النظرية الشخصية المحددة لدور للإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق

((دراسة في تنازع القوانين))

د. كريم مزعل شبي
استاذ مساعد
وزارة الاتصالات

م.م.ثامر داوود عبود خضير الشافعي

المقدمة:-

أولا": موضوع البحث واهميته:

ان استقرار قاعدة قانون الإرادة لم يتم بشكل نهائي إلا في نهاية القرن التاسع عشر وفي رحاب المذاهب الفردية ، تلك المذاهب التي نتجت من رحمها النظرية الشخصية ، وهذه النظرية ترتكز على مبدأ سلطان الإرادة والاعتراف للفرد بحقوق مصدرها طبيعته الإنسانية الحرة ، وان حقه في الحياة هو الأساس لكل الحقوق الأخرى ، وهذا الحق يمنح إرادته القدرة على إنشاء المراكز القانونية بصورة مستقلة على القانون الذي يقصر دوره على تمكين الفرد والسماح له من استعمال الحقوق التي يتمتع بها ، وبذلك يتحقق مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود ، حيث تصبح الإرادة مصدر القوة الملزمة للعقد ، ويكون أطراف العقد بمثابة مشرعين لالتزاماتهم بحسب نصوص وبنود العقد .

تُعد مسالة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي من أهم المسائل القانونية التي تثيرها دراسة هذه العقود ، لأن تحديد قانون معين يقوم بتنظيم وحكم العقد ليس مجرد تفضيل أو ترجيح قانون على آخر على نحو نظري دون ان يأخذ بحسبان النتائج المترتبة على هذا التحديد ، بل ان هناك جدوى عملية للدراسة هذه تكشف عن ان تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال دور الارادة وفق النظرية الشخصية يرتب نتائج وآثاراً قانونية غاية في الأهمية على مجمل العملية العقدية ، إذ يشكل القانون المطبق على العقد الأساس الذي يجري في نطاقه تقدير مدى صحة العقد من ناحية ، والذي ترتكز عليه حقوق والتزامات أطرافه من ناحية أخرى وان الارادة ليست مطلقة في هذا الجانب انما هي محددة باتجاهات ولكل اتجاه معاييره المحددة.

ونظراً لأهمية موضوع اختيار القانون الواجب التطبيق لحل مشكلة تنازع القوانين ودور الارادة حسب النظرية الشخصية في العقود الدولية من أهم موضوعات البحث التي أثارت وتثير جدلاً وخلافاً في نطاق الدراسات والاتجاهات الفقهية والقضائية المتعلقة بها ، نظراً

للتطور والتنوع الكبيرين اللذين أصابا أنماط هذه العقود ، واللذين أديا إلى ان أصبحت غالبية التشريعات الوطنية عاجزة عن مجاراة هذا التطور بقواعد ونصوص تعالجها.

ثانيا": اشكالية البحث:

ان موضوع البحث قائم على محور اساسي هام هو ان أنصار النظرية الشخصية ذهبوا إلى تقديس إرادة الفرد في التعاقد والاعتراف بحق المتعاقدين ليس في إبرام العقد فحسب بل وفي تحديد مختلف شروطه ، فضلاً عن حقهم في اختيار القانون الذي يرونه أكثر تعبيراً عن مصالحهم المشتركة لتنظيم العقد المبرم بينهم ويترتب على هذا الاختيار الذي يستند على وفق هذه النظرية إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة ان يندمج القانون المختار في العقد وتنزل أحكامه منزلة الشروط التعاقدية التي يستطيع المتعاقدون الاتفاق على ما يخالفها حتى ولو كانت ذات صبغة آمرة.

ومن ثم فان هذا المفهوم لمبدأ سلطان الإرادة بحسب النظرية الشخصية قد انتقل من إطاره الفلسفي النظري إلى الواقع القانوني ، بحيث أصبحت إرادة الأطراف كافية بذاتها لإقامة النظام القانوني لعلاقاتهم العقدية .

وقد كان لبعض القضاء موقفه المؤيد لهذه النظرية ، فقد التزم بتطبيق نصوص العقد طبقاً لما تم الاتفاق عليه بين أطرافه ، بوصفه قانون الأطراف . كما كان للفقه موقفه من هذه النظرية .

ثالثا: منهجية البحث

انتهج الباحث أسلوب البحث القانوني التحليلي من خلال عرض الآراء الفقهية وتحليلها وبيان اتجاهاتها ومناقشتها وترجيح الآراء السديدة منها وتعزيزها بالتطبيقات القضائية ان وجدت ، فضلاً عن عرض النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع والتعليق عليها .

وقد اعتمدت الدراسة أيضاً على الأسلوب المقارن لبيان موقف بعض القوانين العربية والأجنبية التي ربما تعرضت لموضوع البحث بتفصيل أكثر من غيرها ، فضلاً عن بيان موقف الاتفاقيات الدولية وما استجد من نظريات حديثة في هذا المجال .

رابعاً : - خطة البحث

ولاجل تسليط الضوء على المسائل القانونية والفقهية والقضائية في النظرية الشخصية والمعايير المحددة لها قسمنا البحث الى مباحث ثلاث ومقدمة وخاتمة.

البحث الاول : مفهوم نظرية البحث والنتائج المترتبة على تطبيقها .

البحث الثاني : معايير النظرية الشخصية المحددة للارادة .

البحث الثالث : موقف الفقه والقضاء من النظرية الشخصية .

ومن الله التوفيق.

المبحث الأول
مفهوم النظرية الشخصية والنتائج المترتبة على تطبيقها

تميز القرن التاسع عشر بأنه عصر المذهب الفردي والحرية الاقتصادية والرأسمالية المزدهرة ، وكان مما يتفق مع كل هذه الاتجاهات ان تحاط نظرية العقد بهالة من التقديس .

وأن العقد هو الوسيلة القانونية التي يقوم عليها النشاط الاقتصادي ، وقد كان للإرادة في ظل النظام الفردي الحرية الكاملة في ان تنشأ ما تشاء من العقود وان ترتب عليها ما تشاء من الآثار بوصفها مظهر الشخصية من الناحية القانونية .

في ضوء ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين يتناول المطلب الأول مفهوم النظرية الشخصية أما المطلب الثاني فسوف ينصب على النتائج المترتبة على تطبيق هذه النظرية .

المطلب الأول
مفهوم النظرية الشخصية

نتناول مفهوم النظرية الشخصية من خلال فرعين الأول منهما يتناول مضمون النظرية الشخصية ويتناول الثاني مبدأ سلطان الإرادة وأثره في العقود الدولية .

الفرع الأول
مضمون النظرية الشخصية

استقر مبدأ سلطان الإرادة مع نهاية القرن التاسع عشر ، بحيث أصبح هذا المبدأ لا يمثل تبريراً لحل مسبق في تنازع القوانين في العقود الدولية بل أصبح هذا المبدأ هو الحل نفسه بما يكفله للإرادة في ذاتها من حق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد بصفة مستقلة عن أي حل سابق[١] .

وقد بدت ملامح النظرية الشخصية تتضح وتتبلور كترجمة حية وصادقة لفقه (لوران) الذي يرى ان اختيار المتعاقدين لقانون العقد يرتد إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة متأثراً في ذلك بالمدرسة الفردية ونظام الاقتصاد الحر بوصفهما تعبيراً عن مبدأ سلطان الإرادة ، ذلك المبدأ الذي يعد انعكاساً قانونياً للفلسفات الاجتماعية والاقتصادية التي كانت سائدة في ذلك الوقت ، والتي كانت تقدس الحرية الفردية وتسمو بها فوق القانون حتى وإن كان ذلك على حساب المصلحة العامة للجماعة[٢] .

وبذلك ولدت النظرية الشخصية في رحاب الفكر الفلسفي للمذهب الفردي الذي ساد خلال القرن التاسع عشر ، والذي يقوم على تقديس حرية الفرد بوصفها حقاً طبيعياً وفطرياً له، فالفرد وحريته هي الغاية التي وجدت من اجلها الجماعة التي تعيش فيها وليس العكس[٣] .

وبهذا فقد غالى أنصار النظرية الشخصية في تقديس مبدأ سلطان الإرادة إلى حد القول بأن إرادة المتعاقدين هي شريعتهم الملزمة ، وهي لا تحتاج في هذا الإلزام إلى قوة القانون ، فالعقد ملزم في ذاته وهو لا يستمد هذا الإلزام من القانون وإنما من إرادة المتعاقدين ، وإذا كان للقانون من دور في هذا المجال فهو لا يتعدى تأكيد احترام حرية الأفراد في التعاقد ، ومن ثم يتعين ان ينحصر دور القانون في حماية هذه الحرية ، دون ان يكون له أي دور اجتماعي أو اقتصادي آخر سواء حماية الطرف الضعيف أو إدراك مصلحة عامة[٤] .

إن اصطلاح سلطان الإرادة في المجال القانوني بصفة عامة يراد به جعل الإرادة مصدراً ومعياراً للحقوق الشخصية بوصفها الأداة الخالقة للقانون مما ينبثق عنه في مجال القانون الداخلي عدة مبادئ هامة مثل مبدأ حرية التعاقد واحترام إرادة المتعاقدين في تفسير وتنفيذ العقد ، فإذا كان المقصود من اصطلاح سلطان الإرادة المعنى العام المتقدم ، فان أهم النتائج المترتبة على هذا المصطلح في مجال القانون الدولي الخاص هي قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد[٥] ، بل يمكن الذهاب إلى ابعد من هذا فهم يستطيعون استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة ممارسة بعض السلطات على القانون المختار ، على نحو يخلع عنه صفته كقانون ، إذ يحوله إلى مجرد شرط تعاقدي لا سلطة له على الأطراف إلا في حدود ما يقرره هؤلاء أنفسهم له[٦].

وأنصار النظرية الشخصية يردون قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد إلى مبدأ حرية التعاقد الذي يمنح الإرادة سلطاناً مطلقاً في هذا الشأن يرتفع بها فوق القانون الذي يستمد قوته الملزمة على هذا النحو من اتفاق الأطراف على اختيار أحكامه لتنظيم الرابطة العقدية ، لأن اختيار المتعاقدين لقانون العقد لا يتم بناء على قاعدة من قواعد تنازع القوانين وإنما يستند إلى مطلق سلطان الإرادة[٧] .

أما في الفرض الذي لا توجد فيه إرادة صريحة تؤكد القانون الذي يحكم العقد سوى في حالة إدماج نصوصه في العقد ذاته أو بالإشارة إلى ذلك القانون ، فان أنصار النظرية الشخصية يؤكدون على ضرورة البحث عن نية الأطراف –الإرادة الضمنية – من خلال ظروف العقد وملابسات إبرامه ، من دون التقيد بضابط إسناد محدد سلفاً ، مثل مكان الإبرام أو موقع المال ، أو اللغة التي حرر بها العقد أو مكان التنفيذ ، أو شرط الاختصاص القضائي .

وهذا يعني عدم وجود قانون مسبق ينظم العملية العقدية ، فالأمر متروك للأطراف تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، بغية التخلص من هيمنة قانون مكان الإبرام الذي كان سائداً في السابق، والاعتراف للأطراف بحرية الخضوع للنظام القانوني الذي يعبر عن إرادتهم ويحقق مصالحهم المشتركة ، ويتفق مع ظروف علاقاتهم العقدية[٨] .

نخلص مما تقدم إلى ان الأمر يعود في نهاية المطاف – بحسب النظرية الشخصية– للإرادة فإذا شاءت فالعقد لا يخضع إلى أي قانون ، وإذا شاءت كان القانون المختار بنداً كبقية البنود في العقد .

فالقانون الذي عينته الإرادة ليست له بذاته قوة الإلزام إلا في الحدود التي ترسمها له تلك الإرادة [٩] .

وعلى الرغم من أهمية النظرية الشخصية في نقل مبدأ حرية الإرادة من نطاق العقود الداخلية إلى العقود الدولية وما يمكن ان يقدمه هذا المبدأ من توفير اليقين القانوني للمتعاقدين ويحافظ على توقعاتهم المشروعة فضلاً عن تشجيعه على إبرام العقود الدولية .

فان هناك الكثير من رجال الفقه كان لهم رأي واتجاه آخر في تحديد دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود ذات الصفة الدولية وقد قدموا من اجل تبرير رأيهم هذا العديد من الحجج والتبريرات المنطقية التي سنحاول بحثها وتسليط الضوء عليها في الفصل الثالث من هذا البحث.

الفرع الثاني

مبدأ سلطان الإرادة وأثره في العقود الدولية

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة قدرة الإرادة على إنشاء التصرف القانوني وتحديد الآثار التي تترتب عليه ، فتستطيع الإرادة ان تنشئ عقداً لا يعرفه القانون، وان تتجه إلى ما يخالف أحكام العقود التي نظمها القانون ، وان تجعل من العقد ألرضائي عقداً عينياً أو شكلياً[١٠] .

إن مبدأ سلطان الإرادة هو نتاج فلسفة السياسة الفردية في القرن الثامن عشر والحرية الرأسمالية في الاقتصاد التي بلغت أوجها في القرن التاسع عشر[١١].

وقد كانت الفكرة آنذاك تقوم على أساس ان حماية الحرية الفردية هي سبب وجود النظام العام ، وكانت القيود على الحرية تعد مبررة فحسب في الحدود التي كانت فيها ضرورية للمحافظة على الحرية ومن ثم فان الحرية هي الهدف الأعلى للقانون ، وكل نزول عن هذه الحرية يتطلب عذراً ، والعذر الوحيد يكون في ضرورة حماية الحرية ، ومن ثم كانت الحرية والنظام العام يمثلان وجهين لفكرة واحدة[١٢] .

إن المذهب الفردي ينطلق من ان النظام الاجتماعي يقام أساساً لإسعاد الفرد فهو الغاية، ويسخر أفراد المجتمع من اجلها ، والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية ، وان مظاهر هذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة ، وان مهمة القانون الأساسية هي تحقيق حرية كل فرد والتوازن بينها من اجل أن لا تتعارض مع حريات الآخرين .

وان القانون يكون قد أدى دوره وحقق العدل القانوني إذا حفظ النظام الاجتماعي ومكن إرادات الأفراد من التعايش جنباً إلى جنب ، ولا يهم بعد ذلك إذا تحققت العدالة الاجتماعية أم لم تتحقق ، فهو يترك الناس لأنفسهم ينشئون علاقاتهم على هواهم(١٣) .

وعلى ذلك تكون روابط الفرد بغيره من أفراد المجتمع قائمة على الإرادة الحرة ، ومن ثم فانه لا يخضع إلى أي التزام لم يكن قد ارتضاه مختاراً ومقدماً ، وبهذا تقدست حرية الفرد وتقرر مبدأ سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين(١٤) .

وهناك من يرى حقيقة مبدأ سلطان الإرادة ، ان الإرادة وحدها هي التي يجب ان تسيطر في الميادين كافة ، فالعقود في الميدان الاقتصادي لا تخضع في تكوينها وفي الآثار التي تترتب عليها إلا لإرادة المتعاقدين ، وهي كفيلة على وفق قانون العرض والطلب بتنظيم الحياة الاقتصادية تنظيماً يحقق العدل ألتوزيعي(١٥) .

فيكون مبدأ سلطان الإرادة نظرية فلسفية قانونية مؤداها ان الإرادة البشرية هي التي تصنع قانونها لنفسها ، فإذا التزم شخص بمقتضى تصرف قانوني ، أو عقد بصفة خاصة فلأنه أراد ذلك ، فالعقد هو مبدأ الحياة القانونية ، والإرادة الفردية هي مبدأ العقد(١٦) .

وان هناك من يذهب إلى القول وهو بصدد إيضاح مفهوم مبدأ سلطان الإرادة إلى ان تقدير عدالة العقد أمر يرجع إلى المتعاقدين ولا يمكن تقويمه بمنظور موضوعي أو من قبل شخص غير طرف في العقد وإنْ كان جهة تشريعية أو قضائية ، وإنْ وجد تنظيم تشريعي لا يمكن إلا ان يكون مكملاً لإرادة المتعاقدين ، وإذا ظهرت الحاجة إلى التفسير فيجب على القاضي ان يبحث عن النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين(١٧) .

ومن خلال الكلام المتقدم يبدو ان مبدأ سلطان الإرادة قد ألقى بظلاله على العقد سواء كان ذلك وقت إبرامه أم بعده ، لأن الشخص كقاعدة عامة يمتلك حرية واسعة في ان يتعاقد أو يمتنع عن التعاقد ، فإذا تعاقد كان له ان يحدد مضمون العقد كيفما يريد ومن ثم له الحرية في تحديد مضمون ذلك التصرف وآثاره .

وقد طرحت العديد من المبررات التي تؤكد على الدور الرئيس لمبدأ سلطان الإرادة في مجال العلاقات الخاصة الدولية ومنها التوافق مع توقعات المتعاقدين لأن مبدأ سلطان الإرادة يؤدي إلى توقع وتحديد المجال الذي تندرج فيه علاقات المتعاقدين فحرية التعاقد التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة تؤدي إلى منح أطراف العقد حرية واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق إلى اختيار القانون الذي يتلاءم مع النتيجة التي يريدون التوصل إليها على سبيل المثال اختيارهم لقانون أجنبي ينظم عقداً غير معروف في القانون الوطني ، لان اختيار الأطراف لقانون معين يفترض فيه إنهم على علم بأحكامه وبالنتائج المترتبة عليه .

كما ان الأمان القانوني للأطراف في العقد يكمن في إمكانية تصور وتنظيم أفعالهم وتصرفاتهم بالنظر إلى القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العلاقة المطروحة ، فهؤلاء

الأطراف يجب ان تتوافر لديهم إمكانية معرفة أي قانون سيطبق على عقدهم ، فمنح رخصة الاختيار للأطراف يؤدي إلى تحقيق أمرين هما تجنب عدم اليقين بشأن النظام القانوني المختص بحكم العلاقة العقدية والسماح للأطراف باختيار قانون يؤدي إلى تحقيق الآثار القانونية المنشودة والتي يرغبون في تحقيقها ، وبذلك فان مبدأ سلطان الإرادة للأطراف يكفل توقعاً كاملاً للقانون الذي يطبق على عقدهم ، ويشجع على إبرام العقود الدولية ، فهو يسمح للأطراف بإمكانية استبعاد القانون الذي يكون اختصاصه غير مقبول بالنسبة لأحدهم ، أو حتى اختيار قانون محايد لحكم العقد[١٨] .

ويعمل مبدأ سلطان الإرادة على تطور وتقدم التجارة الدولية ، ويضمن تحقيق مصالحها بسماحه للإطراف باستبعاد القوانين التي يؤدي تطبيقها إلى إعاقة حركة تلك التجارة، حيث لا تصلح هذه القوانين إلا لتنظيم العلاقات الداخلية بينما يكون تطبيقها غير مقبول على العقود الدولية[١٩] .

صفوة القول ان حرية الاختيار التي تمنح لأطراف العقد الدولي في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم تؤدي إلى تحقيق العديد من المزايا فهي تؤدي إلى حماية اليقين القانوني والتوقعات المشروعة من جهة ، وتؤدي من جهة أخرى إلى مراعاة مصالح هؤلاء والمساهمة في تقدم وتطور التجارة الدولية .

ومع ذلك فان مبدأ سلطان الإرادة وما ترتب عليه من نتائج من أبرزها الكفاية الذاتية للعقد أو ان العقد شريعة المتعاقدين ، لم يسلم من النقد ولاسيما مع نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين وعلى اثر انتشار الاتجاهات الاجتماعية والاشتراكية[٢٠] .

فقد أدى إطلاق مبدأ سلطان الإرادة إلى استغلال الإنسان الضعيف ، وتحكم المنتجون في تحديد أسعار السلع والخدمات سعياً وراء الربح ، هذا بالإضافة إلى أنّ حرية المتعاقدين قد وردت عليها الكثير من القيود حيث اتسع نطاق النظام العام بما يفرضه من قيود على حرية إبرام العقود ، وأثرت الاتجاهات الاجتماعية أو الاشتراكية على الكثير من التشريعات في ما يتعلق بحرية تحديد آثار العقود ، فلم يعد للمتعاقدين مجال كبير في الاتفاق على ما يخلفه العقد من آثار. بحيث أصبح العقد موجهاً أو مداراً بواسطة القانون لا بواسطة المتعاقدين ولعل المثال الواضح على ذلك عقود العمل حيث تكفل القانون في العديد من الدول بتحديد التزامات وحقوق كل من العامل وصاحب العمل بحيث لم يعد بإمكانهما الاتفاق على أحكام تخالف ما أورده القانون إلا في أضيق الحدود وبما يحقق مصلحة العامل .

وفيما يتعلق بقاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين ، فان الكثير من التشريعات الحديثة أجازت للطرف الضعيف في العقد ان يتحلل منه بإرادته المنفردة في بعض الحالات كذلك وسع القانون من سلطة القضاء ، فأجاز له ان يتدخل في الكثير من الحالات ليعدل ما اتفق عليه المتعاقدان ، أو يعفي احد المتعاقدين من بعض الشروط .

وهذا ما يمكن ملاحظته في عقود الإذعان ونظرية الظروف الطارئة ومدى سلطة المحكم بالأخذ بهما في مجال المنازعات ذات الطابع الدولي[٢١] .

وبهذا الشكل انحصر مبدأ سلطان الإرادة في مجاله الطبيعي ، وأصبح القانون هو الذي يخول للإرادة سلطة إبرام العقد والاستفادة من آثاره .

فإرادة المتعاقدين لا تعلو فوق القانون ، وإنما تستمد قوتها الملزمة من أحكامه ، فهي ليست حرة إلا في خارج نطاق قواعده الآمرة . ولا يختلف الأمر كثيراً في القانون الدولي الخاص ، حيث لم تعد الإرادة قادرة على تحرير العقود الدولية من سلطان القانون ، أو إخراجها على هذا النحو من دائرة التنازع ، وإنما انحصر دورها في إخضاع هذه العقود لحكم القانون[٢٢] .

وعلى الرغم من ذلك فان هناك عودة حديثة إلى تعاليم المذاهب الفردية المغالية في تقديس الفرد وتأكيد سلطان إرادته ، والتي تأتي في حقبة زمنية تأكد فيها انحسار التيار الاجتماعي أو الاشتراكي العالمي في أواخر الثمانينات وأوائل التسعينات من القرن العشرين ليستمر الحال باجتياح العالم من قبل التيار الفردي الجارف في رحاب عصر العولمة الذي نعيشه هذه الأيام ، والذي يعبر عن مصالح المشروعات الرأسمالية العملاقة العابرة للقوميات والتي يعدها البعض النموذج الاستعماري الحديث لفرض السيطرة الاقتصادية والسياسية على دول العالم الثالث، هذا التيار الذي ألقى بظلاله على التنظيم القانوني لعقود التجارة الدولية فقد بذلت الشركات المتعددة الجنسيات جهودها لتكريس مبدأ سلطان الإرادة وإطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد في هذا المجال ، لإدراكها بأن في سيادة هذا المبدأ إعلاء لإرادة الطرف القوي على حساب الضعفاء اقتصادياً من المتعاملين معه ولاسيما في دول العالم الثالث ، الذين لا يملكون في الغالب إلا الإذعان لما يفرضه من شروط[٢٣] .

ولعل هذه العودة الحديثة إلى تعاليم المذاهب الفردية تظهر في ميل قضاء التحكيم الدولي في الكثير من أحكامه إلى اعتناق النظرية الشخصية التي تعتد بمطلق سلطان الإرادة وتنزل القانون المختار بمنزلة الشروط العقدية استجابة لمصالح القوى الرأسمالية الكبرى ، وهو ما يترتب عليه عملاً إفلات عقود التجارة الدولية من الأحكام الآمرة في القوانين الداخلية مع تصور خضوعها مع ذلك للأعراف التجارية الدولية التي يتكون منها ما يسمى بالقانون التجاري الدولي[٢٤] .

والبعض يدعو إلى الحذر عند مطالعة مشروع القرار الذي انتهى إليه مجمع القانون الدولي في اجتماعه الذي انعقد في مدينة (بال) بسويسرا خلال آب من عام ١٩٩١ في شأن القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية المبرمة بين أشخاص القانون الخاص ، هذا المشروع الذي وصفه الأستاذ الألماني (Wengler) بأنه قد جاء معبراً عن ذروة الاتجاه نحو الاعتداد بمبدأ سلطان الإرادة في هذا المجال ، وهو اتجاه سعى المجتمعون إلى تبريره استناداً

إلى الاحترام المتطلب لحقوق الإنسان ، ولعل من بينها حقه في إدارة شؤونه التجارية على النحو الذي يراه[٢٥] .

المطلب الثاني
النتائج المترتبة على تطبيق النظرية الشخصية

يترتب على الأخذ بمنطق النظرية الشخصية العديد من النتائج ولعل من أهمها ان يصبح العقد الدولي طليقاً من دون قانون يحكمه وكذلك الثبات الزمني لقانون العقد وعدم اشتراط وجود صلة معينة بين العقد والقانون المختار ، فضلاً عن النتائج الأخرى المتأتية من تطبيق النظرية الشخصية ، وفي ضوء ذلك نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع وكما مبين في ما يأتي :

الفرع الأول : العقد الدولي الطليق (العقد بدون قانون) .

الفرع الثاني : الثبات الزمني لقانون الإرادة (الثبات التشريعي) .

الفرع الثالث : عدم اشتراط وجود صلة معينة بين العقد والقانون المختار.

الفرع الأول
العقد الدولي الطليق (العقد بدون قانون)

إن العقد الدولي الطليق هو – في رأي أنصاره – العقد الذي لا يخضع للقوانين الوطنية ، بل يستمد نظامه من إرادة الأطراف أنفسهم ، فهم يستطيعون تحقيق مبدأ التنظيم الذاتي للعقد ، أو العقد المنظم ذاتياً ويعين على ذلك ، عادات وأعراف التجارة الدولية[٢٦] .

إن فكرة العقد بدون قانون هي من نتائج النظرية الشخصية المستند في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد الدولي إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة الذي يمنح المتعاقدين حرية مطلقة في اختيار قانون العقد بحيث تندمج أحكامه في شروط العقد وتنزل منزلة هذه الشروط التعاقدية ويحق للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالف هذه الأحكام القانونية من القانون المختار وان كانت ذات صفة آمرة وهذا ما يؤدي إلى بقاء العقد بدون قانون يحكمه وإخراجه من نطاق تنازع القوانين ، ومادام اختيار القانون وفق هذا الرأي يستند إلى مطلق سلطان الإرادة فان البعض من أنصار النظرية الشخصية يرى عدم الحاجة إلى اختيار قانون لحكم العقد لان العقد المتحرر من سلطان القانون هو شريعة المتعاقدين ويتسم بالاكتفاء الذاتي فهو يتضمن تنظيماً إتفاقياً مفصلاً فإذا كان العقد الدولي مفصلاً ومحبوكاً في صياغته القانونية فانه يوجد التزامات بإمكانها ان تلزم بذاتها الأطراف وتغني المحكمة عن الاستعانة بقواعد القانون التي لا تلائمه[٢٧] .

وقد تعرضت فكرة العقد الدولي الطليق إلى عدد من سهام النقد ومنها ان منطق عدم إخضاع العقد الدولي لقانون معين يغفل ان الإرادة الحرة ليست احد المبادئ التي يحددها

القانون ، وانها لا تستمد قوتها الملزمة إلا من القانون ذاته ، وكما قال بروشيه (Brocher) ان مبدأ سلطان الإرادة ليس مطلقاً ، وانه لا يتحقق إلا في إطار القوة المشروعة للقوانين الملزمة التي تفرض على الإرادة قيوداً ، سواء من حيث إنشاء التصرف القانوني ، أو من حيث الآثار المترتبة على هذا التصرف[٢٨] .

كما انه إذا كان باستطاعة الأطراف في العقد الدولي حل تنازع القوانين باختيار قانون معين فهم عندما يحددون قانوناً معيناً ليحكم عقدهم ،

فان هذا العقد يصبح لزاماً وبالضرورة خاضعاً ومحكوماً بذلك القانون ، دون ان يكون بإمكانه الإفلات منه .

وهذا هو التفسير الذي يتفق مع مبدأ قانون الإرادة منذ فقه العلامة (سافيني) والذي حرص على إبراز ان المراد ليس هو مجرد (الاختيار الإرادي) ، والإسناد إلى قانون معين ، بل هو (الخضوع الإرادي) لذلك القانون[٢٩] .

وفضلاً عن ما تقدم فان بعض الفقه ينتقد فكرة العقد دون قانون ، على أساس انها تعطي للأطراف سلطة مطلقة بغير حدود ، وتعطي للقضاء والمحكمين كذلك سلطة لا تقبل الرقابة[٣٠] .

والملاحظ ان احدث التشريعات في مجال القانون الدولي الخاص ، تقرر صراحة وجوب خضوع العقد الدولي لقانون وطني معين ومنها القانون الدولي الخاص الاسباني لعام ١٩٧٤ في المادة (١٠) من الباب التمهيدي للقانون المدني ، والقانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٩ في المادة (٢٤) وما بعدها ، والقانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩ في المادة (١/٣٥) منه ، والقانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢ في المادة (٢٤) ، والقانون الدولي الخاص اليوغسلافي لعام ١٩٨٣ في المادة (١٩) وما بعدها ، والقانون الدولي الخاص البيروئي لعام ١٩٨٤ في المادة (٢٠٩٥) منه . ولا يقتصر رفض فكرة العقد الدولي الطليق على التشريعات الوطنية ، بل ان الاتفاقيات الدولية التي تنظم مسائل تنازع القوانين في العلاقات الاقتصادية الدولية ، قد أسهمت بدورها في تأكيد خضوع العقد للقانون لما يوفره ذلك من حفاظ على توقعات الأطراف واستقرار علاقاتهم عبر الحدود منها اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤ بشأن البيوع الدولية للأشياء المادية المنقولة واتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٧ والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري وكذلك اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ في المادة (٣) منها[٣١] .

ومن خلال استقراء الواقع القضائي للعقود الدولية ، سواء أكان قضاء دولياً أم وطنياً أم تحكيمياً يبصر بأن القضاء لم يكن مذهبه يوماً محاولة تخليص تلك العقود من حكم القانون، بل كان يدرك دائماً ان في رحاب القانون تنمو علاقات الأفراد عبر الحدود ، لما يقدمه من تحديد دقيق لالتزامات الأطراف على نحو يحفظ التوقع اللازم لاستقرار روابط هؤلاء ، ويحمي الطرف الضعيف اقتصادياً في مواجهة الطرف الآخر[٣٢] .

ويرى بعض الشراح ان العقد لا يرتب أثراً إلا بمقتضى القانون فهو لا يمكن ان يوجد في فراغ قانوني بل لابدَّ وان يخضع في تكوينه وشروطه وآثاره لقانون بلد معين وهو الأمر الذي أكده القضاء العادي في كثير من أحكامه حيث ظل هذا القضاء أميناً على إسناد العقود الدولية لأحد القوانين الوطنية التي تعينها قواعد الإسناد في بلد القاضي المطروح عليه النزاع المتعلق بالعقد ومن هذه الأحكام حكم محكمة الاستئناف في انكلترا سنة ١٩٨٣ في قضية (Amin Rasheed SHippng) ، والحكم الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية (الغرفة المدنية الأولى) سنة ١٩٩٧ في قضية (شركة موبيل لبحر الشمال)[٣٣] .

وإذا كانت فكرة العقد بدون قانون لدى فقه النظرية الشخصية التقليدي تعني الاكتفاء الذاتي للعقد بوصفه تنظيماً إتفاقياً مفصلاً للعلاقات العقدية بحيث يعد العقد كافياً بذاته لحكم العلاقة بين أطرافه ، فان الفقه الحديث المؤيد لفكرة العقد الطليق من دون قانون يرفض هذا المعنى ، حيث يرى هذا الفقه – الحديث – بأن العقد الطليق هو العقد الذي لا يخضع لسلطان القوانين الداخلية إلا انه يبقى خاضعاً لقانون التجارة الدولي ، أي قانون التجارة الدولية الذي تشكلت قواعده في مجتمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود خارج إطار القوانين الوضعية للدول المختلفة لكون هذه القوانين على رأي بعض الفقه لا تساير معطيات العلاقات الاقتصادية الدولية ، وبهذه الفكرة الدولية ، وهو ما يدعو إلى التنبيه ، بأن التهرب من القوانين الوطنية يعود بالأساس إلى التخلص من قوانين الدول النامية التي لا تتماشى مع شركات الدول الرأسمالية الغربية التي تستثمر أموالها في الدول النامية بموجب عقود تنظم أساساً بصيغ تخدم مصالح الدول الرأسمالية الكبرى وشركاتها[٣٤] .

وقد أكد الدكتور احمد عبد الكريم سلامة على ان (العقد الدولي لا يمكنه ان يفلت أو يصير طليقاً من سلطان القوانين الوضعية ، كي يخضع لتنظيم ذاتي يجد أساسه في عادات وأعراف التجارة الدولية ، وذلك في المرحلة الراهنة لواقع العقود الدولية ، بل لا نتجاوز الحقيقة ، إذا قلنا ان تلك القوانين ستظل تحكم سيطرتها على العقد الدولي ، من خلال منهج قاعدة الإسناد ومنهج القواعد ضرورية التطبيق وذلك لفترة زمنية غير قصيرة ، سوف يحدد لنا تطور الفكر القانوني منتهاها)[٣٥] .

ومن كل ما تقدم فان منطق النظرية الشخصية بشأن العقد الدولي الطليق يناهض صحيح القانون فإرادة المتعاقدين ليست طليقة ، وإنما هي مقيدة بنصوص القانون الآمرة التي

تهدف إلى حماية المصالح العليا للجماعة ، فالعقد ليس مسالة خاصة بأطرافه فقط ، وإنما هو واقع اجتماعي يخضع للقانون الذي تفرضه الجماعة التي ينشأ في رحابها ، ومن ثم فانه يرتب آثاره في الحدود التي يسمح بها القانون . وإذا كان العقد الدولي يتصل بأكثر من نظام قانوني إلا ان ذلك لا يعني انه لا يوجد قانون يدعي اختصاصه بحكم هذا العقد ، بل

العكس فالعقد الدولي يرتبط بوسط اجتماعي معين تتركز فيه عناصر العقد الأساسية وفيه تترتب آثاره أو معظم هذه الآثار ، وإذا كانت الإرادة حرة في اختيار القانون الذي يطبق على العلاقة التعاقدية الناشئة بينهم ، فان هذه الحرية ليست طليقة من كل قيد بل يلزم ان يقع الاختيار على احد القوانين المتصلة بالعلاقة العقدية ، فضلاً عن ان حرية الإرادة في الاختيار لم تنشأ من فراغ بل ترجع إلى القانون ذاته الذي منحها هذه السلطة ، وبهذا الشكل ليس للإرادة مكنة إخراج الرابطة العقدية من دائرة القانون بل كل ما لها اختيار القانون الذي يخضع العقد لإحكامه[٣٦] .

الفرع الثاني

الثبات الزمني لقانون الإرادة (الثبات التشريعي)

الأصل في إطار القانون الدولي الخاص للعقود ، ان أطراف العقد الدولي هم أنفسهم الذين يحددون القانون الذي يحكم عقدهم ، وان هذا القانون المختار هو الذي يحكم العقد ويهيمن بقواعده القائمة وقت اختياره وما قد يطرأ عليها من تعديلات تشريعية حتى وقت نظر النزاع . غير ان المتتبع لواقع العقود الدولية ، يمكنه ملاحظة وجود اعتراف من جانب بعض التشريعات أو المتعاقدين أنفسهم فضلاً عن القضاء بسلطة الثبات الزمني لقانون العقد . وذلك إذا ما قام الأطراف بإدراج شرط أو بند في العقد ، ينص صراحة على ان قانون الإرادة لا يسري على العقد المبرم بينهم إلا بحالته التي كان عليها وقت إبرام العقد ، مع استبعاد كافة التعديلات التي يمكن ان تطرأ عليه في المستقبل ، ويطلق على هذه الشروط تسمية الثبات الزمني لقانون الإرادة (شرط الثبات التشريعي)[٣٧] .

ولاشك ان إمكانية الثبات التشريعي لأحكام القانون المختار لحظة إبرام العقد ، هو اتجاه يرتبط بفقه النظرية الشخصية ومن نتاجها الذي دعا إلى ما يسمى بفكرة اندماج القانون المختار في العقد ، ونزول أحكامه منزلة الشروط التعاقدية ، بحيث تبقى النصوص القانونية التي أُدمجت في العقد على حالها التي كانت عليها وقت الاختيار دون ان تتأثر بأي تعديل لاحق ، ما لم يتفق المتعاقدون على عدّها كذلك[٣٨] .

إن مفاد هذه النتيجة ان اندماج أحكام القانون المختار في العقد وعدّها مجرد شروط عقدية معناه ديمومة هذه الأحكام في العقد منذ لحظة إبرامه ، لا يعتريها التغيير أو التعديل ، وحينئذ فان أي تعديلات تشريعية قد تطرأ على أحكام القانون المختار في الزمن اللاحق على أبرام العقد لا تندمج فيه ولا تعد جزءاً من شروطه التعاقدية حتى وإن اتسمت هذه التعديلات بالصفة الآمرة[٣٩] .

وقد سيقت العديد من المبررات التي يستند إليها الثبات الزمني لقانون العقد (قانون الإرادة) ، ومنها ان التعديلات التي تطرأ على القانون المختار بعد إبرام العقد لا تعبر عن إرادة الأطراف ولم تنصرف إليها نيتهم ، وتطبيقها عليهم فيه إخلال بتوقعاتهم ، وانتهاك لاعتبارات

الاستقرار المطلوب للعلاقات العقدية الدولية، التي تتطلب الأمان والاستقرار القانوني ، ومن ثم فان سريان التعديلات التشريعية اللاحقة على إبرام العقد يؤدي بها بالنتيجة إلى تطبيق قانون آخر غير قانون الإرادة كما عبر عنه الأطراف[٤٠] .

ومن تلك المبررات أيضاً ، ان التعديلات التي طرأت على قانون الإرادة ، لا تسري على العقد ، لان ذلك القانون ذاته ، قد فقد صفته باعتباره كذلك ، فهو بمجرد اختياره ، من قبل الأطراف ، يفقد صفته كتعبير عن إرادة مشرع معين ، أو كقانون قاعدي ويصير مجرد شرط تعاقدي ، فهو يندمج في العقد الذي اختير له[٤١] .

واستناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة وفقاً لمفهوم النظرية الشخصية التي تنزل القانون المختار منزلة الشروط العقدية ، ويفقد طابعه بوصفه قانوناً صادراً من المشرع ، فانه من حق أطراف العقد عدم الاعتداد بأي تعديل تشريعي أو أي إلغاء يطرأ عليه ، وبمعنى آخر ان القانون المدمج لا يتأثر بما يطرأ عليه من تعديل ولا يسري إلا القانون المدمج فيه بحالته التي كانت عليه وقت إبرام العقد[٤٢] .

وإذا كان قانون الإرادة هو القانون السائد وقت إبرام العقد إلا ان ذلك لا يمنع أطراف العقد الدولي من التمسك بهذا الحق ، والنص عليه صراحة في صلب العقد ، لأن من شأن ذلك ان يقطع دابر أي خلاف حول هذه المسألة ، إضافة إلى ان من شأن هذا النص تلافي اجتهاد القضاء المختلف من بلد لآخر ، فضلاً عن تلافي المفاجآت التي يمكن ان تطرأ بعدم إبرام العقد[٤٣] .

ويتحقق الثبات الزمني للعقد بوسيلتين :

الأولى : تعاقدية أو اتفاقية ، بأن يدرج أطراف العقد شروطاً معينة تقضي صراحة بأن يسري على العقد عند المنازعة قانون الإرادة بأحكامه وقواعده النافذة وقت إبرام العقد ، واستبعاد أي تعديل لاحق يطرأ عليه .

الثانية : تشريعية ، وبمقتضاها تتعهد الدولة التي ستدخل كطرف في عقد أو اتفاق دولي ، في مواجهة المتعاقد المستقبلي معها ، بالا تعدل أو تلغي قانونها واجب التطبيق على العقد أو الاتفاق ، أو بالا يكون للتعديل أو الإلغاء اثر على العقود والاتفاقات التتعد هي في الواقع احد أطرافها[٤٤] .

ومن أمثلة الوسيلة الأولى التعاقدية أو الاتفاقية نص المادة (١٥) من الاتفاق والعقد المبرم بين دولة الكاميرون وإحدى شركات البحث عن البترول واستغلاله الذي جاء فيه انه (لا يمكن ان تطبق على الشركة ، بدون موافقتها المسبقة ، التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيما بعد ، خلال مدة الاتفاق). وأيضاً العقد المبرم في عام ١٩٧٨ بين تونس وإحدى شركات البترول الأمريكية[٤٥] .

أما ما يتعلق بالوسيلة الثانية وهي التشريعية (الثبات التشريعي) فهي غالباً ما ترد في عقود الاستثمار وعقود التنمية الاقتصادية والفنية كعقود نقل التكنولوجيا حيث تكون الدولة طرفاً في العقد الدولي مع شخص طبيعي أو معنوي أجنبي عادة حيث تتعهد الدولة في مواجهة المستثمر أو مورد التكنولوجيا مثلاً بأن لا تعدل أو تلغي قانونها الذي كان واجب التطبيق على العقد وقد تبنى هذا النوع من صور الثبات الزمني لقانون العقد ، قانون البترول الإيراني الصادر عام ١٩٥٧ الذي نص على ان أي تغيير مخالف للشروط أو الامتيازات والظروف المحددة أو المعترف بها في عقد ما في تاريخ إبرامه أو في أي من مدد تجديده ، لا تطبق على ذلك العقد لا في خلال مدته الأولى ولا في خلال مدد تجديده . وما ورد في نص المادة (١٨) من قانون الاستثمار الكاميروني لعام ١٩٦٠[٤٦] .

ويبدو ان شروط الثبات الزمني الاتفاقية والتشريعية تعد حديثة العهد نسبياً في واقع العقود الدولية ، حيث لم تظهر إلا في بداية الستينيات من القرن العشرين ، ولكن الملاحظ ان المبدأ الذي تقوم عليه ونتيجته ، قد اقرها بعض قرارات القضاء في منازعات العقود الدولية منذ الثلاثينيات من ذات القرن ، وذلك إعمالاً لمبدأ آخر هو الحرية الدولية للاتفاقات والعقود ، أو مبدأ سلطان الإرادة ومن هذه القرارات القضائية قرار محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٥ أيار ١٩٣٥، وحكم محكمة النقض البلجيكية عام ١٩٣٨ ، وحكم محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٥٠ حيث قررت هذه المحاكم جميعها في قراراتها هذه قبول فكرة التجميد الزمني لقانون العقد[٤٧] .

ولم يكن قضاء تحكيم العقود الدولية ببعيد أو في غفلة عما يجري في ساحات القضاء الوطني . فقد اعترف هو الآخر ، بإمكان تثبيت القانون واجب التطبيق ، عند لحظة إبرام العقد[٤٨] .

وإذا كان أنصار شرط الثبات الزمني لقانون العقد (أنصار النظرية الشخصية) قد استندوا في تعضيد موقفهم إلى بعض أحكام القضاء المشار إليها سلفاً إلا انه يلاحظ ان القضاء الراجح في النظم القانونية المقارنة الأخرى قد أنكر فعالية الثبات الزمني لقانون العقد ، وذلك على نحو صريح وبصيغة قاطعة لكل شك ، ومن هذه الأحكام ، حكم المحكمة العليا الهولندية في ١٣ آذار ١٩٣٦ ، وحكم المحكمة العليا الانكليزية في ١٥ آذار ١٩٣٧ ، وحكم المحكمة العليا في السويد في ٣٠ تموز ١٩٣٧ ، وحكم المحكمة العليا في النرويج في ٨ كانون الأول ١٩٣٧[٤٩] .

وقد تعرضت فكرة الثبات الزمني لقانون العقد إلى العديد من النقد ، فهي من ناحية تخالف الأصول الفنية لحل تنازع القوانين في الزمان ، لان الذي يقرر سريان التعديلات الجديدة ، من عدمه ، هو واضع ذلك القانون لا الأفراد الذين يخاطبهم هذا الأخير ، وان أي تجاهل لتطبيق تلك التعديلات يعد خطأ وتعدياً على سيادة النصوص القانونية ، ولاسيما ان

كانت تلك التعديلات تتضمن قواعد آمرة[٥٠] ومن ناحية أخرى فهي تخالف الأصول الفنية لحل تنازع القوانين في المكان ، حيث تتضمن خلطاً بين أمرين :

الأمر الأول : تحديد قانون العقد ، وتلك عملية تتعلق بتطبيق قاعدة التنازع ، ويكون للأطراف، في العقد الدولي ، استناداً لمبدأ سلطان الإرادة دور مؤثر ، حيث يحددون بإرادتهم القانون الذي يحكم عقدهم .

الأمر الثاني : هو تطبيق القانون واجب التطبيق ، وهي عملية يستأثر بالقيام بها القاضي المختص ، ولا دور لإرادة المتعاقدين فيها ، والقاضي يطبق ذلك القانون بحالته التي كان عليها وقت إبرام العقد ، والتعديلات التي أدخلت عليه ، حسب ما تمليه قواعد التنازع الزمني في ذلك القانون[٥١] .

نخلص مما تقدم ان مقتضى الثبات الزمني لقانون العقد ليس إلا تطبيق أحكام هذا القانون القائمة فقط وقت إبرامه واستبعاد سريان التعديلات اللاحقة عليه، وهو الأمر الذي يفضي إلى جعل العقد غير خاضع لأي قانون يحكمه ، وذلك على الأقل ابتداءً من وقت حدوث التعديل في القانون المفروض ان يكون واجب التطبيق عليه[٥٢] . حيث ان اشتراط بقاء العقد خاضعاً للقانون الذي تم تحديده رغم إلغائه أو تعديله ، مؤداه ان تنزل أحكام قانون العقد منزلة الشروط العقدية لأنه ابتداءً من تاريخ الإلغاء أو التعديل يفقد صفته القاعدية ولم يعد له وجود ، وهو ما يفيد ان العقد أصبح طليقاً من دون قانون يحكمه الأمر الذي يناهض المنطق القانوني السليم ، فالعقد لا يمكن ان يوجد في فراغ ، بل لابد من خضوعه لحكم القانون[٥٣] .

وبذلك فان الأخذ بفكرة الثبات الزمني لقانون الإرادة ، يقود إلى نتيجة مفادها إفلات العقد من حكم أي قانون ، ويصبح عقداً عائماً بلا قيود وبلا حدود سوى إرادة أطرافه .

الفرع الثالث

عدم اشتراط وجود صلة معينة بين العقد الدولي والقانون المختار

إن من النتائج المترتبة على الأخذ بفقه النظرية الشخصية هو ان للمتعاقدين حرية مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية دون ضرورة وجود أية صلة بين العقد والقانون المختار[٥٤] .

ذلك ان اشتراط مثل هذه الصلة من شأنه ان يجعل هذا الاختيار خاضعاً لنظام قانوني وضعي قد لا يقر بصحة هذا الاختيار نفسه إلا في الحدود التي يرسمها أو ينص عليها ، وهو الأمر الذي يتعارض في النهاية مع مبدأ سلطان الإرادة[٥٥] .

كما ان اختيار المتعاقدين لقانون عديم الصلة بالعقد أو بأطرافه قد تقتضيه في بعض الأحيان طبيعة التعاقد على المستوى الدولي وتفرضه حاجات التجارة الدولية ، ولاسيما مع

وجود العقود الدولية الضخمة التي تعقد في مؤسسات دولية متخصصة ولا يمكن إخضاعها لقانون دولة معينة وإنما تخضع عادة للتحكيم التجاري الدولي[٥٦] .

وفي الوقت الذي تبيح فيه النظرية الشخصية للمتعاقدين اختيار قانون على غير صلة بالعقد فإنها تسمح لهم في ذات الوقت إنزال أحكام هذا القانون منزلة الشروط العقدية ، وهذا يعني الاعتراف بحقهم أيضاً في إطار التصرف القانوني الواحد في اللجوء إلى اختيار أكثر من قانون واحد ليحكم الجوانب الموضوعية في الرابطة العقدية[٥٧] .

بعبارة أخرى ان للمتعاقدين الحرية في تجزئة العقد واختيار أكثر من قانون واحد لتنظيم جوانب العلاقة العقدية الناشئة بينهم ، وهم في ذلك أحرار فيجوز اختيار قانون ولو لم يكن له ثمة صلة بالعقد أي اختيار قانون محايد لا يرتبط بعناصر العقد أو بظروفه وملابساته الواقعية[٥٨] .

ومن خلال استقراء القوانين المقارنة والواقع العلمي ، تصبح مسألة تجزئة العقد تفرض ذاتها ، وسواء قبلنا أم رفضنا ، فهناك استحالة لتفادي توزيع العملية التعاقدية بين أكثر من قانون واحد[٥٩] .

إضافة إلى ان من أهم النتائج التي تؤدي إليها فكرة اندماج أحكام القانون المختار في صلب العقد في ظل النظرية الشخصية هي ان القانون المختار يفقد طبيعته القانونية بمجرد اندماجه في العقد ، وتصبح أحكامه من مسائل الوقائع أمام القضاء الوطني ومن ثم يقع على عاتق الخصم المتمسك بها عبء إثباتها وتقديم الدليل على مضمونها ، فضلاً عن ان خطأ محكمة الموضوع في تفسيرها لا يخضع لرقابة محكمة التمييز ، ما لم يؤد هذا التفسير إلى مسخ العقد ، بل يمكن ان يحدث أكثر من هذا إذ يجوز للمتعاقدين استبعاد بعض أحكام القانون المختار ذات الصفة الآمرة ، أو الاتفاق على أية شروط أخرى في العقد وإن خالفت نصاً أمراً من نصوصه[٦٠] .

وفضلاً عن ما تقدم من نتائج فان فقه النظرية الشخصية يرفض الأخذ بنظرية الإحالة من قانون الإرادة إلى أي قانون آخر ، لأن اختيار المتعاقدين لأحكام قانون معين لتصبح جزءاً من شروطهم التعاقدية يتنافى في ذاته مع فكرة الإحالة التي تفترض آليتها ان اختصاص قانون الإرادة قد تم أساساً بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين وليس استناداً على مطلق مبدأ سلطان الإرادة[٦١] .

وأخيراً يرفض أنصار النظرية الشخصية فكرة بطلان العقد الدولي على أساس انها لا تنسجم مع الإرادة الحقيقية لأطراف العقد ، فضلاً عن انه إذا كان القانون المختار يفقد طبيعته القانونية بمجرد اندماجه في العقد ، ويُعد عنصراً من عناصر الواقع فانه يتجرد من طابعه الأمر الذي قد يؤدي إلى إبطال العقد ، قد رفض بطلان العقد الدولي نزولاً على حكم القانون المختار لا على أساس اندماج أحكامه العقد[٦٢] .

غير ان جانباً آخر من في العقد ، وإنما بهدف حماية التوقعات المشروعة للمتعاقدين بوصفها احد الأهداف الرئيسة التي تسعى إلى تحقيقها أحكام القانون الدولي الخاص المعاصر(٦٣).

المبحث الثاني
معايير النظرية الشخصية المحددة للإرادة

أن أنصار النظرية الشخصية يردون قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد إلى مبدأ حرية التعاقد الذي يمنح الإرادة سلطاناً مطلقاً في هذا الصدد يرتفع بها فوق القانون .

وبهذه المثابة يندمج القانون المختار في العقد حيث تصبح أحكامه مجرد شروط عقدية يملك المتعاقدون الاتفاق على ما يخالفها وإن اتسمت بالصفة الآمرة ، وحينئذ يصير العقد الدولي طليقاً ، أي بلا قانون يحكمه ، فضلاً عن ان العقد الدولي وفي ظل هذه النظرية لا يستلزم لوجوده تدخل سلطات خارجية فهو يمكن ان يتمتع بتنظيم ذاتي أساسه إرادة الأطراف أنفسهم التي تقوم بإعداد العقد ووضع الشروط الخاصة به دون الرجوع إلى أية قاعدة قانونية خارجية عن العقد . وهو ما يعني في نهاية الأمر إخراج العقود الدولية من نطاق تنازع القوانين .

وفي ضوء ما تقدم سوف نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين : نتناول في المطلب الأول اندماج القانون المختار في العقد ، أما المطلب الثاني فسوف يتناول مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي .

المطلب الأول
اندماج القانون المختار في العقد

بغية الوقوف على ماهية الاندماج وحقيقته نقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع يتناول الفرع الأول ماهية اندماج القانون المختار في العقد ، ويتناول الفرع الثاني آثار الاندماج ، أما الفرع الثالث فسوف يخصص لتقييم نظام الاندماج .

الفرع الأول
ماهية اندماج القانون المختار في العقد

إن من يتتبع آراء الفقهاء وأحكام القضاء لا يجد تعريفاً محدداً لفكرة اندماج القانون في العقد ، وإنما دلت على معالمه مناقشتهم حوله ، ومن خلال تلك المناقشات تمكن البعض من تعريف الاندماج بأنه نظام بمقتضاه يصبح القانون المختار لحكم العقد الدولي مجرد شرط ، أو حكم تعاقدي ، لا تكون له ، إلا قوة وقيمة شروط أو بنود العقد ، بحيث يكون للأطراف ان يُجروا

عليه ، ما يجرونه على باقي الشروط التعاقدية ويفقد حينئذ صفته كقانون ، أو قاعدة نظامية[٦٤] . وبعبارة أخرى – إذا صح التعبير – ان ما يقوم به أطراف العقد هو استلال أو انتزاع لقاعدة أو مجموعة من القواعد القانونية من موطنها الأصلي المستقرة فيه وهو القانون الأجنبي ، ثم جعل هذا القانون المختار (المدمج) يخلع عباءته بفعل إرادة الأطراف ليرتدي حله أخرى جديدة نسج خيوطها هؤلاء الأطراف .

إن اتصال العقد بأكثر من نظام قانوني يؤدي ، بحسب رأي أنصار النظرية الشخصية، إلى إفلات العقد الدولي من دائرة التنازع ، وبذلك يتحرر من الخضوع لحكم القانون ، وهو ما يخول المتعاقدين حرية واسعة في تنظيم علاقاتهم التعاقدية ، استناداً إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة ، الذي يعني في ميدان العقود الدولية ترك الحرية للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق ، وهذا يقود إلى اندماج هذا الأخير في العقد الذي اختير له[٦٥] .

حيث يسمح مبدأ سلطان الإرادة لأطراف العقد الدولي باستبعاد قانون معين أو التغيير في طبيعة القانون الذي يختارونه بإدراجه في المشارطة العقدية ليصير في حكم الشروط العقدية[٦٦].

وبذلك فان اندماج القانون المختار بالعقد بحسب ما تقدم يؤدي إلى فقدان قانون العقد لسلطانه وطابعه القاعدي الملزم ، ويكتسي بالطابع التعاقدي ، فهو ينصهر في العقد ، ويصير جزءاً منه ، ويفقد صفته كقانون ، وكأمر خارجي عن المتعاقدين ، ولا يفرض عليهم بقوة سريانه، فهو يصبح شيئاً خاصاً بالمتعاقدين ، لا يستمد من سيادته وقوة إلزامه ، لا سلطة إبطال العقد ، ولا سلطة تعديله بدون رضاهم[٦٧] .

وهذا يعني ان التقاء إرادة المتعاقدين كاف بذاته ، ليكون مصدراً للالتزام، وبمعزل عن اختيار أي قانون يحكم العلاقة العقدية .

فاختيار قانون تخضع له تلك العلاقة هو إدماج ذلك القانون في العقد كبند من بنوده ، فالمسألة مسألة خيار للإرادة إذا شاءت فالعقد لا يخضع إلى أي قانون ، وإذا شاءت كان القانون المختار بنداً كبقية البنود في العقد[٦٨] .

ويقود اندماج القانون المختار في العقد ، لدى غالب الفقهاء إلى جعل العقد طليقاً من سلطان ذلك القانون ، وفي هذا المعنى تقول الأستاذة ديبي جيرار (F.Deby-Gerard) ان (فكرة اندماج القانون في العقد يعني قبول فكرة العقد بدون قانون وان رفض هذه الفكرة يستتبع إدانة نظرية الاندماج)[٦٩] .

ولم تغب فكرة اندماج القانون المختار عن فكرة الفقه في نهاية القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين ، فقد أوضح الفقيه (Welss) بأنه (إذا كان القانون الأجنبي يحكم الرابطة الناشئة عن العقد ، فليس باعتباره قانوناً . فالأطراف إرادياً قد جعلوه خاصاً بهم ، بإدماجه في الاشتراطات التي تمت بينهم . فقد غير صفته وأضحى اتفاقاً)[٧٠] .

إن اندماج القانون المختار في العقد بالصورة المذكورة يفترض بداهة ان تكون إرادة المتعاقدين في هذا الاختيار صريحة ، أو يمكن استخلاصها من ظروف الحال على نحو قاطع.

أما في حالة سكوت الإرادة عن تعيين قانون العقد ، فقد يصعب تصور الاندماج إذ الفرض في هذه الحالة ان ينطبق القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد الاحتياطية في قانون القاضي ، أو القانون الذي يحدده القاضي بوصفه الأكثر اقتراباً من العلاقة العقدية .

وفي هذه الحالات الأخيرة يتعذر القول بأننا بصدد قانون اختارته إرادة المتعاقدين ، وإنما نكون بصدد قانون عيّنه المشرع أو القاضي ليحكم الرابطة التعاقدية ، وبهذه الحال لا يتصور الاندماج في فقه النظرية الشخصية إلا عند اختيار المتعاقدين قانون العقد صراحة أو ضمناً . ففي هذا الفرض تملك الإرادة ان تفلت من سلطان القانون وإنزال أحكامه منزلة الشروط العقدية[٧١].

جدير بالذكر ان البعض يفرق بين مبدأ سلطان الإرادة مباشرة في اختيار القانون ، وما يترتب على ذلك من اعتبار القانون في حكم الشروط التعاقدية ، وبين مبدأ قانون الإرادة الذي يستند إلى قاعدة إسناد وضعية أي قاعدة تنازع[٧٢]

الفرع الثاني

آثار اندماج القانون المختار في العقد

لم يسع القضاء ومن ورائه الفقه المؤيد لفكرة اندماج القانون المختار في العقد . كي يضع نظرية علمية ، بل من اجل إدراك بعض الأهداف المحددة ، ومن هذه الأهداف إثراء صياغة العقد وتحقيق كماله فقد يرغب أطراف العقد في التزام الدقة عند تحرير عقدهم ، فضلاً عن تحقيق الكمال القانوني لبنوده ، فيلجأون إلى إدراج حكم ، أو مجموعة من الأحكام المعروفة في قانون معين ، في عقدهم ولاسيما إذا كان هذا القانون أكثر توافقاً وملاءمة مع طبيعة التصرف المبرم بينهم . وقد يتم هذا الاندماج بإعادة الصياغة المادية لأحكام القانون المرغوب فيه ، في صلب العقد ، وقد يتم فقط بالإحالة إلى قواعد ذلك القانون ، تلافياً لإثقال نصوص العقد[٧٣]. وهنا يمكن القول بأن القانون الذي تم دمجه في العقد ، لا يطبق في حالة المنازعة ، بوصفه القانون الذي يحكم النزاع ، ولكن ينحصر دوره في تحديد مضمون العقد . وهذا ما يسميه الفقه الحديث الاندماج المادي وليس ألإسنادي[٧٤] .

كما انه يترتب على الاندماج تجريد قانون العقد من سلطانه وتفادي الآثار الضارة ، حيث قبل الفقه تلك النتيجة فيقول البعض انه مع اندماج القانون في العقد، (فانه لا يأمر بشيء ولا يلزم بشيء) ولما كان القانون يأمر ويلزم ، فانه مع الاندماج لا يصبح القانون قانوناً . أو كما يقول البعض الآخر ، فانه مع الاندماج (يكون قانون الإرادة قد أصبح شيئاً خاصاً

بالمتعاقدين ، فلا يستمد من سيادته ، لا سلطة إبطال التعهد ، ولا سلطة تعديله بدون رضائهم)[٧٥] .

وتبدو أهمية هذا الأثر أو النتيجة للاندماج ، عندما يكون القانون واجب التطبيق على العقد ، يقضي ببطلانه حيث ان اندماج هذا القانون في العقد من شأنه ان يحول دون ذلك . لأنه من غير المعقول ان يقرر احد شروط العقد – وهو القانون الذي تم إدماجه فيه – بطلانه، وإلا ترتب على ذلك الوقوع في التناقض ، إذ ان حرية المتعاقدين في اختيار الشروط التعاقدية ستؤدي إلى نقض الهدف الذي تسعى إليه[٧٦] .

ومن آثار اندماج قانون الإرادة في العقد ثبات هذا القانون في الزمان ، فلا يسري على العقد إلا أحكامه السارية وقت الإبرام ، ومن ثم فان أية تعديلات تشريعية قد تطرأ على أحكام القانون المختار بعد إبرام العقد لا تندمج فيه ، ولا تعد جزءاً من شروطه التعاقدية حتى ولو اتسمت هذه التعديلات بالصفة الآمرة ، ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك . لأن القانون المختار وقد اندمج في العقد ذاته ، وأصبح شرطاً تعاقدياً شأنه في ذلك شأن باقي شروط العقد وأحكامه ، فانه يفقد صفته القاعدية كقانون[٧٧] .

وفضلاً عن الآثار السابقة فان قانون الإرادة وقد اندمج في العقد الدولي ، فانه لا يطبق عليه بوصفه قانوناً ، وإنما بوصف نصوصه قد اندمجت في هذا العقد ، واعتبرت بهذا الوصف في حكم الشروط التعاقدية . ومن ثم يكون من حق المتعاقدين استبعاد بعض أحكامه الآمرة ، وكذلك الاتفاق على أي شروط أخرى في العقد ولو ترتب عليها مخالفة نص آمر في القانون المختار. هذا ما لم يتعارض الشرط التعاقدي بداهة مع النظام العام بحسب المعنى المحدد لهذه الفكرة في القانون الدولي الخاص لدولة القاضي المرفوع أمامه النزاع[٧٨] .

نخلص مما تقدم إلى ان فكرة اندماج القانون المختار في العقد تجعل أطراف العقد الدولي أحراراً في عدم إخضاع عقدهم لأي قانون ، مما يجعل الاندماج وسيلة يلجأ إليها الأطراف للإفلات من خضوع العقد لأي قانون يحكمه .

الفرع الثالث

تقييم نظام اندماج القانون المختار في العقد

أسلفنا ان مقتضى فكرة الاندماج هو منح المتعاقدين ، واستناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة، حرية مطلقة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم ، سلطة دمجه فيه ومعاملته كأي شرط تعاقدي ، مما يتيح للمتعاقدين استبعاد ما يريدون استبعاده من قواعد آمرة في هذا القانون ، وبعدم الاعتداد بأية تعديلات تشريعية لاحقة على إبرام العقد ، مما يؤدي إلى إفلات العقد الدولي من حكم القانون .

إن فكرة الاندماج وبهذه الصورة تخالف المنطق القانوني السليم ، فضلاً عن انها تصطدم بطبيعة قاعدة التنازع المقررة لاختصاص قانون الإرادة ، مما جعلها تتعرض للنقد والتجريح من قبل الفقه ، فهي من ناحية تقوم على تجاهل حقيقة القانون الذي يختاره الأطراف لحكم العقد . فإذا كانت هناك بعض القواعد الآمرة في القانون الداخلي ، والتي لا يكون لها ، إلا اختصاص دولي اختياري في مجال العلاقات ذات العنصر الأجنبي ، فإنها لا تفقد مع ذلك قيمتها القانونية ، وتظل أحكاماً ملزمة داخل حدود اختصاصها الاختياري . ولا يصح القول بأن اندماج تلك القواعد يغير من طبيعتها وذلك لحاجة العقد إليها ، لتكملة ما به من نقص . وإذا كان القانون يكمل العقد ، فان ذلك لا يجب ان يؤدي إلى تقديم العقد على القانون ، أو رفعه فوقه ، بحيث يفقد صفته القانونية ، وطبيعته القاعدية ، ويضع القاضي حين نظر النزاع في حيرة من أمره عندما يجد ان القانون فقد صفته القانونية بحجة انه اندمج في العقد وأصبح شرطاً من شروطه[٧٩] .

ولا ندري كيف يسمح للأطراف في عقد دولي معين ، ان يجردوا القانون المختار من صفته القاعدية الآمرة تحت ستار الاندماج ، في حين إنهم قد يتمسكون بتلك الصفة ، ويطالبون بتطبيق حكم ذلك القانون ، إذا تعلق الأمر بالدفاع عن مصالحهم ، في مسألة أخرى، غير العقد محل النزاع[٨٠] .

ومن ناحية ثالثة ان فكرة الاندماج ، كان من الممكن قبولها ، في ظل الأفكار التي كانت تهيمن في أواخر القرن التاسع عشر على نظرية العقد في القانون الداخلي ، والتي كانت ترى ان قانون العقود هو قانون إرادي واختياري ، يفتقد إلى الصفة الآمرة ، وان القانون لا يتدخل فيه ، إلا في حدود ضيقة ، لتفسير إرادة الأطراف ، أما في ظل المذاهب والأيديولوجيات المعاصرة ، فان تلك الفكرة للعقد ، قد أفل نجمها ، فأصبحت الدولة هي المهيمنة على مختلف الأدوات القانونية وتفرض قواعد آمرة ، حولت العقد من عملية اتفاقية ، إلى عملية نظامية وأصبح العقد الدولي لا يخضع فقط للأحكام الآمرة في القانون المختص الذي يختاره الأطراف ، بل يجب ان يتوافق أيضاً مع بعض الأحكام الآمرة دولياً في التشريعات الأخرى المعنية ، والتي يكون العقد على صلة بها ، خصوصاً عندما تتحقق احد عناصر العقد الجوهرية في النطاق الاجتماعي للمشرع الذي وضع تلك القواعد والأحكام ، ولاسيما قواعد الحماية للطرف الضعيف في العقد[٨١] .

ومن ناحية رابعة فان القبول بفكرة الاندماج وما يؤدي إليه من فقدان القانون المختار لصفته الآمرة أو الملزمة ، سوف يفتح الباب واسعاً أمام المتعاقدين للتحايل على أحكام القانون والتخلص من قواعده الآمرة ، ويتحقق ذلك عندما يلجأ المتعاقدون باختيار إرادتهم ضابطاً للإسناد من اجل تطبيق قانون معين عن طريق دمجه بالعقد بوصفه شرطاً تعاقدياً

تلافياً لتطبيق قانون آخر كان يجب تطبيقه بمقتضى منهج تنازع القوانين تحقيقاً لمآربهم الخاصة[٨٢] .

وفضلاً عما تقدم فان فكرة الاندماج تصطدم بطبيعة قاعدة التنازع المقررة لاختصاص قانون الإرادة ، حيث تؤدي إلى الخلط بين عملية إسناد العقد وإعمال قانونه[٨٣] .

فإذا كانت تلك القاعدة قد أناطت عملية الإسناد بإرادة الأطراف بتفويضهم تحديد قانون العقد ، فهي لا تفعل غير ذلك ، ولا تمنح إرادة المتعاقدين أي دور في عملية إعمال القانون المختار ، حيث تدخل عملية تطبيق القانون في الاختصاص المانع أو القاصر للقاضي المختص بالفصل في النزاع ، ومن ثم لا يكون لإرادة الأطراف حق إيجاد تنظيم روابطهم التعاقدية عن طريق الاندماج دون الارتكاز على أي قانون وضعي[٨٤] .

نخلص مما تقدم ان فكرة اندماج القانون المختار في العقد تخالف عدداً من الأصول الفنية في علم القانون ، ولكننا نتفق مع الرأي الذي يرى انه لا مانع من ان يلجأ الأطراف في العقود الدولية ، ورغبة في تحقيق الكمال القانوني لبنود تلك العقود وضبطها ، إلى إدراج حكم، أو مجموعة من الأحكام المعروفة في قانون دولة معينة في عقودهم ، ولاسيما إذا كان هذا

القانون أكثر ملاءمة من الناحية الفنية لطبيعة تلك العقود . لكن هذا لا يعفي الأطراف ، أو القاضي المعروض عليه النزاع ، من تعيين قانون آخر يحكم العقد عند المنازعة ، ويسري بقوة إلزامه على الأطراف ، لان القواعد المدمجة التي ينحصر دورها في تحديد مضمون العقد ، قد تكون محل خلاف بين المتعاقدين ، يتعين معه الاحتكام إلى قانون معين[٨٥] .

المطلب الثاني
معيار الكفاية الذاتية للعقد الدولي

يمكن الوقوف على معيار الكفاية الذاتية للعقد الدولي ، من خلال معالجته في ثلاثة فروع نخصص الأول لتحديد معيار الكفاية الذاتية فقهاً وقضاءً ونعرض في الثاني سبل تحقيق المعيار ونسعى في الثالث إلى تقييم هذا المعيار.

الفرع الأول
معيار الكفاية الذاتية فقهاً وقضاءً

يقوم هذا المعيار على ان العقد الدولي يعد تصرفاً قانونياً قائماً بذاته ، فهو نظام قانوني مستقل عن أي قانون وطني أو دولي ، فالعقد يكفي بذاته لبيان حقوق والتزامات الأطراف

وإقرارها من دون حاجة إلى تدخل نظام قانوني معين ، فالمشرع ذاته هو الذي منح العقد قوة القانون باعتماده مبدأ العقد شريعة أو (قانون) المتعاقدين .

فالعقد الدولي ان كان مفصلاً ومحبوكاً في صياغته القانونية ، يخلق حقوقاً والتزامات يمكن ان تلزم الأطراف ، ويغني القاضي أو المحكم عن الاستعانة بقواعد القانون التي في بعض الأحيان لا تلائمه وهو ما دعى بعض الفقه بتشبيه العقد الدولي بالقانون الصادر من البرلمان بالنسبة للمخاطبين بأحكامه ، فعملية إعداد العقد الدولي هي أشبه بعملية تشريعية ، حيث ان ما عبرت عنه إرادة أطراف العقد تعد قانوناً بالنسبة إليهم ، وان الشروط العقدية تشكل في مجموعها قانوناً خاصاً يحكم كافة جوانب العقد من دون حاجة إلى الالتجاء لنظام قانوني معين[٨٦] .

إن إرادة الأطراف وحدها هي قانونهم الخاص ، ومن ثم فان هذه الإرادة بحسب النظرية الشخصية ملزمة بذاتها من دون حاجة إلى الإسناد لقانون يبرر وجودها ، بل ان الإرادة تعد بمثابة القانون الطبيعي ، وتمثل هذه النظرة عودة إلى سلطان الإرادة المطلق الذي نادى به الفقيه (كانت) والذي يرى بموجبه ان الإرادة سابقة على القانون، وان الحقوق توجد قبل ان يوجد القانون واستقلالاً عنه ، وتتأتى من الحرية المبدئية للفرد . فالقانون لا يخلق تلك الحقوق ، بل يعتمدها فقط[٨٧] .

وقد دعى بعض الفقه – خصوصاً المتخصص منه في ميدان القانون التجاري الدولي – إلى الأخذ بمبدأ الكفاية الذاتية للعقود الدولية ، أو العقود المنظمة ذاتياً ، حيث يذهب الأستاذ (فوشار) (Ph-Fouchord) ، إلى انه (في التجارة الدولية ، يعد من أحسن السبل ، للإفلات من قوانين الدول ، اشتراط الحد الأقصى من الأحكام الفنية والتجارية ، وتسوية الصعوبات الأكثر توقعاً . فيستطيع الأطراف الاهتمام بها شخصياً ، بوضع شروط خاصة ، بعد مفاوضات مباشرة)[٨٨] .

ويناشد الفقه المؤيد لفكرة الكفاية الذاتية للعقد الدولي المتعاقدين ان يكونوا أكثر حيطة وانتباهاً ، باشتراط الحد الأقصى من الأحكام الفنية ، وتضمين العقد حلولاً للمسائل التي يمكن ان تثار بينهم ، وتسوية الصعوبات الأكثر توقعاً ، وان لا يتركوا المسائل مفتوحة أمام اجتهاد القاضي أو المحكم ، الذي قد يصدر حكماً غير متأن أو غير مدروس ومعلقة عليه . لأن الكفاية الذاتية للعقد ، ان تحققت على ذلك النحو ، تجعل من الميسور ، على القاضي أو المحكم ، ان يبني حكمه على تحليل بسيط لبنود وشروط العقد ، دون الرجوع إلى أي قانون خارجي عنهم . وقد دل العمل على انه من غير النادر ان يفصل القاضي أو المحكم في منازعات العقود الدولية طبقاً لبنود وشروط العقد الدولي وحدها[٨٩] .

وتذهب بعض الأحكام القضائية إلى الأخذ بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد كأساس لتقرير حق احد الطرفين قبل الآخر دون الرجوع إلى قواعد القانون الذي يمكن ان يكون واجب

التطبيق على العقد . ففي قضية تتلخص وقائعها ان إحدى الشركات الفرنسية (B.S.N) قد أبرمت عقداً مع

احد الايطاليين المدعو (زناريللي) (ZANARELLI) ، ليقوم بتمثيلها وتوزيع منتجاتها في ايطاليا . وعلى اثر إنهاء الشركة للعقد ، قام الأخير برفع دعوى ، أمام المحاكم الفرنسية ، للمطالبة بالتعويض عن إنهاء العقد وفقد العملاء ، وقد استند في طلبه إلى المادة (٢٩ك) وما بعدها من قانون العمل الفرنسي المنظمة لأحكام الوكلاء التجاريين .

وقد رفضت محكمة الموضوع طلبه فرفع طعناً بالنقض وبدلاً من ان تعيب محكمة النقض على محكمة الموضوع – استئناف مدينة ليون – عدم تحديدها للقانون واجب التطبيق على العقد ، وهو أمر كان يسيراً في القضية المعروضة ، حيث كان هناك أكثر من دليل على اختصاص القانون الايطالي – فالممثل أو الوكيل التجاري ايطالي الجنسية ، يقيم في ايطاليا ، والعقد سينفذ في ايطاليا – والذي كان سيؤدي تطبيقه إلى الحكم لصالح الشركة المطعون عليها ، وذلك بعدم تطبيق أحكام قانون العمل الفرنسي لانعدام الرابطة الجدية بين النزاع والنظام القانوني الفرنسي ، ومن ثم فقد قضت المحكمة العليا بأن (محكمة الاستئناف قد استطاعت ، وهي تفسر بإطلاق نية الأطراف عندما تعاقدوا على عمل سينفذ خارج فرنسا ، ان تقدر ان هؤلاء الأطراف قد اتجهت نيتهم – مرتين ومن غير غموض – إلى عدم الخضوع للقانون الفرنسي . ونتيجة لذلك ، فانه من الملائم ، ان يتم ، ببساطة تطبيق الاتفاق كما حرر ، وهو ما يحول دون طلب (زناريللي) الحصول على تعويض عن فقد العملاء) . فقد قررت المحكمة أنّ الأحكام الواردة في العقد تكفي بذاتها لحل النزاع حول طلب التعويض دون حاجة إلى قانون معين. أو كما يقول الأستاذ (باتيفول) في صدد تعليقه على هذا الحكم القضائي انه (... من ذلك يمكن القول بأن العقد ملزم بذاته ووفقاً لنصوصه دون ان تكون هناك ضرورة لأي قانون ليمنحه القوة الملزمة ...)[٩٠] .

وفي احد الأحكام الصادرة في إطار غرفة التجارة الدولية بباريس ، قضت محكمة التحكيم عام ١٩٧٠ بعد استبعاد تطبيق القانون الألماني بأن (الأطراف رغبوا في ان يروا النزاع قد تم تسويته دون أي رجوع إلى قانون وطني ، واستناداً فقط إلى أساس الأحكام التعاقدية ووفقاً للواقع والأعراف الدولية) . كما قضت محكمة استئناف باريس في قضية شركة الخدمات التعاقدية للبريد البحري بأن هذه الشركة (قد نعت على غير أساس بأن العقد يجب ان يستند بالضرورة إلى تشريع بلد محدد ... والواقع ان الاتفاقات التي ينص فيها على شرط الوفاء بالذهب، تعتبر شريعة الأطراف ...) ويبدو هنا أيضاً ان محكمة الاستئناف قد فضلت إعطاء فعالية وقوة لإرادة الأطراف في العقد الدولي بدلاً من البحث عن القانون الواجب التطبيق ،

وتتمثل تلك الفعالية في الإبقاء على الشروط التعاقدية – شرط الذهب – واحترام مضمونها الكافي كما حددته الأطراف وتحصينها ضد ما يعتريها من بطلان يتأتى من القانون الذي قد يختص بحكم العقد الدولي[٩١] .

الفرع الثاني

سبل تحقيق معيار الكفاية الذاتية

أصبحت العقود النمطية والتي يجري الاصطلاح على تسميتها بالعقود النموذجية إحدى الوسائل الفعالة في تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقود الدولية . والعقود النمطية هي عبارة عن مجموعة من الشروط العامة ، التي استقرت في عادات وواقع التجارة الدولية ، والمكتوبة في صيغ معدة سلفاً والمطبوعة بأعداد ضخمة تستعمل كنماذج لعقود يتم إبرامها مستقبلاً[٩٢] .

كما أصبح من السهولة وبسبب هذه العقود تبادل السلع والخدمات وإبرام العقود الدولية بوقت قصير حيث لا تستغرق المفاوضات في إبرام العقد الدولي غير وقت قصير ، فبمجرد ملء بعض الفراغات والبيانات في العقد النموذجي المعد سلفاً ، وتمام توقيع الأطراف ، أو من ينوب عنهم قانوناً ينعقد العقد .

بل أحياناً ان مجرد الاتصال الهاتفي ، أو الإشارة بالفاكس أو رسالة الكترونية عبر الانترنت إلى عقد نمطي معين يكفي لان يعرف كل طرف متعاقد حقوقه والتزاماته[٩٣] .

والعقود النموذجية من الناحية الشكلية هي عبارة عن صك مكتوب لا تختلف عن عقد الإيجار والبيع والوكالة وهي من الناحية الموضوعية بمثابة نصوص تشريعية تتضمن كافة أحكام عقد البيع من إيجاب وقبول ومحل وسبب والتزامات الطرفين وأسباب الانتهاء والضمانات والجزاءات وأسباب انتفاء المسؤولية .

فإذا قام المتعاقدون بكتابة اسميهما في العقد والتوقيع عليه وملء البيانات كالكمية والثمن وميعاد التسليم ، وعُدّ هذا العقد من قبيل العقود النموذجية الذاتية ، أما إذا كان بين المتعاقدين عقد حقيقي واكتفوا بالإحالة إلى تطبيق ذلك العقد النموذجي ، سمي التصرف الأخير عندئذ بالشروط العامة للبيع[٩٤] .

وفضلاً عما تقدم فان العقود النمطية تشمل على أحكام تفصيلية تتعلق بتحديد التزامات وحقوق الأطراف المتعاقدة وكيفية تنفيذها ، كبيان مكان التسليم وزمانه ونظام تحمل المخاطر وتحديد المبيع وضمان العيوب الخفية وفحص المبيع والثمن وموعد استحقاقه وكيفية الوفاء به وما يحدث من جراء التأخير في الدفع وتأثير القوة القاهرة على العقد وشروطها وآثارها[٩٥] .

ويبدو من خلال ما تقدم ان العقود النموذجية تلعب دوراً كبيراً في إبرام عقود التجارة الدولية بما تحمله من سمات الاقتصار في الوقت وتقليص النفقات فلا تستغرق المفاوضات لإبرام العقد زمناً طويلاً بحيث تشكل هذه الشروط النموذجية أساساً لانعقاد العقد .

لذلك فان أهمية هذه العقود في تسيير عمليات التجارة الدولية الحديثة ، قد دفعت العديد من المؤسسات والهيئات المهنية المشتغلة بتجارة نوع معين من السلع أو الخدمات إلى العمل على إعدادها . ومن أمثلة هذه المؤسسات ما بذلته اللجنة الاقتصادية لأوربا (C.E.E.) من إعداد الكثير من العقود النموذجية الدولية ، نذكر منها على سبيل المثال العقد النموذجي لتصدير المصانع والآلات ، والعقد النموذجي لتصدير المصانع والآلات مع تركيبها ، والعقود النموذجية لتصدير الحبوب (سيف وفوب) .

ومن هذه المؤسسات أيضاً ما بذلته غرفة التجارة الدولية بباريس من جهود عندما قامت بإعداد القواعد والعادات الموحدة المتعلقة بالاعتمادات المستندية ، والقواعد الموحدة لتحصيل الأوراق التجارية ، والقواعد الدولية لتفسير المصطلحات التجارية (الانكوترمز) ، فضلاً عن المبادئ التي أعدها معهد توحيد القانون الخاص بروما عام ١٩٩٤ بشأن عقود التجارة الدولية[٩٦] .

إن الكلام المتقدم يقود إلى نتيجة مفادها بأن العقود النمطية والشروط العامة تقود إلى تحقيق معيار الكفاية الذاتية للعقد الدولي ، على نحو يجعل الرجوع إلى قاعدة تنازع القوانين أمراً نادراً . فالشروط العديدة والأحكام التفصيلية التي تحتويها ، تكاد تجعل خطورة مشكلة تنازع القوانين والقانون الواجب التطبيق غير قائمة ، وقد عبر عن ذلك الأستاذ (CAPATINA) بقوله انه مع تلك العقود النمطية والشروط العامة فان (تدخل القانون الدولي الخاص قد تقلص بدرجة كبيرة ... (فتلك العقود) تنطوي في نصوص شروطها العامة على تنظيم في غاية الدقة حول الالتزامات التعاقدية . فمن غير المفيد في نطاق كبير تدخل القانون الدولي الخاص في حل المنازعات المحتملة) . فكأن فكرة العقد الدولي الكافي بذاته في شأن العقود النمطية والشروط العامة أمرٌ لا سبيل إلى إنكاره . وهو ما يدعمه واقع العقود الدولية ذاتها[٩٧] .

الفرع الثالث

تقييم معيار الكفاية الذاتية

على الرغم من تأكيد بعض أحكام القضاء السابقة لمبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي ، فان تلك الفكرة تبدو منتقدة وغير مقبولة لعدة أسباب منها : ان القول بكفاية العقد الدولي في ذاته لحكم العلاقة بين أطرافه يعني الاعتراف لإرادة الأطراف وحدها بخلق نظام قانوني جديد استقلالاً عن القانون ، ويعني أيضاً سمو الإرادة الفردية على القانون وتقدمها في خلق القواعد التي تنظم أنشطة الفرد الاجتماعية والاقتصادية وهو ما لا يمكن قبوله لأن الإرادة لا

تقدر على ترتيب أي آثار قانونية إلا إذا انطوت تحت مظلة نظام قانوني سابق على وجودها يقرر ان اتفاق الأطراف قادر على ان يرتب في ظل تحقق شروط معينة آثاراً قانونية محددة[٩٨].

فضلاً عن ان مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ سلطان الإرادة التي يستند إليها أنصار مبدأ الكفاية الذاتية لا تسبح في الفضاء ، إذ لابد من وجود نظام قانوني يضفي على هذه المبادئ القوة القانونية الملزمة وهذا الأمر قد دعى احد الأساتذة إلى وصف مبدأ الكفاية الذاتية بأنه نظرية الفراغ[٩٩] .

وقد أنكر البعض الكفاية الذاتية للعقد ، وقالوا ان قدرة العقد على إنشاء الالتزامات انما تستمد من القانون الذي يعترف بالعقد مصدراً للالتزام مما يجعل أساس القوة الملزمة للعقد في سلطان القانون لا في سلطان الإرادة[١٠٠] .

ويشير الواقع العملي للعقود الدولية إلى ان معيار الكفاية الذاتية للعقد الدولي هو مجرد فكرة افتراضية وليست حقيقية ، لأن العقد مهما كان دقيقاً في صياغته ومتضمناً لكل الأمور التفصيلية المطلوبة لتوقعات المستقبل فانه يبقى قاصراً لأن أطرافه لا يمكنهم الإحاطة بكل جوانب العملية التعاقدية[١٠١] .

وقد أدرك بعض الشراح هذه الحقيقة عندما كان بصدد الحديث عن عقود نقل التكنولوجيا فقال أن هذه العقود (أياً كانت العناية التي بذلت في تحريرها فإنها لا يمكن ان تحيط بكل المسائل التي قد تثير الخلاف بين الطرفين ، ولهذا ينبغي ان يعين المتعاقدون القانون الذي يرجع إليه القاضي أو المحكم عند خلو العقد من الحلول ...)[١٠٢] .

وتظهر أهمية الحاجة إلى القانون عند سكوت العقد عن حل المسألة محل النزاع ، فالطرف المتعاقد المدعي يكون بحاجة إلى تأسيس ادعائه على وفق إحدى القواعد القانونية ، وكذلك بالنسبة لخصمه المدعي عليه فهو أيضاً لا يستطيع رد الادعاء إلا بالإسناد أيضاً إلى إحدى القواعد القانونية ، ثم ان القاضي أو المحكم يستمد سلطته من القانون ، حيث انه لا يستطيع الحكم ضد احد أطراف العقد إذا لم يسمح له القانون بذلك[١٠٣] .

نخلص مما تقدم انه لا مانع يرد على حرية أطراف العقد الدولي من اللجوء إلى احد أنواع العقود النمطية أو النموذجية ، ولاسيما ان هذه الأنواع من العقود قد سار في الآونة الأخيرة في ظل عقود التجارة الدولية فهي تتسم بسهولة معرفة أطراف العقد لمضامينها ، وفيها اختصار للوقت والجهد فضلاً عن انها تحافظ على توقعات الأطراف وتوفر لهما الأمان القانوني ، وفي ذات الوقت تستدعي الضرورة ان يحدد المتعاقدون القانون الذي يتم الرجوع إليه في حالة نشوب نزاع بينهم .

المبحث الثالث
موقف الفقه والقضاء من النظرية الشخصية

ان فقه النظرية الشخصية يقوم على فكرة أساسية مفادها ان ارتباط العقد الدولي بأكثر من نظام قانوني واحد من شأنه ان يؤدي إلى تحرره من نطاق تنازع القوانين ، ومن ثم عدم خضوعه لحكم القانون ، لأنه لا يوجد هناك قانون معين يملك الادعاء بأنه صاحب الاختصاص بحكم العلاقة العقدية مما يمنح المتعاقدين حرية مطلقة في تنظيم علاقاتهم العقدية ، على أساس ان اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد لا يستند إلى قاعدة من قواعد تنازع القوانين ، وإنما إلى مطلق سلطان الإرادة ، مما يترتب على ذلك اندماج القانون المختار في العقد ، ونزول أحكامه منزلة الشروط التعاقدية بحيث يستطيع المتعاقدون الاتفاق على ما يخالفها ولو اتسمت بالطابع الآمر فيصبح العقد على هذا النحو عقداً طليقاً متحرراً من سلطات القانون[١٠٤] .

وقد استند أنصار النظرية الشخصية لدعم نظريتهم هذه إلى ان نطاق مبدأ استقلال الإرادة يبدو أكثر اتساعاً في نطاق العقد الدولي عنه في القانون الداخلي (الوطني) ، فهذا الأخير يقوم بتنظيم عدد من المسائل على نحو آمر ، أما في نطاق العقد الدولي فان قانون الإرادة يحكم كل شروط وآثار العقد كما ارتضته إرادة الأطراف ، والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى حدوث مشاكل ومصاعب تحد من تطور التجارة الدولية[١٠٥] .

إضافة إلى ان قواعد الإسناد التي وضعها المشرع الوطني لمواجهة علاقات القانون الخاص ، أصبحت غير قادرة على مواجهة الأنماط المختلفة والمتنوعة من العقود الدولية التي تشهد تطوراً سريعاً ، فهذه القواعد تقوم على منهج أعمى ، لأنها تؤدي في النتيجة إلى تطبيق قواعد قانون دولة أعدت خصيصاً لمواجهة علاقات القانون الخاص ، ومن الصعوبة تطبيق هذه القواعد على عقود التجارة الدولية التي تحتاج إلى قواعد قانونية قادرة على مواجهة كافة التطورات التي تصاحب التطور السريع للتجارة الدولية[١٠٦] .

فإذا كان العقد الدولي مفصلاً ودقيقاً في صياغته القانونية انشأ حقوقاً والتزامات من شأنها ان تلزم بذاتها أطراف العقد وتغني القاضي أو المحكم عن الاستعانة بأي قانون وطني[١٠٧] . ومن شأن ذلك ان يؤدي إلى نتيجة مهمة وهي عدم الاستناد إلى قاعدة التنازع ودون حاجة إلى تطبيق قانون معين على منازعات تلك العقود ، فالعقد يكفي ذاته بذاته .

وان تطبيق هذه الفكرة يجد له صدى في العقود النمطية أو النموذجية لما تتضمنه من أحكام تفصيلية تكفي بذاتها من دون حاجة إلى تدخل أي قانون[١٠٨] .

هذه المفاهيم وغيرها التي جاءت بها النظرية الشخصية كان للفقه المناهض لها موقفه منها ، وكان للقضاء هو الآخر موقفه من هذه النظرية فقد سجلت بعض الأحكام القضائية تأييداً لها سواء كان ذلك على صعيد القضاء العادي أم على مستوى قضاء التحكيم .

وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين يتناول المطلب الأول موقف الفقه من النظرية الشخصية ، أما المطلب الثاني فسوف يسلط الأضواء على موقف القضاء المؤيد لهذه النظرية وبشقيه العادي والتحكيمي .

المطلب الأول
موقف الفقه من النظرية الشخصية

إن ما توصل إليه فقه النظرية الشخصية من ان إرادة أطراف العقد الدولي تسمو في وجودها على القانون ، جعلها تتعرض إلى العديد من الانتقادات التي أسفرت عن تراجعها وانحسار دورها في مجال العلاقات العقدية الدولية . الأمر الذي يستدعي الوقوف عندها .

فمن جانب نجد ان بعض أنصار النظرية الشخصية قد استخدم في التعبير عن القاعدة التي تمنح أطراف العقد الدولي القدرة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي مصطلحات مختلفة منها (مبدأ سلطان الإرادة ، استقلال الإرادة ، قانون الإرادة ، مبدأ قانون الإرادة) الأمر الذي من شأنه ان يوقع في الخلط بين مبدأين مختلفين في المضمون والمحتوى هما : مبدأ سلطان الإرادة ، ومبدأ قانون الإرادة ، واستخدام احدهما مرادفاً للآخر. وهنا يكمن الالتباس والخلط ذلك ان مبدأ سلطان الإرادة أو استقلال الإرادة وهو مبدأ مشبع بروح الفلسفة الفردية مما يجعل من هذا المبدأ عقيدة غير قابلة للنقاش تسمو وتعلو في وجودها على القانون ذاته ، ومنح الإرادة القدرة على تنظيم نفسها بنفسها من دون حاجة إلى تدخل أي قانون لتنظيمها. فالإرادة قادرة بذاتها على إنتاج كافة الآثار القانونية المترتبة على العملية العقدية[١٠٩] بينما نجد ان قانون الإرادة أي حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد يهدف فقط إلى منح الإرادة القدرة على اختيار قانون دولة ما لينظم ويحكم جوانب العقد المختلفة الذي أنشأته ، بحيث لا يجوز لها ان تخرج عما تمليه القواعد الآمرة في هذا القانون[١١٠] .

ولذلك فان استخدام مصطلح سلطان الإرادة أو استقلالها للتعبير عن قاعدة قدرة الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد هو استخدام خاطئ ، لأنه لا يوجد استقلال للإرادة في مواجهة القانون ، بل في حقيقة الأمر هو خضوع الإرادة للقانون[١١١] .

بمعنى ان القانون هو الذي يخول المتعاقدين حق اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم العقدية . ولولا ذلك لما كان لهم حرية هذا الاختيار. ومن ثم فان القانون يسمو على الإرادة وليس العكس فالمتعاقدون يخضعون للقانون والعكس غير صحيح ، ذلك ان العقد لا يمكن له ان يتواجد إلا في ظل قانون يؤكد صحته وليس لاتفاق الإرادة في حد ذاتها أي قيمة قانونية ما لم تقرها النصوص القانونية التي نشأت في ظلها . كما ان الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة، وتأسيس قانون الإرادة عليه من شانه ان يؤدي إلى نتائج غير مقبولة ، فمنح أطراف العقد سلطة تنظيم علاقاتهم العقدية بمنأى عن القانون المختص ، أو اختيار قانون عديم

الصلة بالعقد من شأنه ان يؤدي إلى التحايل والاعتداء على القانون الواجب التطبيق على العقد[١١٢] .

ومن جانب آخر فان مضمون النظرية الشخصية وفكرة اندماج القانون المختار في العقد ومعيار الكفاية الذاتية للعقد الدولي ، يكاد يكون من المستحيل العمل بها جميعاً من الناحية القانونية والواقعية لأسباب عديدة ومن ابرز هذه الأسباب وأهمها ما يلي :

أولاً : إن القول بأن العقد الدولي يتصل بطبيعته بأكثر من نظام قانوني واحد ، وهذا هو شأن تنازع القوانين ، فان ذلك لا يعني مطلقاً عدم وجود قانون يمكن إسناد الاختصاص إلي، فكل عقد دولي لابد من اتصاله بصورة وثيقة بقانون دولة ما ليكون هو القانون الواجب التطبيق[١١٣] ، بمعنى آخر انه لا يمكن تصور عقد من دون قانون يحكمه وان

جميع المسائل المتعلقة بتكوين العقد وصحة التراضي ، لا يتأتى الفصل فيها إلا بحسب نصوص قانون وطني لإحدى الدول التي ترتبط بها هذه العقود ، لان الاشتراطات التي يدرجها الأطراف في عقودهم ، لا تغني مطلقاً عن البحث في النصوص الآمرة ، ولا تقوم مقامها ، فهي التي تكشف عن بطلان هذه العقود أو صحتها ، وهي التي تبين ما إذا كانت هذه العقود قابلة للإبطال لعيب في الرضا ، كإكراه أو غلط أو تدليس ، فضلاً عن ان تدخل القانون في العقود سوف يمنع تحكم الطرف القوي في الطرف الضعيف[١١٤]. وضرورة اتصال العقد الدولي بقانون دولة ما أكده القضاء الدولي والوطني على حد سواء ، فعلى مستوى القضاء الدولي نجد ان حكم محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية قروض الصرب والبرازيل بتاريخ ١٢ تموز من عام ١٩٢٩ قد أكد هذا المعنى حينما قرر بأن (كل عقد بين دول بحسبانها من أشخاص القانون الدولي ، يجد أساسه في قانون وطني) أما على مستوى القضاء الوطني نجد ان محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٢١ حزيران من عام ١٩٥٠ في القضية الخاصة بعقد القرض الذي أبرمته شركة (Messegeries Maritimes) قد رددت هذا المبدأ في عبارات واضحة حين قالت (ان كل عقد دولي ينبغي ان يستند بالضرورة إلى قانون دولة ما)[١١٥].

وإذا كان أنصار النظرية الشخصية قد استندوا في تأييد فكرة العقد من دون قانون إلى نص المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على ان (الاتفاقات التي تبرم وفقاً للقانون تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها) فهو استناد خاطئ ومردود ، ذلك ان إرادة الأطراف عند التعبير عنها في أي عقد أو تصرف قانوني وان كانت ملزمة لأطرافها ، إلا انها لا تتماثل أو تتساوى مع القانون من حيث الإلزام ، وإذا كان المشرع الفرنسي قد شبه الإرادة بالقانون وماثل بينهما فهو تشبيه قاصر ، لان الأمر ليس أكثر من مجرد كونه وسيلة للتعبير عن الإرادة بصورة قاطعة على نحو يلزم أطراف العقد بنصوص العقود التي ابرموها بحرية تامة[١١٦] . فضلاً عن ان استناد أنصار النظرية الشخصية للمادة المذكورة من القانون المدني

الفرنسي والتي تقرر مبدأ ان العقد شريعة المتعاقدين ، فيبدو إنهم تناسوا ان تلك المادة تتحدث عن الاتفاقات التي تبرم وفقاً للقانون بما يعني وجود قانون يسمح بتكوين تلك الاتفاقات والعقود[١١٧] وفضلاً عن ذلك فان تلك المادة لا تنص بصورة مطلقة على ان الإرادة هي قانون الأطراف ، ولكنها تتضمن بأن الاتفاقات المبرمة قانوناً تُعد قانون الأطراف ، مما يدل وبشكل واضح على ان الاتفاقات لا يكون لها من اثر ملزم بالنسبة لإطراف العقد إلا إذا جاءت مطابقة للقانون الذي أبرمت في ظله . وإلا فكيف يمكن ان يحكم على المدين بالوفاء إذا لم يسمح القانون بذلك[١١٨] .

ثانياً : إن مسألة الاعتراف بحق المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم ليس من شأنه ان يجرد القانون المختار من طبيعته القانونية ، ليصبح شرطاً تعاقدياً لا غير ، فالقانون يبقى قانوناً لأنه لا ينظم فحسب علاقات الأطراف، وإنما يشمل تنظيمه وآثاره ضمان حقوق الغير في العلاقة وحماية المجتمع بصورة عامة[١١٩] .

وبذلك فان إرادة الأطراف ليست في ذاتها مصدراً أساسياً للقانون حتى يمكن القول بقدرتها في تنظيم علاقاتهم العقدية دون تدخل مباشرة من القانون بصفته تلك ، أي كقانون صادر من السلطة التشريعية ، ويحمل في طياته الجزاء الذي يفرضه ، ومن ثم فان العقد الذي اندمج فيه القانون الذي كان من المفروض ان يحكمه يكون في الواقع عقداً خارج دائرة القانون ، لا يخضع إلا لما يريده ويقدره الأطراف ، مما يؤكد ان العقد يظل دائماً بحاجة إلى قانون ، تتأسس عليه صفته القانونية وينتقل بذلك من ميدان الواقع إلى ميدان القانون ، وإذا أراد أطراف العقد الدولي ان يضمنوا عقدهم بعضاً من أحكام القانون ، فيجب ان ينحصر ذلك في نطاق القواعد المكملة أو الاختيارية في قانون العقد ، أما القواعد الآمرة فيجب ان يظل العقد خاضعاً لها ، لا ان يحتويها أو يستوعبها[١٢٠] ولا يمكن التسليم بوجود عقد يفلت من حكم القانون أو بمعزل عن الخضوع لأي قاعدة قانونية ، لان القول بغير ذلك يثير التساؤل حول جدوى اجتهاد المشرع في وضع هذه القواعد ، ولاسيما القواعد الآمرة التي يجب ان يرتبط بها أطراف العقد في كل الأحوال ولا يجوز الخروج عليها ، وان مخالفة هذه القواعد لاشك في انه يتعارض مع القصد من تشريعها ، مما يستلزم عدم المساس بالقوة التي يسبغها المشرع على أي قانون .

بعبارة أخرى ان الإرادة لا تتدخل إلا في الحدود التي تسمح بها القوانين الآمرة ، وإذا كان لا يوجد في القانون الدولي قاعدة تؤكد التزام الإرادة بهذه الحدود ، إلا انه يجب على الأقل الاعتراف بأن هذه القاعدة كائنة في العرف الدولي مما يجب معه ان تتقيد الإرادة بظروف الحياة الاقتصادية والاجتماعية التي تنظمها القوانين المختلفة[١٢١] .

وهكذا نجد ان أنصار النظرية الشخصية ينكرون حقيقة واضحة المعالم جلية المضمون وهي ان الإرادة التي تعد أساساً للتصرفات القانونية والعقدية ، ما هي إلا مبدأ من المبادئ التي

اقرها المشرع وحدد نطاقها ووضع ضوابطها وحينئذ فان هذه الإرادة لا يمكن لها ان تنتج آثارها إلا إذا اعترف بها القانون .

ثالثاً : إن فكرة اندماج القانون المختار في العقد التي تبناها أنصار النظرية الشخصية ليس بالإمكان تأييدها لان من شأن ذلك ان يؤدي إلى تجريد القانون المختار من صفته كقانون له صفة الإلزام ، كما لا يجوز الادعاء بأن القاضي المثار أمامه النزاع المتعلق بهذا العقد لا يأتمر إلا بما أملاه عليه أطراف العقد من شروط عقدية في نطاق العقد واندماج القانون المختار في العقد ، لان القاضي لا يأتمر إلا بأوامر مشروعه من خلال قاعدة التنازع التي تلزمه بتطبيق قانون العقد سواء تم تطبيقه بإرادة أطراف العقد الصريحة أو الضمنية[١٢٢] .

وبناءً عليه فان اختيار الإرادة للقانون الواجب التطبيق على العقد لا يستند إلى مطلق سلطان الإرادة ، وإنما يجد أساسه في سيادة القانون ، حيث ان الإرادة تعد مجرد ضابط إسناد، أقرتها قاعدة التنازع في قانون القاضي وتلك القاعدة ترشد إلى القانون الواجب التطبيق، فالقانون المختار لا يطبق بوصفه شروط تعاقدية مجردة كما ذهب إلى ذلك أنصار النظرية الشخصية ، وإنما ينطبق على العقد بوصفه قانوناً يحمل في طياته قواعد عامة مجردة وملزمة . وهذا يعني انه لا يجوز لإرادة أطراف العقد ان تخالف الأحكام الآمرة في القانون المختار ، وإلا عُدّ العقد باطلاً[١٢٣] .

فضلاً عن ان أطراف العقد لا يستطيعون وضع تنظيم شامل لعلاقتهم على نحو يغنيهم من الالتجاء إلى أي نظام قانوني ، نظراً لعدم قدرتهم على التنبؤ بالصعوبات والمشاكل التي تثار أثناء تنفيذ العلاقة ، وهو ما تتأكد معه الحاجة إلى وجود نظام قانوني معين يسد الثغرات التي تكتنف التنظيم العقدي للعلاقة المعينة ، فضلاً عن قيام هذا النظام بتقدير مشروعية هذا التنظيم[١٢٤] ، والعقد الدولي مهما كان محبوكاً بشروطه وبنوده التي أضافها أطراف العقد بإرادتهم لا يمكن ان يلم بكافة المشاكل التي يمكن ان تثار بعد إبرام العقد[١٢٥] .

رابعاً : إن أنصار النظرية الشخصية قد أكدوا على ان شرط الثبات التشريعي أو تجميد القانون من حيث الزمان يعد عامل استقرار للروابط العقدية ، وهو يشكل نوعاً من الأمان القانوني الذي يتطلبه العقد الدولي ، غير ان التسليم بهذه النتيجة ليس بالأمر الهين ، لأن شرط الثبات التشريعي قد تعرض للنقد الحاد من جانب فقه القانون الدولي الخاص[١٢٦] ، كما ان القضاء لم يقر بإمكانية العمل بهذا الشرط[١٢٧] . لأن منح أطراف العقد الدولي حق اشتراط تجميد القانون المختار فيه مساس بسيادة الدولة الأجنبية التي تم اختيار قانونها لحكم العقد ، فلا يجوز القول بأن الإرادة تملك اشتراط الثبات التشريعي للقانون المختار، فهذا الحق مقتصر على هذه الدولة وحدها ، فهي الوحيدة التي تملك تحديد نطاق سريان قانونها من حيث الزمان ، إضافة إلى ان الذي يقرر سريان التعديلات اللاحقة هو المشرع الذي

وضع ذلك القانون ، لا الأفراد الذين يخاطبهم ذلك القانون ، ومن ثم فان التطبيق السليم لهذا القانون يتطلب العودة لنصوصه الجديدة وتحديد نطاق سريانها حيث الزمان[١٢٨] .

إضافة إلى أنّ التجميد الزمني لقانون العقد يؤدي إلى جعل العقد الدولي بغير قانون وتجريده من سلطان القانون الواجب التطبيق عليه وصيرورته طليقاً[١٢٩] ، فضلاً عن ذلك فان تجميد القانون المختار وعدم سريان التعديلات التشريعية اللاحقة على إبرام العقد من شأنه ان يؤدي إلى تطبيق أحكام لا وجود لها[١٣٠] .

إن التبريرات التي ساقها أنصار النظرية الشخصية لاعتماد شرط التثبيت الزمني كونه يؤدي إلى الأمان القانوني الذي يتطلبه انتقال رؤوس الأموال للاستثمار مسوغ غير مقبول بل مردود أيضاً كونه يتعارض مع مصالح الدول المستقطبة للاستثمارات ، ولاسيما الدول النامية، فمن المعروف ان معظم هذه الاستثمارات تقوم بها شركات ضخمة تعود لدول صناعية متقدمة ، همها الأول والأساسي قبل كل شيء تحقيق الربح ولو كان على حساب اقتصاد ومصالح الدول النامية المضيفة للاستثمار ، مما يجعل هذه الدول الأخيرة في موقع المحتاج لقدوم رؤوس الأموال الأجنبية لغرض البناء والتنمية والنهوض بالاقتصاد الوطني ، ومن ثم القبول بما تمليه عليها تلك الشركات من شروط ، قد يكون من ضمنها شرط الثبات التشريعي ، والذي قد يؤدي بدوره ، إلى تحجيم وتقييد قدرتها في معالجة وتطوير قوانينها بما يواكب مصالحها الاقتصادية والاجتماعية ، التي هي بلا شك متغيرة ومتطورة بهدف حماية المصلحة العامة[١٣١] .

خامساً : إن أنصار النظرية الشخصية والذين قالوا بإمكانية وجود عقد بلا قانون يحكمه استناداً لمبدأ كفاية الإرادة في خلق القانون الذاتي للعقد الدولي جاعلين من العقود النموذجية إحدى الوسائل الفعالة في تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقود الدولية، أمر غير دقيق ، فقد ثبت ان الأجهزة الدولية التي قامت بوضع العقود النموذجية ذات التنظيم الشامل ، لم تكن تقصد عدم إخضاع هذه العقود لأي قانون كما يزعم البعض ، استناداً لكفاية الإرادة لحكمها . بل كان المقصود من ذلك ، ان يترك الأمر لقاضي الموضوع كي يختار بالنظر إلى كل حالة على حدة ، القانون الأنسب لحكم النزاع المعروض . وبهذه المثابة ، يثبت صحة الاتجاه القائل بوجوب خضوع العقد الدولي لقانون معين[١٣٢] .

ومما لاشك فيه ان ما انتهت إليه النظرية الشخصية يناهض صحيح القانون، إذ لا يمكن التسليم بإطلاق حرية الإرادة في مجال العقود الدولية ، فإذا كانت الإرادة تملك حرية اختيار قانون العقد ، فان هذه الحرية ليست مطلقة ، وإنما هي مقيدة بنصوص القانون الآمرة التي ترتبط بالعقد ارتباطاً فعلياً وتهدف إلى حماية المصالح العليا للجماعة ، ويؤكد ذلك ان العقد الدولي يرتبط بوسط اجتماعي تتركز فيه عناصره وتترتب فيه آثاره أو معظم هذه

الآثار، الأمر الذي يترتب عليه حتماً خضوع العقد للقانون السائد في هذا الوسط الاجتماعي[١٣٣].

إضافة إلى ان فكرة العقد من دون قانون هي خيال وليس حقيقة ، فالنقص والقصور الذي يكتنف بنود العقد وأحكامه أمر قائم ، فالأطراف مهما كانت خبرتهم وتوقعاتهم لأحداث المستقبل ، لا يمكنهم الإحاطة بكل جوانب العملية التعاقدية ، وليس هذا بالأمر الغريب فالنقص إذا كان يضم القانون ذاته فما بالك بالعقد[١٣٤] .

وفضلاً عن ذلك فان عدم خضوع العقد سواء كان ذلك على النطاق الداخلي أم الدولي، لأي قانون يُعد أمراً غير مألوف ، والقول بأن العقد يستمد قوته من نصوصه وبنوده يثير الكثير من الفوضى القانونية[١٣٥] .

نخلص مما تقدم ان منطق النظرية الشخصية قد سعى حثيثاً إلى تحرير العقد الدولي من حكم القانون ، إلا ان الفقه الحديث مؤيداً من قبل القضاء الغالب قد رفض هذا المنطق حيث رجح جانب منه قدرة الإرادة على الاختيار إلى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي وليس إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة ، بحيث ينحصر دور الإرادة على هذا النحو في إخضاع العقد لحكم القانون المختار والتي لا تقوى الإرادة على الخروج عن قواعده الآمرة لان دورها يقتصر على الاختيار ألتنازعي للقانون الذي سيخضع العقد لأحكامه الآمرة ، وليس في اختيارها المادي لأحكام هذا القانون الذي تندمج على هذا النحو في العقد وتصبح شرطاً من شروطه التعاقدية يملك المتعاقدون الاتفاق على ما يخالفها حتى وإن اتسمت بالطابع الآمر[١٣٦] .

أو كما يذهب جانب آخر من الفقه إلى عدّ إرادة المتعاقدين ضابطاً للإسناد لا غير يقتصر دوره على تركيز العقد في إطار نظام قانوني معين يرتبط به مما يخضعه بالتالي للأحكام الآمرة في هذا النظام[١٣٧] .

المطلب الثاني
موقف القضاء من النظرية الشخصية

نحاول من خلال هذا المطلب أن نسلط الضوء على موقف القضاء بشقيه القضاء العادي والتحكيمي وإفراد فرع خاص لكل منهما .

الفرع الأول
موقف القضاء العادي من النظرية الشخصية

إن مفهوم النظرية الشخصية القائم على إخضاع العقد الدولي لمطلق سلطان الإرادة مما يترتب عليه اندماج القانون المختار في العقد ، ونزول أحكامه منزلة الشروط التعاقدية ، لم يكن ذلك كله فكرة نظرية بحتة ، بل وجدت هذه الفكرة تطبيقات قضائية لها ، ولا مغالاة

ان قيل ان تلك الفكرة قد استمدت أساساً من أحكام القضاء وولدت ونشأت في رحابه وان كان الفقه قد حاول صياغتها وتأصيلها نظرياً[١٣٨] .

لذا سوف نحاول وبما يخدم هذه الدراسة الإشارة إلى أهم التطبيقات القضائية المؤيدة لهذه النظرية ومنها :

الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٥ كانون الأول من عام ١٩١٠ بخصوص القضية الشهيرة المعروفة باسم (American Trading Company) وتتلخص أحداث هذه القضية في عقد مشارطة إيجار سفينة ابرم في نيويورك بين شاحن أمريكي ، وناقل كندي ، موضوعه نقل بضاعة من أمريكا إلى فرنسا .

وقد تضمنت المشارطة شرطاً يقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية ، وعند وصول البضاعة إلى ميناء الوصول وهو ميناء (كواد لوب) (Guadeloupe) في فرنسا ، تبين وجود تلف فيها ، وعندما عرض النزاع أمام محكمة النقض الفرنسية دفع الناقل بشرط عدم المسؤولية الوارد في مشارطة الإيجار. بينما دفع الشاحن بأن العقد يخضع صراحة للقانون الأمريكي الصادر من الكونغرس بتاريخ ١٣ شباط من عام ١٨٩٣ والذي يقرر بطلان كل إعفاء من المسؤولية ، غير ان محكمة النقض لم تستجب لمثل هذا الدفع وقررت صحة شرط الإعفاء من المسؤولية حيث جاء بالقرار ان (القانون الواجب التطبيق على العقود، سواء فيما يتعلق بتكوينها ، أو بآثارها ، أو شروطها هو القانون الذي تبناه الأطراف ... وانه من روح وبنود اتفاق الخصوم ، واستناداً إلى قصدهم المشترك ، إنهم لم يرتضوا الخضوع للقانون الأمريكي ، إلا في المسائل التي لم يتم إدراجها صراحة في مشارطة الإيجار)[١٣٩] .

بموجب هذا الحكم أصبح القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين جزءاً من العقد ، لتندمج أحكامه على هذا النحو ضمن شروطه التعاقدية ، وبذلك فقد انتهت المحكمة في حكمها هذا إلى ان رجوع المتعاقدين إلى القانون الأمريكي لا يعني الأخذ بأحكامه في شأن إبطال شروط الإعفاء من المسؤولية المنصوص عليه صراحة في العقد . فمادام شرط الإعفاء محلاً لتراضي الطرفين فهو ملزم لهما ، أما الرجوع للقانون الأمريكي فيجب ان يفهم على انه يضيف إلى الشروط المدرجة بالعقد ما عسى ان يتضمنه هذا القانون من شروط أخرى لم يتناولها العقد[١٤٠] .

يفهم مما تقدم ان محكمة النقض الفرنسية قد أقرت صحة اشتراط الخصوم، وان القانون الذي تم اختياره من قبل أطراف العقد قد اندمج في العقد ، وأصبح شرطاً تعاقدياً أسوةً بسائر شروط العقد الأخرى .

وقد توالت بعد هذا الحكم الأحكام القضائية والتي سايرت هذه النظرية بحيث أكدت على دور إرادة أطراف العقد الدولي في اختيار القانون الواجب التطبيق ومنحها الأولوية في التحديد المباشر لهذا القانون ، بما يؤدي إلى اندماج القانون المختار في العقد ومنها حكم

محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٥ أيار من عام ١٩٣٥ ، وكان النزاع في هذه القضية يدور حول عقد بيع ابرم عام ١٩١٤ بين مشتر فرنسي ، وشركة ألمانية مقرها في (الالزاس) التي كانت حينها تابعة لألمانيا قبل الحرب العالمية الأولى .

وقد تضمن هذا العقد شرطاً يفيد ان القانون الألماني هو القانون الواجب التطبيق ، وبعد انتهاء تلك الحرب ، تمسك البائع بالفوائد القانونية خلال فترة الحرب ، بحسب القانون المختص (القانون الألماني) . وبالمقابل دفع المشتري ، بأن البائع لم يوجه له إعذار (إنذار) ، على وفق ما يتطلبه المرسوم الفرنسي الصادر بتاريخ ٢٥ آذار من عام ١٩١٩ ، ومن ثم فان المطالبة بهذه الفوائد لا محل لها ، لأن حقه بالمطالبة بها قد سقط بموجب هذا المرسوم الذي أصبح نافذاً في (الألزاس) بعد انضمامها إلى فرنسا . وعندما عرضت القضية أمام محكمة النقض أيدت حكم محكمة الاستئناف فيما ذهبت إليه (من ان الفوائد المتعلقة بهذا الدين الناتج عن توريد بعض المهمات والخاضعة للقانون الأجنبي الخاص بزمان ومكان تحرير العقد سنة ١٩١٤ بمنأى عن السقوط المنصوص عليه في مرسوم ٢٥ آذار ١٩١٩ على أساس ان هذا المرسوم لا تخضع له

إلا الفوائد القانونية التي ينص عليها مرسوم ١٩ آب ١٩١٤ ، أما الفوائد موضوع المطالبة الخاضعة لقانون أجنبي ، فإنها لا تحمل هذا الطابع ، بل لها طابع اتفاقي أو تعاقدي)[١٤١] .

ومن خلال تحليل هذا الحكم يتبين انه لم يكن هناك اتفاق على الفوائد بين أطراف العقد، ومطالبة البائع الحكم له بالفوائد القانونية استناداً إلى مرسوم ١٩ آب ١٩١٤ الساري وقت إبرام العقد ، والذي يقرر مثل هذه الفوائد . لذا رأت المحكمة ان المرسوم السابق قد ادمج في العقد ، ومن ثم يكون شرطاً من شروط العقد ، وعليه تكون الفوائد المطالب بها بحسب هذا المرسوم واجبة بمقتضى الاتفاق ، مما جعل المحكمة تنتهي إلى ان (الفوائد المطالب بها ذات طبيعة تعاقدية ، وحينئذ فهي بمنأى عن السقوط الذي يفرضه مرسوم ٢٥ آذار ١٩١٩) .

بمعنى ان المرسوم السابق قد أدرجت نصوصه في العقد ومن ثم تعامل تلك النصوص معاملة الشروط العقدية ومن ثم فقد أصبحت الفوائد القانونية المنصوص عليها في المرسوم فوائد اتفاقية مصدرها العقد[١٤٢] .

ومن الأحكام التي تؤيد النظرية الشخصية كذلك الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في ١٩ تشرين الأول عام ١٩٣٨ حيث تبنت فيه هذه المحكمة القضاء السابق ، وكان الأمر في هذه المرة يتعلق بالمطالبة بدفع فرق سعر العملة، بين دائن ألماني ومدين فرنسي ، وكانت المطالبة بالدين بموجب قانون إعادة تقويم العملة الألمانية الصادر في ١٦ تموز عام ١٩٢٥ والذي يسري بأثر رجعي على ما انقضى من ديون وبعد ان رفضت محكمة الموضوع

إجابة الدائن إلى طلبه ، رفع طعناً أمام محكمة النقض ، والتي بدورها أيدت الحكم المستأنف المطعون فيه، وقررت انه إذا كان القانون الألماني هو القانون الواجب التطبيق على العقد بين الطرفين ، إلا ان قضاة الموضوع (قد قدروا ، بتفسير مطلق لإرادة الأطراف ، ان هؤلاء قد أرادوا القيام بوفاء يقضي الدين نهائياً) .

وهذا يعني ان محكمة النقض قد عدت القانون الألماني ، واجب التطبيق ، وتعديلاته اللاحقة ذات الأثر الرجعي ، قد اندمج في العقد، ولا يكون له من اثر إلا ما يقرره ذلك العقد ذاته ، ولأن هذا الأخير قد اتفق فيه الأطراف على القيام بوفاء

نهائي ينقضي معه الالتزام ، فانه يتعين احترامه ، ولا وجه للكلام عن الأثر الرجعي لقانون العقد ، لان ذلك القانون بأثره قد اندمج في العقد[١٤٣] .

إن مسألة تبني فكرة اندماج القانون المختار في العقد ، لم يكن محصوراً في القضاء الفرنسي ، بل أخذت بها أيضاً أحكام القضاء المقارن الأخرى ، ومنها القضاء البلجيكي عام ١٩٣٨ ، والقضاء الانكليزي عام ١٩٣٩[١٤٤] .

جدير بالذكر ان الأحكام القضائية السابقة إذا كانت قد ناصرت النظرية الشخصية وذلك بتأييدها لفكرة اندماج القانون المختار في العقد ، إلا ان القضاء الحديث قد هجر هذه الفكرة في الأحكام القضائية الصادرة عنه ، فالمتأمل في أحكام هذا القضاء يجد تركيزاً على فكرة خضوع العقد لقانونه ، التي لا تدع مجالاً للشك ، حول النفي القاطع لفكرة الاندماج وانعدام سلطان القانون المختص فالبعض من هذه الأحكام تتكلم عن غياب دور الأطراف ، وضرورة تحديد القانون واجب التطبيق كالقرار الصادر من محكمة النقض الفرنسية في ٢٩ حزيران عام ١٩٧١ والذي قررت فيه تأييدها لقضاة الموضوع في استخلاصهم وتقديرهم (للظروف التي تحدد توطين العقد والذي يستخلصون منه القانون واجب التطبيق عليه) فكأن القانون يطبق على العقد ولا يندمج فيه ، يحكمه ، ولا ينطوي تحت لوائه[١٤٥] .

الفرع الثاني

موقف القضاء التحكيمي من النظرية الشخصية

إذا كان القضاء الوطني (العادي) ، قد أكد هذه النظرية في بعض أحكامه كما أسلفنا ، فانّ قضاء التحكيم قد اتجه بصورة خاصة إلى اعتناق النظرية الشخصية ، على اعتبار ان السلطة القضائية الممنوحة للمحكمين في النزاع المعروض أمامهم أساسه إرادة الأطراف ، ولما كان المحكمون يعتدون إلى حد كبير بإرادة الأطراف ، كان طبيعياً ان يقر التحكيم الدولي حرية إدماج القانون المختار دون قيد ، وحرية تعديل هذا الاختيار خلال إجراءات الدعوى وذلك بهدف تحرير عقود التجارة الدولية من سلطان المفاهيم الإقليمية للقوانين الوطنية واستبعاد مشكلة تنازع القوانين[١٤٦] .

إن أساس هذا الاتجاه يكمن في انه من العسير على التحكيم الدولي ، بوصفه القضاء العام لمجتمع البائعين والمشترين العابر الحدود ، ان يتجاهل العادات والأعراف التجارية والمهنية التي نشأت بطريقة تلقائية بين المتعاملين على مستوى التجارة الدولية والتي تشكل في مجموعها ما يسمى بالقانون التجاري الدولي . فمن جهة ان أحكام هذا القانون ، التي يستسيغها محترفو التجارة الدولية لأنهم قد أسهموا في تكوينها بما يناسب ظروف مجتمعهم العابر الحدود، هي الأكثر ملاءمة لحكم روابطهم العقدية من أحكام القوانين الوطنية والتي لا تعبر إلا عن ظروف ومصالح المجتمعات الداخلية التي تنتمي إليها ، ومن جهة أخرى فان إحساس المحكمين بأن أساس سلطاتهم القضائية هو إرادة الأطراف يدفعهم بالضرورة إلى الإذعان لرغبة هؤلاء في تجنب القوانين الداخلية التي ترتبط بالعقد وتفضيل الخضوع لما ألفوه من عادات وأعراف مستقرة في إطار المهنة أو التجارة التي ثار بشأنها النزاع . مما يؤدي في النهاية إلى تحرير العقود من سلطان القوانين الوطنية وإفلاتها من قواعد تنازع القوانين(١٤٧).

ومن أحكام قضاء التحكيم التي اعتنقت النظرية الشخصية ، فيما يتعلق باتفاق المتعاقدين على تجميد قانون العقد من حيث الزمان ، مما يؤدي إلى جعل العقد غير خاضع لأي قانون يحكمه ، لأنه نتيجة لتطبيق النصوص السارية وقت إبرام العقد بالرغم من وجود نصوص جديدة ألغت السابقة ما يجعل العقد طليقاً غير خاضع لأي قانون وضعي ، قرار التحكيم الصادر في ١٥ آذار عام ١٩٦٣ بمناسبة النزاع الذي نشب بين إيران وإحدى الشركات البترولية حيث انتهى القرار المذكور إلى انه (... يبدو وحينئذ من الطبيعي ان تحمي – الشركة – ضد التعديلات التشريعية التي يمكن ان تعدل من اقتصاديات العقد ، وان يكفل لها بعض الأمان القانوني ، وهذا ما لا يكفله لها التطبيق الخالص والبسيط للقانون الإيراني ، الذي يكون من سلطة الدولة الإيرانية تعديله ...)(١٤٨) .

وفي قضاء التحكيم الدولي الحديث نسبياً نجد القرار الصادر في قضية (ليامكو) (LIAMCO) بتاريخ ١٢ نيسان من عام ١٩٧٧ في النزاع بين ليبيا وإحدى الشركات البترولية ، والذي قرر ان شرط التجميد الزمني لقانون العقد (يتفق مع مبدأ معصومية – أو عدم جواز

خرق – العقود المعترف به عموماً في القانون الداخلي وفي القانون الدولي ... كما ان هذا الشرط يتفق مع مبدأ عدم رجعية القوانين)(١٤٩) .

جدير بالذكر انه إذا كانت الأحكام السابقة قد اعتنقت النظرية الشخصية ، فان تحرير العقد الدولي من أحكام القوانين الداخلية أمام قضاء التحكيم الحديث لم يعد يستند في رأي جانب من الفقه المعاصر إلى مطلق سلطان الإرادة ، وإنما على حقها في هذا الصدد المستمد من قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص التي استقر عليها العمل أمام المحكمين ،

وهي قاعدة تبيح لإرادة المتعاقدين سلخ العقد الدولي من القوانين الداخلية وان ظلت الرابطة العقدية خاضعة لأحكام القانون التجاري العابر الحدود[١٥٠] .

وهذا لا يعني بالضرورة ان قضاء التحكيم التجاري الدولي قد اقر فكرة العقد المتحرر من سلطان القانون على نحو ما أراد أنصار النظرية الشخصية التقليدية .

فالعقد أمام التحكيم التجاري الدولي وان تصور إفلاته من أحكام القوانين الداخلية على النحو السابق إلا انه يخضع للعادات والأعراف التجارية[١٥١] .

إن إحالة أطراف العقد الدولي المحكم على قواعد قانونية لا تنتمي إلى قانون دولة ما كما هو الحال بالنسبة للمبادئ العامة للقانون وعادات التجارة الدولية لا يُعد تطبيق المحكم لهذه المبادئ تطبيقاً لقانون العقد لان الأمر لا يتعلق بإعمال قانون وضعي معين وإنما يشكل تطبيق المحكم لها بمثابة (نظام إحالة) مفروض عليه بواسطة إرادة الأطراف ، وطالما ان المحكم لا يطبق هنا قواعد لا يمكن وصفه بأنه تطبيق لقانون العقد لان هذا الوصف يقتصر فقط على تطبيق القواعد القانونية الواردة في قانون دولة معينة . وعلى ذلك فان العقد ، يُعد بلا قانون يحكمه على الرغم من إحالة الأطراف المحكم إلى إعمال مبادئ التجارة الدولية[١٥٢] .

إن مما ينبغي ان يقال هنا ان عادات التجارة الدولية وأعرافها لا يمكن ان تشكل نظاماً قانونياً متكاملاً على غرار الأنظمة القانونية الوطنية وهذا الأمر يؤدي إلى القول بعدم كفاية الإحالة على هذه المبادئ لحل النزاع المعروض على المحكم وانه في غالب الأحوال لابد من استعانة المحكم بقانون دولة ما ورجوعه إليه لوضع الحلول الملائمة[١٥٣] .

ويرى البعض انه لا يمكن القول بأن العقد بلا قانون إن قام الأطراف باختيار تطبيق مبادئ التجارة الدولية . لأن فكرة العقد بلا قانون تتخذ أمام هيئات التحكيم مدلولاً ذا طبيعة خاصة ولا يعني هذا المدلول الخاص إمكانية تحرير إرادة الأطراف كلها من الخضوع لنظام قانوني ما كما يرى أنصار النظرية الشخصية ، وإنما يعني توسيع المجال الذي تمارس فيه إرادة الأطراف حريتها في تحديد القانون الواجب التطبيق . لأن مبدأ سلطان الإرادة يتيح للأطراف سلطة إسناد العقد إلى نظام قانوني وطني كما يتيح لهم كذلك سلطة إسناد العقد إلى نظام قانوني غير وطني ، ولا يمكن عد العقد في هذه الحالة بلا قانون يحكمه[١٥٤] .

نخلص مما تقدم إلى ان قضاء التحكيم الغالب ، والذي يميل إلى اعتناق النظرية الشخصية وإنزال حكم القانون المختار منزلة الشروط العقدية ، لم يذهب إلى حد إقرار فكرة العقد المتحرر تماماً من سلطان القانون ، وإنما أراد فقط تدويل عقود التجارة الدولية وتحريرها قدر المستطاع من أحكام القوانين الداخلية مع إخضاعها في ذات الوقت لما أسموه بالقانون التجاري الدولي[١٥٥] .

وبذلك فانه لا نكون أمام عقد بلا قانون يحكمه إلا إذا كنا بحالة لا يستند فيها العقد إلى قانون ما سواء أكان هذا القانون وطنياً أم غير وطني وهو الأمر الذي لا يمكن قبوله في نطاق القانون الدولي الخاص[١٥٦] .

الخاتمة

بعد الفراغ من موضوع البحث تم التوصل الى النتائج والتوصيات وهي كالاتي :

أولاً : النتائج

١. جانب من الفقه يرى ان فكرة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة ليست حديثة النشأة وإنما مرت بمراحل وتطورات على مر العصور فهي قديمة قدم العلاقات التي تتم عبر الحدود وان التشريعات الحديثة سعت إلى تأكيد حق الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي إلا ان استقرار هذا المبدأ لم يتم إلا مع نهاية القرن التاسع عشر في ظل المذاهب الفردية التي تأكدت فيها فكرة سلطان الإرادة بوصفها تعبيراً عن الانعكاس القانوني للفلسفات الاجتماعية والاقتصادية التي كانت سائدة وقت ذاك .

٢. إن تحديد طبيعة العلاقة القانونية والكشف عن العنصر الأجنبي فيها تُعد ضرورة حتمية ومسألة أولية لازمة لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص لأنها تمثل المقدمة المنطقية لدخول العلاقة القانونية ضمن نطاق قواعد هذا الفرع من فروع القانون وتحرك آليات قواعد تنازع القوانين .

٣. يبين البحث ان هناك نظريتان تنازعتا فكرة العقد الدولي والقانون الواجب التطبيق عليه ، وهما النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية ، الأولى وهي موضوع البحث تؤدي إلى تأييد حرية المتعاقدين المطلقة في اختيار قانون العقد ومثل هذا الاختيار هو اختيار مادي يسمح للمتعاقدين بإخراج العقد من سلطان القانون استناداً إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة ، وهو ما يؤدي إلى اندماج القانون المختار في العقد ونزول أحكامه منزلة باقي الشروط العقدية وحينئذ يبقى العقد طليقاً بلا قانون يحكمه وهو ما يعني في نهاية الأمر إخراجه من نطاق التنازع ، بخلاف النظرية الثانية حيث ارجع فقهها قدرة الإرادة على الاختيار إلى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي وليس إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة ، ومثل هذا الاختيار هو اختيار تنازعي لأنه يؤدي إلى خضوع العقد الدولي للقواعد الآمرة في القانون المختار ، وبالتالي فان دور الإرادة في ظل هذه النظرية ينحصر في تعيين القانون الذي يحكم العقد لا في تحريره من سلطان هذا القانون .

٤. إن قاعدة قانون الإرادة لا تؤسس على مطلق سلطان الإرادة ، وإنما على قاعدة من قواعد تنازع القوانين ومن ثم لا يجوز أن يكون الاختيار مناقضاً للأهداف التي تسعى قواعد التنازع إلى

بلوغها والمتمثلة بفض التنازع بين القوانين عن طريق اختيار احد القوانين المرتبطة بالعلاقة العقدية .

ثانياً : التوصيات

١. نأمل من المشرع العراقي صياغة نصوص تشريعية ضمن اطار قواعد جديدة للتنازع لكون قواعد التنازع التي قررها المشرع العراقي في القانون المدني مضى على تشريعها أكثر من ستة عقود من الزمن ، بحيث أصبح معظمها لا يتلاءم مع التطورات الكبيرة والواسعة التي شهدها العالم على صعيد العلاقات الخاصة الدولية ، ولم تعد تلائم ما يشهده التعامل الدولي والمعاملات المالية والتجارية الدولية من قفزات متسارعة ونقلات نوعية متلاحقة أصبح في ظلها الاقتصاد حاكماً للقانون وليس العكس مما يستدعي أن نكرر ما سبقنا إليه غيرنا من ضرورة إصدار قانون عصري متكامل يجمع شتات قواعد القانون الدولي الخاص بين دفتيه ، معتنقاً لأحدث الاتجاهات الفقهية والتشريعية والقضائية .

٢. اقتراح صياغة قواعد نموذجية للعقود الدولية والزام المؤسسات العمل بموجبها .

٣. دعوة أطراف العقد الدولي إلى ضرورة إسناد عملية صياغة العقد الدولي إلى متخصصين ومستشارين تتوافر فيهم الخبرات القانونية والفنية والكفاءة التي تمكنهم من الصياغة القانونية الدقيقة للعقد وبكافة جوانبه القانونية والفنية للحيلولة من دون ضياع حقوق أطراف العقد الدولي .

٤. أن يسلك المشرع العراقي مسلك التشريعات الأجنبية والاتفاقيات الدولية الحديثة ، وما استقر عليه فقه القانون الدولي الخاص المقارن ، بأن يعدل عن إسناد الالتزامات التعاقدية إسناداً جامداً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً أو لقانون الدولة التي تم فيها العقد ، إلى الإسناد المرن ، وذلك لإضفاء المرونة المتطلبة على قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية وبما يحقق هدف هذه القاعدة في اصطفاء أوثق القوانين صلة بهذه المسألة وأكثرها ملاءمة لحكمها وذلك من خلال تعديل نص المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي لتصبح بالصيغة الآتية:

١- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي اتفق الأطراف على تطبيق قانونها ، صراحة أو مستمداً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد .

٢- إذا لم تتفق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع طبق القاضي القواعد الموضوعية في القانون الذي يرى انه الأكثر اتصالاً بالنزاع ، ويفترض ان العقد يرتبط بصلة أوثق بقانون الدولة التي يوجد فيها مكان الإقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء المميز ، ما لم يتبين من الظروف والملابسات المحيطة بالتعاقد ان العقد يرتبط بصلة أوثق بقانون دولة أخرى غير الدولة التي يوجد فيها مكان الإقامة المعتاد للطرف صاحب الأداء المميز في العقد .

٣. إلزام المحكمة عند الفصل في موضوع النزاع مراعاة شروط العقد موضوع النزاع وان تأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطرف الضعيف في العقد بتطبيق القانون الذي يوفر حماية اكبر للطرف الضعيف) .

وفي الختام لا يسعني إلا ان أقول ان النقص من طبائع البشر وسمة من سماته وان الكمال لله وحده ، فإذا كنت قد وفقت فان التوفيق من عند الله وان لم أتمكن فحسبي إنني حاولت.

والحمد لله رب العالمين

الهوامش:

(١)د. بدران شكيب الرفاعي : عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، ٢٠١١ ، والبعض يطلق على النظرية الشخصية تسميات أخرى كالنظرية الذاتية أو الفردية د. سامي بديع منصور : الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، دار العلوم العربية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٤ .. باسم سعيد يونس : القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، دراسة في القانون الدولي الخاص ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة الموصل ، ١٩٩٨ ..

(1) Batiffol(H) , Subjectivisme et Opjectivisme dans le Droit international prive des Contrats" Choix de articles rassambles par ses aims . L.G.D.J. 1976 , P.48 .

(٣) د. اشرف عبد العليم الرفاعي : القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص٣٨ .

(٤) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، ط٢ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ .. د. صلاح علي حسين : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٢ ، ص٤٥٨ .

(٥) د. محمود محمد ياقوت: الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية دراسة تحليلية ومقارنة ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ..

(٦) د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، مفاوضات العقود الدولية – قانون الإرادة وأزمته ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .

(2) Deby – Gerard (F) La role de La regle de conflit dans La reglement de rapports internationaux , Paris , 1971 , Dalloz , 1973

(3) Batiffol (H) , Subjectivisme et Opjectivisme dans le Droit international. cit. , P.5 .

وأيضاً طارق عبد الله عيسى المجاهد : تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية "دراسة مقارنة" ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد ، ٢٠٠١ .

(٩) د. سامي بديع منصور ، د. أسامة العجوز : القانون الدولي الخاص ، ط٣ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٩.

(١٠) د. عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧١ ، ص٤٥-٤٦ . وأيضاً د. منذر الفضل : النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام ، ج١ ، ط٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٢ ، ص١٣٥ .

(١١) من ابرز فقهاء القرن التاسع عشر كان (Mancini) مانشيني (١٨١٧-١٨٨٨) والذي ناصر فكرة حرية الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم العقد صراحة ، فبعد ان وضع هذا الفقيه الايطالي نظريته التي جعل الأصل بمقتضاها هو شخصية القوانين وامتدادها لتلحق بالأشخاص أينما ذهبوا بحيث ينطبق على الأشخاص قانون جنسيتهم ، عاد فقرر عدة استثناءات على هذا الأصل وكان من بين الاستثناءات التي قدرها خضوع العقد لقانون الإرادة بصرف النظر عن القانون الشخصي للمتعاقدين . انظر: عوني محمد الفخري : إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية (دراسة مقارنة) ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان، ٢٠١٢.

(١٢) د. محمد عيد الغريب : النظام العام في العقود المدنية ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي في مجال الانعقاد والتنفيذ ، ٢٠٠٥ ، ص٧ .

(١٣) د. خليل إبراهيم خليفة : هل يجوز للمحكمة ان تعدل العقد المخالف للنظام العام ، بحث منشور في مجلة العدالة ، العدد الأول ، السنة السادسة ، كانون الثاني – شباط – آذار ، ١٩٨٠ ، ص٨٧ .

(١٤) د. محمد صديق محمد عبد الله : موضوعية الإرادة التعاقدية دراسة تحليلية مقارنة ، دار الكتب القانونية ،٢٠١٢ ، ص١٥٧ .

(١٥) د. محمد عباس السامرائي : مبدأ سلطان الإرادة ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، مطبعة عشتار ، العددان الثامن والتاسع ، السنة السادسة ، بغداد ، ١٩٧٨ ، ص١٠١ .

(١٦) د. عبد الحي حجازي : النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي ، مصادر الالتزام ، ج١ ، المجلد الأول ، الكويت ، ١٩٨٢م ، ص٢٦٤ .

(١٧) آمانج رحيم احمد : حماية المستهلك في نطاق العقد (دراسة تحليلية مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة في جامعة السليمانية ، ٢٠٠٨ ، ص٩٢. وللمزيد من التفاصيل عن مفهوم مبدأ سلطان الإرادة راجع د. عاطف عبد الحميد عبد المجيد ندا ، الفكرة المسندة في قاعدة "خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها" دراسة مقارنة في تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ . د. محمد صديق محمد عبد الله ، المصدر السابق ،ص٨.

(٢) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل : حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .

(١٨) د. خالد عبد الفتاح خليل : المصدر السابق ، ص٩.

(١٩) المصدر نفسه ، ص٩ .

(٢٠) عوني محمد الفخري : المصدر السابق ، ص٧ .

(٢١) د. أنور سلطان : مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، ط١ ، بلا دار نشر ، عمان ، ١٩٨٧ ، ص٦٥ . انظر نص المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي النافذ ، والمادة (١٤٧) من القانون المدني المصري ، والمادة (٢١٣) من القانون المدني الأردني .

(٢٢) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارية الدولية ، المصدر السابق ، ص٥ .

(٢٤) أسامة احمد الحواري : القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص٩١ .

(٢٥) د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ... : المصدر السابق ، ص٥ .

(٢٦) د. احمد عبد الكريم سلامة : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية دراسة تأصيلية انتقادية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨.، وقد أورد عدة تسميات لهذا العقد ومنها (العقد في الهواء) و(العقد الحر) و(العقد بدون قانون) ، إلا انه فضل تسميته بالعقد الطليق .

(٢٧) عوني محمد الفخري : المصدر السابق ، ص٧ . د. منير عبد المجيد : تنازع القوانين غي علاقات العمل الفردية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٢.. د.محمود محمد ياقوت : الروابط العقدية الدولية ... ، المصدر السابق ، ص٥ .

(٢٩) د. احمد عبد الكريم سلامة : نظرية العقد الدولي الطليق ، المصدر السابق ، ص١٣ .

(2) Deby Gerard , Le. Role de. La. Regle ... , Op. Cit. , P.6 .

(٣١) د. احمد عبد الكريم سلامة : نظرية العقد الدولي الطليق ، المصدر السابق ، ص٦ وما بعدها .

(٣٢) د. اشرف وفا محمد : الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص٥٣٥ .

(٣٣) و (٢) عوني محمد الفخري : المصدر السابق ، ص٧.

(٣٥) كتابه : نظرية العقد الدولي الطليق ، المصدر السابق ، ص١٣ .

(٣٦) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المصدر السابق ،ص٥ وما بعدها . د. صلاح علي حسين : المصدر السابق ، ص٥.

(٣٧) بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٠ .. عوني محمد الفخري : المصدر السابق ، ص٧ .

(٣٨) د. سامي بديع منصور ، د. أسامة العجوز : المصدر السابق ، ص٥.

(2) . Batiffol(H) , Subjectivisme et Opjectivisme dans le Droit international , Cit., P.5

جدير بالذكر ان التعديلات التشريعية التي تتسم بالصفة المكملة أو المفسرة ، لا تثير أي مشكلة لدى أنصار النظرية الموضوعية ، فالتعديل التشريعي الذي لا يتسم بالصفة الآمرة لا اثر له بداهة على الشروط التعاقدية . انظر د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المصدر السابق ، ص٥ مع هامش ٣ من ذات الصفحة .

(٤٠) د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٦ . د. محمود محمد ياقوت : الروابط العقدية ... ، المصدر السابق ، ص٥ .

(٤١) د. احمد عبد الكريم سلامة : الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، مصدر سابق، ص١٧.

(٤٢) طارق عبد الله عيسى المجاهد : المصدر السابق ، ص٦.

(٤٣) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المصدر السابق ، ص٥. طارق عبد الله المجاهد : المصدر السابق ، ص٦.

(٤٤) د. جمال محمود الكردي : تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٥. وهناك أهمية للتمييز بين شرط الثبات الإتفاقي وشرط الثبات التشريعي وتكمن أهمية التمييز في (التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي ففي هذا النوع من شرط الثبات لا يترتب عليه تغيير الطبيعة القانونية للقانون – كقانون – بل فقط يتوقف سريان القواعد الجديدة التي تنشأ بعد انعقاد العقد ، فهي تبقى قواعد قانونية بالمعنى الدقيق ، ومن ثم فان القاضي= =عندما يطبق القانون المختص فهو يطبقه باعتباره قانوناً يوقع الجزاء الذي يتضمنه وليس مجرد شروط تعاقدية . ومن ثم فهي شروط أوجدتها السلطة التشريعية في الدولة المتعاقدة ، وليس هناك ما يمنع الدولة من تجميد قانونها) . د.احمد عبد الكريم سلامة : نظرية العقد الدولي الطليق ، المصدر السابق ، ص١٣ . وبحثه شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد الثالث والأربعون ، ١٩٨٧ ، ص٧٦ .

(٤٥) (٢) (٣) للمزيد من الأمثلة عن هذه الوسيلة انظر د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٦ .

(٤٨) د. بشار محمد الأسعد : المصدر السابق ، ص١٦.

(٤٩) د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٦ . أما القضاء العراقي فلم يسبق ان عرضت أمامه مسألة الثبات الزمني لقانون العقد الدولي خصوصاً للمدة الزمنية (١٩٤٧-١٩٩٨) . انظر عوني محمد الفخري : المصدر السابق ، ص٧ .

(٥٠) د. احمد عبد الكريم سلامة : الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، المصدر السابق ، ص١٧ . د.بشار محمد الأسعد : المصدر السابق ، ص١٦ .

(٥١) د. احمد عبد الكريم سلامة : الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، المصدر السابق ، ص17 . د.بشار محمد الأسعد : المصدر السابق ، ص١٧ .

(٥٢) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق ... ، المصدر السابق ، ص٥ . د. محمود محمد ياقوت : الروابط العقدية الدولية ، المصدر السابق ، ص٥.

(٥٣) د. احمد عبد الكريم سلامة : نظرية العقد الدولي الطليق ، المصدر السابق ، ص١٣ . د. بشار محمد الأسعد : المصدر السابق ، ص١٦.

(4) Rabel – The conflict of Laws , A comparative Study , Vol. II , 1947 , P.427 .

أشار إليه د. محمود محمد ياقوت : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٥.

(5) Deby – Gerard , Op. Cit., No.6 .

(٥٦) د. محمد وليد المصري : الوجيز في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، مؤسسة الحامد ، عمان ، ٢٠٠٢ ، ص١٩٨-١٩٩ .

(٥٧) د. محمود محمد ياقوت : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .

(٥٨) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق ... ، المصدر السابق ، ص٥ . د. صلاح علي حسين: المصدر السابق ، ص٥.

(٥٩) د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٦ . عوني محمد الفخري: المصدر السابق ، ص٧ . وإذا كانت النظرية الموضوعية تتجه إلى منح المتعاقدين الحق في تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون واحد ، إلا انها قد وضعت بخلاف النظرية الشخصية قيوداً على حرية المتعاقدين في هذا الشأن كي لا تؤدي هذه التجزئة إلى إفلات العقد من حكم القانون كما سيتضح ذلك في الفصل الثالث من هذا البحث .

(٦٠) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق ... ، المصدر السابق ، ص٥ وما بعدها . د. محمد احمد علي المحاسنة : تنازع القوانين في العقود الالكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة ، ط١ ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ٢٠١٣ .. د. صلاح علي حسين : المصدر السابق ، ص٥.

(٦١) (٢) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق ، المصدر أعلاه . د. بدران شكيب الرفاعي : المصدر السابق ، ص٤ .

(٦٣) مشار إليه في د. هشام علي صادق : المصدر نفسه ، ص٥ . ويتفق هذا الرأي مع القرار الصادر عن معهد القانون الدولي لسنة ١٩٩١ فيما يتعلق بموضوع استقلال إرادة الأطراف في العقود الدولية المبرمة بين أشخاص خاصة ، حيث قررت المادة (٣/٣) من هذا القرار انه (إذا كان العقد غير صحيح قانوناً وفقاً لقانون العقد المختار من الأطراف ، فان هذا الاختيار يكون مجرداً من أي اثر) . انظر د. محمد احمد علي المحاسنة : المصدر السابق ، ص٢٢.

(٦٤) د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٦ . ويتم إدماج القانون المختار أما عن طريق ترديد نصوصه في صلب العقد ، أو عن طريق الإحالة إلى ذلك القانون ، د.منير عبد المجيد : حول

مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف في العقود الخاصة الدولية ، مجلة المحاماة ، العددان السابع والثامن ، السنة الحادية والسبعون ، أيلول ، تشرين الأول ، ١٩٩١ ، ص٤٤ .

(2) Deby Gerard La role de La regle de conflit dans. Cit., P.6 .

(٦٦) د. صلاح الدين جمال الدين محمد : دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين (دراسة في أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ٢٠٠٤ ، ص٥٦ .

(٦٧) د. احمد عبد الكريم سلامة : الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، المصدر السابق ، ص١٧ .

(٦٨) د. سامي بديع منصور : المصدر السابق ، ص٤ . وفي ذات المعنى د. منير عبد المجيد : حول مفهوم القانون المحدد ... ، المصدر السابق ، ص٢٥ .

(2) F. Deby-Gerard , Op. Cit., No. 218, P.6 .

وفي ذات المعنى انظر عوني محمد الفخري : المصدر السابق ، ص٧ .

(٧٠) نقلاً عن د. احمد عبد الكريم سلامة : نظرية العقد الدولي الطليق ، المصدر السابق ، ص١٣ . ان فكرة اندماج القانون في العقد ، لم تكن فكرة نظرية بل وجدت لها تطبيقات قضائية ومنها قرار محكمة النقض الفرنسية في ٥ كانون الأول عام ١٩١٠ وحكمها في عام ١٩٣٥ ، كما أخذت بها محكمة النقض البلجيكية عام ١٩٣٨ وكذلك القضاء الانكليزي عام ١٩٣٩ ، راجع في حيثيات هذه القرارات والتي سوف نتناول بعضها لدى د. احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص١٣ .

(٧١) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق ، المصدر السابق ، ص٥ . د. بشار محمد الأسعد: المصدر السابق ، ص١٦ . د. محمود محمد ياقوت : حرية المتعاقدين ، المصدر السابق ، ص٢٢.

(٧٢) د. هشام علي صادق : تنازع القوانين ، المصدر السابق ، ص٥ .. د. منير عبد المجيد : حول مفهوم القانون المحدد ، المصدر السابق ، ص٢٥ .

(٧٣) د. احمد عبد الكريم سلامة : نظرية العقد الدولي الطليق ، المصدر السابق ، ص١٣ .

(٧٤) د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٦ .

(٧٥) هذه الآراء معروضة في د. احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، المصدر السابق ، ص١٣ .

(٧٦) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق ... ، المصدر السابق ، ص٥ . وكذلك د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٦ . د. بشار محمد الأسعد : المصدر السابق ، ص١٦ .

(٧٧) د. احمد عبد الكريم سلامة : نظرية العقد الدولي الطليق ، المصدر السابق ، ص١٣ . د. بشار محمد الأسعد : المصدر السابق ، ص١٦ .

(٧٨) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق ... ، المصدر السابق ، ص٥ . د. بشار محمد الأسعد: المصدر السابق ، ص١٦ .

(٧٩) د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٦ . باسم سعيد يونس: المصدر السابق ، ص٤ .

(٨٠) د. احمد عبد الكريم سلامة : الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، المصدر السابق ، ص١٧ .

(٨١) د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي الطليق ، المصدر السابق ، ص٦ .

(٨٢) باسم سعيد يونس : المصدر السابق ، ص٤.

(٨٣) د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٦ .

(٨٤) د. بشار محمد الأسعد : المصدر السابق ، ص١٦ . جدير بالذكر ان أحكام القضاء الحديث قد هجر فكرة اندماج القانون المختار في العقد في العديد من الأحكام القضائية الصادرة منه . ومنها محكمة النقض

الفرنسية لعام ١٩٧١ ، وللمزيد في هذه الأحكام انظر د. احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، المصدر السابق ، ص١٣ وما بعدها .

(٨٥) د. احمد عبد الكريم سلامة : الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، المصدر السابق ، ص٦.

(٨٦) د. احمد عبد الكريم سلامة : الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، المصدر السابق ، ص١٧ . د. منير عبد المجيد : تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، المصدر السابق ، ص١٣. طلال ياسين العيسى : العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٦ ..

(٨٧) د. احمد عبد الكريم سلامة : نظرية العقد الدولي الطليق ، المصدر السابق ، ص١٣ . د. منير عبد المجيد : حول مفهوم القانون المحدد ... ، المصدر السابق ، ص١٣ . طارق عبد الله عيسى المجاهد: المصدر السابق ، ص٦.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٦ .

(٨٩) انظر في الإشارة لهذا الاتجاه دون مناصرته والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص٩٥٨ . طلال ياسين العيسى : المصدر السابق ، ص٣٢.

(٩٠) أشار لهذا القرار والتعليق عليه د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٦ وما بعدها . وهو يشير إلى ان هذه القضية قد رفعت أمام القضاء الفرنسي بتاريخ ٥ آذار عام ١٩٦٩ ، انظر هامش ١ ص ١٣ من ذات المصدر.

(٩١) أشار لهذين القرارين د. احمد عبد الكريم سلامة : نظرية العقد الدولي الطليق ، المصدر السابق ، ص١٣. طلال ياسين العيسى : المصدر السابق ، ص٣٢.

(٩٢) د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٦ .

(٩٣) د. احمد عبد الكريم سلامة : الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، المصدر السابق ، ص١٧.

(٩٤) د. محمد عبد الله المؤيد : منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٧ .

(٩٥) طلال ياسين العيسى : المصدر السابق ، ص٣٢.

(٩٦) د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٦ وما بعدها . وللمزيد من التفاصيل عن العقود النموذجية والشروط العامة راجع د. محمد احمد علي المحاسنة : المصدر السابق، ص٢٢ .

(٩٧) انظر في الإشارة لهذه النتيجة دون مناصرتها د. احمد عبد الكريم سلامة : نظرية العقد الدولي الطليق ، المصدر السابق ، ص١٣وما بعدها . طلال ياسين العيسى : المصدر السابق ، ص٣٢.

(٩٨) د. حفيظة السيد الحداد : الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان، ٢٠٠٥ . د. بشار محمد الأسعد : المصدر السابق ، ص١٦ .

(3) Bowett (D.W.) : State Contracts with A liens : Contemporary Development on Compensation for Termination or Breach,B.Y.B.I.L., Vol.59 , 1988 , P.49 - 50 .

مشار إليه لدى د. بشار محمد الأسعد : المصدر السابق ، ص١٦.

(١٠٠) د. أنور سلطان : مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، ط١ ، بلا دار نشر ، عمان ، الأردن ، ١٩٨٧ ... أسامة احمد الحواري : المصدر السابق ، ص١٢.

(١٠١) طلال ياسين العيسى : المصدر السابق ،ص٣٢ .

(١٠٢) د. محسن شفيق : نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، مصدر سابق ص٣٧.

(١٠٣) د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٦ . طلال ياسين العيسى : المصدر السابق ، ص٣٢ .

(١٠٤) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ...، المصدر السابق ، ص٥ . د. محمد احمد علي المحاسنة : المصدر السابق ، ص٢٢ .

(١٠٥) د. احمد عبد الكريم سلامة : نظرية العقد الدولي الطليق ، المصدر السابق ، ص١٣ وما بعدها .

(١٠٦) المصدر نفسه ، ص١٢٤ وما بعدها . طارق عبد الله عيسى المجاهد : المصدر السابق ، ص٦ .

(1) Dicey et Morris , the conflict of laws , 9ed , London , 1973 , P.724 .

د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٦.

(١٠٨) د. منير عبد المجيد : حول مفهوم القانون المحدد ...، المصدر السابق ، ص١٣. طارق عبد الله عيسى المجاهد : المصدر السابق ، ص٦ .

(١٠٩) (٣) د. سلامة فارس عرب : وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنوفية، ١٩٩٩ . وما بعدها . طارق عبد الله عيسى المجاهد : المصدر السابق ، ص٦ .

(١١٠) د. منير عبد المجيد : تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، المصدر السابق ، ص١٣ وما بعدها . طارق عبد الله عيسى المجاهد : المصدر السابق .

(١١٢) طارق عبد الله عيسى المجاهد : المصدر السابق ، ص٦ .

(١١٣) المصدر نفسه ، ص٦ .

(١١٤) د. منير عبد المجيد : تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، المصدر السابق ، ص١٣ .

(١١٥) أشار إلى هذين القرارين د. منير عبد المجيد : تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، المصدر نفسه، ص١٣.

(١١٦) د. منير عبد المجيد : تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، المصدر السابق ، ص١٣ .

(١١٧) د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٦ .

(١١٨) د. منير عبد المجيد : تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، المصدر السابق ، ص١٣.

(١١٩) د. عصام الدين القصبي : النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ .. وللمزيد من التفاصيل عن طبيعة القانون الأجنبي راجع د. هشام صادق : تنازع القوانين ، الكتاب الأول ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص١٤٠ وما بعدها . د. عوض الله شيبة الحمد السيد : الوجيز في القانون الدولي الخاص ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧.

(١٢٠) د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٦ .

(١٢١) د. منير عبد المجيد : تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، المصدر السابق ، ص١٣. طارق عبد الله عيسى المجاهد : المصدر السابق ، ص٦ .

(١٢٢) د. احمد عبد الكريم سلامة : الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، المصدر السابق ، ص١٧ .

(١٢٣) د. هشام علي صادق ، د. حفيظة السيد الحداد : دروس في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الثاني ، تنازع القوانين ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٩ ، ص٢٤٢-٢٤٣ . طارق عبد الله عيسى المجاهد : المصدر السابق ، ص٦ .

(١٢٤) د. هشام خالد : القانون الدولي الخاص ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٤ د. منير عبد المجيد : تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، المصدر السابق ، ص١٣ .

(١٢٥) طارق عبد الله عيسى المجاهد : المصدر السابق ، ص٦.

(١٢٦) راجع هذه الانتقادات ص(٣٦-٣٧) من هذ البحث .

(١٢٧) ان الأحكام القضائية الرائدة والغالبة في القانون المقارن ، تدين شرط التثبيت الزمني لقانون العقد وتدعو إلى هجرها ومنها القرار الصادر من محكمة استئناف بروكسل بتاريخ ٢٤ شباط عام ١٩٣٦ في قضية (Ville D. anvers) فقد أكدت (ان الخضوع لقانون معين ، يستتبع مبدئياً الخضوع ليس فقط للتشريع القائم ، بل أيضاً لكل تعديل له) أشار لهذا الحكم وغيره د. احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٦ .

(٥) (١٢٩) د. احمد عبد الكريم سلامة : نظرية العقد الدولي الطليق ، المصدر السابق ، ص١٣ .

(7) Batiffol (H) , Op. , Cit. , P5 .

(١٣١) طارق عبد الله عيسى المجاهد : المصدر السابق ، ص٦ .

(١٣٢) د. هشام خالد : المصدر السابق ، ص٤٤ .

(١٣٣) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق ...، المصدر السابق ، ص٥ د. محمد احمد علي المحاسنة : المصدر السابق ، ص٢٢.

(١٣٤) د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٦.

(١٣٥) د. منير عبد المجيد : تنازع القوانين في علاقات العمل الفردي ، المصدر السابق ، ص١٣.

(3) Deby – Gerard , Op. , Cit. , P.6 .

د. محمود محمد ياقوت : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد ...، المصدر السابق ، ص٢٢.

(١٣٧) د. محمود محمد ياقوت : الروابط العقدية الدولية ...، المصدر السابق ، ص٥ .

(١٣٨) د. احمد عبد الكريم سلامة : نظرية العقد الدولي الطليق ، المصدر السابق ، ص١٣ .

(١٣٩) أشار إلى هذه القضية :

Deby Gerard , Op. , Cit. , P.231 ets .

د. احمد عبد الكريم سلامة : الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، المصدر السابق ، ص١٧ ، والذي وصف هذا الحكم بأنه بمثابة دستور قانون الإرادة ومقننه ، كما أشار لهذه القضية د. منير عبد المجيد: حول مفهوم القانون المحدد ...، المصدر السابق ، ص١٣ . د. سامي بديع منصور ، د. أسامة العجوز : المصدر السابق ، ص٦ . باسم سعيد يونس: المصدر السابق ، ص٤.

(١٤٠) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق ...، المصدر السابق ، ص٥.

(١٤١) أشار إلى هذا الحكم :

Deby Gerard , ... , Op. , cit. , P.6 .

د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٦. د. منير عبد المجيد : حول مفهوم القانون المحدد ...، المصدر السابق ، ص١٣ .

(١٤٢) د. احمد عبد الكريم سلامة : المصدر السابق . طارق عبد الله عيسى المجاهد : المصدر السابق ، ص٦.

(١٤٣) د. احمد عبد الكريم سلامة : نظرية العقد الدولي الطليق ، المصدر السابق ، ص١٣. د. منير عبد المجيد : حول مفهوم القانون المحدد ...، المصدر السابق ، ص١٣ .

(١٤٤) نقلاً عن : د. احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، صذ٦ وما بعدها .

(١٤٥) انظر: د. احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، المصدر السابق، ص١٣ وما بعدها .

(١٤٦) د. منير عبد المجيد : حول مفهوم القانون المحدد ...، المصدر السابق ، ص١٣ .

(١٤٧) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية ، المصدر السابق ، ص٥. د. اشرف وفا محمد : الوسيط في القانون الدولي الخاص ، المصدر السابق ، ص١٤ .

(١٤٨) مشار إليه لدى د. محمود محمد ياقوت : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ، المصدر السابق، ص٢٢ .

(١٤٩) أشار إليه د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص٦.

(١٥٠) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المصدر السابق ، ص٥.

(١٥١) المصدر نفسه ، ص٥ . د. اشرف وفا محمد : الوسيط في القانون الدولي الخاص ، المصدر السابق ، ص١٤.

(١٥٢) هذا الرأي معروض لدى د. اشرف وفا محمد : المصدر نفسه ، ص١٤ وما بعدها .

(١٥٣) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المصدر السابق ، ص٥.

(١٥٤) د. اشرف وفا محمد : الوسيط في القانون الدولي الخاص ، المصدر السابق ، ص١٤.

(١٥٥) د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق على العقود التجارة الدولية ، المصدر السابق ، ص٥.

(١٥٦) د. اشرف وفا محمد : الوسيط في القانون الدولي الخاص ، المصدر السابق ، ص١٤ .

المصادر

١. الكتب القانونية

١. د. احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، مفاوضات العقود الدولية – قانون الإرادة وأزمته ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .

٢. ـــــ : الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .

٣. ـــــ : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية دراسة تأصيلية انتقادية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ .

٤. د. أنور سلطان : مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، ط١ ، بلا دار نشر ، عمان ، الأردن ، ١٩٨٧ .

٥. ـــــ : النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٧ .

٦. د. اشرف وفا محمد: الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٩ .

٧. د. اشرف عبد العليم الرفاعي : القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ .

٨. د. أسامة احمد الحواري : القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩.

٩. د. بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٠ .

١٠. د. بدران شكيب الرفاعي : عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١١ .

١١. د. جمال محمود الكردي : تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .

١٢. ـــــ : تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، ط٢ ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، ١٩٧٢ .

١٣. د. حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية ، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦ .

١٤. د. خالد عبد الفتاح محمد خليل : حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .

١٥. د. سامي بديع منصور : الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، دار العلوم العربية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٤ .

١٦. د. سامي بديع منصور ، د. أسامة العجوز : القانون الدولي الخاص ، ط٣ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٩ .

١٧. د. سعيد عبد الكريم مبارك : موجز أحكام قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل ، مطبعة دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩٠ .

١٨. د. صلاح علي حسين : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٢ .

١٩. د. صلاح الدين جمال الدين محمد : دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين (دراسة في أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .

٢٠. د. عوض الله شيبة الحمد السيد : الوجيز في القانون الدولي الخاص ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .

٢١. عوني محمد الفخري : إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية (دراسة مقارنة) ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان، ٢٠١٢ .

٢٢. د. عصام الدين القصبي : النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ .

٢٣. د. عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧١

٢٤. د. عبد الحي حجازي : النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي ، مصادر الالتزام، ج١ ، المجلد الأول ، الكويت ، ١٩٨٢ .

٢٥. د. عاطف عبد الحميد عبد المجيد ندا : الفكرة المسندة في قاعدة "خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها" دراسة مقارنة في تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .

٢٦. د. محمود محمد ياقوت : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .

٢٧. ـــــ : الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية دراسة تحليلية ومقارنة ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .

٢٨. د. محمد صديق محمد عبد الله : موضوعية الإرادة التعاقدية دراسة تحليلية مقارنة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٢ .

٢٩. د. منير عبد المجيد : تنازع القوانين غي علاقات العمل الفردية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٢ .

٣٠. د. محمد وليد المصري : الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي ، ط٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م .

٣١. د. منذر الفضل : النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام ، ج١ ، ط٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٢ .

٣٢. د. محمد عيد الغريب : النظام العام في العقود المدنية ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي في مجال الانعقاد والتنفيذ ، مصر ، ٢٠٠٥ .

٣٣. د. محمد احمد علي المحاسنة : تنازع القوانين في العقود الالكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة ، ط١ ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ٢٠١٣ .

٣٤. د. محسن شفيق : نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٨٤.

٣٥. د. هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، ط٢ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ .

٣٦. د. هشام علي صادق ، د. حفيظة السيد الحداد : دروس في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الثاني ، تنازع القوانين ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٩ .

٣٧. د. هشام خالد : القانون الدولي الخاص ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٤ .

٢. الرسائل والأطاريح الجامعية

١. آمانج رحيم احمد : حماية المستهلك في نطاق العقد "دراسة تحليلة مقارنة" ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة ، جامعة السليمانية ، ٢٠٠٨.

٢. باسم سعيد يونس : القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، دراسة في القانون الدولي الخاص ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة الموصل ، ١٩٩٨ .

٣. سلامة فارس عرب : وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنوفية، ١٩٩٩ .

٤. طارق عبد الله عيسى المجاهد : تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية "دراسة مقارنة" ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد ، ٢٠٠١ .

٥. طلال ياسين العيسى : العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٦ .

٦. محمد عبد الله المؤيد : منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٧ .

٣. البحوث والدراسات القانونية

١. د. احمد عبد الكريم سلامة : شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد الثالث والأربعون ، ١٩٨٧

٢. د. خليل إبراهيم خليفة : هل يجوز للمحكمة ان تعدل العقد المخالف للنظام العام ، بحث منشور في مجلة العدالة ، العدد الأول ، السنة السادسة، كانون الثاني – شباط – آذار، ١٩٨٠ .

٣. د. محمد عباس السامرائي ، مبدأ سلطان الإرادة ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن،مطبعة عشتار، العددان الثامن والتاسع، السنة السادسة، بغداد، ١٩٧٨

٤. د. منير عبد المجيد : حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف في العقود الخاصة الدولية ، مجلة المحاماة ، العددان السابع والثامن ، السنة الحادية والسبعون ، أيلول – تشرين الأول ، ١٩٩١ .

ثالثاً : المصادر الأجنبية (الانكليزية والفرنسية)

1. Batiffol (H) "Subjectivisme dans le Droit international prive des contrats" choix d , articles rassambles par ses aims , L.G.D.J. , 1976 .
2. Bowett (D.W.) : State Contracts with A liens : Contemporary Development on Compensation for Termination or Breach,B.Y.B.I.L., Vol.59 , 1988 , P.49 - 50 .
3. Deby – Gerard (F) La role de La regle de conflit dans La reglement de rapports internationaux , Paris , 1971 , Dalloz , 1973 .
4. Dicey et. Morris , the conflict of Laws , 9ed , London , 1973 .