تنازع القوانين على تكوين العقد الدولي

Law conflict in the formation of international contract

أ.المتمرس د. عباس زبون العبودي
أستاذ القانون الخاص
كلية القانون
جامعة بغداد

ليث عبد الرزاق الأنباري
طالب دكتوراه
كلية القانون
جامعة بغداد

الملخص

إن وجود عنصر أجنبي في العقد يستدرج تنازع عدة قوانين على العقد الدولي في (وجوده)، ولكن وعلى خلاف الحل المعتاد عند تنازع القوانين، لايكون الحكم في ذلك هو إختصاص أحد القوانين، بل إختصاص اكثر من قانون في وجود العقد الدولي، ومن غير تداخل بينها في الإختصاص التشريعي.

Abstract

The present of a foreign element in the Contract will call the conflict of many laws on the conclude of the contract; usually such conflict will end to the jurisdiction of one law, but in this case it will end to the jurisdiction of many laws on the conclude of the international contract but without being a common jurisdiction, each of the conflicting law will have its own jurisdiction.

مقدمة البحث

Introduction

إن تمتع أطراف العقد الدولي بالقدرة على منح الإختصاص التشريعي للقانون المتفق عليه، يتطلب إبتداءاً إتصاف التصرف محل البحث بصفة العقد؛ ويتطلب العقد من الناحية الموضوعية إجتماع ثلاثة أركان هي التراضي، المحل والسبب، وقد يتطلب توافر شكلية معينة أو إشتراط التسليم، والمعروف بـ (العينية).

وتبحث هذه المسائل من الناحية الموضوعية ضمن النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني، وهو ما قد يوحي بوجود قانون واحد يتمتع بالإختصاص التشريعي عند تنازع القوانين، لكن ثمة رأي آخر بأن هناك أكثر من قانون يسري على إنعقاد العقد الدولي؛ وهذا مايتطلب عرض الأراء الفقهية حول هذا الموضوع مع ترجيح إحداها؛ فإذا ماتم ذلك، عرضنا للإختصاص التشريعي في تكوين العقد الدولي.

لذا ينقسم البحث على مبحثين، يخصص المبحث الأول منهما للمقاربات الفقهية، ويخصص المبحث الثاني للإختصاص التشريعي في تكوين العقد الدولي.

المبحث الأول

المقاربـــــات الفقهيـــــة

ثمة مقاربتين فقهيتين حول تنازع القوانين على إنعقاد العقد الدولي، مقاربة تتبنى آحادية القانون واجب التطبيق على تكوين العقد، وهي مقاربة (وحدة العقد الدولي) ، ومقاربة تتبنى تعدد القوانين واجبة التطبيق على تكوين العقد، وهي مقاربة (تجزئة العقد الدولي) ، لكن ثمة مقاربة ثالثة تتبنى وجود قانون أساسي مع قوانين أخرى تسري ايضاً على تكوين العقد الدولي.

لذلك سنعرض أولاً لمقاربة وحدة العقد الدولي، وهو ماسيكون محله المطلب الأول؛ ثم مقاربة تجزئة العقد الدولي ، وهو ماسيكون محله المطلب الثاني؛ ثم مقاربة القانون الأساسي، وهو ماسيكون محله المطلب الثالث.

المطلب الأول

مقاربة وحدة العقد الدولي

وتتبنى هذه المقاربة: سريان القانون المختار على العقد الدولي في تكوينه وآثاره، بوصف العقد وحدة لا تتجزأ(١).

وقد تبنت بعض تشريعات القانون المقارن هذه المقاربة، بالنص على سريان القانون المحدد بالقاعدة القانونية على العقد، بما يستدل به على إن القانون المختار حقيقةً أو إفتراضاً يسري على تكوين العقد. ومن ذلك مانص عليه الفصل ٦٢ من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي أنه:" يخضع العقد للقانون الذي تعيّنه الاطراف وإذا لم تُحدّد الأطراف القانون المنطبق يعتمد قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون إلتزامه مؤثرا في تكييف العقد أو مقر مؤسسته إذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري"؛ كذلك أخذت بها مبادئ لاهـــــــــاي لعام ٢٠١٢، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية منها على إنه:" يخضع العقد لأحكام القانون الذي تختاره الأطراف".

ويتضمن هذين النصين مغالطة منطقية(٢) إذ يجعلان إنعقاد العقد الدولي متوقفاً على إختيار القانون واجب التطبيق عليه، مع إن إختيار القانون يتوقف على إنعقاد العقد الدولي؛ وإذا ما أخذنا بإستقلال عقد إختيار القانون، فعندئذ يثور التساؤل عن القانون واجب التطبيق على إنعقاد عقد إختيار القانون؟ وتلافياً لهذا الإشكال فقد لجأ المشرع الآوربي إلى إفتراض إنصراف نية العاقدان إلى منح القانون المختار الإختصاص التشريعي على تكوين العقد، فنصت المادة الأولى من النظام رقم ٥٩٣ لعام ٢٠٠٨ المخصصة لـ (التراضي والصحة الموضوعية) على إنه:" ١. إن وجود وصحة عقد أو أي من شروطه، يحدد بموجب القانون الذي يحكمـــــه، بموجب هذا النظام، كما لو كان العقد أو الشرط صحيحاً"(٣).

وفي الفقه المصري، وعلى الرغم من أن الفقرة الأولى من المادة ١٩ من القانون المدني المصري قد إبتدأت بعبارة: " يسري على الالتزامات التعاقدية.."، إلا أن جانباً من الفقه يؤيد مقاربة (وحدة العقد)(٤)، مؤسساً رأيه على ماورد في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري أن:" الالتزامات التعاقدية يسري عليها القانون الذي يقرر المتعاقدان الخضوع لاحكامه صراحة أو ضمنا،... وهذا حكم عام يمكن لسلطان الإرادة ويضمن وحدة القانون الواجب تطبيقه على العقد – وهي وحدة لاتكفلها فكرة تحليل عناصر العقد وإختيار القانون الذي يتلائم مع طبيعة كل منها."(٥).

لكن جانباً من الفقه المصري ألمح إلى أن ما ورد صراحةً في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري يعادل صراحة نص الفقرة الأولى من المادة ١٩ من القانون المدني المصري، فلا محل للتأسيس على ماورد في الأعمال التحضيرية، لتعادلهما في الدلالة(٦).

المطلب الثاني

مقاربة تجزئة العقد الدولي

وتتبنى سريان قانون المحكمة على مسألة إنعقاد العقد الدولي، وسريان القانون المختار على آثار العقد، وتقوم هذه المقاربة على إن فكرة انعقاد العقد تعتبر في القانون المصري مسألة تكييف أولي يرجع فيها القاضي إلى قانونه الوطني طبقاً للقاعدة العامة في التكييف، ذلك أن القاضي لا يستطيع إعمال قاعدة الإسناد التي تعين القانون واجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية إلا إذا تبين له أولاً أنه بصدد عقد من العقود(٧).

ويؤخذ على ماتقدم أن إنعقاد العقد لايتعلق بتكييف أولي لازم لإعمال قاعدة الإسناد، وإنما يتعلق بتكييف لاحق، وهو يخضع للقانون المختص بحكم موضوع النزاع، أي قانون العقد(٨).

المطلب الثالث

مقاربة القانون الأساسي

ومفاد هذه المقاربة أن ثمة قانون يتمتع بإختصاص تشريعي أساسي على تكوين العقد الدولي، لكن تتجاور معه قوانين أخرى تسري أيضاً على تكوين العقد الدولي. وهذا القانون هو قانون دولة تمام العقد.

وتجد مقاربة القانون الأساسي للعقد الدولي أصولها في مذهب سافيني الذي أخضع " جوهر الإلتزام أو الشروط اللازمة لصحته من حيث مشروعيته وآثاره لقانون الجهة التي تم فيها الالتزام"(٩).

ونتلمس هذه المقاربة فيما ذكره فريق في فقه القانون المدني، عند بحث التعاقد بين غائبين في نظرية العقد: أن أهمية تحديد زمان إنعقاد العقد تظهر في أن القانون الذي يحكم العقد هو قانون البلد الذي تم فيه(١٠) ، كما ذكر جانب في فقه تنازع القوانين أن أهمية تحديد متى تـــــــــم العقد تظهر في سريان القانون السائد وقت تكوينه(١١).

ويلاحظ أن مقاربة المشرع الآوربي في سريان القانون المختار بآثر رجعي تدعم مقاربة القانون الأساسي، إذ تفيد ضمنياً بوجود قانون يسري على تكوين العقد إبتداءاً، ويحل القانون المختار محله.

وفي ذلك ذكر قرارٌ تحكيمي أنه" من المؤكد أن أي عقد لا يمكن أن يوجد في فراغ، فهو بالضرورة يؤسس على قانون وضعي يمنح آثاراً قانونية للتعبيرات المتبادلة والمتوافقــة لإرادة المتعاقدين"(١٢).

والأهم من ذلك، أن للقانون الأساسي للعقد وجود في التنظيم القانوني لتنازع القوانين ، ذلك إن قاعدة التنازع الخاصة بالعقد الدولي في القانون المدني العراقي، وقسم من تشريعات القانون العربي المقارن، قد إبتدأت بعبـــــارة " يسري على الإلتزامات التعاقدية "(١٣)، فالمشرع يصرح بإختصاص القانون المختار على الإلتزامات العقدية دون ان يكون له إختصاص على تكوين العقد، بل على آثاره فقط(١٤)، ومن ثم فإن ثمة قانون آخر يسري على تكوين العقد وهو قانون دولة تمام العقد.

وقد عبر المشرع العراقي عن ذلك صراحة بإستخدامه عبارة "قانون الدولة التي تم فيها العقد" الواردة في الفقرة الأولى من المادة ٢٥ من القانون المدني، وقد وردت بصيغة الماضي على خلاف الصيغة الخاصة بإختيار المتعاقدين والموطن المشترك التي وردت بصيغة المضارع، إذ ورد النص بالصيغة التالية: " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه."(١٥).

ويدعم ذلك ماورد في الأسباب الموجبة للقانون المدني العراقي بصدد قواعد تنازع القوانين في المكان قول المشرع أنه: " وقد تضمنت هذه القواعد حلولا للتنازع في مسائل الاحوال الشخصية والالتزامات والعقود والحقوق العينية والاجراءات وهي قواعد مقتبسة من احدث التقنينات الغربية"(١٦)، فقد فرقت بين العقد وبين الإلتزامات.

وقد إختار المشرع العماني إبراز إختصاص القانون الأساسي، فنصت المادة ٢١ من قانون المعاملات العماني على إنه:" تخضع العقود بين الأحياء لقانون الدولة التي تم فيها التعاقد، ويجـوز للمتعاقدين الاتفاق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك".

المبحث الثاني

الإختصاص التشريعي في تكوين العقد الدولي

يتدخل قانون أكثر من دولة في تكوين العقد الدولي، وهذه القوانين هي القانون الشخصي للمتعاقدين، قانون دولة تمام العقد الدولي، وقانون موقع العقار. وسنعرض في ثلاثة فروع مستقلة للإختصاص التشريعي لكل من هذه القوانين.

فينقسم المبحث على ثلاثة مطالب يخصص المطلب الأول لبحث إختصاص التشريعي للقانون الشخصي للمتعاقدين، على أن يخصص المطلب الثاني لبحث الإختصاص التشريعي لقانون دولة تمام العقد، ويخصص المطلب الثالث بدوره لبحث الإختصاص التشريعي لقانون موقع العقار.

المطلب الأول

الإختصاص التشريعي للقانون الشخصي للمتعاقدين

نصت الفقرة الأولى من المادة ١٨ من القانون المدني العراقي على إنه: " الاهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته.".

والأهلية هي " وصف في الشخص الذي يأخذع القانون بنظر الإعتبار"(١٧) ؛ وهي على نوعين: أهلية الأداء، وهي صلاحية الشخص لإجراء تصرف يعتد به؛ وأهلية الوجوب، وهي الحقوق التي يتمتع الشخص بها بموجب القانون(١٨). وترتبط أهلية الأداء عند الإنسان بالسن وكمال العقل وقد تتأثر بالحالة الإجتماعية، في حين ترتبط عند الشخص المعنوي بعقد الإنشاء والإعتراف بالشخصية القانونية(١٩).

وفي نطاق تنازع القوانين، يسري على أهلية الوجوب للشخص القانون واجب التطبيق على الحق(٢٠)، فيسري، مثلاً، على الحق في الإرث القانون الشخصي للمورث، ويسري على الحق في النفقة القانون الشخصي للمدين(٢١) ، فيختلف بذلك القانون واجب التطبيق بالنسبة لذات الشخص في إستحقاقه للإرث، عن القانون واجب التطبيق على إستحقاقه للنفقة؛ ولايؤثر ذلك سلباً في الأمان القانوني للشخص، حيث إنه يتلقى الحق من مصدر خارجي دون مساهمة منه.

وإذا ثبت أن القانون واجب التطبيق على أهلية الوجوب يختلف بالنسبة للشخص الواحد على وفق الحق محل البحث، فإنه يثبت أن المراد بالأهلية في قاعدة التنازع هي أهلية الأداء.

وقد قصرت العديد من التشريعات المدنية وتشريعات القانون الدولي الخاص هذا الإسناد علـــى الشخص الطبيعي(٢٢) ، ويرجح الباحث أن قاعدة التنازع الواردة في القانون المدني العراقي قاصرة هي أيضاً على أهلية الشخص الطبيعي، إذ أن المادة ١٨ منه نصت على إنه: " ١. الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته. ٢. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب اثارها فيه، اذا كان احد الطرفين اجنبياً ناقص الاهلية وكان سبب نقص اهليته يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فان الاجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الاهلية"، ومن المعلوم أن نقص الأهلية من أطوار تدرج الأهلية عند الإنسان(٢٣).

والعبرة في تحديد القانون الشخصي بموجب الجنسية بوقت تمام العقد(٢٤) ، فإذا ما حدث تغيير في الإنتماء القانوني للشخص بما يؤثر سلباً في كمال أهليته، فليس لهذا التغيير آثر رجعي على العقد الذي أبرم في ظل قانون شخصي يعتبر المتعاقد كامل الأهلية، وذلك على وفق القاعدة الخاصة بتنازع القوانين من حيث الزمان، إذ نصت المادة ١١ من القانون المدني العراقي على إنه: "١ – النصوص الجديدة المتعلقة بالاهلية تسري على جميع الاشخاص الذين تطبق علهيم الشروط المقررة في هذه النصوص. ٢ – فإذا عاد شخص توافرت فيه الاهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الاهلية بمقتضى نصوص جديدة فان ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة".

ويرد إستثناءان على قاعدة سريان القانون الشخصي على الأهلية، هما: المصلحة الوطنية(٢٥)، وإزدواج الجنسية، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٣ من القانون المدني العراقي على إنه: "على ان الاشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة الى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة الى دولة اجنبية او عدة دول اجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه"؛ وتحقق قاعدة سريان القانون الشخصي مع الإستثناءات موازنة بين الأمان القانوني للشخص وبين الأمان القانوني للمتعاملين معه، إذ أن الأصل إفتراض علمهم بالقانون الوطني لا بالقانون الأجنبي.

ولهذه الموازنة نظير في أهلية الشخص المعنوي، مع مراعاة خصوصية وجوده الإفتراضي، إذ تحدد اهليته بموجب سند إنشائه وبما يضعه القانون من حدود، فإذا إنتقل بنشاطه إلى دولة أخرى، حل قانون هذه الدولة محل قانون الدولة الأولى في وضع حدود لأهلية الشخص المعنوي إضافة إلى ماينص عليه سند الإنشاء.

وهو مايتبين من الجمع بين نص الفقرة الرابعة من المادة ٤٨ من القانون المدني العراقي التي نصت في خصائص الشخص المعنوي أنه :" وعنده اهلية الاداء وذلك في الحدود التي يبينها عقد انشائه والتي يفرضها القانون"(٢٦) ، وبين مانصت عليه المادة ٤٩ منه على إنه: "١ – يسري

على النظام القانوني للاشخاص المعنوية الاجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها قانون الدولة التي يوجد فيها مركز ادارتها الرئيسي الفعلي. ٢ – ومع ذلك فإذا باشر الشخص المعنوي الاجنبي نشاطه الرئيسي في العراق فان القانون العراقي هو الذي يسري"(٢٧).

ومن الجدير بالذكر أن هناك توجهاً جديداً في القانون الدولي الخاص المقارن نحو الإكتفاء بمباشرة الشخص المعنوي الأجنبي نشاطاً في الدولة لسريان قانونها، دون إشتراط أن يكون هو النشاط الرئيس(٢٨) ، وهو توجه جدير بالتأييد، لمقاربته للواقع، إذ عادة ما تكون للأشخاص المعنوية الدولية نشاطاً رئيساً في دولة المقر وأنشطة فرعية متعددة في أكثر من دولة، ومن المعلوم أن فرصة العلم بالقانون الوطني أقوى من فرصة العلم بالقانون الأجنبي، خاصةً أن أهلية الشخص المعنوي تتحدد بسند إنشائه، وما دور القانون في ذلك إلا وضع حدود لهذه الأهلية، فيحقق هذا التوجه الأمان القانوني للشخص المعنوي الأجنبي وللمتعاقد معه.

وننتهي مما تقدم إلى أنه يسري على الأهلية التعاقدية القانون الشخصي لكل من المتعاقدين بغيـــــر تنازع بين هذين القانونين، لإستقلال نطاق سريان كل منهما.

المطلب الثاني

الإختصاص التشريعي لقانون دولة تمام العقد

إن تحديد الإختصاص التشريعي لقانون دولة تمام العقد يتطلب أن نحدد أولاً معنى مصطلح (تمام العقد)، ثم كيفية تعيين دولة تمام العقد، وأخيراً بيان نطاق الإختصاص التشريعي لقانون دولة تمام العقد.

لذا ينقسم المطلب على ثلاثة فروع، يخصص الفرع الأول منها لمعنى تمام العقد، ويخصص الفرع الثاني لتعيين دولة تمام العقد، على أن يخصص الفرع الثالث بدوره لنطاق إختصاص قانون دولة تمام العقد.

الفرع الأول

معنـــى تمـــام العقـــد

إستخدم المشرع العراقي مصطلح (تمام العقد) عدة مرات في القانون المدني، لكنه إستخدمه بكثرة في التنظيم القانوني لعقد الرهن الحيازي، إذ إشترطت النصوص توافر أمر معين لتحقق (تمام العقد)، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣٢٢ منه على إنه: " يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ان يقبض المرتهن المرهون. "، ونصت المادة ١٣٢٤ منه على إنه:

" اذا وقع الرهن الحيازي على عقار فيشترط ايضا لتمامه ان يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفقا للاوضاع المقررة قانونا."، ونصت المادة ١٣٥٤ منه على إنه: " لا يكون رهن الدين تاماً الا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون، ولا يكون نافذاً في حق المدين الا باعلان هذا الرهن اليه او بقبوله اياه، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت لتبليغ الاعلان او القبول.".

وقد ذهب جانب في الفقه العراقي إلى أن مراد المشرع من لفظ (التمام) الوارد في النصوص المتقدمة هو: إنعقاد العقد، وإن القبض في عقد الرهن الحيازي، هو " ركن وليس بمجرد التزام ينشأ عن العقد بعد تمامه"، وأن الرابطة مابين المتعاقدين قبل القبض " ليست إلا مجرد رابطة اعتبارية وان العقد لايوجد الا عند القبض"(٢٩)، مستدلين بما ورد في بدائع الصنائع للكاساني، بصدد القبض في الرهن، قوله: " لان القبض في هذاالباب يشبه الركن"(٣٠).

مع ذلك فإن الباحث يعتقد أن مراد المشرع من مصطلح تمام االعقد هو (إكتساب العقد صفة الإلزام)، وأن مايشترطه المشرع لتمام العقد لايعد ركناً فيه بل شرطاً، وأن العقد قبل توافر هذا الشرط يكون عقداً غير لازم، ونستدل على ذلك بأن المشرع العراقي قد نص على عدم إنعقاد العقد المتعلق بعقار قبل تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، فيما لا يقرر هذا الحكم في النص الخاص بالقسمة الرضائية المتعلقة بالعقار قبل تسجيلها، بل قرر عدم تمامها، إذ نصت المادة ٥٠٨ من القانون المدني على إنه: " بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون."، ونصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٧١ انه: " لا تتم القسم الرضائية في العقار، الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري."(٣١).

ويتبنى المشرع المذهب الحنبلي في هذه المسألة إذ جاء في المغني في مسألة "(ولايصح الرهن إلا أن يكون مقبوضا من جائز الأمر) يعني لايلزم الرهن إلا بالقبض"(٣٢).

وننتهي مماتقدم إلى أن المقصود بدولة تمام العقد هي الدولة التي إكتسب العقد صفة الإلزام في إقليمها. وسنعرض في المقصد التالي لتعيين دولة تمام العقد.

الفرع الثاني

تعييـــن دولـــة تمـــام العقـــد

لم يتضمن التنظيم القانوني لتنازع القوانين قاعدة تنظم تعيين دولة تمام العقد، مما يستوجب الرجوع إلى القواعد الموضوعية الواردة في القانون المدني العراقي، والذي عين مكان تمام العقد في المواد ٨٧ و٨٨، قد نصت المادة ٨٧ على إنه: " ١ – يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح او ضمني او نص

قانوني يقضي بغير ذلك. ٢ – ويكون مفروضا ان الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل اليه فيهما."(٣٣).

ونصت المادة ٨٨ على إنه: " يعتبر التعاقد "بالتليفون" او اية طريقة مماثلة كانه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان.".

ويظهر من النصوص المتقدمة أن لتعيين مكان تمام العقد ثلاثة أحكام:

أولها. أن يجتمع المتعاقدان في مكان واحدٍ حقيقةً، ودون أن يفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به فاصل زمني، وهذا هو التعاقد بين حاضرين(٣٤) ؛ وتتعين دولة تمام العقد في هذه الفرضية بمكان وجود المتعاقدين المادي في إقليم الدولة.

ثانيهما. أن يتواجد كل من المتعاقدين في دولة، دون أن تتوافر وسيلة إتصال فوري بينهمان فيفصل فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، وهذا هو التعاقد بين غائبين في الزمان والمكان؛ وتتعين دولة تمام العقد، بدولة وجود الموجب الموجه إليه القبول.

ثالثها. أن يتواجد كل من المتعاقدين في دولة مع توافر وسيلة إتصال فوري بينهما، وهذا هو التعاقد بين حاضرين في الزمان وغائبين في المكان، وتسري عليها أحكام القاعدة الخاصة بتعيين مكان التعاقد بين غائبين، ويعتبر التعاقد " قد تم في مكان الموجب إذ فيه يحصل العلم بالقبول"(٣٥).

ولكن إذا كانت قاعدة سريان قانون دولة تمام العقد تقوم على أساس علم الأطراف بهذا القانون وصعوبة فرض قانون آخر يجهلونه(٣٦)، فإن تطبيق الأحكام المتقدمة تتعارض هذا الأساس، وتحديداً عند سريان قانون دولة الموجب على تمام العقد، في حالة التعاقد بين غائبين في الزمان وفي المكان، أو حاضرين في الزمان وغائبين في المكان، وهو مايتعارض مع عقيدة المشرع في سريان قانون محايد على العلاقة بين أطراف العقد الدولي؛ كما إن مكان تمام العقد قد يتوافر بحكم الصدفة، أو أن يتحقق في مكان لايخضع لسيادة دولة.

وتلافياً لهذا الإشكالات فقد عمد بعض المشرعين العرب إلى تبني مبدأ مفاده أنه: (يجوز لأطراف العقد الدولي الإتفاق على سريان القانون المختار على إنعقاد العقد)؛ ومثال ذلك مانصت عليه المادة ٢١ من القانون العماني(٣٧) ، ومانصت عليه المادة ٥٩ من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي أنه:" يسري على العقد، من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا

موطناً، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه، على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار"(٣٨)، ومانصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٩ من قانون المعاملات الآماراتي أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية شكلاً وموضوعا قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو المراد تطبيقه"(٣٩). ويعتقد الباحث بوجود حالتين في القانون المدني العراقي يجوز فيهما العدول عن إختصاص قانون دولة تمام العقد إلى القانون المختار، وهاتان الحالتان هما:

أولاً. إتفاق المتعاقدين على سريان القانون المختار على تكوين العقد الدولي، إذ أن القاعدة المنظمة للتعاقد بين غائبين هي قاعدة مكملة، تجيز الإتفاق على خلافها.

ثانياً. تعارض تطبيق قاعدة التنازع مع الأساس الذي تقوم عليه، بأن يؤدي تطبيقها إلى سريان قانون أحد المتعاقدين على تكوين العقد، والذي يتعارض مع عقيدة المشرع العراقي في سريان قانون محايد بين أطراف العلاقة التعاقدية؛ أو توافر محل تمام العقد بحكم الصدفة وذلك على وفق القاعدة الأصولية: " أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً"(٤٠).

الفرع الثالث

نطاق قانون دولة تمام العقد

الأصل أن يتمتع قانون دولة تمام العقد بالإختصاص الرئيس في تكوين العقد الدولي، فيسري على أركانه وعلى إكتسابه صفة الإلزام، لكن يرد على هذه القاعدة عدد من الإستثناءات، وسنعرض لسريان قانون دولة تمام العقد على أركانه، مع الإستثناءات الواردة عليها، وعلى التفصيل التالي:

أولاً. التراضي:

يميز القانون المدني العراقي في تنظيم ركن التراضي صراحةً بين وجود التراضي (يغة العقد)، و بين صحة التراضي.

ويتحقق وجود التراضي بمطابقة القبول للإيجاب، وذلك بصدور التعبير عن الإرادة من قبل كل من المتعاقدين أو من ينوب عنهما، ومن حصول التوافق بين الإرادتين، وينظم القانون ذلك في أربعة مواضع، هي: التعبير عن الإرادة، توافق الإرادتين، النيابة في التعاقد، ومرحلة ماقبل التعاقد(٤١)؛ وتقع كلها ضمن الإختصاص التشريعي لقانون دولة تمام االعقد.

فيما تتحقق صحة التراضي بتوافر الأهلية القانونية في المتعاقدين وفي خلو إرادة كل منهما من عيوب الإرادة؛ ويتوافر نص صريح في سريان قانون الشخصي لكل من المتعاقدين على أهلية الأداء، فتخرج هذه الأهلية من الإختصاص التشريعي لقانون دولة تمام العقد.

ويوحي جمع المشرع العراقي لعيوب الإرادة مع الأهلية تحت عنوان صحة التراضي، بسريان القانون الشخصي للمتعاقد المعيبة إرادته(٤٢)، لكن القوانين قد تختلف في عيوب الإرادة، وتحديداً في وجوب علم المتعاقد الآخر، وهذا الخيار يتطلب علم المتعاقد الآخر بالقانون الشخصي للمتعاقد المعيبة إرادته، ولا محل لإفتراض هذا العلم.

ويدعم إستبعاد القانون الشخصي من البحث الإتفاق الضمني في القانون المقارن على إستبعاد القانون الشخصي للمتعاقدين من نطاق تحديد القانون واجب التطبيق على تكوين العقد الدولي، وحصر الإختيار ما بين القانون المختار وقانون محل تمام العقد.

ويتعذر أيضاً تطبيق قانون المحكمة، إذ أن تعيينه تالي على تمام العقد، وهو غير محدد إبتداءً، كمـــا يمثل قانوناً ثالثاً يتنازع مع القوانين الشخصية للمتعاقدين.

وقد ذهب جانب في الفقه إلى منح الإختصاص للقانون المختار، إذ أن " قواعد حمايـــــــة الارادة من العيوب هدفها قيام عقد صحيح"(٤٣)، لكن هذا الإعتبار موجود في كل القوانين المتنازعة، كما أنه لايتضمن حلاً لإشكالية الإرادة المعيبة في عقد إختيار القانون.

ويعتقد البحث بأن عيوب الإرادة تقع ضمن الإختصاص التشريعي لقانون دولة تمام العقد، إذ أن المشرع العراقي قد إعتمد الإرادة المشتركة الظاهرة في إنعقاد العقد، متى كانت إرادة أحد المتعاقدين معيبة، دون أن يكون المتعاقد الآخر عالماً أو كان من السهل عليه أن يعلم(٤٤)، وإذا كان يستثنى من ذلك عيب الإستغلال، فإنه يقع ضمن وجود التراضي(٤٥) ، ويلحق بحكمه في سريان قانون دولة تمام العقد.

ثانياً. المحل:

عرف المشرع العراقي العقد في المادة ٧٣ من القانون المدني بأنه:" ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه."، لكنه عند تنظيمه للـ (المحل) ضمن أركان العقد نظم في المواد ١٢٦ ـ ١٣٠ (محل الإلتزام).

وقد علل الدكتور السنهوري التباين المتحقق في تنظيم أركان العقد، بأن " المحل ركن في الإلتزام لا في العقد. ولكن أهميته تظهر في الإلتزام الذي ينشأ من العقد. فإن محل الإلتزام غير التعاقدي يتولى القانون تعيينه، فليس ثمة احتمال ان يكون غير مستوف للشروط"(٤٦).

وقد إنعكس ذلك التباين في الفقه العراقي، إذ يبحث جانب في الفقه حول المحل بوصفه ركناً في العقد(٤٧) ، فيما يبحث جانب أخر بإعتبار المحل ركناً في الإلتزام(٤٨).

وتكتسب هذه المسألة المزيد من الأهمية العلمية عند التعرض لها في تنازع القوانين على تكوين العقد الدولي، إذ أن نتيجة القول بأن المحل ركن في العقد، هي سريان قانون دولة تمام العقـد، فيما القـول بأن المحل ركن في الإلتزام نتيجته سريان القانون المختار.

ويعتقد الباحث أن بالإمكان تفسير هذا التباين بالتعقيد الذي يحيط موضوع (المحل)، فكأن المشرع أراد أن ينظم محل العقد ومحل الإلتزام في تنظيم واحد، ويستبين ذلك من إستقراء النصوص المنظمة للعقود المسماة في القانون المدني العراقي، إذ ان من العقود ما يتمتع بمحلين، وذلك في عقد البيع، الذي يتحدد ركناه بالمبيع والثمن(٤٩) ، ومنها مايتمتع بثلاث محال، وذلك في عقد الإيجار، الذي تتحدد أركانه بالمأجور والأجرة والمدة(٥٠) ، وقد يكون محل العقد واحداً، وذلك في عقد الكفالة(٥١).

وإن محل الإلتزامات الناشئة عن العقد قد تكون هي ذاتها محل العقد، وقد تكون متعلقة به، كما قد تكون خارجة عنه، ومثال ذلك في عقد البيع، إلتزام البائع بتسليم المبيع ، وهو ذاته محل العقد، وإلتزامه بنقل الملكية وهو متعلق بمحل العقد، وإلتزامه بضمان التعرض والإستحقاق وهو خارج عن محل العقد؛ ومن جهة المشتري، فإن محل إلتزامه بدفع الثمن هو ذاته محل العقد، وإلتزامه بتسلم المبيع يتعلق بمحل العقد الآخر، فيما إلتزامه بدفع المصروفات خارج عن محل العقد.

لذلك فإن حل إشكالية الإختصاص التشريعي على (المحل) ومنح الإختصاص لقانون دولة تمام العقد أم للقانون المختار تعتمد على التكييف، ويعتقد الباحث أن قانون دولة تمام العقد يسري على مايكون محلاً للعقد والإلتزام، أو إذا كان محل الإلتزام متعلقاً بمحل العقد، فيما يسري القانون المختار إذا كان محل الإلتزام خارجاً عن محل العقد.

مع ذلك فإن ثمة قانون أخر يتدخل في تنظيم شروط المحل، وهو قانون (المال)، وقد تضمنت الفقرة الأولى من المادة ١٣٠ من القانون المدني العراقي إشارة إلى هذا المعنى، إذ نصت على إنه: "يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام او للآداب والا كان العقد باطلا."، ويستنتج من النص المذكور سريان قانون المال لمعرفة مدى جواز التعامل به.

وقد حددت المادة ٢٤ من القانون المدني العراقي في شطرها الثاني هذا القانون بنصها على إنه:" ويسري بالنسبة للمنقول قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الامر الذي ترتب عليه كسب الحق او فقده"، فيسري قانون الدولة التي يوجد فيها وقت حدوث سبب كسب الحق العيني أو فقده، لمعرفة مدى جواز التعامل به؛ أما إذا كان المنقول في مكان لايعد جزءً من إقليم دولة، فيتعذر إعمال النص بشكل حقيقي، و يصار عندئذ إلى المجاز ويؤول مراد المشرع بدولة الوصول، وهو ما أخذ به القانون البحريني بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي، إذ نصت الفقرة ب من المادة ١٦ منه على إنه:" يسري على المنقول أثناء نقله من دولة لأخرى قانون الدولة المرسل إليها، مالم يتم الإتفاق أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه".

وعلى الرغم من خلو القانون المدني العراقي من قاعدة تنازع خاصة بحقوق الملكية الفكرية، فإن فريقاً في الفقه العراقي، يؤيده الباحث، ذهب إلى سريان قانون دولة التسجيل على حقوق الملكية الفكرية(٥٢) ، فيرجع إليه لمعرفة جواز التعامل بحقوق الملكية الفكرية(٥٣).

ويعتقد الباحث أن قيد عدم مخالفة المحل للنظام العام والآداب، الوارد في الفقرة الأولى من المادة ١٣٠ من القانون المدني العراقي، لايقتصر على قانون دولة تمام العقد، بل يشمل أيضاً قانون الدول ذات الصلة بالعقد، وعلى رأسها القانون الشخصي للمتعاقدين، وقانون محل التنفيذ، إذ أن القول بغير ذلك، يجعل من العقد الدولي ذريعة للتخلص من النظام العام والآداب في تلك الدول.

ثالثاً. السبب:

تتنازع طبيعة السبب نظريتين، هما: النظرية التقليدية، التي تعد السبب ركناً في العقد وتحدده بالشيئ الذي أراد المتعاقد الحصول عليه من وراء تعاقده، فهو محل إلتزام المتعاقد الآخر؛ والنظرية الحديثة التي تعد السبب شيئاً خارجاً عن العقد، وتحدده بالغاية البعيدة التي يروم المتعاقد الوصول عليها عن طريق محل إلتزام المتعاقد الآخر(٥٤).

وتختلف النظريتان، في وجوب وجود السبب، إذ تشترط النظرية التقليدية وجوده، فيما تعتبر النظرية الحديثة أن السبب يكون موجوداً دائماً؛ وهما من جهة أخرى، وإن كانا يتفقان في تقييد السبب بعـدم مخالفته للقانون والنظام العام والآداب، فإنهما يختلفان في وجوب علم المتعاقد الآخر. إذ تشترط النظرية الحديثة علم المتعاقد الآخر بمخالفة الباعث الدافع للمتعاقد للنظام العام أو الآداب لينتج ذلك آثره في بطلان العقد، إذ بتحقق هذا العلم يكون الباعث الدافع جزءاً من الإرادة المشتركة للمتعاقدين. فيما لاتشترط النظرية التقليدية، علم المتعاقد الآخر، لإتحاد السبب بمحل العقد.

وإذا كان تكوين العقد الدولي يعتمد على النظرية التي يتبناها قانون دولة تمام العقد، فإن يلاحظ أن النظرية الحديثة تسمح بأن يكون العقد الدولي ذريعة للتخلص من النظام العام والآداب للدول ذات الصلة بالعقد، في حين تحقق النظرية التقليدية الحماية لهما.

رابعاً. الشكلية:

عرف بعض الباحثين الشكلية بأنها: " أسلوب محدد للتعبير عن الإرادة يفرضه المشرع فرضاً إلزاميا"(٥٥)، وعرف أخرون الشكلية في العقد الدولي بانها: " المظهر الخارجي الذي يجب أن تتخذه الأرادة في نطاق العلاقات التعاقدية الخاصة الدولية"(٥٦).

ولكن لما كان الأصل في العقود الرضائية، وأن العقود الشكلية هي إستثناء، وأنه لافرق بين الشكلية المطلوبة في العقد الدولي عنها في العقد الوطني، لذا يفضل الباحث تعريف الشكلية بأنها:" المسلك الحصري الذي قد يتطلبه القانون في التعبير عن الإرادة.".

وقد تبنى المشرع المدني العراقي ضم الشكلية إلى الإختصاص التشريعي لقانون دولة تمام العقد، ومنحه إختصاصاً حصرياً، إذ نصت المادة ٢٦ من القانون المدني العراقي على إنه: " تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها.".

وتسري قاعدة التنازع المتقدمة على التصرفات القانونية بالإرادة المنفردة، على وفق المادة ١٨٤ من القانون المدني العراقي، التي نصت على إنه: " ١- لا تلزم الارادة المنفردة صاحبه الا في الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك. ٢- ويسري عليها ما يسري على العقد من الاحكام الا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لانشاء الالتزام."، وهو مايفسر عدم تضمن القانون المدني العراقي قاعدة تنازع خاصة بشكل الوصية.

ويستثنى من قاعدة التنازع العقود التي يكون محلها أموال منقولة خاضعة للتسجيل، كالسفن والطائرات والعجلات، إذ يسري على الشكلية الواجبة قانون دولة التسجيل(٥٧).

وكذلك يستنبط مما ورد في الفقرة أولاً من المادة ١٣ من قانون الإثبات العراقي جواز العدول عنها إلى القانون العراقي، إذا كان دليل الإثبات فيه أيسر من قانون دولة تمام العقد، ذلك أن هذا القانون قد ربط بين الشكل والإثبات وأخضعهما لقانون الدولة التي تم فيها التصرف(٥٨) ، فقد نصت الفقرة المذكورة على إنه: " يسري في شأن أدلة الاثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني، ومع ذلك يجوز للمحكمة ان تطبق القانون العراقي اذا كان دليل الاثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي.".

وقد إتجهت بعض تشريعات القانون المقارن نحو جعل إختصاص قانون دولة تمام التصرف إختصاصاً إختيارياً يجوز العدول عنه وقت التصرف إلى قانون أخر، وذلك تيسيراً للمتعاملين، والتحوط من بطلان التصرفات(٥٩) ، وهو إتجاه جدير بالتبني، ، وينسجم مع التوجه الجديد للمشرع العراقي الذي يظهر في قانون الإثبات.

خامساً. العينية:

يستلزم تمام بعض العقود، تسليم المعقود إليه، ومثال ذلك مانصت عليه الفقرة الأولى من المـــــــــادة ١٦٣ من القانون المدني العراقي على إنه: " لا تتم الهبة في المنقول الا بالقبض ويلزم في القبـض اذن الواهب صراحة او دلالة."، ومانصت عليه المادة ٨٤٧ منه أن: " الاعارة عقد به يسلم شخص لآخر شيئاً غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض على ان يرده بعد الاستعمال ولا تتم الاعارة الا بالقبض.".

وقد ذهب جانب في الفقه إلى أنه يسري على ركن العينية قانون الدولة التي يوجد فيها المال، ولا يكتسب صفة الإلزام إلا بتحقق واقعة تسليم المعقود عليه(٦٠) ، لكن الباحث يعتقد أن أشتراط المشرع القبض لتمام العقد إنما يرجع لطبيعة التصرف لا لطبيعة المحل، والقول بخلاف ذلك يستلزم تعميم هذا الحكم على كل تصرف يرد على منقول، وهو مالم يقل به أحد.

سابعاً. بطلان العقد:

ويسري قانون دولة تمام العقد، بطبيعة الحال على حكم تخلف أحد أركان العقد، والآثر المترتب على ذلك، وشروط إنتقاص العقد أو تحوله.

المطلب الثالث

الإختصاص التشريعي لقانون موقع العقار

إن المشرع العراقي وبعد أن بين الإختصاص التشريعي للقانون الشخصي للمتعاقدين، والقانون المختار، وقانون دولة تمام العقد، وقانون المال، إستثنى العقود المتعلقة بعقار من كل ذلك، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٦ على إن :" قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه."(٦١).

فمنح المشرع بذلك قانون موقع العقار إختصاصاً شاملاً على العقود التي أبرمت بشأنه، سواءً من حيث التكوين، أم من حيث الآثار؛ ويكاد يكون هذا الإختصاص محل إتفاق في الفقه، إذ ينحصر الإختلاف حول دخول أهلية الأداء والشكلية ضمن هذا الإختصاص أم بقائهما ضمن القواعد العامة. وقد إنقسم الفقه في هذا إلى ثلاثة إتجاهات: فقد ذهب فريق في الفقه إلى أن مسألتي الأهلية والشكلية تخرجان من إختصاص قانون موقع العقار(٦٢) ؛ وذهب جانب في الفقه، إلى شمول إختصاص قانون موقع العقار لمسألتيّ الأهلية والشكلية(٦٣) ، فيما ذهب فريق في الفقه إلى إستثناء أهلية الأداء فقط من إختصاص قانون موقع العقار(٦٤).

ويؤيد الباحث ماذهب إليه الإتجاه الأخير، في إستثناء أهلية الأداء من إختصاص قانون موقع المال، وذلك إستدلالاً بما ورد في قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ (المعدل) ، إذ قصر المشرع إختصاصه على ركن الشكل في التصرف العقاري(٦٥) ، ونأى به عن أهلية الأداء(٦٦) ، مع تنظيم أهلية الوجوب للأجنبي في الفصل الخامس بعنوان (التسجيل باسم اجنبي)(٦٧).

ويستظهر مما ورد في مجموعة الأعمال التحضيرية بصدد الفقرة الأولى من المادة ١٩ من لقانون المدني المصري، أن الباعث إلى إيراد هذا النص هو ضمان تطبيق أحكام النظام العام (القواعد ذات التطبيق الضروري)، إذ جاء فيه أن: "الإيجار يأتي في طليعة هذه العقود، بل هو أخص مايتناوله النص لأن حق المستأجر قد تشترط في شهره إن تجاوزت مدته حداً معينا بعض الأوضاع الخاصة بالحقوق العينية، ثم إن الحقوق التي تترتب على الإيجار لها أهمية عظيمة وتتصل بالسياسة الاجتماعية في كل دولة"(٦٨) ؛ وهو ما يفسر وجود قاعدة تنازع تقرر سريان قانون موقع العقار على تكوين وآثار العقد، مع وجود قاعدة تنازع تعين القانون واجب التطبيق على الحق العيني(٦٩).

لكن إستثناء العقود المبرمة بشأن عقار من نطاق قانون دولة تمام العقد ومن القانون المختار يؤثر سلباً في الأمان القانوني لأطراف العقد الدولي بإخضاعهم لقانون موقع العقار من حيث التكوين

ومن حيث الآثار، وأياً كانت طبيعة العقد، سواء أكان وارداً على الملكية أم المنفعة أم العمـل، وأياً كان أطراف العقد الدولي.

وهو مايظهر في الإختصاص التشريعي على آلية التعاقد بشأن العقارات العائدة للدولة، الواقعة في إقليم دولة أجنبية، والعقارات المملوكة لحكومة أجنبية في الدولة، إذ أن النص يعدم الإختصاص التشريعي

لقانون الدولة المالكة على تكوين العقد الدولي بشأن عقار مملوك لها في دولة اجنبية.

وقد أفتى مجلس شورى الدولة العراقي في مشورة تتعلق بعقار يعود إلى وزارة التربية العراقية في مملكة أسبانيا، ومدى سريان قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ على إستغلال العقار، بإنعدام الإختصاص التشريعي لقانون بيع وإيجار أموال الدولة على تكوين عقد إستغلال العقار، وسريان قانون موقع العقار على تكوين العقد المبرم بشأنه(٧٠).

والقرار المتقدم غير دقيق، إذ أن مآله هو أن تعمد الجهة المالكة للعقار إلى إبرام عقد إستغلاله كأشخاص القانون الخاص، وهو ما قد يلحق ضرراً بأموال الدولة؛ كما إن هذا القرار يشمل أيضاً العقارات الكائنة في العراق والمملوكة لدولة أجنبية، إذ يحضر عليها إتباع قوانينها في كيفية إستغلال أو التصرف مثل هذه العقارات.

لكن عدم الدقة ترجع بشكل رئيس إلى عدم إنتظام التنظيم القانوني لتنازع القوانين في القانون المدني على نص بوجوب سريان أحكام النظام العام (القواعد ذات التطبيق الضروري) في القانون العراقي، وفي القوانين الأجنبية ذات الصلة(٧١).

كذلك تعدم قاعدة الإختصاص الشامل لقانون موقع العقار الإختصاص التشريعي للقانون المختار، فيسري قانون موقع العقار، بدلا من القانون المختار على آثار العقد؛ وتظهر هذه الإشكالية في عقود الإستثمار في العراق، إذ أذن المشرع العراقي للأجنبي بتملك العقـــــار في العراق(٧٢) ، وأجاز الإتفاق على سريان قانون أجنبي على المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكـــــام هذا القانون لقانون أجنبي، إذ نصت الفقرة اولاً من المادة ٢٧ من قانون الإستثمار المعدل على إنه:" تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون الى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي، ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء الى التحكيم التجاري (الوطني او الدولي) وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه اجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق.".

لكن المشرع أورد نص صريح بالتشريعات التي يقيدها قانون الإستثمار في " العقارات التي تخصص لإقامة مشاريع إستثمارية عليها"، ولم يرد ضمن تلك التشريعات القانون المدني

العراقي(٧٣) ، بما يستدل معه على رغبة المشرع العراقي في إستبقاء الإختصاص الشامل للقانون العراقي على العقود المبرمة بشأن عقار.

وتلافياً لمثل هذه الإشكالات إتجهت بعض تشريعات القانون المقارن إلى حصر إختصاص قانون موقع العقار بالحقوق العينية، مع النص صراحة على جواز إتفاق أطراف العقد الدولي على إختيار القانون واجب التطبيق على تكوين العقد وعلى آثاره، وهذا ما أخذ به القانون البحريني بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي، إذ نصت المادة ١٥ منه على إنه: " أ- يسري على حيازة العقار وملكيته والحقوق العينية التي تترتب عليه وطرق كسب هذه الحقوق وانتقالها وانقضائها، والتصرفات المتعلقة بالعقار من حيث الشكل قانون موقع العقار. ب- يسري على التصرفات المتعلقة بالعقار من حيث الشروط الموضوعية لانعقادها ومن حيث الآثار التي تترتب عليها قانون موقع العقار، مالم يتفق أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه.".

الخـــــاتمة

إن وجود عنصر أجنبي في العقد يستدرج تنازع عدة قوانين على العقد الدولي في وجوده، ولكن وعلى خلاف الحكم التقليدي عند تنازع القوانين، لايكون الحكم في ذلك هو إختصاص أحد القوانين، بل إختصاص اكثر من قانون في وجود العقد الدولي، ومن غير تداخل بينها في الإختصاص التشريعي، وقد تبنى القانون العراقي وأغلبية القوانين العربية المقارنة مقاربة إختصاص القانون الأساسي، وهو قانون دولة تمام العقد.

النتـــائج

يتمتع القانون الأساسي بالإختصاص التشريعي على تكوين العقد الدولي، ويتحدد هذا القانون على وفق القواعد العامة في تحديد التعاقد ما بين حاضرين، ومابين غائبين؛ ويضاف إلى ذلك إختصاص القانون الشخصي للمتعاقدين في السريان على أهلية الأداء، وإختصاص قانون موقع المال على أهلية الوجوب، وإختصاص قانون موقع العقار، الذي يعدم الإختصاص التشريعي لكل قانون أجنبي بإستثناء القانون الشخصي.

ولكن، وحيث إن القواعد المنظمة للتعاقد من حيث الزمان من القواعد المكملة، ويجوز للمتعاقدين الإتفاق على خلافها، فإن لأطراف العقد الدولي الإتفاق على سريان القانون المختار على تكوين العقد الدولي؛ كما يجوز للمحكمة العدول عن ذلك القانون إلى قانون أخر على وفق قاعدة أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

التوصيات

دمج المادة ٤٩ من القانون المدني العراقي مع المادة ١٨ منه، وذلك لتوحيد أحكام القانون واجب التطبيق على أهلية الشخص الطبيعي وأهلية الشخص المعنوي، مع رفع شرط مباشرة النشاط الرئيس في العراق لسريان القانون العراقي، والإكتفاء بمباشرة النشاط، وذلك لحماية من يتعاملون مع الشخص المعنوي الأجنبي، ليقرأ نص المادة ١٨ على النحو التالي:

" ١- أ- الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته.

ب- ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب اثارها فيه، اذا كان احد الطرفين اجنبياً ناقص الاهلية وكان سبب نقص اهليته يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فان الاجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الاهلية.

٢- أ- يسري على النظام القانوني للاشخاص المعنوية الاجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها قانون الدولة التي يوجد فيها مركز ادارتها الرئيسي الفعلي.

ب- ومع ذلك فإذا باشر الشخص المعنوي الاجنبي نشاطه في العراق فان القانون العراقي هو الذي يسري.

تعديل المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي لتقرأ على النحو التالي:

يكون العقد دوليا اذا تمتع اطراف العقد بجنسية دولة واحدة وارتبطت العلاقات بين الاطراف وجميع العناصر ذات الصلة بتلك الدولة دون سواها بصرف النظر عن القانون المختار.

يسري على العقد شكلاً وموضوعاً قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه.

قانون موقع العقار هو الذي يسري على الإلتزامات الناشئة عن العقود التي أبرمت بشأنه، مالم يتفق أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه.

يسري القانون العراقي فقط على الإلتزامات الناشئة عن العقد الحكومي الدولي الخاص.

هوامش البحث

Margins

١) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص.المصدر سابقاً. فقرة ٤١٥ صفحــة ٤٥٩.

٢) د. مصطفى الزلمي، الصلة بين علم المنطق والقانون. مطبعة شفيق- بغداد، ١٤٠٦ هـ ـ ١٩٨٦م. صفحة ٤٤:" فاذا قلنا (أ) من الاشياء في وجوده الخارجي يتوقف على (ب) من الأشياء كذلك ويتوقف (ب) على (أ) تلزم منه المصادرة على المطلوب (الاستحالة المنطقية) لان توقف الشيئ على مايتوقف عليه يستلزم توقف الشيئ على نفسه، وتوقف الشيئ على نفسه يستلزم تقدمه على نفسه وهذا باطل وكل مستلزم للباطل باطل بالبداهة المنطقية".

3) Reg. 593/ 2008, Article 10 Consent and material validity 1. The existence and validity of a contract, or of any term of a contract, shall be determined by the law which would govern it under this Regulation if the contract or term were valid.

٤) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة لتنازع القوانين والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري). الطبعة الثانية، منشآة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة طبع. فقرة ١٨٧ صفحة ٦٨٢ ومابعدها ؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع .المصدر سابقاً. فقرة ٨٠٤ صفحة ١١٢٣.

وفي تأييد هذا الإتجاه من الفقه العراقي: أ. د. حسن الهداوي، و أ. د. غالب علي الداوودي، الفانون الدولي الخاص، القسم الثاني.المصدر سابقاً. صفحة ١٥٥-١٥٦؛ د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص.المصدر سابقاً. صفحـــــــــة ٢٩٦.

٥) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول. وزارة العدل. مطبعة احمد مخيمر، مصر، بلا تاريخ نشر. صفحـــة ٢٨٧.

٦) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص.المصدر سابقاً. فقرة ٤١٦ صفحــة ٤٦٠ هامــش١.

٧) المصدر السابق نفسه، فقرة ٤١٦ صفحـــــة ٤٦١.

٨) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين.مصدر سابق. صفحة ٦٨٨.

٩) أ. د. عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في آوربا وفي مصر.المصدر سابقاً. فقرة ٢٤٤ صفحة ٢٤٤.

١٠) أنظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الجزء الأول المجلد الأول.المصدر سابقاً. فقرة ١٢٧ صفحة ٢٦٠؛ د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الأول.المصدر سابقاً. فقرة ١٢٥ صفحـــة ٨٣.

١١) د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني.المصدر سابقاً. فقرة ٢٧٧ صفحة ٨؛ أ. د. حسن الهداوي، و أ. د. غالب علي الداوودي، الفانون الدولي الخاص، القسم الثاني.المصدر سابقاً. صفحة ١٤.

١٢) حكم التحكيم الصادر في قضية آرامكو بتاريخ ١٩٥٨/٨/٢٣، نقلاً عن: د.أحمد سلامة، نظرية العقد الطليق.المصدر سابقاً. فقرة ١٤ صفحة ٢١.

١٣) الفقرة ١ من المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي؛ الفقرة ١ من المادة ١٩ من القانون المدني المصري؛ المادة ١٨ من القانون المدني الجزائري؛ الفقرة ١ المادة ٢٠ من القانون المدني الأردني؛ الفقرة ١ من المادة ١٩ من قانون المعاملات الإماراتي؛ المادة ٣٤ من القانون الدولي الخاص الكويتي؛ المادة ١٢ من القانون المدني القطـــــري.

١٤) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص.المصدر سابقاً. فقرة ٢٩٧ صفحة ٣٣١.

١٥) يقابلها ويطابقها: الفقرة ١ من المادة ١٩ من القانون المدني المصري؛ المادة ١٨ من القانون المدني الجزائري؛ الفقرة ١ المادة ٢٠ من القانون المدني الأردنـــي.

١٦) اللائحة التوضيحية للقانون المدني العراقي، صفحة ٥ فقــرة ١٣.

١٧) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول.المصدر سابقاً. قفرة ١٦٩ صفحة ١٠٢.

١٨) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الاول (نظرية الالتزام بوجه عام). الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت – لبنان، ٢٠٠٠. فقرة ١٤٥ صفحة ٢٨٣.

١٩) بينت المادة ٤٨ من القانون المدني العراقي خصائص الشخص المعنوي، ونصت الفقرة الرابعة منها على إنه :" وعنده اهلية الاداء وذلك في الحدود التي يبينها عقد انشائه والتي يفرضها القانـون".

٢٠) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص.المصدر سابقاً. فقرة ٣٩٩ صفحة ٤٣٩؛ أ. د. حسن الهداوي، وأ.د. غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص القسم الثاني.المصدر سابقاً. صفحة ١٩٣؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع.المصدر سابقاً. فقرة ٦١٥ صفحة ٧٢٠؛ أ. د. عباس العبودي، تنازع القوانين.المصدر سابقاً. صفحة ١٣٥-١٣٦؛ د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص.المصدر سابقاً. صفحـــــة ٢٦٤.

٢١) أنظر المادة ٢١ و ٢٢ من القانون المدني العراقـــي.

٢٢) نصت الفقرة الأولى من المادة ١١ من القانون المدني المصري على إنه: " الحالة المدنية للاشخاص واهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في مصر وتترتب اثارها فيها، اذا كان احد الطرفين اجنبيا ناقص الاهلية وكان نقص الاهلية يرجع الى سبب فيه خفاء لايسهل على الطرف الاخر تبينه، فان هذا السبب لايؤثر في اهليته"، يقابلها ويطابقها: المادة ٢٠من القانون المدني الجزائري المادة ١٢ من القانون المدني الأردني؛ المادة ١١من قانون المعاملات الإماراتي؛ المادة ١١من قانون المعاملات العماني؛ الفصل ٤٠ من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي ؛ المادة ٣٣ من القانون الدولي الخاص الكويتي؛ المادة ١١ من القانون المدني القطري؛ الفقرة أ المادة ١١ من القانون الدولي الخاص البحرينـــــي.

٢٣) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول.المصدر سابقاً. فقرة ١٧٢ صفحة ١٠٤:" الاصل في الانسان الاهلية، اما نقص الاهلية وعدم الصلاحية لاجراء التصرفات القانونية فهو الاستثناء".

٢٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والإختيار بين الشرائع.المصدر سابقاً. فقرة ٦٠٩ صفحة ٧١١.

٢٥) أنظر الفقرة الثانية من المادة ١٨ من القانون المدني العراقي ، وراجع في تفصيل ذلك: د. عباس العبودي، تنازع القوانين.المصدر سابقاً. صفحة ١٣٧ ومابعدها.

٢٦) يقابلها ويطابقها: البند ب الفقرة ٢ من المادة ٥٢ من القانون المدني المصري؛ المادة ٥٠ من القانون المدني الجزائري؛ البند ب الفقرة ٢ من المادة ٥١ من القانون المدني الأردني؛ البند ب الفقرة ٢ من المادة ٩٣ من قانون المعاملات الإماراتي؛ البند ب الفقرة ٢ من المادة ٤٩ من قانون المعاملات العماني؛ المادة ١٩ من القانون المدني الكويتي؛ المادة ٥٤ من القانون المدني القطري؛ المادة ١٢ من القانون المدني البحريني.

٢٧) يقابلها ويطابقها: الفقرة ٢ من المادة ١١ من القانون المدني المصري؛ المادة ١١ من القانون المدني الجزائري؛ المادة ١٢ من القانون المدني الأردني؛ الفقرة ٢ من المادة ١١ من قانون المعاملات الإماراتي؛ البند ب الفقرة ٢ من المادة ١١ من قانون المعاملات العماني؛ المادة ٣٤ من القانون الدولي الخاص الكويتي؛ المادة ١٢ من القانون المدني القطري.

٢٨) الفقرة المادة ٦ من القانون الدولي الخاص البحريني على إنه: " يسري القانون البحريني إذا باشر الشخص الاعتباري الأجنبي نشاطه الفعلي في المملكة، ولو لم يوجد فيها مركز إدارته الرئيسي"؛ ونص الفصل ٤٠ من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على إنه: "تخضع أهلية التصرّف للقانون الشخصي بالنسبة للذوات الطبيعية، أما بالنسبة للذوات المعنوية فهي تخضع إلى قانون الدولة التي تتعاطى فيها ذلك النشاط".

٢٩) محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية – الحقوق العينية التبعية) الجزء الثاني. بلا مطبعة، بغدادا، ١٩٨٢ م ـ ١٤٠٢ هـ. فقرة ١٩٣ صفحة ٥١١ و ٥١٢.

٣٠) الإمام علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق وتغليق الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الجزء الثامن. الطبعة الثانية، منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ٢٠٠٣ م ـ ١٤٢٤ هـ . صفحة ١٥٠.

٣١) وهذا التمييز ظاهرٌ أيضاً في تعريف القانون المدني المصري للعقج إذ نصت المادة ٨٩ منه على إنه: " يتم العقد بمجرد تبادل طرفا التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع ملاءاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضلع معينة لإنعقاد العقد.".

٣٢) المغني، موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة على مختصر ابي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الخرقي، مع الشرح الكبير لابي فرج عبد الرحمن بن ابي عمر ممد بن احمد ابن قدامة المقدسي، الجزء الخامس. دار الكتاب العربي، بلا مكان او سنة طبع.صفحة ٦٣٨.

٣٣) وفي التعاقد الألكتروني نصت المادة ٢١ من قانون التوقيع الألكتروني والمعاملات الألكترونية رقم ٨٧ لسنة ٢٠١٢(نشر في الوقائع العراقية بالعدد ٤٢٥٦ في ٢٠١٢/١١/٥) على إنه: " أولاً. تعد المستندات الالكترونية قد ارسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل الموقع وانها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه واذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعد محل الاقامة مقراً للعمل ما لم يكن الموقع والمرسل اليه قد اتفقا على غير ذلك. ثانياً. اذا كان للموقع او المرسل اليه اكثر من مقر عمل فيعد المقر الاقرب صلة بالمعاملة هو مكان الارسال او التسلم وعند تعذر التحديد يعد مقر العمل الرئيس هم مكان الارسال او التسلم.

٣٤) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الأول.المصدر سابقاً. فقرة ١٢١ صفحـــة ٨١.

٣٥) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني.المصدر سابقاً. صفحـة ٥٢.

٣٦) د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين- المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني (دراسة مقارنة). الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧.صفحة ١٤٦؛ أ. د. عباس العبودي، تنازع القوانين.المصدر سابقاً. صفحـــة ١٧٧؛ عباس عودة بكال الكعبي، تنازع القوانين في شكل العقد الدولي. رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، ١٤٣٠هـ ـ ١٩٩٩م. صفحة ٥٦.

٣٧) سبقت الإشارة إليهـا.

٣٨) يقابلها ويطابقها: المادة ٢٧ من القانون المدني القطـري.

٣٩) يقابلها ويطابقها: الفقرة أ من المادة ١٧ من قانون تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي البحرينـــي.

٤٠) أنظر:آية الله العظمى الشيخ جعفر السبحاني، الوسيط في أصول الفقه، الجزء الثاني.مصدر سابق. صفحة ٢٢٨. حيث يذكر: " لاشك أن الاحكام الشرعية تابعة للملاكات والمصالح والمفاسد، فربما يكون مناط الحكم مجهولاً ومبهماً وأُخرى يكون معلوماً بتصريح من الشارع، والقسم الأول خارج عن محل البحث، وأما القسم الثاني فالحكم دائر مدار مناطه وملاكه. فلو كان المناط باقياً فالحكم ثابت، واما إذا تغير المناط حسب الظروف والملابسات يتغير الحكم قطعاً".

٤١) راجع: د. عبد المجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الأول.المصدر سابقاً. فقرة ٧٨ صفحة ٥٣ ومابعدهـا.

٤٢) أشار إلى ذلك: د. هشام صادق، تنازع القوانين.المصدر سابقاً. صفحـة ٦٨٨.

٤٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع.المصدر سابقاً. فقرة ٨٠٤ صفحـــــة ١١٢٤.

٤٤) أنظر: د. حسن جليل الساعدي، الإرادة الباطنة في العقد.المصدر سابقاً. صفحة ٧٣ ومابعدها.

٤٥) ومؤلفنا في الإلتزام التضاممي (دراسة مقارنة). الطبعة الأولى، دار دجلة، عمان الأردن، ٢٠١٦. صفحة ١٤٠. وهو في الأصل رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بابل، للعام الدراســـي ٢٠١٢.

٤٦) أنظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول المجلد الأول.المصدر سابقاً. فقـــــرة ٢٠٣ صفحـة ٣٨٨.

٤٧) المصدر السابق نفسه. فقرة ٦٨ صفحة ١٨٢.

٤٨) أنظر: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول.المصدر سابقاً. فقرة ٢٩٢ صفحة ١٦٤ ومابعدها.

٤٩) أنظر: د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزام .المصدر سابقاً. فقرة ١٢٠ صفحة ١٠٨ ومابعدها.

٥٠) عرفت المادة ٥٠٦ من القانون المدني العراقي عقد البيع بأنه: " البيع مبادلة مال بمال. ".

٥١) عرفت المادة ٧٢٢ من القانون المدني العراقي عقد الإيجار بأنه: " الايجار تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر ان يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور. ".

٥٢) عرفت المادة ١٠٠٨ من القانون المدني العراقي عقد الكفالة بأنه: " الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام. ".

٥٣) أ. د. حسن الهداوي ، وأ. د. غالب علي الداوودي. القانون الدولي الخاص، القسم الثاني.المصدر سابقاً. صفحة ١٤١؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم تنازع القوانين.المصدر سابقاً. فقرة ٧٥٨ صفحة ١٠٢٥؛ أ. د. عباس زبون العبودي. تنازع القوانين.المصدر سابقاً. صفحة ١٦٩؛ د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص.المصدر سابقاً. صفحة ٢٨٨.وأنظر كذلك: أ. د. عباس زبون العبودي، القانون واجب التطبيق الذي يحكم حق المؤلف (دراسة مقارنة في ضوء الإتفاقيات النافذة في نطاق القانون الدولي الخاص)، بحث منشور في محلة العلوم القانونية، تصدرها كلية القانون جامعة بغداد، المجلد الحادي والثلاثون، عدد خاص بوقائع مؤتمر فرع القانون الخاص المنعقد بتاريخ ١٠ ـ ١١/ تشرين الثاني/ ٢٠١٥.

٥٤) بين المشرع في العراق جواز التصرف بحقوق الملكية الفكرية، إذ نصت المادة ٢٥ من قانون براءات الإختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والأصناف النباتية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ ،المنشور في الوقائع العراقية عدد ١٨٦٥ في ١٩٧٠/٤/٦، والمعدل بالأمر رقم ٨١ لسنة ٢٠٠٤ المنشور في العدد ٣٩٣٨ في ٢٠٠٤/٤/٢٦على إنه: " يجوز التصرف بالبراءة بكافة التصرفات القانونية وتنتقل ملكيتها وجميع الحقوق المترتبة عليها بالميراث ولايكون التصرف بالبراءة حجة على الغير إلا من تاريخ تأشير ذلك في السجـــــــــل المعد في الجهاز ويعلن عن التصرف بالبراءة وعن رهنها ونقل ملكيتها حسب الاصول"(يقابلها ويطابقها بالنسبة للنموذج الصناعي المادة ١٣ من الفصل الثالث – مكرر- ثالثا من ذات القانون، و يقابلها ويوافقها بالنسبة للأصناف النباتية الجديدة المادة ١٨من الفصل الثالث – رابعا من ذات القانون.)

ونصت المادة ٣٨ من قانون حق المؤلف رقـم ٣ لسنة ١٩٧١، المعدل بالأمر رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٤، والمنشور في العدد ٣٩٣٨ فـي ٢٠٠٤/٤/٢٦ على إنه: " للمؤلف ان ينقل الى الغير حقوق الانتفاع المنصوص عليها في هذا القانون الا ان نقل احد الحقوق لا يترتب عليه اعطاء الحق في مباشرة حق اخر ويشترط لصحة التصرف ان يكون مكتوبا وان يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق يكون محلا للتصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه وعلى المؤلف ان يمتنع عن اي عمل من شانه تعطيل استعمال الحق المتصرف به".

٥٥) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول.المصدر سابقاً. فقرة ٣٥٣-٣٥٤ صفحـة ١٩١-١٩٢.

٥٦) حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، أطروحة قدمت إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراة في القانون الخاص. ١٤٢٥ هـ ـ ٢٠٠٤ م. صفحـة ٢١٧.

٥٧) عباس عودة بكال الكعبي، تنازع القوانين في شكل العقد الدولي.المصدر سابقاً. صفحة ١٥.

٥٨) أ. د. حسن الهداوي ، وأ. د. غالب علي الداوودي. القانون الدولي الخاص، القسم الثاني.المصدر سابقاً. ١٣٥-١٣٦؛ أ. د. عباس العبودي. تنازع القوانين.المصدر سابقاً. صفحـة ١٦٦.

٥٩) أ. د. عباس زبون العبودي، تنازع القوانين.المصدر سابقاً. صفحـــــة ١٩٨؛ د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص.المصدر سابقاً. صفحة ٣٠٧.

٦٠) د. أحمد سلامة، علم قاعدة التنازع.المصدر سابقاً. فقرة ٨٢٩ صفحة ١١٥٣.

٦١) أنظر: أ. د. حسن الهداوي، و أ. د. غالب علي الداوودي، الفانون الدولي الخاص، القسم الثاني.المصدر سابقاً. صفحة ١٥٠، حيث يذكران:" فالعقود العينية مثلا لابد لانعقادها، في بعض القوانين، من القبض والتسليم، فإذا اختير قانون ليحكم العقد العيني المترتب على مال في العراقي فلا يترتب على ذلك العقد أي أثر مادام الاجراء الذي يتطلبه القانون العراقي لم يستوف بعد.".

٦٢) يقابلها ويطابقها: الفقرة ٢ من المادة ١٩ من القانون المدني المصري؛ المادة ١٨ من القانون المدني الجزائري؛ الفقرة ٢ من المادة ٢٠ من القانون المدني الأردني؛ الفقرة ٢ من المادة ٢٠ من قانون المعاملات الإماراتي؛ الفقرة ٢ من المادة ٢٠من قانون المعاملات العماني؛ المادة ٥٩ من القانون الدولي الخاص الكويتي؛ المادة ٢٧ من القانون المدني القطـري.

٦٣) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص.المصدر سابقاً. فقرة ٤١١ صفحة ٤٥٣-٤٥٤؛ د. هشام علي صادق، تنازع القوانين.مصدر سابق. صفحة ٨٥٠؛ د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص.المصدر سابقاً. صفحة ١٣١.

٦٤) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص.المصدر سابقاً. صفحة ٣١٦.

٦٥) أ. د. غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول.المصدر سابقاً. صفحة ٢٢٢؛ أ. د. عباس زبون العبودي، تنازع القوانين.المصدر سابقاً. صفحة ١٦٣؛ د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص.المصدر سابقاً. صفحة ٢٨٢.

٦٦) نصت المادة ٢ من قانون التسجيل العقاري المعدل على إنه: "تختص دائرة التسجيل العقاري بتسجيل التصرفات العقارية والأحكام القضائية الحائزة درجة البتات وما في حكمها الواردة على الحقوق العقارية الاصلية والتبعية وانتقال هذه الحقوق الاى الخلف العام.".

ونصت المادة ٣ منه على إنه: "

١. التصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الاصلية والتبعية او نقله او تغييره او زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكـــــــــــــــورة.

٢. لاينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري.".

٦٧) نصت المادة ١٩٣ من قانون التسجيل العقاري المعدل على إنه:" تخضع الامور المتعلقة بالاهلية والنيابة والوكالة للاحكام الموضوعية والشكلية المنصوص عليها في قوانينها عدا مانص عليه في هـــــــــــذا القانون"

٦٨) نظمت المواد (١٥٤ – ١٥٨) من قانون التسجيل العقاري المعدل المسائل التالية: شروط التسجيل بإسم الأجنبي، عدم جواز إكتسابه حق التصرف، عدد العقارات المسموح له بتملكها، جواز إكتساب الحقوق العينية التبعية، وشروط تسجيل الوقف أو الوصية على عقار مسجل بإسم أجنبي.

٦٩) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول.المصدر سابقاً. صفحة ٢٨٩.

٧٠) نصت المادة ٢٤،من القانون المدني العراقي على إن: " المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الاخرى، وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها، يسري عليها قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة للمنقول قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الامر الذي ترتب عليه كسب الحق او فقده.".

٧١) يقابلها ويطابقها: المادة ١٨ من القانون المدني المصري؛ المادة ١٧ من القانون المدني الجزائري؛ المادة ١٩ من القانون المدني الأردني؛ الفقرة ١ من المادة ١٨ من قانون المعاملات الإماراتي؛ المادة ١٩من قانون المعاملات العماني؛ المادة ٥١ من القانون الدولي الخاص الكويتـــــــــــي.

٧٢) نص القرار الصادر عن مجلس شورى الدولة بالرقم ٤٠ في ٢٠٠٦/٥/٢٥ على إنه: " حيث لاتوجد اتفاقية او معاهدة دولية نافذة المفعول يرتبط بها العراق مع اسبانيا تحدد القانون الواجب التطبيق على التصرفات العقارية. وحيث ان قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٦ هو قانون وطني لا يتعدى في تطبيقه حدود جمهورية العراق الاقليمية.

وحيث ان المواد (٢٤ – ٢٨) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ قد نظمت تنازع القوانين من حيث المكان وقدر تعلق الامر بالاختصاص التشريعي ، فقد اعتبرت المسائل الخاصة بملكية العقار وحيازته والحقوق العينية الاخرى المتعلقة به والعقود المبرمة في شأنه ، يسري عليها قانون موقع العقار.

وتأسيسا على ما تقدم من اسباب ، يرى المجلس :

اولاً :ـ ان القانون الواجب التطبيق على الحالة موضوع الاستفسار هو قانون موقع العقار اي القانون الاسباني حسب مقتضى احكام المواد (٢٤ – ٢٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

ثانياً :ـ تؤول الايرادات المتأتية عن بدلات ايجار العقار العائد الى وزارة التربية والكائن في اسبانيا ايراداً نهائيا للخزينة الفدرالية.".

قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٦، تصدرها وزارة العدل، جمهورية العراق، ، صفحة ٩٩، نسخة ألكترونية. منشور على الرابط

gjpi.org/wp-content/uploads/2006-shura-council-decisions.doc

٧٣) نصت الفقرة ثانياً من المادة ١٠ من قانون الإستثمار المعدل على إنه:" أ- ١. يجوز تمليك المستثمر العراقي او الاجنبي الأراضي المخصصة للمشاريع السكنية والعائدة للدولة والقطاع العام، وللمستثمر

العراقي او الأجنبي شراء الأرض العائدة للقطاع الخاص او المختلط لإقامة مشاريع الإسكان حصراً شريطة عدم تعارضها مع استعمالات التصميم الاساسي".

٧٤) نصت الفقرة خامساً من المادة ١٠ من قانون الإستثمار المعدل على إنه:" تستثنى العقارات التي تخصص لإقامة مشاريع إستثمارية عليها من احكام القوانين والقرارات الاتية:

أ- قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ وتحدد احتساب بدلات البيع والإيجار وفق نظام يصدر لهذا الغرض.

ب- قانون إيجار اراضي الإصلاح الزراعي للشركات الزراعية والأفراد رقم (٣٥) لسنة ١٩٨٣ وقانون اعادة تنظيم الملكية الزراعية رقم (٤٢) لسنة ١٩٨٧ وقانون تأجير الاراضي الزراعية المستصلحة رقم (٧٩) لسنة ١٩٨٥.

ج- قانون الاستثمار الصناعي رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٨ في شان احتفاظ المستثمر بقطعة الأرض المخصصة له بموجب إحكامه.

د- الفقرة (ثانياً) من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٨٥٠) في ١٩٧٩/٧/٥ المعدل بالقرار رقم (٩٤٠) في ١٩٨٧/١٢/٢١.

ه- قرارت مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقمة (٥٨١) في ١٩٨١/٥/٥ و (١١٨٧) في ١٩٨٢/٩/١٨ و (٢٢٢) في ١٩٧٧/٢/٢٦ و(١٦٥) في ١٩٩٤/١/١".

المصادر

Refrences

اولا": المصادر العامة باللغة العربيـــــة:

I. د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات. طبع على نفقة الجامعة المستنصرية. دار الحرية للطباعة، ١٣٩٦هـ _ ١٩٧٦م.

II. د. جليل الساعدي، الإرادة الباطنة في العقد (دراسة في القانون المدني العراقي). الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.

III. د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الاول (نظرية الالتزام بوجه عام). الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت – لبنان، ٢٠٠٠.

IV. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول في مصادر الإلتـــــــــــزام (مع المقارنة بالفقه الإسلامي).طبعة ثانية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٧م.

V. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الثاني في أحكام الإلتـــــــــــزام (مع المقارنة بالفقه الإسلامي).طبعة ثانية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٧م.

VI. ليث عبد الرزاق الأنباري، الإلتزام التضاممي (دراسة مقارنة). الطبعة الأولى، دار دجلة، عمان الأردن، ٢٠١٦.

VII. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية – الحقوق العينية التبعية) الجزء الثاني. بلا مطبعة، بغدادا، ١٩٨٢ م _ ١٤٠٢ هـ.

ثانيا": المصادر المتخصصة باللغة العربيـــــــة:

I. د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والإختيار بين الشرائع " أصولاً ومنهجاً ". الطبعة الأولى، مطبعة الجلاء الجديدة ، المنصورة، ١٩٩٦.

II. د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية (دراسة تأصيلية إنتقادية). الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨ .

III. د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني (تنازع القوانين، تنازع الهيئات، تنازع الإختصاص)، من مجموعة المحاضرات التي ألقيت على طلبة الصف الرابع في كلية القانون جامعة بغداد. الطبعة الأولى، مطبعة الهلال، بغداد ١٩٤٩.

IV. أ. د. حسن الهداوي ، وأ. د. غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص/ القسم الثاني (تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٢م ١٤٠٢ هـ.

V. د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين- المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني (دراسة مقارنة). الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧.

VI. أ. د. عباس العبودي، تنازع القوانين والأختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة طبقاً لأحكام القانون الدولي الخاص المقارن وأحكام القانون العراقي). الطبعة الأولى، مكتبة السنهـــــوري، بغداد، ٢٠١٤.

VII. أ. د. عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في آوربا وفي مصر. مطبعة الإعتماد بشارع حسن الأكبر بمصر، ١٣٤٢ – ١٩٢٤.

VIII. د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص (الجنسية- الموطن- مركز الأجانب- التنازع الدولي للقوانين- تنازع الإختصاص القضائي الدولي). الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣.

IX. د. هشام علي صادق، تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة لتنازع القوانين والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري). الطبعة الثانية، منشآة المعارف ، الإسكندرية، بلا سنة طبع.

X. د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص. دار الطالب،، الإسكندرية، ١٩٥٥.

XI. د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص (وفق القانونين العراقي والمقارن). الطبعة الثانية، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة- بغداد ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧م.

ثالثا": البحوث والمقالات:

I. أ. د. عباس زبون العبودي، القانون واجب التطبيق الذي يحكم حق المؤلف (دراسة مقارنة في ضوء الإتفاقيات النافذة في نطاق القانون الدولي الخاص)، بحث منشور في محلة العلوم القانونية، تصدرها كلية القانون جامعة بغداد، المجلد الحادي والثلاثون، عدد خاص بوقائع مؤتمر فرع القانون الخاص المنعقد بتاريخ ١٠ – ١١/ تشرين الثاني/ ٢٠١٥.

رابعا": الشريعة الإسلامية:

I. آية الله العظمى الشيخ جعفر السبحاني، الوسيط في أصول الفقه (كتاب يبحث عن الدلة اللفظية والعقلية بين الإيجاز والإطناب)، طبعة مصححة ومنقحة. الطبعة الاولى، دار جواد الأئمة (ع) للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١م.

II. الإمام علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق وتغليق الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الجزء الثامن. الطبعة الثانية، منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ٢٠٠٣ م – ١٤٢٤ هـ .

III. المغني، موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة على مختصر ابي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الخرقي، مع الشرح الكبير لابي فرج عبد الرحمن بن ابي عمر ممد بن احمد ابن قدامة المقدسي، الجزء الخامس. دار الكتاب العربي، بلا مكان او سنة طبع.

IV. د. مصطفى الزلمي، الصلة بين علم المنطق والقانون. مطبعة شفيق، بغداد، ١٤٠٦ هـ ١٩٨٦م.

خامسا": باللغة العربية:

I. عباس عودة بكال الكعبي، تنازع القوانين في شكل العقد الدولي. رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، ١٤٣٠هـ – ١٩٩٩م.

سادسا": الأعمال التحضيرية:

I. مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول. وزارة العدل. مطبعة احمد مخيمر، مصر، بلا تاريخ نشر.

سابعا": المنشورات القضائية:

I. قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٦.

ثامنا": التشريعات:

<u>قوانين جمهورية العراق:</u>

- **<u>القوانين:</u>**

I. القانون المدنـــي رقـم ٤٠ لسنـــــــــة ١٩٥١ (المعـــدل).
II. قانون رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٥ قانون التعديل الثاني لقانون الإستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦.
III. قانون التوقيع الألكتروني والمعاملات الألكترونية رقم ٨٧ لسنـــة ٢٠١٢.

- **<u>قوانين الدول العربيـــــــة:</u>**

I. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنـة ١٩٤٨.
II. قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي (الكويتي) رقم ٥ لسنة ١٩٦١.
III. التقنين المدني الجزائري لعـام ١٩٧٥.
IV. القانون المدني الأردني لسنـة ١٩٧٦.
V. التقنين المدني القطري رقم ٢٢ لعـام ٢٠٠٤.
VI. قانون المعاملات المدنية العماني لعام ٢٠١٢.

- **<u>Foreign Laws:</u>**

I. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (RomeI).

<u>تاسعا": اهم المواقع الالكترونية:</u>

I. قاعدة التشريعات العراقيـــة http://www.iraqld.iq
II. المكتبة القانونية المحلية للقانون العراقي http://www.iraq-lg-law.org
III. السلطة القضائية العراقيـة http://www.iraqja.iq
IV. وزارة العدل العراقيـــة http://www.moj.iq
V. كلية القانون جامعة بغـــــداد http://www.colaw.uobaghdad.edu.iq

VI. كلية القانون جامعة بابـــــــل http://law.uobabylon.edu.iq/

VII. المجلات الأكاديمية العلمية العراقيـــــــــة http://www.iasj.net