مبدأ احترام إرادة المتعاقدين في عقود التجارة الدولية دراسة مقارنة وفقاً لاتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة (١٩٨٠) والشريعة الإسلامية

المدرس المساعد
منى فليح حسن الياس
المدرس المساعد
بلسم محمد طالب غويلي
الجامعة الاسلامية-فرع بابل

The principle of respecting the will of the contracting parties in international trade contracts A comparative study according to the Vienna Convention for the International Sale of Goods for the year (1980) and Islamic law

Assistant Lec. Mona Fleih Hassan Elias
Assistant Lec. Balsam Muhammad Talib Ghuwaili
Islamic University - Babylon Branch

الملخص:-

يعد مبدأ احترام إرادة المتعاقدين من أهم المبادئ التي نصت عليها اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٨٠ وجه الإطلاق، وذلك لأن الاتفاقية جعلت لإرادة المتعاقدين تسمو على نصوص الاتفاقية ذاتها في التطبيق. ففي المادة ٦ من الاتفاقية إشارة صريحة إلى هذا المبدأ، التي أتاحت الحرية للمتعاقدين في اختيار القواعد القانونية التي تحكم الرابطة العقدية، واستبعاد أحكام الاتفاقية من التطبيق على العقد حتى ولو كانت الاتفاقية واجبة التطبيق وفقا للمعايير التي وضعتها ، وهكذا تحترم الاتفاقية حرية الإرادة إلى أبعد مدى، وتنحاز إليها انحيازا كاملا في حالة وقوع تعارض بين الإرادة ونصوص الاتفاقية، كما أن مبدأ احترام إرادة المتعاقدين يسمو على كل المبادئ الأخرى التي تقوم عليها الاتفاقية، فيكون له الغلبة في التطبيق إذا ما وقع تعارض بينه وبين تلك المبادئ، وقد اخذت الشريعة الإسلامية بهذا المبدأ، قبل القوانين حيث أشارت الآيات الكريمة في القرآن الكريمة اليه، بالإضافة الى الاحاديث النبوية الشريفة التي أشارنا اليها في نطاق البحث.

الكلمات المفتاحية: مبدأ سلطان الإرادة ، احترام إرادة المتعاقدين، عقود التجارة الدولية ، عقد البيع الدولي، اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٨٠.

Abstract:-

The principle of respecting the will of the contracting parties is one of the most important principles stipulated in the Vienna Convention for the International Sale of Goods of 1980 at all, because the agreement made the will of the contracting parties superior to the provisions of the Convention itself in application. In Article 6 of the Convention, an explicit reference to this principle, which allowed the freedom of the contracting parties to choose the legal rules that govern the contractual bond, and to exclude the provisions of the agreement from application to the contract even if the agreement was applicable according to the criteria it set, and thus the Convention respects freedom of will to the greatest extent And fully biased towards it in the event of a conflict between the will and the provisions of the agreement, just as the principle of respect for the will of the contracting parties is superior to all other principles on which the agreement is based.

Keyword: The principle of the authority of the will, respect for the will of the contracting parties, international trade contracts, the international sales contract, the Vienna Convention for the International Sale of Goods of 1980..

المقدمة

اولاً/ فكرة البحث:

تتبنى اغلب التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية مبدأ أحترام ارادة المتعاقدين والذي يقصد به إن إرادة الأطراف لها الحرية في تنظيم العقود المبرمة بينهم وفي تحديد القانون الذي يطبق على هذه العقود. واستنادا لهذه الحرية فأن للإطراف المتعاقدة الحق في الاتفاق على استبعاد تطبيق أحكام اتفاقية فينا بالكامل بالرغم من توافر شروط تطبيقها، او مخالفة أحد نصوصها أو تعديل آثار نص من هذه النصوص. فجعلت اتفاقية فينا للبضائع لإرادة المتعاقدين الفعلية الدور الكبير والمهم في تطبيق نصوص الإتفاقية فقد أتاحت المادة (٦) من الإتفاقية للمتعاقدين الحرية في إختيار القواعد القانونية التي تحكم العلاقات التعاقدية وإستبعاد أحكام الإتفاقية من التطبيق على العقد حتى ولو كانت الأحكام واجبة التطبيق وفقاً للمعايير التي جاءت في الإتفاقية بإستثناء حكم المادة (١٢) من الإتفاقية.

ثانياً/ اهمية البحث:

تبرز اهمية موضوع البحث في ان مبدأ احترام ارادة المتعاقدين يوفر الحق لكل شخص في أن يتعاقد أو لا يتعاقد بارادته الحرة، كذلك أختيار الشخص الذي يتعاقد معه، فمن يتعاقد يجب أن يتعاقد بإرادته الحرة المختارة، التي تلتقي بإرادة المتعاقد الأخر، فينشأ التراضي الذي يشكل الركن الأول من أركان العقد، لذلك نجد القوانين والاتفاقيات الدولية عموما تهتم بإرادة المتعاقدين سواء من حيث وجودها أو صحتها، بل وحتى طريقة التعبير عنها. كذلك يحدد مبدأ احترام ارادة المتعاقدين في اتفاقية فينا للبضائع الحرية المتعاقدين في اختيار القواعد القانونية التي تحكم الرابطة العقدية واستبعاد أحكام الاتفاقية من التطبيق على العقد حتى ولو كانت الاتفاقية واجبة التطبيق وفقا للمعايير التي وضعتها.

ثالثاً/ اشكالية البحث:

تبرز إشكالية البحث في الاجابة على العديد من الاسئلة منها: ما هو دور الارادة في اتفاقية فينا للبضائع لعام١٩٨٠؟ وهل هنالك اختلاف بين احترام الارادة في اتفاية فيينا وبقية الاتفاقيات الاخرى؟ وهل ان مبدأ احترام ارادة المتعاقدين مطلق ام يمكن ان يقيد بقيود معينة؟ وهل إن الشريعة الإسلامية نصت على هذا المبدأ؟، وإذ كانت الإجابة بالإيجاب، فما هو اساس هذا المبدأ؟ كل هذه التساؤلات سنجيب عليها من خلال البحث.

رابعاً/ منهجية البحث:

اتبعنا في دراسة موضوع البحث على المنهجين التحليلي والوصفي، من خلال استعراض النصوص القانونية ذات الصلة بموضوع البحث في اتفاقية فيينا للبضائع لعام ١٩٨٠، ومقارنتها مع بعض الاتفاقيات ذات الصلة بالإضافة الى الإشارة الى موقف المشرع العراقي، وموقف الشريعة الاسلامية .

خامساً/ خطة البحث:

تم تقسيم موضوع البحث (**احترام ارادة المتعاقدين في عقود التجارة الدولية وفقاً لاتفاقية فينا للبضائع لسنة (١٩٨٠)**) الى مطلبين، تطرقنا في المطلب الأول ، منه، الى مفهوم مبدأ احترام ارادة المتعاقدين، من خلال تقسيمه الى فرعين، تطرقنا في الفرع الاول منه ، الى تعريف مبدأ اختيار ارادة المتعاقدين، وفي الفرع الثاني تطرقنا الى الاساس الذي يقوم عليه مبدأ احترام ارادة المتعاقدين.

اما في المطلب الثاني، فتطرقنا فيه الى دور مبدأ احترام ارادة المتعاقدين في البيع الدولي، من خلال تقسيمه الى فرعين، تطرقنا في الفرع الأول منه، الى دور مبدأ احترام ارادة المتعاقدين في تحديد مضمون العقد الدولي، وفي الفرع الثاني تطرقنا الى دور مبدأ احترام ارادة المتعاقدين في تحديد نطاق تطبيق الاتفاقية، ثم انتهينا بخاتمة تتضمن مجموعة من الاستنتاجات والمقترحات .

المطلب الاول: مفهوم مبدأ احترام ارادة المتعاقدين

إن مبدأ احترام الإرادة يدخل في نطاق فلسفة القانون، ويُعد من أهم المبادئ القانونية التي منحت المتعاقدين حرية اختيار إبرام العقود ، وترتيب آثارها، وهو يقوم عل أساسين، هما الحرية والمساواة، فالحرية هي أساس النشاط الذي يظهر في الإرادة التي تنشئ العقد، وتحدد آثاره وتختار ما تشاء من المصالح التي تلائمها، ويأتي القانون بعد ذلك مكملا، أما المساواة القانونية فهي التي تحقق المصلحة العامة التي هي مجموع مصالح الأفراد بإتاحة الفرص للجميع دون تفريق، وإذا كانت حرية التعاقد هي قوام العقود، وهي التي تقرر قواعد العقد وأصوله وأحكامه، إلا أن هذا ليس على إطلاقه بل هنالك اعتبارات من شأنها أن تقيد هذه الحرية، وعليه فأن البحث في مفهوم مبدأ احترام ارادة المتعاقدين، يقتضي بنا ان نقوم بتقسيم هذا المطلب الى فرعين، نتطرق في الفرع الاول، الى تعرف مبدأ احترام

ارادة المتعاقدين، وفي الفرع الثاني نتطرق الى الاساس الذي يقوم عليه مبدأ احترام ارادة المتعاقدين.

الفرع الاول

تعريف مبدأ احترام ارادة المتعاقدين

سنبين تعريف مبدأ احترام إرادة المتعاقدين في اللغة، والاصطلاح وكما يلي:

أولا: تعريف مبدأ احترام المتعاقدين في اللغة

إن مبدأ احترام إرادة المتعاقدين مصطلح مركب، لذلك سنبين معنى كل مفردة منه في اللغة، وكما يلي:

١- **معنى مبدأ :** هو في الأصْل مكان البداءة في الشيء، أو زمانه، فمبدأُ الشيءِ: أوَّلُه، ومادته التي يتكوَّن منها، كالطِّين مبدأُ الإنسان؛ كما قال - تعالى :- (وَبَدَأَ خَلْقَ الْإِنْسَانِ مِنْ طِينٍ)[١]، أو مادته التي يتركَّب منها، كما نقول: الحروف مبدأُ الكلام، ومبادئ العلم، أو الخُلق، أو الدستور، أو القانون: قواعدُه الأساسية التي يقومُ عليها، ولا يخرج عنها"[٢].

٢- **معنى احترام :** احترام :اسم ، مصدر (احترمَ) ، احترام الذَّات :احترام النَّفس والشعور بالكرامة، احتراماً له: معنى جدير بالتقدير والاعتبار والتقدير.

٣- **معنى المتعاقدين**، مثنى، جمع : عُقُودٌ، مفردة العَقْدُ : وهو ما عُقِدَ من البناء، والعَقْدُ: يأتي بمعنى:العهد ، و العَقْدُ : إتفاقٌ بين طرفَيْن يلْتزم بمقتضاه كلٌّ منهما تنفيذ ما اتفقا عليه، كعَقْدِ البَيْع والزَّواج[٣] .

وجاء في قوله تعالى " ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلۡأَنۡعَٰمِ إِلَّا مَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحۡكُمُ مَا يُرِيدُ ﴾"[٤].

ثانيا: تعريف مبدأ احترام إرادة المتعاقدين في الاصطلاح

سنبين تعريف مبدأ احترام إرادة المتعاقدين في الفقه، والتشريع، والشريعة الإسلامية، وكما يلي:

١ـ تعريف مبدأ احترام المتعاقدين فقها:

عرف جانب الفقه احترام ارادة المتعاقدين بصورة عامة على أنها " ان المتعاقد حر في ابرام ما يشاء من العقود وفي ترتيب الالتزامات، ولا يخضع في ذلك لإرادة غيره، فهو يلتزم بما شاء ومتى أراد ليحقق مصلحته وعلى الطرف الآخر احترام هذه الارادة " [٥].

وذهب جانب من الفقه الى تعريف احترام ارادة المتعاقدين بقوله "ان لإرادة الشخص الحرية التامة في ابرام ما يشاء من العقود، بشرط ان لا تتعارض هذه الحرية سواء لاكتساب حقوق أو تحمل التزامات مع حرية الاشخاص الاخرين، لذا فان الاصل في العقود انها خاضعة لإرادة الاطراف، وان كل الالتزامات التعاقدية مصدرها الارادة الحرة للإفراد وعلى الجميع احترام هذه الإرادة" [٦].

٢ـ تعريف مبدأ احترام إرادة المتعاقدين تشريعا

لم يعرف المشرع العراقي مبدأ احترام إرادة المتعاقدين في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٠ ، وهذا لا يعد عيبا على المشرع، لأنه ليس من وظيفة المشرع أيراد تعريفات، وأنما وظيفه الفقه والقضاء. ولكنه إشار بصورة غير مباشرة الى هذا المبدأ في المادة(١٥٠) في الفقرة الأولى منه حيث نصت على "١-يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية..."[٧].

كذلك نص على هذا المبدأ في قانون التجارة قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤[٨]، حيث نص في المادة (٢٩٥) منه على إن " تسري الاحكام العامة الواردة في هذا الفصل على البيوع الدولية المنصوص عليها في هذا الباب ، وللطرفين ان يتفقا على احكام غيرها إذا اقتضت ذلك ظروفهما الخاصة او متطلبات التعامل الدولي".

كذلك نجد إن الاتفاقيات الدولية لم تعرف مبدأ احترام ارادة المتعاقدين في ، ولكن بالرجوع لأحكام المادة (٦) من اتفاقية فيينا ، إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٨٠ يمكن ان نستنتج مبدأ احترام ارادة المتعاقدين يعني حيث نصت على "يجوز للطرفين استبعاد تطبيق هذه الاتفاقية، كما يجوز لهما فيما عد الاحكام المنصوص عليها في المادة (١٢) مخالفة نص من نصوصها أو تعديل أثارها"[٩].

وبالتالي يتضح لنا أن مبدأ احترام إرادة المتعاقدين، يعد مبدأ جوهريا ، ليس فقط من المبادئ العامة التي تقوم عليها الأتفاقية فحسب، بل هو من أهم المبادئ التي ترتكز عليها الاتفاقية على وجه الإطلاق، وذلك لأن الاتفاقية جعلت لإرادة المتعاقدين الغلبة في التطبيق علي نصوص الاتفاقية ذاتها.

٣ـ تعريف مبدأ احترام إرادة المتعاقدين في الشريعة الإسلامية

لم نجد تعريف دقيق وواضح لهذا المبدأ في الشريعة الإسلامية ، لكننا وجدنا إن هذا المبدأ بدأ مع بداية الإسلام ونزول الوحي على النبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم) ، وقد وصل مداه ، إلى أن جعله أساس الدين كله استنادا الى قوله تعالى: ﴿ لَآ إِكۡرَاهَ فِي ٱلدِّينِۖ قَد تَّبَيَّنَ ٱلرُّشۡدُ مِنَ ٱلۡغَيِّۚ فَمَن يَكۡفُرۡ بِٱلطَّٰغُوتِ وَيُؤۡمِنۢ بِٱللَّهِ فَقَدِ ٱسۡتَمۡسَكَ بِٱلۡعُرۡوَةِ ٱلۡوُثۡقَىٰ لَا ٱنفِصَامَ لَهَاۗ وَٱللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ (١٠).

والملاحظ من هذه النصوص القرأنية، أن حرية الإنسان هي أساس صحة الإيمان بالله (عز وجل) ، وعليه فأن بقية التصرفات تكون من باب أولى لأنها أقل شأنا من الاعتقاد ذاته.

ومن النصوص الخاصة بحرية التعاقد في مجال المعاملات قوله تعالى " ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ﴾ (١١).

فهذه الاية الكريمة تدل على حكمين أساسين، الأول هو تحريم اكل المال بالباطل، والثاني جواز كل تجارة ما دامت عن رضا بين المتعاقدين(١٢)، وهذا ما يهمنا في نطاق بحثنا، وعليه فإن مبدأ احترام إرادة المتعاقدين له أهمية ومنزلة عظيمة في الشريعة الإسلامية(١٣).

الفرع الثاني

الاساس الذي يقوم عليه مبدأ احترام ارادة المتعاقدين

سنبين الأساس الذي يقوم عليه مبدأ احترام إرادة المتعاقدين في اتفاقية فيينا الدولية والشريعة الإسلامية، وكما يلي:

أولا: الأساس الذي يقوم عليه مبدأ احترام إرادة المتعاقدين في اتفاقية فيينا

اعتمدت لجنة اليونسترال في عملها عند إعداد اتفاقية فيينا لعام١٩٨٠ بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، على الجهود السابقة التي بذلها معهد روما لتوحيد القانون الخاص اليونيدروا من أجل وضع قواعد موحدة لعقود البيع الدولي للبضائع، والتي أسفرت عن إبرام اتفاقيتي لاهاي ١٩٦٤ (١٤).

ونظرا للصلة الوثيقة بين اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولى للبضائع، (اتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٠) ، ومبادئ عقود التجارة الدولية اليونيدروا، فمن الجائز الاستعانة بها لسد النقص في نصوص الاتفاقية خاصة في المسائل التي عالجتها مبادئ عقود التجارة الدولية بما يتفق مع ما ورد في اتفاقية فيينا ١٩٨٠[١٥].

ومن الجدير بالذكر أن المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية ذاتها تنقسم إلى نوعين:

النوع الأول: منها هي المبادئ التي يمكن للقاضي أو المحكم تطبيقها تطبيقاً مباشراً ، مثل مبدأ احترام ارادة المتعاقدين.

النوع الثاني: من المبادئ فهى تلك المبادئ التي لا يمكن تطبيقها إلا بعد تحديد مضمونها من خلال ضابط تقاس به، مما يقتضي البحث عن هذا الضابط ولنأخذ أحد المبادئ التي تقوم عليها الاتفاقية وهو مبدأ المعقولية، كمثال لتوضيح ذلك هذا المبدأ يستمد من نصوص الاتفاقية التي اتخذت المعقولية كأساس عام لتقدير مدى الملائمة. وقد أشارت الاتفاقية إلى "المعقولية " في مواضع متفرقة فاستخدمت اصطلاحات " خلال مدة معقولة "[١٦]، " نفقات غير معقولة " [١٧] ، شروط معقولة "، وهكذا[١٨].

فكيف يحدد القاضي أو المحكم المقصود بالمعقولية؟ ، وما هو الضابط أو المعيار الذي يتخذه للتعرف على مضمونها؟. لاشك أنه إذا أجيز للقاضي أو المحكم أن يطبق المعايير السائدة في قانونه الوطني لتحديد المقصود " بالمعقولية " فسوف يؤثر ذلك على الغرض الذي تسعى الاتفاقية إلى تحقيقه وهو التوحيد، لأن المواعيد أو الشروط أو النفقات التي تعتبر معقولة وفقا للمعايير السائدة في نظام قانوني معين، قد لا تعد معقولة في نظام قانوني آخر[١٩].

ومن ثم يجب تفسير عبارة " المبادئ العامة التي لا يمكن تطبيقها إلا بعد تحديد مضمونها من خلال ضابط تقاس به " تفسيرا واسعا يستوعب القياس، وهذا يعني أن القاضي أو المحكم الذي ينظر النزاع عليه أن يتوسع في تفسير نصوص الاتفاقية عن طريق إعمال القياس، ولا يقتصر على تطبيق المبادئ العامة التي تستمد من نصوص الاتفاقية ذاتها فحسب، بل يتعداه أيضا عن طريق تطبيق المبادئ العامة لعقود التجارة الدولية.

على أن إطلاق حرية إرادة المتعاقدين قد يثير صعوبات إذا ما تعارض تطبيق هذا المبدأ مع مبدأ حسن النية، ولقد أوضحنا فيما تقدم أن الاتفاقية لم تذكر صراحة حسن النية إلا كمبدأ من مبادئ التفسير فى المادة 7 فقرة (1) منها [٢٠].

خاصة إن مبدأ حسن النية لا يقف دوره فى الاتفاقية عند هذا الحد ، بل يعتبر مبدأ عاما من المبادئ التى تقوم عليها الاتفاقية يفرض على طرفى العقد الالتزام بالأصول الحميدة فى التعامل، وعليه فالسؤال الذى يثار هو : هل تكون لإرادة المتعاقدين الغلبة فى التطبيق إذا تعارضت مع حسن النية ، أم يجب أن تتقيد الإرادة باحترام حسن النية فى التعامل ؟

يذهب غالبية الفقهاء إلى ترجيح مبدأ احترام إرادة المتعاقدين لأن نصوص الاتفاقية لم تتضمن أى قيد على حرية الإرادة باستثناء المادة 12من الاتفاقية . وهذا يعنى أن الاتفاقية تحترم حرية الإرادة إلى أقصى درجة ، وبما يتجاوز حدود حسن النية . فنصوص الاتفاقية لم تضع أي قيد على حرية الإرادة باستثناء حكم المادة 12. ومن ثم فقد سارت خطوة أبعد من القوانين الوطنية فى تطبيق مبدأ سلطان الإرادة . ففى الولايات المتحدة الأمريكية مثلا يجيز التقنين التجارى الموحد Uniform Commercial Code فى المادة (٣) من القسم الأول الاتفاق على ما يخالف أحكامه فيما عدا ما يفرضه التقنين من التزامات تتعلق باحترام حسن النية ،ودرجة الحيطة والمعقولية والعناية الواجبة[٢١].

ويقول أنصار الاتجاه المتقدم أن الاتفاقية تدعم مبدأ احترام الإرادة إلى درجة تتجاوز ما ينص عليه التقنين التجاري الموحد ، لأنها لم تضع قيودا على حرية المتعاقدين في الاتفاق على ما يخالف أحكامها تماثل القيود التي ذكرتها المادة (٣) من القسم الأول من التقنين التجاري الموحد[٢٢] .

وعلى الرغم من الاتجاه الفقهى المتقدم وما يستند إليه من حجج فإننا نرى أنه لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالف حسن النية، ولعل فيما تضمنه تعليق الأمانة العامة للجنة اليونسترال على المادة 6 من مشروع الاتفاقية، (ويقابلها المادة 1/7 من الاتفاقية)، ما يساند رأينا، حيث بين التعليق أمثلة متعددة لتطبيقات حسن النية فى الاتفاقية، و أكد فى نهاية التعليق على المادة 6 من المشروع أن "حسن النية أوسع نطاقا من هذه الأمثلة وينطبق على جميع جوانب تفسير وتطبيق هذه الاتفاقية "[٢٣].

وقد أخذت أحكام القضاء بهذا الاتجاه في ظل العمل بالقانون الموحد الملحق باتفاقية لاهاي 1964 بشأن البيع الدولي للبضائع في تفسيرها للمادة 3 من القانون الموحد التي كانت تجيز لطرفي العقد استبعاد القانون الموحد كليا أو جزئيا من التطبيق(٢٤).

ومن القضايا التي عرضت على القضاء الألماني في ظل العمل بالقانون الموحد الملحق باتفاقية لاهاي سنة 1964 وأخذت بهذا التفسير قضية نظرتها محكمة استئناف Hamm الألمانية ، وتدور وقائعها حول عقد بيع منسوجات أبرم بين بائع إيطإلى وصاحب مصنع ملابس ألماني . وتضمنت الشروط العامة للبائع الملحقة بعقد البيع أن المشترى ليس من حقه بعد أن يستلم البضاعة الإدعاء بوجود عيوب فيها . وبعد أن استلم المشترى البضاعة قام بفحصها فلم يكتشف وجود أي عيب فيها ، غير أنه بعد تصنيع الملابس وكيها ظهرت عيوب فى البضاعة وتبين عدم صلاحيتها . وعندما رجع المشترى على البائع تمسك بالشرط الذى يتضمن الإعفاء من المسئولية عن العيوب بعد استلام المشترى للبضاعة . وما يعنينا فى هذه القضية أن محكمة استئناف Hamm رفضت هذا الدفع وقضت فى 29 إبريل 1982 بعدم الاعتداد بالشرط لمخالفته لمبدأ من المبادئ الجوهرية التى يقوم عليها القانون الموحد الملحق باتفاقية لاهاي 1964 ، وهو مبدأ حسن النية(٢٥).

وهذا الحكم يوضح كيفيه تطبيق القضاء الألماني للمادة 3 من القانون الموحد الملحق باتفاقية لاهاي 1964 وتقابلها (المادة6 من اتفاقية فيينا 1980) التي تجيز للمتعاقدين استبعاد حكم القانون الموحد من التطبيق على العقد كليا أو جزئيا. فقد أكد الحكم أن الشروط العامة للبائع الملحقة بالعقد لا يعتد بها إذا كانت تخالف مبدأً من المبادئ الجوهرية التي يقوم عليها القانون الموحد الملحق باتفاقية لاهاي 1964. ومن ثم فقد قيدت المحكمة إرادة المتعاقدين في الاتفاق على ما يخالف القانون الموحد ، وأكدت مبدأ عدم جواز الاتفاق على ما يخالف حسن النية على اعتبار أن هذا المبدأ يعد من المبادئ الجوهرية التي تقوم عليها الاتفاقية، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على مخالفته.

ثانيا: الأساس الذي يقوم عليه مبدأ احترام إرادة المتعاقدين في الشريعة الإسلامية

عند الرجوع الى الفقه الاسلامي، نلاحظ ان الفقهاء اتفقوا على ان العقد المستكمل لأركانه وشرائطه يتمتع بالقوة الإلزامية، أي ان كل عقد باشره الانسان بإرادته الحرة ملزم

له بنتائجه، ومقيد لإرادته استنادا لقوله تعالى "ياأيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود"، وقوله تعالى " واوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤولا".

والحقيقة ان ارادة المتعاقدين هي التي تنشئ العقد ولكن الشريعة الاسلامية هي التي ترتب ما لكل عقد من حكم وأثار ، فإرادة الانسان مقصورة على انشاء العقد فقط كعقد البيع، واما ما يترتب على العقد من اثار كنقل ملكية المبيع الى المشتري، واستحقاق الثمن في ذمة المشتري للبائع فمتروك لتقدير الشرع. فتستمد ارادة المتعاقدين سلطانها من الشرع بالحدود التي حددها لكل عقد فقد تكون حدود الشرع محققة لحاجة العاقدين فلا يحتاجان الى اشتراط شروط تنقص او تزيد من آثار العقد المشروعة ، فحرية الاشتراط هو مبدأ سلطان الارادة في تعديل اثار العقد المقرر في القوانين ، علما بأن الشريعة والقانون متفقان على ان تقرير اثار العقود واحكامها هو من أرادة الشارع لا من عمل العاقد، والفارق بينهما في مدى تفويض الشارع الى العاقدين من السلطان على تعديل الاحكام التي قررها التشريع مبدئيا في كل عقد(٢٦).

المطلب الثاني: دور مبدأ احترام ارادة المتعاقدين في البيع الدولي

ان البحث في دور مبدأ احترام ارادة المتعاقدين في البيع الدولي، يقتضي بنا ان نقوم بتقسيم هذا المطلب الى فرعين، نتطرق في الفرع الاول الى دور مبدأ احترام ارادة المتعاقدين في تحديد مضمون العقد الدولي، وفي الفرع الثاني نتطرق الى دور مبدأ احترام ارادة المتعاقدين في تحديد نطاق الاتفاقية.

الفرع الاول

دور مبدأ احترام ارادة المتعاقدين في تحديد مضمون العقد الدولي

لا ريب أن أطراف عقد البيع الدولي، لهم سلطة وحرية واسعة في تنظيمه، فهذا العقد متى ما كان مفصلا ومتضمنا رؤية واسعة لكل المسائل القانونية التي من الممكن أن تواجه المتعاقدين، يخلق التزامات ملزمة للطرفين، وتغني القاضي والمحكم عن الرجوع إلى أي قانون أخر، فالعقد الدولي بحسب وصف البعض كالقانون بالنسبة للمخاطبين بأحكامه، وأن عملية إعداد هذا العقد أشبه بالعملية التشريعية، حيث أن ما عبرت عنه إرادة أطراف العقد تعد بمثابة قانون بالنسبة إليهم، وأن الشروط التعاقدية تشكل في مجموعها قانوناً خاصاً يحكم جوانب العقد كافة(٢٧).

ومن ثم فأن نصوص العقد تعد بمثابة الإطار العام الذي تدرج فيه أحكام العقد، المعبرة عن إرادة المتعاقدين، وتعد المصدر الأساس الذي تستقى منه أحكام العلاقة العقدية، ويجب التقيد بما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين، كما أن على كل متعاقد احترام هذه الارادة وتنفيذ ما تم اقراره في العقد، والا عد مخلا بتنفيذ التزامه، استناداً إلى القوة الملزمة للعقد.

وقد اجازت المادة (٢٩ /١) من إتفاقية فيينا، تعديل العقد أو فسخه ، بشرط ان يتم هذا التعديل باتفاق الطرفين، كما أن المتأمل في نصوص هذه الإتفاقية المنظمة لالتزامات طرفي العقد يجد ان العقد يعد المرجع في تحديد مدى هذه الالتزامات، وقد عبرت الإتفاقية عن هذا الأمر بعدة اساليب منها: في المادة (٣٠)"على النحو الذي يقتضيه العقد "، والمادة (١ / ٣٥)، "مطابقة الأحكام العقد"، والمادة(١/٣٦)، "وفقا لشروط العقد" و المادة(٥٤)"بموجب العقد" [٢٨].

وهنالك بالطبع عدد من الاستثناءات على المبدأ المنصوص عليه في المادة (١-١) من هذه المبادئ وهي:

الاستثناء الأول: يتعلق بالقطاعات الاقتصادية التي لا توجد فيها منافسة، فهناك قطاعات تقرر الدولة استبعادها من مجال حرية المنافسة لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة، ففي مثل هذه الحالة لا يمكن التعاقد إلا مع مورد واحد لهذه السلع، وعادة ما يكون هذا المورد هو شخص معنوي عام، والذي يلزم بالتعاقد مع كل من يطلب السلعة في حدود الكمية المتوفرة لديه[٢٩].

الاستثناء الثاني: على حرية تحديد مضمون العقد هو ما جاءت به المادة (١-٤) من المبادئ، وهي حالة تعارض بنود العقد مع القواعد الآمرة سواء كانت وطنية أم دولية وفقا لأحكام القانون الدولي الخاص، وهذه القواعد الآمرة هي النظام العام والقواعد ذات التطبيق الضروري[٣٠].

كما نصت المادة (١-٣) من هذه المبادئ على مبدأ القوة الملزمة للعقد، إذ جاء في هذه المادة العقد الذي أبرم صحيحة يلزم أطرافه، ولا يجوز تعديله أو إنهاؤه إلا وفقا لما ورد فيه من أحكام أو بأتفاق الطرفين أو بأي وسيلة أخرى ورد بيانها في هذه المبادئ" .

أما قانون العقد الأوربي، فقد أقرت المادة (١٠٢-١) منه حرية المتعاقدين في تحديد مضمون العقد، فجاء فيها "١- الأطراف أحرار في إبرام العقد وتحديد مضمونه، مع مراعاة

متطلبات حسن النية وأمانه التعامل والقواعد الإلزامية التي وضعتها هذه المبادئ.". وقد أورد قانون العقد الأوربي بموجب المادة (١٠٢-٢/١) منه ذات القيد الذي اوردته مبادئ اليونيدروا على مبدأ سلطان الإرادة في المادة (١-٤) منها.

والمتأمل في الإتفاقيات الدولية واللوائح المتعلقة بالتحكيم، يجدها تنص على احترام إرادة المتعاقدين أيضاً والأخذ بالاعتبار بشروط العقد سواء في أختيار القانون الواجب التطبيق أم في الفصل في النزاع[٣١].

مما تقدم نستنتج، ذيوع وأستقرار مبدأ احترام ارادة المتعاقدين في مجال التجارة الدولية، واستنادا إلى هذا المبدأ يجب الرجوع إلى إرادة الطرفين لتحديد الإلتزامات المترتبة على العقد المبرم، والتي يؤدي عدم تنفيذها إلى نشوء الإخلال بالعقد، وبطبيعة الحال فان التعرف على إرادة الطرفين يتم بالرجوع إلى العقد ذاته، فالعقد يعد الأطار الذي أفرغت به الإرادة واليه ينبغي الرجوع للوقوف على حقيقة إرادة المتعاقدين.

وينبغي فهم مصطلح العقد بمعناه الواسع، فلا نعني به الوثيقة العقدية فقط وأنما قد يلحق بها من ملاحق، فهذه الملاحق تتضمن شرحا مفصلا للعقد وكيفية تنفيذه، والمواصفات الفنية التي يجب أن يصل إليها مستوى التنفيذ، وإليها يجب الرجوع لتحديد مضمون العقد وما أتجهت إليه إرادة المتعاقدين، وتحتل الملاحق أهمية كبيرة في نطاق عقود التجارة الدولية، فهي ترافق العقد من لحظة نشوءه، إلى حين اكتمال تنفيذه وانتهاؤه، وهي بذلك تعد المرجع في تحديد الالتزامات الملقاة على عاتق الطرفين ، التي يؤدي عدم تنفيذها إلى تحقق الإخلال.[٣٢].

الفرع الثاني

دور مبدأ احترام ارادة المتعاقدين في تحديد نطاق تطبيق الاتفاقية

تتميز قواعد الاتفاقية بالصفة غير الآمرة فضلاً عن تكريسها لأعراف وعادات التجارة الدولية فالقواعد المكونة لها تجد مصدرها في بنود العقد ذاته وفي العادات والاعراف التجارية الدولية، بالإضافة الى المبادئ القانونية المشتركة في الدول المختلفة، وقواعد العدالة فضلاً عن قضاء التحكيم ، ويترتب على ذلك سمو الإرادة على قواعد الاتفاقية ، وهذا المبدأ من أهم المبادئ التي ترتكزُ عليها الاتفاقية على وجه الاطلاق ويتجسدُ في العلاقة بين البائع والمشتري والتي تجدُ اساسها في العقد ، حيث جعلت الاتفاقية لإرادة المتعاقدين الغلبة

في التطبيق على نصوص الاتفاقية ذاتها[٣٣]، فقد يتفقا على التقيد بأحكام المادة (٦) من اتفاقية فينا للبضائع لعام ١٩٨٠ التي قضت " يجوز للطرفين استبعاد تطبيق الاتفاقية، كما يجوز لهما، فيما عدا الاحكام المنصوص عليها في المادة ١٢، مخالفة نص من نصوصها او تعديل اثاره".

ويعني هذا النص أن من حق طرفي البيع الاتفاق على استبعاد تطبيق أحكام هذه الاتفاقية بالكامل بالرغم من توافر شروط تطبيقها، وقد أخذت اتفاقية فينا في هذا الخصوص بما قررته المادة ٣ من القانون الموحد لاتفاقية لاهاي سنة ١٩٦٤ والتي تقضي بجواز استبعاد أحكام القانون الموحد برمته أو استبعاد بعض أحكامه ، ويرى البعض أن الأخذ بهذا المبدأ يظهر بوضوح مبدأ احترام ارادة المتعاقدين والاعتداد بحرية المتعاقدين، ذلك أن النص قرر حقهما في استبعاد تطبيق القانون الموحد على عقدهما دون أن يقيدهما بتحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة على العقد[٣٤].

وقد أثير أمام لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية عند مناقشة هذا الحكم ، ما اذا كان يتعين النص على أنه يشترط لتطبيق الاتفاقية أن يختار طرفا عقد البيع صراحة تطبيقها بالنص على هذا الحكم في العقد، أم أن هذه الاتفاقية تطبيق تلقائياً عند عدم النص في عقد البيع على تطبيق قانون آخر عليه، وقد رفض اقتراح ضرورة اختيار تطبيق الاتفاقية صراحة في عقد البيع الإمكان سريان أحكامها لأن من شأن هذا أن يحول الاتفاقية الى مجرد عقد نموذجي [٣٥]، ولذلك فإن الاتفاقية يمكن استبعاد تطبيقها بالنص صراحة على اختيار قانون أخر وطني يحكم العقد، هذا فضلا عن إمكان الاتفاق على استبعاد أحكام الاتفاقية دون النص على تطبيق قانون آخر على العقد وذلك بامكان استبعاد حكم من احكام الاتفاقية أو تعديله ، حتى لو تم ذلك بالنص على الأخذ بشروط عقد من العقود النموذجية[٣٦].

ويعني ما تقدم أن أحكام الاتفاقية لا تتعلق بالنظام العام ويجوز لطرفي عقد البيع الاتفاق على مخالفتها، وذلك مع الأخذ في الاعتبار أن حكم المادة ١٢ من الاتفاقية يتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفته[٣٧].

هذا ومن المقرر أن حرية المتعاقدين في عقد البيع الدولي للبضائع لا تقتصر فقط على حقها في استبعاد أحكام اتفاقية فينا عندما تكون واجبة التطبيق، وإنما يجوز لهما أيضا الاتفاق على تطبيق أحكام الاتفاقية على عقد بيع لا يخضع لها اصلاً، مثل عقد بيع

سفينة مثلا، وذلك بالرغم من عدم النص في الاتفاقية على ذلك ، إلا إنه يمكن الأخذ بحكم مماثل لحكم المادة(٤) من القانون الموحد الاتفاقية لاهاي التي تقرر صراحة على إمكانية الاتفاق على تطبيق القانون الموحد على عقد لا يخضع أصلا لأحكام هذا القانون طبقا لشروط تطبيقه، على أن مقتضى الأخذ بهذا الحكم في اتفاقية فيينا، أن يسمح القانون الوطني الذي يتم العقد في ظله بالأخذ به وذلك حتى لم يكن من شان الأخذ بهذا الحكم مخالفة قواعد قانونية أمرة يقررها القانون الوطني(٣٨).

ويتفق القانون العراقي في هذا الأمر مع الاتفاقية، إذ جعل الإرادة التعاقدية تعلو على نصوص القانون، حيث نص قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤، في المادة (٢٩٥) منه على إن " تسري الاحكام العامة الواردة في هذا الفصل على البيوع الدولية المنصوص عليها في هذا الباب ، وللطرفين ان يتفقا على احكام غيرها إذا اقتضت ذلك ظروفهما الخاصة او متطلبات التعامل الدولي"، واكدت المادة (٢٩٧) منه على " يجوز للمتعاقدين فيما يتعلق بالشروط التفصيلية للبيع ان يحيلا الى احد عقود البيع النموذجية".

إما بالنسبة لقواعد الشريعة الإسلامية ، فيما يتعلق بمبدأ احترام إرادة المتعاقدين ودروه، فسنبين ذلك من خلال التحدث عن حرية التعاقد ، ومدى كفاية الرضا في إنشاء العقود دون التقيد بأشكال معينة، وحرية ترتيب آثار العقود وتعديل نتائجها الأصلية المنصوص عليها، وحرية اشتراط الشروط في العقود .

فبالنسبة للناحية الأولى: وهي ناحية حرية التعاقد ومدى كفاية الرضا في إنشاء العقود دون التقيد بأشكال معينة، هنا نجد الفقهاء من مختلف المذاهب الإسلامية المعتبرة يقررون حرية التعاقد ، والرضائية المطلقة، ولم تكن قبل الإسلام أمة ذات تاريخ تشريعي تعرف أن مجرد التراضي يولد عقدا ملزما والتزامات دون أن تمر بصور وأنواع مختلفة من المراسيم الشكلية، سواء في ذلك التشريع الروماني أو غيره، فالإسلام ألغى جميع تلك الأغلال والقيود عن أعناق العقود(٣٩).

واستدلوا بمجموعة من الأدلة منها النصوص التي ذكرناها سابقا ومنها أيضا قوله (صلى الله عليه واله سلم) "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه" ٤٠، وقوله أيضا: "إِنَّمَا الْبَيعُ عَنْ تراضٍ" ٤١، ومعنى الحديثين أن الرضا هو أساس صحة العقود والتصرفات وطبعا هذا ما لم تخالف نصا شرعيا. إذن فالخلاصة من هذه الناحية أن للإرادة الحرية

الكاملة في إبرام ما تشاء من العقود، دون أن تكره من أحد، اللهم إلا ما كان من الإكراه بحق، كأن يجبر القاضي المدين المماطل ببيع ممتلكاته أو بيعها عنه دون رضاه لإيفاء ديونه، وبيع السلع المحتكرة على محتكريها عندما يلحق الضرر بالجماعة، وامتلاك الأراضي من أصحابها للمصلحة العامة إذا دعت الضرورة لذلك مع وجوب التعويض العادل (٤٢).

إما بالنسبة للناحية الثانية: وهي الحرية في ترتيب آثار العقود، وتعديل نتائجها الأصلية، المنصوص عليها، فالشريعة الإسلامية تعتبر الإرادة هي التي تنشأ العقد، والآثار تكون من الشارع؛ لأن العقود أسباب جعلية شرعية، وليست أسباب طبيعية، بمعنى أن العلاقة بين العقد وآثاره ليست بسبب ما اشتملت عليه من عبارة تدل على إرادة حرة فقط، بل ذلك لأن الشارع الحكيم جعل الأحكام مترتبة على العقود، فعقد البيع مثلا وهو أشهر العقود ليس من صيغة الإيجاب والقبول ولا من إ رادة العاقدين فقط، لأن الشارع جعل ذلك العقد طريقا لثبوت هذه الآثار، وتلك الأحكام وذلك بأمرين نلخصهما فيما يلي:

١- إذن عام بجعل الرضا طريقا لإنشاء الحقوق والواجبات وانتقالها قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ ﴾.

ثم أوجب الوفاء بالعقود وتنفيذ أحكامها فقال{ياأُ يهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفواْ بِالْعُقودِ}. وهكذا جعل الشارع للعقود آثارا والتزامات تنشأ عنها، وهي تتفق مع ما ينتجه العقل السليم.

٢-أن الشارع جعل لكل عقد من العقود الشرعية أثار، يثبت إذا توافرت أركانه وتحققت شروطه، وليس للعاقد أن يفر من أحكام العقد بعد انعقاده، إلا إذا تنازل الطرف الآخر عن حقه من التمسك بها وهذا رأي عامة الفقهاء من مختلف المذاهب(٤٣).

إما بالنسبة للحالة الثالثة: وهي حرية اشتراط الشروط في العقود هنا لفقهاء الشريعة الإسلامية اتجاهات مختلفة أبرزها اثنان أحدهما يرى أن الأصل في الشروط المنع حتى يقوم الدليل على الجواز، والثاني عكسه تماما، يرى أن الأصل الإباحة حتى يقوم الدليل على الحرمة.

فالاتجاه الأول: يرون أن الأصل في الشروط المنع، ولا يعتبر من الشروط عندهم إلا ما ورد النص بإثبات جوازه وقام الدليل على وجوب الوفاء به(٤٤).

والاتجاه الثاني: ومفاده أن الأصل في الشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما قام الدليل على إبطاله وإلغائه" (٤٥)، ومن الأدلة على هذا القول ما يلي:

- قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾، وقوله أيضا: ﴿ وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا ﴾، ومن الواضح أن العقد يتضمن تعهدا باحترام نتائجه والالتزام بها.
- قوله (ﷺ) : "والمسلمون عند شروطهم ما لم يعص الله"(٤٦). فهذه النصوص تشمل جميع العقود والشروط، وتدل على أن الأصل فيها الصحة واللزوم إلا ما دل الدليل على خلافه.

والخلاصة التي يمكن استنتاجها في هذا المجال، هي أن الشريعة الإسلامية لم تقيد الحرية الفردية في التعاقد إلا بقيد الشرع، فما حرم بنصوص قطعية أو قياس صحيح ليس للفرد الخيار في فعله وهذا لمصلحة الفرد والمجتمع ، ويستثنى من هذا عقد الزواج الذي يشترط فيه الشهادة، وأن يكون بألفاظ مخصوصة على خلاف بسيط بين الفقهاء فيها، وما عدا ذلك فالباب مفتوح للإرادة ما لم يدل دليل على التحريم(٤٧).

الخاتمة

بعد الانتهاء من بحثنا الموسوم " **احترام ارادة المتعاقدين في عقود التجارة الدولية وفقاً لاتفاقية فينا للبضائع لسنة (١٩٨٠) دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية**" ، توصلنا الى مجموعة من الاستنتاجات والمقترحات، والتي يمكن اجمالها بالاتي:

اولاً: الاستنتاجات:

١- لم تعرف اتفاقية فينا للبضائع مبدأ احترام ارادة المتعاقدين، ولكن بالرجوع لأحكام المادة ٦ من اتفاقية فينا للبضائع يمكن ان نستنتج ان المقصود بمبدأ احترام ارادة المتعاقدين، هو مبدأ جوهري، وهو أهم المبادئ التي ترتكز عليها الاتفاقية على وجه الإطلاق، وذلك لأن الاتفاقية جعلت لإرادة المتعاقدين الغلبة في التطبيق علي نصوص الاتفاقية ذاتها.

٢- أن الشريعة الإسلامية عرفت حرية سلطان الإرادة قبل أن تعرفها القوانين، وان الفقهاء المسلمون اتفقوا على ان العقد المستكمل لأركانه وشرائطه يتمتع بالقوة الإلزامية، أي ان كل عقد باشره الانسان بإرادته الحرة ملزم له بنتائجه، ومقيد لإرادته استنادا لقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود".

٣- أن مبدأ احترام ارادة المتعاقدين يعد من المبادئ التي يمكن للقاضي أو المحكم تطبيقها تطبيقاً مباشراً دون الرجوع الى ضابط يمكن ان تقاس به.

٤- إن المشرع العراقي قد أخذ بمبدأ احترام إرادة المتعاقدين في قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤، في المادة (٢٩٥) منه .

ثانيًا: المقترحات:

١- نقترح تضمين النص على هذا المبدأ في جميع العقود الدولية ومن خلال اشاعة التعامل بين اطراف عقود التجارة الدولية ، وذلك من إجل استقرار التجارة الدولية، لإن عدم الالتزام بهذا المبدأ يودي الى عرقلة التجارة الدولية.

٢- نقترح على المشرع العراقي عند تعديل قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ الى النص على هذا المبدأ بصورة مباشرة .

٣- ان موضوع احترام ارادة المتعاقدين في اتفاقية فينا للبضائع يكاد يخلو من الكتابات، لذلك نقترح على الباحثين ورجال القانون التطرق الى هذه الموضوع لأهميته العلمية، والعملية في اطار التجارة الدولية.

هوامش البحث

(١) سورة السجدة ، اية (٧).

(٢) معجم المخصص ؛ لابن سِيده ، ج١ ط١، دار إحياء التراث العربي - بيروت - ١٤١٧هـ ١٩٩٦م، ص ٥٠٥.

(٣) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية ، القاهرة، ١٣٧٩هـ/١٩٦٠م،

(٤) سورة النساء: اية (٢٩).

(٥). خولة عرعار: مبدأ سلطان الارادة في التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الجزائر، ٢٠١٦، ص ٢١.

(٦) د. عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، ج١، دار احياء التراث العربي، بيروت، بلا سنة نشر، ص١٤١.

(٧) القانون المدني، منشور في مجلة الوقائع العراقية،رقم العدد : ٣٠١٥، تاريخ العدد :٠٨-٠٩-١٩٥١، رقم الصفحة : ٢٤٣.

(٨) منشور في مجلة الوقائع العراقية، رقم العدد : ٢٩٨٧، تاريخ العدد :٠٢-٠٤-١٩٨٤، رقم الصفحة : ٢٣٠، ، ج١.

(٩) إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، صادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، نيويورك، ٢٠١١.

(١٠) سورة الكهف، أية رقم (٢٩).

(١١) سورة النساء ، اية رقم (٢٩).

(١٢) عبد الرؤوف دبابش، حملاوي دغيش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، حامعة بسكرة، الجزائر، العدد٤٤، سنة ٢٠١٦، ص ٢٦١.

(١٣) د. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، ١٩٦٣، ص٣٤٢.

(١٤) من أبرز الأعمال التي أنجزها معهد روما لتوحيد القانون الخاص أنه أعد " مبادئ العقود التجارية الدولية وقد أشترك في إعداد هذا العمل كبار فقهاء القانون التجاري الدولى على مستوى العالم، منهم عدد كبير من الفقهاء ورجال القانون الذين شاركوا في إعداد وصياغة اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا ١٩٨٠)، وقد أعدت هذه المبادئ تلبية للحاجة نحو إعداد تقنين للمبادئ العامة التي تحكم عقود التجارة الدولية يمكن قبوله على مستوى جميع دول العالم بغض النظر عن اختلاف ظروفها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، وهي تعد من المفاهيم القانونية السائدة في معظم الأنظمة القانونية، وقد تأثرت " المبادئ العامة لعقود التجارة الدولية " باتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع واتبعت الحلول التي أخذت بها في كثير من المسائل مع ادخال بعض التعديلات الملائمة التي تعكس الطبيعة الخاصة لهذه المبادئ، غير أن مبادئ العقود التجارية الدولية اليونيدروا لم تأخذ شكل اتفاقية دولية تلزم الدول التي تصدق عليها، بتطبيقها كجزء من قانونها الوطني، بل هي تطبق عندما يتفق الأطراف على سريانها على العقد، كما يجوز تطبيقها عندما يتفق الأطراف على أن يحكم العقد " المبادئ العامة للقانون " أو " قانون التجارة " أو ما شابه ذلك . كما يجوز الاستعانة بها في المسائل التي لم يضع القانون الواجب التطبيق على العقد حلولا لها. وفضلا عن ذلك يمكن الاستعانة بمبادئ العقود التجارية الدولية اليونيدروا لتفسير أو تكملة القوانين والاتفاقيات الدولية المتعلقة بقانون التجارة الدولية " ، ينظر د. حسام الدين عبد الغني: تفسير اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهظة العربية، القاهرة، ص٦٤.

(١٥) إن مبادئ اليونيدروا فقد خطت خطوة أوسع من إتفاقية فيينا، عندما عنونت مادتها الأولى بعنوان حرية التعاقد، ومادتها الثالثة بالقوة الملزمة للعقد، فنصت المادة (١-١) من هذه المبادئ

على " الأطراف أحرار في إبرام العقد وفي تحديد مضمونه"، فقررت هذه المادة مبدأ حرية التعاقد الذي يتمتع بأهمية كبيرة في إطار التجارة الدولية، ويعد ركيزة أساسية في السوق التجارية المفتوحة ومن متطلبات التنافس في الاقتصاد التجاري الدولي ، فان للتاجر الحق في أن يقرر بحرية ما الذي سيقدمه من سلع وخدمات، ولمن يرغب أن يقدم هذه السلع والخدمات، وأن يكون بأمكانه أن يوافق بحرية على شروط التعاقد. للمزيد - د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٨٨، ص ٥٠ وما بعدها.

(١٦) حيث قضت المادة (٢/١٨) من اتفاقية فينا للبضائع لعام ١٩٨٠ بقولها " يحدث قبول الايجاب اثره من اللحظة التي يصل فيها الى الموجب مايفيد الموافقة. ولايحدث القبول اثره إذا لم يصل الى الموجب خلال المدة التي اشترطها، او خلال مدة معقولة ....." ، والمادة ٣٣/ج من نفس الاتفاقية بقولها "خلال مدة معقولة من انعقاد العقد، في جمع الاحوال الاخرى.

(١٧)حيث قضت المادة (٣٤)من اتفاقية فينا بقولها" إذا كان البائع ملزما بتسليم المستندات المتعلقة بالبضائع فان عليه ان يوفي بهذا الالتزام في الزمان والمكان المعينين وعلى النحو الذي يقتضيه، وإذا كان البائع قد سلم هذه المستندات قبل الميعاد المتفق عليه فله الى ذلك الميعاد ان يصلح اي نقص في مطابقة المستندات بشرط الا يترتب على استعمال هذا الحق مضايقة للمشتري او تحميله نفقات غير معقولة....."

(١٨) حيث قضت المادة(٢/٧٢) من اتفاقية فينا بقولها "يجب على الطرف الذي يريد الفسخ، إذا كان الوقت يسمح له بذلك أن يوجه الى الطرف الاخر اخطارا بشروط معقولة....."

(١٩) ومن الجدير بالذكر أن البحث عن هذا الضابط يجري بأحد أسلوبين : الأول ، ويكون بالبحث عن الضابط في شخص المتعاقد ، وهذا الضابط "شخصي "ويؤدي إلى نتيجة تختلف باختلاف كل شخص على حده ، أما الأسلوب الثاني فيجري فيه البحث عن الضابط في شخص وهمى من صفه المتعاقد ، ويكون شخصا عاديا لا هو مفرط الذكاء ، ولا هو بمفرط في الغفلة ، وسطا في إدراكه وخبرته وحرصه ومن هذه المبادى مبدأ حسن النية. وهذا الضابط "مادي "ويعطي نتيجة ثابتة لا تختلف باختلاف الأشخاص ، فهو عنصر استقرار وثبات ولهذا رجحته الاتفاقية . منى نعيم جعاز الشياعي، معيار المدة المعقولة في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٣، ص٢٧.

(٢٠) التي نصت على " يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية، وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها كما يراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية" .

(٢١) د. حسام الدين عبد الغنى الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠١، ص ٦٣.

)22(Allan A . Farnsworth ، " Review of Standard Forms " 21 Cornell International Law Journal (1998) ، p.441 .

(٢٣) يمكن الحصول على النص الكامل للتعليق باللغة العربية من موقع مركز الشرق الأوسط للقانون التجاري الدولي على شبكة الإنترنت، وعنوان الصفحة الرئيسي للموقع:
http://www.cisg.law.pace.edu/cisgarabic/middleast/index.htm

(٢٤) د. حسام الدين عبد الغنى الصغير، مصدر سابق، ص٦٨.

)25(Albert Kritzer، Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods، Supp. 7 (September 1993)، p. 71. إشار اليه د. حسام الدين عبد الغنى الصغير، مصدر سابق، ص٦٨.

.(٢٦) د.وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ط٢، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، ١٩٨٥، ص٢٨.

(٢٧) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص ٤٤ وما بعدها.

(٢٨) د. أحمد السعيد الزقرد، اصول قانون التجارة الدولية ، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع ، المنصورة ،٢٠٠٧، ص١٢٣.

)29(See، –john felemegas، op.cit، p.43. Michael Joachim Bonell، An international restatement of contract – law،2nd EDITION، transnational publishers Inc ، New York، 1997،p106. Michael Joachim Bonell نقلا عن د. عبد الكريم سلامة : المصدر السابق، ص٥٠.OP.CIT،P.110، OP.CIT،P.110.٥٠، ص المصدر السابق: عبد الكريم سلامة د. عن نقلا

(٣٠) التي تنص على ((ليس في هذه المبادئ ما يقيد تطبيق القواعد الآمرة، سواء كانت وطنية أم دولية ام فوق قومية، ما دامت تطبق اعمالا للقواعد واجبة التطبيق في القانون الدولي الخاص)).

(٣١) فالمادة (٧) من إتفاقية جنيف لعام ١٩٦١ الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي في فقرتها الأولى، قد نصت صراحة على (حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق، وعند

عدم التحديد من قبل الأطراف فالقانون الملائم لموضوع النزاع، وفي كلا الحالتين يجب على المحكمين الأخذ بالأعتبار شروط العقد وعادات التجارة)، وأن الفقرة الثانية من هذه المادة، أجازت أنهاء النزاع بالصلح إذا كان ذلك يمثل إرادة الطرفين متى كان القانون المطبق على التحكيم يسمح بذلك. وفي ذات الاتجاه جاء في المادة (٤ / ٢٨)، من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الأونسترال العام ٢٠٠٦، بإلزام هيئة التحكيم في جميع الأحوال أن تفصل في النزاع وفقا لشروط العقد، وأن تأخذ بالاعتبار العادات المتبعة في النشاط التجاري حيث نصت على" ٤- وفي جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد، وتأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة".- لمزيد من التفاصيل، انظر، د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، بيت الحكمة، بغداد،١٩٩٢، ص٥٥.

.(٣٢) د. محمد احمد حسن: النظام القانوني للعقد الدولي، اطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠٠٦، ص٥٠٨.

(٣٣) منى نعيم جعاز الشياعي، مصدر سابق، ص٢٨.

(٣٤) د. حسام الدين عبد الغني: المصدر السابق، ص٦٥.

(٣٥) د. محمود سمير الشرقاوي: العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٧٢.

.(٣٦) د. احمد عبد الكريم سلامة: المصدر السابق، ص٨٧.

(٣٧) تنص المادة (١٢) على إن " لا يسرى الحكم الذي يقرر جواز إثبات عقد البيع باي طريق من طرق الإثبات غير الكتابة متى كان مركز أعمال أحد طرفي البيع يقع في دولة متعاقدة تأخذ بالتحفظ الوارد في المادة ٩٩ من الاتفاقية ، وهو التحفظ الذي يقضي بحق كل دولة متعاقدة يقضى تشريعها بوجوب إثبات عقد البيع بالكتابة في الا تطبق أحكام الاتفاقية التي تقضي بجواز إثبات عقد البيع باي طريق من طرق الإثيات غير الكتابة".

(٣٨) د. محمود سمير الشرقاوي: نفس المصدر ، ص٧٣.

(٣٩) نشوى العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقىة في ثوب عصري جدىد، دار ابن حزم، بىروت لبنان، الطبعة الأولى،2003 ص37.

(٤٠) رواه البىهقي في السنن الكبرى، ج6 ، ص100 ، ح11325، وأبو ىعلى في مسنده ، ج3 ،ص140 ، ح1570 وصححه الألباني، انظر صحىح وضعىف الجامع الصغىر ج1 ص1362 ح7662.

(٤١) رواه ابن ماجة في سننه، ج2 ، ص737 ح2185، و البىهقي في السنن الكبرى، ج6 ، ص17 ،ح10858، و صححه الألباني أنظر إرواء الغلىل، ج٥، ص125 ،ح1283

(٤٢) د. عبد الرؤوف دبابش، حملاوي دغىش ، مصدر سابق، ص٢٦٦.

(٤٣) الشىخ محمد أبو زهرة، الملكىة و نظرىة العقد في الشرىعة الإسلامىة، طبعة١، دار الفكر العربي، مصر ، ص٢٣٠.

(٤٤) و ىمثله الظاهرىة، وعلى رأسهم ابن حزم الأندلسي ىقول ابن حزم:" إن كل شرط اشترطه إنسان على نفسه أو على غىره فهو باطل لا ىلزم من التزامه أصل إلا أن ىكون النص أو الإجماع قد ورد أحدهما بجواز التزامه الشرط بعىنه أو بإلزامه"، واستدل بمجموعة من الأدلة وفند أدلة خصومه ولىس محل ذكرها هنا ، ينظر:) أبو محمد علي ابن سعىد ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام ، مطبعة دار الحدىث ، مصر،1998، ج5، ص652. محمد بن ابي العباس الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣، ص٢٧.

(٤٥) وىمثله ابن تىمىة، وتلمىذه ابن القىم، والشاطبي وهو مذهب الحنابلة بعد عصر ابن تىمىة، وكثىر من المالكىة، وجمهور الفقهاء المعاصرىن ، فىقول ابن تىمىة : " أن أصول أحمد المنصوص عنه أكثرها تجري على هذا القول، ومالك قرىب منه ولكن أحمد أكثر تصحىحا للشروط، فلىس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحىحا للشروط منه". ينظر: عبد الحلىم ابن عبد السلام الحراني، الفتاوى الكبرى الطبعة الثانىة دار المعرفة بىروت لبنان ج3 ص236. د.محمد بن احمد بن عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٦، ص٣٠.

(٤٦) رواه الترمذي، وصححه الألباني ،انظر، السلسلة الصحىحة، الجزء 6 ، ص992 .

(٤٧) محمد بن ادريس الشافعي، احكام القرءان، دار الكتب، بيروت، بدون طبعة ، بدون تاريخ، ص٢٩.

قائمة المصادر و المراجع

بعد القرآن الكريم

اولاً: الكتب:

أ- كتب اللغة

١- معجم المخصص، لابن سِيده ، ج١ ط١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤١٧هـ ١٩٩٦م.

٢- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية ، القاهرة، ١٣٧٩هـ/١٩٦٠م.

ب- كتب الفقه الاسلامي

١- ابن ماجة في سننه، ج2 ، ح2185، و البىهقي في السنن الكبرى، ج6 ،ح10858، و صححه الألباني أنظر إرواء الغلىل، ج٥، ح1283

٢- أبو محمد علي ابن سعىد ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام ، ، ج5 ، مطبعة دار الحدىث ، مصر،1998.

٣- أبو ىعلى، في مسنده ، ج3 ، ح1570 وصححه الألباني،

٤- البىهقي في السنن الكبرى، ج6

٥- رواه الترمذي، وصححه الألباني ،انظر، السلسلة الصحىحة، الجزء 6.

٦- صحىح وضعىف، الجامع الصغىر ج1 ص1362 ح7662.

٧- عبد الحلىم ابن عبد السلام الحراني، الفتاوى الكبرى ج3 ، الطبعة الثانىة، دار المعرفة بىروت، لبنان.

٨- محمد أبو زهرة، الملكىة و نظرىة العقد في الشرىعة الإسلامىة، طبعة١، دار الفكر العربي، مصر .

٩- محمد بن ابي العباس الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣.

١٠- محمد بن احمد بن عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٦.

١١- محمد بن ادريس الشافعي، احكام القرءان، دار الكتب، بيروت، بدون طبعة ، بدون تاريخ نشر.

١٢- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، ١٩٦٣.

١٣- نشوى العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقىة في ثوب عصري جدىد، ط١، دار ابن حزم، بىروت لبنان ،2003.

١٤- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ط٢، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، ١٩٨٥.

د- كتب القانون

١- أحمد السعيد الزقرد، اصول قانون التجارة الدولية ، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع ، المنصورة ،٢٠٠٧.

٢- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق،دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٨٨.
٣- حسام الدين عبد الغني: تفسير اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠١١.
٤- عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، ج١، دار احياء التراث العربي، بيروت، بلا سنة نشر.
٥- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، بيت الحكمة، بغداد،١٩٩٢.
٦- محمود سمير الشرقاوي: العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

ثانيًا: الرسائل والاطاريح:

١- خولة عرعار: مبدأ سلطان الارادة في التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الجزائر، ٢٠١٦.
٢- محمد احمد حسن: النظام القانوني للعقد الدولي، اطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠٠٦.
٣- منى نعيم جعاز الشياعي، معيار المدة المعقولة في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٣.

ثالثا: البحوث المنشورة

١- عبد الرؤوف دبابش، حملاوي دغيش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، حامعة بسكرة، الجزائر، العدد٤٤، سنة ٢٠١٦.

رابعا: القوانين والمعاهدات الدولية

١- إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، صادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، نيويورك، ٢٠١١.
٢- إتفاقية لاهاي لعقود البيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٦٤.
٣- قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.
٤- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٥- مبادئ اليونيدروا للعقود التجارية لدولية لسنة ٢٠١٠.

خامسًا: المصادر الاجنبية

1- Albert Kritzer، Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods، Supp. 7 (September 1993.)
2- Allan A . Farnsworth ، " Review of Standard Forms " 21 Cornell International Law Journal (1998).
3- john felemegas، op.cit، p.43. Michael Joachim Bonell، An international restatement of contract - law،2nd EDITION، transnational publishers Inc ، New York، 1997 .

سادسا: المواقع الإلكترونية

١- موقع مركز الشرق الأوسط للقانون التجاري الدولي على شبكة الإنترنت، وعنوان الصفحة الرئيسي للموقع: http://www.cisg.law.pace.edu/cisgarabic/middleast/index.htm.