



جامعة المستقبل  
AL MUSTAQBAL UNIVERSITY

جمهورية العراق  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة المستقبل – كلية القانون

## القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي

بحث تقدم به الطالب (علي عباس صبري)  
وهو جزء من متطلبات نيل درجة البكالوريوس في القانون

إشراف  
د. طه المولى

2025م

1446هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا عَلِيمًا ﴾



سورة النساء الآية (148)

## الإهداء

إلى: المتربِّعينَ على قممِ المجد.. زادهم الصَّبْر.. وإزارهم الكبرياء..  
يواجهون غدرَ الأعداءِ وتخاذلَ الأصدقاءِ .. بمصحفٍ ، وإيمانٍ ، وحجارةٍ صمَّاءٍ ..  
أبطالِ الحجارةِ .. تحيةٍ إجلالٍ ووفاءٍ .  
إلى : اللّذَيْنِ أمرني ربِّي بهما خيراً وإحساناً  
أمِّي وأبي العزيزين .  
إلى : الشُّموعِ التي أضاءت طريقِي وكانت وراءِ نجاحي أشقائِي  
الأعزَّاءِ .. وفروعهم الأوفياءِ .

أهدي لهم جميعاً هذا الجهد .

ب

## شكر وتقدير

أقدم بكل آيات الشكر والعرفان الى

الهيئة التدريسية في جامعة المستقبل واطم

الذكر منهم أساتذتي كلية القانون

ويسرني ان اتقدم بالشكر الجزيل الى

د. طه المولى

الذي افاض علي بتوجيهاته السديدة

## المحتويات

الصفحة	الموضوع
أ	الاية
ب	الاهداء
ج	الشكر والتقدير
د	المحتويات
1	المقدمة
2	المطلب الأول مفهوم العقد الدولي
11	المطلب الثاني القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي
18	المطلب الثالث دولية العقد
27	الخاتمة
28	المصادر

## المقدمة

اولا : اهمية البحث

يشهد العالم الآن ثورة صناعية هي ثورة المعلومات ، في عالم أزلت فيه تقنيات الاتصال الحدود بين الدول وسادت فيه ثقافة العولمة في مجالات عديدة للأنشطة الاقتصادية ، فقد شهدت أسواق التبادل - شاملة السلع والخدمات والأموال - تطورات كبيرة فيما يتعلق بوسائل إنجاز الصفقات والتعاقدات ، حيث أتاح للمتعاملين وسائل متطورة للإعلان عن السلع والخدمات ، ومن ثم التعاقد عبر شبكات الاتصالات الدولية دون الحاجة للتواجد المادي الفعلي في موقع الحدث . وهكذا فإنه يترتب على استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في إنجاز المعاملات التجارية انسياباً أسرع للسلع والخدمات والأموال، وبتكاليف قليلة سواءً أكان بين الشركات المنتجة والموردة والموزعة أو فيما بين شركات التوزيع والمستهلكين ، فمثلاً يستطيع الشخص المرتبط بأكثر من سوق إنجاز المعاملة عن طريق إدراج العرض على الموقع الشبكي لصاحب البضاعة أو على موقع السوق ويتلقى طلب الشراء على الموقع الذي يحدده .

ثانيا: مشكلة البحث

إن الغاية الرئيسة لمجلس العقد هي تحديد المدة التي يبقى فيها الإيجاب صالحاً لاقترانته بالقبول، وذلك من أجل الحصول على عقد متوازن لا تسوده شائبة ما، واستناداً إلى هذه الغاية، فقد عُرف مجلس العقد بأنه "الفترة الزمنية الفاصلة ما بين الإيجاب والقبول والتي تتحدد خلالها المدة التي يبقى فيها الإيجاب صالحاً لاقترانته بالقبول"، فالعقد يمر بمرحلتين أساسيتين هما: المرحلة السابقة على التعاقد وتسمى مرحلة ما قبل التعاقد، والمرحلة اللاحقة على التعاقد وتسمى مرحلة ما بعد التعاقد.

ثالثا: منهج البحث

يعتمد البحث الحالي على منهج البحث المقارن

رابعا: خطة البحث :

قسم البحث الحالي الى ثلاث مطالب المطلب الاول مفهوم العقد الدولي والمطلب الثاني يدرس القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي والمطلب الثالث تضمن معايير دولية العقد.

## المطلب الأول

### مفهوم العقد الدولي

تعد العقود الدولية من الركائز الأساسية للتجارة الدولية , وان المسائل الناجمة عن هذه العقود تتمحور حول تعيين القانون الواجب التطبيق عليه , وإن للإرادة دور كبيراً على صعيد القانون الدولي الخاص من حيث قدرة الأطراف على اختيار قانون العقد استناداً لمبدأ سلطان الإرادة والذي يعني ترك الحرية لأطرافه في اختيار القانون الواجب، ومن هذا الفهم فقد جاء المطلب الاوب بفرعين وكما يلي:

#### الفرع الاول : تعريف العقد لغة واصطلاحاً:

##### اولاً: لغة

المعنى الأصلي للعقد في اللغة هو: الجمع بين أطراف الشيء وربطها معاً. والعقد ضد الحل. وتُطلق كلمة "عقد" لتعبّر عن الإحكام والتقوية. وتأتي كلمة "عقد" بمعنى العهد، ومن معانيها: العزم والتصميم، والإبرام والإحكام، والانضمام<sup>(1)</sup>. فالمعنى الأصلي لكلمة "عقد ومشتقاتها" هو الربط الحسي، ولكن نُقلت دلالة معنى هذه الكلمة إلى الربط المعنوي بين كلامين. والربط يدلّ على وجود أكثر من طرف في العقد.

##### ثانياً: تعريف العقد في الاصطلاح الشرعي الإسلامي:

عرّف الحنفية العقد بأنّه: "انضمام كلام أحد العاقدين إلى الآخر، على وجه يظهر أثره في المحل شرعاً"<sup>(2)</sup>. وعرّفوه أيضاً بأنه: "ارتباط أجزاء التصرف الشرعي"<sup>(3)</sup>. وعرّفوه بأنه: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"<sup>(1)</sup>.

---

(1) المقري الفيومي، أحمد بن محمد بن علي (ت: 770هـ): المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، بدون تاريخ، 2/ 421. وانظر: ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري (ت 711هـ): لسان العرب، دار صادر، بيروت، بدون تاريخ، 13/ 300296. والمعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، جمهورية مصر العربية، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، 1989م، ص 426.

(2) العيني الحنفي، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بدر الدين: البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط/2، 1411هـ، 1990م، 8/7.

(3) الدرر شرح الغرر، 326/1.

وعرّف جمهور الفقهاء . المالكية والشافعية والحنابلة . العقد بأنه: "كل تصرف ينتج عنه التزامٌ شرعيٌّ"<sup>(2)</sup>. ولهذا قالت المالكية العقد هو: "ربط القول بالقصد القائم بالقلب". يتضح من التعريفات السابقة أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية انقسموا إلى مذهبين في تعريفهم للعقد. فقد ذهب الحنفية إلى حصر معنى العقد فيما يكون بين طرفين، ولم يعتدوا بوقوع العقد بالإرادة المنفردة، وإن كانوا يعدون الهبة "عقداً مشروعاً مندوباً إليه"<sup>(3)</sup>، وهي تقع من طرف واحد.

وقد وهم أحد القانونيين المحدثين<sup>(4)</sup> وذهب إلى أنّ جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية يحصرون العقد في المعنى الخاص الذي ذهب إليه السادة الحنفية. وهذا الوهم منشؤه سيادة المذهب الحنفي إبان حقبة الخلافة العثمانية، خاصة في مجال المحاكم والقضاء، فعرفه القضاة وأهل مهنة القانون، حتى بدا وكأنه هو مذهب جمهور الفقهاء، والأمر ليس كذلك.

### ثالثاً: تعريف العقد في القانون

عرّف فقهاء القانون العقد الموقوف بعدة تعريفات نورد بعض منها في ما يلي:

- هو ما صدر من شخص ثبتت له أهلية التعاقد دون أن تثبت له ولاية إصداره.
- أو هو عقد ينعقد من الناحية التصورية انعقاداً مجرداً، فلا تترتب عليه آثاره فور الانعقاد بل تتوقف فيبقى في معزل عن آثاره حتى تلحقه الإجازة فتنتقل هذه الآثار من عقاله أو تتخلف الإجازة فيزول وزواله يستند إلى الماضي أي إلى وقت انعقاده .
- وهو عقد توافرت فيه شروط الانعقاد وشروط الصحة، غير أنه صدر من شخص لا يملك الولاية على نوع التصرف أو على المال، ويرجع عدم الولاية على نوع التصرف إلى نقص الأهلية، أما عدم الولاية على المال إلى عدم الملك أو تعلق حق الغير به.<sup>(5)</sup>

(1) قدري باشا، محمد: مرشد الحيران، م/261.

(2) الشافعي، الإمام محمد بن إدريس: الأم، دار المعارف للطباعة والنشر، ط/2، 3/3.

(3) السمرقندي، علاء الدين (ت: 539هـ): تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط/1، 1405هـ، 1984م، 3/205.159.

(4) انظر: الصابوني، د. عبد الرحمن: المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، مطبعة جامعة دمشق، ط/4، 1410هـ. 1411هـ، 1990. 1991م، 2/116.

(5) السنهوري، د. عبد الرزاق أحمد: نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، 81.80.

- أو هو العقد الذي يصدر ممن له أهلية التصرف والتعاقد، دون أن تكون له ولاية إصداره.

- أو هو عقد انعقد وصح لتوافر ركنه وشروط انعقاده وصحته ولكن دخل عليه سبب من أسباب عدم النفاذ فتعلق نفاذ آثاره على إجازة من له حق الإجازة، فإن أجازته نفذ وان لم تلحقه الإجازة اعتبر كأن لم يكن.

- وعرفه بعض الفقهاء بأنه (العقد المشروع بأصله ووصفه الصادر ممن ليس له ولاية إصداره، فيتوقف ترتيب آثاره على الإجازة ممن يملك مباشرتها فإن أجازته سرت آثاره مستندة إلى وقت صدوره)<sup>(1)</sup>.

لم يحدد المشرع العراقي المقصود بالعقد الدولي بل تركه لاجتهاد الفقه والقضاء بما يستجد من صور للعقود الدولية ، وكل ما ورد هو نص المادة (25) من القانون المدني العراقي التي بينت القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية في إطار تنازع القوانين من حيث المكان والتي نصت على أنه: " 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 إن قانوناً آخر يراد تطبيقه "، وقد أورد المشرع العراقي للبيوع البحرية ، بوصفها من العقود الدولية باباً خاصاً في قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 النافذ تحت عنوان البيوع الدولية وذلك في المواد (294-330).

وبالنسبة لموقف القضاء العراقي ، فقد صدر قرار عن محكمة التمييز بموجب قضية تتلخص وقائعها حول عقد ابرم بين سائق عراقي مع عامل سوري في سوريا لغرض القيام بإصلاح السيارة العائدة للعراقي لقاء مبلغ من المال وامتنع العراقي عن دفع الأجر التي بذمته ، وقد قام السوري برفع دعوى ضد السائق أمام محكمة تلغفر مطالباً بالحكم له بالمبلغ المستحق في ذمة السائق العراقي ، إلا إن محكمة التمييز قررت نقض الحكم ، وقالت في حيثيات الحكم " لما كان الالتزام التعاقدي موضوع الدعوى قد نشأ عن عقد مدني تم إبرامه في سوريا بين عراقي وسوري ، فتسري والحالة هذه أحكام القانون السوري ،

---

(1) د. همام محمد محمود ود. محمد حسين منصور: مبادئ القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص

بوصفه قانون الدولة التي تم إبرام العقد فيها تطبيقاً لنص المادة (1/25) من القانون المدني العراقي " (1).

ويتضح من القرار أعلاه أن المحكمة قد اعتمدت على محل إبرام العقد لتحديد القانون الواجب التطبيق , واعتمدت في تحديد الصفة الدولية للرابطة العقدية محل النزاع على اختلاف جنسية المتعاقدين , أما المحل الذي وقعت عليه الأعمال ( وهي سيارة تحمل رقم الدولة العراقية فإنها عناصر ثانوية ولم يكن لها نفس ثقل العنصر الأول) .

---

(1) قرار محكمة التمييز في 18 / 10 / 1977 نقلاً عن د. سلطان عبد الله محمود الجوّاري , القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والاعتماد المستندي دراسة مقارنة , ط1, منشورات الحلبي الحقوقية , لبنان , 2010 , ص54.

## الفرع الثاني

### طبيعة العقد وشروطه

يعرف العقد الدولي عادة تعريفاً للمصطلحات المستخدمة ، والشروط المادية والموضوعية للتعاقد، وحقوق الأطراف المتعاقدة والتزاماتها، وبعض الأحكام الختامية.<sup>(1)</sup>

الشروط الموضوعية والمادية: تحتوي العقود ، الدولية على عدد من البنود والأحكام التفصيلية التي تعبّر عن أهميتها وفائدتها ، كأداة قانونية لتطوير التجارة والاستثمارات الدولية، ويمكن تلخيصها بما يأتي:

- مقدمة العقد، وتتضمن بعض التعابير المألوفة في النطاق الذي يتعرض إليه العقد، وشرحاً للظروف التي تمّ من خلالها إبرامه وتام وجوبه قانونياً، وكذلك تحديداً للغة المعتمدة في صياغة العقد وتفسيره، ومدة تنفيذ العقد...

. الشروط التنظيمية، كالحصول على تصاريح الرخصة للاستيراد والتصدير أو للاستثمار، من قبل السلطات المختصة، وبيان مكان التسليم وزمانه ...

- الشروط التقنية والتجارية، أي ما يتعلق بتحديد مواصفات المنتج أو البضاعة المطلوب توريدها أو الاستثمار المتفق عليه وفقاً للعقد...

. الشروط المتعلقة بمحل التعاقد.

. الشروط الخاصة بتحديد النطاق الإقليمي لتنفيذ العقد، وهذا له أهميته في عقود الوكالات التجارية وعقود التنفيذ والتوزيع، ويؤخذ أحياناً في الحسبان احتمال حصول تغييرات في النطاق الإقليمي للعقد، كتحويل السيادة بتفكك الدولة المتعاقدة أو اتحادها مع دول أخرى

...<sup>(2)</sup>

---

1- سلامة فارس عرب ، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1988 ، ص 405.

2- د. ناجي عبد المؤمن ، عقود التجارة الدولية طويلة المدة ، حدود مبدأ القوة الملزمة للعقد ، دروس القيت على طلبة الدراسات العليا ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1994 ، ص 97.

. الشروط المالية، والتي تنطبق إلى مسألة تحديد القيمة الاسمية والفعلية للاستثمارات أو ثمن البيع ومقداره والوفاء به وكيفية تحقيق ذلك من الناحيتين المادية والزمنية، كالدفع نقداً أو بالتقسيط أو بالمشاركة أو بفتح اعتماد مستندي، ومكان استحقاق الثمن وموعده، وشروط مواجهة تقلبات السوق من حيث العرض والطلب وتأثيرها في الأسعار...  
- الشروط المتعلقة بالحفاظ على سرية المعلومات وحقوق الملكية الفكرية والصناعية، كبراءات الاختراع والعلامات التجارية والمهارات والخبرات التقنية والرسومات الهندسية...<sup>(1)</sup>  
. الشروط الجزائية، وتتضمن أحكام المسؤولية والتعويض عن الأضرار، وتوافر شروط عدم المسؤولية للتأخر في التنفيذ أو عدم التنفيذ، وكذلك نظام تحمل المخاطر وتأثير الظروف الطارئة والقوة القاهرة على العقد وشروطها وآثارها...  
. شروط تسوية النزاعات كإدخال شرط التحكيم مثلاً.  
. الأحكام الختامية، كشروط تعديل العقد أو تجديده، أو تلك المتعلقة بالتنازل عن الحقوق، أو تحويل الالتزامات الناجمة عن العقد إلى شخص آخر لتنفيذها، ولاسيما في حال الدمج بين المؤسسات أو انفصالها، ويلحق بالعقد الوثائق المتعلقة به والجداول والرسومات والخرائط... الخ.  
حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة: تُنشئ العقود الدولية التزامات وحقوق متبادلة بين الأطراف المعنية، تختلف حسب طبيعة العقود المبرمة، ومن أهمها: <sup>(2)</sup>  
. احترام القواعد الفنية السائدة والمعترف بها في مجال التعاقد.  
- التزام إمداد الدولة المتعاقدة بأفضل المواد لتحقيق المشروع محل التعاقد، بما في ذلك استخدام التكنولوجيا المتطورة.

---

(1) جاد الله عبد الحفيظ عوض ، الشروط التجارية الدولية المعتمدة من قبل غرفة التجارة العالمية ، دار الثورة للطباعة والنشر ، بنغازي ، 1996 ، ص85.

(2) د. محمد لبيب شنب ، المسؤولية عن الاشياء ، دراسة في القانون المدني المصري مقارناً بالقانون المدني الفرنسي ، القاهرة ، 1957 ، ص175.

- مساهمة الطرف الأجنبي في التنمية البشرية والخدمات الاجتماعية وتدريب العمالة المحلية وتحقيق اندماجها في العمليات الفنية.

- إسهام الدولة المتعاقدة مساعدة المشروع الأجنبي من أجل تمركز استثماراته المتعاقد عليها في إقليمها، بأفضل الظروف، وتقديم التسهيلات اللازمة كافة فيما يتعلق بتراخيص التملك والاستئجار للعقارات والأدوات اللازمة للمشروع، وضمانات تسويق المنتج، وحماية الاستثمارات وتشجيعها.<sup>(1)</sup>

ان عقود نقل التكنولوجيا والعقود الالكترونية التي يكون محلها أموال منقولة معنوية معدة للنقل بين تاجرين أو أكثر لذا جرى العمل، كل هذه المفاهيم الدولية فرضت التعامل معها بمصطلحات جديدة منها مفهوم العقود الطليقة وكان للعميد "باتي فول" قصب السبق في التنبؤ بهذه الظاهرة بقوله " إن شيوع استعمال هذه الصيغة النموذجية دفع إلي القول بان مظاهر الحياة القانونية خارج النطاق الحكومي في النمو الاقتصادي والاجتماعي الذي بدا عقب الثورة الصناعية وما افرزه التقدم العلمي الحديث من احتياجات قانونية جديدة لم يتمكن المشرع الحكومي من تلبيتها وقد ظهرت بوادرها في من خلال العقود النموذجية والاتفاقيات الجماعية والأعراف التجارية"

إن حاجيات التجارة الدولية تفرض التعامل المرن مع مختلف الظواهر المستجدة والتي يخلقها مجتمع التجارة الدولية الذي يقوم علي أساس الإرادة الحرة للإطراف ، ولعل ذيوع مصطلح العقود الطليقة ( مع تحفظنا تجاه إطلاق تعبير الطليق لان هذه الصيغة مبالغ فيها ) التي يكون الحسم فيها- عند النزاع - لإرادة الأطراف في اغلب الأحيان.<sup>(2)</sup>

---

1- شريف محمد غنام ، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، 2002 ، ص 269

2- بلال عبد المطلب بدوي ، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل العقدية في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2001 ، ص 97.

ومحاولة التوفيق بالمزج بين المعيار القانوني والاقتصادي ، وان كانت مهمة؛ ويذكر لها إسهامها في معالجة العديد من جوانب الموضوع ، فان تعميق البحث في الموضوع يعد أمرا مشوقا وخصبا لأن الحسم فيه - لأي من الاتجاهات السابقة- لا يبدوا مطلقا وإنما نسبي ويقتضي معالجة كل حالة علي حدة ، ، ذلك أن تعدد وتجدد أدوات وأنماط العقود أصبح معه من غير الملائم تصنيفها ضمن العقود التقليدية المعهودة لأننا نجد علي المستوى العملي أن الاتفاقيات الدولية وتوصيات معهد روما لتوحيد القانون الخاص وعمل اللجان الدولية المتخصصة وكذلك الاجتهادات القضائية كلها أجلت دور العادات والأعراف التجارية علي حساب التشريع وهو ما يجعل القضاء مجبرا على مسايرة هذا النهج الذي تم تكريسه حتى في التشريعات الداخلية ، إذ نجد مثلا في المادة 2 من مدونة التجارة المغربية النص علي انه " يفصل في المسائل التجارية بمقتضى عادات وأعراف التجارة وبمقتضى القانون المدني، ما لم تتعرض قواعده مع مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري" ولتقريب مفهوم العقد الدولي من خلال كل ما سبق فانه يمكن القول بان العقد الدولي هو مزيج من العناصر القانونية والمؤشرات الاقتصادية والأدوات الفنية المرتبطة بميدان التجارة الدولية الذي هو ميدان متحرك مما يجعل كل مفاهيمه نسبية ودائمة التشكل "

ولكي تكون الدراسة ذات جدوى فإننا سنعضد الجانب النظري لدولية العقد بالآثار الناتجة عن إضفاء هذه الصفة والمتمثل في القانون الواجب التطبيق علي العقد الدولي ، مع الإشارة إلي أن كل عقد بدا يستقل بأحكامه الخاصة في مجال القانون الدولي الخاص باعتباره المنهج الأصلي لقانون التجارة الدولية (1).

---

1- انظر التعليق على هذه المادة ، مبادئ العقود التجارة الدولية ، مكتب الشلفاني للاستشارات القانونية ، ط1 ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، 2000، ص230 .

## المطلب الثاني

### القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي

#### الفرع الاول : معنى قانون الإرادة

لقد اختلف الفقه<sup>(1)</sup> ، حول مكانة القضاء بين مصادر القاعدة القانونية ، فبات التساؤل يدور بينهم ، هل يعتبر القضاء مصدراً رسمياً لقواعد القانون ، ام انه مصدراً احتياطياً. وتبعاً لذلك تنازعت هذه المسألة مدرستين ، اولهما المدرسة الانكلوسكسونيه ، حيث تعتبره من المصادر الرسمية المباشرة ( وفقاً لنظام السوابق القضائية ) والتي تعطي لهذه الاخيرة قوة القانون ، وثانيهما المدرسة اللاتينية ، حيث تعد القضاء من المصادر غير الرسمية او غير المباشرة ( تفسيري ) ، وهو ما سارت عليه اغلب التشريعات العربية<sup>(2)</sup>. من هنا نريد ان نلاحظ مدى امكانية سحب وتعميم هذا الاستخلاص على قواعد القانون الدولي الخاص ، وبكلمة اخرى هل ان القضاء في ظل هذا القانون يشغل نفس المكانة في باقي فروع القانون ، ام الأجابة تختلف من قانون لأخر وفقاً لطبيعة كل قانون. ولاتبدو الأجابة يسيرة على هذا التساؤل ، وانما يستلزم الامر منا البحث عن طبيعة وتركيبه هذا القانون المعقد<sup>(3)</sup>.

فالعلاقات القانونية موضوع هذا القانون ، تتسم بالتنوع في عناصرها ، فبالضرورة ان احد اطرافها ينتمي الى نظام قانوني اجنبي ، بمعنى اوسع ينتمي الى منظومة ثقافية قانونية تختلف بصورة كلية أو جزئية عن المنظومة الثقافية للمشرع الوطني ، أقول ان هذا التنوع تطلب من القاضي هنا ان يتدخل بما له من سلطة لتحقيق حالة التعايش القانوني

---

(1) انظر في ذلك ، د. غالب الداودي ، المدخل الى علم القانون وبخاصة الاردني ، مطبعة البهجة ، عمان -1993 ، ص144 وما بعدها.

(2) تنص المادة (1) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 على انه (( 1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها. 2- فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة . 3- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية ). وانظر ايضاً نص المادة (3) مدني مصري . وكذلك انظر نص المادة (1) من القانون المدني الجزائري رقم 75-58 لسنة 1975.

(3) انظر في ذلك ، محمود محمود المغربي ، اشكالية تقنين قواعد القانون الدولي الخاص ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، 2007.

بين نظامه القانوني الوطني وذلك النظام الاجنبي ، وهو ان حقق ذلك انما يكون قد عمل على تحقيق احد اهم اهداف القانون الدولي الخاص ، الا وهو التناسق والتعايش بين القوانين وبما يخدم العلاقة واطرافها ويضمن العدالة المادية ، هذا التنوع وتلك الحيوية الناتجة عنه ، خلقت نوعاً من الفعالية والحيوية في العمل القضائي ، وصولاً الى الابتكار والابداع ( الاجتهاد)<sup>(1)</sup>.

فمنذ ولادة هذا القانون ، كان للقضاء دور حيوي واكثر نمواً ولم ينحصر دوره فقط في التطبيق والتفسير ، وانما حاول منذ البدء ان يمد نشاطه الى اكثر من هذا الحيز القانوني وأخذ يوسع من مفهوم التطبيق ، بمعنى انه يمد نطاق عمله الى خلق وابتكار نظريات قانونية في مجال القانون الدولي الخاص من مثل نظرية ( الجهل المغتفر ) وكذلك ( الاعتماد بالجنسية الفعلية ) وكذلك ( قانون الارادة- الاحالة )<sup>(2)</sup>.

ومما ساعد على نمو هذا الدور ، هو عدم وجود تقنين متكامل تجتمع فيه النصوص ، فأغلب قواعد هذا القانون هي عبارة عن مبادئ ارساها وطورها القضاء ، ومن ثم تلقفها المشرع ليعيد صياغتها ويعطيها اطاراً تشريعياً<sup>(3)</sup>. ولعل الخشية في اعتقادنا من عدم ولوج المشرع هذا المجال ، ناجم من الاعتقاد من عدم الالمام واحتواء كل العلاقات ذات العنصر الاجنبي في نصوص قانونية ، بسبب طبيعة الموضوعات التي يتناولها هذا القانون ، فضلاً عن التسارع في نمو وتطور علاقات هذا القانون ، بسبب تطور الوسائل ، مما تولد لدى المشرع هاجس ، بأنه غير قادر على مواكبة هذا التطور مفضلاً ترك هذا المجال مفتوحاً لصالح القضاء ، على انه يكتفي بإيراد بعض الموجهات العامة .

ويذهب البعض الى ان هذا الدور جاء نتيجة مشكلة اسماها البعض بـ ( النقص في التشريع ) فكما هو معروف ان وظيفة القاضي الاساسية هي الحكم بالعدل بين شخصين متنازعين طبقاً للقانون ، فالقاضي الفرد وكذلك القضاء في مجموعة يقوم اساساً بتطبيق القانون لا بخلق القانون ولم يكن من المتصور اثاره مسألة خلق القضاء للقانون لو ان

---

(1) محمد احمد رمضان ، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد -1985.

(2) د. حسام الدين ناصيف ، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية ، دار النهضة ، ط1 -1994-ص33.

(3) د. شمس الدين الوكيل ، الموجز في المدخل لدراسة القانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ط1 ، ص171 وما بعدها .

التشريع كان كاملاً لايشوبه أي نقص، فلو افترضنا كمال التشريع ، بمعنى ان التشريع يحتوي على حل لكل نزاع يعرض امام القضاء ، لما كان هناك مبرر لخلق قواعد قانونية جديدة بواسطة القضاء ، بل لاقتصر القضاء على مباشرة وظيفته الاصلية وهي تطبيق القواعد على المنازعات الخاصة التي تعرض امامه ، وهي تكفي بكمالها لمواجهة المنازعات المتصورة وغير المتناهية .<sup>(1)</sup>

---

(1) د. سمير السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ص483.

## الفرع الثاني مضمون فكرة الإرادة

### أولاً : دور ارادة الاطراف

لا تتمكن ارادة الاطراف من التحرك لاختيار قانون العقد في جميع الاحوال انما حركتها تقيد بشروط يقتضي توافرها في العلاقة وهي :<sup>(1)</sup>

1- ان تتصف العلاقة بالصفة الدولية و تكون العلاقة ذات بعد دولي عندما تتخللها الصفة الاجنبية من خلال احد عناصرها الثلاثة (الاشخاص ، الموضوع ، السبب) اوان تكون العلاقة لها قابلية تحريك اموال عبر الحدود مثل (علاقات الاستثمار) على الوصف الذي تناولناه في شروط التنزع وبذلك تخرج العلاقات الوطنية من مجال قاعدة الاسناد الخاصة بالالتزامات العقدية فاذا اخل عراقي بتنفيذ التزام عقدي اتجاه مواطن فرنسي فيجوز هنا ان يتفق الطرفين مقدما على قانون دولة ما لحكم النزاع المثار بشأن هذا الاخلال او حكم شروط العقد . اما اذا كان الطرفان عراقيين فليس امامهما فرصة الاتفاق على غير القانون العراقي لان العقد يكون وطنيا.<sup>(2)</sup>

---

(1) د.جابر جاد عبدالرحمن : القانون الدولي الخاص ، ج2، ط2، مطبعة التفيض ، بغداد ، 1947-1948 ، ص98.

(2) د.حسن الهداوي : القانون الدولي الخاص ( تنزع القوانين ) ، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان ، 2001 ، ص 17.

2- ان تكون العلاقات متصفة بالصفة المالية أي متعلقة بحقوق شخصية مثال ذلك جميع (1) العقود التي ترتب حقوق شخصية كالوكالة والنيابية و الوديعة و القرض و البيع بالنسبة للاثار الشخصية التي يرتبها وبذلك تخرج من نطاق القاعدة العلاقات المتعلقة بالاموال العقارية والمنقولة والتي يترتب عليها حقوق عينية وكذلك العلاقات المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية ومنها الزواج الوصية و التبني و الاهلية وكذلك عقود العمل ذلك لان المشرع في كل دولة ينظم العقود الاخيرة بقواعد امرة حماية لمصلحة الطرف الضعيف وهو العامل من حيث تحديد الحد الادنى من الاجور و الحد الاقصى من ساعات العمل وظروف العمل و سن العامل وجنسة ،حيث تخضع هذه العقود لقانون بلد تنفيذ العقد وبذلك فجميع هذه العلاقات تخرج عن قاعدة الاسناد الخاصة بالالتزامات العقدية. (2)

3- ان تكون المسائل المتعلقة بالعلاقة المتصفة بالصفة الدولية المالية من قبيل القواعد المفسرة لا الامرة ذلك لان لقواعد الامرة في العلاقة لا يجوز الاتفاق على خلافها ومنح الاختصاص في العلاقة لقانون اخر غير قانونها الطبيعي . فعقد بيع العقار لا يجوز الاتفاق فيه على قانون اخر غير قانون موقع العقار في ما يتعلق بالاثار الناقل للملكية او المنشيء للحق العيني في العقار لان تلك الاثار من قبيل القواعد الامرة ولكن يجوز الاتفاق على قانون غير قانون موقع العقار فيما يتعلق بالقواعد المفسرة و التي تتمثل بالجزاء المترتب على عدم تنفيذ البائع لالتزامه بالتسجيل او المشتري بدفع الثمن والية

---

(1) د.حسن الهداوي ، د.غالب الداودي : القانون الدولي الخاص ، ج2، ط1، دار الكتب للطباعة

والنشر ، جامعة الموصل ، 1988، ص47.

(2) المصدر نفسه، ص48

تنفيذ الالتزام او مواعيد التنفيذ فهي مسائل تدخل ضمن مفهوم الحقوق الشخصية لا العينية وتتضمن معنى القيام بعمل او الامتناع عن عمل او تسليم شيء وهذا ينسحب على باقي العقود والعلاقات. (1)

حتى يتكامل دور الارادة في اختيار قانون العقد لا يكفي ان تكون العلاقة العقدية دولية مالية متعلقة بقواعد مفسرة انما يضاف الى ذلك ان تتوافر جملة من شروط في القانون المختار الذي يحكم العلاقة تتمثل في

1- ان يكون قانون الارادة ذات صلة بالعقد من خلال جنسية احد طرفيه او موطنهم او محل ابرام العقد او تنفيذه او موقع المال وقد لا يتصل العقد بالقانون من خلال الصلة اعلاه انما يتحقق اتصاله بالقانون بوصفه معني بتنظيم الشروط العقود النموذجية.

مثال ذلك عقد توريد ابرم في الاردن بين شركة عراقية ومورد فرنسي على ان يورد الاخير للشركة كمية من الحبوب من استراليا فهنا يمكن للطرفين الاتفاق على احد القوانين بوصفه قانون الارادة وهو اما القانون الفرنسي بوصفه قانون المورد او القانون العراقي بوصفه قانون المستورد او القانون الاسترالي بوصفه قانون موقع المال او القانون الاردني بوصفه قانون محل ابرام العقد كما يمكن الاتفاق على القانون البريطاني رغم انه ليس بقانون جنسية احد الطرفين او موطنهم او محل ابرام العقد او تنفيذ او قانون موقع المال الا انه القانون الاكثر شهرة بتنظيم الشروط النموذجية لعقود توريد الحبوب. (2)

---

(1) د.سامي بديع منصور ، د.عكاشة محمد عبدالعال : القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية ، بيروت ، بدون سنة طبع، ص121.

(2) د.سعيد يوسف البستاني : القانون الدولي الخاص ، منشورات الحلبي الحقوقية، ص89

2- ان يكون قانون الارادة غير مخالف للنظام العام لدولة قاضي النزاع فاذا كان كذلك فيستبعد وان كان مختار من قبل الاطراف ويكون تقييم مخالفة قانون الارادة للنظام العام وقت تطبيقه لا وقت الاتفاق عليه فاذا كان القانون المتفق عليه (قانون الارادة) لحظة الاتفاق مخالف للنظام العام لدولة قاضي النزاع، الا انه اصبح موافق له عند تطبيقه فيعمل به لانه الوقت المطلوب لتحقيق شرط مطابقة قانون الارادة للنظام العام في دولة قاضي النزاع. (1)

#### ثانيا : اختيار قانون الارادة

ان اعمال القاعدة يكون عندما يعرض على قاضي النزاع دعوى متعلقة بعقد دولي مالي فعلى القاضي هنا ان يقوم باسناد العقد الى قانون الارادة الصريحة اذا وجد اتفاق يقضي بتسوية أي منازعة بشأن العقد بموجب قانون دولة ما اما اذا لم يوجد اتفاق صريح فعلى القاضي ان يتحرى عن اتجاه الارادة الضمنية الى قانون دولة ما وهو يتحقق من ذلك من خلال جملة ظروف او وقائع محيطة بالعقد تكشف عن الرغبة الضمنية للاطراف باخضاع العقد لقانون الدولة التي ترتبط به هذه الوقائع او الظروف ومنها اللغة التي حرر بها العقد او محكمة الدولة التي اتفق على الخضوع لولايتها او ابرام العقد فيها او قصد تنفيذه فيها فهذه الظروف و الوقائع عبارة عن قرائن تؤشر على ان هناك ارادة ضمنية اتجهت لتطبيق قانون الدولة التي تعلق بها .اما اذا لم توجد ارادة صريحة او تكشف الظروف او الوقائع عن الارادة الضمنية. (2)

---

(1) د.صلاح الدين جمال الدين : تنازع القوانين ، ط1، طبع في طنطا- مصر ، 2006، ص176

(2) د.عكاشة محمد عبدالعال : تنازع القوانين ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2004، ص69

فقد اتجه جانب من الفقه الفرنسي وكذلك القضاء الفرنسي و البريطاني الى ضرورة البحث عن الارادة المفترضة والتي يستخلصها القاضي من خلال ما يصطلح عليه بعنصر الاداء المميز الذي يكشف عن قانون الدولة الاكثر صلة بالعقد مثال ذلك يعتبر قانون دولة الاستثمار هو الاكثر صلة بالعقد ومن ثم فهو قانون العقد ويعبر عن عنصر الاداء المميز في ظل عدم اتفاق اطراف العقد على قانون دولة معينة صراحة او ضمنا الا ان جانب من الفقه ينتقد ما يصطلح عليه بالارادة المفترضة لانها من صنع الوهم و الخيال وحسب وجهة نظرهم فالارادة اما ان تكون صريحة او ضمنية وليس اكثر من ذلك وكما نكرنا لابد ان يكون القانون المتفق عليه صراحة او ضمنا على صلة جدية موضوعية بالعقد من خلال كونه قانون جنسية احد الطرفين او موطنه او محل ابرام العقد او محل تنفيذه او موقع المال. (1)

يطبق قانون الارادة بموجب قواعد اسناد دولة قاضي النزاع على شروط تكوين العقد واثاره على الراي الراجح في الفقه وهناك من يرى ان نطاق تطبيقه يمتد الى اثار العقد دون شروط تكوينه و نعتقد ان فكرة الالتزامات العقدية تتكون من شروط العقد واثاره كما يدخل ضمن هذا النطاق الارادة من حيث كونها الارادة الظاهرة ام الباطنة وكذلك مدى اعتبار السكوت قبولا وحالات التعبير عن الارادة وكذلك وجود المحل وصحته ووجود السبب، كما يشمل نطاق قانون الارادة اوصاف الالتزام الشرط و الاجل وتعدد الملتمزمين وحالات الضمان كما يطبق على اسباب انتهاء الالتزام بالابراء او الوفاء والمقاصة وخاصة الاتفاقية منها. (2)

---

(1) د.ممدوح عبدالكريم حافظ : القانون الدولي الخاص وفقاً للقانونين العراقي والمقارن ، ط2، مطبعة دار

الحكومة ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1977، ص56

(2) د.هشام خالد : القانون القضائي الخاص الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2001، ص219

ويخرج عن اختصاص قانون الارادة الرضا وعيوبه لانه يلحق بمسائل الاهلية ومن ثم تخضع لقانون الجنسية وكذلك شكل التصرف يخضع لقانون محل الابرار في الغالب. (1)

ومشروعية السبب و المحل تخضع لتقدير قاضي النزاع لانها متعلقة بالنظام العام وتعد من قواعد الامن المدني والقواعد ذات التطبيق الفوري والمباشر، يتجه القانون المقارن على مستوى القوانين الاجنبية و العربية الى احترام ارادة اطراف العلاقة العقدية استنادا لمبدأ سلطان الارادة ومن ثم اعتماد القانون الذي تتفق عليه ارادة الاطراف صراحة او ضمنا كما اعتمد القضاء الفرنسي و البريطاني قانون الارادة المفترضة للاطراف وهو القانون الذي يعبر عن الصلة الاوثق بالعقد وقد اتجهت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري الى ان الالتزامات العقدية التي تخضع لقانون الارادة تشمل شروط تكوين العقد واثاره وهذا ما اكده الفقه الغالب، وقد اشارت المادة (1/19) مدني مصري الى اعتماد قانون الارادة مع اعتماد قانون الموطن المشترك للمتعاقدين ، و اذا اختلف موطنها فيصار الى اعتماد قانون محل ابرام العقد على سبيل الاحتياط وهذا يعني ان هناك تدرج في تطبيق قاعدة الاسناد الخاصة بالعقود الى هذا المعنى ذهب المشرع العراقي في المادة (1/25) من القانون المدني التي نصت على (يسري على الالتزامات العقدية قانون الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطننا واذا اختلفا يسري قانون محل ابرام العقد كل ذلك ما لم يتفق المتعاقدان او تبين الظروف ان قانون اخر يراد تطبيقه) (2)

---

(1) د. هشام علي صادق : دروس في القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1983، ص 145.

(2) المصدر نفسه، ص 146

وهذا يعني ان على القاضي العراقي عندما يطبق قاعدة الاسناد الخاصة بقانون الارادة ان يبدأ بتطبيق قاعدة الاسناد الخاصة بقانون الارادة أي ان يبدأ بتطبيق قانون الارادة الصريحة او الضمنية اذا وجد أي منهما وفي حالة غيابهما فيصار الى اعتماد قانون موطنهم المشترك وفي ظل اختلاف الموطن يصار الى الخيار الاخير وهو قانون محل الابرار<sup>(1)</sup> وهذا يعني ان امام قاضي النزاع العراقي ثلاثة خيارات الاول يتمثل بقانون الارادة الصريحة او الضمنية و الثاني قانون الموطن المشترك للمتعاقدين و الثالث قان محل ابرام العقد ويستعمل القاضي الخيار الثاني في ظل عدم تحقق الخيار الاول ولا يستعمل الخيار الثالث الا اذا لم يتحقق الخيار الثاني أي انه يطبق الخيارات على سبيل التدرج لا التخيير.

ويمتد كما لاحظنا حكم قانون الارادة الى جميع المسائل المتعلقة بالحقوق الشخصية من حيث نشوءها وانتقالها وانتهائها ولا يمتد لحكم الاهلية والشكلية حيث يكون الاختصاص فيها محجوز لقانون الجنسية (الاهلية) وقانون محل الابرار(الشكلية).

---

1 . انظر قرار محكمة تمييز العراق رقم 1045 ح / 1958 منشور في مجلة القضاء / تصدرها نقابة المحامين في العراق / بغداد 1958 . ص 413 ، 414 .

## المطلب الثالث

### معايير دولية العقد

في إطار تنازع القوانين في مجال العقود يجب أن نتصدى لمسألة تعد المدخل الطبيعي لهذه الدراسة وهي تحديد معيار العقد ذي الطابع الدولي وتكييفه بالشكل الذي يمنحه من ترتيب نتائج على درجة كبيرة من الأهمية وفي مقدمة هذه النتائج تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد , كما أن عقود التجارة الدولية لا تختلف عن العقود الداخلية التي تبرم ضمن الأطر القانونية المحلية إلا بما يتعلق بدولية تلك العقود والذي يمكن معرفته من خلال اعتماد المعيار الصحيح الذي يؤدي إلى منح الصفة الدولية عليها إذ إن معيار الدولية يعتبر حجر الزاوية في تحديد طبيعة ذلك العقد. (1).

### الفرع الأول

#### المعيار القانوني

حاول بعض الفقهاء إيجاد معيار تحدد على أساسه الصفة الدولية للرابطة العقدية مع عدم الخروج عن النصوص التشريعية المتعلقة بموضوع القانون الدولي الخاص , من خلال الاعتماد على ضوابط الإسناد المستخدمة في تحديد القانون الواجب التطبيق مثل ضابط الجنسية والموطن بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية , وضابط الإرادة بالنسبة لعقود التجارة الدولية , إلا أن هذا الضابط الأخير يتميز بكونه ضابطاً غير موضوعي أي انه يحتاج إلى نشاط ايجابي من الأطراف يتمثل في اختيارهم الصريح أو الضمني لنظام قانوني معين للكشف عن القانون الذي يحكم عقدهم (2).

وبناءً على ذلك فإن المعيار القانوني يقوم على فكرة أساسية مفادها أن العقد يعد عقداً دولياً متى ما اتصل عنصر أو أكثر من عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد , سواء تعلق هذا العنصر بأطرافه أو بهدفه أو بمحل إبرامه أو بمكان تنفيذه أو بموضوعه , وعلى ذلك فإن العقد المبرم بين وطني وأجنبي يعد دولياً لتطرق الصفة الأجنبية لعنصر الأطراف , و قد يتركز هذا العنصر في سبب التعاقد أو في المكان الذي

(1)د. عز الدين عبد الله , القانون الدولي الخاص , ط3, الجزء 6, دار النهضة العربية , القاهرة, ص211.

(2) انظر : د. هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية, ص23

يتوجه إليه المال، فالعقد المبرم في الخارج بين وطنيين يعتبر دولياً نظراً لتطرق العنصر الأجنبي لمحل إبرامه (1).

والملاحظ أن وجود هذا العنصر الأجنبي يؤدي إلى منح أطرافه حرية اختيار النظام القانوني الحاكم للعقد، أي تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، ومن ثم فإن أساس المعيار القانوني هو العنصر الأجنبي المتواجد في العقد ليصبح بمقتضاه دولياً (2)، ويقع على القاضي مسألة التحقق من مدى توافر هذا العنصر وذلك من خلال تحليل العقد للوقوف على طبيعة عناصره القانونية لمعرفة ما إذا كانت وطنية خالصة أو تضمنت عنصراً أجنبياً، وقد اعتمد بعض الفقه المعيار القانوني في تعريفه للعقد الدولي، ففي الفقه المصري نجد إن البعض منهم قد اعتمد عليه في تحديده للصفة الدولية للطابع الدولي، ويتضح ذلك من خلال تعريفهم للعقد الدولي بأنه "العقد الذي يتضمن عنصراً أجنبياً سواء تعلق هذا العنصر بمحل إبرامه أو تنفيذه أو موضوعه أو أطرافه" (3).

## الفرع الثاني

### المعيار الاقتصادي والمزدوج

نتيجة للنقد الموجه للمعيار القانوني في تحديد الطابع الدولي للعقد، فقد ظهر اتجاه آخر تبنى المعيار الاقتصادي، وبموجبه يتم تحديد الصفة الدولية للرابطة العقدية على أساس مدى تعلقها بمصالح التجارة الدولية، وقد جاء المعيار القانوني لتبرير القواعد القانونية التي قام القضاء الفرنسي بخلقها بناءً على مقتضيات التجارة الدولية، والتي من قبيلها إقراره لصحة شرط التحكيم المدرج في العقود ذات الطابع الدولي على الرغم من بطلانه في حالة ما إذا ورد في عقد داخلي (4).

---

(1) مهند عزمي أبو العلا مغلي، منصور عبد السلام الطرايرة، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكتروني ذات الطابع الدولي، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، الأردن، المجلد 4، العدد 2، 2014، ص 41.

(2) انظر: د. أبو العلا النمر، القانون الخاص الدولي، دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما "اليونيدرا" المتعلقة بعقود التجارة الدولية 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 163.

(3) انظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ص 20.

(4) د. فؤاد محمد محمد العديني، تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، 2012، ص 23.

ووفقاً لهذا المعيار فإن تحديد الصفة الدولية للعقد يكون من خلال تحليل الرابطة العقدية والنظر إلى موضوعها ومدى تعلقها بمصالح التجارة الدولية , عن طريق تركيز عمليات تبادل الأموال عبر الحدود أو مدى تجاوزها النطاق الإقليمي الداخلي للدولة , فالعقد يعد دولياً متى ما نتج عنه انتقال رؤوس الأموال من بلد إلى آخر وبصرف النظر عن جنسية المتعاقدين أو غيرها من عناصر الصفة الأجنبية , لذلك فإن العقد إن لم يؤدّ حركة تبادل لا يعد دولياً حتى لو تطرقت إليه الصفة الأجنبية<sup>(1)</sup>.

والملاحظ أن كلمة التجارة الدولية عند أنصار هذا المعيار تأخذ بالمفهوم الواسع , أي أنها لا تتقيد بشأنها بالتصنيف الداخلي للأعمال التجارية أو المدنية بل تشمل مثلاً استيراد بضائع من الخارج أو تصدير منتجات وطنية إلى دولة أجنبية , وتشمل أيضاً عمليات الإنتاج الصناعي وتبادل الثروات وعقود نقل التكنولوجيا والامتياز... الخ<sup>(2)</sup>. ويتعين ملاحظة أن المعيار الاقتصادي للعقد الدولي , قد ظهر في أواخر العشرينات من القرن الماضي (القرن العشرين ) في فرنسا وقد مر بمراحل ثلاث وهي كالاتي<sup>(3)</sup>.

المرحلة الأولى : وفيها يعد العقد دولياً إذا كان قد تضمن حركة مد وجزر للبضائع ورؤوس الأموال عبر الحدود بين دولتين أو أكثر.

المرحلة الثانية : ويعتبر فيها العقد دولياً إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية , وقد ظهرت هذه المرحلة بمناسبة قبول شرط التحكيم في العقود الدولية , فالنزاع إذا كان يمس مصالح التجارة الدولية فبالإمكان إخضاعه لقضاء التحكيم.

أما المرحلة الثالثة : وفيها يكون العقد دولياً إذا تعدى بآثاره الاقتصاد الوطني , لذا يجب النظر إلى جميع عناصر العقد القانونية لتقدير مدى خروجه عن نطاق الاقتصاد الوطني .

---

(1) انظر: د. هشام خالد, المدخل للقانون الدولي الخاص العربي , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ط1, 2003, ص104 .

(4) انظر : حسنين ضياء نوري الموسوي , الإرادة ودورها في تحديد الاختصاص القضائي الدولي العراقي , بحث منشور في مجلة أبحاث ميسان , العراق, المجلد الثامن , العدد 16 , 2016 , ص396.

(3) انظر : د. احمد عبد الكريم سلامة , الأصول في التنازع الدولي للقوانين , دار النهضة العربية , القاهرة , 2008, ص189 .

وتجدر الإشارة إلى أن المادة (3) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 التي جاء فيها: "يعتبر التحكيم دولياً إذا كان موضوعه نزاع متعلق بالتجارة الدولية "

وقد ذهب البعض إلى تأييد هذا المعيار على أساس أن فكرة الأخذ بمقتضيات التجارة الدولية في الاعتبار تعتبر فكرة مرنة تتسع لتشمل العديد من صور العقود الدولية، وأن هذا المعيار يستجيب لمتطلبات اقتصادية قائمة على أساس توازن الاداءات المتبادلة بين أطرافه ، فالعقد الذي يلبي مصالح التجارة الدولية يعتبر عقداً دولياً حتى لو لم يتضمن عنصراً أجنبياً ، لأن عملية انتقال البضائع ورؤوس الأموال عبر الحدود دليل على توافر العنصر الأجنبي في العقد ، وعلى ذلك فإن إعمال المعيار الاقتصادي سيؤدي إلى تطبيق المعيار القانوني، لأن العقد الذي يترتب عليه انتقال الأموال من دولة إلى أخرى وارتباطه بمصالح التجارة الدولية ، متصل بأكثر من نظام قانوني واحد وهذا ما يفيد توافر المعيار القانوني في الوقت ذاته (1).

على الرغم من إن هذا المعيار قد لقي قبولاً واسعاً ولاسيما من القضاء الفرنسي ؛ للمزايا التي يتمتع بها من حيث كونه يأخذ في الاعتبار المعطيات الاقتصادية والتجارية للمعاملات الدولية ، علاوة على تحليله للوقائع القانونية وعدم اكتفائه بالجوانب الشكلية والقانونية في التصرفات القانونية (2)، ولكن بقي هذا المعيار ناقصاً وغير كاف فقد أخذ عليه الغموض وعدم التحديد ، ولم يسلم من الانتقادات وذلك بسبب قيامه على فكرة اقتصادية لا قانونية حيث انه يعتمد على موضوع العقد دون ظروفه ، فضلاً على أنه لم يضيف جديداً بل هو مجرد تطبيق للمعيار القانوني ، فإن تبادل السلع والخدمات بين أكثر من دولة يسبغ صفة الدولية على العقد لوجود عنصر أجنبي فيه والمتمثل في آثار العقد أو تنفيذه والتي تمتد خارج حدود الدولة التي نشأ فيها العقد، كما إن اشتراط تعلق العلاقة التعاقدية بمصالح التجارة الدولية من شأنه أن يؤدي إلى إخراج الكثير من العقود ذات الطابع الدولي من نطاق تنازع القوانين على الرغم من توافر العنصر الأجنبي لكونها لا تتصل بمصالح التجارة الدولية ، وفي هذا المجال يقول الأستاذ باتيفول إن " المعيار

(1) انظر : د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ص 84.

(2) انظر : محمد بلاق ، قواعد النازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر ، بلقادر ، تلمسان ، الجزائر ، 2011، ص 17.

الاقتصادي لا يتلاءم مع التوسع الذي طرأ في مجال العقود وانه لن يصلح لمواجهتها وتحديد نطاق تطبيقها, كما إن نظرية تنازع القوانين ستظل لها مستقبلا الصدارة في حل مشكلات القانون الدولي الخاص كما كانت من قبل " (1).

وما تقدم يتضح أن النظرة الاقتصادية للعقد تضيق من مفهوم الدولية , إذ تقصرها على بعض من عقود المعاملات المالية أو تلك التي تمس مصالح التجارة الدولية , وهي لا تكون كذلك إلا إذا تضمن انتقال للأموال والسلع والخدمات من دولة لأخرى , ولعل هذا هو ما حدا بجانب كبير من القضاء الفرنسي إلى تأييد الفقه في الجمع بين المعيارين الاقتصادي والقانوني عند تقدير دولية الرابطة العقدية.

**اما المعيار المزدوج:** نظراً لاختلاف وجهات النظر حول تحديد المقصود بالعقد الدولي , رأى بعض الفقهاء ضرورة الأخذ بالمعيارين القانوني والاقتصادي معاً .

ويرى الفقه المناصر لهذا المعيار ضرورة تحقق المعيارين في العقد كي يمكن عده عقدا دوليا , فلا يمكن تحقق احدهما دون تحقق الآخر , فوجود العنصر الأجنبي في العقد يجب أن يزامن تداول للأموال عبر الحدود , ويذهب جانب من الفقه إلى أن الجمع بين المعيارين قد جاء بفعل التشابك والتداخل بين العلاقات القانونية والعلاقات الاقتصادية(2).

ويرى أنصار هذا المعيار في تبريرهم لضرورة وجود المعيار المزدوج بأن المعيار القانوني وإن كان قادراً على إثارة مشكلة تنازع القوانين لكنه غير كافٍ لإضفاء الصفة الدولية على العقد , فهناك عناصر قد تكون موجودة في العقد إلا إنها لا تكفي لمنحه الطابع الدولي, فاختلاف جنسية المتعاقدين لا تكفي للاعتراف بهذه الصفة وإخضاع العقد لقانون أجنبي, وأن المعيار الاقتصادي غير كافٍ لوحده لمنح الوصف الدولي للعقد, ويلاحظ أن بعض أحكام القضاء تميل إلى الجمع بين المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني ذلك لصعوبة الفصل بينهما , ولكون اجتماعهما معا هو الذي يجسد العنصر الأجنبي للعقد بما يضيف عليه طابعاً دولياً, ومن الحكم المتقدم يتضح أن المحكمة قد استندت على كل من المعيار القانوني المستمد من اختلاف جنسية المتعاقدين بالإضافة إلى المعيار الاقتصادي القائم على تعلق تلك الرابطة بمصالح التجارة الدولية في تقريرها

---

(1) انظر : د. منير عبد المجيد , الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي , منشأ المعارف , الإسكندرية , 2000, ص 28 .

(2) انظر: د. هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية, ص 81.

لدولية العقد، ومن الجدير بالذكر أن توافر المعيار الاقتصادي لا يعني بالضرورة توافر المعيار القانوني كما في الحالة التي أشار إليها حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 8 يوليو 1931 وتتجسد فيما إذا كان طرفا العقد يتوطنان دولة واحدة وينتميان بجنسيتهما لهذه الدولة ، فإن اشتراط تسليم البضاعة في الخارج وتأدية الثمن بعملة أجنبية يثير عدم توافر المعيار القانوني للعقد بخلاف المعيار الاقتصادي الذي يبدو واضحاً في هذين الشرطين، ويرى اتجاه فقهي إن ألفرض موضوع الطرح لا يخلو من العناصر الأجنبية التي يعتمدها المعيار القانوني لإسباغ صفة الدولية على العلاقة العقدية ، إذ يتركز وجود هذه العناصر الأجنبية في سبب التعاقد والغاية منه ، وكذلك فإن شرط تسليم البضاعة في دولة أخرى هي في الواقع عناصر أجنبية عن العقد ، وكذلك العملية التي سيتم بها سداد الثمن ، وهذا وحده كافٍ لينهض بالمعيار القانوني لدولية العقد (1).

## الخاتمة

---

(1) انظر : د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ص 86.

## أولاً : الاستنتاجات.

1. يمكن تعريف مجلس العقد بأنه "الفترة الزمنية الفاصلة ما بين الإيجاب والقبول والتي تتحدد خلالها المدة التي يبقى فيها الإيجاب صالحاً لاقتترانه بالقبول" ذلك أن هذا التعريف هو ما يتفق مع الغاية الرئيسة للمجلس، وهي ضمان توافق الإيجاب والقبول على نحو لا يثير الشك والاضطراب، وهو ما تجب مراعاته سواء أكان التعاقد بين حاضرين أم بين غائبين.
2. إن فكرة العقد الدولي في القوانين أو الأعراف التاريخية التي سُلطت عليها النظرة التاريخية في هذا البحث تختلف عن الفكرة التي جاء بها الفقه الإسلامي، فمجلس العقد لديهم قائم على الشكلية، إلا أن هذه الشكلية قد تراوحت ما بين شكلية بحتة تتمثل في وجوب حضور المتعاقدين في زمان ومكان واحد فضلاً عن التقيد في المجلس بألفاظ أو بحركات أو تقاليد معينة عند التعاقد وما بين شكلية يسودها نوعٌ من المرونة، والتي يكون التعاقد من خلالها عن طريق وجوب اجتماع المتعاقدين في مكان وزمان واحد مع إعطاء المتعاقدين الحرية المطلقة في التعبير عن إرادتهما في المجلس.
3. على الرغم من أن السمة المشتركة لفترتي المفاوضات ومجلس العقد هو أن الفترتين تمثلان مرحلة ما قبل التعاقد، التي تمتد إلى لحظة إبرام العقد. فإنه قد تبين لنا من خلال البحث استقلال الفترتين عن بعضهما البعض.
4. لقيام العقد، وتحقيق الغاية التي تنتج عنه، لابد من توافر شروط قيامه، وهي صدور الإيجاب من الموجب، وعلم الموجه إليه الإيجاب به، والارتباط بين الموجب أو من يمثله والموجه إليه الإيجاب، مع الإشارة إلى أن الشرط الأخير وهو شرط الارتباط يقتصر بموجب الفقه القانوني على حالة التعاقد بين حاضرين فقط.

## ثانياً: التوصيات

- من الضروري أن يعالج المشرع العراقي مسألة مدة الالتزام بالإيجاب في مجلس العقد الحقيقي ، وذلك بوضع موازنة عادلة ما بين حرية الموجب في الرجوع ، وإلزامه بالإيجاب ، بأن يجعل الأصل هو الالتزام واستثناءً وضمن ضوابط معينة ، يجيز الرجوع عنه ، فيكون الأساس القانوني للالتزام الموجب هو نص القانون . كما يكون هذا النص هو الأساس القانوني لقيام مسؤوليته التي تدعى بـ"مسؤولية ما قبل التعاقد" في حال تحققها .
- " 1- كل من صدر منه الإيجاب في مجلس العقد الحقيقي يلتزم بإيجابه لفترة معقولة ، ما لم يصرح بأنه غير ملزم ، أو ما لم يتبين من الظروف أو من طبيعة التعامل أنه لم يقصد أن يلتزم بإيجابه .
- 2- للموجب خيار الرجوع، على أن تكون له مبررات معقولة للرجوع، وبشرط علم الموجه إليه الإيجاب بالرجوع قبل انعقاد العقد.
- 3- للقاضي سلطة تقديرية في تحديد فترة الالتزام، وفي تحديد المبررات في حالة الرجوع عن الإيجاب."
- 4- من الضروري أن ينص المشرع العراقي على مسألة الإيجاب في مجلس العقد الحكمي ، وذلك بجعله ملزماً للموجب ، لا يجوز له فيه الرجوع عن إيجابه ، إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك. ولذلك نعتقد أن من الأولى للمشرع العراقي إضافة فقرة ثانية للمادة (84) منه.

## المصادر

- (1) المقري الفيومي، أحمد بن محمد بن علي (ت: 770هـ): المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، بدون تاريخ، 2/ص421.
- (2) ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري (ت: 711هـ): لسان العرب، دار صادر، بيروت، بدون تاريخ، ص213
- (3) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، جمهورية مصر العربية، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، 1989م.
- (4) العيني الحنفي، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بدر الدين: البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط/2، 1411هـ، 1990م، 8/7.
- (5) الشافعي، الإمام محمد بن إدريس: الأم، دار المعارف للطباعة والنشر، ط/2، 3/3.
- (6) السمرقندي، علاء الدين (ت: 539هـ): تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط/1، 1405هـ، 1984م، 3/205.159.
- (7) الصابوني، د. عبد الرحمن: المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، مطبعة جامعة دمشق، ط/4، 1410هـ . 1411هـ، 1990 . 1991م
- (8) السنهوري، د. عبد الرزاق أحمد: نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، 81.80.
- (9) د. همام محمد محمود ود. محمد حسين منصور: مبادئ القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص231.
- (10) د. غالب الداودي - المدخل الى علم القانون وبخاصة الاردني - مطبعة البهجة - عمان - 1993، ص123
- (11) حسن كيرة - النظرية العامة للقاعدة القانونية - منشأة المعارف - الاسكندرية -1993- ص214ومابعدھا
- (12) د. عبد المنعم فرج الصدة - اصول القانون - مطبعة الجلبى - مصر - 1965 - ص159 ومابعدھا .
- (13) محمود محمود المغربي - اشكالية تقنين قواعد القانون الدولي الخاص - المؤسسة الحديثة للكتاب - طرابلس - لبنان - 2007.
- (14) محمد احمد رمضان - دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية - رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد -1985.
- (15) د. حسام الدين ناصيف - مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية - دار النهضة - ط1 -1994- ص331
- (16) د. عكاشة عبد العال - احكام القانون الدولي الخاص اللبناني - ج1 - لدار الجامعية -1993- ص150
- (17) حفيفة السيد الحداد - الموجز في القانون الدولي الخاص - الكتاب الاول - منشورات الحلبي الحقوقية - 2004 - ص423.
- (18) شمس الدين الوكيل - الموجز في المدخل لدراسة القانون - منشأة المعارف - الاسكندرية - ط1 - ص171
- (19) سمير السيد تناغو - النظرية العامة للقانون - منشأة المعارف - الاسكندرية - ص483.

- (20) سلامة فارس عرب ، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1988 ، ص405.
- (21) ناجي عبد المؤمن ، عقود التجارة الدولية طويلة المدة ، حدود مبدأ القوة الملزمة للعقد ، دروس القيت على طلبة الدراسات العليا ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1994 ، ص97.
- (22) جاد الله عبد الحفيظ عوض ، الشروط التجارية الدولية المعتمدة من قبل غرفة التجارة العالمية ، دار الثورة للطباعة والنشر ، بنغازي ، 1996 ، ص85.
- (23) محمد لبيب شنب ، المسؤولية عن الاشياء ، دراسة في القانون المدني المصري مقارناً بالقانون المدني الفرنسي ، القاهرة ، 1957 ، ص175.
- (24) شريف محمد غنام ، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2002 ، ص269.
- (25) بلال عبد المطلب بدوي ، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل العقدية في عقود التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2001 ، ص97.
- (26) مبادئ العقود التجارية الدولية ، مكتب الشلقاني للاستشارات القانونية ، ط1 ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، 2000 ، ص230 .
- (27) د.جابر جاد عبدالرحمن : القانون الدولي الخاص ، ج2، ط2، مطبعة التقيض ، بغداد ، 1947-1948 ، ص98.
- (28) د.حسن الهداوي : القانون الدولي الخاص ( تنازع القوانين ) ، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2001 ، ص17.
- (29) د.حسن الهداوي ، د.غالب الداودي : القانون الدولي الخاص ، ج2، ط1، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، 1988 ، ص47.
- (30) د.سامي بديع منصور ، د.عكاشة محمد عبدالعال : القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص121.
- (31) د.صلاح الدين جمال الدين : تنازع القوانين ، ط1، طبع في طنطا- مصر ، 2006 ، ص176
- (32) د.عكاشة محمد عبدالعال : تنازع القوانين ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2004
- (33) د.ممدوح عبدالكريم حافظ : القانون الدولي الخاص وفقاً للقانونين العراقي والمقارن ، ط2، مطبعة دار الحكومة ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1977 ، ص56
- (34) د.هشام خالد : القانون القضائي الخاص الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2001 ، ص219
- (35) د.هشام علي صادق : دروس في القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1983 ، ص145 .