



مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية

ISSN

٢٠٧٠٩٨٣٨ (مطبوع) ٣٠٠٦٧٦٧٧ (إلكتروني)

العدد الرابع / المجلد السابع عشر

تاريخ النشر

٢٠٢٥/١٢

(خصوصية قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية)

" The privacy of the law of will in international trade contracts "

أ.د. علاء حسين علي شبع

كلية الآداب - جامعة الكوفة

Dr. Alaa Hussein Ali Shebaa

Faculty of Arts – University of Kufa

Alaashibaa@uokouf.edu.iq

م.م. رباب محمد كاظم

القسم القانوني - رئاسة جامعة الكوفة

Rabab Muhammed Kazem

Department of Law – Presidency of the University of Kufa

rababm.kadhim@uokoufa.edu.iq

The principle of sovereignty of the will, contractual freedom, international commercial contracts, substantive provisions, public order, and the most relevant law.

مبدأ سلطان الإرادة ، الحرية التعاقدية ، العقود التجارية الدولية ، الأحكام الموضوعية ، النظام العام، القانون الأوثق صلة.



Abstract:

The principle of sovereignty of the will and contractual freedom is one of the general legal principles, and each leads to the other, regardless of which one precedes the other in existence. If the freedom is within the internal scope, then this means the freedom to choose the contractor, the terms of the contract, the subject of the contract and the like. We find that the freedom granted to the parties to the international commercial contract has been expanded to include, in addition to the above, the freedom to choose the law of the contract and the competent court, and there is no difference if the chosen law is the law of the state. . or transnational law, such as substantive provisions, which are considered most suitable for regulating such relations because they are a product of the international trading community, and it is possible to choose a treaty on international trade, general principles of law, or similar sources of trade law and it makes no difference if the chosen court is subject to a jurisdiction Ordinary or special (arbitration), preferably this freedom is absolute for the contracting parties and is not restricted by restrictions and is limited to the public only. The system is in the country of implementation because the interest of society is superior to individual interests, and it remains for the contracting parties to choose what suits their interests.

الملخص:

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة. و الحرية التعاقدية. من المبادئ القانونية. العامة و كلاً منهما يؤدي للآخر، بغض النظر عن إيهما أسبق بالوجود ، مما يمكن أن نعتبرهما وجهان لعملة واحدة ، و معرض حديثنا عنهما هو إختلافهما في تنظيم العقود ، في نطاق العلاقات الداخلية عن العلاقات الدولية ، حيث إذا كانت الحرية في النطاق الداخلي ، تعني الحرية في إختيار المتعاقد و شروط العقد و محل العقد و ما شابه ذلك ، فقد إتسعت الحرية الممنوحة. لإطراف العقد التجاري الدولي لتشمل إضافة لما سبق ، الحرية بإختيار قانون العقد و المحكمة المختصة ، و سواء كان القانون. المختار داخلي يخص دولة ما. أم عابر للدول ، كالأحكام الموضوعية و هي الإيجدر لحكم هكذا علاقات كونها من إفرار المجتمع التجاري الدولي ، كما يمكن إختيار المعاهدات التجارية ، أم المبادئ العامة للقانون ، و ما شابه ذلك من مصادر القانون التجاري الدولي ، و سواء كانت المحكمة المختارة تابعة للقضاء العادي أم للقضاء الخاص (التحكيم) ، و يفضل أن تكون تلك الحرية مطلقة لإطراف العقد التجاري الدولي و لا يقيد بها الا النظام العام لبلد التنفيذ لأن مصلحة المجتمع تعلو المصالح الفردية و ما عداه يترك لأطراف العقد لإختيار ما يناسب مصالحهم .

المقدمة:

أولاً: التعريف بالموضوع: ينهض مبدأ سلطان الإرادة على ما يوفره هذا المبدأ العام من ضمان قانوني في منح أطراف العقد التجاري الدولي الحرية بإختيار ما يرغبونه من شروط تعاقدية تحكم مسائل العقد ، حتى أتسعت هذه الحرية لتشمل شرط القانون الواجب التطبيق على العقد ولكن ما القانون المختار؟ و كيفية اختياره؟ وما يتعلق به من مسائل هذا ما سنحاول بيانه في هذا البحث و هل أن الحرية الممنوحة للأطراف مطلقة؟ أي أن مبدأ سلطان الإرادة لا تحده حدود في هذا المجال؟ أم هناك ما يقيد؟

ثانياً: إشكالية البحث: تنبع مشكلة الدراسة المنظورة من إن المشرع العراقي عند تنظيمه للعقد الدولي لم يراعي خصوصية العقد التجاري الدولي فلم يُعر الأحكام الموضوعية أي إهتمام، على الرغم من أهميتها البالغة في هكذا عقود، والتي جعلت الكثير من التشريعات المقارنة تأخذ بها كأحد أهم سبل حل مسائلها، إذ يعتبر من معوقات هذه العقود إعتقاد القوانين الوطنية و تكون حريتها بتدويل العقد و إختيار قوانين عابرة للدول و أبرزها الأحكام الموضوعية .

ثالثاً: فرضية البحث: تنطلق فرضية هذه الدراسة من نقطة رئيسية ، وهي إن الأحكام الموضوعية تمثل قانون أكثر جدارة و تناسباً لتنظيم عقود التجارة الدولية من القوانين الوطنية ، و ممكن إعتبار الأخيرة مكملة لما ينقص تلك الأحكام ، مما ينبغي فسخ المجال للأطراف بحرية إختياره، ليس أمام التحكيم فقط و إنما أمام القضاء العادي أيضاً، و أن لا تتقيد تلك الحرية بأي قيد سوى قيد النظام العام للبلد محل التنفيذ مراعاة للمصلحة العامة.

رابعاً: المنهجية: تملئ طبيعة البحث أن يتم انتهاج أسلوب المنهج التحليلي المقارن كمنهج عام نلتزم به في هذه الدراسة ، ملتزمين بتحليل آراء السُّراخ واستقراء نصوص القوانين و موقف بعض التشريعات و المنظمات و الإتفاقيات التجارية الدولية في بعض الحالات حسب الاحتياج لإيرادها وتفسير أفضية المحاكم وقرارات هيئات التحكيم متى وجدت .

خامساً : هيكلية البحث: تم تقسيم البحث على مقدمة ومبحثين وخاتمة ، تضمن المبحث الأول ماهية قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية ، وتم تقسيم المبحث على ثلاث مطالب ، تناول الأول التعريف بمبدأ سلطان الإرادة ، الثاني درس موقف التشريعات الوطنية و المجتمع التجاري الدولي من المبدأ، واما الثالث فقد تطرق لحالات إعمال القانون الإرادي. المبحث الثاني تضمن قيود قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية، وقد قسم أيضاً على ثلاث مطالب ، تناول الأول قيد أن يكون العقد تجارياً دولياً ، الثاني درس قيد النظام العام ، واما الثالث فقد تطرق لقيد وجود صلة بين العقد و القانون المختار. وفي نهاية البحث تم التوصل إلى عدة نتائج وتوصيات للمشرع تم إدراجها في خاتمة البحث .

المبحث الأول: ماهية قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية: إذا سلمنا بأن أحد العقود التجارية ذات طبيعة دولية فأن أول ما يتبادر للذهن هو أنه محكوم بمبدأ سلطان الإرادة^(١) و أن قانون الإرادة يمثل أهم ثمار مبدأ سلطان الإرادة و منح أطراف العقد سلطة إدارة عقدهم ، و للإحاطة بهذا المبدأ سنعمل على تقسيم هذا المبحث لمطلبين وهي كالتالي :

المطلب الأول: التعريف بمبدأ سلطان الإرادة: كان التحرير القانوني للإرادة أهم ما ميز القانون الليبرالي، الذي يرى أن العقد هو شريعة وقانوننا للإطراف المتعاقدة ، وبالتالي فإن الرضا المتبادل من الطرفين هو الذي يخلق العقد، ويحدد نطاق تطبيقه بأي طريقة كانت ، بقول أو فعل أو إشارة أو حتى إيماءة ، فالحرية التعاقدية تعد وسيلة قانونية منبثقة عن نظام حر، وأن الحرية التعاقدية ظهرت كمبدأ عام ، وإن هذا الفهم العام للحرية العقدية السائد منذ عصر الأنوار التي انبثقت من الثورة الفرنسية ، أستند إلى فلسفة تُسمى في جانبها القانوني (مبدأ سلطان الإرادة)^(١) في ظل نظام حر مع انتشار الفلسفة الفردية ومبدأ سلطان الإرادة ، الذي يعرّف بأنه قدرة المتعاقدين على إنشاء ما يرتضيان من العقود ، وتحديد آثار العقد حسبما يُريدان عن طريق الشروط التي تغير في الآثار الموضوعية للعقد^(٢) أي طالما أن الفرد حرًا بتحقيق مصالحه الخاصة فيجب أن تكون إرادته حرة كذلك، فليس لجهة أن تفرض عليه خلاف إرادته سواءً بإنشاء العقود أو تحديد آثارها^(٣). و يرد أنصارُ الفقه التقليدي للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد ، وفي تحديد الآثار التي تترتب عليه، بحيث نظامهم الاجتماعي كان يركز على الفرد، فهو غاية ، و المجموع يسخر لخدمته ، وأن الفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية ، وتمثل الإرادة مظهرًا لتلك الحرية المستقلة ، وبالتالي يرى أنصار هذا المذهب أن الفرد لا يخضع للواجبات إلا إذا ارتضاها مختارًا. وبالقرن السابع عشر أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتًا مستقلا مقررًا وجاءت آنذاك نظريات فلسفية واقتصادية وبلغت أوجها بالقرن الثامن عشر ، والتشديد بوجود قانون طبيعي مبني على حرية الفرد و وجوب استقلال إرادته وتسيير هذه الإرادة لكل ما في الحياة من نظم اقتصادية، فالإرادة الحرة هي المهيمنة على جميع مصادر الإلتزام . فأتخذ انصار الفقه التقليدي هذا المبدأ بصورةٍ مطلقة ، وبما أن المذهب الفردي كان مشبعًا بالفردية وكان الغاية الرئيسية لديهم حماية الفرد، وتحقيق مصالحه من أهم الأولويات ، فلا بد من أن تكون إرادته حرة لذلك أصبح مبدأ الحرية التعاقدية مبدأ عام، تقوم عليه العقود بترك المجال الاقتصادي مفتوحًا للحرية الفردية والفكر الاقتصادي الحر، وهذا هو الفهم العام لمبدأ سلطان الإرادة الذي ساد منذ عصر الثورة الفرنسية ١٧٨٩ ومفاده أن الفرد لا يلتزم إلا بإرادته و الطريقة و الحدود التي يُريدها و لا سلطان للقانون عليه بل أن الأخير وجد لخدمته عن طريق حماية الحقوق و الإلتزامات التي قام بإنشائها^(٤). فالحرية التعاقدية تعني أن الفرد حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد و تعتبر من أهم ثمار مبدأ سلطان الإرادة ، والتعاقد هو ناتج إتحاد إيجاب أحد أطراف العقد و قبول من الآخر ، وهذا ما هو مُعتاد بالنظام الداخلي ، والذي بالغالب يخالف ما يكون عليه العقد التجاري الدولي ، حيث أن في الأخير يسبق الإيجاب و القبول مرحلة التفاوض للوصول إلى قالب الإرادة المشتركة لأطرافه ، وهذا لما تختص به العقود التجارية الدولية لكونها تتعامل بمبالغ و ثروات طائلة بالغالب وقد تمتد فترة تنفيذها لعقود من الزمن^(٥). كما أن من خصوصية النظام الدولي أن قانون الإرادة يستبعد من نطاق تطبيقه شكل العقد حيث يكون من إختصاص قانون محل إنعقاده وكذلك أهلية طرفيه فهي من إختصاص قانونهم الشخصي هذا من جهة ، كما أن قانون الإرادة يحكم مسائل العقد المتمثلة بأركان العقد من رضا و محل و سبب و صحتهم ، و آثار العقد سواءً بالنسبة لأشخاص أو الغير ، و الإستثناءات الخاصة به بالنسبة لموضوعه و حدوده و مضمونه و ما يتفرع عن ذلك من حقوق و

واجبات لأطرافه ، وأيضاً ما يتعلق بأوصاف الإلتزام و مدى صحة الشرط أو الأجل و أثره سواءً حالة تحققهما أو تخلفهما ، وأسباب سقوطهما و آثارهما و حالة تعدد الإلتزامات و أطراف الإلتزام و إنتقاله و إنقضائه^(١) ، و هذا نتيجة أن النظام الدولي أرتأى أن يوسع من مبدأ سلطان الإرادة و الحرية التعاقدية لتشمل حريتهم بإختيار قانون العقد كونه يتصل بأكثر من نظام قانوني بحكم دوليته فهذه التعددية بعلاقاته القانونية بأكثر من نظام داخلي ، لا يعني أنه يُصبح بلا قانون بل لابد من قانون لحكم مسائله و شروطه و آثاره ، وهذا ما يُطلق عليه بحرية المُتعاقدين بإختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي^(٢) . وممّا يجدر الإشارة إليه أن من أسباب قيام هذا المبدأ هو الحصول على الأمن القانوني عن طريق اطمئنانهم لأي قانون سيخضع عقدهم وأي محكمة يخضعون لها ، وهذا يخص العقود ذات الطابع الدولي بالعموم و لهذا الأمن القانوني في العقود التجارية مدلول خاص حيث أن هناك طرف يحتاج للحماية فيشمل هذا ما يخص العقود التجارية الدولية جانبين هما^(٣) :

أ: لابد من علم المُتعاقدين مقدماً بالقانون الذي سيحكم عقدهم.

ب: لابد من علم الطرف الضعيف بوجود قواعد قانونية تعمل على حمايته وتضع حدود تلك الحماية. وأن أساس مبدأ سلطان الإرادة هما: الحرية والمساواة فأهم ركن يقوم عليه مبدأ السلطان الإرادة هو الحرية التعاقدية ، وكذلك يعتبر من المبادئ التي أستقرت عليه مختلف النظم القانونية هو (مبدأ العقد شريعة المُتعاقدين) في حدود ما يقرره القانون فالحرية تعتبر سند النشاط الذي تشكل الإرادة مظهره ، كما أن المصلحة العامة تتحقق بالتوافق بين إرادتين كلاهما تقرر مصلحة ، بإعتبار أن المصلحة العامة ما هي إلا مجموع مصالح فردية ، أما أساسه الآخر فهو المساواة، و لا يقصد بها مساواة فعلية، إذ من الصعب تحقيقها، بل المقصود بذلك المساواة القانونية التي تعمل على تحقيق المصلحة العامة؛ لأن المصلحة الخاصة بالمعنى أعلاه لا تتحقق إلا عندما يعتبر الأفراد في نشاطاتهم متساوين أمام القانون^(٤) ، حيث قد يكون إختيار القانون المختص وفقاً لإرادة أحد الأطراف و إذعان الطرف الآخر كما في كثير من العقود النموذجية ، وغالباً ما يكون قانون الطرف الأقوى الوطني أو أن تفرض هيئة التحكيم المختارة قانونها الوطني لحكم النزاعات التي تنصدر لحكمها^(٥) ، وهذا ما جعل ضرورة توافر شروط بالقانون المختار أهمها^(٦) :

أ: أن يكون الطرفان متمتعان بذات القدرة على التفاوض أي وجود عامل المساواة .

ب: أن تتوفر إرادة واعية صريحة لإختيار ذلك القانون .

ج: أن لا يتسبب ذلك الإختيار بضرر لأحد الأطراف ممّا يجعله طرفاً ضعيفاً فيتسبب بإنعدام الشرط الأول.

د: أن لا يكون العقد من عقود الدولة الاجتماعية.

فذهب إتجاه بالفقه إلى وجوب إبطال أي شرط تعسفي لا يكون قابلاً للتفاوض بين البائع والمشتري^(٧) . كما أن الحرية التعاقدية حسب ما ذهب إليه أنصار المذهب الفردي ، هي التي تحقق العدالة العقدية ، فكانت تسود مقولة كل ما هو عقدي هو عادل وليس لها حدود إلا إذا تعلق الأمر بالنظام العام والأدب العامة^(٨) ، و ذلك ما يُسبب لهذا المبدأ الإستقرار فهو أهم وسائل تحقيق العدل في العلاقات الإقتصادية

و المالية وبالتالي العلاقات التجارية إذ يتعاقد الشخص كلما كان ذلك من مصلحته، ويمثل الرضا دليل العدل في الغالب، فترك القانون في حدود المصلحة العامة للأفراد حرية تنظيم عقودهم و تضمينها كل ما يحقق مصلحتهم من شروط^(١) . و بالتالي فجوهر قانون الإرادة يتمثل بمنح الحرية للمتعاقدين في اختيار قانون أو نظام لحكم عقدهم ، وبعد ذلك يخضع العقد لذلك القانون وليس للأطراف الحد من ذلك الخضوع ، ولكن هذا المعنى لقانون الإرادة أثبت عدم تلائمه مع خصوصية عقود التجارة الدولية حيث أن القانون الذي من المقرر اختياره حسب التشريعات هو قانون وطني لدولة ما ، وبما أنه قانون وطني يعني أنه شرع لتنظيم العلاقات الداخلية ، وهذا ما يجعل هناك ضرورة لمنح المتعاقدين سلطة لجعل عقدهم في مأمن من تبعات حكم القوانين الداخلية^(٢) .

المطلب الثاني: موقف التشريعات الوطنية و المجتمع التجاري الدولي من المبدأ: أن إختيار شروط العقد في مجال التجارة الدولية يجد أساسه في مصادر متعددة ، فالإلى جانب إرادة الأطراف والتي تعتبر الأساس الأول له^(٣) ، سانه بذلك الموقف التشريعي للقوانين الوطنية للدول حيث تأخذ أغلب التشريعات بمبدأ سلطان الإرادة كما أخذت العديد من إتفاقيات التجارة الدولية والشروط النموذجية بها. كما حصل على مساندة القضاء وطنياً ودولياً^(٤) ، وعليه أطبح إختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق يمثل تطبيق صريح ومباشر لمبدأ سلطان الإرادة و أيدت ذلك جميع التشريعات^(٥) في إطار تنظيم العقد التجاري الدولي سواءً كان إختيارهم صريح أم ضمنى^(٦) . و يرى الفقه الحديث للقانون الدولي الخاص أن أساس حق الإرادة في إختيار قانون العقد يرجع لسماح القانون للإرادة بذلك ، لا لمطلق سلطان الإرادة ، فيصبح إستناداً لذلك دور الإرادة بإختيار القانون الحاكم للعقد يمثل إختيار قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص للقاضي و ليس تحريره من سلطان القانون حسب وجهة نظر جانب من مناصري النظرية الشخصية فيقول المتعاقدون قدرة وضع شروط العقد التي يتوجب عليهم الإلتزام بها ، كما في القانون الوطني^(٧) حيث عليهم الإلتزام بها كما في القانون الداخلي الوطني إذ أن أساس قدرتهم على تنظيم عقدهم تتأتى من القانون الذي منحهم هذه السلطة مثل ما ورد بالقوانين المدنية في المواد " (١٤٦) (١٤٧) عراقي، (١٤٧) مصري، (١١٣٤) فرنسي في دستور ٤٨٠٤ . و قد جاء النص على مبدأ سلطان الإرادة في المجال الدولي في (المادة ٢٥) من القانون المدني العراقي^(٨) و (المادة ١٩) من القانون المدني المصري^(٩) ، أما عن موقف القانون الفرنسي فإنه بعد أن كان يُطبق قانون محل أبرام العقد على اعتبار أنها تمثل قانون الإرادة الضمنية للمتعاقدين ، عدل عن ذلك بقرار قضائي والذي جاء بمثابة دستور لقانون الإرادة وكان أساس تقنينه ، وقد صدر عام ١٩١٠ و جاء فيه أن القانون الذي يحكم تكوين العقود أو أثارها أو شروطها هو القانون الذي يختاره الأطراف ، وبقي هذا الرأي مُتبني من القضاء الفرنسي حتى تأكد ذلك بإنضمامها لعدة إتفاقيات دولية ومنها إتفاقية روما ١٩٨٠^(١٠) التي أصبحت تمثل قانونها عام ١٩٩٠^(١١) . أما بالنسبة للموقف الدولي فنجد أن مبدأ سلطان الإرادة كان واسع الإنتشار على مستوى العقود الدولية مقارنة بالعقود الداخلية ، وبحريات أوسع فالإلى جانب الإعتراف للمتعاقدين بالحرية بإتيان كافة العقود مع حرية تنظيمها في كل مراحلها من تفاوض و إبرام و تنفيذ، فقد حازوا على حريتهم في مجال العقود الدولية

بإختيار قانون للعقد، سواءً كان قانون وطني لدولة ما أو أكثر من قانون، أو إستبعاد القوانين الوطنية وإختيار قواعد مكونة من مبادئ عامة أو عادات وأعراف التجارة الدولية، كما كان لهم حرية الإئتفاق على تحديد السلطة القضائية المختصة^(١). وعليه فقد جاءت أغلب أنظمة مراكز التحكيم الدولية لما كانت تختص بتعاملات التجارة الدولية مؤكدة على قانون الإرادة و مقدمة له على سائر القوانين الأخرى^(٢)، فهو أول قانون يتم البحث عنه في العقد التجاري الدولي ليُطبق على هذا النوع من العقود وأهم أنظمة مراكز التحكيم تلك هي إتفاقية التحكيم التجاري الدولي الأوربية (جنيف ١٩٦١) في (م ١/٧)، وإتفاقية واشنطن ١٩٦٥ الخاصة بتسويات النزاعات الأستثمارية بين الدول ومواطني الدول الأخرى في (م ٢٥) التي أشرت على الإتفاق على الأخذ بأحكام الإتفاقية لسريتها، كما تضمنت المادة (٤٢) الإتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق^(٣) و (I.C.C) في (م ٣/١٣) و نظام محكمة تحكيم لندن (L.C.I.A) ١٩٨٥ في (م ١/١٣)، وهيئة التحكيم الأمريكية (A.A.A) ١٩٢٦ في (م ٢٩) و قواعد تحكيم لجنة القانون التجاري الدولية التابعة للأمم المتحدة ١٩٧٦ في (م ١/٣٣) و القانون النموذجي (المعتمد من الأونسترال) ١٩٨٥ في (م ٢٨)، وكذلك إتفاقية عمان للتحكيم التجاري العربي ١٩٨٧ في (م ٢١)^(٤) وهذا مثل جانب مهم من موقف المجتمع التجاري الدولي والذي شكل مثال على الإعتراف بقانون الإرادة و أوردناها على سبيل المثال لا الحصر.

المطلب الثالث: حالات إعمال القانون الإرادي: أن الذي يبرز فيه قانون الإرادة هو مجال العقود التجارية الدولية، لأن قوانين الدول تختلف كثيرا فيما بينها بهذا المجال، عليه يصبح حق المتعاقدين أن يختاروا القانون الأصلح والأقرب لنواياهم. لقد أكدت الكثير من المؤتمرات الدولية على الدور الفعال الذي يقوم به قانون الإرادة من خلال توحيد الأنظمة القانونية فيما يتعلق بالتجارة الدولية^(٥)، و يُفسر إختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقدهم أنه لتجنب عقدهم أن تطبق عليه قوانين يجهلون منها محكمة غير محددة، مما يصعب تعرّفهم على أحكامها مسبقاً وأن ما يُطبق ليست فقط القواعد الإرشادية بل يشمل القواعد الآمرة أيضاً، و قد حصل هذا المبدأ على تأييد جانب كبير من الفقهاء عكس الجانب الذي يرى أنه يمثل عنصر من عناصر متعددة تكون مُعتبرة عند إصدار الحكم لدى القاضي حيث أن وجه الإعتراض لهذا الإختيار أنه يمنح للأفراد حق القيام بواجب المُشرع و أنتقد هذا الإعتراض كون أغلب التشريعات أن لم تكن جميعها قد خولت المتعاقدين هذا الحق بموجب قاعدة التنازع^(٦). و قد ذهب تلك التشريعات مع جانباً من الفقه إلى ضرورة الإختيار الصريح لقانون العقد أو الإستدلال عليه من القرائن المرافقة للعقد أو من خلالو عند إغفال ذلك الإختيار^(٧) و هذا ما يُسمى بالإرادة الأضمنية، وهناك حالة لا يمكن حتى من الوصول للإرادة الضمنية وهي حالة سكوت الأطراف عن الأختيار وستتناول كل هذه الحالات بما يلي:-

أ- الإختيار الصريح لقانون العقد التجاري الدولي: أن الإختيار الصريح لقانون الإرادة لا يشكل أي خلاف حيث أن أول عمل يقوم به المحكم أو القاضي هو البحث عن القانون الذي يختاره أطراف العقد التجاري الدولي صراحةً من خلال العقد^(٨)، و غالباً ما يحدد القانون الواجب التطبيق على العقد بموجب شرط يُدرج في العقد الأصلي^(٩) و ممكن أن يحدد بإتفاق مُستقل^(١٠) إذ أنه ليس هناك ما يمنع من الإتفاق عليه في مراحل لاحقة على إبرام العقد (سواءً الإتفاق اللاحق صريح أو ضمني)، ويمكن للقاضي إستخلاصه بموجب دلائل

٣ ، بل أكثر من ذلك حيث يمكن أن يتبين الإختيار عند طرح النزاع على القاضي^(١) ، أما بالنسبة لتغييره أو تعديله فمممكن في أي من مراحل ونصت على ذلك إتفاقية روما ١٩٨٠ و التي أقتبس نصها القانون الألماني^(٢) فجاء في مادتها (٢٨٣) "يجوز للأطراف في أي وقت الإتفاق على إخضاع العقد لقانون غير الذي كان يحكمه " ، وإن كان ذلك يمثل إعطاء المتعاقدين أكثر ممّا يثبت لهم دون مبرر بموجب العقد ، كما يجب أن يتلائم الإتفاق اللاحق مع ما اكتسبه الغير من مراكز ناشئة عن العقد^(٣) وأن لا يمس صحة العقد^(٤) كأن يؤدي لإبطاله. و تمثل إرادة أطراف العقد التجاري الدولي أفضل الوسائل لحكم تلك العلاقات عن طريق الإختيار الصريح لأنها أساساً هدفها منفعة المتعاقدين ، فعليه يكون لهم حق إختيار القانون الذي يوصلهم لغاياتهم و يسهلها عليهم^(٥) . أما بالنسبة لمواصفات القانون المختار فأختلف الفقه في ذلك فمن المعلوم أن المذهب التقليدي يرى أن قواعد الإسناد تشير فقط للقوانين الوطنية للدول ، أي لابد أن يتمتع القانون المختار حسب قواعد الإسناد بوصف كهذا وفقاً لأحكام القانون الدولي العام فهو يرفض ما دون ذلك ، أما حديثاً فقد ظهرت إتجاهات فقهية نادت بضرورة توسيع الإسناد وعدم التوقف على القوانين الداخلية للدول ، وإنما جعلت العقد جازر الإسناد لقواعد لم تؤخذ من نظام داخلي لدولة ما ، وإنما إلى قواعد تتسم بالصفة العالمية مثل الأحكام الموضوعية و ما تحويها من أعراف وقواعد نشأت بين جماعات العمل التجاري الدولي^(٦) ، وبذلك يحق لطرفي العقد التجاري الدولي أن يخضعا عقدهما للأعراف التجارية استناداً لقاعدة التنازع التي أجازت لهما ذلك ، حيث كان لذلك الرأي أثره في بعض القوانين الوطنية مثل قانون التحكيم المصري المادة (١٨٣٩) التي نصت " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان " فوجود مصطلح قواعد بدل من قانون يؤكد نية المشرع على منح المتعاقدين حق إختيار قواعد لا تتصل بقانون دولة ما^(٧) . و بناءً على ما تقدم من حرية المتعاقدين المطلقة في إختيار قانون العقد يصبح جائزاً للمتعاقدين إختيار قواعد قانون التجارة الدولية أمام قضاء التحكيم فهي تمثل قاعدة مادية أيضاً قد تكون ذات طابع تنازعي ، فقد لا تطبق مباشرة على النزاع وإنما يكون عملها بالإشارة إلى ما أختاره المتعاقدين من أحكام مادية لعقدهم ، كما أكد هذا التوجه (م ٦) من نفس قانون التحكيم المصري حيث نصت " إذا أتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو إتفاقيه دولية أو أي وثيقة دولية وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم " ، وهذا دليل على أنه أباح للمتعاقدين إخضاع العقد لقواعد غير قواعد القوانين الوطنية ، ومع ذلك نجد الفقه الغالب يرى أن ذلك ممكن فقط أمام قضاء التحكيم فالقضاء الداخلي لا يقبل هذا التوجه بل يحصر القواعد تلك بالقوانين الوطنية لدولة ما^(٨) . أما بالنسبة للموقف الدولي من هذا الموضوع فمتمثللاً إتفاقية روما ١٩٨٠ فقد سكتت عن توضيح ما المقصود بقانون العقد ، وكذلك لائحة روما ٢٠٠٥ التي حلت محل الإتفاقية السابقة^(٩) ، ممّا جعل الأمر مباح للمتعاقدين أن يختاروا قانون لا ينتمي لدولة ما مثل قانون التجارة الدولية ، ومما يجدر الإشارة إليه أن الرأي الغالب فيما يخص مبدأ سلطان الإرادة أن يكون إختيار أطراف العقد منصب على قانون وطني لدولة ما دام النزاع معروض أمام قضاء داخلي ، حيث أن سلطة الإختيار تتأتى من قاعدة تنازع جعلت إرادة المتعاقدين تمثل ضابط إسناد^(١٠) ، وبالمخلص نجد أن الإختيار الصريح

لقانون العقد يكون واجب الإلتباع من قبل القاضي أو المحكم لأنه يصبح قانون العقد الملزم للأطراف والسلطة القضائية ما دام لا يمس النظام العام لدولة و قانون القاضي .

ب- الإختيار الضمني لقانون العقد التجاري الدولي : لما كان قانون الإرادة هو المتصدر في التطبيق دون عداه من القوانين فقد يحصل أن يغيب الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق فيتم عقدهم دون أن يحدده^(١) ، وعندها يكون الواجب البحث عن الإرادة الضمنية عن طريق الإستنتاج من ملبسات العقد^(٢) ، فالإرادة الضمنية تمثل حالة وسطية بين الإرادة الصريحة وبين وجوب إختيار قانون العقد خصوصاً عندما تكون الإرادة الضمنية تشير لخيار معين، فإعتبار العقد بدون قانون هو يخالف المنطق لأن ذلك يعتبر تجاهل للقاعدة التي تقرر خضوع العقد لقانون الإرادة^(٣) . ولذلك هناك من الفقه من يساوي بين الإرادتين الصريحة والضمنية بعد أن يتأكد القاضي من وجود الأخيرة من خلال قراءة يطمئن لها القاضي في الكشف عن تلك الإرادة ، حيث يرى إتجاه بالفقه أن الإرادة الضمنية لها وجودها و لكن تحتاج لضبط للتمكن من كشفها لذلك يتطلب أن يكون الدليل عليها واضح و مؤكّد^(٤) ، و الخلاف هنا قائم على كيفية تحديد الإختيار الضمني وطرق إستخلاصه ، فمنها مثلاً تحديد الإختصاص لمحكمة معينة ، فقد يعتبر ذلك إشارة على إختيار قانونها كما لو حدد الإختصاص لمحكمة عراقية فظاهر الحال يحدد القانون العراقي هو المختص ، وأن لم تكن هذه قاعدة عامة أو كوجود عُرّف دولي يؤيد توجه ما بالنسبة للقانون المختص^(٥) . و من هذا المنطلق فأو السلطة التقديرية لمتولي الحكم سواء القاضي أو المحكم تقف عند حدود إستظهار المؤشرات الموضوعية المعقولة للإرادة الضمنية ، والتي تتبع كل حالة من بحث عن إشارات توطين العقد^(٦) ، مثل أن يكون طرفي النزاع مقيمين في بلد ما ، وهو يمثل مكان الدفع فعندها يستنتج أن قانونها هو الواجب التطبيق^(٧) . وذلك المؤقف الذي تضمّنته إتفاقية لاهاي ١٩٥٥ لبيع المنقولات المادية الدولية في (م ٢/٢) حيث نصت " أن يكون إختيار الأطراف لقانون العقد صريحاً أو مستخلصاً على سبيل الحتم من نصوص العقد " ، والذي عرضها للنقد الفقهي ، كونها قيدت سلطة القاضي في إستخلاص الإرادة الضمنية بنود العقد ، بينما ممكن أن يكون عن طريق ظروف العقد و ملبساته ، وهذا ما دفع نفس الإتفاقية سنة ١٩٧٨ في (م ٢/٥) إلى الأخذ بذلك الرأي الفقهي إضافة إلى المادة الأصلية ، فأصبحت " أن يكون إختيار قانون العقد صريحاً أو يمكن إستخلاصه و بتأكد معقول من نصوص العقد أو ظروف الحال " فصار متاحاً للقاضي الجمع بين بنود العقد و ظروف الحال أو الإكتفاء بأحدهما^(٨) . أما إتفاقية روما ١٩٨٠ فقد خالفت الرأي السابق ، حيث إشتربت في (م ١/٣) ما يلي " أن يكون إستخلاص القاضي لهذه الإرادة قد تم على نحو مؤكّد من نصوص العقد ، أو ظروف الحال " أي يكون للقاضي الخيار أما من شروط العقد ، أو ظروف الحال ، دون إمكان الجمع بينهما ، و عند تعذر إستخلاص الإرادة المفترضة ، يصبح لزاماً على القاضي أن يركز العقد للكشف عن القانون الأوثق صلة على الأقل ، أن لم يقم المشرع بتلك المهمة ، كما فعل المشرع العراقي في (م ٢٥) من القانون المدني ، و المشرع المصري (م ١٩) من القانون المدني ، أما بالنسبة لموقف فرنسا ، فقد أخذ القضاء الفرنسي بما أخذت به إتفاقية روما قبل نفاذها ، والتي بنفاذها أصبحت سارية كالقانون في فرنسا ١٩٩٠^(٩) ، ولم يأخذ القضاء الفرنسي بالإرادة الضمنية ، و السبب أنه يرى

الإختيار أما صريح أو غير موجود^(١) . و ممّا تجدر الإشارة إليه أنّ تطبيق الأحكام الموضوعية من أعراف و عادات التجارة الدولية ممكن جداً أن يأتي من الإختيار الضمني ، حيث أن الإلتجاء للتحكيم التجاري الدولي في عقود التجارة الدولية يفسر بالإسساس هو رغبة أطرافها في التحرر من القوانين الوطنية ، عن طريق تدويل عقودهم ، و بذلك يعتبر أختيارهم لتلك الأحكام ضمني^(٢) .

ت- حالة السكوت عن أختيار قانون معين للعقد (الإرادة المفترضة) : قد نجد هناك حالات لا يختار أطراف العقد التجاري الدولي قانون للعقد ، و عندها لا يمكن للقاضي أو المحكّم الإمتناع عن الحكم بالقضية المطروحة أمامه بحجة عدم أختيارهم للقانون ، وقد تنعدم في نفس الوقت قدرته على إثبات إرادتهم الضمنية ، فيصبح عليه واجب أن يختار هو قانون للعقد ، ولهذا تُسمى هذه الحالة بالإرادة المفترضة أو التعيين القضائي^(٣) ، وهذه الإرادة لا تعمل إلاّ بفقدان إختيار الإرادة الصريح و الضمني ، إذ يأتي دور قاضي الموضوع بالإختيار ، بأن يحدد قواعد ملائمة ، و قد تكون موضوعية أو قواعد للإسناد ، و هنا لا تكون صلاحياته مطلقة ، بل مقيدة بإحكام العقد أولاً ، و التقيد بعادات التجارة الدولية ثانياً ، فجاء في أغلب

إنظمة التحكيم التأكيد على أن يُراعى المحكّم شروط العقد والعادات التجارية^(٤) . و لما سبق فإن الإرادة المفترضة هي حلول أرادة القاضي محل إرادة الأطراف في إختيار قانون العقد ، والذي يكون قانون لو تنبه أطراف العقد لضرورة أختيار قانون للعقد لأختاروه^(٥) . و نرى أن بعض التشريعات عملت على تسهيل المهمة للقضاء في مثل هذه الحال بأن وضعت قواعد إسناد أحتياطية للأصلية المتمثلة بالإتفاقات الصريحة و الضمنية ، و تتمثل الإحتياطية بقانون الجنسية المشتركة أن كانوا متحدثين أو قانون محل إبرام العقد و هذه الإرادة المفترضة لإطراف العقد كما أوردها المشرع العراقي^(٦) و كذلك المصري^(٧) ، أما بالنسبة للقضاء الفرنسي فقد أخذ بالإرادة المفترضة وهذا مما يؤخذ عليه حيث أخذ بها ولم يأخذ بالإرادة الضمنية و يأتي أنكاره للأخيرة على أعتبار أن الإختيار الصريح يكون أما موجود أو لا؛ إذ ينبغي أن يكون الإختيار واضح و حقيقي ، و بفقدانه يقوم القضاء بتركيز العقد بما يفترض بالمُتعاقدين فعله، و هناك من الفقه من أعتبر الإرادة المفترضة مجرد وهم^(٨) . كما يجوز الرجوع للأعراف التجارية الدولية مباشرة عندما يرفض الطرفان تحديد قانون معين للعقد ، فيستنتج من ذلك عدم رغبتهم بتطبيق أي قانون وطني على عقودهم واللجوء لتطبيق قانون دولي^(٩) .

المبحث الثاني: قيود قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية: رغم الإستقرار الذي حصل عليه قانون الإرادة باعتبار الإرادة ضابط الإسناد الأول موضوعياً في مجال التجارة الدولية ، إلا أن العديد من المسائل المتعلقة بها ما زالت محل نقاش و خلاف بين مجالات التشريع و الفقه و القضاء^(١٠) و أهمها هو هل أن الإرادة تكون مطلقة أم مقيدة ؟ و بعد التطورات التي رافقت نشاطات التجارة الدولية وتوسع الصلاحيات الممنوحة لأطراف العقد التجاري الدولي فقد إستحدثت قيود لتلك الإرادة وأن كانت تكاد تكون نسبية في بعض منها ، ولكن مع ذلك سنتعرض لها فيما يلي لأبرز تلك القيود:

المطلب الأول: أن يكون العقد تجارياً دولياً: إبتداءً نجد أن أول قيد هنا هو أن يكون العقد تجارياً دولياً فليس كل عقد تجاري مشمول بحق إختيار قانون الإرادة بل ينبغي أن يكون العقد التجاري دولياً^(١١) فإذا ما عرفنا أن

الأعراف و العادات التجارية تتميز بأنها الأكثر ملائمةً لحكم العقود الدولية^(١) فهنا سيثار تساؤل هل أن جميع العقود الدولية تكون خاضعة لقانون الإرادة ؟ أم أن هناك بعض القواعد التي تخرج بطبيعتها الخاصة عن نطاق القانون الإرادة على الرغم. من إتصافها بالسمة الدولية ؟ وللإجابة على هذا السؤال نجد أن هناك بعض العقود تخرج بطبيعتها من حكم قانون الإرادة رغم دوليتها وهي:

أ- عقود الزواج والتوارث والتبني التي تدخل في نطاق عقود الأحوال الشخصية أو التي يُسميها البعض (المسائل المتعلقة بالأشخاص)^(٢) ، التي نظمها المشرعون بصفةٍ آمرة ولا يعتد بإرادة الأطراف وإنما تخضع للقانون الشخصي.

ب- عقود العمل في أقل الأحوال يستبعد جانبها التنظيمي لارتباطها بأهداف المجتمع العليا ، فأصبحت الإرادة لا تؤدي دورها إلا عن طريق التشريع الداخلي الأمر.

ت- كذلك يخرج من نطاق قانون الإرادة العقود المنصبة على عقار^(٣) ، حيث اتجهت غالبية التشريعات لخضوعها لقانون موقع العقار باعتباره الأجدر ، وأن اختلفت التبريرات في هذا الاستثناء ألا أنها اتفقت على أن كل التبريرات أدت إلى جعل هذا الاستثناء من القواعد العامة^(٤).

ث- وأخيراً يخرج من نطاق قانون الإرادة العقود الدولية التي تفرضها الدولة بوصفها سلطة عامة لتحقيق أحد مهامها الأساسية ، مثل عقد استغلال الطبيعة أو شراء الأسلحة على أن لا يكون الطرف الآخر من أشخاص القانون الدولي العام لأن ذلك سيخضع العقد للقانون الدولي العام وهذا خارج اختصاص دراستنا ، وممّا يجدر الإشارة إليه هنا أن الدول الرأسمالية في أوروبا تناول جاهدةً لتدويل هذه العقود وإخراجها من نطاق القانون الداخلي وحكمه لتفرض سيطرتها على ثروات الدول النامية بشركاتها الضخمة^(٥).

وبناء على ما تقدم نجد أن اختصاص دراستنا بعد كل هذه الاستثناءات سيقصر على العقود الدولية التي تختص بالمعاملات الاقتصادية الدولية^(٦) ، فهي محل ملائم للأحكام الموضوعية بأعرافها و عاداتها التجارية الدولية باستثناء العقار طبعاً كما نوهنا سابقاً ، أي التي تعني بالحركة الدولية للسلع و الخدمات و رؤوس الأموال. أو كما يُطلق عليها غالباً بعقود التجارة الدولية^(٧) ، أي هذه العقود تمثل محل لسريان قانون الإرادة ، بينما يغطي منهج النزاع كافة الروابط الدولية الخاصة الأخرى مثل مسائل الأموال و المسؤولية المدنية و قضايا الأسرة المختلفة^(٨).

المطلب الثاني: قيد النظام العام: هناك بعض المشكلات التي تبرز من تطبيق مبدأ سلطان الإرادة وحق المتعاقدين في إختيار قانون العقد ، وتتمثل إجمالاً في تأثير هذا الإختيار على مصالح الدولة التي تعمل النصوص القانونية على حمايتها فحاولت الكثير من الدول الوصول إلى طريقة توفيقية بين هذين الإعتبارين اللذان هما:

أ- الإعتبار الأول : حرية المتعاقدين بإختيار شروط وقانون العقد تبرير هذه الحرية يتمثل بحق المتعاقدين بالعلم بأي قانون سيتم حكم عقدهم ليتمكنوا من معرُفة حقوقهم و إلتزاماتهم بأكبر دقة ممكنة ، لأن قانون الإرادة يطبق على العقد التجاري الدولي بعد إستبعاد شكل العقد وأهلية طرفيه ، فالأول يختص به قانون محل الإبرام، أما الثانية فيختص بها القانون الشخصي للمتعاقدين^(٩) ، إذ يحكم كل مسائل العقد

من رضا و محل و سبب و صحة تلك الأركان وكذلك مشروعيتهم ، ومن ناحية المشروعية يجب أن تكون متلائمة مع قانون القاضي وإلا سيتم إستبعاد القانون المختار لتعارضه مع النظام العام فهو أحد قيود قانون الإرادة^(١) والذي يمثل الإعتبار الثاني.

ب- الإعتبار الثاني : مصلحة الدولة الأولى بالرعاية و يرجع تبرير هذا الإعتبار إلى حتمية توفير حماية فعالة لمصالح الدولة ، وبناءً على ما تقدم وجد أن مصلحة الدولة وحمايتها يشكل مانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي إذا وجد تعارض بينهما^(٢) .

حيث أن أدق وأهم مجالات تدخل قواعد النظام العام يتمثل بمجال الحرية التعاقدية التي تخول الأفراد حق إختيار قانون العقد وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، وتعمل هنا على إستبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض معه ويطبق قانون القاضي نيابةً عنه^(٣) . كما أختلفت الآراء التي تناولت قانون الإرادة حسب المدارس و النظريات ، فمنها الفقه التقليدي ومنها الفقه الحديث ، وكل فقه له وجهة نظره بالنسبة لموضوع الدراسة أي ما يتعلق بقيد النظام العام، فمثلاً لقد كان من شأن تقديس مبدأ سلطان الإرادة أن أدى إلى إفلات العقد من سيطرة القوانين الوطنية ، بما تسبب بتقليص دور القواعد القانونية و تقليل تدخل الدولة ، سواءً فيما يخص حماية الطرف الضعيف أو ما يتعلق بتحقيق المصلحة العليا للدولة والمجتمع ، ممّا أصبح لابد من تدخل المشرع بتفريد تلك الحرية، بفرضها العديد من القواعد الآمرة التي تهدف لحماية مصالح الجماعة العليا ، وبذلك هناك من يرى أنه لا يجوز الخروج عليها^(٤) ، إذ أن خصوصية النظام العام الدولي تتمثل بأن لكل دولة نظام عام داخلي وهذا يمثل خط أحمر في بعض منه ، أي لا يمكن السماح بتجاوزه وأن كانت المعاملة ذات سمة دولية ، وبالتالي يكون النظام العام الدولي محدد لكل دولة ، حسب نظامها القانوني الداخلي ، ونتيجةً لذلك يكون هناك نظام عام دولي عراقي وآخر فرنسي ، وثالث مصري وهكذا . و قد يرى البعض بأن النظام العام الدولي أقل تشدداً من الداخلي ، مثلاً أشتراط تقييم الدفع بالذهب - سابق الذكر- أجازته فرنسا فيما يتعلق بالعقود التجارية ذات الطابع الدولي ، بينما هو محظور بالنسبة للعقود الداخلية ، أما في مصر فقد حظرت هكذا شرط بغض النظر عن نوع العقود داخلي أم دولي^(٥) ،

وقد يكون النظام العام الدولي أكثر تشدداً من الداخلي على عكس الحالة الأولى ، كما في حالة محاربة الرشوة في ميدان الأعمال الدولية، و بذلك أصبحت الإرادة ليست ذات حرية مطلقة ، بل حريتها محدودة فالإرادة لا يمكنها إنشاء نظام قانوني ، إذ أن النظام القانوني لا يقتصر على أطرافه ، بل هو حلقة من نظام متكامل ذات طابع قانوني ، و ترتيب الإرادة للآثار القانونية يكون على إعتبار أنها جزءً من ذلك النظام فيكفل لها الحماية كما يمنحها الوجود ، والدليل أن العقد شريعة المتعاقدين هي قاعدة قانونية و ليست فلسفية أي هناك نظام قانوني تستند إليه فيقررها ويحدد ضوابطها^(٦) . و ممّا يجدر الإشارة إليه^(٧) هو أن الحرية التعاقدية بالنسبة للقوانين الداخلية حسب رأي أنصار المذهب الفردي ، ليس لها حدود إلا إذا تعلق الأمر بالنظام العام والآداب العامة^(٨) وهو ما يختلف عن العقود الدولية فأن حق أطراف العقد الدولي في إختيار القانون الحاكم لعقدهم يرجع وفق النظرية الشخصية يا أما إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة، أو إلى إحدى القواعد المادية التابعة للقانون الدولي الخاص ، والقائمة على إقرار الحرية لأطراف العقد بأن يقوموا

بتنظيم عقدهم بما يروونه مناسباً لمصالحهم وهذا ينزل قانونهم المختار منزلة الشروط التعاقدية فيصبح باستطاعتهم مخالفة قواعده وأن كانت آمرة ، فيخرج بذلك العقد من دائرة التنازع ومن حكم القانون المختص الذي تحيل إليه قاعدة الإسناد، و تختلف بذلك عن النظرية الموضوعية بالنسبة لقيود الإرادة ، لأن أنصار المدرسة الموضوعية يرون أن حق المتعاقدين في إختيار قانون العقد يستند إلى القانون الذي منحهم هذا الحق بموجب قاعدة تنازع خاصة بدولة القاضي وبذلك يكون الإختيار تنازعي ، وعليه يخضع العقد للقانون المختار ممّا يؤدي إلى بطلان أي شرط تعاقدي يخالف قواعد ذلك القانون الآمرة^(١) . و تمثل^١ القواعد الآمرة كل قاعدة تنتمي لقانون القاضي تقضي أن تطبق على المسائل التي تقع في حدود دولة القاضي بغض النظر عن تمتع العلاقة المطروحة عليه بالطابع الدولي ، أو حتى القانون المختار لأن الأخير يحكم كل جوانب العقد عدا ما يتعلق بمجال تطبيق القواعد الآمرة ، لأن الأولى تسري مباشرة دون المرور بقواعد أسناد حتى^(٢) ، وطبعاً هذا معنى القواعد الآمرة والنظام العام الداخلي وأن كانت تسري على العقود التجارية الدولية مع العقود الداخلية. ولكن هناك نظام عام بطابع دولي أو كما يُسمى بمفهوم دولي^(٣) وهو الذي يمثل دليل على وجود مجتمع عبر دولي للأعمال ، وهذا النظام يعبر عن مصالح ذلك المجتمع الأساسية والتي بال ما ظهرت إلا بعد تكون ذلك المجتمع ابتداءً^(٤) و بوجود تلك القواعد الآثرة الدولية يصبح للمُحكّم قانونه الخاص (Lax fori) و تكتمل فكرة النظام العام ، حيث كان افتقار قانون التجارة الدولية ، و أحكامه الموضوعية للقواعد الآمرة أحد أسباب نكران صفة النظام القانوني لذلك القانون. أن أساس القواعد الآمرة الدولية يرجع للمبادئ العامة كما تشكل أحد المصادر القضائية للقواعد الموضوعية الدولية ، وأن من أهم ما أستقر عليه الفقه من هذه القواعد الآمرة العابرة للدول المكونة للنظام العام الدولي هي^(٥) " مبدأ حسن النية ابتداءً ومّا يرافق هذا المبدأ من أثر على العقود التجارية الدولية ، وبطلان أو عدم تنفيذ العقود التجارية الدولية التي تتم بطرق غير مشروعة كالرشوة أو حتى العقود الصورية التي تخفي ورائها هدف غير مشروع ، والعقود المخالفة للآداب العامة و الحكم بإعتبارها باطلة ، و الإلتزام بتعويض أصحاب الأملك الخاصة عند نزع ملكيتهم ، و أيضاً وجوب إحترام مبادئ التقاضي الأساسية".

المطلب الثالث: وجود صلة بين العقد و القانون المختار: باءيء ذي بدء أن العقد الذي يكون وطنياً بكافة عناصره يعتبر عقد وطني يحكمه القانون الداخلي وإن أضفى عليه أطرافه الصفة الدولية كأن يتم عقده في دولة أخرى ، لأن ذلك يعتبر هروب من القواعد الآمرة في القانون الداخلي وعلى القاضي عند كشف ذلك رد العقد للقانون الداخلي^(٦) ، أما بالنسبة للعقود الدولية ففيما يخص إختيار قانون العقد يتجه الرأي الفقهي الغالب إلى وجوب وجود صلة بين القانون و العقد ، وأن كانت صلة فنية كما لو جرى العقد في نموذج عقد جرى التعارف عليه في تجارة سلعة ما وحصل على قبول أوساط التجارة الدولية^(٧) ، كما يعتبر^٩ العقد وثيق الصلة بدولة ما إذا كان أحد الأطراف قد قام فيها بأعمال ذات دور فاعل من أعمال أبرام العقد كأن يتم قبول الإيجاب فيها أو إرسال الطلب^(٨) . كما أن في حالة إنعدام الإختيار الصريح و الضمني يجتهد القاضي أو المُحكّم في البحث عن قانون للعقد على أن يكون وثيق الصلة وبرابطة جدية ، فقد أكد ذلك الموقف العديد من الإتفاقيات الدولية منها إتفاقية روما ١٩٨٠ في (م ٤/١) " في الحدود التي لم يتم

إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ... فيسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط وثوقاً " وهو الموقف الذي تبنته بعض التشريعات^(١) مثل قانون ألمانيا ١٩٨٦ قفي (م ١/٢٨) و (م ١/١١٧) من القانون المدني السويسري ١٩٨٧. ولكل ما تقدم فإن حرية المتعاقدين ليست مطلقة كما يذهب لها المذهب الشخصي^(٢) ، وإنما ترد عليها قيود ومُن أهمها هو وجود الصلة بين القانون المختار و العقد الدولي وهذا الرأي الراجح لدى معظم الفقه^(٣) ، كما أن هذا الشرط أو القيد كثيراً ما نصت عليه القوانين من تشريعات وأنظمة تحكيم وإتفاقيات دولية ، ويرى البعض بأنه ربما يكون القيد الوحيد إذ يُعتبر دليل حسن النية فيوجب الأخيرة لدى المتعاقدين عند إختيارهم قانون العقد والذي يقصد به أن تكون هنالك أسباب معقولة لذلك الإختيار ، وهناك من ربط بين حسن النية و القانون المختار للعقد ، فعزف القضاء السويسري حسن النية بأنه " القانون المختار يشكل شرط نموذجي لحكم التجارة الدولية كأن يكون هناك اتصال بين العقد و عقود أخرى يحكمها القانون المختار نفسه أو كأن يكون قانون موقع محكمة النزاع"^(٤) . ولا بد من الإشارة للآراء الفقهية إذ قد اختلفت فيما بينها بما يتعلق بوجود توافر الصلة بين القانون المختار و العقد ، وإمكانية إعتبار إختيار قانون منقطع الصلة بالعقد هو من صلاحيات أطراف العقد التجاري تحت رعاية مبدأ سلطان الإرادة أم أن هذا المبدأ مقيد بوجود تلك الصلة ليعتبر إختيارهم مُعتبر وهذه الإلتجاهات هي :

١- الإلتجاه الأول: يرى هذا الإلتجاه أن يكون القانون المختار ذات صلة بالعقد حتى يتم إعتماده وإلا ثبت عدم وجود حسن النية كما عُرّفها القضاء السويسري ، وأعتبر عدم توفرها هو نية للغش والهروب من القواعد الآمرة للقانون المختص بالتطبيق ، فلا يكون الإختيار مشروع إلا بوجود هذه الصلة حيث أن هذه الصلة هي سبب إختياره^(٥) والدافع في عدم مشروعية الإختيار الغير متصل بالعقد حسب رأي الفقه التقليدي هو أن تخويل الأطراف لإختيار قانون العقد ، كان قصد المشرع منه هو التعيين من ضمن القوانين المتنازعة لا قانون ليس علاقة له بالعقد. ولهذا يرى الفقيه (Batiffol)^(٦) أن الإرادة عبارة عن ضابط إسناد في قاعدة تنازعية من قواعد دولة القاضي يقوم خلالها بالتركيز الموضوعي في إطار العلاقة العقدية ضمن نظام قانوني فيرتبط القانون المختار بالعقد وفق متطلبات التعاقد و ملابساته و ظروفه ، فيرى أن جوهر إرادة أطراف العلاقة العقدية الدولية هي بالإسناد توطين للعقد ، إذ أن حقيقة الإختيار كما يرى بعض الفقه الحديث ، وأن واجب الإرادة هو تركيز عقدها في مكان جغرافي محدد عن طريق عناصر العلاقة وظروفها المحيطة بها، وبذلك تخضع لقانون ذلك المكان، فإختيارهم في حقيقته لا ينصب على القانون الواجب التطبيق بل يحدد فقط مكان العقد^(٧) . و عليه يجب أن يحمل هذا الإختيار إشارة لذلك التوطين و لا تقتصر هذه الرابطة على محل الإبرام وجنسية المتعاقدين ، أو قانون موطنهم^(٨) ، أو قانون بلد التنفيذ و ممكن أن يكون القانون مهني ، وهذا يدل على جواز إختيار الأحكام الموضوعية بإعتبارها قواعد طائفية مهنية وتأتي الصلة من حاجات التجارة و التعامل الدولي حيث بإنعدام صلة الربط بين العقد و القانون المختار ممكن يكون غش نحو القانون الأجنبي ، وعندها يكون على المُحكّم أن يفعل كما القاضي الوطني أن يقطع الطريق على مرتكبي الغش حتى لو عهد بحل النزاع إلى هيئة تحكيم تجاري دولي دائمة من إختيار

المتخاضمين^(١) . و يذهب (Batiffol) إلى عدم الإعتداد بالقانون منقطع الصلة بالعقد حتى لو كان هو المتفق عليه ولا ضير من الإخلال بتوقعات أطراف العقد ، حيث أنهم كانوا عليهم أن يتجنبوا بالأساس الإختيار غير المعقول لقانون العقد حيث أن المفروض أن ينصاع الأفراد للقاضي المطبق للقانون عبر قاعدة الإسناد لا العكس ، التي ممكن أن تكون بمباركة القاضي لإختيارهم الخاطيء بخروجهم عن هدف قاعدة الإسناد وإختياره قانون لا يمت للعقد بصلة^(٢) .

٢- الإتجاه الثاني: يرى هذا الإتجاه أن ليس للقاضي تغيير القانون المختار من قبل أطراف العقد لأن الحرية الممنوحة لهم حسب وجهة نظر هذا الإتجاه هي مطلقة ، وأن ذلك التغيير من شأنه الإخلال بتوقعات المتعاقدين و يهدد مصالحهم التي يعمل القانون الدولي الخاص على حمايتها إذ يرون أن حرمتهم لا يرد عليها أي قيد^(٣) .

٣- الإتجاه الثالث: ذهب هذا الجانب ، وهو يمثل رأي الفقه الغالب، أن الحرية الممنوحة للمتعاقدين لإختيار قانون العقد ليست مقيدة كما يرى الإتجاه الأول ، و لا حتى مطلقة كأي الإتجاه الثاني ، و إنما هم يشترطون في القانون المختار أن لا يكون مقطوع الصلة بالعقد ، إذ أن حاجة التعاملات التجارية الدولية ممكن يكون صلة كما في مصالح التجارة الدولية ، إذ إن كثيراً ما يحدث أن يصبح العقد خاضع لقانون دولة ما بسبب أتباع الأطراف لعقد نموذجي لتجارة معينة، كالحبوب أو القطن، فيجوز أن يبرم المتعاقدان عقدهما وفقاً لشروط هذا العقد النموذجي ويقرران خضوعه للقانون الذي يحكم هذا العقد، بالرغم من إنعدام الصلة بين القانون المختار و العلاقة التعاقدية. فهنا لا يشترط وجود الصلة الوثيقة بين القانون المختار والعقد و إنما يكفي وجود المصلحة المشروعة التي يرغب الأطراف تحقيقها من إختيارهم لهذا القانون فعليه أن يكون القاضي مرناً بالتقدير ، وأن يُستبعد كل ما يقوم على الغش كما جاء في إتفاقية روما بشأن القانون واجب التطبيق ١٩٨٠ ، فأعطت الحرية المطلقة للمتعاقدين و لا يتقيد القاضي إلا بتطبيق القواعد الآمرة في القانون الأوثق صلة^(٤) ، وبالنسبة لموقف القوانين الداخلية من هذه المسألة فنجد العديد منها اعتنقت الرأي الوسط الثالث ، فدعت لضرورة وجود الصلة المعقولة بين قانون العقد والعقد^(٥) . أما عن موقف القضاء فتباينت الآراء فمنهم من أوجب وجود الصلة، ومنهم من تشدد و أضاف لها الرابطة الإقليمية بينهما وهذا مسلك القضاء السويسري الإتحادي ، أما الإتجاه الآخر فإنه لم يعتد بالصلة بين العقد والقانون الواجب التطبيق كالقضاء الإنكليزي والألماني^(٦) ، أما عن موقف القانون العراقي فإنه في (م ١٨٢٥) رغم الإطلاق الذي حوته هذه المادة ألد أن المشرع العراقي خول بموجب القانون التجاري^(٧) بإمكانية الإحالة إلى العقود النموذجية والتي تقوم عادة على أعراف و عادات أدرجت في العقد النموذجي ، حيث جاء فيها " يجوز للمتعاقدين فيما يتعلق بالشروط التفصيلية للبيع أن يُحيل إلى أحد عقود البيع النموذجية " ، ومن ذلك ما جاء بقرار ديوان التدوين القانوني رقم (١٣٢) ١٩٧٨^(٨) . أخيراً^٩ بما أن أبرز ميدان لقانون الإرادة هو مجال التجارة الدولية وطبقاً لذلك يكون من المناسب عدم تقيد الإرادة بأشترط وجود الصلة بين اختيارهم ، والعقد أي وجود ترابط بين العقد والقانون المختار لإنعدام شبهة الهروب من القواعد الآمرة^(٩) .

الختامة

في نهاية دراستنا لموضوع خصوصية قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية ، توصلنا لبعض النتائج والتوصيات سنعرضها فيما يأتي:

أولاً: النتائج

١. أن نتائج مبدأ سلطان الإرادة و الحرية التعاقدية إذا كانت تكتفي في العقود الداخلية على إختيار شخص المتعاقد و محل التعاقد و ما يتعلق بذلك فأنها في العقود الدولية أتسعت لتصبح شاملة لحرية إختيار قانون و محكمة مختصة لحل مسائل العقد.

٢. أن حرية إختيار قانون للعقد لا تشمل كل العقود ذات العنصر الأجنبي فهناك من هذه العقود التي تكون خاضعة لقواعد الإسناد بموجب قواعد آمرة مثل عقود العمل و المسائل الشخصية كعقود الزواج و التبري و العقود المنصبة على عقار مما يعني أنها هذه الحرية تخص عقود التجارة الدولية .

٣. أن هناك أنواع للتعبير عن الإرادة فمنها الصريحة و الإرادة الضمنية و الإرادة المفترضة فبعض التشريعات أخذت بكل هذه الأنواع من التعبير عن الإرادة كالقانون المدني العراقي والقانون المدني المصري و البعض لم يأخذ بكل أنواعها مثل القانون الفرنسي فقد أخذ بالإرادة الصريحة و الإرادة المفترضة و لم يأخذ بالإرادة الضمنية لأنه يعتبر الإرادة إما صريحة أو غير موجودة .

٤. هناك العديد من القيود التي تفرض على حرية إختيار قانون العقد منها ما هو عام مثل النظام العام لبلد التنفيذ و هذا قيد تفرضه المصلحة العام على المصلحة الخاصة . و منها ما هو نسبي مثل وجود صلة بين العقد و القانون المختار فلم تأخذ بهذا القيد جميع التشريعات و الأتجاهات الفقهية.

٥. تعتبر الأحكام الموضوعية قانون المحكم من جهة و من جهة أخرى ممكن إعتبرها ذات صلة بالعقد كونها تشكل أهم مصادر القانون التجاري الدولي .

ثانياً: التوصيات

١. عدم مواكبة القانون العراقي للتطور القانوني في البلدان المتقدمة و بقائه على المنهج الجامد و الذي تضمنته المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي ، حيث إعتمدت القانون الإتفاقي بالأساس وهذه خطوة موفقة ألا أنها لم تُعر جانب الأحكام الموضوعية أي أهتمام ولم تُشر لها أي إشارة ، مع ما لها من دور مؤثر على العلاقات الإقتصادية الدولية و خصوصاً الجانب العقدي علماً أن القانون الوطني يعتبر من عوامل الجذب التجاري و خصوصاً في مجال الإستثمار و لحاجة البلد لذلك في الوقت الحالي ، بالإضافة لما تتطلبه مصالح الأفراد فلكل ما تقدم من أسباب يستوجب تعديل هذه المادة بما يتناسب مع الواقع الإقتصادي الدولي ، فالإستجابة لمتطلبات التجارة الدولية لا تتم إلا إذا فُسح المجال لتطبيق الأحكام الموضوعية المتداولة بالتجارة الدولية وبذلك تُحل نزاعات عقودها بحلول تلاقي ترحيب أكثر من ذوا العلاقة.

٢. لابد من وجود تنظيم قانوني يخص عقود التجارة الدولية فالإعتماد على ضابط محل الإبرام أو جنسية المتعاقدين في حالة سكوت المتعاقدين عن درج شرط تحديد قانون العقد لم يعدان كافيان لتغطية



متطلبات هذا المجال الحيوي، إذ أن هناك ضوابط أكثر أهمية مثل القانون الأكثر الصلة بالعقد و المناهج الحديثة مع إفساح المجال لطرفي العقد بتدويله و أخرجه من سيطرة القوانين الوطنية .

المصادر

أولاً: الكتب

١. د. أبو زيد رضوان. الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١.
٢. د. أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين وإعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
٣. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٤. د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
٥. د. أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩.
٦. د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، مكتبة بدران الحقوقية، لبنان، ٢٠١٧.
٧. د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، دور الإرادة في مجال العقود الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.
٨. د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢.
٩. د. طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد (دراسة تحليلية على ضوء الإتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الألتزامات التعاقدية الموقعة في روما ١٩٨٠، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
١٠. د. عباس العبودي، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة طبقاً لأحكام القانون الدولي الخاص المقارن و أحكام القانون العراقي)، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٥.
١١. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج ٢، دار احياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠٨.
١٢. د. عوني محمد الفخري، إرادة الإختيار في العقود الدولية التجارية و المالية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢.
١٣. د. محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
١٤. د. السيد محمد أحمد السريتي - د. محمد عزت محمد غزلان، التجارة الدولية و المؤسسات المالية الدولية، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٣.
١٥. د. محمد الهادي المهدي الشامس، إشكاليات التحكيم في عقود الانشاءات الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٢٠.



١٦. د. محمود محمد ياقوت ، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .
١٧. د. محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص)، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ٢٠٠٠ .
١٨. د. مرتضى جمعة عاشور ، عقد الإستثمار التكنولوجي (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ .
١٩. نادر محمد محمد أبراهيم ، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ .
٢٠. د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكري الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٤ .
- ثانياً : الرسائل و الأطاريح
١. تامر داود عبود خضير الشافعي ، المعايير المحددة لدور الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق في العقد الدولي ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٥ .
٢. ليندة معاتقي و أسماء زوار ، القانون الواجب التطبيق على العقود بين المنهج التنازعي التقليدي و المنهج الموضوعي المستحدث ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة آكلي محند اولاح ، البويرة ، ٢٠١٩ .
- ثالثاً: المقالات و المجلات العلمية
١. أم كلثوم العطار ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مجلة المتوسط للدراسات القانونية و القضائية ، عدد ٥ ، ٢٠١٧ .
٢. زياد خلف العنزي ، مبدأ حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقاً لمبادئ مؤتمر لاهاي ٢٠١٥ ، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية و القانونية ، جامعة العين للعلوم و التكنولوجيا ، أبو ظبي ، مجلد ١٣ - عدد ٢ ، ٢٠١٦ .
٣. سالم بن سلام حميد الفليتي ، أثر تغير الظروف على عقود التجار الدولية ، مجلة روح القوانين ، عدد ٨٨ ، كلية الحقوق ، جامعة طنطا ، ٢٠١٩ .
٤. منصف بوعريوه ، الحرية العقدية في ظل النظام العام الاقتصادي ، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، بحث في مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال ، ٢٠١٨ .
- رابعاً: القوانين
١. القانون التجاري العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٨٤ .
٢. قانون المرافعات العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩
٣. القانون المدني العراقي المرقم ٤ لسنة ١٩٥١

٤. القانون المدني المصري المرقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨

خامساً: الإتفاقيات الدولية

١. إتفاقية عمان للتحكيم التجاري العربي ١٩٨٧ [/http://www.icacn.org/rules-3022-html](http://www.icacn.org/rules-3022-html)

٢. إتفاقية روما ١٩٨٠ للبيع الدولي

سادساً : القرارات القضائية

القضية المرقمة (٢٠٠١/٤١٤٣) الصادرة من (محكمة كاريبي SEZ - Tribunale di Modena ، إيطاليا) في ٢٠٠١/٤١٤٣ . الخاصة ببيع أدوات طبخ إحترافية بين بائع إيطالي و مشتري نيجيري مقيم بإيطاليا . منشورة ضمن مجموعة السوابق القضائية المستندة إلى نصوص الأونسيترال (كلاوت) www.uncitral.org/clout/?lf=899&lng=ar

سابعاً: المواقع الالكترونية

١. خضراوي الهادي و جعبان بشير ، مجلة الحقوق الإنسانية ، بحث منشور <https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/315/9/1/44249>
 ماجد حسين ، المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الإرادة، والقيود الواردة عليه ، بحث منشور على الرابط <https://pulpit.alwatanvoice.com/content/print/428361.html>

الهوامش

- (١) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل ، دور الإرادة في مجال العقود الإلكترونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٣ ، ص ٢٦.
- (٢) منصف بوعربوه ، الحرية العقدية في ظل النظام العام الاقتصادي ، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، بحث في مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال ، ٢٠١٨ ، ص ٤٩.
- (٣) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج ٢ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص ١٢٠.
- (٤) ماجد حسين ، المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الإرادة، والقيود الواردة عليه ، ص ١ ، بحث منشور على شبكة الأنترنت <https://pulpit.alwatanvoice.com/content/print/428361.html> تاريخ الزيارة ٢٠ / ٤ / ٢٠٢٢ .
- (٥) منصف بوعربوه ، مصدر سابق ، ص ٤٩.
- (٦) سالم بن سلام حميد الفليتي ، أثر تغير الظروف على عقود التجار الدولية ، مجلة روح القوانين ، عدد ٨٨ ، كلية الحقوق ، جامعة طنطا ، ٢٠١٩ ، ص ٢.
- (٧) د. مرتضى جمعة عاشور ، عقد الإستثمار التكنولوجي (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ٤٧٩.
- (٨) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ١٥٦-١٥٧.
- (٩) د. أحمد عبد الحميد عشوش ، قانون العقد بين ثبات اليقين وإعتبارات العدالة ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٩٠ .
- (١٠) ماجد حسين ، مصدر سابق ، ص ٨.
- (١١) د. أبو زيد رضوان. الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١ ، ص ١٣٥.
- (١٢) د. أحمد عبد الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص ٩٠.
- (١٣) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل ، مصدر سابق ، ص ٦١.
- (١٤) منصف بوعربوه ، مصدر سابق ، ص ٤٩.

- (١) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، مصدر سابق ، ص ١٥٦ .
- (٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، مصدر سابق ، ص ١٥٨ .
- (٣) سالم بن سلام حميد الفليتي ، مصدر سابق ، ص ٥ .
- (٤) أم كلثوم العطار ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مجلة المتوسط للدراسات القانونية و القضائية عدد ٥ ، ٢٠١٧ ، ص ٦٧ .
- (٥) د. محمود محمد ياقوت ، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٥٣ .
- (٦) أبو زيد رضوان ، مصدر سابق ، ص ١٣٠ .
- (٧) د. محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص ٥٢ - ٥٣ .
- (٨) نصت المادة ١٤٦ / ١ من القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على (إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي) .
- (٩) نصت المادة ١٤٧ / ١ من القانون المدني المصري المرقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون) .
- ART 1134 DE CODE CIVIL FRANÇAIS STIPULE: "LES CONVENTIONS LEGALEMENT FORMES TIENNENT LIEU DE LOI A CEUX QUI LES ONT FAITES..."**
- (١٠) نصت المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً ، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه)
- (١١) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ تنص المادة (١٩) على (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان ...) .
- (١٢) **اتفاقية روما ١٩٨٠** أبرمت بين دول السوق الأوروبية المشتركة و بتوقيع فرنسا عليها أصبحت نافذة فيها ينظر إلى : د. أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، مصدر سابق ، ص ١٦٠ .
- (١٣) د. محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص ٨٣ .
- (١٤) ماجد حسين ، مصدر سابق ، ص ١٤ .
- (١٥) ينظر الى : د. أسامة أحمد الحواري ، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص ١٦١ - ١٧٥ ؛ د. أبو زيد رضوان ، مصدر سابق ، ص ١٣٠ .
- (١٦) د. أسامة أحمد الحواري ، مصدر سابق ، ص ٦٣ .
- (١٧) **اتفاقية عمان للتحكيم التجاري العربي ١٩٨٧** <http://www.icacn.org/rules-3022.html>
- (١٨) د. أحمد عبد الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص ٩١ - ٩٢ .
- (١٩) د. أحمد عبد الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص ٨٥ - ٨٦ .
- (٢٠) محمد الهادي المهدي الشامس ، إشكاليات التحكيم في عقود الانشاءات الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٢٠ ، ص ٤٥ .
- (٢١) أسامة أحمد الحواري ، مصدر سابق ، ص ١٧٣ - ١٧٤ .
- (٢٢) د. أبو زيد رضوان ، مصدر سابق ، ص ١٣٠ .
- (٢٣) د. طرح البحور علي حسن فرج ، تحويل العقد (دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما ١٩٨٠ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص ٤٩ و د.مرتضى جمعة عاشور ، مصدر سابق ، ص ٤٨٠ و أبو زيد رضوان ، مصدر سابق ، ص ١٣٠ .
- (٢٤) د. محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص ٨٢ - ٨٥ .
- (٢٥) أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٨٤ .
- (٢٦) د. أحمد عبد الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص ١٠٤ .

- (١) زياد خلف العنزي ، مبدأ حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقاً لمبادئ مؤتمر لاهاي ٢٠١٥، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية و القانونية ، جامعة العين للعلوم و التكنولوجيا ، أبو ظبي ، مجلد ١٣ - عدد ٢، ٢٠١٦ ، ص ٣٨٣.
- (٢) محمد الهادي المهدي الشامس ، مصدر سابق ، ص ٤٦.
- (٣) د. محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص ٦٠-٦١.
- (٤) د. محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص ٦١-٦٢.
- (٥) د. محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص ٦١-٦٢ .
- (٦) محمد الهادي المهدي الشامس ، مصدر سابق ، ص ٤٩.
- (٧) د. محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص ٦٣.
- (٨) د. مرتضى جمعة عاشور ، مصدر سابق ، ص ٤٧٧.
- (٩) د. أحمد عبد الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص ٤٧-٤٨.
- (١٠) د. محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص ٧٩.
- (١١) محمد الهادي المهدي الشامس ، مصدر سابق ، ص ٥٢.
- (١٢) د. أحمد عبد الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص ١٠٠.
- (١٣) ينظر كلا من د. أبو زيد رضوان ، مصدر سابق ، ص ١٣٦ ؛ د. مرتضى جمعة عاشور ، مصدر سابق ، ص ٤٧٩.
- (١٤) القضية المرقمة (١٤٣/٢٠٠١) الصادرة من (محكمة كاريبي Tribunale di Modena - SEZ ، إيطاليا) في ٢٠٠٥\١٢\١٩ الخاصة ببيع أدوات طبخ إحترافية بين بائع إيطالي و مشتري نيجيري مقيم بإيطاليا . منشورة ضمن مجموعة السوابق القضائية المستندة إلى نصوص الأونسيترال (كلاوت) www.uncitral.org/clout/?lf=899&lng=ar .
- (١٥) د. محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق، ص ٨٠.
- (١٦) د. محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق، ص ٨٣.
- (١٧) د. محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص ٧٧-٧٨.
- (١٨) محمد الهادي المهدي الشامس ، مصدر سابق ، ص ٨٠.
- (١٩) د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية دراسة مقارنة ، مكتبة بدران الحقوقية ، لبنان ، ٢٠١٧ ، ص ١٣١.
- (٢٠) أسامة أحمد الحواري ، مصدر سابق ، ص ١٧٣-١٧٤.
- (٢١) ينظر كلا من : ثامر داود عبود خضير الشافعي ، المعايير المحددة لدور الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق في العقد الدولي ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون جامعة كربلاء ، ٢٠١٥ ، ص ٥٤ ؛ د.أحمد عبد الكريم سلامة ، العقد الدولي ، مصدر سابق ، ص ١٩٨ ؛ طرح البهورعلي حسن فرج، مصدر سابق ، ص ٥٠ ؛ عوني محمد الفخري ، إرادة الإختيار في العقود الدولية التجارية و المالية (دراسة مقارنة) ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٢ ، ص ١٢٥.
- (٢٢) المادة (٢٥ فقرة ٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- (٢٣) المادة (١٩ فقرة ٢) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
- (٢٤) د. محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص ٧٧-٧٨.
- (٢٥) د. مرتضى جمعة عاشور ، مصدر سابق ، ص ٤١٠.
- (٢٦) خضراوي الهادي و جعبران بشير ، مجلة الحقوق الإنسانية ، ص ١٣١ ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني <https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/315,9,1,44249> تاريخ الزيارة ١٧\١٢\٢٠٢٢ .
- (٢٧) عوني محمد الفخري ، مصدر سابق ، ص ٥٣-٥٦.
- (٢٨) د. محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة،الأسكندرية،٢٠٠٧، ص ٦٥.
- (٢٩) د. محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص ١٤.
- (٣٠) المادة (٣٦) من قانون المرافعات العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ " تقام الدعوى في محكمة محل العقار اذا تعلقت بحق عيني . واذا تعددت العقارات جاز اقامة الدعوى في محل احدها " .

- (٢) (١٧/٢) على أنه " ومع ذلك فأن القانون الذي يحدد ما إذا كان الشيء عقارا أو منقولا هو قانون الدولة التي يوجد فيها هذا الشيء". وأصبح هذا من المبادئ الشائعة بالقانون الدولي الخاص. و نصت المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في الفقرة ٢ - قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه".
- (٣) د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٤ ، ص ٢٢١ .
- (٤) د. السيد محمد أحمد السريتي - د. محمد عزت محمد غزلان ، التجارة الدولية و المؤسسات المالية الدولية ، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٣ ، ص ٨ .
- (٥) د. محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ١٧ .
- (٦) د. عباس العبودي ، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة طبقاً لأحكام القانون الدولي الخاص المقارن و أحكام القانون العراقي) ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٥ ، ص ٥٤ .
- (٧) د. محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق ، مصدر سابق ، ص ١٨-١٩ .
- (٨) د. مرتضى جمعة عاشور ، مصدر سابق ، ص ٤٧٩ .
- (٩) د. أحمد عبد الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص ٨٨-٨٩ .
- (١٠) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل ، مصدر سابق ، ص ٩٥ .
- (١١) د. محمود محمد ياقوت ، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مصدر سابق ، ص ٥١ - ٥٢ .
- (١٢) نادر محمد محمد إبراهيم ، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ .
- (١٣) حيث تم الحظر بشكل قطعي لشروط الدفع مقوم بالذهب في مصر بموجب مرسوم رقم ٤٥ في ١٩٣٥ و الذي جاء مفسراً لمرسوم ٢ آب ١٩١٤ و الذي فسرتة المحاكم بأن الحظر لهذا الشرط يكون كمسلك فرنسا بالنسبة له يعني خاص بالعقود الداخلية دون الدولية بينما المرسوم اللاحق له جاء مخالفاً لذلك التفسير أذ قرر ببطلانه سواء التعامل داخلي أم دولي.
- (١٤) د. محمود محمد ياقوت ، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مصدر سابق ، ص ٥١ - ٥٢ .
- (١٥) منصف بوعريوه ، مصدر سابق، ص ٤٩ .
- (١٦) د. محمود محمد ياقوت ، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية ، مصدر سابق ، ص ٥٧ - ٥٨ .
- (١٧) د. صلاح علي حسين ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٢ ، ص ١٧٦ - ١٧٧ .
- (١٨) د. نادر محمد محمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص ٣٢٩ .
- (١٩) محمد إبراهيم قطب غانم ، مصدر سابق ، ص ٢٣٣ .
- (٢٠) د. نادر محمد محمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص ٣٢٩ - ٣٣٠ .
- (٢١) ثامر داود عبود خضير الشافعي ، مصدر سابق ، ص ٥٠ .
- (٢٢) أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي ، مصدر سابق ، ص ٨٤ .
- (٢٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي ، المصدر نفسه، ص ٩٠ .
- (٢٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي ، مصدر سابق ، ص ٨٥ .
- (٢٥) ليندة معاتقي و أسماء زوار ، القانون الواجب التطبيق على العقود بين المنهج التنازعي التقليدي و المنهج الموضوعي المستحدث ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة آكلي محند اولحاج ، البويرة ، ٢٠١٩ ، ص ٨ .
- (٢٦) ينظر كلا : د. عباس العبودي ، مصدر سابق، ص ١٧٩ ؛ ثامر داود عبود خضير الشافعي ، المصدر نفسه ، ص ٥٧ .



- (٩) د. أحمد عبد الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص ٩٣ .
- (١٠) د. زياد خلف العنزي ، مصدر سابق ، ص ٨٥ - ٨٦ .
- (١١) ينظر الى : مرتضى جمعة عاشور، مصدر سابق ، ص ٤٨٢ - ٤٨٣ ؛ د. محمود محمد ياقوت ، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية ، مصدر سابق ، ص ١٣٧ .
- (١٢) د. زياد خلف العنزي ، مصدر سابق ، ص ٣٧٩ .
- (١٣) ينظر الى : أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي ، مصدر سابق ، ص ٨٤ ؛ ثامر داود عبود خضير الشافعي ، مصدر سابق ، ص ٥٧ .
- (١٤) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، ص ١٣٤ .
- (١٥) ينظر الى: مرتضى جمعة عاشور، مصدر سابق ، ص ٤٨٣ ؛ د. هشام علي صادق، مصدر سابق ، ص ٤٠٢ .
- (١٦) د. زياد خلف العنزي ، مصدر سابق ، ص ٨٥ - ٨٦ .
- (١٧) د. محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق ، مصدر سابق ، ص ١٢١ - ١٢٢ .
- (١٨) المادة (٢٩٧) من القانون التجاري العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .
- (١٩) وأشار لذلك أيضاً قانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٩ الذي جاء بمجلس شورى الدولة ليحل محل ديوان التدوين القانوني بمناسبة دخول العراق لإتفاقية نيويورك بشأن التحكيم ١٩٥٨ . للأطلاع أكثر ينظر مرتضى جمعة عاشور، مصدر سابق ، ص ٤٨٤ .
- (٢٠) د. أحمد عبد الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص ٩١ - ٩٢ .