هذا الشخص او ذاك ([٣٨]) ، كما انه قد ينقضي بفقد احد اطرافه للأهلية فلا يكفي ان تكون اهلية اطرافه كاملة عند انشاء العقد وانما يجب ان تستمر لأغراض عقود التطبيق والتنفيذ اللاحقة([٣٩]) ، او انه ينتهي بالانفساخ اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه طبقا لأحكام المادة (١٧٩) من القانون المدني العراقي والمادة (١١٨٤) من القانون المدني المصري ، وكذلك قد ينقضي ببطلانه اذا قام سبب يوجب البطلان اسوة ببقية العقود وتطبق بشأنه القواعد العامة في البطلان([٤٠]) .

السؤال الذي يطرح هنا ما اثر بطلان عقد الاطار على عقود التطبيق والتنفيذ اللاحقة لو كانت هذه الاخيرة صحيحة في ذاتها ، وهل تتأثر عقود التطبيق والتنفيذ فيما لو شاب احدها البطلان لسبب او لأخر؟

حسب ما نرى ان عقود التطبيق والتنفيذ تكون باطلة في حالة بطلان عقد الاطار باعتباره الاساس الذي تقوم عليه هذه العقود اما اذا شاب البطلان احد عقود التطبيق والتنفيذ فلا يؤثر على صحة بقية العقود باعتبارها تستقل عنه وترتبط بعقد الاطار الذي نشأت بصورة لاحقة عليه.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على عقد الاطار([٤١])

ونتناول هذا المبحث في مطلبين نتناول في الاول القانون الواجب التطبيق على تكوين عقد الاطار وفي الثاني القانون الواجب التطبيق على اثار عقد الاطار وعلى النحو الاتي:

المطلب الاول

القانون الواجب التطبيق على تكوين عقد الاطار

سبق البيان بأن عقد الاطار يضم في كنفه مجموعة من عقود التطبيق والتنفيذ وان قاعدة الاسناد المطبقة على العقد تسند العلاقة اما الى ارادة المتعاقدين ، وفي حالة عدم الاتفاق على قانون معين فيطبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين او قانون محل ابرام العقد في حالة اختلاف الموطن المشترك لهما([٤٢]) ، السؤال الذي يطرح بهذا المضمار ماذا لو تم الاتفاق بين الاطراف على تطبيق قانون معين على عقد الاطار وتطبيق قانون اخر او قوانين اخرى على عقود التطبيق والتنفيذ اللاحقة عليه ، هل من الممكن تفعيل هذا الاتفاق؟ اختلف الفقه في الاجابة على هذا السؤال الى اكثر من اتجاه وعلى النحو الاتي:-

الاتجاه الاول:- ذهب جانب من الفقه الى جواز هذا الاتفاق ، وانه من الممكن تطبيق قانون معين على عقد الاطار ، وتطبيق قانون اخر على عقود التطبيق والتنفيذ اللاحقة([٤٣]) ، وذلك على اعتبار ان عقود التطبيق والتنفيذ اللاحقة عليه وأن كانت غير مستقلة عنه الا انه لا يؤثر اختلاف القوانين التي تحكمها عن القانون المطبق على عقد الاطار كما ان العقد هو اداة تداول الثروات والخدمات بين اطرافه ، وان اطراف العلاقة التعاقدية هم ادرى بالقانون الذي لا يعرقل حركة التداول ويستجيب لحركة التجارة الدولية سواء بالنسبة لعقد الاطار او العقود المنظم لها في وقت لاحق ، وهم ادرى بالقانون الذي يتمشى واقتصاديات العقد ، والطبيعة الخاصة لموضوع التعامل ([٤٤]). الا انه في حالة وجود اتفاق على القانون الواجب التطبيق على عقد الاطار فقط دون عقود التطبيق والتنفيذ فيسري هذا القانون على عقود التطبيق والتنفيذ باعتبارها تابعة في حكمها لعقد الاطار ، وبعبارة اخرى ان القانون الواجب التطبيق على عقد الاطار يجب تطبيقه ايضا على عقود التطبيق والتنفيذ ، وذلك للحفاظ على توقعات الافراد ، واحترام ارادتهم ، حيث ان اطراف عقد الاطار هم من اختيار قانون الارادة لتطبيقه على عقدهم ، وهم ايضا من يكون اطرافا لعقود التطبيق والتنفيذ اللاحقة وبالتالي فأن توقعهم ينصب على تطبيق هذا القانون عند ابرام عقود التطبيق والتنفيذ([٤٥])

الاتجاه الثاني : ويذهب جانب اخر من الفقه الى انه اذا كان هناك اتفاق بين الاطراف عند ابرام عقد الاطار على تطبيق قانون معين ، دون ان يتضمن الاتفاق القانون الواجب التطبيق على عقود التطبيق والتنفيذ فانه يجب البحث عن قانون يحكمها ، طبقا لقاعدة الاسناد الوطنية كقانون الموطن المشترك

للمتعاقدين او قانون محل ابرام تلك العقود([٤٦]) ، وذلك للاستقلالية التي تتمتع بها تلك العقود عن العقد المنظم لها هذا من جهة ، ومن جهة ثانية قد يضر سحب الاتفاق الحاصل بالنسبة لعقد الاطار على عقود التطبيق والتنفيذ بحقوق الغير ([٤٧]).

نرجح من وجهة نظرنا الاتجاه الثاني لاعتبار ان عقود التطبيق والتنفيذ وان كانت منظمة من قبل عقد الاطار الا انها مستقلة عنه ، كما انه قد يضر سحب القانون الواجب التطبيق الى عقود التطبيق والتنفيذ بحقوق الغير فليس مشروطا ان يكون اطراف عقد الاطار ثابتين ولا يتغيرون في عقود التطبيق والتنفيذ اذ ان الغالب الشائع ان عقد الاطار يتم ابرامه مع وجود اطراف معينين ويتم ابرام عقود اخرى مع اشخاص اخرين لغرض تنفيذ وتطبيق ما موجود في هذا العقد ، وبذلك فان سحب القانون الواجب التطبيق على عقد الاطار على عقود التطبيق والتنفيذ قد يضر بهؤلاء الاشخاص.

هذا اذا كان ضابط الاسناد هو ارادة الاطراف المتعاقدة اما اذا كان ضابط الاسناد مكاني كمحل ابرام العقد او موطن المتعاقدين واختلف محل ابرام عقد الاطار عن محل ابرام عقود التطبيق والتنفيذ اوان موطن المتعاقدين عند ابرام عقود التطبيق والتنفيذ يختلف عن موطنهم عند ابرام عقد الاطار فما هو القانون الواجب التطبيق؟

هناك اكثر من اتجاه فقهي للأجابة على هذا السؤال وعلى النحو الاتي:-

الاتجاه الاول :-يذهب جانب من الفقه الى اعتبار حالة تغير ضابط الاسناد في هذه الحالة ما يسمى ((التنازع المتحرك))([٤٨]) ، فمتى ما نشأت حالة قانونية مستمرة لعلاقة ذات عنصر اجنبي ووجد ضابط اسناد قابل للتغيير كما هو

الحال لمحل ابرام العقد والموطن لاطراف العلاقة ، وتعاقب قانونين لحكم ذات العلاقة كما لو كان ضابط الاسناد مكاني وتم ابرام عقد الاطار في دولة معينة وابرام عقود التطبيق والتنفيذ اللاحقة في دولة اخرى حيث ان تغير ضابط الاسناد تنشأ عنه مشكلة هذا التنازع كما في الحالة السابقة ([٤٩]) فاذا كانت هناك قاعدة تشريعية لحل هذه المشكلة تحدد الوقت الذي يطبق بموجبه قانون معين فهذه خدمة يقدمها المشرع للقاضي الوطني تغنيه عن البحث عن حلول على صعيد الفقه ([٥٠]) ، فأذا نشب نزاع معين ففي هذه الحالة تطبق الحلول الواجب اتخاذها بشأن التنازع المتحرك. وقد نص المشرع العراقي على الوقت الذي يعتد به بضابط الاسناد بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على العقد اذ نصت المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي على انه ((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 او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه)) فالموطن المشترك للمتعاقدين يعتد به عند عرض النزاع على القاضي الوطني ومحل ابرام العقد يعتد به بديهيا عند ابرام العقد لغرض تحديد القانون الواجب التطبيق .

الاتجاه الثاني : ويذهب جانب ثاني من الفقه الى انه لايمكن اعتبار هذه الحالة تنازعا متحركا وذلك لعدم توافر شروط قيامه فمن الشروط الواجب توافرها لاعتبار العلاقة يشوبها ما يسمى التنازع المتحرك ان يتعاقب قانونين لحكم علاقة واحدة مستمرة ومشوبة بعنصر اجنبي ، اما بالنسبة لعقود التطبيق والتنفيذ فهي مستقلة عن عقد الاطار ففي عقد التوزيع مثلا لا يحدد العقد نوع

البضائع وكميتها ولا حتى ثمنها وذلك لان هذه العناصر ستحدد بعقود التطبيق والتنفيذ اللاحقة ، وبالتالي تبرز الاستقلالية التي تتمتع بها تلك العقود عن عقد الاطار ، وبالتالي سكون امام تعاقب قانونين لحكم علاقتين عقدية تستقل احدامهما عن الاخرى وبالتالي فيجب البحث عن القانون الواجب التطبيق على كل قانون على حده([٥١]).

ومن جانبنا نرجح الاتجاه الثاني وذلك للاستقلالية التي تتمتع عقود التطبيق والتنفيذ عن عقد الاطار كما ان هناك عناصر جوهرية للعقد كالثمن في عقد البيع تحدد عند ابرام تلك العقود وبذلك تبرز الاستقلالية التي تتمتع بها تلك العقود ، وعلى هذا الاساس فانه يتم معاملة تلك العقود بشكل مستقل عن عقد الاطار ، وطبقا لقاعدة الاسناد في القانون الوطني دون الاعتداد بالقانون الواجب التطبيق على عقد الاطار.

والسؤال الذي يثور في صدد القانون الواجب التطبيق على عقد الاطار هل من الممكن لاطراف عقد الاطار اختيار قانون الدولة التي ابرمت بها عقود التطبيق والتنفيذ لتطبيقه على عقدهم؟

بدأ لابد لنا من القول انه اذا كانت العلاقة وطنية بحته في جميع عناصرها فلا يجوز للمتعاقدين استبعاد القانون الوطني فهو الواجب التطبيق على عقدهم ، وكذلك الحال بالنسبة لاطراف عقود التطبيق والتنفيذ اللاحقة لايجوز لهم التهرب من احكام القانون الوطني عن طريق اصطناع العنصر الاجنبي في العقد او الاتفاق على تطبيق قانون اخر على هذا العقد فلا بد من توافر حسن النية لتجنب حالة الغش نحو القانون ، الا انه اذا شاب العلاقة عنصر اجنبي فقد اختلف الفقه في هذا الموضوع فقد ذهب جانب من الفقه الى ان المتعاقدين

يتمتعون بحرية مطلقة في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم ، وان لم يكن هناك صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد ، كان يكون الاختيار غير مرتبط لا بجنسية المتعاقدين او بموطنهما او بموقع المال او بمكان ابرام العقد او تنفيذه.([٥٢]) الا ان هناك جانب اخر من الفقه ذهب الى خلاف ذلك فلا بد من وجود صلة حقيقية بين القانون الذي يختاره الاطراف والعقد كقانون الموطن المشترك او قانون موقع المال او محل ابرام العقد او محل تنفيذه ([٥٣])، ويذهب جانب ثالث من الفقه الى ان حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق ليست مطلقة كما يرى اصحاب الرأي الاول كما انها ليست مقيدة الى الحد الذي يقرره اصحاب الاتجاه الثاني حيث يكفي ان يكون القانون المختار غير مقطوع الصلة بالعلاقة ، اذ لايشترط ان تكون هناك صلة عن طريق احد عناصر العلاقة (كجنسية الاطراف او محل الابرام او التنفيذ او موقع المال) فقد تكون الصلة نتيجة لحاجة المعاملات الدولية كأن يكون العقد النموذجي الذي يبرمه الطرفان لأنجاز تجارة معينة(كتجارة القطن) خاضعا لقانون دولة معينة ، يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تطبيق قانون هذه الدولة في تلك الحالة([٥٤]) ، وفيما يتعلق بالنص العراقي في المادة (٢٥) من القانون المدني والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقد فنرى ان النص جاء مطلق والمطلق يجري على اطلاقه ما لم يقيد بنص ، الا ان السؤال المطروح ماذا لو اقدم اطراف عقد الاطار على اختيار قانون الدولة التي ابرمت فيها عقود التطبيق والتنفيذ او احد هذه العقود ، او تم اختيار قانون الدولة التي تنفذ فيها تلك العقود او احدها فهل من الممكن القول بوجود صلة بين القانون المختار

والعقد وبالتالي لايشوب هذا الاختيار اي شائبة ، ام انه غير مرتبط بالعقد وبالتالي من الممكن الطعن بهذا الاختيار لانعدام الصلة بينه وبين العقد؟

حسب ما نرى ان هناك صلة حقيقية بين العقد والقانون المختار في هذا الفرض ، وذلك لان عقد الاطار ما وجد الا لتنظيم عقود لاحقة عليه يطلق عليها عقود التطبيق والتنفيذ وبالتالي هناك صلة وثيقة بينهما وبالتالي بين عقد الاطار والقانون المختار.

الا ان السؤال يثور بهذا المضمار اذا تم اختيار اطراف عقد الاطار لقانون معين وانصب اختيار اطرف عقود التطبيق والتنفيذ الاحقة عليه على قانون اخر فهل من الممكن القول بتجزءة العقد في هذه الحالة؟

نجد من المناسب القول ان تجزءة العقد مقبولة في قضاء بعض الدول ، فمن الجائز خضوع العقد الواحد لقوانين متعددة ([٥٥]) ، ويذهب جانب من الفقه الى جواز تجزئة العقد لاعتبار ان جوانب العقد قد ترتبط بمختلف الدول فقد يتم ابرام العقد في دولة معينة وتنفيذه يتم في دولة اخرى وبالتالي فانه من الممكن القول بتجزئة العقد ([٥٦]) ، الا انه لا جدوى من اثارة السؤال السابق بالنسبة لعقد الاطار حسب وجهة نظر هذا الجانب الفقهي وذلك لان الامر لا يختلف في الحالتين فسواء اعتبرنا عقود التطبيق والتنفيذ امتداد لعقد الاطار ام اعتبرناها مستقلة بحد ذاتها فأن هذا الاختلاف لا يؤثر على القانون الواجب التطبيق حيث يجوز تجزءة العقد وبالتالي سريان قانون معين على جزء من العقد وقانون اخر على الجزء الثاني منه اي انه يجوز للمتعاقدين اختيار اكثر من قانون واحد لحكم العقد وذلك لوجود مبرر معقول لذلك اذ ان طبيعة العقد تسمح بتمركز عناصره في اماكن عدة([٥٧]) .

الا ان هناك جانب اخر من الفقه يذهب الى خلاف ذلك فلا يجوز للمتعاقدين اختيار اكثر من قانون واحد لحكم العقد بمعنى اخر انه لا يجوز تجزءة العقد وتطبيق قانون معين على جزء منه وقانون اخر على الجزء الثاني ، وذلك لان العقد يعتبر عملية واحدة من الناحيتين النفسية والاقتصادية وبالتالي فهو يخضع لقانون واحد ([٥٨]) ، والسؤال الذي يطرح هنا فيما اذا تم الاتفاق على تطبيق قانون معين عند ابرام عقد الاطار واتفق على تطبيق قانون اخر على عقود التطبيق والتنفيذ اللاحقة هل يعتبر هذا الاتفاق من قبيل تجزءة العقد وبالتالي يتعرض تصرفهم للطعن بعدم الجواز ام ان عقود التطبيق والتنفيذ مستقلة بحد ذاتها عن عقد الاطار وبالتالي يجوز اختيار قانون مستقل لحكمها ؟

هناك خلاف فقهي في الاجابة على هذا السؤال في اتجاهين وعلى النحو الاتي؟

الاتجاه الاول: يذهب جانب من الفقه الى ان عقود التطبيق والتنفيذ امتداد لعقد الاطار وهي جزء منه فعقد الاطار ما وجد الا لتنظيم تلك العقود وبالتالي وجوده وعدمه متوقف على وجود او انعدام تلك العقود فالعقد الذي يبرمه نزيل الفندق يحتوي على مجموعة من عقود التطبيق والتنفيذ (كعقد ايجار الغرفة وعقد بيع وشراء الاطعمه والمشروبات وعقد وديعة للاشياء التي بحوزته) فهذه العقود اللاحقة على العقد الرئيسي هي امتداد له وجزء لا يتجزء منه ولا تتمتع باي استقلالية ، وعلى هذا الاساس لا يجوز اختيار قانون اخر لحكمها استجابة للرأي السابق فالعقد يعتبر عملية واحدة لا يجوز تجزئته من الناحيتين النفسية والاقتصادية([٥٩]).

الاتجاه الثاني: وهناك جانب اخر من الفقه يذهب الى خلاف ذلك وهو ان عقود التطبيق والتنفيذ مستقلة عن عقد الاطار وذلك لاستقلال عناصرها الجوهرية ،

فالعقد الذي يبرمه النزيل في الفندق يحتوي على مجموعة من عقود التطبيق والتنفيذ اللاحقة وهي تحتوي على عناصر جوهرية تختلف عن تلك الموجودة في العقد الرئيسي فعقد ايجار الغرفة لا يحتوي على عنصر الثمن في شراء الاطعمة والمشروبات التي يقوم بها النزيل وعليه فانه من الجائز اختيار قانون معين لحكم العقد الرئيسي وقوانين اخرى تسري على عقود التطبيق والتنفيذ للاستقلالية التي تتمتع بها([٦٠]).

ومن جانبنا نرجح الاتجاه الثاني حيث ان تلك العقود مستقلة في عناصرها عن العقد الرئيسي ولا يمكن القول ان عناصر تلك العقود امتداد لعناصر العقد الرئيسي وذلك لكونها تختلف في طبيعتها عن العقد الرئيسي وعليه فمن الجائز خضوعها لقانون يختلف عن ذلك المطبق بالنسبة لعقد الاطار.

اما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على اركان عقد الاطار فقد سبق وان بينا اركان عقد الاطار وهي الرضا والمحل السبب وقلنا ان الخصوصية التي تتمتع بها تلك الاركان انها مركبة ، بمعنى ان هناك رضا ومحل وسبب في كل من عقد الاطار وعقود التطبيق والتنفيذ اللاحقة ولقد ثار الخلاف بالنسبة لتلك الاركان فذهب جانب من الفقه الى ان العقود اللاحقة لعقد الاطار اركانها مستقلة عن العقد الرئيسي وذلك لاستقلالية تلك العقود عن العقد الرئيسي ، وبالتالي فانه يجب البحث عن القانون الواجب التطبيق عليها بشكل مستقل عن عقد الاطار ([٦١]) ، ويذهب جانب اخر من الفقه الى ان هذه العقود جزء من عقد الاطار وبالتالي فان اركانها مكملة لاركان العقد الرئيسي([٦٢]) ، وعليه فانها محكومة بالقانون ذاته الذي يسري على العقد الرئيسي ، ومن جانبنا نميل الى ترجيح الرأي الاول لسلامة الحجة التي يقوم عليها.

الا ان هناك جانب من الفقه يميز بالنسبة لركن الرضا بين وجود الارادة والتعبير عنها ، فالرضا يجب ان يكون سليما خاليا من العيوب وان يكون صادرا من ذي اهلية ، ويذهب جانب من الفقه الى ان وجود الارادة يتصل بالاهلية وبالتالي فان قاعدة الاسناد التي تحكمها تسري بالنسبة لوجود الارادة اما بالنسبة لاشكال التعبير عنها ومضاهر وجودها وعيوب الرضا فهي تتصل بعملية التعاقد اكثر من اتصالها بفكرة الاهلية([٦٣]) ، الا ان جانب اخر من الفقه يذهب الى اخضاع وجود الارادة والتعبير عنها الى القانون الواجب التطبيق على الاهلية وذلك لان الاحكام المتعلقة بها تهدف الى حماية الشخص في ذاته([٦٤]) .

ومن جانبنا نميل الى ترجيح الرأي الاول وذلك لأن وجود الارادة يتصل بالاهلية اكثر من اتصاله بالعقد بخلاف العيوب التي تشوب الرضا فهي تتصل بالعقد وسلامته وبذلك فأن الاولى خضوعه لقانون العقد ، ويذهب جانب اخر من الفقه الى اعتبار مسألة السكوت في معرض الحاجة متصلة بمن وجه اليه الايجاب وبالتالي يسري عليه القانون الذي يكون فيه مركز اعماله ، او قانون محل اقامته المعتادة([٦٥]).

اما عن ركن المحل في عقد الاطار فأنه يخضع في شروطه لقانون العقد الا اذا تعلق الامر بعقار فيسري عليه قانون موقع العقار ، اما بالنسبة للعقود التي يكون محلها مال منقول فتخضع لقانون موقعه فيما يتعلق بأثر العقد في انشاء حق عيني على ذلك المنقول ، ويذهب جانب من الفقه الى ان العقود التي يكون محلها عملا تخضع لمكان تنفيذها([٦٦]) .

اما بالنسبة لركن السبب فيخضع للقانون الذي يحكم العقد ، وذلك لكونه من ضمن اركان العقد ، وذلك بقدر تعلق الامر بوجوده ومدى مشروعيته ، مع مراعاة الاعتبارات المتعلقة بالنظام العام في بلد القاضي.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على اثار عقد الاطار

السؤال الذي يثور بدءا عند الحديث عن القانون الواجب التطبيق على عقد الاطار يتعلق بنص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي وهو ما المقصود بـ (الالتزامات التعاقدية) حيث ان اثار عقد الاطار هي تكوين وتنفيذ عقود التطبيق المستقبلية فهل معنى ذلك ان قاعدة الاسناد تسري على تلك الاثار فقط ، أي بمعنى تسري على عقود التطبيق والتنفيذ دون تكوين عقد الاطار ام انها تسري على العقد ككل؟ ام ان تلك العقود مستقلة في حد ذاتها ولا تعتبر من اثار العقد وبالتالي لا تسري عليها قاعدة الاسناد الخاصة به؟

هناك اتجاهين في الاجابة على هذا السؤال وعلى النحو الاتي :

الاتجاه الاول : يذهب جانب من الفقه الى وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد في تكوينه وأثاره سواء بسواء ويطلق على القانون الذي يحكم موضوع العقد بوصفه غيرقبل للتجزءة بقانون العقد([٦٧]).

الاتجاه الثاني: يذهب جانب اخر من الفقه الى ان المقصود بها اثار العقد فقط والتقيد بما مذكور بالنص ، وبذلك فهذا الجانب الفقهي يؤيد القول القائل بتجزءة العقد ، حيث ان اثاره تخضع لقانون الارادة وابرامه وانقضاءه تخضع لقوانين اخرى ، وعليه فانه يجب البحث عن القانون الذي يحكمها ، وذلك لأن المشرع لم يحدد قاعدة الاسناد التي تحكمها طبقا للتفسير السابق للمادة (٢٥)

من القانون المدني العراقي والمادة (١٩) من القانون المدني المصري ، وهذا لايمكن القبول به كما اسلفنا وذلك لان العقد هو عملية واحدة غير قابلة للتجزءة ، وان تطبيق قوانين مختلفة على عقد واحد يصطدم بصعوبات جمة هذا من جهة ، ومن جهة اخرى ان نية المشرع عند صياغة عبارة (الالتزامات التعاقدية) لم تتجه الى قصر القانون الواجب التطبيق على اثار العقد فقط ، وهذا ما بينته المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري اذ جاء في ذلك ((ان الالتزامات التعاقدية يسري عليها القانون الذي يقرر المتعاقدان الخضوع لاحكامه صراحة او ضمنا مع مراعاة الاحكام المقررة في المادتين ٤٤-٤٨ وهذا حكم عام يمكن لسلطان الارادة ويضمن وحدة القانون الواجب تطبيقه على العقد ، وهي وحدة لاتكفلها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلائم مع طبيعة كل منها)) ([٦٨]) ، ومما يؤكد هذا المعنى التبويب المعمول به في القانونين المدني العراقي والمصري ، حيث جاء تحت عنوان الالتزامات في القسم الاول مصادر التزام ومنها العقد أي ان المشرع استخدم تعبير الالتزامات التعاقدية على تكوين العقد وانحلاله واثاره . السؤال الذي يطرح بالنسبة لعقد الاطار ، والخصوصية التي يحتويها ، ان اثار هذا العقد تتمثل بتنفيذ وتطبيق العقود المستقبلية ، فهل معنى ذلك اعتبار تلك العقود اثرا له وبالتالي سريان قاعدة الاسناد الخاصة به عليها ام انها مستقلة بتكوينها واثارها وبالتالي تسري عليها قاعدة اسناد مستقلة؟

هناك اكثر من اتجاه فقهي للأجابة على هذا السؤال وعلى النحو الاتي:-

الاتجاه الاول: يذهب جانب من الفقه الى ان تلك العقود مستقلة عن العقد الرئيسي ولا تعتبر اثرا له وبالتالي فان القانون الواجب التطبيق عليها مستقل

تماما عن ذلك القانون الذي يسري على عقد الاطار بحكم ان عناصرها الجوهرية مستقلة العقد الرئيسي([٦٩]).

الاتجاه الثاني : ويذهب جانب اخر من الفقه الى ان تلك العقود تعتبر مكملة لعقد الاطار وما هي في حقيقتها الا اثرا من اثاره ، اذ ان عقد الاطار لا قيمة له ولا يمكن ان يكون دون وجود تلك العقود ، بمعنى اخر ان تلك العقود تعتبر في حد ذاتها عناصر جوهرية لعقد الاطار وبالتالي فان عناصرها الجوهرية تعتبر في ذات الوقت عناصر جوهرية لعقد الاطار ، وعليه فأن ذات القانون الواجب التطبيق على عقد الاطار يحكم اثاره المتمثلة بعقود التطبيق والتنفيذ المستقبلية فعنصر الثمن في القيام بالاعمال اللازمة لبناء مؤسسة ، وعنصر الثمن لاشراء اجهزة مختبرية لها هي عناصرجوهرية للعقد المنظم لتلك العقود اللاحقة عليه ([٧٠]).

ومن جانبنا نرجح الاتجاه الاول حيث ان عقود التطبيق والتنفيذ مستقلة عن عقد الاطار ولا يمكن اعتبارها امتدادا له وذلك لاستقلال عناصرها الجوهرية عن عقد الاطار ، اما القول بانها في ذاتها عناصر جوهرية للعقد الرئيسي فهو قول منتقد فالعقد لا يمكن ان يكون عنصرا جوهريا لعقد اخر باي حال من الاحوال.

والسؤال الذي يطرح اخيرا ما هو القانون الواجب التطبيق على اثار العقد الباطل؟

يذهب جانب من الفقه الى ان مسألة البطلان يطبق عليها القانون الواجب التطبيق على العقد مالم يكن البطلان سببه نقص الاهلية او عيب في الشكل([٧١]) الا هناك جانب اخر من الفقه يذهب الى انها تخضع للقانون المحلي في جميع

الاحوال، وذلك لاعتبار ان التزام التعويض او الرد الناجم عن بطلان العقد ليست التزامات تعاقدية ، وذلك لانعدام العقد اصلا وانما هي من قبيل الالتزامات غير التعاقدية المترتبة على واقعة قانونية ، وبالتالي يسري عليها القانون الذي يحكم الالتزامات غير التعاقدية طبقا للنص الخاص بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية(٧٢) ، ويذهب جانب ثالث الى انه يجب التمييز بين نوعي البطلان (البطلان المطلق والبطلان النسبي) ، كما يميز هذا الجانب الفقهي بالنسبة للبطلان المطلق بين حالتين فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق ، فأذا كان سبب البطلان المطلق تخلف شرط من شروط انعقاده التي يرجع فيها الى قانون القاضي المرفوع امامه النزاع فيطبق عليها هذا القانون ، اما في حالة كون سبب البطلان المطلق هو تخلف شرط يرجع فيه الى قانون اخر فيطبق عليه القانون الذي يحكم الشرط المتخلف في العقد كما اذا كان قانون العقد يقضي بأن محل العقد غير مشروع ، اوان قانون موقع المال يقضي بان المال غير قابل للتعامل فيطبق هذا القانون ، اما بالنسبة لحالة البطلان النسبي فهو لايمنع انعقاد العقد ، وانما هو سبب لانحلال قوته الملزمة ، وعليه يطبق عليه قانون العقد ، الا اذا كان سببه نقص الاهلية فيطبق عليه القانون الواجب التطبيق على الاهلية(٧٣) . ونميل من جانبنا الى ترجيح الاتجاه الثاني حيث ان العقد الباطل هو منعدم غير مرتب لاي اثر وبالتالي فالاولى خضوعه للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقديه .

الخاتمة

في خاتمة هذا البحث توصلنا الى العديد من النتائج والتوصيات وعلى النحو الاتي:-

اولا – النتائج :-

١- ان عقد الاطار هو ذلك العقد الذي يضم الشروط الرئيسية التي تنظم العقود اللاحقة عليه فهو الموجه والمنظم والمراقب لتلك العقود ولا يجوز مخالفة ما منصوص عليه في هذا العقد.

٢- ان عقود التنفيذ والتطبيق اللاحقة لعقد الاطار مستقلة عنه باستثناء شرط عدم مخالفتها للقواعد المنظمة لها في عقد الاطار وهذه الميزة هي التي يتميز بها عقد الاطار عما يشتبه به ، كالوعد بالتفضيل ، والوعد بالتعاقد ، وعقد التفاوض ، والعقد الجزئي .

٣- ان مجال تطبيق عقد الاطار لا ينحصر بنوع واحد او انواع معينة من العقود وانما ميدانه أي عقد ينظم عقود تطبيق وتنفيذ لاحقة عليه ، وتكون مستقلة عن العقد الرئيسي ، ومقيده بما ورد فيه من شروط وقواعد اساسية منظمة لها.

٤- لا يمكن اعتبار عقد الاطار عقد بيع او وعد بالبيع وانما هو التزام على عاتق اطرافه ، ينتج عنه اتفاق بينهم على القيام بعمل تمهيدا لعقود التطبيق والتنفيذ والتي قد توصل الى ابرام العقد النهائي ، فهو التزام بالقيام بعمل او الامتناع عن عمل ، وليس شرطا فيه ان يتضمن العناصر الجوهرية لعقود التطبيق والتنفيذ اللاحقة عليه.

٥- ان اركان عقد الاطار لاتختلف عن سائر العقود ، الا انها مركبة ، بمعنى انه يشترط توافر الرضا والمحل والسبب في عقد الاطار ، وان تتواجد ذات الاركان في عقود التطبيق والتنفيذ ، فلا يغني تواجدها في عقد الاطار عن ضرورتها في عقود التطبيق والتنفيذ اللاحقة ، كما ان المحل

في عقد الاطار ينصب على ابرام عقود التطبيق والتنفيذ اللاحقة ، وبذلك فأن محل عقد الاطار ينصب على شيء غير مادي ، كما ان السبب هو النية في توحيد العقود المستقبلية تحت قواعد العقد الرئيسي.

٦- عقد الاطار كتسمية اوجدها القضاء الفرنسي الا انه كمضمون يوجد في ثنايا قرارات القضاء العراقي ، فكل عقد يتضمن قواعد رئيسية لتنظيم عقود تطبيق وتنفيذ لاحقة تسري عليه القواعد الخاصة بهذا العقد.

٧- لا يختلف عقد الاطار عن سائر العقود الاخرى فيما يتعلق بانقضائه ، فهو اما ينقضي بانقضاء مدته ، عندما يحدد الطرفان لذلك مدة محددة ا وان ينقضي بغير ذلك ، كالفسخ ، او بوفاة احد اطرافه اذا كانت شخصية اطرافه محل اعتبار ، او بفقده الاهلية القانونية او بالانفساخ او بالبطلان طبقا لاحكام القانون وفي الحالات التي يقررها.

ثانيا- التوصيات :- في خاتمة هذا البحث نوصي باضافة فقرة الى المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي تبرز الاستقلالية التي تتمتع بها عقود التطبيق والتنفيذ عن عقد الاطار فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق عليها ، وبعبارة اخرى عدم اعتبار عقود التطبيق والتنفيذ امتدادا لعقد الاطار انما يقتصر دوره على تنظيم هذه العقود هذه العقود ، وبالتالي فانه قد يسري عليها قانون اخر غير ذلك الواجب التطبيق على عقد الاطار وعلى النحو الاتي ((في عقد الاطار تعامل عقود التطبيق والتنفيذ اللاحقه له بشكل مستقل عن العقد الرئيسي فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق)).

المصادر

اولا- الكتب

١- ابراهيم احمد ابراهيم ، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) ، القاهرة ، ١٩٩٧ م.
٢- احمد شرف الدين ، نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، ج٢ ، القاهرة ، ٢٠٠٣ م.
٣- احمد عبد الكريم سلامة ،القانون الدولي الخاص الاماراتي ، ط١ ، جامعة حلوان ن ٢٠٠٢.
٤- انور سلطان ، العقود المسماة – شرح عقدي البيع والمقايضة - ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٠.
٥- بيار ماير – فانسان هوزيه – القانون الدولي الخاص – ترجمة:علي محمود مقلد، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
٦- جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين ، دار النهظة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥.
٧- حامد زكي ، اصول القانون الدولي الخاص المصري ، ط٣ ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، ١٣٦٣هـ - ١٩٤٤م.
٨- خالد ابراهيم التلاحمة ، التشريعات المالية والمصرفية من الوجهتين النظرية والعملية ، ط١ ، دار الاسراء للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن.
٩- رجب كريم عبد الاله ، التفاوض على العقد ، دار النهظة العربية ، مصر ، ٢٠٠٠م
١٠- سعيد جبر ، الوعد بالتفضيل ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣.
١١- سميحة القليوبي ، شرح قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م – العقود التجارية وعمليات البنوك - ، ط٣ ، القاهرة ، ٢٠٠٠م.
١٢- صفوت ناجي بهنساوي ، عقود التوزيع الانتقائي ، دار النهظة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥م.
١٣- عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري ، نظرية الالتزام – مصادر الالتزام – ١٩٨٠.

١٤-عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص المصري (الجزء الثاني) تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين) ، مكتبة النهظة العربية ، القاهرة.
١٥-فؤاد ديب ، تنازع القوانين ، منشورات جامعة حلب ، سورية – حلب ، ١٩٩٢.
١٦-فؤاد عبد المنعم رياض و د.محمد خالد الترجمان ، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الاجنبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ – ٢٠٠٣ م.
١٧- محمد ابراهيم دسوقي ، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرام العقود ، معهد الادارة العامة ، السعودية – الرياض ، ١٩٩٥ م.
١٨- محمد علي مصطفى ، الخصم في قانون التجارة الجديد ، ط٢ ، دار المعرفة ، الجزائر ، ٢٠٠٥.
١٩-محمد كمال فهمي ، اصول القانون الدولي الخاص ، ط٢ ،مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٧٨.
٢٠- محمد محسن النجار ، عقد الامتياز التجارية – دراسة في نقل المعرفة الفنية – دار الجامعة الجديدة للنشر – الاسكندرية ، ٢٠٠١.
٢١- محمد محمد ابو زيد ، المفاوضات في الاطار التعاقدي صورها واحكامها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ م.
٢٢- مصطفى محمد جمال ، السعي الى التعاقد في القانون المقارن ، الطبعة الاولى ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٢م .
٢٣-هشام علي صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت – لبنان .

ثانيا – البحوث والدراسات.

١-جعفر الفضلي ، عقود الاطر المنظمة للبيوع ، مجلة الرافدين للحقوق ، كلية القانون ، العدد ١٢ لسنة ٢٠٠٢م .
٢-منصور مختار رشدي : العقود المركبة والموقف القضائي منها ، بحث منشور على الانترنيت.

ثالثا- الرسائل والاطاريح الجامعية.

١-احمد محمود حمدان الفضلي ، القانون الواجب التطبيق على الزواج واثاره (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه ، جامعة الموصل – كلية الحقوق ، ١٩٩٩م.

٢-زينة حازم خلف ، القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين ((دراسة مقارنة)) ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق – جامعة الموصل – ٢٠٠٦.

٣-يونس صلاح الدين محمد علي ، العقود التمهيدية ، اطروحة دكتوراه ، جامعة الموصل – كلية الحقوق ، ٢٠٠٩ م.

رابعا - القوانين

١-القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٢-القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٣-قانون المعاملات المدنية الاماراتي لعام ١٩٨٥

٤-قانون العلاقات الاجنبية الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١.

٥-قانون المعاملات المدنية السوداني لعام ١٩٨٤

خامسا - المصادر الاجنبية

1- Jackson (E.) :The conflict of laws , London , stevens ,sons , 2nd ed , 2005

2- N.DAVID:les clauses de stabilite dans les contrats petroliers,questions un praticien clunet 1998.

3- P.R Jonne .Applicable law to the contract , London , 2nd ed , 2003.

4- U.E Cross : Question in private international law , Oxford , carendon press , 2009 5-(F): Morris : The conflict of laws , London , sweet (8), 7th , ed , 1999

5-F.S. Manwill . private international law . 2th ed , London ,2001

ثامنا- مواقع الانترنيت

1-http://arabadvocates.4t.com
2-www.werthsout.t4.su.h&b555.

(١١) د. مصطفى محمد جمال ، السعي الى التعاقد في القانون المقارن ، الطبعة الاولى ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٢م ، ص٢٨١.
(٢) د. رجب كريم عبد الاله ، التفاوض على العقد ، دار النهظة العربية ، مصر ، ٢٠٠٠م ، ٤٧٩.
(٣) د. يونس صلاح الدين محمد علي ، العقود التمهيدية ، اطروحة دكتوراه ، جامعة الموصل – كلية الحقوق ، ٢٠٠٩ م ، ص٩٨.
(٤) ينظر د. احمد شرف الدين ، نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، ج٢ ، القاهرة ، ٢٠٠٣ م ، ص٣٨.
(٥) د. محمد ابراهيم دسوقي ، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرام العقود ، معهد الادارة العامة ، السعودية – الرياض ، ١٩٩٥ م ، ص١٠٩.
(٦) ينظر د. يونس صلاح الدين محمد ، المصدر السابق ، ص٧٢.
(٧) أذ تنص المادة (٩١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على انه (١- الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بأبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحا الا اذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ان يبرم فيها ...)
(٨) د. يونس صلاح الدين محمد ، المصدر السابق ، ص٧٢.
(٩) د. محمد محمد ابو زيد ، المفاوضات في الاطار التعاقدي صورها واحكامها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ م ، ص٢٦-٢٧.
(١٠) د. يونس صلاح الدين ، المصدر السابق ، ص١٠١ .
(١١) د. يونس صلاح الدين ، المصدر نفسه ، ص٩٥.
(١٢) د. انور سلطان ، العقود المسماة – شرح عقدي البيع والمقايضة - ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٠ ، ص٨٠.
(١٣) د. سعيد جبر ، الوعد بالتفضيل ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ ، ص٧٥.
(١٤) د. جعفر الفضلي ، عقود الاطر المنظمة للبيوع ، مجلة الرافدين للحقوق ، كلية القانون ، العدد ١٢ لسنة ٢٠٠٢م ، ص٤
(١٥) محمد علي مصطفى ، الخصم في قانون التجارة الجديد ، ط٢ ، دار المعرفة ، الجزائر ، ٢٠٠٥ ، ص٢٩.
(١٦) للتعرف بشكل اكثر على هذا العقد ينظر : محمد محسن النجار ، عقد الامتياز التجارية – دراسة في نقل المعرفة الفنية – دار الجامعة الجديدة للنشر – الاسكندرية ، ٢٠٠١.
(١٧) د. صفوت ناجي بهنساوي ، عقود التوزيع الانتقائي ، دار النهظة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥م ، ص٧ - ٨ .
(١٨) د. جعفر الفضلي ، المصدر السابق ، ص٤-٥.
(١٩) ينظر سميحة القليوبي ، شرح قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م – العقود التجارية وعمليات البنوك - ، ط٣ ، القاهرة ، ٢٠٠٠م ، ص٢٥٧.

(٢٠) لمحات فنية حول العقد المدني غير المعروف او غير النمطي او غير المسمى ، بحث منشور على الموقع الالكتروني الاتي:
http://arabadvocates.4t.com تاريخ الزيارة ٢٠١١/١١/١٣
(٢١) د. جعفر الفضلي ، المصدر السابق ، ص١٧.
(٢٢) نقلا عن : د. يونس صلاح الدين محمد ، المصدر السابق ، ص١٠٠.
(٢٣) حول التعريف بهذه الاركان وسلامتها من العيوب ينظر : د.عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري ، نظرية الالتزام – مصادر الالتزام – ١٩٨٠ ، ص٣١ وما بعدها.
(٢٤) رجب كريم عبد الاله ، المصدر السابق ، ص٤٨٣.
(٢٥) ينظر د. مصطفى محمد جمال ، المصدر السابق ، ص٢٩٣ وما بعدها.
(٢٦) ينظر المواد ١٢٧- ١٢٨- ١٢٩- ١٣٠ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
(٢٧) ينظر د.رجب كريم عبدالاله ، المصدر السابق ، ص٤٨٤.
(٢٨) نقلا عن د. جعفر الفضلي ، المصدر السابق ، ص١٠-١١.
(٢٩) اذ تنص المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي ((١- يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانونا او مخالف للنظام العام والاداب..))
(٣٠) ينظر د. مصطفى محمد جمال ، المصدر السابق ، ص٩٣ وما بعدها.
(٣١) ينظر لمحات حول العقد المدني غير المعروف ، موقع الانترنيت السابق.
(٣٢) ينظر : منصور مختار رشدي : العقود المركبة والموقف القضائي منها ، بحث منشور على الانترنيت على الموقع الاتي:
www.werthsout.t4.su.h&b555
(٣٣) اذ جاء نص القرار على انه ((ادعى المدعي انه سبق وان قام بتجهيز مواد والقيام باعمال ميكانيكية متعددة لشركة المدعى عليه بمبلغ مقداره ثمانية وسبعون مليون واربعمائة وستون الف دينار وبموجب القوائم المنوه عنها في عريضة الدعوى ، وبما ان المدعى عليه ممتنع عن سداد المبلغ على الرغم من انذاره بالانذار المرقم ٣٣٥٤ في ٢٩/ ٧/ ٢٠٠٧ بواسطة كاتب عدل الموصل ، لذا طلب الحكم بالزام المدعى عليه باداء المبلغ المذكور وتحميله المصاريف .....ان المدعي ادعى تعاقده شفاها مع مدير مصنع نينوى التابع لشركة المدعى عليه ، وبما ان التصرف الذي ادعاه المدعي لم يكن المدعى عليه طرفا فيه ، ولم يكن هذا التصرف صادرا عنه لذا فلا يجوز تحليف المدعى عليه اليمين الحاسمة ولما تبين ان استحقاق المدعي بتقديره المؤرخ ٢٠٠٨/١١/٣ المتضمن احتساب صافي استحقاق المدعي والبالغ مقداره سبعة عشر مليون وسبعمائة وخمسة واربعون الف دينار ، وبما ان تقدير التجهيز جاء معللا ويصح اعتماده سببا للحكم ، لذا حكمت المحكمة بـ:-
١- الزام المدعى عليه اضافة لوظيفته بتأديته للمدعي مبلغا مقداره سبعة عشر مليون وسبعمائة وخمسة واربعون الف دينار ، عن استحقاق المدعي جراء تجهيزه المواد وقيامه بالاعمال الميكانيكية المذكورة انفا.....)) قرار رقم ٢٠٠٧/٤٢٨٣ بتاريخ ٢٠٠٨/١٢/٣١ صادر عن محكمة استئناف نينوى .(غير منشور).
(٣٤) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري ، المصدر السابق ، ص١٧٣.
(٣٥) نقلا عن د. جعفر الفضلي ، المصدر السابق ، ص١٣.
(٣٦) د. جعفر الفضلي ، المصدر نفسه ، ص١٤.
(٣٧) ينظر : منصور مختار رشيدي ، المصدر السابق ، ص١٩.

(٣٨) خالد ابراهيم التلاحمة ، التشريعات المالية والمصرفية من الوجهتين النظرية والعملية ، ط١ ، دار الاسراء للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن ، ص١٢٦.

(٣٩) خالد ابراهيم التلاحمة ، المصدر السابق ، ص١٢٦.

(٤٠) ينظر نص المادة (١٣٧) والمواد التي تليها من القانون المدني العراقي.

(٤١) للبحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد يجب ان يكون العقد دوليا ، واختلف الفقه في معيار العقد الدولي حيث ذهب جانب من الفقه الى الاخذ بالمعيار الاقتصادي وفيه يكون العقد دوليا كل عقد يستتبع حركة مد وجزر للبضائع ورؤوس الاموال عبر حدود دولتين او اكثر ، وذهب جانب اخر الى الاخذ بالمعيار القانوني وبمقتضاه يعتبر دوليا كل عقد اشتمل على عنصر اجنبي سواء اتصل هذا العنصر بالاعمال المتعلقة بابرامه اوتنفيذه او بجنسية اطرافه وهو الاتجاه الراجح واخذ به المشرع العراقي في المادة ٢٥ من القانون المدني . ينظر في هذا الخلاف والترجيح وموقف القوانين والاتفاقيات الدولية منه : زينة حازم خلف ، القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين ((دراسة مقارنة)) ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق – جامعة الموصل – ٢٠٠٦ ، ص٣٩-٥٩.

(٤٢) اذ تنص المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي على انه ((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 او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه)) وذات النص تضمنته اغلب القوانين العربية منها قانون المعاملات المدنية الاماراتي لعام ١٩٨٥ في المادة ١/١٩ والقانون المدني السوري في المادة ١/٢٠ وقانون العلاقات الاجنبية الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ في المادة (٥٩) وقانون المعاملات المدنية السوداني لعام ١٩٨٤ في المادة ١٣/١١ منه .

(٤٣) وذهبت بعض القوانين الى ابعد من ذلك حيث اجازت للأفراد تعديل اتفاقهم على تطبيق قانون معين باتفاق لاحق عليه حيث نص القانون المدني الالماني لعام ١٩٨٦ في المادة (٢/٢٧) على انه ((يجوز للأطراف ، في اي وقت ، الاتفاق على اخضاع العقد لقانون غير ذلك الذي كان يحكمه سابقا.....)) كما نص القانون الدولي الخاص السويسري على ذلك في المادة (٣/١١٦) منه واتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية فيما بين دول السوق الاوربية المشتركة في المادة (٢/٣)نقلا عن احمد عبد الكريم سلامة ،القانون الدولي الخاص الاماراتي ، ط١ ، جامعة حلوان ن ٢٠٠٢ ، ص٣٧٧.

(٤٤) Jackson (E.) :The conflict of laws , London , stevens ,sons , 2nd ed , 2005 . p.344-345

(٤٥) Jackson (E.) : op .cit .p.345

(٤٦) وهذا ما نصت عليه اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ في المادة ١/٣ على انه يسري على العقد القانون الذي اختاره الاطراف وبمقتضى هذا الاختيار يستطيع الاطراف تعيين القانون واجب التطبيق على كل او جزء من عقدهم وعند انعدام اختيار المتعاقدين لقانون العقد فيسري على العقد قانون الدولة التي يرتبط بها باكثر الروابط وثوقا ، ومع ذلك اذا كان جزء من العقد قابلا للأنفصال عن باقي العقد ، ويرتبط بوثوق ببلد اخر ، ويجوزبصفة استثنائية تطبيق قانون ذلك البلد على هذا الجزء من العقد)) ينظر :

(٤٧) N.DAVID:les clauses de stabilite dans les contrats petroliers,questions un praticien clunet 1998 p.77 etss

(٤٨) P.R Jonne .Applicable law to the contract , London , 2nd ed , 2003 , p. 215

(٤٩) ينظر: بيار ماير – فانسان هوزيه – القانون الدولي الخاص – ترجمة:علي محمود مقلد، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م ، ص٢٣٤-٢٣٥.

(٥٠) فهناك خلاف فقهي بصدد القانون الواجب التطبيق حيث ذهب جانب من الفقه الى تطبيق قانون الدولة التي تم ابرام العقد فيها تطبيقا لمبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة او لمبدأ استقرار النظم القانونية ، وذهب جانب ثاني من الفقه الى تطبيق القانون الجديد تطبيقا فوريا . ينظر في هذا الخلاف د. احمد محمود حمدان الفضلي ، القانون الواجب التطبيق على الزواج واثاره (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه ، جامعة الموصل – كلية الحقوق ، ١٩٩٩م ، ص٥٣-٥٥.

(٥١) U.E Cross : Question in private international law , Oxford , carendon press , 2009 . p. 150-151.

(٥٢) ينظر : د. هشام علي صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت – لبنان ، ص٢٦٢-٢٦٣.

(٥٣) ينظر : د. فؤاد ديب ، تنازع القوانين ، منشورات جامعة حلب ، سورية – حلب ، ١٩٩٢ ، ص٣٢٠.د. عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص المصري (الجزء الثاني) تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين) ، مكتبة النهظة العربية ، القاهرة ، ص٣٣٩ وص٣٤٧.

(٥٤) د. فؤاد عبد المنعم رياض و د.محمد خالد الترجمان ، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الاجنبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ – ٢٠٠٣ م ، ص٤٣٧.

(٥٥) Cass.civ.20.fevrier 2002 affaire MIHAESCO:S – 2002 – 1- 24 نقلا عن:
(F): Morris : The conflict of laws , London , sweet (8), 7th , ed , 1999 , p. 120.

(٥٦) ينظر : د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. محمد خالد الترجمان ، المصدر السابق ، ص٤٣٨.

(٥٧) ينظر فؤاد ديب ، المصدر السابق ، ص٣٢٢.

(٥٨) د. ابراهيم احمد ابراهيم ، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) ، القاهرة ، ١٩٩٧ م ، ص٣٥١.

(٥٩) F.M. Morris , op . cit . p.125 P.R Jonne.op.cit .p.2

(٦٠) 25

(٦١) F.S. Manwill . private international law . 2th ed , London ,2001 .p .203.

(٦٢) Jackson (E.).op.cit.345

(٦٣) ينظر: د. فؤاد ديب ، المصدر السابق ، ص٣٢٧.

(٦٤) ينظر: د. جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين ، دار النهظة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص٥١٣.

(٦٥) ينظر: د. عز الدين عبدالله ، المصدر السابق ، ص٣٥٥-٣٥٦.

(٦٦) ينظر : فؤاد ديب ، المصدر السابق ، ص٣٢٧ ، د. حامد زكي ، اصول القانون الدولي الخاص المصري ، ط٣ ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، ١٣٦٣هـ - ١٩٤٤م ، ص١٩٠.

(٦٧) ينظر: د. محمد كمال فهمي ، المصدر السابق ، ص٥٨٣.

(٦٨) ينظر :الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء الاول ، ص٣٨٧.

(٦٩) P.R Jonne.op.cit .p.225.

P.R Jonne.op.cit .p.232.

(٧٠)

(٧١) ينظر :د. محمد كمال فهمي ، اصول القانون الدولي الخاص ، ط٢ ،مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٧٨ ، ص٥٨٧.

(٧٢) نص المادة ٢٧ من القانون المدني العراقي والمادة ١/٢١ من القانون المدني المصري . ينظر في ذلك :د. حامد زكي ، السابق ص٣٥٩-٣٦٠ هامش٤.

(٧٣) ينظر :د محمد كمال فهمي ، المصدر السابق ، ٥٨٧-٥٨٨.