

القانون الملائم للعقد في القانون الانجليزي

The Proper Law Of Contract in English law

م.د.منى نعيم جعار

جامعة بغداد – كلية القانون

Dr: Muna Naeem jaaz

University of Baghdad – College of law

Muna.n@colaw.uobaghdad.edu.iq

الخلاصة

من القواعد غير المتنازع بشأنها في القانون الانجليزي هي ان القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية يعرف بالقانون الملائم للعقد (The proper law) فهو الذي يهيمن او يحكم المسائل التعاقدية، فالقانون الانكليزي يؤكد ضرورة عدم اعتماد الحلول الجامدة التي تنطبق بطريقة صماء وآلية على كافة الحالات التي يثار فيها تنازعاً بين قوانين دول مختلفة، بل يجب ان تصاغ قواعد التنازع بطريقة تتسم بالمرونة والواقعية وتأخذ في الحسبان الملابسات المحيطة بالمسألة المعروضة امام القاضي، ويصار الى اختيار القانون الملائم للعقد على وفق اساسين، احدهما ذاتي قائم على الارادة الصريحة او الضمنية، والآخر موضوعي قائم على الصلة بين موضوع العقد والقانون المختار .

الكلمات المفتاحية : القانون الملائم- الاختيار الصريح- الاختيار الضمني- القواعد المرنة - القواعد الجامدة

Abstract

One of the undisputed rules in English law is that the law applicable to contractual obligations is The proper law for the contract, as it is the one that dominates or governs contractual issues. English law emphasizes the necessity of not adopting rigid solutions that apply in a blind and mechanical way to all cases in which A conflict arises between the laws of different countries. Rather, the rules of conflict must be formulated in a flexible and realistic manner that takes into account the circumstances surrounding the issue presented before the judge. The proper law for the contract is chosen according to two bases, one of which is subjective and based on explicit or implicit will, and the other is objective based On the connection between the subject of the contract and the chosen law.

Key words: The proper law – explicit choice – implicit choice – flexible rules – rigid rules.

المقدمة

بموجب نظرية القانون الملائم للعقد، يحكم العقد القانون الذي عبر عنه الاطراف صراحة او ضمناً واختاروه بصفته القانون الذي يحكم عقدهم برمته ويعتد به بحسب الأصل، الا ان للقاضي -مع وجود قانون الإرادة- الاعتداد بأي قانون آخر يراه أكثر ملاءمة لا سيما عند انعدام الصلة بين القانون المختار وظروف التعاقد وموضوعه أو كان القصد من هذا الاختيار التحايل على القانون الواجب التطبيق حسب قاعدة الإسناد.

والبحث في منهج الاسناد المرن بشكل عام ونظرية القانون الملائم للعقد بشكل خاص الى صعوبة تطبيق المعايير الجامدة المكانية والشخصية وعدم ملاءمتها لكل الحالات فعنصر المكان تطبيقه صعباً في توطين وتركز العلاقة القانونية ، اذ ان العقد محل النزاع دولياً ويبرم عادة الكترونياً في بيئة افتراضية، ومهمة القاضي في تحديد القانون الواجب بالاستناد الى الضوابط التقليدية ستتعدد اذا تم ابرام وتنفيذ العقد الكترونياً. وكذا الحال بالنسبة للروابط الشخصية ومنها الجنسية المشتركة للمتعاقدين ، فاتحاد الجنسية لا يتحقق كثيراً لاسيما وان العقد دولي ، اصف الى ذلك يصعب التحقق من هوية الاطراف وتحديد اماكن تواجدهم لحظة ابرام العقد ومن ثم تضعف الصلة بين هذا العنصر والعقد. ونتيجة لذلك وجدنا من الضروري الى استخلاص ضوابط من عناصر موضوعية تربط العقد بالقانون الاكثر ملاءمة واتصالاً به وفقاً لظروف وملابسات التعاقد.

مشكلة البحث : لعل من الاهمية بمكان تحديد مفهوم نظرية القانون الملائم للعقد، وذلك لإزالة اللثام والغموض الذي يكتنف هذه النظرية ، فالقانون الملائم للعقد لا بد من ان يحكم مدى ملائمة ضوابط معينة يستند اليها القاضي في تحديد الملاءمة ، وهذه اشكالية بحد ذاتها فكيف له ان يحكم بملاءمة قانون دون غيره؟ فلا بد من البحث عن تأصيل وتأسيس قانوني لهذه النظرية وبيان مدى المقاربة بينها وبين مناهج الاسناد الاخرى.

منهجية البحث : سنعتمد في دراستنا لموضوع (القانون الملائم للعقد في القانون الانجليزي) على اسلوب المنهج التحليلي وذلك بعرض نظرية القانون الملائم للعقد في اصلها ومفهومها وما يحيط بها بصفاتها منهجاً مرناً واجراء مقارنة بينها ومناهج الاسناد المرن والفيصل بينها ومنهج الاسناد الجامد وتقويم لتلك المناهج فضلاً عن التطرق لضوابط ملاءمة القانون لحكم العقد.

هيكلية البحث : سيتم تقسيم البحث في هذا الموضوع على مطالب ثلاثة وكما مبين في ادناه :

المطلب الاول : مفهوم القانون الملائم للعقد في القانون الانجليزي

الفرع الاول : تعريف القانون الملائم للعقد

الفرع الثاني : المقاربة بين نظرية القانون الملائم للعقد ومناهج الاسناد المرنة الاخرى .

المطلب الثاني : احكام تطبيق القانون الملائم للعقد في القانون الانجليزي

الفرع الاول : نطاق تطبيق القانون الملائم للعقد في القانون الانجليزي

الفرع الثاني : تجزئة العقد في القانون الانجليزي

المطلب الثالث : ضوابط ملاءمة القانون لحكم العقد في القانون الانجليزي

الفرع الاول : الضوابط الذاتية لملاءمة القانون للعقد

الفرع الثاني : الضوابط الموضوعية لملاءمة القانون للعقد

المطلب الاول

مفهوم القانون الملائم للعقد في القانون الانجليزي

المعروف في نطاق القانون الدولي الخاص ان "العقد يتضمن عنصراً اجنبياً مؤثراً سواء تعلق هذا العنصر بمكان ابرامه او تنفيذه او موضوعه او نطاقه" ومن ثم فإن تركيز عناصره في أكثر من دولة ينتج عنه ارتباطه بأكثر من نظام قانوني واحد، ومن ثم تثار مسألة اي من الانظمة القانونية سيحكم هذا العقد.

والآلية التقليدية المعتمدة في اغلب التشريعات تتم بإسناد العقد إلى النظام القانوني الأكثر ارتباطاً به من خلال وضع قواعد فنية تعرف بقواعد الاسناد، الهدف منها إرشاد القاضي للقانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي بالاعتماد على ضوابط مكانية أو شخصية تنتهي الى القانون الذي سيحكم العقد (1).

وللوقوف على مفهوم نظرية القانون الملائم للعقد لابد من التعريف بالقانون الملائم ودراسة مدى المقاربة بينه وبين قواعد الاسناد المرنة الاخرى وذلك بتقسيم هذا المطلب على فرعين وعلى النحو الآتي :

الفرع الاول

تعريف القانون الملائم للعقد

عرف الفقه الانكليزي القانون الملائم للعقد بأنه: (النظام القانوني الذي يختاره الطرفان صراحةً أو ضمناً بصفته القانون الذي يحكم عقدهما وفي حالة عدم وجود الاختيار، فهو نظام يرتبط به العقد بأوثق صلة وأكثرها واقعية) (2). وقال اخر بأن : (نظرية القانون الملائم نظرية مقتضاها حق القاضي أن يكشف -في كل حالة على حدة - عن أنسب القوانين لحكم العلاقة التعاقدية مثار النزاع) (3).

(1) . د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الاول، المبادئ العامة في تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010 ص 361

(2). marshall, brooke adele "reconsidering the proper law of the contract melbjlint law 18; (2012) 13(1) melbourne journal of international law 505

(the proper law of the contract is the system of law which the parties expressly or impliedly choose as the law governing their contract or, in the absence of such choice, the 'system of law with which the contract has its closest and most real connection').see also : dana stringer, 'choice of law and choice of forum in brazilian international commercial contracts: party autonomy, international jurisdiction, and the emerging third way' (2006) 44 *columbia journal of transnational law* 959, 968–77.

(..the proper law of the contract is the system of law that the parties impliedly choose as the law governing their contract)

(3). martin wolff. private international law : second edition ; oxford : at the clarendon press 1950p.413.

عرفه الفقيه الانكليزي Morris بأنه (النظام القانوني الذي ينوي الطرفان ان يحكم العقد او حيثما لا يتم التصريح عن نيتهم ولا يمكن الاستدلال على ذلك من خلال الظروف هو النظام القانوني الذي يكون معه موضوع العقد اوثق صلة واكثر واقعية)⁽¹⁾. او هو(ذلك النظام القانوني الذي يقصد الأطراف بموجبه أن يخضع العقد له ، أو إذا لم يتم التعبير عن نيتهم وعدم الاستدلال عليها من الظروف فهو النظام القانوني الاوثق والأكثر صلة بالعقد)⁽²⁾.

اما الفقهاء العرب فقد عرفوه بأنه : (هو القانون الذي يتم بمقتضاه إسناد العقد للقانون الأوثق صلةً به وفقاً لظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة)⁽³⁾. وقال آخر بأنه : (القانون الذي يحكم العقد هو الذي يختاره المتعاقدان صراحة او ضمناً فإذا تعذر على القاضي استخلاص ارادة الطرفين المتعاقدين فإن قانون العقد هو النظام القانوني الذي يرتبط به ارتباطاً وثيقاً ويحدده القاضي هذا النظام من شروط العقد وكافة الظروف المحيطة به)⁽⁴⁾.

وعرفه استاذنا د. عباس العبودي بأنه : (نظرية يتوصل فيها القاضي الى القانون الاوثق صلة للبحث عن مركز الثقل في الرابطة العقدية تمهيداً لإسنادها الى قانون ذلك المكان من خلال البحث في ظروف التعاقد وملابساته ومن ثم اسنادها الى القانون الذي يشكل مركز الثقل في هذه الرابطة)⁽⁵⁾.

ومن استعراض الاراء الفقهية اعلاه بشأن مفهوم نظرية القانون الملائم فإن تطبيقه في نطاق العقد يمتاز بالمزايا الآتية:

1. ان القانون الملائم للعقد هو القانون الذي يعطي للطرف مكنة اختيار القانون الذي يلاءمهم ان هم اختاروه بدون احتيال⁽⁶⁾ ويقدم هذا الحل مكاسباً ثلاثة مهمة اولها انه يؤمن للطرف الذين صرحوا عن اختيارهم قانوناً معيناً توقعات كاملة وهذا امر لا يحققه اي معيار آخر. وثانيهما انه يشجع ابرام عقود دولية لأنه يعطي للطرف امكانية استبعاد قانون اي طرف منهم يكون غير ملائم للطرف الآخر او اختيار قانون حيادي ثالث غريب تماماً عن العقد، واخيراً يستطيع هذا الحل تمكين الاطراف من الخضوع لقانون يتلاءم مضمونه بشكل خاص مع مشروعهم⁽⁷⁾.

(1). see : dicey & morris , the conflict of laws , 9th edition , stevenage & sons limited , 1973 , p 721

(proper law of a contract means the system of law by which the parties intended the contract to be governed , or where their intention is neither expressed nor to be inferred from the circumstances , the system of law with which the transaction has its closest and most real connection) .

(2). p.r.h.webb , the conflict of law and contract , publication no.25.1985, p15.

(for our purposes, the proper law" of a contract is that system of law by which the parties intended to the contract to be governed, or, if their intention is not expressed and not to be inferred from the circumstances, the system of law with which the transaction has its closest and most real connection

(3) . ينظر : د. محمد الروبي ، تنازع القوانين في مجال الإلتزامات غير التعاقدية ، دار النهضة العربية. القاهرة. 2005. فقرة 59 وما بعدها. ص 66-71.

(4) . عوني محمد الفخري ، ارادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية ، ط 1 ، منشورات زين الحقوقية ، 2012 ، ص 126

(5) . د. عباس العبودي ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية ، دراسة مقارنة ، ط 1 ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2014 ، ص 186

(6) . ينظر بالمعنى ذاته : د.لبنى عبد الحسين السعيد ، د.جليل حسن الساعدي ، ازمة القانون الدولي الخاص في منازعات الذكاء الاصطناعي ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2023 ، ص 112

(7) . د. هشام علي صادق. تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن. منشأة المعارف. الإسكندرية. 1977. فقرة 182. ص 647-648. وانظر كذلك د. حفيظة السيد الحداد. القانون الدولي الخاص. المصدر السابق. ص 422 وما بعدها



2. حماية توقعات الاطراف ⁽¹⁾ فهم مصممو لبناته الاولى بممارساتهم وعاداتهم وارتضاءهم مقرراته وهو يجنبهم اختلاف القوانين الوطنية التي لا تجاري انماط معاملاتهم فهو القانون الموضوعي الذي يحقق العدالة وقواعده مرنة وليدة ظروف واقعية تعكس حاجاتهم .
3. يمنح الاطراف علم ومعرفة مسبقة بالقانون الذي سيحكم عقدهم ومنحهم حرية واسعة لإختيار بنوده .
4. انه القانون الذي يحكم العقد برمته ،اذ يتم إسناد الرابطة التعاقدية برمتها إلى القانون الأوثق صلةً بها فيخضع تكوينه وصلاحيته وتفسيره وتنفيذه جميعاً للقانون نفسه وهذا القانون وحده يؤثر على الالتزام التعاقدي ولا يوجد أي سلطة تقيد "أنه لا يمكن أن يكون هناك قانون واحد ملائم يحكم العقد برمته ⁽²⁾ .
5. يحقق مبدأ اليقين القانوني ⁽³⁾ ويمثل خطوة ايجابية نحو امكانية التنبؤ واليقين فيما يتعلق بإختيار القانون ⁽⁴⁾ . وفي مقابل المزايا المذكورة هناك انتقادات موجهة الى القانون الملائم لتطبيقها في نطاق العقد، ومن هذه الانتقادات وهي :
 1. ان القانون الملائم للعقد كما وضعه القانون العام غير محدد وغير مؤكد من حيث النطاق وغير مناسب للتعامل مع التطورات الحديثة في العقود الدولية ⁽⁵⁾ . كما انه يفصل بين النظرية والتطبيق ⁽⁶⁾ .

(1). ronald a brand, 'the rome i regulation rules on party autonomy for choice of law: a us perspective' (legal studies research paper no 2011-29, university of pittsburgh school of law, december 2011) 5 n 3 citing eugene f scoles et al, *conflict of laws* (thomson west, 4th ed, 2004) 947 [18.1]

(...in contracts, ... there is but one basic policy, namely protection of the expectations of the parties) .

(2). dicey and morris , op.cit ,p 723.

(the same law applies to all aspect of the contract (.. the formation and validity of the contract , its interpretation and its discharge are all governed by the same law which thus applies of the creation" as well as to the "performance" of the contract , this law alone ,can by its legislation affect the proper law of contract) .

(3). peter north, *private international law problems in common law jurisdictions* (martinus nijhoff, 1993) 134–6; a j e jaffey, 'choice of law in relation to *ius dispositivum*' in p m north (ed), *contract conflicts* (north-holland, 1982) 33, 38–9

(4). jonathan harris, 'understanding the english response to the europeanisation of private international law' (2008) 4 *journal of private international law* 347, 359–63.

consistent with the approach taken under the rome i regulation and the draft hague principles — not only gives primacy to party autonomy, but is a positive step towards predictability and certainty as to choice of law. however, it is clear from the operation of the rome convention that for this two-tiered test to operate effectively in australia.

(5).law reform commission, *choice of law*, report no 58 (1992) 81 [82] ('*choice of law report*'). note that from 1996 onwards, the law reform commission became known as the 'australian law reform commission' ('alrc').

(.. 'the proper law of the contract as developed by the common law is ill-defined and uncertain in scope and inadequate to deal with modern developments in international contracts.)

(6). e.j.cohn, 'the objectivist practice on the proper law of the contract' (1957) 6 *international and comparative law quarterly* 373, 387.

in effect, this postulate conflates the second tier with the third. cohn attributes this conflation to the rift between theory and practice

2. ان اعمال القانون الملائم للعقد على اساس النية المفترضة أصبح يُنظر إليه على أنه وهم ،ويذهب بعض الفقه الى انه من غير المنطقي اصطناع قاعدة قانونية مبنية على أساس النية المشتركة المفترضة وتطبيقها على مواقف حقيقة ، فالنية هذه اما ان تكون غير موجودة من الاساس أو يكون تحديدها مجرد تخمين ، لذلك فقد هذا الاساس مصداقيته منذ سنوات عديدة في الولايات القضائية القارية (1).

3. اخذ على هذه النظرية انها تمنح الاطراف حرية مطلقة في الاختيار حتى لو كان القانون المختار عديم الصلة بالعلاقة محل النزاع ، الامر الذي يفتح باب التحايل نحو القانون عندما يعمد الأطراف الى اختيار قانون معين لحكم جوانب العقد المختلفة مع علمهم المسبق بإنتقاء اي صلة بينه وبين العقد او بقصد التهرب من الاحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعقد (2) .

4. ومن مثالبها ايضا انها لا تعتد بالارادة الضمنية للأطراف وتعدّها نوعاً من غياب الارادة وعدم الاختيار ، فالارادة الضمنية وان كان غير معبر عنها الا انها ارادة حقيقية لها قرائن تؤكد وجودها . واحد الاحكام القضائية تؤكد ذلك وهو الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس بتاريخ 26 اكتوبر 1962 عندما اعلنت ان اتفاق الاطراف على عرض المنازعات التي تنشور بصدد تنفيذ العقد لدى محكمين في دولة معينة يعتبر اقوى الدلائل على قصدهما في خضوع العقد لقانون هذه الدولة (3).

الفرع الثاني

المقاربة بين القانون الملائم للعقد ومناهج الاسناد المرنة الاخرى

يتنازع إسناد العلاقات الناشئة عن العقود الدولية الخاصة مذهبان، ذاتي قال به الفقيه البلجيكي (لوران) والذي يعطي الارادة مطلق الحرية في اختيار قانون العقد من دون قيد أو شرط، ويحولها سلطانا مطلقا يرتفع بها فوق القانون ، اذ يستمد هذا الأخير قوته الملزمة من اتفاق الاطراف على اختياره ، وأدى ذلك الى نتائج غير منطقية قد تصل الى حد افلات العقد من الخضوع لأي قانون فتضاءل دور القانون ليصبح مجرد بند في العقد(4). فظهر عقب ذلك مذهب آخر في إسناد العقود الدولية الخاصة هو المذهب الموضوعي، الذي يرى ان ارادة الاطراف في اختيار قانون العقد ليست حرة وانما مقيدة بالأهداف التي تسعى اليها قاعدة التنازع في قانون القاضي، وهذا المذهب تمخض عن نظريات ثلاث، اولها نظرية التركيز الموضوعي للعقد الذي قال بها (باتيفول) والثانية النظرية الازدواجية التي قالت بها الاستاذة (ديبي جيرارد) والثالثة نظرية الأداء المميز التي قال بها الفقيه السويسري (شناينزر)وسنقتصر في دراستنا على معرفة مدى المقاربة بين نظرية القانون الملائم للعقد نظريتي الاداء المميز والتركيز الموضوعي .

(1) ernst zitelmann, *internationales privatrecht* (ducker & humblot, 1897) vol 2, 373. see also: ole lando, 'the proper law of the contract' (1964) 8 scandinavian studies in law 105, 155

(the concept had likewise been discredited many years earlier in continental jurisdictions by the likes of pillet, niboyet and zitelmann)

(2) . د. عبدة جميل غصوب ، دروس في القانون الدولي الخاص ، ط1 ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،بيروت ، 2008، ص349

(3) د. عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ج 2 ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي ، ط 5 ، 1965 ، ص 423

(4) . دبدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص157

أولاً : المقاربة بين القانون الملأئم للعقد ونظرية الاداء المميز.

نادى بهذه النظرية الفقيه السويسري (Schneitzer) وهي نظرية تقوم على تخصيص ضابط اسناد لكل طائفة من طوائف العقود وفقاً لفكرة الاداء المميز في العقد ، ومن ثم خضوع العقد لقانون المكان الذي يكون الاداء المميز متحققاً فيه (1). اي أن القاضي يقوم بتحليل الرابطة التعاقدية نفسها والبحث عن الالتزام أو الأداء الجوهري المميز فيها ومن ثم يقوم بتركيزها من خلال ذلك الاداء المميز في المكان الذي تحقق فيه وظيفتها الاقتصادية والاجتماعية، ويفترض أنصار هذا المنهج أن قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز هو القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد (2). وفكرة الاداء المميز تقوم على ان العقود بطبيعتها تحوي مجموعة التزامات متبادلة بين الطرفين المتعاقدين ، وتهدف إلى تحقيق مصلحة او غاية مشتركة لهما (3) ويكون اداء احد الطرفين فيها اكثر ثقلاً من الآخر عليه عرف الفقيه (van Overstraeten) الاداء المميز بأنه ذلك الأداء الجوهري في الرابطة العقدية، وعرفه الفقيه (Jean-Baptiste) بأنه الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى حيث ان لكل عقد اداء يميزه ويحدد خصائصه (4). وقال آخر بأنه (الالتزام الاساسي الذي يتم الدفع مقابلته) (5) وعرف اخيراً بأنه (الاداء الرئيس التابع للالتزام الذي يقع على عاتق احد طرفي العقد والذي يعطي العقد مميزاته الفردية) (6) كأداء البائع بتسليم المبيع في عقد البيع ، واداء الطبيب بتقديم الرعاية في العقد الطبي (7) واداء الواهب او الوكيل في العقود الملزمة لجانب واحد ، فالواهب او الوكيل يكون مديناً غير دائن ومن ثم فإن أداءهما هو الاداء المميز في العقد وعليه فإن مضمون الاداء المميز لا يتوقف على ظروف وملابسات العقد وإنما بالنظر الى طبيعة الالتزام الحقيقي الذي يميز كل طائفة من العقود عن غيرها (8) . ولا يختلف الامر كثيراً بالنسبة للأداء المميز في العقود التقليدية عنه في العقود الذكية التي تبرم بين مستخدمي منصات العقود الذكية والجهة المنظمة أو المالكة للمنصة الذكية (9) او اداء

- (1) . عوني محمد الفخري ، المصدر السابق ، ص 19
- (2) . نوري عباس العبودي ، الأداء المميز وأثره على عملية الإسناد، مكتبة السنهوري، بغداد ، 2016 ، ص 20
- (3) . الساعدي جليل حسن، و جعار منى نعيم. 2019. "معالجات الاخلال بمضمون العقد دراسة في القانون الفرنسي على وفق مرسوم 131-2016 والمشرع التمهيدي لتعديل قانون المسؤولية المدنية في فرنسا 2017". مجلة العلوم القانونية. 30-58: (5) 34

<https://doi.org/10.35246/jols.v34i5.304>

- (4) . نقلاً عن : صالح المنزلوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ، 2008 ، ص 336

(5). dr.nicky richardson , the concept of characteristic performance and the proper law doctrine , bond law review , vol 1, issue 2 , art 9 , 1989 p 285

(the characteristic performance of the contract is not the payment of money , but the performance for which payment is due ..)

(6) dr. kurt lipstein , characteristic performance , anew concept in the conflict of laws in matters of contract for the eec , northwestern journal of international law of business , issue 3 , 1981 p 4

(the characteristic performance is identical with the characteristic obligation owed in a contract which gives this type of contract its individual features)

(7) . منى نعيم جعار ، الخطأ المضمّر في نطاق الخطأ المضمّر في نطاق المسؤولية الطبية دراسة فقهية وقضائية مقارنة (فرنسا – العراق) انموذجاً ، بحث منشور في مجلة اكليل للدراسات الانسانية ، العدد 12، كانون الاول، 2022، ص 295

(8) . د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشأة المعارف الاسكندرية ، 1995 ، ص 448

(9) . عثمان أيمن. 2023. "العقد الذكي: الأساس النظري وجدلية التطبيق". مجلة العلوم القانونية. 239-72: (1) 38
<https://doi.org/10.35246/jols.v38i1.605>.

الوكيل الذكي الاصطناعي الذي يؤدي عمله بطرق برمجية في بيئة رقمية⁽¹⁾ فيكون اداء الاخير هو الاداء المميز ، وعليه يمكننا ان نعرف الاداء المميز بأنه الاداء الذي يمثل مركز الثقل في الربطة العقدية وبموجبه يتميز العقد المبرم عن غيره من عقود .

اما على مستوى التشريعات العربية نجد ان المشرع التونسي من المؤيدين لفكرة تبني المعايير الموضوعية المرنة بصراحة الفصل 26 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في 27 تشرين الثاني 1998 المادة 62 منه : (اذا كانت العلاقة دولية يطبق القاضي القواعد الواردة بهذه المجلة وعند التعذر يستخلص القاضي القانون المنطبق بتحديد موضوعي لصنف الاسناد القانوني)⁽²⁾.

اما بالنسبة لموقف الاتفاقيات الدولية من نظرية الاداء المميز، فقد تبنتها اتفاقية روما 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية⁽³⁾ بالاشارة الى خضوع العقد الى القانون الاوثق صلة بالعلاقة العقدية وذلك في حالة عدم اختيار الاطراف بنص المادة 4 / 2 من الاتفاقية المذكورة والتي تنص على انه : (.. يفترض ان للعقد الصلة الاوثق مع الدولة التي يكون فيها وقت ابرام العقد محل الاقامة المعتاد للطرف الذي يجب ان يقدم الاداء المميز ، واذا تعلق الامر بشركة او جمعية او شخص معنوي عد الاداء المميز متحققاً في الدولة التي يوجد بها مركز ادارته الرئيس) .

كما وافقت اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على عقود بيع البضائع الدولية لسنة 1986 نظرية الاداء المميز ، حيث قضت في م 8 منها الى يسند العقد الى قانون الدولة التي يوجد بها مؤسسة البائع وقت ابرام العقد⁽⁴⁾. ولما كان الاصل في نظرية الاداء المميز ان يتم اسناد كل عقد الى قانون موطن او محل اقامة المدين بهذا الاداء باعتباره القانون الاوثق صلة بالعقد وكونه الالتزام الرئيس في العقد ، الا ان هذا الاصل قد يتعذر تطبيقه في بعض الفروض ، فهناك طائفة من العقود الملزمة للجانبين لا يمكن ان نحدد فيها الاداء المميز بطريقة قاطعة ، كما هو الحال في العقود المركبة التي تكون الالتزامات الناتجة عنها لها الاهمية ذاتها بحيث يمكن اعتبار اي منها اداءً مميزاً ومن ثم يتعذر الوصول الى تحديد القانون الواجب التطبيق ، لذا نجد ان بعض التشريعات التي اعتمدت هذه النظرية⁽⁵⁾ اوجدت استثناءً على النظرية

(1) . لبنى عبد الحسين عيسى ، حازم اكرم صلال ،فارس كامل حسن ، التنظيم القانوني للوكيل الذكي الاصطناعي دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد 1، المجلد 14 ، آذار ، 2024 ، ص 651.
(2) . لم يرد في القانون المدني العراقي حكم خاص بشأن فكرة الاداء المميز، الا انه قد اُحال مسائل تنازع القوانين التي لم ترد بشأنها نص خاص الى المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص والمتمثل في الحكم الوارد في م 30 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 والتي تنص (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً) وعليه يعد النص المذكور أنفاً بمثابة نص عام يتم الركون اليه لتلافي النقص التشريعي.

(3) . يرى بعض الفقه إن لائحة روما الأولى هي أشمل نظام مقنن في العالم يحكم القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية . يليها من حيث الاهمية مشروع مبادئ لاهاي وهو أول مشروع عالمي غير ملزم بشأن نزاعات العقود.

maría mercedes alborno, 'choice of law in international contracts in latin american legal systems' (2010) 6 *journal of private international law* 23

(the rome i regulation and draft hague principles are suitable models on which to base the proposed australian legislation. the rome i regulation is arguably the most comprehensive codified regime in the world governing the law applicable to contractual obligations and is the successor to the rome convention on which the recommendations in the choice of law report were based.

(4) .art.8(1-...the contract is governed by law of the state where the seller has his place of business at the time of conclusion of the contract)

(5) نذكر على سبيل المثال القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 اذ تنص المادة 117 منه على : (يسري على العقد عند غياب اختيار القانون ،قانون الدولة التي لها اكثر الروابط وثوقاً وتعد تلك الروابط موجودة مع الدولة التي بها الاقامة العادية للطرف الذي يجب ان يقدم الاداء المميز ...) .

قوامه تطبيق قانون البلد الذي يرتبط به العقد برابطة وثيقة وفقاً لما تشير اليه ظروف التعاقد ، فإذا لم يستطع قاضي النزاع الكشف عن الاداء المميز في العقد او تبين له ان الاداء المميز ليس هو الالتزام الرئيس الذي يعبر عن اوثق صلة بالعقد جاز له الخروج عن هذا المبدأ وتطبيق القانون الاوثق صلة بالرابطة العقدية وفقاً للظروف المتصلة بكل عقد على حدة ، ولعل ابرز العقود التي تساق في خصوص خروج القاضي عن مبدأ الاداء المميز وتطبيق قانون الدولة الاوثق صلة بالرابطة العقدية هو عقد المقايضة ، اذ ان ارادة الاطراف في هذه العقود متساوية ومن الصعوبة التأكيد على ان اداء احد الاطراف هو الاداء المميز بالنظر الى اداء الطرف الآخر .

وعلى الجانب الآخر لاقى هذا القانون انتقادات شديدة تؤكد انه لا يصلح الاعتماد عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق وذلك لاستحالة تحديد الالتزام الذي يمكن اعتباره اداءً مميزاً من بين التزامات متعددة كان لها ذات الاهمية مما سيدع مجالاً اخر لتفسيرات المحاكم في موضوع النزاع (1) .

من الانتقادات الموجهة لهذه النظرية هي ان إسناد هذه العقود بالاستعانة بمفهوم الاداء المميز ينطوي على نوع من الخطورة على المستهلك (2) لأن هذا الإسناد يقود إلى تطبيق قانون دولة التاجر أو المهني وهو الطرف القوي في العقد في مواجهة الطرف الضعيف المتعاقد معه (3)، فينتج عن ذلك تعرض المستهلك لخطر فقدان الحماية التي قد يوفرها له قانون محل إقامته المعتادة، كما انه يخل بتوقعاته المشروعة بشأن القانون الواجب التطبيق، لكون قانون محل إقامته هو القانون الذي يضع المستهلك في حسابه انه يستفيد من الحماية المقررة فيه. لهذا يبدو المستهلك وكأنه يشكل مركز الخطورة في هذه العقود، وهي فكرة تقابل فكرة الاداء المميز في سائر العقود الدولية الأخرى. وانطلاقاً من ذلك فقد ذهب الفقه إلى القول بأنه يمكن تدعيم حماية المستهلك باستخدام فكرة الاداء المميز ذاتها من خلال اعتبار ان المستهلك هو المدين بهذا الاداء في العقد وبالتالي إخضاع العقد لقانون محل إقامته المعتادة (4)، وذلك ما لم يكن القانون المختار من قبل المتعاقدين أكثر صلاحية للمستهلك من قانون محل إقامته، إذ يطبق عندها القانون المختار وفقاً لطريقة الإسناد التخيري. وهو حل اعتمدته العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقية ومن بينها اتفاقية روما لعام 1980 سائلة الذكر (م 2/5) (5).

(1) . . زياد محمد فالح ، د. احمد الحراكي ، د. عماد قطان ، دور ارادة اطراف التعاقد في اختيار القانون واجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقاً للقانون الاردني ، بحث منشور في مجلة جامعة القدس المفتوحة للابحاث والدراسات ، ع 30 ، مجلد 1 ، حزيران ، 2013 ، ص 370

(2) فكرة الاداء المميز التي كان الهدف من ورائها تحقيق عدالة الإسناد في مسائل العقود الدولية والحفاظ على التوقعات المشروعة للمتعاقدين ربما لا يمكنها تحقيق هذه الأهداف في جميع أنواع العقود الدولية وفي مختلف النزاعات التي تنصب على مثل هذه العقود، فقد يؤدي تطبيق الفكرة في بعض أنواع العقود - كعقود المستهلك التي يكون المدين بالأداء المميز فيها هو التاجر المحترف أو المهني باعتبار ان المستهلك يتصرف خارج نشاطه المهني ويحصل على السلع أو الخدمات من أجل استعماله الشخصي أو العائلي - إلى الإخلال بتلك الأهداف التي جاءت لتحقيقها. فالكثير من العقود الدولية التي يكون موضوعها توريد أو تقديم أشياء منقولة مادية أو خدمات للأفراد عادةً ما تتضمن طرفاً قوياً هو المُوجب متمثلاً في شركات الإنتاج والخدمات الضخمة، في مقابل طرف آخر هو المستهلك، والذي يكون طرفاً ضعيفاً في العقد وغالباً ما يكون رضؤه منقوصاً تحت ضغط إغراءات الدعاية والإعلان للمتعاقد الآخر.

ينظر : د. عبد الله حسين علي محمود. حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي، دراسة مقارنة بين دولة الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية. ط2. دار النهضة العربية. القاهرة. 2002. ص73 وما بعدها. وانظر كذلك : د. محمد إبراهيم موسى. التطبيع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية. دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية. 2005. ص41 وما بعدها.

(3) . د. خالد عبد الفتاح محمد خليل. حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص. دار النهضة العربية. القاهرة. 2002. ص163-164.

(4) د. عبد الفتاح بيومي حجازي. مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. 2005. ص55 وما بعدها.

(5) في عرض للتشريعات التي أخذت بهذا الحل، د. خالد عبد الفتاح محمد خليل. المصدر السابق ، ص197 وما بعدها.

ثانياً : المقاربة بين القانون الملائم للعقد ونظرية التركيز الموضوعي .

بموجب نظرية التركيز الموضوعي او المكاني يطبق قانون الدولة التي تم توطين العقد فيها او تركيزه فيها ، ويتم ذلك بالاشارة الى مجموعة من العناصر التي تنعكس في ابرامه وفي بنوده ، فالدولة التي تتوافر فيها اغلب عناصر العقد هي الدولة التي يحكم قانونها العقد ، وتعرف تلك القواعد بقواعد التركيز المكاني *localizing rule* ⁽¹⁾ او كما يسميها البعض *spatially conditioning rules* قواعد التكييف المكاني ⁽²⁾ يمكن تعريفها على أنها قواعد وظيفتها الوحيدة تحديد القانون الملائم او المؤهل للتطبيق على أشخاص أو أحداث أو معاملات معينة مرتبطة بطريقة محددة بقانون الدولة التي يكونون جزءاً منها" ⁽³⁾. وهي نظرية تنسب للأستاذ الفرنسي باتيفول وظهرت كرد فعل على النتائج غير المقبولة التي جاء بها المذهب الذاتي والذي كان يعمل للإرادة دوراً مطلقاً يسمو على القانون الذي تختاره. ويتمحور فكرة التركيز الموضوعي للعقد على دراسة ظروف وملابسات العقد ووزن العوامل المحيطة بالعملية التعاقدية وترجيح العامل الذي يشكل مركز الثقل في العقد حتى يصار بعد ذلك الى تطبيق قانونه عليه ، بوصفه القانون الذي يمثل الصلة الاوثق بالعقد ⁽⁴⁾. وغالباً ما كانت تنتهي هذه العملية إلى تطبيق قانون الدولة التي يجري فيها تنفيذ العقد وهذا ما سبق ان دعا اليه الفقيه سافيني ؛ لأن العقد ينتج اغلب اثاره في هذا البلد" ⁽⁵⁾. ومن العرض اليسير المتقدم يظهر ان التركيز الموضوعي والقانون الملائم للعقد يقتربان من بعضهما من وجهة سعيهما الى تحديد مقر العقد او موطنه ⁽⁶⁾. لكنهما يختلفان في وجوه عدة نعرض لها في النقاط الرئيسية الآتية:

أولاً: يختلف التركيز الموضوعي للعقد عن القانون الملائم له من حيث مجال اعمال النظريتين. فالأولى لا تعتد بقانون الارادة الا اذا ركز العقد في مكان متصل بالعقد، بمعنى ان القانون المختار من قبل الاطراف ممكن أن يستبعد فيما لو تبين انه منقطع الصلة بالعقد، وهذا هو جوهر النظرية؛ لأن الارادة كما يذهب الاستاذ باتيفول " لا تقوم باختيار القانون الذي تريده وانما هي تتولى فقط تركيز العلاقة العقدية في مكان محدد في ضوء ظروف وملابسات التعاقد - ومن ثم يسري قانون هذا المكان على العقد بوصفه واقع اجتماعي ينتمي بالضرورة الى نظام قانوني محدد، وبذلك يقتصر دور الارادة على الكشف عن مركز الثقل في العلاقة العقدية والتي تخضع على هذا النحو لقانون هذا المركز" ⁽⁷⁾ .

(1) ومن الامثلة التطبيقية على قانون التركيز المكاني ما ورد في القسم (11) من قانون الزواج الاسترالي لعام 1961 والذي يحدد القانون الواجب التطبيق على اهلية الزوجين هو القانون الاسترالي ، ويطبق كذلك على : (أ) أي عقد زواج يتم في أستراليا ، و (ب) أي عقد زواج لشخص مقيم في أستراليا ، أينما ابرم العقد).

(2) see: arthur nussbaum- principle of private international law, oxford university press, 1943 , pp 70-71

(3) see: d. st. l. kelly , localising rules and differing approaches to the choice of law process the international and comparative law quarterly vol. 18, no. 2 (apr., 1969), pp. 249-274 (26 pages) published by: cambridge university press - <https://www.jstor.org/stable/757525> ,p 249

"localising and spatially conditioning rules. they may be defined as rules whose sole function is to limit the application of the substantive laws which they qualify to certain persons, events or transactions connected in a specified way with the state of whose law they form part".

(4) ينظر : د. خالد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، 130

(5) د. احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي الالكتروني السياحي البيئي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 1 ، ص 86

(6) . ينظر بالمعنى ذاته : نورس عباس العبودي ، المصدر السابق ، ص 46

(7) ينظر : د. حفيظة السيد حداد، مصدر سابق ، ص 371



ثانياً: أن التركيز الموضوعي هو تركيز اقليمي للرابطة العقدية وهو ما دعى اليه باتيفول ومن قبله سافيني، اي انه تركيز مكاني للعقد بينما يكون اختيار القانون الملائم للعقد متجرداً من تلك الاعتبارات فليس بالضرورة إسناد العقد يكون لقانون الوسط الذي يباشر فيه العقد وظيفته الأساسية.

ثالثاً : يتم تركيز العقد حسب نظرية باتيفول بالاستعانة بظروف وملابسات التعاقد، أي في ضوء الدلائل المادية للتعاقد والتي قد تلعب ارادة الاطراف دوراً مهماً فيها وهذا قد يؤدي الى الاخلال بالامان القانوني والتوقع المشروع للاطراف لصعوبة توقع الاطراف للقانون الواجب التطبيق عند عدم تحديدهم له، لأن الإسناد في هذه الحالة سيتم بمعرفة القاضي مستعيناً في ذلك بظروف وملابسات قد تكون خارجة عن العقد كجنسية الاطراف أو مكان إبرام العقد وتختلف نتيجتها من عقد لآخر. ولا يتم التيقن من نتيجة الإسناد والقانون الواجب التطبيق الا في مرحلة متأخرة يتعذر على الاطراف قبلها ان يتعرفوا على القانون الذي سيحكم عقدهم (1) بخلاف القانون الملائم للعقد اذ يكون للاطراف العلم المسبق بقاعدة الاسناد التي تحدد القانون الذي سيطبق على العقد المراد ابرامه (2) .

ومنهج التركيز الموضوعي يترك مجالاً واسعاً لاجتهاد القاضي وتقديره، الأمر الذي يُخشى معه زلل القاضي في اختياره للقانون الواجب التطبيق أو تحكّمه في هذا الاختيار ، ولتلافي ذلك فقد لجأت بعض القوانين الوضعية إلى إيراد ضوابط إسناد محددة يلتزم القاضي بتطبيقها في حالة غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف، كضابطي محل إبرام العقد أو محل تنفيذه أو ضابطي الجنسية المشتركة للأطراف أو موطنهما المشترك (3).

ومن الانتقادات الأخرى التي وُجّهت إلى هذا المنهج ان التركيز الموضوعي للعقد الدولي وفقاً لظروف التعاقد وملابساته، وإن كان الهدف منه تحقيق مرونة الإسناد وإدراك العدالة على أفضل وجه، إلا انه يؤدي إلى الإخلال بالتوقعات المشروعة للمتعاقدین والتضحية بالأمان القانوني (4)، فتلك الظروف والملابسات التي يعتمد عليها القاضي في تحديد قانون العقد تختلف كأحداث مادية، من حالةٍ لأخرى مما يترتب عليه ان المتعاقدين لا يكون لديهم فرصة العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق على عقدهم، إذ لا يتحقق لهم هذا العلم إلا بعد عرض النزاع على القاضي. وبالإضافة إلى تلك الاعتبارات، فان ما سبقت الإشارة إليه من لجوء بعض التشريعات إلى وضع ضوابط إسناد احتياطية ليلجأ إليها القاضي عند غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدین، ومع ما لذلك من فائدة في تجنب القاضي مغبة السعي وراء ما يسمى بالإرادة المفترضة للأطراف، إلا ان الحل التشريعي في هذا الفرض يُعد عقبة في تطوير الحلول وملاحقة مستجدات الفن القانوني (5).

- (1) ينظر : د. هشام علي صادق ، مصدر سابق ، ص 458
- (2) . د. محسن شفيق ، اتفاقيات لاهاي لعام 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، دراسة في قانون التجارة الدولية. مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية. العدد الرابع. السنة الرابعة والأربعون، 1974، ص 280.
- (3) وهو ما أخذ به المشرع العراقي في المادة 1/25 من القانون المدني رقم 40 لعام 1951 والتي تنص على انه : (1) – يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدین إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه. 2 – قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه).
- (4) . د. احمد عبد الحميد عشوش. قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة. مؤسسة شباب الجامعة. الإسكندرية. 2005. ص 109 وما بعدها.
- (5) للمزيد انظر: د. عكاشة محمد عبد العال. تنازع القوانين، دراسة مقارنة. ط1. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. 2004 ص 58.

المطلب الثاني

احكام تطبيق القانون الملائم للعقد في القانون الانجليزي

أخذت نظرية القانون الملائم للعقد وجوداً متأصلاً في القانون الانجليزي ، فالإسناد الجامد لم يلق ترحيباً في نطاق الالتزامات التعاقدية ، إذ ان القانون الانجليزي جعل القانون الملائم يجتاح العقد منذ انبرامه حتى زواله . كما اعطى للاطراف مكنة اسناد الرابطة العقدية الى قوانين مختلفة وهو مبدأ تقتضيه المرونة المطلوبة لإدراك العدالة . وسيتم البحث في احكام تطبيق القانون الملائم للعقد بعد تقسيمه على فرعين وعلى النحو الآتي :

الفرع الاول

نطاق تطبيق القانون الملائم للعقد في القانون الانكليزي

من المسائل المتفق عليها هي ان أصول مبادئ القانون الدولي الخاص تعود لأوروبا ؛ اما إنجلترا وأمريكا فحديث نسبياً ⁽¹⁾ . اذ عالج القانون الأمريكي الخاص بتنازع القوانين والذي تمثله الموسوعة الاولى لسنة 1934 The first Restatement of the conflicts of laws مسائل القانون الملائم ، واكد انه يحكم جميع مسائل العقد سواء ما تعلق منها بتكوين العقد او الآثار المترتبة عليه ⁽²⁾ . بعد ذلك ظهرت الموسوعة الثانية والخاصة بتنازع القوانين في القانون الأمريكي سنة 1971 The second Restatement of the conflicts of laws واكدت تبنيها للقانون الملائم مرة اخرى وذلك بعدم تأييدها للاختيار القانون الذي لا يستند على مبررات معقولة . عليه يحكم العقد القانون الملائم له من حيث :-

أ- تكوين العقد .

وتحكمه القاعدة 146 من الموسوعة الاولى والتي تنص على انه (أ _ ان تكوين العقد يخضع للقانون الذي يبدو اكثر ملاءمة للعقد اذا ماتم ابرام عقد صحيح) ⁽³⁾ وعندما تقرر المحكمة القانون الاكثر ملاءمة على درجة اكثر قبولاً فإن هذا القانون سوف يلغي كل قواعد تنازع القوانين المختارة من قبل الاطراف ، كما تحكم مسألة الاهلية في التعاقد المادة 147 وتخضع الى (أ - القانون الذي هو اكثر ارتباطاً وعلاقة مع العقد او ب _ قانون الموطن او السكن المعتاد) . اما مسائل الشكلية فتحكمها المادة 148 والتي تنص على انه : (الشكلية تخضع الى قانون مكان اتمام العقد او القانون الملائم للعقد) اما الشروط الموضوعية للعقد والمتعلقة بالمشروعية (صحة العقد) فتحكمه المادة 149 من الموسوعة بالنص على انه : (تخضع الشروط الموضوعية الجوهرية الى القانون الملائم الذي يحكم العقد) والجدير بالذكر ان المحاكم الانجليزية تقرر ان العقد يعد باطلاً اذا كان القانون الملائم للعقد يعده كذلك حتى ولو كان قانون محل ابرام العقد يعتبره نافذاً .

(1) (on the continent of europe, the principles of private international law trace their origin to early beginnings; in england and america, they are of comparatively recent origin).

see : arthur k. kuhn ,columbia law review, vol. 12, no. 1 (jan., 1912), pp. 44-57 (14 pages)

<https://doi.org/10.2307/1110898>•<https://www.jstor.org/stable/1110898>

(2) see : cheshire , private international law , 8th edition , butterworths co ltd , london , 1974, p 202

(the proper law of the contract ,which usually governs most matters affecting the formation and substance of the obligation)

(3). (the formation of a contract is governed by that law which would be the proper law of the contract if the contract was validly concluded)



2- تفسير العقد .

تخضع مسألة تفسير العقد لحكم المادة 150 من الموسوعة والتي تنص على انه : (تفسير العقد يتقرر وفقاً للقانون الملأئ الذي يحكم العقد)⁽¹⁾ وذلك عندما تكون معانيه مبنية على تعابير فنية او تجارية او قانونية او عادات تجارية ، والاصل بالتفسير انه يخضع الى نية الطرفين في العقد الا انه اذا تقرر عدم الاخذ بالتفسير وفق تلك النية فإن التفسير يجب ان يكون وفق القانون الملأئ للعقد⁽²⁾ .

3- آثار العقد .

اما ما يتعلق بالآثار فتناقشه المادة 151 من الموسوعة والتي تنص على انه : (1- ان آثار العقد اي الحقوق والالتزامات التي تعود الى الاطراف تتقرر بموجب القانون الملأئ للعقد 2- وفي حالة عدم وجود دليل بأن الاطراف قد قصدوا قانوناً آخر لتطبيقه على عقدهم فإن طريقة تنفيذ العقد بصورة مستقلة عن موضوع الالتزامات فإن تلك الطريقة تخضع بموجب قانون المكان الذي يجري فيه تنفيذ الالتزام) .

4- الوفاء او تنفيذ العقد .

ومسألة الوفاء بالعقد سواء أكان بالتنفيذ الفعلي او العيني او النقدي او بإتفاق لاحق او تسوية وكذلك في حالات الاستحالة بأنواعها والتي ناقشتها المادة 152 من الموسوعة والتي تنص على انه : (1- ان الوفاء بالعقد وفاءً طبيعياً يكون على القانون الملأئ للعقد ومن ثم يكون العقد نافذاً في انكلترا 2- ان الوفاء بالعقد اذا تم وفق قانون غير القانون الملأئ للعقد لا يكون نافذاً ولا فعلاً في انكلترا) .

5- القانون المطبق في نطاق حل المنازعات .

يطبق عند النزاع الناشيء عن العقد القانون الملأئ له ، اذ أقر مجلس اللوردات بالإجماع امكانية الاختيار الضمني للاطراف لهذا القانون، ويعد اختيار القانون من الاطراف معياراً لملائمته للعقد⁽³⁾ .

(1) secondly, the interpretation and effect of a contract normally falls to be determined by its proper law.

(2) نقلاً عن : د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين-الاختصاص القضائي الدولي-تنفيذ الاحكام الاجنبية ، ط1، دار الثقافة/عمان ، 2005 ، ص 181

(3) p.r.h.webb, the conflict of laws and contract, is it true to say: "qui elegit judicem elegit jus? the arbitration cases and cases of dispute settlement.

the contracts provided for the settlement of disputes by london brokers, their award to be enforceable in the high court. the house of lords unanimously held that the parties had impliedly chosen english law as the proper law: kwik hoo tong handel maatschappij (nv) v james finlay & co ltd <https://www.iclr.co.uk/>

الفرع الثاني

تجزئة العقد في القانون الانجليزي (1)

ترجع اصول نظرية تجزئة العقد الى الفقيه الايطالي بارتول Bartole الذي حلل العقد واخضع كل جانب فيه الى قانون على اساس قاعدة اسناد مغايرة ، حيث فرق بين الآثار الطبيعية للعقد والتي تخضع لقانون محل ابرامه بإعتباره قانون العقد وبين الآثار التبعية او الثانوية وتخضع لقانون محل تنفيذه (2) ثم عادت الفكرة الى الظهور ودافع عنها عدد من الفقهاء القانونيين بما فيهم الفقه القانوني العربي (3) والانجليزي (4) اذ يمنحون الاطراف مكنة اسناد الرابطة العقدية الى قوانين مختلفة. ويقصد بتجزئة العقد وفق المفهوم اعلاه اخضاع العقد لأكثر من قانون واحد ذلك بتجزئة العناصر المكونة للعقد واخضاع كل عنصر الى قانون مختلف عن القوانين التي تخضع لها العناصر الاخرى . إذ يتم تفريق العقود ذات الطبيعة المتنوعة وإسناد كل فرقة منها إلى قانون معين على نحوٍ تتحقق به المرونة المطلوبة لإدراك العدالة ولا يؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأفراد (5).

وفكرة تجزئة العقد ترتبط اساساً بمفهوم النظرية الشخصية التي منحت الاطراف حرية مطلقة في اختيار اي قانون لحكم العقد حتى لو كان القانون منقطع الصلة بالرابطة العقدية .وتكون عن طريق الإسناد الخاص بالعقود الدولية بحيث يخصص لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة ضابط إسناد يتماشى وطبيعتها ويكون محدداً سلفاً من خلال قواعد الإسناد (6). وهناك ثلاثة انواع من التجزئة ، هي التجزئة التشريعية والتجزئة القضائية والتجزئة التعاقدية ، والاخيرة اختلف الفقه القانوني بصددتها فإنقسموا الى اتجاهين ، اتجاه يذهب الى جواز تجزئة العقد والآخر عدم جواز ذلك ، ولكل اتجاه اسانيده ، وسنتناول الاتجاهين تباعاً :

- (1) . هناك فرق بين تجزئة العقد وتجزئة قانون العقد ، فتجزئة قانون العقد لا يمكن العمل بها لما فيها من مساس بالقانون المختص وتجاوز لأرادة المشرع وتطبيق القانون على نحو يخالف قصد مشرعه ، اما تجزئة العقد فتعني اختيار اكثر من قانون لحكمه ، فتجزئة انواع عديدة من العقود جائز فقد يكون من مصلحة الاطراف اخضاع العقد لأكثر من قانون وفقاً لتعدد الاجراءات التي يفرضها العقد ، فيجوز اخضاع تكوين العقد لقانون مكان الابرام واخضاع تنفيذه لقانون مكان التنفيذ وان تعددت امكان التنفيذ يجوز ان يخضع كل التزام لقانون المكان المتفق على التنفيذ فيه .
- ينظر : د. عز الدين عبدالله ، المصدر السابق ، ص 456 / 457
- (2) . د. احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي -مفاوضات العقود الدولية -القانون الواجب التطبيق وأزمته ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 188
- (3) . د. عز الدين عبدالله ، المصدر السابق ، ص 468 ، د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص ، ج 2 ، مطبعة الهلال ، بغداد ، 1949 ، ص 59 . د. ابراهيم احمد ابراهيم ، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين ، جامعة عين شمس ، 1997 ، ص 351 ، ممدوح عبد الكريم حافظ ، المصدر السابق ، ص 177 ، احمد عبد الكريم سلامة ، المصدر السابق ، ص 186 ،

(4) . see: cheshire op.cit , p 202

the parties agree that different contractual issues should be governed by different laws ..)

see also: erin ann & larry e. ribstein, conflict of laws and choice of law , george mason, 1999

available at: <http://encyclo.findlaw.com>

- (5) . . د. هشام علي صادق. دراسات في القانون الدولي الخاص. الدار الجامعية. بيروت. 1986. ص352-353، عوني محمد الفخري ، المصدر السابق ، ص 149

(6) . ضابط الاسناد هو المعيار الذي يعول عليه المشرع بوصفه مرشدا الى القانون الواجب التطبيق على الفكرة المسندة (موضوع قاعدة الاسناد) والذي يشكل اداة الوصل بين موضوع قاعدة الاسناد والقانون المسند اليه .

ينظر : د. علي فوزي ابراهيم ، قاعدة الاسناد ، مكتب نور العين للطباعة والاستنساخ ، بغداد ، 2010 ، ص 15



الاتجاه الاول / جواز تجزئة العقد .

ويسوغ هذا الاتجاه جواز التجزئة والاعتماد على اكثر من قانون واحد ليحكم جوانب العقد المختلفة ان الرابطة العقدية متعددة الجوانب من حيث تكوين العقد او من حيث آثاره وزواله وليس هناك ما يمنع المتعاقدين من اخضاع كل جانب من جوانب العقد لقانون معين ما دامت هناك صلة حقيقية بين هذا القانون وذلك الجانب من العقد (1) .

وتجزئة العقد حسب تعبير مؤيدي هذا الاتجاه فرضت نفسها وهي حاصلة فعلاً وسواء قبلنا او رفضنا فمن المستحيل بمكان ان يكون العقد خاضع تماماً الى مكان واحد وهو موزع على عدة قوانين للأهلية ، الشكلية ، نظام الاموال ، المسؤولية ، الحق في الحماية والمطالبة القضائية والتقدم (2) .

وبموجب هذا الاتجاه تنقسم التجزئة من حيث نطاقها الى نوعين ، الاولى تسمى بالتجزئة الجزئية ويقصد بها امكانية اتفاق الاطراف على قانون واحد لحكم جزء من العقد (3) اما الثانية فتسمى بالتجزئة المتعددة ويقصد بها الاتفاق على تجزئة العقد بين عدة قوانين ليحكم كل قانون منها جزءاً من العقد (4) ، ومع تسليم هذا الجانب بجواز اسناد العقد لأكثر من قانون الا انهم يعترفون بما يرد على حرية الاسناد هذه من قيود وهي :

1. ضرورة توافر صلة بين القانون المختار والعقد الذي يحكمه (5).

2. الا تؤدي التجزئة الى الاخلال بانسجام الرابطة العقدية ، ويتحقق الاخلال بالانسجام من خلال تطبيق قوانين مختلفة ومتناقضة .

3. الا تؤدي التجزئة الى افلات العقد من سلطان القانون .

4. الا تؤدي الى مخالفة القواعد الآمرة والنظام العام (6) .

ولا يخفى ان هذا الاتجاه نحو تعدد قواعد الإسناد وتتوفاها بحسب طبيعة الرابطة العقدية محل الإسناد ويؤدي إلى تجزئة الأفكار المسندة بحيث يتم إسناد كل مسألة تفصيلية إلى القانون الأوثق صلة بها، وهو ما يضيف على قواعد الإسناد الدقة والتفصيل (7). الا انه على الجانب الآخر لقي انتقاداً بحجة ان تجزئة العقد واخضاع كل جزء منه لقانون مختلف يخل بالتوازن

(1) . د. عباس العبودي ، المصدر السابق ، ص 182

(2) د. احمد عبد الكريم سلامة ، المصدر السابق ، ص 186 ، د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، المصدر السابق ، ص 178

(3) . تبناها القانون المدني الالمانى فى المادة 27 / 1 منه والتي تنص على انه : (يستطيع الاطراف تعيين القانون الواجب التطبيق على كل او جزء فقط من العقد)

(4) . تبنتها اتفاقية روما بصراحة فى م 3 منها والتي تنص على انه : (1- .. ويمكن للاطراف اختيار القانون واجب التطبيق على كامل العقد او فقط جزء منه)

(5) . يعتد بحسب الأصل بالقانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين، الا انه يجوز للقاضي مع وجود قانون الإرادة أن يعتد بأي قانون آخر يراه أكثر مناسبة، لا سيما اذا كان القانون المختار مُنعدم الصلة بظروف التعاقد وموضوعه أو كان اختيار المتعاقدين لهذا القانون بقصد التحايل على القانون الواجب التطبيق حسب قاعدة الإسناد.

see :m. wolff. op. cit. ,p.413.

(6) د. جاد ابراهيم الراوي ، احكام تنازع القوانين فى القانون العراقى ، جامعة بغداد ، 1979 ، ص 122
يجب ان يؤخذ بالحسبان عند تفسير فكرة النظام العام ان يكون التفسير ضيقا وان من المهم ان يكون جليا ان مفهوم النظام العام المطبق على الصعيد المحلي يختلف عن المفهوم نفسه على الصعيد الدولي وانه على هذا المفهوم الاخير يجب ان يكون بمعنى اكثر تقييدا من مفهومه على الصعيد المحلي .

للتفصيل انظر: جاسم اسامة. (2022) 2023. "القانون واجب التطبيق لتنفيذ حكم الافلاس الدولي". مجلة العلوم القانونية . 617-41: (2) 37.

<https://doi.org/10.35246/jols.v37i2.562>.

(7) د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الاجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2005 ، ص 194.

العقدي ويؤثر في الاستقرار المطلوب للعلاقة العقدية ويجنبها اسباب البطلان التي قد يقرها احد القوانين ، كما ان السماح للأطراف بتجزئة العقد امر يؤدي الى التوسع في نطاق سلطان الارادة ، وذلك فإن هذه الفكرة يجب ان تحاط بضمانات منها الا تؤدي التجزئة الى عدم توازن العقد او عدم احترام القواعد الامرة ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الواجب التطبيق على العقد ⁽¹⁾ لذا ظهر اتجاه آخر يرفض تلك التجزئة.

الاتجاه الثاني: عدم جواز تجزئة العقد.

من انصار هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي باتيفول Batiffol والذي يرفض فكرة تجزئة العقد كونها تتعارض مع الاصول الفنية للنظام القانوني ، فالعلاقة الخاصة لأي نظام قانوني يجب ان تقام على انها خاضعة لهذا القانون برمته بما فيه نصوصه الامرة الداخلة في نطاق قانون العقد ⁽²⁾ وبناءً على ما سبق يرى مؤيدو هذا الاتجاه وجوب النظر الى العقد على انه عملية واحدة تخضع في مجموعها لقانون واحد ومن ثم لا يجوز تجزئة العقد في الحالة التي يتكون فيها العقد من عدة عقود فرعية يمكن فصل بعضها عن البعض الآخر من الناحية القانونية والاقتصادية ، وتسوغ وحدة العقد الى ان التناقص بين اجزاء العقد الواحد لا يتحقق الا اذا تم اخضاع جميع عناصره لقانون واحد ⁽³⁾.

ومن التشريعات التي ترفض تجزئة العقد هي القانون المدني الاسباني الصادر في 24 يوليو 1889 ، بصراحة المادة 10(10)- القانون الذي يحكم الالتزام يحكم ايضاً شروط تنفيذه ونتائج عدم التنفيذ وكذلك انقضائه ⁽⁴⁾.

المطلب الثالث

ضوابط ملائمة القانون لحكم العقد في القانون الانجليزي

عوداً على بدء يحتل القانون الملائم قبولاً واسعاً للتطبيق على الالتزامات التعاقدية في القانون الانجليزي وذلك على غرار المكنة الممنوحة من المشرع الى المتعاقدين والتي تمكنهم اختيار القانون الملائم للتطبيق على التزاماتهم التعاقدية، ولتقدير الملائمة من عدمها تتضافر عوامل ذاتية وموضوعية ومن اجل التعرف على هذه العوامل سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في اولهما الضوابط الذاتية وفي ثانيهما الضوابط الموضوعية لملاءمة القانون للعقد .

الفرع الاول

الضوابط الذاتية لملاءمة القانون للعقد

في حالة الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق فإن هذا الاختيار هو الذي يقرر القانون الملائم لذلك العقد ولا توجد اية قيود على القانون الذي تم اختياره ⁽⁵⁾ واذا ما نص قانون المحكمة الانجليزية على قواعد امرة فإن القانون المتفق عليه يكون نافذاً بجانب تلك القواعد الامرة التي لا يجوز الاتفاق على خلافها .

اما اذا كان القانون الذي يحكم العقد لم يتم التعبير عنه اي كان اختيار الاطراف ضمناً ولا يمكن استنتاجه من الظروف المحيطة فإن العقد يخضع الى القانون الأكثر ارتباطاً به ، ويعتمد القاضي في تعيين القانون الواجب التطبيق على ما يعرف بمعيار الرجل المعقول Reasonable man test ، كما يعتمد على مكان التعاقد ومكان التنفيذ ومكان السكن المعتاد او مكان تعاطي الاعمال وطبيعة وموضوع العقد، وتستنتج ملائمة القانون للعقد من أفعال الاطراف وسلوكهم وقت إبرام العقد

(1) د. اشرف وفا محمد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2009 ، ص 548

(2) د. احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، المصدر السابق ، ص 186 ، د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق ، المصدر السابق ، ص 109

(3) د. عباس العبودي ، المصدر السابق ، ص 182

(4) art 10 (10- the law applicable to an obligation shall also govern the requirements for its performanc and the consequences of its breach)

(5) نقلاً عن : د. ممدوح عبد الكريم حافظ، المصدر السابق، ص 179



" (1) اما اذا كانت النية مفترضة فيتم استنتاجه من تعابير وطبيعة العقد ومن الظروف المحيطة وهذه النية هي التي تحدد القانون الملائم لعقد ، فضلاً عن عناصر اخرى قد تكون مفيدة في هذا الخصوص كمكان السكن ومكان تعاظم الاعمال والجنسية بالنسبة للاطراف ومكان وجود المال المتعاقد عليه وكونه منقولاً او عقاراً (2) عليه، يعتمد تقرير القانون الملائم للعقد على طريقة مرنة ويتم التأمل في مجموعة متنوعة من الظروف مثل طبيعة العقد وعادات تعاظم الاعمال التجارية ومكان اتمام العقد او مكان تنفيذه ، ومن الجائز الاستعانة بهذه الظروف لتقرير ما يربط العقد او يكون متصلاً به (3) . ولا توجد مشكلة في تنفيذ هذا الاختيار عندما يتم إجراؤه صراحةً ، بل يكون الامر أكثر صعوبة عند عدم الاختيار ، وهنا ينص القانون العام على أن القانون الملائم للعقد هو النظام القانوني الذي يختاره الطرفان ضمناً باعتباره القانون الذي يحكم عقدهما (4) ويتسائل البعض هل يلتزم الاطراف بإثبات وجود اتفاق متبادل بينهم من اجل ان تقوم المحكمة بتفعيل اختيارهم الضمني ؟

اختلف الفقه القانوني الانجليزي في ذلك ، فمنهم من يرى بعدم الحاجة للإثبات لأن نية الأطراف المشتركة اتجهت الى ان قانوناً معيناً يختص بعقدهم ومعاملاتهم دون غيره وهذا كافياً . ومنهم من يرى أن يتم تحديد القانون الملائم يكون من خلال اثبات اتفاق الاطراف على القانون ذاته (5) اما عناصر الاثبات فهما أولاً ، وجود الاختيار فعلاً ، وثانياً ، أن يكون هذا الاختيار "صريحاً" أو "يمكن إثباته بوضوح". (6)

(1) see : kurt lipstein - jean s. brunschvig - fredrick jerie , karl m. rodman, the proper law of the contract , st. john's law review , vol 12- n 2 -april 1938 p251
<https://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/>

"the intention of the parties may be either expressed or implied from their acts and conduct at the time of making the contract".

(2) . د. مدوح عبد الكريم حافظ ، المصدر السابق ، ص 181

(3). see :dicey & morris , op.cit , p 724

(flexible method of determined the proper law , ..such as the nature of the contract ,the customs of business ,the place where the contract is made or it is to be performed and the like ...)

(4) dana stringer, 'op.cit , p 97.

(..the proper law of the contract is the system of law that the parties impliedly choose as the law governing their contract)

(5) kelvin f k low, 'choice of law in formation of contracts' (2004) 20 *journal of contract law* 168, 175.

(if a choice is to be considered real, must it be demonstrated that the parties have reached a mutual agreement — that is, a consensus ad idem — in order for the court to give effect to their tacit choice?).

(6) adrian briggs, *the conflict of laws* (oxford university press, 2nd ed, 2008) 166

in order to give effect only to a true exercise of party autonomy, the criteria for identifying a tacit choice of law must be articulated clearly and stringently.. article 3(1) of the *rome i regulation* requires that a tacit choice be 'clearly demonstrated' by the terms of the contract or the circumstances of the case- article 3(1) therefore comprises two elements: first, that a choice be made and secondly, that this choice be 'expressed' or clearly 'demonstrable'.

الفرع الثاني

الضوابط الموضوعية لملاءمة القانون للعقد

عوداً على بدء، يكون للمتعاقدین مكنة اختيار قانون العقد على نحوٍ صريح أو ضمني يستخلصه القاضي من ظروف وملابسات العملية التعاقدية. أما في حالة سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح لقانون العقد وتعذر استخلاص إرادتهم الضمنية على نحوٍ مؤكد، وحيث لا يمكن للقاضي عندها ان يختصر الطريق ويطبق قانونه الوطني أو يرفض الفصل في النزاع، فان على القاضي ان يجتهد للوصول إلى تحديد قانون العقد وأن يبحث عن القانون الذي يرتبط به العقد بنحوٍ وثيق وجدي وذلك من خلال تركيز العقد الدولي أو توطينه في دولة معينة يُنتج فيها العقد غالب آثاره أو جميعها لينتهي إلى اعتبار قانون تلك الدولة هو قانون العقد. وهذا في حقيقته إعمال للمنهج الموضوعي في إسناد العقود الدولية ، والذي بمقتضاه يتم إسناد العقد للقانون الأوثق صلةً به وفقاً لظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة⁽¹⁾.

عليه، يتم اعمال المعيار الموضوعي عندما لا تكن نية الأطراف صريحة ولا يمكن استنتاجها من الظروف ، بحيث يخضع العقد للنظام القانوني الذي ترتبط به المعاملة بأوثق صلة وأكثرها واقعية.

اي يتم حسم المسألة للوهلة الاولى بإختيار القانون التي يقصد الطرفان أن يخضع العقد له، اما إذا لم يتم التعبير عن نيتهم وعدم الاستدلال عليها من الظروف ، فالقانون الملائم هو ذلك النظام القانوني الذي ترتبط به المعاملة بأقرب ما يكون وأكثرها واقعية ، اي انه في حالة عدم وجود نية مستنبطة تنتقل المحاكم مباشرة الى تفعيل الاساس الثالث وهو اساس موضوعي قوامه الصلة الحقيقية بين القانون والعقد⁽²⁾. ومعيار الصلة معناه ان القانون الملائم للعقد قابل للتطبيق على العقد بإعتباره قائم على اساس موضوعي وليس على اساس تفسير نية الطرفين⁽³⁾.

غير ان منهج التركيز والبحث عن القانون الذي يرتبط به العقد برابطة وثيقة ليس مُسلماً به على نحوٍ دائم، إذ توجهت له عدة انتقادات من قبل فقه القانون الدولي الخاص أهمها افتقاره إلى المحتوى وصعوبة التطبيق⁽⁴⁾.

(1) د. حفيظة السيد الحداد. القانون الدولي الخاص. الكتاب الأول (تنازع القوانين). منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. 2002. فقرة 465 وما بعدها. ص 422 وما بعدها

(2) . see : p.r.h.webb, op.cit, p15. see also : north, *private international law problems in common law jurisdictions*, above n 17, 106. see also : e j cohn, 'the objectivist practice on the proper law of the contract' (1957) *6 international and comparative law quarterly* 373, 387

ascertaining the proper law **a-first rule -express choice**: for our purposes, the proper law" of a contract is that system of law by which the parties intended to the contract to be governed, or, **b- second rule- implicit choice** :if their intention is not expressed c- **third rule- law of closest connection**.

(3) see : kurt lipstein - jean s. brunschvig - fredrick jerie , karl m. rodman, the proper law of the contract , st. john's law review, vol 12- n 2 -april 1938 p263
<https://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/>

in case the parties have not exercised their freedom of choice of law when making the contract, we submit that the proper law of the contract should be applicable as a purely objective test and not by the interpretation of the intention of the parties. by the proper law of the contract we mean that system of law which is most closely connected with the contract.

(4) peter kincaid , choice of law in contract: the alrc proposals' (1995) 8 journal of contract law 231, 241.

(all criticise the 'hallowed' closest and most real connection test for its lack of content and difficulty in application)

الخاتمة

بعد ان انتهينا من دراسة بحثنا الموسوم بـ(القانون الملائم للعقد في القانون الانكليزي) والتي حاولنا فيها بيان مفهوم القانون الملائم للعقد من تعريف وخصائص وبيان المقاربة بينه وبين مناهج الاسناد المرن الاخرى ونطاق تطبيق وضوابط ملاءمة للعقد في محاولة جادة للتوصل الى اجابة وافية عن السؤال الذي سبق ان طرحناه في مقدمة البحث والذي ألمحنا فيه عن ضوابط الحكم بملاءمة قانون دون غيره لحكم العقد، نحاول فيما يلي تدوين اهم ما تم التوصل اليه وذلك في فقرتين ،نخصص الاولى لمناقشة الاستنتاجات والثانية لبيان المقترحات .

اولاً: الاستنتاجات

1. القانون الملائم للعقد هو النظام القانوني الذي يختاره الطرفان صراحةً أو ضمناً بوصفه القانون الذي يحكم عقدهما وفي حالة عدم الاختيار فهو النظام الذي يرتبط به العقد بأوثق صلة وأكثرها واقعية. وهو بعد ذلك يعد أنسب القوانين لحكم العلاقة التعاقدية مثار النزاع.
2. يقتضي تطبيق القانون الملائم إسناد العقد للقانون الأوثق صلةً به وفقاً لظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة.
3. يفضل الاطراف اختيار القانون الملائم كونه يجنبهم اختلاف القوانين الوطنية التي لا تجاري انماط معاملاتهم فضلاً عن انه قانون موضوعي يحقق العدالة كونه الاكثر اتفاقاً مع توقعاتهم وقواعده مرنة وليدة ظروف واقعية تعكس حاجاتهم.
4. من حيث نطاق تطبيق القانون ،فالقانون الملائم يحكم العقد برمته ، اذ يخضع تكوين وصلاحيات العقد وتفسيره وتنفيذه جميعاً للقانون نفسه وهو وحده يؤثر على الالتزام التعاقدي ولا يوجد أي سلطة تفيد "أنه لا يمكن أن يكون هناك قانون واحد يحكم العقد برمته".
5. يختلف القانون الملائم عن نظرية الاداء المميز ، فالاول يستند على مجرد الارادة صريحة كانت ام ضمنية اما الثانية فيتم خضوع العقد لقانون المكان الذي يكون الاداء المميز متحققاً فيه ، كما يختلف عن نظرية التركيز الموضوعي او المكاني ، ففي الاخيرة يطبق قانون الدولة التي تم توطين العقد فيها او تركيزه فيها.
6. هناك معايير او ضوابط يستعين فيها القانون للقول بملاءمة القانون لحكم العقد ام لا ، وهي ذاتية تقوم على اساس الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق وهذا الاختيار هو الذي يقرر القانون الملائم لذلك العقد ولا توجد اية قيود على القانون الذي تم اختياره ، او موضوعية يتم الركون اليها عندما لا تكون نية الأطراف صريحة ولا يمكن استنتاجها من الظروف ، فيخضع العقد عندئذٍ للنظام القانوني الذي ترتبط به المعاملة بأوثق صلة وأكثر واقعية.

ثانياً: التوصيات

1. بعد العرض المختصر للنظريات التي تنتمي للمنهج المرن رأينا ان المشرع العراقي تبنّاها ولكن موقفه يكتنفه الغموض لدرجة ان بعض الفقه ذهبوا الى ان المشرع تبنى المنهج الجامد دون المرن، وسبب ذلك هو الصياغة الغامضة لنص المادة (25) أولاً -، لذا نقترح تعديل نص المادة 1/25 من القانون المدني العراقي لتكون على النحو الآتي:

- (1 - يسري على الالتزامات التعاقدية أ- القانون الذي اختاره الطرفان صراحة او ضمناً او ، ب- وإذا لم يتفقا فقانون الموطن المشترك إذا اتحدا موطناً او قانون ابرام العقد عند اختلافه ،
- 2- للمحكمة استبعاد القانون المختار واختيار قانوناً آخر تراه ملائماً أ- إذا ظهر ان القانون المختار منعدم الصلة بظروف التعاقد ب- إذا كان القصد منه التحايل على احكام القانون الواجب التطبيق).

المصادر

أولاً: الكتب العربية

1. ابراهيم احمد ابراهيم ، القانون الدولي الخاص تتازع القوانين ، جامعة عين شمس ، 1997
2. احمد عبد الحميد عشوش. قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة. مؤسسة شباب الجامعة. الإسكندرية. 2005.
3. احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي الالكتروني السياحي البيئي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1
4. احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ،مفاوضات العقود الدولية ، القانون الواجب التطبيق وأزمته ، دار النهضة العربية ، القاهرة
5. اشرف وفا محمد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2009
6. بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار الكتب . القانونية، مصر، 2011
7. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص ، ج2 ، مطبعة الهلال ، بغداد ، 1949
8. جاد ابراهيم الراوي ، احكام تتازع القوانين في القانون العراقي ، جامعة بغداد ، 1979
9. حفيظة السيد الحداد. القانون الدولي الخاص. الكتاب الأول (تتازع القوانين). منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. 2002.
10. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الاول، المبادئ العامة في تتازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010
11. خالد عبد الفتاح محمد خليل. حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص. دار النهضة العربية. القاهرة. 2002.
12. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ، 2008
13. صفوت أحمد عبد الحفيظ. دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص. دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. 2005.
14. عباس العبودي ، تتازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية ، دراسة مقارنة ، ط1 ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2014.
15. عبد الفتاح بيومي حجازي. مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. 2005.
16. عبد الله حسين علي محمود. حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي، دراسة مقارنة بين دولة الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية. ط2. دار النهضة العربية. القاهرة. 2002.
17. عبدة جميل غصوب ، دروس في القانون الدولي الخاص ، ط1 ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،بيروت ، 2008 ،
18. عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ، ج 2 ، تتازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي ، ط 5 ، 1965
19. عكاشة محمد عبد العال. تتازع القوانين، دراسة مقارنة. ط1. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. 2004 .
20. علي فوزي ابراهيم ، قاعدة الاسناد ، مكتب نور العين للطباعة والاستنساخ ، بغداد ، 2010



21. عوني محمد الفخري ، ارادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية ، ط1 ، منشورات زين الحقوقية ، 2012
 22. لبنى عبد الحسين السعيدى ، د.جليل حسن الساعدي ، ازمة القانون الدولي الخاص في منازعات الذكاء الاصطناعي ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2023
 23. محمد إبراهيم موسى. التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية. دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية. 2005.
 24. محمد الروبي ، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية ، دار النهضة العربية. القاهرة. 2005.
 25. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الاحكام الاجنبية ، ط1 ، دارالثقافة ، عمان ، 2005
 26. نورس عباس العبودي ، الأداء المميز وأثره على عملية الإسناد: مكتبة السنهوري، بغداد ، 2016
 27. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشأة المعارف الاسكندرية ، 1995
 28. هشام علي صادق. تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن. منشأة المعارف. الإسكندرية. 1977.
 29. هشام علي صادق. دراسات في القانون الدولي الخاص. الدار الجامعية. بيروت. 1986
- ثانياً: البحوث**
1. جاسم اسامة. (2022) 2023. "القانون واجب التطبيق لتنفيذ حكم الافلاس الدولي". *مجلة العلوم القانونية* : (2) 37-41.
 2. الساعدي جليل حسن، و جعاز منى نعيم. 2019. "معالجات الاخلال بمضمون العقد دراسة في القانون الفرنسي على وفق مرسوم 131-2016 والمشروع التمهيدي لتعديل قانون المسؤولية المدنية في فرنسا 2017". *مجلة العلوم القانونية* 34-58: (5).
 3. زياد محمد فالح ، د. احمد الحراكي ، د. عماد قطان ، دور ارادة اطراف التعاقد في اختيار القانون واجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقاً للقانون الاردني ، بحث منشور في مجلة جامعة القدس المفتوحة للابحاث والدراسات ، ع 30 ، مجلد 1 ، حزيران ، 2013
 4. لبنى عبد الحسين عيسى ، حازم اكرم صلال ، فارس كامل حسن ، التنظيم القانوني للوكيل الذكي الاصطناعي دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد 1، المجلد 14 ، آذار ، 2024
 5. محسن شفيق. اتفاقيات لاهي لعام 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، دراسة في قانون التجارة الدولية. مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية. العدد الرابع. السنة الرابعة والأربعون. 1974.
 6. منى نعيم جعاز ، الخطأ المضمّر في نطاق الخطأ المضمّر في نطاق المسؤولية الطبية دراسة فقهية وقضائية مقارنة (فرنسا - العراق) انموذجاً ، بحث منشور في مجلة اكليل للدراسات الانسانية ، العدد 12، كانون الاول، 2022

ثالثاً : المصادر الاجنبية

1. Adrian Briggs, *The Conflict of Laws* (Oxford University Press, 2nd ed, 2008) 166
2. A J E Jaffey, 'Choice of Law in relation to *ius Dispositivism*' in P M North (ed), *Contract Conflicts* (North-Holland, 1982)

3. Arthur K. Kuhn ,*Columbia Law Review*, Vol. 12, No. 1 (Jan., 1912), pp. 44–57 (14 pages)<https://doi.org/10.2307/1110898>•<https://www.jstor.org/stable/1110898>
4. Arthur Nussbaum– Principle of Private International Law, Oxford University Press, 1943
5. Cheshire , private international law , 8th edition , Butterworths co ltd , London , 1974
6. D. St. L. Kelly , Localising Rules and Differing Approaches to the Choice of Law Process
7. Dana Stringer, ‘Choice of Law and Choice of Forum in Brazilian International Commercial Contracts: Party Autonomy, International Jurisdiction, and the Emerging Third Way’ (2006) 44 Columbia Journal of Transnational Law 959, 968–77.
8. Dicey & Morris , The conflict of laws , 9th edition , stevenage & sons limited , 1973
9. E J Cohn, ‘The Objectivist Practice on the Proper Law of the Contract’ (1957) 6 International and Comparative Law Quarterly 373,
10. Erin Ann & Larry E . Ribstein , conflict of laws and choice of law , george mason,1999
11. Ernst Zitelmann, *Internationales Privatrecht* (Ducker & Humblot, 1897) vol 2,
12. Jonathan Harris, ‘Understanding the English Response to the Europeanisation of Private International Law’ (2008) 4 Journal of Private International Law 347, 359–63.
13. Kelvin F K Low, ‘Choice of Law in Formation of Contracts’ (2004) 20 Journal of Contract Law 168, 175.
14. Kurt Lipstein – Jean S. Brunschvig – Fredrick Jerie , Karl M. Rodman, The Proper Law of the Contract , St. John's Law Review, vol 12– n 2 –April 1938 P263
15. Martin Wolff. Private International Law : Second Edition ; Oxford : At the Clarendon Press 1950
16. María Mercedes Albornoz, ‘Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems’ (2010) 6 Journal of Private International Law 23
17. Marshall, Brooke Adele "Reconsidering the Proper Law of the Contract" *MelbJIntLaw* 18; (2012) 13(1) Melbourne Journal of International Law 505
18. Nicky Richardson , The concept of characteristic performance and the proper law doctrine , Bond law Review ,vol 1, issue 2 , Art 9 , 1989
19. North, *Private International Law Problems in Common Law Jurisdictions*, above n 17, 106. E J Cohn, ‘The Objectivist Practice on the Proper Law of the Contract’ (1957) 6 International and Comparative Law Quarterly 373
20. P. R. H. Webb, the conflict of laws and contract, publication no.25.1985
21. Peter Kincaid , Choice of Law in Contract: the ALRC Proposals’ (1995) 8 Journal of Contract Law 231



22. Peter North, *Private International Law Problems in Common Law Jurisdictions* (Martinus Nijhoff, 1993) 134–6; A J E Jaffey, ‘Choice of Law in relation to *Ius Dispositivum*’ in P M North (ed), *Contract Conflicts* (North–Holland, 1982) 33, 38–9
23. Ronald A Brand, ‘The *Rome I Regulation* Rules on Party Autonomy for Choice of Law: A US Perspective’ (Legal Studies Research Paper No 2011–29, University of Pittsburgh School of Law, December 2011) 5 n 3 citing Eugene F Scoles et al, *Conflict of Laws* (Thomson West, 4th ed, 2004) 947 [18.1]

رابعاً: القوانين والاتفاقيات

1. قانون الزواج الاسترالي لعام 1961
2. القانون المدني العراقي رقم 40 لعام 1951
3. القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987
4. القانون المدني الاسباني 1889
5. اتفاقية لاهاي للقانون الواجب التطبيق على بيوع البضائع الدولية لسنة 1986
6. اتفاقية روما للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية 1980
7. مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في 27 تشرين الثاني 1998
8. The first Restatement of the conflicts of laws 1934
9. The second Restatement of the conflicts of laws 1971