تنازع الاختصاص التشريعي في عقود التجارة الدولية وفقا للقانون العراقي والنظم القانونية الأخرى
دراسة تحليلية مقارنة

م.د. علاء حسين علي شبع

نبذة عن الباحث :
تدريسي في كلية الاداب – جامعة الكوفة

Abstract:

This paper discusses the contentious jurisdiction in the contracts of the international trade according to the Iraqi Law and other laws. This study is a comparative analytical one to determine the procedure of solving the struggle between the laws of countries which connected by certain connection in international trade contracts that make each law of each country tries to be dominant and applied in the case of any problem concerning these international trade contracts.

Each country tries to dominate its juristic devices on the trade contracts by using the rules and in its national law which depend on the explicit and implicit restrictions, instructions and regulations, these rules and regulations determine which rules are original

and which ones are influenced by a foreign jurisdictions that gives the chance to some trade contractors to escape from the legal control of that country. Sometimes the application of such influenced rules make the contractors lose a lot, but if they follow the laws of their country, they will never lose anything, the rules which are selected by all the contracted countries will make no loss or defeat to any member of the contractors.

According to the supporting base of contracts in the act (25) in the civil Iraqi Law, the contractors are free to choose the appropriate law of the international Trade La. This selection may be explicit or implicit that court can conclude clear choice of the law; the court will apply the law of that country in which the contract is conducted. The choice of an act depends on the shared rules of the law, for example the act(19) of the Egyptian law is the same as act (25) of the Iraqi civil law, other examples are that the treaty of Rome is applicable according to the laws of France and England and this treaty gives the ability to choose any rules these countries in the international trade , whether the selection is explicit or implicit, if there is no clear selection, the court will apply the country's nearest law of in the international trade contract, for instance, the contentious juristic rules in USA are free to choose but they should be under the regulations of that treaty as Hague treaty in 1955 and Rome treaty in 1980.

Because of the recent development o the international trade such as the electronic contracts and internet communications, determining which rules or rules are applicable in the international trade is so difficult, so they remain as they are, following the traditional rules with certain difficulties such as determining the place in which the contract is conducted in order to specify the law of the country, so we will need a supporting evidence depends on the Iraqi and Egyptian jurisdictions according to Hague and Rome treaties

الملخص

يتلخص مضمون البحث الموسوم " تنازع الاختصاص التشريعي في عقود التجارة الدولية وفقا للقانون العراقي والنظم القانونية الأخرى" -دراسة تحليلية مقارنة- في تحديد الية فض التزاحم بين قوانين الدول التي ترتبط بصلات معينة بأحد العقود التجارية الدولية مما يجعل قانون كل منها يحاول ان يفرض تطبيقه على المنازعات التي تثور بصددها تحت المسمى القانون الواجب التطبيق على عقود التجارية الدولية .

وسبيل كل دولة في فرض ادواتها التشريعية على عقود التجارة الدولة هو اعمال قواعد اسنادها الموجودة في قانونها الوطني والتي تعتمد على مجموعة منها الضوابط الصريحة والضمنية ومنها الشخصية والموضوعية في تحديد اكثر القوانين صلة وقربا – بحسب وجهة نظرها – على الرابطة التعاقدية التي يشوبها عنصر اجنبي مما قد يفلتها من سلطان القواعد الموضوعية ويحررها من التطبيق المباشر الصارم لنصوص القوانين الوطنية .التي قد يترتب على اعمالها في مجال عقود التجارة الدولية ان يلحق احد اطرافها او حتى جميعهم خسائر كبيرة ما كانت لتصيبهم لو تم تطبيق القانون الانسب الذي توافقت عليه ارادتهم بشكل صريح او ضمني او ان خصوصية ظروف التعاقد التجاري الدولي قد اوجدت معطيات قانونية واقتصادية تجعل من قانون احدى الدول المتنازعة القوانين هو القانون الواجب التطبيق دون غيره .

فبموجب قاعدة إسناد العقود الواردة في المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، فان للأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، وهذا الاختيار قد يكون صريحا أو ضمنيا تستنتجه المحكمة من الظروف المحيطة بعملية التعاقد، وفي حالة عدم وجود اختيار صريح أو ضمني تطبق المحكمة قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا وإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي ابرم فيها العقد.

وحرية الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم عقود التجارة الدولية ، أخذت بها القوانين المقارنة، فالمادة (١٩) من القانون المدني المصري لا تختلف عن المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، ونصوص اتفاقية روما للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية نافذة في كل من فرنسا وإنكلترا، وتعطي هذه الاتفاقية الحرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، ويكون الاختيار أيضا أما بصورة صريحة أو بصورة ضمنية على أن يكون الاختيار الضمني مؤكدا (م١/٣). وفي حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني المؤكد تطبق المحكمة قانون الدولة الأوثق صلة بعقود التجارة الدولية وتتحقق الصلة الوثيقة هذه مع قانون الدولة التي يوجد الموطن المشترك للمتعاقدين او محل اقامتهما وقت إبرام العقد، كما تبنت مجموعة قواعد

تنازع القوانين الثانية في الولايات المتحدة الأمريكية حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، ولكن حرية الإرادة هذه تتقيد بالقواعد الآمرة التي وردت في المعاهدات التي تناولت بالتنظيم عقود التجارة الدولية ، وهي كل من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥،واتفاقية روما لعام ١٩٨٠.

ونتيجة للتطورات الحديثة في مجالات التعامل التجاري الدولي التي تمثلت بدخول أساليب الاتصالات الحديثة وظهور عقود التجارة الإلكترونية وللاستخدام المتزايد لهذه التعاقدات ولحداثة هذا الاستخدام فقد غابت الحلول الخاصة لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، فبقيت ضمن نطاق قواعد الإسناد المنطبقة على عقود التجارة الدولية التقليدية مع وجود بعض الصعوبات التي تتعلق بمشكلة تحديد مكان إبرام العقد لتحديد القانون الواجب التطبيق خصوصا في قواعد الإسناد التي تعتمد على مكان الإبرام ضابطاً للإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق، وضابط الإسناد هذا يعتمده المشرع العراقي والمصري كما اعتمدته اتفاقيتا لاهاي روما عند غياب اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود نقل البضائع بشكل عام والتي تندرج تحتها عقود التجارة الدولية.

المقدمة:

أصبح من الواضح إن التجارة الدولية تحتل مركز الصدارة في العلاقات الدولية الحديثة ، وإنها المحور الرئيس الذي تدور حوله هذه العلاقات ،إذ تعد عقود التجارة الدولية حصيلة لتوسع عمليات التبادل الاقتصادي في المجتمع البشري التي نتجت عن اتساع رقعة التبادل الاقتصادي الجغرافية ،بحيث لم تعد السوق مغلقة أو قائمة على منطقة جغرافية واحدة تضم مجتمعا وتكوينا سياسيا واحدا ، بل اتسعت لتتم المبادلات السلعية والخدماتية فيها بين أقاليم ذات مقومات اجتماعية وسياسية واقتصادية مختلفة، الأمر الذي أدى إلى تعدد وتشابك العديد من العلاقات القانونية التي تثير مشكل قانونية وعملية لم تكن مطروحة سابقا على الساحة الدولية ،نظرا لاحتواء هذه العلاقات العديد من الجوانب المتداخلة .

وقد زادت أهمية التجارة الدولية ، وتعقدت مشاكلها ، بحيث أصبح الاهتمام بمحاولة البحث عن حلول لمشاكلها القانونية يشغل بال الباحثين والمشرعين في مختلف الدول سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي .

ويعد تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، من الموضوعات المهمة التي تثير مشاكل قانونية معقدة في مجال التجارة الدولية، ذلك أن هذا التحديد يبين أياً من هذه القوانين المتنازعة سوف يخضع له العقد التجاري الدولي، وإذا كانت قواعد الإسناد الخاصة بالعقود توضع عادة بشكل عام لكل العقود دون تخصيص، فان

من الأهمية دراسة هذه القاعدة على نوع معين من أنواع العقود، لبيان مدى ملائمة هذه القاعدة لهذا الضرب من العقود.

إذ يضع المشرع عادة في كل دولة قواعد إسناد خاصة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات التي تتضمن عنصرا أجنبيا، حيث أن وجود العنصر الأجنبي سوف يثير تنازعا بين قوانين عدة، فيكون من الأهمية معرفة أي من هذه القوانين هو الواجب التطبيق على العلاقة؟

وقاعدة الإسناد هذه تقتصر على الإشارة لنظام قانوني معين عن طريق ضوابط تستمد من معطيات العلاقة ذاتها[١] وتشتمل قاعدة الإسناد على ثلاثة عناصر هي: الفكرة المسندة، وضابط الإسناد، والنظام القانوني المختص (المسند إليه) أي القانون الواجب التطبيق، فالمراكز القانونية متعددة ومن الصعوبة وضع قاعدة إسناد خاصة لكل مركز قانوني منها، لذلك يلجأ المشرع الوطني إلى تقسيم المراكز القانونية إلى مجموعات أو طوائف، ويضع المشرع قاعدة إسناد خاصة لكل مجموعة متقاربة أو طائفة متشابهة منها تدور حول محور واحد أي فكرة واحدة تسمى الفكرة المسندة[٢]فالمراكز القانونية التي تندرج تحت الالتزامات التعاقدية هي فكرة مسندة يضع لها المشرع قاعدة إسناد خاصة بها.

أما العنصر الثاني الذي تشتمل عليه قاعدة الإسناد، فهو ضابط الإسناد، وهو المعيار الذي يختاره المشرع الوطني للإرشاد إلى القانون الواجب التطبيق، فهو الذي يربط الفكرة المسندة بالقانون الواجب التطبيق مثل ضابط الإسناد المتعلق بجنسية الطرفين أو موطنهما المشترك[٣]، أو محل إبرام العقد أو تنفيذه وغيرها من ضوابط الإسناد.

إما العنصر الثالث لقاعدة الإسناد فهو القانون المسند إليه، أي قانون دولة أجنبية يكون قابلا للتطبيق على العلاقة محل النزاع ،[٤]فيضع المشرع في كل دولة قاعدة إسناد لكل فكرة مسندة تحوي مجموعة من ضوابط الإسناد تشير إلى القانون الواجب التطبيق، وهذا ما فعله المشرع العراقي في المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وهو أيضا ما فعله المشرع المصري في المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري، وكذلك القوانين المقارنة الأخرى في هذه الدراسة كالقانون الفرنسي والإنكليزي حيث دخلت اتفاقية روما حيز التنفيذ فيهما منذ الأول من نيسان عام ١٩٩١، وهي تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وسنحاول أن نبين كذلك موقف القانون الأمريكي بهذا الخصوص. وعليه سنقسم دراسة هذا البحث إلى مبحثين ، نخصص الأول للقانون العراقي والثاني للقانون المقارن.

المبحث الأول

القانون الذي يحكم عقود التجارة الدولية في النظام القانوني العراقي

سبق القول أن عقود التجارة الدولية تتضمن التزامات تعاقدية بين طرفيها المتعاقدين، وهي تندرج تحت قاعدة إسناد العقود الواردة في المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، التي

تنص على أن : (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا، يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه).
والواضح من هذا النص انه وضع ضابطين أصليين للإسناد، هما الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق نتناولهما في الفرع الأول من هذا المبحث، كما وضع ضابطين احتياطيين للإسناد تتمثلان في قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا وان اختلفا يسرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، نعرج عليهما في فرع ثانٍ، كما أن هناك ضوابط إسناد يمكن أن تدرج تحت الإرادة الضمنية للأطراف نتناولها في فرع ثالث وعلى النحو التالي:

المطلب الأول :ضابطا الإسناد الأصليان

ان هذين الضابطين يتمثلان في الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية بصفة عامة وعقود التجارة الدولية بصفة خاصة ، وفي حالة عدم وجود الاختيار الصريح يلجا القاضي إلى البحث عن إرادة الأطراف الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق من خلال شروط التعاقد والظروف المحيطة بالعملية التعاقدية كافة، وللإحاطة بالموضوع نقسم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الاختيار الصريح

تعد قاعدة خضوع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة من أهم وأقدم قواعد القانون الدولي الخاص التي أرستها قواعد تنازع القوانين في جل الأنظمة القانونية ، بما لا يخالف القواعد العامة لنظرية العقد .وإعمال التشريعات لهذا المبدأ يعني إنها لم تقم وزنا لسهام النقد التي وجهت إلى مبدأ قانون الإرادة.
ولهذه القاعدة – قانون الإرادة – أهمية بالغة ، فهي تمثل عصب المبادلات الدولية ،ولها تطبيقات واسعة في مجال التجارة الدولية خصوصا بعد تغير النظرة إليها، ومن الاعتداد بها كغاية في حد ذاتها إلى اعتبارها وسيلة يستخدمها القانون كاس لالتزام بالعقود استجابة لضرورات التعامل واستقرار المعاملات، والإرادة هي التي تولد الحق وهي التي تحدد آثاره.
على الرغم من إن المشرع العراقي لم يحدد معياراً للعقد الدولي، واكتفى بإيراد نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي التي تطبق على الالتزامات التعاقدية التي تتضمن عنصرا أجنبيا، والذي يفهم من هذه المادة أنها اعتمدت المعيار القانوني في تحديد العقد الدولي، أي عندما يتخلل العلاقة عنصرٌ أجنبيٌ، سواء في تكوينها أم في آثارها، أي أن هذا العنصر قد يكون مستمدا من شخص المتعاقدين أو من مكان الإبرام أو من تنفيذ العقد أو من موضوعه[٥] . لذلك فان الأمر يكون رهنا بمشيئة القضاء العراقي فهو الذي يحدد

المقصود بالعقد الدولي، لبيان ما إذا كان العقد دوليا من عدمه، وعلى ضوء هذا التحديد يتم اللجوء إلى المادة (٢٥) من القانون المدني وهذه المسالة هي مسالة تكييف تخضع لقانون القاضي.

إن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية يأتي في المقام الأول، بموجب نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، بان يتفق الأطراف على اختيار القانون الفرنسي أو القانون الإنكليزي أو الأمريكي أو العراقي ليحكم عقود التجارة الدولية الدولية.

هذه الطريقة في تحديد القانون الواجب التطبيق طريقة واضحة وسهلة لا تثير لبسا، وليس هناك أدنى مشكلة فالأطراف اختاروا قانونا معينا ليحكم العلاقة بينهم ويطبق القاضي هذا القانون[٦].ويظهر ذلك في بعض القوانين على الصعيد الدولي كالقانون الإنكليزي [٧].واختيار المتعاقدين الصريح في الدلالة على القانون الواجب التطبيق لا يثير مشكلة .[٨]لان القانون الذي يحكم العقد يمكن الكشف عنه ومعرفته بسهولة[٩].

ومع ذلك فان لأقضية القضاء العراقي الكلمة الأخيرة في الاعتراف بالقانون المختار لحكم عقود التجارة الدولية ، وهي تملك السلطة التقديرية في تطبيق القانون المختار، فهي لا تطبق هذا القانون إذا تراءى لها أن اختياره يخل بتوازن الالتزامات لأطرف العقد.

الفرع الثاني : الاختيار الضمني

تظهر المشكلة بشكل اكثر جلاءا في تحديد القانون الواجب التطبيق عندما يتم هذا التحديد طبقا لإرادة الأطراف الضمنية، ويتم عادة الاستدلال على هذه الإرادة من خلال ظروف عملية التعاقد وبيان ما إذا كانت الظروف المحيطة بعملية التعاقد تشكل قرائن يمكن الاعتماد عليها للكشف عن إرادة المتعاقدين الضمنية، ويتمتع القضاء العراقي بسلطة واسعة في الاعتماد على القرائن للكشف عما توجهت إليه الإرادة ، [١٠] ويستخلص القاضي الإرادة الضمنية من ظروف الحال، وتقصيه للإرادة الضمنية لا يخضع فيها لرقابة محكمة التمييز لأنها مسالة تتعلق بتفسير العقد. [١١] ويمكن الاستدلال على الإرادة الضمنية من خلال إخضاع العقد لاختصاص محاكم دولة معينة، ومن خلال إشارة المتعاقدين لنصوص قانون معين[١٢] . أو استخدام المصطلحات المقررة في هذا القانون قد يستفاد منه اتجاه إرادتهم لاختيار هذا القانون على العقد، وكذلك اللغة التي حرر فيها العقد قد يستشف منها اتجاه الإرادة لقانون تلك الدولة وسنجد أن الكثير من المحاكم تستدل على الإرادة الضمنية للأطراف من خلال شرط الاختصاص القضائي وشرط التحكيم.

ونتفق مع من يذهب إلى أن القضاء عليه دراسة ظروف العقد كافة وعدم الاقتصار على عنصر دون آخر ثم الترجيح بين هذه العناصر للوصول إلى أكثرها أهمية في نظر المتعاقدين، سيما لو أمكن الجمع بين أكثر من عنصر للتأكد من قصد المتعاقدين[١٣] . ويمتلك القضاء صلاحية واسعة لكونه يقوم بدور إسناد العلاقة إلى قانون معين لم

يعلن الأطراف عن نيتهم الصريحة في اختياره بل يستدل على هذه النية عن طريق القرائن والأدلة الأخرى[١٤].

ولم يأخذ المشرع العراقي بالإرادة المفترضة من صراحة نص المادة (٢٥) من القانون المدني وهو أمر محمود، لان العمل القضائي يعتمد على الأدلة الثابتة والقرائن المعززة وغيرها وصولا إلى الحكم العادل في حل النزاع، وهو لا يتحقق من خلال الاعتماد على معيار النية المفترضة التي تقوم على مجرد الافتراض والتصور، فلا يمكن للقاضي أن يحل إرادته محل إرادة المتعاقدين[١٥].

المطلب الثاني :ضابطا الإسناد الاحتياطيان

عند عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، فان المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي نصت على ضابطين احتياطيين للإسناد يستطيع القاضي من خلالهما تطبيق القانون الأجنبي، وهذان الضابطان جاءا على الترتيب، وهما الموطن المشترك للمتعاقدين، وفي حالة عدم وجود موطن مشترك يطبق القاضي قانون مكان الابرام. وسنتناول هذا المطلب في فرعين: الأول للموطن المشترك والثاني لمحل الابرام.

الفرع الأول: قانون الموطن المشترك للمتعاقدين

للموطن أهمية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، فيعطى الاختصاص لقانون الموطن باعتباره قانون البلد الذي توطن فيه فعلا أو اعتبر انه متوطن فيه حتى لو لم يقم فيه فعلا [١٦]. لذلك اخذ القانون العراقي بنظر الاعتبار الموطن المشترك للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، ويرجع القاضي في تحديد الموطن المشترك إلى الوقت الذي تم فيه إبرام العقد، وليس إلى وقت تنفيذه أو وقت المنازعة فيه [١٧].

ويبرر الفقه الخضوع إلى قانون الموطن بأنه اسبق في الظهور من قانون الجنسية، وان التجارب العملية أثبتت انه اكثر صلاحية واكثر استجابة لحاجات الأطراف، كما إن الموطن يعد مركز مصالح الشخص ومركزه القانوني والمكان الذي يباشر فيه حقوقه ودعواه، فمن المنطقي والطبيعي أن يخضع هذا الشخص لقانون البلد الذي توطن فيه كما إن هناك حجة عملية هي أن قانون الموطن يوفر مزايا عملية كثيرة منها انه يسهل على قضاة المكان تطبيق قانون الموطن بدلا من قانون الجنسية الذين قد يخطئون في فهمه وتفسيره، وكذلك سهولة تعرف الغير على قانون الموطن [١٨]. كما أن قانون الموطن قانون معلوم للأطراف أي يتوافر لهما الإلمام الكافي بأحكامه اكثر من أي قانون آخر [١٩]. وان توطن الأطراف في إقليم دولة معينة حتى لو لم يحملوا جنسيتها دليل على وجود مصالحهم فيها ومن ثم فانه من المناسب خضوعهم لقانون هذه الدولة [٢٠]. كما يذهب رأي إلى أن السبب الذي دعا المشرع العراقي إلى إيراد الموطن المشترك للمتعاقدين في الالتزامات التعاقدية هو ضرورات إبرام العقد، فاتحاد القبول بالإيجاب اللازم لتكوين مجلس العقد، يستتبع التحقق من اتحاد المتعاقدين في الموطن كشرط لازم لوحدة

مجلس العقد، وأنزلهما على حكم قانون الدولة التي تم فيها العقد عند الاختلاف في الموطن، وهو الأمر الذي يصبح معه حل التنازع على القانون الواجب التطبيق أمرا ممكنا، مما يجعل معه الركون إلى ضابط الجنسية أمرا عسيرا في غالبية الفروض إذ أن من النادر في العقود الدولية تحقق وحدة جنسية أطراف العلاقة [٢١].

على أن الاعتماد على الموطن المشترك للمتعاقدين ضابطاً للإسناد في مجال العقود الدولية لم يخل من النقد، فالاعتماد عليه قد يؤدي إلى عدم الوصول إلى القانون الواجب التطبيق كما لو لم يكن للمتعاقدين موطن مشترك، وغالبية عقود التجارة الدولية يختلف فيها الموطن المشترك [٢٢].

كما إن تبرير فكرة الموطن المشترك وكونها تؤدي إلى معرفة بالقانون، أمر مردود ذلك إن الجهل بأحكام القانون الأجنبي لا يعني بحد ذاته الإلمام بقانون الموطن، فقد يكون قانون محل الإبرام أو مكان التنفيذ معلوما للأطراف على نحو مماثل [٢٣] ،لذلك تضعف أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على أساس الموطن المشترك في القانون العراقي، ذلك أن الاعتماد على الموطن كضابط للإسناد يعد أمرا "ناشزا" في القانون العراقي حسب تعبير أحد الشراح، لاعتماد القانون العراقي على ظرف الجنسية كمعيار ثابت في تحديد القانون الواجب التطبيق في اغلب التصرفات القانونية، كما أن قانون الموطن قد يتعارض مع المصالح الوطنية لدولة المحكمة التي تنظر النزاع أو لأطراف العقد الدولي لانعدام الرابطة بين الموطن والعقد أو انعدام العلاقة المباشرة مع تنفيذ العقد[٢٤] .كما إن سهولة تغيير الموطن الدولي يثير صعوبة في تحديده وإثباته، وينعكس ذلك على تحديد القانون المختار على أساس الموطن المشترك، لذلك فان قانون الموطن المشترك قد لا يمثل الواقع في كثير من الأحيان [٢٥]. وعليه نتفق مع الآراء التي تذهب إلى ضرورة إعادة النظر في نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، وإصدار تشريعات تتلاءم مع تطورات التجارة الدولية [٢٦].

ومهما قيل بخصوص الموطن المشترك للمتعاقدين فهو ضابط إسناد اعتمده المشرع العراقي، كونه من ضوابط الإسناد الاحتياطية عند عدم وجود الإرادة الصريحة أو الضمنية.

الفرع الثاني : قانون محل الإبرام

ان قاعدة قانون محل الإبرام هي قاعدة قديمة ترجع إلى نشأة نظرية الأحوال استنادا الى أن الأطراف قد ارتضوا ضمنا بتطبيق هذا القانون [٢٧]، والذي يفهم من خضوع العقد لقانون محل ابرامه في هذا المجال ، هو المعنى الواسع الذي ينصرف الى أن العقد يخضع لقانون محل إبرامه بالكامل، بمعنى اخر ان الخضوع لهذا القانون يشمل شكل العقد وموضوعه، ثم استقرت هذه القاعدة بعد تطورها على شكل العقد دون موضوعه، اذ بقي هذا المجال الاخير خضعا لقانون الإرادة لوحده فقط.

وقد قيل في تبرير الأخذ بقانون محل الإبرام، انه إسناد يعبر عن الصلة القوية التي تربط العقد بمحل ميلاده الأول، كما أن قانون دولة الإبرام هو القانون الذي يسهل على

المتعاقدين الرجوع إليه للتأكد من السلامة القانونية للشروط التي يزمعون إدراجها في العقد، فضلا عن أن مثل هذا الإسناد يكفل وحدة القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية، وعلى خلاف الإسناد إلى قانون مكان التنفيذ الذي قد يتعدد بتعدد أماكن التنفيذ [٢٨].

على أن قانون مكان الإبرام لم يسلم من النقد، لأنه حسب ما يذهب إليه الفقه فان مكان إبرام العقد كثيرا ما يتحدد بناء على اعتبارات تقوم على محض الصدفة، مما يقلل من قيمة ضابط محل الإبرام إلى حد كبير عند تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد [٢٩] . فهذا القانون قد لا يمثل واقعا عمليا لأطراف العقد، كما لو ابرم العقد على متن طائرة أو سفينة أو أثناء سفرة عارضة أو إقامة قصيرة ليوم أو اقل في دولة ما [٣٠] . فضلا عن صعوبة التوصل إلى تحديد محل انعقاد العقد في التعاقد فيما بين الغائبين واختلاف الدول في تحديد لحظة انعقاد العقد ومن ثم تحديد مكان الإبرام، وخصوصا في عقود التجارة الدولية الإلكترونية التي سنتناولها في موضوع لاحق.

وقد أخذ المشرع العراقي بقانون مكان الإبرام في المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، وهذا القانون يطبق عندما لا يكون هناك إرادة صريحة أو ضمنية للقانون الواجب التطبيق، أو موطن مشترك للمتعاقدين.

الفرع الثالث: ضوابط إسناد لم ينص عليها المشرع العراقي.

هناك ضوابط إسناد لم ينص عليها المشرع العراقي في المادة (٢٥) إلا انه يمكن الأخذ بها باعتبارها تعبر عن الإرادة الضمنية للأطراف، ومن هذه الضوابط قانون جنسية المتعاقدين، وقانون مكان التنفيذ، ، نتناولها في الفروض الآتية:

الفرض الأول : قانون جنسية المتعاقدين

لم يأخذ المشرع العراقي بالجنسية المشتركة للمتعاقدين كضابط للإسناد في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، واستعاض عنها بالموطن المشترك للمتعاقدين. في حين أخذت دول عديدة بالجنسية المشتركة في تحديد القانون الواجب التطبيق مثل إيطاليا وإسبانيا وألمانيا٠ حيث نصت المادة (٢٥) من القانون المدني الإيطالي على إعطاء الاختصاص لقانون الجنسية المشتركة، الذي له الأفضلية في حالة عدم وجود اختيار صريح، والمادة (٥/١٠) من قانون ٣١ أيار لعام ١٩٧٤ الإسباني الذي أعطى الاختصاص لقانون الجنسية المشتركة، عند عدم وجود اختيار صريح، وفضلت قانون الجنسية على كل من محل الإقامة المشترك ومكان الإبرام [٣١] .

ويقدم الفقهاء تبريرات عدة في الاعتماد على ضابط إسناد الجنسية، فهو يتصف بالثبات والاستقرار في حين أن قانون الموطن المشترك لا يتصف بمثل هذا الثبات والاستقرار، كما أن ضابط الجنسية يمثل الشعور القومي تجاه القانون الواجب التطبيق،

إلا أن صعوبة الأخذ بنظام الجنسية تظهر في حالات تعدد الجنسية وانعدامها [٣٢]. وإذا كان المتعاقدون ينتمون بجنسيتهم إلى دولة واحدة فانه يجب افتراض قبولهم القانون الشخصي الذي يعلمون مضمونه تماما ويكون ذلك افتراضا قويا ومقبولا انهم أرادوا الخضوع لهذا القانون الذي يحكم طبيعة اتفاقهم وشروطه وأثاره في حدود النظام العام ما لم توجد إرادة مخالفة وصريحة [٣٣].

في حين أن هناك من يرى صعوبة الاعتماد على الجنسية المشتركة للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، لأن ضابط الجنسية المشتركة له دور ثانوي في تحديد صفة دولية العقد وهو لا يؤدي إلا دورا احتياطيا في تركيز العلاقة العقدية في نطاق نظام قانوني معين لذلك عند الأخذ بجنسية الأطراف يجب أن يقترن هذا العنصر بعناصر أخرى تعزز موقعه على نحو يؤكد وجود رابطة حقيقية بين العقد والقانون المراد تطبيقه [٣٤]. ويأخذ القضاء الفرنسي بالجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق ولكن بتأكيده مع ضوابط إسناد أخرى كمكان الإبرام،كقرار محكمة استئناف باريس عندما طبقت القانون الفرنسي على احد عقود التجارة الدولية طرفاه فرنسيان وابرم ذلك العقد في فرنسا [٣٥].

ويمكن الاستناد إلى ضابط الجنسية المشتركة لمعرفة القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية البحرية من خلال دلالتها على الإرادة الضمنية للأطراف في حالة عدم وجود اتفاق صريح كما لو كان الناقل والشاحن عراقيان لنقل بضاعة من دولة أجنبية إلى العراق، ويمكن استخدام الجنسية كذلك في تحديد القانون الأجنبي كما رأينا في أحد قرارات محكمة التمييز عندما اعتمد في تحديد القانون السويدي أو النرويجي حسب جنسية الناقل .

الفرض الثاني :قانون مكان التنفيذ

مكان التنفيذ من ضوابط الإسناد التي يأخذ بها القضاء في بعض الأحيان . ويعتبر الفقيه الألماني سافيني من اكثر المدافعين عن اختصاص مكان التنفيذ تطبيقا لمنهج مدرسته في تحليل العلاقات وتركيزها في مكان التنفيذ [٣٦].

ويبرر الفقهاء قانون مكان التنفيذ في انه يعد معيارا ثابتا غير عارض يقوم على صلة جوهرية وثيقة بين مكان التنفيذ والعقد، فمكان التنفيذ يعد العنصر المادي والظاهر الذي تتركز فيه العلاقة العقدية، ويمثل الهدف الأساس الذي يبغي الأطراف تحقيقه من وراء إبرام العقد كما أن مصالح الأطراف وكذلك مصالح الغير تتأثر بهذا المكان، وهو المكان الذي تنظم فيه إجراءات التنفيذ وإمكانيته ومن ثم فانه من الراجح أن تتجه إرادة الأطراف إلى إخضاع العقد الدولي إلى القانون الذي ينظم تنفيذه [٣٧].

ومكان التنفيذ يعبر على نحو صادق عن مركز الثقل في العلاقة العقدية ويعد أوثق صلة بالعقد من أي معيار آخر، فهو المكان الذي تتحقق فيه الآثار القانونية للعلاقة العقدية ومن ثم فان قانون مكان التنفيذ هو الأقدر على حل كافة المنازعات التي تثور بين الأطراف

فضلا عن انه يحقق العلم المسبق للطرفين بالقانون الذي يحكم العلاقات القانونية الامر الذي يتحقق معه الأمان القانوني والاستقرار المتطلب في المعاملات الدولية بمقتضاه [٣٨]. ومكان التنفيذ يؤخذ به في بعض العقود ويعد ضابط إسناد فعال عند تحديد القانون الواجب التطبيق إلا انه لا يتلاءم وحسب رأي فقهي مع عقود التجارة الدولية ذات المجموعات العقدية مثل عقود الكونسريتيوم وعقود التجارة الالكترونية لتجهيز البرمجيات للشركات الدولية العابرة للقارات ، لأنه من الصعب تحديد مكان التنفيذ الذي سيتعدد بتعدد مواقع التنفيذ او التجهيز التي تقع في دول عديدة على الأغلب [٣٩]. لذلك كانت من قبيل الانتقادات المهمة الموجهة لمكان التنفيذ كضابط إسناد في العقود التجارية الدولية، صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق عن تعدد أماكن التنفيذ [٤٠]. ومكان التنفيذ قد يفتقد إلى عنصر التحديد.

ويصدق الامر كذلك بالنسبة لعقود التجارة الدولية البحرية، اذ ان الشاحن قد يحتفظ لنفسه بحق تفريغ البضاعة في اكثر من ميناء وكذلك الناقل قد يضطر إلى تغيير خط سير السفينة، ثم أن التنفيذ في سند الشحن البحري وعلى حد تعبير الفقيه الفرنسي روديير هي الرحلة البحرية بطولها [٤١]. وأخذت معاهدة هامبورغ بنظر الاعتبار مكان التنفيذ عند تحديد مجال انطباقها، عندما يكون ميناء التفريغ في دولة متعاقدة، وكذلك عندما يكون الميناء الفعلي للتفريغ واقعا في دولة متعاقدة عند تعدد أماكن التنفيذ الاختيارية (م٢/ب، ج).

ولم نجد للقضاء العراقي قراراً يأخذ بمكان التنفيذ، إلا انه يمكن أن تستدل المحكمة من خلاله على القانون الواجب التطبيق تعبيراً عن إرادة الأطراف الضمنية.

المبحث الثاني

القانون الذي يحكم عقود التجارة الدولية في الانظمة القانونية المقارنة

نتناول في هذا المطلب القانون الذي يحكم عقود التجارة الدولية في القانون المقارن، فمن هذه القوانين من درج على وضع قاعدة إسناد خاصة بها في مجال العقود الدولية والتي تندرج تحت لوائها معظم عقود التجارة الدولية ، كالقانون المصري، ومن الدول من كان للقضاء فيها دورا كبيرا في خلق قواعد إسناد خاصة لكل قضية تمت الى ذلك النوع من التعاقدات طبقا لظروفها الخاصة ومن ثم لم تستقر على مبدأ واحد، وكانت أحكام القضاء فيها تأخذ بنظر الاعتبار إرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقود التجارة الدولية ، ومنها فرنسا وإنكلترا إلى أن دخلت اتفاقية روما للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام ١٩٨٠ حيز التنفيذ فيهما في نيسان من عام ١٩٩١، ومن ثم اصبح القضاء في هاتين الدولتين يتقيد بضوابط الإسناد الواردة في هذه الاتفاقية.

أما في القانون الأمريكي فلم يكن هناك ضوابط إسناد تشريعية تحدد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية ومنها عقود التجارة الدولية ، عدا ما ورد في المجموعة الأولى لتنازع القوانين لعام ١٩٣٤، والمجموعة الثانية لعام ١٩٦٩ التي دخلت حيز التنفيذ في عام ١٩٧١ ، هاتان المجموعتان بينتا القواعد الخاصة بتنازع القوانين التي تسترشد بها المحاكم الأمريكية في قضايا التنازع ومنها القانون الواجب التطبيق على العقد، فضلا عن أن هناك اتفاقية بين الدول الأمريكية بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لعام ١٩٩٤، على غرار اتفاقية روما، وهذه الدول تبنت قواعد عقود التجارة الدولية على التفصيل الذي سنبينه لذلك لابد أن تؤثر القواعد الآمرة في معاهدات عقود التجارة الدولية على القانون الذي يحكم عقود التجارة الدولية ، لذلك وللإحاطة بهذا الموضوع نتناول قواعد إسناد العقود لتحديد القانون الواجب التطبيق في القوانين المقارنة وهي كل من القانون المصري والفرنسي والإنكليزي والأمريكي، وعلى التفصيل الآتي:

المطلب الأول في القانون المصري:

لا يختلف الأمر في القانون المصري عن القانون العراقي من حيث قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود والتي تنطبق على عقود التجارة الدولية ، إذ وضع المشرع المصري قاعدة إسناد مشابهة لقاعدة الإسناد التي وضعها المشرع العراقي وذلك في المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري التي نصت على أن : (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا وإذا اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه).

وكان القضاء المصري حتى قبل العمل بالقانون المدني وفي ظل المحاكم المختلطة، التي كانت موجودة في مصر – آنذاك – تتبنى مبدأ قانون الإرادة، وذلك في حالة وجود نص صريح في العقد لاختيار القانون الذي يحكمه، كما أخذت هذه المحاكم بظروف الحال في اختيار القانون الذي يحكم العقد إذا اختلفت جنسية المتعاقدين ولم يصرحا بالقانون المختار، كقانون بلد الإبرام وقانون بلد التنفيذ أو العملة المتفق على الوفاء بها [٤٢]،كما تبنى الفقه المصري قانون الإرادة وأيده حتى قبل العمل بالقانون المدني المصري[٤٣]

فالمشرع المصري كما هو الحال بالنسبة للمشرع العراقي أعتد بالإرادة الصريحة والضمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وليس في الإرادة الصريحة من صعوبة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد [٤٤] . كأن يختار المتعاقدان القانون الروسي أو الإنكليزي أو الأمريكي كقانون يحكم عقود التجارة الدولية .

وإذا لم يعلن المتعاقدان عن نيتهما في اختيار القانون الواجب التطبيق، فعلى القاضي أن يكشف عن إرادتهم الضمنية من ظروف العقد وملابساته [٤٥] . ومن الظروف التي تكشف عن إرادة الأطراف الضمنية في الخضوع لقانون دولة معينة، إعطاء الاختصاص لمحاكم هذه الدولة، كما أن استخدام المتعاقدين لنصوص قانون دولة معينة أو استخدام

المصطلحات الواردة في هذا القانون قد يستدل منها على اختيار قانون تلك الدولة، أو لغة تحرير العقد أو مكان تنفيذ العقد [٤٦] . وفي حالة عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية وضع المشرع ضوابط إسناد احتياطية، تتمثل بالموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، وإذا اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد وهذان الضابطان يطبقان على سبيل التدرج [٤٧]

ويفضل رأي في الفقه المصري تطبيق قانون الإرادة على عقود التجارة الدولية لأنه يتفق مع القواعد العامة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، كما انه يوافق ظروف التجارة الدولية من عدة وجوه، ويتفق هذا الرأي مع رأي الفقيه الفرنسي Gyon من أن قانون الإرادة يحقق اكبر قدر ممكن من وحدة القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، لان القاضي سوف يطبق قانون الإرادة على جميع عناصر العقد بدلا من أن يضطر في حالة عدم اختيار قانون معين إلى تطبيق قانون محل الإبرام على شكل عقد التجارة الدولية، والقانون الوطني لكل من المتعاقدين على عيوب الإرادة.

ونؤيد الاتجاه الذي يذهب إلى إمكانية الاستناد على المبادئ الأكثر شيوعا في القانون الدولي الخاص الواردة في المادة (٢٤) من القانون المدني المصري [٤٨] ، لتجاوز جمود المادة (١٩) مدني مصري، وبذلك يمكن تطبيق ضوابط إسناد أخرى غير تلك التي أوردها النص [٤٩] ، وهذا النص يقرر: (تتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص)، والسبب في ذلك أن هذا النص واضح وصريح في أن مبادئ القانون الدولي الخاص لا يعمل بها إلا إذا لم يرد نص يعالج مسائل التنازع، ومع وجود نص صريح يعالج مسائل التنازع في العقود التجارية الدولية فلا مجال لإعمال مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا لأنه كما قلنا لا اجتهاد في مورد النص، ولا نعتقد أن القاضي يملك سلطة إلا فيما يتعلق بالإرادة الضمنية للأطراف لكي يطبق قانونا معينا على العقد، وبالتالي لابد للقاضي لكي يطبق القانون الوطني حماية للاقتصاد الوطني، أن تتوافر عدة ضوابط إسناد تساعد هذا القانون على التطبيق، وان مجرد كون احد الاطراف تابعاً لدولة المحكمة لا يساعد المحكمة على تطبيق القانون الوطني، ويكون كل من الموطن المشترك ومحل إبرام العقد أقوى في الموازنة للمعادلة العقدية الدولية.

والحل الملائم الذي نراه هو دعوة المشرع إلى تعديل النص بما يتلاءم مع وضع ضوابط إسناد تناسب جميع العقود، كالعلاقة الأوثق صلة والأكثر أهمية عند عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية على غرار اتفاقية روما للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام ١٩٨٠ .

ان هذا النص يقلل بالفعل من حالات التنازع إلا أن هذا الحل سوف يكون من جانب واحد، أي عندما يراجع القاضي الوطني النزاع المتعلق بأحد عقود التجارة الدولية طبقا لهذا النص ، فليس هناك من ضمان أن يطبق القاضي الأجنبي هذا النص حتى لو كان آمرا، وبالتالي سوف يطبق قانونا آخرا على عقود التجارة الدولية وفقا لقواعد التنازع الواردة في تشريعه، أو أن يطبق القانون المختار من قبل الأطراف، كما أن مثل هذا النص

قد يؤدي إلى تطبيق قانونين مختلفين على عقد التجارة الدولية مما يسبب الكثير من الإشكالات حتى بالنسبة للقاضي الوطني نفسه.

المطلب الثاني: في القانون الفرنسي

أما الموقف في القانون الفرنسي، فان قواعد التنازع فيها كما في اغلب البلدان الأوربية والتي تخص العقود الدولية، كانت قواعدا غير مكتوبة، لذلك كان مصدر هذه القواعد يقررها القضاء، وفي الوقت الذي كان اختيار القانون أمرا نادرا كانت المحاكم تتجه إلى النية المفترضة للأطراف، فالقانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون الذي ينويه الأطراف، والنية المفترضة تقوم على أن القانون المطبق على العقد هو القانون الذي كان سيختاره الأطراف فيما لو اعملوا اختيارهم، وعندما ظهرت شروط اختيار القانون كانت المحاكم تحترم هذه الشروط وتعطيها النفاذ، فالقانون الذي يختاره الأطراف هو الذي يحكم العقد (٥٠).

وطبق القضاء الفرنسي مبدأ قانون الإرادة منذ زمن طويل على عقود التجارة الدولية في الحكم الصادر في ٥ كانون الأول ١٩١٠ عندما قرر أن العقد يكون محكوما بالقانون الذي يختاره الأطراف (٥١). ولم يكن هناك صعوبة عندما تكون الإرادة صريحة أي أن يتم التعبير عن الإرادة بصورة صريحة، عندما يتم إدخال شرط صريح في العقد يقضي بتطبيق قانون معين في العقد يكون مختصا بحكم هذا العقد مع الأخذ بنظر الاعتبار النظام العام الفرنسي (٥٢).

وفي حالة غياب الاختيار الصريح يتم البحث عن الإرادة الضمنية، والاختيار الضمني يتم الكشف عنه من أمور عدة، فشرط الاختصاص القضائي وشرط التحكيم لدولة معينة يفهم منه أن الإرادة اتجهت ضمنا لقانون تلك الدولة، أو يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون موقع العقد عند غياب الاختيار حيث كرس القضاء الفرنسي النظام المزدوج شأنه شأن بقية الأنظمة القانونية، يأخذ بقانون الإرادة أي إمكانية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وفي حالة غياب الاختيار يصدر القانون طبقا لموقع العقد (٥٣)

ويتجه القضاء الفرنسي عند غياب الاختيار لبحث المؤشرات المختلفة لتركيز العقد في مكان معين، وغالبا ما يكون ذلك بطريقة موضوعية أي البحث عن المكان الذي ترتبط به العلاقة برابطة وثيقة حيث تحدد المحكمة القانون الواجب التطبيق بطريقة موضوعية من خلال تركيز العقد في مكان معين من خلال قرائن العقد ومحتواه الاقتصادي، ذلك المكان الذي تتصل به العلاقة اتصالا وثيقا، كما فعلت محكمة استئناف باريس في ٢٧ كانون الثاني ١٩٥٥ عندما حددت القانون الواجب التطبيق على العقد بطريقة موضوعية (٥٤)

ولم يكن هناك ضابط إسناد محدد تتبعه المحاكم الفرنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، إلى أن دخلت اتفاقية روما للقانون الواجب

التطبيق على الالتزامات التعاقدية حيز التنفيذ في دول الاتحاد الأوربي في الأول من نيسان من عام ١٩٩١ وهي تطبق في جميع دول الاتحاد الأوربي [٥٥] . ومنها فرنسا التي أصبحت تطبق هذه الاتفاقية على الالتزامات التعاقدية باعتبارها دولة من دول الاتحاد الأوربي.

والصفة الرئيسة في هذه الاتفاقية إقرارها حرية الاختيار، الذي بموجبه يكون للأطراف حرية اختيار القانون الذي يطبق على عقدهم، هذه الحرية تسمح للأطراف باختيار أي قانون ليحكم عقدهم حتى لو لم يكن على صلة بموضوع العقد، كما لهم القدرة على تغيير هذا الاختيار أيضا٠فالقانون الواجب التطبيق على العقد بموجب هذه الاتفاقية هو القانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو أن يستنتج بصورة مؤكدة من شروط العقد والظروف المحيطة به، ويمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد في مجموعه أو على جزء منه [٥٦].

حيث كرست اتفاقية روما حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، هذا الاختيار كانت تأخذ به المحاكم الفرنسية في بعض قراراتها حتى عندما تكون معاهدة عقود التجارة الدولية هي الواجبة التطبيق بمقتضى نص المادة العاشرة منها، ففي قضية تتعلق بأحد عقود التجارة الدولية مفادها ان عقد توريد جلود ابرم في إنكلترا وتم ارسال البضاعة من ميناء إنكليزي إلى ميناء فرنسي وكان المورد والمستورد فرنسيين ، وكان احد بنود العقد يتضمن شرطا بتطبيق القانون الاقرب مسافة على موقع النزاع ، وكان – حينئذ- القانون الفرنسي الداخلي الصادر في ١٨ حزيران ١٩٦٦ ،إذ طبقت المحكمة هذا القانون [٥٧] ، في حالة عدم وجود اختيار صريح في العقد يتم اللجوء إلى الإرادة الضمنية، أي الاختيار الضمني للأطراف على أن يكون هذا الاختيار مؤكدا ويكون ذلك من خلال نصوص العقد والظروف المحيطة به [٥٨] .والإرادة الضمنية في مضمون الاتفاقية يمكن التعرف عليها من خلال أمور عدة، فاختيار عقد من العقود النموذجية التي تنتمي إلى نظام قانوني معين يستفاد ضمنا اختيار قانون تلك الدولة، وإبرام عقد يرتبط بعقد سابق وتم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الأول فيستفاد ضمنا اختيار هذا القانون على العقد الثاني، كما أن اختيار محكمة معينة قد يؤدي إلى اختيار قانون تلك المحكمة مع الأخذ بنظر الاعتبار ظروف العقد والنصوص الأخرى فيه [٥٩].

أما في حالة غياب الاختيار فان العقد يكون محكوما بقانون الدولة الأكثر صلة بالعقد ووضعت الاتفاقية قرينة يتم الكشف بموجبها عن القانون الأكثر صلة بالعقد، وذلك بقانون محل إقامة المدين بالأداء المميز[٦٠] . حيث كانت فرضية الأداء المميز هذه لا تنطبق على التجارة الدولية، إذ أن هذه العقود تخضع لمجال الاتفاقية، فبعد مناقشات طويلة بين المجتمعين في الاتفاقية قرروا إخضاع عقد التجارة الدولي لمجال الاتفاقية، كما قرر المجتمعون أن الفرضية الواردة في المادة (٤/٢) من الاتفاقية لا تلائم عقود التجارة الدولية لذلك تم وضع فرضية خاصة بهذه العقود في المادة (٤/٤) منها، وبموجب هذه الفقرة فان الدولة التي يقع فيها محل إقامة المدين والتي يقع الجزء الاكبر من ابرام العقد وتنفيذه فيها ، فيفترض أن هذه الدولة هي الدولة الأوثق صلة بالعقد الدولي وذلك في وقت إبرام

العقد [٦١]. عليه يمكن القول إن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية طبقا لاتفاقية روما النافذة في فرنسا، يكون بالشكل الآتي: للأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، سواء أكان هذا الاختيار صريحا أم ضمنيا على أن يستنتج الاختيار الضمني بصورة مؤكدة، وتستطيع المحكمة دراسة جميع الظروف المحيطة بعقد التجارة الدولية والالتزامات الثابتة فيه لاستخلاص النية المؤكدة، أما في حالة عدم وجود إرادة صريحة أو مؤكدة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية فأن على المحكمة تطبيق قانون الدولة الأوثق صلة بذلك العقد اكثر من غيرها.

ولكن هذه الفرضيات التي تقوم على الصلة الوثيقة بالعقد، قابلة لإثبات العكس طبقا للمادة (٤/٥) من اتفاقية روما إذ تستطيع المحكمة استبعاد الفرضيات الواردة في الفقرات السابقة إذا اتضح من الظروف المحيطة بالعقد أن هذا الأخير يتصل بروابط أكثر وثوقا بدولة أخرى، وهذه المادة إنما تمثل الحرية الواسعة المعطاة للقضاء في استخلاص القانون الملائم الذي يحكم العقد التجاري الدولي.

المطلب الثالث: في القانون الانكليزي

أما الموقف في القانون الإنكليزي وقبل أن تدخل اتفاقية روما حيز التنفيذ في إنكلترا، كانت قضايا تنازع القوانين التي تنظرها المحاكم الإنكليزية، تعمل على اختيار القانون الذي يحكم العقد طبقا للنية المفترضة للأطراف كما كان الحال في القانون الفرنسي حيث لم تكن هناك قواعد تشريعية تستند عليها المحاكم فالقانون المطبق على العقد هو القانون الذي نوى الأطراف الخضوع له طبقا لقرارات المحاكم الإنكليزية [٦٢]. هذا المبدأ أسسه القضاء الإنكليزي كنتيجة لسلسلة من السوابق القضائية بدأت منذ عام ١٨٦٥ وأعلنها اللورد Atkin الذي عرف القانون الملائم للعقد بأنه القانون الذي اتجهت نية الأطراف إلى تطبيقه وهذه النية ستتأكد صراحة في العقد وفي حالة عدم وجود نية صريحة فستفرضها المحكمة من خلال شروط العقد والظروف المحيطة به، وجهة النظر هذه بخصوص القانون الملائم للعقد أكدها اللورد Wright بشكل صريح في قضية (Vita Food[٦٣]) ، حيث كان احد العقود التجارية الدولية يتضمن شرطا باختيار القانون الإنكليزي الذي طبقته المحكمة عليه. وفي العقود الأخيرة من القرن التاسع عشر حتى منتصف القرن العشرين استقرت القاعدة التي تقضي بان يطبق القانون الذي يختاره الأطراف، وإذا لم يختر الأطراف القانون صراحة أو ضمنا، يطبق القانون الذي كان سيختاره الأطراف فيما إذا اعملوا اختيارهم عند إبرام العقد أي النية المفترضة للأطراف التي كانت تتجه إلى تطبيق قانون المحكمة lex forism[٦٤]

وفي ظل القانون العام الإنكليزي The Common Law كان الموقف تحررياً بالسماح للأطراف في إخضاع علاقاتهم التعاقدية لقانون غير مرتبط بالعقد، ففي العديد من العقود الدولية وخاصة في مسائل العقود التجارية الدولية تتضمن اختيار القانون الإنكليزي كقانون ملائم للعقد، هذه الحرية في أحكام القانون العام تسمح للأطراف

باختيار قانون مكان الإبرام lex contractus الذي غالبا ما يقود إلى تطبيق القانون الإنكليزي. إلا أن هذا الاختيار لم يكن مطلقا من كل قيد وإنما يجب أن يكون بحسن نية bona fide وان يكون قانونيا وغير مخالف للنظام العام. فحرية الأطراف مقيدة بالنظام العام الإنكليزي واختيار القانون لا يعطي الحق للأطراف باستبعاد القواعد الآمرة أو يخالف النظام العام في إنكلترا [٦٥]

لم تعد المحاكم الإنكليزية تتبع النية المفترضة التي كانت تتبعها منذ منتصف القرن الماضي، وكان هناك الكثير من الفقهاء خصوما لهذه الفكرة منهم الفقيه كرافسون الذي يذهب إلى القول بان هناك في اغلب الأحيان إحساس بالوهم في محاولة لإيجاد النية المفترضة فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم خرق العقد الذي لم يكن أبدا في تفكير الأطراف عند إبرام العقد، وتحت تأثير الفقيه جيشار وكرافسون تبنت المحاكم الإنكليزية طريقة موضوعية وطبقت القانون أو النظام القانوني الذي يتصل بالعقد اتصالا وثيقا [٦٦]

ويعتبر الفقيه موريس أن القانون الملائم للعقد هو القانون الذي تكوّن العقد في ظله أو القانون الذي تكون فيه العلاقة اكثر اتصالا به، وليس القانون الذي نوى الأطراف الخضوع له [٦٧]. فالفقيه موريس صاحب نظرية القانون الملائم للعقد في القانون الإنكليزي، وتقوم وجهة نظره على أن القانون المختص لحكم العقد هو القانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمنا، فان تعذر على القاضي استخلاص هذه النية فان قانون العقد سوف يتحدد في ظل النظام القانوني الذي يرتبط به العقد ارتباطا فعليا، ويحدد القاضي هذا النظام وفق شروط العقد والظروف المحيطة به، وحتى في وجود الإرادة يمكن للقاضي أن يحيد عنها ليطبق القاضي القانون الأوثق صلة بالعقد، ووفق هذه النظرية يحدد القانون وفقا لمعيار الرجل المعقول وليس وفقا لنية الطرفين، لان الفرض يتعذر معه استخلاص هذه النية دون التقيد بضوابط إسناد محددة مثل قانون محل الإبرام وقانون محل التنفيذ [٦٨]. وقد طبقت المحاكم الإنكليزية هذه النظرية على عقود التجارة الدولية الدولية كما حدث في قضية ASSUNZIONE[٦٩]

وفي حالة غياب الاختيار الصريح، فان العقد سوف يكون خاضعا للقانون الذي تحدده المحكمة من خلال الاستعانة بجميع ظروف التعاقد، وقد يعتبر شرط التحكيم دليلا على اختيار قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم، ففي قرار لمجلس اللوردات عام ١٨٩٤[٧٠]. واتبعه بعد ذلك قرار للمجلس الخاص عام ١٩٠٢ [٧١]. عد القراران شرط التحكيم صحيحا في العقود التجارية كما انه في كلتا القضيتين استنتجت المحكمة من خلال شرط التحكيم في العقد أن الأطراف اختاروا القانون الملائم للعقد وهو قانون مكان التحكيم (القانون الإنكليزي) على الرغم من أن شرط التحكيم في القانون الداخلي كان باطلا. وفي قضية عقود دولية بين سويسريين وهولنديين لنقل الفحم من موانئ الولايات المتحدة إلى موانئ في بلجيكا وهولندا وألمانيا، ولم يكن هناك أي اتصال بالقانون الإنكليزي عدا شرط التحكيم في لندن طبقت المحكمة القانون الإنكليزي[٧٢]. ومن

الظروف الأخرى التي تساعد المحكمة على اختيار القانون في حالة غياب الاختيار الصريح، لغة العقد ومحل بدء التفاوض ومكان تنفيذ العقد النهائي، وليس هناك عامل حاسم في هذه الظروف وإنما قد تتضافر مجموعة من هذه العوامل لاختيار القانون [٧٣]

وأصبحت القاعدة المتبعة في إنكلترا بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية طبقا لاتفاقية روما التي دخلت حيز التنفيذ في الأول من نيسان ١٩٩١ بموجب قانون العقود الإنكليزي (القانون الواجب التطبيق) لعام ١٩٩٠[٧٤].

فالقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية هو القانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمنا على أن يكون الاختيار الضمني بصورة مؤكدة (م١/٣)، وفي حالة عدم وجود اختيار صريح أو ضمني مؤكد يطبق قانون الدولة الأكثر صلة بالعقد (م١/٤).

وإذا كان الاختيار الصريح في ظل اتفاقية روما لا يثير مشكلة فان المسالة التي أثارت النقاش هي الإرادة الضمنية المؤكدة في ظل الاتفاقية، فالاختيار الضمني وكما كان الأمر قبل الاتفاقية يمكن أن يستدل عليه من خلال شرط الاختصاص القضائي وشرط التحكيم [٧٥]. حيث يذهب الفقه إلى أن اختيار محكمة معينة قد يبين أن الأطراف قصدوا الخضوع لقانون تلك المحكمة مع الأخذ بنظر الاعتبار الشروط الأخرى للعقد والظروف المحيطة به [٧٦]. وهو ما يذهب إليه جانب آخر من الفقه بان اختيار القانون قد يستنتج وبشكل معقول من خلال اختيار قانون بلد معين. فالشرط الذي يشير إلى السلطة القضائية يمكن تفسيره وبكل جلاء انه اختيار قانون الدولة ذات العلاقة وانه من السهل للقاضي أن يطبق قانونه الخاص افضل من أن يطبق قانونا آخرا، إذ أن هناك ميلاً طبيعياً لكل قاضي في أن يطبق قانونه [٧٧]، أي قانون المحكمة lex fori وكذلك فان الأطراف على معرفة تامة بالصعوبات المتعلقة بالجهد وبالمصاريف والوقت التي يمكن أن تترتب على تطبيق قانون آخر غير قانون المحكمة.

ومع ذلك يرى البعض أن هناك حالات يتبين منها أن الأطراف لم تنو اختيار قانون المحكمة، وهي حالات تتحقق عندما يختار الأطراف المحكمة بعد ظهور النزاع، والأمر نفسه ينطبق إذا أعطى العقد للمدعي الحق باختيار محكمة من بين محاكم عدة بلدان، في هذه الحالة فان المحكمة غير معروفة عند الانتهاء من العقد لذا لا يمكن القول بان الأطراف اختاروا قانون المحكمة [٧٨]

ومع ذلك يبقى شرط الاختصاص القضائي من الدلالات القوية على اختيار قانون المحكمة.

أما شرط التحكيم في ظل اتفاقية روما، فيذهب الفقه إلى اعتباره أيضا من دلالات الاختيار الضمني، فاختيار الأطراف مكانا معينا لحل نزاعاتهم عن طريق التحكيم فيه فان الظروف تشير إلى أن المحكمين ينبغي أن يطبقوا قانون ذلك المكان [٧٩]. ففي قرار لإحدى المحاكم الإنكليزية ذهبت فيه إلى أن استخدام الأطراف لعقد نموذجي وفقا للشكل الإنكليزي ينص على شرط التحكيم في لندن فيكون من المعقول افتراض أن

الأطراف ترغب أن تطبق محكمة التحكيم قانون المحكمة [٨٠]. ومع ذلك يذهب رأي إلى أن موافقة الأطراف على أن تحل نزاعاتهم من قبل محكمة التحكيم في الغرفة التجارية الدولية أو أية مؤسسة دولية مشابهة، فان اختيارهم لمكان معين لحل النزاع لا يعني كقاعدة أن الأطراف رغبت ضمنا في أن يطبق المحكمون قانون ذلك المكان، كما لا يعني بالضرورة أن يطبق المحكمون قواعد اختيار قانون ذلك المكان.

المطلب الرابع : في القانون الأميركي

أما في القانون الأمريكي، فسنحاول بيان قاعدة الإسناد المطبقة على العقود الدولية في الولايات المتحدة الأمريكية بشكل عام، وموقف القانون الأمريكي من قانون الإرادة وحرية الأطراف في اختيار القانون. فهذا المبدأ لم يكن مقبولا في المحاكم الأمريكية ولم يقبل به الفقيه Beale مقرر المجموعة الأولى لتنازع القوانين، حيث انه عارض هذا المبدأ وقاومه [٨١] وكان الموقف التقليدي في تنازع القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية يعتمد على قانون المحل lex loci أي اختيار قواعد قانون المكان الذي حدث فيه التصرف أو الواقعة، وحتى أوائل الستينات من القرن الماضي كانت هذه القاعدة ثابتة وموحدة بشكل كبير إذ اعتمدت الولايات على قاعدة قانون المحل النابع من مبدأ الإقليمية المقرر في المجموعة الأولى من تنازع القوانين، فالدعاوى التي تتضمن تنازعا في العقود كانت القاعدة التقليدية المتبعة فيها تطبيق قانون محل إبرام العقد lex loci contruct، ووفق هذه النظرة تخضع مسالة صحة العقد ومشروعيته لقانون مكان الإبرام وتتبع المحاكم قانون المحكمة لمعرفة أين ابرم العقد، أما مسائل التنفيذ فتخضع لقانون مكان التنفيذ التي تشمل مسائل عدم التنفيذ وخرق العقد والأضرار[٨٢].

وفي عام ١٩٦٩ تم وضع المجموعة الثانية لقواعد تنازع القوانين، التي تضمنت مجموعة من مواد التنازع السابقة في المجموعة الأولى، وتضمنت ما هو مختلف من مبادئ جديدة في قواعد التنازع وبشكل خاص نظرية المصالح الحكومية [٨٣]. وهذه النظرية صاحبها الفقيه الأمريكي كيري، الذي كان من اشد منتقدي المجموعة الأولى لتنازع القوانين الذي اقترح علم منهج تحليل المصالح الحكومية وتطبيق قانون الولاية أو الدولة التي لها مصلحة اكثر من غيرها في تطبيق قانونها [٨٤]. كما تضمنت المجموعة الثانية من قواعد تنازع القوانين واحدة من اكثر النظريات حداثة، وهي نظرية القانون الأقرب والأكثر صلة بالعلاقة أو ما تسمى بنظرية القانون الملائم للعقد The Proper Law وهي من النظريات المهمة المنسوبة للفقيه الإنكليزي موريس.

والمجموعة الثانية وضعت ثلاث مواد للتنازع في العقد (١٨٦ و١٨٧ و١٨٨)، وبموجب المادة (١٨٧) فان لأطراف العلاقة اختيار القانون الذي يحكم عقدهم وفي حالة غياب الاختيار، يتم اختيار القانون بموجب المادة (١٨٨) التي تنص على اختيار القانون الأوثق صلة بالعلاقة Most Signification Relationship والاتصال الذي يؤخذ بنظر الاعتبار يكون وفقا لجملة من عوامل الاتصال الواردة في المادة ٦ من مجموعة التنازع هي: (مكان التعاقد ومكان المفاوضات ومكان التنفيذ ومكان حدوث النزاع وموطن الأطراف ومحل إقامتهم

وجنسيتهم...) [٨٥] وعوامل الاتصال المذكورة سيكون لها أهمية نسبية فيما يتعلق بالحالات الخاصة، إذ وضعت المجموعة الثانية فرضيات بالنسبة لعدد من العقود الدولية، ومع ذلك يقع في صلاحية المحكمة تقدير العلاقة الوثيقة بالعقد [٨٦]. والمجموعة الثانية لتنازع القوانين تطبقها اغلب الولايات الأمريكية، حيث يبلغ عدد الولايات التي تطبقها ٢٨ ولاية [٨٧]. وما ورد في المجموعة الأولى من تطبيق قانون مكان التعاقد على مسائل إبرام العقد (مشروعية العقد)، وقانون مكان التنفيذ على مسائل التنفيذ ومسائل الإخلال بالعقد، وما ورد في المجموعة الثانية من تطبيق قانون الولاية ذات العلاقة الأهم بالصفقة، قاعدتان أساسيتان تطبقهما المحاكم الأمريكية على مسائل التنازع في العقود، فضلا عن أن عدد من الولايات تطبق نظرية المصالح الحكومية.

وقانون الإرادة اتبعه القانون التجاري الأمريكي الموحد Uniform Commercial Code حيث تبنى النظرة الحديثة والمتحررة لإرادة الأطراف في المادة (١٠٥-١) حيث تنص على أنه (عندما تحمل الصفقة علاقة معقولة مع هذه الولاية وأيضا مع ولاية أخرى أو دولة أخرى قد يوافق الأطراف على أن قانون هذه الولاية أو مثل تلك الولاية أو الدولة سيحكم حقوقهم والتزاماتهم) . وبموجب المادة (١٠٥-١) من القانون التجاري الموحد، على الأطراف اختيار القانون الذي يحكم العقد أولاً، وثانياً يجب أن تحمل الصفقة علاقة معقولة مع الولاية التي تم اختيار قانونها Reasonable Relation إلا أن هذا القانون لم يحدد أو يعرف العلاقة المعقولة، ولكن القضايا اللاحقة ميزت عددا من هذه العوامل تؤخذ بنظر الاعتبار عند تحديد هذه العلاقة وهي (مكان إبرام العقد وأماكن العمل الرئيسية للأطراف والمكان الذي حدث فيه الجزء الأكبر للتنفيذ أو الذي سيحدث فيه وموقع أي ملكية خاضعة للعقد) [٨٨].

والاختلاف بين المجموعة الثانية وبين القانون التجاري الموحد هو التعبير الذي يتعلق بالاتصال بالعلاقة، حيث تطلبت المجموعة الثانية العلاقة الأوثق صلة Most Signification Relationship بينما تطلب القانون التجاري الموحد العلاقة المعقولة Reasonable Relation وبمقارنة موقف القانون الأمريكي للتنازع مع غيرها من قواعد التنازع الواردة في القوانين المدنية في الدول الأخرى نجد أن هذه القوانين لا تتطلب رابطة وثيقة أو معقولة بين القانون المختار والعناصر المهمة للصفقة أو للأطراف المتعاقدة .وما ورد في المجموعة الأولى والثانية من قواعد تنازع القوانين هي ليست إلزامية وإنما هي قواعد إرشادية تطبقها محاكم اغلب الولايات وخاصة ما ورد في المجموعة الثانية من تطبيق قانون الدولة أو الولاية الأكثر صلة بالعلاقة.

وعلى المستوى الدولي وعلى غرار اتفاقية روما للالتزامات التعاقدية، فقد تم إبرام اتفاقية بين الدول الأمريكية للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، ووقعت هذه الاتفاقية في Mexico City في ١٧ آذار ١٩٩٤ [٨٩] ... وبموجب المادة (٧) من هذه الاتفاقية فان العقد يكون محكوما بالقانون الذي يختاره الأطراف وهذا الاختيار يجب أن يكون صريحا، وفي حالة عدم وجود اختيار صريح فيجب أن يكون واضحا من سلوك الأطراف ومن شروط العقد

الذي يؤخذ بنظر الاعتبار ككل (الاختيار الضمني)، والاختيار قد يتعلق بكامل العقد أو بجزء منه، والشيء المختلف في هذه الاتفاقية أنها تنص على أن اختيار الأطراف لمحكمة معينة لا يستلزم بالضرورة اختيار قانون تلك المحكمة [٩٠].

وإذا لم يختر الأطراف القانون الواجب التطبيق أو تبين أن اختيارهم غير مؤثر فان العقد يكون محكوما بقانون الدولة التي لها علاقة وثيقة بالعقد Closest Ties والمحكمة ستأخذ بنظر الاعتبار العناصر الموضوعية والشخصية للعقد جميعها لتقرر قانون أي دولة لها علاقة وثيقة بالعقد، كما تأخذ بنظر الاعتبار المبادئ العامة لقانون التجارة الدولية التي تعترف بها المنظمات الدولية، ومع ذلك إذا كان جزء من العقد منفصلا عن بقية الأجزاء وكان له اتصال مع دولة أخرى فان قانون هذه الدولة وعلى نحو استثنائي يمكن أن يطبق على ذلك الجزء من العقد ،كما أن التعليمات والأعراف ومبادئ قانون التجارة الدولية فضلا عن الاستعمالات التجارية المقبولة في التعامل، ستنطبق عموما للإيفاء بمتطلبات العدالة والمساواة في قضايا معينة [٩١]. وحرية الاختيار هذه ليست مطلقة فهي مقيدة بالقواعد الآمرة ،كما أنها مقيدة بقواعد النظام العام [٩٢]. كما أن هذه الاتفاقية لا تؤثر على الاتفاقيات الدولية التي تكون الدولة طرفا فيها أو التي ستصبح طرفا فيها.

ان هذه الاتفاقية مشابهة لاتفاقية روما من حيث الأحكام الواردة فيها، مع وجود بعض الاختلافات من حيث أنها نصت على إمكانية تطبيق مبادئ التجارة الدولية lex Mercatoria وكذلك تأخذ هذه الاتفاقية بنظر الاعتبار الأعراف التجارية المقبولة حسب نص المادة (٩) والمادة (١٠) منها الأمر الذي لم تنص عليه اتفاقية روما [٩٣].

والاختلاف الآخر الملاحظ في هذه الاتفاقية أنها تتطلب وجود صلة بين العقد والقانون المختار على خلاف اتفاقية روما، وهذا الأمر واضح من نص المادة (٩) منها فإذا تبين أن اختيار الأطراف عديم التأثير فان العقد سيكون محكوما بقانون الدولة التي لها علاقة وثيقة بالعقد.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من هذا البحث فإننا نبين مجموعة من النتائج المهمة التي اتضحت لنا، وهي كما يأتي:

١- ان العلاقة التعاقدية في عقود التجارة الدولية تتضمن على الأغلب عناصر أجنبية، مما يثير مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، وتضع الدول عادة قواعد إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق، وليس في التشريع العراقي قاعدة إسناد خاصة بعقود التجارة الدولية، بل هناك قاعدة إسناد خاصة بجميع العقود، تندرج هذه العقود ضمنها، وأدرجت هذه القاعدة بالمادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، وحكم المادة هذه واضح في إعطاء الحرية للأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقود الدولية صراحة أو ضمنا، وفي حالة عدم وجود اختيار صريح أو ضمني، وضع المشرع ضابطين للإسناد يتم

من خلالهما اختيار القانون الذي يحكم عقود التجارة الدولية، وهما قانون الموطن المشترك للمتعاقدين وفي حالة عدم وجود موطن مشترك يتم اللجوء إلى قانون محل الابرام.

٢- ان مبدأ حرية الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم عقود التجارة الدولية صراحة أو ضمنا مبدأ معترف به فقها وقضاءً وتشريعا، لذلك لا يمكن تجاهله في هذا الضرب من العقود، لذلك كان من المبادئ المناسبة لحكم عقود التجارة الدولية، مع ضرورة احترام قواعد التجارة الدولية والمبادئ السائدة بين التجار وعاداتهم ، إلا أن ضابطي الإسناد الاحتياطيين وهما الموطن المشترك للمتعاقدين ومحل الإبرام، لا يتلاءمان مع العقود الدولية بشكل عام وعقود التجارة الدولية بشكل خاص، فالموطن المشترك للمتعاقدين يندر حصوله في العقود الدولية، وهو إن حصل يؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي على الأغلب، أما محل الإبرام فغالبا ما يكون أمرا عارضا لا صلة له بالعملية التعاقدية، كما أن محل الإبرام يثير مشكلة تحديد لحظة انعقاد العقد لتحديد مكانه، خاصة في ظل الاستخدام المتزايد لعقود التجارة الدولية الإلكترونية، وما يرافقه من صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق الذي سيختلف تبعا لاختلاف مكان الابرام.

٣- ان قاعدة الإسناد في القانون العراقي التي يمكن تنطبق على عقود التجارة الدولية جمعت بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، وهو ما فعلته الكثير من القوانين ومنها القوانين المقارنة، فإعطاء الحرية للأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقودهم العابرة للحدود إنما يمثل النظرية الشخصية، في حين أن النظرية الموضوعية تتجلى في الموطن المشترك للمتعاقدين ومحل إبرام العقد، إذ أن المشرع اعمل التركيز الموضوعي هنا وبدا له أن هذين الضابطين يمثلان موقع الثقل في العلاقة بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على هذه العقود.

٤- تثير قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق على عقود التجارة الدولية، عدة مشكلات منها مسالة العلاقة بين القانون المختار والعقد، ومسالة تعدد القوانين التي تطبق على هذه العقود، وبخصوص الصلة بين القانون المختار والعقد يتفق الفقه القانوني في معظمه على ضرورة وجود مثل هذه الصلة، وعندما تتعلق المسالة باختيار قانون دولة ذات مستوى اقتصادي مهم فان هذه الصلة يكفي أن تلبي مصالح التجارة الدولية وليس بالضرورة أن تكون صلة مادية٠ وأما مسالة تعدد القوانين التي تحكم العقد فقد رأينا أن الرأي الراجح تمثل في أن وجهة نظر المشرعين "العراقي والمصري" اتجهت نحو وحدة القانون الواجب التطبيق على إبرام العقد وآثاره، كما أن الفقه يتجه إلى ضرورة خضوع العقد لقانون واحد يحكمه، ومع ذلك وجدنا أن عقود التجارة الدولية تخضع في أحيان

كثيرة لحكم اكثر من قانون، وهذه المسالة رأيناها بوضوح عندما تتباين النظم القانونية الحاكمة لهذا النوع من العقود الدولية.

٥- إن مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقود التجارة الدولية مستقر أيضا في التشريعات المقارنة، ففي القانون المصري هناك نص مماثل لنص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، وهي المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري، وفي كل من القانونين الفرنسي والإنكليزي، فان اتفاقية روما للالتزامات التعاقدية، والتي تنطبق على عقود التجارة الدولية (م٤/٤) أقرت هذا المبدأ، إذ أن للأطراف في ظلها الحرية في اختيار القانون الذي يحكم تعاقداتهم الدولية ، على أن يكون الاختيار الضمني واضحا بصورة مؤكدة (م١/٣)، وفي حالة عدم وجود اختيار صريح أو ضمني مؤكد، يطبق القانون الأوثق صلة بالعقد (م١/٤) ، ومبدأ قانون الإرادة هذا مستقر أيضا في القانون الأمريكي، حيث نص عليه القانون التجاري الموحد UCC في المادة (١٠٥-١)، كما أخذت به المجموعة الثانية لتنازع القوانين، حيث وردت في المواد (١٨٦ و١٨٧ و١٨٨)، وأخذت به كذلك اتفاقية Inter-American للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.

٦- كما إن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية في القوانين المقارنة ليست مطلقة، فهي تخضع للمبادئ والقواعد التجارية السائدة بين التجار مثل قواعد اليونسترال وقواعد الانكوترمز ومبادئ اليندروا ، التي تناولت بالتنظيم نصوص قوانين واتفاقيات عقود التجارة الدولية.

٧- ولا يبدو أن هناك تعارضا بين إقرار حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية وبين بعض الاتفاقيات الدولية، وخاصة في الدول التي تبنت أحكام اتفاقية روما للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام ١٩٨٠، ،إذ أن حدود الإرادة في اتفاقية روما واضحة في إقرار هذا الحق، فاتفاقية روما بعد أن قررت حرية الإرادة في المادة (١/٣) فإنها أيضا لم تسمح للأطراف بتجاوز الأحكام الآمرة في قانون القاضي عندما تكون جميع عناصر العلاقة مركزة في دولة واحدة "دولة القاضي" (م٣/٣)، كما أن القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية لا يمنع المحكمة من تطبيق القوانين الإلزامية الواردة في قانون القاضي بموجب المادة (٢/٧) من اتفاقية روما، كتطبيق المادة (١٦) من القانون الفرنسي مثلا، كما أن اتفاقية روما نفسها لا تتعارض مع المعاهدات التي تكون الدولة طرفا فيها وذلك بموجب المادة (٢١) من اتفاقية روما، على أن اتفاقية روما تنص على ضرورة مراعاة النصوص الآمرة في قانون دولة ثالثة على علاقة وثيقة بالنزاع حسب نص المادة (١/٧) من اتفاقية روما، إذا كان ذلك القانون على علاقة وثيقة بالنزاع المطروح.

٨- كما اتضح لنا من خلال البحث أن شيوع استخدام عقود التجارة الدولية الإلكترونية، واجه صعوبات تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، التي ستكون حتما أكثر صعوبة منه في عقود التجارة الدولية غير الالكترونية، . والمشكلة في تحديد القانون الواجب التطبيق سوف تكون اكبر في الدول التي تعتمد على محل إبرام العقد، وكيفية تحديد لحظة إبرام العقد لتحديد مكانه ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق طبقا لهذا المكان، واغلب الدول لم تتناول تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه التعاقدات بشكل خاص فبقيت محكومة بقواعد الإسناد المطبقة على عقود التجارة غير الالكترونية.

الهوامش

[١] - د. سامية راشد، قاعدة الإسناد أمام القضاء ،بحث في القانون الدولي الخاص المصري و المقارن، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة الرابعة عشرة، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٧٢،ص٢.

[٢] - د. طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي ،الجنسية - الموطن- مركز الأجانب-تنازع الاختصاص القضائي - تنازع القوانين، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٤١٧-١٤١٨هـ،ص٢٩٨ .

[٣] - المصدر نفسه، ص ٢٩٩ .

[٤] - د. طارق عبدالله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون في جامعة بغداد، ٢٠٠١.ص١٢٨ .

[٥] - د. باسم سعيد يونس، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة الموصل، ١٩٩٨. ص١٨٦ .

[٦] - د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية ، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٤،.ص١١١ .

[٧] - د. طلال ياسين العيسى، العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون في جامعة بغداد، ١٩٩٦،ص١١٤-١١٥ .

[٨] - د. باسم سعيد يونس، مرجع سابق،ص١٩١ .

[٩] - د. حسن الهداوي ود. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٢،ص١٢٢ .

[١٠] - د. باسم سعيد يونس ، مرجع سابق،ص١٩١ .

[١١] - د. حسن الهداوي ود. غالب علي الداودي، مرجع سابق،ص١٥٣. ود. جابر إبراهيم الراوي ،أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي ،مرجع سابق،ص١٢٣ .

[١٢] - د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص ،مرجع سابق، ص٢٦١. و راجع د. عزالدين عبدالله، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي، مرجع سابق،ص١٩-٢٠ .

[١٣] - د. إبراهيم احمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، من دون مكان طبع،١٩٩٧،ص٣٤٤ .

[١٤] - د. طلال ياسين العيسى، مرجع سابق،ص١١٥ .

[١٥] - د. باسم سعيد يونس، مرجع سابق،ص١٩٦ .

[١٦] - د. غالب علي الداودي ود. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجنسية و الموطن ومركز الأجانب،الجزءالأول،ص٢٢٣

[١٧] - د. باسم سعيد يونس ، مرجع سابق،ص١٩٦ .

[١٨] - د. جابر إبراهيم الراوي ،مبادئ القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي والمقارن، مطبعة المعارف بغداد، ١٩٧٦،ص٣٩ .

[١٩] - راجع في هذا التبرير والرد عليه د. منير عبد المجيد ،مرجع سابق،ص١٠١ .

[٢٠] - د. طارق عبد الله عيسى المجاهد ،مرجع سابق، ص١٤٦ .

[٢١] - د. باسم سعيد يونس ،مرجع سابق، ص١٩٧ .

[٢٢] - د. طارق عبد الله عيسى المجاهد ،مرجع سابق، ص١٤٦ .
[٢٣] - د. منير عبدالمجيد، ،تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف بالإسكندرية ، مصر ١٩٩٢ ، ص١٠١.
[٢٤] - د. طلال ياسين العيسى ،مرجع سابق،ص١١٦ .
[٢٥] - المصدر نفسه، ص١١٦-١١٧ .
[٢٦] - د. باسم سعيد يونس، مرجع سابق،ص١٩٨. وراجع: د. طارق عبدالله عيسى المجاهد ، مرجع سابق،ص١٤٩. وهو ينتقد المشرع اليمني لاعتماده على ضوابط إسناد جامدة، وهي الضوابط التي اعتمدها المشرع العراقي نفسها ، ود. طلال ياسين العيسى ،مرجع سابق،ص١١٧-١١٨. وحميد فيصل الدليمي، خضوع العقد لقانون الإرادة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية صدام للحقوق، ١٩٩٨،ص٤٩.
[٢٧] - د. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٢، ص٩٢ .
[٢٨] - راجع في هذه التبريرات د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٤١٩ .
[٢٩] - د. حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص٤٢٦ .
[٣٠] - د. طلال ياسين العيسى ، مرجع سابق، ص١١٧.
[٣١] - د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ،منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٥. ،ص٤١٨ .
[٣٢] - د. جابر إبراهيم الراوي ، مبادئ القانون الدولي الخاص ،مرجع سابق،ص٤٠ .
[٣٣] - راجع رأي WIESS أشار إليه : د.منير عبد المجيد ،مرجع سابق،ص١٠١. ود. باسم سعيد يونس، مرجع سابق،ص١٤٦ .
[٣٤] - د. طارق عبد الله عيسى المجاهد ،مرجع سابق،ص١٣٩ .
[٣٥] - د. عز الدين عبد الله ،القانون الدولي الخاص المصري،ص٣٣٣ .
[٣٦] - د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ،ص ٢٣٣.
[٣٧] - د. طارق عبد الله عيسى المجاهد ،مرجع سابق،ص١٣٥-١٣٦ .
[٣٨] - د. باسم سعيد يونس ، مرجع سابق، ص١٥١-١٥٢.
[٣٩] - د. صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفينة، دراسة مقارنة في القانون البحري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨١،ص٢٠٩ .
[٤٠] - د. عز الدين عبد الله ،القانون الدولي الخاص المصري ،مرجع سابق،ص٣٣٤ .
[٤١] - راجع في هذه الانتقادات د. صلاح محمد المقدم ، مرجع سابق،ص٢٠٨-٢٠٩ .
[٤٢] - راجع قرارات محكمة الاستئناف المختلطة المعروضة لدى د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري ، مرجع سابق،ص٣٢٧ .
[٤٣] - د. حامد زكي، أصول القانون الدولي الخاص .مجلس النشر العلمي ، الكويت ،١٩٨٨،ص١٨٥-١٨٦ .
[٤٤] - د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص ،مرجع سابق،ص٢٦٠ .
[٤٥] - المصدر نفسه،ص٢٦١ .
[٤٦] - د. حفيظة السيد حداد، مرجع سابق،ص٤٢٤-٤٢٥ .
[٤٧] - د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، دار المعارف بمصر، ١٩٥٧،ص٣١١.
[٤٨] - تقابلها المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي التي تنص على أن (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا).
[٤٩] - د. عكاشة محمد عبدالعال ،قانون العمليات المصرفية ،مرجع سابق،ص٤٥٤. حيث يرى تطبيق قانون المصرف القائم بالعملية المصرفية عند عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية مؤكدة استنادا للمادة (٢٤) مدني مصري ، وراجع: د. منير عبدالمجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ،مرجع سابق،ص١٧٧ .حيث يرى تطبيق قانون مكان التنفيذ استنادا للمادة (٢٤).
[50] - Ole Lando, Some issues relating to the Law applicable to contractual obligations, 25 June 1997, p1.

[51]- *American Trading Company V. Quebec Steamship Company Limited*. See Mario Giuliano and Paul Lagard,. P, 11.
[52]- Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Droit International Prive, 6e. edition, DALLOZ, Paris, 1999, p, 443 .

[53]- Bernard Audit, Driot International Prive, 3e edition, Economica Paris,2000, p, 677.

[54].- Soc. *Jansen V. Soc. Heurtey*. See Mario Giuliano & Paul Lagard, op, cit. P, 15

[55]- Applicable Law- Community Law, European Judicial Network in civil &commercial matters, p, 1.

[٥٦] - راجع نص المادة (١/٣) من اتفاقية روما .

[٥٧] - محكمة روان الاستئنافية في ٢٩ شباط ١٩٧٢ بحري فرنسي ١٩٧٢-٤٦٣ أشار إليه د. إبراهيم مكي، الوسيط في القانون البحري الكويتي،ص١٥٢.

[٥٨] - د. طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما ١٩ يونيو ١٩٨٠، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٠،ص٥١ .

[٥٩]- Mario Giuliano & Paul Lagard, op, cit. P, 13.

[٦٠] - المادة (١/٤، ٢) من اتفاقية روما .

[٦١] - وردت المادة (٤/٤) من اتفاقية روما بالشكل الآتي:

"A contract for the carriage of goods shall not be subject to the presumption in paragraph 2. In such a contract if the country in which, at the time the contract is concluded, the carrier has his principal place of business is also the country in which the place of loading or the place of discharge or the principal place of business of the consignor is situated, it shall be presumed that the contract is most closely connected with that country. In applying this paragraph single voyage charter-parties and other contracts the main purpose of which is the carriage of goods shall be treated as contracts for the carriage of goods"

[62]- Ole Lando, op, cit. P, 81.

[63]George Hazboun, "Autonomy" in choice of law- principle and prospective- JOURNAL OF LAW, VOL.9 NO.2, University of Kuwait, June, 1985, p, 10

[64]- Ole Lando, op, cit. P, 2.

[65].- MARTIN WOLFF, op, cit. P, 415-416

[66]- Ole Lando, op, cit. P, 3.

[67]- MORRIS, op, cit. P, 279 "The proper law of a contract should be defined no as the law intended by the parties, but as the system of law by reference to which the contract was made or that with which the transaction has its closest and most real connexion"

[٦٨] - د. صلاح محمد المقدم ،مرجع سابق،ص٢١٢ .

[69]- *THE ASSUNZIONE [1954] p. 150 (Court of Appeal)* See MORRIS, op, cit. P.276-279

[70]- *Hamlyn V. Tallisker [1894] A.C. 202*. See O.KAHN FREUND, THE GROWTH OF INTERNATIONALISM IN ENGLISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Sixth Series—January 1960, p, 37.

[71]- *Spurrier V. LaClocbe [1902] A.C.446 (P.C).*

[72]- MORRIS, op, cit. P, 280.

[٧٣] - د.صلاح محمد المقدم ،مرجع سابق،ص٢١٤

[74]- Paul Todd, Contracts (Applicable Law) Act 1990,31 May 1997, p,32.

[٧٥] - يذهب رأي إلى أن لغة العقد أو مكان الإبرام أو الوفاء أو جنسية المتعاملين أو نوع العملة المختارة لأداء الثمن، تخرج من مجال الإرادة الضمنية المؤكدة لان مثل هذه العناصر لا تحمل في ذاته اليقين اللازم لتحديد قانون العقد، وان أمكن أن تدخل في إطار تقدير ظروف التعاقد بصفة عامة، وتبقى مسالة استجلاء الإرادة الضمنية للأطراف على هذا النحو مسالة ترتبط بالواقع الذي يستقل بتقديره قاضي الموضوع وتمارس عليه محكمة النقض رقابة التسبيب للتحقق من سلامةالاستخلاص.د. طرح البحور، مرجع سابق،ص٥٢ .

[76] - Mario Giuliano & Paul lagarde, op, cit. P, 13.

[77].- MARTIN WOLFF, op, cit. P, 422

[78]- Ole Lando, op, cit. P, 8.

[79].- Mario Giuliano & Paul Lagarde, op, cit. P, 13

[80]- *Egon Ollendorf V. Libera Corporation [1995] 2 L.L.R64.* Ole Lando, op, cit. P, 8 .

[81]- O.KAHN FREUND, op, cit. p, 38 .

[82]- The Michigan Porrowing Statute: A peport The Michigan Law Revision Commission and Recommendation to the Legislature,p2.

[83]- William Tetley, Q.C., A CANADIAN LOOKS AT AMERICAN CONFLECT OF LAW THEORY AND PRACTICE, 1999, P, 11.

[٨٤] - لمزيد من التفصيل في نظرية المصالح الحكومية راجع د. رياض القيسي ،الاتجاهات الفقهية المعاصرة في القانون الدولي الخاص الأنجلو-أمريكي، مجلة القانون المقارن، العدد الأول ،مطبعة اسعد، بغداد، ١٩٦٧،ص٩٠ ،وراجع كذلك د. طارق عبدالله عيسى المجاهد، مرجع سابق،ص١٦٤.

[85]- California's Approach to Choice of Law in the Absence of an Effective Choice by the Parties, p 1-2.

[86]- California's Approach to Choice of Law, op, cit. P, 2&4 .

[٨٧] - والولايات التي لا تتبع قانون المكان lex loci الواردة في المجموعة الأولى والعلاقة الأهم الواردة في المجموعة الثانية تتبع نظرية المصالح الحكومية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، راجع:

The Michigan Porrowing Statue, op, cit. p2.

[88]- Reinhard Schu, Outline of the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations 1980, 28 February 1996, P, 7.

[89]- Inter-American Convention on the Law Applicable to the International Contracts.(I.C.A).

اذ أقرت هذه الاتفاقية عام ١٩٩٤ فيMexico City من قبل مؤتمرInter-American الخامس للقانون الدولي الخاص (CIDIP-V) لمنظمة الدول الأمريكية (OAS) و مناقشاتها الأولى كانت عام ١٩٧٩ اتبعتها مسودات عديدة ،ويبلغ عدد الأطراف فيها ١٧ دولة من دول أمريكا اللاتينية فضلا عن الولايات المتحدة وكندا.

[٩٠] - المادة (٩) من اتفاقية انتر- أمريكان للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي .

[٩١] - المادة (١٠) من الاتفاقية .

[٩٢] - قواعد النظام العام وردت في المادة (١٨) من الاتفاقية .

[٩٣]- وهو ما ذهبت اليه المادة (٢٠) من الاتفاقية، وهذا يعني أن هذه الاتفاقية تراعي معاهدات عقود التجارة الدولية .إلا أن هذه الاتفاقية لم تدخل حيز التنفيذ بعد. راجع للمزيد من التفصيل:

Ole Lando, Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium, 2 November 1995, p, 24-25.