



جمهورية العراق  
وزارة التعليم والبحث العلمي  
جامعة كربلاء  
كلية القانون

## **القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي في عقود**

### **التجارة الدولية**

( دراسة مقارنة )

**اطروحة مقدمة إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء وهي  
جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في فلسفة القانون الخاص  
كتبت بواسطة الطالب**

**فريد حنين جاسم**

**بإشراف**

**الأستاذ الدكتور**

**غسان عبيد محمد المعموري**

ذو القعدة 1443 هـ

حزيران 2022 م



بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ  
أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى  
عَلَيْكُمْ خَيْرَ مِّمَّا لِي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرَّةٌ إِنَّ  
اللَّهَ يَنْكُمُ مَا يُرِيدُ }

صدق الله العلي العظيم

المائدة 1

## إقرار المشرف

أشهد إن أطروحة الدكتوراه الموسومة بـ ( القانون الواجب التطبيق على  
الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية - دراسة مقارنة ) المقدمة من قبل  
الطالب ( فريد حنين جاسم ) إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء بوصفها  
جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه فلسفة في القانون العام وقد جرت تحت  
إشرافي ورشحت للمناقشة ... مع التقدير ...



التوقيع :

الاسم : أ.د. غسان عبيد محمد

الدرجة العلمية : استاذ دكتور

الاختصاص : القانون الدولي الخاص

جامعة كربلاء - كلية القانون

التاريخ : 2022 / /

## إقرار المقوم اللغوي

أشهد أنني قرأت أطروحة الدكتوراه الموسومة بـ (القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالب (فريد حنين جاسم) إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء ، وقد وجدتها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية، بعد أن أخذ الطالب بالملاحظات المسجلة على متن الأطروحة .

مع التقدير ...

التوقيع : 

الاسم : أ.د. عباس عودة شنيور

الاختصاص العام : لغة عربية

الاختصاص الدقيق : أدب حديث

## إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الاطروحة الموسومة  
بـ (القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية " دراسة مقارنة ")، و  
ناقشنا الطالب ( فريد حنين جاسم ) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة  
بالقبول لنيل درجة الدكتوراه في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة ( ) .

التوقيع:

الاسم: أ.د. فراس كريم شيعان  
(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع:

الاسم: أ.م.د. ثامر داود عبود  
(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع:

الاسم: أ.م.د. غسان عبيد محمد  
(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع:

الاسم: أ.د. حسن علي كاظم  
(رئيساً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع:

الاسم: أ.م.د. عدنان هاشم جواد  
(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع:

الاسم: أ.م.د. ماهر إبراهيم قنبر  
(عضواً)

التاريخ: / / 2022

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د. ضياء عبدالله عبود الجابر  
عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: 2022 / 1 / 26

## إهداء

إلى روح والدي ... رحمه الله وأسكنه فسيح جناته  
إلى والدي ... أطال الله في عمرها ... وشافها من مرضها  
إلى من أسكنني الله إليهما فبعلها خير عون لي على صعاب حياتي  
زوجتي ... جزاها الله عنى خيراً  
إلى فلذة كبدي ونبذة حياتي ...

إلى الشموع التي أدخلت النور إلى بيتنا  
أولادي ... أطلعهم الله

إلى من شدَّ الله عضدي بهم فكانوا نعم السند في شدتي وأزماتي  
إخوتي ... أعزهم الله

إلى روح اخي سماحة الشيخ سعد حنين جاسم واخي ماجد حنين جاسم  
أخوتي ... رحمهم الله

إلى أسرتي الكبيرة ... أساتذتي وزملائي  
إلى كل من علمني حرفاً أو أعانني على تعلمه  
إليهم جميعاً أهدي هذا العمل

## شكر وعرفان

الحمد لله الذي يستحق الحمد والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين  
وعلى آله الطيبين الطاهرين واصحابه المنتجبين وسلّم تسليماً كبيراً .

أما بعد :

فلا يسعني إلا أن أتقدم بشكري وامتناني إلى أستاذي الفاضل الأستاذ  
الدكتور غسان عبيد محمد المعموري لتفضله بالإشراف على هذه الأطروحة ، وعلى  
ما قدمه لي من دعم متواصل ورعاية علمية طيبة فلم يبخل عليّ بنصائحه  
وملاحظاته السديدة ، فضلاً عن تزويدي بمجموعة من المصادر التي احتجتها  
لإنجاز هذا البحث متوجهاً إلى الباري عز وجل وأسأله أن يبارك بجهوده وان يحفظه  
واهله من كل سوء .

وأتوجه بخالص الشكر والامتنان إلى أساتذتي في السنة التحضيرية جميعاً ،  
وأخص منهم بالذكر أستاذنا الدكتور حسن حنتوش وأستاذنا الدكتور حسن علي  
كاظم، وأستاذنا الدكتور عادل شمران الشمري وأستاذنا الدكتور عدنان هاشم جواد  
وأستاذنا الدكتور علي شاكر البدري، وأستاذنا الدكتور باسم العقابي، وأستاذنا الدكتور  
حيدر حسين الشمري، وأستاذنا الدكتور حكمت عبد الرزاق الدباغ، وأستاذنا الدكتور  
ثامر داود الشافعي ، والى جميع التدريسيين في القسمين الخاص والعام .

وأسجل شكري وتقديري إلى موظفي مكتبة كلية القانون - جامعة كربلاء  
وكلية القانون - جامعة بغداد وكلية القانون - جامعة بابل - كلية القانون جامعة  
البصرة- كلية القانون جامعة الاسكندرية بما قدموه لي من المصادر العلمية النافعة .  
واخص بشكري وامتناني لزملائي في السنة التحضيرية . وأتوجه بالشكر  
والعرفان إلى جميع أخوتي وأصدقائي والى كل من ساعدني في كتابة هذه الأطروحة  
ولو بكلمة ... وليعذرني الجميع إن ظهر مني تقصير في شكري وامتناني لهم .

والله ولي التوفيق

الباحث

## المستخلص

يتمتع العقد بشكل عام بأهمية كبيرة في الحياة العملية، إذ عن طريقه يتم تبادل المنافع، وانتقال الأموال، وتوزيع الثروات ورؤوس الأموال، وتنمية الموارد وتنظيم المعاملات التجارية بين الافراد، وتزداد هذه الأهمية للعقد في مرحلة التنفيذ، إذ تعد هذه المرحلة النهائية الطبيعية له والغاية التي أبرم من اجلها، لذلك سعت اغلب الأنظمة القانونية الى جعل الأصل في العقود هو تنفيذها، أما الفسخ فهو الاستثناء، لان عدم التنفيذ للالتزامات التعاقدية يعد إخلالاً باستقرار العلاقات التعاقدية، لذا ذهبت اغلب الأنظمة القانونية الى ان الفسخ يعد جزءاً خطيراً يؤدي الى انهيار العقد فضلاً عن أنه يؤدي الى اهدار الثقة والأمان التي تعد من سمات التجارة الدولية. فحاولت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ان تبحث عن جزاء آخر للإخلال بالالتزامات التعاقدية، فتوصلت العديد منها الى إقرار مبدأ الفسخ الجزئي للعقد، من اجل تجنب الآثار السلبية التي تترتب على الفسخ، فحصرته في نطاق ضيق، لا يمكن اللجوء اليه الا إذا توفرت شروط معينة نص عليها القانون.

فأصبح مبدأ الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية مبدأ مسلماً به في اغلب التشريعات، ولكن ما هو القانون الذي يجب تطبيقه على المنازعات التي تثار بشأنه ، في الحالات التي يتنازع فيها اطراف العلاقة العقدية حول هذا الفسخ، إذ يلجأ القاضي او المحكم عند نظره للنزاع الى تطبيق قواعد ذات طابع وطني، في مقدمتها قانون الإرادة الذي اضحى من المبادئ المسلم بها في الوقت الحاضر، إذ للأطراف الحق في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، ولكن عند سكوت الأطراف عن ذلك يلجأ القاضي او المحكم الى تطبيق ضوابط اسناد احتياطية، تتمثل في نظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في نطاق قانون معين، أو نظرية الأداء المميز تلك التي اعتنقها اغلب الفقه الحديث، والتي يقوم منطقتها على اختيار القانون الذي يمثل مركز إقامة المدين بالإداء المميز، وتارة يلجأ الى تطبيق قواعد ذات طابع دولي تتمثل بالقواعد الموضوعية التي تطبق بشكل مباشر على النزاع، كنصوص الاتفاقيات الدولية التي عالجت موضوع الفسخ الجزئي كاتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع وغيرها من الاتفاقيات، لنقف على موقفها من إيجاد حلول لمسألة القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي، كما يمكن أن يلجأ المحكم الى تطبيق عادات واعراف التجارة الدولية، كما له ان يطبق القواعد التي نصت عليها مراكز التحكيم الدولي، كون الأخير اصبح من المبادئ التي يلجأ اليها اطراف النزاع للتوصل الى حلول مرضية لما يتمتع به التحكيم من المرونة والسرعة وتجنب الجهد والوقت، مقارنة بالقضاء العادي الذي غالباً ما تكون اجراءاته معقدة وتحتاج الى وقت ليس بالقليل، لنتعرف على مدى الحماية التي توفرها تلك القواعد في حالة عجز قواعد التنازع عن ذلك.

## المحتويات

الصفحة	الموضوع
	الآية
ii	الإهداء
iii	شكر وعرافان
iv	المستخلص
v ix	المحتويات
6-1	المقدمة:
29- 8	المبحث التمهيدي: ماهية الفسخ الجزئي للعقد
17- 9	المطلب الأول: التعريف بالفسخ الجزئي للعقد
12- 9	الفرع الأول: تعريف الفسخ الجزئي للعقد
17- 12	الفرع الثاني: تمييز الفسخ الجزئي عما يشته به من أوضاع
15-13	أولاً: تمييز الفسخ الجزئي عن الفسخ الكلي للعقد
17-16	ثانياً: تمييز الفسخ الجزئي عن انتقاص العقد
29-17	المطلب الثاني: شروط الفسخ الجزئي للعقد والغاية من اقراره
25-18	الفرع الأول: شروط الفسخ الجزئي للعقد
23-22	أولاً: شروط الفسخ للإخلال الجزئي للعقد
25-23	ثانياً: شروط الفسخ الجزئي لعقد البيع على دفعات
29-25	الفرع الثاني: الغاية من إقرار الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية
28-25	أولاً: المحافظة على العقد وضممان تنفيذه
29-28	ثانياً: تجنب الفسخ الكلي للعقد واثاره السلبية
148-31	📖 الباب الأول: تطبيق القاضي أو المحكم لقواعد ذات طابع وطني
100-32	الفصل الأول: القانون المطبق على الفسخ الجزئي في ظل قواعد الاسناد الاصلية
67- 33	المبحث الأول: دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي
52-34	المطلب الأول: التعريف بقانون الإرادة واساسه القانوني
44-35	الفرع الأول: التعريف قانون الارادة

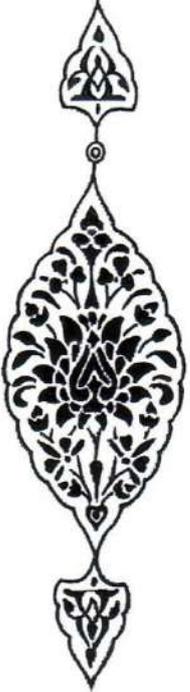
40-35	أولاً: نشأة وتطور قانون الإرادة
44- 40	ثانياً: تعريف قانون الإرادة
52-44	الفرع الثاني: أساس قانون الإرادة في الفسخ الجزئي
48- 45	أولاً: النظرية الشخصية واثرها في قانون الإرادة
52- 48	ثانياً: النظرية الموضوعية واثرها في قانون الإرادة
67-52	<b>المطلب الثاني: نطاق تطبيق قانون الارادة وطرق التعبير عنها</b>
61-53	الفرع الأول: نطاق تطبيق قانون الإرادة في الفسخ الجزئي
59-53	أولاً: المسائل الخاضعة لقانون الإرادة
61-59	ثانياً: المسائل التي تخرج من نطاق قانون الإرادة
67-61	الفرع الثاني: طرق التعبير عن الإرادة في الفسخ الجزئي
64-62	أولاً: الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي
67-64	ثانياً: الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي
100-68	<b>المبحث الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في الفسخ الجزئي</b>
87-68	<b>المطلب الأول: مدى اعتبار النظام العام قيماً على حرية الإرادة في الفسخ الجزئي</b>
78-69	الفرع الأول: التعريف بالنظام العام في الفسخ الجزئي
74-70	أولاً: تعريف النظام العام في القانون الدولي الخاص
78-74	ثانياً: تعريف النظام العام في عقود التجارة الدولية
87-78	الفرع الثاني: شروط الدفع بالنظام العام في الفسخ الجزئي واثاره
83-79	أولاً: شروط الدفع بالنظام العام
87-83	ثانياً: اثار الدفع بالنظام العام في الفسخ الجزئي
100-88	<b>المطلب الثاني: مدى اعتبار الغش نحو القانون قيماً على حرية الإرادة في الفسخ الجزئي</b>
94-88	الفرع الأول: التعريف بالغش نحو القانون
92-89	أولاً: تعريف الغش نحو القانون
94-92	ثانياً: نطاق اعمال نظرية الغش نحو القانون
100-94	الفرع الثاني: شروط اعمال الغش نحو القانون واثاره
97-94	أولاً: شروط اعمال نظرية الغش نحو القانون

100-98	ثانياً: اثار الغش نحو القانون
148-102	الفصل الثاني: القانون المطبق على الفسخ الجزئي في ظل ضوابط الاسناد الاحتياطية
121-103	المبحث الأول: منهج الاسناد الجامد في الفسخ الجزئي للعقد
112-104	المطلب الأول: قواعد الاسناد الخاصة بالمتعاقدين
109-104	الفرع الأول: قانون الموطن المشترك للمتعاقدین
112-109	الفرع الثاني: قانون الجنسية المشتركة
121-112	المطلب الثاني: قواعد الاسناد الخاصة بالعقد
117-113	الفرع الأول: إعمال قانون مكان الابرام في الفسخ الجزئي
121-117	الفرع الثاني: إعمال قانون مكان التنفيذ
148-121	المبحث الثاني: منهج الاسناد المرن في الفسخ الجزئي للعقد
133-121	المطلب الأول: نظرية التركيز الموضوعي كأسلوب لحل منازعات الفسخ الجزئي
127-122	الفرع الأول: التطور لتأريخي لنظرية التركيز الموضوعي
133-127	الفرع الثاني: مدى قدرة القاضي على تجزئة العقد وقبول الإحالة في الفسخ الجزئي
130-128	أولاً: مدى إمكانية تجزئة العقد في الفسخ الجزئي
133-130	ثانياً: مدى قدرة القاضي على قبول الإحالة في الفسخ الجزئي
148-133	المطلب الثاني : نظرية الأداء المميز كأسلوب لحل منازعات الفسخ الجزئي
141-134	الفرع الأول : التعريف بنظرية الأداء المميز في الفسخ الجزئي
139-134	أولاً: المقصود بنظرية الأداء المميز
141-139	ثانياً: تقدير نظرية الأداء المميز في الفسخ الجزئي
148-142	الفرع الثاني: التطبيق التشريعي والقضائي لنظرية الأداء المميز
145-142	أولاً: التطبيق التشريعي لنظرية الأداء المميز في الفسخ الجزئي
148-145	ثانياً: التطبيق القضائي لنظرية الأداء المميز في الفسخ الجزئي
242-150	📖 الباب الثاني: تطبيق القاضي أو المحكم لقواعد ذات طابع دولي
190-151	الفصل الأول: الفسخ الجزئي وفقاً للقواعد الخاصة بالاتفاقيات الدولية
181-152	المبحث الأول: دور اتفاقية فيينا في حل منازعات الفسخ الجزئي

159-152	المطلب الأول : جهود اتفاقية فيينا للحد من اللجوء الى الفسخ
157-152	الفرع الأول: فحص البضاعة وتوجيه اخطار عدم المطابقة
155-154	اولاً: مضمون الاخطار
156-155	ثانياً: شكل الاخطار وطريقة ارساله
157-156	ثالثاً: ميعاد الاخطار
159-158	الفرع الثاني: اصلاح الخلل في التنفيذ
169-159	المطلب الثاني: تحديد الاتفاقية لحالات اللجوء الى الفسخ
162-159	الفرع الأول: قابلية العقد للتجزئة
168-162	الفرع الثاني: ارتكاب مخالفة جوهرية
169-168	الفرع الثالث: إصرار البائع على عدم تنفيذ التزاماته
181-169	المطلب الثالث: القانون المطبق على الفسخ الجزئي وفقاً لنصوص الاتفاقية
176-170	الفرع الأول: توحيد القواعد الموضوعية للاتفاقية ونطاق تطبيقها
173-171	اولاً: توحيد الاتفاقية للقواعد الموضوعية
176-173	ثانياً: نطاق تطبيق اتفاقية فيينا للبيع الدولي
181-176	الفرع الثاني : علاقة الاتفاقية بقواعد تنازع القوانين
190-181	المبحث الثاني: دور اتفاقية روما في حل منازعات الفسخ الجزئي
186-181	المطلب الأول: التطور التاريخي لاتفاقية روما
190-187	المطلب الثاني: القانون المطبق على الفسخ الجزئي بموجب قواعد اتفاقية روما
242-192	الفصل الثاني: القانون المطبق على الفسخ الجزئي وفق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية
220-194	المبحث الأول: تطبيق قواعد هيئات التحكيم والأعراف الدولية في منازعات الفسخ الجزئي
207-195	المطلب الأول: تطبيق قواعد هيئات التحكيم في منازعات الفسخ الجزئي
201-196	الفرع الأول: التعريف بشرط التحكيم وطبيعته القانونية
198-196	أولاً: تعريف شرط التحكيم
201-198	ثانياً: الطبيعة القانونية لشرط التحكيم
207-201	الفرع الثاني: ضوابط تطبيق قواعد هيئات التحكيم في منازعات الفسخ الجزئي
206-201	اولاً: إحالة النزاع الى التحكيم

207-206	ثانياً: إحالة النزاع الى التحكيم قبل رفع الدعوى
207-207	ثالثاً: إحالة النزاع الى التحكيم دون تدخل المحكمة
220-207	<b>المطلب الثاني: تطبيق قواعد الأعراف الدولية في منازعات الفسخ الجزئي</b>
212-208	الفرع الأول: التعريف بقواعد الأعراف الدولية في الفسخ الجزئي
209-208	أولاً: تعريف عادات واعراف التجارة الدولية
212-209	ثانياً: أهمية اعراف التجارة الدولية
215-212	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للأعراف التجارية الدولية
220-215	الفرع الثالث: تطبيق الأعراف التجارية الدولية على منازعات الفسخ الجزئي
242-220	<b>المبحث الثاني: تطبيق القواعد الخاصة بمراكز التحكيم الدولي في الفسخ الجزئي</b>
237-221	<b>المطلب الأول: الضوابط الخاصة بمراكز التحكيم الدولي في الفسخ الجزئي</b>
232-222	الفرع الأول: الالتزام بالسرية في التحكيم التجاري الدولي
234-232	الفرع الثاني: تشكيل هيئة التحكيم في منازعات الفسخ الجزئي
235-234	الفرع الثالث: سرعة الأنهاء لمنازعات الفسخ الجزئي
237-235	الفرع الرابع: كفالة حق الدفاع في منازعات الفسخ الجزئي
242-237	<b>المطلب الثاني: سلطة المحكم في تطبيق قواعد مراكز التحكيم</b>
238-237	الفرع الأول: سلطة المحكم في مجال الاثبات
240-238	الفرع الثاني: تطبيق المحكم للمبادئ الأساسية في التقاضي
242-240	الفرع الثالث: التزام المحكم في تطبيق الالتزامات التعاقدية
249-244	الخاتمة
277-251	المصادر
A	Abstract

# المقدمة



## مقدمة

## أولاً: جوهر فكرة البحث:

يعد العقد أحد أفضل الأنظمة القانونية التي توصل اليها العقل البشري، فهو أداة لتبادل المنافع وانتقال الأموال ووسيلة فعالة لتوزيع الثروات ورؤوس الأموال وتنمية الموارد وتنظيم المعاملات التجارية المالية، لاسيما إن العقد لم يعد أداة اقتصادية وطنية تعمل داخل حدود الدولة فحسب ، بل إن أهميته تجاوزت هذه الحدود، ليشكل أداة مهمة من أدوات التجارة الدولية سواء أكانت الواقعية أم الافتراضية الالكترونية.

وتزداد أهمية العقد في مرحلة تنفيذه ، كونها النهاية الطبيعية له والغاية التي أبرم من أجلها، لذلك اتفقت الأنظمة القانونية المختلفة على جعل الأصل هو تنفيذ العقد والاستثناء فسخه، فعدم تنفيذ الالتزامات العقدية لاشك أنه يشكل إخلالاً باستقرار العلاقات التعاقدية والمراكز القانونية الناشئة عنها وتضييع الوقت والجهد والمال ومن ثم المساس بالوظيفة الاقتصادية للعقود.

لهذا تتفق الأنظمة القانونية المختلفة على إن الفسخ يشكل جزءاً خطيراً يؤدي إلى انهيار العقد ويزلزل المراكز القانونية المستقرة، ويهدر الثقة والائتمان التي يتمتع بها قانون التجارة الدولية، بكل ما فيه من تطور وسرعة للمبادلات واتساع للنطاق، مما يجعل المعاملات التجارية الدولية تتحرج من قبول فكرة الفسخ الكلي للعقد، فتجيزه في نطاق ضيق ومحدود لذلك حاولت العديد من الأنظمة القانونية لا سيما تلك المنظمة لعقود التجارة الدولية أن تحوّر القواعد العامة المنظمة لعملية الفسخ، وذلك لتلافي الآثار السلبية التي تترتب عليه، ومن تلك المعالجات اقرار نظام الفسخ الجزئي.

إذا كان الأصل أن فسخ العقد يكون كلياً، أي أنه في حال ما ارتكب أحد المتعاقدين مخالفة للعقد ولو كانت جزئية، بأنه يمتنع عن تنفيذ جزء من التزاماته أو نفذ جزءاً منها على نحو معيب فإن المتعاقد الآخر يثبت له الحق في فسخ العقد بأكمله. وهذا المبدأ إذا كان مقبولاً في العقود الداخلية، فانه من الصعب التسليم به في عقود التجارة الدولية، لا سيما في عقد البيع الدولي للبضائع . حيث تضمنت أغلب الاتفاقيات الدولية المنظمة لعقود التجارة الدولية مبدأ الفسخ الجزئي للعقد، وذلك للحفاظ على الرابطة العقدية قدر الامكان، وتجنب حالات الفسخ وبالتالي تلافي آثاره السلبية، إذ يسمح بفسخ العقد جزئياً بالنسبة للجزء الذي لحقه العيب أو الذي لم يتم تنفيذه في حين يبقى الجزء الآخر قائماً منتجاً لآثاره بين طرفيه. وقد تبنت ذلك العديد من الاتفاقيات الدولية المهمة بعقود التجارة الدولية لا سيما اتفاقية لاهاي لسنة، 1955، بشأن

القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، واتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980، ومبادئ العقود الاوربية لسنة 2002، ومبادئ اليونيدروا لسنة 1994، والمُحدثة في عام 2010، فضلاً عن تبنيه في بعض الانظمة القانونية المقارنة، كالنظام الأنجلو امريكي كما في المادة "2/307" من قانون التجارة الامريكي، والمادة "1،2/31" من قانون البيع الانجليزي، وغيرها من القوانين، وفي الحقيقة أن الفسخ الجزئي وبحسب ما اشارت إليه القوانين الوطنية التي نظمتها والاتفاقيات الدولية لا يمكن إعماله فيما بين المتعاقدين إذا ما اخل أحدهما بالتزامه مالم تكن هناك مخالفة جوهرية أي أن يكون الإخلال الذي يترتب عليه الفسخ الجزئي على درجة كبيرة من الخطورة.

وتثير عقود التجارة الدولية كثيراً من المشكلات بين اطرافها وخصوصاً فيما يتعلق بالتزاماتهم التعاقدية، فإن اخل أحد المتعاقدين بالتزامه يجيز للطرف الآخر أن يفسخ العقد جزئياً إذا ما توافرت شروطه، ولكن يصرار في كثير من الحالات إلى حدوث نزاع بين الطرفين فيما يتعلق بمسألة الفسخ الجزئي، فما هو القانون الواجب التطبيق على منازعات الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية، هل يتم الاعتماد على قواعد التنازع التي وضعها المشرع الوطني لتشير إلى تحديد ذلك القانون الذي يجب أن يطبق على النزاع، أم أن هناك قواعد اخرى تطبق بشكل مباشر على ذلك النزاع وهي القواعد الموضوعية، أو القواعد ذات التطبيق الضروري.

### ثانياً: أهمية البحث:

تكمن الأهمية العلمية والعملية لموضوع القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية في كون تلك العقود أصبحت تحتل مركز الصدارة في العلاقات الاقتصادية الدولية، وفي الوقت نفسه المحور الرئيسي الذي تدور حوله هذه العلاقات، فوجهت نحوها اهتمامات الفقه من أجل دراستها، وايجاد الحلول المناسبة لما ينشأ عنها من منازعات، وخصوصاً منازعات الفسخ الجزئي وذلك في ظل تسارع وتيرة العولمة بأبعادها الاقتصادية والاجتماعية والقانونية، وضرورة المواكبة التي تضبط صيغ التعاملات التجارية الدولية وتهتم في وضع قواعد قانونية جديدة تتماشى والتطورات العلمية والتكنولوجية التي يشهدها حقل التعامل التجاري على الصعيد الدولي.

وغني عن البيان أن مشكلة تنازع القوانين وتعدد اساليب فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي تقع في الوقت الحاضر في قلب مشاكل القانون الخاص، الذي ما زال إلى الآن يعاني الكثير بسبب الغموض في بعض احكامه، وعدم ضبط الكثير من قواعده، حتى قيل بأنه أثار في داخله بسبب ما فيه من غموض وتعقيد أكثر من تنازع، والفسخ الجزئي في عقود

التجارة الدولية يثير صعوبات قانونية قد لا تكون لها حلول مستقرة في التشريعات، وفي مقدمة هذه الصعوبات تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي في تلك العقود.

### ثالثاً: اشكالية الدراسة:

تكمن اشكالية الدراسة بالدرجة الأولى في النقص التشريعي في القوانين العراقية، وخصوصاً القانون المدني وقانون التجارة، إذ لم يرَ الباحث نصوص قانونية تنظم مسائل التجارة الدولية بشكل صريح، فضلاً عن عدم وجود قانون خاص يعني بعقود التجارة الدولية وما ينشأ بشأنها من منازعات، لاسيما نحن في ظل تحول العراق نحو الاقتصاد الحر من خلال تشجيع التجارة الدولية والانفتاح على العالم، فإن ذلك يتطلب بالضرورة انشاء قواعد قانونية جديدة تتلائم مع توقعات الأطراف التي من خلالها يتم تحديد القانون واجب التطبيق على الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية، في حالة حصول نزاع بين أطراف العقد.

ولكن بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني العراقي وجد الباحث أن المشرع وضع قاعدة اسناد تتكون من ضوابط اسناد أصلية وأخرى احتياطية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية بشكل عام، فما مدى امكانية الاعتماد على هذا النص في حل منازعات الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية، وهل يحقق هذا النص ما يصبو اليه المتعاقدون في تلك العقود، وبالخصوص المتعاقد العراقي الذي حتماً هو الطرف الضعيف في العلاقة العقدية قانونياً بسبب عدم وجود قانون خاص ينظم امور التجارة الدولية، واقتصادياً لأن المتعاقد العراقي هو بأمس الحاجة إلى السلع أو الخدمات التي يتعاقد عليها بسبب تطور الدول الاجنبية اقتصادياً، وإن سلمنا بان هذا النص قد يسهم بشكل أو بآخر في تحديد القانون الذي يحكم النزاع من خلال الاختيار الصريح بين الأطراف وهو ضابط الاختيار الاصلي في النص العراقي الذي يعتمد على الارادة، فان ذلك يكون في صالح المتعاقد الاجنبي الذي يحدد القانون الذي يحقق مصالحه على حساب المتعاقد العراقي الذي هو الطرف الضعيف في تلك العلاقة والذي يكون بحاجة إلى هذا التعاقد، ووفقاً لذلك سوف يتم اختيار القانون الذي يشير اليه المتعاقد الاجنبي في منازعات الفسخ الجزئي، ثم ما مدى حرية الارادة في تحديد القانون الذي يطبق على منازعات الفسخ الجزئي، هل هي مطلقة ام مقيدة بقيود معينة.

وعليه فإن اشكالية البحث يمكن ان يطرحها الباحث على شكل تساؤلات، يمكن الاجابة عليها من خلال البحث، ومن هذه التساؤلات المتمثلة بالاتي:

1. ما مدى قدرة قواعد التنازع في تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية التي قد يلجأ اليها القاضي أو المحكم، بطريقة تحقق ما يصبو اليه المتعاقدون.

2. ما هو دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية، وهل للإرادة حرية مطلقة في تحديد ذلك القانون ام انها مقيدة بقيود تحد من سلطانها في حل تلك المنازعات، كوجوب الصلة بين العقد والقانون المختار، وما اثير بشأنه من جدل فقهي، فضلاً عن النظام العام في دولة القاضي المرفوع امامه النزاع، والغش نحو القانون الذي يتحقق من خلال التغيير في ضوابط الاسناد وما مدى إمكانية اعتبارهما قيدين على حرية الإرادة.

3. ما هو دور القواعد المادية أو الموضوعية، وقواعد التطبيق الضروري باعتبارها القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية، وما مدى ملائمة تلك القواعد لتسوية تلك المنازعات. وماهي الاسباب التي دفعت بالتشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية إلى الاعتماد على تلك القواعد.

4. هل الاتفاقيات الدولية وبالذات اتفاقية لاهاي، والعقود الاوربية، واتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع قد وضعت نصوصاً قانونية تطبق على منازعات الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية، أم أن تلك الاتفاقيات أهملت بعض الجوانب الخاصة بتلك العقود، مما أثر سلباً في تسوية تلك المنازعات.

5. ما هو دور هيئات ومراكز التحكيم الدولية في تسوية منازعات الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية.

#### رابعاً: منهجية الدراسة:

سيعتمد الباحث في موضوع البحث القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية، المنهج التحليلي المقارن من خلال استعراض النصوص القانونية الخاصة بالفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية، والقواعد الاخرى ذات الصلة، والمقارنة بين التشريعات الوطنية، كالقانون العراقي، والقانون المصري، والقانون الفرنسي، مع الاشارة إلى موقف التشريعات الأخرى كلما دعت الحاجة إلى ذلك، وخصوصاً تلك التي نظمت الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية، لنرى مدى تنظيمها للقواعد التي تحدد القانون الواجب التطبيق على منازعات الفسخ الجزئي وكذلك الاتفاقيات الدولية المنظمة للفسخ الجزئي، ومنها اتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي للبضائع، لسنة 1980، المسماة عرفاً اتفاقية فيينا وكذلك مبادئ العقود الاوربية ، واتفاقية لاهاي 1955، بشأن القانون المطبق على البيع الدولي للبضائع، واتفاقية لاهاي 1986، المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع، ومبادئ العقود الاوربية.

**خامساً: نطاق الدراسة:**

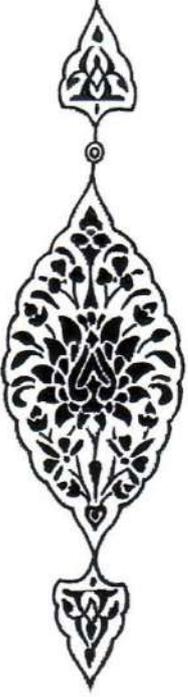
ان نطاق دراستنا لموضوع القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية يتحدد في نطاق العقود الدولية وبالدرجة الاساس في عقود التجارة الدولية، من خلال البحث في قوانين التجارة، مع الاشارة إلى قواعد القانون المدني العراقي، وقوانين التحكيم التجاري الدولي لكونه من الوسائل المهمة لتسوية منازعات الفسخ الجزئي، وقوانين التجارة في التشريعات المقارنة، وكذلك الاتفاقيات الدولية المنظمة لعقود التجارة على المستوى الدولي.

**سادساً : هيكلية الدراسة:**

تم تقسيم موضوع القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي دراسة في عقود التجارة الدولية على بابين يسبقهما مبحث تمهيدي يبين ماهية الفسخ الجزئي للعقد، الباب الأول، يتضمن تطبيق القاضي أو المحكم لقواعد ذات طابع وطني في منازعات الفسخ الجزئي من خلال تقسيمه إلى فصلين تناول الباحث في الفصل الأول القانون المطبق على الفسخ الجزئي في ظل قواعد الاسناد الاصلية، وقد تم تقسيم هذا الفصل على مبحثين يبين في المبحث الأول دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي أما المبحث الثاني فقد تضمن القيود الواردة على قانون الإرادة في الفسخ الجزئي، أما الفصل الثاني فقد تناول فيه القانون المطبق على الفسخ الجزئي في ظل قواعد الاسناد الاحتياطية، من خلال تقسيمه على مبحثين تناول في المبحث الأول، منهج الاسناد الجامد في الفسخ الجزئي أما المبحث الثاني فقد بين فيه منهج الاسناد المرن في الفسخ الجزئي، أما فيما يتعلق بالباب الثاني من الدراسة فقد خصص، لتطبيق القاضي أو المحكم لقواعد ذات طابع دولي ودورها في منازعات الفسخ الجزئي، من خلال تقسيمه على فصلين تناول في الفصل الأول الفسخ الجزئي وفقاً للقواعد الخاصة بالاتفاقيات الدولية، وتناول ذلك في مبحثين المبحث الأول تطبيق القواعد الخاصة باتفاقية البيع الدولي للبضائع 1980، أما المبحث الثاني فقد بين فيه كيفية تطبيق القواعد الخاصة باتفاقية روما ، لسنة 2008، وقد خصص الباحث الفصل الثاني من هذا الباب للقانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي على وفق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية بموجب قواعد هيئات ومراكز التحكيم الدولي، من خلال تقسيمه على مبحثين يبين في المبحث الأول تطبيق القواعد الخاصة بهيئات التحكيم والاعراف الدولية، اما المبحث الثاني فقد بين فيه كيفية تطبيق القاضي أو المحكم للقواعد الخاصة بمراكز التحكيم الدولي. وانتهينا بعد ذلك إلى نتائج وتوصيات.

مبحث تمهيدي

ماهية الفسخ الجزئي للعقد



## مبحث تمهيدي

### ماهية الفسخ الجزئي للعقد

من المبادئ الرئيسية المعتمدة في العقود سواءً أكانت على مستوى العقود الوطنية، أم عقود التجارة الدولية هو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إذ يجب على المتعاقدين الالتزام بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه العقد وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية<sup>(1)</sup>، وليس لأي منهما تنفيذه على نحو مختلف مع ما تم الاتفاق عليه، أو تقديم بديل لهذا التنفيذ أو إنهاء العقد بإرادته المنفردة حتى لو أصبح هذا التنفيذ مرهقاً أو شاقاً لاحدهما .

وبناءً على ذلك فإن أي إخلال من أحد الطرفين المتعاقدين في تنفيذ أي من الاداءات التي نص عليها العقد يعطي للطرف الآخر الحق في المطالبة بفسخه وازالة جميع الآثار التي تترتب عليه، ولكن ماذا لو اصاب الإخلال جزءاً من تلك الاداءات دون أن يؤثر على العقد بمرمته، مما يستوجب فسخ العقد جزئياً بالنسبة للجزء الذي لحقه العيب أو الذي لم يتم تنفيذه وحده، مع بقاء الجزء الآخر منه قائماً ومنتجاً لآثاره بين طرفيه، ويتحقق ذلك في حالة الأخلال الجزئي في العقد الذي تنفذ التزاماته دفعة واحدة إذا امكن تجزئته، كما يتحقق أيضاً في عقود البيع التي يكون فيها التسليم على دفعات، إذا ورد الخلل في دفعة وأمكن فصلها عن باقي الدفعات<sup>(2)</sup>.

من هنا جاءت الحاجة الى تنظيم مبدأ الفسخ الجزئي لمعالجة هذه الحالات دون التأثير على وجود العقد إذا رغب الأطراف في ذلك، وهو ما يتحقق في العقود بشكل عام وخصوصاً عقود التجارة الدولية لما تمتاز به من أهمية كبيرة، فضلاً عن تنوع الأداءات التي تتضمنها تلك العقود، وعليه فإن مبدأ الفسخ الجزئي يعد مهماً في الحفاظ على وجود العقد، وتجنب حالات الفسخ والالغاء الى حد كبير، كما يكون له مفهوماً خاصاً يميزه عن المفاهيم الأخرى كالفسخ الكلي للعقد، وانتفاص العقد، كما أن هناك شروطاً يجب توفرها لأعمال هذا المبدأ، لذلك سيقسم الباحث هذا المبحث على مطلبين يبين في المطلب الاول التعريف بالفسخ الجزئي للعقد أما المطلب الثاني سيخصصه لشروط إعمال الفسخ الجزئي والغاية من اقراره وعلى النحو الآتي:

(1) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية ج1، المجلد الثاني، بيروت، لبنان، 2009، ص782، وينظر كذلك: نزمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في عقود التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2002، ص52.

(2) ينظر: د. اسامة حجازي المسدي، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية، دار الكتب القانونية للنشر، مصر، القاهرة، 2010، ص177.

## المطلب الاول

## التعريف بالفسخ الجزئي للعقد

من الواضح إن الفسخ يرد على العقد برمته، ويؤدي الى انحلال الرابطة العقدية بين الطرفين، إذ يتحلل كل منهما من الالتزامات المفروضة عليه، فالفسخ بهذا المفهوم هو جزاءً لإخلال أحد المتعاقدين بالتزامه والذي يستطيع الطرف الآخر بمقتضاه حل الرابطة العقدية والتحرر بشكل نهائي من الالتزامات التي يتضمنها العقد<sup>(1)</sup>.

ولكن هناك صورة اخرى للفسخ يتم بموجبها الغاء بعض الاداءات التي يرتبها العقد، بينما يبقى البعض الآخر منها على حاله نافذاً بين الطرفين إذا ما توافرت شروط إعماله التي نصت عليها التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وهو الفسخ الجزئي للعقد، إذ يحظى هذا النوع بأهمية كبيرة في عقود التجارة الدولية لما لها من خصائص تأتي على ذكرها في سياق البحث، ولبيان معنى الفسخ الجزئي بشكل دقيق والإحاطة بتفاصيله ومن ثم تمييزه عن بعض المفاهيم القانونية الأخرى يتحتم على الباحث أن يقسم هذا المطلب على فرعين يبين في الاول تعريف الفسخ الجزئي للعقد، أما الفرع الثاني يبين فيه ما يشته به من أوضاع وعلى النحو الآتي:

## الفرع الاول

## تعريف الفسخ الجزئي للعقد

لبيان معنى الفسخ الجزئي للعقد في اللغة يجب أن يُحلَّل هذا المركب ويعطى كل جزء منه التعريف اللغوي المناسب. فالفسخ لغةً هو مصدر الفعل الثلاثي فسخ من باب قطع وضرب، ويطلق على عدة معاني منها الإلغاء، والإنهاء، والفك والإزالة، والطرح، والنقض، والفساد<sup>(2)</sup>.

وذكر صاحب المعجم الوسيط بأن الفسخ هو "فسخ الشيء نقضه، يقال فسخ البيع أو العقد.... انفسخ الشيء أنتقض وبطل وزال"<sup>(3)</sup>، وهناك من عرفه بأنه رفع الحكم، الغاء العقد العيب او نحوه"<sup>(4)</sup>.

أما فيما يتعلق بالجزئي وبيان المعنى الحقيقي له في اللغة، فهو من أصل جزء ويقال يكتفي ببعض العناصر، أو هو حالة كون الشيء والأمر جزءاً لآخر، ويقال توصيل الطرفين الى

(1) ينظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والارادة المنفردة، بدون مكان طبع، 1984، ص611.

(2) ينظر: احمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، ج1، مكتبة لبنان، 1987، ص643.

(3) ينظر: مجمع اللغة العربية المصري، المعجم الوسيط، اخرجه ابراهيم مصطفى، واحمد حسن الزيات، وحامد عبد القادر، ومحمد علي النجار، ج2، المكتبة العالمية، طهران، بلا سنة طبع، ص744.

(4) ينظر: احمد فتح الله معجم الفاظ الفقه الجعفري، ط1، مطابع المدخول، الدمام، 1995، ص319.

تسوية جزئية من المشكل القائم<sup>(1)</sup>. وقد جاء في لسان العرب " جَزَأ الشيء وجزأه جعله أجزاءً، وجزأ المال بينهم قَسَمه"، والجزء في كلام العرب النصيب أو هو الاستغناء بالأقل عن الأكثر<sup>(2)</sup>.

أما العقد في اللغة فهو على نقيض الحل، فقيل عقد يعقد عقداً وتعاقداً وهو من باب وصل الشيء بالشيء على سبيل الإستيثاق ويراد به في ذلك العقد<sup>(3)</sup>.

يتضح للباحث أن المفهوم اللغوي " للمركب الفسخ الجزئي للعقد" هو الإزالة لجزء من الرابطة العقدية عن طريق الفسخ، مع الإبقاء على الجزء الآخر منه نافذاً ومنتجاً لآثاره.

أما في الاصطلاح: فإن الفسخ بصورة عامة يمكن تعريفه بأنه حل الرابطة العقدية في العقود الملزمة للجانبين، نتيجة إخلال أحد الطرفين بتنفيذ ما أوجب عليه العقد، على أن الفسخ بهذه الصورة قد يتحقق نتيجة وجود شرط فاسخ اقترن به العقد، أو قد يقع بموجب حكم قضائي إذا امتنع أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه<sup>(4)</sup>. أما الفسخ الجزئي فلم يجد الباحث في التشريعات الوطنية أو الاتفاقيات الدولية، كاتفاقية لاهاي واتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، تعريفاً جامعاً مانعاً له، وهو من وجهة نظر الباحث امراً حسناً لأن وضع التعريفات ليس من واجب المشرع، لذلك سوف يسأط الضوء على ما أورده الفقه بهذا الصدد، ليخرج بعد ذلك بتعريف لهذا المفهوم.

من الواضح أن الهدف الأساسي للأفراد عند دخولهم في الروابط التعاقدية ليس مجرد التعاقد وإنما تنفيذ تلك الروابط، وقد لا يكون هذا التنفيذ كاملاً أي يقتصر على جزء من العقد دون الآخر، أو أنه يكون كذلك ولكن يقع هذا التنفيذ على نحوٍ معيب، وبما أن العقد الملزم للجانبين وكما هو واضح يُنشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من طرفيه فيكون كلٌّ منهما دائناً للآخر ومديناً له<sup>(5)</sup>، كما يُنشئ في الوقت ذاته ارتباط بين تلك الالتزامات، يعطي للاحد المتعاقدين إذا لم ينفذ الآخر التزامه تنفيذاً كاملاً أو سليماً أحد الخيارات، أولها أن يفسخ العقد بصورة كاملة، واضعاً بذلك حداً للرابطة العقدية باللجوء الى القضاء مالم يكن هناك شرط يتضمنه العقد يقضي باعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حكم قضائي، أما الخيار الثاني، فهو الإبقاء على العقد

(1) ينظر: احمد فتح الله ، معجم الفاظ الفقه الجعفري، مصدر سابق، ص140.

(2) ينظر: ابي الفضل جمال الدين ابن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج2، باب الجيم، ط3، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص267.

(3) ينظر: لسان العرب مصدر سابق، ص683.

(4) ينظر: د. امجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات" مصادر الالتزام"، دار العلم للثقافة والنشر، القاهرة، ص203. وينظر: كذلك د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004. ص308.

(5) ينظر: د. اسعد ذياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، ط3، دار اقرأ، لبنان، 1983، ص201. وينظر كذلك د. مصطفى الزرقاء، دراسة مبدئية في العقود وفسخها، بحث منشور في مجلة الفقه الاسلامي، السنة الخامسة، العدد الرابع، ص129.

بمجمله وترك المخاطر على عاتق الدائن، أي أن يتم تنفيذ العقد في جزء منه تنفيذاً عينياً، أما تنفيذ الجزء الآخر يكون بطريق التعويض، ويقضي الخيار الثالث بفسخ العقد فسخاً جزئياً بالنسبة للجزء الذي لم ينفذ من العقد، مع بقاء الآخر منه نافذاً بين أطرافه<sup>(1)</sup>.

ويرى الباحث أن الخيار الثالث المتعلق بالفسخ الجزئي، هو الأنسب في عقود التجارة الدولية، التي تكون على قدر كبير من الأهمية، فضلاً عن أن أغلبها مستمرة تحتاج الى وقت طويل لتنفيذها، كما تتضمن العديد من الاداءات المتقابلة وأن الضرر الذي يصيب المدين يفوق كثيراً الضرر الذي يصيب الدائن لكونه بحاجة الى السلع والخدمات التي تتضمنها هذه العقود، هذا ولأن الفسخ يعد جزاءً خطيراً يؤدي الى انهيار العقد ويزلزل المراكز القانونية المستقرة.

لذا فقد عُرِفَ الفسخ الجزئي بأنه: "إنقاص أداء الدائن، بقدر ما نقص منه أداء المدين في العقود التي تقبل التجزئة، أو تنطوي على جملة أداءات مختلفة أو مستقلة عن بعضها البعض"<sup>(2)</sup>، يبدو من خلال ذلك أن هذا التعريف جاء شاملاً ومستوعباً للشروط والحالات التي يتم فيها إعمال مبدأ الفسخ الجزئي، سواءً أكان ذلك في العقود الوطنية التي تبرم في حدود الدولة، أم في عقود التجارة الدولية، والتي تقضي بأن يكون العقد قابلاً للانقسام، فضلاً عن وجود أخلاخ جزئي من قبل أحد الطرفين، أو كون العقد ينفذ على دفعات بحيث تستقل كل دفعة منها عن الأخرى، فالإخلاخ الذي يتيح الفسخ الجزئي في أي دفعة لا يؤثر بالدفعات الأخرى<sup>(3)</sup>، ولكن ما يؤخذ على هذا التعريف أنه صب اهتمامه على حالات إعمال الفسخ الجزئي وشروطه، أكثر من بيانه لمعناه، في حين عَرَفَه آخر بأنه "عدم الاعتراف بجزء من الالتزامات المنفذة والابقاء على الجزء الآخر"<sup>(4)</sup>. ويؤخذ عليه أيضاً أنه ذكر عبارة عدم الاعتراف بجزء من الالتزامات المنفذة والابقاء على الجزء الآخر، دون بيان الأسباب التي دعت الى ذلك، ولم يحدد الجهة التي تقرر ذلك، لذلك يفترض أن يكون أكثر دقة ووضوحاً بشأن أسباب عدم الاعتراف التي هي الأخلاخ الجزئي بالتنفيذ من جانب المدين، إخلاخاً جزئياً لا يصيب العقد برمته.

(1) ينظر: د. حسن علي ذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ص100،

(2) ينظر: د. احمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن، المكتبة العصرية، المنصورة، 2007، ص119.

(3) ينظر د. اسامة حجازي المسدي، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية، مصدر سابق، ص219.

(4) ينظر: د. عبد الظاهر حسين، الدور القضائي ازاء الرغبة في إنهاء الرابطة العقدية. دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص191.

وهناك من عرفه بأنه " الحل الوسط بين الإبقاء على العقد مع التعويض عن الجزء غير المنفذ وبين فسخه بأكمله، وهذا الحل هو الفسخ الجزئي للعقد، وذلك بأن ينقص القاضي من كم أداءات الدائن بقدر ما نقص من أداء المدين لأن التنفيذ غير الكامل يقابله تنفيذ غير كامل"<sup>(1)</sup>.

ويؤخذ على هذا التعريف ايضاً بعدم أتسامه بالدقة والوضوح في عباراته، كما أنه يعطي للقاضي وحده سلطة أنقص كم أداء الدائن بقدر ما نقص من أداء المدين، بمعنى أدق أن القاضي هو من يقرر الفسخ الجزئي دون أن يعطي لإرادة الأطراف المتعاقدة أي دور في ذلك، وهو الأصل في العقود الوطنية، مالم يكن هناك شرط فاسخ متفق عليه مقدماً من المتعاقدين، متناسياً ما عليه الحال في عقود التجارة الدولية التي يستقل الأطراف بوضع حد للعلاقة التعاقدية في جزء منها بعد الاخطار دون تدخل القضاء في ذلك.

وعُرفه آخر بأنه "الخيار الذي يثبت للقاضي عند إخلال المدين بتنفيذ التزامه إخلالاً يقتضي هذا التدخل ويبرره وكان التزام المدين قابلاً للتجزئة بقوله" فأذى رأى القاضي أن عدم التنفيذ خطيراً يبرر الفسخ، بقي عليه أن يرى هل يقضي بفسخ العقد كله إذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة أو يحتمل، غير أن الباقي دون تنفيذ هو الجزء الاساسي من الالتزام"<sup>(2)</sup>.

ويؤخذ على هذا التعريف نفس ما ذكره الباحث في سابقه من أنه أعطى سلطة الفسخ الجزئي للقاضي، متناسياً إرادة الافراد في الاتفاق على ذلك بموجب شرط يعد العقد بموجبه مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم.

ومن خلال ما تقدم يمكن للباحث أن يعرف الفسخ الجزئي للعقد بأنه: حل جزء من العقد القابل للتجزئة في العقود الملزمة للجانبين، نتيجة عدم قيام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه تنفيذاً كاملاً أو معيباً مع بقاء الجزء الآخر قائماً منتجاً لآثاره بينهما، وفقاً لإرادة الأطراف أو عن طريق القضاء..

## الفرع الثاني

### تمييز الفسخ الجزئي عما يشته به من اوضاع

بعد الانتهاء من تعريف الفسخ الجزئي على الباحث ومن أجل استجلاء حقيقته التمييز بينه وبين ما يشته به من اوضاع قانونية، إن هذا المبدأ قد يشتهه ببعض النظم القانونية، إذ يبدو للوهلة الاولى أنه جزء لا يتجزأ عنها، ولكن في الحقيقة هناك كثير من نقاط الاختلاف بينهما،

(1) ينظر: د. سيف الدين محمود البلعاوي، جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين "الفسخ"، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1982، ص257. ينظر: ايضاً عبد الامير جفات كروان، تجزئة العقد، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بابل، 2008، ص206.

(2) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية ج1، المجلد الثاني، بيروت، لبنان، 2009، ص792.

سيتم ايضاحها في سياق البحث، فمن ناحية يشتهب الفسخ الجزئي للعقد مع الفسخ الكلي له، وذلك لأن كلاً منهما يرد في العقود الملزمة للجانبين، ولا يمكن إعماله إلا إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، كما يشتهب الفسخ الجزئي للعقد مع نظرية انتقاص العقد، التي تقضي بزوال جزء من العقد إذا أمكن تجزئته، وبغية التعرف على نقاط الشبه والاختلاف بين تلك المفاهيم القانونية، سيقسم الباحث هذا الفرع على فترتين يبين في الأولى التمييز بين الفسخ الجزئي، والفسخ الكلي، ويخصص الفقرة الثانية لتمييزه عن انتقاص العقد وعلى النحو الآتي:

#### أولاً: تمييز الفسخ الجزئي عن الفسخ الكلي للعقد:

الفسخ الكلي للعقد هو انحلال الرابطة التعاقدية<sup>(1)</sup>، وهو صفة ملازمة للعقود الملزمة للجانبين، التي تُنشئ التزامات متقابلة على عاتق كل من طرفيها<sup>(2)</sup>، فيصبح كل منهما دائماً ومديناً في وقت واحد، وتُنشأ في الوقت ذاته ارتباطاً بين هذه الالتزامات، وهذا يؤدي إلى القول بأنه إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للآخر أن يمتنع عن تنفيذ ذات الالتزام، كما له الحق في طلب الفسخ وحل الرابطة التعاقدية<sup>(3)</sup>، ونصت على ذلك المادة "177" من القانون المدني العراقي بقولها "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه في العقد جاز للعقاد الآخر بعد الإعدار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى..."<sup>(4)</sup>.

والفسخ الكلي لم يكن واحداً وإنما على عدة أنواع أولها الفسخ الاتفاقي الذي يقع بإرادة الطرفين، إذ يتفق المتعاقدين فيما بينهما صراحة قبل أو أثناء تنفيذ العقد على الفسخ وإزالة جميع الآثار المترتبة عليه، والشرط الذي يتفق بموجبه المتعاقدان على اعتبار العقد مفسوخاً قابلاً للتدرج من الضعف إلى القوة وعلى عدة صور، الأولى أن يتفق المتعاقدان على أن العقد يعدّ مفسوخاً إذا لم يتم أحدهما بتنفيذ التزامه، فالغالب أن هذه الصورة تعد تأكيداً للقاعدة العامة في الفسخ لعدم التنفيذ، فهي لا تسلب القاضي سلطته التقديرية، ولا تسلب المدين حقه بتوقي الفسخ إلى ما قبل صدور الحكم النهائي وذلك بتنفيذ التزامه، وأن يباشر الدائن بإقامة دعوى الفسخ بعد قيامه بإعدار المدين بوجوب تنفيذ التزامه<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 248.

(2) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصدر سابق، ص 722. ينظر: د. امجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات "مصادر الالتزام" مصدر سابق، ص 203.

(3) ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية للنشر والتوزيع، بغداد، ص 422. وينظر كذلك د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات "دراسة مقارنة" بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية الوضعية، ط 3، ج 1، مصادر الالتزام، مكتبة الثقافة، عمان، الأردن، 1995، ص 311.

(4) يقابلها نص المادة "157" من القانون المدني المصري، والمادة "1184" من القانون المدني الفرنسي.

(5) ينظر: د. هدى عبد الله، العقد، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ج 2، 2008، ص 468.

أما ثاني تلك الصور أن يتفق المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، فهي من صور الفسخ الاتفاقي التي لا تغني عن إقامة الدعوى، يسبقها الإعدار، لكنها تسلب القاضي سلطته التقديرية فلا يمكن إلا الحكم بالفسخ، ويستطيع الدائن متى شاء أن يحتفظ بحقه في طلب التنفيذ<sup>(1)</sup>. أما الصورة الثالثة، هي التي يتفق فيها المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حاجة الى حكم، فمعناها إذا اخل المدين بتنفيذ التزامه فلا حاجة لرفع الدعوى لفسخ العقد ولا لحكم يُنشئ الفسخ ولكن ترفع الدعوى في حالة إذا نازع المدين وادعى بأنه نفذ التزامه أم لا، فإذا ثبت أنه لم ينفذ التزامه حكم بالفسخ على أن يكون مسبوقاً بالإعدار<sup>(2)</sup>، أما الصورة الرابعة وهي أقصى ما يصل اليه المتعاقدان، من اشتراط أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم ولا إعدار، إذ بموجب هذه الصورة تُسلب السلطة التقديرية للقاضي ويعفى الدائن من إعدار المدين ومن رفع الدعوى للحصول على الفسخ، ولا يتم اللجوء الى القضاء إلا في حالة التأكد من توفر الشروط اللازمة للفسخ<sup>(3)</sup>.

يتضح للباحث من خلال بيان الصور الخاصة بالفسخ الاتفاقي، أن جميعها تحتاج الى حكم قضائي، ولكن تختلف في قوتها، منها ما يحتاج الى إقامة الدعوى والإعدار وحكم قضائياً يُنشئ الفسخ، وبعضها يعد حكم القضاء كاشفاً، ولكن لا يغني ذلك عن الإعدار، وقد يصل الأمر الى أقصى درجاته، أي لا يحتاج الفسخ الى حكماً ولا إعدار ولكن قد يحتاج الأمر الى إقامة الدعوى أمام القضاء للتأكد من شروط الفسخ.

أما النوع الثاني من الفسخ الكلي هو الفسخ القضائي للعقد، والذي يتم عن طريق القضاء، وهو الأصل في الفسخ بالنسبة لجميع المنازعات التي تحدث بين الأفراد، فالقاضي يعد حكماً محايداً لا يميل الى أي من المتنازعين، وقوله هو الذي يفصل النزاع بين الخصوم، ولكن يجب على المتعاقد الذي يريد أن يتجه الى القضاء طالباً الفسخ لعدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، أن يطلب منه ذلك عن طريق الإعدار<sup>(4)</sup>.

ويتفق الفسخ في ظل اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع الى حد ما - مع أحد انواع الفسخ في بعض القوانين المدنية، وخصوصاً القانون المدني العراقي، وهو الفسخ الاتفاقي، الذي يقع نتيجة اتفاق المتعاقدين مقدماً على أن العقد يعد مفسوخاً من تلقاء نفسه، من غير حاجة الى حكم قضائي

(1) ينظر: د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة العاني للتوزيع والنشر، بغداد، 1950، ص162.

(2) ينظر: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، 1963، ص367. وينظر أيضاً د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص723.

(3) ينظر: د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص167.

(4) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص893.

أو إعدار<sup>(1)</sup>، ولكن هناك فارق بين ما نص عليه القانون المدني العراقي واتفاقية فيينا يكمن في أن الفسخ الاتفاقي في ظل القانون المدني يتطلب الاتفاق عليه مقدماً، أما في اتفاقية فيينا، فإنه لا يحتاج لاتفاق مسبق<sup>(2)</sup>.

ويمكن أن يضيف الباحث فارقاً آخر، هو أن وظيفة الاخطار في ظل اتفاقية فيينا، هو إعلام المتعاقد الآخر بوقوع الفسخ، بعد أن يكون الدائن قد أعلنه، في حين أن وظيفة الاعذار في القانون المدني العراقي هي دعوة المدين الى تنفيذ التزامه والا طلب من القضاء فسخ العقد، ويترتب على عدم توجيه الإعدار رد دعوى الفسخ، وهناك فارقاً آخر، هو أن التهديد بالفسخ لا يمكن أن يشكل إخطاراً صالحاً للفسخ وفق اتفاقية فيينا، الا أنه يشكل إخطاراً يمكن المطالبة على اساسه بالفسخ عند عدم امتثال الدائن وفقاً للقانون العراقي.

مما تقدم يتضح للباحث أن هناك تشابهاً الى حد كبير ما بين الفسخ الكلي للعقد والفسخ الجزئي، إذ إن كل منهما لا يمكن أن يرد الا على عقداً ملزماً للجانبين، كما أن كلاً منهما يعد جزءاً لإخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، وعلى الرغم من هذا التشابه الذي يدفع الباحث الى الاعتقاد بان الفسخ الجزئي يعد صورة من صور الفسخ، إلا أن هناك فارقاً مهماً بينهما، هو أن الفسخ الكلي يرد على الرابطة العقدية بتمامها، فيؤدي الى زوالها مع جميع الآثار المترتبة عليها، في حين أن الفسخ الجزئي يرد على الجزء الذي شابه الخلل في التنفيذ دون أن يؤثر على الجزء الآخر الذي يبقى نافذاً مرتباً آثاره بين الطرفين.

وجدير بالذكر أن اغلب الاتفاقيات الدولية، تحاول إنقاذ العقود من الفسخ عن طريق إقرار الفسخ الجزئي وخاصة في عقود التجارة الدولية، إذ يعد جزءاً عادلاً يتلاءم مع تلك العقود التي تبرم بين أطراف لا تنتمي لدولة واحدة، وتنصب على صفقات ضخمة يتم تنفيذها خلال أجل طويل، فضلاً عما يستغرقه إبرامها من مفاوضات شاقة، فليس ملائماً لمقتضيات التجارة الدولية تقرير الفسخ لما يحدثه العقد من آثار غير مرغوب فيها، لمجرد تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته المتتالية التي شملها عقد البيع الدولي، وبالتالي يمكن بطريق الفسخ الجزئي فسخ العقد جزئياً، ويضل العقد قائماً منتجاً لآثاره بالنسبة لباقي اجزائه بدل التضحية بكامله<sup>(3)</sup>.

(1) ينظر: نص المادة "178" من القانون المدني العراقي، والمادة "15" من القانون المدني المصري.

(2) ينظر: د. عصام انور سليم، خصائص البيع الدولي " وفقاً لاتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فيينا سنة 1980"، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004. ص79.

(3) ينظر: د. احمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن، مصدر سابق، ص126.

ثانياً: تمييز الفسخ الجزئي للعقد عن انتقاص العقد:

تقوم نظرية انتقاص العقد على احترام إرادة المتعاقدين<sup>(1)</sup>، وعدم مخالفتها، ومضمون هذه النظرية هو أن العقد إذا كان جزءً منه باطلاً، وكان قابلاً للانقسام، فهو وحده الذي يبطل دون الجزء الآخر الذي يبقى صحيحاً منتجاً لآثاره بين المتعاقدين، كونه عقداً مستقلاً، هذا ما لم يكن العقد لا يتم بغير الجزء الذي وقع باطلاً، أو إذا تبين ان إرادة المتعاقدين انصرفت الى أن الجزء الباطل هو الباعث الى التعاقد<sup>(2)</sup>.

وقد اخذ القانون المدني العراقي بنظرية انتقاص العقد، إذ نصت المادة " 139 " منه على أنه " إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده الذي يبطل، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً كونه عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً"<sup>(3)</sup>.

وأن نظرية انتقاص العقد هي تطبيق لتجزئة العقد الباطل، لأنها لا ترد على العقد الباطل فحسب، وإنما ترد على العقود الصحيحة، وهناك من يرى أن إحلال الإنقاص محل النتيجة الطبيعية للبطلان " عدم النفاذ"، ما هو الا تقييد للإرادة الى حد القضاء على حريتها في نطاق التصرف القانوني مما يعد إحلالاً للمركز القانوني المنظم محل التصرف ، وذلك لأن انقاص الالتزام لأحد الطرفين في عقد ما والزام الطرف الآخر بما تبقى منها، مع الزامه بالوفاء بالمقابل الذي كان مشروعاً للالتزام الأصلي، فرض لآثار قانونية لم تتجه إليها إرادة المتعاقدين<sup>(4)</sup>.

إلا أنه مع وجهة هذا الرأي يرى الباحث أن انتقاص العقد ليس تقييداً لإرادة المتعاقدين بالمعنى الصحيح، لأن الإرادة يجب أن لا تخالف نصاً في القانون، فالعقد إذا كان قابلاً للتجزئة، وكان شق منه باطلاً، يكون البطلان في هذه الحالة مقتصرأ على ذلك دون الشق الآخر، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن المشرع لم يهمل إرادة المتعاقدين فيما إذا كان الشق الباطل من العقد هو الدافع الى التعاقد، في هذه الحالة يبطل العقد بكامله، لأن بقاءه يعد مخالفاً لتلك الإرادة.

(1) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص743.

(2) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص548. وينظر أيضاً د. عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني " دراسة مقارنة"، ط1، المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ص158.

(3) يقابلها نص المادة " 143 " من القانون المدني المصري التي تنص على انه " إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إذا تبين إن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله"، أما المشرع الفرنسي فلم ينص على نظرية انتقاص العقد فقط في التبرعات وفقاً لنص المادة " 900 " من القانون المدني، لكن القضاء الفرنسي عمل بنظرية انتقاص العقد،

(4) ينظر: د. جميل الشرفاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة القاهرة، 1956، ص 88 وما بعدها.

وتعدُّ نظرية انتقاص العقد" التي نصت عليها القوانين المدنية العربية والاجنبية تتماشى وبشكل كبير مع عقود التجارة الدولية، التي تكون على قدر من الأهمية، لأنها تتضمن مجموعة من الاداءات، فضلاً عن أن أطرافها ينتمون في الغالب الى دول مختلفة، وغالباً ما تسبق بمفاوضات قد تستمر طويلاً، وعليه أن تجزئة العقد الباطل إذا كان قابلاً للتجزئة امرٌ جيد، فليس من مصلحة الأطراف وخصوصاً الطرف الضعيف في التعاقد، انهاء العقد بشكل كامل.

ومما تقدم يمكن أن يخلص الباحث الى مدى التشابه الكبير بين الفسخ الجزئي للعقد وانتقاص العقد، لأن كلاً منهما يهدف الى المحافظة على العقد ومنعه من الانهيار بشكل كلي، كما أن كلاً منهما يرد على عقد يقبل التجزئة، فيؤدي الى زوال بعض الاداءات دون الاخرى، وأن كلاهما لا يخرج عن الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف، ولكن الاختلاف يكمن في نطاق كل منهما، إذ أن الفسخ الجزئي للعقد، يجب لإعماله أن يكون العقد صحيحاً بجميع اجزائه، أما انتقاص العقد فيجب لإعماله أن يكون التصرف القانوني باطلاً في جزءٍ منه<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني

#### شروط الفسخ الجزئي للعقد والغاية من اقراره

للفسخ الجزئي كما هو الحال في الفسخ عموماً شروطاً معينة يجب توفرها لإعماله في العقد المبرم بين الطرفين<sup>(2)</sup>، والتي نصت عليها القوانين الوطنية، والاتفاقيات الدولية التي عنيت بعناية فائقة بعقود التجارة الدولية، كما إن له شروطاً خاصة<sup>(3)</sup> يستقل بها عن الفسخ الكلي، فضلاً عن ذلك يجب على الباحث أن يبين الغاية أو الهدف من اقرار هذا المبدأ، والذي يتمثل بالمحافظة على العقد وضمأن تنفيذه، وتجنب الفسخ الكلي وما ينتج عنه من آثار سلبية تتمثل في انهاء العلاقة العقدية بشكل غير طبيعي بخلاف الأصل الذي يقضي بوجوب تنفيذ العقد بما يتضمنه من التزامات على عاتق طرفيه تنفيذاً يتفق مع ما يوجبه حسن النية، وعليه سيقسم الباحث هذا المطلب على فرعين، يبين في الفرع الاول شروط الفسخ الجزئي للعقد، أما الفرع الثاني سيخصه للغاية من اقراره وعلى النحو الآتي:

(1) ينظر: د. محمود المظفر، مصادر الالتزام نظرية العقد ونبذة عن الارادة المنفردة، ط4، بدون دار نشر، 2007، ص342. وينظر: بشأن الفسخ الجزئي للعقد د. احمد السعيد الزقرد، مصدر سابق، ص144-145.

(2) ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص280.

(3) ينظر: د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة لالتزام، احكام الالتزام، مصدر سابق، ص246.

## الفرع الاول

## شروط الفسخ الجزئي للعقد

في الحقيقة أن للفسخ الجزئي للعقد شروطاً عامة نصت عليها القوانين المدنية في اغلب التشريعات الوطنية وهي ذاتها الشروط اللازمة للفسخ الكلي<sup>(1)</sup>، ولكن هناك شروطاً خاصة يجب توفرها الى جانب الشروط العامة تتمثل بقابلية محل العقد للانقسام، الذي يعد الأساس في ذلك، ويكون محل العقد قابلاً للانقسام إذا أمكن تجزئته، بأن يحتفظ كل جزء بخصائصه ووظيفته وامكانية تنفيذه في أوقات مختلفة، كما لو تعلق الأمر بعقد من عقود التوريد، إذ يمكن أن يقتصر الفسخ على الاداء المعيب أو الناقص، والشيء الذي يساعد على امكان حصول الفسخ الجزئي في هذا النوع من العقود، هو إنها تُنشئ سلسلة من التزامات متقابلة، أو مجموعة من الاداءات التي يستقل بعضها عن الآخر، بحيث يمكن فصل كل جزء من هذه الأجزاء دون أن يؤثر في الغرض الذي كان يبتغيه المتعاقدون من التعاقد<sup>(2)</sup>.

وفي ذات الصدد هناك من يذهب الى القول بأن هناك شروطاً أو متطلبات لا بد من توفرها لأعمال القابلية للانقسام تتمثل بإمكانية الاستغناء عن الجزء الذي لم يتم تنفيذه أو ذلك الذي ينفذ على نحو معيب، حتى لا يؤثر على بقية الالتزامات الأخرى، إضافة الى أن ما تم تنفيذه يكون صالحاً لحكم العقد، محققاً للغاية المبتغاة من العلاقة العقدية، فضلاً عن ذلك عدم تغيير الطبيعة القانونية للعقد المتمثلة بضمان تحقيق الجزء المنفذ من العقد مصلحة الدائن حتى وان كانت في أدنى حدودها بعد تجزئة الالتزام غير المنفذ أو المعيب، فإن هذا الأخير يعرف بما تبقى من العقد قابلاً لوجوده وبما أن الجزء المنفذ من العقد يعد بمثابة العقد الاصلي قبل أن ينفصل جزء منه، هذا إن دل على شيء إنما يدل على أن قابلية الانقسام إذا تحققت أعمالها في عقد ما، فإن الشرط

(1) من الشروط العامة التي نصت عليها القوانين المدنية في التشريعات الوطنية والتي يتحقق بها الفسخ الجزئي، هي أن يكون العقد ملزماً للجانبين، وذلك لان هذا النوع من العقود هو فقط الذي تتوفر فيه حكمة الفسخ بصورة عامة. فضلاً عن ذلك لا بد أن يخل أحد المتعاقدين بتنفيذ الالتزام الذي يقع على عاتقه، وان يكون هذا الإخلال ناشئاً عن تقصيره واهماله، وليس سبب اجنبي لأنه لو كان الأمر كذلك لتحول الموضوع من الفسخ الى الانفساخ الذي يقع بقوة القانون، كما يجب أن يكون الدائن أو الطرف الذي يطالب بالفسخ، قد نفذ التزامه، وقادراً على إعادة الحال الى ما كان عليه قبل الفسخ، وعلى الرغم من أن الفسخ الجزئي للعقد ممكن أن يكون اتفاقياً بين الأطراف، أو بإرادة الدائن وحده، وهذا لا يعني أن القضاء ليس له دور، بل له الدور البارز عندما يرفع اليه الخلاف من قبل أطراف العقد، وعلى العكس من ذلك في عقود التجارة الدولية التي يتم فيها الفسخ الجزئي للعقد بالاتفاق، ودون حاجة الى حكم قضائي، ولكن يسبق هذا الفسخ في حقيقة الامر الاخطار الذي يوجهه الطرف الذي يطلب الفسخ. ينظر بخصوص الشروط العامة للفسخ د. عبد الزراق احمد السنهوري، مصادر الالتزام بوجه عام، مصدر سابق، ص787، و ينظر كذلك د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص163. ود. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، مصدر سابق، ص681.

(2) ينظر: د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، مصدر سابق، ص246. وينظر ايضاً: د. محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، بدون سنة نشر، ص398.

الأساسي في ذلك هو بقاء نوع العقد على حاله دون تغيير في تكييفه القانوني أو امكانية تحوله الى عقد من نوع آخر<sup>(1)</sup>.

ولكن يثار التساؤل فيما يتعلق بمحل العقد، من كونه قابلاً للانقسام من عدمه، حتى نقول في الفسخ الجزئي للعقد. في الواقع أن هذا الأمر يتنازعه اتجاهان يذهب الاول، الى الأخذ بالمعيار الشخصي أو الذاتي، فوفقاً لهذا المعيار يقع على عاتق القضاء بيان موقف كل طرف من اطراف العلاقة العقدية، في حالة الأخلال الذي يعترى العقد من خلال عدم تنفيذ الالتزام الذي يفرضه على الطرف المخل، إذ أن بيان موقف الأطراف يبدو على قدر كبير من الاهمية، كالدائن والمدين وكذلك القاضي الذي ينظر في النزاع وبيان مدى تأثر الدائن بالتنفيذ من عدمه هو أكثر اهمية في العلاقة العقدية، إذ إن عدم التنفيذ إذا كان من شأنه أن يحرم الأخير من كل منفعة تعود عليه من العقد فعلى القاضي الذي ينظر في النزاع أن يفسخ العقد بتمامه، أما إذا كان عدم التنفيذ ليس من شأنه أن يحرم الدائن مما يبتغيه من العقد، فله أن يقضي بفسخ الجزء الذي شابه الإخلال دون الآخر<sup>(2)</sup>.

أما الاتجاه الثاني، فقد أخذ بمعيار آخر وهو المعيار الموضوعي أو المادي الذي يعتمد بالدرجة الأساس على محل العقد، دون النظر الى إرادة أطراف التعاقد، فالقاضي الذي ينظر في النزاع يقع على عاتقه عندما يعرض أمامه تنفيذ جزئي للعقد وفقاً لذلك المعيار تعيين مقدار الجزء غير المنفذ من العقد من خلال النظر الى العقد بمجمله<sup>(3)</sup>، فاذا تبين له أن ما لم ينفذ من العقد من الناحية الموضوعية قليل الاهمية بالنسبة للمحل بتمامه، فلا يصار الى انهاء الرابطة العقدية بتمامها لمجرد الأخلال بالالتزام قانوني، وانما عليه أن يعتمد حلاً أكثر ملائمة وتوافقاً مع مصلحة الطرفين، ولا يخرج ذلك عن فسخ الجزء غير المنفذ من العقد، ويعتمد القاضي عند تقريره للفسخ الجزئي على عناصر المحل المتوفرة أمامه دون أن يعتمد على عناصر خارجية، كما هو الحال في المعيار الشخصي، وهو وفقاً لهذا المعيار يجد في محل العقد العناصر الكافية التي تساعده على اصدار حكمه المناسب في النزاع<sup>(4)</sup>.

(1) ينظر: في تفاصيل شروط قابلية العقد للانفصال، د. وسن قاسم الخفاجي، قابلية العقد للانفصال، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد الاول، المجلد الرابع، 2012 ص262.

(2) ينظر: د. عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين الفسخ والتنفيذ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدر عن كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الاول، السنة الاولى، 1959، ص187. وينظر ايضاً هشام فالح طاهات، سلطة القاضي التقديرية في فسخ العقد، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بابل، 1998، ص58.

(3) ينظر: عمر علي سعيد الشامي، دور الفسخ الاتفاقي في إنهاء العقود، مشار اليه لدى عبد الله جبار خشان، الفسخ الجزئي للعقد، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة القادسية، 2019، ص40.

(4) ينظر: سيف الدين محمد محمود البلعاوي، مصدر سابق، ص243.

وبما أن مستلزمات البحث تتطلب ابداء الرأي، إذ يؤيد الباحث ما ذهب اليه القائلون باعتماد المعيار الموضوعي في بيان قابلية محل العقد للانقسام من عدمه، حتى يكون الفسخ الجزئي للعقد أمراً مقبولاً، لأنه يعتمد على محل العقد ذاته، دون الاعتماد على عناصر خارجية كإرادة الأطراف، فمتى كان الجزء غير المنفذ قليل الأهمية بالنسبة الى المحل بتمامه يذهب الى فسخ الجزء غير المنفذ دون انهاء الرابطة العقدية، لأن الركون الى إرادة الأطراف بحسب ما ذهب اليه انصار المعيار الشخصي، يكلف القاضي عبئاً ثقيلاً لإصدار حكمه ، إن سلم الباحث بهذا الأمر في حالة الإرادة الصريحة، ولكن هذا لا يمكن قبوله عند غياب الإرادة، لأن الإرادة الضمنية التي اعتمدها انصار هذا الاتجاه تعد عنصراً لا يمكن ادراكه بسهولة من قبل القاضي.

أما عن موقف القوانين المدنية ومدى تبنيها لأي من المعيارين، في الحقيقة أنها لم تكن على وتيرة واحدة، وانما اختلفت في ذلك، فالقانون المدني الفرنسي قد أخذ بالمعيار الشخصي، إذ أنه تبنى مبدأ عاماً في الفسخ وهو الشرط الفاسخ الضمني الذي يبدو واضحاً من خلال نص المادة "1184"<sup>(1)</sup>، إذ تقضي هذه المادة بأن كل عقد يتضمن شرطاً يقضي بأن إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، يعطي للآخر وهو الدائن الامتناع عن تنفيذ التزامه، أو إن يتحلل من ذلك الالتزام عن طريق الفسخ.

وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الأمر في قرار لها يقضي ب"أن الغاء العقود التي تنفذ على مراحل بسبب عدم التنفيذ الجزئي، يتناول مجمل العقد أو بعض أجزائه فقط، وذلك تبعاً لنية الأطراف عند التعاقد بإبرام صفقة غير قابلة للتجزئة أو مجزأة على عدة عقود"<sup>(2)</sup>.

أما القانون المدني المصري فإنه ذهب باتجاه مخالف لما ذهب اليه القانون المدني الفرنسي، إذ بالرغم من اقامته الفسخ على أساس الشرط الفاسخ الضمني، لكنه أعتمد المعيار الموضوعي في تحديد قابلية المحل للانقسام من عدمه، وذلك يبدو واضحاً في المادة "2/157" التي نصت على أنه "... ويجوز للقاضي أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام في جملته" ذلك النص الذي جعل من المحل العنصر الاساسي في بيان قابلية العقد للانقسام دون الاعتماد على إرادة الاطراف.

اما المشرع العراقي فقد سار على خطى المشرع المصري، في تحديد قابلية العقد للانقسام من عدمه، ويبدو ذلك جلياً من خلال نص المادة، "1/177" من القانون المدني العراقي التي

(1) نصت المادة "1184" على أنه يعتبر الشرط الملغي مقترضاً على الدوام في العقود المتبادلة في الحالة التي يمتنع فيها أحد الطرفين عن تنفيذ تعهده".

(2) نقض مدنية (1،3) تشرين الثاني نوفمبر، 1983، نشرة مدنية، رقم 252، مجموعة فصلية، مدنية، 1985، 166، مشار اليه في القانون المدني الفرنسي مترجم للغة العربية، ص1185.

نصت على ذلك بأنه " وكما يجوز لها أن ترفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام في جملته"<sup>(1)</sup>.

وحريراً بالباحث أن يرى ما ذهبت اليه اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع بشأن بيان شرط قابلية محل العقد للانقسام، لإعمال الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية، وهل تبنت هذه الاتفاقية المعيار الموضوعي أم الذاتي، في الحقيقة أن هذه الاتفاقية بالرغم من تنظيمها لمبدأ الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية في فرضين، هما الأخلال الجزئي بالعقد الفوري التنفيذ فيما يتعلق بالجزء الذي لم يتم تسليمه أو غير المطابق وحده، وعقد البيع على دفعات إذا حدثت مخالفة بشأن دفعة منها وأمكن فصلها عن باقي الدفعات<sup>(2)</sup>، وهو ما سيسلط الباحث الضوء عليه في الباب الثاني من الدراسة إذ لم تتضمن الاتفاقية بين طياتها نص يشير بشكل صريح الى اعتمادها لمعيار معين، غير ما ورد في تعريف المخالفة الجوهرية ومن خلال تعريف هذا المصطلح يتبين أنها اعتمدت معياراً موضوعياً<sup>(3)</sup>.

مما تقدم يتبين للباحث أن شروط الفسخ الجزئي، هي قابلية محل العقد للانقسام، ونتيجة لذلك يكون كل جزء من العقد مستقلاً عن الآخر، فالإخلال الذي يصيب أيهما لا يؤثر على الآخر، ولا بد أن يكون هناك تنفيذ جزئي للعقد ممكن أن يحقق مصلحة الدائن وامكانية الاستغناء عن الجزء غير المنفذ او المعيب.

وأضافت الاتفاقيات الدولية التي نظمت الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية، وتحديداً اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980، التي كانت أكثر جرأة من القوانين الوطنية، شروطاً أخرى لا بد من توفرها كي يتم إعمال هذا المبدأ، في الفروض أو الحالات التي عالجت فيها الفسخ الجزئي، ولأهمية الإحاطة بتفاصيل هذا الموضوع سيبيّن الباحث شروط الفسخ الجزئي لكل حالة على حدة من خلال فقرتين يتناول في الفقرة الأولى الفسخ للإخلال الجزئي بالعقد، أما الفقرة الثانية، سيخصصها للفسخ في عقود البيع التي تنفذ على دفعات وعلى النحو الآتي:

(1) وهناك من يرى ان المشرع العراقي لم يكتف بالمعيار الموضوعي في تحديد قابلية محل العقد للانقسام من عدمه حتى يمكن فسخه جزئياً بل اضاف الى جانب ذلك المعيار الشخصي من خلال النصوص التي اوردها في عقد البيع، وبالخصوص المادة"555" منه، والتي فسحت المجال واسعاً لإرادة المتعاقدين وخصوصاً المشتري، لتقدير اهمية كل جزء من أجزاء الرابطة العقدية. ينظر: هاشم فالح طاهات، ، سلطة القاضي التقديرية في فسخ العقد ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بابل ، 1998 ، ص66.

(2) د. اسامة حجازي المسدي، القواعد المنظمة لعقود التجارة الدولية، مصدر سابق، 2010، ص216.

(3) لمزيد من التفاصيل، ينظر: ثروت حبيب، قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، 1975، ص341.

## أولاً: شروط الفسخ للإخلال الجزئي للعقد:

ذهبت اتفاقية فيينا لسنة 1980، الى إجازة الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية في حالة الإخلال الجزئي للعقد، ومعنى ذلك، أن المخالفة في التنفيذ لا تشمل إلا جزء من العقد الذي كان يقصد تنفيذه ككل كما إذا سلم البائع جزءاً من البضاعة وتخلف عن تسليم الجزء الباقي، أو كما إذا وقع عدم المطابقة في جزء من البضاعة دون الأجزاء الأخرى<sup>(1)</sup>، وجعلت الفسخ الجزئي هو الأساس في حالة الأخلال الجزئي بالعقد من جانب البائع، فلا يتم الفسخ إلا بالنسبة للجزء الذي وقع فيه الأخلال، أي إن المشتري يتعامل مع هذا الجزء كأنه عقداً مستقلاً فيعلن فسخه وحده ويمتنع عن تنفيذ التزامه بدفع ثمنه، أو أن يسترد الثمن إذا كان قد دفعه<sup>(2)</sup>.

ومما تقدم يبدو للباحث أن اتفاقية فيينا قد أضافت شرطاً جديداً لأعمال الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية، أن يشكل عدم التنفيذ الجزئي أو العيب في المطابقة مخالفة جوهرية للعقد، وذلك بدلالة المادة "2/1/51" والتي نصت على أنه " إذا لم يسلم البائع غير جزء من البضائع أو كان جزء فقط من البضائع المسلمة، مطابقاً للعقد تطبق احكام المواد من 46 الى 50، بشأن الجزء الناقص أو الجزء غير المطابق"، 2- لا يجوز للمشتري أن يفسخ العقد برمته الا إذا كان عدم التنفيذ الجزئي أو العيب في المطابقة يشكل مخالفة جوهرية للعقد<sup>(3)</sup>.

مما تقدم يبدو جلياً عدم جواز فسخ العقد برمته إذا كان التنفيذ الجزئي أو العيب في المطابقة يشكل مخالفة جوهرية للعقد بأكمله، هذا من جهة ومن جهة أخرى وجد الباحث أن النص موجه للمشتري وحده دون البائع الذي لا يمكن له وفقاً لذلك فسخ العقد جزئياً وكأنما الإخلال لا يكون الا من جانبه، وفي الحقيقة أن هذه التفرقة غير مبررة، إذ كان يجب المساواة بين البائع والمشتري في الفسخ الجزئي لكون المشتري قد يخل بالتزامه بدفع الثمن فلا يدفع إلا جزءاً منه، حينها يمكن للبائع أن يفسخ العقد جزئياً، ولا يسلمه من البضاعة إلا ما يقابل الثمن.

ولم يكن في التشريعات الوطنية وجود لفكرة المخالفة الجوهرية<sup>(4)</sup>، التي تعد شرطاً أساسياً لإعمال الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية، إذ يجب أن يكون الأخلال الذي ينشأ في جزء من العقد يشكل مخالفة جوهرية بالنسبة لهذا الجزء، ولكن المادة "25" من الاتفاقية بينت ذلك بأن يكون مخالفة العقد من جانب أحد الطرفين مخالفة جوهرية إذا تسببت في الحاق ضرر

(1) ينظر: د. عصام انور سليم، مصدر سابق، ص78.

(2) ينظر: د. اسامة حجازي المسدي، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية، مصدر سابق، ص222.

(3) ينظر: د. عادل محمد خير، عقود البيع الدولي للبضائع، من خلال اتفاقية فيينا وجهود لجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولي، والغرف التجارية الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص122.

(4) ينظر: د. احمد السعيد الزقرد، اصول قانون التجارة الدولية" البيع الدولي للبضائع"، ط2، المكتبة العصرية، مصر، 2010، ص221.

بالطرف الآخر من شأنه أن يحرمه بشكل أساسي مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد، إلا إذا كان الطرف المخالف يتوقع مثل هذه النتيجة ولم يكن شخص سوي الإدراك من نفس الصفة يتوقع مثل هذه النتيجة في نفس الظروف<sup>(1)</sup>.

#### ثانياً: شروط الفسخ الجزئي لعقد البيع على دفعات:

إن عقود التجارة الدولية في أغلبها تنفذ على دفعات ومراحل، لضخامة المشاريع التي تبرم بشأنها تلك العقود، والتي لا يمكن إنجازها وتسليمها دفعة واحدة بل تحتاج الى فترات زمنية طويلة لتنفيذها، إذ إن أغلب تلك العقود مستمرة التنفيذ كما في عقود التوريد التي يتم تنفيذها بشكل دوري، عن طريق توريد السلع والخدمات خلال فترات زمنية متفق عليها من قبل الأطراف، فضلاً عن أن المبالغ التي تبرم بها كبيرة، إذ يكون من الصعب على الجهات المتعاقدة دفعها بشكل مباشر بل تدفع وفق مراحل تكون متناسبة مع مراحل التنفيذ، حتى يكون هناك توازن في تنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتق كل طرف<sup>(2)</sup>.

وإذا كان الاصل في القوانين الداخلية أن العقود التي تنفذ على دفعات هو الفسخ الكلي في حالة عدم التنفيذ، إلا أن قانون التجارة الدولية ومن منطلق الحفاظ على العقود وحمايتها من الفسخ وامكان انقاده ما يمكن انقاده منها، خرج عن تلك القواعد العامة وقرر أن الاصل في العقود المنفذة على دفعات هو الفسخ الجزئي بحدود الدفعات غير المنجزة وغير المنفذة وهذا الحكم يجد أساسه في العرف التجاري الذي يسعى الى فسخ العقد كلما كان ممكناً<sup>(3)</sup>.

وقد وضعت المادة "1/73" من اتفاقية فيينا المبدأ العام في هذا النوع من البيوع بالنص على أنه " في حالة عقد البيع مع التسليم للبضاعة على دفعات إذا أحل أحد الطرفين بتنفيذ التزامه بالنسبة لأي دفعة، وكان هذا الإخلال يشكل مخالفة جوهرية للعقد بالنسبة لتلك الدفعة، جاز للطرف الآخر أن يعلن فسخ العقد بالنسبة لتلك الأخيرة". ومعنى هذا أنه، في حالة الاتفاق على تسليم المبيع على دفعات وحدث إخلال من البائع بتسليم تلك الدفعات، أو أحل المشتري بسداد ثمن هذه الدفعة أو بالامتناع عن استلامها، جاز لأي من الطرفين أن يتمسك في مواجهة الطرف الآخر بفسخ العقد بالنسبة لهذه الدفعة متى شكّل الإخلال مخالفة جوهرية للعقد<sup>(4)</sup>.

(1) مشار اليه لدى د. عادل محمد خير، مصدر سابق، ص113. ينظر ايضاً بن رزوق فتيحة، فسخ العقد طبقاً لاتفاقية فيينا لسنة 1980، الخاصة بالبيع الدولي للبضائع، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015، ص8.

(2) ينظر: د. محمود سمير الشرقاوي، عقود التجارة الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص204.

(3) ينظر: د. اسامة حجازي المسدي، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية، مصدر سابق، ص227.

(4) ينظر: د. عادل محمد الخير، المصدر نفسه، ص29.

ويتشابه هذا الحكم مع ما نصت عليه المادة "51" من الاتفاقية، بشأن الحالة التي يسلم فيها البائع جزءاً من البضاعة فقط، أو يسلم جزءاً من البضاعة غير مطابق للعقد، إذ طبقت هذه المادة الجزاءات التي تترتب على الأخلال بالعقد، بما في ذلك الحق في فسخ العقد بالنسبة للجزء الناقص أو غير المطابق من البضاعة<sup>(1)</sup>.

يبدو من خلال نص المادة "73" من اتفاقية فيينا أنها أعادت النظر في ما جاء بالمادة "51" الذي يعطي الحق بالفسخ الجزئي للمشتري وحده، إذ جعلت هذه الأمر حقاً لكل من الطرفين يمكن له استعماله في مواجهة الطرف الآخر المخل بالتزامه، وهو أمرٌ جيد، لأن الأخلال يمكن أن يصدر من أي طرف في العقد.

يتضح مما تقدم أن شروط الفسخ الجزئي في عقود البيع على دفعات هي أن يرتكب أحد أطراف العقد مخالفة جوهرية بخصوص إحدى الدفعات التي من شأنها حرمان الطرف الآخر وبشكل اساسي من أي منفعة، كما يجب أن تكون قد وقعت بالفعل، إذ يفترض أن الدفعة قد تم تنفيذها بشكل معيب أو غير مطابق، أو لم تنفذ في ميعادها على نحو ما تم الاتفاق عليه فعلاً.

وتطبيقاً لشروط وقوع المخالفة الجوهرية فعلاً، ذهبت محكمة التحكيم التجاري الدولي والاقتصادي الصيني، الى الحكم بالفسخ لعقد توريد كمية من حبوب الذرة تقدر بالـ ألف طن يتم توريدها على عشر دفعات، إذ جاء في حيثيات الحكم ان المشتري وجد الدفعة الخامسة غير صالحة للاستهلاك البشري، فقررت المحكمة أن للمشتري الحق بفسخ العقد بحدود الدفعة الخامسة، مع بقاء الأخرى من العقد صحيحة ومنتجة لآثارها بين الطرفين، ونتيجة لذلك عدلت الحكم فاصبح توريد 900 طن من الذرة بدلاً من الف طن وقضت تبعاً لذلك بانقاص الثمن<sup>(2)</sup>.

خلاصة القول: أن شروط الفسخ الجزئي للعقد تتمثل بقابلية محل العقد للانقسام، في الحقيقة أن هذا الشرط ينبسط على الشرط الآخر، الذي تم ذكره بشكل موجز، والذي يتمثل بأن يكون هناك تنفيذٌ جزئيٌ للعقد، إذ لولا قابلية محل العقد للانقسام لما امكن تنفيذ العقد جزئياً، دون ضياع المصلحة التي يبتغيها الدائن من تعاقدته ولا فرق في ذلك بين العقود التي تبرم على المستوى الوطني<sup>(3)</sup>، أم تلك المتعلقة بالتجارة الدولية.

(1) ينظر: د. عصام انور سليم، مصدر سابق، ص 74.

(2) Trevor Bennell, Bianca Bonell commentary on the International sales Law, GIUFFRE MILAN( 1987.P534.

(3) عالجت مسألة الفسخ الجزئي للعقد وشروطه، بعض التشريعات الوطنية ولكن بشكل ضمني، كالقانون المدني الفرنسي، في المادة "1184" والقانون المدني المصري في المادة "157"، والقانون المدني العراقي في المادة "1/177"، والمادة "1/31" من قانون بيع البضائع الانكليزي، في حين ذهبت بعض التشريعات الى معالجة هذه المسألة بشكل صريح، ومنها قانون الالتزامات الالمانى، الذي نص في المادة "5/323" على منع الدائن من الغاء العقد بشكل كامل إذا نفذ المدين جزء منه الا في حالة فقدان الدائن مصلحته من التنفيذ الجزئي.

وقد أضافت الاتفاقية شرطاً آخر وهو المخالفة الجوهرية، التي تحرم الدائن وبشكل أساسي مما كان يقصده من التعاقد، وهي باعتقاد الباحث يقابل الضرر الجسيم الذي نصت عليه بعض التشريعات الوطنية، كما قصرت الاتفاقية الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، في حالة الإخلال الجزئي للعقد الذي يتم تنفيذه بشكل فوري على المشتري، وهو كما ذكرنا بأنه محل نظر لأن الأخلال لا يمكن تصوره من جانب البائع فقط، بل ممكن الوقوع من قبل المشتري، كأن يسلم جزءاً من ثمن البضاعة، مما يتيح للبائع أن يتمسك بالفسخ الجزئي بحدود ما دفع من الثمن<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### الغاية من إقرار الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية

في الحقيقة أن عقود التجارة الدولية في أغلبها عقود مستمرة التنفيذ لأن الزمن عنصرٌ جوهريٌّ فيها، وأنها ذات أهمية كبيرة بالنسبة للمتعاقدين وخصوصاً الطرف الضعيف الذي يكون بحاجة ماسة الى السلع والخدمات، لذلك يكون من مصلحة الأطراف الحفاظ على عقدهم، فيسعون جاهدين الى الالتزام بتنفيذه وفقاً لما يفرضه حسن النية في التعاقد، والتخلص من الآثار السلبية التي تترتب على فسخه قبل انتهاء مدته، وفي سبيل ذلك سعت التشريعات الوطنية، والاتفاقات الدولية المنظمة لعقود التجارة الدولية، الى إقرار مبدأ يتلاءم مع رغبة الأطراف في المحافظة على عقدهم، وإيجاد نوع من التوازن بين مصالحهم المتعارضة، وهو الفسخ الجزئي للعقد، ومن أجل بيان الغاية أو الهدف الذي أقر من أجله هذا المبدأ يقتضي الأمر بالباحث أن يقسم هذا الفرع على فقرتين يبين في الأولى المحافظة على العقد وضمأن تنفيذه، أما تجاوز الآثار السلبية للعقد، سيكون محل البحث في الفقرة الثانية، وعلى النحو الآتي:

#### أولاً: المحافظة على العقد وضمأن تنفيذه

أبدت الدراسات القانونية اهتماماً ملحوظاً، وعناية فائقة بالعقد لم يسبقها أي نظام قانوني آخر، وذلك لما للعقد من أهمية بارزة في النشاط الانساني، فهو لم يقتصر على كونه مظهراً من مظاهر الحرية الفردية، بل إن الأنشطة الاقتصادية في المجتمعات الانسانية تقوم عليه كونه وسيلة أو اداة للمبادلة والتعاون بين البشر على نحو يتجلى فيه الالتزام القانوني<sup>(2)</sup>.

(1) ينظر: د. اسامة حجازي المسدي، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية، مصدر سابق، ص199.

(2) ينظر: د. عصام انور سليم، عدم تجزئة العقد في الشريعة الاسلامية والقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2077، ص9.

ونتيجة لهذا الدور الذي يضطلع به العقد، وما يحتله من مرتبة مميزة، جعله واجب التنفيذ، إذ الأصل يجب على أطرافه أن ينفذوا ما أوجب عليهم وبحسن نية<sup>(1)</sup>، استناداً الى القوة الملزمة له والتي تحتم عليهم الرضوخ والإذعان له في كل ما يتضمنه، ولا يمكن لأي منهم أن يستقل بنقضه أو تعديله مالم يصرح بذلك المشرع أو تقضي به الإرادة<sup>(2)</sup>.

بالرغم من ذلك يعترض تنفيذ العقد بعض العقبات التي تحول دون ذلك، والتي تبرز معها المسؤولية العقدية، للطرف المخل بالتزامه، الا أن ذلك لم يكن ذا جدوى في الحفاظ على العقد من الانهيار، ذلك العقد الذي لا يبرم في أغلب الاحيان الا بعد مفاوضات قد تكون شاقة تارة ومكلفة تارة أخرى<sup>(3)</sup>، كما أن تطبيق القواعد العامة في الفسخ يقتضي إعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد<sup>(4)</sup>، وبذلك يتوجب على المشتري أن يعيد ما تسلمه من البضائع والسلع، بالرغم من تحمله نفقات النقل والتأمين على البضاعة ومبالغ الإجراءات اللازمة لدخولها وخروجها، خصوصاً في العقود التي يتم إبرامها خارج حدود الدولة، كما يجب على البائع هو الآخر أن يعيد ما تسلمه من الثمن المقابل لتك البضاعة<sup>(5)</sup>.

ونظراً لما تتمتع به عقود التجارة الدولية من اهمية اقتصادية تتمثل في دورها الفاعل في عملية التنمية، مما جعل أطرافها حريصين على الحفاظ على علاقاتهم العقدية واستمرارها وضمنان تنفيذ العقد لأثاره طيلة فترة تنفيذه، ولم تقتصر اهمية العقد التجاري الدولي، على أطرافه وانما يمتد الى الدول التي ينتمي اليها هؤلاء، وخصوصاً الدول النامية التي تكون بحاجة ماسة للسلع أو الخدمات، في المجالات التجارية كافة، إذ المشتري أو المستورد، سواءً أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، عندما يتعاقد أو يرتبط بعقدٍ ما، يكون هدفه أما الرغبة في الحصول على المنتجات أو المواد الاولية أو الاستهلاكية، أو اشباع حاجات اجتماعية أو اقتصادية، وفي الحقيقة أن بعض الفقه ذهب وبحق الى إن الأثار التي تترتب على العقد التجاري الدولي تمتد الى ابعد من ذلك، إذ تشكل جزءاً مهماً من خطة الدولة الاقتصادية فهي ترتبط بالاقتصاد الوطني

(1) ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصدر سابق، ص1210. وينظر كذلك: وائل حمدي احمد علي، حسن النية في البيوع الدولية، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2008، ص596.

(2) ينظر: د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، ط3، دار الثقافة للنشر، عمان، الاردن، 2000، ص155. وينظر: كذلك د. اسامة حجازي المسدي، مصدر سابق، ص178.

(3) ينظر: د. يسرى عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية، مفاوضاتها - إبرامها - تنفيذها، مكتب اليسرى للمحاماة والاستشارات للنشر، الخرطوم، 2009، ص100.

(4) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص803. وينظر: ايضاً نزمين محمد محمود صبح، مصدر سابق، ص52.

(5) ينظر: د. احمد السعيد الزقرد، اصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع، مصدر سابق، ص118.

ككل<sup>(1)</sup>، واعطت الاهمية التي تحظى بها عقود التجارة الدولية اولوية كبيرة في التمسك بالأصل الذي يقضي تنفيذها عيناً، ومحاولة الابتعاد عن الأنهاء والفسخ قدر المستطاع، لهذا سعت الأطراف المتعاقدة الى تحسين الأفكار والمبادئ القانونية لتصبح ملائمة لمواجهة المتغيرات القانونية والاقتصادية كافة والتي تؤثر في فسخ العقد وعدم تنفيذه<sup>(2)</sup>.

ونتيجة لذلك ذهبت أغلب التشريعات الوطنية الى الإخذ بالفسخ الجزئي للعقد سواءً على المستوى الوطني<sup>(3)</sup>، أو الدولي، كونه مبدأً قانونياً يعالج حالات خاصة من الإخلال بالتنفيذ عندما يكون جزئياً، ومحل العقد قابلاً للانقسام، إذ ينظر الى كل جزء على أنه عقدٌ مستقلٌ، وبالتالي لا يفقد الدائن مصلحته في العقد عند فسخ الجزء الذي شابه الإخلال، لبقاء الجزء الآخر نافذاً ومرتباً لأثاره القانونية، وقد كانت اتفاقية فيينا أكثر تنظيمياً وصراحة لمعالجة الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية في حالة الإخلال الجزئي في العقد الفوري التنفيذ، أو إذا ورد الإخلال على دفعة معينة في عقد البيع على دفعات<sup>(4)</sup>، إذ يعد ذلك النوع من الفسخ جزاءً عادلاً وملائماً للعقود الأخيرة، فمن غير المتصور أنه بعد أن تبرم هذه العقود بين أشخاص ينتمون الى دول مختلفة، ويكون محلها صفقات ضخمة وبعد أن تمر بمرحلة كبيرة من المفاوضات، ويتم تنفيذها خلال أجل طويل، يسمح بفسخ العقد بالكامل بمجرد حصول أخلال بسيط في الالتزامات التعاقدية من قبل أحد الأطراف، كأن يخلف المورد في أحد الشهور من توريد البضاعة الواجب عليه توريدها، بشكل دوري، أو يمتنع عن تنفيذ التزام واحد من الالتزامات المتتابعة والمستقلة التي تتضمنها عقود التجارة الدولية<sup>(5)</sup>.

ويرى الباحث أن الأخذ بمبدأ الفسخ الجزئي يعد وسيلة ناجعة للمحافظة على العقد من الانهيار، وخصوصاً في عقود التجارة الدولية، تلك العقود التي تكون ذات أهمية كبيرة، كونها تنصب على سلع وخدمات مهمة بالنسبة لأحد الأطراف، لاسيما الضعيف في العلاقة العقدية، الذي ليس من مصلحته التخلي عن العقد، إذ اصبح ذلك المبدأ العلاج الانسب في حال حصول

(1) ينظر: د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، مصدر سابق، ص198، وينظر أيضاً د. شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص191.

(2) ينظر: د. خالد عبد العظيم ابو غابة، التحكيم واثره في فض المنازعات، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2011، ص149.

(3) ينظر: نص المادة "1/177" مدني عراقي، والمادة "157" مدني مصري، والمادة "1184" مدني فرنسي، المادة "323" قانون الالتزام الالمانى.

(4) ينظر: نص المادة "51" والمادة "3/73، 2، 1" من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع.

(5) ينظر: د. محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص121، لمزيد من التفاصيل حول المفاوضات التي تسبق عقود التجارة الدولية، ينظر: قندوسي سعاد، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2014، ص124.

حالة من الأخلال على أحد أجزاء العقد التي تقبل التجزئة من أجل الحفاظ على وجود العقد وضمنان تنفيذه طوال المدة المحددة له.

#### ثانياً: تجنب الفسخ الكلي للعقد واثاره السلبية

لا تختلف عقود التجارة الدولية عن سائر العقود في الجزاءات التي تطبق في حالة إخلال أحد طرفيها إخلالاً جسيماً ومنها الفسخ، إذ يهدم هذا الجزاء العلاقة العقدية بكاملها، فهو ليس جزاءً اعتيادياً، لأنه ينهي العقد بكامله ويزيل آثاره، لذلك يعد اجراءً خطيراً من حيث نتائجه التي يرتبها، إذ ينهي العلاقة العقدية بشكل غير طبيعي بخلاف الأصل الذي يقضي بوجود تنفيذ العقد بما يتضمنه من التزامات على عاتق طرفيه، تنفيذاً يتفق مع ما يوجبه حسن النية<sup>(1)</sup>.

كما أنه بسبب المخاطر التي تنتج عن الفسخ الكلي للعقد، سعت أغلب التشريعات الوطنية، والاتفاقيات الدولية، بصفة خاصة، الى فرض اجراءات مشددة لتطبيقه، إذ حصرته في حدود ضيقة جداً تجنباً لآثاره السلبية والتي سيأتي الباحث على ذكرها، فلا يجوز اللجوء الى الفسخ الجزئي إلا في الحالات التي تحدث فيها مخالفة جوهرية أو إخلال جسيم من قبل أحد المتعاقدين<sup>(2)</sup>، لذلك أصبح الفسخ في عقود التجارة الدولية جزاءً قاسياً يتأذى منه عاقدها، الذين من مصلحتهم الإبقاء عليها، واكمال تنفيذها ولو مع وجود أخلال يمكن علاجه<sup>(3)</sup>، وقد يكون للفسخ بصفة عامة مجالاً في نطاق العقود الداخلية، التي تبرم في حدود الدولة، بينما يبدو الأمر ليس كذلك في عقود التجارة الدولية لكونه يهدد الثقة والانتمان التي تتمتع به تلك العقود، كما أن الأنهاء أو الفسخ يعد جزاءً يكلف المتعاقدين نفقات إضافية تتمثل بأجور النقل والشحن لإعادة البضاعة الى البائع، ومخاطر تتمثل بهلاك تلك البضائع، أو إصابتها بعيب قد يفقدها صلاحيتها فضلاً عن تكاليف المنازعة المرفوعة أمام القضاء أو التحكيم والتعويضات التي قد يحكم بها<sup>(4)</sup>.

واهم الآثار التي تترتب على الفسخ هو إعادة الحال الى ما كان عليه، إذ أن الفسخ وكما أسلفنا يؤدي الى التحلل عن الالتزامات التي يفرضها العقد بشكل نهائي، وهذا في الحقيقة لا ينسجم مع عقود التجارة الدولية لكونها في اغلبها عقود مستمرة التنفيذ، ويتم تنفيذها على دفعات، إذ أنها في طبيعتها عقود ضخمة وذات رؤوس أموال كبيرة، تحتاج الى مزيد لإكمال تنفيذها، وبالتالي فإن الفسخ فيها يعد أمراً صعباً لأنه لا يمكن ارجاع ما تم تنفيذه، بل إن الفسخ يقتصر على ما لم ينفذ من العقد، لذلك فإن إقرار مبدأ الفسخ الجزئي يعد الحل الأمثل لتجاوز الآثار

(1) ينظر: د. احمد السعيد الزقرد، اصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع، مصدر سابق، ص204، وينظر في ذات المعنى، وائل حمدي احمد علي، حسن النية في البيوع الدولية، مصدر سابق، 2008، ص669.

(2) ينظر: نص المادة"25" من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980.

(3) ينظر: د. اسامة حجازي المسدي، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية، مصدر سابق، ص179.

(4) ينظر: د. محسن شفيق، مصدر سابق، ص 33.

السلبية للفسخ الكلي، والمتمثلة بإعادة الحال الى ما كان عليه. وما يترتب على ذلك من نتائج خطيرة تلحق اضراراً كبيرة بكل من المتعاقدين<sup>(1)</sup>.

أضف الى ذلك أن عقد البيع الدولي، لم يكن بمعزل عن غيره من العقود إذ أنه يتصل بعقود اخرى، كعقد نقل البضائع، وعقد التأمين على البضاعة، والاعتماد المستندي الذي يتم تسديد الثمن عن طريقه، فاذا ما فسخ عقد البيع الدولي فإنه سوف ينتج آثاره على كافة العقود الأخرى التي ترتبط به إذا كانت غير منفذة مما يولد مشاكل وابعاء ثقيلة على أطراف العقد<sup>(2)</sup>.

ويعد الفسخ الجزئي، هو العلاج الأنسب لعقود التجارة الدولية بغية المحافظة عليها من الانهاء والزوال، وكونه يقدم حلاً مرضية لأطراف العلاقة العقدية من خلال إيجاد نوع من التوازن بين مقدار الاداءات التي يرتبها العقد، لا سيما أن تلك الحلول يجب أن تتفق مع إرادة الأطراف المتعاقدة، وغير مجافية للعدالة التعاقدية، فضلاً عن ذلك أصبح الفسخ الجزئي مصداقاً لأهم المبادئ والقواعد التي تنظم عقود التجارة الدولية، وهو مبدأ الاقتصاد في فسخ العقد، والذي يعني التوسط بين تنفيذ العقد وفسخه أي إنه حل وسط لا يتضمن الإفراط في فسخ العقد والتفريط في تنفيذه، فهو يعطي القاضي أو المحكم مساحة كافية في استعمال سلطته في إجراء الموازنة بين حقوق متعارضة هي حق الدائن في طلب الفسخ، وبين الزام المدين بالتنفيذ<sup>(3)</sup>.

(1) ينظر: د. محمود سمير الشرقاوي، مصدر سابق، ص 64.  
 (2) ينظر: اكرم محمد حسين التميمي، الاخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية" دراسة مقارنة"، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، 2014، ص 209.  
 (3) ينظر: د. عصام انور سليم، خصائص البيع الدولي، وفقاً لاتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فيينا، 1980، مصدر سابق، ص 80.

## الباب الأول

تطبيق القاضي أو المحكم لقواعد  
ذات طابع وطني



## الباب الأول

### تطبيق القاضي أو المحكم لقواعد ذات طابع وطني

#### تمهيد وتقسيم:

بات من المسلم به أن النمو الاقتصادي للدول يعتمد بالدرجة الأساس على الزيادة في ابرام العقود الدولية، فإذا كان العقد باعتباره وسيلة فنية يلعب في القانون الداخلي دوراً أساسياً في تبادل الثروات والخدمات فإن ذلك الدور يزداد أهمية في المعاملات الدولية<sup>(1)</sup>، ولكن بالرغم من ذلك قد يصار في حالات معينة فسخ العقد جزئياً وكما تطرق الباحث الى هذا المبدأ سابقاً، فما القانون الذي يجب ان يطبق على المنازعات التي تحدث بين اطراف العقد الذي تم فسخه جزئياً، فلا بد من اجل تسوية حقوق الأطراف والتزاماتهم العقدية، يقتضي الامر أن يحدد احد القوانين المتنازعة لحكم العقد الذي تم فسخه جزئياً.

فالقاضي أو المحكم في منازعات الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، عادة ما يلجأ الى تطبيق قواعد وطنية نص عليها المشرع الوطني من أجل التوصل الى حل للنزاع المعروف، لأن تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع يعد من الأمور الأساسية والجوهرية التي تواجه القاضي أو المحكم، اثناء نظره في النزاع القائم<sup>(2)</sup>، فعليه في البداية أن يبحث عن إرادة الأطراف باعتبارها قاعدة من قواعد الاسناد الاصلية، ومدى قدرة هذه الإرادة ودورها في تحديد القانون الذي يحكم الفسخ الجزئي، لكون الأطراف قد يتفقوا صراحة على ذلك، وقد يكون اتفاقهم ضمناً يستطيع القاضي استخلاصه من خلال بعض القرائن والمؤشرات التي تعينه على ذلك ، كتحرير العقد بلغة معينة، او اختيارهم لعملة معينة ، وقد يسكت أطراف العقد عن تحديد ذلك القانون، فعلى القاضي أو المحكم أن يلجأ الى ضوابط اسناد أخرى احتياطية، قد تكون جامدة محددة سلفاً من قبل المشرع، يلزمه التقيد بها وعدم الخروج عنها، كقانون بلد ابرام العقد أو الموطن المشترك للمتعاقدين أو بلد تنفيذ العقد أو قانون الجنسية المشتركة للأطراف، وأخرى مرنة يتوصل اليها من خلال أعمال نظرية التركيز الموضوعي، والأداء المميز<sup>(3)</sup>.

---

(1) ينظر: د. عبد الله نوار شعت، العقود الدولية بين الظروف القاهرة والطارئة" المجال النظري والتطبيقي، ط1، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية، 2018، ص9.

(2) ينظر د. احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص1057.

(3) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996، ص1104.

ومن أجل الالمام بتفاصيل الموضوع يقتضي الأمر بالباحث أن يقسم هذا الباب على فصلين يبين في الأول، القانون المطبق على الفسخ الجزئي في ظل قواعد الاسناد الاصلية، أما الفصل الثاني سيخصصه للقانون المطبق في ظل قواعد الاسناد الاحتياطية وعلى النحو الآتي:

### الفصل الاول

#### القانون المطبق على الفسخ الجزئي في ظل قواعد الاسناد الاصلية

لاشك أن العقد هو أحد أفضل الأنظمة القانونية التي توصل اليه الأفراد، إذ يعد أداة هامة لتبادل المنافع وانتقال الاموال ووسيلة فعالة لتوزيع الثروات ورؤوس الاموال وتنمية الموارد وتنظيم المعاملات التجارية المالية، فضلاً عن ذلك لم يعد العقد أداة اقتصادية وطنية تعمل داخل حدود الدولة فحسب، بل أن أهميته تجاوزت هذه الحدود ليصبح أداة من ادوات التجارة الدولية سواء أكانت الواقعية أم الافتراضية(1).

في الواقع فإن أهمية العقد تزداد في مرحلة تنفيذه كونها النهاية الطبيعية له والغاية التي أبرم من اجلها، لذلك اتفقت الأنظمة القانونية المختلفة على جعل الأصل هو تنفيذ العقد، والاستثناء فسحه فعدم التنفيذ للالتزامات العقدية لاشك أنه يشكل أخلاً باستقرار العلاقات التعاقدية والمراكز القانونية الناشئة عنها وتضييع الجهد والوقت والمال ومن ثم المساس بالوظيفة الاقتصادية لتلك العقود(2).

وبما أن الفسخ يعد جزاءً خطيراً يؤدي بالنهاية الى انهيار العقد، ويجعل المراكز القانونية لأطرافه غير مستقرة ويكون سبباً في هدر الثقة والائتمان التي يقوم عليها قانون التجارة الدولية، بكل ما فيه من تطور وسرعة للمبادلات واتساع للنطاق مما يجعل المعاملات التجارية الدولية تتحرج من قبول فكرة الفسخ الكلي للعقد فتجيزه في نطاق ضيق ومحدود(3).

وبما أن عقود التجارة الدولية تثير الكثير من المشكلات بين اطرافها وخصوصاً فيما يتعلق بالتزاماتهم التعاقدية، كونها في العادة تبرم بين اشخاص ينتمون الى دول متعددة لكل منها نظام قانوني يختلف عن الأخرى، فضلاً عن ذلك عدم التكافؤ بين أطرافها في بعض الأحيان، عندما يكون أحد أطرافها عراقياً يتعاقد على سلع أو منتجات أو خدمات هو بأمس الحاجة اليها مما يجعل الطرف الآخر يفرض شروطه بما يخدم مصالحه، فإن أخل المتعاقد ذو المركز الاقتصادي الأقوى بالتزاماته تجاه الطرف الآخر إخلالاً من شأنه إعطاء الحق للأخير بفسخ

(1) ينظر: د. خالد احمد عطية عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، ط2، بدون مكان نشر، 2001، ص35.

(2) ينظر: د. اسامة حجازي المسدي، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية، مصدر سابق، ص219.

(3) ينظر: د. عبد الله نوار شعت، العقود الدولية بين الظروف القاهرة والطارئة"، مصدر سابق، ص210.

العقد جزئياً إذا توفرت شروطه<sup>(1)</sup>، فما القانون الذي يطبقه القاضي أو المحكم على الفسخ الجزئي في العقد التجاري الدولي إذا حصل نزاع بين أطرافه، هل هو قانون الإرادة أي القانون الذي اتفق عليه الأطراف أم أن هناك قانوناً آخر يجب تطبيقه، وإذا سلمنا بتطبيق قانون الإرادة، هل أن الحرية الممنوحة لأطراف العقد مطلقة أم ترد عليها قيود، تمنع من تطبيق القانون الذي اتفق عليه الأطراف وما هي تلك القيود لذلك سيقسم الباحث هذا الفصل على مبحثين يبين في المبحث الأول دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي في العقد التجاري الدولي، أما القيود التي ترد على قانون الإرادة وما يترتب عليها ستكون محل الدراسة في المبحث الثاني وعلى النحو الآتي:

### المبحث الأول

#### دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي

يحتل قانون الإرادة دوراً هاماً في عقود التجارة الدولية لما تتميز به تلك العقود من خصوصية تتمثل في الطابع التجاري للعلاقة العقدية ذات العنصر الأجنبي، لذلك فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي لتلك العقود أعطى مفاهيم جديدة فرضتها ظروف وملايسات التجارة الدولية مما أدى الى عدم ملائمة القواعد والنظم القانونية المختلفة لدى التشريعات التي تعني بتنظيم العقود الداخلية<sup>(2)</sup>.

ولما كان لإرادة الأطراف في العقد التجاري الدولي سلطة كبيرة في تحديد شروطه، فمن البديهي أن يكون لهذه الإرادة دوراً بارزاً في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية المشتملة على عنصر أجنبي من حيث تكوينها وأثارها التي تتمثل بحقوق والتزامات الطرفين

---

(1) الفسخ الجزئي للعقد شأنه في ذلك شأن الفسخ الكلي لا بد لأعماله من توفر مجموعة من الشروط العامة التي نصت عليها القواعد العامة في الفسخ لمختلف القوانين والتي تتمثل بضرورة وجود عقد ملزم للجانبين، وعدم تنفيذ من أحد الطرفين لالتزامه، ووجود مطالبة قضائية في بعض الأحيان يسبقها الإعداء، أما الشروط الخاصة التي وردت في القواعد العامة هي وجود تنفيذ جزئي للعقد، وقابلية محل العقد للانقسام، وعدم كفاية الوسائل البديلة للفسخ في المحافظة على العقد. وقد وردت شروط للفسخ الجزئي في العقد التجاري الدولي في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980، باعتبارها أهم الاتفاقيات الدولية التي نصت وبشكل صريح على إعمال مبدأ الفسخ الجزئي، ولم تجز الفسخ الكلي للعقد التجاري الدولي وخصرته في حدود ضيقة حفاظاً على تلك العقود التي لا يكون في زوالها في الغالب مصلحة لأحد أطرافها أو لكليهما، والتي سوف نبين أحكامها بشكل مفصل في الباب الثاني من الدراسة، إذ اشترطت أن يكون العقد قابلاً للتجزئة، وضرورة ارتكاب مخالفة جوهرية بالنسبة للجزء الخاضع للفسخ، لمزيد من التفاصيل راجع د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام ج1 مصدر سابق، ص786. وكذلك د. محمد نصر محمد، الوافي في عقود التجارة الدولية، ط1، دار الرابحة للنشر، عمان، الأردن، 2012، ص7.

(2) ينظر: 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، 2000، ص76.

التي يترتب على الأخلال بها إعطاء الحق لأحدهما فسخ العقد جزئياً إذا توفرت شروطه (1)، فالإرادة التي تؤدي وظيفة الإسناد الرئيسي في قاعدة التنازع تحقق شيئاً من العدالة الموضوعية من خلال تطبيق القانون الذي اتفق عليه المتعاقدان، وأن الأخذ بهذا المبدأ يرجع في الحقيقة الى أسباب عملية أكثر مما هي نظرية نتيجة التعدد الكبير والاختلافات في التعاملات العقدية الدولية، ولبيان دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي للعقد التجاري الدولي، على الباحث أن يبحث في التعريف بقانون الإرادة ونشأته التاريخية وبيان الأساس القانوني الذي يستند عليه في تطبيقه، فضلاً عن ذلك لا بد أن يبين نطاق تطبيق قانون الإرادة ، وبعد الانتهاء من ذلك يبين طرق التعبير عنها، لذلك سيقسم هذا المبحث على مطلبين يتناول في المطلب الاول التعريف بقانون الإرادة واساسه القانوني، أما المطلب الثاني سيخصه لنطاق تطبيق قانون الإرادة وطرق التعبير عنها وعلى النحو الآتي:

### المطلب الاول

#### التعريف بقانون الإرادة واساسه القانوني

تقوم العقود وخصوصاً تلك المتعلقة بالتجارة الدولية على اساس الحرية التامة المعبر عنها بسلطان أو قانون الإرادة الذي يعطي لأطرافه الحرية في اختيار القانون المطبق على الفسخ الجزئي لتلك العقود (2)، وفي الحقيقة أن فكرة قانون الإرادة لم تظهر للوجود وتبسط منطقتها على هذا النوع من العقود الا بعد مروره بمراحل عديدة فرضت نفسها من خلالها كقاعدة أساسية في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها (3)، وقد أصبح ما ينتج عن هذا المبدأ ثابتاً في القانون المقارن وتم الاعتراف به في اغلب التشريعات الوطنية ومنها القانون العراقي ومن أجل التعرف على قانون الإرادة يجب أن نطلع على المراحل التي مر بها، وكذلك المقصود به من خلال استعراض آراء الفقه في حقيقته، وعلى الرغم من أن هذا المبدأ اصبح معترفاً به في اغلب التشريعات وكما اسلفنا لكن برزت مشكلة في تطبيقه الا وهي الأساس القانوني الذي يستند عليه، إذ ذهب الفقه في ذلك الى تبني عدة نظريات كالنظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، وعليه سيقسم الباحث هذا المطلب على فرعين يبين في الفرع الاول التعريف بقانون الإرادة من خلال بيان النشأة التاريخية له ومراحل تطوره ، أما الفرع الثاني سيخصه للأساس القانوني لمنح الإرادة حق اختيار القانون المطبق على الفسخ الجزئي وعلى النحو الآتي:

(1) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، ط2، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، ص391.

(2) ينظر: د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص77.

(3) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المصدر نفسه، ص39.

## الفرع الاول

## التعريف بقانون الارادة

لبيان معنى قانون الإرادة الذي عُدَّ في اغلب التشريعات من قواعد الأسناد الأصلية التي يمكن الاستعانة بها من قبل القاضي أو المحكم المرفوع أمامه النزاع لتحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية، يجب على الباحث الوقوف عند نشأته وتطوره، عبر المراحل العديدة التي مر بها مع عرض مختلف الانتقادات التي تبناها بعض الفقه في معارضة استخدامه كضابط اصلي من ضوابط إلسناد، ومن ثم يقنضي الامر بالباحث إبراز أهم التعاريف التي قدمها الفقه الدولي، لذلك سيقسم هذا الفرع على فترتين يبين في الفقرة الأولى النشأة التاريخية لقانون الإرادة اما الفقرة الثانية سينتاول فيها ابرز التعريفات التي أوردها الفقه لمبدأ قانون الارادة وعلى النحو الآتي:

## أولاً: نشأة وتطور قانون الإرادة:

لاشك أن المكنة التي يتمتع بها أطراف العقد التجاري الدولي في اختيار القانون الذي يمكن تطبيقه على علاقاتهم العقدية، هي أحد تطبيقات نظرية سلطان الإرادة في المجال الدولي، إلا أنه لم يستقر الاعتراف بخضوع العقد من حيث الموضوع<sup>(1)</sup> لقانون الإرادة في فقه القانون الدولي الخاص الا في نهاية القرن التاسع عشر<sup>(2)</sup>.

بدأت ملامح فكرة قانون الإرادة تتبلور في نهاية القرن الثاني عشر وبداية القرن الثالث عشر في ظل مدرسة الأحوال الإيطالية، تلك المدرسة التي قسم فقهاؤها القوانين أو الاحوال السائدة لديهم الى شخصية يخضع لها الفرد أينما حل واخرى اقليمية يمكن تطبيقها على جميع الأشخاص الذين يكونون داخل اقليم الدولة سواءً اكانوا من الوطنيين أو الأجانب، إذ اسند فقهاء هذه المدرسة القوانين المتصلة بالعقود آنذاك الى القوانين الإقليمية التي تسري على كافة التصرفات التي تبرم في اقليم الدولة، وبناءً على ذلك أخضعت العقود الى قانون الدولة التي

(1) قاعدة " قانون الارادة" هي إحدى قواعد تنازع القوانين التي تطبق على الجانب الموضوعي للعقد التجاري الدولي، وعليه فإنها تحكم كل ما يتعلق بتكوين العقد، وشروط انعقاده الموضوعية " كالرضا والمحل والسبب، اثار العقد سواءً تلك المتعلقة بالأشخاص أو بالموضوع، وخصوصاً الحقوق والالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين، وما يترتب من مسؤولية عقدية في حالة مخالفتها. وكذلك يسري القانون الذي تحدده إرادة الأطراف على اسباب انقضاء الالتزامات مع التحفظ بشأن التقادم الذي لم يكن موضع اتفاق من قبل الفقه حول مدى اعتباره مسألة موضوعية خاضعة لقانون العقد أم مسألة اجرائية تخضع لقانون القاضي المعروض عليه النزاع، واما شكل العقد فإنه محكوم بقانون بلد الإبرام أو بقانون العقد وفقاً لاختيار الأطراف. ينظر في ذلك د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 17.

(2) RANOUL ( V) Lautonomiedu la volonte naissance et evolution dun concept, ed 4 Trimestre, presses Univeritaires de France, 1980.

أبرمت فيها شكلاً وموضوعاً، دون تفرقة بينهما، وتبرير ذلك أن أطراف العقد التجاري الدولي قد اختاروا القانون الذي هم على معرفة به والذي اتجهت إليه أرادتهما ضمناً<sup>(1)</sup>.

ويرى الباحث أنه بالرغم من أن إخضاع العقد التجاري الدولي لقانون بلد الإبرام باعتباره القانون الذي ارتضاه الأطراف وان لم يصرحوا بذلك، لكنه تعرض للانتقاد لكون قانون محل إبرام العقد كثيراً ما يتحدد على اعتبارات تقوم أحياناً على الصدفة، مما يقلل من قيمته في تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على منازعات الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية.

ولكن يثار تساؤل هل أن خضوع العقد التجاري الدولي لقانون بلد الأبرام وفقاً لمنهج المدرسة الإيطالية القديمة قابلٌ للتغيير من قبل الأطراف، أي يمكن لأطرافه تغيير ضابط الإسناد وبالتالي تغيير القانون الواجب تطبيقه على عقودهم. في الحقيقة الجواب هو عدم قدرة الإرادة على ذلك لكون خضوع العقد التجاري الدولي لقانون بلد الأبرام هو اسناد أمر لا يمكن تغييره<sup>(2)</sup>، لذلك فإن فكرة سلطان الإرادة بالرغم من ظهور ملامحها في ظل المدرسة الإيطالية لكنها لم تكن في هذه الفترة واضحة المعالم<sup>(3)</sup>.

وعندما شارف القرن الخامس عشر على الانتهاء حاول الفقيه الإيطالي "Curtius" وهو آخر فقهاء المدرسة الإيطالية، بأن يضع تبريراً لخضوع العقد لقانون بلد الأبرام مضمونه أن المتعاقدين عند إبرامهما تصرفاً ما في بلد معين يكونان قد قبلاً ضمناً الخضوع لقانون هذا البلد<sup>(4)</sup>، ويبدو أن التبرير الذي جاء به "Curtius" لم يكن جديداً أو مختلفاً عن ما ذهب إليه سابقوه من المدرسة ذاتها، الذين أخضعوا العقد لقانون بلد الأبرام على أساس معرفتهم به أكثر من غيره، ولكن لم يرتب الفقيه على مبرراته التي جاء بها نتائجها التي تتمثل بقدرة المتعاقدين وإبرادتهم الصريحة على اختيار قانون آخر ليحكم عقودهم، لذلك أضحت فكرة قانون الإرادة لدى "Curtius" مجرد تبرير لاحق لإسناد سابق له طابع أمر لا يمكن للإرادة تغييره<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: د. هشام علي صادق، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص695.

(2) ينظر: د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص27.

(3) يقصد باصطلاح سلطان الإرادة، قدرة المتعاقدين على خلق قانونهم الخاص، إذ أنه لم يكن حديث النشأة بل كان قديماً، أول من نادى به الفقيه الألماني "كانت" في مضمون فلسفي مختلف، حين قرر خلال عرضه لنظريته في القانون الطبيعي، أن سلطان الإرادة ما هو الا تعبير عن خضوع هذه الإرادة للإمر الاخلاقي المطلق "القانون الطبيعي". ينظر في ذلك د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص20.

(4) ينظر: د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص39.

(5) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية قانون الإرادة وازمته، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص159.

ويبدو أن المبررات التي جاء بها الفقيه "Curtius" لم تكن جديدة وإنما هي التي أسس لها من سبقه إخضاع العقد الدولي لقانون بلد الإبرام على أساس قبولهم ضمناً لمعرفتهم به. وفي القرن السادس عشر تبلورت فكرة سلطان الإرادة على يد الفقيه الفرنسي ديمولان "Dumoulin" والذي كان من أهم الفقهاء الذين أسهموا ببلورته، إذ رأى أنه ما دام العقد يخضع لقانون محل إبرامه باعتبار ذلك تعبيراً عن رضا المتعاقدين الضمني، فيجب الاعتراف بحقهم في اختيار قانون آخر ليحكم العقد، وتؤكد هذا المبدأ بعد الفتوى الشهيرة للفقيه ديمولان في قضية الزوجين "دوجاني"، إذ أكد أن شكل العقود والتصرفات القانونية تخضع لقانون بلد الإبرام، أما موضوع العقد فيخضع للقانون الذي يحدده أطراف العقد صراحة أو ضمناً<sup>(1)</sup>.

ومما تقدم يتضح للباحث أن الفقيه ديمولان هو أول من سعى إلى إخراج العقد التجاري الدولي من نطاق السيادة الإقليمية للقانون تأسيساً على دور الإرادة فيه وإمكان استبعاد قانون بلد الأبرام إذا تبين من الظروف أن هذا الأسناد هو مجرد اسناد عارض يقوم على محض الصدفة، وفي هذه المرحلة تم الفصل بين شكل العقد وموضوعه، إذ أن لكل منهما ضابط اسناد خاصاً به. وفي مطلع القرن السادس عشر ذهب المحامي الفرنسي فوليكس "Foelix" إلى إخضاع العقد إلى قانون البلد الذي أبرم فيه، باعتباره القانون الذي استقرت عليه الأعراف والعادات، ولكن إذا كان تنفيذ العقد في بلد آخر غير بلد الأبرام، فإن قانون ذلك البلد هو الذي سيطبق على جميع المسائل التي تستجد بعد الإبرام، وبرر فوليكس بان الإرادة الضمنية للمتعاقدين لا تخالف العادات والأعراف السائدة في بلد محل الأبرام أو محل تنفيذه، واستبعد إمكانية انطباق أي قانون آخر يختاره الأطراف حتى لو كان على نحو صريح، وعليه فإن الإرادة إلى هذا الوقت لا يمكنها الخروج على القانون الواجب التطبيق الذي يشير إليه منهج تنازع القوانين<sup>(2)</sup>.

وكذلك الحال بالنسبة للفقيه الألماني سافيني على الرغم من أنه سمح للإرادة في مناسبات عديدة أن تختار قانوناً آخر غير دولة التنفيذ، إذ كانت أفكاره تدور حول تحليل طبيعة العلاقة القانونية وتركيزها في مكان معين واعتبار أطرافها قد خضعوا باختيارهم لقانون ذلك المكان، ولكن ذلك استثناءً من الأصل العام الذي يخضع العقود الدولية لقانون بلد التنفيذ متجاهلاً في ذلك ما تصبوا إليه إرادة المتعاقدين الحقيقية<sup>(3)</sup>.

(1) ينظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، ج2، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص951. وينظر كذلك د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص26.

(2) ينظر: د. نرمن محمد محمود صبح، مصدر سابق، ص76.

(3) ينظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية لقانون الإرادة وازمته، مصدر سابق، ص159.

ومن خلال استعراض الأفكار التي جاء بها الفقيه الألماني سافيني، يرى الباحث أنها لا تختلف عما جاء به الفقيه الفرنسي فوليكس، ألا في تحديد القانون الذي يفترض أن إرادة الأطراف انصرفت إليه، إذ عده الأول قانون بلد التنفيذ، أما الثاني اعتبره القانون الذي استقرت عليه الأعراف والعادات الدولية والذي يمكن أن يكون بلد الأبرام أو بلد التنفيذ.

أما في نهاية القرن التاسع عشر فيبدو أن الأمر تغير نوعاً ما ، إذ لم تعد تستخدم إرادة أطراف العقد التجاري الدولي كتبرير لاحق للحل الذي يقدمه منهج تنازع القوانين، وإنما أصبحت هي الحل ذاته، هذا ما قرره فقهاء القانون الدولي الخاص الذين جاءوا بعد سافيني وفوليكس من خلال جعل قانون العقد هو دائماً ذلك القانون الذي اتجهت إليه إرادة الاطراف<sup>(1)</sup>.

ثم جاء بعد ذلك الفقيه البلجيكي لوران بنظريته التي ضمنها افكاره التي اهمها حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم صراحة أو ضمناً، وبصورة مستقلة عن مكان إبرامه أو تنفيذه<sup>(2)</sup>، مؤكداً أن القانون الذي تتجه إليه إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد يعد حقاً من حقوق الانسان التي لا يمكن تجاهلها<sup>(3)</sup>.

وقد تبنى المشرع العراقي قاعدة قانون الإرادة كقاعدة إسناد عامة في نطاق الالتزامات التعاقدية، وذلك بموجب نص الفقرة الاولى من المادة "25" من القانون المدني التي تنص على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إن أتحدوا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه"<sup>(4)</sup>.

وقد اكد القضاء العراقي هو الآخر على مبدأ قانون الإرادة في عدة قرارات منها القرار الصادر عن محكمة التمييز الاتحادية، في 2016/11/18، والذي يقضي بحق الأطراف

---

(1) مشار إليه لدى د. محمود محمد ياقوت، مصدر سابق، ص63. وينظر كذلك: د. بشار محمد الاسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص96.  
(2) ينظر: د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008، ص263.

(3) POMMIR(J.CH), principe d'autonomie et 10 du contract en droit international prive conventionnel ,ED. Economic, paris,1992,p41.

(4) يقابلها نص المادة "19" من القانون المدني المصري "131" لسنة 1948، وجدير بالذكر إن الفقه المصري اختلف في عبارة الالتزامات التعاقدية الواردة في تلك المادة، فذهب أحدهم الى أن استعمال المشرع المصري لمصطلح العقد، وذكره للالتزامات التعاقدية يقصد به أن قانون الإرادة ينطبق على آثار العقد، أما فيما يتعلق بتكوين العقد فهي من المسائل التي يجب أن تترك لاجتهاد الفقه والقضاء، بينما ذهب الآخر الى أنه بالرغم من أن المشرع المصري ذكر عبارة الالتزامات التعاقدية، فإن هذا لا ينفي سريان قانون الإرادة على العقد باعتباره مصدراً لهذه الالتزامات، واخيراً استقر الرأي في الفقه المصري على أن المشرع قصد من عبارة الالتزامات التعاقدية كل ما يتعلق بالرابطة العقدية من حيث تكوينها واثارها. ينظر د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص422.

المتعاقدة في اختيار القانون الذي يجب تطبيقه على موضوع النزاع، وبما أن المتعاقدين قد اتفقا على سريان قانون الموجبات والعقود اللبناني على عقدهم فيكون هو الواجب التطبيق<sup>(1)</sup>.

كما واكد القضاء الفرنسي قانون الإرادة في مناسبة أخرى، إذ أصدرت محكمة النقض الفرنسية قراراً عند النظر في القانون المطبق على العقود في 31/ أيار 1932، ينص على أن القانون الواجب التطبيق على العقود سواءً من حيث تكوينها، وآثارها وشروطها هو القانون الذي أختاره الأطراف وأنه بين أشخاص من جنسيات مختلفة، وعليه بالرغم من الاستناد بحسب الأصل الى قانون بلد الإبرام أو التنفيذ في تحديد القانون الذي يحكم العقد، فإن اختيار الأطراف لقانون آخر صراحة أو ضمناً من شأنه أن يعطل ضوابط الاسناد المتمثلة ببلد الإبرام أو التنفيذ، وبالتالي فإن قانون الإرادة هو الذي يجب تطبيقه.

وقد تبنت العديد من الاتفاقيات الدولية مبدأ قانون الإرادة منها اتفاقية لاهاي لسنة 1955، المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنفولات المادية، إذ نصت المادة "2" منها على أنه "يخضع البيع للقانون الداخلي الذي يختاره الطرفان"، وكذلك اتفاقية لاهاي لسنة 1986، الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع، من خلال نص المادة السابعة والتي أخضعت عقد البيع الدولي للقانون الذي يختاره الطرفان<sup>(2)</sup>.

وأخذ بذلك تنظيم روما 1، لسنة 2008<sup>(3)</sup>، الذي حل محل اتفاقية روما الموقعة بين دول الاتحاد الاوربي في 19 حزيران 1980، بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات

(1) وقد جاء في حيثيات الحكم انه لدى التدقيق والمداولة من الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية وجد أن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية لذا تقرر قبوله شكلاً، وبعد عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون وجاء اتباعاً لقرار النقض الصادر عن هذه المحكمة، بالعدد 79/ الهيئة الموسعة المدنية، 2016، في 2016/5/16، ذلك ان الثابت ان القانون الواجب التطبيق في هذه القضية هو قانون العقود والموجبات اللبناني، وانه يتوجب على المدعي عملاً بالفقرة "13" من الاتفاق المبرم بين الطرفين، في 2010/1/23، ان يطلب الغاء العقد مع التعويض عملاً بأحكام المادة "241" من القانون المشار اليه، والذي يقابله في القانون العراقي نص المادة "177" من القانون المدني، وحيث ان القانون اللبناني هو الواجب التطبيق باتفاق الطرفين، وحيث ان المدعي لم يطلب الغاء العقد مما تكون الدعوى واجبة الرد شكلاً، وهذا ما قضي به الحكم المميز، لذا قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي وتميل المميز رسم التمييز و صدر القرار بالأكثريّة في 28 صفر 1438هـ، الموافق، 2016/11/28م. ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد 356/ الهيئة الموسعة المدنية، 2016، والصادر بتاريخ، 2016/11/28.

(2) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 67.

(3) صدر تنظيم روما 1 ذي الرقم "593" لسنة 2008، عن البرلمان الاوربي في 17 حزيران 2008، وجاء بذات الاحكام الواردة في اتفاقية روما لعام 1980، لكنه استحدث بعض الاحكام كتلك المتعلقة بعقود المزد العنفي، وعقود التوزيع، وعقود إداء الخدمات. وقد تناول الفصل الاول منه المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، اما الفصل الثاني فقد تناول الاحكام الموحدة، وتناول الفصل الثالث احكام اخرى، مثل تلك المتعلقة بتحديد محل إقامة الشخص المعنوي، والنظام العام، والعلاقة بالنصوص الاخرى المتضمنة في القانون الاوربي، وباتفاقيه روما، والاتفاقيات الدولية الاخرى، وقد انتهى التنظيم في الاحكام الختامية التي تضمنها الفصل الرابع .

التعاقدية، من خلال نص المادة "1/3" التي نصت على أنه "يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الاطراف...." (1)

#### ثانياً: تعريف قانون الإرادة:

في الحقيقة انفتحت غالبية القوانين في الوقت الحاضر على قاعدة خضوع العقد ذي العنصر الأجنبي لقانون الإرادة، إذ أصبحت تلك القاعدة لدى الفقه الحديث الركيزة الأساسية لأغلب الالتزامات التعاقدية في نطاق التجارة الدولية، بالرغم مما وجه لتلك القاعدة من انتقادات سيتطرق لها الباحث في سياق البحث.

أورد الفقه عدة تعريفات لقانون الإرادة، فقد عرّفه أحدهم بأنه ذلك " القانون الذي اختاره الطرفان لتطبيقه على علاقتها التعاقدية لحكم جميع المسائل المتعلقة بالعقد" (2)، وعرّفه آخر بأنه القانون الذي اختاره الطرفان صراحة أو ضمناً لحكم العقد" (3).

يؤخذ على هذين التعريفين أن أولهما ذكر عبارة القانون الذي اختاره الطرفان والحقيقة أن هذا الاختيار وحسب وجهة نظر الباحث، قد لا يتم من قبل الطرفين بل من أحدهم وهو الطرف الأقوى في العلاقة العقدية ويقبله الطرف الآخر تحت تأثير الحاجة الى المنتجات والخدمات التي يتعاقد عليها لأنه يكون بأمس الحاجة إليها، وقد يكون مضطراً للتعاقد، وبالتالي سيحقق هذا القانون مصالح أحد الطرفين دون الآخر، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ذكر عبارة على جميع المسائل المتعلقة بالعقد، وهو امرٌ جيد لأنه جعل قانون الإرادة ينطبق على المسائل المتعلقة بتكوين العقد وآثاره، وانقضائه.

أما ثانيهما فإنه ينطبق عليه ما تقدم من القول بخصوص التعريف الاول، فضلاً عن عدم ذكره ما يمكن أن ينطبق عليه قانون الإرادة من العقود، ولكن يؤشر لهذا التعريف أنه ذكر عبارة صراحة أو ضمناً، وهي الطرق التي يمكن من خلالها تحديد القانون الواجب التطبيق، على الفسخ الجزئي للعقد التجاري الدولي، وهناك من عرفه بأنه " الاعتراف للأطراف بحق اختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقودهم واعطائهم الحرية الكاملة وعدم تقييدهم" (4).

---

(1) تنص المادة "1/3" من اتفاقية روما ، 1980، بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على "Acontract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case by their choice the parties can select the law applicable to the whole or a part only of the contract.

(2) ينظر: د. بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص95.

(3) ينظر: د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص534.

(4) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وازمته، مصدر سابق ، ص157.

ويؤخذ على هذا التعريف أنه جاء متأثراً بفقهاء النظرية الشخصية التي تعطي لأحد الأطراف أو كليهما الحرية المطلقة في اختيار القانون الذي يجب تطبيقه، متناسياً ما ذهب إليه أنصار النظرية الموضوعية الذين قيدوا إرادة المتعاقدين باشتراط الصلة بين العقد والقانون المختار، كما أن إيراده عبارة الاعتراف للأطراف بحق اختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية ينسجم مع المنطق السليم لقانون الإرادة لكونه اعترف لكل من الطرفين بحق الاختيار، ولم يقل الذي اختاره كما في التعريف السابق، وعليه فإن الاختيار قد لا يكون من قبل الطرفين بل من قبل الطرف ذي المركز الاقتصادي الأقوى ويقبله الطرف الآخر كما أسلفنا، وخصوصاً في عقود التجارة الدولية التي تمتاز بعدم التكافؤ بين أطرافها، والذي يجعل من الحرية العقدية مجرد حرية صورية أو شكلية فقط.

كما عرفه آخر بأنه منح المتعاقدين في التصرفات والعقود المتصلة بأكثر من دولة، تحديد القانون أو النظام الذي تخضع له تصرفاتهم من حيث تكوينها وشروطها وآثارها<sup>(1)</sup>.

يبدو للباحث من خلال هذا التعريف أنه لم يكن متأثراً بفقهاء النظرية الشخصية بشكل مطلق، ولا بفقهاء النظرية الموضوعية، بل أعطى للمتعاقد حق تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على منازعاتهم، ثم أنه جعل القانون المختار يحكم جميع المسائل المتعلقة بالعقد من حيث تكوينها وآثارها، دون الإشارة إلى انقضاء تلك العقود.

ومما تقدم يمكن للباحث أن يعرف قانون الإرادة بأنه: "الاعتراف للمتعاقدين بحق الاختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق صراحة أو ضمناً على جميع المسائل المتعلقة بالعقد".

وجدير بالذكر أن الهدف الأساسي لقانون الإرادة يكمن في الاعتراف للأطراف المتعاقدة بحق الاختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية لينتهي بعد ذلك دورها، إذ يصبح العقد خاضعاً لذلك القانون الذي تم اختياره دون تدخل الأطراف في ذلك، ويبدو أن ذلك الذي يميز الإرادة في عقود التجارة الدولية عنها في العقود الداخلية<sup>(2)</sup>، فالإرادة في الأولى لا تقدم الحل للنزاع بطريقة مباشرة بل ترشد فقط إلى القانون الذي يحكم الرابطة العقدية، مطبقة قواعده الموضوعية، في حين أن الإرادة في العقود الداخلية تعد جوهر تكوين ذلك العمل، وتحدد آثاره في حدود القوانين الأمرة والنظام العام والآداب، كما أنها تقدم الحل مباشرة دون أن يكون

(1) ينظر: د. محمود جمال الكردي، تنازع القوانين، مكتبة صلاح الدين للنشر، 2005، ص 221.

(2) ينظر د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص الدوليين، مصدر سابق، 338، وينظر كذلك: نرمين محمد صبح، مصدر سابق، ص 10.

لها الحق في اختيار قانون اجنبي ليطبق على العقد، لأن العلاقة القانونية في القانون الداخلي تكون وطنية بجميع عناصرها، وبالتالي تخضع للقانون الوطني دون غيره<sup>(1)</sup>.

وفي هذا الصدد يمكن أن يطرح الباحث تساؤلاً حول المعنى الحقيقي لقانون الإرادة الذي تشير إليه قواعد التنازع في الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية؟ للإجابة على هذا التساؤل لا بد أن نستعرض آراء الفقه بخصوص هذه المسألة، والتي تكمن في ثلاثة اتجاهات، ذهب الأول، إلى أن قانون الإرادة يتحدد من خلال توجه الأطراف إلى اختيار قانون وطني لدولة معينة تتمتع بهذا الوصف طبقاً لأحكام القانون الدولي العام، وهذا ما تبنته محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر سنة 1929، إذ قضت بأن كل العقود التي لا تبرم بين الدول تخضع بالضرورة للقانون الوطني لدولة معينة تتمتع بهذا الوصف طبقاً لمبادئ القانون الدولي الخاص<sup>(2)</sup>.

أما الاتجاه الثاني، فقد ذهب إلى إعطاء الأطراف الحرية المطلقة في اختيار القانون الذي يجب تطبيقه على الفسخ الجزئي للعقد، دون أن يقيد هذه الحرية أو يجعلها محصورة في مجال القانون الداخلي لدولة معينة، إذ يمكن وفقاً لهذا الاتجاه اسناد العلاقة العقدية لقواعد عالمية التطبيق يتم التعامل بها في مجال التجارة الدولية ومن بينها القواعد العرفية<sup>(3)</sup>، واخذت بذلك العديد من الاتفاقيات الدولية التي أهمها اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1971، واتفاقية روما لسنة 1980، بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

وذهب اتجاه ثالث إلى منح الأطراف حرية اختيار القانون الذي يحكم عقدهم احتراماً للحق الذي منحهم إياه قاعدة الأسناد، بشرط أن لا يؤدي هذا الاختيار إلى الغش أو استبعاد القواعد الأمرة في القوانين التي تم اختيارها، إذ يقيم نوعاً من التوازن بين حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وضرورة أن يكون هذا الاختيار مستنداً على أسس مشروعة<sup>(4)</sup>.

(1) ينظر: د. سامي بديع منصور، ود. اسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، لبنان، بيروت، 2000، ص 397. ينظر كذلك د. غالب علي الداودي، ود. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، ج 2، ط 3، دار العاتك للنشر، 2009، القاهرة، ص 151. د. حسن محمد الهداوي، تنازع القوانين، واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط 2، مطبعة الارشاد، بغداد، 1972، ص 202. د. حسن علي كاظم، قواعد الاسناد واليات التطبيق في العراق، بحث منشور في مجلة جامعة اهل البيت "ع"، العدد العشرون، 2016، ص 243.

(2) ينظر د صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية مصدر سابق، ص 270.  
(3) لمزيد من التفاصيل ينظر: د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، 1994، ص 49. ينظر كذلك د. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، لبنان، بيروت، 1994، ص 491. و د. امين دواس، اختيار الطرفين قواعد قانونية للتطبيق على العقد التجاري الدولي أمام المحاكم الوطنية، بحث منشور في مجلة الجامعة العربية الامريكية للبحوث، المجلد الخامس، العدد الاول، السنة 2019، ص 90.

(4) ينظر: د. غالب علي الداودي، ود. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، مصدر سابق ص 151. وينظر كذلك د. حنان عبد العزيز مخلوف، العقود الدولية، بدون دار نشر، مصر، القاهرة، 2010، ص 48.

ويرى الباحث أن الرأي الاخير جدير بالتأييد أكثر من الآراء السابقة، في بيان حقيقة الإرادة، كونه اعطى لها حرية الاختيار للقانون الذي يجب تطبيقه، ولكن قيد ذلك بعدم الخروج على القواعد الأمرة في القوانين التي تم اختيارها، أو استعمال الغش في ذلك، وسيسلط الباحث الضوء على هذا بشكل أكثر تفصيلاً عند بيان اساس قانون الارادة.

ويجدر بالباحث في هذا المقام أن يتعرض للانتقادات التي وجهت لقانون الارادة، بالرغم من تبنيه في اغلب التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، إذ ذهب البعض من الفقه<sup>(1)</sup>، الى أن التسليم بحرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم الرابطة العقدية، يعني الاعتراف لهما بحل تنازع القوانين مع أن ذلك يعد من صميم عمل المشرع لأنه يتعلق بتحديد نطاق سلطان القانون الذي يجب تطبيقه دون غيره.

ولكن رد البعض<sup>(2)</sup>، من المناصرين لقانون الإرادة على هذا الانتقاد بأن حرية الاختيار الممنوحة لأطراف العلاقة العقدية لا تقوم على مبدأ سلطان الارادة مباشرة، وانما استندت على قاعدة التنازع التي خولت الأطراف حق اختيار القانون الواجب التطبيق، فالسلطة الممنوحة للأفراد انتقلت اليهم عن طريق القاضي المرفوع أمامه النزاع والذي اقر لهم بذلك بموجب قاعدة التنازع، وعليه فان سلطان الارادة لم يأت من فراغ وانما استند على قانون القاضي، أما الانتقاد الآخر الذي وجه لقانون الإرادة يكمن في أن تطبيقه على علاته قد يؤدي الى نتائج غير مقبولة وخصوصاً عندما يقضي القانون الذي اختاره الأطراف ببطلان العقد، بطلاناً كلياً أو جزئياً، إذ من غير المتصور أن يختار المتعاقدان قانوناً يبطل عقدهما كلياً أو جزءاً، لأن ذلك يتعارض مع الهدف الذي من أجله أبرم ذلك العقد، فضلاً عن أن عقود التجارة الدولية غالباً ما تكون على قدر عالٍ من الأهمية، مما يتطلب أبرامها المزيد من الوقت والجهد والمال، وقد تكون مسبوقه بمفاوضات بين أطرافها قد تستغرق فترة طويلة<sup>(3)</sup>.

وقد رُدَّ هذا الانتقاد بأن إرادة المتعاقدين لا تقوم بتعيين القانون المختص، وانما يقتصر دورها على تركيز العقد في مكان معين، وبالتالي يكون قانون المكان الذي حدده المتعاقدان هو الذي يحكم العقد، ونتيجة لذلك يمكن القول إذا كان دور الارادة تركيز العقد في مكان معين دون

(1) ينظر: سلطان عبد الله محمد الجوّاري، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق" دراسة مقارنة"، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة الموصل، 2004، ص64.

(2) ينظر: د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، وتنفيذ الاحكام الاجنبية، دار السنهوري، للنشر، لبنان، بيروت، 2015، ص178.

(3) Toubiana" Annie" Le Domaine Della lio du contract an Droit it Private, these paris,Dalloz,1972.

مشار اليه لدى طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الالكترونية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع، ص119.

اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد فليس غريباً أن يقضي القانون الأجنبي ببطلان العقد في بعض الحالات، لأن ذلك ليس نتيجة لتطبيق القانون الذي حدده المتعاقدان بل عملاً لحكم القواعد الأمرة في قانون المكان الذي تركزت فيه العلاقة التعاقدية<sup>(1)</sup>.

خلاصة القول أن الانتقادات الموجهة لقانون الإرادة كان أساسها يرجع في معظمه الى عدم وجود نصوص قانونية تعالج وبشكل صريح هذه القاعدة وعلى وجه الخصوص في فرنسا، ومهما يكن من أمر، فإن هذا الخلاف الفقهي لم يكن مانعاً من استقرار خضوع العقد لقانون الإرادة في اغلب التشريعات الوطنية، ومنها القانون العراقي، وتحديداً نص المادة "25" من القانون المدني والتي لا تخلو من الثغرات التي سيقف عليها الباحث في حينه.

## الفرع الثاني

### أساس قانون الإرادة في الفسخ الجزئي

أضحى قانون الإرادة بعد تطور طويل ضابطاً للإسناد في الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، إذ ذهبت أغلب التشريعات الوطنية<sup>(2)</sup>، والاتفاقيات الدولية واحكام القضاء، الى الأخذ بإرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تنشأ بمناسبة هذه العقود، فالقاضي أو المحكم المعروض أمامه النزاع يعتمد بالدرجة الاولى على ما ذهبت اليه تلك الإرادة في تحديد القانون الذي يجب تطبيقه.

وبالرغم من أن قانون الإرادة أصبح من المبادئ المسلم بها لدى الفقه والقضاء، لكنهم اختلفوا في الأساس الذي تستند اليه تلك الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق، وانقسموا في ذلك الى فريقين، الأول هم أنصار النظرية الشخصية الذين جعلوا الأساس الذي تستند اليه الإرادة هو مطلق سلطان الإرادة، وبالتالي فإن إرادة الأطراف تعلق فوق سلطة القانون، أما الفريق الثاني هم أنصار النظرية الموضوعية الذين أنكروا ذلك واخضعوا تلك الإرادة لسلطان القانون الذي منحهما هذا الاختيار، ولقواعده الأمرة<sup>(3)</sup>، لذلك ومن أجل الخوض في مضمون هذه النظريات وتفصيلها سيقسم الباحث هذا الفرع على فقرتين يبين في الفقرة الاولى النظرية الشخصية وأثرها في قانون الإرادة، أما الفقرة الثانية سيتناول فيها النظرية الموضوعية وأثرها في ذلك القانون وعلى النحو الآتي:

(1) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص50-51.

(2) ينظر: نص المادة 25 مدني عراقي، والمادة 19، مدني مصري، والمادة 20، مدني اردني، والمادة 20، مدني سوري، المادة 1/35، من القانون الدولي الخاص النمساوي.

(3) ينظر: د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص73.

أولاً: النظرية الشخصية واثرها في قانون الإرادة:

أن مبدأ سلطان الإرادة وكما هو معلوم قد استقر في نهاية القرن التاسع عشر، إذ أصبح لا يمثل تبريراً لحلول مسبقة في تنازع القوانين لعقود التجارة الدولية، بل إن هذا المبدأ أصبح هو الحل ذاته بما يكفله للإرادة من حق في اختيار القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي للعقد بصفة مستقلة عن الحلول الأخرى<sup>(1)</sup>.

وقد ذهب أنصار هذه النظرية الى أن قدرة المتعاقدين على اختيار القانون الذي يحكم العقد، وخصوصاً الفسخ الجزئي فيه تستند الى مبدأ حرية التعاقد، الذي يخول الإرادة سلطاناً مطلقاً في هذا الصدد يجعلها في مرتبة أعلى من القانون الذي يستمد قوته الملزمة من اتفاق أطرافه على اختيار احكامه التي تنظم الرابطة العقدية، إذ إن اختيار المتعاقدين لقانون العقد يستند الى مطلق سلطان الإرادة، دون أن يكون لقواعد تنازع القوانين دوراً في هذا الاختيار، ونتيجة لذلك فإن القانون المختار يندمج في العقد، لتصبح أحكامه مجرد شروط عقدية يستطيع المتعاقدان الاتفاق على ما يخالفها ولو اتسمت بالطابع الأمر مما يجعل العقد التجاري الدولي تطبيقاً بلا قانون يحكمه<sup>(2)</sup>. وهكذا تكون لإرادة المتعاقدين الصريحة القدرة على التنظيم الذاتي للرابطة العقدية، أما إذا لم يحدد المتعاقدان القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي بجميع تفاصيله صراحة فعلى القاضي أو المحكم أن يكشف عن إرادتهم الضمنية، وعند تعذر استظهار الإرادة الضمنية، فعليه أن يتصدى لتحديد إرادتهم المفترضة في اختيار القانون الذي يحكم الفسخ الجزئي للعقد، ما لم يكن المشرع قد حدد بنفسه هذه الإرادة من خلال قرائن مختلفة حسب الاحوال، أي إرادتهم التي يفترض انهم اتجهوا اليها فيما لو انهم تصدوا لهذا الاختيار<sup>(3)</sup>.

وبهذا فقد غالى أنصار النظرية الشخصية في تقديس مبدأ سلطان الإرادة الى حد القول أن إرادة المتعاقدين هي شريعتهم الملزمة، دون أن يستند هذا الالتزام الى قوة القانون، فالعقد ملزم في ذاته ولا يستمد هذا الالتزام من القانون وإنما من إرادة أطرافه وإذا كان للقانون دور في هذا المجال فهو مجرد تأكيد احترام حرية الأفراد في التعاقد، ومن ثم يتعين أن يكون دور القانون

(1) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص91.

(2) ينظر د. سامي بديع منصور، ود. عكاشة محمد عبد العال، طرق حل المنازعات الدولية الخاصة والحلول الوضعية لتنازع القوانين، ط1، الدار الجامعية للنشر، بيروت، 1995، ص36.

(3) ينظر: د. غسان عبيد محمد المعموري، شرط الثبات التشريعي واثره في التحكيم في عقود البترول، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، المجلد الاول، العدد الثاني، 2009، ص175. وينظر كذلك د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004، ص24.

في حماية هذه الحرية دون أن يكون له أي دور اجتماعي أو اقتصادي آخر سواء حماية الطرف الضعيف أو ادراك مصلحة عامة<sup>(1)</sup>.

وأهم الآثار التي تترتب على الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة، الذي يطلق إرادة الأطراف في اختيار القانون المطبق على الفسخ الجزئي للعقد، هو اندماج قانون الإرادة في العقد باعتباره مجرد شرط تعاقدية<sup>(2)</sup>، فلا يمكن وفقاً لما ذهب إليه انصار هذه النظرية، تحقق ذلك الا في حالة اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد صراحة أو ضمناً، وفي حالة سكوت الإرادة عن تحديد ذلك القانون فإن تصور الاندماج يبدوا امراً صعباً لكون القانون في هذه الحالة عيْنهُ المشرع أو حدده القاضي ليحكم الرابطة العقدية، وليس قانوناً اختارته إرادة المتعاقدين بحيث تستطيع التخلص من احكامه وانزالها منزلة الشروط التعاقدية<sup>(3)</sup>.

ويترتب على اندماج القانون الذي اختاره الأطراف وفقاً لمذهب النظرية الشخصية جملة من النتائج اهمها، ثبات القانون المختار واستقراره، إذ يبقى هذا الاخير على الحالة التي كان عليها وقت اختياره، وبذلك فان أي تعديل تشريعي يطرأ على هذا القانون بعد اختياره لا يدرج في العقد، شأنه في ذلك شأن القانون حتى وان كانت هذه النصوص أمرة، وهو ما يعرف بالتجميد الزمني للعقد أو شرط الثبات التشريعي<sup>(4)</sup>.

ولتأكيد هذه النتيجة ذهب البعض<sup>(5)</sup>، الى تبرير ذلك بأن التعديلات التي تطرأ على القانون المختار بعد إبرام العقد لا تعبر عن إرادة الأطراف ولم تنصرف اليها نيتهم وأن تطبيقها عليهم فيه إخلال بتوقعاتهم، وانتهاك لاعتبارات الاستقرار الذي تتطلبه العلاقات العقدية الدولية المتمثلة بالأمان والاستقرار القانوني ومن ثم فإن سريان التعديلات التشريعية اللاحقة على إبرام العقد يؤدي بالنتيجة الى تطبيق قانون آخر غير قانون الإرادة كما عبر عنه الأطراف.

كما يترتب على اندماج القانون المختار بالعقد قدرة المتعاقدين على استبعاد بعض أحكامه ولو كانت تتمتع بالصفة الأمرة، وهو يعني وكما أشار الباحث سابقاً بأن العقد يبقى طليقاً غير

---

(1) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص125.  
(2) ينظر: خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة الجزائر، 2009، ص31.

(3) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص126.  
(4) يقصد بشرط الثبات التشريعي: هو تجميد للقانون الوطني للدولة على الحالة التي كانت عليها وقت إبرام العقد، بحيث يتمتع على الدولة إجراء تعديل أو تغيير على أحكام قانونها الوطني والتي من شأنها المساس بالعلاقة التعاقدية القائمة بينها وبين متعاقدتها الخاص. ينظر: د. سامي بديع منصور، و د. عكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص361.

(5) ينظر د. محمود محمد باقوت، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والنظرية والموضوعية" دراسة تحليلية مقارنة"، ط1، دار الفكر الجامعي، 2004، ص39. وينظر كذلك د. هشام علي صادق، مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1978، ص98.

خاضع لأي قانون، كما لا يحق لهم أن يأخذوا بنصوص القانون المختار إذا كانت متعارضة مع القواعد الأمرة في قانون القاضي حتى وان جاءت متوافقة مع النظام العام الوطني على المعنى المحدد له في القانون الدولي الخاص، وللمتعاقدين كذلك تجزئة العقد واختيار أكثر من قانون لتنظيم الجوانب الموضوعية للعلاقة العقدية بينهم<sup>(1)</sup>، كما لو اتفق المتعاقدان على قانون يحكم عقدهم من حيث تكوينه، وقانون آخر يطبق على الآثار التي تترتب على أطرافه متمثلة بالحقوق والالتزامات وجزاء الإخلال بها، كالفسخ الجزئي فيه.

ومن النتائج التي تترتب على اندماج القانون المختار في العقد، عدم اشتراط توافر الصلة بينهما، إذ إن اشتراط هذه الصلة من شأنه أن يجعل اختيار الأطراف خاضعاً لنظام قانوني وضعي، قد لا يعترف بصحة هذا الاختيار إلا في الحدود التي ينص عليها، وهو ما يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة، ووفقاً لذلك يجوز للمتعاقدين اختيار قانون اشتهر بوضع شروط نموذجية موحدة لنوع معين من العقود كالقانون الانجليزي الذي ينظم بعض عقود النقل وتجارة الحبوب حتى مع عدم وجود صلة بين العقد وبين هذا القانون على اساس أن هذه الصلة جاءت من حاجة التجارة الدولية<sup>(2)</sup>، بالإضافة الى ذلك فإن اختيار المتعاقدين لأحكام قانون معين ليصبح جزءاً من شروطهم التعاقدية يتنافى مع فكرة الإحالة التي يفترض أعمالها أن اختصاص قانون الارادة قد لا يتم استناداً الى سلطان الارادة وانما بمقتضى قاعدة من قواعد التنازع<sup>(3)</sup>.

كما ذهب أنصار هذه النظرية الى استبعاد فكرة إبطال العقد لأن اندماج القانون المختار فيه، ليصبح من شروطه التعاقدية التي لا يتصور أن تؤدي الى بطلان العقد لكونه لا يتماشى مع ما يبحث عنه المتعاقدان، وهو ما أخذت به المحاكم الامريكية التي ترفض فكرة ابطال العقد في حالة اختيار المتعاقدين لقانون يبطل عقدهم الا إذا كان ناتجاً عن خطأ غير مقصود<sup>(4)</sup>.

ومن خلال استعراض النتائج التي تترتب على اندماج القانون المختار في العقد باعتباره الاثر المهم في النظرية الشخصية يتفق الباحث مع من ذهب الى القول بان منطق تلك النظرية الشخصية يناهض صحيح القانون فإرادة المتعاقدين ليس طليقة وانما مقيدة بنصوص القانون الأمرة التي هدفها الأساسي حماية المصالح العليا للجماعة، فالعقد ليست مسألة خاصة بأطرافه،

(1) ينظر: د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص85.

(2) ينظر: د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد، مبادئ القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص32.

(3) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص137.

(4) Hanotiau, Le droit int. prive American, Paris- Bruxell, 1979.p248.

نقلاً عن د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص88.

وانما هو واقع اجتماعي يخضع للقانون الذي تفرضه الجماعة التي ينشأ في رحابها، ثم يرتب آثاره في الحدود التي يسمح بها القانون، وإذا كانت الإرادة حرة في اختيار القانون الذي يطبق على العلاقة التعاقدية الناشئة بينهم، فإن هذه الحرية ليست مطلقة من كل قيد بل يلزم أن يقع الاختيار على أحد القوانين المتصلة بتلك العلاقة، كما أن حرية الإرادة لم تنشأ من فراغ بل ترد الى القانون الذي منحها هذه السلطة، وعليه فإن الإرادة لا يمكن لها اخراج الرابطة العقدية من دائرة القانون بل عليها أن تختار القانون الذي يخضع العقد لأحكامه<sup>(1)</sup>

#### ثانياً: النظرية الموضوعية واثرها في قانون الإرادة:

ترجع النظرية الموضوعية في جذورها الى الفقيه الالمانى سافيني، لكنها تطورت وتبلورت على يد الفقيه باتيفول، إذ تعد تلك النظرية الأساس القانوني الثاني لمبدأ قانون الإرادة والتي قام منطقتها على رفض التسليم بإطلاق دور الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية، فإرادة المتعاقدين بمقتضى هذه النظرية تستند الى قوة القانون الذي منحها الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية بموجب قواعد التنازع في دولة القاضي وبذلك لا يمكن لهم مخالفة قواعده الأمرة، ويعد باطلاً كل شرط يتضمنه العقد إذا كان مخالفاً لتلك القواعد<sup>(2)</sup>، فهذه النظرية تُعَلِّي سلطان القانون على إرادة المتعاقدين وبما أن سند الأطراف في اختيار القانون الذي يجب تطبيقه هو القانون، لذا تعد إرادة المتعاقدين ضابط اسناد يشير الى القانون الواجب التطبيق<sup>(3)</sup>، فلا يستطيع المتعاقدان استبعاد الأحكام الأمرة في القانون المختار، كما في النظرية الشخصية، وإذا لم يقر المتعاقدان صراحة باختيار القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي للعقد تبدأ مهمة القاضي أو المحكم بالبحث عن إرادتهم الضمنية فإن لم يتوصل اليها عندئذ يتولى اسناد الرابطة العقدية الى القانون السائد في مركز الثقل لتلك الرابطة، ما لم يتولى القانون نفسه هذا التركيز من خلال قرائن محددة كما لو اسند العقد عند سكوت الإرادة الى قانون دولة إبرامه أو دولة تنفيذه<sup>(4)</sup>.

وعلى هذا الأساس تترتب على النظرية الموضوعية عدة نتائج تتمثل باحتفاظ القانون المختار بصفته القانونية وعدم هيمنة أطراف العقد عليه وتحويله الى مجرد شرط تعاقدي

---

(1) د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مصدر سابق، ص 8.  
(2) ينظر: د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 126.  
(3) ينظر: د. محمد محمد حسن الحسني، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 223، د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص 192.  
(4) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 46،

وإدماجه في بنود العقد<sup>(1)</sup>، الأمر الذي يؤدي إلى احترام النصوص الأمرة في قانون القاضي، إذ لا يمكن للإرادة أن تخالف هذه النصوص، كما أن القانون المختار من قبل الأطراف يخضع للتعديلات التشريعية فلا يمكن لأطرافه اشتراط التجسيد الزمني أو الثبات التشريعي ضمن شروط العقد، كما لا يمكن وفقاً لمنطق النظرية الموضوعية لأطراف العقد التجاري الدولي اختيار قانون ليس له صلة بالعقد، كما لا يمكن اختيار أكثر من قانون ليحكم عقدهم لأن ذلك يؤدي إلى محاولة الإفلات من القواعد الأمرة<sup>(2)</sup>.

وأهم ما يترتب على إرادة الأطراف على وفق منطق هذه النظرية هو حقيقة تلك الإرادة ودورها في تحديد القانون المختار، إذ يقتصر هذا الدور في تركيز العقد في دولة معينة، دون اختيار للقانون الواجب التطبيق، فالمتعاقدان ليس لهم اختيار قانون معين ملزم للقاضي أو المحكم وإنما يركزان العقد في مكان معين يمثل مركز الثقل فيه، أي إن الإرادة وإن اختارت القانون الذي يجب تطبيقه لكونه يمثل مركز ثقل العقد، فإنها لا تخرج عن كونها إرادة توطين للعقد أو تكون كاشفة للمكان الذي يتركز فيه، ومتى يكون اختيار الأطراف لا يتطابق مع التركيز الحقيقي للعقد كان للقاضي أو المحكم أن يهمل هذا الاختيار ويسعى للبحث عن التركيز الحقيقي الذي يمثل مركز الثقل فيه، من خلال ظروف التعاقد وملابساته<sup>(3)</sup>، وهو ما سيتناوله الباحث بشيء من التفصيل في المبحث الثاني من الدراسة.

وتعرضت هذه النظرية هي الأخرى إلى سهام النقد، إذ عدها البعض<sup>(4)</sup>، بأنها تجعل من سلطة القاضي مطلقة في تعديل اختيار المتعاقدين لما قاموا به من تركيز للعقد متى كان هذا الاختيار لا يتلائم مع التركيز الحقيقي وبالتالي يؤدي هذا التعديل إلى الإخلال بتوقعات الأطراف المشروعة حول القانون الذي يجب تطبيقه على عقدهم وتحديداً فسخه جزئياً، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإنها تقيد إرادة المتعاقدين إلى حد ما، إذ يجعلها قاصرة على تركيز العقد في مكان معين دون اختيار مباشر للقانون مما يتركهم عرضة للمفاجأة.

ونتيجة للانتقادات التي وجهت لتلك النظرية حاول انصارها التخفيف مما ذهب إليه في الفرض الأول، إذ اعترف هؤلاء بحرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على الفسخ

---

(1) ينظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 953.  
(2) ينظر: د. حسام الدين فتحي، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 27.  
(3) ينظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 171.  
(4) ينظر: د. محمود محمد ياقوت الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مصدر سابق، ص 182. وينظر كذلك: د. محمد محمد حسين الحسني، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 230، وينظر كذلك سلطان عبد الله محمود الجواري، مصدر سابق، ص 80.

الجزئي للعقد التجاري الدولي في حالة الاختيار الصريح من قبل الأطراف، وليس تركيز العقد في مكان معين، واستندوا في ذلك على إن قاعدة قانون الإرادة هي قاعدة موضوعية خاصة بالعقود الدولية، وواجبة الاحترام من قبل القاضي أو المحكم وجدت لتنظيم العلاقات التجارية وحماية توقعات الأطراف حول مضمون التزاماتهم<sup>(1)</sup>، ولا يشترط في القانون المختار أن يكون هو السائد في المكان الذي يشكل مركز الثقل في العلاقة العقدية واكتفى أن يكون على صلة بالعقد أو بالمتعاقدين، كما يمكن أن تفرضها حاجة المعاملات والتجارة الدولية، أما في حالة سكوت أطراف العقد عن هذا الاختيار، فهنا يبرز دور القاضي أو المحكم في تركيز الرابطة العقدية واسنادها على هذا النحو للقانون الاوثق صلة في ضوء ظروف التعاقد وملابساته المادية التي تلعب الإرادة دوراً كبيراً في تحديده<sup>(2)</sup>.

وجدير بالذكر أن فقه النظرية الموضوعية على الرغم من اعترافه بدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، لكنه مع ذلك قيد حريتها في هذا الاختيار، إذ أن دورها ينحصر في مشكلة تنازع القوانين دون أن يصل الأمر الى حد التصريح لها بتحرير العقد وافلاته من دائرة القوانين التي تتزاحم في حكم العلاقة العقدية وبالتالي لا يمكن لهذه الإرادة أن تخالف القواعد الأمرة في القانون المختار<sup>(3)</sup>.

ويرى الباحث أن فقه النظرية الموضوعية الذي يعطي لأطراف العقد حق اختيار القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي فيه، مع توافر الصلة المعقولة بالعقد أو بالمتعاقدين هو جدير بالتأييد لكونه يقوم على قاعدة من قواعد التنازع التي لا تعطي للأطراف صلاحية الخروج على القواعد الأمرة في القانون الذي يجب تطبيقه، وليس على مطلق سلطان الإرادة الذي يسعى الى تحرير العقد التجاري الدولي من حكم القانون، من خلال اندماج القانون المختار في العقد ليصبح شرطاً من شروطه التعاقدية التي يملك المتعاقدان الاتفاق على ما يخالفها حتى وان اتسمت بالطابع الأمر، وما يترتب على ذلك من نتائج اشار اليها الباحث سابقاً.

كما أن هذه النظرية بمفهومها الضيق الذي يجعل إرادة الأطراف قاصرة على تركيز العقد التجاري الدولي في مكان معين، واعتباره مركز الثقل في العلاقة العقدية التي يجب أن

---

(1) ينظر: د. حنان عبد العزيز مخلوف، العقود الدولية، مصدر سابق، ص51، ود. احمد عبد الكريم سلامة ، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص439.  
(2) ينظر: استاذنا د. حسن علي كاظم، قواعد الاسناد واليات التطبيق في العراق، بحث منشور في مجلة جامعة اهل البيت "ع"، العدد العشرون، 2016، ص333. و د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص439.  
(3) ينظر: د. محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص147.

يخضع لقانون ذلك المكان، أو بمفهومها الآخر الذي أجاز للمتعاقدین اختيار القانون الذي يجب تطبيقه، بشرط توافر الصلة وإن كانت معقولة، والتي يمكن أن تأتي من حاجات التجارة الدولية، قد توفر قدرًا من الحماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية، إذ في الغالب يحاول الطرف القوي أن يفرض شروطه على الآخر، في اختيار القانون الذي يحقق مصلحته، فاشتراط الصلة للقانون المختار بالعقد أو بالمتعاقدين قد تكون مانعاً من تحقق ذلك.

واخيراً يرى الباحث أنه من الضروري التعرف على موقف المشرع العراقي والتشريعات المقارنة وبعض الاتفاقيات الدولية من تلك النظريات. أما عن موقف المشرع العراقي، يستشف من خلال نص المادة "1/25" من القانون المدني، أنه اطلق إرادة المتعاقدين ولم يشترط الصلة بين العقد والقانون المختار، من عبارة "مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه"، ولكن يرى بعض الفقه<sup>(1)</sup>، أن المشرع العراقي قد تبنى بعض النتائج التي قررتها النظرية الموضوعية، مستنداً على منطوق تلك المادة التي تنص على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدین.."، إذ وفقاً لذلك فإن القواعد التي تطبق على الالتزامات التعاقدية سواءً اتفق عليها الأطراف أو قررها القاضي عند غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية هي قواعد ذات صفة قانونية، وهو ما يؤيده الباحث.

فيما يرى البعض الآخر<sup>(2)</sup>، أن حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، مطلقة وغير مقيدة بوجود الصلة بين العقد والقانون المختار، وهو منطق النظرية الشخصية. أما عن موقف المشرع المصري من النظرية الشخصية والموضوعية فيرى جانب من الفقه المصري<sup>(3)</sup>، أن نص المادة "1/19" من القانون المدني المصري، أعمال محض للنظرية الموضوعية، إذ إنه يخضع الرابطة العقدية عند الاختيار الإرادي للقواعد الأمرة في القانون الذي يجب تطبيقه، كما هو الحال عند سكوت الإرادة عن الاختيار والذي تخضع فيه الرابطة العقدية لحكم القواعد الأمرة في القانون الذي حدده المشرع لتركيز العقد.

أما عن موقف المشرع الفرنسي من هذه النظريات، فيمكن استخلاصه من موقف القضاء الذي كان يتردد بين النظريتين، فقد تبنى في بعض أحكامه منطق النظرية الشخصية، ابتداءً

(1) ينظر: د. فراس كريم شيعان، ارم عصام خضير، اثر مبدأ قانون الإرادة على اختلال التوازن في العقود الدولية. بحث منشور لدى جامعة تكريت للحقوق، السنة الثامنة، المجلد 3، العدد 29، 2016، ص 238.

(2) ينظر: د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن، ط 2، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1977، ص 323.

(3) ينظر: د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص 107. ود. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 441.

بالحكم الصادر في 5 كانون الاول 1910، السابق الذكر، واكدت ذلك الموقف محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 1935/6/4، والذي رفضت فيه اختيار اكثر من قانون لحكم العقد التجاري الدولي من خلال تجزئته، وذهب الى ضرورة تطبيق قانون الإرادة على العقد بأكمله، وبجميع عناصره الأمرة والناهية على اساس عدم قابلية العقد للتجزئة<sup>(1)</sup>.

كما تبني القضاء الفرنسي في احكام أخرى منهج النظرية الموضوعية القائمة على التركيز الموضوعي للعلاقة العقدية باستبعاد القانون الذي اختاره الأطراف، إذا لم يكن يعبر عن مركز الثقل فيه، وعلى هذا الأساس اكدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 9 كانون الاول 1960، والذي استبعدت فيه القانون الذي اختاره الأطراف وطبقت القانون الفرنسي المتمثل بمكان التنفيذ بوصفه المكان الذي تركزت فيه العناصر المهمة في العقد<sup>(2)</sup>.

أما عن موقف الاتفاقيات الدولية وخصوصاً اتفاقية روما من النظرية الشخصية والموضوعية، فإنها أطلقت حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد من خلال نص المادة "1/3"، وبالتالي فإنها تبنت منطق النظرية الشخصية وساوت بين الاختيار الصريح والضمني، لكنها قيدت أن يكون الاختيار الضمني مؤكداً كما أنها اشترطت أن لا يكون القانون المختار مخالفاً للقواعد الأمرة في الدولة التي تتركز فيها عناصر العلاقة العقدية<sup>(3)</sup>.

## المطلب الثاني

### نطاق تطبيق قانون الإرادة وطرق التعبير عنه

بعد أن انتهى الباحث من تعريف قانون الإرادة وبيان الأساس القانوني الذي تستند اليه في اختيار القانون الواجب التطبيق لعقود التجارة الدولية، ينبغي عليه أن يبين بشكل واضح نطاق تطبيق قانون الإرادة، بشموله للفسخ الجزئي، لتلك العقود أم لا، وما هو السند القانوني لذلك، لينتقل بعدها لبيان طرق التعبير عن الإرادة، والتي لا تخرج عن التعبير الصريح والضمني، وهل هما متساويان في القيمة القانونية من عدمه، لذلك سيقسم الباحث هذا المطلب على فرعين يُبين في الأول منها ، نطاق تطبيق قانون الإرادة في الفسخ الجزئي، اما الفرع الثاني سيخصه لطرق التعبير عن تلك الإرادة في الفسخ الجزئي وعلى النحو الآتي:

(1) نقلاً عن سلطان عبد الله محمود الجواري، مصدر سابق، 86.  
(2) ينظر: طارق عبد الله عيسى، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، 2001، ص69.  
(3) ينظر: د. حفيظة السيد حداد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص423.

## الفرع الاول

### نطاق تطبيق قانون الارادة في الفسخ الجزئي

في الحقيقة إن للعقد بصورة عامة، والعقد التجاري الدولي بصفة خاصة أركاناً يظهر من خلالها الى الوجود، وهي الرضا والمحل والسبب، كما أن له بعد تكوينه جملة من الآثار التي تتمثل بحقوق أطرافه والتزاماتهما، ومسائل التنفيذ، كما أن هناك انقضاء للالتزام، لذلك سيحاول الباحث أن يبين المسائل الخاضعة لقانون الارادة، أو تلك التي تحدد بموجب قواعد اسناد أخرى، معتمداً في ذلك على القواعد العامة المتمثلة بالمادة "25" من القانون المدني العراقي، والمادة "19" من القانون المدني المصري، فالسؤال الذي يثار بهذا الصدد هل إن قانون الارادة يحكم جميع المسائل المتعلقة بالعقد ، أم أن هناك بعض المسائل تخرج من نطاقه لتخضع لقانون آخر؟ وعليه سيقسم الباحث هذا الفرع على فقرتين يبين في الاولى المسائل الخاضعة لقانون الارادة، اما الثانية سيبين فيها المسائل التي تخرج من نطاق هذا القانون وعلى النحو الآتي:

#### اولاً: المسائل الخاضعة لقانون الارادة:

استقر فقه القانون الدولي الخاص الغالب على أن تطبيق قانون الإرادة على هذا النحو يقتصر على الجانب الموضوعي للعقد، لذلك فإنه ينطبق على كل ما يتعلق بتكوين العقد وشروط انعقاده الموضوعية مثل التراضي والمحل والسبب، كما ينطبق هذا القانون على آثار العقد سواءً تعلقت هذه الآثار بالأشخاص او بالموضوع، كما يسري على أسباب انقضاء الالتزامات العقدية<sup>(1)</sup>، اما الاهلية فهي تخرج من نطاق قانون الإرادة، لذلك سيبين الباحث في هذه الفقرة المسائل الموضوعية الخاضعة لقانون الارادة، تاركاً الاهلية كونها تخضع لقاعدة اسناد خاصة بها ليلحقها بشكل التصرف، وهما يخرجان من هذا النطاق، وعليه سيتناول الباحث هذه المسائل في ثلاث فقرات الأولى تتعلق بتكوين العقد اما الثانية سيخصصها لآثار العقد، اما انقضاء الالتزام سيكون محل الدراسة في الفقرة الثالثة وعلى النحو الآتي:

#### 1. تكوين العقد:

من المسائل الموضوعية التي تدخل في نطاق قانون الارادة والتي تتعلق بتكوين العقد التجاري الدولي، والتي لا يتم الا بوجودها هي التراضي والمحل والسبب، ولإحاطة بهذه الاركان وبشكل واضح، سيتناولها الباحث تباعاً في الفقرات الآتية :

(1) ينظر د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص466، د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص278. د. احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، قانون الارادة وازمته، مصدر سابق، ص217. د. مصطفى كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الاجانب، مادة التنازع، ط1، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 2006، ص582.

## أ: التراضي:

هو تطابق الإرادتين، ولكي ينعقد العقد يجب أن تتطابق إرادتا أطرافه<sup>(1)</sup>، ويخضع التراضي لأحكام القانون المختار، كل ما يتعلق بالتعبير عن الإرادة، سواءً أكان ذلك صريحاً أم ضمنياً، وهل يعتد بالإرادة الظاهرة أم الباطنة، ومتى ينتج التعبير عن الإرادة أثره، وحكم السكوت فيما إذا كان قبولاً من عدمه، وكيفية تحديد زمان التعاقد ومكانه إذا كان بين غائبين، وكذلك عيوب الإرادة ومدى تأثيرها على صحة العقد<sup>(2)</sup>، واغلب الفقه يُخضع هذه المسائل لقانون الإرادة طبقاً لوحدة القانون الذي يحكم العقد<sup>(3)</sup>، إلا أن هناك خلافاً في بعض المسائل التي تتعلق بحكم السكوت وزمان الانعقاد ومكانه، وعيوب الرضا، فهناك من ذهب إلى أن السكوت لا يمكن اعتباره تعبيراً عن القبول، ولا يمكن إخضاعه للقانون الذي اختاره الأطراف، بل يخضع لقانون محل من وجه إليه الإيجاب، أو محل إقامته، لأن القول بغير ذلك من شأنه الأخلال بتوقعات الأطراف المشروعة، وقد يفاجئ من وجه إليه الإيجاب بحكم قد لا يعرفه، ثم يضيف إلى ذلك أن تطبيق محل الإقامة لمن وجه إليه الإيجاب يتماشى مع متطلبات التجارة الدولية وينسجم معها<sup>(4)</sup>.

أما عن موقف المشرع العراقي، فقد عدَّ السكوت موقفاً سلبياً محضاً، إذ لا يمكن أن يعد إيجاباً، ولكن في بعض الحالات يمكن عده قبولاً، كما لو كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، كما أن سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها يعد قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط<sup>(5)</sup>. أما فيما يتعلق بتحديد زمان التعاقد ومكانه، فيرى البعض<sup>(6)</sup>، أن هذه المسألة تخضع لقانون القاضي باعتبارها من مسائل التكييف، في حين يرى آخرون<sup>(7)</sup>، أنها لا تتعلق بالتكييف، لكون الأخير هنا ليس تكييفاً أولياً لازماً لتطبيق قاعدة الأسناد، بل هو تكييف ثانوي يخضع للقانون الذي اختاره المتعاقدين.

- 
- (1) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص182.
- (2) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص17.
- (3) مشار إليه لدى د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص185.
- (4) مشار إليه لدى خالد شويرب، مصدر سابق، ص61.
- (5) ينظر نص المادة "81" من القانون المدني العراقي، وكذلك هو موقف المشرع المصري، من خلال نص المادة "2/98" من القانون المدني، اما عن موقف المشرع الفرنسي فيبدو من خلال نص المادة "1100" من قانون العقود الفرنسي أنه لم يعد السكوت قبولاً إلا إذا نص على ذلك القانون أو الأعراف أو العلاقات التجارية أو الظروف الخاصة.
- (6) ينظر: د. فؤاد عبد المنعم رياض، ود. سامية راشد، مصدر سابق، ص35.
- (7) ينظر: د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص469، و د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص21.

ويتفق الباحث مع من ذهب الى اخضاع تحديد زمان العقد ومكانه لقانون القاضي، لأنها تعد من مسائل التكييف، فالقانون العراقي أخذ بضابط اسناد مكان الإبرام لغرض معرفة القانون الواجب التطبيق، ولغرض تحديد مكان الأبرام لابد من تحديد زمان العقد ومكانه<sup>(1)</sup>.

أما عيوب الرضا فهناك من يسندها الى القانون الشخصي لكون القواعد الخاصة بالرضا هي قواعد أمرة في القانون الداخلي فلا يمكن تركها، والركون الى قانون اجنبي بشأنها ويضاف الى ذلك صعوبة تصور اختيار قانون اجنبي إذا كان الرضا مشوباً بعيب منذ البداية<sup>(2)</sup>، ويرى آخرون أن عيوب الرضا تخضع للقانون المختار لأنها لا تتعلق بالشخص ذاته قدر تعلقها بظروف التعاقد وملابساته<sup>(3)</sup>.

#### ب: المحل:

وهو كل ما يلتزم به المتعاقدان سواءً أكان في العقد بصفة عامة أم في عقود التجارة الدولية بصفة خاصة، وهو بهذه المثابة موضوع العقد الذي يتفق المتعاقدان على أبرامه، والمحل بشكل عام أما أن يكون نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عنه، ويعد المحل ركناً من اركان العقد الجوهرية، إذ لا يقوم الا بوجوده ويترتب على عدم وجوده بطلان العقد، لذلك يجب أن يكون المحل موجوداً، ومعيناً أو قابلاً للتعيين، ومشروعاً<sup>(4)</sup>.

ويخضع المحل للقانون الذي يحكم العلاقة العقدية من حيث شروطه ومشروعيته<sup>(5)</sup>، وعلى هذا النحو يتولى القانون المختار بيان شروط محل العقد، كقابليته للتعامل، وتعيينه ووجوده أو قابليته للوجود، وعلى العكس من ذلك يرى جانب آخر من الفقه أن تلك الشروط لا يمكن أن تحدد على وفق القانون المختار من قبل الأطراف، وإنما يشترك في تحديدها قانون موقع المال إذا كان محل العقد مالياً، وقانون محل التنفيذ إذا كان محل العقد عملاً<sup>(6)</sup>.

ويلعب النظام العام دوراً بارزاً في استبعاد القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية إذا كان المحل مخالفاً له في بلد القاضي، فالعقد التجاري الدولي الذي يكون محله بضاعة مهربة أو

---

(1) ينظر: باسم سعيد يونس، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة الموصل، 1998، ص211. وينظر كذلك: د. فؤاد عبد المنعم رياض، ود. سامية راشد، المصدر نفسه، ص47.

(2) ينظر: د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري، ج2، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدوليين، 1993، ص189. د. حفيظة السيد حداد، مصدر سابق، ص356.

(3) ينظر: د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص669. وينظر كذلك: د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص356.

(4) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، ج1، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصدر سابق، ص153.

(5) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص223.

(6) ينظر: د. محمود جمال الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص335.

مسروقة أو غير مشروعة يعد باطلاً، وعليه يجب أن يكون المحل في العقد التجاري الدولي غير ممنوع قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب والا كان باطلاً، إذ تنص المادة "130" من القانون المدني العراقي على أنه "يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب والا كان العقد باطلاً"<sup>(1)</sup>.

### ج: السبب:

يتحدد السبب كركن من أركان العقد التجاري الدولي بمحل التزام كل طرف من أطرافه، فالالتزام البائع أو المورد أو المُصدر، بتسليم البضاعة أو نقل الخدمة الى المشتري، هو سبب التزام الأخير بدفع الثمن، والتزام المشتري بدفع الثمن هو سبب التزام البائع أو المصدر بتسليم البضائع أو الخدمات، أي أن التزام كل من الطرفين يكون سبباً لالتزام الطرف الآخر.

والسبب يخضع للقانون الذي اختاره الطرفان<sup>(2)</sup>، فمن حيث وجوده ومشروعيته يخضع للقانون المختار، على أن يلاحظ وجوب مشروعية السبب على وفق قانون القاضي، والا تعين استبعاد القانون المختار، لكونه يتعارض مع النظام العام، كما يستبعد إذا كان قانون دولة القاضي المرفوع أمامه النزاع، يشترط وجود سبب للتعاقد ولم يكن العقد قائماً على ذلك<sup>(3)</sup>.

أما فيما يتعلق بالجزاء الذي يترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته، فإنه يخضع لقانون الإرادة ، فهو الذي يحدد متى يعد العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، كما يبين الشخص الذي يجوز له التمسك بالبطلان، وحكم الاجازة وتقادم دعوى البطلان، أما الآثار المترتبة على تقرير البطلان كالتزام بالرد أو التعويض، فإنها تخرج عن نطاق قانون الإرادة، لكونها لا تعد من قبيل الالتزامات التعاقدية، إذ من غير المنطقي القول بوجود العقد بعد أن قضي ببطلانه، لذلك فإن هذه الآثار تخضع للقانون الذي يحكم الالتزامات غير التعاقدية<sup>(4)</sup>.

### 2. آثار العقد:

يترتب على العقد التجاري الدولي عند انعقاده صحيحاً جملة من الآثار، منها ما يتعلق بأشخاص العقد أي المتعاقدين والغير، ومنها ما يتعلق بالعقد من حيث المضمون، ويدخل في مضمون العقد تفسيره وتحديد نطاقه، كما يدخل في آثار العقد تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه<sup>(5)</sup>، وعليه لا بد من معرفة القانون الذي يحكم تلك الآثار هل هو قانون الإرادة أم لا، وهل أن الفسخ

(1) تقابلها المادة "135" من القانون المصري، والمادة "1162" من القانون المدني الفرنسي المعدل 2016.

(2) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية. قانون الإدارة وازمته، مصدر سابق، ص226.

(3) ينظر: د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، مصدر سابق، ص391.

(4) ينظر: د. محمود جمال الكردي، مصدر سابق ، ص336.

(5) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص1126.

الجزئي لعقود التجارة الدولية باعتباره جزءاً لإخلال أحد المتعاقدين بالتزامه يدخل ضمن الآثار، وبالتالي يخضع للقانون الذي اختاره الأطراف، لذلك سيحاول الباحث ان يبين الآثار المترتبة على العقد من حيث الاشخاص في فقرة أولى، أما الفقرة الثانية سيحاول أن يبين فيها آثاره من حيث المضمون وعلى النحو الآتي:

**أ: آثار العقد التجاري الدولي من حيث الاشخاص:**

تخضع آثار العقد بالنسبة للأشخاص لقانون الإرادة أي القانون المختار من قبل الأطراف، والذي يتعين الرجوع اليه لمعرفة الملزمين بالعقد أو المستفيدين منه سواءً أكانوا من المتعاقدين أم من الغير ومن ثم يحدد هذا القانون مدى انصراف آثار العقد الى الخلف العام أو الخلف الخاص والمستفيدين من الاشتراط لمصلحة الغير<sup>(1)</sup>.

وتجدر الإشارة الى أن هناك بعض الحالات يتم فيها أبرام عقود التجارة الدولية عن طريق النيابة، إذ تحل إرادة النائب محل إرادة الاصيل في التعاقد مع الغير، وبذلك فإن أطراف العلاقة هم الاصيل، والنائب، والغير، فهل يعتد في تحديد القانون الواجب التطبيق بإرادة النائب أم الاصيل، إذا عدّ الباحث أن قانون الإرادة هو الذي يطبق على العقد؟

بالرغم من اختلاف الآراء، إلا أن الرأي الراجح يعتد بإرادة الاصيل بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على النيابة الاتفاقية، لكون آثار العقد تنصرف الى الاصيل لا لغيره ، وإرادة الاخير هي التي يعول عليها في تحديد القانون الذي يحكم النيابة دون الاعتماد على إرادة النائب أو الغير الذي يتعامل مع النائب<sup>(2)</sup>.

**ب: آثار العقد التجاري الدولي من حيث الموضوع:**

يخضع هذا النوع من الآثار الى القاعدة التي تحكم عقود التجارة الدولية، التي يتم بمقتضاها الرجوع الى القانون الذي يتفق عليه الأطراف لتحديد مضمون الالتزامات التي تنشأ عن العقد، واحكام هذه الالتزامات<sup>(3)</sup>، وموضوع العقد التجاري الدولي يرتب التزامات متقابلة على أطرافه، كالتزام البائع أو المورد أو المنتج، بتسليم البضاعة أو الخدمة، مقابل التزام المشتري بدفع الثمن.

(1) ينظر: د. حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص445.

(2) ينظر: د. حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص399. وينظر كذلك خالد شويرب، مصدر سابق، ص63.

(3) ينظر: د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، مصدر سابق، ص392.

كما أن تفسير العقد التجاري الدولي وتحديد نطاقه والتزام المتعاقدين بتنفيذه باعتباره شريعة المتعاقدين يخضع للقانون المختار، وخضوع تفسير العقد للقانون الأخير معناه خضوع قواعد التفسير لهذا القانون، وإذا كتب المتعاقدان العقد بلغة دولة غير الدولة التي تم اختيار قانونها ليحكم العقد، فعليه يتعين الرجوع الى قانون الدولة الاولى للتعرف على معاني المصطلحات الواردة في العقد، وبما أن قانون العقد يحكم الجانب الموضوعي في الالتزامات التعاقدية، فمن المؤكد والمنطقي أن يحكم عنصر المسؤولية فيه، أي الجزاء الذي يترتب على أخلال المدين بالتزامه<sup>(1)</sup>.

كما يخضع تنفيذ العقد للقانون المختار، إذ يبين هذا القانون متى يكون التنفيذ عينياً والطريقة التي يتم بموجبها، كما يبين متى يكون التنفيذ بمقابل وكيفية تقدير التعويض وعناصره واحكام الشرط الجزائي، واحكام التعويض القانوني ، ويحكم القانون المختار التضامن وعدم قابلية الدين للانقسام ووجوب الإعذار من عدمه<sup>(2)</sup>، أما بالنسبة للغرامة التهديدية فأنها تخضع لقانون القاضي لأنها تتعلق بالإجراءات، والأمر كذلك بالنسبة للتنفيذ الجبري<sup>(3)</sup>.

يتضح للباحث مما تقدم أن القانون الذي يتفق عليه الأطراف يحكم الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية، كونه يعد جزءاً للإخلال بالالتزامات التعاقدية التي تترتب على أطرافه، وبما أن قانون الإرادة يحكم آثار العقد التجاري الدولي فإنه يمكن تطبيقه على الجزاء الذي يترتب على إخلال المدين بالتزامه، والذي يتمثل بفسخ العقد كلياً أو جزئياً. وما يؤكد ذلك موقف المشرع العراقي، في المادة "1/25" من القانون المدني التي نصت على انه "يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً فإذا اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه"<sup>(4)</sup>، كما تؤكد ذلك في اغلب الاتفاقيات الدولية<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق ، ص980، و د. هشام علي صادق القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص17. ود. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص21.

(2) ينظر: د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، مصدر سابق، ص363.

(3) ينظر: د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، مصدر سابق، ص393. د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق. 979.

(4) يقابلها نص المادة "1/19" مدني مصري، المادة "20" مدني اردني، المادة "1/116" من القانون الدولي الخاص السويسري،

(5) ومن ابرز الاتفاقيات الدولية التي اخذت بقانون الإرادة وتطبيقه على العقد التجاري الدولي بكل تفاصيله، اتفاقية لاهاي، 1955، اتفاقية لاهاي، 1986، واتفاقية روما 1980، بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، التي حل محلها تنظيم روما 1، 2008.

## 3. انقضاء الالتزام:

ينقضي الالتزام بالوفاء، والتجديد، والإنابة، والمقاصة، واتحاد الذمة، والابراء، واستحالة التنفيذ، والتقدم على الترتيب الذي نص عليه القانون المدني العراقي. فالقانون المختار هو الذي يحكم الوفاء، أو التنفيذ الاختياري وشروطه وصحته، ويبين من يصح منه الوفاء ومن يصح له، وعلى أي شيء يقع الوفاء وزمانه ومكانه، بشرط عدم مخالفة طريقة التنفيذ للقواعد المتعلقة بالنظام العام في بلد الوفاء كما لو كان هذا الأخير يمنع الوفاء بالذهب أو بعملة معينة<sup>(1)</sup>.

أما انقضاء الالتزام بالمقاصة، فلا بد من التفرقة بين المقاصة الاتفاقية والقضائية والمقاصة القانونية، أما بخصوص المقاصة الاتفاقية فهي تعد عقداً مستقلاً وبالتالي تخضع للقانون الخاص به، دون الاعتماد على القانون الذي يحكم الدينين اللذين تقع المقاصة بينهما، في حين أن المقاصة القضائية تكون محكومة بقانون القاضي المعروض عليه النزاع، كونها تتصل بسلطات القاضي في اجراء مقاصة لا تتوافر شروطها القانونية، وتخضع المقاصة القانونية وفقاً للرأي الراجح للقانون الذي يحكم الدينين إذا كان واحداً، وإذا كان الدينان محكومين بأكثر من قانون، فإن المقاصة تخضع لها<sup>(2)</sup>.

أما فيما يتعلق بالتقدم المسقط، فالرأي الراجح خضوعه للقانون الذي يحكم العقد وهو الذي يحدد مدد التقدم وآثاره وما يجوز الاتفاق على مخالفته من احكام، مع مراعاة ما يقضي به النظام العام في دولة القاضي<sup>(3)</sup>.

ويرجح الباحث اخضاع التقدم للقانون المختار، لكونه أكثر عدالة من اخضاعه لقانون القاضي، لاختلاف المدد القانونية له في مختلف التشريعات، كما أنه يتفق مع هدف التقدم المسقط كنظام قانوني ينظم حقوق والتزامات أطراف العقد، من حيث نطاقها ومداهها، فضلاً عن أنه ينسجم مع توقعات الأطراف المشروعة ويحقق لهم الأمان القانوني، من خلال معرفتهم بالمدد التي تنقضي بها التزاماتهم

## ثانياً: المسائل التي تخرج من نطاق قانون الإرادة:

تطرق الباحث في موضع سابق الى أن الاهلية وشكل العقد يخضع كل منهما لقاعدة إسناد خاصة به، لا لقانون الإرادة<sup>(1)</sup>، إذ يخضع القانون العراقي اهلية الشخص لقانون الجنسية وذلك

(1) ينظر: د. محمود جمال الكردي، مصدر سابق، ص338.  
 (2) ينظر: د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص680. د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص338. د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص986.  
 (3) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص986. وينظر كذلك: د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدان في اختيار قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص23.

بموجب نص المادة "1/18" من القانون المدني العراقي بقولها "الاهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته"، وهو ما أخذ به القانون المدني المصري في المادة "1/11"، بنصها "الحالة المدنية للأشخاص واهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم"، وهو ما تقضي به المادة "3/3" من القانون المدني الفرنسي، بقولها "القوانين الخاصة بحالة الأشخاص واهليتهم تحكم الفرنسي ولو كان مقيماً في بلد اجنبي".

قانون الجنسية الذي يحكم الاهلية هو الذي يحدد سن الرشد وعوارض الاهلية وبيان متى يكون الشخص ناقص الاهلية أو فاقدها أو كاملها، كما يتم من خلاله معرفة التصرفات التي لا يستطيع ناقص الاهلية القيام بها وحده، كما يبين هذا القانون الجزاء المترتب على فقد الاهلية أو نقصها، كما يرجع لقانون الجنسية لبيان عوارض الاهلية من جنون وعته وسفه وغفلة(2).

وقد يرد على خضوع الاهلية للقانون الشخصي عدة استثناءات منها إذا كان التصرف مالياً أو تجارياً منعقداً في العراق وترتبت آثاره فيه ويكون أحد الطرفين اجنبياً ناقص الاهلية وفق قانونه وكاملها وفقاً للقانون العراقي، وان يرجع نقص اهلية الاجنبي الى سبب فيه خفاء، لا يسهل على الطرف الآخر معرفته، في هذه الحالة تخضع الاهلية لمكان ابرام التصرف(3).

وقد يستبعد قانون الجنسية إذا كان يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي، كما يستبعد عندما يكون هناك غش نحو القانون بتغيير الشخص جنسيته الى اخرى بقصد الهروب من قانون جنسيته الذي يعتبره غير أهل لمباشرة التصرفات باستخدام طرق احتيالية تجعل الغير مقتنعاً بغير الواقع، كما يستبعد القانون الشخصي عندما ينص القانون على خضوع الاهلية لقانون آخر غير قانون الجنسية، كما يخرج من نطاق قانون الجنسية حالات عدم الاهلية الخاصة، وتخضع حسب الرأي الراجح للقانون الذي يحكم التصرف(4).

أما شكل التصرف فهو الآخر يخرج من نطاق قانون الارادة ويخضع لقانون بلد الابرام، إذ نصت المادة " 26" من القانون المدني العراقي على أنه "تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها"، كما نصت على ذلك المادة "20" من القانون المدني المصري، بقولها "العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو

(1) ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص266.

(2) ينظر: د. غالب علي الداودي، و د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، مصدر سابق، 2009، ص98. وينظر كذلك: د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص132.

(3) ينظر: نص المادة "1/18" من القانون المدني العراقي، والمادة "2/11" من القانون المدني المصري.

(4) لمزيد من التفاصيل ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية- قانون الإرادة وازمته، مصدر سابق، ص218. وينظر كذلك: د. محمود جمال الكردي، مصدر سابق، ص241.

قانونهما الوطني المشترك" ، يتضح من خلال ذلك أن القاعدة في القانون المدني العراقي هي الزامية، في حين أنها في القانون المدني المصري اختيارية تخضع لعدد من القوانين. ويخرج من نطاق قاعدة خضوع الشكل لمحل الأبرام بعض المسائل منها، الاجراءات المتعلقة بالتنفيذ، واجراءات اقامة الدعوى وتعقيبها<sup>(1)</sup>، إذ تخضع لقانون المحكمة المرفوع امامها النزاع عملاً بالمادة "28" من القانون المدني العراقي التي تنص على أن " قواعد الاختصاص وجميع الإجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات"، كما تخرج من نطاق قاعدة خضوع شكل العقد التجاري الدولي لمحل الأبرام الأشكال المتعلقة بالعلانية أي تلك التي تقع على الأموال التي يقصد من اعلانها حماية الأعيان عن طريق شهر التصرفات القانونية، فهي من اختصاص قانون موقع المال إذا كان النزاع يتعلق بالأموال التي يتعلق بها الاعلان، كما يخرج من نطاق قاعدة بلد الأبرام الأشكال المتممة للأهلية، إذ تخضع لقانون جنسية ناقص الأهلية<sup>(2)</sup>.

خلاصة القول أن قانون الارادة أي القانون المختار من قبل الأطراف يحكم جميع المسائل المتعلقة بتكوين العقد التجاري الدولي، واثاره سواء تلك المتعلقة بالأشخاص أو تلك المتعلقة بالموضوع، وبصفة خاصة على ما يرتبه العقد من التزامات متبادلة بين أطرافه وجزاء مخالفة هذه الالتزامات، المتمثل بالفسخ الجزئي للعقد التجاري الدولي، وعليه يمكن لأطراف العقد التجاري الدولي أن يتفقوا على القانون الذي يحكم الفسخ الجزئي فيه، إذا توفرت شروطه، سواء كان هذا الاختيار في مرحلة الأبرام، أو في وقت حصول النزاع.

### الفرع الثاني

#### طرق التعبير عن الإرادة في الفسخ الجزئي

أن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً باتفاق الأطراف صراحة في العقد المبرم أو في وثيقة مستقلة على تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على الفسخ الجزئي للعقد، وقد يكون هذا الاختيار ضمنياً، وهنا يبرز دور القاضي أو المحكم في الكشف عن تلك الارادة من خلال الاستعانة بمؤشرات أو قرائن تعينه على ذلك، لذا سيقسم الباحث هذا الفرع على فقرتين يبين في الاولى القانون المطبق على الفسخ الجزئي في ظل الاختيار الصريح، أما الفقرة الثانية سيخصصها للقانون المطبق على الفسخ الجزئي في ظل الاختيار الضمني وعلى النحو الآتي:

(1) ينظر: د. غالب علي الداودي، د. حسن الهداوي، مصدر سابق، ص171.

(2) ينظر: د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن، مصدر سابق ص312.

ولاً: الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي:

يعترف القانون للمتعاقد في اختيار القانون الواجب تطبيقه على الفسخ الجزئي للعقد، فإن مقتضى الطبيعي أن يمارس هؤلاء حقهم في ذلك بإعلان إرادتهم الصريحة أن قانون هذه الدولة أو تلك هو الواجب التطبيق عند حدوث نزاع بهذا الشأن<sup>(1)</sup>، ونتيجة لذلك فإن البحث عن نية المتعاقدين فيما يتعلق بالقانون الذي يجب تطبيقه لا يثير أية مشكلة، وبالتالي فإن القانون الذي يختاره الأطراف يكون هو المختص، بشرط أن لا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في دولة القاضي<sup>(2)</sup>.

أما فيما يتعلق بالقانون الذي يختاره أطراف العلاقة القانونية وعلى الرغم مما قيل في هذه المسألة من آراء، يذهب الباحث مع الفقه الغالب الى أن هذا القانون يجب أن يكون على صلة بالعقد أو بالمتعاقدين، كما يمكن أن تأتي هذه الصلة من حاجة التجارة الدولية، وكما اسلف الباحث عند الحديث على أثر النظرية الشخصية والموضوعية على دور الإرادة في اختيار القانون الذي يجب تطبيقه على الفسخ الجزئي.

كما يجب أن يكون المتعاقدان على علمٍ بالقانون الذي تم اختياره صراحة، فمن غير المتصور اختيار قانون مجهول مضمونه لأنه بالتأكيد سوف يضر بمصالحهم، لأن اختيار المتعاقدين للقانون الذي له صلة بالعقد، ما هو الا للبحث عن تحقيق مصالحهم، ولا يكون ذلك الا إذا كانوا على علمٍ بمحتوى هذا القانون<sup>(3)</sup>.

ولكن في حالات معينة يبحث أحد أطراف العقد التجاري الدولي، وخصوصاً إذا كان في مركز أقوى اقتصادياً من الطرف الآخر، عن تحقيق مصالحه على حساب الآخر، فيما يتعلق بفسخ العقد جزئياً، فقد يفرض على الطرف الضعيف، القانون الذي يجب تطبيقه، ويوافق الآخر تحت تأثير الحاجة الى المنتجات أو الخدمات التي يتعاقد عليها، دون أن يكون على علمٍ به.

وقد يثار تساؤل في هذا الصدد بخصوص اختيار المتعاقدين صراحة للقانون الذي يحكم الفسخ الجزئي للعقد، هل يشترط الاختيار في لحظة إبرام العقد، عن طريق ادراج شرط ضمن العقد، أو مستقل عنه، أم أن لهم الحق في الاختيار في وقت لاحق للإبرام أو عند حدوث النزاع، وهل يحق للأطراف تعديل اختيارهم للقانون الواجب التطبيق، باختيار قانون آخر أم لا؟.

(1) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، مصدر سابق ، ص189.

(2) ينظر: د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، 2011، ص216.

(3) ينظر: د. ابراهيم احمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص36.

أما فيما يخص لحظة اختيار القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي للعقد، فالجواب نعم يحق لهم ذلك، فإذا كان الأصل أن يتم الاختيار صراحة للقانون الذي يجب تطبيقه لحظة أبرام العقد، بموجب شرط صريح يدرج ضمن شروط العقد الأصلي أو بمقتضى اتفاق مستقل، فإن هذا الاتفاق يمكن أن يتراخى الى مرحلة لاحقة على أبرام العقد، إذ يحق للأطراف في أي وقت الاتفاق صراحة على اختيار القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي، حتى وإن كان ذلك في مرحلة متأخرة وبعد عرض النزاع الذي نشأ بينهم على المحكمة المختصة<sup>(1)</sup>.

أما عن الشق الثاني من السؤال المتمثل بأحقية تعديل الأطراف للقانون المختار من عدمه، فإنه يجوز لهم تعديل اختيارهم السابق الى آخر في أي فترة لاحقة على أبرام العقد على أن لا يترتب على ذلك التعديل ايقاع الضرر بالغير، كما يشترط أن لا يؤدي عدول المتعاقدين عن القانون المختار، الى المساس بصحة العقد الذي يجري تعديل اختيار القانون الذي يحكمه<sup>(2)</sup>.

وقد أكدت القوانين الوطنية والاحكام القضائية والاتفاقيات الدولية على ضرورة الاتفاق الصريح من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي للعقد التجاري الدولي.

فبالنسبة للمشرع العراقي فقد كرس هذا المبدأ أي مبدأ الاختيار في القانون المدني وذلك بموجب نص المادة "25" منه، إذ نص الشطر الأخير من تلك المادة " هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه"<sup>(3)</sup>، من خلال هذا النص يتضح للباحث أن المشرع العراقي حدد ضابطين للإسناد في اختيار القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي للعقد هما الاختيار الصريح، والضمني جاعلاً الأول في مقدمة هذين الضابطين لما له من أهمية واضحة، لكونه لا يثير اللبس أو الغموض.

أما عن موقف المشرع الفرنسي من الاختيار الصريح، فيبدو أنه لا يوجد نص في القانون المدني الفرنسي ينظم مسألة القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية، ولكن عند انضمام فرنسا الى العديد من الاتفاقيات الدولية، وتوقيعها على اتفاقية روما المبرمة بين دول الاتحاد الاوربي في 19 حزيران، 1980، التي حل محلها تنظيم روما 1 2008، بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، إذ نصت المادة " 1/3 " منه

(1) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص472. وينظر كذلك د. سليمان احمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في اطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص174. و د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص106.

(2) ينظر: د. ابراهيم بن احمد بن سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الالكترونية" دراسة مقارنة" بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص104. وينظر: كذلك، ثامر داود عبود خضير الشافعي، المعايير المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقد الدولي، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء، 2015، ص54.

(3) يقابلها نص المادة "19" من القانون المدني المصري والتي تبداً متطابقة تماماً مع النص العراقي.

على أنه " يحكم العقد القانون الذي اختاره الأطراف وهذا الاختيار يجب أن يكون صريحاً أو يستخلص بصورة أكيدة من نصوص العقد أو من ظروف القضية... "

من خلال نص تنظيم روما1 لسنة 2008، يستنتج الباحث أن المشرع الفرنسي اعطى للاختيار الصريح الاولوية عند اختيار القانون الواجب التطبيق، ومن ثم وفي حالة عدم وجود الإرادة الصريحة، يتم البحث من قبل القاضي أو المحكم عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد. أما عن موقف القضاء، فقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية الى تبني ما اتفق عليه الأطراف صراحة في اختيار القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي، في قرارها ذي الرقم، 79 والصادر بتاريخ 2016/5/16، في قضية تتلخص وقائعها ، بأن الطرفين اتفقا على اختيار قانون العقود والموجبات اللبناني ليسري على موضوع النزاع، لذلك فإن هذا القانون هو الذي يجب الأخذ به<sup>(1)</sup>.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية في إحدى قراراتها بإعطاء الأولوية للإرادة الصريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والذي قضى بانه " يتعين الوقوف أولاً على ما تتجه اليه إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية لتحديد القانون الذي يجب تطبيقه... "<sup>(2)</sup>، وهذا دليل واضح على اعطاء القضاء المصري الأولوية للاختيار الصريح، بشأن القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي للعقد التجاري الدولي يجب تطبيقه.

وقد ذهبت الى ذلك اغلب الاتفاقيات الدولية، بإعطاء الاختيار الصريح الاولوية عند تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، منها اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 يونيو 1955، بشأن القانون الواجب التطبيق على بيوع المنقولات المادية، إذ نصت المادة "1/2" على " يسري على البيع القانون الداخلي الذي تحدده إرادة الأطراف" ، واتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة "1/3" سالفه الذكر.

#### ثانياً: الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي:

جرى العمل على خضوع الفسخ الجزئي للعقد التجاري الدولي لقانون الارادة، ولا مشكلة في ذلك إذا اختار المتعاقدان صراحة القانون الذي يحكم عقدهما، أما إذا لم يحدد المتعاقدان صراحة القانون الذي يجب تطبيقه، في هذه الحالة يتعين على القاضي المرفوع أمامه النزاع أن يتصدى للكشف عن ارادتهما الضمنية، مسترشداً في ذلك بمحتوى العقد فضلاً عن ظروف

(1) ينظر: في ذلك قرار محكمة التمييز الاتحادية، 79، الهيئة المدنية الموسعة، 2016، 2016/6/16. مشار اليه لدى المحامي، عقيل عبد الرزاق الخضر، صديق المحامي، قرارات محكمة التمييز الاتحادية، ط1، العراق، 2018، ص20.

(2) مجموعة المكتب الفني، رقم الطعن، 1114، السنة الثانية والخمسون، مجلد 4، كانون الاول، 1989. نقلاً عن صلاح مهدي ساجت، القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المصرفي، دراسة في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء، 2015، ص46.

التعاقد وملاساته<sup>(1)</sup>، وبذلك فإن الإرادة الضمنية هي إرادة موجودة ولكن غير معلن عنها، وبذلك يبرز دور القاضي أو المحكم في الكشف عن هذه الإرادة من خلال الاستعانة بمؤشرات وقرائن تعينه على ذلك<sup>(2)</sup>، إذ يمكنه من خلالها تحديد انصراف إرادة المتعاقدين الى قانون دولة معينة، وهناك جملة من القرائن والمؤشرات التي يستعين بها القاضي أو المحكم لاستخلاص الإرادة الضمنية في حالة عدم وجود الاختيار الصريح، منها اتفاق الأطراف على إحالة بعض المسائل الخاصة بالعقد الى قانون دولة ما، أو من خلال الطريقة التي يتم بها أبرام العقد، أو من خلال اختيارهم للمحكمة التي تحكم النزاع في حالة نشوبه، وقد يكون ذلك من خلال اللغة المستخدمة، أو من خلال جنسية الأطراف، أو المكان الذي يتم تنفيذ العقد فيه<sup>(3)</sup>.

ولم يكن الاختيار الضمني محل اتفاق الفقه من حيث وجوده وعدمه، على عكس الاختيار الصريح في تحديد القانون المختار، بل كان محل نقاش، إذ كانت آراؤهم مختلفة بهذا الشأن، فمنهم من انكر وجوده، ومنهم من اعترف بأحقية الأطراف في تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على الفسخ الجزئي ضمناً.

فقد ذهب رأي الى أن قانون الإرادة لا يمكن تطبيقه على الفسخ الجزئي مالم يعلن أطراف العقد عن اختيارهم صراحة، كدليل حي لا يترك مجالاً لتدخل القاضي، أما في حالة عدم وجود الاختيار الصريح، لا يمكن للقاضي عندئذ البحث عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد، بل عليه في هذه الحالة أن يقوم بالبحث عن القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية واسنادها اليه، وهو الذي يفترض أن ارادتهم انصرفت اليه، وسندهم في ذلك أن قيام القاضي في حالة عدم وجود الاختيار الصريح، بتركيز العقد للقانون الأوثق صلة، أكثر اماناً من اعطاء القاضي الحرية في البحث عن الإرادة الضمنية ، من خلال مؤشرات وقرائن، لأنه يوسع من سلطة القاضي في ادخال قرائن لا تعبر عن إرادة المتعاقدين، فضلاً عن خضوع القاضي في مسألة تحديد القانون الأوثق صلة للرقابة<sup>(4)</sup>، منعاً لتعسف القاضي بوضع قانون ليس له أي صلة بالعقد، أو قد يطبق قانون لا يتوقع الأطراف تطبيقه لأنه لا يعبر عن إرادتهم الحقيقية<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: د. حنان عبد العزيز مخلوف، العقود الولية، مصدر سابق، ص53.

(2) ينظر د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية، مصدر سابق، ص81.

(3) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص195.

(4) تختلف الجهة التي تمارس الرقابة على السلطة الممنوحة للقاضي، باختلاف التشريعات، فبالنسبة للقانون العراقي يعطي هذه السلطة لمحكمة التمييز الاتحادية، اما تلك الجهة في القانون المصري فهي مناصرة بمحكمة النقض المصرية، وكذلك الحال بالنسبة للقانون الفرنسي.

(5) مشار الى هذا الرأي لدى د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق، على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص447.

وذهب رأي آخر الى أن الارادة الضمنية هي إرادة حقيقية، يجب على القاضي أو المحكم المرفوع أمامه النزاع في حالة غياب الاختيار الصريح، أن يتصدى للبحث عن الإرادة الضمنية، من خلال الاستعانة بجملة من القرائن التي تمكنه من معرفة ذلك القانون، وسندهم في ذلك أن الإرادة الضمنية شأنها شأن الإرادة الصريحة من حيث القيمة القانونية، وان تجاهلها والحاكم بالعدم، يتنافى مع المنطق السليم، لكونه يعد تجاهلاً لقاعدة الاسناد في قانون القاضي، والتي تقضي بخضوع العقد لقانون الإرادة<sup>(1)</sup>.

وبما أن مستلزمات البحث تتطلب ابداء الرأي، لذلك يتفق الباحث مع الرأي الذي يذهب الى الاعتراف بوجود الإرادة الضمنية لكونها إرادة حقيقية ، لها ما للإرادة الصريحة من القيمة القانونية، التي لا يمكن تجاهلها، بل يجب على القاضي أو المحكم أن يتصدى للبحث عنها من خلال قرائن ومؤشرات تعينه على ذلك، وليس له البحث عن القانون الاوثق صلة الا في حالة عدم وجود الاختيار سواءً أكان صريحاً أم ضمناً.

وتأكيداً لذلك فإن أغلب التشريعات الوطنية، والاتفاقيات الدولية، تبنت مسألة الإرادة الضمنية، وهذا واضح لدى المشرع العراقي من خلال نص المادة "25" من القانون المدني التي ذكرت عبارة " مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه"، إذ جعل المشرع العراقي من الارادة الضمنية ضابطاً يتم اللجوء اليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي للعقد<sup>(2)</sup>.

كما أقرت أغلب الاتفاقيات الدولية بوجود الإرادة الضمنية بصفتها إرادة حقيقية ولكن غير معلن عنها، منها اتفاقية لاهاي لسنة 1955، والتي نصت على ضرورة أن يكون اختيار الأطراف صريحاً أو مستخلصاً بطرق مؤكدة من نصوص العقد<sup>(3)</sup>، كما اقرت ذلك اتفاقية لاهاي 1978، بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية، لكنها وسعت من سلطة القاضي في استخلاص الارادة الضمنية، إذ نصت على وجوب أن يكون اختيار القانون الذي يجب تطبيقه صريحاً أو يمكن استخلاصه بتأكد معقول من نصوص العقد وظروف الحال<sup>(4)</sup>.

وقد أخذ تنظيم روما 1، 2008، الذي حل محل اتفاقية روما لسنة 1980، الموقعة بين دول الاتحاد الاوربي، بالاعتراف بالإرادة الضمنية للأطراف، وذلك واضح من نص المادة"

---

(1) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص966.  
(2) وهو ما ذهب اليه المشرع المصري في المادة " 1/19" من القانون المدني، الذي يبدوا متطابقاً مع النص العراقي، اما المشرع الفرنسي لم يضع نصاً يعالج القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، مما أثار جدلاً صاخباً لدى الفقه والقضاء في فرنسا، الذي كان في اغلب احكامه يرجح فكرة الإرادة المفترضة، حتى صدور اتفاقية روما التي كانت فرنسا عضواً فيها.  
(3) ينظر: نص المادة "2/2" من اتفاقية لاهاي لسنة 1955.  
(4) ينظر: نص المادة "2/5" من اتفاقية لاهاي لسنة 1978.

1/3" التي نصت على انه" ... ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحاً أو مستمداً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد، وللأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على كل العقد أو على جانب منه فقط"<sup>(1)</sup>.

بيدوا أن نص المادة الثالثة من الاتفاقية قيدت سلطة القاضي أو المحكم نوعاً ما، من خلال اشتراطها استخلاص الإرادة الضمنية، أما من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد، ولذلك لا يستطيع القاضي أو المحكم أن يجمع بين نصوص العقد وظروف التعاقد في تحديد القانون الواجب التطبيق، فضلاً عن اشتراطها أن يكون الكشف عن الإرادة الضمنية مؤكداً لا شبهة فيه. كما يتضح للباحث من خلال الشطر الأخير من نص المادة "1/3" من تنظيم روما 1 لسنة 2008، أنه حول الأطراف الحق في تجزئة القانون الواجب التطبيق على العقد، أي أن العقد يخضع في بعض أجزائه الى قانون معين، يختلف عن القانون الذي يحكم أجزائه الأخرى<sup>(2)</sup>.

خلاصة القول أن قانون الإرادة الذي يتمثل بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي ، يعد من المبادئ المسلم بها لدى أغلب القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية، إذ بدأت ملامح هذا المبدأ بالظهور منذ نهاية القرن الثاني عشر وبداية القرن الثالث عشر في ظل مدرسة الأحوال الإيطالية، ولكنه تبلور في نهاية القرن التاسع عشر، ويوجد قانون الإرادة أساسه في فقه النظرية الموضوعية الذي على الرغم من اعترافه بدور الإرادة في اختيار القانون الذي يجب تطبيقه ، لكن بيدوا أن هذا الأمر لم يكن مطلقاً وإنما أُيدت هذه الحرية في الاختيار، إذ أن دور الإرادة ينحصر في مشكلة تنازع القوانين دون أن يصل الى حد التصريح لها بتحرير العقد وافلاته من دائرة القوانين التي تتزاحم في حكم العلاقة العقدية، وبالتالي لا يمكن لهذه الإرادة أن تخالف القواعد الأمرة في القانون المختار من خلال توافر الصلة ولو كانت معقولة بالعقد أو بالمتعاقدين، وقد يكون اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي للعقد صريحاً من خلال تضمين الأخير بنداً يعطي لهم هذا الحق، عند إبرام العقد، أو حتى عند حدوث النزاع، كما يمكن لهذا الاختيار أن يكون ضمناً يستطيع القاضي أو المحكم المعروض عليه النزاع استخلاصه من خلال الاعتماد على قرائن ومؤشرات تعينه على ذلك.

(1) ينظر: د. ابراهيم بن احمد بن سعيد زمزمي، مصدر سابق، ص107.  
(2) وخلافاً لما ذهب اليه تنظيم روما 1 لسنة 2008، بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ذات الطابع الدولي، فإن المشرع العراقي لم يأخذ بتجزئة القانون المختار، وإنما أخذ بوحدة القانون الذي يجب تطبيقه، أي أن القانون المختار يحكم جميع المسائل المتعلقة بالعقد، من حيث تكوينه، واثاره، وانقضائه، وكذلك الحال بالنسبة للقانون المدني المصري، ولكن قانون التحكيم التجاري المصري رقم 9 لسنة 1999، أوجب على هيئة التحكيم أن تطبق على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، فصياغة النص قد تسمح بتجزئة العقد. أما القانون الفرنسي هو كذلك لم يُشير الى إمكانية تجزئة العقد واخضاعه لأكثر من قانون، ولكن بعد صدور اتفاقية روما يمكن القول بان موقف المشرع الفرنسي قد تغير.

## المبحث الثاني

### القيود الواردة على حرية الإرادة في الفسخ الجزئي

ذكر الباحث فيما سبق أن لأطراف العقد التجاري الدولي الحرية في اختيار القانون الذي يحكم الفسخ الجزئي فيه إذا توافرت شروطه، إذ إن هذا الاختيار أصبح من المبادئ المسلم بها في اغلب التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وكذلك احكام القضاء تحت مسمى قانون الإرادة، ولكن بالرغم من ذلك فإن مبدأ حرية الاختيار لم يكن مطلقاً بل وردت عليه قيود أو استثناءات من خلالها يستبعد تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف على الفسخ الجزئي في العقد التجاري الدولي ليحل محله قانون آخر (1).

ويظهر ذلك جلياً في حالة ما إذا تبين للقاضي أو المحكم عند تطبيقه للقانون المختار أنه يتعارض مع المبادئ الأساسية والمثل العليا السائدة في دولته التي حددها مشرعه في مختلف القواعد القانونية التي لها حصانة خاصة يتوجب عليه أن يستبعد هذا الاختيار كون المصلحة العامة هي الأولى بالحماية من المصلحة الخاصة (2)، فضلاً عن حالة الغش نحو القانون تلك التي يتحايل فيها الأطراف على احكام قانون معين، من خلال تغيير ظروف الاسناد، كما تعد القواعد الموضوعية أو ما تسمى بالقواعد ذات التطبيق الضروري هي الأخرى قيداً على حرية الإرادة في اختيار القانون الذي يجب تطبيقه، لكن القيد الأخير سوف يؤجل الخوض فيه الى الباب الثاني من الدراسة، وعليه سيقسم الباحث هذا المبحث على مطلبين يبين في المطلب الأول مدى كون النظام العام قيداً على حرية الإرادة في الفسخ الجزئي، أما المطلب الثاني سيخصه لنظرية الغش نحو القانون باعتبارها قيداً على حرية الإرادة وعلى النحو الآتي:

### المطلب الأول

#### مدى اعتبار النظام العام قيداً على حرية الإرادة في الفسخ الجزئي

تعد فكرة النظام العام من الأفكار الأساسية والمعقدة في علم القانون عموماً، وفي القانون الداخلي بفروعه المختلفة قيداً على سلطان إرادة الأطراف في الخروج عن القواعد القانونية الأمرة أو الاتفاق على خلافها وهي في ذلك تهدف الى حماية المبادئ والاسس العامة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يقوم عليها كيان المجتمع (3)، أما في إطار القانون

(1) ينظر: د. ابراهيم احمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين"، والاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص247.

(2) ينظر: سلامة فارس عرب، وسائل معالجات اختلال توازن العقود الدولية في عقود التجارة الدولية، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1999، ص508.

(3) ينظر: د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، احكام التنازع الدولي للقوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، ص140. وينظر كذلك: د. عصام الدين القصبي، د. رشا على الدين، القانون الدولي الخاص، بدون دار نشر، 2009، ص239.

الدولي الخاص، فالنظام العام يرمي لإدراك الهدف ذاته ولكن بطريقة مختلفة، إذ يستخدم كدفع يتم من خلاله الاعتراض على تطبيق الاحكام الموضوعية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الأسناد الوطنية عندما تتعارض هذه الأحكام مع الأسس الجوهرية في دولة القاضي، فالنظام العام وفقاً لذلك يعد رقيباً على القاعدة القانونية في القانون الواجب التطبيق، بينما في القانون الداخلي يحمي القاعدة القانونية الوطنية<sup>(1)</sup>، لذلك سيركز الباحث على النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية، ومدى الاعتراف بهذه الفكرة كقيد على حرية الإرادة.

وقد تبنت أغلب التشريعات الوطنية هذه الفكرة كقيد على حرية الإرادة في اختيار القانون الذي يجب تطبيقه، فقد نصت المادة "32" من القانون المدني العراقي على أنه " لا يجوز تطبيق احكام قانون أجنبي قرره النصوص السابقة إذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام أو للأداب في العراق"<sup>(2)</sup>، فتعيين القانون الأجنبي الذي يحكم الفسخ الجزئي بموجب قاعدة الاسناد الوطنية لا يعني بالضرورة تطبيق القواعد الموضوعية لهذا القانون، إذ من غير المتصور أن يطبق القاضي أو المحكم قانوناً أجنبياً يتعارض مفهومه مع مقتضيات النظام العام في دولته، أي مع المثل العليا والمبادئ الأساسية والجوهرية السائدة هناك، وبهذا تكون فكرة النظام العام بمثابة صمام أمان يحمي تلك الأسس والمبادئ التي يقوم عليها المجتمع<sup>(3)</sup>.

وللإحاطة بفكرة النظام العام ومدى كونها قيداً على حرية الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية، سيتناول الباحث التعريف به ، ثم ينتقل بعدها لبيان الشروط اللازمة لإعماله والآثار التي تترتب على ذلك، لذلك سيقسم هذا المطلب على فرعين يبين في الفرع الأول التعريف بالنظام العام، اما الفرع الثاني سيبين فيه شروط اعمال الدفع بالنظام العام وآثاره وعلى النحو الآتي:

## الفرع الأول

### التعريف بالنظام العام في الفسخ الجزئي

أصبحت مسألة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع إذا كان تطبيقه يتعارض مع مقتضيات النظام في دولة القاضي، من المبادئ المسلم بها حديثاً في القانون

(1) ينظر: د. سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام واثره، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، جامعة الموصل، مجلد12، العدد43، 2010، ص58.

(2) يقابلها نص المادة "1/28" من القانون المدني المصري والتي كان مضمونها متطابقاً مع النص العراقي، إذ نصت على أنه " لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام في مصر" أما موقف المشرع الفرنسي فلم يوجد نص صريح يشير لذلك في القانون المدني الفرنسي، ولكن جرى العمل في القضاء الفرنسي على استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف إذا كان مخالفاً للنظام العام والأداب العامة في فرنسا.

(3) ينظر: د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين" دراسة مقارنة"، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2004، ص524.

الدولي<sup>(1)</sup>، لكن هذا الأمر لا يخلو من صعوبات قد تعترض القاضي عند فحصه للقانون المختص، تتمثل بعدم وجود مفهوم موحد لفكرة النظام العام يمكن الاعتماد عليه، إذ بذلت في سبيل ذلك عدة محاولات فردية وجماعية من أجل الوصول الى تبني تعريف مشترك لهذه الفكرة الا أن تلك الجهود التي بذلت في هذا الصدد لم تصل للهدف المنشود، فجاءت التعاريف غامضة ومبهمة لم تحدد بشكل دقيق المقصود بالنظام العام، ويعزى سبب ذلك الى سعة نطاق الأخير من جهة، وكون فكرة النظام العام نسبية متغيرة ومتطورة تختلف من مكان ومن زمان لآخر من جهة أخرى، مما يحول ذلك دون تعيين وتحديد تلك الفكرة بشكل ثابت ودقيق<sup>(2)</sup>.

وبغية تحديد معنى النظام العام كقيد على حرية الإرادة في اختيار القانون الذي يجب تطبيقه على الفسخ الجزئي، لابد من تعريفه في اطار القانون الدولي الخاص، وفي عقود التجارة الدولية مع بيان مصادره، وعليه سيقسم الباحث هذا الفرع على فقرتين يبين في الأولى تعريف النظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص، أما الفقرة الثانية سيخصصها لتعريفه في عقود التجارة الدولية، وعلى النحو الآتي:

#### أولاً: تعريف النظام العام في القانون الدولي الخاص:

من أجل تحديد معنى فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص بصفتها قيداً على حرية الإرادة، يجب على الباحث أن يتناول موقف التشريعات وخصوصاً المشرع العراقي من إيراد تعريف لتلك الفكرة، ومن ثم يتطرق الى التعريفات التي أوردها الفقه، ثم بعد ذلك يبين موقف القضاء، فعلى المستوى التشريعي، فإنه بسبب مرونة وعدم ثبات فكرة النظام العام يجد الباحث أن أغلب التشريعات<sup>(3)</sup>، تضمنت نصوصاً تقضي باستبعاد القانون الأجنبي المختص في حالة مخالفته لمقتضيات النظام في مجتمعاتهم، دون إيراد تعريف قانوني لهذا الأخير.

أما عن موقف المشرع العراقي فهو الآخر ذهب بهذا الاتجاه، إذ لم يجد الباحث في القانون المدني العراقي نصاً يورد تعريفاً دقيقاً للنظام العام، لكنه قيد في حالة ما إذا اشارت قواعد الأسناد الوطنية الى تطبيق قانون أجنبي على النزاع المعروض أمام القاضي أو المحكم

(1) ينظر د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الاجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص774.

(2) ينظر: . حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون " دراسة مقارنة"، ط3، دار الثقافة للنشر، عمان، 2011، ص184. وينظر كذلك: د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الاحكام الاجنبية " دراسة مقارنة" ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، 2011، ص39.

(3) ينظر: نص المادة"1/28" من القانون المدني المصري، والمادة" 27" من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم 5 لسنة 1985، والمادة" 30" من القانون المدني السوري رقم49 لسنة1949. والمادة"29" من القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة1976، والمادة"6" من القانون البولوني لسنة 1965، المادة"7" من القانون المدني التركي لسنة 1982.

أن لا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب في العراق وهو ما نصت عليه المادة "32" مدني عراقي سالفة الذكر بقولها " لا يجوز تطبيق احكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في العراق" (1).

كما نصت المادة "2/130" من القانون المدني العراقي على بيان المسائل التي تعد من صميم النظام العام في العراق بقولها " ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية" (2).

ويؤيد الباحث ما ذهب اليه المشرع العراقي والتشريعات المقارنة من عدم إيراد تعريف لفكرة النظام العام والاكتفاء بالإشارة الى المسائل التي تعد منه بوجه خاص لأن ذلك لا يعد من صميم عمل المشرع، وانما أمره متروك للفقهاء.

فقد أورد الفقه العديد من التعريفات للنظام العام، إذ عرفه البعض بأنه " صمام أمان يحمي المجتمع الوطني من القوانين الأجنبية التي تقضي بتطبيقها قاعدة الأسناد إذا تبين أن تطبيق هذه القوانين يتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي" (3).

وقد عرفه آخر بأنه " يقصد بالنظام العام في دولة ما مجموعة الأصول والقيم التي تشكل كيانها المعنوي وترسم صورة الحياة الإنسانية المثلى فيها وحركتها نحو تحقيق أهدافها، سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية" (4).

كما عرفه البعض (5)، تحت مسمى الدفع بالنظام العام بأنه: دفع يتم بمقتضاه منع تطبيق القاعدة القانونية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الأسناد الوطنية إذا كانت قواعده تتعارض مع المبادئ والأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي.

(1) وقد اوردت بعض التشريعات الوطنية تعريفاً محدداً للنظام العام، منها المشرع الالمانى اذ نصت المادة "30" من القانون المدني الالمانى على تعريف محدد للنظام العام بانه" القواعد التي تتصل بأصل اسس النظام الاجتماعى أو السياسى أو الاقتصادى للبلد، وبمفهومها في وقت معين، ويكون من طبيعة انتهاكها تهديد النظام العام وتصديعه" ينظر: في ذلك د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص الاردني والمقارن، ج1، دار الثقافة للنشر، الاردن، 1998، ص197.

(2) أما عن موقف المشرع المصري فلم يجد الباحث في القانون المدني نصاً يبين المسائل التي تعد من النظام العام، وكذلك الحال في القانون المدني الفرنسي.

(3) ينظر: د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، مصدر سابق، ص316.

(4) ينظر: د. مصطفى الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الداخلية والدولية، دار الفتح للنشر، ج1، 1999، ص154.

(5) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية. قانون الارادة وازمته، مصدر سابق، ص336. : د. احمد محمد الهوارى، الوجيز في القانون الدولي الخاص الاماراتي، ط1، دار اثراء للنشر، عمان، الاردن، 2008، ص381.

وَعُرِفَ بأنه " مجموعة المصالح الجوهرية والأساسية والمثل العليا للدولة وللجماعة التي ترتضيها لنفسها، والتي يتأسس عليها كيان المجتمع كما يرسمه نظامها القانوني، سواءً أكانت هذه المصالح الأساسية والمثل العليا سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية أو دينية (1) .

كما عرف البعض (2)، النظام العام في دولة ما على أنه الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة، بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات سياسية تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية، ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة، أو عقائد مذهبية اقتصادية، كالاشرافية والرأسمالية أو نحوهما من المذاهب أو الأفكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرض وغير ذلك.

ومما تقدم يرى الباحث أن الفقه بما أورده من تعريفات لم يعطِ لفكرة النظام العام تعريفاً جامعاً مانعاً، لكون تلك الفكرة مرنة ومتغيرة بتغير الزمان والمكان وتعد واسعة النطاق مما يحول دون تعريفها بشكل ثابت، كما يبدو للباحث أن أغلب التعريفات التي أوردها الفقه ركزت على فكرة جوهرية ينصب عليها النظام العام في كل دولة وهي فكرة المصلحة العامة أو المصلحة الوطنية، سواءً أكانت هذه المصلحة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو دينية.

أما عن موقف القضاء من النظام العام فقد وردت عدة محاولات لتعريفه، منها ما ذهب إليه محكمة النقض المصرية بقولها انه " النظام الذي يحتوي على القواعد التي ترمي الى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواءً من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الافراد (3) .

كما تعرض القضاء الفرنسي وبالتحديد محكمة استئناف باريس في حكم صادر لها بتاريخ 22 / 3 / 1944، الى تعريف النظام العام بقولها " أن تعريف النظام العام الوطني يرتبط بالمفهوم الواسع للرأي العام الفرنسي في عصر معين" (4) .

---

(1) ينظر: د. سلطان عيد الله محمود الجواري، الدفع بالنظام العام واثره، مصدر سابق، ص107. ود. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص774.

(2) ينظر: د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني، مصدر سابق، ص184.

(3) قرار محكمة النقض المصرية، الصادر في 17/1/1979، منشور في مجموعة احكام النقض، الدائرة المدنية، 1979، مشار اليه لدى د. ماهر محمد حامد، اثر النظام العام في الحد من اللجوء الى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص18—19.

(4) مشار اليه لدى د. عماد طارق عبد الفتاح البشري، فكرة النظام العام في التشريع الاسلامي بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2003، ص113.

مما تقدم يرى الباحث أن القضاء وبالرغم من المحاولات التي بذلت هنا وهناك في إيراد تعريف محدد للنظام العام، لكن هو الآخر لم يعطَ تعريفاً جامعاً مانعاً لهذا الأخير لنفس الأسباب التي تطرق إليها الباحث في بداية الحديث عن تعريف النظام العام.

وجدير بالذكر فإن أغلب التشريعات منحت القاضي الوطني سلطة واسعة في بيان كل حالة على حدة، ومن ثم تقدير ما يعد وما لا يعد من النظام العام دون حاجة لتعريفه أو بيان المسائل المتعلقة به، وذلك لكون القاضي هو الاقدر على تحديد ما إذا كانت مسألة ما مخالفة للنظام العام من عدمه عند نظره في النزاع<sup>(1)</sup>.

ولكن يثار تساؤل حول السلطة الممنوحة للقاضي في تحديد مخالفة القانون المختار لفكرة النظام العام، بمعنى حسب أي مفهوم يقدر القاضي المعروض عليه النزاع هذه المخالفة؟

في الحقيقة أن السلطة الممنوحة للقاضي والتي بمقتضاها يستطيع تحديد ما يعد من النظام العام أو ما لا يعد كذلك، لا تستمد من نظرتة الشخصية للأمر بل يجب عليه أن يتقيد في ذلك بالأفكار السائدة في مجتمعه والتي تتماشى مع مصالح أمته، وعليه فإن تقدير القاضي لتحقيق متطلبات النظام العام، يعد مسألة قانونية خاضعة لرقابة المحاكم المختصة<sup>(2)</sup>.

وفي هذا الصدد لا بد أن يبين الباحث بأن فكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص تنقسم الى نوعين، الأول هو النظام العام التوجيهي، أو القوانين ذات التطبيق الضروري، إذ يعد هذا النوع من النظام العام بمثابة ضابط اسناد لقانون القاضي بتطبيقه بالأولوية على أي قانون آخر قد تشير إليه قاعدة التنازع<sup>(3)</sup>، ويلعب هذا النوع من النظام العام دوراً ايجابياً، إذ يفرض تطبيق القواعد القانونية التي يتضمنها قانون القاضي من أجل تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي حددتها الدولة<sup>(4)</sup>. وهذا النوع من القواعد سيبيئه الباحث في الباب الثاني من الدراسة، الذي يتضمن تطبيق القاضي أو المحكم لقواعد ذات طابع دولي في منازعات الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية.

(1) ينظر: د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة في التشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، 2009، ص254، وينظر كذلك: د. حسن محمد هداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني، مصدر سابق، ص185. كما ينظر ايضاً: د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص521.

(2) ينظر: د. سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص223.

(3) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص84.

(4) ينظر: د. حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، 2005، مصدر سابق، ص296. وينظر كذلك: د. خليل ابراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين " دراسة تحليلية مقارنة"، ط1، دار الفكر الجامعي للنشر، الاسكندرية، 2015، ص543.

أما النوع الثاني من النظام العام، في القانون الدولي الخاص، فيسمى بالحماي أو النظام العام الاستيعادي، ويراد به الوسيلة التي يراد منها عدم تطبيق القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد الوطنية لحكم الرابطة القانونية ذات العنصر الأجنبي إذا كانت أحكام هذا القانون تحمل بين طياتها مخالفة لقواعد النظام العام أو الآداب في دولة القاضي (1).

وإن الذي يهمننا من ذلك ولكون النظام العام يمكن عده قيداً على حرية الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية، هو النظام العام الحماي أو الوقائي ذلك النوع الذي هدفه حماية الأسس العليا في المجتمع سواءً أكانت اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية، شأنه في ذلك شأن النظام العام الداخلي، عن طريق استبعاد الأحكام الخاصة بالقانون الأجنبي، وإن اتفق الأطراف على تطبيقها ما دامت تتنافى مع الأسس العليا، والمصلحة العامة لذلك المجتمع (2).

وجدير بالذكر أن قواعد النظام العام بصفتها قيداً على حرية الأطراف في مجال القانون الدولي الخاص هي أضيق نطاقاً من قواعد النظام العام في القانون الداخلي، لأن قواعد هذه الأخيرة تكون أكثر ارتباطاً بعلاقات الأطراف وحركة التجارة خارج الدول (3).

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه أغلب الفقه (4)، بأنه ليس كل ما يعد من النظام العام في مجال القانون الداخلي يعد كذلك في ميدان تنازع القوانين، أو في مجال القانون الدولي وما يرتبه ذلك من نتائج أهمها أن مخالفة القانون الأجنبي لأحكام بعض القواعد الأمرة في قانون القاضي، لا تستلزم بالضرورة وفي جميع الأحوال استبعاد هذا القانون تحت مسمى النظام العام، ولذلك فإن النظام العام الداخلي أوسع نطاقاً منه في القانون الدولي الخاص وليس العكس.

#### ثانياً: تعريف النظام العام في عقود التجارة الدولية:

ينادي الفقه في مجال عقود التجارة الدولية بوجود نظام عام آخر غير الذي تم الحديث عنه في الفقرة الأولى، وهو النظام العام الدولي أو كما يسمونه الدولي الحقيقي، وإن كان الفقه يطلق

---

(1) ينظر: بهذا المعنى د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، مصدر سابق، ص 217.  
(2) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 512. ود. ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص 19.  
(3) ينظر: د. عصام الدين القسبي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، دار النسر الذهبي للنشر، 1999، ص 191.  
(4) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي التطبيق، مصدر سابق، ص 582، د. فؤاد عبد المنعم رياض، ود. سامية راشد، مصدر سابق، ص 218، د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 316.

على هذا النوع تسميات مختلفة<sup>(1)</sup>، لكن هذه التسميات تتفق في مضمونها وتعبيرها عن هذا النوع من النظام العام.

ويعرف النظام العام الدولي: بأنه مجموعة القواعد اللصيقة بالتجارة الدولية والتي تُلبي كل متطلباتها واحتياجاتها عن طريق تشجيع وابتداع القواعد الذاتية الخاصة التي تتفق ونمو المبادلات التجارية عبر الدول<sup>(2)</sup>.

كما عرفه آخر بأنه" ذلك النظام العام الذي يتعين على المحكم تطبيق قواعده في مجال التحكيم التجاري الدولي، وهو ليس ذات النظام العام الذي يطبق في مجال العلاقات الخاصة الدولية التي يتم نظر المنازعات الناشئة عنها أمام القضاء الوطني<sup>(3)</sup>، وهناك من عرفه بأنه مجموعة أسس وقواعد عامة لا تتعلق بالمصالح الأساسية لمجتمع وطني وإنما تتعلق بمصالح أساسية خاصة بالجماعة الدولية لأنه عبارة عن مجموعة قواعد مشتركة بين مختلف الأنظمة القانونية ومرتبطة بالعلاقات الدولية<sup>(4)</sup>.

وقد يرى فقهاء التجارة الدولية بأن النظام العام الدولي يستمد احكامه من عدة مصادر منها القضاء الوطني، وقضاء التحكيم، والاتفاقيات الدولية، إذ إن هذه المصادر تسهم مجتمعة في خلق النظام العام الدولي الحقيقي.

أما عن القضاء الوطني فإنه يعترف بوجود بعض القواعد المشتركة من النظام العام، والتي تشكل مصدراً مهماً للنظام العام الدولي، وصدرت عنه العديد من الأحكام القضائية التي تؤيد هذه الفكرة، كالحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس في قضية "Banque ottoman" إذ قررت المحكمة وفقاً لذلك الحكم بأن أمن العلاقات التجارية والمالية الدولية يقوم على الاعتراف بضرورة وجود نظام عام يكون مشترك بين مختلف النظم القانونية، كما ذهب

(1) إن فقهاء القانون الدولي الخاص في الغالب لا يحدون استخدام مصطلح النظام العام الدولي في مجال العلاقات الخاصة الدولية بشكل عام، لأن فكرة النظام العام سواء أكانت في القانون الداخلي أم في العلاقات الخاصة الدولية تتحدد وفقاً لمعايير مستمدة من مجتمع معين، وتعكس الأفكار الأساسية له، وإنما يفضلون استخدام مصطلحات أخرى مثلاً النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، أو العلاقات ذات الطابع الدولي.

(2) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص777.

(3) ينظر: د. اشرف وفا محمد، المناقصة غير المشروعة في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص159.

(4) LALIVE(P.), order, public trans national( our element international), et larbitrage international, Rev, arb,1986,P 326.

محكمة النقض الفرنسية بهذا الاتجاه، إذ أصدرت حكماً أكدت فيه عن وجود مبادئ عدالة عالمية تكون لها قيمة دولية مطلقة (1).

كما ذهب البعض ممن يؤيد بأن النظام العام الدولي، الذي يستمد مصدره من احكام القضاء الوطني، الى أن ذلك النظام يعد دولياً بحسب محتواه، لكونه نظاماً عاماً مشتركاً بين الأنظمة القانونية المختلفة، ووطنياً بحسب مصدره، لأنه يستقي أصله من الأنظمة القانونية الوطنية، أي أن القواعد القانونية الوطنية في مختلف الأنظمة هي التي كونته (2).

كما تعد الاتفاقيات الدولية مصدراً مهماً من مصادر النظام العام الدولي لكونها تتضمن حلولاً موحدة لقواعد القانون الدولي الخاص، وتتضمن عند ابرامها نصوصاً صريحة تلزم قضاة الدول الأعضاء فيها بأحكامها الموضوعية، والعمل بقواعد الأسناد الواردة فيها، وتمنعهم من استبعادها بحجة النظام العام الوطني، لذلك ليس للقاضي في كل دولة موقعة على الاتفاقية أن يستبعد القانون الاجنبي المختص الذي اشارت اليه قواعد الأسناد في تلك الاتفاقية، الا إذا كان تطبيقه يعد أخلاً بالنظام العام الدولي المشترك بين الدول المتعاقدة (3).

كما يلعب قضاء التحكيم هو الآخر دوراً مهماً في خلق قواعد النظام العام الدولي، إذ يمكن للمحكم الذي عرض عليه النزاع أن يطبق قواعد دولية ليس لها أية صلة بأي نظام عام وطني، وهذا يأتي من الحرية التي يتمتع بها المحكم في عقود التجارة الدولية، إذ يستطيع اللجوء الى المبادئ العامة للقانون وعادات التجارة الدولية، في الحالات التي لا يتفق فيها الأطراف على قانونٍ معينٍ يحكم عقدهم، وتعد القواعد الدولية التي يطبقها المحكم بمثابة نظام عام دولي، يستطيع الأخير من خلاله استبعاد قانون الإرادة أو أي شرط تعاقدى يتفق عليه المتعاقدون إذا تبين لهما تعارض أي منهما مع اعتبارات النظام العام الدولي المشترك والمتعارف عليه دولياً. والنظام العام الدولي الذي يتعين على المحكم تطبيق قواعده في مجال التحكيم التجاري الدولي، يختلف عن ذلك المطبق في مجال العلاقات الدولية الخاصة والتي يتم نظر المنازعات

(1) Court d'appeal de Paris 13 mars 1965, JDI, 1966. Cass civ 25 mai 1948, Rev. crit. Dr. int. pr. 1949.

مشار الى هذين القرارين لدى د. صادق المنزلاوي، مصدر سابق، ص 298.

(2) GAILARD Emmanuel Lordre suridigue arbitrale realate et utilite et specificiten.

ذكره: بلاش ليندة، اخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، مصدر سابق. 228.

(3) ينظر: د. محمود جمال الكردي، النظام العام الدولي العربي حلم أم حقيقة أم خيال، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 25. وينظر كذلك: د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 321.

الناشئة عنها أمام القضاء الوطني<sup>(1)</sup>، وانطلاقاً من أن المحكم ليس له قانون اختصاص، ولا هو حارس لأي نظام عام، فهو لا يعد ملزماً باحترام المفاهيم الوطنية للنظام العام، بل يكون ملزماً فقط باحترام المفاهيم الدولية، وعليه فإن النظام العام في المعنى الوارد في القانون الدولي الخاص والذي يتعلق بدولة ما لا يمكن تطبيقه أمام المحاكم التحكيمية، بل أمام محاكم الدول، فالمحكم يطبق النظام العام بالمعنى الوارد في القانون الدولي الخاص أي المرتبط بقانون العقد في حالة عدم تعارضه مع النظام العام الدولي الذي يستمد مصدره من الأدوات الدولية<sup>(2)</sup>.

مما تقدم يرى الباحث بأن المحكم وأن كان غير ملزم بالإخذ بالمفاهيم الوطنية للنظام، لكنه في كثير من الأحيان يراعي النظام العام في الدولة التي يكون بها مقر التحكيم، أو تلك التي يطبق فيها قرار التحكيم لأن ذلك في النهاية يخضع لتقدير القاضي الوطني، في مرحلة التنفيذ إذ أن أغلب التشريعات الوطنية تشترط لتطبيق الحكم الأجنبي صدور قرار من المحكمة المختصة في الدولة المطلوب فيها التنفيذ، إلا إذا كانت هناك اتفاقية دولية تستثني ذلك<sup>(3)</sup>.

ويلعب النظام العام في عقود التجارة الدولية نفس الأدوار التي تم ذكرها سابقاً بشأن القانون الدولي الخاص، وإن كان يوجد بينها بعض أوجه الاختلاف، فالدور الأول: إيجابي يتمثل بدعوة المحكمين أن يقوموا منذ البداية بتطبيق القواعد والمبادئ الأساسية للتجارة الدولية التي تكون بمنأى عن كل الأنظمة الوطنية، أما الثاني: وهو دور سلبي يتمثل باستبعاد القانون المختار من قبل الأطراف أو وفقاً لما أشارت به قاعدة التنازع، إذا قدر المحكم أن نصوص هذا القانون تصطدم بإحدى المبادئ العامة التي يجب احترامها على المستوى الدولي، ومن ثم يطبق إحدى المبادئ والقواعد العامة للتجارة الدولية<sup>(4)</sup>.

وفي نهاية عرض الباحث لفكرة النظام العام الدولي والذي يختلف بحسب رأي البعض عن ما هو عليه في القانون الدولي الخاص الذي يستمد صفته من القوانين الوطنية، إذ يؤيد الباحث ما ذهب إليه جانب من الفقه<sup>(5)</sup>، من أن وجود نظام عام دولي صالح للتطبيق في كل العلاقات الاقتصادية الدولية هي فكرة يصعب تحقيقها من الناحية العملية وتكمن هذه الصعوبة في عاملين

- (1) ينظر: د. اشرف وفا محمد، استبعاد قاعدة التنازع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص165.
- (2) ينظر د. محمود جمال الكردي، النظام العام الدولي العربي، حلم أم حقيقة أم خيال، مصدر سابق، ص28.
- (3) وقد انضم العراق الى اتفاقية نيويورك لسنة 1958، الخاصة بالاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين الاجنبية، بموجب القانون رقم "14" لسنة 2021. إذ اصبح من الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية.
- (4) ينظر: د. سليمان احمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في اطار القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص184.
- (5) ينظر: د. ثروت حبيب، دراسة في عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص427. ود. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص339. ود. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص535، ود. اشرف وفا محمد اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003، ص88، د. محمود جمال الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص113.

أساسيين، أولهما عدم بيان المقصود بالنظام العام، إذ إن الأخير يمكن أن يتخذ اشكالاً عدة، دون أن يحدد انصار هذه الفكرة أياً من هذه الاشكال يعد نظاماً عاماً دولياً ، فهل يقصد بالنظام العام الدولي وجود قواعد عامة مشتركة، أو نظام عام مشترك بين كل الدول أو بمعنى آخر هل هو نظام عالمي، أم المقصود هو وجود نظام عام مشترك بين مجموعة من الدول التي تتساوى من حيث المدنية والتقدم ولها أنظمة سياسية واقتصادية واجتماعية متقاربة، والذي يسميه البعض بالنظام العام الإقليمي، فالشكل الأول وهو العالمي لا يحظى بتأييد اغلب الفقه، الذي يرى أن النظام العام لا يمكن أن يكون صالحاً لأغلب الدول على اختلاف مدنياتها وتقدمها الاقتصادي والاجتماعي، أما الآخر فيمكن قبوله، إذ يهدف الى توحيد القواعد التي تطبق على كل مجموعة معينة من الدول تجمعها وحدة في الاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية والدينية.

اما العامل الثاني فيرجع الى صعوبة تحديد القواعد التي تدخل في نطاق هذا النظام العام، فأنصار هذه الفكرة لا يقولون بأن كل القواعد التي تحتويها عادات واعراف التجارة الدولية تنتمي الى النظام العام الدولي، ولكنهم يتمسكون بان من بين هذه القواعد ما هو أساسي وعالمي وكل ما يحقق المصالح الأساسية للتجارة الدولية يدخل في مفهوم النظام العام (1). وينتهي الباحث مع اغلب الفقه الى أن فكرة تسمية النظام العام الدولي هي وهم خاطئ، إذ لا يمكن القول بوجود نظام عام دولي بالمعنى الصحيح، فالنظام العام هو دائماً وطني، ويحدد وفقاً لعدة معايير مستمدة من المجتمع الداخلي تعكس الأفكار الأساسية لمجتمع الدولة.

## الفرع الثاني

### شروط الدفع بالنظام العام في الفسخ الجزئي وآثاره

بالرغم من الصعوبات التي واجهت الفقه عند وضع تعريف النظام العام، بسبب الطبيعة غير الثابتة لهذا الأخير، باعتباره قيماً على حرية الإرادة، لم يمنع الفقهاء من وضع شروط يمكن على أساسها الدفع بالنظام العام، فالعلاقات التعاقدية الدولية شأنها شأن الداخلية، يكون فيها تطبيق القانون المختار من قبل المتعاقدين على عقدهم وخصوصاً الفسخ الجزئي فيه جائزاً إذا كانت قواعده غير مستبعدة، ويكون مستبعداً إذا توفرت فيه شروط معينة، تترتب عليها جملة من الآثار القانونية(2)، ومن أجل معرفة تلك الشروط والآثار المترتبة عليه، سيقسم الباحث هذا الفرع على فقرتين يبين في الأولى شروط الدفع بالنظام العام، أما الثانية سيخصصها للآثار التي تترتب على ذلك الدفع وعلى النحو الآتي:

(1) ينظر: د. محمود جمال الكردي، النظام العام العربي حلم ام حقيقة ام خيال، مصدر سابق، ص33. ينظر كذلك د. صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص317.

(2) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي التطبيق، مصدر سابق، ص523.

أولاً: شروط الدفع بالنظام العام:.

في الحقيقة إن الدفع بالنظام العام هو دفع موضوعي يوجه الى القانون الأجنبي المختص أو بعضه بقصد استبعاده أو استبعاد الجزء المخالف منه، كما يمكن إثارته في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحاكم المختصة<sup>(1)</sup>، أما عن شروط ذلك الدفع أن يكون القانون الأجنبي المختار من قبل الأطراف مختصاً، كما يجب أن يتعارض مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، وهو ما سنسلط الضوء عليه تباعاً.

**1- ان يكون القانون الأجنبي مختصاً:.**

النظام العام يأتي كعلاج لاستبعاد القانون الأجنبي المختار من قبل الأطراف، سواءً أكان هذا الاختيار صريحاً أم ضمناً، فمن غير المتصور التمسك بهذا الدفع إذا كان القانون المختار غير مختص، ولكي يكون مختصاً يجب أن يكون منصوصاً عليه كضابط اسناد في قانون القاضي، بحيث يكون القانون الأجنبي مختصاً طبقاً لقواعد التنازع في دولة القاضي<sup>(2)</sup>.

وبما أن القاعدة في التصرفات التعاقدية الدولية التي يبرمها الأطراف هي خضوع تلك الأخيرة لقانون الإرادة، لذلك فالقانون المختص طبقاً لقواعد التنازع في دولة القاضي، هو قانون الإرادة مع اشتراط توافر الصلة وأن كانت معقولة بين العقد أو المتعاقدين والقانون المختار<sup>(3)</sup>. وبناءً على ذلك فإن الدفع بالنظام العام لا يثار ضد القانون المختص الذي يحكم الفسخ الجزئي في العقد التجاري الدولي، إذا كان هذا الأخير يمكن استبعاده لسبب آخر بحيث إذا اتفق المتعاقدان على أن قانوناً أجنبياً هو المختص وتم تعيينه صراحة أو ضمناً ليحكم العلاقة العقدية، ولكن تبين بعد ذلك للقاضي المعروض عليه النزاع أن القانون المختار لا صلة له بالعقد أو بالمتعاقدين، فضلاً عن مخالفته للنظام العام في دولته، فهنا يستبعد ذلك القانون لعدم توفر شرط الصلة، لأن الدفع بمخالفة القانون المختص لا يثار في حالة توفر دفع آخر يمكن من خلاله استبعاد القانون الواجب التطبيق<sup>(4)</sup>.

---

(1) ينظر: د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون "دراسة مقارنة"، مصدر سابق، ص 81.  
(2) ينظر: د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 577.  
(3) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 139. وينظر كذلك استاذنا د. حسن علي كاظم، مصدر سابق، ص 333.  
(4) على الرغم من أن المشرع العراقي في المادة "25" من القانون المدني، وكذلك نص المادة "19" من القانون المدني المصري لم ينصا بشكل صريح على اشتراط الصلة بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين، مع ذلك فإن أغلب الفقه العراقي والمصري يشترط وجود الصلة وان كانت معقولة أي نابعة من حاجات التجارة الدولية بخلاف بعض التشريعات التي نصت بشكل صريح على توافر الصلة، كالقانون الأمريكي والجزائري.

ويثار تساؤل بهذا الصدد، هل أن الدفع بالنظام العام من شأنه أن يعطل عمل قاعدة الأسناد الوطنية التي أشارت الى تحديد القانون الذي يجب تطبيقه، على الرغم من أن بعض الفقه (1)، يذهب الى أن ذلك الدفع من شأنه أن يعطل عمل قاعدة الاسناد، إذ أن الأخيرة لا يمكن تطبيقها، لكن الرأي الراجح وهو ما يؤيده الباحث بان ذلك الدفع يعد مستقلاً تمام الاستقلال عن قاعدة التنازع وليس من شأنه أن يعطلها، فهي تؤدي دورها في اللحظة التي يتم فيها تحديد القانون الواجب التطبيق، وإنما الذي يتعطل هو القانون الذي تُعَيَّن، فضلاً عن ذلك أن الدفع بالنظام العام يعمل على تلافي بعض مثالب قاعدة التنازع، حينما تعين قانوناً بطريقة مجردة دون معرفة بمضمونه الموضوعي، فإذا كان هذا الأخير يصطدم باعتبارات النظام العام فان القاضي يطبق قانونه منسقاً بينه وبين القانون الأجنبي (2).

كما لا يستلزم للدفع بالنظام العام أن تكون هناك صلة مباشرة للنزاع المطروح مع دولة القاضي، فلا محل لاشتراط هذه الصلة، بل يكفي أن يكون القضاء الوطني مختصاً، إذ إن اختصاص هذا القضاء كافٍ لوحده للقول بارتباط النزاع بإقليم دولة القاضي وهو ما يبرر اثاره هذا الدفع لاستبعاد القانون الأجنبي المخالف (3).

أما عن موقف المشرع العراقي من اشتراط توافر الصلة بين النزاع ودولة القاضي فيبدو من خلال نص المادة "32"، أنه لا يشترط ذلك للدفع بالنظام العام (4)، كما أن المشرع المصري واغلب التشريعات العربية الأخرى (5)، لم يشترط توافر هذه الصلة وكان موقفه واضحاً من خلال نصه على استبعاد القانون الأجنبي المختص إذا كان مخالفاً للنظام العام في مصر.

كما لا يمكن إثارة الدفع بالنظام العام إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني حتى وإن كان هناك تنازع قوانين على المستوى الداخلي، باعتبار أن كافة هذه القوانين صادرة من مشرع دولة واحدة، كما أن الهدف من الدفع بالنظام العام هو تطبيق قانون القاضي وليس استبعاده، وتستثنى من ذلك الدول الفيدرالية التي تشكل فيها كل ولاية أو إقليم وحدة تشريعية

(1) ينظر: د. فواد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، مصدر سابق، ص214.

(2) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص600.

(3) ينظر: د. محمود جمال الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص201.

(4) نصت المادة "32" من القانون المدني العراقي على انه " لا يجوز تطبيق احكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام....."

(5) ينظر: نص المادة "28" من القانون المدني المصري، والمادة "27" من قانون المعاملات المدنية الاماراتي، والمادة "20" من القانون المدني الاردني.

مستقلة، مما يمكن أن يتصور وجود اختلاف في الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في كل وحدة وهو ما يبرر إعمال الدفع بالنظام العام بمفهومها في العلاقات الخاصة الدولية (1).

## 2- تعارض القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام الوطني:.

إن امتناع القاضي الوطني عن تطبيق القانون الأجنبي الذي اشارت اليه قاعدة الأسناد، سببه انتفاء الاشتراك القانوني بين قانونه والقانون الذي يجب تطبيقه وهو ما يسمى بعدم التكافؤ القانوني ويعدُّ الفقيه الألماني سافيني أول من وضع أسس النظام العام في القانون الدولي الخاص بمفهومه الحالي في القرن التاسع عشر ضمن فكرته الشهيرة التي تسمى بالاشتراك القانوني، والتي تقضي بوجود اشتراك المفاهيم القانونية بين الدول، فإذا ما انقطع هذا الاشتراك جاز للقاضي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته مقتضيات النظام العام في دولته (2).

وبالرغم من تبني الفقه الحديث لفكرة الاشتراك القانوني، غير أن النظرة اليها لم تعد كما كان ينادي بها الفقيه سافيني، إذ اصبح يقصد بها في الوقت الحاضر مجرد التقارب بين الأصول العامة في التشريع، بما لا يجعل تطبيق القانون الأجنبي متعارضاً تماماً مع الاحكام الموضوعية في دولة القاضي (3).

فالقاضي المعروض عليه النزاع لا يقبل تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف لحكم علاقتهم التعاقدية الا إذا ثبت لديه وجود الحد الأدنى من الاشتراك بين قانونه وقانون الإرادة الذي يكون مختصاً، أي انه قد افترض أن هناك وحدة للأصول العامة بين القانونين، ولكن ينتفي هذا الافتراض إذا كان هناك اختلاف أساسي بينهما يعد خرقاً للحد الأدنى من الاشتراك القانوني الذي يبرر الامتناع عن الأخذ بقانون الإرادة لتعارضه مع النظام العام (4).

ولا يمكن التسليم بوجود الاشتراك القانوني بين اغلب التشريعات، بل إنه يكاد يكون مفقوداً، بسبب اختلاف المفاهيم القانونية الذي قد يبدو أمراً حتماً بين قوانين تلك الدول، والذي يكون حضارياً تارة، أو اقتصادياً أو اجتماعياً أو سياسياً تارة أخرى (5)، وعادة الاختلاف في المفاهيم القانونية يبدوا واضحاً بين الدول المتقدمة اقتصادياً، وتلك التي تكون في طور النمو أي

(1) ينظر: د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص587. وينظر كذلك: د. محمد خيرى كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين " دراسة مقارنة"، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص138.

(2) ينظر: د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص736.

(3) ينظر: د. مصطفى كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، المواطن، مركز الأجنب، مادة التنازع، مصدر سابق، ص511. د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص782. د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص602.

(4) ينظر: د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص251. د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص304.

(5) ينظر: د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، مصدر سابق، ص138.

الدول النامية مثل العراق، والعديد من الأقطار العربية الأخرى، فما يعد قابلاً للتعاقد عليه في دولة متقدمة لا يعد كذلك في إحدى الدول المتأخرة اقتصادياً، بل الأكثر من ذلك يعد ذلك التعاقد لدى الأخيرة مخالفاً للنظام العام.

والأمثلة كثيرة في الواقع العملي والتي يمكن على أثرها استبعاد قانون الإرادة، لمخالفته مقتضيات النظام العام، منها تضمين العقد التجاري الدولي شرطاً يجيز الدفع بالذهب أو بأي عملة اجنبية أخرى، كما لو اتفق المتعاقدان على اختيار قانون معين ليحكم عقدهم، وكان القانون المختار يعد الشرط الوارد في العقد والذي يجيز الدفع بالذهب أو بعملة اجنبية أخرى صحيحاً، بينما لا يأخذ القاضي المرفوع أمامه النزاع بهذا الشرط في العقود الدولية، أو الداخلية، ولا يجيز الدفع إلا بالعملة الوطنية، وتعدّها مسألة تتعلق بالمصلحة الاقتصادية العليا للبلاد وتكون أساسية بحيث يجب عدم الإخلال بها، ونتيجة لذلك فإن القانون المختار من قبل الأطراف لحكم العلاقة العقدية يعد مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي (1).

وقد أتجه القضاء الفرنسي الحديث الى إقرار صحة شرط الدفع بالذهب وصحة شروط ضمان تغيير العملة بوجه عام في المدفوعات الدولية باعتبارها من قبل النظام العام الدولي المشترك بالرغم من مخالفته للنظام العام الداخلي، فإن توفر ضمانات معينة لشرط الدفع بالذهب يعمل على تنشيط العلاقات الخاصة بين أبناء الدول المختلفة دون أن يؤدي ذلك الى اضعاف الثقة بالعملة الوطنية، وعليه فليس هناك ما يدعو الى استبعاد القانون الأجنبي إذا كان الاخير يجيز شرط الدفع بالذهب (2).

وللقاضي الامتناع عن العمل بقانون الإرادة إذا كان منافياً لمبادئ العدالة كما لو كان هذا القانون يجيز تنفيذ العقد ولو تم عن طريق الاكراه المعيب للإرادة أو أن يكون العقد الدولي متعلقاً بتجارة ممنوعة كالتجارة بالأسلحة وقت الحرب، لأن التعاقد بشأن ذلك يعد اخلاً بمبادئ العدالة التي يجب أن تحترم في أي عقد.

ويبدو أن القاضي الذي ينظر النزاع يتمتع بسلطة واسعة في تحديد مخالفة قانون الإرادة للنظام العام، وذلك لفشل المحاولات التي قام بها الفقه لتحديد مقتضيات النظام العام لدولة القاضي مسبقاً عن طريق تقسيم القوانين الى متعلقة بالنظام العام وأخرى غير متعلقة به بسبب ثبات واستقرار هذه المقتضيات مما يؤدي الى صعوبة ضبطها (3).

(1) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص583.  
(2) ينظر: د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع، مصدر سابق، ص418.  
(3) ينظر: د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص318.

فالقاضي إذا كان يتمتع بسلطة واسعة في تحديد مخالفة القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام في دولته فان عليه أن لا يتوسع في تفسير واعمال هذه الفكرة لما يترتب على ذلك من نتائج خطيرة من شأنها الاضرار بالتعايش المشترك بين النظم القانونية التي تهدف لتحقيقه قواعد التنازع في مختلف التشريعات، كما يخل بتوقعات الأطراف المشروعة في مجال التجارة الدولية، لأنه يحول دون تطبيق القانون الذي يحفظ هذه التوقعات (1).

من خلال ما تقدم يرى الباحث وجوب استبعاد القانون الأجنبي المختص لحكم العلاقة التعاقدية إذا كان يتعارض مع الاحكام الأساسية الاقتصادية أو السياسية أو الاجتماعية أو الفكرية التي يقوم عليها كيان مجتمع معين في وقت معين. وبهذا ينتهي الباحث من بيان شروط الدفع بالنظام العام باعتباره قيداً على حرية الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي لينتقل بعدها الى أهم الآثار التي تترتب على الدفع بالنظام العام.

#### ثانياً: آثار الدفع بالنظام العام في الفسخ الجزئي:

إذا توفرت الشروط اللازمة للدفع بالنظام العام ، يعد صحيحاً سواءً تم إعماله من قبل الأطراف في الدعوى، أو أثاره القاضي من تلقاء نفسه وفي جميع مراحل الدعوى ولو لأول مرة أمام المحاكم المختصة (2)، وبالرغم من ذلك فإنه ليس للقاضي اللجوء الى هذا الدفع الا بحدود معينة وبقدر الحاجة له، بحيث لا يمكن له إثارته كلما أراد ومتى أراد لكونه يشكل خطورة على المبادلات التجارية الدولية، ويشل مفعول العقد الدولي، ومتى كان هذا الدفع صحيحاً ومستوفياً لشروطه تترتب عليه آثار معينة كالآثار السلبية الذي يتمثل باستبعاد القانون الاجنبي، والآثار الإيجابية الذي يتمثل بتطبيق القانون الذي يحل محل القانون المستبعد، لذلك سيبين الباحث هذه الآثار في فقرتين وعلى النحو الآتي:

#### 1- الأثر السلبي للنظام العام:

يتمثل الأثر السلبي باستبعاد القانون الأجنبي وعلى وجه التحديد منع تطبيق القواعد الموضوعية التي تكون متعارضة مع النظام العام لدولة القاضي المعروض أمامه النزاع واستبقاء ما دون ذلك، ويطلق على ذلك بالآثار الأستبعادي للنظام العام لأنه تعبير عن استبعاد

(1) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصدر سابق، ص437. د. محمود جمال الكردي، النظام العام الدولي العربي، حلم، أم حقيقة، أم خيال، مصدر سابق، ص111. د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص578.

(2) اختلفت التشريعات الوطنية في تسمية تلك المحكمة التي يمكن إثارة الدفع أمامها، فوفقاً للقانون العراقي تسمى محكمة البداية، أما في القانون المصري والفرنسي تسمى المحاكم الابتدائية.

القانون الأجنبي<sup>(1)</sup>، ولكن يمكن للباحث أن يطرح تساؤلاً مفاده هل استبعاد القانون الأجنبي يكون بصورة كلية أم يقتصر على الجزء المخالف لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي، للإجابة على ذلك ينبغي أن يقف على آراء الفقه في هذه المسألة، لأنها لم تكن محل اتفاق، إذ ذهب جانب من الفقه الى ضرورة استبعاد القانون الأجنبي بشكل كلي حتى وإن كان متعارضاً في جزء منه مع النظام العام في دولة القاضي، مستدلاً في ذلك على أنه يجب أن ينظر للقانون الأجنبي المختص كوحدة واحدة لأن استبعاد الجزء المخالف منه دون اجزائه الأخرى هو أمرٌ ينطوي على تشويه لهذا القانون وتطبيقه بشكل يخالف إرادة المشرع الذي وضعه، كما أن الأخذ بفكرة الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي يعد مخالفاً لقاعدة الأسناد الوطنية التي تهدف الى تطبيق أكثر القوانين اتصالاً بالعلاقة العقدية، وأكثرها قدرة على تحقيق العدالة<sup>(2)</sup>.

بينما ذهب الاتجاه الآخر من الفقه<sup>(3)</sup>، وهو الغالب الى تبني فكرة الاستبعاد الجزئي لقانون الإرادة، بمعنى أن أحكام القانون الأجنبي المختص التي لا تخالف مقتضيات النظام العام في دولة القاضي تبقى سارية المفعول، ويقتصر الاستبعاد على الجزء المخالف، وبذلك فقد أقر هذا الاتجاه البقاء في دائرة القانون الأجنبي المختص الذي حددته إرادة المتعاقدين والعمل على عدم الخروج عنه كلياً، ويستند هذا الاتجاه الى أن الغاية من النظام العام حماية الأسس التي يقوم عليها المجتمع، دون أدنى عداء للقانون الأجنبي وعليه فلا يستبعد الا القاعدة التي يتحقق معها هذا التعارض، وهو القدر الذي يتحقق معه حماية القانون الوطني.

وجدير بالذكر أنه قد يحدث في حالات معينة أن قواعد القانون الأجنبي الذي عينته إرادة المتعاقدين تكون مترابطة الى درجة يتعذر معها على القاضي الفصل بينها واستبعاد الجزء الذي يتعارض مع النظام العام، عندئذ لا يكون أمامه سوى الاستبعاد الكلي لقانون الإرادة<sup>(4)</sup>.

---

(1) ينظر: د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، مصدر سابق، ص 142. وينظر كذلك د. محمد وليد المصري، الوجيز في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 326. د. فراس كريم شيعان، العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري" دراسة مقارنة" بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 4، السنة العاشرة، 2018، ص 28.

(2) ينظر: د. حسن محمد الهداوي، ود. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، ج 2، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، وتنفيذ الاحكام الاجنبية، مصدر سابق، ص 189. د. سلطان عبد الله محمود الدفع بالنظام العام واثره، مصدر سابق، ص 94. د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين مصدر سابق، ص 597.

(3) ينظر: د. هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2003، ص 202. د. اشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 22. د. ابراهيم احمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 52. د. محمود جمال الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 124-125.

(4) ينظر: د. حسن محمد الهداوي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 190.

وقد نص المشرع العراقي على هذا الأثر في القانون المدني من خلال نص المادة "32" سالفه الذكر، والتي قررت استبعاد احكام القانون الأجنبي التي تكون متعارضة مع النظام العام في دولة القاضي (1).

ومما تقدم يرى الباحث أن القانون المختص الذي أشارت له قاعدة التنازع هو الواجب التطبيق، وليس للقاضي أن يستبعده بشكل كلي لأن ذلك يعد تجاوزاً على قاعدة تشريعية، وضعها المشرع لحكم العلاقات الدولية، وعليه فإن القانون الذي اختاره المتعاقدان لا يستبعد كلياً وإنما بقدر ما يتعارض مع احكام النظام العام في دولة القاضي، كونه أكثر القوانين ملائمة لوجود صلة بينه وبين العقد أو المتعاقدين، أو حتى لو كانت هذه الصلة نابعة من حاجات التجارة الدولية، وبهذا يكون الباحث قد انتهى من بيان الأثر السلبي للنظام العام لينتقل بعدها لبيان الأثر الإيجابي الذي يرتبط به ارتباطاً وثيقاً.

#### ب - الأثر الإيجابي للنظام العام:

إن قيام القاضي المعروض عليه النزاع باستبعاد قانون الإرادة يستتبعه أثر آخر، وهو تطبيق قانون يحل محله لحكم العلاقة حتى يستطيع من خلاله البت بالنزاع، وأثارت هذه المسألة خلافاً فقهيّاً بشأن القانون الذي يطبقه القاضي، أذ ذهب الفقه والقضاء الى عدة اتجاهات.

ذهب الاتجاه الأول والذي عمل به القضاء الألماني، الى أن استبعاد القانون الأجنبي المختص لتعارض احكامه مع النظام العام في دولة القاضي لا يسوغ للأخير الابتعاد عن ذلك القانون بل عليه أن يبحث عن قاعدة أخرى صالحة للتطبيق تحل محل القاعدة القانونية المخالفة للنظام العام، أما إذا لم يجد القاضي قاعدة صالحة للتطبيق في القانون الذي عينته الإرادة يمكن له في هذه الحالة أن يطبق قانون دولته (2).

وقد طبق القضاء الألماني هذه القواعد في العديد من المناسبات، منها قيام القاضي الألماني باستبعاد تطبيق القاعدة المقررة في القانون السويسري، والتي تقرر بأن الدين لا ينقضي بالتقادم، الأمر الذي يتعارض مع النظام العام في ألمانيا، وقد قام القاضي بدلاً من ذلك بتطبيق أطول مدة للتقادم مقررة في القانون السويسري، وقد تعرض هذا الاتجاه للانتقاد على أساس أنه

(1) يقابلها نص المادة "28" من القانون المدني المصري، والمادة "29" من القانون المدني الاردني، والمادة "30" من القانون المدني السوري.

(2) ينظر: د. محمود جمال الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص126. د. فؤاد عبد المنعم رياض، و د. سامية راشد، مصدر سابق، ص154.

يؤدي الى تطبيق القانون الأجنبي على خلاف إرادة المشرع الوطني وذلك بتطبيق القاعدة المقررة بالنسبة لرابطة قانونية ما على رابطة قانونية أخرى (1).

في حين ذهب اتجاه آخر الى أن استبعاد القاضي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولته يوجب عليه البحث عن قانون اجنبي آخر يكون على صلة وثيقة بالرابطة القانونية (2)، ويعد هذا الحل مناسباً بحسب رأي البعض لأنه يتفق مع الهدف الذي ترمي اليه قواعد تنازع القوانين، والذي يتمثل في ضرورة إسناد العلاقة الى القانون الأكثر صلة، لهذا إذا استبعد قانون دولة ما لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي، فإن قيام القاضي بتطبيق قانون دولته كبديل عن القانون المستبعد يتعارض مع منطق التنازع في دولته والتي قررت أن قانوناً آخر هو الواجب التطبيق، وبما أن هناك قانوناً اجنبياً آخر على صلة بالعلاقة وأن كانت أقل من القانون المستبعد، فإن تطبيقه يكون اولى من تطبيق قانون القاضي الذي لا توجد بينه وبين الرابطة أية صلة (3).

ويذهب اتجاه ثالث الى تطبيق قانون القاضي محل القانون المختار من قبل الأطراف، إذ يرى الباحث مع الفقه الغالب أنه أفضل الاتجاهات ملائمة للاعتبارات العملية، كون القاضي يعرف قانون دولته فيتجنب بذلك كافة الصعوبات التي قد تعترضه عند تطبيق القانون الأجنبي، كما يحقق تطبيق قانون القاضي حماية فعالة للمبادئ الجوهرية في دولته، كما أن تطبيق قانون القاضي يتمشى وطبيعة النظام العام باعتبارها فكرة وطنية، فضلاً عن أنه يعد صاحب اختصاص احتياطي عام (4).

وبعد عرض الآراء والاتجاهات الفقهية بشأن الأثر الإيجابي للنظام العام، ينبغي على الباحث ان يسלט الضوء على موقف المشرع العراقي والتشريعات المقارنة من القانون الذي يجب على القاضي أن يطبقه عند استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة العقدية، فموقف المشرع العراقي واضحاً من خلال نص المادة "32" من القانون المدني العراقي، التي تنص على استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف إذا كان مخالفاً للنظام العام العراقي، دون التطرق الى القانون الذي يجب تطبيقه هل هو القانون العراقي أم قانوناً آخر، لذا يدعو الباحث المشرع العراقي الى تعديل نص المادة سالفة الذكر، أو إضافة فقرة تعطي الاختصاص للقانون

---

(1) مشار اليه لدى د. سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص مصدر سابق، ص239. د. عصام الدين القسبي، ود. رشا علاء الدين، القانون الدولي الخاص مصدر سابق، ص254.  
(2) ينظر: د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص613-614.  
(3) ينظر: د. اشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص221.  
(4) ينظر: د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص155. د. حسن محمد الهداوي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص192. د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص547. د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص787.

العراقي أي قانون القاضي المعروض عليه النزاع (1)، ليصبح هذا النص كالاتي " أ - لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة. ب - على القاضي تطبيق القانون العراقي محل القانون الأجنبي الذي يخالف النظام العام أو الآداب العامة".

كما يوجد أثر آخر للنظام العام وهو الأثر المخفف له والذي يتعلق بحق مكتسب نشأ خارج دولة القاضي ويكون هذا الحق مخالفاً للنظام العام، أو أن قانون دولة القاضي يجهله، ومع ذلك يستطيع صاحب الحق أن يتمسك به أمام القاضي الوطني، فالأخير بإمكانه أن يقبل حقاً نشأ في الخارج ويعترف بآثاره على الرغم من الاختلاف بين قانونه والقانون المختص أصلاً، احتراماً للحق المكتسب أو تسليمياً بالأمر الواقع، أو لأن الرأي العام في دولته لا يتأثر إزاء هذا الحق إذا نشأ في الخارج على العكس منه إذا كان قد نشأ في دولة القاضي (2)، على أنه من الملاحظ أن الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام لا يتم تطبيقها كلما تكوّن المركز القانوني في الخارج، فالقاضي المعروض عليه النزاع هو الذي يقدر، مدى تعارض الاعتراف بهذا المركز مع المبادئ الرئيسية في دولته، لذا فإن القاضي بإمكانه أن يرفض الاعتراف بالمركز القانوني وأن كان قد نشأ في الخارج، إذا وجده متعارضاً مع النظام العام في دولته (3).

كما أن هناك أثراً آخر وهو النظام العام الانعكاسي الذي يتوقف على مدى الارتباط الحضاري بين الدول، فإذا كانت مجموعة من الدول تنتمي الى حضارة واحدة أو ديانة مشتركة كالدول الإسلامية يمكن اثارته (4).

مما تقدم يرى الباحث أن النظام العام يعد قيدياً على حرية الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية، لأن القاضي الوطني بإمكانه استبعاد القانون المختار من قبل الاطراف إذا كان مخالفاً للنظام العام في دولته، وعليه فإن هذا الأخير قيد حرية الإرادة من خلال استبعاد القانون الذي يحكم العلاقة العقدية واستبداله بقانون آخر، أو قانون القاضي المعروض عليه النزاع.

(1) حسمت الكثير من التشريعات الوطنية مسألة تطبيق القانون الوطني بدلاً عن القانون المخالف للنظام العام في دولة القاضي، كالمادة "6" من القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1979، والمادة "73" من القانون المدني الكويتي، والمادة "24" من القانون المدني الجزائري المعدل سنة 2005، كما يعد هذا المبدأ مستقر في النظام القانوني المصري والفرنسي بالرغم من عدم النص عليه. ينظر في ذلك د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص787.

(2) ينظر د. صلاح الدين الجمال، القانون الدولي الخاص، الجنسية، وتنازع القوانين، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص355. وينظر كذلك: د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص336.

(3) ينظر د. اشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص224.

(4) ينظر مرتضى عبد الحسين جبار، تعذر أعمال قواعد الاسناد الوطنية" دراسة مقارنة" رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة طنطا، 2011، ص146.

## المطلب الثاني

### مدى اعتبار الغش نحو القانون قيماً على حرية الإرادة في الفسخ الجزئي

أن كل مشرع عندما يضع قواعد الأسناد لحل مشكلة التنازع بين مختلف النظم القانونية، فإنه لا شك يعمل على حماية المصلحة العامة الوطنية في الوقت الذي يضع في اعتباره حاجة المعاملات الدولية واعتبارات العدالة، ولكن في حالات معينة يلجأ أطراف العلاقة لغرض تحقيق مصالحهم الخاصة الى محاولة تجنب القانون الذي تشير اليه قاعدة الأسناد، إذ يعتمد هؤلاء الى تغيير عنصر أو أكثر من عناصر العلاقة القانونية، وبالتالي تغيير ضابط الاسناد على نحو يتغير معه القانون الواجب التطبيق، وتسمى هذه العملية بالغش نحو القانون (1).

وإذا كان الأصل أن أطراف العلاقة العقدية لهم الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية، فإن هذه الحرية ليست مطلقة، كما ذهب اليه أنصار النظرية الشخصية، بل ترد عليها قيود معينة منها النظام العام الذي يتم من خلاله استبعاد قانون الإرادة إذا كان مخالفاً لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي (2)، ولكن التساؤل الذي يثار هنا هو؟ ما مدى إمكانية اعمال نظرية الغش نحو القانون كقيود آخر على حرية المتعاقدين في تحديد القانون الذي يجب تطبقه<sup>3</sup> على الفسخ الجزئي من عدمه. للإجابة على هذا التساؤل يقتضي الامر بالباحث أن يبين التعريف بالغش نحو القانون، ثم يتناول أهم الآثار التي تترتب على أعماله، وعليه سيقسم هذا المطلب على فرعين يبين في الأول التعريف بالغش نحو القانون، أما الفرع الثاني سيخصصه لشروط اعمال الغش وآثاره وعلى النحو الآتي:

## الفرع الأول

### التعريف بالغش نحو القانون

من أجل التعرف على نظرية الغش نحو القانون بشكل واضح يقتضي الأمر بالباحث أن يذكر أهم التعريفات التي قيلت بهذا الشأن ، ثم ينتقل بعد ذلك لبيان مجال أو نطاق اعماله، ومن ثم يحدد اهم الشروط التي يجب توفرها للدفع بهذه الفكرة، وعليه سيقسم هذا الفرع على فقرتين يتناول في الأولى تعريف الغش نحو القانون ، اما الفقرة الثانية سيخصصها لنطاق اعمال نظرية الغش نحو القانون وعلى النحو الآتي:

(1) ينظر: د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص356.

(2) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص671.

(3) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق ، ص658.

أولاً: تعريف الغش نحو القانون:

في الحقيقة أن نظرية الغش نحو القانون لا تقتصر على محيط القانون الدولي الخاص، بل لها امتداد على مستوى القانون الداخلي يتمثل بقيام الأطراف بتبديل الوصف القانوني للعلاقة العقدية ونقل احكامها من نطاق قانون الى نطاق قانون آخر، كما لو كان قانون دولة يمنع بيع مال معين، فيعمد الأطراف الى تبديل العلاقة من وصف البيع الى وصف الاجارة الطويلة (1) . أما في مجال العلاقات الخاصة الدولية فإن العلاقة القانونية لا يتغير وصفها، بل يبقى على حاله، ولكن يعمد الأطراف الى تغيير بعض عناصرها القانونية على نحو ينقل فيه الاختصاص من قانون دولة الى اختصاص قانون دولة أخرى ليكون هو الواجب التطبيق بدلاً من قانون الإرادة (2)، وتعد نظرية الغش نحو القانون من المبادئ المسلم بها في اغلب التشريعات الوطنية (3)، لكنها لم تقدم تعريفاً لهذه الأخيرة، كما أن القضاء هو الآخر على الرغم من تصدي احكامه لذلك لكنه لم يورد تعريفاً محدداً لهذه النظرية.

أما عن موقف المشرع العراقي فإنه لم ينص صراحة على الأخذ بنظرية الغش نحو القانون، ولكن يمكن الأخذ بها طبقاً لنص المادة "30" من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه " يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً" (4).

يتضح للباحث من خلال نص المادة أعلاه أن المشرع العراقي الزم القاضي باتباع مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، وبما أن نظرية الغش نحو القانون تعد من المبادئ المسلم بها في القانون الدولي الخاص، يجب على القاضي العمل بها.

وقد وردت لنظرية الغش نحو القانون في الفقه عدة تعريفات، لعدم وجود تعريف محدد وصريح لها في اغلب التشريعات، إذ يرى الباحث أن عدم إيراد تعريف محدد يبدو امراً حسناً، لأنه ليس من واجب المشرع أن يضع التعريفات، وإنما يكون هذا الأمر متروكاً للفقه.

---

(1) ينظر: د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، وتنفيذ الاحكام الاجنبية، مصدر سابق، ص194.  
(2) ينظر: د. محمود جمال الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص138. وينظر كذلك: د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص541.  
(3) اتجهت اغلب التقنيات الحديثة للقانون الدولي الخاص الى النص الصريح على الدفع بالغش نحو القانون، كوسيلة لحماية قانون القاضي أو القانون الأجنبي الذي تختاره قاعدة الأسناد الوطنية منها، مجموعة القانون المدني لدولة الجابون الصادرة عام 1972، في المادة "31" منه، والمادة "1/8" من مجموعة القانون الدولي الخاص المجري، لسنة 1979، والمادة "4/12" من القانون الدولي الاسباني الوارد بالمجموعة المدنية لسنة 1974، والمادة "8/ب" من القانون المدني الروماني لسنة 1992. كما كرسه الفقه في اغلب الدول العربية وكذلك القضاء الفرنسي. ينظر د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص756.  
(4) وكذلك الحال موقف المشرع المصري، إذ لم يوجد نص في القانون المدني المصري ينص صراحة على الأخذ بنظرية الغش نحو القانون، لكن يمكن الاستناد الى نص المادة "24" منه للأخذ بتلك النظرية.

فقد عرف أحدهم نظرية الغش نحو القانون بانها" التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الأسناد المتغير، ومن ثم تحويل الأسناد الى قانون معين، وذلك بنية التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلاً سواءً أكان قانون القاضي أم قانوناً أجنبياً" (1)، كما عرفه آخر بأن الغش نحو القانون في القانون الدولي الخاص عبارة عن تدبير إرادي لوسائل تؤدي الى الخلاص من قانون دولة لتصبح العلاقة من اختصاص قانون دولة أخرى أكثر تحقيقاً للنتائج المتوخاة، ويعتمد ذو المصلحة في ذلك على تغيير عناصر العلاقة القانونية لإنشاء ظروف تصبح معها العلاقة خاضعة لقانون آخر (2).

وعرف الغش نحو القانون في ميدان تنازع القوانين ايضاً بأنه كل تغيير إرادي في ضابط الاسناد أو في طائفة الاسناد ذاتها تغييراً مقصوداً وبطريقة قانونية بقصد التهرب من احكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة، وإحلال قانون آخر يكون بديلاً عنه من شأنه أن يحقق الغاية التي حصل التغيير بسببها (3).

وهناك من عرفه بأنه التعديل الإرادي من خلال خلق ظروف معينة تؤدي الى تغيير ظروف الأسناد الخاصة بهدف التهرب من تطبيق احكام القانون الواجب التطبيق اصلاً على العلاقة القانونية وإحلال قانون آخر بدلاً عنه (4)، وعرف أيضاً بأنه "التدبير الإرادي لوسائل مشروعة في ذاتها للوصول بها الى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيته" (5).

مما تقدم يتضح للباحث بأن التعريفات التي أوردها الفقه لنظرية الغش نحو القانون جميعها تدور حول فكرة التهرب من احكام القانون الواجب التطبيق وإعطاء الاختصاص لقانون آخر، قد تكون أحكامه من شأنها أن تحقق مصالح الطرفين أو أحدهما، كما يتضح أيضاً بأن الغش نحو القانون يتم من خلال وسائل متعددة يلجأ إليها احد الطرفين أو كليهما، منها قيام الأطراف بتغيير ضوابط الأسناد أو تغيير الاختصاص القضائي.

ولكن التساؤل الذي يثار بهذا الصدد هو ما مدى إمكانية اعتبار الغش نحو القانون قيماً على حرية الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدولية وتحديد فسخها جزئياً إذا توفرت شروطه؟ إن الإجابة على هذا التساؤل تعتمد على الحرية الممنوحة لإرادة المتعاقدين في اختيار القانون الذي يجب تطبيقه، إذ على وفق مذهب النظرية الشخصية الذي

(1) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص542.

(2) ينظر: د. حسن محمد الهداوي، تنازع القوانين، مصدر سابق، 196.

(3) ينظر: د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص491.

(4) ينظر: د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، وتنفيذ الاحكام الاجنبية، مصدر سابق، ص22.

(5) ينظر: د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق ، ص546.

يعطي للأطراف الحرية المطلقة في ذلك، من الصعوبة إعمال نظرية الغش نحو القانون لأن إعمال الأخيرة يقتضي التغيير الإرادي لضوابط الإسناد، وأن يكون هذا التغيير بقصد الإفلات من احكام القانون المختص اصلاً بحكم النزاع، وبما أن إرادة المتعاقدين هي في الأساس ضابط الإسناد في الالتزامات التعاقدية، فمن الصعب اعمال هذه النظرية مع ما للإرادة من حرية مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي للعقد، فالحق الممنوح لهم يتعارض مع اعمال نظرية الغش نحو القانون (1).

ولكن يمكن اعمال نظرية الغش نحو القانون في ظل النظرية الموضوعية، وهو ما يؤيده الباحث، تلك التي تشترط توافر الصلة بين العقد والقانون المختار بنحو أو بأخر، كأن يرتبط العقد بقانون جنسية أو موطن أحدهما أو محل تنفيذ العقد أو قانون موقع المال، لأن الحرية المطلقة تؤدي الى الاضرار بالطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وتحقق مصالح الطرف القوي باختيار القانون الذي يحقق مصالحه ويلبي طموحاته، مستغلاً في ذلك حالة الضعف المعرفي أو الاقتصادي التي يعانيتها الأخير (2)، وهو ما دفع الى تقييد حرية الإرادة، إذ أن اختيار قانون العقد لا يقوم على مطلق سلطان الإرادة ولا على قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص، وإنما على قاعدة من قواعد تنازع القوانين، فالإرادة تعد ضابط اسناد في قاعدة التنازع التي وضعها المشرع في دولة القاضي فيتعين عليها أن تختار أحد القوانين التي تتزاحم لحكم العقد الدولي اسوة بغيرها من قواعد تنازع القوانين، الأمر الذي يوجب أن تكون هناك صلة بين العقد والقانون المختار (3)، ولا يهم بعد ذلك أن تكون هذه الصلة ذات طابع مكاني أو مادي، بل يكفي أن تكون صلة ذهنية تكشف عن ارتباط العقد بنظام قانوني محدد، أو حتى أن تكون الصلة نابعة من حاجات التجارة الدولية (4).

مما تقدم يرى الباحث أن نظرية الغش نحو القانون تعد قيداً على حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية، إذ يستطيع القاضي المرفوع امامه النزاع أن يتجاهل إرادة الأطراف، فيما إذا تبين له أن هناك تهرباً من القواعد الأمرة للقانون المختص، كما لو قام أحد المتعاقدين بتغيير جنسيته أو موطنه من أجل الخضوع الى قانون آخر يحقق مصالحه، يمكن إعمال نظرية الغش إذا لجأ المتعاقدان الى إيجاد صلة

(1) ينظر: د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص105.

(2) ينظر: د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص342-343. وينظر كذلك: محمود جمال الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص138.

(3) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص344.

(4) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص107.

مصطنعة بين العقد وبين القانون الذي تم اختياره لحكم العلاقة العقدية، كما لو قاموا بإبرام العقد أو تنفيذه في الدولة التي يهدفون الى تطبيق قانونها على العقد ابتداء لأغراض غير مشروعة.

وبهذا ينتهي الباحث من بيان ابرز التعريفات التي أوردها الفقه لنظرية الغش نحو القانون

لينتقل بعدها الى بيان نطاق اعمال هذه النظرية وعلى النحو الآتي:

### ثانياً: نطاق اعمال نظرية الغش نحو القانون:.

أن نطاق أعمال نظرية الغش نحو القانون لم يكن موضع اتفاق لدى الفقه، إذ اتجه الفقه الفرنسي القديم الى قصر أعمال نظرية الغش نحو القانون على القانون الوطني، أي أن يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني للقاضي المعروض عليه النزاع، أما اذا كان القانون الذي يريد الأطراف التهرب من احكامه قانوناً اجنبياً، فلن يكون هناك مجال لإعمال الدفع بالغش<sup>(1)</sup>، وقد استند هذا الاتجاه فيما ذهب اليه الى أن وظيفة القاضي في الدولة هي كفالة تطبيق القانون الوطني ومنع الأطراف من مخالفته أو التهرب من احكامه ولا يدخل في نطاق هذه الوظيفة منع أطراف العلاقة من التهرب من احكام القوانين الأجنبية أو السهر على حراسة هذه القوانين<sup>(2)</sup>، وقد تبنى هذا الاتجاه جانب من القضاء الفرنسي<sup>(3)</sup>، كما ذهبت الى ذلك بعض التشريعات الوطنية الحديثة<sup>(4)</sup>.

أما الاتجاه الآخر متمثلاً بالفقه الحديث، فقد ذهب الى أعمال نظرية الغش نحو القانون بصورة مطلقة، سواءً أكان القانون المتهرب من احكامه هو قانون القاضي أم أنه قانون اجنبي، مؤسساً ذلك على أن نظرية الغش نحو القانون، تهدف الى ضرورة مطاردة الغش أياً كانت الغاية منه وبصرف النظر عن كونه القانون الذي أراد الافراد التهرب منه هو قانون القاضي أم قانوناً اجنبياً، فضلاً عن ذلك فإن أطراف العلاقة القانونية، سواءً قصدوا التهرب من قانون

(1)Henri Batiffol, paul Lagarde: Droit international privé. Septicemia edition. Tom 1, Librairie de droit et de Jurisprudence, paris.1981.

مشار اليه لدى د. اشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص242.

(2) ينظر: د. محمود جمال الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص146.

(3) ينظر حكم محكمة النقض الفرنسية، في 18 / 3 / 1878، في قضية الامير دي بوفر مون، وهو الحكم الذي تبلورت فيه نظرية الغش نحو القانون، إذ ذهب هذا الحكم الى قبول الدفع بالغش نحو القانون لكون الغش وقع على احكام القانون الفرنسي دون غيره. ينظر في تفاصيل هذا الحكم د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص559.

(4) نصت المادة"4/12" من القانون الدولي الخاص الاسباني على أنه" يعتبر تحايلاً على القانون استعمال إحدى قواعد التنازع بغية التخلص من قانون اسباني أمر" ، كما نصت المادة"1/8" من القانون الدولي الخاص المجري على أنه" لا محل لتطبيق القانون الأجنبي الذي يستند اختصاصه الى عنصر أجنبي خلقه الأطراف على نحو اصطناعي أو صوري تحايلاً على الحكم التشريعي الذي يحكم عادة الحالة المعروضة"، وكذلك نصت المادة"31" من القانون المدني الجابوني على أنه" لا يجوز التمسك بمركز قانوني نشأ بتطبيق قانوناً اجنبياً لم يكن مختصاً الا يطبق الغش نحو القانون الجابوني". ويبدو أن نصوص تلك القوانين ذهبت الى اعمال نظرية الغش نحو القانون في حالة ما يكون القانون الذي يريد التهرب من احكامه هو القانون الوطني دون غيره. ينظر في ذلك د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص755-756.

القاضي ام غيره، فإن الغش في هذه الحالة يكون موجهاً لقانون القاضي، لكون القانون الأجنبي يحدد اختصاصه من خلال قاعدة الاسناد الوطنية في دولة القاضي (1).

ويعتقد الباحث أن الاتجاه الثاني هو جدير بالتأييد لكونه يتصدى للغش نحو القانون، سواءً أكان ذلك الغش موجه الى قانون القاضي أم القانون الأجنبي المختص من منطلق قاعدة الغش يفسد كل شيء، مما يجب على الجميع أن يتصدى لمواجهة هذه الحالة، وهو ما ذهب اليه الفقه الحديث مؤيداً من قبل القضاء الحديث.

بقي للباحث أن يتساءل عن اعمال الدفع بالغش نحو القانون، هل يلزم لذلك أن ينصب الغش على قاعدة أمره من قواعد القانون الملزمة أم أن القواعد المكملة تكفي لإثارة هذا الدفع إذا ما انصب الغش عليها، يبدو أن هذه المسألة هي الأخرى لم تكن موضع اتفاق الفقه بل تنازعها اتجاهان، ذهب الأول وهو الفقه التقليدي الى أن اعمال نظرية الغش نحو القانون لا يمكن قبوله الا إذا كانت القواعد التي يسعى أطراف العلاقة الى التهرب منها هي الأمره وليست المكملة (2).

وذهب الاتجاه الآخر الى أن اعمال هذه النظرية لا يقتصر على كون القواعد القانونية التي يروم الأطراف التهرب منها هي قواعد أمره، بل أن القواعد المكملة هي الأخرى تجد لها تطبيقاً في هذه النظرية، ويستند أصحاب هذا الاتجاه على حجة مفادها، أن العبرة بالغرض الذي يهدف اليه أطراف العلاقة من تصرفهم ولا يهم بعد ذلك أن يكون التهرب من قاعدة أمره أو مكملة (3). ويستلزم البحث أن يتطرق الباحث الى نطاق أعمال نظرية الغش نحو القانون من حيث الموضوع الذي تثار فيه، هناك من يرى أن النطاق الطبيعي لإعمال هذه النظرية من حيث الموضوع هو المسائل الخاصة بالأحوال الشخصية، الزواج، والطلاق لكونها تعتمد على ضابطين، ضابط الجنسية، وضابط الموطن (4)، على اختلاف التشريعات (5)، بينما ذهب جانب آخر الى أن هذه النظرية يمكن إعمالها في جميع المسائل المتعلقة بتنازع القوانين، كالزواج، والعقود، والفعل الضار والنافع، والالتزامات التعاقدية (6).

- (1) ينظر: د. اشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المصدر نفسه، ص243.
- (2) ينظر: د. محمود جمال الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص147. د. عصام الدين القصي، ود. رشا علاء الدين، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص262.
- (3) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص759.
- (4) ينظر: د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص497-498.
- (5) في الواقع أن معظم التشريعات العربية أخذت بضابط الجنسية في مسائل الاحوال الشخصية، ومنها العراق ومصر، كما أخذ بذلك التشريع الفرنسي، بينما ذهبت الدول الأنجلو امريكية الى الاعتماد على ضابط الموطن. لمزيد من التفاصيل ينظر د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص352.
- (6) ينظر د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص243.

ويعتقد الباحث بأحقية الاتجاه الذي يذهب الى أن نظرية الغش نحو القانون يمكن إعمالها في جميع الموضوعات المتعلقة بتنازع القوانين، ومنها الالتزامات التعاقدية، فإرادة الأطراف وان كانت حرة في اختيار القانون الذي يحكم الفسخ الجزئي للعقد، ولكن هذه الحرية ليست مطلقة، كما توصل اليه الباحث في موضع سابق من الدراسة عند الحديث عن الأساس القانوني للإرادة، بل مقيدة بتوافر الصلة المعقولة، بين العقد والقانون المختار، ومتى ما كان هذا القانون يتعارض مع مصالح أحد الأطراف أو كليهما فانهم يحاولون التهرب من احكامه عن طريق اختيار قانون لا يمت بصلة لا للمتعاقدين ولا للعقد.

## الفرع الثاني

### شروط اعمال الغش نحو القانون واثاره

من خلال ما ورد لنظرية الغش نحو القانون من تعريفات، مضمونها تغيير إرادي في ضوابط الأسناد بقصد التهرب من احكام القانون المختص، سواءً أكان قانون القاضي أم قانوناً أجنبياً يبدو أن لإعمال الدفع بالغش نحو القانون توافر شروط منها مادية تتمثل بالتغيير الإرادي لضوابط الاسناد، وأخرى معنوية تتمثل بتوفر القصد في الغش من خلال استعمال طرق احتيالية للتهرب من أحكام القانون المختص، كما أن اثاراً تترتب على إعمال تلك النظرية إذا توافرت شروط الدفع بها تتمثل باستبعاد القانون الذي اختاره الأطراف<sup>(1)</sup>، وعليه سيقسم الباحث هذا الفرع على فقرتين يبين في الأولى، الشروط الواجب توفرها لإعمال نظرية الغش نحو القانون، أما الفقرة الثانية سيبين فيها الآثار التي تترتب على الدفع بهذه النظرية وعلى النحو الآتي..

#### أولاً: شروط اعمال نظرية الغش نحو القانون..

يعد الغش نحو القانون قيداً على حرية الإرادة إذا ما حاول الأطراف التهرب من احكام القانون المختص الى قانون آخر يكون مختصاً ببناءً على الغش لكونه ينسجم مع مصلحتهم، أو مصلحة أحدهم، وتجد نظرية الغش نحو القانون تطبيقاً لها في مجال العقود الدولية التي تعطي حق الاختيار لأطراف العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق، لكون تلك الإرادة ضابط اسناد في قاعدة التنازع الوطنية، دون الاعتماد بشكل كلي على مبدأ سلطان الإرادة الذي يجعل تلك الحرية مطلقة<sup>(2)</sup>، ويشترط لإعمال نظرية الغش نحو القانون توافر شرطين هما: شرط مادي يقضي بإجراء تغيير إرادي، وآخر معنوي يتمثل بتوافر نية الغش، وهو ما سيبينه الباحث تباعاً:

(1) ينظر د. مصطفى كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الاجانب، مادة التنازع، مصدر سابق، ص338.

(2) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص355. وينظر كذلك: د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص125.

1- الشرط المادي " تغيير مادي في ضابط الاسناد":.

يشترط لإعمال الدفع بالغش نحو القانون أن يتوفر الشرط المادي المتمثل باستخدام طرق احتيالية في سبيل التوصل الى التغيير الإرادي لضوابط الأسناد القابلة للتغيير وبالتالي يتغير تبعاً لذلك القانون الواجب التطبيق، ولا يمكن اعمال هذا الدفع الا في الحالات التي تتدخل فيها الارادة تدخلاً جوهرياً في ضابط الأسناد، كتغيير الجنسية لطرفي العلاقة أو موطنهما (1).

كما يجب لإعمال هذا الدفع أن يكون التغيير الارادي الذي طال ضوابط الأسناد مشروعاً في ذاته، كأن يكون تغيير الجنسية أو الموطن، أو موقع المال المنقول وفقاً للشروط القانونية المعمول بها في مختلف التشريعات، إذ ينتفي الاستناد الى هذا الدفع إذا كان التغيير بطريقة غير قانونية (2)، وقد اثار مشروعية التغيير الارادي حفيظة البعض من الفقه، إذ انكر هؤلاء أن للغش اثره في مجال التنازع لكونه استعمالاً مشروعاً لحق أو رخصة (3)، كما لو قام الأطراف بتغيير بلد ابرام العقد التجاري، لأن ذلك لا يعد في ذاته عملاً غير مشروع، لكن اغلب الفقه يذهب الى العكس من ذلك، ويؤيد اعمال الدفع بالغش نحو القانون مع أنه يعترف باستعمال المتعاقدين وسيلة مشروعاً، مستنداً في ذلك الى الغرض غير المشروع الذي انصرفت اليه إرادتهم، والمتمثل بالتهرب من احكام القانون المختص بحكم النزاع (4).

كما يشترط أن يكون التغيير الارادي في ضابط الأسناد حقيقياً لا صورياً، إذ أنه من الممكن تجنب الأثر المترتب على التغيير الصوري من خلال التمسك بأحكام الصورية، فالموطن بوصفه ضابط للإسناد لا يعتد به مالم يكن متفقاً وحقيقة الواقع، لذا لا يمكن تحديد الموطن بصورة مصطنعة لأنه لا مجال لإعمال هذا الدفع حتى وإن استطاع الشخص تغيير موطنه بطريقة صورية، فلا عبرة بغير الموطن الحقيقي أو الفعلي (5)، وتطبيقاً لذلك فلو أرادت إحدى الشركات التهرب من بعض احكام قانون القاضي بوصفه قانون مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، فاتخذت مركزاً صورياً للإدارة في دولة أخرى حتى تخضع لقانونها، فلا يمكن في هذه

- (1) ينظر: د. حسن محمد الهداوي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص128.  
 (2) ينظر: د. غالب علي الداودي، ود. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، وتنفيذ الاحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص199. د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص761. د. حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص92.  
 (3) ينظر: د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص221. د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص340.  
 (4) ينظر: د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص408. د. حفيظة السيد حداد، مصدر سابق، ص316. د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص503.  
 (5) ينظر: د. بيار ماير- فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة د. علي محمود مقلد، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، 2008، ص254.

الحالة اعمال الدفع بالغش نحو القانون لأن التغيير الذي طال ضابط الموطن هو تغيير صوري، إذ يبقى في هذه الحالة موطنها محكوماً بمركز إدارتها الفعلي، فلا يكون أمام القاضي سوى تجاهل الوضع الظاهر والاعتداد بالوضع الحقيقي، ونتيجة لذلك يعد الدفع بالغش هو دفع احتياطي لا يتم اللجوء اليه، الا في الحالة التي لا يكون بالإمكان أبطال التصرف القانوني (1).

مما تقدم يتضح للباحث أن الشروط المادية الواجب توفرها لإعمال الدفع بالغش نحو القانون تتمثل في قيام الأطراف بالتغيير الارادي في ضوابط الأسناد للتهرب من احكام القانون الواجب التطبيق، سواءً أكان ذلك قانون القاضي أم قانوناً أجنبياً، كما يرد على شرط التغيير الارادي لضوابط الأسناد قيدان مهمان هما، أن يكون التغيير فعلياً أي حقيقياً ولا عبرة بالتغيير الصوري، كما يجب أن يكون مشروعاً، أي وفقاً للضوابط القانونية التي نصت عليها التشريعات، والا فلا مجال لإعمال هذا الدفع إذا كانت الوسيلة غير مشروعة.

## 2- الشرط المعنوي " نية الغش نحو القانون":.

إن توفر العنصر المادي المتمثل بالتغيير الارادي لضوابط الأسناد لا يكفي للتمسك بالدفع بالغش نحو القانون بل من الضروري توفر العنصر الآخر وهو نية الغش، تلك التي من خلالها يتم اخراج العلاقة القانونية من نطاق اختصاص قانون ما واخضاعها لقانون آخر (2)، ويطلق الفقه على هذا الشرط بالعنصر المعنوي لأنه لا يقوم على اجراء مادي قابل للحس، وإنما أساسه شيء معنوي هو النية، لذلك فان نظرية الغش نحو القانون لا تتحقق في الواقع الا إذا انصرفت نية الأفراد الى تحقق هدف لم يكن بالإمكان الوصول اليه بموجب القانون الواجب التطبيق اصلاً ويعبر عن ذلك البعض من الفقه، بأن يكون التهرب من القانون الواجب التطبيق هو الهدف، أو الباعث الدافع من التغيير في ضابط الأسناد، بصرف النظر عن نتيجة هذا التغيير (3).

وبالرغم من الأهمية التي يحظى بها هذا الشرط، لكنه تعرض للانتقاد من بعض الفقه، لكونه صعب الإثبات، إذ يتوجب على القاضي المعروض عليه النزاع أن يبحث في خفايا النفس، وهي من الأمور التي من الصعب اثباتها، فضلاً عن تعارض تلك الاعمال مع هدف القانون وحقيقته، فهو ينظم علاقات الأفراد وسلوكهم الخارجي، ولا شأن له بالنوايا والبواعث الباطنية، وعلى أية حال فإن هذه الانتقادات لم يكن لها تأثير حقيقي على أهمية هذا الشرط إذا ما

(1) ينظر: د. مصطفى كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الاجانب، مادة التنازع، مصدر سابق، ص341.

(2) ينظر: د. علي هادي العبيدي، التحايل على القانون، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الاسلامي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، 1995، ص18.

(3) ينظر: د. محمود جمال الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص143-144. وينظر كذلك: د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص763.

توفرت لدى القاضي أو المحكم المعروض عليه النزاع بعض القرائن والأدلة التي يعتمد عليها في استخلاص تلك المسائل (1).

ومن القرائن المعتمدة في التأكد من تحقق نية الغش، حالة التلازم الزمني بين الاجراء المادي المتمثل بتغيير ضابط الأسناد وبين القيام بالتصرف المراد اخضاعه للقانون الجديد (2)، كما لو أقدم أحد أطراف العلاقة على اكتساب جنسية جديدة، ثم قام بعدها مباشرة بتحديد قانون جنسيته الجديد لحكم عقده الباطل في قانون جنسيته القديم، فاذا تبين للقاضي من خلال الدعوى أن تغيير أحد الأطراف لجنسيته كان هدفاً للتهرب من احكام القواعد القانونية في دولة القاضي، والتي من المفترض أن تكون اكثر القوانين ملائمة لطبيعة العلاقة المطروحة، والخضوع لقواعد قانونية تابعة لدولة أخرى كان عليه اعمال الدفع بالغش نحو القانون واستبعاد الجنسية الجديدة. كما تعد من القرائن التي يستعين بها القاضي للكشف عن نية الغش لدى اطراف العلاقة، التسهيلات الاستثنائية التي يمنحها القانون الذي سيطبق على العلاقة العقدية بعد تغيير ضوابط الأسناد، كما تعد من القرائن التي يستعين بها القاضي المصلحة التي يحققها القانون الذي تشير اليه ضوابط الأسناد بعد التغيير لمن قام بها (3).

وبما أن نية الغش تعد من المسائل الكامنة بالنفس، والتي يعود تقديرها لقاضي الموضوع الذي قد يتعسف في استخدام السلطة أو يسئ استعمالها، فما مدى سلطة القاضي في الكشف عن النية، هل هي خاضعة لرقابة المحكمة المختصة أم لا، صحيح وكما اسلفنا أن الكشف عن نية الغش من عدمه تعد من مسائل الواقع التي يعود تقديرها لمحكمة الموضوع، الا أنه لا ينفي اعتبار الغش في حد ذاته خرقاً واخلالاً بقاعدة قانونية، هي قاعدة التنزع، لذلك فان تقدير مدى الاخلال ودرجة نية الغش والعناصر المكونة لها قانوناً، وعدم الاعتداد بالنتيجة المبتغاة تعد من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة التمييز الاتحادية بحسب القانون العراقي، ومحكمة النقض بحسب التشريع المصري والفرنسي، لأن ذلك يعد من قبيل التكييف القانوني للوقائع (4).

(1) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنزع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص560. وينظر: كذلك د. سامي بديع منصور، د. نصري انطوان ذياب، د. عيدة جميل غضوب، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص التشريعي، ج1، ط1، مؤسسة مجد الجامعية للنشر، 2009، ص935.

(2) ينظر: د. محمد خيرى كصير، مصدر سابق، ص158. مرتضى عبد الحسين جابر، تعذر اعمال قواعد الأسناد الوطنية، مصدر سابق، ص148. د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، مصدر سابق، ص150.

(3) ينظر: د. محمود جمال الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص142.

(4) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص767. د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص509.

ثانياً: آثار الغش نحو القانون:

إذا توافرت الشروط اللازمة لإعمال نظرية الغش نحو القانون، المتمثلة بالتغيير الإرادي لضوابط الأسناد بقصد التهرب من الاحكام الواردة في القانون الذي يجب تطبيقه، وإعطاء الاختصاص الى قانون آخر لم يكن مختصاً بحكم النزاع، تترتب على ذلك آثاراً قانونية، منها ما يكون سلبياً يتمثل باستبعاد القانون الذي تم التحايل لصالحه، ومنها ما يكون إيجابياً يستتبع الأثر السلبى، وذلك لحدوث نزاع قانوني، مما يقتضي سد هذا الفراغ بتطبيق القانون الذي سعى الأطراف الى التهرب من أحكامه، سواء أكان ذلك قانون القاضي أم قانوناً اجنبياً<sup>(1)</sup>، وعليه سيبين الباحث ذلك في فقرتين، يتناول في الأولى الأثر السلبى للدفع بالغش نحو القانون، أما الفقرة الثانية سيخصصها للأثر الإيجابي، وعلى النحو الآتي:

#### 1- الأثر السلبى " استبعاد القانون المختص عن طريق الغش":

يتمثل الأثر السلبى الذي يترتب على اعمال نظرية الغش نحو القانون، باستبعاد القانون الذي سعى الأطراف وبطرق احتيالية إعطائه الاختصاص لحكم العلاقة القانونية من خلال تغيير ضوابط الأسناد الوطنية<sup>(2)</sup>، ولكن التساؤل الذي يثار بهذا الصدد هو الى أي مدى يمكن اعمال هذا الاستبعاد، إذ وكما هو معلوم أن التهرب من احكام القانون المختص يتطلب تغيير ضوابط الأسناد، وجعلها تعطي الاختصاص لقانون آخر، كما لو غير أحد المتعاقدين جنسيته، أو موطنه، فهناك وسيلة يتم من خلالها الغش نحو القانون، ونتيجة تترتب عليها، وهي التهرب من احكام القانون المختص، فالأثر السلبى للدفع بالغش نحو القانون هل يقتصر على النتيجة التي تترتب على استعمال الطرق الاحتيالية، أم أنها تطال الوسيلة والنتيجة على حدٍ سواء، في الحقيقة إن هذه المسألة لم تكن محل وفاق لدى الفقه إذ تنازعها اتجاهان.

ذهب الاتجاه الأول الى أن أثر الغش يطال الوسيلة والنتيجة معاً، أي يستبعد القانون الذي ثبت له الاختصاص بواسطة الغش عند تغيير الجنسية مثلاً ويطبق بدلاً عنه القانون المختص، وتلغى الجنسية الجديدة التي اكتسبها الشخص، ويستند انصار هذا الاتجاه الى أن العمل القانوني يكون وحدة واحدة، فمن غير المتصور تجزئته، من خلال الاعتراف ببعض الآثار التي تترتب

(1) ينظر: د. اشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص مصدر سابق، ص244. د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص408.

(2) ينظر: د. حسن محمد الهداوي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص129، د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص340.

على الغش دون البعض الآخر، إذ ينبغي أن يكون الجزاء شاملاً لجميع الآثار التي تترتب على أعمال نظرية الغش (1).

في حين ذهب الاتجاه الثاني الى أن أثر الغش يقتصر فقط على عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي يسعى اليها الأطراف بتغيير ضوابط الأسناد دون الوسيلة لكونها تمت بطريقة قانونية ومشروعة في ذاتها ولا تنطوي على أية مخالفة للقانون (2).

وقد تعرض هذا الاتجاه الى سهام النقد، إذ عدّ البعض أن ما ذهب اليه هذا الاتجاه يجافي المنطق القانوني السليم لكونه يؤدي الى خلق أوضاع قانونية تنتج اثاراً متناقضة، كما لو تجنس أحد الأطراف بجنسية جديدة بهدف التهرب من احكام القانون المختص، فإنه يبقى خاضعاً للقانون الأخير بالنسبة للنتيجة التي أراد تحقيقها، من خلال تغييره غشاً لضوابط الأسناد، في حين يخضع لجنسيته الجديدة بالنسبة للآثار الأخرى، وهو ما سوف يؤدي الى جعل المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة غير مستقرة (3).

ويعتقد الباحث بأحقية ما ذهب اليه أنصار الاتجاه الثاني، ذلك الذي يذهب الى أن أثر الدفع بالغش نحو القانون، ينصرف الى النتيجة التي قصد المتعاقد الوصول اليها من خلال تغييره لضوابط الأسناد، دون الوسيلة المستعملة للوصول الى تلك النتيجة لكونها تمت بطريقة قانونية لا يملك القاضي إبطالها لكونها لا تدخل ضمن صلاحيته.

## 2- الأثر الإيجابي " للدفع بالغش نحو القانون" .:

يترتب على استبعاد القانون الذي اسند له الاختصاص غشاً بواسطة الطرق الاحتياطية نشوء فراغ قانوني يتعين معالجته، بإسناد الاختصاص الى قانون آخر يحكم العلاقة القانونية ويجمع الفقه والقضاء، على إعادة الاختصاص الى القانون الواجب اصلاً، والذي سعى الأطراف الى التخلص من احكامه، باعتبار أن الغش نحو القانون يعد اعتداء على قاعدة التنازع الوطنية، واهداراً للاعتبارات التي تقوم عليها حاجة المعاملات الدولية واعتبارات العدالة، لذلك يجب إعادة الاختصاص الى القانون الذي اشارت اليه تلك القاعدة قبل حصول التلاعب في

(1) ينظر: د. فؤاد عبد المنعم رياض، ود. سامية راشد، مصدر سابق، ص116. د. محمود جمال الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص149.

(2) Niboyet, Traite de droit international pride Francis, t III, 1944.n, 1090, p657. مشار اليه لدى قرني جنيدي، نطاق تطبيق قواعد الاسناد الوطنية، أطروحة دكتوراه، مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2018، ص318. وينظر كذلك: د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص340.

(3) ينظر: د. محمود جمال الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص148.

ضابط الاسناد واحلاله محل القانون الذي انتقل اختصاصه، وهذا الحل يؤدي الى عدم نفاذ النتيجة التي تحققت بموجب القانون الأخير (1).

وبما أن قاعدة التنازع الوطنية مزدوجة الجانب، لأنها تشير في حالات معينة الى إعطاء الاختصاص الى قانون القاضي، كما تشير في حالات أخرى الى إعطاء الاختصاص الى قانون اجنبي آخر، لذلك فإن الأثر الإيجابي للدفع بالغش نحو القانون قد يؤدي الى تطبيق قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع محل القانون المستبعد، كما يؤدي الى حلول قانون أجنبي محله (2) ، وهو ما يؤيده الفقه الغالب، كون الغش نحو القانون ما هو الا تعطيل لتطبيق القانون الذي تشير اليه قاعدة التنازع التي تم التلاعب في ضابط الأسناد فيها، ومن ثم إعادة الاختصاص الى القانون الذي أراد الأطراف التخلص من احكامه، بصرف النظر عن طبيعة هذا القانون سواءً أكان قانوناً وطنياً أم قانوناً اجنبياً (3).

خلاصة القول أن النظام العام يعد قيدياً على حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي للعقد، إذ يتم من خلال الدفع به استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف، إذا كان مخالفاً لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي، كما أن الدفع بالغش نحو القانون هو الآخر يعد قيدياً على حرية الإرادة، خصوصاً في الحالات التي تشترط فيها توافر الصلة بين العقد والقانون المختار، إذ في هذه الحالة يتم التحايل على شرط الصلة الواجب توفره في القانون المختار، من خلال تغيير ضوابط الاسناد، وإيجاد صلة بغية التهرب من الصلة الحقيقية، كما لو قام المتعاقدان بتغيير بلد الابرام تهرباً من القانون المختص.

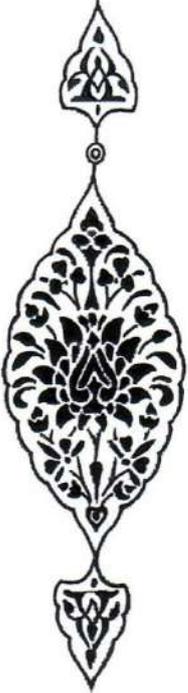
---

(1) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص766.  
(2) ينظر: د. صلاح الدين الجمال، القانون الدولي الخاص، الجنسية، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص370.  
د. احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص568.  
(3) ينظر: د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص515. د. محمود جمال الكردي، تنازع القوانين مصدر سابق، ص152.

## الفصل الثاني

القانون المطبق على الفسخ الجزئي في ظل

قواعد الاسناد الاحتياطية



## الفصل الثاني

## القانون المطبق على الفسخ الجزئي في ظل قواعد الإسناد الاحتياطية

أن مبدأ قانون الإرادة يعد من المبادئ المسلم بها في أغلب التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، لذلك فإن أطراف العقد التجاري الدولي لهم الحرية في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم وهذا الاختيار أما أن يكون صريحاً من خلال تضمين العقد بنداً يتم فيه تحديد القانون الذي يجب تطبيقه سواءً أكان ذلك عند أبرام العقد أم بعد ذلك حتى وإن كان بعد حصول النزاع، وقد يكون الاختيار ضمناً يستطيع القاضي أو المحكم التعرف عليه من خلال قرائن ومؤشرات<sup>(1)</sup>، تعينه على ذلك<sup>(2)</sup>.

فالاختيار سواءً أكان صريحاً أم ضمناً من قبل الأطراف يعد عاملاً مهماً وفعالاً في حل مشكلة تنازع القوانين، ولكن غياب هذا الاختيار بنوعيه يؤدي الى ضرورة البحث عن قواعد إسناد احتياطية أخرى لوضع الحلول المناسبة وتقرير الاختصاص التشريعي لقانون دولة معينة<sup>(3)</sup>، إذ ليس للقاضي أو المحكم البحث عن ما يسمى بالإرادة المفترضة للأطراف، ذلك أن إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم الفسخ الجزئي إما أن تكون صريحة أو ضمنية، أما الإرادة المفترضة فهي مجرد وهم ومجاز لا تستجيب للواقع في اغلب الفروض فهي لا تعدو في الحقيقة أن تكون إرادة المشرع أو القاضي الذي عرض عليه النزاع<sup>(4)</sup>.

لذلك ينبغي على القاضي أو المحكم في البحث عن القانون الذي يجب تطبيقه على النزاع اللجوء الى تركيز الرابطة العقدية بإسنادها الى القانون الاوثق صلة بها والذي يشكل على هذا النحو مركز الثقل في الرابطة العقدية معتمداً في ذلك أما على ضوابط جامدة ومحددة سلفاً للمتعاقدين كضابط مكان الأبرام أو تنفيذ العقد أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو الموطن المشترك أو بالاعتماد على ضوابط إسناد مرنة كالتركيز الموضوعي للرابطة العقدية من خلال تحديد طبيعتها الذاتية وهو الذي يسمح بالإسناد المستقل لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة في ضوء فكرة الإداء المميز أي المكان الذي يتم فيه تنفيذ الالتزام الرئيسي الذي يتميز عن غيره من الالتزامات التي يفرضها العقد<sup>(5)</sup>. وعليه سيقسم الباحث هذا الفصل على مبحثين يتناول في المبحث الاول منهج الأسناد الجامد في الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية أما المبحث الثاني سيبين فيه منهج الأسناد المرن في الفسخ الجزئي وعلى النحو الآتي:

(1) ومن المؤشرات الدالة على إرادة طرفي العقد الضمنية تحرير العقد بلغة معينة، فهذا يصلح قرينة دالة على أن المتعاقدين يريدان إخضاع الفسخ الجزئي للعقد لقانون الدولة الناطقة بتلك اللغة، وقد يدل اختيار المتعاقدين لعملة دولة معينة للوفاء، قرينة على اختيار قانون تلك الدولة... الخ، ينظر: سلطان عبد الله محمود الجواري، مصدر سابق، ص70.

(2) ينظر: د. حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص377.

(3) ينظر: د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، مشكلات انفاذ وتنازع قوانين الملكية الفكرية، مصدر سابق، ص110.

(4) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص533.

(5) ينظر: د. ابو العلاء النمر، المختصر في تنازع القوانين، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص164.

## المبحث الاول

## منهج الأسناد الجامد في الفسخ الجزئي للعقد التجاري الدولي

يعني منهج الأسناد الجامد بأن المشرع يتولى بنفسه تحديد ضوابط إسناد تلزم القاضي المرفوع أمامه النزاع بأن يطبق قانوناً محدد مسبقاً في حالة سكوت الإرادة عن اختيار القانون الذي يجب تطبيقه على الفسخ الجزئي صراحة أو ضمناً، وعليه فإن الأسناد الجامد يعبر على هذا النحو عن وجهة نظر المشرع عندما يرى اقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية، كقانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة لهما، أو قانون دولة أبرام العقد أو مكان تنفيذه لذلك اطلق على هذا المنهج بالتشريعي<sup>(1)</sup>.

ومن مميزات هذا المنهج بأنه يكفل للمتعاقدين فرصة العلم المسبق بالقانون الذي يجب تطبيقه على الفسخ الجزئي للعقد عند سكوتهم عن اختياره، كما يحقق لهم الأمان القانوني ويصون بذلك توقعاتهم المشروعة من ناحية، ويجنبهم ما قد يثيره سكوتهم عن تحديد القانون الذي يحكم العقد، وما ينتج عنه من اعطاء سلطة للقاضي في هذا التحديد الذي يمكن أن يخل بتوقعات الأطراف من ناحية أخرى، وقد تعرض هذا المنهج للانتقاد بالرغم مما قيل فيه من المزايا بحسب البعض لكونه يتجاهل الطبيعة الذاتية للعلاقة العقدية محل النزاع أو لظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة<sup>(2)</sup>.

وقد تبنت هذا المنهج المدرسة اللاتينية ومنها فرنسا قبل انضمامها لاتفاقية روما، سنة 1980، والتي حل محلها تنظيم روما 1، لسنة 2008، والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، إذ يحدد القاضي القانون الذي يحكم الفسخ الجزئي في حالة عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية وفق فكرة تركيز العقد للقانون الاوثق صلة به<sup>(3)</sup>.

ولم تكن القوانين الوطنية التي تبنت هذا الاتجاه على وتيرة واحدة في تحديد العنصر الأهم من بين عناصر الأسناد التي يعتمد عليها في تحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب الإرادة، فعن موقف المشرع العراقي وجد الباحث أن قواعد التنازع تقضي بإخضاع الفسخ الجزئي للعقد التجاري الدولي عند غياب الاختيار الارادي لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فأن اختلف موطن كل منهما، فقانون البلد الذي تم فيه العقد هو الذي يجب تطبيقه، وهو ما نصت عليه المادة "1/25" من

(1) ينظر: سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية" دراسة مقارنة"، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، 2006، ص133.

(2) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص549-550.

(3) ينظر: د. باسم سعيد يونس، مصدر سابق، ص195.

القانون المدني العراقي بقولها " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد...." (1).

وبغية الالمام بشتات هذا الموضوع لابد من بيان جميع ضوابط الأسناد الجامدة التي اعتمدت عليها العديد من التشريعات في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي، وبيان موقف تلك التشريعات من ذلك فضلاً عن اختلافها في الافضلية أو الاولوية في ترتيب هذه الضوابط ، لذلك ارتأى الباحث أن يتناول تلك الأخيرة في مجموعتين الاولى تتعلق بالمتعاقدين والأخرى تتعلق بالعقد، وعليه سيقسم هذا المبحث على مطلبين يوضح في الاول منها قواعد الاسناد الخاصة بالمتعاقدين أما قواعد الأسناد الخاصة بالعقد سيبينها في المطلب الثاني وعلى النحو الاتي:

### المطلب الاول

#### قواعد الاسناد الخاصة بالمتعاقدين

اعتمدت التشريعات الوطنية ضوابط اسناد احتياطية في تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على الفسخ الجزئي للعقد عند غياب الاختيار الصريح أو الضمني، كتلك التي تكون خاصة بالمتعاقدين كالموطن المشترك لهما، وضابط الجنسية المشتركة، إذ وجد الباحث أن هناك تبايناً واضحاً في الاعتماد عليهما، فمن يرحج قانون الموطن المشترك للمتعاقدين له دلائل واسانيد يعتمد عليها، أما القوانين التي ترجح قانون الجنسية المشتركة هي الأخرى تعتمد على حجج تجعلها تقتنع بأنه الضابط الارجح في ذلك، ومن أجل التعرف على هذين الضابطين، ومزايا اعتماد أي منهما في تحديد القانون الواجب التطبيق، والانتقادات التي وجهت لكل منهما، سيقسم هذا المطلب على فرعين يبين في الاول قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أما الفرع الثاني سيخصصه لقانون الجنسية المشتركة وعلى النحو الاتي:

### الفرع الاول

#### قانون الموطن المشترك للمتعاقدين

أورد الفقه عدة تعريفات تبين معنى الموطن، إذ عرفه الفقيه ستوري بأنه " الجهة التي أتخذها الانسان مأوى له بصفة حقيقة وثابتة ومستمرة وجعل فيه مركز اشغاله وإذا غاب عنه كان عنده نية العودة اليه"، كما عرفه الفقيه سافيني بأنه " المحل الذي يختاره الشخص اختياراً حراً ليسكن فيه نهائياً

(1) تبني هذا الاتجاه أي منهج الأسناد الجامد العديد من التشريعات الوطنية، كالقانون الدولي الخاص التركي الصادر في 20 ايار 1982، في المادة 24 منه ، كما نصت المادة "2095" في البيرو والنافذ 1984/11/14، وقد اخذ بهذا الاتجاه القانون المدني الايطالي رقم 218 والصادر سنة 1995 في المادة "25" منه قبل دخول معاهدة روما حيز النفاذ، والقانون المدني البرتغالي في المادة "42" منه، والقانون المدني الاسباني في المادة " 5/10" منه، والقانون المدني الاردني في المادة " 20" منه، مشار الى ذلك لدى د. احمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص440. و د، أشرف وفا محمد الوسيط في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص517.

وليكون مركزاً لصلاته القانونية ولأشغاله"<sup>(1)</sup>، وقد عرفه "دايسي" بأنه "الجهة أو البلد الذي هو في الواقع المأوى النهائي للشخص ولكن يجوز أن يكون في بعض الاحيان الجهة أو البلد الذي يعتبره القانون مأوى له سواء أكان مقيماً فيه أم لا"<sup>(2)</sup>؛ ويظهر من خلال ذلك انهم في تلك التعريفات اتفقوا على أن الموطن هو الحيز الجغرافي أو المنطقة الاقليمية التي يقصد الشخص أن يتخذها مقاماً أو مقراً للعمل وهذا يعني أن الموطن من جهة هو المكان الذي يقيم فيه الشخص بنية البقاء مدة غير محدودة ومن جهة أخرى هو مقر إدارة الاعمال وفيه تتركز صلاته العائلية والمهنية<sup>(3)</sup>.

والموطن يعد من أقدم الروابط التي تربط الانسان بإقليم ما، فاذا كانت العقيدة الدينية قد سبقت الجنسية في ربط الانسان بمجتمعه، فإن الموطن قد سبق كلاً من العقيدة والجنسية معاً، لكون التوطن يعد الطريق الطبيعي لنسبة الانسان الى مجتمعه، إذ يستقر عادة في المكان الذي يرتبط به وبساكنيه، وللموطن في القانون الدولي الخاص مفهوم يتميز عنه في القانون المدني، إذ ينصرف اصطلاحه في الاول الى توطن الشخص في أي دولة من الدول، بينما أن مدلوله في الثاني مفاده توطن الشخص في دولة معينة دون غيرها<sup>(4)</sup>.

وللموطن في القانون الدولي الخاص ركنان هما الركن المادي الذي يتمثل بعنصر سكن الشخص أو الإقامة الاعتيادية في اقليم دولة معينة، وركن معنوي يتمثل بنية بقاء الاخير في اقليم الدولة لمدة غير محدودة، أي أن الشخص يسكن في هذه الدولة بنية البقاء، وحتى إذا تركها لفترة قصيرة لسبب عارض، فإنه سيعود الى نفس المكان ويجب أن تكون تلك النية قد حصلت بإرادة الشخص نفسه دون أن تكون مفروضة عليه<sup>(5)</sup>.

وقد اختلفت التشريعات الوطنية في بيان معنى الموطن، فمنهم من حدد ذلك بمقر الأعمال، وهو المشرع الفرنسي في القانون المدني لسنة 1804، في المادة "102" والتي جاء فيها، بأن يكون موطن كل فرد فرنسي بالنسبة لاستعمال حقوقه المدنية في المكان الذي يكون فيه مركز اعماله الرئيسي<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: د. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، نشأته مباحثه، مصادره، طبيعته، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2013، ص75.

(2) ينظر: طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الأسناد في عقود التجارة الالكترونية، مصدر سابق، ص136  
(3) ينظر: د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص745. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص429. د. حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص426. د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص363.

(4) ينظر: د. ابراهيم احمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، الموطن ومركز الاجانب، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص7.

(5) ينظر: د. عباس العبودي، شرح قانون الجنسية العراقية رقم 26 لسنة 2006، والموطن ومركز الأجانب، دراسة مقارنة في اطار القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بيروت، 2015، ص199.

(6) وقد ذهب في الاتجاه ذاته القانون الايطالي لسنة 1942، وتحديداً في المادة "43" التي تنص على أنه "يكون موطن الشخص في المكان الذي اتحد فيه المركز الرئيسي لأشغاله ومصالحه.

ومنهم من حدد معنى الموطن بمحل الإقامة<sup>(1)</sup>، وهو ما ذهب اليه المشرع العراقي في المادة "42" من القانون المدني عند تعريفه للموطن بأنه" المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة أو مؤقتة، ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد، كما ذهب الى المعنى نفسه القانون المدني المصري في المادة " 1/40" والتي جاء فيها" 1. الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة. 2. ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن، كما يجوز أن لا يكون له موطن ما".

وجدير بالذكر أن المشرع العراقي لم يشر الى نوع الموطن الذي يعد مشتركاً للمتعاقدين هل هو الموطن العام<sup>(2)</sup>، أم موطن الاعمال<sup>(3)</sup>، أو الموطن المختار<sup>(4)</sup>، إذ أنه من الممكن أن يكون لأحد المتعاقدين أو كليهما موطناً عاماً في دولة معينة وموطن خاص بالنشاط التجاري الذي يزاوله في اقليم دولة أخرى، فأى منهما يتم اعتماده في تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على الفسخ الجزئي للعقد التجاري الدولي إذا ما اخل أحد الطرفين بالتزامه قبل الطرف الآخر وكان العقد مما يجوز فسخه جزئياً، وفقاً لقاعدة المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة<sup>(5)</sup>، لذلك يمكن الاخذ بأي موطن فيما يتعلق بالعقد حتى وان كان ذلك الموطن مختاراً لتنفيذ نشاط تجاري معين.

وبما أن انتماء الشخص لمحل إقامته يحكمه في الأصل نظام قانوني واحد، مثل العراق، ومصر وفرنسا، ولكن الأمر يبدو مختلفاً في بعض الدول الفيدرالية كالولايات المتحدة الامريكية، والمملكة المتحدة، إذ إن هذه الدول تتكون من عدة مقاطعات لكل واحدة منها نظامها القانوني الخاص، فعلى القاضي أو المحكم أن يعتد بمحل إقامة الشخص في ولاية معينة وليس بمحل اقامته في الولايات المتحدة، أو في المملكة المتحدة، وقد استخلص الفقه نوعين لمحل الإقامة هما محل الإقامة الاصلي ويعد الاول للشخص، ويعتمد في ذلك على محل الإقامة لوالده في وقت ولادته أي المكان الذي ولد فيه أو ذلك الذي سكن فيه والداه في ذلك الوقت، أما محل الإقامة الاختياري يتم اكتسابه من خلال اجتماع شئنين معاً، اولهما الإقامة الفعلية في بلد ما، وثانيهما نية الإقامة في هذا البلد مع تزامن الاثنين معاً<sup>(6)</sup>.

وللموطن اهمية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، فيعطى الاختصاص لقانون الموطن باعتباره قانون البلد التي توطن فيه فعلاً أو عُد أنه متوطن

(1) اخذت بعض التشريعات الوطنية بهذا الاتجاه ومنها على سبيل المثال المادة "3" من القانون المدني البرازيلي، والمادة " 32" من القانون المدني السويسري، والمادة " 7" من القانون المدني الالمانى.

(2) الموطن العام" المكان الذي يقيم فيه الشخص بصفة دائمة أو مؤقتة ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد"  
(3) موطن الاعمال" هو المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً له بالنسبة الى إدارة الاعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة"

(4) نصت المادة "45" من القانون المدني العراقي على أنه" 1. يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين. 2. والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الموطن بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا العمل بما في ذلك إجراءات التنفيذ إلا إذا نص صراحة على قصر الموطن هذا على اعمال دون اخرى. 3. ولا يجوز اثبات الموطن المختار الا بالكتابة.

(5) ينظر: نص المادة" 160" من القانون المدني العراقي.

(6) ينظر: د. ابراهيم بن احمد بن سعيد زمزمي، مصدر سابق، ص167.

فيه حتى وأن لم يرق فيه فعلاً<sup>(1)</sup>، لذلك أخذ المشرع العراقي بنظر الاعتبار الموطن المشترك للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يجب تطبيقه، ويرجع القاضي في تحديد ذلك الموطن الى الوقت الذي تم فيه أبرام العقد، وليس الى وقت تنفيذه أو وقت فسخه أو حصول المنازعة فيه<sup>(2)</sup>، وهو ما نصت عليه المادة "1/25" من القانون المدني، إذ وفقاً لذلك اعطى المشرع العراقي في الحالة التي يسكت فيها أطراف العقد عن الاختيار صراحة أو ضمناً الاختصاص لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإذا اختلفا وهو الغالب في عقود التجارة الدولية فقانون بلد الأبرام هو الذي يجب تطبيقه، وقد ذهب المشرع المصري الى ذلك من خلال نص المادة "1/19" من القانون المدني. كما أخذ بذلك القضاء المصري، في إحدى القرارات الصادرة عن محكمة استئناف القاهرة<sup>(3)</sup>.

ويستند الفقه في هذا الخضوع الى عدة مبررات منها، أن الموطن اسبق في الظهور من قانون الجنسية واثبتت التجارب العملية بأنه أكثر صلاحية وأكثر استجابة لحاجات الأطراف، كما أن الموطن يعد مركز مصالح الشخص ومركزه القانوني والمكان الذي يباشر فيه حقوقه ودعواه، فمن المنطقي والطبيعي أن يخضع هذا الشخص لقانون البلد الذي توطن فيه، كما أن هناك حجة عملية مفادها أنه يوفر مزايا عملية كثيرة منها أنه يسهل على القضاة تطبيق قانون الموطن بدلاً من قانون الجنسية الذي قد يخطئون في فهمه أو تفسيره<sup>(4)</sup>، كما أن قانون الموطن يكون معلوماً للأطراف، أي يتوافر لهما الالمام الكافي بإحكامه أكثر من أي قانون آخر، وإن توطن الأطراف في اقليم دولة معينة حتى لو لم يحملوا جنسيتها دليل على وجود مصالحهم فيها ومن ثم فإنه من المناسب خضوعهم لقانون هذه الدولة<sup>(5)</sup>، كما ذهب رأي آخر الى أن السبب الذي حمل المشرع العراقي على أيراد الموطن المشترك للمتعاقدين في الالتزامات التعاقدية هي ضرورات إبرام العقد، فاتحاد القبول بالإيجاب اللازم لتكوين العقد يستتبع التحقق من اتحاد المتعاقدين في الموطن كشرط لازم لوحدة مجلس العقد وانزلهما على حكم الدولة التي تم فيها العقد عند الاختلاف في الموطن وهو الأمر الذي يصبح معه القانون الذي يجب

(1) ينظر: د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومركز الاجانب، ج1، ط3، العاتك لصناعة الكتاب، 2009، ص223.

(2) ينظر: د. جابر ابراهيم الراوي، مبادئ القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الاجانب واحكامهما في القانون العراقي والمقارن، ط2، مطبعة المعارف، بغداد، 1976، ص39.

(3) حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر في 1955/11/22م، الذي جاء فيه أن عدم وجود قواعد للإسناد الداخلي في قانون دولة الجنسية المختص بحكم النزاع من شأنه اقتباس" عدم الإهتمام الى قانون ينتمي اليه الشخص بجنسيته مما يبرر معاملته كما لو كان عديم الجنسية ولذلك يجب الرجوع الى قانون الموطن وفي حال عدم وجود الموطن الى قانون البلد الذي يقيم فيه" ذكره، د. هشام علي صادق، د. عكاشة محمد عبد العال. د. حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، والاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، دار النهضة العربية، 1996، ص135.

(4) ينظر: د. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1992، ص197.

(5) ينظر: طارق عبد الله عيسى المجاهد، مصدر سابق، ص146.

تطبيقه أمراً ممكناً، بخلاف الركون الى ضابط الجنسية الذي يعد امراً عسيراً في كافة الفروض، إذ أنه من النادر في عقود التجارة الدولية تحقق وحدة الجنسية لدى أطراف العلاقة<sup>(1)</sup>.

ولكن بالرغم من المزايا التي قيلت في الموطن المشترك باعتباره ضابطاً احتياطياً يتم اللجوء اليه عند غياب إرادة الأطراف في الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، لم يخلُ من النقد، لكون الاعتماد عليه قد يؤدي الى عدم الوصول للقانون الواجب التطبيق، في الحالة التي لم يكن فيها للمتعاقدین موطن مشترك، وغالبية عقود التجارة الدولية يختلف فيها موطن أحد المتعاقدین عن الآخر<sup>(2)</sup>.

كما أن ما طرح من تبرير لفكرة الموطن المشترك وكونها تؤدي الى معرفة القانون الواجب التطبيق، أمرٌ يمكن رده، لكون الجهل بأحكام القانون الأجنبي لا يعني بحد ذاته الالمام بقانون الموطن، فقد يكون قانون محل الأبرام أو مكان بلد التنفيذ معلوماً لأطراف العقد على نحو مماثل<sup>(3)</sup>، لذلك تضعف أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق في اغلب التصرفات القانونية، كما أن قانون الموطن قد يتعارض مع المصالح الوطنية لدولة المحكمة التي تنظر النزاع، أو لأطراف العقد التجاري الدولي لانعدام الرابطة بين الموطن والعقد أو انعدام العلاقة المباشرة مع تنفيذ العقد<sup>(4)</sup>، كما أن سهولة تغيير الموطن الدولي يثير صعوبة في تحديده واثباته وينعكس ذلك على تحديد القانون المختار، على اساس الموطن المشترك، لذلك فإن قانون الموطن قد لا يمثل الواقع في كثير من الاحيان<sup>(5)</sup>.

ويؤيد الباحث ما ذهب اليه البعض، في أن المشرع العراقي في تطبيقه لقانون الموطن المشترك كضابط يحدد من خلاله القانون الذي يجب تطبيقه على الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية لم يعد يساير الركب والاتجاهات الحديثة سواءً أكانت قوانين وطنية أم اتفاقيات دولية، إذ انها هجرت هذا الضابط وتركته وراء ظهرها ومنها على سبيل المثال اتفاقية فيينا لعام 1980، بشأن عقد بيع البضائع الدولية، والتي نصت المادة "11" منها على انه "تطبق احكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقود بين أطراف توجد اماكن عملهم في دول مختلفة لأطراف العقد".

خلاصة القول يؤكد الباحث وعلى الرغم من المميزات التي ذكرت بشأن ضابط الموطن المشترك في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي، عدم فاعلية هذا الأسناد في تحقيق الأمان القانوني لما قيل بشأنه من نقد، فضلاً عن أن موطن المتعاقدین في عقود التجارة الدولية في الغالب يكون مختلفاً إذا لم يكن دائماً، لذا يدعو الباحث المشرع العراقي الى تعديل نص المادة "1/25"

(1) ينظر: د. باسم سعيد يونس، مصدر سابق، ص 197.

(2) ينظر: طارق عبد الله عيسى المجاهد، المصدر نفسه، ص 147.

(3) ينظر: د. منير عبد المجيد، مصدر ص 103، كما ينظر طلال ياسين العيسى، العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، 1996، ص 117.

(4) ينظر: د. ابراهيم احمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 555.

(5) ينظر: د. باسم سعيد يونس، مصدر سابق، ص 198.

من القانون المدني، ليكون النص المقترح على النحو الآتي : " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من قبل الأطراف صراحة أو ضمناً، وفي حالة عدم الاختيار يسري قانون الدولة الأكثر ارتباطاً بالعقد، ويكون العقد أكثر ارتباطاً بالدولة التي يوجد بها عند إبرامه مكان الإقامة المعتادة للمدين بالإداء المميز، هذا ما لم يتضح للقاضي من ظروف الحال ارتباط العقد بقانون دولة أخرى". وبهذا ينتهي الباحث من الخوض في ضابط الموطن المشترك لينتقل بعدها الى الضابط الآخر الذي يتعلق بالمتعاقدين، وهو ضابط الجنسية المشتركة لأطراف العقد، وما مدى الاعتماد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي في التشريعات الوطنية من عدمه.

### الفرع الثاني

#### قانون الجنسية المشتركة

أن تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي للعقد أما أن يكون صريحاً أي يتفق الأطراف صراحة على القانون الذي يجب تطبيقه، أو ضمناً يعمد القاضي المرفوع أمامه النزاع الى استخلاصه، أي الكشف عن إرادة الأطراف من خلال الاستعانة ببعض القرائن والمؤشرات التي تساعده على ذلك<sup>(1)</sup>، والتي تعد الجنسية المشتركة للأطراف واحدة منها، ولكن هل يمكن الاستعانة بهذه الأخيرة عند غياب الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الذي يجب تطبيقه<sup>(2)</sup>.

ذهبت التشريعات الوطنية الى اتجاهات متعددة، إذ لم يكن موقفها واحداً في مسألة الاعتماد على ضابط الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي من عدمه، ذهب الاتجاه الأول الى عدم الاعتماد بالجنسية المشتركة كضابط للإسناد في اختيار القانون الذي يجب تطبيقه كالمشرع العراقي الذي استعاض عنه بضابط الموطن المشترك بدلالة نص المادة " 25" من القانون المدني الذي يقضي بأنه " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد".

وقد تبني المشرع المصري ذات الاتجاه<sup>(3)</sup>، ويبدو ذلك واضحاً من خلال نص المادة "1/19" من القانون المدني المصري والذي جاء متطابقاً مع المشرع العراقي، أما عن موقف المشرع الفرنسي، فكما بين الباحث سابقاً بأن القانون المدني جاء خالياً من أي نص يعالج القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، أما القضاء الفرنسي فقد اختلف بشأن قانون الجنسية المشتركة،

(1) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، الاصول من التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص1101.  
(2) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص556. ود. عز الدين عبد الله القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص423. د. عصام الدين القصبى، مصدر سابق، ص191.  
(3) نصت المادة 1/19 من القانون المدني المصري على انه " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا سري قانون الدولة التي ابرم فيها العقد"

فاعتبرته بعض أحكام القضاء قرينة على الإرادة المفترضة، بينما اعتبرته أحكام أخرى دليلاً على الإرادة الضمنية أو مركز الأعمال المشترك<sup>(1)</sup>.

وقد تبنت بعض التشريعات الوطنية اتجاهاً آخر يقضي بإسناد الرابطة العقدية الى قانون الجنسية المشتركة للأطراف عند سكوتهم عن اختيار قانون الإرادة صراحة أو ضمناً، وقد اختلفت تلك التشريعات بشأن الافضلية أو الاولوية لقانون الجنسية المشتركة للأطراف المتعاقدة، فالقانون المدني الايطالي<sup>(2)</sup>، قد اعطى لقانون الجنسية المشتركة للأطراف الموقع الاول في الترتيب وفضلها على قانون دولة محل الابرام في تحديد القانون الذي يجب تطبيقه<sup>(3)</sup>.

واستند جانب من الفقه<sup>(4)</sup>، الى مبررات معينة في الاعتماد على ضابط الجنسية المشتركة للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، منها أن قانون الجنسية يضمن الثبات والاستقرار للقانون الذي تم تطبيقه، ولا توجد صعوبة في تحديده، في حين أن هذا الثبات والاستقرار لا يكون متحققاً في الموطن الذي يمكن تغييره بسهولة خلافاً لما عليه الحال في تغيير الجنسية، إذ يترتب عليها اجراءات قانونية يجب القيام بها، كما أن الجنسية تمثل الشعور القومي تجاه القانون الواجب التطبيق.

وهناك من يرى أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصراً مؤثراً في عقود المعاملات الدولية ولا تصلح وحدها أساساً لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود<sup>(5)</sup>، لذلك يصعب الأخذ بإسناد الرابطة العقدية الى قانون دولة الجنسية المشتركة في مجال بعض العقود لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق في تلك الحالة وبين العقد، كما أن الاعتراف بجنسية أطراف العقد يتطلب التحقق من هويتهما، فضلاً عن تحديد اماكن تواجدهم لحظة أبرام العقد، وهو أمر يصعب التحقق منه في بعض العقود<sup>(6)</sup>.

- (1) ينظر د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص405.
- (2) نصت المادة "25" من القانون الدولي الخاص الايطالي رقم 218 لسنة 1995، على أنه" في حالة غياب اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم العقد، فإن الالتزامات الناشئة عن هذه العقود تكون محكومة بقانون الجنسية المشتركة اذا اتحدت جنسيتهم، فإذا لم تتحد جنسيتهم فإن هذه الالتزامات تكون محكومة بقانون دولة محل الابرام".
- (3) كما اعطى القانون المدني الاسباني الأولوية لقانون الجنسية المشتركة للأطراف من خلال نص المادة "5/10" منه والتي تقرر أن العقد يخضع في ظل غياب اتفاق الأطراف حول القانون الذي يحكمه لقانون الجنسية المشتركة، فإذا اختلفت الجنسية، خضع العقد لقانون الموطن المشترك، فإذا اختلفا موطناً خضع العقد لقانون محل ابرامه.
- (4) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص418، د. عباس العبودي شرح أحكام قانون الجنسية العراقية رقم 26 لسنة 2006، والموطن ومركز الأجنبي، مصدر سابق، ص223. د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجنبي والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية، مصدر سابق، ص84.
- (5) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المصدر نفسه، ص75.
- (6) ينظر: د. سليمان احمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في اطار القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص205.

كما تظهر صعوبة الأخذ بنظام الجنسية المشتركة للأطراف في حالات تعدد الجنسية وانعدامها<sup>(1)</sup>، وما تثيره تلك الحالة من مشكلة تنازع الجنسيات التي تتركز وفقاً للاتجاه التقليدي على قواعد قطعية محددة مسبقاً، أولها اعمال جنسية قاضي النزاع عندما تكون مطابقة لجنسيات الأطراف المتنازعة<sup>(2)</sup>، وأعمال الجنسية الفعلية عندما لا تكون جنسية قاضي النزاع من بين الجنسيات المتنازعة، وعلى عكس ذلك ذهب الاتجاه الحديث الى عدم الاعتماد على قواعد محددة مسبقاً، وبالتالي لا يكون هناك ترجيح لجنسية القاضي أو الجنسية الفعلية، وإذا عرضت على الأخير مسألة تتعلق بنزاع معين فلا ينبغي أن يكون مسيراً أو ملزماً، بل عليه النظر الى المسألة على أنها أولية تابعة لمسألة اصلية تثور من خلالها، ويكون من الأنسب حلها على ضوء اصل المسألة المعروضة من حيث طبيعتها والهدف منها، فالحل هو وظيفي، وينطلق هذا الاتجاه في طرحه للحل الوظيفي من ابراز الانتقادات الموجهة الى مبدأ اعتماد جنسية القاضي أو الجنسية الفعلية وفقاً لنوع الجنسية والمحكمة التي تنظر مشكلة تعدد الجنسيات، إذ أن جنسية القاضي قد لا تكون هي الجنسية الواقعية أو المعبر عنها بالنسبة لأطراف التعاقد أو للعقد، فقد يكون الشخص حاملاً لجنسية معينة دون أن يكون له أدنى ارتباط أو اتصال بالدولة، كما إن الاعتراف بالجنسية يختلف باختلاف المحاكمة التي تنظر في النزاع ، بحسب ما إذا كانت تلك التي يحمل أطراف الخصومة جنسيتها أو محكمة دولة ثالثة، كما أن الاعتراف بجنسية القاضي المرفوع أمامه النزاع قد يشكل عقبة في حالات معينة أولها تتصل بالمعاهدات الدولية عندما تجعل من الجنسية ضابطاً للإسناد في بعض الحالات، وعندما يكون الشخص حاملاً لجنسيات الدول الأعضاء، أما العقبة الثانية تتعلق بتنفيذ الاحكام القضائية، عندما يصطدم برفض قضاء الدولة المطلوب تنفيذ الحكم على اقليمها، عندما يكون الشخص حاملاً نفس جنسية هذه الدولة، وقد يصعب تحديد الجنسية الفعلية عندما يكون حسب العامل المرجح بين الجنسيات المتنازعة<sup>(3)</sup>.

ويقصد بتعدد الجنسيات أن يكون الشخص متمتعاً بجنسية أكثر من دولة في وقت واحد مما يؤدي الى ظهور مشكلة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي استناداً الى معيار الجنسية لذلك يجب على القاضي المفاضلة بين الجنسيات المفروضة لحل النزاع، وقد سعت التشريعات الوطنية

(1) ينظر: د. جابر ابراهيم الراوي، مبادئ القانون الدولي الخاص في الجنسية والمواطن ومركز الاجانب، وتنازع القوانين، المطبعة العالمية، القاهرة، 1962، ص40.

(2) ينظر: طارق عبد عيسى المجاهد، مصدر سابق، ص137.

(3) ينظر: د. عبدة جميل غضوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت ، لبنان، 2008، ص354.

لوضع حلول لما يمكن أن يشوب ضابط الجنسية من إشكاليات، من خلال التمييز بين فرضين، أولهما أن لا تكون جنسية القاضي احدى الجنسيات المتنازعة<sup>(1)</sup>.

يظهر في هذه الحالة التنازع بين الجنسيات لعدم وجود جنسية دولة القاضي، فقد انقسم الفقه في هذه المسألة الى عدة اتجاهات، منهم من فضل الجنسية التي تتفق احكامها مع قانون الجنسية في دولة القاضي، وهو ما يطلق عليه بمعيار الملائمة لمصالح دولة القاضي، والآخر اعطى الافضلية للجنسية التي تكون أقرب الجنسيات لدولة القاضي، وقد رجح آخر معيار الجنسية السابقة وما يترتب عليها من حق مكتسب لا يمكن اهداره طالما أن حصوله على الجنسية الجديدة لا يؤثر على جنسيته الاولى<sup>(2)</sup>.

أما الفرض الثاني فهو الذي تكون فيه جنسية القاضي واجبة التطبيق من بين الجنسيات الاخرى، لكون قواعد الجنسية هي عامة واقليمية التطبيق، لذلك ترفض تلك القواعد أي فكرة للتزاحم، فالمشرع الوطني ينفرد بتحديد شروط اكتساب الجنسية في دولته وشروط زوالها، ثم إن اكتساب الفرد جنسية دولة يمنع قانونها مسبقاً البحث في توافر شروط دولة اخرى، فإن ترجيح جنسية القاضي في هذا الفرض هو تطبيق السلطة القضائية لأوامر مشرعها إذا كانت دولة القاضي من الدول التي ينتمي اليها متعدد الجنسية من الخصوم متجاهلة في الوقت نفسه انتسابه الى أي دولة اخرى، وهو ما نصت عليه اتفاقية لاهاي لسنة 1930، في المادة الخامسة منها<sup>(3)</sup>

ومن خلال ما تقدم يرى الباحث من الصعوبة الاعتماد على تطبيق قانون الجنسية المشتركة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، لأن دوره يقف عند تحديد صفة الدولية في العقد، كما أنه لا يؤدي الا دوراً احتياطياً في تركيز العلاقة العقدية في نطاق نظام قانوني معين، فضلاً عن أن دور الجنسية قليل الأهمية في عقود التجارة الدولية، كون الجنسية التي ينتمي لها أطراف العقد لا تحقق الرابطة الفعلية والوثيقة بين العقد والقانون الواجب التطبيق. بهذا يكون الباحث قد انتهى من بيان ضوابط الاسناد الخاصة بالمتعاقدين لينتقل للبحث في ضوابط الاسناد الخاصة بالعقد.

## المطلب الثاني

### قواعد الاسناد الخاصة بالعقد

يفضل المشرع في بعض القوانين الوطنية أن يحدد مسبقاً القانون الذي يراه أكثر صلة بعقود التجارة الدولية عند سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد صراحة أو ضمناً، باعتبار أن ذلك يحقق

(1) ينظر: د. سامي بديع منصور، د. نصري أنطوان نيا، د. عبدة جميل غضوب، القانون الدولي الخاص تنازع الاختصاص التشريعي، مصدر سابق، ص 296.

(2) POCAR"F" Le droit des obligation dans le nouveau droit international prove it alien, Rev\_crit . Int.Pr.N.1996.345.

(3) نصت المادة " 5 " من اتفاقية لاهاي أنه " يتعين على الدولة التي يوجد بإقليمها فرد يتمتع بعدة جنسيات أجنبية على أن يتمتع بجنسيتها، ويجوز لها في هذا الصدد ان تختار جنسية الدولة التي يوجد فيها محل إقامة الشخص العادية"

للمتعاقدين فرصة العلم المسبق بالقانون الذي سيحكم عقدهم وتحديدًا الفسخ الجزئي فيه، عند سكوتهم عن اختياره، ثم يحقق لهم الأمان القانوني الذي يسعون إليه من جهة أخرى، وهو ما يمثل وجهة نظر المشرع أو القضاء فيما يراه اقرب القوانين صلة بهذا العقد<sup>(1)</sup>، مثل قانون الدولة التي ينتمي لها الأطراف بجنسيتهم أو بموطنهم، وهي ضوابط خاصة بالمتعاقدين بحسب التقسيم الذي تبناه الباحث في ذلك، كما توجد ضوابط أخرى خاصة بالعقد استند إليها المشرع في بعض القوانين، كضابط قانون بلد الأبرام، أو قانون بلد التنفيذ، ولمعرفة الضوابط المحددة مسبقاً عند غياب الاختيار من قبل الأطراف والخاصة بالعقد، وبيان الأفضلية في اختيار كل منهما، وما هو موقف التشريعات الوطنية وآراء الفقه بشأنها، لذلك سيقسم الباحث هذا المطلب على فرعين يبين في الفرع الأول ضابط قانون بلد الأبرام، أما الفرع الثاني سيخصه لضابط قانون بلد التنفيذ وعلى النحو الآتي:

### الفرع الأول

#### إعمال قانون مكان الأبرام في الفسخ الجزئي

حظي ضابط قانون محل الإبرام تأييداً واسعاً من جانب الفقه التقليدي، لاسيما أنه كان الحل السائد في القضاء الفرنسي والانكليزي القديم، منذ أن ظهرت المدرسة الإيطالية القديمة، إذ لم يكن اسناد العقد الى قانون محل أبرامه يقتصر على الناحية الموضوعية فحسب، بل تعدى ذلك الى الشكل أيضاً فصارت تلك القاعدة تطبق على العقد شكلاً وموضوعاً وعلى نحو الزامي دون أن يكون للأطراف الحرية في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم بصفة عامة، والفسخ الجزئي له بصفة خاصة<sup>(2)</sup>.

وقد جرت وكما هو واضح عدة محاولات من أجل بلورة فكرة قانون الإرادة، بإعطاء الأطراف الحرية في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم صراحة أو ضمناً، ولم تنضج ثمرة تلك المحاولات إلا في نهاية القرن التاسع عشر عندها أخذ القضاء الفرنسي والانكليزي بقانون مكان الأبرام عند سكوت الأطراف عن اختيار القانون الذي يجب تطبيقه<sup>(3)</sup>.

وتجدر الإشارة الى أن الفقيه ديمولان سعى الى الفصل بين شكل العقد وموضوعه، إذ اصبح لكل منهما ضابط اسناد خاصاً به، فضلاً عن سعيه الى اخراج العقد التجاري الدولي من نطاق السيادة

(1) ينظر: د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، احكام التنازع الدولي للقوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص119. د. بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ماهيتها القانون الواجب التطبيق عليها. وسائل تسوية منازعاتها، مصدر سابق، ص256.

(2) ينظر: د. حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص426. د. طارق عيسى عبد الله المجاهد، مصدر سابق، ص147.

(3) ينظر: د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص96.

الاقليمية للقانون، تأسيساً على دور الارادة فيه وإمكانية استبعاد بلد الأبرام إذا تبين من الظروف أنه أسناداً عارضاً يقوم على محض الصدفة<sup>(1)</sup>.

وقد برر جانب من الفقه أن تطبيق قانون بلد الابرام، في الحالات التي يسكت فيها أطراف العقد التجاري في تحديد القانون الذي يحكم عقدهم صراحة أو ضمناً، بأنه المكان الاول الذي تتجسد فيه الارادات التي يتمخض عنها ولادة ذلك العقد، وما يترتب على ذلك من صلة قوية بينهما، كما أن بلد الابرام في العادة لا يتعدد إذ يجري عقد الاتفاق ضمن مجلس واحد، لذلك لا يطبق أكثر من قانون على العقد، بل يحفظ قانون بلد الابرام وحدة القانون المطبق على العقد، كما أنه يسهل على المتعاقدين الرجوع اليه للتأكد عند التعاقد من صحة الشروط المزمع ادراجها في العقد<sup>(2)</sup>.

وقد أخذ المشرع العراقي بمكان الابرام في المادة "25" من القانون المدني، عندما لا تكون هناك إرادة صريحة أو ضمنية وقد أعطى المشرع العراقي الاولوية في الترتيب بعد الموطن المشترك للمتعاقدين، إذا اتحد موطنهما، فإذا اختلف وهو الغالب في عقود التجارة الدولية، تكون الافضلية الى قانون مكان الأبرام، إذ يقدّم في هذه الحالة على الموطن، أما المشرع المصري فقد جاء حكمه مطابقاً لما عليه التشريع العراقي، وفقاً لنص المادة "1/19" من القانون المدني<sup>(3)</sup>، أما قواعد التنازع الفرنسي فقد قضت في الأغلب الى إخضاع شكل التصرف لقانون بلد الأبرام، كما يعطي القضاء الانكليزي بعد الانضمام الى اتفاقية روما 1980، التي حل محلها تنظيم روما 2008، 1، أهمية خاصة لهذه القاعدة التي يجب فيها تنفيذ العقد في مكان انعقاده، وبالتالي تطبيقها على العقد من حيث تكوينه وصحته<sup>(4)</sup>.

وقد تبنى هذا الاتجاه العديد من التشريعات الوطنية<sup>(5)</sup>، من خلال اسناد العقد التجاري الدولي الى قانون الدولة التي أبرم فيها العقد عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الذي يجب تطبيقه صراحة أو يستخلصه القاضي بالاعتماد على بعض القرائن والمؤشرات التي تعينه على ذلك، كما أخذت كل من الولايات المتحدة الامريكية بضابط بلد الابرام، من خلال البيان الذي اصدره الوفد الامريكي لدى لجنة القانون في منظمة "ICAO" في 17 ايلول عام 1948م، والذي ورد فيه أن العقد الذي تم في نيويورك

(1) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي، الجنسية والمواطن ومعاملة الاجانب، والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية، مصدر سابق، ص 951.

(2) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص 1105. د. احمد عبد الحميد عشعوش، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1990، ص 113. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 174.

(3) ينظر: نص المادة "25" مدني عراقي، والمادة "19" مدني مصري،  
(4) ينظر: د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص 105. د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مصدر سابق، ص 327.

(5) اخذت العديد من التشريعات الوطنية بقاعدة خضوع العقد لقانون مكان أبرامه نذكر منها على سبيل المثال المادة "1/19" من القانون الاماراتي رقم 25 لسنة 1985، والمادة "20" من القانون المدني الاردني، والمادة "25" من القانون الدولي الخاص الايطالي، والمادة "42" من القانون المدني البرتغالي، والمادة "10" من القانون المدني الاسباني.

يجب أن تحكمه قوانين الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(1)</sup>، لكن هذه التشريعات اختلفت فيما بينها بشأن الافضلية التي تمنحها لهذا القانون، كما هو الحال في ضابط الجنسية المشتركة، إذ ذهب بعضها الى اعطاء بلد الأبرام المرتبة الثانية بعد الموطن المشترك، وذهب البعض الآخر الى جعل بلد الأبرام في المرتبة الثالثة بعد الجنسية المشتركة ومحل اقامتهم المشترك.

وقد صدر عن القضاء العراقي بعض القرارات التي تأخذ بضابط بلد الأبرام ومنها قرار محكمة التمييز العراقية ذي الرقم 1045/ حقوقية/1958، والصادر بتاريخ 1958/5/28 والذي جاء فيه " حيث أن العقد تم بين الطرفين في لندن فيكون القانون الانكليزي هو المطبق"، كما جاء في قرارها المرقم 2403/حقوقية/1966 والصادر في 1967/2/19، " أن القانون المنطبق على هذه الحادثة القضائية هو القانون الانكليزي لأنه قانون الدولة التي تم فيه العقد"<sup>(2)</sup>.

وبالرغم من المزايا التي يتمتع بها ضابط بلد الأبرام ودوره في تحديد القانون الواجب التطبيق في الحالة التي يسكت فيها أطراف العقد، لكنه تعرض الى سهام النقد من بعض الفقه<sup>(3)</sup>، والذي يرى أن الحجج التي ساقها في الاخذ بهذا الضابط لا تقوم على اساس صحيح، ذلك لكون مكان ابرام العقد وان كان المكان الاول الذي تتجسد فيه الإرادات لكنه قد لا يعبر عن حقيقة المصالح التي ترتبط بالعلاقة العقدية، وهو ما يصعب معه التسليم بالصلة الوثيقة بين العقد وقانون محل أبرامه، كما أن مكان الأبرام قد يتحدد بناءً على اعتبارات تقوم على محض الصدفة مما يحدد من قيمة هذا الضابط الى حد كبير عند تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد.

كما يسعى أطراف العقد الذي يكون محل اقامة كل منهما في دول مختلفة وهو الغالب في عقود التجارة الدولية، لأبرام العقد في دولة اخرى قد تجمعهم فيها الصدفة ويكون لقاؤهم لا شأن له بالتعاقد، لذلك لا يكون هذا المكان معبراً عن الصلة الحقيقية لأحد المتعاقدين أو كليهما بالبلد الذي أبرم فيه العقد<sup>(4)</sup>، كما أن الأسناد الى مكان الأبرام إذا سلم الباحث بأنه يتماشى بعض الشيء مع عقود التجارة الدولية التقليدية التي تتم بين التجار في اسواق المدن، لكنه لا يعد ملائماً في الوقت الحاضر الذي شهدت

(1) ينظر: د. ماهر ابراهيم قنبر العزاوي، تنازع القوانين في عقد التأمين " دراسة مقارنة"، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2018، ص257.

(2) ينظر: د. حسن الهداوي، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مصدر سابق، ص206.  
(3) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص556. د. حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص426، د. صفوان حمزة ابراهيم عيسى الهواري، الاحكام القانونية لعقود التجارة الالكترونية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص355. طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الاسناد في عقود التجارة الالكترونية، مصدر سابق، ص254.

(4) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص557، وينظر كذلك: طلال ياسين العيسى، العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي، مصدر سابق، ص125.

فيه التجارة الدولية تطوراً كبيراً، إذ يلاحظ غياب الحل فيما لو أبرم العقد بين غائبين<sup>(1)</sup>، مع اختلاف التشريعات الوطنية في تحديد لحظة انعقاد العقد ثم مكان الأبرام حسب قوانين تلك الدول ولا شك أن صعوبة تحديد مكان الأبرام واختلاف مكان الايجاب والقبول وعلم الموجب بالقبول من شأنه أن يقلل الاعتماد على هذا الضابط، كما أصبحت اغلب الصفقات والعقود في الوقت الحاضر تتم بوسائل الكترونية من خلال الاتصال الهاتفي أو تبادل المراسلات عن طريق الاجهزة الحديثة مثل التلكس، والفاكس، وشبكات الاتصال الإلكترونية<sup>(2)</sup>، وهنا من الصعوبة بمكان تحديد محل أبرام العقد هل هو دولة إرسال الإيجاب أم الدولة التي حصل فيها القبول أو الدولة التي علم فيها الموجب بالقبول وهو ما يجعل التركيز لمحل الإبرام مكانياً أمراً بالغ الدقة وهو تبادل الإيرادات<sup>(3)</sup>، ومما لا شك فيه أن صعوبة تحديد مكان الإبرام على هذا النحو إزاء الاختلاف في أماكن الايجاب والقبول، وعلم الموجب بالقبول سيقفل إلى حد بعيد من وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري، وسهولة تحديد هذا القانون<sup>(4)</sup>.

كما يرى المعارضون لقانون بلد الإبرام واعتماده في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي، بأنه لا صحة لما ذهب إليه انصار الاتجاه الأول من سهولة الرجوع إلى بلد الإبرام للتأكد من مدى سلامة الشروط القانونية التي يريد الأطراف ادراجها في العقد، إذ إن المتعاقدين لا يفكرون في العادة بمدى صحة الشروط المتفق عليها وفقاً للقانون الواجب التطبيق، بقدر ما يفضلون أن يطبق عليهم القانون الذي يعبر عن مصالحهم الحقيقية وليس السائد في مكان الإبرام الذي لا تتركز فيه هذه المصالح سوى تجسيد الإرادة لدى الأطراف عند إبرام العقد<sup>(5)</sup>.

- (1) نصت المادة "87" من القانون المدني العراقي على انه "1. يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين بعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. 2. ويكون مفروضاً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان الذي وصل إليه فيهما". كما نصت المادة "88" على أنه "يعتبر التعاقد بالتليفون أو بأي طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان".
- (2) فيصعب مع هذا الوضع تحديد مكان ارسال الرسالة الالكترونية التي تمثل الايجاب والقبول واستقبالها، وامام هذه الصعوبة وضعت بعض الانظمة القانونية حلاً لها نذكر منها القانون النموذجي للتجارة الالكترونية في المادة "1/15" التي نصت على " أن مكان إرسال الرسالة الالكترونية يتخذ في المكان الذي يقع فيه عمل المنشئ، ومكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، مالم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك" ينظر د. خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني، القانون النموذجي للتجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2009، ص 487. كما عمل بهذا الحل قانون المعاملات الالكتروني الاردني رقم 85 لسنة 2001، في المادة 18 منه ، كما ذهب قانون دبي للمعاملات الالكترونية رقم 2 لسنة 2002، الى نفس الاتجاه من خلال نص المادة "4/17".
- (3) ينظر د. حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 426، كما اشار الى ذلك الانتقاد، د. ثامر داود عبود خضير الشافعي، المعايير المحددة لدور الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقد الدولي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء، 2015، ص 69.
- (4) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 557، وينظر كذلك: د. فاروق محمد احمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، ط 1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2002، ص 114.
- (5) ينظر: د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مصدر سابق، ص 329.

خلاصة القول يبدو للباحث من خلال ما سبق أن ضابط محل الأبرام لا يمكن أن يعول عليه مطلقاً في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي للعقد عند سكوت الأطراف عن ذلك صراحة أو ضمناً، بالرغم من المزايا التي تتحقق من خلاله، كتحقيق الامان القانوني لدى المتعاقدين من خلال معرفتهم بالقانون الذي يحكم عقدهم، فضلاً عن أنه يؤدي الى وحدة القانون المطبق، لكن مع ذلك فإن هذه الحجج التي قيلت بشأنه لا تصمد أمام التطورات التي شهدتها عقود التجارة الدولية عما كان سابقاً، إذ اصبحت تبرم عبر وسائل الكترونية للسرعة التي توفرها، واستثماراً للجهد والوقت الذي تستغرقه العقود التقليدية، بل حتى مع تلك العقود فإن هذا الضابط قد لا يعبر عن الصلة الحقيقية بين العقد والقانون الذي يجب تطبيقه، فضلاً عما يعتريه من صعوبات من الصعب التغلب عليها، لذلك ذهب الباحث الى ضرورة الاعتماد على ضوابط اسناد مرنة في تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على الفسخ الجزئي في حالة عدم الاختيار، من خلال تعديل نص المادة "1/25" من القانون المدني العراقي، الذي ذكره في موضع سابق عند الحديث عن قانون محل الابرام<sup>(1)</sup>.

بهذا يكون الباحث قد انتهى من الخوض في ضابط مكان ابرام العقد ودوره في تحديد القانون الواجب التطبيق، في الحالة التي يسكت فيها الأطراف عن اختيار هذا الاخير، والمزايا التي قيلت بشأنه، واهم الانتقادات التي وجهت له، لينتقل بعد ذلك لبيان ضابط آخر من الضوابط الخاصة بالعقد وهو مكان تنفيذ العقد ومدى امكانية اعتماده في تحديد القانون الواجب التطبيق.

## الفرع الثاني

### إعمال قانون مكان التنفيذ

يعول فقه القانون الدولي الخاص على قانون بلد التنفيذ في تحديد القانون الواجب التطبيق، بصفته من أهم مؤشرات الإرادة الضمنية لأطراف العقد، وانتهاءً بالقانون الذي يحكم المنازعات التعاقدية في حالة سكوت إرادة الأطراف عن اختيار القانون الذي يجب تطبيقه<sup>(2)</sup>، وذلك بعدما نبه الفقيه سافيني الى أهمية إسناد العقود الدولية الخاصة الى قانون محل التنفيذ ذلك المحل الذي تترتب فيه آثار العقد، وان ذلك من شأنه أن يقلل من قانون دولة الابرام ودوره في تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على تلك العقود، إذ يرى أنصار قانون مكان التنفيذ أن أهميته تكمن في عدة أسباب منها، أن بلد التنفيذ يمثل الغاية التي يسعى اليها الأطراف من التعاقد، فالتنفيذ يمثل الغرض الرئيسي الذي ترتبط به جميع مصالح

(1) ينظر: ص109 من الاطروحة التي تضمنت مقترح تعديل نص المادة "1/25" من القانون المدني العراقي.  
(2) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص423. و د. سامي بديع منصور، د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للنشر، بيروت، 1995، ص390. وينظر كذلك: د. احمد عبد الكريم سلامة ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص31.

أطراف العقد، كما أنه يمثل الوجهة الاخيرة للعقد، لذلك سيخضع الأخير لأحكام قانون واحد وما ينتج عن ذلك من وحدة القانون المطبق على العقد<sup>(1)</sup>، كما يرى أنصار هذا الاتجاه أنه في حالة إخلال أحد اطراف العقد بتنفيذ التزامه وترتب على ذلك فسخ العقد جزئياً، وأدى ذلك الى تنازع أطراف العقد فقانون بلد التنفيذ هو الأجدر بحكم هذه العلاقة لأن في تطبيقه على النزاع حفظ الحقوق وحقوق الأطراف على أساس أن مصالح المتعاقدين والغير تتركز في هذه الدولة وهو ما يتماشى مع الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، والتي تعتد بالتركيز المكاني للروابط القانونية بعناصرها المادية التي تظهر الى العالم الخارجي ولعل ظهور العناصر المادية العقدية الى العالم الخارجي في دولة التنفيذ على هذا النحو هو الذي يُمكن غير المتعاقدين من العلم بوجود هذه العلاقة فيحفظ لهم على هذا النحو توقعاتهم المشروعة في تطبيق قانون هذه الدولة<sup>(2)</sup>.

وقد يرى جانب آخر من الفقه أن المزايا التي اعتمد عليها الاتجاه الاول لم تكن كافية، لان تنفيذ العقد لا يكون بالضرورة مرتبطاً بمكان واحد، أو من الممكن أن يتعدد محل تنفيذ العقد في أكثر من دولة مما يؤدي الى تعدد قوانين بلد التنفيذ، كما في عقد البيع الدولي الذي قد ترد به شروط التسليم متعددة كما لو كان تسليم البضاعة في موطن المشتري، ووفاء الثمن في موطن البائع، لذلك سيخضع كل التزام لقانون بلد تنفيذه، كما أن المنازعات التي تحدث بين الأطراف لا تكون فقط عند التنفيذ وانما قد تحدث قبل ذلك وبالتالي لا يكون من المتصور أن يطبق على النزاع قانون بلد التنفيذ<sup>(3)</sup>.

كما يؤكد أنصار هذا الاتجاه أن ضابط محل تنفيذ العقد لا يصلح لتحديد القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الالكترونية، كما في عقود خدمات المعلومات الالكترونية، إذ إن ابرامها يتم عن طريق قنوات اتصال الكترونية مما يجعلها لا ترتبط بعلاقة موضوعية بموضوع العقد فضلاً عن أن ابرامها من خلال الانترنت يجعلها تتصل بكل الدول المرتبطة بهذه الشبكة<sup>(4)</sup>، مما يجعل من الصعب تحديد مكان التنفيذ في هذه العقود، كما أن معيار محل التنفيذ يعتمد على فكرة اقليمية لا تتناسب مع العقود الالكترونية، واخيراً فإن تنفيذ العقد في بعض صور التجارة الالكترونية يتم بطريق التسليم المعنوي للسلعة، وبالتالي فلا مجال للحديث عن مكان مادي يكون موطناً للعقد، فالتجارة الالكترونية من

(1) ينظر: د. عبد المنعم حافظ السيد، عقد التأجير التمويلي الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010، ص185.

د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص404.  
(2) ينظر: د. سليمان احمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في اطار القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص201.

(3) ينظر: د. صفوت احمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الأجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2005، ص186.

(4) ينظر د. ابراهيم بن احمد بن سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الالكترونية" دراسة مقارنة"، مصدر سابق، ص181. وينظر كذلك: د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، ذات الطابع الدولي، مصدر سابق، ص486.

خلال شبكة الانترنت تتميز بإمكانية تنفيذ كل مكونات العملية التجارية بما فيها تسليم السلع غير المادي على الشبكة، بخلاف وسائل الاتصال الأخرى التي تقف عاجزة عن التسليم أو تقوم بتسليم البعض<sup>(1)</sup>.

بيد أن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به على إطلاقه بل لابد من التمييز بين فرضين أولهما إبرام العقد وتنفيذه في المجتمع الافتراضي بمعزل عن المجتمع المادي كعقود البرمجيات، فهنا نكون أمام اشخاص المجتمع الافتراضي بأدواته وخصائصه، إذ تنشأ العلاقة التعاقدية في ذلك المجتمع الذي أنشأته تكنولوجيا الاتصالات إذ يتعذر في هذه الحالة تحديد مكان التنفيذ، أما الفرض الثاني فيه يتم إبرام العقد من خلال أدوات المجتمع الافتراضي، أما تنفيذه يتم في المجتمع المادي، مثل عقد شراء صفقة من الحاسبات، ففي هذا الفرض أن العقد ولد إلكترونياً من خلال بيانات الكترونية، ونفذ مادياً من خلال الوسائل التقليدية، مما يكون أمر تحديد مكان تنفيذه ممكناً، وبالتالي يصلح أن يكون ضابط اسناد من خلاله يحدد القانون الذي يجب تطبيقه على الفسخ الجزئي للعقد عند سكوت الأطراف عن تحديده<sup>(2)</sup>، ومهما يكن من أمر فقد يرى الباحث أن مكان تنفيذ العقد لا يصلح في جميع الحالات أن يكون معياراً يحدد من خلاله القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي للعقد بالرغم من بعض المزايا التي يتمتع بها كونه قد يحقق مصالح أطراف العقد على اعتبار أن التنفيذ هو الغاية التي يسعى إليها المتعاقدان عند إبرام العقد، بسبب الصعوبات التي ترافق هذا الضابط من تعدد أماكن بلد التنفيذ، فضلاً عن صعوبة تحديده في عقود التجارة التي تبرم بطرق الكترونية.

وقد تبني ضابط مكان التنفيذ العديد من التشريعات الوطنية<sup>(3)</sup>، على أساس أن العقد يجب أن يخضع لقانون دولة مكان تنفيذه لأن غاية المتعاقدين واحدة تتمحور في تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه وعليه يكون مكان التنفيذ هو العنصر المتعاقد به، وقد أيد الفقيه باتيفول الأخذ بمكان التنفيذ ويرى فيه أفضل القوانين التي يجب أن تطبق على العقد الدولي<sup>(4)</sup>، كما أخذت بهذا الضابط العديد من الاتفاقيات الدولية<sup>(5)</sup>، أما عن موقف المشرع العراقي بالنظر الى نص المادة "25" من القانون المدني

- (1) ينظر: د. خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني، مصدر سابق ص201.
- (2) ينظر: د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مصدر سابق، ص488.
- (3) من التشريعات التي تبنت ضابط محل التنفيذ القانون الالمانى الذي اعطى مكانة هامة له باعتباره ضابطاً هاماً في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية عند غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية لأطراف العقد، كما أخذ به القانون الدولي الخاص السويسري في المادة "113"، إذ نصت على " إذا ما كان ينبغي تنفيذ الالتزام في سويسرا ولم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة معتاد أو محل تجاري في سويسرا، فإنه يمكن رفع الدعوى أمام المحكمة السويسرية التي يقع مكان التنفيذ ضمن نطاقها الإقليمي. ينظر د. سلامة فارس عرب، مصدر سابق، ص278.
- (4) ينظر: د. سلطان عبد الله محمود الجوارى، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة، مصدر سابق ص142.
- (5) من الاتفاقيات الدولية التي تبنت هذا الضابط اتفاقية بروكسل عام 1968، في المادة "1/5"، والتوجيه الاوربي رقم 44 لسنة 2001، والصادر في 2000/12/22، بشأن الاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الاحكام في المجال المدني والتجاري، والتي حلت محل اتفاقية بروكسل ابتداءً من الاول من مارس 2002، كي تتلاءم مع قواعد التجارة الالكترونية التي نصت عليها المادة "1/5" من اتفاقية بروكسل. ينظر د. محمد عبد العزيز جبر، القانون الواجب التطبيق على خدمة المعلومات الالكترونية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص344.

يظهر أنه لم ينص على بلد التنفيذ كضابط أسناد احتياطي يحدد من خلاله القانون الذي يحكم الفسخ الجزئي للعقد في حالة سكوت الأطراف عن هذا الاختيار، وانما اعتمد على الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، واعتمد على قانون بلد الابرام إذا اختلفا موطناً وهو الغالب في العقود الدولية، أما المشرع المصري فهو الآخر ذهب بهذا الاتجاه في المادة "19" من القانون المدني<sup>(1)</sup>، أما المشرع الفرنسي فكما هو واضح أنه ذهب باتجاه آخر، إذ عمل بضابط مكان تنفيذ العقد على النطاق الدولي<sup>(2)</sup>. كما أخذ بذلك القضاء الفرنسي، إذ اتجه الى تطبيق قانون دولة التنفيذ على الرابطة العقدية، بصرف النظر عن إرادة المتعاقدين في ذلك، فهذا إن دل على شيء أنما يدل على الايمان المسبق لقانون بلد التنفيذ بوصفه تعبيراً عن مركز ثقل الرابطة العقدية، وعليه يطبق قانون دولة محل التنفيذ باعتباره القانون الاوثق صلة بالعقد<sup>(3)</sup>.

خلاصة القول أن ضوابط الأسناد التقليدية الجامدة التي يحددها المشرع مسبقاً لتحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي، سواء تلك التي تتعلق بالمتعاقدين، كضابط الجنسية المشتركة، أو الموطن المشترك، أو تلك التي تتعلق بالعقد، كقانون بلد الابرام أو بلد التنفيذ، لا يمكن اعتمادها بشكل مطلق لتحديد القانون الواجب التطبيق، بالرغم من أنها قد تحقق الأمان القانوني من خلال العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد، للصعوبة التي ترافق كلاً منها، فالموطن المشترك للمتعاقدين بالرغم من المزايا التي قيلت بشأنه باعتباره ضابطاً احتياطياً يتم اللجوء اليه لحل منازعات الفسخ الجزئي لكن الاعتماد عليه قد يؤدي الى عدم الوصول للقانون الواجب التطبيق في الحالة التي لم يكن فيها للمتعاقدين موطن مشترك وغالبية عقود التجارة الدولية يختلف فيها موطن أحد المتعاقدين عن الآخر، كما ترافق الأخذ بقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين صعوبات عديدة أهمها حالات تعدد الجنسية وانعدامها وما تثيره تلك الحالة من مشكلة تنازع الجنسيات، كما أن مكان الأبرام لا يمكن الاعتماد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق لكونه قد لا يعبر عن الصلة الحقيقية بين العقد والقانون الذي يجب تطبيقه، وخصوصاً في عقود التجارة الالكترونية، فضلاً عن كونه لم يكن واحداً في جميع العقود، إذ يتعدد في بعضها كما هو الشأن في بلد التنفيذ، لذلك لا بد من البحث عن إسناد آخر ليكون بديلاً عن الضوابط

(1) ينظر نص المادة "25" من القانون المدني العراقي، والمادة "19" من القانون المدني المصري.

(2) نصت المادة "2/46" من قانون الاجراءات الفرنسي والتي جاءت في اللغة الانكليزية على أنه:

2. Place of performance If an obligation must be performed in Switzerland and if the defendant does not here his domicile, habitual residence, or place of business in Switzerland, the action may be brought before the Swiss court of the place of performance.  
متاح على الموقع الالكتروني: [www.umbricht.com](http://www.umbricht.com)

(3) حكم محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1910/12/5، طبقت المحكمة على شرط اعفاء الناقل من المسؤولية احكام القانون الفرنسي، باعتباره قانون دولة التنفيذ بالرغم من اختيار المتعاقدين القانون الامريكي صراحة بوصفه القانون الذي يحكم عقد النقل البحري للبضائع. ذكره د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص558.

الجامدة في تحديد القانون الذي ينهي النزاع بين الأطراف، كالتركيز الموضوعي، والاداء المميز الذي توجهت له أغلب التشريعات الوطنية المتمثل بإسناد العقد للقانون الاوثق صلة عند السكوت من قبل الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم الفسخ الجزئي للعقد، ليرى الباحث مدى ملاءمة هذا الأسناد لعقود التجارة الدولية وتحديداً فسخها جزئياً.

## المبحث الثاني

### منهج الاسناد المرن في الفسخ الجزئي للعقد

إذا كان منهج الأسناد في الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية يعتمد في الأساس على ضوابط حددها المشرع سلفاً، يستند اليها القاضي أو المحكم المرفوع أمامه النزاع في الحالة التي لا يفصح فيها الأطراف عن القانون الذي يجب تطبيقه صراحة أو ضمناً، إذ وفقاً لهذا المنهج لا يتمتع القاضي بسلطة معينة في تحديد القانون لكونه محددًا من قبل المشرع ذاته<sup>(1)</sup>، فإن منهج الأسناد المرن على خلاف ذلك لأنه يعطي للقاضي سلطة تقديرية للنظر في القانون الأنسب من أجل تطبيقه، كالقانون الاوثق صلة بالرابطة العقدية والذي يمثل مركز الثقل فيها وهو ما يسمى بالتركيز الموضوعي<sup>(2)</sup>، وقد تبنى الفقه الحديث نظرية أخرى في تحديد القانون الواجب التطبيق عند سكوت الأطراف عن ذلك تعرف بالأداء المميز<sup>(3)</sup>، ومن اجل التعرف على ضوابط الأسناد المرنة وما دار بشأنها من خلاف فقهي، سيقسم الباحث هذا المبحث على مطلبين يبين في المطلب الاول منهما نظرية التركيز الموضوعي باعتباره أسلوباً لحل المنازعات الناشئة عن الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، أما المطلب الثاني سيتطرق فيه لنظرية الأداء المميز كأسلوب آخر لحل التنازع وعلى النحو الاتي:

## المطلب الاول

### نظرية التركيز الموضوعي كأسلوب لحل منازعات الفسخ الجزئي

تعد نظرية التركيز الموضوعي إحدى النظريات التي يعتمد عليها القاضي أو المحكم في حل منازعات الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية من خلال تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على النزاع المعروض في الحالات التي يغفل فيها أطراف العقد عن ذلك صراحة أو ضمناً، مع غياب ضوابط الأسناد المحددة بنصوص قانونية، فيعتمد القاضي أو المحكم الى استخلاص القانون الواجب التطبيق من

(1) ينظر: د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص 137 .

(2) ينظر د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص395. د. سامي

مصطفى فرحان، مصدر سابق، ص137. د. ثامر داود عبود الشافعي، مصدر سابق، ص71.

(3) ينظر: سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية" دراسة مقارنة"، مصدر سابق، ص137. د. محمد وليد المصري، العقد الدولي بين النظرية التقليدية والنظرية الحديثة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية، العدد العشرون، ذو القعدة، 2004، ص178.

خلال طبيعة العقد الذاتية، إذ ينحصر دورهما في التركيز الموضوعي في إطار نظام قانوني معين، يرتبط به الأخير في ضوء مقتضيات التعاقد وظروفه وملابساته، فإذا ما تم ذلك قام القاضي بتطبيق القانون السائد في المكان الذي يمثل مركز الثقل في الرابطة العقدية<sup>(1)</sup>، ومن أجل الإحاطة علماً بتفاصيل هذه النظرية، وكيفية نشوئها وتطورها، كما يقتضي الأمر بالباحث أن يبين موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، لكونها شهدت رواجاً واسعاً في العديد من الدول، لذلك سيقسم هذا المطلب على فرعين يبين في الأول التطور التاريخي لنظرية التركيز الموضوعي، أما الفرع الثاني سيخصه لمدى الدور الذي يتمتع به القاضي في تجزئة العقد وقبول نظرية الإحالة وعلى النحو الآتي:

### الفرع الأول

#### التطور التاريخي لنظرية التركيز الموضوعي

يرجع أصل فكرة التركيز الموضوعي إلى الفقيه الألماني الشهير سافيني<sup>(2)</sup>، وبعد ذلك تبلورت وتطورت هذه النظرية على يد الفقيه الفرنسي باتيفول<sup>(3)</sup>، ففي بادئ الأمر كان الأخير يرى بأن إرادة المتعاقدين لا تقوى على اختيار قانون العقد وإنما تعبر فقط عن رغبتها في تركيز الرابطة العقدية في مكان معين وفقاً لظروف التعاقد وملابساته، وبالتالي فإن المكان الذي حدده المتعاقدان ليس بالضرورة أن يكون هو المكان الذي يسري على العقد وخصوصاً الفسخ الجزئي فيه فالقاضي المعروض عليه النزاع يمكنه أن لا يأخذ بالقانون المختار من قبل المتعاقدين بإرادة صريحة من قبلهم وله أن يصح ذلك الاختيار فيما لو رأى أن القانون المختار لا يمثل مركز الثقل في العلاقة العقدية<sup>(4)</sup>.

ويرى الباحث أن التوجه في مفهوم التركيز الموضوعي للرابطة العقدية بهذا الشكل يتجاهل وبشكل واضح القانون المختار من قبل الأطراف صراحة أو ضمناً، الذي يعرف بقانون الإرادة، الذي أصبح من المبادئ الأساسية التي يعتمد عليها في تحديد القانون الواجب التطبيق في مقابل إعطاء الحرية الواسعة للقاضي المعروض أمامه النزاع أن يختار وبمحض إرادته القانون الذي يراه معبراً عن مركز الثقل في العلاقة العقدية سواءً أكان ذلك القانون المختار أو قانوناً آخر.

ويبدو أن نظرية التركيز الموضوعي وفي بداية نشأتها على يد الفقيه باتيفول، ذهبت باتجاه يخالف ما ذهبت إليه التشريعات الوطنية التي أعطت لإرادة الأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق في منازعات الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، كما أن أعمال القاضي لسلطته التقديرية لا يكون إلا عند غياب الإرادة، لذلك ولصعوبة التسليم بنظرية التركيز الموضوعي بهذا المفهوم خاصة في

- (1) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 186.
- (2) ينظر: د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 126.
- (3) ينظر: د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص 140.
- (4) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 566.

الحالة التي يتفق فيها الأطراف على اختيار القانون الذي يحكم العقد صراحة، وتجاهل القضاء لهذا الاختيار بحجة أنه لا يعدوا أن يكون مجرد تعبير عن الرغبة في تركيز العقد في مكان معين يعد خرقاً لقاعدة الأسناد التي أخذت بها أغلب التشريعات الحديثة، تلك التي تعطي للمتعاقدين الحق في اختيار القانون الذي يحكم الفسخ الجزئي للعقد من بين القوانين المتنازعة، الأمر الذي جعل الفقيه الفرنسي باتيفول يتراجع عن موقفه مسائراً ما معمول به، ويسلم بالاختيار الصريح لقانون العقد حتى لو كان هذا الاختيار مخالفاً للتركيز الفعلي للرابطة العقدية<sup>(1)</sup>.

والأصل لدى الفقيه باتيفول أن مركز الثقل يتحدد بالمكان الذي تتركز فيه المصالح الجوهرية للمتعاقدين وهو في العادة المكان الذي يتم فيه تنفيذ العقد، إلا أنه قد يصعب في حالات معينة الكشف عن مركز الثقل هذا عندما يكون محل التنفيذ متعددًا وتعذر التوصل للمحل الذي يمكن اعتباره رئيساً لتنفيذ العقد أو أن يصعب في الأصل تحديد محل التنفيذ، وهو ما دفع الأستاذ باتيفول إلى التأكيد على ضرورة أن يتم التركيز المكاني للرابطة العقدية في ضوء ظروف التعاقد وحدثه الخارجية في كل حالة على حده وهي ظروف تعتمد على إرادة المتعاقدين، بمعنى أن باتيفول كان يعتقد في بادئ الأمر بمكان تنفيذ العقد لتركيز الرابطة العقدية، وبالتالي تطبيق قانونه عليه، ولكون العقد التجاري الدولي غالباً ما يكون مركباً وتتعدد تبعاً لذلك أماكن تنفيذه وما ينتج عن ذلك من صعوبة في تحديد القانون الذي يحكمه، الأمر الذي دفع الفقيه باتيفول إلى تغيير موقفه ليجعل تركيز الرابطة العقدية مرتبطاً بظروف التعاقد وملاساته والنظر إلى كل عقد على حده<sup>(2)</sup>.

وقد سعى الفقيه الفرنسي إلى أن يوفق بين الحالة التي يتم بها اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم عقدهم بشكل واضح سواءً أكان ذلك صراحة أو ضمناً من خلال قرائن ومؤشرات يعتمد عليها القاضي أو المحكم المرفوع أمامه النزاع، وبين الحالة التي يسكت فيها الأطراف عن هذا التحديد أو الاختيار، إذ جعل دور الإرادة منحصراً في تلك الحالتين في التركيز المكاني للرابطة العقدية دون أن يكون لها دور في قانون العقد مباشرة، متصوراً في ذلك أنه وحد أساس الأسناد في عقود التجارة الدولية على خلاف الحقيقة التي تؤكد اتجاه التشريعات الحديثة وأحكام القضاء المعاصر، إلى ازدواج هذا الأساس من خلال التفرقة بين الحالة التي يتفق فيها الأطراف وإرادتهم الصريحة أو الضمنية على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، إذ يقوم هذا الاختيار على قاعدة من قواعد التنازع المتعارف عليها في إطار القانون

(1) ينظر: احمد حميد الانباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الشرق الأوسط، 2017، ص91. وينظر كذلك: د. صفوت احمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير احكام القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص187.

(2) ينظر: د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص139.

الدولي الخاص، وحالة سكوتهم عن هذا الاختيار الذي يمكن معالجته على أساس نظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية<sup>(1)</sup>.

ويؤيد الباحث مع البعض<sup>(2)</sup>، بأن الفقيه الفرنسي لم يوفق في توحيد الأسناد على أساس نظرية التركيز الموضوعي، في حالة الاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد وحالة سكوت الأطراف عن ذلك، بل أنهى به الأمر الى توحيد قائم على أساس إرادي بالرغم من أنه أقام نظريته في البداية على أنكار أي دور للإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية سوى التركيز الموضوعي للرابطة العقدية، ثم عاد مرة أخرى وعدل عن رأيه وأعطى للإرادة الصريحة الحق في اختيار القانون الذي يجب تطبيقه حتى وإن كان لا يعبر عن مركز الثقل في العقد تاركاً التركيز الموضوعي للرابطة العقدية لقانون معين في ظروف التعاقد وملابساته لحالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني لأطراف العقد.

وتجدر الإشارة الى أن اختيار القانون وفقاً لظروف التعاقد وملابساته يختلف من عقد لآخر حتى ولو كنا بصدد عقود ذات طبيعة واحدة فإن القانون الذي يطبق على أحدها يختلف عن باقي العقود وإن كانت من نفس الفئة، والأمر في ذلك يعود للقاضي أو المحكم الذي يتمتع بمساحة واسعة<sup>(3)</sup>، في البحث عن القانون الأصلح ليركز فيه العلاقة التعاقدية بالاستناد الى ظروف التعاقد وملابساته، وهذه المسألة لا نجدها في الضوابط العامة التي يعد فيها الأسناد المسبق امرٌ محسوس ولا يختلف من عقد لآخر في العقود ذات الطبيعة الواحدة، بمعنى أن الأسناد الجامد للعلاقة التعاقدية يعتمد على قوانين محددة مسبقاً بنص القانون تطبق تلقائياً على الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، وتكون موحدة بالنسبة للعقود ذات الطبيعة الواحدة والتي تندرج ضمن نفس الفئة دون أن يكون للقاضي مجال لأعمال سلطته التقديرية في الموضوع على العكس من منهج الأسناد المرن الذي يحدد بمقتضاه القانون الذي يجب تطبيقه وفقاً لظروف التعاقد وملابساته، بحيث يختلف القانون المطبق على كل عقد حتى وإن كانت من فئة واحدة<sup>(4)</sup>. وعليه فإن هذا الاتجاه في الأسناد الذي يقوم على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وفقاً لظروف التعاقد وملابساته والذي تزعمه الفقيه الفرنسي باتيفول متأثراً في ذلك بالقضاء الانكليزي، كما

(1) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 567.  
(2) ينظر: د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، عقد التوزيع الحصري في القانون الدولي الخاص، ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2016، ص148. وينظر كذلك: د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، المصدر نفسه، ص143.  
(3) ينظر: د. بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة " ماهيتها - القانون الواجب التطبيق عليها - وسائل تسوية منازعاتها، مصدر سابق، ص258.

(4) Batiffol 'H' Les conflats de Lois en Matiere de contracts, these Paris, 1938. Op. cit. P249.

كرسه القضاء الفرنسي الحديث قبل نفاذ معاهدة روما في فرنسا، قد أراد التوصل الى إسناد العقد الى أوثق القوانين صلة في ظروف التعاقد لكل حالة على حدة<sup>(1)</sup>.

وقد تجد نظرية التركيز الموضوعي أساسها في احكام القضاء الفرنسي الذي شهد تطوراً في ذلك، فقد كان يقضي بإعمال ضابط قانون بلد الابرام أو قانون بلد التنفيذ في الحالة التي تسكت فيها إرادة الأطراف عن الاختيار صراحة أو ضمناً، لكنه اتجه فيما بعد الى اعمال التركيز الموضوعي وفقاً لظروف التعاقد وملايساته، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية " الدائرة المدنية" في 6 تموز عام 1959، في أحد قراراتها على أنه إذا لم يقم المتعاقدين باختيار قانون العقد صراحة فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا لتحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء ظروف التعاقد ومقتضياته<sup>(2)</sup>.

وفي حكم آخر لمحكمة استئناف "Amiens" في 25 أيار، 1970، إذ قضت في إحدى القرارات الصادرة عنها، بتأييدها لنظرية التركيز الموضوعي، من خلال حكمها الذي يقضي بأنه " عند عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق صراحة، فإنه لقاضي الموضوع حرية البحث في عناصر الدعوى الاساسية في القانون الذي قصد المتعاقدون أن يخضعوا له شروط وآثار عقدهم، والحكم الصادر من محكمة استئناف "Limoges" بتاريخ 1970/11/10، عندما قضت بأنه إذا اغفل المتعاقدان تحديد القانون الذي يجب تطبيقه صراحة، فإن الكشف عن هذا القانون يجب أن يحدد من خلال الأمارات التي يتضمنها العقد والتي تسمح بتركيز العلاقة العقدية<sup>(3)</sup>.

كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية، الى تبني نظرية التركيز الموضوعي بغض النظر عن وجود إرادة الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم الفسخ الجزئي من عدمه، بموجب قرارها الصادر في 1980/2/25، والذي جاء في حيثياته بأنه " إذا كان تركيز العقد يعتمد على إرادة الأطراف فإنه يجب على القاضي أن يقوم بنفسه تفسير قصدهم المشترك أو تركيزهم العقد واستنتاج القانون الواجب التطبيق على العقد محل النزاع"<sup>(4)</sup>، ووفقاً لذلك فإن الأطراف في حالة اختيارهم لقانون معين يحكم الفسخ الجزئي للعقد وتبين أن هذا القانون لا ينسجم مع التركيز الموضوعي للعقد يجب على القاضي اهمال هذا الاختيار، لأن الانسجام بين القانون المختار والتركيز الموضوعي للعقد يعد شرطاً للاعتداد بإرادة

(1) ينظر: د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص 139.

(2) مشار اليه لدى د. محمد خالد الترجمان، تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد القرض الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد التاسع والاربعون، مصر، 1993، ص 101.

(3) نقلاً عن طارق عبد الله عيسى المجاهد، مصدر سابق، ص 83.

(4) Cass. Civ. 25 mars, 1980, rev cnit. 1980, p.576 hotebatiffol.

الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم<sup>(1)</sup>، إذ وفقاً لاتجاه القضاء الفرنسي بخصوص هذه النظرية، فإن الروابط العقدية الدولية يتم اسنادها الى ما يسمى بالقانون الخاص بالعقد والذي يتم تحديده في ضوء ظروف التعاقد وملابساته وفقاً لما تشير اليه الأحداث المادية للعقد<sup>(2)</sup>.

من خلال ما تقدم يرى الباحث أن نظرية التركيز الموضوعي منذ نشأتها الاولى على يد الفقيه الألماني سافيني، وتبنيها من قبل الفقيه الفرنسي باتيفول، لم يكن تطبيقها مقتصرأ على الحالة التي يسكت فيها الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي للعقد، وانما شملت تبعأ لذلك حالة الاختيار الصريح، إذ كان منطق هذه النظرية قائماً منذ البداية على إنكار أي دور للإرادة في الاختيار لقانون العقد سوى تركيزه موضوعياً في مكان معين، ليأتي دور القاضي أو المحكم المعروض أمامه النزاع ليحدد القانون الواجب التطبيق من خلال الاعتماد على بعض الضوابط، كمحل الإبرام، أو مكان التنفيذ، أو اللغة التي حرر بها العقد، أو الجنسية المشتركة للأطراف، لكن آلية اعتمادها تختلف عما هو في منهج الأسناد الجامد، لكونها في الأخير تحدد من قبل المشرع ولا يكون للقاضي أو المحكم سوى تطبيقها على النزاع، ولكن بعد ذلك عاد باتيفول واعترف بحق الإرادة في الاختيار صراحة، ولا يصر الى أعمال نظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية إلا في الحالات التي يسكت فيها الأطراف عن هذا الاختيار صراحة أو ضمناً وذلك في ضوء ظروف التعاقد وملابساته لكل فئة من العقود، وهو ما يؤيده الباحث لكون الإرادة وقانونها أصبح من المبادئ المسلم بها في أغلب التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية بالرغم من الانتقادات التي وجهت اليها في حالات معينة<sup>(3)</sup>.

وبالرغم من المزايا التي تتمتع بها نظرية التركيز الموضوعي، والتي تمثل احدى الحلول العملية التي ساعدت القضاء في إيجاد القانون الذي يجب تطبيقه على الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، فضلاً عن انها قد تحقق العدالة من خلال تركيز العقد للقانون الاوثق صلة به في ضوء ظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة، مع الأخذ بنظر الاعتبار طبيعة تلك العقود، لكنها تعرضت لانتقادات عديدة أولها افتقادها لعنصري اليقين والمعرفة المسبقة بقانون العقد وما يترتب على ذلك من اخلال

(1) ينظر د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص423.

(2) أخذت المحاكم الامريكية بقانون الدولة التي ترتبط بالعقد بصفة يمكن وصفها بأنها الأكثر تعبيراً عن الرابطة العقدية في خصوص المسألة محل النزاع، كما أن القضاء الامريكي يعتد أيضاً بقوانين الدول المرتبطة بالنزاع في ضوء الأهداف والمصالح التي تسعى القواعد المادية في ضوء هذه القوانين الى ادراكها ...." ينظر د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص575.

(3) لمزيد من التفاصيل بشأن الانتقادات التي وجهت لقانون الإرادة والرد عليها من قبل المناصرين لهذا المبدأ، ينظر ص43-44، من الأطروحة

بتوقعات الأطراف، إذ يصعب عليهم العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق لكون تحديده يتوقف على ظروف التعاقد في كل حالة على حدة<sup>(1)</sup>.

واخيراً يرى الباحث بأن نظرية التركيز الموضوعي بالرغم من الانتقادات التي وجهت لها قد تحقق العدالة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية في الحالة التي يسكت فيها الأطراف عن هذا الاختيار، ويمكن أن يجيب الباحث عن ما قيل بأن تلك النظرية تعطي سلطة واسعة للقاضي المعروض عليه النزاع في تركيز العقد للقانون الاوثق صلة به، وما يترتب عليه من الإخلال بتوقعات الأطراف، بأن هذه السلطة لا تعطى للقاضي أو المحكم الا في غياب الإرادة وسكوته عن هذا الاختيار، أي حالة عدم التصريح بالقانون الذي يحكم عقدهم، أما في حالة اختيارهم للقانون الذي يحكم عقدهم فإن دور التركيز الموضوعي يتضاءل نوعاً ما، للدور الذي تلعبه الإرادة في هذا الاختيار الذي اصبح من المبادئ المسلم بها في أغلب التشريعات، فضلاً عن ذلك فإن القاضي عندما يبحث عن القانون الذي يراد تطبيقه على النزاع المعروض يعتمد بالدرجة الاولى على ظروف كل عقد وملاساته ولكل حالة على حدة، بخلاف الأسناد الجامد الذي يحدد فيه القانون عند عدم الاختيار على جميع العقود بالاستناد الى ضوابط محددة قد لا تتلاءم مع ما يتطلع اليه المتعاقدان.

### الفرع الثاني

#### مدى قدرة القاضي على تجزئة العقد وقبول الاحالة في الفسخ الجزئي

إن منهج التركيز الموضوعي للرابطة العقدية منح القاضي المعروض عليه النزاع حرية في البحث عن القانون الاوثق صلة في ضوء ظروف التعاقد وملاساته، في الحالة التي يسكت فيها المتعاقدان عن تحديد القانون الذي يحكم الفسخ الجزئي للعقد<sup>(2)</sup>، وهو ما يدفع الى التساؤل إذا كان القاضي مجبراً على البحث عن القانون الواجب التطبيق، ولا شك أنه كذلك، لكونه ملزم بالفصل في النزاع المعروض عليه، وبخلافه يعد ممتنعاً عن الحكم، وان ما يريد أن يتوصل اليه الباحث هو هل أن ما يتمتع به المتعاقدون من حقوق ، أقرت لهم بموجب مبدأ قانون الارادة، تنتقل مباشرة للقاضي عند سكوتهم عن ذلك، من حيث قابلية العقد للتجزئة وقبول الإحالة، لذلك سيقسم هذا الفرع على فقرتين يبين في الاولى، مدى إمكانية تجزئة العقد وجعله يخضع لأكثر من قانون، أما الفقرة الأخرى يتناول فيها مدى قدرة القاضي وصلاحيته لقبول الإحالة، وعلى النحو الآتي:

(1) ينظر د. بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص 256.

(2) ينظر: ينظر د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 575. وينظر: كذلك د. تامر داود عبود خضير الشافعي، المعايير المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، مصدر سابق، ص 167.

أولاً: مدى امكانية تجزئة العقد في الفسخ الجزئي:

إذا كان في الأصل أن تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من نظام قانوني قاصراً على المشرع وحده<sup>(1)</sup>، لكن بالرغم من ذلك ذهب البعض<sup>(2)</sup>، الى أن المتعاقدين لهم الحق في أن يخضعوا بإرادتهم الصريحة أو الضمنية عقدهم من حيث الموضوع لقوانين متعددة، إذ يمكن وفقاً لهذا الاتجاه تجزئة عناصره وإخضاع كل منها لقانون يختلف عن الآخر بشرط توفر الصلة بين العقد والقوانين المطبقة عليه، واستند اصحاب هذا الرأي الى حجة مفادها أن كل عنصر من عناصر العقد قد يرتبط من الوجهة الفعلية بقانون معين مما يجعل من الأفضل أن يطبق بشأنه القانون الذي يرتبط به أكثر من غيره.

وتجدر الإشارة الى أن هذا الرأي قد تعرض الى العديد من الانتقادات من جانب آخر من الفقه على أساس أن السماح للأطراف بتجزئة العقد من شأنه أن يؤدي الى التوسع في نطاق سلطان الإرادة، لذلك يجب أن تحاط هذه المسألة بضمانات منها أن لا تؤدي التجزئة الى عدم توازن العقد أو احترام القواعد الأمرة ذات التطبيق الضروري في القانون الواجب التطبيق على العقد<sup>(3)</sup>.

ومهما يكن من أمر هذا الخلاف وما قيل بشأنه من انتقادات فقد أصبح مبدأ تجزئة العقد معمولاً به في عقود التجارة الدولية، إذ أُجيز للأطراف أن يخضعوا عقدهم الى أكثر من قانون واحد، وهو ما يؤيده الباحث انطلاقاً من مبدأ احترام الحرية التعاقدية للأطراف، بشرط أن تكون مقيدة بحدود القواعد الأمرة، وبقاء العقد في نطاق القانون.

وإذا سلم الباحث بأن للأطراف الحق في تجزئة الرابطة العقدية وإخضاعها الى أكثر من قانون واحد، وفقاً لمبدأ الحرية التعاقدية، هل يمكن للقاضي أثناء البحث عن القانون الأوثق صلة في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الذي يحكم العقد، تجزئة العلاقة العقدية وإخضاع كل عنصر من عناصرها لقوانين مختلفة؟ في الحقيقة أن هذه المسألة لم تكن محل اتفاق وإنما أنقسم فيها الفقه الى اتجاهين، الأول منها يعترف للقاضي المعروض أمامه النزاع بهذا الحق مستنداً في ذلك على أنه إذا كان من غير المتصور الاحتجاج على الأطراف بضرورة المحافظة على وحدة العقد عند اختيارهم للقانون الواجب التطبيق في شأنه، فلا بد أن يعترف بذلك للقاضي، إذ لا يمكن التمسك بهذا المبدأ في مواجهة

(1) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 482. وينظر كذلك: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص 186. ود. ثامر داود عبود خضير الشافعي، المعايير المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقد الدولي، مصدر سابق، ص 201.

(2) Battifol " H" Conflits de lois op cit, p 70 ets

(3) ينظر: د. اشرف وفا محمد، تنازع القوانين في مجال الحقوق الذهنية للمؤلف، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 89.

القاضي عند نظره في النزاع المعروض، والبحث عن القانون الأوثق صلة، وعليه فلا يمكن أن تقيد سلطة القاضي بإجباره على اختيار قانون واحد، بل له السلطة التقديرية الواسعة في ذلك<sup>(1)</sup>.

وتطبيقاً لذلك صدرت عن القضاء الألماني عدة قرارات تعطي للقاضي أن يخضع العقد الى أكثر من قانون، منها القرار الصادر عن المحكمة الفيدرالية الألمانية بتاريخ 1971/9/22، والذي كان يعطي للقاضي في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الذي يجب تطبيقه، واثناء بحثه عن القانون الأوثق صلة الحق في اخضاع كل من الالتزامات المتبادلة التي يفرضها العقد لقانون الدولة التي تنفذ بها هذه الالتزامات وما ينتج عن ذلك من تجزئة العقد وجعله خاضعاً لأكثر من قانون واحد<sup>(2)</sup>.

أما الاتجاه الآخر فإنه جاء على العكس تماماً من الاتجاه الاول، إذ ذهب أنصاره الى ضرورة احترام مبدأ وحدة العقد في الحالة الذي يبحث فيها القاضي عن القانون الواجب التطبيق عند سكوت أطرافه عن ذلك صراحة أو ضمناً، كما أن العقد في نظر مؤيدي هذا الاتجاه يشكل وحدة واحدة لا يمكن تجزئتها إلا بإرادة أطرافه، وعليه لا يجوز للقاضي أن يتدخل في هذه المسألة واخضاع العلاقة العقدية لأكثر من نظام قانوني وثيق الصلة بالرابطه العقدية<sup>(3)</sup>.

يخلص الباحث أن هذا الاتجاه الذي نهجه الفقه الاوربي الحديث، كما سار عليه القضاء، يعترف للمتعاقدین بإرادتهم الصريحة أو الضمنية تجزئة العقد ولكن في حالات محددة، أي لا يوجد اطلاق لهذه الحرية، ولكن في الوقت ذاته يمنع على القاضي أو المحكم تجزئة عناصر العقد وخصوصاً تلك التي لا يمكن فصلها واخضاعها لقوانين مختلفة الا في الحالة التي لا يتلائم فيها قانون العقد مع أي عنصر آخر من عناصره، أما بشأن الفسخ الجزئي الذي يلجأ اليه أحد الأطراف نتيجة اخلال الطرف الآخر بالالتزامه إذا توفرت شروطه، فمن وجهة نظر الباحث أنه لا يمكن أن يخضع لقانون آخر غير قانون العقد لكون القاضي عندما يركز العقد في مكان معين وفقاً لنظرية التركيز الموضوعي ليعد قانون ذلك المكان هو الواجب التطبيق بسبب الترابط بين العقد وفسخه.

أما عن موقف التشريعات الوطنية من تجزئة العقد، ومدى قدرة القاضي المعروض عليه النزاع في إخضاع العقد لقوانين شتى في حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الذي يجب تطبيقه، فلم يشر القانون المدني العراقي الى إمكانية تجزئة العقد واخضاعه لقوانين مختلفة وهذا يمكن اعتباره حكماً عاماً في القوانين العربية، فتعبير الالتزامات التعاقدية يشمل جميع المسائل المتعلقة بتكوين العقد وآثاره وإخضاعها لقانون واحد، ثم أن المشرع العراقي حدد لمسألة القانون الواجب التطبيق على الالتزامات

(1) ينظر: د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص283، وينظر كذلك: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية - قانون الارادة وازمته، مصدر سابق، ص189.

(2) Mezger: Rev Crit DIP, 1972,p627.

مشار اليه لدى د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص541.

(3) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص541.

التعاقدية<sup>(1)</sup>، ضابطين أصليين هما الإرادة الصريحة والضمنية، وأخرين احتياطين هما الموطن المشترك للمتعاقدين ومحل أبرام العقد وبالتالي لا يستطيع القاضي أن يتصل عن تطبيق ذلك ويجتهد في امكانية تجزئة العقد.

أما عن موقف المشرع المصري فهو الآخر جاء رافضاً لفكرة تجزئة العقد، إذ جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني أن الحكم الوارد في المادة "1/19" منه يضمن وحدة القانون المطبق على العقد وهي وحدة لا تكفلها فكرة تحديد عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلائم مع طبيعة كل منها<sup>(2)</sup>، أما قانون التحكيم التجاري المصري ذي الرقم 9 لسنة 1999 فيبدو أن له موقفاً مغايراً، إذ أقر للمتعاقدين بهذا الحق دون القاضي أو المحكم المرفوع امامه النزاع<sup>(3)</sup>، كما أن القانون الفرنسي لم يشر هو الآخر في نصوصه الى تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون الا أن جانب من الفقه الفرنسي<sup>(4)</sup>، قد ابدى رفضه لتجزئة العقد وضرورة الحفاظ على وحدته وإخضاعه لقانون واحد، مستنداً في ذلك الى أن التجزئة من شأنها أن تؤدي الى تقطيع أوصال العملية التعاقدية وإخضاع كل جانب منها لقانون مختلف، مما يؤدي الى الأخلال بالتوازن العقدي، كما أن تجزئة العقد تتنافى مع روح القانون الذي قرر للمتعاقدين أو للقاضي عند غياب الإرادة حق اختيار قانون العقد، وليس قوانين عدة، وعلى الرغم من تغير موقف القانون الفرنسي بعد الانضمام الى اتفاقية روما وقبوله بتجزئة العقد، لكنه لم يعط للقاضي هذه الحرية عند التركيز الموضوعي للرابطة العقدية والبحث عن القانون الذي يجب تطبيقه.

### ثانياً: مدى قدرة القاضي على قبول الإحالة في الفسخ الجزئي:

يقصد بالإحالة كمنظية معمول بها في ميدان القانون الدولي الخاص هي تلك النظرية التي يتعين بموجبها الرجوع الى قواعد التنازع في القانون الأجنبي الذي اشارت بتطبيقه قواعد التنازع الوطنية متى كان هناك تنازع سلبي بين القوانين<sup>(5)</sup>، فالإحالة بهذا المعنى هي تخلي القانون الأجنبي عن اختصاصه الى قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: نص المادة "25" من القانون المدني العراقي.

(2) ينظر: د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، والاختصاص القضائي الدولي، وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص 177.

(3) نصت المادة "1/39" من قانون التحكيم التجاري المصري على أنه "على هيئة التحكيم أن تطبق على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، ومثل هذه الصياغة تسمح للمتعاقدين اختيار قواعد قانونية ينتمي بعضها الى قانون دولة وينتمي الآخر الى قانون دولة أخرى.

(4) Les Conflits des lois en matiere de contracts, these, 1938, p69

ذكره: د. فراس كريم شيعان، أثر مبدأ قانون الإرادة على اختلال التوازن في العقود الدولية، مصدر سابق، ص 245.

(5) ينظر: د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص 142.

(6) ينظر: د. عباس العبودي، تنازع القوانين، والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص 80. د. غالب علي الداودي ود. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص 68.

وكما هو معلوم أن القواعد القانونية لكل دولة تنقسم الى نوعين قواعد موضوعية مهمتها الاساسية حكم العلاقة القانونية وتنظيمها، واخرى يطلق عليها قواعد التنازع والتي تدخل ضمن قواعد القانون الدولي الخاص وظيفتها تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، ويتم تطبيق نظرية الإحالة إذا تقرر أن قانوناً معيناً هو الذي يجب تطبيقه على النزاع وطبقت فيه أحكامه المتعلقة بتنازع القوانين تلك التي يتمثل دورها في الإحالة الى قانون آخر دون الرجوع الى القواعد الموضوعية فيه<sup>(1)</sup>.

وبما أن قاعدة الأسناد الوطنية يقتصر دورها على الإشارة الى القانون الواجب التطبيق دون أن تحدد ما إذا كان المقصود بهذه الإشارة قواعد الإسناد في هذا القانون أم القواعد الموضوعية فيه، فقد يرى البعض من الفقه<sup>(2)</sup>، أن هذه الإشارة يجب أن تفهم على أنها اسناد اجمالي للقانون الأجنبي، بمعنى أنه يتعين على القاضي إذا ما أشارت عليه قاعدة الإسناد في قانونه الى قانون أجنبي معين البدء بتطبيق قواعد الإسناد فيه، وهذا الأمر لا يخلو من فرضين أولهما أن تشير قاعدة الأسناد الأجنبية الى تطبيق قانون الدولة الأجنبية ذاتها، وهنا يتعين على القاضي أو المحكم أن يطبق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي للتوصل الى حل النزاع، أما الفرض الثاني وهو الذي تشير بموجبه قاعدة الأسناد الأجنبية الى تطبيق قانون آخر غير قانونها، وبهذه الحالة يتعين على القاضي الوطني قبول الإحالة وتطبيق احكام هذا القانون، ويستوي في ذلك أن يكون قانون دولة القاضي أو قانون دولة أجنبية.

وقد استقر الفقه على رفض إثارة مسألة نظرية الإحالة عند اتفاق الأطراف على اختيار القانون المطبق على الفسخ الجزئي للعقد، لسبب في غاية الأهمية يكمن في حماية توقعات الأطراف، وأن كانت هناك آراء تذهب الى عكس ذلك، إذ تقضي بضرورة الأخذ بنظرية الإحالة، واعتبار أن اختيار الأطراف لقانون معين إنما يعني في ذات الوقت موافقتهم على القانون الذي يميل اليه هذا الأخير<sup>(3)</sup>.

وقد ذهب البعض الى أن نظرية الإحالة لا يمكن أعمالها، الا في الحالة التي تختلف فيها قواعد الأسناد في قانون القاضي عن القواعد المتبعة في القانون الذي اختاره المتعاقدان وهو ما يصعب العمل به في عقود التجارة الدولية، إزاء استقرار اغلب النظم القانونية على الأخذ بقانون الارادة<sup>(4)</sup>.

ولكن التساؤل الذي يثار بهذا الصدد هل يختلف الأمر فيما لو تم اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل القاضي المرفوع أمامه النزاع الذي يتعلق بفسخ العقد جزئياً، أو بمعنى أدق هل للقاضي سلطة

(1) ينظر: د. حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص149.

(2) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص432. وينظر كذلك: د. ابو العلاء النمر، المختصر في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص42.

(3) ينظر: د. سامي بديع منصور، د. عكاشة محمد عبد العال، طرق حل المنازعات الخاصة الدولية والحلول الوضعية لتنازع القوانين، مصدر سابق، ص377. وينظر كذلك: د. صالح مهدي كحيط، نظرية الحل الوظيفي واثرها في تطوير قواعد الاسناد" دراسة مقارنة" أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء، 2018، ص123.

(4) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المصدر نفسه، ص426. د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص537.

واسعة يستطيع من خلالها أن يطبق قواعد التنازع في القانون الأوثق صلة والذي تم اختياره من خلال التركيز الموضوعي للرابطة العقدية نظراً لسكوت المتعاقدين عن ذلك.

للإجابة عن هذا التساؤل لابد من استعراض الآراء التي قيلت بشأنه، كونه لم يكن محل وفاق بين الفقه، إذ ذهب البعض<sup>(1)</sup>، الى اعطاء نفس الحكم الذي تم الأخذ به في القانون الذي اختاره المتعاقدان بالنسبة لرفض الأخذ بنظرية الإحالة لتطبيق على الحالة التي يختار فيها القاضي القانون الذي يجب تطبيقه، وبالتالي فإن تحديد الأخير للقانون الذي يحكم الفسخ الجزئي نتيجة لسكوت الأطراف المتعاقدة عن ذلك يؤدي الى تطبيق القواعد الموضوعية لهذا القانون وهو ما كان عليه الحال لدى القضاء الفرنسي، وذلك لان تطبيق قواعد التنازع يفضي في أغلب الأحيان الى تحديد قانون آخر ليحكم العلاقة العقدية، أما البعض الآخر<sup>(2)</sup>، فقد ذهب الى إمكانية الأخذ بنظرية الإحالة في المسألة التي يسكت فيها الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق، فالقاضي أو المحكم عندما يختار القانون الاوثق صلة الذي يمثل مركز الثقل في العلاقة العقدية ينظر لقواعد التنازع فيه وليس الى القواعد الموضوعية وقد استند أصحاب هذا الرأي الى مجموعة من الحجج منها، أن الأخذ بالإحالة يتفق مع الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص التي تعتمد على قواعد الأسناد في تحقيق مصالح الأفراد، كما أن تحديد القانون المناسب لحكم العلاقة العقدية، يكون من قبل القاضي أو المحكم الذي ليس طرفاً فيها، وهو ما يبرر ضرورة استشارة قواعد التنازع في القانون المناسب التي تحيل لقانون آخر له صلة بالرابطة العقدية.

أما عن موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية من قبول نظرية الإحالة في الحالة التي يتصدى القاضي أو المحكم المعروض أمامه النزاع للبحث عن القانون الذي يجب تطبيقه عند سكوت الأطراف عن ذلك، فعن موقف المشرع العراقي من قبول نظرية الإحالة من عدمه، يبدو أنه اتخذ موقفاً حاسماً بعدم الأخذ بها<sup>(3)</sup>، من خلال نص المادة "1/31" من القانون المدني والتي تقضي بأنه "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فإنما تطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص" فضلاً عن أن المشرع العراقي لم يخول القاضي الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق عند

(1) Batiffol et. Paul Lagarde, adroit international prive edition, 1984

ذكره د. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 516.

(2) Deby Gerard Le role de regle de conflit dans le reglement des rapports inter\_ nationaux, these paris, 1973.

مشار اليه لدى د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 337.  
(3) أخذ المشرع العراقي بنظرية الإحالة على سبيل الاستثناء في حالات معينة في قوانين معينة منها ما نصت عليه المادة "48" من قانون التجارة النافذ لتحديد اهلية الملتزم بمقتضى الحوالة التجارية او السفحة الى قانون الدولة التي ينتمي اليها الملتزم بجنسيته، فإذا احال هذا القانون الى دولة أخرى فإن قانون تلك الدولة هو الواجب التطبيق. وكذلك المادة "29" من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه "لا تنطبق احكام المواد السابقة إذا وجد نص على خلافها في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في العراق".

سكوت الأطراف عن ذلك، بل الزمه الاعتماد على ضوابط اسناد جامدة محددة سلفاً كالمواطن المشترك للمتعاقدين، ومحل الابرار.

أما عن موقف المشرع المصري فهو الآخر ذهب بالاتجاه ذاته من خلال نص المادة "27" من القانون المدني التي تقرر بأنه "إذا تقرر أن قانوناً اجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه الا أحكامه الداخلية، دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص".

أما عن موقف المشرع الفرنسي فإنه بعد الانضمام الى اتفاقية روما لسنة 1980، التي حل محلها تنظيم روما لسنة 2008، لم يعد يأخذ بنظرية الإحالة سواء تمت بإرادة المتعاقدين أم عندما يقوم القاضي أو المحكم بتحديد ذلك القانون عند سكوت الأطراف، إذ قرر تنظيم روما لسنة 2008، بموجب نص المادة "15" منها بأنه "أن تطبيق قانون أي بلد تعينه هذه الاتفاقية، يعني تطبيق قواعد القانون النافذ في هذا البلد فيما عدا قواعد القانون الدولي الخاص فيه"<sup>(1)</sup>، إذ إن نص المادة اعلاه من هذه الاتفاقية يقرر رفض الإحالة بالنسبة للقانون المختار من قبل الأطراف صراحة أو ضمناً، كما هو الحال في حالة سكوت المتعاقدين عن هذا الاختيار.

وبما أن مستلزمات البحث تتطلب إبداء الرأي، يؤيد الباحث الاتجاه الذي يذهب الى رفض قبول الإحالة في الحالة التي يسكت فيها أطراف النزاع عن تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي للعقد، لكون التركيز الموضوعي للرابطة العقدية من قبل القاضي أو المحكم من أجل تطبيق القانون الاوثق صلة بها قد يؤدي الى تطبيق قانون ليس له صلة بالعلاقة العقدية.

## المطلب الثاني

### نظرية الاداء المميز كأسلوب لحل تنازع الفسخ الجزئي

تتميز عقود التجارة الدولية بأنها عقود تتضمن التزامات متعددة تقع على عاتق الأطراف، الأمر الذي جعل الكثير من الفقهاء في هذا المجال يطرحون تساؤلات عن كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على مثل تلك العقود خاصة في حالة غياب الإرادة لاسيما وأن تنفيذ هذه الالتزامات قد يكون في أكثر من دولة، وهو ما جعل طائفة من دراسات الفقه تتبنى فكرة الاداء المميز في العقد ليكون بمثابة المؤشر عن القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي فيه، لكونه أداة مهمة في حل التنازع الحاصل بين القوانين المطبقة لمجرد تعدد الالتزامات في هذا العقد<sup>(2)</sup>، ومن أجل بيان نظرية الاداء المميز كأسلوب لحل تنازع الفسخ الجزئي للعقد يقتضي الأمر بالباحث ان يقسم هذا المطلب على فرعين يبين في الفرع

(1) لمزيد من التفاصيل عن رفض اتفاقية روما لنظرية الإحالة، ينظر د. عوني محمد الفخري، اتفاقية روما لسنة 1980، بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، مكتبة صباح، بغداد، 2007، ص149 وما بعدها.

(2) ينظر د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص443.

الأول التعريف بنظرية الاداء المميز أما الفرع الثاني سيخصه لبيان موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية واحكام القضاء منها وعلى النحو الاتي:

### الفرع الاول

#### التعريف بنظرية الاداء المميز في الفسخ الجزئي

إن منهج نظرية الاداء المميز هو الاسلوب الآخر لحل تنازع القوانين في الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية الذي يضاف الى نظرية التركيز الموضوعي، إذ تقوم هذه النظرية على أساس تحليل فئة معينة من العقود ذات الطبيعة الواحدة ، وتحديد الاداء المميز فيها، إذ إن لكل عقد أداء يتميز عن غيره من العقود ويعبر عن جوهره وحقيقته<sup>(1)</sup>، ثم يحدد القانون الواجب التطبيق على كل فئة من تلك العقود المتشابهة وفقاً لأهمية الاداء الأساسي أو المميز فيها، وقد تبنى هذه النظرية العديد من الفقهاء بصفتها ضابط أسناد احتياطي يتم من خلاله معرفة القانون الواجب التطبيق في الحالات التي يسكت فيها الأطراف عن هذا الاختيار، ولأجل الاحاطة بتفاصيل هذه النظرية على الباحث أن يبين المقصود بها، ثم يبين المزايا والانتقادات التي وجهت اليها، وذلك بتقسيم هذا الفرع على فقرتين يوضح في الفقرة الاولى المقصود بنظرية الاداء المميز، أما الفقرة الثانية سيبين فيها تقدير تلك النظرية من خلال بيان اهم المزايا التي تتمتع بها والانتقادات الموجهة اليها وعلى النحو الاتي:

#### أولاً: المقصود بنظرية الاداء المميز:

ظهرت نظرية الاداء المميز كأسلوب لحل منازعات الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية على يد الفقيه السويسري "شنايتزر"، إذ يرى أن التركيز السليم للعقد لا يقوم على ظروف التعاقد وملابساته، وإنما يكمن في الروابط المتصلة به، بالنظر الى وظيفة العقد في الحياة الاقتصادية، إذ لا يمكن تركيز العقد بالمعنى الجغرافي أو الاقليمي، كما لو أبرم العقد في فرنسا، أو مصر، أو العراق، وإنما يتم تحديده لأي مجال قانوني وطني ينتمي اليه العقد بطبيعته<sup>(2)</sup>، ويتم هذا من خلال البحث في الاداء لمعرفة أي طرف في العقد هو صاحب الاداء المميز، وبمعنى أدق الاداء الذي يشكل الوظيفة الرئيسية في العقد المبرم بين الاطراف<sup>(3)</sup>.

ووفقاً لفقهاء هذه النظرية في كل عقد يوجد طرف يكون متميزاً بأدائه عن الطرف الآخر الذي يكون ادائه واحداً لا يتغير بتغير نوع العقد، وهو اداء متمثل بالتزامات مالية تجاه الطرف الآخر الذي

(1) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، قانون الارادة وازمته، مصدر سابق، ص110.

(2) ينظر: د. خالد عبد الفتاح محمد، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص152.

(3) ينظر: د. نورس عباس العبودي، الاداء المميز وأثره في عملية الاسناد، دار السنهوري للنشر، لبنان، بيروت، 2016، ص35.

يعد ادائه متميزاً من عقد لآخر، ففي عقد البيع الدولي يكون إداء المشتري متمثلاً في التزامه بدفع الثمن الملزم به تجاه البائع، ولا يتغير هذا الالتزام في أي عقد آخر من عقود التجارة الدولية<sup>(1)</sup>.

وقد تعددت التعريفات الفقهية للأداء المميز للعقد، فهناك من عرفه بأنه " الإداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى"، وعرفه آخر بأنه ذلك الإداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجباً<sup>(2)</sup>، كما عرفه آخر بأنه "الأداء الذي يميز عقداً من العقود عن غيره حيثما يكون التزام الدفع مشتركاً بين هذه العقود"<sup>(3)</sup>.

ويبدو للباحث أن التعريفات التي قيلت بشأن الإداء المميز لم تكن جامعة مانعة له، لأنها تركز على جانب منه دون الآخر، فبعضها يركز على الثمن النقدي، والبعض الآخر يركز على الالتزام الذي على أساسه يكيف العقد، بأنه عقد بيع أو إيجار أو قرض.

لذلك يؤكد البعض من الفقه<sup>(4)</sup>، بأن وضع تعريف جامع لفكرة الإداء المميز يبدو أمراً صعباً للغاية، كما لا يمكن أن تصاغ قاعدة تجمع كل هذه الفكرة لأن ذلك قائم على تحليل العقود أو طوائف العقود للوقوف على الإداء الذي يمكن وصفه بالمميز ثم نبحت عن صاحب هذا الإداء لتطبيق محل أقامته على العقد التجاري الدولي.

وبما أن الإداء الجوهري أو المميز ليس واحداً في جميع العقود، وإنما يختلف من عقد لآخر، لذلك يتساءل الباحث عن المعيار الذي من خلاله يتم استخلاص هذا الإداء ثم التوصل إلى تحديد القانون الذي يطبق على الفسخ الجزئي للعقد عند سكوت الأطراف عن الاختيار الصريح أو الضمني.

وقدم انصار نظرية الإداء المميز معيارين من خلالهما يتم الكشف عن الإداء الذي يميز العقود بعضها عن البعض الآخر، أولهما يحدد فيه الأداء المميز وفقاً لطبيعة العقد، وهو ما أكده الفقيه السويسري "schnitzer"، عندما توصل إلى أن جوهر العقد وطبيعته هو الأساس الذي تستند عليه نظرية الإداء المميز، ثم إلى وظيفته الاقتصادية والاجتماعية في مكان معين<sup>(5)</sup>، فالبداية تكون بتحديد فئة من العقود ثم البحث عن الخصائص والمميزات المشتركة بينهما فضلاً عن وظيفتها التي تميزها عن غيرها، إذ أن هذا البحث والتحليل يجب أن يبدأ من العقد ذاته لتحديد تلك الصفات الجوهرية والمميزات

(1) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 594.

(2) ينظر: صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مصدر سابق، ص 337.

(3) ينظر: طه كاظم حسن المولى، مصدر سابق، ص 110.

(4) ينظر: د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية، مصدر سابق، ص 66.

(5) Schnitzer, A.F, Les contract en droit international prive Suisse, RCADI, 1968 t, 123, P.545.

الاساسية التي تشكل الأداء المميز فيه ثم تركيزه في نظام قانوني معين ليطبق على العلاقة العقدية<sup>(1)</sup>، فالالتزامات التعاقدية الناتجة عن العقد متعددة ولكن لا بد من وجود التزام أو إداء يميز العقد عن غيره.

والعقود بطبيعتها وكما هو معلوم تقسم الى قسمين عقود ملزمة لجانب واحد واخرى ملزمة لجانبين، فلا توجد أي مشكلة في العقود الملزمة لجانب واحد فيما يتعلق بتحديد الاداء المميز فيها، أما العقود الملزمة لجانبين، تلك التي ترتب التزامات متقابلة على عاتق طرفيها، إذ يكون كل منهما في الوقت ذاته دائناً ومديناً للآخر، ويؤدي الأخلال من أحدهما الى منح الطرف الآخر الحق في فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى<sup>(2)</sup>، فيجب على القاضي المعروض عليه النزاع أن يحلل الالتزامات المتقابلة لكي يحدد أياً منهما تمثل الاداء المميز<sup>(3)</sup>.

وقد اعتمد الفقه المقارن في ذلك على المعيار المقدم في التقرير التفسيري لاتفاقية روما 1 سنة 2008، الذي بين أن ذلك الاداء هو الذي يقابله دفع مبلغ نقدي ولا يمكن أن يكون الاداء المميز في العقد هو الاداء النقدي لكونه واحداً في العديد من العقود<sup>(4)</sup>، ففي العقود الملزمة للجانبين التي تركز على تداول سلع أو خدمات مقابل مبلغ نقدي، لا يمكن في أغلب الحالات للاداء النقدي أن يحدد طبيعة العقد لأنه لا يمثل الاداء المميز فيه، وإنما طبيعة الالتزام المقابل لدفع المبلغ النقدي هي التي تسمح بتمييز هذا العقد عن غيره، فالالتزام البائع بتسليم المبيع للمشتري والتزام الناقل بنقل البضاعة أو الأشخاص، كل هذه تعد اداءً يميز العقد عن غيره، ويقابلها في أغلب الحالات دفع مبلغ نقدي<sup>(5)</sup>.

ويتفق الباحث مع البعض<sup>(6)</sup>، بأن هذا المعيار الذي بموجبه يحدد الاداء المميز يمتاز بالسهولة والوضوح في التطبيق بالنسبة لأغلب العقود، كما أن القضاء نادراً ما يجد صعوبة في تحديد الاداء المميز من خلاله، غير أن بعض العقود لا يكون فيها المقابل إداءً نقدياً كعقود المقايضة أو عقود الصرف، كما قد تتعدد الاداءات المميزة في العقد لاسيما في العقود المركبة التي تتضمن التزامات متعددة ومعقدة يصعب في كثير من الحالات تحديد الإداء المميز فيها، لتمييز العقد عن غيره.

أما المعيار الآخر الذي يحدد بمقتضاه الاداء المميز فهو مهنة أطراف العقد، إذ يتم وفقاً له تحديد الأخير بالنظر الى مهنة القائم به، حيث يصنف أطراف العقد الى طرف عادي وآخر مهني يقوم بتنفيذ

(1) ينظر: د. نورس عباس العبودي، مصدر سابق، ص22.

(2) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الالتزامات، مصدر سابق، ص585. د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص24.

(3) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص586.

(4) ينظر: د. نورس عباس العبودي، المصدر نفسه، ص58.

(5) Lagard, P, Le nouveau adroit international prive des. Contract après l entree en vager de la convention de Romedu, 19,Jon, 1980, Op, Cit, P.308.

(6) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار، مصدر سابق، ص1105. د. احمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص145.

العقد بمقتضى نشاطه المهني الذي يمارسه بانتظام واحتراف فيكون أداء هذا الأخير هو الأداء المميز في العقد وهو المدين به، فالأداء المميز وفقاً لهذا المعيار هو الذي يدخل ضمن النشاط المهني لمحترف العمل التجاري أو المهني، فيطبق على جميع العقود التجارية التي يبرمها المهنيون أو التجار المحترفون، فيكون محل قانون الإقامة المعتاد هو الواجب التطبيق لكونهم المدينين بالأداء المميز<sup>(1)</sup>.

فالنشاط المهني يتطلب تنظيمًا قانونياً موحداً، بمعنى أنه من الملائم أن تخضع العقود التي يبرمها المهنيون أو التجار المحترفون الذين يتعاملون مع أعداد كبيرة من العملاء ومن دول مختلفة لقانون واحد، هو قانون مكان إقامتهم المعتادة لكونهم المدينين بالإداء المميز ويكون هذا المكان معروفاً منذ البداية لجميع أطراف العقد مما يتفق مع توقعاتهم المشروعة، أما لو تم الاعتماد على ضابط آخر، كما لو طبق قانون جنسية العملاء لحكم العلاقة العقدية، فإنه يؤدي إلى تطبيق عدد كبير من القوانين، كما قد تظهر بعض الآثار السلبية التي تنعكس على مصلحة العملاء أنفسهم، لكون البحث عن القانون الواجب التطبيق في كل مرة يؤدي إلى مزيد من الجهد والوقت، ونفقات إضافية، مما يترتب على ذلك زيادة تكلفة السلعة أو الخدمة التي يقدمها التاجر أو المهني<sup>(2)</sup>.

كما أن تطبيق قانون مكان إقامة التاجر أو المهني باعتباره صاحب الأداء المميز فيه لا يعني بالضرورة توفير الحماية للطرف الأقوى على حساب الطرف الضعيف، بل على العكس من ذلك فإنه قد لا يوفر الحماية لمصالح التاجر أو المهني، وإنما ينصرف إلى حماية المتعامل معه<sup>(3)</sup>، فضلاً عن ذلك فإن المتعامل مع التاجر أو المهني ليس بالضرورة أن يكون هو دائماً الطرف الضعيف، وإنما قد يتمتع بمركز أقوى من مركز التاجر أو المهني، فهذا القانون حُدد على أساس أنه الأكثر ارتباطاً بالعلاقة التعاقدية، كما يجب الأخذ بنظر الاعتبار، أن التشريعات التي تبنت نظرية الأداء المميز والتي سيأتي الباحث على ذكرها في موضع لاحق، قد راعت في ذلك مسألة حماية الطرف الضعيف في العقد، وكرست في الوقت ذاته حلولاً مختلفة لا تستند إلى معيار الاداء المميز<sup>(4)</sup>.

ولكن يثار تساؤل مفاده هل أن تحديد الأداء المميز في العقد كافياً لإعمال نظرية الاداء المميز، وتحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي للعقد من خلالها؟ الجواب كلا بل لابد من تركيز هذا العنصر في مكان معين، ليكون قانون ذلك المكان هو الواجب التطبيق باعتباره الأكثر ارتباطاً به، ويفترض أنصار هذه النظرية، أن الاداء المميز يتركز في محل إقامة المدين به، خلافاً لما كان عليه

(1) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وازمته، مصدر سابق، ص443 وينظر كذلك: د. محمد الروبي، عقد الامتياز التجاري في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص304.

(2) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص601.

(3) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وازمته، المصدر نفسه، ص216.

(4) ينظر: د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية، مصدر سابق، ص123.

سابقاً، إذ ربط الفقيه " schnitzer "، وكذلك الفقه الفرنسي هذا الاداء بمكان تنفيذه في عقود التجارة الدولية، فمركز الثقل في تقدير هؤلاء هو مكان التنفيذ، باعتبار أن جميع آثار العقد تتركز فيه وتجتمع فيه المصالح المختلفة للأطراف المتعاقدة(1).

ولكن هذا الحال لم يدم طويلاً لما رافقه من صعوبات في تحديد مكان التنفيذ ، وتحديداً عند تعدده، كما هو الحال بالنسبة لعقد البيع الدولي للبضائع، فالبضاعة محل العقد تنتقل عبر عدة دول يصعب فيها أحياناً تحديد مكان التنفيذ، كما أنه لا يكون معلوماً في كثير من الحالات لدى المتعاقدين عند إبرام العقد، ونتيجة لذلك ذهب الفقه الراجح الى أن العقد يرتبط من خلال الاداء المميز فيه بمكان الإقامة المعتادة للمدين بهذا الإداء وقت إبرام العقد، ليكون قانون ذلك المكان هو الواجب التطبيق(2).

وتجدر الإشارة الى أن مسألة تحديد الأداء المميز في العقد التجاري الدولي قد لا تكون بهذه البساطة في بعض الحالات، إذ تعد من المسائل الصعبة التي تواجه القاضي أو المحكم عندما يطبق هذه النظرية، فعدم وجود معيار محدد يشير الى هذا الاداء حتماً سيضر بمبدأ الأمان القانوني، والاستقرار الذي يتطلب توفره في معاملات الأفراد، فإذا كان من السهولة تحديد هذا الاداء في بعض العقود التي ترتب التزامات متقابلة في ذمة أطرافها، فإنه ليس كذلك بالنسبة الى البعض الآخر، فإذا سلمنا بأن الأداء المميز هو الذي يقابله دفع مبلغ نقدي، إذ إن للأداء المميز دوراً اقتصادياً مهماً في العلاقة التعاقدية، مقارنة بالأداء النقدي الذي يتم تركيزه في الوسط الاقتصادي والاجتماعي لهذه الرابطة، فيكون قانون المكان الذي يمثل إقامة المدين بالأداء المميز هو المختص بحكم الرابطة العقدية، لكن قد يتعذر على القاضي المرفوع أمامه النزاع إيجاد الأداء المميز، والمدين به، كما هو الحال في عقود المقايضة، إذ لا يوجد في هذا العقد إداء مميز، مقارنة بأداء الطرف الآخر، كما تظهر هذه الصعوبة في نطاق العقود المصرفية التي تبرم بين المصارف، فضلاً عن ظهور تلك الصعوبات في العقود المركبة(3).

كما أنه في بعض الحالات قد يتبين للقاضي المرفوع أمامه النزاع أن ظروف التعاقد وملاساته تشير الى وجود قانون آخر أوثق صلة بالرابطة العقدية، وهو ما قد ينهار معه أساس الافتراض بأن محل إقامة المدين بالأداء المميز هو أقرب القوانين صلة بهذه الرابطة، بمعنى أن هذه النظرية تجيز للقاضي أو المحكم أن يخرج على هذا الأسناد المسبق القائم على فكرة الأداء المميز، فيما لو تبين لهما من ظروف التعاقد وملاساته أن هناك نظاماً قانونياً آخر أكثر ارتباطاً بالعقد، بصفته النظام الذي تؤدي الرابطة العقدية في مجاله وظيفتها الاقتصادية والاجتماعية، وعليه فإنه إذا تبين للقاضي أو المحكم أن

(1) Batiffol, H. Les conflits de lois en matier des contract, OP.Cit. n81, P178.

(2) ينظر: د. نورس عباس العبودي، مصدر سابق، ص41

(3) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص617.

محل الاداء المميز لا يعبر عن أوثق صلة بالعقد، جاز له أن لا يعتمد عليه كأساس لأسناد الرابطة العقدية، وهو ما يستلزم الرجوع في هذا الفرض الاستثنائي للقانون الأكثر تعبيراً عن هذه الصلة<sup>(1)</sup>. والواقع أن هذه العودة الاستثنائية للمعيار العام الذي من خلاله يتم إسناد العقود للقانون الاوثق صلة بها تستلزمها اعتبارات المرونة الواجب توفرها في الأسناد ازاء تنوع الروابط العقدية وتعدد صورها في الواقع العملي على نحو يستحيل معه في بعض الحالات الاستعانة بمعيار محدد مهما كانت درجة مرونته<sup>(2)</sup>. وبهذا قد انتهى الباحث من بيان المقصود بنظرية الاداء المميز، ومدى اعتمادها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي للعقد، لينتقل بعد ذلك الى بيان المزايا التي تتمتع بها تلك النظرية مع الاشارة الى الانتقادات التي وجهت لها وذلك في الفقرة الثانية.

### ثانياً: تقدير نظرية الاداء المميز في الفسخ الجزئي:

لنظرية الأداء المميز بصفقتها ضابط إسناد احتياطي يستطيع القاضي أو المحكم من خلاله تحديد القانون الذي يحكم الفسخ الجزئي للعقد، مجموعة من المزايا التي تجعلها متقدمة على نظرية التركيز الموضوعي، إذ انها جاءت لتوفق بين عدة اعتبارات قانونية متناقضة تسعى التشريعات الوطنية الى أخذها بنظر الاعتبار عند تحديدها لضابط الأسناد الذي من خلاله يركز العقد في نظام قانوني معين<sup>(3)</sup>، كما تعرضت تلك النظرية في الوقت ذاته الى الانتقادات من قبل البعض، وعليه سيبين الباحث أهم المزايا التي تقدمها نظرية الاداء المميز للمتعاقدین في فقرة اولى، ويوضح في الفقرة الثانية أبرز الانتقادات التي وجهت لها وعلى النحو الآتي:

#### 1- مزايا نظرية الاداء المميز في الفسخ الجزئي للعقد:

تتميز نظرية الأداء المميز بأنها تراعي اعتبارات المرونة والعدالة، لكون منطقتها لا يقوم على وضع ضابط أسناد عام ومحدد سلفاً للقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية كافة، كما هو الحال في المنهج التشريعي الذي أتبعه المشرع العراقي وغيره من التشريعات المدنية العربية<sup>(4)</sup>، التي تعطي لقانون الموطن المشترك أو مكان بلد الأبرام، مركز الثقل في العلاقة التعاقدية<sup>(5)</sup>، إذ أن هذا الحل يبدو أنه يتصف بالجمود لأنه لا يراعي الطبيعة المتنوعة لعقود التجارة الدولية، ويلتزم القاضي بهذه الضوابط ولا يمكنه كقاعدة عامة أن يبحث عن قانون آخر يكون أكثر ملائمة واتصالاً بالرابطة

(1) ينظر: د. نورس عباس العبودي، مصدر سابق، ص 43.

(2) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 619.

(3) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص 41.

(4) ينظر نص المادة "1/25" مدني عراقي، والمادة "1/19" مدني مصري، المادة "20" من القانون المدني الاردني

(5) ينظر: د. حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 382.

العقدية، وهذا لا يوفر العدالة التي تحققها قواعد الأسناد التقليدية التي يفترض أن تربط العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي بالقانون الأكثر ارتباطاً به<sup>(1)</sup>.

كما أن هذه النظرية تتلافى الجمود السابق من خلال وضع ضابط اسناد تفصيلي يختلف باختلاف العقود<sup>(2)</sup>، إذ تصنف عقود التجارة الدولية الى فئات متعددة، تخضع كل فئة منها للقانون الأكثر ارتباطاً بها، وذلك من خلال قيام القاضي بتركيز الأداء الجوهري أو المميز الى الوسط الاجتماعي والاقتصادي للعقد، فهو تركيز يستند الى طبيعة العقد ذاته وخصوصيته التي تميزه عن غيره، مع مراعاة تنوع تلك العقود وتعددتها، وما ينتج عن ذلك من ايجاد ضابط اسناد ملائم لكل طائفة من العقود المتشابهة<sup>(3)</sup>.

وعليه فإن إسناد العقد لقانون مكان إقامة المدين بالإداء المميز يتسم بالوضوح والتحديد، مما يجعل من الكشف عنه لا يثير أي غموض أو إبهام لكون المدين بالأداء المميز في العادة يكون معلوماً وأن الالتزام بتقديم الأداء المميز عادة ما يدخل في نشاط ومهنة المدين به وهو عادة معترف لهذا النشاط، أو تلك المهنة، ومن ثم فإن من المناسب أن تخضع سائر العقود التي يبرمها في نطاق نشاطه هذا لقانون واحد، هو القانون الذي يحكم نشاطه ويحدد نطاق اعماله، فهو نشاط وظيفي يقوم على تركيز الرابطة العقدية وفقاً لطبيعتها الذاتية، بمعنى إخضاع العقد المراد فسخه جزئياً لقانون الدولة الاوثق صلة وظيفية بالأداء الرئيسي أو المميز لهذا العقد دون الاعتماد على ظروف التعاقد وملابساته، وانما على قرائن مادية مستمدة من طبيعة الرابطة العقدية ذاتها، وبالنظر الى أساس الالتزامات الناتجة عن العقد والتي يقوم بها الأطراف<sup>(4)</sup>.

كما تتميز هذه النظرية بانها تحقق الأمان القانوني للأطراف وتحترم توقعاتهم المشروعة، من خلال تكريسها للحل الملائم حسب طبيعة كل عقد، فهي إذاً تتميز ببساطة متناهية بالنسبة لأي معيار مادي آخر، فالغالب في العمل أن الالتزام بالأداء المميز يكون واحداً وهو ما يمنع تجزئة العقد واخضاع الالتزامات الناشئة عنه لقوانين عديدة ذات حلول متعارضة، ويكفي أن توفر نظرية الأداء المميز الأمان القانوني<sup>(5)</sup>، كي لا يتفاجأ الأطراف بالقانون الواجب التطبيق على علاقاتهم التعاقدية من خلال اسنادها لقانون ينسجم مع تطلعاتهم ومصالحهم ويحقق لهم الاستقرار في معاملاتهم القانونية<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 593. د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص 138. د. احمد عبد الكريم سلامة قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وازمته، مصدر سابق، ص 197.

(2) ينظر: د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية، مصدر سابق، ص 72.

(3) ينظر: د. نورس عباس العبودي، مصدر سابق، ص 48.

(4) ينظر: د. بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص 319.

(5) ينظر: د. خالد عبد الفتاح محمد، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 154.

(6) ينظر: د. احمد عبد الحميد عشعوش، مصدر سابق، ص 17.

## 2. الانتقادات التي وجهت لنظرية الإداء المميز في الفسخ الجزئي:

بالرغم من المزايا التي تتمتع بها نظرية الأداء المميز كضابط إسناد احتياطي يتم اللجوء إليه من قبل القاضي المعروض عليه النزاع ليحدد من خلاله القانون الذي يجب تطبيقه على الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، فقد تعرضت لعدة انتقادات منها، أن عدم اعتبار دفع مبلغ من النقود أداءً مميزاً يعد تجاهلاً للدور الاقتصادي الذي يلعبه دفع النقود على الرغم من أنه الأداء اللازم لإتمام الكثير من العقود، كما أنه ليس صحيحاً دائماً الربط بين الوظيفة الاقتصادية للعقد وما ينتج عنه من التزامات ليس موضوعها دفع مبلغ من النقود، فهذا الالتزام قد لا يعبر دائماً عن هذه الوظيفة<sup>(1)</sup>، فضلاً عن أن عدداً ليس بالقليل من العقود التي يترتب عليها أكثر من التزام كالعقود المركبة، التي تتساوى التزاماتها من حيث الأهمية، مما يؤدي إلى صعوبة تحديد الأداء المميز من بينها، لأن كل واحدٍ من هذه الالتزامات يمثل أداءً مميزاً<sup>(2)</sup>، كما قد لا يؤدي الأداء المميز في بعض الحالات إلى تطبيق القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة التعاقدية<sup>(3)</sup>، فالتحديد المسبق لقانون العقد، كقانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز لا يعني بالضرورة أنه يحقق العدالة دائماً، في تحديد القانون الأكثر ارتباطاً به، فالوظيفة القانونية الأساسية لقاعدة الأسناد هي اختيار القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة القانونية<sup>(4)</sup>.

كما يذهب البعض إلى أن تطبيق نظرية الأداء المميز على عقود التجارة الإلكترونية قد يثير بعض الإشكاليات، منها أن اسناد العقد لقانون الدولة التي ينتمي لها الطرف القوي في العلاقة التعاقدية، والتضحية بمصلحة الطرف الضعيف، كما أن الأساس الذي تستند عليه تلك النظرية يقوم على التركيز الجغرافي الذي لا يتلاءم مع طبيعة المعاملات التي تتم عبر الإنترنت فهي تتحدى الحدود الجغرافية، فضلاً عن صعوبة تطبيق هذه النظرية على عقود التجارة الإلكترونية في الحالة التي لا يكون فيها الإنترنت وسيلة للاتصال أو التفاوض حول بنود العقد، وإنما وسيلة لتنفيذه، لأنه لا يوجد إقليم دولة معينة يتم فيها التنفيذ بسبب البيئة غير المادية التي ينفذ العقد من خلالها<sup>(5)</sup>.

ومن خلال ما تقدم يرى الباحث أن الانتقادات التي وجهت لنظرية الأداء المميز، لا تقلل من قيمتها في ميدان العقود الدولية، بشقيها التقليدي والإلكتروني، إذ أصبحت من النظريات الراسخة التي اعتنقها الفقه الحديث، وتبنتها العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، والتي دعا الباحث إلى الأخذ بها من خلال اقتراح تعديل نص المادة "1/25" فضلاً عن تطبيقات القضاء التي زخرت بالأحكام القضائية التي تتبنى ضابط الأداء المميز دون غيره.

(1) ينظر: احمد حميد الانباري، مصدر سابق، ص102.

(2) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص612.

(3) ينظر: د. نورس عباس العبودي، مصدر سابق، ص93.

(4) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص37.

(5) ينظر: د. صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص345. د. سلمان احمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في اطار القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص311.

## الفرع الثاني

## التطبيق التشريعي والقضائي لنظرية الأداء المميز

إذا كان الأصل أن الإرادة لها الدور الكبير في تحديد القانون الذي يحكم عقدهم سواءً كان التعبير عن ذلك صراحةً أو ضمناً، ولكن هناك حالات يسكت فيها الأطراف عن هذا الاختيار، ولا يستطيع القاضي أن يستخلص ذلك من خلال القرائن والمؤشرات التي يعتمد عليها، فهنا يبرز دوره في تركيز العلاقة التعاقدية بالاعتماد على ضوابط إسناد احتياطية، كالتركيز الموضوعي، والأداء المميز ولكون الأخير يتمتع بجملة مزايا تجعله يقدم أحسن الحلول بشأن القانون الواجب التطبيق<sup>(1)</sup>، لذلك يجد الباحث أن العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، قد تبنت هذه النظرية، كما أن لها تطبيقاً واسع النطاق لدى القضاء في مختلف الدول، وللتعرف على هذه التشريعات، وأحكام القضاء، سيقسم الباحث هذا الفرع على فترتين يبين في الفقرة الأولى موقف التشريعات من هذه النظرية، أما موقف القضاء سيتناوله في الفقرة الثانية وعلى النحو الآتي:

## أولاً: التطبيق التشريعي لنظرية الأداء المميز في الفسخ الجزئي:

أخذت بنظرية الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية العديد من التشريعات الوطنية، منها القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة 1987، في المادة "117"<sup>(2)</sup>، منه، والتي تقرر بأنه عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الذي يحكم العقد يجعله يخضع لقانون الدولة الأكثر ارتباطاً به، وهذه الروابط يفترض وجودها مع الدولة التي يوجد فيها محل الإقامة العادية للمدين بالأداء المميز، أو التي توجد بها منشأة هذا الأخير إذا كان العقد قد أبرم في إطار ممارسة نشاطه المهني أو التجاري.

كما أخذ بهذه النظرية المشرع الألماني وذلك في المادة "28" من القانون الدولي الخاص لعام 1986، التي نصت على أنه "1. عند سكوت إرادة المتعاقدين عن اختيار القانون الذي يحكم العقد، يسري على هذا الأخير قانون البلد الاوثق صلة به. 2. تعتبر تلك الصلة موجودة مع البلد الذي به الإقامة العادية للطرف الذي يتعين أن يقوم بالأداء المميز أو مركز إدارته الرئيسي إذا كان شخصاً

(1) ينظر د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص110، وينظر كذلك: د. صفوت احمد عبد الحفيظ، مصدر سابق، ص193.

(2) ينظر: نص المادة "117" من القانون الدولي الخاص السويسري باللغة الانكليزية:

Article 117" 1. Failing a choice of law contracts are governed by the law of state with which they have the closest connection to such a connection is deemed to exist with the state of the habitual residence of the party having to perform the characteristic obligation or if the contract is interred into in the course of professional or business activity with the state of such patties place of business".

معنوياً، ومع ذلك إذا كان العقد يرتبط بنشاط مهني للطرف المدين بالأداء فيعتبر القانون الاوثق صلة بالعقد هو قانون الدولة التي يوجد بها مقر منشأته الرئيسية مالم يكن الاداء المميز نشاطاً لمنشأة فرعية فيطبق قانون الدولة التي توجد بها هذه المنشأة<sup>(1)</sup>.

وقد تبني نظرية الأداء المميز المشرع التونسي، إذ نصت المادة "62" من القانون الدولي الخاص الصادر في 1998/11/27، على أنه "يخضع العقد للقانون الذي تعينه الأطراف، وإذا لم تحدد الأطراف القانون المنطبق يُعتمد قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون التزامه مؤثراً في تكييف العقد أو قانون مقر مؤسسته إذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري"<sup>(2)</sup>.

أما عن موقف المشرع العراقي من نظرية الأداء المميز فلم يجد الباحث في نص المادة "25" من القانون المدني ما يشير الى ذلك، بمعنى أدق أنه لم يأخذ بنظرية الأداء المميز لكونه اعتمد على الارادة الصريحة أو الضمنية في تحديد القانون الذي يجب تطبيقه، أما في هذا الفرض وهو سكوت الأطراف عن ذلك يتم اللجوء الى الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً، والا لقانون بلد الإبرام، ولكن يبدو أن المشرع العراقي قد أحال مالم يرد بشأنه نص خاص من أحوال تنازع القوانين الى المبادئ العامة في القانون الدولي، والمتمثل في نص المادة "30" من القانون المدني التي من الممكن الرجوع اليها لتلافي النقص التشريعي<sup>(3)</sup>، إما المشرع المصري وموقفه من نظرية الاداء المميز، فلم يجد الباحث في نص المادة "1/19" من القانون المدني ما يشير الى الاخذ بضابط الأداء المميز<sup>(4)</sup>.

أما عن موقف المشرع الفرنسي فإنه وكما أسلفنا لم يُنظّم مسألة الالتزامات التعاقدية، ولا يوجد نص يحدد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، عند سكوت الأطراف عن هذا التحديد، ولكن بصدور اتفاقية روما لسنة 1980، المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والتي اصبحت القانون الدولي الخاص الذي يطبق على عقود التجارة الدولية في

(1) ذكره: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص593. د. بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، 269.

(2) كما أخذ بنظرية الأداء المميز القانون الدولي الخاص المجري الصادر عام 1979، إذ نصت المادة "25" منه على أنه "إذا أستحال تحديد القانون الواجب يسري على العقد قانون موطن أو محل الإقامة العادية أو مركز منشأة الطرف المدين بتقديم الأداء المميز للعقد بطريقة جوهريّة"، كما نصت المادة "1211" من القانون الروسي الصادر عام 2001، على أنه "عند سكوت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم العقد يسري على العقد قانون الدولة التي يرتبط بها بروابط وثيقة، وتوجد هذه الروابط في قانون الدولة التي يوجد بها الموطن أو المركز الرئيسي للطرف الملتزم بتقديم الاداء المميز. ينظر د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مصدر سابق، ص 342.

(3) نصت المادة "30" من القانون المدني العراقي على أنه "يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شبيوعاً".

(4) ولكن يمكن تلافي النقص التشريعي في القانون المدني المصري بالرجوع الى نص المادة "24" والتي تنص على أنه "يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص.

معظم دول الاتحاد الاوربي ومنها فرنسا، لذلك فإن نصوص هذه الاتفاقية<sup>(1)</sup>، تمثل موقف المشرع الفرنسي، فقد تبنت اتفاقية روما نظرية الاداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي، لكنها تدرجت في تلك النصوص، إذ بدأت في نص المادة "3" التي ركزت على قانون الإرادة<sup>(2)</sup>، وجعلته ضابط إسناد أصلي يتحدد من خلاله القانون الذي يجب تطبيقه، وفي حالة عدم الاتفاق على ذلك صراحة أو ضمناً وبصورة مؤكدة، فإن المادة الرابعة من الاتفاقية وضعت قاعدة عامة لتحديد قانون العقد<sup>(3)</sup>، إذ قررت في فقرتها الاولى على مبدأ عاماً يقضي بتطبيق القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة التعاقدية، وعلى القاضي المعروض أمامه النزاع وهو يبحث عن هذا القانون أن يأخذ بنظر الاعتبار جميع عناصر العلاقة والظروف والملابسات المحيطة بها، ونظراً لصعوبة إيجاد معيار محدد لتعيين القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد، جاءت الاتفاقية وحددت قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز هو الأكثر ارتباطاً بالعلاقة التعاقدية، هذا ما لم يتبين من ظروف التعاقد وملابساته أن هناك قانوناً آخر أكثر ارتباطاً من مكان المدين بالأداء المميز.

وقد اجريت بعض التعديلات على نص المادة "4" من اتفاقية روما لسنة 1980، رغبة من المشرع الاوربي في تعزيز فكرة الأمان القانوني واحترام توقعات الأطراف المشروعة، إذ جاءت المادة 4 من تنظيم روما 1 لسنة 2008، ببعض الاضافات التي تتعلق بكيفية تحديد القانون الذي يطبق على عقود التجارة الدولية، فوضعت المادة "1/4"<sup>(4)</sup>، قواعد إسناد مباشرة لعدد من العقود حددت فيها مباشرة وبشكل مسبق القانون الذي يحكمها، ولم تترك للقاضي الحرية في اختيار القانون الذي يحكم العقد، في حين نصت الفقرة الثانية من المادة ذاتها على تطبيق قانون المدين بالأداء المميز على تلك العقود التي لا تنتمي الى تلك الواردة في الفقرة الاولى.

- (1) وقد تبنت نظرية الاداء المميز اتفاقية لاهاي لعام 1955، والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للمنفولات المادية، إذ نصت المادة "3" منها على أنه "تبعاً للقانون الواجب التطبيق بواسطة الأطراف فإن البيع سوف يحكم بواسطة قانون الدولة التي توجد فيها هذه المنشأة"، وبذلك فإن اتفاقية لاهاي اعتدت بمحل الإقامة المعتاد للبائع بوصفه الملتزم بالأداء المميز، باعتباره ضابط اسناد رئيسي لتعيين قانون العقد. ينظر في ذلك د. احمد بن سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الالكترونية، مصدر سابق، ص198.
- (2) ينظر نص المادة "3" من اتفاقية روما لسنة 1980، بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.
- (3) نصت المادة 4 من اتفاقية روما على "1. عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد يسري على هذا الأخير قانون الدولة التي له بها اكثر الروابط وثوقاً. 2. وتعتبر تلك الروابط موجودة في الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بتقديم الاداء المميز وقت أبرام العقد اثناء ممارسته لنشاطه المهني، فإن قانون الدولة التي بها المنشأة الرئيسية لهذا الشخص يكون هو الواجب التطبيق على العقد، وإذا كان الاداء المميز للعقد يتم عن طريق شركة أخرى، بخلاف الشركة الرئيسية، فإن قانون الدولة التي يتواجد بها مقر تلك الشركة هو الذي يحكم العقد".
- (4) نصت المادة "1/4" على أنه "أن عقد البيع يخضع لقانون الإقامة المعتادة للبائع؛ عقد توريد الخدمات يخضع لقانون مكان إقامة مورد الخدمة؛ العقود الواردة على العقارات تخضع لقانون مكان وجود العقار العقود؛ عقد ايجار عقار للاستعمال الشخصي لمدة لا تزيد عن ستة شهور تخضع لقانون إقامة مالك العقار؛ عقد" الفرانشايز يخضع لقانون مكان الإقامة المعتادة للمرخص له؛ عقد التوريد يخضع لقانون مكان إقامة الموزع؛ عقد البيع بالمزاد العلني يخضع لقانون مكان اجارة المزاد؛ العقود التي تبرم في الاسواق المالية " البورصات" تخضع لقانون السوق".

وعليه يظهر للباحث أن نظرية الاداء المميز بالرغم من تحولها من قرينة تفيد القاضي المعروض أمامه النزاع في تحديد القانون الذي يحكم العقد الى قاعدة اسناد مباشرة لبعض العقود التي حددها نص الفقرة الاولى من المادة الرابعة، لم يغير من كونها ضابط اسناد احتياطي يلجأ اليه القاضي عند سكوت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم الفسخ الجزئي للعقد ، لكون نص المادة اشار الى بعض العقود دون غيرها، وعليه فإن تطبيق نظرية الأداء المميز وفقاً لما نص عليه تنظيم روما1، لسنة 2008، يكون في العلاقة التعاقدية التي تحتوي عدة عناصر يصعب ادخالها تحت عقد واحد، فضلاً عن تلك التي لم يرد ذكرها في الفقرة الاولى من المادة الرابعة.

### ثانياً: التطبيق القضائي لنظرية الأداء المميز في الفسخ الجزئي للعقد:

كان القضاء السويسري في بداياته وقبل أن يتبنى الأخذ بنظرية الأداء المميز، يأخذ بمكان التنفيذ، لكونه ضابطاً احتياطياً لإسناد العلاقة التعاقدية عند سكوت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم عقودهم ، وقد مر بمراحل عديدة أولها اتجاهه الى فكرة تجزئة العقد وإخضاع كلاً من التزاماته لقانون معين، وحاول أن يفرق بين تكوين العقد واثاره، فاضع كل المسائل التي تتعلق بتكوين العقد الى قانون بلد الابرام، في حين جعل قانون الإرادة مختصاً بإثاره<sup>(1)</sup>، ولكن لم يدم هذا الحال طويلاً بل تراجع القضاء السويسري عن اتجاهه نحو تجزئة العقد مفضلاً إسناد كل ما يتعلق بتكوينه لنفس القانون الذي يحكم آثاره، ولكن بعد ذلك حاول هذا القضاء أن يبحث عن ضابط يحدد مسبقاً يكشف عن الصلة الاوثق بالرابطه العقدية، حتى توصل الى تحديده بالأداء المميز فيها، والذي يتمثل بمحل الإقامة المعتادة للمدين به، نتيجة لما أثاره ضابط محل التنفيذ من إشكاليات جوهرية أهمها تعدده في أكثر من مكان واحد<sup>(2)</sup>.

فظهرت نتيجة لذلك لدى القضاء السويسري، إذ طبقها في عدة منازعات للتوصل الى حلول بشأنها، كما في القرار الصادر عن المحكمة الفيدرالية السويسرية عام 1953، إذ قضت فيه " أن كل عقد ينفرد بأداء يضيف عليه طابعه، فاذا تعلق الأمر بعقد ملزم للجانبين، فإن القضاء وهو بصدد بحثه عن ضابط الأسناد يكون عليه أن يعول على الالتزام الجوهرية في الرابطة العقدية محل البحث، بوصف القائم به هو صاحب الاداء المميز، فإن تعلق الأمر بعقد بيع مثلاً فإن التزام البائع هو الذي يكون كذلك ومن ثم فإن القانون الذي يرتبط به هذا الالتزام بالرابطه الاوثق صلة يكون هو الواجب التطبيق"<sup>(3)</sup>.

(1) لمزيد من الاحكام القضائية، ينظر: د. عادل ابو هشيمة محمود حوتة، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في

القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2005، ص99.

(2) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص585.

(3) مشار اليه لدى د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، مصدر سابق، ص157.

وقد اكدت المحكمة الفيدرالية السويسرية هذا المعنى عندما أقرت مبدأ اسناد العقود للقانون الاوثق صلة بالرابطة العقدية، وهو القانون السائد في محل الأداء المميز، وحددت المقصود بهذا الأداء في اطار عقود بيع المنقولات بأنه" التزام البائع بتسليم المبيع"، كما أكدت المحكمة ذاتها ذلك، في قرارها الصادر في 1966/5/11، الذي قضت فيه بأنه" وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص، وعند سكوت الأطراف عن اختيار القانون الذي يجب تطبيقه على العلاقة التعاقدية، تخضع هذه العلاقة للقانون الذي يرتبط بالعقد بأوثق صلة اقليمية وهو بصفة عامة قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز في العقد الذي يكون محل النزاع<sup>(1)</sup>.

ويظهر أن هذا الحكم جاء مخالفاً للأساس الذي تقوم عليه نظرية الاداء المميز من خلال جعلها مكان إقامة المدين بهذا الأداء الذي يعد أوثق صلة بالرابطة العقدية ذات طابع مكاني، لكون الصلة الوثيقة بين العقد والقانون الواجب التطبيق تستمد في الأساس من الهدف الاقتصادي والوظيفي الذي يسعى هذا الإسناد الى تحقيقه، بمعنى أنه إسناد يربط العقد بالنظام القانوني الذي يحقق معه وظيفته الاقتصادية والاجتماعية، بالنظر الى جوهر العقد ومركز الثقل فيه، ومن ثم يكون من السهل وفقاً لتلك النظرية الوقوف على أكثر القوانين ارتباطاً بالعقد، ومن الامثلة العملية على التعارض بين الإسناد القائم على أساس اقليمي، وذلك القائم على أساس وظيفي، كما في عقد البيع المبرم بين شركة وأحد عملائها، إذ يخضع هذا العقد وفقاً للإسناد الاقليمي لقانون الدولة التي يتم فيها تسلم البضاعة، بوصفه قانون المكان الذي تركزت فيه العلاقة العقدية إقليمياً، أما وفقاً للإسناد الوظيفي فإن العقد يكون محكوماً بقانون محل إقامة البائع، أي قانون مركز الشركة، كونها المدين بالأداء الرئيسي في عقد البيع، وفيه تتركز المصالح الاقتصادية والاجتماعية التي يسعى العقد الى تحقيقها<sup>(2)</sup>.

أما عن موقف القضاء العراقي فيبدو للباحث أنه ينتم بقلّة أو ندرة القرارات التي تتبنى نظرية الأداء المميز في منازعات الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، بعكس ما عليه الحال في بعض الدول التي اتجهت الى اعتناق تلك النظرية على المستوى التشريعي والقضائي، لذلك يدعو الباحث القضاء العراقي على اختلاف درجاته الى تبني نظرية الاداء المميز، حتى في الحالة التي لا يوجد فيها نص قانوني يعالج هذه النظرية، من خلال تطبيق نص المادة "30" من القانون المدني التي تطبق مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، في الحالة التي لا يوجد فيها نص قانوني في مسائل تنازع القوانين، على اعتبار أن هذه النظرية اصبحت من المبادئ الشائعة التي تبنتها اغلب التشريعات الدولية، وآراء الفقه الحديث، واحكام القضاء.

(1) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص586.

(2) B. AUDIT: droit international prive Paris 1991, p637.

مشار اليه لدى. طارق عبد الله عيسى المجاهد، مصدر سابق، ص98.

وقد طبق القضاء الفرنسي هو الآخر نظرية الأداء المميز، في العديد من قراراته، فقد طبقت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها الصادر عام 2011، القانون الهولندي استناداً الى نص المادة الرابعة من اتفاقية روما لسنة 1980، على عقد توريد قطع بناء سفينة من شركة هولندية لبناء سفينة على الاراضي الفرنسية، إذ اعتبرت المحكمة الفرنسية أن المدين بالأداء المميز في هذا العقد هو الطرف الهولندي، الذي يقيم على الاراضي الهولندية، والذي يقع على عاتقه توريد القطع اللازمة لبناء السفينة، وقد رفض القضاء الفرنسي في هذا القرار تطبيق قانونه على أساس أنه مكان تنفيذ العمل<sup>(1)</sup>.

وفي حكم آخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 25، تشرين الثاني 2003<sup>(2)</sup>، اكدت فيه المحكمة على ضرورة الاخذ بنظرية الأداء المميز، وتتعلق وقائع الحكم بشركة فرنسية متخصصة في صناعة الآلات التي تستخدم في اشغال عامة، وهي شركة Amman Ynmar، كلفت شركة بلجيكية تسمى، Zwaans، بموجب عقد توزيع حصري بتسويق منتجاتها في بلجيكا بمقتضى العقد الذي تم توقيعه في 17 أيار 1990، وتم فسخ العقد وانهائه من جهة المورد أو الشركة الفرنسية في 1 كانون الثاني، 1995، دون اخطار مسبق وعلى اثر ذلك قامت الشركة البلجيكية برفع دعوى أمام المحكمة التجارية الكائنة في Saint Dizer، للتعويض عن الاضرار التي لحقتها نتيجة لفسخ العقد وعدم الالتزام بالأخطار المنصوص عليه بالعقد. وأجابتها المحكمة لذلك احتكاماً للقانون المدني البلجيكي، لعام 1961، الذي يقضي بضرورة الاخطار قبل إنهاء العقد، وقررت المحكمة أن تطبيق القانون البلجيكي يجد أساسه في نص المادة 2/4، تنظيم روما 1، لسنة 2008، بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وبما ان العقد يخضع بموجب نص المادة أعلاه، لقانون البلد الذي يرتبط معه بروابط وثيقة عند غياب اختيار الأطراف للقانون الذي يجب تطبيقه، فإن تلك الرابطة يفترض توافرها في جانب قانون المدين بالأداء المميز الذي يكون له محل إقامة معتادة في هذا البلد وقت ابرام العقد.

واخيراً يتبين للباحث بأنه يضاف الى ضوابط الأسناد الجامدة، ضوابط مرنة تتمثل بنظرية التركيز الموضوعي، تلك التي يقوم منطقتها على اعطاء القاضي المعروض عليه النزاع في الحالة التي يسكت فيها أطراف العلاقة عن تحديد القانون الذي يجب تطبيقه، الحرية في تركيز العقد في إطار نظام قانوني معين يرتبط به الأخير في ضوء ظروف التعاقد وملابساته، إذ اعتبرت هذه النظرية إحدى

(1) Cass. Com 19 oct. 2010, Rev, des, contract n3, 2011,p 939, note, J.B- Racine D I, 2011,P18.

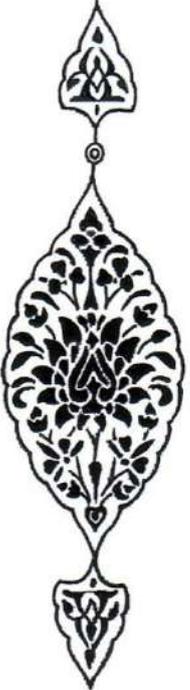
(2) Décision de la cour de cassation française. Première chambre civile, numéro 3312 en date du 25 novembre 2003.

الطول العملية التي ساعدت القضاء في إيجاد القانون الذي يجب تطبيقه على منازعات الفسخ الجزئي، كما وقد أتجه الفقه الحديث الى اعتناق نظرية أخرى هي الأداء المميز والتي تقوم على أساس تحليل فئة معينة من العقود ذات الطبيعة الواحدة، وتحديد الأداء المميز فيها، إذ أن لكل عقد أداء يميزه عن غيره، ويعبر عن جوهره وحقيقته، ثم يحدد القانون الواجب التطبيق على كل فئة من تلك العقود، وهو ما يحقق الأمان القانوني للأطراف ويحترم توقعاتهم المشروعة.

الباب الثاني

تطبيق القاضي أو المحكم لقواعد

ذات طابع دولي



## الباب الثاني

## تطبيق القاضي أو المحكم لقواعد ذات طابع دولي

## تمهيد وتقسيم:

قد يلجأ القاضي أو المحكم عند نظره للنزاع القائم والمعروض أمامه المتعلق بعقود التجارة الدولية إلى قواعد ذات طابع دولي تخرج عن الإطار الوطني، وتُستمد تلك القواعد من المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تقوم بتبني قواعد جوهرية خاصة بالعلاقات الدولية فضلاً عن أن تلك الخصوصية في تلك العلاقات قد قامت بإفراز بعض القواعد الجوهرية الخاصة بالعلاقات الخاصة الدولية، وقد أضحى مستقرة في الأسواق الدولية، وفي أغلب الأحوال تتضمنها العقود النموذجية الدولية من ناحية أخرى.

وتعدّ المعاهدات والاتفاقيات الدولية من أهم المصادر في القانون الدولي الخاص، والتي قد يتم اللجوء إليها عند القيام بوضع قواعد تسري مباشرة على العلاقات الخاصة الدولية دون العلاقات الداخلية، والتي تكون محكومة بالقوانين الداخلية للدول المتعاهدة.

وبالإضافة للمعاهدات الدولية تأتي الأعراف والعادات التجارية الدولية والتي تعد أيضاً مصدرًا من المصادر التي تحكم المنازعات الناشئة عن الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية، وتعني الممارسات المعتادة بين أطراف المعاملات الدولية سواءً أكانت تلك القواعد العرفية قد وصلت إلى مرحلة العرف الملزم لتلك الأطراف، أم لم تكن وصلت إليه<sup>(1)</sup>، وقد جرى قضاء التحكيم التجاري الدولي، وذلك بصفته القضاء العام والذي تشكلت في إطاره العادات والأعراف على القيام بتطبيقها تطبيقاً مباشراً دون الحاجة في ذلك لإعمال منهج قاعدة التنازع، رغم أن العادة والعرف لا يعدان على درجة واحدة من الأهمية أو القيمة القانونية بالنسبة للمحكم إذ تكتسب العادة مرتبةً أدنى من العرف التجاري، بينما يتوقف إعمال العرف على اتجاه إرادة الطرفين إليه، ولا يجوز لأي منهما الادعاء بجهله، فإن أعمال العادة التجارية يتوقف على إثبات اتجاه إرادة الطرفين إليها، ومن ثم لا يجوز إعمالها إذا ثبت أحدهما عدم علمه بها<sup>(2)</sup>.

ويختلف ذلك عما يتم العمل به في القضاء الداخلي الذي لا يتصور إعمال تلك الأعراف والعادات على منازعات التجارة الدولية التي يتم طرحها عليه من خلال منهج التنازع إذ لا تشكل تلك العادات جزءاً من نظامه القانوني برغم أن القضاء الحديث يميل إلى السماح بتنفيذ

(1) ينظر: مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مصدر سابق، ص: 740.

(2) ينظر: حسن المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2006، ص: 364.

أحكام المحكمين التي قامت بتطبيق الأعراف التجارية الدولية<sup>(1)</sup>، ومن أجل الإحاطة بتفاصيل ذلك سيقسم الباحث هذا الباب على فصلين، يتناول في الفصل الأول منه الفسخ الجزئي وفقاً للقواعد الخاصة بالاتفاقيات الدولية، وتحديداً اتفاقية فيينا لسنة 1980، واتفاقية روما لسنة 2008، ودورهما في حل منازعات الفسخ الجزئي ثم يبين في الفصل الثاني القانون الواجب التطبيق عليه وفق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية، وذلك على النحو الآتي:

## الفصل الأول

### الفسخ الجزئي وفقاً للقواعد الخاصة بالاتفاقيات الدولية

تعد اتفاقية فيينا في مقدمة التشريعات الدولية التي حاولت أن تتصدى لمسألة الفسخ الجزئي للعقد باعتباره وسيلة لإنقاذ العقود من الفسخ إذا ما توافرت شروطه، ويعد وفقاً للاتفاقية جزءاً عادلاً يتلاءم مع عقود التجارة الدولية تلك التي غالباً تبرم بين أطراف من دول مختلفة، وتنصب على صفقات ضخمة يتم تنفيذها خلال أجل طويل فضلاً عما يستغرقه إبرامها من مفاوضات شاقة فليس من الملائم وفقاً لمقتضيات التجارة الدولية تقرير الفسخ لما يترتب من آثار غير مرغوب بها لمجرد تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه، لذلك يمكن للأطراف المتعاقدة، فسخ العقد بالنسبة للجزء الذي لحقه العيب اما العقد يبقى نافذاً منتجاً لآثاره<sup>(2)</sup>.

وقد تناولت اتفاقية فيينا تلك المسألة في موضعين، أحدهما في العقد فوري التنفيذ الذي يتضمن التزامات متتابعة، إذ تنشئ عن ذلك مجموعة التزامات متقابلة مستقلة بعضها عن البعض الآخر وتحقق كل منها مصلحة المتعاقدين ولو لم تنفذ جميع الأجزاء الأخرى، أما الآخر فكان في العقد الذي يتم فيه التسليم على دفعات<sup>(3)</sup>، كما عملت اتفاقية فيينا على أفراد بعض الشروط التي تجعل منها وسيلة مثلى من أجل دوام الرابطة العقدية، ولعل من أبرز الشروط التي تناولتها الاتفاقية هي إمكانية فصل الجزء الذي حدث الإخلال بشأنه، فضلاً عن ذلك الإخلال من الضروري بمكان أن يبلغ قدره من الأهمية أو كما يطلق عليه طبقاً للاتفاقية المخالفة الجوهرية، وضرورة أن يصير الطرف المخالف على موقفه حتى يحكم القضاء له بالفسخ، لذلك ومن أجل الامام بتفاصيل ذلك سيقسم الباحث هذا الفصل على مبحثين، يتناول في الأول منه دور اتفاقية

(1) ينظر: اسامة احمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص143، وينظر كذلك: محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي" دراسة تأصيلية"، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1997، ص91.

(2) ينظر: د. احمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ" الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن، مصدر سابق، ص144-145.

(3) ينظر: د. عادل محمد خير، عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا وجهود لجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولي والغرف التجارية الدولية، مصدر سابق، ص95.

فبينما في حل منازعات الفسخ الجزئي، اما المبحث الثاني سيخصصه لدور اتفاقية روما في حل تلك المنازعات المتعلقة بالفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، وذلك على النحو الآتي:

### المبحث الأول

#### دور اتفاقية فيينا في حل منازعات الفسخ الجزئي

أهتمت اتفاقية فيينا اهتماماً بالغاً بحل منازعات الفسخ الجزئي، كما حرصت على أن يتم الفسخ من خلال طريقة تتناسب مع طبيعة وظروف التجارة الدولية، وأكدت على أن يتم ذلك من خلال قيام المتعاقد الذي أصابه الضرر بتوجيه إخطار إلى مرتكب المخالفة الجوهرية كما بيّنت الاتفاقية المواعيد المعينة التي يجب أن يتم الالتزام بها عند توجيه الأخطار<sup>(1)</sup>، ومن أجل الإحاطة بتفاصيل هذا الموضوع سيقسم الباحث هذا المبحث على ثلاثة مطالب، يتناول في المطلب الأول جهود اتفاقية فيينا للحد من اللجوء إلى الفسخ، ثم يبين في المطلب الثاني تحديد الاتفاقية لحالات اللجوء إلى الفسخ، أما المطلب الثالث سيخصصه للقانون المطبق على الفسخ الجزئي وفقاً لنصوص الاتفاقية وذلك على النحو الآتي:

### المطلب الأول

#### جهود اتفاقية فيينا للحد من اللجوء إلى الفسخ

سعت اتفاقية فيينا للحد من حالات الفسخ رغبة منها في الحفاظ على العقد وحمايته من الزوال قدر المستطاع، ومن أجل تحقيق ذلك قامت الاتفاقية بفرض قيدين في غاية الأهمية على استعمال حق الفسخ، يتمثل الأول في فحص البضاعة، وهو قيداً خاصاً يرد على حق المشتري في فسخ العقد في حالة قيام البائع بالإخلال بالالتزام المطابقة، أما القيد الثاني فيعدّ قيداً عاماً يتمثل في مبادرة الطرف الذي أخلّ بالتزامه إلى إصلاح الخلل في التنفيذ كلما كان ذلك ممكناً<sup>(2)</sup>، لذلك سيقسم الباحث هذا المطلب على فرعين يتناول في الفرع الأول فحص البضاعة وتوجيه اخطار عدم المطابقة أما الفرع الثاني سيخصص لإصلاح الخلل في التنفيذ وعلى النحو الآتي:

### الفرع الاول

#### فحص البضاعة وتوجيه أخطار عدم المطابقة

يعني فحص البضاعة مجموعة العمليات المادية التي يقوم بها المشتري بنفسه أو من خلال أحد الأشخاص؛ من أجل التحقق من مطابقة البضاعة المباعة للمواصفات التي تم الاتفاق عليها

(1) ينظر: د. محمد خليل شهاب، التزامات البائع وفقاً لاتفاقية فيينا للبيوع الدولية للبضائع، مقارنة مع القانونيين اللبناني والفرنسي، مكتبة صادر للمنشورات الحقوقية، 2007، ص140.

(2) ينظر: د. صفاء تقي عبد نور العيساوي، الأخلال المبتسر بالعقد واثره" دراسة في عقود التجارة الدولية" بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد 14، العدد الثاني، 2007، ص127.

في العقد المبرم بين الطرفين<sup>(1)</sup>، ومن خلال نص المادة "38" من اتفاقية فيينا<sup>(2)</sup>، يتبين أنها لم تحدد كيفية إجراء الفحص بل أكتفت بالزام المشتري بفحص البضاعة بنفسه، أو بواسطة غيره، ومهما كان الأمر فإنه يمكن القول بأنه يلزم المشتري بأن يقوم بالإجراءات اللازمة لفحص البضاعة كافة، والتي يمكن القيام بها على نحو معقول طبقاً لما تسمح به الظروف.

كما أنه يستلزم أن يُراعى في إجراءات الفحص طبيعة البضاعة، وكميتها، وطريقة التعبئة والتغليف التي تتم بها، ففي حالة كانت كمية البضاعة كبيرة فإنه لا يلزم أن يقوم المشتري بفحص كل وحدة من وحدات البضاعة على انفراد<sup>(3)</sup>.

والأصل هو أن يتولى المشتري القيام بفحص البضاعة بنفسه أو من خلال أحد تابعيه، كما يمكن له أن يقوم بالاستعانة بخبير في ذلك المجال، وقد يكون ذلك الخبير فرداً أو شركة أو هيئة متخصصة بفحص البضائع، وقد يتم تحديد ذلك في عقد البيع ذاته أو قد يحددها المشتري<sup>(4)</sup>.

وقد قامت اتفاقية فيينا بوضع قاعدة عامة يتم بمقتضاها تحديد ميعاد الفحص بأن يكون ذلك الميعاد هو أقرب ميعاد تسمح به الظروف<sup>(5)</sup>، ولعل الهدف من ذلك هو التأكيد على أهمية الإسراع في إجراء عمليات الفحص، وحث المشتري على القيام بإجراءاته في الوقت المناسب من أجل أن يتمكن المشتري من إخطار البائع بما وجده من عيب في البضائع، الأمر الذي يتمكن معه الأخير في القيام بدوره من التحقق من وجود عيب، ومن ثم إصلاح ذلك العيب أو القيام بتخفيض الثمن، وأية تسوية أخرى يوافق عليها المشتري، وبوجه عام فإنه تتعدد الظروف التي قد تؤثر في تحديد ميعاد إجراء الفحص، وهي في الأغلب تكون طبيعة البضاعة، وكميتها، وكيفية تعبئتها، ومكان تخزينها، ونحو ذلك من الأمور<sup>(6)</sup>.

ويمكن تأجيل القيام بإجراءات الفحص في حالة إذا تضمن العقد نقل البضائع ففي تلك الحالة يجوز للمشتري القيام بتأجيل الفحص لحين وصول البضاعة إلى ميناء الوصول، وفضلاً عن ذلك يجوز تأجيل إجراء الفحص في حالة تغيير وجهة البضاعة أو إعادة إرسالها من قبل المشتري

(1) ينظر: رضا محمد إبراهيم عبيد، الالتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1974، ص 385. ينظر أيضاً: خالد محمد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2000، ص: 286.

(2) نصت المادة "38" من اتفاقية فيينا على أنه "1. على المشتري أن يفحص البضائع بنفسه أو بواسطة غيره في أقرب ميعاد ممكن تسمح به الظروف. 2. إذا تضمن العقد نقل البضائع يجوز تأجيل هذا الفحص لحين وصول البضاعة. 3. إذا غير المشتري وجهة البضائع أو أعاد إرسالها دون أن تتاح له فرصة معقولة لفحصها، وكان البائع يعلم أو كان من واجبه أن يعلم وقت انعقاد العقد باحتمال تغيير وجهة البضاعة، أو إعادة إرسالها جاز تأجيل فحصها إلى حين وصولها إلى المكان الجديد"

(3) د. محسن شفيق، اتفاقية لاهاي 1966 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، القاهرة، 1973، ص166.

(4) ينظر: د. أحمد محمود حسني، البيوع البحرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983، ص: 273 وما بعدها.

(5) ينظر الفقرة الأولى من المادة 38 من اتفاقية فيينا.

(6) ينظر: د. أسماء مدحت هادي، الإعفاء من المسؤولية في اتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي للبضائع " فيينا"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص169.

دون أن تتاح له فرصة معقولة لفحصها وذلك بشرط أن يكون البائع يعلم أو من المفترض أن يعلم باحتمالية تغيير وجهة البضاعة على النحو المذكور<sup>(1)</sup>.

وفي حالة أن أسفر الفحص عن اكتشاف عيب ما في البضاعة فيجب على المشتري في تلك الحالة أن يقوم بإخطار البائع بما وجده من عيب من أجل أن يحافظ على حقه في التمسك بعيب المطابقة، وقد قامت اتفاقية فيينا بوضع مجموعة من الشروط للإخطار تتعلق بمضمونه، وشكله والوسيلة التي يتم من خلالها، وعليه سيقسم الباحث هذا الفرع على ثلاث فقرات يبين في الأولى مضمون الإخطار أما الفقرة الثانية سيخصصها لبيان الشكل الذي يجب أن يتم به الإخطار، في حين أن بيان الميعاد الذي يتم به الأخير سيكون محل البحث في الفقرة الثالثة وعلى النحو الآتي:

### أولاً: مضمون الإخطار:

من الضروري أن يتضمن الإخطار بياناً بطبيعة العيب الموجود في المطابقة الذي يشكو منه المشتري أي ما يجده الأخير مخالفاً للمواصفات التي تم الاتفاق عليها في العقد سواءً أكان ذلك من حيث الكم، أو النوع، أو الأوصاف، أو طريقة التغليف، أو التعبئة<sup>(2)</sup>، بالإضافة إلى ذلك فإنه يعد عيباً من عيوب المطابقة إذا كانت البضاعة غير صالحة للاستعمال في الأغراض التي تكون معدة لها بضائع من نفس النوع عادة أو إذا كانت البضائع غير صالحة للاستعمال في الأغراض الخاصة التي أحيط بها البائع علماً صراحةً أو ضمناً وقت إبرام العقد، أو إذا لم تكن متضمنة صفات البضاعة التي سبق للبائع عرضها على المشتري كعينة، أو نموذج، أو إذا لم تكن معبئة، أو مغلقة بالطريقة التي يتم استخدامها عادة في تعبئة، وتغليف بضائع من النوع نفسه<sup>(3)</sup>.

وفي حالة قيام البائع بتسليم بضاعة مختلفة عما تم الاتفاق عليه في العقد فذلك يعد عيباً في المطابقة، ويستلزم على المشتري إن هو أراد الفسخ أن يقوم بتوجيه إخطار عدم المطابقة إلى البائع، إذ إن اتفاقية فيينا لم تقم بالتفريق في الحكم بين تسليم البضاعة غير المطابقة، وتسليم البضاعة المختلفة عن تلك التي تم الاتفاق عليها، وألزمت المشتري بأن يقوم بتوجيه إخطار عدم المطابقة في الحالتين، الأمر الذي يتضح معه جهود الاتفاقية في تحجيم حالات الفسخ.

(1) ينظر: جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، اطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996، ص: 285.

(2) نصت الفقرة الأولى من المادة 35 من اتفاقية فيينا على أنه "على البائع أن يسلم بضائع تكون كميتها ونوعيتها وأوصافها، وكذلك تغليفها أو تعبئتها مطابقة لأحكام العقد"

(3) نصت الفقرة الثانية من المادة 35 "على أنه" وما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك لا تكون البضائع مطابقة لشروط العقد إلا إذا كانت: أ. صالحة للاستعمال في الأغراض التي تستعمل من أجلها عادة بضائع من نفس النوع. ب. صالحة للاستعمال في الأغراض الخاصة التي أحيط بها البائع علماً صراحةً أو ضمناً وقت انعقاد العقد إلا إذا تبين من الظروف أن المشتري لم يعتمد على خبرة البائع أو تقديره أو كان من غير المعقول للمشتري أن يعتمد على ذلك. ج. متضمنة صفات البضاعة التي سبق للبائع عرضها على المشتري كعينة أو نموذج. د. معبأة أو مغلقة بالطريقة التي تستعمل عادة في تعبئة أو تغليف البضائع من نوعها وفي حالة عدم وجود الطريقة المعتادة تكون التعبئة والتغليف بالكيفية المناسبة لحفظها وحمايتها"

ويتضمن العيب الذي يجب أن يتضمنه إخطار عدم المطابقة عدم مطابقة المستندات الممثلة للبضاعة، وسواءً كانت مواصفات البضائع المثبتة في المستندات غير مطابقة لمواصفات البضائع التي قام المشتري باستلامها أو كانت المستندات غير متطابقة مع بعضها البعض، كأن تختلف أوصاف البضاعة في شهادة المنشأ عن أوصافها في الشهادة الصحية، أو في وثيقة التأمين، ولعل الأمر في ذلك يرجع إلى أن الغالب في البيوع أن يتم تسليم البضائع بتسليم مستنداتها، وفي حالة انعدام التطابق بين المستندات والبضاعة فإن المشتري لن يتمكن من استلامها، وإن كان المشتري قد تسلمها فإنه لن يتمكن من إعادة بيعها (1).

ويشتمل الإخطار على تحديد دقيق لطبيعة العيب في المطابقة فلا يكفي استعمال عبارات عامة تفيد بوجود عيب في المطابقة دون تحديد طبيعته، وما يتضمنه، وفي حالة أن وجد المشتري أن البضاعة تحتوي على عيوب متعددة فلا بد أن يتضمن الإخطار بياناً وافياً لكل العيوب دون الاقتصار على البعض منها (2).

#### ثانياً: شكل الإخطار وطريقة إرساله:

ليس هناك شكل معين حدده اتفاقية فيينا يكون عليه الإخطار (3)، لذلك فإن الإخطار قد يكون شفهيّاً إلا أنه في أغلب الأحوال ما يكون الإخطار مكتوباً فيتم على هيئة محرر مكتوب صادر عن المشتري ومزّيل بتوقيعه كما يشمل أيضاً البرقية، والتلكس، وكافة الرسائل التي من الممكن إرسالها من خلال طرق الاتصال الحديثة، ويتوجب على المشتري أن يقوم بإرسال الإخطار إلى البائع ذاته أو إلى وكيله، وفي حالة قيام المشتري بإرسال الإخطار إلى شخص آخر ليتولى هو بدوره إرساله إلى البائع فإنه يتوجب عليه أن يتأكد من وصول الإخطار إلى البائع شخصياً وإلا فإنه لا يجوز للمشتري أن يقوم بالاحتجاج بإخطار عدم المطابقة، وبالتالي الاستناد إلى ذلك في إعلان الفسخ (4).

كما يرى الباحث من الضروري أن يقوم المشتري باستخدام الوسيلة المناسبة التي تتناسب مع الظروف الأنوية، عند قيامه بإرسال الإخطار فمن غير المقبول أن يقوم المشتري بإرسال الإخطار بالبريد العادي، إذا كان لديه العلم بأن تلك الوسيلة سوف يترتب عليها تأخر حصول البائع على الإخطار، فإذا تم إرسال إخطار عدم المطابقة من خلال الوسيلة المناسبة للظروف،

(1) ينظر: خالد أحمد عبد الحميد، مصدر سابق، ص:310.

(2) ينظر: جمال محمود عبد العزيز، مصدر سابق، ص:211.

(3) ينظر: د. محمد حسام محمود لطفى، استخدام الاتصالات الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص:6.

(4) ينظر: جمال محمود عبد العزيز، المصدر نفسه، ص:214.

وتأخر رغم ذلك في الوصول إلى البائع في الوقت المناسب؛ فإن ذلك التأخير لا يترتب عليه حرمان المشتري من حقه في التمسك به.

وقد جاءت اتفاقية فيينا بحل وسط إذ حملت المرسل إليه، وهو البائع مخاطر الإرسال، وأعطت للمشتري الحق في التمسك بالإخطار، وإن تأخر في الوصول إلى البائع أو لم يصل أصلاً، وذلك بشرط أن يكون المشتري قد أرسل الإخطار بالوسيلة التي تتناسب مع الظروف، وألا يصدر عنه خطأ في هذا الشأن<sup>(1)</sup>.

#### ثالثاً: ميعاد الإخطار:

ألزمت اتفاقية فيينا المشتري بضرورة أن يقوم بتوجيه إخطار عدم المطابقة في فترة مناسبة من اللحظة التي يكتشف فيها المشتري العيب أو التي يكون من واجبه فيها أن يكتشف العيب، وبخلافه يسقط حق المشتري في التمسك بالعيب لإعلان الفسخ، ويتم مراعاة المدة المعقولة، والظروف الخاصة بكل بضاعة، ومدى قابلية تلك الأخيرة للتلف ومدى حاجة البائع لأن يأخذ عينة من البضاعة ليقوم بفحصها، ومدى قدرته على إصلاح العيب الموجود في البضاعة، ويتم حساب الموعد المناسب من الوقت الذي يقوم فيه المشتري باكتشاف العيب أو الذي كان يجب على المشتري أن يكتشف فيه العيب، وعموماً فإن الوقت الذي يتم فيه اكتشاف العيب يتم تحديده عادة بوقت إجراء الفحص على البضاعة، ولذا قامت اتفاقية فيينا بتحديدته بأنه أقرب موعد ممكن تسمح به الظروف، حيث إن فحص البضاعة هو الذي يخول للمشتري معرفة العيب الموجود في البضاعة، وعلى هذا الأساس يمكن تحديد الوقت الذي كان على المشتري أن يكتشف ذلك العيب مع أنه يعتد بالعلم الفعلي، وليس فقط افتراض العلم بوجود العيب<sup>(2)</sup>.

وفي ذات السياق قضت محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في باريس بقبول توجيه إخطار عدم المطابقة الذي أرسله المشتري بعد ثمانية أيام من استلام تقرير الخبير بشأن فحص البضاعة، وأكدت أن المشتري يعتبر ملتزماً بالموعد المعقول في توجيهه<sup>(3)</sup>، لكي لا يظل البائع في مركز قلق، وغير مستقر لفترة طويلة، فالمشتري يفقد حقه في التمسك بالعيب في المطابقة إذا

(1) نصت المادة "27" من اتفاقية فيينا على أنه "ما لم ينص هذا الجزء من الاتفاقية صراحة على خلاف ذلك، فإن أي تأخير أو خطأ في إيصال أي إخطار أو طلب أو تبليغ يبعث به أحد الطرفين في العقد وفقاً لأحكام هذا الجزء وبالوسيلة والظروف المناسبة، وكذلك عدم وصول الإخطار أو الطلب أو التبليغ لا يحرم هذا الطرف من حقه في التمسك به".

(2) ينظر: خالد أحمد عبد الحميد، مصدر سابق، ص: 313.

(3) Final award in case No.5713 of 1989 – year Boo; Commercial Arbitration, Volum 5. international council for Commercial arbitration ,Kluwer law international – p.70.

لم يتم بإخطار البائع بوجود عيب في البضاعة خلال فترة لا تتعدى عامين تُحسب من تاريخ استلام البضاعة بالفعل<sup>(1)</sup>.

وتأكيداً لذلك قضت محكمة الاستئناف في دُورويّ بالقضية التي عرضت عليها بشأن البت في مدة الأجل المعقول لفسخ العقد في حالة حصول مخالفة من البائع غير التسليم المتأخر للبضاعة، إذ اعتبرت محكمة الاستئناف لجوء المشتري الى الفسخ خلال عامين هو اجل معقول، إذا اخطر المشتري بوجود العيب خلال المدة المعقولة التي لا تتجاوز عامين، أما في حالة استخدامه للبضاعة وعدم توجيه الأخطار بوجود العيب فليس له والحالة هذه تحميل البائع العيوب الظاهرة فيها، كما قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر عام 2011، بأن عدم قدرة المشتري على رد الآلة بحالة مطابقة لما تم التعاقد عليه، وبالحالة التي تسلمها بعد مدة ستة سنوات من الاستخدام يفقد حقه في اعلان الفسخ، وعليه تم رفض طلب الشركة المدعية بفسخ العقد<sup>(2)</sup>.

ولا تعد مدة العامين مدة تقادم بل تعد مدة سقوط فلا تقبل الانقطاع أو الوقف، ويترتب على إهمال المشتري في القيام بتوجيه الإخطار طبقاً لما تقدم فقدانه لحقه في التمسك بالعيب، فلا يجوز له أن يقوم باستخدام أية وسيلة من الوسائل التي تتيحها الاتفاقية ليقوم بمواجهة إخلال البائع بالتزاماته ومنها الفسخ، بل إنه يلتزم باستلام البضاعة ودفع ثمنها كاملاً حيث يعتبر المشتري في تلك الحالة قابلاً للبضاعة رغم ما بها من عيوب؛ والعلة في ذلك هو أن يتم قطع الطريق على المشتري سيئ النية الذي يقوم بالمضاربة على حساب البائع مثل أن يقوم بالتمسك بالعيب البسيط ليقوم بفسخ العقد بعد ما يتبين له أن سعر البضاعة قد هبط في السوق وأن استلامه لتلك البضاعة ودفع ثمنها سوف يكبده خسائر كبيرة، أو أن يقوم بالإهمال في توجيه الإخطار بوجود عيب في البضاعة حتى لا يتمكن البائع من إصلاح ذلك العيب وتتفاقم حالته<sup>(3)</sup>، ويجوز للمشتري أن يتمسك بكافة حقوقه مقابل البائع، ومن تلك الحقوق حق الفسخ رغم عدم قيامه بتوجيه إخطار عدم المطابقة، وذلك في حالة ما إذا كان العيب في المطابقة يتعلق بأمور كان البائع يعلم بها أو كان لا يمكن أن يجهلها، ولم يتم بإخبار المشتري بها<sup>(4)</sup>.

(1) نصت الفقرة الثانية من المادة "39" من اتفاقية فينا على أنه "2. وفي جميع الأحوال، يفقد المشتري حق التمسك بالعيب في المطابقة إذا لم يخطر البائع بذلك خلال فترة أقصاها سنتان من تاريخ تسلم المشتري البضائع فعلاً إلا إذا كانت هذه المدة لا تتفق مع مدة الضمان التي نص عليها العقد".

(2) Jugement de la cour d'appel de Douillet. N 0248/11, du 6 fevrier, 2014.

متاح على الموقع الإلكتروني [www.Cisg.France.org](http://www.Cisg.France.org). تاريخ الزيارة 2021 /6/1.

(3) ينظر: خالد أحمد عبد الحميد، مصدر سابق، ص323.

(4) نصت المادة "40" من اتفاقية فيينا على أنه "ليس من حق البائع أن يتمسك بأحكام المادتين 38 و39 إذا كان العيب في المطابقة يتعلق بأمور كان يعلم بها أو كان لا يمكن أن يجهلها ولم يخبر بها المشتري"

## الفرع الثاني

### إصلاح الخلل في التنفيذ

تبيّنت اتفاقية فيينا حق المشتري في فسخ العقد بما تقرره من حق البائع في القيام بإصلاح الخلل في تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه، ويختلف نطاق ذلك الحق في حالة تم تسليم البضاعة قبل الموعد الذي تم الاتفاق عليه أو إذا تم تسليمها بعد ذلك. وبالرغم أن الأصل هو أن يلتزم البائع بالقيام بتسليم البضاعة في الموعد الذي تم الاتفاق عليه في العقد إلا أنه يجوز للبائع أن يقوم بتسليم البضاعة قبل ذلك الموعد وفي تلك الحالة فإنه يجوز للمشتري أن يستلم البضاعة أو يرفض ذلك ويفضل الانتظار للموعد الذي تم الاتفاق عليه في العقد المبرم بينهم، وفي حالة موافقة المشتري على أن يتسلم البضاعة قبل الموعد المتفق عليه، واكتشف بعد قيامه بفحص البضاعة عدم مطابقتها لشروط العقد فإنه لا يجوز للمشتري أن يرفض البضاعة أو أن يقوم بإعادتها للبائع لكونه قبل بها قبل الموعد المقرر وفقاً للقانون<sup>(1)</sup>.

وقد أجازت المادة "52" من اتفاقية فيينا للبائع أن يقوم بتسليم الجزء الناقص من البضاعة أو أن يقوم بتوريد بضائع بديلة أو أن يقوم بإصلاح العيب لحين حلول الأجل الذي تم تحديده للتسليم في العقد، وذلك بشرط ألا ينتج عن ذلك تحميل المشتري نفقات غير معقولة<sup>(2)</sup>.

ولكي يتمكن البائع من القيام بإصلاح العيب فإنه يجب أن يكون على دراية بالعيب الموجود، وقد يتحقق علمه بذلك العيب عن طريق إخطار عدم المطابقة الذي يقوم المشتري بتوجيهه إليه عند قيامه بفحص البضاعة، وقد يتحقق ذلك العلم من خلال طريقة أخرى مثل أن يخبره الناقل بما في البضاعة من عيب أو قد يكون البائع عالماً بالعيب دون أن يخبره أحد به كما لو كان ذلك العيب متعلقاً بكمية البضاعة أو بالطريقة التي تم بها تغليفها<sup>(3)</sup>.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية عرضت عليها، برد دعوى المشتري الذي امتنع عن دفع ثمن البضاعة المسلمة اليه، بحجة أن إصلاح البضاعة غير المطابقة للمواصفات التي تم التعاقد عليها من قبل البائع لم يشمل كل العيوب التي تحتويها، واستندت

(1) ينظر: د. احمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع، مصدر سابق، ص 196.  
(2) نصت المادة "52" من اتفاقية فيينا على أنه "1. إذا سلم البائع البضاعة قبل التاريخ المحدد، جاز للمشتري أن يستلمها أو أن يرفض استلامها. 2. إذا سلم البائع كمية من البضاعة تزيد عن الكمية المنصوص عليها في العقد جاز للمشتري أن يستلم الكمية الزائدة أو أن يرفض استلامها، وإذا استلم المشتري الكمية الزائدة كلها أو جزءاً منها يجب عليه دفع قيمتها بالسعر المحدد في العقد".  
(3) ينظر د. اسامة حجازي المسدي، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية، مصدر سابق، ص 266.

المحكمة في حكمها على أنه يجب على المشتري توجيه اخطار جديد للبائع يتعلق بالبضاعة بعد اصلاحها ويفيد عدم المطابقة<sup>(1)</sup>.

ولم تشترط اتفاقية فيينا إخطار المشتري برغبته في إصلاح العيب إلا أن ذلك الإخطار يعد ضرورياً إذ إن مبادرة البائع في إصلاح العيب دون علم المشتري قد يترتب عليها إرهاق الأخير، أو تحمله لنفقات غير معقولة خاصة إذا أراد البائع إصلاح ذلك العيب من خلال القيام باستبدال البضاعة المعيبة ببضاعة أخرى تكون مطابقة.

## المطلب الثاني

### تحديد الاتفاقية لحالات اللجوء إلى الفسخ

حددت اتفاقية فيينا 1980 بعض الحالات التي يجوز فيها الفسخ الجزئي وهي أن يكون العقد قابلاً للتجزئة، بمعنى أنه إذا سلم البائع البضاعة وكان جزء منها غير مطابق لما تم التعاقد عليه بين الأطراف، أو عندما يقوم البائع بتسليم ناقص للبضاعة، فإنه يجب على المشتري الاحتفاظ بالجزء المطابق، أما فيما يخص الجزء غير المطابق أو الناقص فإن له خيار الفسخ الجزئي حفاظاً على العقد، ومنعاً من اختلاف المراكز القانونية للمتعاقدين، ولكن تحقق الحالة الأولى غير كافٍ لإعمال الفسخ الجزئي بل يجب أن تكون هناك مخالفة جوهرية<sup>(2)</sup>، لذلك سيقسم الباحث هذا المطلب على ثلاث فروع يبين في الفرع الأول قابلية العقد المراد فسخه للتجزئة، أما الفرع الثاني سيبين فيه المخالفة الجوهرية في حين أن اصرار البائع على عدم تنفيذ التزامه سيكون محل البحث في الفرع الثالث وعلى النحو الآتي:

## الفرع الأول

### قابلية العقد للتجزئة

من أولى الحالات المتاحة للقضاء بالفسخ الجزئي للعقد في اتفاقية فيينا هو قابلية العقد للتجزئة، وقد ذهب اتفاقية فيينا إلى ذلك رغبة منها في تطويق الضرر لأبعد الحدود، ولا يتم ذلك إلا في حالة إذا كان العقد قابلاً للتجزئة<sup>(3)</sup>، وقد تعرضت اتفاقية فيينا لذلك الأمر في موضعين، الأول: يتعلق بالعقد فوري التنفيذ فمن أجل أن يتمكن القضاء من فسخ ذلك العقد فسحاً جزئياً فإنه

(1) Decision de la cour de cassation chambre Commerciale. Appel, n 12023998 en date du,13 decembre, 2013.

متاح على الموقع الإلكتروني: www. Cisg. France org. تاريخ الزيارة 16/7/2021.

(2) Johan Bassindale and Nicholas fletche, " the UN convention on Contracts for the International sale of Goods" The Vienna Convention", 1992, 11,cclr,at P14.

(3) ينظر: د. محمد نصر محمد، الوافي في عقود التجارة الدولية، 2012، مصدر سابق، ص243 .

لا بد أن يكون ذلك العقد قابلاً للانقسام أي أن يكون المشتري قادراً على أن يتعامل على هذا الجزء وكأنه عقدٌ مستقلٌ فيتم إعلان الفسخ بالنسبة لهذا الجزء فقط، وبذلك فهو يعلن امتناعه عن تنفيذ التزامه بدفع الثمن لذلك الجزء فقط ، وله أن يسترده إذا كان قد دفعه(1).

وفيما يتعلق بقابلية العقد للانقسام فإنها إما أن تكون من الناحية الكمية أو النوعية، إذ إن العقد قد يقبل الانقسام من الناحية النوعية كما لو كان العقد المبرم بين الطرفين خاصاً بأنواع من الفواكه، وسلّم البائع كافة الأنواع ما عدا نوعاً واحداً سلم جزءاً منه، أو كان جزءاً منه غير مطابق للشروط التي تم الاتفاق عليها فيكون من حق المشتري في تلك الحالة أن يطالب بفسخ العقد بالنسبة لذلك الجزء فقط دون غيره طالما أن أثر تلك المخالفة ينصب فقط على ذلك الجزء، ولا يتعداه إلى باقي الأجزاء التي تم الاتفاق عليها في العقد، فإن امتد أثر ذلك الإخلال إلى الأجزاء الأخرى التي تم الاتفاق عليها بين البائع والمشتري فإنه لا يمكن القول في تلك الحالة بالفسخ الجزئي للعقد، ولكن يصبح الفسخ الكلي للعقد هو الحل في تلك الحالة(2).

أما فيما يتعلق بقابلية العقد للانقسام من ناحية الكمية فإن ذلك يتحقق عندما يرد العقد على مجموعة من الأشياء لا يفي البائع بتسليم جزء منها، أو يكون جزء منها معيباً، كما لو كان العقد يتعلق بتسليم 50 جهاز كمبيوتر وأخل البائع بتسليم عشرة أجهزة منها، أو كانت بعض الأجهزة بها عيب ففي تلك الحالة لا يحق للمشتري أن يطالب بالفسخ إلا بالنسبة للأجزاء التي وقع الإخلال بشأنها لا غير(3).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف باريس في قضية عرضت عليها، بشأن صفقة عقدت بين شركة "socinter" الفرنسية، وشركة "Wallace"، التي مقرها في نيوزلندا، مكونة من عدة أطنان من لحم الضأن الطازج المبرد والمعبأ في أكياس مفرغة من الهواء، نقلت البضاعة برأ في ثلاث حاويات، بالفسخ الجزئي لبيع كميات من حمولة إحدى الحاويات، بالرغم من أن اثنان من الصناديق من اصل "928" صندوق من اللحم هما اللذان تضمنها خطأ في وسمة تاريخ الاستهلاك، وقد قدمت الشركة البائعة طعناً لدى محكمة النقض الفرنسية مدعية بأن قرار محكمة الاستئناف يفتقد للأساس القانوني بموجب نص المادة "25،49" من اتفاقية البيع، ولدى التدقيق في حيثيات القضية وجدت المحكمة المقدم أمامها الطعن أن الخطأ في وسم علبتين من علب اللحم كشف أوجه غموض وتضارب في تواريخ الإنتاج، وانتهاء الصلاحية، وخلصت المحكمة بأن

(1) ينظر: د. أسامة حجازي المسدي، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية، مصدر سابق، ص 223.

(2) ينظر: خالد أحمد عبد الحميد، مصدر سابق، ص: 236.

(3) ينظر: عبد المهدي كاظم ناصر، الاقتصاد في فسخ العقد، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون-جامعة كربلاء، 2017 م، ص: 229.

الشركة الطاعنة قد ارتكبت مخالفة جوهرية فُسخ بموجبها العقد جزئياً، ونتيجة لذلك فإن قرار محكمة الموضوع جاء معللاً من الناحية القانونية<sup>(1)</sup>.

أما الموضوع الثاني من مواضع الفسخ الجزئي فهو مع عقد البيع الدولي على دفعات والذي يعدّ من أشهر أنواع البيوع الدولية التي تخضع لاتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لما يمتاز به من خصائص تخدم التجارة الدولية إذ إنها تقوم في الواقع على بيوع تتسم بمستوى عالٍ من الضخامة الأمر الذي يصعب معه أن يتم تسليم البضائع على دفعة واحدة، بالإضافة إلى أن احتياج المشتري لتلك البضاعة قد يتوزع على فترات متفاوتة في العام، وهو لا يجد في نفسه القدرة على أن يهيئ لنفسه المكان المناسب الذي يستطيع أن يخزن فيه البضاعة بالإضافة إلى أن تنفيذها قد يحتاج إلى وقت طويل الأمر الذي يحتاج إلى حل يخدم تلك المصالح، ولعل عقد البيع الدولي على دفعات هو ما يوفر ذلك<sup>(2)</sup>.

وقد رتبت اتفاقية فيينا حكماً يستلزم تجزئة الفسخ لذلك النوع من البيوع، وحصره في الدفعة التي حدث الإخلال بشأنها، فلو تم التعاقد بين المشتري والبائع على أن يقوم الأخير بتوريد ألف طن من القمح من نوع معين على أن يتم ذلك على دفعات، وعند القيام بتنفيذ العقد جاءت الدفعات الأربع الأولى مطابقة لما تم الاتفاق عليه بين البائع والمشتري بينما جاءت الدفعة الخامسة غير صالحة للاستهلاك، وفي حالة تقدير تلك المخالفة بالنظر إلى العقد بأكمله فإنها في الغالب لا تُعدّ مخالفة جوهرية إلا أنها تشكل مخالفة جوهرية بالنسبة للدفعة الخامسة وحدها، إذا نظرنا إلى الدفعة الخامسة بأنها عقد مستقل الأمر الذي يستطيع معه المشتري أن يقوم بفسخ العقد بالنسبة لتلك الدفعة لوحدها بشكل مستقل عن باقي الدفعات<sup>(3)</sup>.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف كولمار في حكمها الصادر في نوفمبر 2012، بأن المشتري في عقد البيع الذي أبرم بين شركة فرنسية على شراء مناضد طبخ كهربائية من صانع مقره في إيطاليا بموجب عقود مدتها سنتان، يستطيع فسخ العقد جزئياً إذا حدث خلل في أي دفعة من الدفعات التي يتضمنها العقد، وقام بأخطار البائع بعدم المطابقة الذي حصل في أي من الدفعات بسبب ارتكاب البائع مخالفة جوهرية في ذلك العقد<sup>(4)</sup>.

(1) Jugement de le appel de Barise, n 201065/ 12 en date du 12 decembre,2013.

متاح على الموقع الالكتروني: [www.Cisg.France.org](http://www.Cisg.France.org). تاريخ الزيارة: 2021/8/3.

(2) ينظر: د. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 5.

(3) ينظر: د. أكرم محمد حسين، الإخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية دراسة مقارنة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017 م، ص: 224-223.

(4) Decision de la cour de cassation francaise, chamber commerciale,n 14588/11, en, date su 5 novembre. 2012.

متاح على الموقع الالكتروني: [www.Cisg.France.org](http://www.Cisg.France.org). تاريخ الزيارة: 2021/8/4.

ومن خلال ما تقدم يخلص الباحث بأن اتفاقية فيينا قد عُدت قابلة للعقد للانقسام حالة من الحالات التي يجوز فيها الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية كما إنه لا يمكن القول بأي صورة من الصور أن يكون هناك فسخ جزئي للعقد إلا إذا كان هذا العقد قابلاً للانقسام والتجزئة، الأمر الذي يخدم توجه الاتفاقية في أن تقوم بوضع نظام يساعد في حفظ العلاقات العقدية من الفسخ.

## الفرع الثاني

### ارتكاب مخالفة جوهرية

سعت اتفاقية فيينا إلى المحافظة على العلاقات العقدية، وحاولت نبذ الفسخ لما يسببه من دمار للمراكز القانونية المستقرة فضلاً عن ما ينتج عن الفسخ من آثار اقتصادية<sup>(1)</sup>، لذلك فإنه لا بد من وجود مخالفة جوهرية لكي يتم فسخ العقد.

وتعد المخالفة الجوهرية من الأفكار الجديدة التي لم تعرفها تشريعات وطنية عديدة، إذ إن الإخلال المبرر لفسخ العقد في التشريعات الوطنية يتخذ معنى محدداً يبتعد عن المعنى الموجود في الاتفاقية، وقد جاءت اتفاقية فيينا بتنظيم قانوني واضح لفكرة المخالفة الجوهرية على النقيض من فكرة المخالفة الجوهرية التي تناولتها اتفاقية لاهاي، إذ تعرضت الأخيرة لنقد شديد ترتب عليه مناقشات طويلة استمرت على مدى سنوات من الأعمال التحضيرية التي سبقت إقرار اتفاقية فيينا لعام 1980، الأمر الذي نتج عنه تبني مفهوم جديد من خلال نص المادة "25" من الاتفاقية. وقد ذهبت المادة "25" من اتفاقية فيينا لبيان مفهوم المخالفة الجوهرية إذ نصت على أنه "تكون مخالفة العقد من جانب أحد الطرفين مخالفة جوهرية إذا تسببت في إلحاق ضرر بالطرف الآخر من شأنه أن يحرمه بشكل أساسي مما كان يتوقع الحصول عليه بموجب العقد، إلا إذا لم يكن الطرف المخالف يتوقع مثل هذه النتيجة ولم يكن أي شخص سوي الإدراك من نفس الصلة يتوقع مثل هذه النتيجة في نفس الظروف"، ومن خلال التعريف السابق يوجد بعض العناصر التي تتكون منها فكرة المخالفة الجوهرية، وهي على النحو الآتي:

### أولاً: الإخلال:

إذا كان الأصل ان ينفذ كل متعاقد الالتزامات التي تقع على عاتقه بموجب العقد، ولكن في حالات معينة قد يحدث ثمة اخلال بواحدٍ أو أكثر من هذه الالتزامات من جانب احد المتعاقدين<sup>(2)</sup>.

(1) ينظر: د. أشرف رمضان عبد العال سلطان، انتقال تبعة الهلاك في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع "فيينا 1980"، ط1، دار النهضة العربية، 2010 م، ص: 278.  
(2) ينظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام بوجه عام، مصدر سابق، ص741. وينظر كذلك اكرم محمد حسين التميمي، الاخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية" دراسة مقارنة"، مصدر سابق، ص8. كما ينظر: د. عدنان هاشم جواد، المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بعقد الامتياز التجاري، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء، 2017، ص360.

والإخلال بالتنفيذ عموماً قد ينشئ عن عدم تنفيذ الالتزام برمته، كعدم قيام البائع بتسليم البضاعة محل البيع، وقد ينشئ عن عدم تنفيذ جزء من الالتزام كقيام البائع بتسليم جزء من البضاعة، كما ويتحقق الإخلال أيضاً بتنفيذ الالتزام تنفيذاً معيباً كقيام البائع بتسليم بضاعة غير صالحة أو غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها في العقد، وقد يتجلى الإخلال في صورة التنفيذ المتأخر للالتزام، وما ينتج عنه من ضياع كل منفعة يقصدها المتعاقد من العقد<sup>(1)</sup>.

والواقع من الأمر فإن اتفاقية فيينا لا تشترط صدور خطأ ن الطرف المخل بالالتزام للقول بتحقق الإخلال، لكونها تقيم مسؤولية الأخير بصرف النظر عن توافر ركن الخطأ، فأثبتت عدم التنفيذ أيّاً كان سببه يكون كافٍ لانعقاد مسؤولية المتعاقد المخل<sup>(2)</sup>، كما أن مبادئ اليونيدروا قد تبنت الاتجاه ذاته ويبدو ذلك واضحاً من خلال نص المادة "1-7-1"، التي نصت على ان عدم التنفيذ هو " فشل احد الأطراف في تنفيذ أي من التزاماته التعاقدية، ويشمل التنفيذ المعيب أو التنفيذ المتأخر"<sup>(3)</sup>، فالنص لم يفرق بين عدم التنفيذ بعذر وعدم التنفيذ بغير عذر في معرض تحديده لمفهوم عدم التنفيذ، كما وتجزئ المادة "1-3-7" من المبادئ المتقدمة انهاء العقد متى ارتقى عدم التنفيذ الى مرتبة الإخلال الجوهري بالعقد ودون التمييز ايضاً بين عدم التنفيذ بعذر او بغير ذلك، إذ تنص على انه " يجوز لأي طرف انهاء العقد إذا فشل الطرف الآخر في تنفيذ التزام يرتقي الى مرتبة الإخلال الجوهري بالعقد".

ولا يقتصر الإخلال بالعقد على عدم تنفيذ الالتزامات الناجمة عن العقد فحسب بل يشمل فضلاً عن ذلك الالتزامات التي تقضي بها الأعراف والعادات التجارية والتعامل السابق بين البائع والمشتري، ويبدو ذلك واضحاً من خلال نص المادة "1-9" من اتفاقية فيينا والتي تقضي بأنه " يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما"، وكذلك الالتزامات التي تقضي بها احكام الاتفاقيات الدولية<sup>(4)</sup>، ولكي تترتب المخالفة الجوهريّة فإنه من الضروري أن يكون هناك إخلال من جانب البائع سواءً أكان ذلك الإخلال صادراً منه

(1) ينظر د. محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مصدر سابق، ص120.  
(2) وتجدر الإشارة الى ان معظم الانظمة القانونية تقيم مسؤولية المتعاقد المخل بالالتزام على فكرة الخطأ، فلا يعد عدم تنفيذ الالتزام الا قرينة على هذا الخطأ، وهي قرينة غير قاطعة تقبل اثبات العكس فيجوز للطرف المخل أثبات عدم ارتكابه الخطأ للتخلص من المسؤولية. ويبدو ذلك واضحاً من خلال نص المادة "168" من القانون المدني العراقي، والمادة "210" من القانون المدني المصري، المادة "1148" من القانون المدني الفرنسي.  
(3) ARTICLE, 7.1.1, "Non - performance is failure by a party to perform any of its obligation under the contract, including defective performance.

(4) قد يكون مصدر الالتزام احكام اتفاقية فيينا إذا احال اليها المتعاقدان صراحة في تحديد جميع التزاماتها أو جزء منها، أو إذا كان المتعاقدان لم ينظما هذا الالتزام في العقد المبرم بينهما وكانت الاتفاقية واجبة التطبيق ولم يكن هناك عرف تجاري أو تعامل سابق بينهما، ينظر: نص المادة "6" من اتفاقية فيينا.

شخصياً أم صادراً من قبل أحد الأشخاص الذين يقوم باستخدامهم في تنفيذ التزامه، ومن الضروري أن ينسب هذا الإخلال إلى تفصير البائع لا أن ينسب إلى سبب أجنبي<sup>(1)</sup>.

#### ثانياً: الضرر الجوهري:

ويُعرّف الضرر الجوهري بأنه ذلك الضرر الذي يترتب عليه حرمان الطرف الآخر بشكل رئيس من المصالح التي كان يتوقعها من إبرام العقد، أي إنه لا يكفي فقط مجرد الضرر العادي، ويكفي وقوع الإخلال حتى وإن لم يكن ذلك الإخلال جسيماً حيث إن العبرة هنا هي بتفويت المصلحة التي كان ينشدها من إبرامه لعقد البيع<sup>(2)</sup>.

فما يبرر الفسخ في الاتفاقية هو فوات المنفعة التي يرمي إليها المشتري من إبرامه للعقد دون النظر إلى درجة ذلك الإخلال فقد تبدو المخالفة بالنسبة للبائع مخالفة يسيرة لكنها في المقابل تشكل بالنسبة للمشتري ضرراً كبيراً يتمثل في حرمان المشتري مما كان يسعى إليه عند قيامه بإبرامه للعقد مثل ربح كان يتوقعه المشتري الحصول عليه عند قيامه بإبرام العقد مع البائع<sup>(3)</sup>.

ويعدّ تقدير جوهرية الضرر مسألة وقائع، وبذلك فإن القاضي يستقل بتقديرها طبقاً لظروف كل قضية على حدة، فهذا الإخلال في بعض الأحيان قد يكون متسامحاً فيه، وفي بعض الأحيان قد يترتب عنه ضرر جوهري، ففي الظروف العادية على سبيل المثال لا يترتب على تأخير تسليم البضاعة ليوم أو يومين ضرر كبير يسبب خسائر للطرف الآخر، إلا أنه قد يترتب عليه ضرر جوهري إذا كان الغرض من شراء تلك البضاعة أن يتم المشاركة بها في معرض يستمر لمدة يومين فقط. ومن الضروري أن يدخل في جوهرية الضرر ما يعرضه الطرف الآخر المخالف لعلاج الضرر من حلول يترتب عليها تقليل الضرر، أو تلافي جزء كبير منه، فقيام البائع بإصلاح البضاعة التالفة أو القيام بشراء بضاعة أخرى بديلة من شأنه أن يؤدي إلى رفع الضرر الذي أصاب المشتري أو جزء كبير منه بحيث لا يشكل ما تبقي من الضرر إلا مقدار يسير، الأمر الذي لا يمكن اعتباره معه ضرراً جوهرياً إلا أنه يشترط في تلك الحالة ألا يترتب على محاولة البائع إصلاح الضرر تأخير غير معقول للمشتري بسبب الإخلال بالالتزام<sup>(4)</sup>.

كما أنه في حالة وجود حلول أخرى يمكن من خلالها أن يتم درأ الضرر بغير الفسخ فإنه في تلك الحالة لا يعدّ الضرر جوهرياً كما لو كان تخفيض الثمن أو القيام بدفع تعويضات معينة يعدّ علاجاً كافياً لدرأ الضرر، وفي بعض الحالات قد تتفق الأطراف المتعاقدة على اعتبار

(1) ينظر: د. اسامة حجازي المسدي، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية، مصدر سابق، ص178.  
(2) ينظر: د. المصطفى شنضيف، البيع التجاري الدولي للبضائع، دراسة مقارنة في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريع المغربي والمقارن، ط 1، دون مكان طبع، 2001، ص: 149-150.  
(3) ينظر: أسيل باقر جاسم، المفهوم القانوني للمخالفة الجوهرية في عقد البيع الدولي للبضائع، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء- كلية القانون عدد خاص بالمؤتمر القانوني العاشر، 2013 م، ص: 146.  
(4) ينظر: د. خالد احمد عبد الحميد، مصدر سابق، ص150.

أضرار معينة من قبيل الأضرار الجوهرية حتى وإن لم تكن جوهرية وفقاً لأحكام اتفاقية فيينا مثل أن يتفق الطرفان على اعتبار أي عيب حتى ولو كان بسيطاً يظهر عند تشغيل المبيع يقيم مسؤولية البائع، ويتيح للمشتري القيام بفسخ العقد كما أن الأعراف التجارية قد تتضمن تحديداً لما يعدّ من قبيل الأضرار الجوهرية، وذلك بصرف النظر عن أحكام اتفاقية فيينا<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: التوقع:

ويقصد بالتوقع هنا توقع الضرر الجوهرية الذي أصاب المشتري نتيجة تخلف البائع عن القيام بتنفيذ الالتزامات التي تفرضها عليه العلاقة التعاقدية، فمن خلال نص المادة "25" من الاتفاقية يتبين أنها قد اعتمدت معياراً شخصياً وذلك لقولها ... "من شأنه أن يحرمه بشكل أساسي مما كان يتوقع الحصول عليه بموجب العقد..." وذلك الجزء من نص المادة "25" من اتفاقية فيينا يبين مدى ربط فكرة الضرر الجوهرية بفوات المنفعة التي كان ينشدها الطرف الآخر من العلاقة التعاقدية إلا أن هذا الأمر لا يمكن تحديده إلا إذا تم بحث المقاصد التي كان ينشدها الطرف الآخر من العلاقة التعاقدية، وهذا الأمر لا يتم إلا من خلال المعيار الشخصي<sup>(2)</sup>.

إلا أنه ومن خلال النظر إلى الجزء الأخير من نص المادة "25" من اتفاقية فيينا يجد الباحث أنه يحولها من الطابع الشخصي إلى الطابع الموضوعي إذ جاء النص على أنه "... ولم يكن أي شخص سوي الإدراك من نفس الصلة يتوقع مثل هذه النتيجة في نفس الظروف" ومصطلح الإدراك الوارد في نص المادة ما هو إلا مرادف لمصطلح الشخص المعتاد الذي تعتمده التشريعات الوطنية كمعيار موضوعي للقياس، وجدير بالذكر أن من بين المبادئ التي تعتمد عليها اتفاقية فيينا هي تغليب المعايير الموضوعية المادية<sup>(3)</sup>.

ويتطلب ذلك أن يكون الشخص سوي الإدراك من طائفة الطرف المتضرر المهنية وموضوعاً في ذات ظروفه، وأنه ما كان ليبرم العقد لو أنه قدر وجود تلك المخالفات وما يترتب عليها من آثار إن وقوع المخالفة وما ينتج عنها من آثار يفقده المصلحة التي كان ينشدها من إبرامه للعقد، وفي ذات الوقت لا بد أن يكون الطرف الذي جاءت من جانبه المخالفة على علم

(1) ينظر: د. لطيف جبر كومانى، د. علي الرفيعي، عقد البيع الدولي للبضائع، ط2، مكتبة السنهوري للنشر والتوزيع، 2011، ص133.

(2) ينظر: د. عصام أنور سليم، خصائص البيع الدولي، "وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فيينا سنة 1980"، مصدر سابق، ص67.

(3) ينظر: جودت هندي، التزام البائع بتسليم المبيع وفق أحكام اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للعام 1980، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد الثاني، 2012، ص: 94.

وقت إبرام العقد أو أنه على دراية أن الطرف الآخر من العلاقة التعاقدية ما كان ليبرم العقد لو أنه عرف بتلك المخالفة<sup>(1)</sup>.

ولم تفصح اتفاقية فيينا عن الوقت المحدد الذي يجب أن يتم فيه توقع الطرف المخل للضرر، هل يعدّ هذا الوقت هو وقت القيام بإبرام العقد أم هو الوقت الذي تم فيه ارتكاب الإخلال؟ وللإجابة على هذا التساؤل فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن النظر إلى مدى توافر التوقع من عدمه يجب أن يتم وقت إبرام العقد مستنداً في ذلك إلى أن اتفاقية فيينا قد اعتمدت على وقت إبرام العقد في عدة مواضع لعل أهم تلك المواقع هو الفقرة الأولى من المادة "73" والتي تجيز في عقد البيع على دفعات للمشتري إذا أعلن فسخ العقد بالنسبة لإحدى الدفعات أن يعلن وفي الوقت ذاته فسخ العقد بالنسبة للدفعات المسلمة أو التي لم تسلم بعد، وذلك متى أصبح استعمال المبيع غير ممكن وفقاً للغرض الذي أراده المتعاقدان وقت إبرام العقد<sup>(2)</sup>، كما حددت المادة "74" من الاتفاقية ذاتها قيمة التعويض الذي يستحقه أحد الطرفين بسبب المخالفة التي ارتكبتها الطرف الآخر على أن يتألف التعويض من مبلغ يعادل الخسارة التي أصابت الطرف الآخر، والربح الذي فاته بسبب المخالفة على ألا يتخطى التعويض قيمة الخسارة والربح الضائع التي توقعها الطرف المخالف أو التي كان له أن يتوقعها وقت القيام بإبرام العقد<sup>(3)</sup>.

إلا أنه وفي واقع الأمر لا يمكن الأخذ بالرأي المتقدم؛ وذلك لأن القياس على ما ورد في حكم الفقرة الأولى من المادة "73" والمادة "74" من اتفاقية فيينا يعدّ غير دقيق؛ وذلك بسبب اختلاف موضوع المادتين المذكورتين عن موضوع المادة "25"، إذ إن الفقرة الأولى من المادة "73" من اتفاقية فيينا تتعلق بغرض الطرفين من البضاعة في عقود البيع على دفعات حصراً وأن المادة "74" من الاتفاقية تتعلق بتقدير التعويض، وأنه لو أراد واضعو الاتفاقية تعميم الحكم الوارد بالمادتين المذكورتين لجعلوا منه مبدأ عاماً يحكم كافة المسائل وبصراحة، لذلك فإنه يبدو من الأرجح أن يتم الأخذ بوقت ارتكاب الإخلال بالالتزام لتقدير مدى توقع الطرف المخالف للضرر الجوهري الذي لحق بالطرف الآخر الأمر الذي يستلزم أن يؤخذ في الاعتبار أمران، الأول: كافة المتغيرات والظروف التي طرأت على السوق بعد إبرام العقد، أما الثاني: هو كافة المعلومات التي تصل إلى علم أحد المتعاقدين بعد أن يتم إبرام العقد بينهما، وقبل التنفيذ طالما أنه

(1) ينظر: د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1969، ص 131 .

(2) نصت الفقرة الأولى من المادة "73" من اتفاقية فيينا على أنه "في العقود التي تقضي بتسليم البضائع على دفعات، إذا كان عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزام من التزاماته المتعلقة بإحدى الدفعات يشكل مخالفة جوهرياً للعقد بشأن تلك الدفعة جاز للطرف الآخر فسخ العقد بالنسبة لتلك الدفعة".

(3) ينظر: د. عادل محمد الخير، عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا وجهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي، والغرف التجارية الدولية، مصدر سابق، ص 62.

لا يوجد ما يحول بينه وبين قيامه بتنفيذ التزامه طبقاً لتلك التعليمات، وعلى سبيل المثال إذا تم التعاقد بين الطرفين على القيام ببيع سلعة اتفق طرفا العلاقة التعاقدية على تغليفها وفق طريقة معينة من أجل أن يتمكن المشتري من إعادة بيعها مرة أخرى وبعد وقت قصير من إبرام العقد أرسل المشتري معلومات إلى البائع تفيد بأنه يجب عليه وضع بيان معين على الغلاف وذلك بطريقة معينة، وأن ذلك يعدّ أمراً ضرورياً لكي يتمكن المشتري من بيعها بعد ذلك، وفي تلك الحالة فإن عدم قيام البائع بوضع ذلك البيان الذي طلبه المشتري من البائع يعدّ مخالفة جوهرية، ولا يمكن للبائع أن يتمسك بعدم توقعه للضرر الذي أصاب المشتري نتيجة إغفال وضع ذلك البيان الذي طلبه المشتري من البائع<sup>(1)</sup>.

وتكتسب المخالفة الجوهرية دوراً كبيراً في الفسخ الجزئي للعقد، ولما كانت اتفاقية فيينا قد أفردت للفسخ الجزئي موضعين، الأول: في عقد البيع فوري التنفيذ، والثاني: في عقد البيع على دفعات الأمر الذي يستلزم تحديد دورها في كلا الموضعين، ففيما يتعلق بعقد البيع فوري التنفيذ فإنه من الضروري للقضاء بالفسخ الجزئي الذي نتج الإخلال بشأنه أن يتم توافر عناصر المخالفة الجوهرية في ذلك الجزء أي فقط الجزء الذي تعرض للقصور من العقد أي الجزء غير المطابق لما تم الاتفاق عليه في العقد<sup>(2)</sup>.

إلا أن التساؤل الذي يطرح نفسه هنا، هل يتم فسخ العقد جزئياً بمجرد توافر المخالفة الجوهرية كاملة بكافة عناصرها السابق الإشارة إليها؟

إن اتفاقية فيينا قد جاءت حريصة جداً على دوام العلاقات التعاقدية الأمر الذي جعلها تقوم بابتكار أفضل المعالجات التي تتمكن من خلالها لتحقيق ذلك الغرض إذ إن الاتفاقية لم تسمح بفسخ العقد بمجرد أن يتم الإخلال بالالتزامات المفروضة في العقد، كما أنها اجازت للمشتري بأن يقوم بمنح البائع مهلة تحت مسمى المهلة الإضافية للتنفيذ، والتي يتم تحديدها من قبل المشتري ويتم تحديد تلك المهلة على وجه الدقة يدعو فيها البائع لتنفيذ التزامه، وليس له أن يتجاوز تلك المهلة وفي حالة انقضائها دون أن يقوم بتنفيذ التزامه فإنه يحق له أن يباشر حقوقه على الجزء الذي أصابه الخلل في العقد<sup>(3)</sup>.

وجدير بالذكر في هذا المقام القول بأن اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع قد خالفت مبدأً مهماً من المبادئ التي حاولت تحقيقها وهو مبدأ المساواة بين المراكز القانونية إذ إنه من الملاحظ أن

(1) ينظر: د. نسرین سلامة محاسنة، التزام البائع بالتسليم والمطابقة، دراسة في القانون الانكليزي واتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي للبضائع، 1980، "اتفاقية فيينا" ط1، دار الثقافة للنشر، 2011، ص190.

(2) ينظر: د. عمر على سعيد محمد مليح الشامسي، دور الفسخ الاتفاقي في إنهاء العقود، أطروحة دكتوراه قدمت إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2009 م، ص 291.

(3) نصت المادة "1/47" من اتفاقية فيينا على انه "يجوز للمشتري أن يحدد للبائع فترة اضافية تكون مدتها معقولة لتنفيذ التزامه".

الاتفاقية قد قصرت الفسخ الجزئي في العقد الفوري على المشتري وحده، وحرمت البائع من ذلك الحق، وعلى الإخلال الذي يتعلق بالكمية والنوعية دون غيرها في حين أنه قد توجد بعض الحالات الأخرى التي تستلزم مد ذلك الحكم إليها مثل الإخلال بالمطابقة المستندية بصورة جزئية الأمر الذي يعدّ معه ذلك إخلالاً بالمبدأ الذي تم الإشارة إليه (1).

أما فيما يتعلق بعقد البيع على دفعات فالقول بفسخ ذلك العقد فسحاً جزئياً فإنه من الضروري أن تنسب لأحد طرفي العقد مخالفة جوهرية إلا أن تلك المخالفة لا بد أن يظهر دورها في دفعة واحدة من الدفعات التي تم الاتفاق عليها في العقد أي أنه يتم النظر إلى الدفعة التي تم الإخلال بشأنها على أساس أنها عقد مستقل ثم بعد ذلك يتم قياس المخالفة بالنسبة لتلك الدفعة (2).

فضلاً عن ذلك فإنه لا بد أن تكون المخالفة الجوهرية لإحدى الدفعات قد حدثت بالفعل فلا يكفي احتمالية حدوثها في المستقبل؛ وذلك لأننا بصدد فسخ جزئي، إلا أن هناك مسألة أخرى قد تعرض لها الفقه، وهي هل يجوز في حالة ما إذا كانت المخالفة غير جوهرية بالنسبة لدفعة من الدفعات، فهل من الممكن أن تتحول إلى مخالفة جوهرية بعد انتهاء المهلة الإضافية؟ وللإجابة عن تلك الإشكالية فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه يمكن القياس على المادة "51" من الاتفاقية الأمر الذي يمكن معه أن تتحول المخالفة غير الجوهرية إلى جوهرية (3).

وذهب الباحث مع جانب آخر من الفقه إلى القول بعكس ذلك، وعدم جواز استخدام المهلة الإضافية التي تم النص عليها في المادة "51"، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن النص واضح، وليس هناك أي داعٍ للقياس بالإضافة إلى أن القياس على نص المادة "51" من الاتفاقية يحمل النص أكثر مما يحتمل كما أنه هناك حلولاً أخرى من الممكن أن يتم تطبيقها على المخالفة الجوهرية والتي تصيب إحدى تلك الدفعات متى توافرت الشروط الضرورية لذلك.

### الفرع الثالث

#### إصرار البائع على عدم تنفيذ التزاماته

أقرت اتفاقية فيينا الفسخ باعتباره جزاءً لإخلال أحد طرفي العلاقة العقدية بالالتزامات المفروضة عليه، إلا أنها لا تسعى إلى فسخ العقد الأمر الذي جعلها تسعى لابتداع بعض الوسائل التي يمكن من خلالها أن تتجنب ذلك وتحول دون اللجوء إلى الفسخ إذ إنها أقرت للبائع الحق بإصلاح الخلل في التسليم الناقص أو المعيب حتى بعد أن ينتهي الموعد المقرر للتسليم وذلك عن

(1) ينظر: أسيل باقر جاسم، المطابقة المستندية "دراسة في عقد البيع الدولي للبضائع" بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإدارية والقانونية، المجلد العاشر، العدد السادس، 2005، ص 1129.

(2) ينظر: د. عصام أنور سليم، خصائص البيع الدولي، "وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فيينا سنة 1980"، مصدر سابق، ص 66.

(3) ينظر: د. خالد أحمد عبد الحميد، مصدر سابق، ص 217.

طريق تكملة الجزء الناقص أو القيام بإصلاح العيب<sup>(1)</sup>، فقد ورد في المادة "48" من الاتفاقية أنه " مع عدم الإخلال بأحكام المادة "49" يجوز للبائع ولو بعد تاريخ التسليم أن يصلح على حسابه كلَّ خلل في تنفيذ التزاماته بشرط ألا يترتب على ذلك تأخير غير معقول، ولا يسبب للمشتري مضايقة غير معقولة أو شكوكاً في قيام البائع بدفع المصاريف التي أنفقها المشتري، ومع ذلك يحتفظ المشتري بحق المطالبة بالتعويضات المنصوص عليها في الاتفاقية".

لذلك فإنه إذا كان في مقدرة البائع أن يتدارك الفسخ فيما يتعلق بالنسبة للجزء الذي حدث فيه الخلل إن هو قام بإبلاغ المشتري في موعد مناسب أنه ينوي تكملة الجزء الناقص من البضاعة، أو أنه سوف يقوم بإصلاح العيب في الجزء الذي أصابه عيب، ولكن لا بد أن يتم ذلك قبل طلب الفسخ من قبل المشتري أو قبل وقوع الفسخ فعلاً الأمر الذي يتطلب من البائع وبمجرد علمه بالعيب أو الخلل في تنفيذ الالتزام المفروض عليه أن يبادر إلى إعلام المشتري بذلك أي قبل أن يقوم المشتري بطلب فسخ العقد، ولكن في حالة وقوع الأضرار قبل الفسخ امتنع على المشتري استعمال حقوقه كلها بما في ذلك أن يطلب الفسخ إلى حين أن يقوم البائع بعملية إصلاح الخلل الذي أصاب المبيع، ورضا المشتري عنه طبقاً لما نص عليه العقد المبرم بين الطرفين<sup>(2)</sup>.

ولتحقيق تلك الآلية فإنه لا بد أن يكون ذلك الإصلاح مفيداً للمشتري، فضلاً عن ذلك فإنه لا يمكن أن يشكل ذلك مضايقات غير معقولة للمشتري، أو تكليفه نفقات غير معقولة<sup>(3)</sup>، ومما سبق يرى الباحث إنه لا يمكن القول بالفسخ الجزئي للعقد لمجرد أن يكون هذا الأخير قابلاً للتجزئة، وأن أحد طرفيه قد قام بارتكاب مخالفة جوهرية في جزء منه، ولكن لا بد أن يتقاعس البائع عن استخدام حقه إذا كان هو المخالف بإصلاح الخلل في التنفيذ أو أن يقوم بطلب الإصلاح، ولكن ذلك الإصلاح غير مجدٍ، وبذلك فإن وجود هذا الحق والقيام باستخدامه بالشكل الأمثل قد يترتب عليه تعطيل الجزاءات المتاحة للمشتري في حالة تحقق الإخلال والتي من ضمنها مبدأ الفسخ الجزئي للعقد.

### المطلب الثالث

#### القانون المطبق على الفسخ الجزئي وفقاً لنصوص الاتفاقية

هدفت اتفاقية فيينا إلى إيجاد قواعد موضوعية موحدة يتم تطبيقها على عقد البيع الدولي وذلك دون الحاجة إلى أعمال قواعد تنازع القوانين؛ ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن تلك

(1) ينظر: د. محمد خليل شهاب، التزامات البائع وفقاً لاتفاقية فيينا للبيع الدولية للبضائع" مقارنة مع القانونين اللبناني والفرنسي، مصدر سابق، ص128.

(2) ينظر: د. أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع، مصدر سابق، ص 199.

(3) ينظر: د. نسرین سلامة محاسنة، التزام البائع بالتسليم والمطابقة، دراسة في القانون الانجليزي واتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع 1980" اتفاقية فيينا" مصدر سابق، ص165.

القواعد وحسب ما ذهب إليه البعض من الفقه قد لا تلائم معاملات التجارة الدولية لأنها تؤدي إلى تطبيق القوانين الوطنية في أغلب الأحيان<sup>(1)</sup>.

وبرغم أن الاتفاقية هدفت إلى إقرار قواعد موضوعية أو مادية مباشرة يتم تطبيقها على عقد البيع الدولي، وتعمل أيضاً على تجنب اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين إلا أن السؤال الذي يفرض نفسه هنا هو هل اكتفت الاتفاقية بالقواعد الموضوعية التي تم إقرارها لتتطبق على عقد البيع الدولي؟ وهل استغنت اتفاقية فيينا عن قواعد تنازع القوانين أم أن قواعد تنازع القوانين لها دور في البحث عن القانون الواجب التطبيق في نطاق الاتفاقية؟

وللإجابة على ذلك التساؤل فإنه من الضروري الإشارة إلى الجهود التي تم بذلها في سبيل توحيد القواعد الموضوعية لعقد البيع الدولي وبيان تطبيقها الدولي لكي يبين الباحث من خلاله القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي لعقد البيع الدولي، لذلك سيقسم هذا المطلب على فرعين يبين في الفرع الأول منها، توحيد القواعد الموضوعية للاتفاقية ونطاق تطبيقها، أما الفرع الثاني سيتناول فيه مدى علاقة اتفاقية فيينا بقواعد تنازع القوانين وعلى النحو الآتي:

## الفرع الأول

### توحيد القواعد الموضوعية للاتفاقية ونطاق تطبيقها

أضحت التجارة الدولية واحدة من أهم القضايا في الحياة المعاصرة، ويتطلب النمو المستمر للتجارة الدولية وجود نظام قانوني محكم يسهل التعاقد بين اشخاص من دول مختلفة، ويكون قادراً على حل المشكلات التي قد تنشأ عن مثل هذه العقود وبالأخص فسخها جزئياً<sup>(2)</sup>، وربما لم تكن التشريعات المحلية في بلد ما كافية للتعامل مع قضايا التجارة الدولية والمشاكل الناشئة عنها، إذ أن تلك التشريعات كثيراً ما تفقد المرونة المطلوبة لبيئة تجارية دولية معقدة وسبب ذلك أن التشريع الوطني ناتج عن ظروف دولة معينة وله سيادة في حدود هذه الأخيرة، لذلك لا بد من البحث عن نظام قانوني بديل عن التشريعات الوطنية يتعامل مع التجارة الدولية بمرونة، كاتفاقية فيينا التي تظهر كنظام قانوني يهدف إلى الحلول بديلاً عن التشريعات الوطنية ويحاول التصدي للمشاكل التي تعترض التعاقد الدولي، كما يجب الوقوف على النطاق الذي تطبق في حدوده<sup>(3)</sup>، لذلك سيقسم الباحث هذا الفرع على فقرتين يبين في الأولى الجهود التي بذلت من أجل توحيد القواعد الموضوعية، أما الثانية سيخصصها لنطاق تطبيق الاتفاقية وعلى النحو الآتي:

(1) ينظر: د. اسامة حجازي المسدي، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية، مصدر سابق، ص 47.  
(2) ينظر: د. نسرين سلامة محاسنة، التزام البائع بالتسليم والمطابقة، دراسة في القانون الإنكليزي واتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع، 1980، "اتفاقية فيينا"، مصدر سابق، ص 19.  
(3) ينظر: د. اسماء مدحت هادي، الاعفاء من المسؤولية في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع "فيينا"، مصدر سابق، ص 156. د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مصدر سابق، ص 134.

أولاً: توحيد الاتفاقية للقواعد الموضوعية :

برغم صعوبة توحيد قانون التجارة الدولية إلا أن بعض المنظمات الدولية، حكومية أو غير حكومية قد اتجهت منذ فترة إلى القيام باتخاذ خطوات واسعة من أجل تحقيق ذلك الهدف، والعمل على توحيد القواعد التي تحكم المعاملات التجارية الدولية من تنمية العمل التجاري بين الدول وحماية أطراف المعاملات التجارية الدولية من المخاطر التي قد تنجم عن تطبيق التشريعات الوطنية المختلفة، ولذلك اتجهت الجهود من أجل توحيد القواعد الموضوعية لعقود البيع الدولي للبضائع وبعد توحيد القواعد الموضوعية للاتفاقية فإنها قامت بتحديد نطاق تطبيقها الدولي<sup>(1)</sup>.

قام المعهد الدولي لتوحيد القانون الدولي الخاص بروما بتولي مهمة توحيد القواعد الموضوعية لعقود البيع الدولي للبضائع، وقام بعقد مؤتمر في مدينة لاهاي في الفترة من "10 تشرين الثاني 1951" وذلك من أجل إعادة النظر في مشروع القانون الموحد للبيع الدولي، والعمل على وضع الأسس التي يقوم عليها مشروع الاتفاقية، وفي عام 1956 انتهت اللجنة من عملها، وقدمت تقريراً تم نشره مع المشروع الذي أعدته وقامت الحكومة الهولندية بإرسال المشروع ومرفق به تقرير اللجنة إلى الدول المختلفة وإلى غرفة التجارة الدولية، وقام المعهد بإعداد مشروع اتفاقية أخرى في شأن تكوين عقد البيع الدولي للبضائع خلال فترة استطلاع الرأي، وتم القيام بإرسالها إلى الدول المختلفة لاستطلاع الرأي، وقامت اللجنة بعقد آخر اجتماع لها عام 1962 من أجل دراسة المقترحات والملاحظات التي وردت إليها، وقامت بإدخال التعديلات اللازمة في ضوء ما ورد إليها من مقترحات، وتم عقد مؤتمر دبلوماسي آخر في مدينة لاهاي تحت رعاية الحكومة الهولندية في عام 1964 قامت 28 دولة بالمشاركة فيه أسفر عن إبرام اتفاقيتين<sup>(2)</sup>، هما: اتفاقية لاهاي بشأن تكوين عقد البيع الدولي للبضائع، والثانية اتفاقية لاهاي بشأن القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع التي تتعلق بآثار عقد البيع الدولي.

وبدأ سريان أحكام الاتفاقيتين في عام 1972 بعد أن تم التصديق عليهما من قبل خمس دول أغلبها أوروبية، وتعدّ الاتفاقية الأولى قانوناً موحداً لتكوين عقد البيع الدولي للبضائع والثانية تعدّ قانوناً موحداً للبيوع الدولية، ويهدف القانون الموحد للبيوع الدولية إلى توحيد القواعد الموضوعية لتلك البيوع فضلاً عن تلك القواعد العامة فإن القانون ينقسم إلى أربعة أقسام تتمثل

(1) ينظر د. عادل محمد الخير، عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا وجهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي UNCITRAL والغرف التجارية الدولية ICC، مصدر سابق، ص33.

(2) ينظر د. نسرين سلامة محاسنة، مصدر سابق، ص27. وينظر كذلك: د. اسامة حجازي المسدي، القواعد المنظمة لعقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص49.

في التزامات المشتري، والتزامات البائع، والنصوص المشتركة التي تعالج التزامات كل منهما، وانتقال المخاطر التي تترتب على الإخلال بهذه الالتزامات<sup>(1)</sup>.

وبرغم الجهود التي تم بذلها للقيام بتوحيد القواعد التي تحكم عقود البيع الدولي للبضائع والتي نتج عنها إبرام اتفاقيتي لاهاي لعام 1964 إلا أن تلك الجهود لم تحقق التوحيد المرجو، ولعل السبب في ذلك هو إجماع غالبية الدول عن الانضمام إليها<sup>(2)</sup>، ولعل السبب الرئيس في عدم اشتراك غالبية الدول في إعداد الاتفاقيتين وصياغتهما يرجع إلى أن عدداً كبيراً من الدول رأى أن نصوص اتفاقيتي لاهاي يرجع إلى أنها لا تحترم إلا مصالح الدول الغربية<sup>(3)</sup>.

وقد قامت الأمم المتحدة ببذل نشاط واسع من العمل على وجود تنظيم فعّال يعمل على توحيد قانون التجارة الدولية وقد أسفرت جهود المنظمة الأممية عن إنشاء لجنة جديدة أطلق عليها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، وقد اجتمعت الجمعية العامة للأمم المتحدة، وأصدرت قرارها في السابع من كانون الأول عام 1966 بإنشاء اللجنة التي أطلق عليها الأونسيترال وعقدت هذه اللجنة أول اجتماع لها في عام 1968 من أجل وضع خطة عملها في السنوات المقبلة، ووقع اختيارها على عدة مواضيع لتقوم بدراستها والعمل على توحيد أحكامها، وكان البيع الدولي للبضائع على رأس تلك المواضيع، وقامت اللجنة باستطلاع رأي الحكومات في الخطة التي يجب أن يتم اتباعها بشأن اتفاقيتي لاهاي<sup>(4)</sup>.

ومن أجل ذلك أنشأ الأونسيترال مجموعة عمل تتكون من مندوبي 14 دولة تمثل الاتجاهات والمذاهب الاقتصادية والقانونية المختلفة من أجل إعداد نصوص اتفاقية جديدة تحل محل اتفاقية لاهاي، وقد استغرقت تلك الاجتماعات تسع دورات سنوية أتمت فيها إعداد مشروع اتفاقيتين، ففي عام 1976 أتمت مجموعة العمل وضع مشروع اتفاقية لتحل محل اتفاقية لاهاي لعام 1964 بشأن البيع الدولي للبضائع، وفي عام 1978 أتمت وضع مشروع اتفاقية أخرى لتحل محل اتفاقية لاهاي لعام 1964 بشأن تكوين عقد البيع الدولي للبضائع، وقد تم عرض المشروعين على لجنة الأونسيترال فوافقت عليهما إلا أنها قررت أن يتم ضمهما معاً

(1) ينظر: د. وفاء مصطفى محمد عثمان، توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص9.

(2) ينظر: د. أحمد هاني محمد أبو العينين، الفحص والإخطار كواجب على المشتري في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة المنوفية، 2005، ص6.

(3) اشترك في مؤتمر لاهاي 1964، "28" دولة منها "19" دولة من غرب أوروبا، ولم تشترك في المؤتمر سوى "3" دول من شرق أوروبا، هي بلغاريا والمجر ويوغوسلافيا، واشتركت دولة واحدة في المؤتمر من أمريكا الجنوبية هي كولومبيا، ودولة واحدة من آسيا هي اليابان، ودولة واحدة من أفريقيا هي مصر، ينظر د. حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، 2001، ص6.

(4) ينظر: د. أحمد هاني محمد السيد أبو العينين، مصدر سابق، ص 6.

في مشروع واحد لاتفاقية دولية، وقد تناول هذا المشروع في الجزء الثاني منه تكوين العقد، وتناول في الجزء الثالث حقوق والتزامات كل من البائع والمشتري، وقد تم عرض المشروع على الجمعية العامة للأمم المتحدة ووافقت عليه، وقامت بعمل مؤتمر دبلوماسي لإقراره وعقد المؤتمر في عام 1980، ووافقت الدول التي اشتركت في اتفاقية في هذا المؤتمر على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع بعد أن تم إدخال بعض التعديلات على المشروع، وهي اتفاقية فيينا لعام 1980 والتي تلعب دوراً كبيراً في المجال التجاري الدولي الحديث، وذلك نظراً لما شهدته التجارة الدولية من تطور وازدهار كبير، وأصبح توحيد القانون هو العامل الرئيس على المستوى الدولي، وأعدت تلك الاتفاقية لتفي بالاحتياجات الدولية<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: نطاق تطبيق اتفاقية فيينا للبيع الدولي

قامت اتفاقية فيينا بتحديد نطاق تطبيقها الدولي، وذلك في حالة اختلاف مركز عمل الأطراف<sup>(2)</sup>، عندما يكون في دول متعاقدة، فيتم تطبيقها على عقود البيع الخاصة بالبضائع والتي تم إبرامها بين أطراف تتواجد أماكن عملهم في دول متعاقدة، ومراكز أعمال الأطراف قد تتعدد وقد تنعدم، لذلك سيقسم الباحث نطاق التطبيق الدولي لاتفاقية فيينا على ثلاث فقرات يبين في الفقرة الأولى الحالة التي يكون فيها مركز عمل الأطراف في دول مختلفة، أما الفقرة الثانية سيخصصها لحالة تعدد مراكز عمل الأطراف، أما انعدام مراكز عمل الأطراف سيكون محل البحث في الفقرة الثالثة وعلى النحو الآتي:

#### 1- وجود مركز أعمال الطرفين في دول مختلفة

وفقاً لاتفاقية فيينا فإن البيع الدولي للبضائع تعني عقود بيع البضائع التي يتم إبرامها بين أطراف تتواجد أماكن عملهم في دول مختلفة، ومن ذلك يتضح أن العبرة فيه باختلاف أماكن العمل بين أطراف العلاقة العقدية، ووجود تلك الأماكن في دول مختلفة ولا أهمية بعد ذلك لجنسية الأطراف فتعدّ بيعاً دولياً في حكم اتفاقية فيينا الصفقة التي تتم بين بائع سعودي مقر عمله في مصر، ومشتري سعودي مقر عمله في سوريا مع افتراض توافر الشروط الأخرى فمع اتحاد البائع والمشتري في الجنسية تكون الصفقة التي تتم بينهما عقداً دولياً بالإضافة إلى ذلك فإنه لا

(1) ينظر: د. أحمد هاني محمد السيد أبو العنين، مصدر سابق، ص 8.  
(2) يكتسب مصطلح مركز الأعمال أهمية بالغة في بيان نطاق تطبيق الاتفاقية وقد وردت في النسخة الإنكليزية تعبير "place of business" وترجم إلى العربية "مكان العمل" وورد في النسخة الفرنسية كلمة واحدة "Establishment" وترجمت إلى "المنشأة"، ينظر د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 154.

أهمية للصفة المدنية والتجارية لهم أو للعقد الذي تم إبرامه بينهم وفق ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة الأولى من اتفاقية فيينا (1).

ونصت المادة الأولى من اتفاقية فيينا على أنه " 1. تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة: أ. عندما تكون هذه الدول متعاقدة . ب. عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة.

2- لا يلتفت إلى كون أماكن عمل الأطراف في دول مختلفة إذا لم يتبين ذلك من العقد، أو من أي معاملات بين الأطراف أو من المعلومات التي أدلى بها الأطراف قبل، أو في وقت انعقاده.

3- لا تؤخذ في الاعتبار جنسية الأطراف، ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو العقد في تحديد تطبيق هذه الاتفاقية". ويتضح من نص تلك المادة القواعد العامة لتحديد ما إذا كانت تلك

الاتفاقية تنطبق على عقد بيع البضائع، وعلى تكوينه، وقد وضعت المادة "1/1" من الاتفاقية المعيار الأساسي لانطباقها على عقد بيع البضائع، وهو أن تكون أماكن عمل الأطراف في دول

مختلفة، ولا تعنى تلك الاتفاقية بالقانون الذي يقوم بتنظيم عقود البيع أو تكوينها إذا كانت أماكن عمل الأطراف توجد في دولة واحدة، إذ إن تلك المسائل يقوم بتنظيمها التشريع الداخلي لتلك

الدول كما أضافت الفقرتان الفرعيتان من المادة " 1/1" من الاتفاقية معايير أخرى إضافية إذ إنه وعلى الرغم من أن أماكن عمل الأطراف قد تكون في أماكن مختلفة إلا أن هذه الاتفاقية لا

تطبق إلا في حالتين، أولهما: إذا كانت الدول التي توجد بها أماكن عمل الأطراف دولاً متعاقدة، والثانية إذا كانت قواعد القانون الدولي الخاص تؤدي إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة(2).

ومن ذلك يتضح أنه لا يكفي لتطبيق أحكام الاتفاقية مجرد كون الطرفين ممن توجد أماكن عملهم في دول مختلفة، ولكن يتطلب بالإضافة إلى ذلك إما أن تكون دولتا مكاني عمل الأطراف

من الدول المتعاقدة، أو أن تؤدي قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص للدولة التي رفع فيها النزاع إلى تعيين قانون دولة متعاقدة للتطبيق على هذا النزاع، فيقوم القاضي الذي ينظر هذا

النزاع بتطبيق أحكام تلك الاتفاقية مكان القانون الذي عينته قاعدة الإسناد حتى وإن كان مكان أحد الأطراف المتعاقدة أو حتى مكان عمل كل منهما في دولة أو دول غير متعاقدة(3).

فإذا كانت الدولتان اللتان يوجد بهما مكان عمل المتعاقدين دولتين متعاقدين يتم تطبيق تلك الاتفاقية حتى في حالة لو كانت قواعد القانون الدولي الخاص للهيئة القضائية تؤدي إلى عدم

(1) ينظر: د. محمد شكري سرور، موجز أحكام عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا 1980، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الثامنة عشرة، سبتمبر 1994، ص 119.

(2) ينظر د. أسامة حجازي المسدي، القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية، مصدر سابق، ص 61.

(3) ينظر: د. محمد شكري سرور، موجز أحكام عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا 1980، المصدر نفسه، ص: 120.

تطبيق قانون بلد ثالث كقانون الدولة التي تم إبرام العقد فيها، ولا يمكن الحيلولة دون ذلك إلا في حالة إقامة الدعوى في دولة ثالثة غير متعاقدة، وكانت قواعد القانون الدولي الخاص لتلك الدولة تقوم بتطبيق قانون الهيئة القضائية على العقد أي قانونها أو قانون دولة رابعة غير متعاقدة<sup>(1)</sup>. وإذا كان عمل أحد طرفي العقد أو كليهما في دولة ليست متعاقدة ففي تلك الحالة تنطبق الاتفاقية إذا كانت قواعد القانون الدولي الخاص للهيئة القضائية تؤدي إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة.

ومن التطبيقات القضائية التي قامت بتطبيق أحكام الاتفاقية بسبب وجود مركز أعمال الطرفين في دولة متعاقدة قرار صادر عن إحدى المحاكم السويسرية ورد فيه أن "المدعي وهو إيطالي بائع أثاث قام برفع دعوى قضائية ضد المدعى عليه وجنسيته سويسرية طالبه فيها بثمن الشراء، والمسألة التي كان يتعين على المحكمة أن تقوم بتسويتها هي ما إن كان لها اختصاص، وما إن كانت اتفاقية البيع تنطبق أم لا، وقد أكدت المحكمة في حكمها على انطباق اتفاقية البيع إذ قررت أن مكان عمل الطرفين المتعاقدين يوجد في دولة متعاقدة مختلفة كما قررت المحكمة أيضاً أن اتفاقية البيع تنطبق مستقلة وليس بصفة القانون المحلي للدولة التي تحددها قواعد اختيار القانون الذي يتم العمل به في المحكمة، وبسبب ذلك قررت المحكمة أن لها اختصاصاً"<sup>(2)</sup>.

## 2. تعدد مراكز الأعمال:

نصت المادة "10/أ" من اتفاقية فيينا على أنه " إذا كان لأحد الطرفين أكثر من مكان عمل واحد، فيقصد بمكان العمل المكان الذي له صلة وثيقة بالعقد وبتنفيذه، مع مراعاة الظروف التي يعلمها الطرفان، أو التي كانا يتوقعانها قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده"، يتضح للباحث من خلال هذا النص أنه متى كان لطرف من أطراف العلاقة العقدية أكثر من مركز أعمال كأن يكون أحد طرفي العقد شركة متعددة الجنسيات وتمتلك أكثر من مركز أعمال في العديد من الدول فإنه في تلك الحالة يتم الاعتراف بمركز الأعمال الذي يكون أكثر صلة بالعقد، أو بمكان تنفيذه على أن يأخذ في الاعتبار ظروف التعاقد<sup>(3)</sup>.

(1) ينظر: الوثيقة المرقمة (A/CONF. 97/5) الخاصة بالتعليق على مشروع الاتفاقية. وهذا الوثيقة تم إعادة كتابتها بمعرفة مركز الشرق الأوسط للقانون التجاري الدولي بعد الحصول على موافقة لجنة الاونسيترال، ص2؛ منشورة على الموقع الآتي:

[http://www.cisg.law.pace.edu/cisgarabic/middleeast/draft/draft\\_index.ht](http://www.cisg.law.pace.edu/cisgarabic/middleeast/draft/draft_index.ht)

تاريخ الزيارة 2021/9/8.

(2) ينظر: السيد خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقاً للاتفاقية فيينا لعام 1980، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد، العاشر، العدد 35، 2008، ص:94.

(3) ينظر: د. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص:61.

ويتبين من ذلك أيضاً أن المادة "10" في الفقرة "أ"، من الاتفاقية قد وضعت معياراً لتحديد مكان العمل ذي الصلة حيث إنه يعد مكان العمل الذي يرتبط بالعقد، وبتنفيذ ذلك العقد، وتعني كلمة التنفيذ الواردة في نص المادة كافة المعاملات التجارية والإيجاب والقبول.

### 3- انعدام مراكز الأعمال:

لم تشترط المادة "3/1" من اتفاقية فيينا لكي يتم إعمال أحكام تلك الاتفاقية أن يكون طرفا العلاقة التعاقدية تجاراً، ولم تشترط أن يكون البيع ذاته تجارياً، الأمر الذي يمكن القول معه أنه قد لا يكون لأحد أطراف عقد البيع الدولي مركز أعمال، لذلك فإنه قد نصت المادة "10/ب" على أنه " إذا لم يكن لأحد الطرفين مكان عمل، وجب الأخذ بمكان إقامته المعتاد" ويلاحظ أن الاتفاقية قد تفادت استخدام مصطلح الموطن ولعل السبب في ذلك يرجع إلى اختلاف المقصود بهذا الاصطلاح في مختلف التشريعات القانونية، فمصطلح الموطن فيها يعني الإقليم الذي يقيم فيه الشخص على وجه الدوام حتى ولو قام بتركه لفترة مؤقتة، وفي فرنسا يقصد به المركز الرئيس الذي يمارس فيه الشخص أعماله أي يقصد به عنوان محدد في مدينة معينة (1).

وجدير بالذكر أن الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد لا يتم أخذها في الاعتبار عند تحديد تطبيق هذه الاتفاقية، وذلك لأن بعض التشريعات القانونية يختلف القانون المتعلق ببيع البضائع وفقاً لما إذا كان الأطراف أو العقد المبرم بينهم يتسم بطابع مدني أو تجاري، وأن هذا التمييز لا يوجد في تشريعات قانونية أخرى ومن أجل ضمان عدم تفسير نطاق الأحكام التي تتعلق بالتطبيق في هذه الاتفاقية على أنه لا ينطبق إلا على عقود البيع التي يتم وصفها بأنها تجارية أو التي يتم إبرامها بين أطراف يتم وصفهم بأنهم تجاريون وفق قانون دولة متعاقدة.

## الفرع الثاني

### علاقة الاتفاقية بقواعد تنازع القوانين

تعد الاتفاقية أكثر تحديداً من قواعد القانون الدولي الخاص، ولقد كان الهدف منها أن تقوم على حل العلاقات الخاصة الدولية، وتجنب تطبيق القوانين الوطنية من أجل تحقيق التوحيد، وهذا هو الهدف الأسمى الذي تسعى الاتفاقية إلى تحقيقه مع تقليل اللجوء إلى قواعد القانون الدولي الخاص، ومن ثم فإن الطبيعة الذاتية للاتفاقية لا تعني أن يتم فصل أحكامها بالكامل عن القوانين الوطنية التي يتم التوصل إلى تطبيقها عن طريق قواعد تنازع القوانين (2).

(1) ينظر: السيد خليل إبراهيم محمد، مصدر سابق ص:99.

(2) ينظر د. نسرین سلامة محاسنة، التزام البائع بالتسليم والمطابقة، دراسة في القانون الانجليزي واتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي للبضائع، 1980 "اتفاقية فيينا"، مصدر سابق، ص:19.

فالاتفاقية لم تقم بتنظيم كافة المسائل التي تتعلق بالبيع الدولي للبضائع إذ إن هناك بيوعاً كثيرة تخرج من نطاق تطبيق الاتفاقية، فضلاً عن ذلك فهناك العديد من المسائل في عقد البيع لم تقم الأخيرة بتناولها بالتنظيم، فاتفاقية فيينا لا تقوم بتحقيق التوحيد الكامل لأحكام عقد البيع، ولكنها تؤدي إلى التوحيد الجزئي حيث لا تسري أحكامها إلا على عقود البيع التي تكتسب الصفة الدولية الأمر الذي أصبح معه البيوع التي لا تكتسب تلك الصفة خاضعة للقانون الوطني، فضلاً عن ذلك فأنها لا تقوم بوضع حلول لكافة الموضوعات التي تتعلق بعقد البيع الدولي، وما ينشأ عنه من حقوق والتزامات لطرفي العقد (1).

وفي سبيل حل تلك المشكلة التي تواجه الاتفاقية فقد أشار البعض إلى ثلاث طرق (2) يمكن من خلالها سد النقص الذي يعتري نصوص الاتفاقيات الدولية، وهي على النحو الآتي:

**الطريقة الأولى:** وتقوم تلك الطريقة على الاعتماد على سد النقص من خلال المبادئ التي تقررها الاتفاقية، ويعني ذلك أن القاضي أو المحكم عندما يجد نقصاً في النصوص فإن عليه أن يسد ذلك النقص من خلال تطبيق المبادئ العامة التي يقوم باستخلاصها من نصوص الاتفاقية، فلا يقوم بالبحث عن مصادر خارجية من أجل استكمال ذلك النقص، كما أنه يمكن للقاضي أو المحكم أن يسترشد بالغرض الذي ترمي الاتفاقية إلى تحقيقه.

**الطريقة الثانية:** وهي أن يتم سد ذلك النقص لا على أساس تطبيق المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية بل من خلال الاعتماد على مصادر خارجية، وهي المبادئ العامة للنظام القانوني في مجموعته، وتسمح تلك الطريقة للقاضي أو المحكم القيام بتطبيق القانون الوطني التي تقوم بتحديد قواعد القانون الدولي الخاص على المسائل التي أغفلت الاتفاقية الدولية تنظيمها.

**الطريقة الثالثة:** وتلك الطريقة يتم من خلالها سد النقص من خلال مزج الطريقتين السابقتين، وتعتمد هذه الطريقة على القيام بتطبيق المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية أولاً، وإذا لم يجد القاضي أو المحكم في المبادئ العامة ما يسد به النقص ففي تلك الحالة وجب عليه أن يقوم بسد النقص من خلال تطبيق القانون الوطني الذي تقوم بتحديد قواعد القانون الدولي الخاص، وقد أخذت اتفاقية فيينا بتلك الطريقة من أجل استكمال النقص في نصوص الاتفاقية، إذ نصت "2/7" منها على أنه "المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي تناولها هذه الاتفاقية والتي لم تحسمها نصوصها يتم تنظيمها وفقاً للمبادئ العامة التي أخذت بها الاتفاقية، وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ، تسري أحكام القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص" (3).

(1) ينظر: د. حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، مصدر سابق، البند 126، ص 165.

(2) ينظر: د. حسام الدين عبد الغني الصغير، المصدر نفسه، البند 126، ص 166.

(3) ينظر نص المادة "2/7" من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع "فيينا"

وطبقاً للمادة "2/7" من اتفاقية فيينا لعام 1980 فإنه على القاضي أو المحكم الذي يقوم بالنظر في النزاع أن يقوم بسد النقص الموجود في الاتفاقية عند نظره للنزاع وفق ما يتفق مع المبادئ العامة التي تقوم عليها تلك الأخيرة، وتلك المبادئ يستطيع القاضي أو المحكم أن يستخلصها من نصوصها ، ومن المناقشات والأعمال التحضيرية التي سبقت إبرامها<sup>(1)</sup>، وقد وضعت المادة "1/7"، من الاتفاقية مجموعة مبادئ يمكن من خلالها للقاضي أو المحكم أن يفسر نصوص الاتفاقية إذ نصت على أنه "يراعي في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية، وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها كما يراعي ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية".

ولا يعني ذلك أن اتفاقية فيينا تستبعد القانون الوطني من التطبيق كوسيلة يمكن من خلالها سد النقص الموجود فيها إذ إن المادة "2/7"، قد سمحت بتطبيق القانون الوطني إلا أنها جعلت ذلك في أضيق الحدود فلم تسمح للقاضي أو المحكم أن يقوم بتطبيق القانون الوطني إلا في الحالة التي لم يجد القاضي في المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية ما يسد به النقص الذي يواجهه اثناء نظره في النزاع المعروف، ومن ذلك يتبين أن الطبيعة الذاتية للاتفاقية لا تعني أن تنفصل بالكامل عن القوانين الوطنية فللقاضي أو المحكم أن يستكمل النقص من خلال تطبيق القانون الوطني الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص<sup>(2)</sup>.

ويجوز للأطراف أن يقرروا استبعاد تطبيق الاتفاقية وفق ما نصت عليه المادة السادسة من اتفاقية فيينا والتي نصت على أنه "يجوز للطرفين استبعاد تطبيق هذه الاتفاقية<sup>3</sup>، كما يجوز لهما، فيما عدا الأحكام المنصوص عليها في المادة "12"، مخالفة نص من نصوصها أو تعديل آثاره" وطبقاً لذلك فإنه يحق لطرفي العلاقة العقدية أن يقوموا باستبعاد تطبيق أحكام الاتفاقية حتى ولو توافرت شروط تطبيقها، والأخذ بهذا المبدأ يظهر وبوضوح احترام مبدأ سلطان الإرادة والاعتداد بحرية المتعاقدين ويعني ذلك المبدأ أن إرادة الإنسان يمكن أن تنشئ في مجال التصرف القانوني الحقوق والمراكز القانونية وذلك لأن الالتزامات العقدية بين الطرفين لا تنشئ من القانون ولكنها تنشئ من إرادة الأطراف المتعاقدة، وأن القوة الملزمة للعقد لا تنشئ من القانون ولكنها من الإرادة أيضاً، وأن كل ما تختص به السلطة العامة في هذا الشأن هو قيامها بتقديم المساعدة للدائن بغية تنفيذ ما تعهد له به المدين، والقائلون بمبدأ سلطان الإرادة يعدون أن الأفراد أحرارٌ بحسب طبيعتهم إذ إن الحرية هي الأصل، ولا يتم تقييد الفرد بحسب الأصل إلا بموجب إرادته، وأن

(1) ينظر: د. وفاء مصطفى محمد عثمان، توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، مصدر سابق، ص204.

(2) ينظر: حسام عبد الغني الصغير، مصدر سابق، البند 136.

(3) نصت المادة السادسة من اتفاقية فيينا على أنه "يجوز للطرفين استبعاد تطبيق هذه الاتفاقية، كما يجوز لهما فيما عدا الاحكام المنصوص عليها في المادة "12"، مخالفة نص من نصوصها أو تعديل آثاره".

الإرادة الفردية هي التي تحقق العدالة، فمن غير المتصور أن يشكو فرد من الظلم من الالتزام المفروض على عاتقه إذا كان هو الذي ألزم نفسه بتلك الالتزامات، فالشخص هو خير من يعرف مصلحته، ويدافع عنها، ومن غير المتصور أن يقوم بفعل شيء ضار به، فكل طرف في العلاقة العقدية يشترط فيها ما يكفل ويحقق مصالحه، وبذلك يكون هناك توازن في العقد، ولا يقع أي ضرر بأي طرف من أطراف العلاقة العقدية (1).

فمن حق طرفي العلاقة التعاقدية أن ينفقا على استبعاد تطبيق نصوص الاتفاقية، أو التقليل من أثر أي حكم من أحكامها الأمر الذي يبين الطبيعة غير الإلزامية لها مما يعني أنها لا تتعلق بالنظام العام ويجوز لطرفي العلاقة العقدية مخالفتها، مع الأخذ في الاعتبار حكم المادة "12" منها (2) الذي يتعلق بالنظام العام والذي لا يجوز مخالفتها والتي تقضي بالألا يسري الحكم الذي يقرر جواز إثبات عقد البيع بأي طريقة من طرق الإثبات غير الكتابة متى كان مركز أعمال أحد طرفي البيع يقع في دولة متعاقدة تأخذ بالتحفظ الوارد في المادة 96 من الاتفاقية، وهو ذلك التحفظ الذي يقضي بحق كل دولة متعاقدة يقضي قانونها الداخلي بوجود إثبات عقد البيع بالكتابة في عدم تطبيقها أحكام الاتفاقية التي تقضي بجواز إثبات عقد البيع بأي طريقة أخرى من طرق الإثبات غير الكتابة (3). واستبعاد الاتفاقية من التطبيق قد يكون استبعاداً صريحاً أو ضمناً:

فلاستبعاد الصريح: هو أن يتم استبعاد تطبيق الاتفاقية صراحة من خلال النص في العقد المبرم بين الطرفين على اختيار قانون وطني يحكم النزاعات التي قد تنثور بشأن الفسخ الجزئي له ، كما أنه يمكن استبعاد أحكام الاتفاقية دون أن يتم النص في العقد على تطبيق قانون آخر (4).

أما الاستبعاد الضمني: فقد نظرت العديد من المحاكم مسألة استبعاد تطبيق الاتفاقية بصورة ضمنية إلا أنه وعلى وفق قرارات عديدة من المحاكم فإنه لا يحول دون ذلك الافتقار إلى إشارة صريحة في الاتفاقية إلى إمكانية الاستبعاد الضمني لتطبيقها، ويدعم هذا الرأي إشارة في الوثائق الرسمية توضح أن غالبية الوفود قد قامت معارضة الاقتراح الذي تم تقديمه أثناء المؤتمر

(1) ينظر: أحمد حدي لالة، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطويع العقد، رسالة ماجستير، جامعة لوبكر بلقايد تلمسان، 2013، ص: 16.

(2) نصت المادة "12" من الاتفاقية على أنه " جميع أحكام المادة 11 والمادة 29 أو الجزء الثاني من هذه الاتفاقية التي تسمح باتخاذ أي شكل غير الكتابة لأجل انعقاد عقد البيع أو تعديله أو فسخه رضائياً أو لوقوع الإيجاب أو القبول أو الإعلان عن قصد أحد الطرفين لا تطبق عندما يكون مكان عمل أحد الطرفين في إحدى الدول المتعاقدة المنضمة إلى هذه الاتفاقية التي أعلنت تحفظها بموجب المادة 96 من هذه الاتفاقية ولا يجوز للطرفين مخالفة هذه المادة أو تعديل أثارها".

(3) نصت المادة "96" على أنه " لكل دولة متعاقدة يشترط تشريعها انعقاد عقود البيع أو إثباتها كتابة أن تصدر في أي وقت إعلاناً وفق المادة 12 مفاده أن أي حكم من أحكام المادة 11 أو المادة 29 أو الجزء الثاني من هذه الاتفاقية يجيز انعقاد عقد البيع أو تعديله أو إنهائه رضائياً أو إصدار الإيجاب أو القبول أو أي تعبير آخر عن النية بأي صورة غير الكتابة لا ينطبق على الحالات التي تكون فيها مكان عمل أحد الطرفين في تلك الدولة".

(4) ينظر: محمود سمير الشرقاوي، مصدر سابق، ص 83.

الدبلوماسي والذي لا يمكن بموجبه استبعاد الاتفاقية كلياً أو جزئياً إلا بصورة صريحة، وقد تم استبعاد الإشارة الصريحة للاستبعاد الضمني في الاتفاقية ولعل الحكمة في ذلك ترجع إلى تشجيع المحاكم على أن تستنتج على أسس غير كافية أن الاتفاقية كلها قد استبعدت<sup>(1)</sup>، ووفق بعض قرارات المحاكم فإنه لا يمكن استبعاد الاتفاقية بصورة ضمنية على أساس أنها لا تقوم بالنص صراحة على تلك الإمكانية واقترحت بعض الطرق لاستبعاد الاتفاقية بصورة ضمنية، ومن تلك الطرق إمكانية أن يختار الطرفان قانون دولة غير متعاقدة بمثابة القانون المطبق على العقد.

وبالرغم من وجود العديد من القرارات القضائية التي تبين اختيار قانون دولة متعاقدة هو بمثابة اختيار للاتفاقية إلا أن القضاء قد تناول بالبحث أيضاً مسألة اختيار قانون دولة، وهل يعد ذلك بمثابة استبعاد ضمني للاتفاقية من عدمه، وقد جاء في بعض القرارات أن اختيار قانون دولة متعاقدة هو استبعاد ضمني للاتفاقية منها قرار محكمة التحكيم الخاصة في فلورنسا، وقد تضمن العقد الذي تم إبرامه بين بائع إيطالي ومشتري ياباني لتوريد ملابس جلدية أو منسوجة شرطاً يقضي بأن يكون ذلك العقد خاضعاً للقانون الإيطالي وحده دون غيره، وقررت هيئة التحكيم بأغلبية أعضائها أن اتفاقية البيع لا تنطبق على هذا العقد إما لأن اليابان لم تكن قد صادقت على الاتفاقية بعد أو لأن العقد نفسه أخضع القانون الإيطالي دون غيره كما رأت هيئة التحكيم اختيار الطرفين القانون الإيطالي يعد بمثابة استبعاد ضمني للاتفاقية<sup>(2)</sup>.

خلاصة القول أن اتفاقية فيينا كان لها دور بالغ في معالجة حالات الفسخ الجزئي لعقد البيع الدولي، إذ بذل واضعي هذه الاتفاقية جهوداً حثيثة للحد من حالات اللجوء إلى الفسخ من خلال نصها على بعض الأحكام التي يجب على البائع القيام بها من أجل توقي الضرر الذي يصيب المشتري، منها على سبيل المثال فحص البضاعة وتوجيه اخطار للبائع واصلاح الخلل متى كان ذلك ممكناً، كما حددت هذه الاتفاقية الحالات التي يمكن معها اللجوء إلى الفسخ الجزئي للعقد، والتي تتمثل بأن يكون الأخير قابلاً للتجزئة، وأن ترتكب مخالفة جوهرية حددت معالمها، وقد تعرضت الاتفاقية لهذا الأمر في موضعين الاول يتعلق بالعقد الفوري التنفيذ إذا صاحبه اخلالاً في جزء منه وامكن فصله عن الاجزاء الأخرى، أما الموضع الآخر فهو الفسخ الجزئي في عقد البيع الدولي الذي يكون على دفعات، وبالرغم من أن الهدف الذي كانت تسعى إلى تحقيقه الاتفاقية هو حل الاشكاليات التي تصاحب عقود التجارة الدولية وخصوصاً الفسخ الجزئي لها،

(1) ينظر: نبذة الاونسيترال عن السوابق القضائية المستندة إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع بخصوص المادة (6) من الاتفاقية (A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/G/6). ص 1. على الموقع الإلكتروني: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&JN=V0454748> تاريخ الزيار: 2021 / 10 / 3.

(2) ينظر: السيد خليل إبراهيم، مصدر سابق، ص 115

وتجنب تطبيق قواعد التنازع في القوانين الوطنية، من خلال وضع احكام موضوعية تطبق بشكل مباشر على منازعات الفسخ الجزئي، فقد جاءت تحتوي على بعض الثغرات التي لم تعالج فضلاً عن انها لم تتصدى لمعالجة كافة المسائل التي تتعلق بالبيع الدولي للبضائع، إذ أن الكثير من عقود التجارة الدولية تخرج من نطاق تطبيقها، كما أن الرجوع الى احكامها ليس امراً مفروضاً على المتعاقدين، اي أن احكامها ليست من النظام العام، وبالتالي فالمتعاقدين بالخيار في الأخذ بأحكامها من عدمه، والأهم في ذلك لم يجد الباحث في طياتها نصاً صريحاً يحدد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي للعقد.

### المبحث الثاني

#### دور اتفاقية روما في حل منازعات الفسخ الجزئي

يطلق على اتفاقية روما اتفاقية القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية، وتعد تلك الاتفاقية مقياساً في القانون الدولي الخاص أو تنازع القوانين، وتعني بوضع الحلول التي تأخذ بها المجموعة الاوربية عندما تكون طرفاً في العلاقة العقدية، وحتى وإن لم يكن الطرف الآخر في العلاقة من تلك المجموعة، إذ تعني هذه الحلول بوضع قاعدة يتم على اساسها تحديد القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية وتحديداً الفسخ الجزئي فيها، فضلاً عن انها تقوم بإنشاء خيار مشترك لنظام القانون في العقود داخل الاتحاد الأوروبي، حيث تعمل الاتفاقية على تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على المنازعات التي تنشأ بين أطراف العلاقات العقدية<sup>(1)</sup>، لذلك ومن اجل الإحاطة بتفاصيل هذه الاتفاقية سيقسم الباحث هذا المبحث على مطلبين، يتناول في المطلب الأول نشأة اتفاقية روما، ثم يبين في المطلب الثاني القانون المطبق على الفسخ الجزئي بموجب قواعد اتفاقية روما، وذلك على النحو الآتي:

#### المطلب الأول

##### التطور التاريخي لاتفاقية روما

تعدّ اتفاقية روما نتاجاً لمشروع الوحدة الأوروبية التي جاءت كردة فعل لما انتهت إليه الحرب العالمية الثانية إذ إنها لم تكن نتيجة استراتيجية استباقية أو ضرورة سياسية حتمية ولكنها كانت أشبه بما تكون غرائزية تتعلق بالدفاع وليس في بناء منظومة سياسية تكاملية واقتصادية تقوم بفرض وجودها، كما أنها تعدّ ردة فعل من ناحية أنه وبعد اعتلاء الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتي السابق قمة الهرم الدولي، وتراجع دور كل من بريطانيا وفرنسا،

(1) ينظر عوني محمد الفخري، اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية دراسة في القانون الدولي الخاص تضمن شرحاً لاتفاقية روما، مع نظرة في تنازع القوانين من حيث المكان في التشريع العراقي فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية في مجال المعاملات المالية، مصدر سابق، ص4.

وإخراج الفرنك الفرنسي كعملة احتياطية دولية، الأمر الذي جعل من رئيس فرنسا الأسبق "ديجول"، خشية لما تقوم به الولايات المتحدة الأمريكية من سياسات تجاه الاستعمار القديم والمصالح المتعلقة بفرنسا في الدول التي كانت تستعمرها ووجودها الدولي عامة، إلا أنه وبحكم العقلية السياسية التي كان يمتلكها فكر في مقاومة تلك القوة المسيطرة على الدول الأوروبية الأمر الذي دفعه إلى أن ينظر إلى قوة فرنسا وقوة الطرف الآخر فوجد أن المقاومة العسكرية تعد نوعاً من الانتحار السياسي، وأنه قد يترتب عليها نتائج وخسائر لفرنسا لا سيما أن الأخيرة كانت تعاني من أعباء وديون نتيجة الاحتلال الألماني لها، ومن ذلك المنطلق لا بد من التفكير في حل عملي من أجل الوقوف في وجه تلك القوة التي تحاول السيطرة اقتصادياً فوجد أن في الوحدة بين الدول الأوروبية الملاذ والملجأ من أجل الوقوف ضد الولايات المتحدة الأمريكية.

نتج عن تقدم وتنوع الأعمال التجارية في العصر الحديث وانفتاح السوق المحلية لدول العالم المختلفة أن تتلقى أسواق أي دولة في العالم المنتجات والخدمات من أسواق دول أخرى، فقد أضحي من السهل بمكان أن يقوم تاجر في دولة معينة بالتعامل مع أي مستهلك في أي دولة أخرى، أو أن يتعامل مع تاجر آخر يستورد من بضاعته لبيعها في دولته، الأمر الذي يترتب عليه أن يكون العقد المبرم بين الطرفين متضمناً عناصر تنازع قوانين عدة دول فيما بينها، وبالتالي يكون تحديد القانون الأنسب بشأن هذا العقد أمراً واقعاً<sup>(1)</sup>.

وفي واقع الأمر فإن اختلاف عناصر العقد الدولي ينشأ من اختلاف جنسية أطراف العلاقة العقدية، أو بسبب اختلاف محل إقامتهم أو مكان تنفيذ العقد الأمر الذي أصبح معه من الضروري بمكان أن يتم حماية أطراف العقد وإخضاع العقود المبرمة بين الأطراف لقواعد قانونية تقوم بتوفير الحماية القانونية لهم<sup>(2)</sup>.

وقد جاءت اتفاقية روما استجابة للدعوة التي تم إطلاقها في السوق الأوروبية المشتركة في الثامن من أيلول عام 1967 والتي طالبت بضرورة القضاء على المثالب التي تصاحب قواعد تنازع القوانين المختلفة لتلك الدول، لا سيما في مجال العقود، وقد نالت تلك الدعوة قبولاً

---

(1) ينظر: عوني محمد الفخري، اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، دراسة في القانون الدولي الخاص تضمن شرحاً لاتفاقية روما مع نظرة في تنازع القوانين من حيث المكان في التشريع العراقي فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية في مجال المعاملات المالية، مصدر سابق، ص3.

(2) نصت المادة الثالثة من اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على أنه "يسري على العقد القانون المختار من جانب الأطراف ويستمد الاختيار صراحة أو ضمناً من خلال التأكيد المنطقي لعبارة العقد أو ظروف التعاقد ويمكن للأطراف من خلال اختيارهم هذا تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد برمته أو على جزء منه فقط".

لدى الجماعة الأوروبية في ذلك الوقت<sup>(1)</sup>، وبدأت سلسلة طويلة من الاجتماعات لخبراء قاموا بالبحث في الخطوات التي من الممكن اتخاذها في هذا الصدد.

وقد توصلت الاجتماعات التي عقدها الخبراء إلى ضرورة الاتفاق على القيام بتوحيد قواعد القانون الدولي الخاص قواعد تنازع القوانين بدلاً من القيام بتوحيد أو وضع قواعد موضوعية ليتم سريانها على العقود الدولية خاصة في المواضيع التي لها تأثير بالغ الأهمية في عمل السوق الأوروبية المشتركة، وقد تم تحديد أربعة مواضيع بخصوص هذا الأمر وهي على النحو الآتي:

1. القانون الواجب التطبيق على الأحوال المادية والأموال المعنوية.
2. القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والالتزامات غير التعاقدية.
3. القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات والإثبات.
4. القانون الواجب التطبيق على بعض المسائل العامة كالإحالة والتكييف وتطبيق القانون الأجنبي والنظام العام والحقوق المكتسبة والأهلية.

وقد تم الاتفاق على ضرورة القيام بإعداد مشروع اتفاقية تعمل على توحيد قواعد القانون الدولي الخاص لتلك المواضيع الأربعة السابق الإشارة إليها، وقامت اللجنة الدائمة التي تمثل الدول الأعضاء داخل المجموعة الأوروبية بتكليف مجموعات عمل متنوعة في اجتماعها الذي تم عقده في الخامس عشر من كانون الثاني عام 1970، وقامت تلك المجموعات بتناول ومناقشة قواعد تنازع القوانين الوطنية الدولية الموجودة، ومن خلال الاجتماعات التي تم عقدها والتي تم فيها مناقشة كافة القواعد القانونية المتعلقة بالدول الأعضاء في المجموعة الأوروبية أسفرت أعمال تلك اللجنة عن إعداد مشروع اتفاقية خاصة بالالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية وذلك في عام 1972، فضلاً عن ذلك تناول المشروع بعض المسائل الأخرى من أهمها القانون الواجب التطبيق على الشكل والإثبات، كما أن تلك المجموعات لم تتمكن من القيام بإعداد مشروع خاص بالقانون الواجب التطبيق على الأموال المادية والأموال المعنوية<sup>(2)</sup>.

وجدير بالذكر أن بعض الدول الأوروبية لم تكن منضمة في ذلك الوقت إلى مجموعة الدول الأوروبية وعلى رأسها بريطانيا والتي وقف الرئيس الفرنسي الأسبق ديغول ضد وجودها في مشروع الاتحاد الأوروبي، وحذر من أن وجود بريطانيا في السوق الأوروبية المشتركة سوف

(1) ينظر د. ابراهيم بن احمد بن سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية" دراسة مقارنة" مصدر سابق، ص224.

(2) ينظر: عوني محمد الفخري، اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، دراسة في القانون الدولي الخاص تضمن شرحاً لاتفاقية روما مع نظرة في تنازع القوانين من حيث المكان في التشريع العراقي فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية في مجال المعاملات المالية، مصدر سابق، ص7.

يترتب عليه تحطيم تلك الوحدة<sup>(1)</sup>، وفي عام 1961 قامت بريطانيا بتقديم طلب من أجل الانضمام إلى السوق الأوروبية المشتركة، إلا أن ديغول رفض ذلك الطلب، وحاولت بريطانيا مرة أخرى وتقدمت بطلب آخر للانضمام للسوق الأوروبية المشتركة إلا أن ديغول أعلن أيضاً رفضه لهذا الطلب في عام 1967 على الرغم من أن الدول الأخرى المنظمة للسوق الأوروبية المشتركة كانت مؤيدة لانضمام بريطانيا، فضلاً عن أن الأخيرة لم تكن عضواً في التجارب الأولى للوحدة الأوروبية مثل تجربة إنشاء تجمع للحديد والفحم في عام 1953، كما أنها لم تقم بالتوقيع على اتفاقية روما لعام 1957 والتي ضمت ست دول من أوروبا الغربية وقامت بتأسيس كيان اقتصادي لا يتم فيه فرض الجمارك على الدول الست المنضمة لتلك الاتفاقية<sup>(2)</sup>.

وفي التاسع والعشرين من نيسان عام 1969 وإثر استقالة الرئيس الفرنسي ديغول سحبت فرنسا اعتراضها على انضمام بريطانيا للسوق الأوروبية المشتركة وقال رئيس الوزراء البريطاني "تيد هيث" من حزب المحافظين حينها عند قيامه بالتوقيع على المعاهدة التي تم على إثرها إدخال بريطانيا للسوق الأوروبية المشتركة أن "الخيال سيكون مطلوباً لتطوير المؤسسات مع احترام فردية كل دولة" ومع دخولها كانت بحق مشكلة كبيرة<sup>(3)</sup>.

فيمكن تلخيص علاقة بريطانيا بأوروبا بأن رئيسة وزراء بريطانيا في ثمانينيات القرن الماضي عن طريق مارجريت تاتشر من خلال قولها "لا" ثلاث مرات في جلسة لمجلس العموم تم عقدها عام 1990 ، إذ كانت تاتشر معارضة شرسة حينها لمنح بروكسل وهي مقر المفوضية الأوروبية أي سلطات مركزية، أو تشكيل ما يعرف باسم "الولايات المتحدة الأوروبية" ، كما أنه وطيلة الوقت كان يظهر على بريطانيا عدم الاندماج مع الاتحاد الأوروبي، وكانت تسعى دوماً إلى الحصول على مغانم الوحدة مع دول أوروبا، فوضعت قدماً في أوروبا والأخرى في الولايات المتحدة الأمريكية وفق ما يتناسب ومصالحها الخاصة.

وفي أعقاب انضمام كل من بريطانيا وإيرلندا والدانمارك إلى الجماعة الأوروبية عام 1973، تقرر إتاحة الفرصة مرة أخرى من أجل إعادة النظر في المشروع المعد في ضوء ما يتم إبدائه من ملاحظات من الدول الأعضاء الأصليين والجدد في الجماعة الأوروبية، وقد استغرقت تلك المراجعات وقتاً طويلاً نسبياً من أجل إتاحة الفرصة لممثلي الدول الأعضاء الجدد للقيام بالتشاور مع حكومات بلادهم، وبعد ذلك تقرر أن يتم التركيز على القسم الخاص

(1) ينظر: نوران شريف مراد، الخروج الغامض مستقبل بريطانيا في الاتحاد الأوروبي، مركز المستقبل للأبحاث والدراسات المتقدمة، 2016، ص6.

(2) ينظر: نوران شريف مراد، المصدر نفسه، ص8.

(3) ينظر: رامي حميد، الانسحاب البريطاني من الاتحاد الأوروبي دراسة في الأسباب والانعكاسات الأمنية والاقتصادية، المجلة الجزائرية للدراسات السياسية، المجلد الخامس، العدد الأول، يونيو 2017، ص: 18.

بالالتزامات التعاقدية من المشروع المعد على أن يتم في وقت لاحق إعداد اتفاقية خاصة بالالتزامات غير التعاقدية.

وقد تم عقد اجتماعات حثيثة توصلت في نهايتها إلى القيام بإعداد مشروع الاتفاقية الخاصة بالالتزامات التعاقدية بشكله النهائي وذلك في حزيران 1979، وقد قرر مجلس الجماعة الأوروبية في ذلك الوقت القيام بتشكيل لجنة خاصة بالقانون الدولي الخاص تتولى صياغة الاتفاقية ومنح وتعيين محكمة العدل الأوروبية<sup>(1)</sup>، التي يكون لها اختصاص تفسير الاتفاقية، وهكذا صدرت الاتفاقية بصيغتها الأخيرة في التاسع عشر من حزيران عام 1980، إذ تم التوقيع عليها في نفس اليوم كل من ألمانيا وفرنسا وإيرلندا وإيطاليا ولوكسمبورج وبلجيكا وهولندا وفيما بعد تم التوقيع عليها في العاشر من آذار عام 1981، من الدنمارك والمملكة المتحدة في السابع من كانون الأول عام 1981، ثم أصدرت محكمة العدل الأوروبية البروتوكول الخاص بتفسير الاتفاقية في 19 كانون الأول عام 1988<sup>(2)</sup>.

وقد دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في الأول من نيسان عام 1991 وهو أول يوم لثالث شهر يولي تاريخ إيداع الصك السابع للتصديق عليها لدى السكرتارية العامة لمفوضية الجماعة الأوروبية، وذلك وفق ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 29 من الاتفاقية.

واستمرت جهود الدول الأوروبية من أجل تعديل أحكام اتفاقية روما لسنة 1980، من أجل الوصول إلى توحيد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وغير التعاقدية، وكذلك الوصول إلى ما يعرف بالقانون الدولي الخاص الأوربي، ولكن يبدو أن تحقق تلك الغايات ليس بالشيء اليسير بل أنه مر بعدد من الاتفاقيات الدولية والاجراءات التي دفعت بدورها إلى إعادة النظر باتفاقية روما الأولى، إذ بدأت هذه المسيرة بتوجه الدول الأوروبية إلى عقد اتفاقية

(1) ترجع جذور محكمة العدل الأوروبية والتي تتخذ من لوكسمبورغ مقراً لها إلى الاتفاقية المؤسسة للجماعة الأوروبية والتي نصت على القيام بتشكيل محكمة عدل الجماعات الأوروبية، وتتكون تلك المحكمة من سبعة قضاة بالإضافة إلى محامين عامين، وفي ذلك الوقت كان لكل دولة عضو في الجماعة مقعد في المحكمة، أما بالنسبة للمقعد السابع فكانت الغاية منه تأمين أكثرية في حالة تعادل الأصوات في أمر معروض على المحكمة، وقد تارجح عدد القضاة والمحامين العاميين في الفترة من 1958-2000، وقد أرسيت معاهدة نيس المبدأ الذي يقضي بأن محكمة العدل تتكون من قاضٍ واحد من كل دولة عضو في الاتحاد على أن يتم اختيار ذلك الشخص من بين الشخصيات التي تتمتع بضمانات الاستقلالية كلها وتستوفي الشروط المطلوبة للتعيين في أعلى المؤسسات القضائية في بلده، ويتم تعيين القضاة والمحامين العاميين بالإجماع من حكومات الدول الأعضاء وذلك لمدة ولائيه هي ست سنوات تكون قابلة للتجديد، وقد تم توسيع اختصاصات محكمة العدل الأوروبية حتى أصبحت مجتمعاً قضائياً يضم محكمة العدل بذاتها ومحكمة الدرجة الأولى ومحاكم أخرى متخصصة مثل محكمة الوظيفة العامة في الاتحاد، وتتولى محكمة العدل الأوروبية ضمان مراعاة القانون بمعناه الواسع بمعنى قيامها بتفسير المعاهدات المشتركة وتطبيقها، كما أنها تتولى القيام بالفصل في القضايا التي تتعلق بقانونية قوانين الاتحاد أو الإجراءات التي تقوم المفوضية باتخاذها ضد دولة عضو أو ضد دولة أخرى تدعي عدم الوفاء بالالتزام تعاهدي. ينظر في ذلك: أحمد قاسم حسين، الاتحاد الأوروبي والمنطقة العربية، القضايا الإشكالية من منظور واقعي، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، ط1، 2021، ص 121.

(2) ينظر: طرح البحور وعلي حسن فرج، تدويل العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية دون سنة طبع، ص 17.

ماستريخت" وهي مدينة هولندية، والتي أنشأ بمقتضاها الاتحاد الاوربي عام 1991، ليحل محل المجموعة الاقتصادية الاوربية، وقد دخلت حيز النفاذ في تشرين الثاني عام 1993، والتي اصبح بمقتضاها لكل مواطن من دول الاتحاد الاوربي السفر والتنقل والعمل بحرية تامة في كل دول الاتحاد، كما تم وفقاً لها ازالة جميع العوائق التجارية بين الدول الاعضاء<sup>(1)</sup>.

واستمرت تلك الجهود بقيام الدول الاوربية بعقد معاهدة " امستردام" والتي تعد بمثابة تحديث لمعاهدة " ماستريخت" وكان هدفها استيعاب الاتحاد الاوربي لدول أوربا الشرقية ولتمكين المتقاضين بالتمسك بحقوقهم امام المحاكم والسلطات المختلفة في جميع دول الاتحاد، وبناءً على ذلك قدمت اللجنة الاوربية المكلفة عام 2000، مقترحاً لتحديد الوسائل والاليات الواجب اتخاذها لتعزيز الاعتراف المتبادل بالأحكام القضائية وتناسق قواعد تنازع القوانين بين دول الاتحاد الاوربي، إذ وجدت الاخيرة أن ذلك لا يتحقق في ظل الطبيعة الفيدرالية لدول الاتحاد بالاعتماد على معاهدتي " ماستريخت، وامستردام، نظراً لخضوعهن لمبدأ" نسبية أثر الاتفاقيات الذي يستلزم وجوب تعديلها كلما أنظمت دولة أو مجموعة دول للاتحاد ومن ثم للاتفاقية، فضلاً عن ضرورة مرور فترة زمنية بين تاريخ الانضمام للاتفاقية ونفاذها، وما يصاحب ذلك من حدوث نزاع بالإجراءات وتناقض الاحكام حول تحديد القانون الواجب التطبيق، لذلك وجدت اللجنة المكلفة من قبل المجلس الاوربي ضرورة اعداد مشروع " تنظيم روما 1، بتاريخ 2003/3/22، والذي شكل النواة الأساسية لتنظيم روما 1 لسنة 2008، وقد دخل هذا التنظيم حيز النفاذ بتاريخ 2009 /6/17<sup>(2)</sup>.

والمتمثل في أحكام تنظيم روما 1 2008، الذي حل محل اتفاقية روما 1980 يلاحظ أن ذلك التنظيم قد كرس مواقف قضائية وفقهية سابقة دون أن يترتب عليها تغيير أساسي في النظام القانوني للقانون الدولي الخاص، فقد عمل تنظيم روما 1 على توحيد قواعد تنازع القوانين بين الأنظمة القانونية لدى الجماعة الأوروبية، بحيث يلتزم قضاة تلك الدول بتطبيق أحكامه في كل حالة يتم فيها إثارة مسألة تنازع القوانين في مجال العقود، وذلك بدلاً من التعدد والاختلاف في النظرة إلى القانون الذي يتم تطبيقه على العقود وتحديد نطاقه وأبعاده.

(1) ينظر: عوني محمد الفخري، اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، دراسة في القانون الدولي الخاص تضمن شرحاً لاتفاقية روما مع نظرة في تنازع القوانين من حيث المكان في التشريع العراقي فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية في مجال المعاملات المالية، مصدر سابق، ص4.  
(2) ينظر د. محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص18.

## المطلب الثاني

### القانون المطبق على الفسخ الجزئي بموجب قواعد اتفاقية روما

تعدّ عقود التجارة الدولية من أكثر العقود بروزاً في الواقع الاقتصادي والتجاري ولعلّ الدليل على ذلك هو إبرام تلك العقود من طرف المتعاملين في ميدان التجارة الدولية من أفراد وشركات ومؤسسات مالية وتجارية على مدار الساعة، وقد أصبحت من أكثر وسائل خلق النشاط التجاري والاقتصاد العالمي، وهي تعدّ الأداة القانونية التي أصبح يتحدد بها اليوم تسيير واستقرار التعاملات التجارية الدولية، الأمر الذي جعل التشريعات المختلفة تقوم بضبطها من خلال قواعد قانونية تعمل على ضمان حسن تنفيذها على أكمل وجه دون ثمة إخلال أو تقصير<sup>(1)</sup>.

ووجود مثل ذلك النوع من العقود يترتب عليه إبراز مشكلة التنازع التي ترتبط وجوداً وعدمياً بوجود علاقة لها طابع دولي إذ تلك المشكلة لا يتم إثارتها في حالة وجود علاقة داخلية إذ تظل الأخيرة خاضعة للقوانين الداخلية التي تتولى تنظيمها، ولا يتم إثارة أي مشكلة بخصوصها. وقد شهدت الحياة الدولية الخاصة تطوراً كبيراً يميل إلى جعل علاقات الدول التجارية مكتملة لبعضها البعض، كما لو أنها تعد كتلة واحدة خاصة بعد تقدم طرق المواصلات إذ لم تعد للمسافات أهمية تذكر، ومع التوسع الذي عمّ كافة نواحي الحياة الدولية الأمر الذي أدى إلى زيادة المعاملات التجارية الدولية، والتي تحتاج إلى تنظيم وتقنين وبالتالي تعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقات والمعاملات التي تمتاز بالطابع الدولي الذي يمس العالم<sup>(2)</sup>، الأمر الذي جاءت معه قواعد التنازع لتؤسس منهجاً خاصاً هو منهج التنازع، وتنظم جزءاً هاماً في مجالات القانون الدولي الخاص والتي تتمثل في نظرية التنازع الدولي للقوانين، والتي تتميز بكونها خاصة بحل التنازع الدولي بطريقة فنية معينة، وتسهم قواعد التنازع سواء كانت من خلق المشرع أو القضاء في تحديد القانون الذي يرجع إليه القاضي أو المحكم في النزاع المثار أمامه متى تعلق النزاع المعروض بعلاقة يدخل فيها عنصر أجنبي.

وتعدّ قواعد التنازع من الأدوات الفنية التقليدية التي قامت القوانين المحلية باستخدامها من أجل حل مشاكل القانون الواجب التطبيق فقد قامت معظم الأنظمة القانونية في العالم بتبنيها مع وجود بعض الاختلافات التي ترجع إلى طبيعة تلك الأنظمة، إلا أنه يلاحظ أن الفقه قد تحاشى القيام بتعريف قاعدة التنازع، واكتفى بالقيام ببيان وظيفتها، وعرض بعض الأوصاف والخصائص برغم أن تعريف التنازع يعد مهماً من ناحيتين، أولهما إنه يميز القاعدة عن قواعد

(1) ينظر: عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية النظرية المعاصرة، ط1، دار هومة للنشر، الجزائر، 2007، ص: 155.

(2) ينظر: محمد المبارك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1994، ص: 19.

القانون الدولي الخاص كافة الأمر الذي يظهر معه الطابع الفني لمضمونها متمثلاً في كونها أداة للاختيار بين القوانين التي تدعي قابليتها لحكم العلاقة التي يوجد بها عنصر أجنبي، وبالتالي يتم الاكتفاء بالإشارة إلى القانون الذي تلتزم فيه الحل دون تقديم الحل الموضوعي للنزاع، أما الثانية، إن هذا التعريف يعد لازماً من أجل تمييز قاعدة التنازع كمنهج لتنظيم العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي عن قواعد المناهج الأخرى التي ظهرت بوضوح على ساحة ذلك التنظيم<sup>(1)</sup>.

ومن أهم التعريفات التي تم وضعها لقاعدة التنازع أنها تعني "قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح تمتلك بعض الخصائص العامة والكوتات الفنية أي عنصر الفرض، وعنصر الحكم، أو الأثر القانوني، وعلى هذا الاعتبار تنهض قاعدة تنازع القوانين بوظيفة محددة داخل الفرع القانوني التي تنتمي إليه وهي تنظيم العلاقات الخاصة الدولية على نحو فني معين، ويكون القاضي ملزماً بتطبيقها وإلا ترتبت مسؤوليته القانونية"<sup>(2)</sup>.

وبذلك فإن قاعدة التنازع تعدّ العلامة الفارقة التي يتم من خلالها تمييز منهج التنازع عن غيره من المناهج الأخرى الأمر الذي يعدو معه موضوع النظرية العامة لتنازع القوانين هو دراسة قاعدة التنازع ومختلف المسائل التي يتم عرضها بمناسبة تفسيرها أو تطبيقها<sup>(3)</sup>، وما الصفة القانونية والخاصة لتنازع القوانين إلا كونها دليلاً ومبرراً على اقتران مصطلح القانون الدولي الخاص بمحور التنازع دون غيره من المصطلحات.

وقد ظهرت قاعدة التنازع إلى الوجود بعد قيام ظروف تاريخية أدت إلى تطور في العلاقات القانونية الدولية الخاصة الأمر الذي أصبح معه من المؤلف في أغلب دول العالم أن يقوم القانون الوطني بالنص على حالات تطبيق القانون الأجنبي، وذلك تحت ضغط العلاقات الدولية، وقد فعلت الدول ذلك بسبب اعتبارات كثيرة أقل ما يقال عنها إنها في حالة امتناعها عن تطبيق تلك القوانين تتضرر دولياً، وتكون التجارة الدولية عندها تواجه الكثير من المشاكل مثل أن تقوم الدول بمعاملتها بالمثل لا سيما في الدول التي تأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل، أو مبدأ المجاملة الدولية<sup>(4)</sup> فضلاً عن أن ازدياد الحاجة للتعامل بين الدول أو الأفراد وتعذر بقاء المجتمعات الوطنية في معزل عن بعضها البعض من النواحي الاقتصادية والاجتماعية الأمر الذي أدى إلى استحالة استمرار التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي كما كان من قبل، حين كان تعيين المحكمة المختصة يحتوي وبصفة آلية تعيين القانون الذي يحكم العلاقة، وأضحى

(1) ينظر د. ابراهيم احمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 349.  
(2) ينظر: أبو العلا على أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات ذات الطابع الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 17.  
(3) ينظر: سعد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص: 99.  
(4) ينظر: غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة، ط1، دار وائل للنشر، الأردن، 2005، ص: 36.

من الضروري بمكان أن يتم في بعض الأحيان تطبيق القاضي الوطني لقانون غير قانون دولته، ولعل السبب في ذلك يكمن في أنه في حالة الامتناع عن ذلك سوف تترتب عليه إمكانية عدم اعتراف النظم القانونية الأخرى بتلك العلاقات الأمر الذي سوف يترتب عليه حدوث إرباك في المعاملات التجارية الدولية، وحدث شلل في الحياة الاقتصادية في المجتمع الدولي<sup>(1)</sup>.

وقد جاء تنظيم روما 1 لسنة 2008، لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية إذ عبر عن تلك القاعدة بأن مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق تتم من خلال الاختيارات المطلقة للأطراف حيث نصت المادة 1/3 من التوجيه الأوربي على أنه "يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف"<sup>(2)</sup>.

وجدير بالذكر أن مبدأ الحرية التعاقدية أي حرية الأطراف في القيام بإبرام ما يريدون من عقود، وتحديد مضمون العقد قد ورد النص عليه في المادة الأولى من مبادئ اليونيدورا التي تتعلق بعقود التجارة الدولية والتي يعدها البعض بمثابة تفنين حقيقي للعقود الدولية<sup>(3)</sup>.

وقد منح تنظيم روما 1 2008، لأطراف العقود التجارية الدولية الحق في اختيار القانون الذي يحكم الفسخ الجزئي للعقد المبرم بينهم حيث حوّلت للمتعاقدين الحق في أن يقوموا باختيار قانون معين يحكم جانباً من جوانب العقد المبرم بينهم الأمر الذي يفيد بإمكانية تجزئة الرابطة العقدية وإخضاع كل عنصر من عناصرها لقانون مختلف وفقاً لأحكام تلك الاتفاقية<sup>(4)</sup>.

ومن ذلك يتبين ان تنظيم روما 1 2008، الذي حل محل اتفاقية روما المطبقة على الالتزامات التعاقدية قد سمح للأطراف المتعاقدة أن تقوم باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين تلك الأطراف على أن يكون هذا الاختيار صريحاً من قبل الأطراف المتعاقدة، أو أن يتم استخلاص ذلك من نصوص العقد المبرم بين الأطراف، أو من ظروف التعاقد.

وبذلك يمكن القول إن الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة وفق اتفاقية روما يمكن استخلاصها من نصوص العقد الذي تم إبرامه بين الأطراف المتعاقدة، أو من ظروف التعاقد، وتتضارب أحكام القضاء بشأن التحكيم التجاري الدولي عندما يعرض عليها منازعات تتعلق بغياب الاختيار الصريح لقانون يحكم النزاع في نطاق اتفاق التحكيم حيث قررت محكمة النقض

(1) ينظر: صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص الجنسية وتنازع القوانين، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص: 231.

(2) ينظر: شهدان عادل عبد اللطيف الغرباوي، الاستثمار الأجنبي المباشر ما بين الضمان الدولي ووسائل الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية الخاصة وأثره على النمو الاقتصادي في الدول النامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2020، ص: 70.

(3) ينظر: شهدان عادل عبد اللطيف الغرباوي، المصدر نفسه، ص: 71.

(4) ينظر: زياد خليف العنزي، مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقاً لمبادئ مؤتمر لاهاي 2015، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية المجلد الثالث عشر، العدد الثاني، 2016، ص: 382.

الفرنسية في قرار صادر عنها أن غياب اختيار قانون معين من قبل أطراف النزاع ليحكم في موضوع منازعات الدولة المتعاقدة مع رعايا الدول الأخرى يعني بالضرورة وجود قرينة على أن قانون تلك الدولة يكون هو قانون الإرادة المفترضة الذي لا بد أن يحكم موضوع النزاع.

إلا أن تلك المحكمة قد ذهبت في حكم آخر لها بعكس ذلك حيث نفت أن يكون قانون الإرادة المفترضة هو القانون الذي لا بد أن يطبق ويمنح المحكم سلطة تطبيق القانون الذي يراه مناسباً، ووفق ذلك فإن السلطة التقديرية للمحكم الدولي فيما يخص تحديد القانون الذي يحكم النزاع بين أطراف العقد تضعه أمام الكثير من الخيارات القانونية التي يتعين أن يقوم المحكم بالاختيار من بينها قواعد التنازع التي تكون مناسبة لطبيعة النزاع الذي يتم عرضه للتحكيم<sup>(1)</sup>.

ومن خلال ما تقدم فإنه يمكن للباحث القول إن القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي للعقد وفق اتفاقية روما المنطبقة على الالتزامات التعاقدية هو القانون الذي يتم تحديده من قبل أطراف العقد، وفي حالة السكوت عن بيان ذلك القانون في العقد المبرم بين الأطراف المتعاقدة فإنه يمكن استخلاص ذلك من ظروف التعاقد التي تم فيها إبرام العقد.

خلاصة القول جاءت اتفاقية روما 1980، نتيجة جهود حثيثة بذلتها الدول الأوروبية رغبة منها لتوحيد قواعد تنازع القوانين، بشأن القانون الذي يجب تطبيقه على الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، إذ لم ينتهي الأمر إلى هذا الحد بل تبعت تلك الاتفاقية محاولات عديدة من أجل اعداد مشروع اتفاقية جديدة تجمع بين طياتها بعض المسائل التي لم تعالج سابقاً، وانتهى الأمر بتشريع روما الأولى لعام 2008، التي ادخلت تعديلات مهمة على نصوص الاتفاقية السابقة، لذلك كان تنظيم روما 1 الذي حل محل اتفاقية روما 1980، بمثابة توحيد لقواعد تنازع القوانين للدول الأوروبية واعتبرت قواعده واحكامه موضوعية يتم العمل بها مباشرة في حل منازعات الفسخ الجزئي، إذ ان تنظيم روما 1، جاء تكريساً لقانون الإرادة من خلال تأكيده على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق صراحة أو ضمناً، أما في حالة غياب الاختيار فإنه نص على تطبيق القانون الاوثق ارتباطاً بالعقد، وأشار في المادة الرابعة على الاخذ بنظرية الاداء المميز، ولكن بعد ان اجري عدة تعديلات على نص المادة الرابعة التي كانت تعد الاداء المميز بمثابة قرينة بسيطة ترشد القاضي الى القانون الاكثر ارتباطاً بالعلاقة ويمكن تغييره بسهولة ووفق تقديرات القاضي او المحكم الذي ينظر ظروف وملابسات النزاع، إذ كرس نص المادة الرابعة من تنظيم روما 1 2008، معيار الاداء المميز من خلال وضع قاعدة اسناد مباشرة تشير الى تطبيق قانون المدين بالأداء المميز وقت العقد.

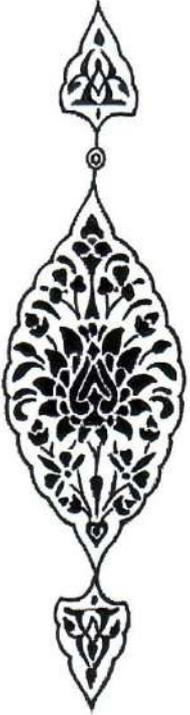
(1) ينظر: غني ريسان جادر الساعدي، الجديد في إشكالية المسؤولية المدنية دراسة مقارنة، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2020، ص: 100.

## الفصل الثاني

القانون المطبق على الفسخ الجزئي

وفق القواعد الموضوعية

للتجارة الدولية



## الفصل الثاني

### القانون المطبق على الفسخ الجزئي وفق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية

إن أعمال قواعد تنازع القوانين على الروابط العقدية يستلزم أن يتم الكشف عن دولية تلك الأخيرة ، إذ إن الصفة الدولية في العقد هي التي تقوم بمنح الأطراف المتعاقدة الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية بين أطراف العقد الدولي<sup>(1)</sup>.

يعني بالقواعد الموضوعية أنها تلك القواعد التي تقوم بتنظيم العلاقات الدولية الخاصة التي يتم عرضها على القاضي، والتي يقوم بتطبيق قانونه الوطني عليها تطبيقاً مباشراً دون أن يتم المرور بقواعد تنازع القوانين<sup>(2)</sup>، وتمتاز القواعد الموضوعية بأنها قواعد حل مباشر للنزاع، وأنها مفردة الجانب مما يعني أنها تقرر اختصاص قانون دولة ما بصورة مباشرة<sup>(3)</sup>.

ويمكن تعريف القواعد الموضوعية بأنها مجموعة القواعد الموضوعية التي تكون مستقاة من العديد من المصادر، والتي تقوم بتقديم تنظيم قانوني ومجموعة حلول ذاتية لبعض المعاملات التجارية الدولية على النحو الذي يجعل منها قانوناً خاصاً مستقلاً عن القانون الذي يقوم بحكم الروابط الداخلية البحتة<sup>(4)</sup>.

وهناك بعض الخصائص التي تتميز بها القواعد الموضوعية، والتي تمثل الجانب الإيجابي للمنهج الموضوعي في القيام بحل مشكلة تنازع القوانين، ولعل من أهم تلك الخصائص أنها تعد قواعد مباشرة، وذلك لأنها تقوم بتقديم حلول موضوعية مباشرة للمسائل التي يتم إثارتها، وأنها لا تميل إلى غيرها من القوانين من أجل التعرف على الحل الذي ينطبق على تلك العلاقة العقدية<sup>(5)</sup>، ومن مميزاتها أيضاً أنها تمتاز بالفئوية والنوعية، فهي تعدّ فئوية من ناحية أنها تقوم بمخاطبة فئة معينة من الأشخاص الذين يتعاملون في التجارة الدولية، كما أنها تعدّ نوعية من ناحية أنها تقوم بوضع حلول لنوع معين من المشكلات التي تنشأ في الأوساط التجارية الدولية، ومن مميزاتها تلك القواعد أيضاً أنها قواعد تلقائية النشأة إذ إنها ذات نمو تلقائي من حيث الصدور والتطبيق، وذلك لأنها خرجت من مجتمع معين طبقاً لشروط معينة دون أن تقوم

(1) ينظر: د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص38.

(2) ينظر: د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص52.

(3) ينظر: د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، العراق، 2013، ص244.

(4) ينظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مصدر سابق، ص267.

(5) ينظر: باسم سعيد يونس، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى كلية القانون جامعة الموصل، 1998، ص62.

بالمرور في القنوات الرسمية لسن القانون، وتعد أيضاً تلقائيةً من جهة التطبيق، وذلك لأن تطبيقها لا يحتاج أن تقوم السلطة بالتدخل حيث إن وفاء المتعاملين يكفل ذلك بالإضافة إلى ملاءمتها للنزاعات في مجال التجارة الدولية (1).

ومن أهم الخصائص التي تتميز بها القواعد الموضوعية تكمن في أنها قواعد دولية، ومن المعلوم أن السبب الأساسي في ظهور القواعد الموضوعية حالة الضرورة التي استلزمها حاجات التجارة الدولية، فتطور الحياة الاقتصادية وازدهار التجارة الدولية ونموها عبر الحدود أظهر الحاجة إلى ضرورة وجود حلول موضوعية تتناسب مع معطيات تلك التجارة؛ فظهرت الحاجة إلى ما يعرف بالقانون التجاري الدولي في إطار العقود الدولية التي يكون أحد أطرافها عنصراً أجنبياً من أجل العمل على تجنب اختلافات القوانين الوطنية الذي يعيق تلك التجارة (2).

وتأخذ القواعد الموضوعية صورتين، الصورة الأولى أن القواعد الموضوعية قد تكون ذات مصدر دولي، والثانية أنها قد تكون ذات مصدر وطني، وذلك إن بعض القوانين الداخلية قد قامت بوضع قواعد موضوعية من أجل الاستجابة لحاجة ومتطلبات العلاقات الدولية الخاصة في مجال العلاقات التجارية، وقد ذهب البعض إلى القول بأن قواعد القانون الدولي الخاص في شأن تنظيم مركز الأجانب تقدم المثل الواضح لتلك القواعد (3).

وتوجد القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي في الاتفاقيات الدولية، وفي المبادئ العامة للقانون والأعراف التجارية، أو ما تسمى بالقواعد العرفية والتي اعتبرها العديد من الفقهاء من مصادر قانون التجارة الدولية، ويختلف الدور الذي تقوم به تلك القواعد في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وفقاً لمصدرها، فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الاتفاقيات الدولية تعدّ المصدر الرئيس لتلك القواعد في حين أن المبادئ العامة والأعراف التجارية المصدر القانوني لتلك القواعد (4).

ووفقاً لما تقدم فإن القواعد الموضوعية تؤدي دوراً أساسياً في عملية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إذ إن القانون الموضوعي يعتمد في الأساس على الاتفاقيات الدولية، إذ تشكل تلك الاتفاقيات اللبنة الأساسية في إنشاء نظام التجارة متعددة الأطراف،

(1) ينظر: د. محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2007، ص 64.

(2) ينظر: د. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 117.

(3) ينظر: أزهار محمود لهمود، القانون الواجب التطبيق في منازعات العقود الدولية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 29، العدد 34، السنة 2020، ص 189.

(4) ينظر: هبة على حسين، التحكيم التجاري في إطار منظمة التجارة العالمية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2007، ص 99.

وينحصر دور المُحكّم في القيام بالتطبيق السليم لنصوص وأحكام تلك الاتفاقيات مثل اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، واتفاقية التجارة في الخدمات GATS واتفاقية مكافحة الإغراق من أجل الوصول إلى الهدف الرئيس من إبرام تلك الاتفاقيات والذي يتمثل في عملية تحرير التجارة، وإزالة كافة مظاهر التمييز في التجارة الدولية.

ومن أجل الإلمام بتفاصيل القواعد الموضوعية وتطبيقها على منازعات الفسخ الجزئي سيقسم الباحث هذا الفصل على مبحثين يبين في المبحث الأول تطبيق قواعد هيئات التحكيم والاعراف الدولية على الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، أما المبحث الثاني سيخصه لبيان كيفية تطبيق قواعد مراكز التحكيم الدولي بشأن الفسخ الجزئي للعقد وعلى النحو الآتي:

### المبحث الأول

#### تطبيق قواعد هيئات التحكيم والأعراف الدولية

يعدّ التحكيم من أهم الطرق التي يمكن من خلالها القيام بفض المنازعات المدنية والتجارية في الوقت الراهن سواء كان ذلك بالنسبة لعقود التجارة الدولية أو الداخلية لما يمتاز به من سرعة في الفصل في المنازعات فضلاً عن الكلفة غير المبالغ فيها، والتخصص الذي يكون مطلوباً في المُحكّمين، فقوام التحكيم أن يتم الخروج من طرق التقاضي العادية ويرتكز التحكيم على أن أطراف النزاع هم من يقومون باختيار فُضّائهم، والتي يطلق عليها هيئة التحكيم، وذلك بدلاً من أن يتم الاعتماد على التنظيم القضائي داخل الدولة التي يقيمون بها<sup>(1)</sup>، كما أن وجود نظام التحكيم يعد من العوامل التي تساهم في جذب الاستثمارات الأجنبية الأمر الذي يساعد في تعزيز المنظومة الاقتصادية للدولة.

ويعمل نظام التحكيم على توفير ضمانات للمستثمرين قد لا تتحصل إذا انطبقت على معاملاتها قواعد التقاضي أمام المحاكم العادية، ويعدّ ذلك النظام من ظواهر العصر التي تطالب بها المنظمات الدولية، لما يقوم به من توفير الوقت والجهد والإجراءات وحماية للأموال والاستثمارات خاصةً أنه أصبح من أهم العوامل الأساسية التي تساعد الدولة على جذب الاستثمارات الأجنبية العابرة للحدود<sup>(2)</sup>.

(1) ينظر: اسامة احمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، ط1، دار الثقافة للنشر، 2008، ص143.

(2) ينظر: د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص19. وينظر كذلك: د. نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، 2004، ص168.

وبفضل المزايا التي يمتاز بها نظام التحكيم فإنه يمكن تطبيق قواعده على حالات الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية فأطراف العلاقة العقدية قد يقومون بالنص في العقد المبرم بينهم على أن يتم اللجوء إلى التحكيم في حالة حدوث أي نزاع خاص بالعقد المبرم بينهم.

وبالإضافة إلى التحكيم فهناك أيضاً الأعراف التجارية الدولية التي يمكن الاستناد إليها في حالة اللجوء إلى الفسخ الجزئي للعقد، لما تشكله تلك الأخيرة من قواعد ثابتة يمكن تطبيقها على العقد المبرم بين الطرفين، وعليه سيقسم الباحث هذا المبحث على مطلبين، يتناول في المطلب الأول تطبيق قواعد هيئات التحكيم في منازعات الفسخ الجزئي للعقد، ثم يبين في المطلب الثاني تطبيق قواعد الأعراف الدولية في منازعات الفسخ الجزئي وذلك على النحو الآتي:

### المطلب الأول

#### تطبيق قواعد هيئات التحكيم في منازعات الفسخ الجزئي

يعدّ التحكيم من الوسائل البديلة عن اللجوء إلى القضاء العادي لحل المنازعات التجارية، وقد انتشر اللجوء إليه بصفة خاصة في العقود الدولية، فقد أضحى التحكيم هو القاعدة في مجال التجارة الدولية، وذلك على أساس أن الغالبية العظمى من قضايا التحكيم التجاري الدولي تنشأ مستندة إلى شرط التحكيم، والذي عرف في ظل الفكر القانوني القديم بعض الصعوبات القانونية منعت دون أن يقوم بالشكل المطلوب، وقد أسهمت الظروف الاقتصادية في فرضه<sup>(1)</sup>.

وقد أصبح اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في الوقت الراهن من الأمور الملحة والضرورية، وذلك بهدف تلبية متطلبات الأعمال الحديثة، والتي أصبحت المحاكم تواجه صعوبة في التصدي لها بشكل منفرد لا سيما مع التطور المستمر الذي تشهده التجارة الدولية<sup>(2)</sup>، وما ترتب على ذلك من تعقيد المعاملات التجارية والحاجة إلى السرعة والفعالية في حل النزاعات التجارية الأمر الذي أضحى معه التحكيم الوسيلة الأفضل والأنجح لحل ذلك النوع من النزاعات، وذلك لأن أطراف الخصومة في العقد يختارون من الجهة التي تختص بالفصل في النزاع فور إبرام العقد، وقبل أن تكون هناك أي منازعات متعلقة به، وذلك عن طريق القيام بإدراج شرط التحكيم في العقد الأصلي المبرم بين الطرفين أو في وثيقة مستقلة عنه<sup>(3)</sup>، ومن أجل التعرف

(1) ينظر: د. عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة"، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2009، ص22.

(2) ينظر د. مصطفى الجمال و د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مصدر سابق، ص255.

(3) ينظر: د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الادارية والمدنية والتجارية واسباب بطلان القرار التحكيمي وآثاره "دراسة مقارنة"، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص32.

على تفاصيل أكثر عن شرط التحكيم وطبيعته القانونية سيقسم الباحث هذا المطلب على فرعين، يتناول في الفرع الأول التعريف بشرط التحكيم وطبيعته القانونية، أما الفرع الثاني سيخصه لقواعد هيئات التحكيم وذلك على النحو الآتي:

## الفرع الأول

### التعريف بشرط التحكيم وطبيعته القانونية

اكتسب شرط التحكيم أهمية بالغة في العقود التجارية، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى تشعب العلاقات التجارية والاقتصادية، وذلك من خلال الاتفاق المسبق إلى اللجوء إلى التحكيم، ولمعرفة معنى شرط التحكيم لابد من بيان ما ورد بشأنه من تعريفات، كما يجب أن يسلم الباحث الضوء على طبيعته القانونية لذلك سيقسم هذا الفرع على فقرتين يبين في الفقرة الأولى تعريف شرط التحكيم اما الثانية سيخصصها للطبيعة القانونية له وعلى النحو الآتي:

#### أولاً: تعريف شرط التحكيم:

ذهب بعض الفقه إلى تعريف شرط التحكيم بأنه "اتفاق الأطراف المتعاقدة على أن يتم إحالة النزاع الذي ينشأ بينهم نتيجة تفسير العقد أو تنفيذه من خلال التحكيم، وقد يتم النص على ذلك الشرط في العقد الأصلي المبرم بين الأطراف المتعاقدة أو أن يتم الاتفاق عليه في اتفاق لاحق بين الطرفين الأمر الذي يعني تنازل المتعاقدين مسبقاً، وقبل نشوء النزاع بينهم عن اللجوء إلى القضاء المختص"<sup>(1)</sup>.

كما عرفه آخر بأنه "الاتفاق الذي يتم النص عليه بين أطراف العقد في العقد الأصلي المبرم بينهم، ويتفق المتعاقدون بموجب هذا الشرط على أن يتم إحالة النزاعات التي تنشأ بينهم إلى التحكيم"<sup>(2)</sup> وعُرف أيضاً بأنه "الاتفاق بين طرفي العقد على التحكيم في أي نزاع محتمل يمكن أن ينشأ بينهم في المستقبل بسبب تفسير العقد أو تنفيذه من خلال هيئة التحكيم"<sup>(3)</sup>.

أما بالنسبة للتشريعات الوطنية فقد تبين للباحث أن قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لعام 1969 المعدل لم يشر إلى تعريف التحكيم إلا أنه أجاز أن يتم الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما أنه قد أجاز أن يتم الاتفاق على التحكيم في كافة المنازعات التي تثور عن القيام

(1) ينظر: د. عبد الباسط محمد عبد الواسع الدراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، ط2 دار الفتح للتجليد الفني، 2000، ص78.

(2) ينظر: د. قادر عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمار، دار هومة، الجزائر، 2004، ص259.

(3) ينظر: د. محمود السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص65.

بتنفيذ عقد معين<sup>(1)</sup>، أما بالنسبة لقانون الاستثمار العراقي النافذ فإنه أيضاً لم يتم بيان تعريف التحكيم، ولكنه قد أشار إلى جواز أن يلجأ أطراف العقد إلى التحكيم وفقاً للقانون العراقي.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد عرّف التحكيم في المادة "1/10" من قانون التحكيم رقم 27 الصادر في عام 1994، إذ نصت على أنه "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ، أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عُنْدية كانت أو غير عُنْدية"<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فلم يتناول التحكيم الدولي بالتعريف، ولكنه تعرض لبيان مفهوم التحكيم الداخلي وذلك في المادة "1442" من مجموعة المرافعات الفرنسية، إذ نصّت المادة على أن التحكيم يعني "الاتفاق الذي يتعهد بموجبه الأطراف في عقد من العقود بالقيام بإخضاع المنازعات التي من الممكن أن تثور بينهم في المستقبل للتحكيم"<sup>(3)</sup>.

وقد نصت المادة "1442" من قانون المرافعات الفرنسي الجديد والصادر في عام 1975 المعدل بالمرسوم رقم 48 لسنة 2011 على أن اتفاق التحكيم يعني شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، وقد عرّفت هذه المادة شرط التحكيم بأنه "اتفاق بمقتضاه يخضع أطراف عقد أو عدة عقود للتحكيم في المنازعات التي قد تثور بشأن هذا العقد أو تلك العقود، وأن مشاركة التحكيم هي الاتفاق الذي يُخضع به الأطراف المنازعات التي تنشأ بينهم للتحكيم"<sup>(4)</sup>.

وقد تم النص في اتفاقية نيويورك لعام 1985 على شرط التحكيم في المادة الثانية من الاتفاقية، إذ نصّت على أنه "تعترف كل دولة متعاقدة باتفاق الأطراف المكتوب الذي يلزم بالالتجاء للتحكيم لحل منازعتها التي نشأت أو ستنشأ عن علاقة قانونية معينة بينهم متى تعلقت

(1) ينظر في ذلك نص المادة "251" من قانون المرافعات العراقي وجدير بالذكر في هذا المقام الإشارة إلى أن المشرع العراقي قد نظم أحكام التحكيم ضمن ستة وعشرين مادة من المادة 251 حتى 276، وقد أشار هنا إلى التحكيم الداخلي دون أن يتم الإشارة إلى التحكيم الدولي.

(2) ينظر في ذلك نص الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

(3) ينظر: د. محمود السيد عمر التحيوي، المصدر السابق، ص 41.

(4) Pierre JULLIEN et Natali FRICERO «Droit Judiciaire Privé» L.G.D.J., éd. 2001, n°718, p. 412 et s.; Jean Vincent et Serge GUINCHARD «Procédure Civile», op. cit., 1639, p. 1101, Art n°1442, NCPCF, 1975 «La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ces contrats», Art. no 1447 dit : «Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage»; L. Yves Fortier «La nouvelle loi française sur l'arbitrage: vues d'Outre-Atlantique» Allocution prononcée par L. Yves Fortier lors de la Conférence annuelle de l'Association française d'arbitrage, le 28 septembre 2011, à Paris; Pierre Julien "Droit Judiciaire Privé" L.G.D.J; op. cit., p. 412.

بمسألة يجوز حلها بالتحكيم ويقصد بالاتفاق المكتوب شرط التحكيم الوارد في عقد أو اتفاق تحكيم وقع عليه الأطراف أو تضمنته رسائل أو بقرقيات متبادلة بينهم<sup>(1)</sup>.

وقد عرّفه الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري في المادة "1/7" منه على أن اتفاق التحكيم "هو اتفاق بين الطرفين على أن يحلوا كافة أو بعض النزاعات التي تنشأ أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة سواءً أكانت تعاقدية أو غير تعاقدية"<sup>(2)</sup>.

ومن خلال التعريفات السابقة يمكن القول إن هناك اتجاهًا تشريعيًا يرمي إلى إخضاع النزاعات التي تتعلق بتفسير العقد أو أي نزاع يثار بشأن العقد المبرم بين الأطراف المتعاقدة إلى التحكيم، وتلك المنازعات قد تكون محتملة وغير محددة سواءً أكان ذلك قد ورد في صلب العقد أم كان ذلك في اتفاق مستقل.

ويرى الباحث أن شرط التحكيم يعني اتفاق الأطراف المتعاقدة على اللجوء إلى التحكيم وعدم الاتجاه إلى القضاء العادي في حالة حدوث أي خلاف بشأن العقد المبرم بينهم وقد يكون الاتفاق على شرط التحكيم منصوصًا عليه في أصل العقد المبرم بين الطرفين، أو يتم الاتفاق على ذلك في وقت لاحق.

وما يمتاز به شرط التحكيم هو أنه يرد قبل أن ينشأ النزاع من الأساس سواءً أكان ذلك في العقد الأصلي المبرم بين الطرفين أم في عقد مستقل<sup>(3)</sup>، كما أن شرط التحكيم يعبر في الأساس عن تطابق إرادة طرفي العقد على ضرورة حلّ أي نزاع قد ينشأ عن تطبيق العقد من خلال التحكيم سواء كان النزاع المثار فنيًا كأن يكون نزاعًا صناعيًا، أو زراعيًا، أو هندسيًا وفق طبيعة موضوع العقد الأصلي، أو قانونيًا أو ماليًا<sup>(4)</sup>، ولا يستلزم لشرط التحكيم صيغة معينة إلا أن الصيغة التي ينص عليها بالتحكيم لا بد أن تكون صيغة واضحة محددة لا تثير تفسيرات مختلفة عند الأطراف المتنازعة أو لدى المحكمين<sup>(5)</sup>.

#### ثانياً: الطبيعة القانونية لشرط التحكيم:

تثير طبيعة شرط التحكيم بعض الصعوبات لا سيما عند تكييف ذلك الشرط ، بمعنى أن تسمية شرط التحكيم المنصوص عليه بين المتعاقدين تثير صعوبات من حيث إنه يعدّ شرطاً مثل

(1) ينظر في ذلك نص المادة الثانية من اتفاقية نيويورك المتعلقة، باعتماد وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

(2) ينظر في ذلك المادة 1/7 من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 المعدل في عام 2006.

(3) ينظر د. ابراهيم احمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص85-86.

(4) ينظر: د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم في القوانين العربية، منشأة المعارف الإسكندرية، ط1، 1998، ص17.

(5) ينظر: د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي مصدر سابق ، ص110.

بقية الشروط التي يتم النص عليها في القانون المدني للدولة<sup>(1)</sup>، أم أن شرط التحكيم ذلك يتميز عنها، والبعض ذهب إلى القول بأن شرط التحكيم وسيلة إجرائية يتم من خلالها فض المنازعات التي تثور بشأن تنفيذ العقد، أو تفسير البنود الواردة فيه، وهناك اتجاه آخر ذهب إلى القول بأن شرط التحكيم بمثابة عقد بكل ما يعنيه ذلك من الناحية القانونية<sup>(2)</sup>.

فمن ناحية القانون المدني يعدّ الشرط أمراً عارضاً يلحق عنصراً جوهرياً في العقد إذ إنه أمراً مستقبلياً غير محقق الوقوع، وغير مخالف للنظام العام، والشرط في القوانين المدنية قد يكون شرطاً واقفاً أو شرطاً فاسخاً، والاتجاه الذي يرى أن شرط التحكيم عند القيام بتكليفه بأنه شرط واقف يبررون رأيهم هذا بأن إتباع سلوك التحكيم يكون مشروطاً بقيام النزاع الذي يعتبر شرطاً ليتم تنفيذ الالتزام بحل ذلك النزاع من خلال التحكيم<sup>(3)</sup>.

وإن كان شرط التحكيم الذي تم الاتفاق عليه بين المتعاقدين قد يماثل الشرط المنظم في شروط العقد بسبب أنه يختلف عن المنظم في القانون المدني في اشتراط الأهلية والكتابة وتعيين المحكمين، وقد أتجه البعض إلى تكيف شرط التحكيم بأنه الوعد بالتحكيم، وذلك قياساً على الوعد بالتعاقد وقاموا بتعريف التحكيم بأنه الوعد بالتحكيم في المنازعات التي قد تثور في المستقبل بين المتعاقدين عند القيام بتنفيذ الالتزامات الواردة في العقد والذي بدوره يتضمن هذا الوعد، وشرط التحكيم لا ينطبق عليه شروط الوعد بالتعاقد<sup>(4)</sup>، وذلك تحت سند من القول إن الوعد بالتعاقد يعتبر اتفاقاً يتم من خلاله توافق إرادتين بموجب هذا الاتفاق يعد أحد أطراف العقد الطرف الآخر بإبرام عقد معين في المستقبل في حال ظهور رغبته في ذلك خلال مدة معينة فيلتزم الواعد بذلك الاتفاق دون أن يكون هناك ثمة التزام على الموعود له<sup>(5)</sup>.

فشرط التحكيم هو اتفاق الأطراف على الفعل لكنه ليس اتفاقاً على التحكيم بالمعنى المقصود، فهو مجرد اتفاق يعد بموجبه كل من طرفي العلاقة التعاقدية الآخر بإبرام الاتفاق على التحكيم لاحقاً في حالة وجود نزاع بينهم بخصوص العلاقة التعاقدية التي تجمعهم والتي ورد النص عليها في العقد المبرم بينهم وأساس شرط التحكيم هو رضا الطرفين إلا أن التحكيم وبعد أن يتم الاتفاق عليه يكون إجبارياً كما أن الإرادة تلعب دوراً مهماً في شرط التحكيم<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: د. عبد الباسط محمد عبد الواسع الدراسي، مصدر سابق، ص 81.  
(2) ينظر: عربية طيب، شروط التحكيم في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، 2013، ص 5.  
(3) ينظر: د. عبد الباسط محمد عبد الواسع الدراسي، المرجع السابق، ص 82.  
(4) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ط5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994، ص 112.  
(5) ينظر: د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الادارية والمدنية والتجارية واسباب بطلان القرار التحكيمي وآثاره، مصدر سابق، ص 96.  
(6) ينظر: د. قادر عبد العزيز، مصدر سابق، ص 260.

ويعد شرط التحكيم عقداً ناتجاً عن إرادة أطراف العلاقة التعاقدية الأمر الذي يخضع معه للقواعد العامة من ناحية شروط انعقاده وآثاره وتفسيره مع مراعاة القواعد الخاصة به والتي تتمثل في اشتراط أهلية التصرف في إبرام شرط التحكيم وكتابة ذلك الشرط.

ويقصد بمبدأ استقلال شرط التحكيم هو استقلاليته بالنسبة للعقد الأصلي المبرم بين الأطراف المتعاقدة أي أن يكون شرط التحكيم الذي تم الاتفاق عليه بين المتعاقدين في وضعية مستقلة عن العلاقة القانونية التي يرتبط بها<sup>(1)</sup>.

فشرط التحكيم الذي يتم الاتفاق عليه بين أطراف العلاقة العقدية ما هو إلا اتفاق إرادي ملزم للطرفين، وهو مستقل عن العقد المبرم بينهما وإن كان يتم النص عليه في العقد إلا أنه لا يمتزج به من حيث المحل والسبب فالتقاء الإرادات في العقد الأصلي ينصب على الشيء الذي يلتزم الأطراف القيام به متمثلاً في موضوع التعاقد وشروطه والسبب يتمثل في الغرض المباشر الذي يقصده كل طرف من أطراف العقد والمحل هو الالتزام بين الأطراف في اللجوء إلى التحكيم<sup>(2)</sup>، ورغم ذلك فإنه لا يوجد ما يمنع أن يكون شرط التحكيم تم النص عليه في عقد لاحق للاتفاق المبرم بين الطرفين على أن يكون قد تم إبرامه بينهما قبل نشوء النزاع القائم بينهم.

وفي أغلب الأحوال يتم النص على شرط التحكيم في العقد الأصلي ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أثر على شرط التحكيم؛ ونتيجة لذلك فإن الأخير ينتج كافة الآثار القانونية وتمتلك هيئة التحكيم التي تكون مكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم سلطة النظر في كافة المنازعات التي تنشأ نتيجة بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الأصلي وإلى ذلك ذهب أحد الفقهاء بالقول بأن "استقلالية اتفاق التحكيم تؤدي إلى عدم التضامن بين ذلك الاتفاق والعقد الذي يتضمنه مادياً"<sup>(3)</sup>.

ولاستقلالية شرط التحكيم بعض الأمور التي تبرره، نذكرها في الآتي:

1. من الممكن أن نجد لاستقلال شرط التحكيم مبرراً في القانون المدني إذ إنه وبالرجوع إلى نظرية انتقاص العقد والتي تفترض بأنه إذا كان العقد باطلاً في جزء منه وصحيحاً في الجزء الآخر يجعل هذا الجزء عقداً صحيحاً ومستقلاً لو توافرت فيه شروط العقد<sup>(4)</sup>.

(1) ينظر: د. حمزة احمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، مصدر سابق، ص113. وينظر كذلك. اسامة احمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص77.

(2) ينظر: د. طالب حسين موسى، قانون التجارة الدولية، مصدر سابق، ص229.

(3) ينظر: د. قادر عبد العزيز، مصدر سابق، ص266.

(4) ينظر: د. عبد الباسط محمد عبد الواسع الدراسي، مصدر سابق، ص89.

2. إن بطلان كل من العقد الأصلي أو شرط التحكيم لا يؤثر على صحة أو بطلان الآخر ففي حالة تم بطلان العقد الأصلي فإنه يمكن التمسك بصحة شرط التحكيم وبالتالي السير في إجراءات التحكيم، وحسم النزاع من قبل هيئة التحكيم وليس من قبل المحكمة.
3. من الأمور التي تبرر استقلال شرط التحكيم أيضاً هو اختلاف بنود العقد الأصلي عن بنود عقد التحكيم الوارد فيه وتستند استقلالية شرط التحكيم إلى أن هذا الشرط يشكل عقداً ضمن العقد الآخر أي أن شرط التحكيم يشكل عقداً معادلاً للعقد الأساسي ويرجع ذلك إلى أن لكل من العقدين موضوعاً مختلفاً عن الآخر، لذلك فإن ورود شرط التحكيم في العقد الأصلي الذي يتعلق به في أغلب الحالات لا ينفي بأنه يظل متميزاً عنه بمحله الخاص به، فمحل شرط التحكيم هو عمل إجرائي بحت وهو منفصل عن العقد الأصلي<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني

#### ضوابط تطبيق قواعد هيئات التحكيم في منازعات الفسخ الجزئي

هناك بعض القواعد أو الضوابط التي تتعلق بالتحكيم، والتي يتم تطبيقها عند عرض النزاع على هيئات التحكيم<sup>(2)</sup>، ويتم تطبيق تلك القواعد على منازعات الفسخ الجزئي، لذا وجد الباحث التطرق لتلك الضوابط التي تتبع من قبل الأطراف وعليه سيقسم هذا الفرع على ثلاث فقرات يبين في الفقرة الأولى إحالة النزاع إلى التحكيم، أما الفقرة الثانية سيبين فيها مسألة إحالة النزاع إلى التحكيم قبل رفع الدعوى، أما إحالة النزاع إلى التحكيم دون تدخل المحكمة سيكون محل البحث في الفقرة الثالثة وعلى النحو الآتي:

#### أولاً: إحالة النزاع إلى التحكيم:

يتم إحالة النزاع الناشئ عن الفسخ الجزئي للعقد إلى التحكيم أثناء نظر النزاع في الحالة التي يتفق الخصوم على إحالته للتحكيم، وطلبوا من المحكمة المختصة بالنظر في النزاع أن يتم إحالته إلى التحكيم، ويشترط أن يكون طلب الإحالة من المحكمة كتابة، إذ إن الكتابة تعدّ سندا لإثبات ما اتفقت عليه إرادة الأطراف الأمر الذي يمكن معه تفادي أي نزاع يقع لاحقاً<sup>(3)</sup>.

وقد ذهب البعض إلى القول بأن الكتابة في عقد التحكيم تعد شرطاً لإثبات العقد لا لوجوده، وعلى ذلك فإن إقرار أحد الخصوم بوجود اتفاق التحكيم يغني عن الكتابة كما أنه يمكن إثبات

(1) ينظر: د. عبد الباسط محمد عبد الواسع الدراسي، مصدر سابق، ص 92.

(2) ينظر د. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الأول، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، 2009، ص 372. وينظر كذلك: د. احمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض " التمييز " عليه" دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، 2011، ص 111.

(3) ينظر: د. عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص 174.

ذلك الشرط من خلال توجيه اليمين الحاسمة، بينما هناك رأي آخر ذهب إلى القول بأن اشتراط كتابة اتفاق التحكيم يعتبر من الشروط الشكلية التي تقتضيها الطبيعة الاستثنائية لعقد التحكيم، وبناءً على ذلك فإنه لا يجوز إثباته إلا بالكتابة مهما كانت قيمة موضوع النزاع ولا ينطبق على ذلك الإثبات بالبينة الشفوية في حالة فقدان السند الكتابي لسبب لا يد للخصم فيه أو حتى في حالة وجود مبدأ الثبوت الكتابي أو وجود مانع أدبي حال دون الحصول على الدليل الكتابي<sup>(1)</sup>.

ويرى الباحث أن الاتفاق على التحكيم بين الطرفين مرجعه هو الإرادة الحرة التي يتمتع بها المتعاقدون، ولكن من الأفضل والأرجح أن يتم النص عليه كتابة وذلك لأن اختيار طريق التحكيم يعني التنازل عن الحماية القضائية.

وبذلك فإن اتفاق إحالة النزاع إلى التحكيم لا يمكن إثباته إلا من خلال الكتابة وإذا ثار التحكيم أثناء قيام المحكمة بالنظر في النزاع فإنه يحق لأي طرف أن يطلب من المحكمة أن تقوم بإصدار أمر بإحالة النزاع إلى التحكيم مع ضرورة أن يكون تم الاتفاق على التحكيم كتابة.

وما جرى عليه العمل في الاتفاقيات الدولية يمكن ملاحظته في المادة الثانية في الفقرة الأولى من اتفاقية نيويورك لعام 1958، إذ نصت على أنه "تعترف كل دولة متعاقدة باتفاق الأطراف المكتوب الذي يلزمهم بالالتجاء للتحكيم لحل منازعاتهم التي نشأت أو تنشأ عن علاقة قانونية معينة بينهم"، كما أن الفقرة الثانية من المادة سألقة الذكر قد نصت على أنه "يقصد بالاتفاق المكتوب، شرط التحكيم الوارد في عقد أو اتفاق تحكيم وقّع عليه الأطراف أو تضمنته وسائل أو برقيات متبادلة بينهم"<sup>(2)</sup>.

فضلاً عن ذلك فإن نص الفقرة الثانية من المادة " 2/1 " من الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 نصت على أن الاتفاق الخاص بالتحكيم يشمل شرط التحكيم الذي تضمنه العقد، ويشمل كذلك مشاركة التحكيم التي يتم عقدها والتوقيع عليها من الأشخاص أو تتضمنها الرسائل المتبادلة أو البرقيات أو الاتصالات بالتكس. وقد أشارت تلك الاتفاقية إلى أنه بالنسبة إلى الدول التي لا تفرض قوانينها الداخلية ضرورة الكتابة لإثبات شرط التحكيم فإن اتفاق التحكيم يعدّ صحيحاً إذا تم ذلك وفق الإجراءات التي تقوم بإقرارها تشريعاتها الداخلية<sup>(3)</sup>.

(1) ينظر: عبد العزيز محمد الحسين آدم، قواعد وإجراءات التحكيم: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النيلين، السودان، 1999، ص46.

(2) ينظر: د. الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، دراسة علمية تأصيلية مقارنة، ط1، مؤسسة مجد للنشر، 2008، ص97. وينظر كذلك استاذنا: د. حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي" دراسة مقارنة"، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2004، ص309.

(3) ينظر: د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الادارية والمدنية والتجارية واسباب بطلان القرار التحكيمي وآثاره" دراسة مقارنة"، مصدر سابق، ص241.

أما بالنسبة للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي "الأونسيترال" فقد نصت المادة "2/7" منه على أنه "أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، ويعتبر الاتفاق مكتوباً إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي أو اللاسلكي تكون بمثابة سجل للاتفاق أو تبادل المطالبة والدفاع التي يدّعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر وتفيد الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق التحكيم شريطة أن يكون العقد مكتوباً، وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد".

إلا أنه ومع ذلك لا بد من توافر بعض الشروط قبل أن يتم إحالة النزاع إلى التحكيم، وتتمثل تلك الشروط في الآتي:

### 1. توافر شرط الأهلية:

يجب أن تتوافر الأهلية بالنسبة لطرفي عقد التحكيم، والأهلية الواجب توافرها هي أهلية التصرف في الحقوق التي يتطلبها القانون كأهلية التعاقد<sup>(1)</sup>، ولما كان الشخص عندما يبلغ سن الرشد يعدّ متمتعاً بالأهلية القانونية، مع الأخذ في الاعتبار عدم سلب أهليته أو الحد منها بواسطة حكم القانون فإنه بذلك أهلاً للتعاقد.

ولما كانت مشاركة التحكيم تعد من العقود الرضائية، وهي عقد ملزم للجانبين فإنه يجب أن يكون كل الأطراف لديهم الإرادة الصحيحة وعلى ذلك فإن انعدمت تلك الإرادة بسبب الجنون أو عدم التمييز فإن تلك المشاركة تعدّ باطلة ولا ينتج عنها أي أثر قانوني<sup>(2)</sup>.

### 2. تحديد المسائل موضوع النزاع في المشاركة:

يعني بتلك المسائل الموضوعات التي تتضمنها مشاركة التحكيم والتي يتم النص فيها على طريقة حلها من خلال هيئة المُحكِّمين، وفي بعض الأحيان قد لا تحتوي مشاركة التحكيم على الإشارة إلى نزاع معين بصورة محددة، إذ إن الإشارة ترد إلى الخلافات التي تنشأ بين طرفي التحكيم لنوع معين من البضاعة أو أن يتم النص على أن كافة المنازعات التي سوف تثور عند القيام بتنفيذ العقد تم حلها عن طريق التحكيم بينما في حالة مشاركة التحكيم فإنه لا يتصور وجود هذا الشرط، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن المشاركة يتم الاتفاق عليها بعد أن يظهر الخلاف إذ إن موضوع النزاع يكون معلوماً، وبالتالي يمكن تحديده دون تفصيل أوجه النزاع<sup>(3)</sup>.

(1) ينظر: د. أحمد سعيد المومني، التحكيم في التشريع الأردني المقارن، 1983، ص131.

(2) ينظر: د. حمزة احمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، قوانين الامارات والبحرين والسعودية وسوريا والعراق وقطر والكويت ولبنان وليبيا، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، ج1، 2007، ص29.

(3) ينظر: عبد العزيز محمد الحسين آدم، مصدر سابق، ص50.

وقد ذهب قانون التحكيم المصري إلى ضرورة تحديد موضوع النزاع في مشاركة التحكيم وإلا عدت تلك المشاركة باطلّة، ذلك أن المشاركة يتم توقيعها بعد أن يظهر النزاع بين الطرفين، ولذلك فإنه لا بد من أن يكون موضوع النزاع معلوماً ومحددًا، وذلك لأن هذا التحديد يمكن من خلاله مراقبة ولاية المُحكِّمين.

ومن الملاحظ أن مسألة تحديد موضوع النزاع تظهر فقط حيال مشاركة التحكيم أما في حالة شرط التحكيم فإن ذلك التحديد يكون من الصعب تصوره، وذلك لأن طبيعة النزاع المستقبلي لا تسمح إلا بعد قيام ذلك النزاع فعلاً<sup>(1)</sup>.

وطبقاً لما تقدم فإنه إذا تم إحالة منازعات الفسخ الجزئي إلى التحكيم دون أن يتم تحديد موضوع النزاع، أو كان تحديد ذلك النزاع غير واضح فإن هذا الأمر يمنح المُحكِّمين السلطة في طلب تحديد ذلك الموضوع من خلال المحكمة المختصة.

ويجب مراعاة أنه وفي كافة الأحوال سواءً تعلق الأمر باتفاق التحكيم شرطاً للتحكيم أم مشاركة مستقلة له يجب أن يكون موضوع النزاع المثار من الأطراف من المسائل التي يجوز فيها التحكيم<sup>(2)</sup>، وقد ذهب المشرّع العراقي في المادة 254 من قانون المرافعات المدنية إلى أنه "لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح" كما يجب ألا يكون موضوع النزاع من المسائل التي تخالف النظام العام، مع الأخذ في الاعتبار أن المسائل التي تخالف النظام العام قد تختلف من دولة لأخرى فبعض الأمور قد تعدّها الدولة مخالفة للنظام العام ونفس تلك الأمور لا تشكل مخالفة للنظام العام في دولة أخرى، ولكن يمكن القول بأن تلك المسائل ترجع إلى وجود قواعد قانونية أمرّة لا يمكن أن يتم مخالفتها من قبل الكافة، إذ يلزم الجميع بقبولها لأنها وضعت من أجل الصالح العام، والعديد من الدول تذهب إلى تحديد الأحوال التي تعد من النظام العام وبذلك فإنه لا يجوز أن تكون موضوعاً للاتفاق بواسطة التحكيم<sup>(3)</sup>.

وفي هذا الصدد فقد نصّت المادة "37" من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983، على عدم جواز قيام القضاء المختص ببحث الموضوعات المتعلقة بالتحكيم ولا أن يرفض تنفيذ الحكم إلا في الحالات الآتية: أ. إذا كان الطرف المتعاقد المطلوب منه الاعتراف أو تنفيذ الحكم لا يجيز حل هذا الموضوع من خلال التحكيم. ب. إذا كان في الحكم الصادر عن

(1) ينظر: فتحي والي، قانون القضاء المدني الكويتي، 1977، ص445.

(2) ينظر د. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، مصدر سابق، ص392.

(3) ينظر: د. احمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض " التمييز " عليه، مصدر سابق، ص91.

المُحكِّمين شيء يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب العامة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ.

وقد أوضح قانون المرافعات الفرنسي الجديد في المادة الرابعة منه موضوع النزاع إذ نصَّ على أنه "موضوع النزاع يتحدد بالادعاءات المتبادلة، وأن هذه الادعاءات تتحدد في الطلب الافتتاحي للخصومة وفي الطلبات الختامية في الدفاع"<sup>(1)</sup>، ويذهب القانون المصري إلى ضرورة تحديد موضوع النزاع في وثيقة التحكيم أو عند المرافعة.

وتعرضت المادة "1448" من قانون المرافعات الفرنسي الجديد إلى ضرورة النص على موضوع المنازعة في المشاركة، ونصت على أنه "يجب أن يحدد موضوع المنازعة في المشاركة وإلا كانت عرضة للبطلان" وقد كان الوضع في فرنسا قبل إصدار قانون المرافعات الجديد يجري على أن مشاركة التحكيم تكون ضرورية لصحة التحكيم، إذ إن المشاركة تعد تصرفاً قانونياً يقوم الأطراف بموجبه بتحديد نطاق اختصاص المُحكِّمين، كما تعد محرراً لا بد أن يكون مكتوباً ومثبتاً لذلك الاتفاق، وقد كان قانون المرافعات القديم يتجه في المادة 1005 إلى أن مشاركة التحكيم لا بد من أن تتم سواء في صورة محضر يتم تحريره أمام المُحكِّمين، أم في صورة محرر عرفي، أما بالنسبة للمشاركة التي لا يتم إبرامها طبقاً للأشكال المحددة التي نص عليها القانون فتعد باطلة.

ومن التطور التشريعي الفرنسي يتبين أن القضاء الفرنسي قد تمسك بالمشاركة على اعتبارها محرراً، وأن الدليل على وجودها يتم من خلال توافر شروط المادة "1006" من قانون المرافعات الفرنسي القديم، وذلك سواء تم إثبات إرادة الأطراف فيما يتعلق بموضوع النزاع في محرر مستقل أم في نفس العقد إذ إنه من الممكن أن يتم استنباطه من أي كتابة صادرة من طرفي العقد يسمح بتحديد موضوع النزاع والمُحكِّمين<sup>(2)</sup>.

### 3. تحديد الميعاد المناسب لتسليم القرار:

تلتزم المحكمة المختصة بأن تقوم بتحديد ميعاد معين للمُحكِّمين لتسليم قرارهم المتعلق بالنزاع المحال إليهم، مع الأخذ في الاعتبار أن المحكمة تتمكن من القيام بمد هذا الموعد لمدد أخرى طالما أنها رأت أنه من المناسب أن يتم ذلك الميعاد<sup>(3)</sup>، ويمكن إلزام المُحكِّمين بالفصل السريع في النزاع ذلك لأن المحكمة ترى أن هذا الميعاد كفيل بتحقيق الغرض من إحالة النزاع

(1) ينظر: د. عبد العزيز محمد الحسين آدم، مصدر سابق، ص53.

(2) ينظر: د. محمد نور شحاتة، نشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمُحكِّمين، 1993، ص118.

(3) ينظر د. عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص139.

إلى التحكيم، كما أنه من الممكن بذلك التحديد أن يتم متابعة مدى حسم النزاع من قِبَل المُحكِّمين، ورغم ذلك فإن المحكمة عندما تتخلي عن النزاع فإنها لا تتخلي عنه نهائياً إذ إنها تتمكن من استعادة الرقابة عليه مرة أخرى عندما ينتهي هذا الميعاد<sup>(1)</sup>.

ومن النتائج المترتبة على إغفال تحديد الميعاد، بطلان الإحالة، وللمحكمة من تصحيح ذلك البطلان من خلال إعطاء موعد جديد، وبالتالي يمكن القول بأن المحكمة إذا لم تقم بتحديد موعد فإن الأمر الصادر عنها بإحالة النزاع يكون معيباً الأمر الذي يترتب عليه إلغاء قرار التحكيم<sup>(2)</sup>. وقد ذهب البعض إلى القول بأن إغفال تحديد هذا الميعاد لا يكون معيباً لقرار التحكيم كلياً على سند من التفرقة بين حالتين: الحالة الأولى أن يكون قرار التحكيم صادراً من المُحكِّمين برغم عدم تحديد هذا الميعاد إذ يذهب إلى القول بأن هذا القرار يبطل في حالة إن ترتب عليه ضرر بأحد الطرفين، أما الحالة الثانية وهي التي لا يصدر فيها القرار والتي فيها يمكن أن يتم الطعن فيه دون أن يتم النظر في الأضرار التي قد تترتب عليه، ومن الضروري على المُحكِّمين أن يقوموا بإصدار القرار في ذلك الميعاد مع الوضع في الاعتبار أن عدم إصدار ذلك القرار يترتب عليه سلطة المحكمة في إلغاء التحكيم والسير في الدعوى العادية، وفي حالة تم تقديم القرار الصادر عن المُحكِّمين بعد الميعاد، وسكت الأطراف ولم يقوموا بالاعتراض عليه فإن سكوتهم هذا يعدُّ قبولاً ضمناً منهم بالقرار الصادر عن المُحكِّمين، وعلى النقيض من ذلك إذا صدر القرار بعد انتهاء الميعاد المقرر وأخذت به المحكمة واعتراض الأطراف على ذلك فإن من حقهم أن يستأنفوا هذا القرار<sup>(3)</sup>.

#### ثانياً: إحالة النزاع إلى التحكيم قبل رفع الدعوى

من قواعد التحكيم أيضاً والتي يمكن تطبيقها على منازعات الفسخ الجزئي هو أن يتم إحالة النزاع إلى التحكيم قبل أن يتم رفع الدعوى، وذلك عندما يتفق أطراف العقد على إحالة النزاع الذي ينشأ بينهم للتحكيم، فإذا اتفق الأطراف على ذلك، ونشأ نزاع فيما بينهم فإنه من حق أي طرف أن يتقدم للمحكمة لإيداع ذلك الاتفاق ثم يطلب من المحكمة إحالة النزاع إلى التحكيم<sup>(4)</sup>. ويترتب على وجود التحكيم في العقد وبصفة عامة خروج النزاع محل الاتفاق من اختصاص المحاكم فضلاً عن كل ما يتعلق بالدعوى أو يرتبط بالموضوع، وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في أحد الأحكام الصادرة عنها بالآتي "إذا وجد شرط تحكيم تم إدراجه

(1) ينظر: د. حيدر أحمد دفع الله، قانون الإجراءات المدنية، 1994، ص131.

(2) ينظر: د. محمد شتا أبو سعد، قانون الإجراءات المدنية الإسلامي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1985، ص 533 وما بعدها. وينظر كذلك: د. عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص140

(3) ينظر: د. محمد شتا أبو سعد، المصدر نفسه، ص533.

(4) ينظر: د. ابراهيم احمد ابراهيم ، التحكيم الدولي الخاص، مصدر سابق، ص261.

في عقد امتياز مطلق، تم الاشتراط فيه على أنه في حالة النزاع الذي يطرأ أثناء مدة العقد أو بصدد تنفيذه، فمن المناسب أن يقوم الأطراف بأن يطرحوا على المحاكم التحكيمية دعوى التعويض عن الضرر الذي يدعي فيها الطرف صاحب الامتياز أنه قد أصابه ضررٌ بسبب تصرفات البائع لدى عملائه تحتوي على رابطة السببية مع تنفيذ العقد الذي يستبعد اختصاص المحكمة التجارية<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: إحالة النزاع إلى التحكيم دون تدخل المحكمة:

يتم إحالة النزاع بين المتعاقدين إلى التحكيم دون تدخل من المحكمة وذلك عندما يتفق الأطراف فيما بينهم في حالة منازعاتهم المستقبلية بخصوص الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، ولكن عن طريق إيداع القرار الصادر عن المُحكِّمين، ويعني ذلك الأمر أنه يتم إحالة النزاع إلى التحكيم يكون بصورة مباشرة دون أن يكون هناك ثمة تدخل من المحكمة المختصة، وعندما يصدر قرار من المُحكِّمين فإن أحد الأطراف أو جميعهم يقوموا بطلب إيداع ذلك القرار لدى المحكمة المختصة طالبين منها تنفيذ ذلك القرار<sup>(2)</sup>.

## المطلب الثاني

### تطبيق قواعد الأعراف الدولية في منازعات الفسخ الجزئي

أن قضاء التحكيم يمنح سلطته للعادات المتبعة في الاوساط المهنية ويساعد على تحديد مضمونها وخلق عادات جديدة عن طريق تكرار حلول التحكيم التجاري الدولي لمشاكل العقود الدولية يصبح القانون الموضوعي للتجارة عبر الحدود<sup>(3)</sup>، ولكون العلاقات التجارية الدولية تتميز بالعديد من الخصوصيات التي فرضت تواجد حلول معينة بهدف حل مختلف المشاكل المترتبة على الممارسة الدولية للأعمال التجارية، لذلك ظهرت العادات والأعراف التجارية الدولية كنظام قانوني دولي مستقل بصورة تلقائية من خلال المتعاملين، لا يتوانى المحكمون على تبنيه واعماله بشأن منازعات الفسخ الجزئي التي تعرض عليهم ، وتحتوي تلك الأعراف على مجموعة من القواعد الموضوعية التي تهدف إلى الاستجابة لما يطلبه المجتمع الدولي للتجارة والأعمال في منأى عن القواعد الوطنية<sup>(4)</sup>، وللإحاطة علماً بعادات واعراف التجارة الدولية،

(1) تمت الإشارة إليه لدى: د. عبد العزيز محمد الحسين آدم، مصدر سابق، ص 63.

(2) ينظر د. نبيل اسماعيل عمر، مصدر سابق، ص 314. د. حمزة احمد حداد، مصدر سابق، ص 445. د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 218

(3) ينظر د. ابو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، 1981، ص 167.

(4) ينظر: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 188.

سيقسم الباحث هذا المطلب على فرعين يبين في الفرع الأول التعريف بقواعد الاعراف الدولية، أما الثاني سيخصصه للطبيعة القانونية لتلك الاعراف وعلى النحو الآتي:

### الفرع الأول

#### التعريف بقواعد الاعراف الدولية في الفسخ الجزئي

يلجأ المحكمون في منازعات الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية الى تطبيق عادات واعراف التجارة الدولية، على موضوع النزاع لكثير من الأسباب التي في مقدمتها المكانة التي تحتلها تلك الاعراف السائدة في البيئة التجارية<sup>(1)</sup>، فضلاً عن أن المحكم المعروض أمامه النزاع يستنتج اتجاه نية أطراف العقد الى خضوع منازعاتهم المتعلقة بالفسخ الجزئي الى مثل هذه العادات والاعراف، وللإحاطة بعادات واعراف التجارة الدولية يقتضي الأمر بالباحث أن يبين تعريفها واهميتها، وانواعها، لذلك سيقسم هذا الفرع على فقرتين يبين في الفقرة الأولى تعريف عادات واعراف التجارة الدولية، أما الفقرة الثانية يتناول فيها الاهمية التي تحظى بها في ميدان التعامل الدولي وعلى النحو الآتي:

#### أولاً: تعريف عادات واعراف التجارة الدولية

يُعرَّف العرف لغة بأنه "المعروف بسبب أنه من أنكر شيئاً توحَّش منه، ونبأ عنه، وأطلق على العرف أيضاً بأنه المعروف، وذلك لأن النفوس تسكن إليه" <sup>(2)</sup> وورد في الذكر الحكيم "خُذُ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ" <sup>(3)</sup>، فالعرف هنا في الآية الكريمة هو المعروف<sup>(4)</sup>، والمعروف هو ضد المنكر، والعرف أيضاً ضد النكر، يقال أولاه عرفاً أي معروفاً، والمعروف والعارفة هما على النقيض من النكر، وهو يعني كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه<sup>(5)</sup>.

أما في الاصطلاح فقد وردت للعرف العديد من التعريفات من قبل فقهاء القانون فقد ذهبوا إلى تعريفه بعدة تعريفات، فهناك من ذهب إلى القول بأنه "مجموعة القواعد غير المكتوبة التي تنشأ نتيجة اطراد سلوك الأفراد في بعض الأمور المعينة على وجه معين مع اعتقاد الأفراد في

(1) ينظر: استاذنا، د. حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي " دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص295.

(2) ينظر: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج4، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر 1979، ص281.

(3) سورة الاعراف، الآية رقم 199.

(4) ينظر: محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط1، 2000، الجزء الثالث عشر، ص331.

(5) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير، محمد أحمد حسب الله، هاشم محمد الشاذلي، مصدر سابق، ص2899.

الزامية تلك القواعد وضرورة احترامها"<sup>(1)</sup>، كما عُرِّف أيضاً بأنه "مجموعة من القواعد تكون غير مكتوبة تنشأ نتيجة اعتياد الأشخاص على القيام باتباع سلوك معين على نحو متواتر مع اعتقاد الأفراد بالقوة الملزمة لتلك القواعد والشعور بضرورة احترامها"<sup>(2)</sup>، وعُرِّف أيضاً بأنه "كل ما تعارف عليه الناس واعتقدوا بالزامه"<sup>(3)</sup>.

وهناك من ذهب إلى تعريفه أيضاً بأنه "اتباع الأفراد لسلوك معين في موضوع معين وذلك بصفة مستمرة ولمدة طويلة الأمر الذي يجعل الناس يشعرون بالقوة الإلزامية لذلك السلوك كالقانون المكتوب"<sup>(4)</sup> كما عُرِّف أيضاً بأنه "إطراد سلوك الناس في مسائل معينة على نحو معين، إطراد ملازم لاعتقادهم بالزامية هذا السلوك"<sup>(5)</sup>، وعُرِّف أيضاً بأنه "مجموعة من القواعد تنشأ عن طريق إطراد سلوك الأفراد عليها لوقت طويل مع اعتقادهم بالزامها، وبأن مخالفتهم لها تستتبع توقيع جزاء عليهم"<sup>(6)</sup>.

أما الأعراف التجارية الدولية فقد تعددت التعريفات التي وضعت لها أيضاً، فهناك من ذهب إلى تعريفها بأنها "مجموعة القواعد التي تتم من خلالها التعاملات التجارية عبر الحدود والتي تم تطويرها بصورة تلقائية من خلال الدوائر التجارية الدولية والتي يقوم المحكمون بتطبيقها على المنازعات التجارية التي يتم عرضها عليهم"<sup>(7)</sup> وهناك أيضاً من عرّفها بأنها "مجموعة من القواعد تنتج بسبب التعاملات التجارية الدولية والتي استقر العمل بها، وتواتر عليها حتى أصبح من الصعب بمكان الخروج عنها أو مخالفتها وأصبحت تتمتع بهيبة القواعد القانونية الملزمة في نطاق المعاملات التجارية الدولية"<sup>(8)</sup>.

### ثانياً: أهمية أعراف التجارة الدولية:

يتأثر قانون التجارة الدولية بصورة كبيرة بالأعراف التجارية الدولية وبالممارسات التي تتم في ميدان التجارة الدولية، إذ إن قواعد الميدان التجاري لا تتوقف عن التطور والعمل على التكيف الدائم مع متطلبات الحياة الاقتصادية، في حالة حدوث فراغ تشريعي في بعض الميادين التجارية، وكذلك تأخر بعض التشريعات التي تتعلق بالتجارة والتي تعد عوامل مهمة إذ إنها تقوم

(1) ينظر: د. محمد حسن الجبر، القانون التجاري السعودي، ط1، بدون دار نشر، 1996، ص25.  
(2) ينظر: د. خالد بن عبد العزيز، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ط2، مكتبة الشقيري، 2002، ص199.  
(3) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة النزاع، مصدر سابق، ص154.  
(4) ينظر: د. محمد سعد الرحاطة، مبادئ القانون الدستوري، ط2، مكتبة الرشد للنشر، 2013، ص20.  
(5) ينظر: د. مصطفى عرفاوي، النظرية العامة للقانون، ط2، دار المنار للنشر، 1984، ص247.  
(6) ينظر: د. توفيق فرج و د. محمد مطر، الأصول العامة للقانون، الدار الجامعية، 1989، ص104.  
(7) ينظر: عبد السلام الإدريسي، النظام العام في التحكيم التجاري الدولي، رسالة دبلوم الدراسات العالية المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، السنة، 2007، ص93.  
(8) ينظر: د. أحمد حسني سليم، تطبيق المحكم الدولي لعادات وأعراف التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ نشر، ص31.

بتغذية عملية تطوير الأعراف عن طريق الشركات والمهنيين الذين يقومون بالتدخل في الأعمال التجارية الدولية<sup>(1)</sup>، فإن القواعد التي يتم تطبيقها على عمليات التجارة الدولية بدل من أن يتم استعارتها من قانون دولة ما أو من اتفاقية دولية كان يجب البحث على طرق تكوين قانون خاص بالميدان التجاري الدولي الأمر الذي جعل لتلك العوامل دوراً بالغ الأهمية في تكريس أهمية الأعراف التجارية الدولية<sup>(2)</sup>.

وقد أسهم عجز القوانين الداخلية في مجابهة التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية على إعادة العمل بالأعراف التجارية الدولية، وذلك لأن التشريعات الداخلية لم تقم إلا بمعالجة العقود التقليدية التي ظلت أغلبيتها متخلفة عن مواكبة التقنيات الحديثة التي لحقت بعقود التجارة الدولية، ولعل من أبرز الأمثلة على ذلك عقد البيع بشرط تسليم المفتاح، وعقد نقل التكنولوجيا على أساس أن تلك العقود هي عقود مركبة من الصعب أن تقوم العقود التقليدية بتنظيمها.

وقد ساهم استقرار العمل بتلك العقود الجديدة إلى تكوين أعراف تجارية دولية مستقرة لتنظيم العلاقات التجارية<sup>(3)</sup>، وجدير بالذكر أن متعاملي التجارة الدولية يفضلون خضوعهم للأعراف التجارية التي لها أصل دولي لا سيما المتعاملون الذين ينتسبون إلى الدول المتطورة، وذلك على أساس أن تلك القواعد قد قاموا بوضعها بأنفسهم تلبية لحاجاتهم واستجابة لمصالحهم ومن أجل تحقيق أكبر قدر من الأمان الذي يرغبون في تحقيقه عن طريق العمل بها<sup>(4)</sup>.

ومن خلال ما تقدم يمكن القول بأن العلاقات التجارية الدولية وحدها هي التي تكون قابلة للإعداد خارج قوانين الدول، ويتم ذلك تحت تأثير الفاعلين في المجتمع التجاري الدولي على سند أن الأعراف والعادات التجارية تمتلك أهمية كبيرة بسبب تطورها في الوسط التجاري، ونظراً لدورها الفعّال في هذا الوسط، وتظهر فاعلية الأعراف في التجارة الدولية بسبب تدخلها في مجالات يكون القانون فيها غير محقق أو لم يتم تطويره كثيراً، وذلك لأن العادات في ميدان التجارة الدولية يتم تبنيها بسرعة في الأوساط التي نشأت فيها على أن يتم استخدامها كنموذج للمتعاملين التجاريين الدوليين وانتشارها في ذلك الميدان لا يعدّ كافياً ليتم منحها طابعاً قانونياً، وقد تظهر تلك العادات في إطار العمليات التعاقدية مثل الشروط التعاقدية إذ إن تكرار ودوام

(1) V.S.CHATILLON, Droit des affaires internationales, Vuibert, 3 éd, 2002, p. 55.

(2) V.J-M.JACQUET et P.DELEBECQUE, Droit du commerce international, Dalloz, 3 éd, 2002, n°139, p. 80.

(3) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص191.

(4) ينظر: د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص186. وينظر كذلك: د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص179-180.

العمل بتلك العادات وتحولها إلى أعراف تجارية بسبب استقرار العمل بها في العقود التي يتم إبرامها في إطار المهنة أو النشاط التجاري المعين مع اتصافها بطابع ملزم شبيه بالقواعد القانونية بسبب شعور المتعاملين بالزامية تلك الأعراف، وبأن القيام بمخالفتها يعد مخالفة لما يجب أن يكون عليه الحال في مجتمع المتعاملين التجاريين الدوليين<sup>(1)</sup>.

وقد تم النص على تطبيق الأعراف التجارية الدولية في بعض الاتفاقيات فقد نصت عليه الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 بجنيف<sup>(2)</sup> ، فبعد أن يتم تحديد القانون الذي يجب على المحكم أن يقوم بتطبيقه على النزاع المعروف عليه فإنه عليه أن يحترم أيضاً "شروط العقد وعادات التجار"<sup>(3)</sup>، أيضاً في نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة بباريس فبعد أن يتم تحديد القانون الواجب التطبيق من طرف المحكم فقد أوردت أيضاً أنه يجب أن يتم مراعاة مضمون العقد والعادات التجارية التي يتم اتباعها في ميدان المعاملة<sup>(4)</sup>، كما أن القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية متعلق بالتحكيم التجاري الدولي<sup>(5)</sup>.

كما أن الاتفاقيات الدولية في كثير من الأحيان ما تشير إلى بعض أعراف التجارة الدولية وذلك بهدف الاستعانة بها من أجل تفسير بعض الأحكام من الاتفاقيات، ومن الأمثلة على ذلك اتفاقية لجنة الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع الصادرة في 11 نيسان عام 1980 في فيينا حيث من أهم المبادئ التي تقوم عليها الاتفاقية هي الالتزام بالعرف إذ إنها تشير إلى بعض العبارات التي لا يمكن أن يتم تطبيقها إلا في ضوء أعراف التجارة الدولية<sup>(6)</sup>.

ويعد استعمال الاتفاقية لمصطلح العرف بالمفهوم الذي تعرفه كافة التشريعات الداخلية على أساس اعتياد العمل بقاعدة تتعلق بمعاملة معينة مع الشعور بضرورة إتباع تلك القاعدة واستقرارها بسبب تكرار العمل بها الأمر الذي جعلها ملزمة دون الحاجة إلى أن تقوم الدولة بالإلزام بها، كذلك أيضاً استخدام مصطلح العادة هو ما تم استقرار التعامل بين المتعاملين، وأنه عدم النص عليه في كل صفقة ليس بضروري في حالة إذا كان التعامل دوري بين المصدر

(1) ينظر: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص199.

(2) V.N.WATTE et C.BARRE, Droit international des affaires, Recueil de textes, Larcier, 2005, p. 698, v. art 07 aL2 convention européenne de GENEVE sur l'arbitrage commercial international.

(3) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المصدر نفسه، ص201.

(4) ينظر في ذلك نص المادة "3/13" من نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية.

(5) ينظر في ذلك نص المادة "4/28" من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي.

(6) من أمثلة العبارات: "ميعاد معقول، بضاعة ما خصصت إليه تدابير معقولة للاحتفاظ بالبضاعة للغير".

والمستورد وذلك على أساس تعبئة السلع المصدرة في حجم معين، ويعد ذلك التعامل عادة بينهما، وهي ملزمة لهم دون الحاجة إلى أن يتم النص عليها في كل صفقة.

ويلتزم أطراف العلاقة العقدية بالعرف إذا تم النص على ذلك في العقد المبرم بينهم، ومن الممكن أن يكون العرف ملزماً وإن لم يتم النص عليه في العقد طبقاً لشروط معينة، اولها إدراك الطرفين بوجود العرف بحيث إنه لا يمكن لتاجر أن يصرح بجهل وجوده لا سيما إذا كان ينشط في نوع التجارة التي يتعلق بها العرف، وثانيها، انتشار ذلك العرف في مجال التجارة الدولية، وثالثها، أن يتم تطبيق العرف بصورة منتظمة الأمر الذي يحقق قدراً من الثبات والاستقرار<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### الطبيعة القانونية للأعراف التجارية الدولية

يعدُّ تحديد الطبيعة القانونية للأحكام الموضوعية التي تمثل في مجموعها ما يطلق عليه بقانون التجارة الدولية مسألة في غاية الأهمية فإن كانت الأعراف الدولية على سبيل المثال لا تتمتع بصفة القانون بحسب البعض أي أنها لا تمثل إلا مجرد عادات اتفاقية يتم النص عليها من قبل المتعاقدين في العقود المبرمة بينهم الأمر الذي يجعلها تقترب أكثر من الشروط التعاقدية إذ إنها تستمد قوتها من إرادة طرفي العلاقة التعاقدية<sup>(2)</sup>، إذ إنه يوجد عقود لا يتم تطبيق القوانين السائدة في دولة معينة عليها وتخضع للأعراف والعادات السائدة في مجتمع التجار المستقر عليه في سوق التعامل التجاري الدولي، وذلك على اعتبار أن العرف يحظى بمكانة متميزة في المجال التجاري، لكون التجارة كانت ولمدة طويلة يقوم بتنظيمها العرف دون أن يكون لها أي تقنيات، حتى أنه وبعد عملية التدوين ظلت الأعراف تحتل مكانة واسعة في ميدان التجارة الدولية<sup>(3)</sup>.

وقد انقسم الفقه الدولي في طبيعة الأعراف التجارية الدولية ومدى الزاميتها من عدمه الى اتجاهين مختلفين، إذ ذهب جانب من الفقه إلى أن تطبيق المحكّمين في المنازعات التجارية الدولية للأعراف التجارية على أنها لا تمثل إلا عادات اتفاقية مصدرها الرئيس هو العقد المبرم بين الأطراف أي أن الأطراف المتعاقدة لا يكونون ملتزمين بها إلا على أساس أنها شروط تعاقدية، وبالتالي فإن الأعراف التجارية لا تعدُّ عامة ومجردة كما هو الحال في القواعد القانونية، وإن ما يؤكد هذا الأمر هو أن تكرار الأخذ بالأعراف التجارية في مجال العقود لا يؤدي إلى أن تتمتع تلك الأعراف بصفة العموم على غرار القواعد العرفية، وذلك على أساس

(1) ينظر: طالب حسين موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 1997، ص101.

(2) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص191.

(3) ينظر: د. علي بن غانم، الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال، وفم للنشر، 2002، ص84.

اختلاف الصيغ التي يتم التعبير عنها في العقود، وبحسب نوع العقد الذي تتدرج فيه الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة تحويل تلك الشروط إلى قواعد عامة، وذلك لأن الأعراف التجارية تتسم بطابع فني متخصص أكثر من كونه قانونياً بحيث إن العقود قد تختلف من نوع إلى آخر وفي إطار المهنة الواحدة هذا ما ينتج عنه تحديداً لعموميتها، ويضيف أن الأعراف التجارية لا تتمتع بقوة الإلزام إلا في حالة اتفاق الأطراف المتعاقدة على اتباعها، وأنه لا ينتج على مخالفة تلك الأعراف أي جزاء محدد، الأمر الذي يجرد تلك الأعراف من صفة القانون وتظهر على أنها مجرد عادات اتفاقية لا تصل إلى مستوى العرف الملزم<sup>(1)</sup>.

ويضيف أنصار هذا الرأي أنه إذا كان المجتمع الدولي للتجار ورجال الأعمال قد نشأت في إطاره العادات التجارية الدولية في منأى عن سلطة الدولة كسلطة مختصة بإصدار القوانين فإن تلك العادات لا تعدّ قانوناً، ويتمشى ذلك الرأي مع مبادئ الفقه التقليدي في عدم وجود القواعد القانونية التي تكون خارجة عن إطار الدولة على أساس أن الدولة وحدها هي القادرة على القيام بفرض الجزاء في حالة مخالفة القوانين<sup>(2)</sup>.

وبخلاف الرأي السابق ذهب جانب من الفقه<sup>(3)</sup>، إلى أن العادات التجارية التي يتم تدوينها في عقود نموذجية وانتظام العمل بمقتضى تلك العقود أصبحت أعرافاً ملزمة ولا يختلف الأمر كثيراً في كافة العادات التي لم يتم تدوينها بعدُ تتميز بالإلزام بسبب شعور المتعاملين بالزاميتها وعدم مخالفتها، وبالتالي بالصفة القانونية للأحكام الموضوعية التي أصبح العمل عليها مستقر بين التجار ورجال الأعمال وذلك في مجال التعاقدات الدولية بسبب أنهم قد اعتادوا على اتباعها في المعاملات التي يقومون بها وتحولت بفعل الوقت إلى أعراف ملزمة.

فعلى سبيل المثال فإن قواعد القانون الدولي قد أثارت إشكالية غياب سلطة عامة لمجتمع دولي لها توقيع العقاب في حالة القيام بخرق تلك القواعد على عكس الوضع في الإطار الداخلي، ومع ذلك لم يعد ينكر على أحكام القانون الدولي أنها أحكام قانونية لها قوة إلزامية، فإن كان ذلك هو الحال في قواعد القانون الدولي العام في ظل مجتمع من الصعب تضامنه من أجل تحقيق أهداف مشتركة فإن الصفة القانونية لأعراف التجارة الدولية تكون أوجب أن تقوم بتمثيل مجتمع متضامن ومنسجم يرمي إلى العمل على تحقيق المصلحة المشتركة للمتعاملين التجاريين الدوليين، مع وجود مجتمع من البائعين والمشتريين والذي أضحي حقيقة، ومن ذلك المنطلق تبدو

(1) ينظر د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص263.

(2) ينظر د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص197.

(3) ينظر: د. أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص143. وينظر كذلك: محمد محسوب عبد الحميد درويش، نشأة وتطور قانون التجارة الدولي" دراسة تاريخية"، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1995، ص500-501.

أهمية وضرورة القواعد التي تقوم بحكم تلك المعاملات الدائرة بينهم، لذلك يؤيد الباحث ما ذهب إليه البعض بأن إنكار الصفة القانونية على الأعراف الدولية في الوقت الراهن أمراً يجانب الصواب بسبب استقرار العمل بها داخل المجتمع الدولي للأعمال، والذي قد تبنى تلك الأعراف التي نشأت خارج سلطان الدولة<sup>(1)</sup>.

وبذلك تكون قد توافرت الأمور الضرورية المطلوبة لكي ينشأ نظام قانوني خاص بالمجتمع الدولي للتجار ورجال الأعمال يمتلك مؤسسته التي تعمل على القيام بتطبيق وفرض احترام قواعده الأمر الذي أضحي معه من الصعب بمكان إنكار الصفة القانونية للأعراف المهنية والتجارية التي استقر العمل عليها في ذلك المجتمع<sup>(2)</sup>.

وجدير بالذكر أن تلك القواعد الصادرة عن سلطة مهنية، وليست سلطة الدولة على أنها لا تدخل ضمن صنف القواعد القانونية، وبناءً على ذلك فإن مخالفة النظام المهني للمجتمع التجاري يقوم بالنص على عقوبات خاصة أكثر تكبيراً تقوم بإصدارها الهيئات التي تتولى شؤون ذلك المجتمع مثال ذلك التحكيم التجاري الدولي<sup>(3)</sup>.

ويرتبط احترام القواعد المهنية بعقوبات لها طبيعة طائفية خاصة بمهنة معينة إذ تظهر على أنها سلطة تنظيمية لهيئات خاصة، وتقوم على الردع المهني الذي خضع للتحكيم ولم يحترم العقوبة الصادرة منه من الممكن أن تتعلق بعقوبات مالية مثل إصدار كفالة أو عقوبة تؤثر على سمعة التاجر من خلال إعلام الغير بأنه لا يحترم القواعد المهنية التي تكون لها فعالية خاصة في حالة امتناع المتعاملين بالتجارة الدولية من أن يتعاملوا مع ذلك التاجر الذي لا يحترم القوانين<sup>(4)</sup>.  
ويعد التعايش السلمي بين كل من قانون الدولة وأحكام قانون التجارة الدولية الذي ظهر بسبب عجز الأنظمة القانونية الداخلية من ملاحقة التطورات الميدانية ومواجهة ضرورات اقتصادية ودولية، الأمر الذي أضحي معه أن الدول الصناعية الغربية لم يعد أمامها إلا أن تقوم بالاعتراف بوجود القواعد العرفية التي تتعلق بالتجارة الدولية والتي تتفق أهدافها مع الضرورات الخارجية وتقوم بالاستجابة لمصالح رجال الأعمال من مواطنيها، والذين هم أيضاً أعضاء في مجتمع التجارة الدولي<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص209. وينظر كذلك: د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص179-180.

(2) ينظر: د. أحمد الحاج، النظام التعاقد في القانون المدني الجزائري ومتطلبات التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة سيدي بلعباس، 2003، ص53.

(3) ينظر: د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود في قانون التجارة الدولية، مصدر سابق، ص393.

(4) V.M-B.TOUCHAIS et G.VIRASSAMY, les contrats de la distribution, L.G.D.J, 1999, n°799, pp. 428 et 429.

(5) ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق ص210.

ومن خلال ذلك يؤيد الباحث مع البعض بضرورة عدم إغفال الأهمية التي تحظى بها الأعراف التجارية الدولية ولعل تلك الأهمية تجد أساسها في أنها قد جاءت من خلال عقود وعلاقات التجارة الدولية إذ إنه قد تم التأكيد على أهمية تلك الأعراف من خلال العمل بها، وعندما يلجأ المحكمون إلى تطبيق تلك الأعراف على المنازعات التي تعرض عليهم فإنهم يلجئون إلى ذلك بهدف فض إشكاليات وفض النزاعات التي تتعلق بالتجارة الدولية التي يتم عرضها عليهم، ومن خلال ذلك فإنه يمكن القول بأن نظام التحكيم التجاري الدولي قد بدأ يتحرر من سطوة التشريعات الداخلية التي تفقد النظام مصداقيته وما يتمتع به من مزايا لا سيما فيما يتعلق بالمنازعات الخاصة التي تتعلق بعقود التجارة الدولية<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث

#### تطبيق الأعراف التجارية الدولية على منازعات الفسخ الجزئي

نالت الأعراف وعادات التجارة الدولية أهمية بالغة عند هيئات التحكيم، فعلى سبيل المثال لائحة تحكيم القطن في جيديين في الرابع من حزيران عام 1966 والتي تم تعديلها في كانون الثاني عام 1967 والتي تعد هيئة متخصصة في القيام بالفصل في النزاعات التي تنشأ بشأن أنواع الأقطان ودرجة جودتها وصفتها ومقدار النسب التالفة أو الفاقدة وغير ذلك من المسائل التي يتميز بها ذلك النوع من التجارة إذ ورد في المادة الأولى من تلك اللائحة ما يؤكد على الأهمية البالغة التي تتمتع بها الأعراف التجارية الدولية والعادات الخاصة المتعلقة بتجارة القطن بالنسبة لهيئة التحكيم ولعل تلك الأهمية تكمن فيما ورد في نص المادة " 27 " من تلك اللائحة والتي نصت على أنه " على المحكمة أن تطبق القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع وعليها أن تتبع بقدر الإمكان المبادئ الأساسية في أعراف وعادات تجارة القطن"، وقريب من ذلك ما ورد في نص المادة "30" من اللائحة المتعلقة بتحكيم الصوف "بولندا" والتي نصت على أنه "على المحكمة أن تطبق القانون الأكثر ارتباطاً بالمنازعة، وأن تأخذ المحكمة في اعتبارها أيضاً مبادئ الأعراف التجارية السائدة في تجارة الأصواف"<sup>(2)</sup>.

كما أكدت على أهمية الاخذ بأعراف التجارة الدولية لائحة تحكيم المحكمة الدولية المتعلقة بالتجارة البحرية والنهرية بين بعض الدول الاشتراكية، والكائن مقرها في جيديين ببولندا إذ

(1) ينظر: أزر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة الدول العربية، قسم الدراسات والبحوث القانونية، 2009، ص 258.

(2) ينظر: د. أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، ص 128.

نصت المادة "32" منها على أنه تطبق "المحكمة القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع ويجب أن تتبع المحكمة على النزاع المعروض عليها أعراف وعادات التجارة البحرية والنهرية"<sup>(1)</sup>. كما يبدو من خلال استقراء العديد من أحكام التحكيم المتعلقة بغرفة التجارة الدولية بباريس لا سيما في الفترة من بين أعوام 1967-1974 أن تلك الأحكام قد أشارت بوضوح ودون أي لبس أو غموض إلى الأهمية البالغة في ضرورة تطبيق المُحكِّمين للأعراف وعادات التجارة الدولية دون أن يتم اشتراط رضا طرفي النزاع، وجدير بالذكر في هذا المقام أن نشير إلى حقيقة مهمة، وهي تتمثل في أن المُحكِّمين عندما يقومون بتطبيق الأعراف والعادات المتعلقة بالتجارة الدولية على موضوع النزاع إنما يتم تطبيق ذلك نتيجة أسباب مختلفة تختلف حسب خصوصية النزاع القائم بين الطرفين<sup>(2)</sup>.

ويجد تطبيق المُحكِّم للأعراف وعادات التجارة الدولية أساسه في استحالة القيام بتطبيق قانون معين على النزاع المعروض عليه إما بسبب النقص في العقد المبرم بين الطرفين أو بسبب وجود تضارب وتناقض في موقف أطراف النزاع الأمر الذي يؤدي إلى الحيلولة دون إمكانية الربط بقانون معين، ولعل من أبرز الأمثلة على ذلك سكوت أطراف العقد في مشاركة التحكيم أو في المراسلات المتبادلة بينهم عن ذكرهم لقانون معين يتم من خلاله الفصل في النزاع الذي يتعلق بالفسخ الجزئي للعقد القائم بين الطرفين، أو أن يصر كلا الطرفين على تطبيق قانونه الوطني الأمر الذي يترتب عليه في نهاية المطاف إلى تفويض شخص المُحكِّم في اعتماد وتطبيق أعراف وعادات التجارة الدولية كأساس يتم من خلاله الحكم والفصل في موضوع النزاع، ومن خلاله يتم تفسير وتحديد التزامات كلا الطرفين<sup>(3)</sup>.

وقد يكون من الممكن أن يكون قيام المُحكِّم بتطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية بموضوع النزاع مبني على استنتاجات المحكم، استنتاج يتم تأكيده من الوقائع مثل اتجاه نية الأطراف إلى خضوع النزاع القائم بينهم للأعراف والعادات التجارية، ومن الأمثلة على ذلك أن يقوم أي من طرفي النزاع أن يكون التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية وفقاً لللائحة الخاصة به<sup>(4)</sup>.

(1) ينظر: د. أحمد حسني سليم، مصدر سابق، ص291.  
(2) ينظر: د. أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1975، ص214.  
(3) ينظر في ذلك القرار رقم 1641 لعام 1969 الصادر من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية المنشور في جريدة القانون الدولي لعام 1974 العدد الرابع، ص888.  
(4) ينظر في ذلك القرار رقم 1569 لعام 1970 الصادر من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، فقد كان النزاع الناشئ عن مشاركة التحكيم مثاراً بين فردين هندي وألماني، وتنص الفقرة الأولى من اللائحة باتباع لائحة التحكيم في غرفة التجارة الدولية بباريس وبرغم تمسك طرفي النزاع بتطبيق القانون الوطني الخاص بكل فرد منهم إلا أن المُحكِّم كان قد استحال عليه أن يأخذ بذلك وقد استنتج من هذا الاختيار عدم خضوع النزاع القائم بين الطرفين لأي من القانونين، وإنما اتبع تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية. ينظر: د. عزت محمد البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص162.

فضلاً عن ذلك فإن تطبيق المُحَكِّم للأعراف والعادات التجارية الدولية من غير الممكن تراجعه وفق ما يتم بيانه من قرارات التحكيم التجاري الدولي، ولو كان في الحالات التي يخضع فيها النزاع القائم بين طرفي العقد لقانون وطني، ويرجع السبب في ذلك إلى أن المُحَكِّم في أغلب الأحوال ما يجد نفسه مضطراً لكي يقوم بتطبيق القانون غير الوطني، أي أن يلجأ إلى القيام بتطبيق الأعراف وعادات التجارة الدولية سواء من أجل تفسير حالات الغموض التي تصيب القوانين الداخلية التي يختارها الطرفين أو من أجل سد النقص الناتج عن استبعادها في حالة أن كانت تتعارض مع فكرة النظام العام بمفهومه الدولي.

وفي حالات كثيرة قد لا تواكب فيها القوانين الداخلية التطورات التي يشهدها مجتمع التجارة الدولية الأمر الذي يكون معه المُحَكِّم مضطراً لأن يقوم بتكملة النقص الحاصل في القوانين الوطنية أو بعبارة أخرى الفراغ التشريعي الذي يجده في تلك القوانين من خلال اللجوء إلى الأعراف وعادات التجارة الدولية، ولعل من أبرز الأمثلة في مجال التحكيم لمعاملات التجارة الدولية ما يتعلق بالفراغ التشريعي الذي يوجد بالاعتمادات المستندية وعمليات البنوك الأخرى<sup>(1)</sup>، وفي أغلب الأحيان المشاكل التي يتم إثارتها ببعض الضمانات المتعلقة بالعقود التجارية، والعملة الواجب الدفع بها وما ينتج عن ذلك من آثار<sup>(2)</sup>، كل تلك الأمور تجعل من تطبيق المُحَكِّم للأعراف والعادات التجارية سبيلاً ومصدراً وحيداً يتم من خلاله حل النزاع المعروض على المحكم<sup>(3)</sup>.

(1) ينظر في هذا الشأن قرار التحكيم رقم 1675 لعام 1969 والصادر من محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية والذي تم نشره في جريدة القانون الدولي عام 1974 ص 895، وقد كانت تلك المنازعة تتعلق بصفقة أرز بين طرفين كان المشتري فرنسي والبائع برازيلي ووفقاً للعقد الذي تم إبرامه بين الطرفين فإنه كان يجب على المشتري الفرنسي أن يقوم بفتح اعتماد مستندي وذلك بمجرد القيام بإتمام توقيع العقد بين الطرفين، وفي حالة تأخر المشتري فإنه يجوز للبائع أن يقوم بتمديد فترة تسليم البضاعة، وعندما تأخر المشتري في قيامه بفتح الاعتماد المستندي قام البائع بفسخ العقد من جانب واحد وقد أقر المُحَكِّم المتواجد في هامبورغ صحة قيام البائع بفسخ العقد من جانب واحد وقد استند المُحَكِّم في إقراره بصحة تصرف البائع إلى العادات والأعراف التجارية الدولية. انظر في ذلك: أحمد حسني سليم، مصدر سابق، ص 327.

(2) ينظر في ذلك القرار رقم 2013 لسنة 1973 والذي تم نشره في جريدة القانون الدولي عام 1974 ص 902، وكانت المنازعة في ذلك القرار بين شركتين أمريكية والأخرى فرنسية وأجريت في بروكسل وكانت تتعلق تلك المنازعة بخصوص استعمال إحدى الماركات التجارية وذلك في مقابل جعل سنوي محدد، ودار حول ضمان فسخ العقد وقد أثمر التحكيم في تلك المنازعة عن تطبيق العادات والأعراف التجارية الدولية وليست القوانين الداخلية. انظر في ذلك: محمد مأمون سليمان، مصدر سابق، ص 297.

(3) ينظر في ذلك القرار رقم 1472 لسنة 1968 والصادر عن محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية وقد كانت تلك المنازعة بين طرفين أحدهما فرنسي والطرف الآخر هولندي وقد كانت تلك المنازعة تتعلق ببناء سفينة ولم يتم الاتفاق بين طرفي العقد على تطبيق قانون معين في حالة قيام نزاع بينهم وعند حدوث النزاع بين الطرفين تمسك كلا الطرفين بتطبيق قانونه الوطني إلا أن المُحَكِّم في ذلك النزاع قد قام بتطبيق قانون إبرام العقد وهو القانون الفرنسي الأمر الذي يكون معه المُحَكِّم قد أكمل الفراغ والنقص باللجوء إلى تطبيق العادات والأعراف التجارية الدولية.

كما أن تدخل المُحكّم من أجل تطبيق الأعراف وعادات التجارة الدولية يعدّ أمراً ضرورياً ليس من أجل القيام بتكملة النقص فقط، بل من أجل تفسير بعض النصوص التي تكون غامضة في القوانين الوطنية لا سيما ما يتعلق ببعض أنواع البيوع التجارية الدولية، والتي تخضع في أحكامها في أغلب الأحوال للقواعد العرفية مثل بيوع التجارة البحرية، وبعض السلع التي لها طبيعة خاصة مثل الأخشاب والصوف والجلود وغيرها، ويجد لجوء المُحكّم للعادات واعراف التجارة الدولية أيضاً ما يبرره في تفسير بعض المفاهيم والتشريعات الداخلية في ضوء ما يتم عليه العمل في حقل التجارة الدولية، أي أن لجوء المُحكّم إلى تطبيق العادات والأعراف التجارية الدولية يكون من أجل منح المفاهيم القانونية ذات الصبغة الداخلية من شأنه الانسجام مع معطيات ومحددات التجارة الدولية الأمر الذي يؤدي إلى عتقها من الاعتبارات الداخلية البحتة والمجردة مثل فسخ وانفساخ العقد وحدود مدى التعويض عن الاضرار والقوة القاهرة<sup>(1)</sup>.

فضلاً عن ذلك فإن المُحكّم عندما يقوم بتطبيق العادات والأعراف التجارية الدولية من أجل أن يصدر قراره التحكيمي على المنازعة المعروضة، فإنه بذلك يجسد البنية القانونية لذلك القرار، إذ تكون تلك الأعراف هي المؤهلة دون غيرها لحل النزاع المعروض عليه وإصدار حكمه<sup>(2)</sup>، وتعد القوانين المالية من أكثر المجالات التي يتم فيها استبعاد أحكام التشريعات الداخلية لمخالفتها لفكرة النظام العام، تلك القوانين التي تقوم الدولة بسنّها كالأحكام المتعلقة بشروط الدفع في المعاملات التجارية الدولية والتي قد تتعارض في كثير من الأحيان مع تنفيذ شروط ضمان تحويل العملة التي تتطلبها في الغالب العقود الدولية ذات الشكل النموذجي<sup>(3)</sup>.

ومن ناحية أخرى يلجأ المُحكّم إلى تطبيق الأعراف والعادات التجارية الدولية بسبب المشكلات التي تتعلق بمواقف القوانين الداخلية في العديد من الدول والتي تقضي بعدم جواز لجوء الدولة أو إحدى هيئاتها العامة إلى التحكيم، إذا استقرت الأعراف والعادات التجارية الدولية وقرارات التحكيم التجاري الدولي فضلاً عن القضاء الداخلي على أن هذا التحريم إن كان له ما يبرره في المنازعات التي تثور بين الدولة والاشخاص الخاصة في مجال التجارة الداخلية، لكنه ليس كذلك على صعيد التجارة الدولية، إذ لا تستطيع الدولة أو إحدى هيئاتها أن تتمسك بالقواعد الداخلية لتطالب مثلاً ببطلان مشاركة التحكيم في منازعتها المتعلقة بالتجارة الخارجية

(1) ينظر في ذلك القرار رقم 2142 لسنة 1974 الصادر من غرفة التجارة الدولية والمنشور في جريدة القانون الدولي 1947 العدد الرابع، ص 892.

(2) ينظر د. ابو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص 185.

(3) ينظر: د. محمد مأمون سليمان، مصدر سابق، ص 288.

على اساس أنها تتعارض مع النظام العام بمفهومه الدولي، وتكون قواعد واعراف التجارة الدولية بمثابة قانون الاختصاص أو قانون القاضي بالنسبة للمحكم الدولي<sup>(1)</sup>.

والتساؤل الذي يثار بهذا الصدد هو ما مدى التزام المُحكِّمين الذي يتم عرض النزاع عليهم المتعلق بالمعاملات التجارية الدولية بتطبيق الأعراف والعادات في حال التزام الأطراف الصمت وعدم تحديدهم للقانون الواجب التطبيق؟ وللإجابة على ذلك التساؤل يمكن القول بعدم وجود الإلزام على المُحكِّمين في تطبيق الأعراف والعادات بشكل مباشر حتى لو سكت أطراف النزاع عن تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع القائم بينهم، وإنما يلجأ المحكمون للبحث في ضوء الإرادة الضمنية لأطراف النزاع من خلال ما يسمى بالمؤشرات الخاصة والعامة<sup>(2)</sup>، وفي الواقع تعد الأعراف وعادات التجارة الدولية بمثابة الأسس التي تقوم بالدور الذي تقوم به الأسس القانونية الداخلية إذ من شأنها أن تساعد المُحكِّم في أن يصل إلى أفضل وأنجح الحلول في النزاعات المعروضة عليه، كما أنه بفضل العادات والأعراف الدولية التجارية يتمكن المُحكِّم من تنظيم جميع المسائل والأمور التي تتعلق بالمعاملات التجارية الدولية حيث إنها تعد وليدة من رحمها، وكل ذلك لا يتم إلا في حالة التزام الأطراف والمُحكِّمين بها<sup>(3)</sup>.

خلاصة القول أن القاضي أو المحكم يلجأ الى تطبيق القواعد الموضوعية في حل منازعات الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية التي تتمثل بقواعد هيئات التحكيم، للمزايا التي يتمتع بها الأخير من السرعة والسهولة وقلة النفقات وتجنب اجراءات التقاضي أمام القضاء الوطني الذي قد يستغرق وقتاً طويلاً، لذلك اصبح اللجوء الى التحكيم في منازعات الفسخ الجزئي في الوقت الحاضر بهدف تلبية الاعمال الحديثة، إذ يتم الاتفاق على التحكيم بين الأطراف إما عن طريق ادراج بند في العقد يقضي باللجوء الى التحكيم، أو في ورقة مستقلة عنه، أو يتم اللجوء اليه عند حصول النزاع، وقد تطبق هيئات التحكيم من اجل حل النزاع القائم بين الأطراف مجموعة من القواعد أو الضوابط الخاصة بها، والتي تتمثل بضرورة إحالة النزاع الى التحكيم بموجب طلب يشترط في الغالب أن يكون مكتوباً يقدمه أطراف النزاع الى المحكمة المختصة، ولا يعد طلب الإحالة صحيحاً ما لم يكن صادراً من ذي اهلية فضلاً عن تحديد المسائل موضوع النزاع، كما يجب أن يقع طلب الإحالة قبل رفع الدعوى، كما يلجأ المحكم في حل

(1) ينظر: في ذلك القرار رقم 1526 لسنة 1968 والصادر عن محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية والمنشور في جريدة القانون الدولي عام 1974، ص915.

(2) ينظر اسامة احمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص151-152.

(3) ينظر: د. هدى محمد عبد الرحمن، دور المُحكِّم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996، ص354.

منازعات الفسخ الجزئي الى قواعد واعراف التجارة الدولية، لأسباب عديدة اهمها المكانة التي تحتلها تلك الاعراف السائدة في البيئة التجارية، والتي تتمثل بمجموعة القواعد السائدة في التعامل التجاري عبر الحدود، وقد اسهم عجز القوانين الداخلية في مجابهة التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية الى اعادة العمل بتلك الاعراف، لكونها صبت اهتمامها على معالجة العقود التقليدية مما جعلها متأخرة عن مواكبة التقنيات الحديثة التي لحقت بعقود التجارة الدولية.

## المبحث الثاني

### تطبيق قواعد مراكز التحكيم الدولي في الفسخ الجزئي

تعدّ مراكز التحكيم التجاري الدولي مؤسسات تنظيمية تعمل على خدمة الواقع التجاري والاستثماري، وتقوم بتقديم خدمات كبيرة في مجال فض المنازعات التجارية بكافة أنواعها عند لجوء الأطراف إليها من خلال اتفاقهم على التحكيم التجاري<sup>(1)</sup>، ويعرف التحكيم التجاري المؤسسي بأنه أحد أنواع التحكيم الذي تتم إدارته من قبل هيئات أو منظمات دولية أو إقليمية أو وطنية وتطبق بشأنه قواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفاً من قبل تلك المراكز ويتم اختيار المحكمين من بين قوائم معدة لذلك الغرض<sup>(2)</sup>.

ولا يمكن اعتبار مراكز التحكيم جهات قضائية ولكنها تعد شخصاً معنوياً له كيان إداري يقوم بوضع كل جهوده وإمكانياته تحت تصرف أطراف النزاع، وهو بذلك يعد مؤسسة تحكيمية متخصصة بموجب قواعدها الخاصة، وتمتلك مراكز التحكيم قواعد تحكيمية خاصة بها ومحدثة ومتطورة بين الحين والآخر فضلاً عن وجود إدارة متكاملة لها لمتابعة إجراءات التحكيم مع أطراف النزاع عند اللجوء إلى المركز واختيار قواعده لفض منازعاتهم<sup>(3)</sup>.

وتلتزم مراكز التحكيم بما يفرضه التحكيم الخاص الحر أو المطلق من حيث المبادئ الأساسية عند حسم النزاع والتي تتعلق باحترام حق الدفاع وأن يتم فسح المجال للمتخاصمين على قدم المساواة لكي يقوموا بتقديم طلباتهم ودفعهم وأسانيدهم القانونية. وعليه سيقسم الباحث هذا المبحث على مطلبين، يتناول في المطلب الأول الضوابط الخاصة بمراكز التحكيم الدولي، ثم يتناول في المطلب الثاني سلطة المحكم في تطبيق قواعد مراكز التحكيم وعلى النحو الآتي:

(1) د. سمير جاويد، التحكيم كآلية لحل المنازعات، ط1، دار القضاء وزارة العدل أبو ظبي، 2014، ص21.

(2) ينظر: د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص45.

(3) ينظر: د. اسامة احمد الهواري القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص173.

## المطلب الأول

### الضوابط الخاصة بمراكز التحكيم الدولي في الفسخ الجزئي

يهدف أصحاب المعاملات التجارية الى أن تكون كافة المعاملات التي يقومون بها وكل الأنشطة التي يعملون بها سرية، ولا يجب أن يتم إفشاؤها للغير لما يترتب على إفشاء تلك المعاملات من أضرار قد تلحق بمجال عمل الأطراف المتعاقدة فضلاً عن ذلك فهنا من المعاملات الدولية المعاصرة ما يعد أن سرية المعلومات والبيانات كل رأس ماله<sup>(1)</sup>، ولعل من أبرز الأمثلة على ذلك عقود التكنولوجيا<sup>(2)</sup>، والمعرفة الفنية في مجالات تصنيع الدواء وتصميم وتصنيع الأقمار الصناعية ونظم الحاسبات الإلكترونية والمعالجة الآلية للبيانات وتخزينه في بنوك المعلومات فإذا حدث نزاع بين أطراف المعاملات التجارية ولجأوا للقضاء ليقوم بالفصل في النزاع القائم بينهم فأى أنواعه تكون أحفظ لأسرارهم، ولسمعتهم، لا يرى الباحث أن قضاء الدولة حقيق بذلك، إذ إن العلانية تعدّ من العلامات الفارقة لنظام جلساته بيد أن قضاء التحكيم هو الذي يتولى حفظ أسرار المتخاصمين وسمعتهم، وذلك يظهر في كافة مراحل التحكيم<sup>(3)</sup>.

وبذلك فإن طرح النزاع القائم في منازعات الفسخ الجزئي بين الخصوم أمام القضاء يترتب عليه في الكثير من الأحيان إلى أن ينساق كل طرف من الأطراف وراء مصلحته الخاصة الأمر الذي يتيح الفرصة للغير أن يعلم بصغائر الأمور والتعرف على مكونات العلاقة تلك التي يوصل إليها مبدأ علانية التقاضي<sup>(4)</sup>، لا سيما في عقود نقل التكنولوجيا والمعرفة الفنية. كما أن التشريعات الداخلية قد لا تتوافق مع متطلبات المعاملات التجارية لا سيما الدولية منها، وذلك لأن طبيعة تلك المعاملات تقتضي حل المنازعات المتولدة عنها في سرية أو بأقل قدر من العلانية والنشر، وذلك لأن السرية في الواقع تعدّ إحدى الضمانات المهمة للشركات المتنازعة صاحبة السمعة العالمية والشهرة الكبيرة، إذ تعتمد في معاملاتها على أساس الثقة فيها، وأن يتم البعد عن المشاكل التي تصاحب الإعلان والنشر المطلوبين في الأحكام القضائية واللذين يكونان بمثابة أضرار بالغة في مجال المعاملات التجارية لا سيما في مجال المعاملات التجارية

(1) ينظر د. عبد الرحيم حاتم الحسن، التحكيم في الشريعة والقانون "دراسة مقارنة" مؤسسة النبراس للنشر، النجف الاشرف، 2010، ص26. ينظر كذلك: د. نبيل عبد الرحمن حياوي، مبادئ التحكيم، دار العاتك للنشر، القاهرة، 2007، ص10.

(2) ينظر: د. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، مصدر سابق، ص372.

(3) ينظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص131، يُنظر أيضاً: د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية والداخلية والدولية والمدنية والتجارية والإدارية والجمركية دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص116.

(4) ينظر: د. محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي وتغير النظرية السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2005، ص86.

الدولية إذ تكون فيه القيود التي تتعلق بها كبيرة ويكون من الصعب بمكان إخفاء نوع المعاملة بين الطرفين المتنازعين وحجم النزاع القائم بينهم أو حجم الأموال التي تتعلق بها (1)، ونتيجة لذلك ومن أجل التعرف على أهم الضوابط الخاصة بمراكز التحكيم الدولي، سيقسم الباحث هذا المطلب على أربعة فروع يبين في الفرع الأول الالتزام بالسرية في التحكيم التجاري، أما الفرع الثاني سيبين فيه الطريقة التي تشكل بها هيئة التحكيم، أما الثالث يتناول فيه السرعة المطلوبة لإنهاء النزاع أما كفالة حق الدفاع ستكون محل الدراسة في الفرع الرابع وعلى النحو الآتي:

### الفرع الأول

#### الالتزام بالسرية في التحكيم التجاري الدولي

أصبحت السرية من أهم ضوابط التحكيم، ولعل تلك السرية هي ما تفسر قلة الإحصائيات التي تتعلق بندرة ما يتم نشره من قرارات المحكمين الأمر الذي يعوق الدراسات النظرية بشأن التحكيم مثل بحث مدى انتشاره وطبيعة المنازعات التي يقوم المحكمين بالفصل فيها، ومدى ملاءمة بعض المنازعات لهيئات التحكيم التي يفضل التجار ورجال الأعمال والمستثمرون اللجوء إليها، كما أن الإحجام عن القيام بنشر قرارات التحكيم يعوق دون تكوين قضاء تحكيم يسهم في تطوير قانون التجارة الدولية إلا أن تلك الاعتبارات لو تم النظر إليها بعين التجار والمستثمرين فإنها لا تعادل ما قد يترتب على التحكيم بغير السرية من أضرار عملية بالغة كما أن التحكيم التجاري الدولي سوف يفقد الكثير من أنصاره أن تجرد من طبيعته السرية التي تميزه عن القضاء العادي (2).

ويعدّ الالتزام بالسرية من الضوابط التي لازمت التحكيم تاريخياً وظلت ملازمة له بوجه عام، فالتحكيم في الأساس هو نوع من القضاء الخاص يقوم الخصوم بطرح نزاعاتهم أمامه، ويريدون أن يكون أمره مكتوباً في ذلك النطاق وحده، وهذا المعنى نفسه يرغب فيه التجار ورجال الأعمال، إذ إنهم يميلون إلى أن يتولى التحكيم الفصل في النزاعات التي تنشأ نتيجة لنشاطهم في هدوء دون ضجة فتظل لها سربيتها التي يهتمون بها كثيراً لاعتبارات يقدرونها هم، ويكون نشرها في ساحات القضاء العادي أمراً يؤذيهم (3).

(1) ينظر: د. محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص 4. يُنظر أيضاً: د. محمود السيد التحيوي، أعوان القضاء في ضوء الفقه وأحكام القضاء، ط1، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، 2011، ص 286.

(2) ينظر: د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 دراسة مقارنة اتفاقية نيويورك-القانون الفرنسي-القانون النموذجي-الشرعية الإسلامية-التشريعات العربية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 66.

(3) ينظر: د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، مصدر سابق، 1975، ص 190.

والتحكيم كنظام فهو يتيح بأن يتم الاحتفاظ بالأسرار العائلية والأسرار الخاصة بالعمل إذ يحفظ أسرار الأطراف المحتكمين فلا يتم الاطلاع عليها من أحد سوى المُحكّم أو المُحكّمين الذين تم اختيارهم للفصل في النزاع موضوع اتفاق التحكيم ، وتلتزم كافة الأطراف بالمحافظة على سرية النزاع، فلا يحق لهم أن يقوموا بإذاعة موضوع النزاع المعروف للتحكيم، لذلك فإن الأطراف المتعاقدة في المسائل التجارية تحرص على تشكيل هيئة تحكيم خاصة بهم للفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم أو اللجوء إلى مراكز التحكيم المتخصصة في كافة أنحاء العالم مثل غرفة التجارة الدولية بباريس أو محكمة تحكيم لندن وغيرها من المراكز المتخصصة وذلك بغرض تشكيل هيئة تحكيم تتولى الفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم بصفة سرية، وعند القيام بنشر المبادئ الخاصة بأحكام التحكيم يراعي الاقتصار على ذكر المبادئ القانونية التي يثيرها النزاع موضوع التحكيم دون أن يقوم المُحكّمون بذكر الأسماء الخاصة بأطراف النزاع المعروف أمامهم وقد يتم نشر الأسماء إذا أذن أطراف النزاع بذلك (1).

وفي أغلب الأحوال يحرص الأطراف المتعاقدة في عقود التجارة الدولية على سرية ما تحتويه العقود من شروط لا سيما عقود نقل التقنية أو تراخيص استغلال براءات الاختراع وما تحتويه من كشف الأسرار الصناعية ومعرفة الكيفية التي لا تنال الحماية القانونية، خاصة ويعتمد من يملكها على الكتمان وإحاطتها بالسرية التامة من خلال الاتفاق وما يحتويه ذلك الأخير من شروط يكون الهدف منها هو تشديد الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.

وقد دفعت المحافظة على سرية التعاملات التجارية الكثير من التجار إلى تفضيل خسارة دعواهم عن قيامهم بكشف الأسرار التجارية الخاصة بهم لما تمثله تلك الأسرار بالنسبة لهم من قيمة أعلى من قيمة الحق الذي يطالب به في دعواه (2)، إذ إن التاجر يهمله إلى حد بعيد ألا يدرك منافسوه مدى الإمكانات التي يمتلكها والطريقة التي يتعامل بها حتى لا يجد من تلك النواحي ثغرات ينفذون منها إلى منافسيه (3).

وقد ذهب البعض إلى القول أيضاً بأن السرية تعدّ موروثاً، وأنه متعارف عليها ضمناً في التحكيم الدولي كما أشاروا إلى القول أيضاً بأن "الصلة الوثيقة التي تربط بين التحكيم والسرية

(1) ينظر: د. محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، مصدر سابق، ص5.

(2) ينظر: د. محسن شفيق، مصدر سابق، ص29.

(3) لا يعتبر التاجر فقط هو الحريص على سرية المعاملات التجارية فإن كل فرد حتى وإن لم يكن تاجراً فإنه يكون لديه قدر كبير من الحرص على عدم كشف النواحي المالية المتعلقة به ويريد أن تكون تلك النواحي طبي الكتمان لأسباب عديدة منها ما يكون مشروع منها من يريد أن يتقي السنة الناس وأن يبعد عن نفسه أنظار اللصوص والمتربصين ومنها أيضاً بعض الأسباب غير مشروعة مثل التهرب من دفع الضرائب أو إخفاء الكسب غير المشروع عن أعين السلطات داخل الدولة. ينظر: محيي الدين إسماعيل علم الدين، خدمات أمناء الاستثمار، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد 2، السنة 38، 1986 ص355.

والتي من غير الممكن فصلها، تتبع من أصول التحكيم بوصفه وسيلة من وسائل فض منازعات الفسخ الجزئي، ومن كونه سبباً، ويتم اتباعه من قرون عديدة" فضلاً عن ذلك فإنه من المعروف أن جلسات الاستماع تكون في غرفة مغلقة وقرار التحكيم الصادر عن المُحكِّمين يتم نشره بشكل جزئي، وذلك على خلاف إجراءات القضاء العادي<sup>(1)</sup>، الأمر الذي لا يجعل الباحث يعتقد أن الإجراءات التحكيمية لا تكون سرية.

وطبقاً لذلك فإن التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية كلها تتفق على سرية التعاملات التجارية وتعدّها من المعلومات التي يحميها الالتزام بالسرية أثناء نظر المُحكِّمين في المنازعات المعروضة أمامهم، والسبب في ذلك يرجع إلى أن العمل التجاري في الأساس يقوم على الثقة والسمعة الطيبة للتاجر الذي وإن اهتزت فسوف يخسر التاجر تجارته ولذلك فإن التجار يحرصون على أن تتم تصفية المنازعات التي تنشأ بينهم بصورة حاسمة وسرية وذلك ضماناً للاستقرار والمحافظة على سمعتهم في السوق<sup>(2)</sup>.

وجدير بالذكر أن السرية بوصفها من ضوابط التحكيم التجاري الدولي لا تعد جديدة في عالم التحكيم التجاري الدولي، إذ إنها تمثل المبدأ الرئيس للتحكيم الدولي، وتعد من مناطق الجذب الأساسية للأشخاص الذين يختارون تلك الطريقة من أجل حل النزاع القائم بينهم إذ أن هناك بعض الحالات التي يشكل نشر المعلومات فيها مسألة حساسة للغاية من الممكن أن تكون لها تداعيات عديدة على المسار الصحيح للأعمال التجارية<sup>(3)</sup>.

لذلك يلتزم المحكمون أثناء نظرهم في النزاع المعروض عليهم بأن يقوموا بالمحافظة على سرية المعلومات التي تصل إلى علمهم نتيجة نظرهم لذلك النزاع، فمن واجبات المُحكِّم عدم القيام بإفشاء أسرار أطراف التحكيم، وهو من الواجبات الضرورية الملقاة على عاتق هيئة التحكيم من خلال المحافظة على سرية المداولة، وسرية المستندات وعدم اطلاق الغير عليها<sup>(4)</sup>. ويعد التزام المُحكِّم بالمحافظة على سرية المعلومات التي تصل إليه أمراً بالغ الأهمية في سلوك المحكم، وسلوك الأطراف الذين يجب عليهم عدم القيام بإفشاء أسرار التحكيم التي كانت

(1) ينظر د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص70. د. احمد ابو الوفا، التحكيم الاجباري والاختياري، مصدر سابق، ص15.

(2) ينظر: د. إيمان مصطفى منصور، تنامي دور الوساطة التجارية وضرورة كفالة السرية، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني والعشرون، 2014، ص 5. ينظر كذلك: حسام صالح الحجيلان، نظام التحكيم الجديد ومدى تأثيره على الاستثمار في المملكة العربية السعودية، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث والعشرون، 2014، ص262.

(3) ينظر: د. معتز نزيه، الالتزام بالسرية والمسؤولية المدنية دراسة مقارنة، مجلة العلوم الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الثاني والثمانون، 2009، ص378.

(4) ينظر: د. محمد عبد الخالق الزعبي، قانون التحكيم كنظام قضائي اتفاقي من نوع خاص ملخصاً به أهم اتفاقيات وتشريعات التحكيم الدولية، ط1، منشأة المعارف الإسكندرية، 2010، ص159.

وقائعه دائرة بينهم، لذلك فإن نصوص قوانين التحكيم الحديثة تمنع إفشاء أسرار التحكيم، فهناك قانون التحكيم المصري يمنع نشر أحكام التحكيم دون الحصول على موافقة الأطراف<sup>(1)</sup>، بل إن تلك السرية تمتد إلى التزام المُحَكَّم بعدم قيامه بإفشاء أسرار المرافعات والجلسات أو تسريب الوثائق والمعلومات التي تتعلق بالدعوى المطروحة أمامه كما أنه يمتنع عليه أن يستفيد من تلك المعلومات شخصياً<sup>(2)</sup>، وتظهر علة ذلك المنع في أن القضايا التحكيمية في أغلب الأحوال ما تحتوي على أسرار لا يجوز للغير أن يقوم بالإطلاع عليها لا سيما في المجالات التنافسية سواء كانت تجارية أو صناعية<sup>(3)</sup>.

وبالرغم من أن الكل يتفق على مبدأ سرية التحكيم وهي تلك الميزة التي تميز ذلك المبدأ عن قضاء الدولة العادي، وأن هناك قدراً من الأسرار لا بد من الحفاظ عليها وإلا لما أقدم الأشخاص على ذلك الطريق الاستثنائي<sup>(4)</sup>، إلا أن طبيعة ودرجة تلك السرية تختلف من نظام لآخر طبقاً لطبيعة سير الإجراءات فيه حيث إن مضمون تلك السرية في النظام اللاتيني يعدّ أشمل بكثير من النظام الأنجلو أمريكي.

وبالرغم من تفاوت مبدأ السرية في التشريعات الوطنية المختلفة إلا أن المُحَكَّم يعدّ محور ذلك الالتزام، ولم يرق المشرع المصري أو الفرنسي بوضع تعريف محدد يبين مدى الالتزام بالسرية المطلوبة، ولعل ذلك يعدّ أمراً منطقيّاً بسبب أن ذلك الالتزام يبلغ من الاتساع أو التعقيد ما يصعب معه القيام بوضع تعريف جامع مانع لعناصر ذلك المبدأ وخصائصه، إذ إن الالتزام بالسرية ربما يختلف ويتنوع في المضمون والنطاق وفق موضوع ومحل الالتزام نفسه<sup>(5)</sup>، فالمعلومات السرية تختلف وتتنوع ما بين معلومات عسكرية، وأخرى تجارية، وأخرى صناعية، وأخرى طبية إلى غير ذلك من الأسرار الأخرى المختلفة، ويتنوع ويختلف الالتزام بالسرية طبقاً لمصدر الالتزام نفسه، فربما يكون مصدر الالتزام العقد مثل ما هو الوضع في بنود السرية التعاقدية التي يتم النص عليها في كثير من عقود الالتزام بالسرية، كما أن ذلك الالتزام قد يكون

(1) ينظر: د. محمد سليم العوا، سلوك المُحَكَّمين، مجلة التحكيم العربي، العدد 3، أكتوبر، 2000، ص44.

(2) ينظر: د. حميد محمد علي اللهبي، المُحَكَّم في التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص213.

(3) ينظر: د. محمد سليم العوا، مصدر سابق، ص44.

(4) ينظر: د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم دراسة تحليلية مقارنة وفقاً لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة، ط1، مكتبة الجلاء، المنصورة، 1998، هامش 4، ص12.

(5) ينظر د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص123. وينظر كذلك: د. صلاح علي حسين، مصدر سابق، ص319.

مصدره نص القانون كما هو الوضع في قانون العقوبات العراقي<sup>(1)</sup>، والمصري<sup>(2)</sup>، والفرنسي<sup>3</sup> الذي يجرم إفشاء الأطباء للسر المهني والجراحين والصيدالدة ويضع عقوبات على ذلك، فضلاً عن ذلك فإن نصوص قوانين المحاماة تلزم المحامين بأن يحافظوا على الأسرار والمعلومات التي تصل إليهم من خلال موكلهم وإلا تعرضوا للجزاءات التأديبية، وأمام ذلك الاتساع والتنوع لمضمون مبدأ الالتزام بالسرية فالمشرع لم يتمكن من وضع تعريف محدد جامع مانع لذلك الالتزام وترك امر تعريفه لاجتهادات الفقه وأحكام القضاء<sup>(4)</sup>.

ويعني الالتزام بالسرية عموماً بأنه الالتزام الذي يقع على عاتق شخص بعدم قيامه بإفشاء الوقائع والمعلومات والأسرار التي قد تصل إلى علمه بطريقة مباشرة من صاحبها أو بطريقة غير مباشرة وذلك بمناسبة ممارسة مهنته<sup>(5)</sup>. وهناك من ذهب إلى تعريفه بأنه الالتزام الذي يقع على عاتق شخص عهد إليه أثناء قيامه بممارسة مهنته بكتمانه ذلك الالتزام الذي يقع على عاتق الشخص الأمين على السر يقابله من ناحية أخرى حق للأمين في كتمان ما يتلقاه من أسرار فلا يحق لأحد إجباره على أن يقوم بإظهاره أي إفشاء سر تلقاه لصناعته المهنية أثناء قيامه بعمله سواء كان في ممارسته لمهنة حرة أو كان الشخص موظفاً عاماً<sup>(6)</sup>.

وفي التحكيم هناك العديد من التعريفات التي تطرقت للالتزام بالسرية إلا أنها لم تكن موفقة بالقدر اللازم، كما أن هناك محاولات كثيرة بذلت من قبل القضاء من أجل أيراد تعريف للالتزام بالسرية، وقد كانت تلك المحاولات أكثر تركيزاً في طبيعة ونطاق تلك المشكلة.

والالتزام بالسرية هو أن يبقى المُحكَّم على كل ما يتعلق بالأطراف أو موضوع النزاع بعيداً عن النشر أو الإفصاح للغير<sup>(7)</sup>، ولا يقتصر الأخير على كونه مجرد التزام اتفاقي، ولكنه يتعدى ذلك الأمر بوصفه من الالتزامات العامة التي ترتبط بمهمة التحكيم، ويعد مبدأ السرية من

(1) نصت المادة "437" من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل على أن " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة.....، كل من علم بحكم وظيفته أو مهنته أو صناعته أو فنه أو طبيعة عمله بسر فأفشاءه في غير الاحوال المصرح بها قانوناً.....".

(2) نصت المادة "310" من قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937، المعدل بالقانون رقم 141 لسنة، 2021، على أن " كل من كان من الاطباء أو الجراحين أو الصيدالدة أو القوابل أو غيرهم مودعاً اليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي ائتمن عليه فأفشاءه في غير الاحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور.....".

(3) نصت المادة "11-226"، من قانون العقوبات الفرنسي ذي الرقم "683-92"، 1992، على: يعاقب بالحبس لمدة عام أو بغرامة.. كل من افشى معلومات ذات طبيعة سرية بحكم وظيفته او بسبب مهمة مؤقتة....

(4) ينظر: د. معتز نزيه، الالتزام بالسرية والمسؤولية المدنية دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص378.

(5) ينظر: د. معتز نزيه، مصدر سابق، ص381.

(6) ينظر: سعيد علي أحمد رمضان، المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسرية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة المنصورة، 2006، ص30.

(7) ينظر: د. هدى محمد عبد الرحمن، دور المُحكَّم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، مصدر سابق، ص208 د. محمد عبد الخالق الزعبي، مصدر سابق، ص159.

مقتضيات التحكيم وطبيعته، إذ إنه يمتد إلى ما بعد صدور حكم المُحكِّمين، ويشتمل على كل ما يتعلق بالنزاع وأطرافه إلا أنه ليس التزاماً مطلقاً، ولا يتعلق بالنظام العام الأمر الذي يمكن القول معه إنه يجوز إعفاء المُحكِّم منه كما أن ذلك الإعفاء قد ينص عليه في القانون<sup>(1)</sup>.

وواجب الالتزام بالسرية في التحكيم له عدة مواضع من الضروري على المُحكِّم أن يقوم بمراعاتها وإلا تعرض الحكم الصادر عنه للإبطال، منها القيام بإجراءات التحكيم، وأن تتسم تلك الإجراءات بطابع السرية حتى وإن لم تنص القوانين على ذلك لأنها من الأعراف التحكيمية التي من الضروري أن يتم مراعاتها في التحكيم الداخلي والدولي فضلاً عن ذلك إصدار التحكيم وتسليمه للأطراف مع عدم جواز نشر حكم التحكيم إلا بعد موافقة أطراف النزاع<sup>(2)</sup>.

وبالانتقال إلى مجال إبرام السرية يلاحظ الباحث أنه في أغلب الأحوال تأتي تبعاً لعلاقة تعاقدية أخرى تربط بين الأطراف الأمر الذي يترتب معه أن يتم تداول معلومات أو وقائع أو بيانات أو أبحاث لها طبيعة سرية فيشترط أحد الأطراف على الآخر أن يتم إبرام اتفاق السرية من أجل ضمان حفظ سرية تلك المعلومات والوقائع وعدم القيام بإفشائها للغير.

ومما سبق يمكن للباحث القول بأن التزام المُحكِّم بعدم إفشاء أي معلومات تتعلق بالنزاع المعروف أمامه فضلاً عن كونه التزاماً قانونياً يعدُّ كذلك التزاماً أخلاقياً ينبع من الثقة التي وضعها الخصوم في ذلك المُحكِّم والذين ينتظرون منه أن يقوم بحفظ كافة المعلومات والبيانات والوقائع التي وصلت إلى علمه أثناء قيامه بالمهمة التحكيمية الموكول بها وفق اتفاق الأطراف على اختيارهم له وقبوله بتلك المهمة .

ولا يتم النص في أغلب الأحوال في العقود على الالتزامات الأخلاقية بل إنها ترجع إلى أخلاق المُحكِّم ولا بد من أن يتم فرضها عليه دون الحاجة إلى نص يبينها أو يحددها، ومن تلك الالتزامات أن يقوم بالمحافظة على المستندات التي تم تقديمها إليه حتى بالنسبة لمساعديه أو من يقومون على مؤسسة التحكيم التي يعمل بها، ويمتد ذلك الالتزام إلى أن يقوم المُحكِّم بالمحافظة على أسرار الخصوم والمعلومات والبيانات والوقائع التي تصل إلى علمه بمناسبة توليه مهمة التحكيم في النزاع الذي يتعلق بالفسخ الجزئي للعقد التجاري الدولي<sup>(3)</sup>.

ويعدُّ الالتزام بالسرية المفروض على المُحكِّمين واجباً وحقاً يقومون بممارسته إزاء الأطراف، وعلى أي مؤسسة تحكيم تكون مشاركة وخاضعة للمراجعة من قبل المحاكم

(1) ينظر اسامة احمد الهواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص47.

(2) ينظر: د. مصطفى ناطق صالح، المُحكِّم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، 2013، ص 164.

(3) ينظر د. كرم محمد زيدان، المركز القانوني للمحكم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص249.

والأطراف في التحكيم، ويعد ذلك الواجب الذي يتم فرضه على المُحكِّمين حقاً متأسلاً في الوظيفة القضائية مثل ما هو الحال مع مبدأ أن كافة المداولات والقرارات التي يتم إجراؤها بين المُحكِّمين لا بد أن تظل سرية<sup>(1)</sup>.

والملاحظ أن كافة النصوص التي فرضت الالتزام بالسرية خاطبت المُحكِّم بالدرجة الأولى، وذلك على أن المُحكِّم هو ربان السفينة وهو الذي يكون معنياً بإتمام مهمة التحكيم بنجاح عن طريق قيامه بالمحافظة على سرّيته، مثلما تضمنت ذلك قواعد السلوك بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وحتى النصوص التي تضمنتها قواعد السلوك التحكيمية قد أشارت إلى أن الالتزام بالسرية يكون فيه المُحكِّم هو أول المطالبين باحترامه، لذلك فإن إخلال المُحكِّم بالالتزام بالسرية يتطلب مسؤوليته وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية وذلك لأن عقد التحكيم المبرم بين المُحكِّم وطرفي المنازعة يوجب عليه أن يحافظ على سرّيته وألا يقوم بإفشاء المعلومات والبيانات التي وصلت إلى علمه<sup>(2)</sup>.

كما اكدت على الالتزام بالسرية القوانين ولوائح مراكز التحكيم والاتفاقيات الدولية، إذ يعد الالتزام بالسرية من أهم قواعد التحكيم، الأمر الذي جعل قاعدة السرية تمتد بصورة واسعة بين المُحكِّمين أثناء ممارستهم للتحكيم الأمر الذي لاقى قبولاً عند العديد من الفقهاء، بينما لم يتناولها جانب آخر من الفقه في كتاباتهم، وفي المقابل وفيما يتعلق بالمواد القانونية فقد استقر الحال على أن الذين قاموا بوضع تلك القاعدة لم يقوموا بمعالجة موضوع السرية إلا بصورة محدودة وناقصة، بيد أنه لا يوجد ثمة قانون أو لائحة تقوم بفرض الالتزام بسرية التحكيم ويبدو هنا أن القرينة الضمنية تقابل بالرفض من خلال القرارات الحديثة للمحاكم وحتى من خلال الخصوم أنفسهم في التحكيم على سرية الحكم الصادر في التحكيم في المادة 2/44 والتي نصت على أنه "ولا يجوز نشر حكم التحكيم أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم"<sup>(3)</sup>.

أما عن موقف التشريعات الوطنية من الالتزام بالسرية، يبدو أنها لم تأخذ موقفاً موحداً حيال قاعدة التزام المُحكِّم بالسرية في النزاعات التي يتم عرضها عليها، فهناك من القوانين من

(1) ينظر: د. مصطفى ناطق صالح، المُحكِّم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص 167.  
(2) ينظر: علي إسماعيل دياب، موسوعة المُحكِّم في التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية "شروطه- تعيينه- التزاماته- حقوقه- سلطاته- مساءلته" في ضوء القانون المصري وأحدث القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية ومراكز التحكيم العالمية، ط1، دار الفتح للطباعة والنشر، عمان، 2015، ص 187.  
(3) ينظر: أبو العلا علي أبو العلا النمر، المركز القانوني للمُحكِّم في خصومة التحكيم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 114.

تناولت النص على الالتزام بالسرية صراحة، ومنها من تناوله بصورة ضمنية<sup>(1)</sup>، واخرى لم يتم فيها الإشارة إلى ذلك الالتزام سواء من بعيد أو قريب<sup>(2)</sup>، وتم ترك ذلك الأمر لحرية الأطراف، حتى أن القوانين التي تناولت التزام المحكم بالسرية بصورة صريحة لم تشمل كافة مراحل العملية التحكيمية بل إنها اقتصرت على بعض القوانين على مرحلة من التحكيم دون الأخرى الأمر الذي جعل الالتزام بالسرية منقوصاً، ويخضع للتأويل والتفسير.

وفيما يخص موقف المشرع العراقي بشأن الالتزام بالسرية في جلسات التحكيم من عدمه فلم يوجد نص في قانون المرافعات المدنية يشير الى ذلك، وقد ترك المشرع المصري نطاقاً كبيراً من المرونة بالنسبة لما يتعلق بأمور الجلسة ومنها سرية أو علنية<sup>(3)</sup>، ولعل سكوت المشرع المصري قد جاء تائراً بالأعمال القانونية الدولية التي أخذ عنها، ومنها القانون النمطي للتحكيم التجاري لعام 1985 وفق نص المادة "1/24" والتي نصت على أنه "لا يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم أن تأمر أيّاً منها باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع" وذلك هو ذاته موقف القانون الفرنسي في هذا المجال قد ميّز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، فالتحكيم الداخلي بحسب القانون الفرنسي موضع لقرينة السرية التي جاء بها المرسوم رقم 48 والذي صدر في عام 2011، كما تنص المادة 1464 الفقرة الثانية من تقنين الإجراءات القانونية، وحيثما لا يملك الأطراف طريقاً آخر بخلاف التحكيم، ومنذ ذلك التعديل لم ينفك المشرع الفرنسي عن التمييز بجلاء بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، فضلاً عن ذلك فإن الكتاب الرابع من تقنين الإجراءات المدنية ينقسم إلى جزأين متميزين، تناول الجزء الأول موضوع التحكيم الداخلي، وتناول الجزء الثاني التحكيم الدولي<sup>(4)</sup>، ولعل هذا الحد الفاصل بين التحكيم الداخلي والدولي قد تم تأكيده صراحة في الحكم الصادر عن محكمة التحكيم التي أنشأتها غرفة التجارة الدولية، ففي ذلك الحكم رفضت المحكمة قرينة مبدأ السرية في

(1) ينظر نص المادة "25" من قانون التحكيم المصري، كما ينظر أيضاً نص المادة "1464" من المرسوم رقم 48 الذي صدر به قانون التحكيم الفرنسي لسنة 2012. نص المادة "24" من قانون التحكيم الاردني رقم 31 لسنة 2001، المعدل بالقانون رقم 16 لسنة 2018.

(2) عالج المشرع العراقي المسائل المتعلقة بالتحكيم في قانون المرافعات المدنية وتحديداً من المادة 251 الى المادة 276، فلم يجد الباحث بين طيات هذه النصوص ما يشير الى اعتماد السرية في اجراءات التحكيم. وتجدر الإشارة الى انه تم اعداد مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لسنة 2011، لكنه لم يرى النور الى الآن، لذا يدعوا الباحث المشرع العراقي الى اصدار هذا القانون ليكون علاجاً لكثير من المسائل التي تتعلق بالتحكيم التجاري لكون نصوص قانون المرافعات لا يمكن لها ان تعالج هذه الاشكاليات.

(3) ينظر: ياسر عبد الهادي مصيلحي سلام، أثر الخطأ في إجراءات التحكيم على حكم التحكيم، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2011، ص255.

(4) ينظر: امينة الخياط، القانون المطبق على العقد الدولي دراسة في القانون الخاص المغربي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة محمد الخامس، 2009، ص312. د. عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص53.

التحكيم الدولي الأمر الذي يمكن القول معه إنه يكون لتلك القاعدة موقعها من الاحترام في فرنسا في التحكيم الداخلي وهو ما لا يفترض في النوع الآخر من التحكيم وهو التحكيم الدولي<sup>(1)</sup>.

اما عن موقف المشرع المصري لم يتم النص فيه على السرية كقاعدة يلتزم بها المحكمون يتم بها تغطية إجراءات التحكيم كافة في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1999، وعلى الرغم من عدم وجود نص صريح ينص على السرية في إجراءات التحكيم إلا أن تلك السرية يمكن للباحث أن يجدها فيما تم النص عليه في المادة "25" من القانون والتي نصت على أنه "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة"، ويتعلق ذلك النص بالحق في تحديد الإجراءات التي يتم اتباعها عند قيام المحكمين بالنظر في النزاع المعروض ووفقا لذلك يكون للأطراف الحق في أن يتفقوا على سرية إجراءات التحكيم وجلساته، وفي حالة إن لم يتفق الأطراف على ذلك فإنه يحق لهيئة التحكيم ومع مراعاتها لأحكام هذا القانون أن تنتظر في خيار السرية أو العلنية، وتقرر ما يكون أكثر مصلحة للأطراف التي تحكم بينهم.

وهذا الموقف هو ذاته موقف المشرع الفرنسي في المرسوم رقم "48" لعام 2012 بشأن قانون التحكيم الفرنسي الجديد والذي منح محكمة التحكيم السلطة الكاملة في أن تأمر بالقيام باتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية مع حقها في تعديل أو تكملة الإجراء الوقي أو التحفظي الذي تم النص عليه في المادة 1468 من قانون المرافعات، وإن كان يوجد اختلاف واضح بين التشريع المصري والفرنسي في ذلك الشأن<sup>(2)</sup>.

أما القواعد التي وضعتها الأمم المتحدة في عام 1976 فقد جاءت أكثر تفصيلاً، إذ نصت في المادة 4/25 منها على أنه "تكون جلسات المرافعة شفوية وسماع الشهود مغلقة ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ولهيئة التحكيم أن تطلب من أي شاهد أو أي عدد من الشهود الخروج من قاعة الجلسات أثناء إدلاء شهود آخرين بشهادتهم ولها حرية تحديد الطريقة التي يستجوب بها

(1) ينظر: د. علاء النجار حسنين احمد، نطاق الالتزام بالسرية في التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار التعليم الجامعي للنشر، 2018، ص42. وينظر كذلك: د. حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2004، ص22.

(2) ينظر: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، مجلة التحكيم العربي، العدد الثامن عشر، 2012، ص49.

الشهود"، وقد أضافت إلى ذلك سرية التحكيم في نص المادة "5/32"، إذ نصت في تلك المادة على أنه "لا يجوز نشر قرار التحكيم إلا بموافقة الطرفين"<sup>(1)</sup>.

أما فيما يتعلق بالقانون النموذجي للتحكيم الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي في عام 1985، فإنه لم يتم الإشارة من قريب أو من بعيد إلى الالتزام بالسرية، وإن كان قد منح هيئة التحكيم السلطة في اتخاذ تدابير مؤقتة تكون ضرورية لموضوع النزاع مثل أن يتم منع أحد الأطراف من أن يقوم بإفشاء سرية أي من المستندات التي يقدمها الأطراف إلى هيئة التحكيم بناءً على طلب الطرف الآخر إذ تم النص في هذا القانون في المادة 17 منه على أنه "يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر أياً من الطرفين بناءً على طلب أحدهما باتخاذ أي تدبير وقائي مؤقت تراه ضرورياً بالنسبة إلى موضوع النزاع مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ولهيئة التحكيم أن تطلب من أي الطرفين تقديم ضمان مناسب فيما يتصل بهذا التدبير"<sup>(2)</sup>. يبدو للباحث من خلال ذلك ان القانون النموذجي للتحكيم لم يتضمن بين طياته اي نص يشير وبشكل صريح الى الالتزام بالسرية التي يجب على المحكم مراعاتها عند النظر في منازعات الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية التي يحاول الاطراف المحتكمين تحقيقها للحفاظ على اسرارهم التجارية، ولكن ومن خلال ما ورد في قواعد الأونسيترال، يتضح للباحث أيضاً ان السلطة التي منحت لهيئة التحكيم في منحها الحق في اتخاذ التدابير المؤقتة والضرورية لموضوع النزاع أنها أخذت بمبدأ سرية إجراءات التحكيم واستفاضت في ذلك حتى فيما يتعلق بسماع الشهود على أن تكون في جلسات مغلقة قبل سماع المرافعات، كما أكدت على أنه لا يجوز نشر الحكم الأمر الذي يدل على الالتزام بالسرية الذي تفرضه.

كما تناولت العديد من المنظمات الدولية جوانب التحكيم المختلفة فالقواعد النموذجية "UNCITRA" نصّت على أنه "الاستماع يجب أن يتم تسجيله بالكاميرا أو أن المُحكّمين يجوز لهم استبعاد أشخاص معينين من جلسة الاستماع من أجل الحفاظ على الخصوصية حتى الإجراءات حيث نجد أن الخصوصية يتم حمايتها، ولكن السرية لا تتم حمايتها"<sup>(3)</sup>.

(1) ينظر: د. عبد الحميد الأحذب، اتجاهات تعديل قواعد تحكيم الأونسيترال في ضوء متطلبات الممارسين، مجلة التحكيم العربي، العدد العاشر، 2007، ص39.

(2) ينظر: زكريا محمد صالح السراجي، المركز القانوني للمُحكّم في التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والفقهاء الإسلاميين، أطروحة دكتوراه، مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2010، ص448.

(3) ينظر د. سميحة مصطفى القليوبي، المنظمات الدولية " لاتفاقيتي الامم المتحدة في شأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة والقانون النموذجي للتحكيم التجاري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص136. د. حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق ص47.

أما فيما يتعلق بالقواعد الدولية أو المؤسسية فإن قواعد التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس عام 2012 لم يتم النص فيها على قاعدة عامة حول السرية لأن واضعي تلك القواعد لم يدخلوا في نقاش حول ذلك الأمر وبرغم أن المادة 3/22 من قواعد ICC، قد منحت هيئة التحكيم السلطة في القيام باتخاذ التدابير التي تراها مناسبة لحماية التجارة والمعلومات السرية إلا أن تلك القواعد تختلف وفق رغبة الأطراف وما يتم النص عليه في القوانين المحلية.

## الفرع الثاني

### تشكيل هيئة التحكيم في منازعات الفسخ الجزئي

إن القائم بمهمة التحكيم إما أن يكون شخصاً واحداً أو يكون أكثر من شخص فعندئذ يسمى هيئة التحكيم، ولكن ماهي الطريقة أو الكيفية التي تشكل بها تلك الهيئة التي تنتظر في منازعات الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية<sup>(1)</sup>، في الحقيقة إن هيئة التحكيم يمكن أن تتشكل بطريقتين الأولى عن طريق الخصوم أنفسهم وبشكل مباشر، أما الطريقة الثانية فأنها تتم عن طريق غير الخصوم، كما لو اتفق الأطراف على التحكيم دون أن يتفقوا على اختيار المحكم أو على طريقة اختياره سواءً أكان ذلك في اتفاق التحكيم أم في اتفاق لاحق، فهنا يلجأ الأطراف إلى مراكز التحكيم لتتولى تلك الأخيرة تشكيل تلك الهيئة<sup>(2)</sup>، وللإحاطة بتفاصيل هذه الطرق سيقسم الباحث هذا الفرع على فقرتين يبين في الفقرة الأولى قيام الخصوم باختيار هيئة التحكيم، أما الفقرة الثانية يتناول فيها تشكيل هيئة التحكيم عن طريق غير الخصوم وعلى النحو الآتي:

#### أولاً: قيام الخصوم باختيار هيئة التحكيم

يحق لأطراف النزاع أن يقوموا باختيار هيئة التحكيم والتي يتم تشكيلها إما من مُحكم فرد أو من مُحكمين متعددين، ويعد ذلك هو الأصل بالنسبة لأطراف النزاع لأنه يستجيب إلى الهدف الذي يريده الخصوم من عرضهم للنزاع أمام هيئة التحكيم<sup>(3)</sup>.

ويختار أطراف النزاع المُحكِّمين مباشرة، ويتم هذا الاختيار بصورة نزيهة مع مجموعة من الاعتبارات التي يقدِّرها ذوو الشأن أنفسهم، ومن خلال ذلك يثبت لهم الحق في اختيار هيئة التحكيم التي سوف تفصل في منازعات الفسخ الجزئي للعقد، والخصوم غير ملزمين بأن يتم الاختيار في اتفاق التحكيم لهيئة التحكيم، إلا أنه يجب على الأطراف في كافة الأحوال أن يحددوا على الأقل الطريقة التي سوف يتم بها اختيار هيئة التحكيم فيما بعد في حالة حدوث نزاع بينهم

(1) ينظر: د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص92. وينظر كذلك: د. عبد الحميد الاحدب، التحكيم، احكامه ومصادره، ط1، ج1، دار نوفل للنشر، بيروت، لبنان، 1990، ص76.  
(2) ينظر: د. صادق محمد الجبران، التحكيم التجاري الدولي وفقاً للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1978، بحث في قانون التجارة الدولية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص89.  
(3) ينظر: د. مصطفى ناطق صالح، المُحكِّم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص200.

سواء من خلالهم أو من خلال هيئة أخرى، وذلك هو تحكيم الحالات الخاصة أي الذي يتم دون الإشارة إلى مؤسسة تحكيمية من البداية<sup>(1)</sup>.

وفي تلك الحالة يستلزم على أطراف النزاع أن يقوموا باختيار مُحكِّم أو مُحكِّمين، وفي أغلب الأحوال يتولى كل طرف من أطراف النزاع اختيار محكم، ومن ثم يقوم المحكمان بتعيين مُحكِّم ثالث يطلق عليه المُحكِّم الرئيس<sup>(2)</sup>، ويعتبر هو المُحكِّم المرجح الذي لا يقوم بأي ممارسة لأية صلاحيات، وليس له سوى الرئاسة، وجدير بالذكر أنه إذا اعتمدت الأطراف أسلوب هيئة التحكيم فلا بد أن تتكون تلك الهيئة من عدد فردي<sup>(3)</sup>.

وينبغي على الأطراف أن يشيروا في اتفاق التحكيم المبرم بينهم إلى كيفية معالجة بعض المشاكل التي قد تنثور بالنسبة لتعيين المحكم، ومنها عدم تعيين المُحكِّم من قبل أحد الأطراف أو امتناع أحدهم عن تسمية المحكم، أو أن المُحكِّمين الذين تم اختيارهم اختلفا في تعيين المُحكِّم الثالث إذ إنه في تلك الحالات يكون من الأفضل للطرفين أن يتم الاتفاق بينهم على ما يمكن عمله كأن يتفق الطرفان على أن جهة معينة أو شخص معين هو الذي يتولى تعيين المُحكِّمين، ويطلق على تلك الجهة أو ذلك الشخص سلطة التعيين إذ إنه يكون دوره تعيين المُحكِّمين الذين سوف يقومون بالفصل في النزاع بين الطرفين<sup>(4)</sup>.

وفي حالة قيام الأطراف بتفويض الغير في أن يختار المُحكِّمين سواء كان الذي تم تفويضه هو شخص عادي، أو هيئة، ومثال هذا الأخير أن يتم الاتفاق على التحكيم من خلال هيئة معينة طبقاً لنظام ولوائح تلك الهيئة فيتم اختيار المُحكِّم طبقاً للوائح تلك الهيئة إذا كانت تنظم اختياره للمُحكِّمين، أو تقوم بتحديد الوسيلة التي يتم اختيارها بها وفي حالة رفض المُحكِّم الذي تم اختياره من قبل تلك الهيئة أو كان هناك مانع يحول دون قيامه بذلك فإنه لا بد من إعمال قواعد تلك الهيئة في اختيار من يقوم مقامه<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، مصدر سابق، ص76.

(2) ينظر د. عامر فتحي البطاينة، مصدر سابق، ص76، وينظر كذلك: د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص136.

(3) Omar M.H. Aljazy, PhD MCIArb, Conference on Aspects of International Arbitration in the Law and Practice of Arab Countries, Session III "The Reception of New Legislation and International Standards on Arbitration: The Role of the Legislator and State Courts", June 13 th 2007, Cour de Cassation, Paris-France p7.

(4) ينظر: د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص136.

(5) ينظر د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية، مصدر سابق، ص88.

ثانياً: تشكيل هيئة التحكيم عن غير طريق الخصوم:

قد لا يتم اختيار المُحكِّمين من الخصوم لأي سبب من الأسباب، وفي تلك الحالة يتصور أن يتم اختيار المُحكِّمين عن طريق اللجوء إلى مراكز التحكيم، إذ إن أطراف النزاع قد يفضلون الاتفاق على التحكيم لحل النزاعات التي قد تثور بينهم من خلال اللجوء إلى هيئة أو مركز التحكيم بما تشمله تلك الهيئة من لوائح داخلية تبين كيفية اختيار المُحكِّمين في أغلب الأحوال<sup>(1)</sup>.

وطبقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية نصّت المادة "2 / 2" منها على أنه "يمكن حسم الخلافات من قِبَل مُحكِّمٍ وحيد أو من ثلاثة مُحكِّمين" إما عن طريقة تعيين المُحكِّم الوحيد أو الثلاث مُحكِّمين الذي تم النص عليها في المادة سالفه الذكر فقد نصت الفقرة الثالثة على أنه إذا اتفق الطرفان على أن يقوم بالفصل في النزاع مُحكِّمٌ واحد فإن لها تعيينه باتفاق يعرض على الهيئة لإقراره فإذا لم يتم الاتفاق خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ الطرف الأخير بطلب التحكيم قامت المحكمة بتعيين المحكم.

أما الفقرة الرابعة من المادة ذاتها فقد نصت على أنه إذا كان الاتفاق على تعيين ثلاثة مُحكِّمين قام كل من الطرفين في طلب التحكيم، وفي الرد عليه بتعيين مُحكِّمٍ مستقل لإقراره من المحكمة، وفي حالة امتناع أحد الأطراف فإن التعيين يتم من قبل المُحكِّم على أن تتولى المحكمة تعيين المُحكِّم الثالث الذي تعهد إليه المحكمة برئاسة هيئة التحكيم ما لم يكن الطرفان قد خوَّلا المُحكِّمين المعيّنين من قبلهما اختيار المُحكِّم الثالث خلال مدة محددة، وفي تلك الحالة تتولى المحكمة إقرار تعيين المُحكِّم الثالث.

فضلاً عن ذلك فقد عالجت الفقرة الخامسة من المادة سالفه الذكر مسألة إغفال ذكر الطرفين في الاتفاق المبرم بينهم عدد المُحكِّمين، إذ إنه في تلك الحالة تقوم محكمة التحكيم بتعيين مُحكِّمٍ وحيد إلا في حالة إذا تبين للمحكمة أن الخلاف القائم بين الطرفين يستلزم تعيين ثلاثة مُحكِّمين، وفي تلك الحالة تطلب المحكمة من الطرفين تعيين المُحكِّمين خلال 30 يوماً<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث

#### سرعة الانتهاء لمنازعات الفسخ الجزئي

يلجأ الأطراف في منازعات الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية عادة إلى التحكيم التجاري والابتعاد عن القضاء العادي من أجل تبسيط إجراءات الفصل في النزاع محل التحكيم والحكم فيه على وجه السرعة ، كما تنص مراكز التحكيم الدولية على تحديد مدة قصيرة يجب خلالها

(1) PROFESSOR FRASER. DAVIDSON. OP,CIT, P161.SECTION 9.07.

مشار إليه لدى د. عكاشة محمد عبد العال ود. مصطفى الجمال، مصدر سابق ص188.

(2) ينظر: فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 142-143.

الفصل في النزاع<sup>(1)</sup> ، إذ يعدُّ عنصر السرعة من أهم المزايا التي يتمتع بها التحكيم التجاري، وهو من الاسباب التي ساعدت على انتشاره في العالم؛ وذلك لأن من يتولون الفصل في النزاع القائم بين الأطراف هم أشخاص عاديون متفرغون لهذا الأمر، وغير منشغلين بأمر أخرى تؤدي إلى عرقلة الفصل في النزاع وتأخير<sup>(2)</sup>.

بالإضافة إلى ذلك فإن ما يتميز به القضاء من كثرة إجراءات الطعن المتعددة التي لا توجد في نظام التحكيم التجاري<sup>(3)</sup>، وقد ذهب البعض إلى القول بأنه على أطراف النزاع أن يقوموا باختيار مُحكِّمين من ذوي الخبرة والاختصاص لما له من دور كبير في إنهاء منازعات الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية في أسرع وقت ممكن<sup>(4)</sup>، كما أن الخبرة والكفاءة والتخصص كقاعدة عامة لا تعدُّ شرطاً رئيساً لاختيار المُحكِّم أو هيئة التحكيم ما لم يشترط طرفا النزاع ذلك إذ إن صفة المُحكِّم وفقاً لرأي الفقه مسألة جوهرية<sup>(5)</sup>.

ويلاحظ أن لجوء الأطراف إلى التحكيم في المنازعات التجارية يرجع إلى توافر التخصص والمهنية في المجال الذي يقوم به المُحكِّم عند قيامه بحسم النزاع، ويعد ذلك عنصراً جوهرياً للوصول إلى الحل العادل للحكم التحكيمي الذي ينال رضا الأطراف المتنازعة.

#### الفرع الرابع

#### كفالة حق الدفاع لمنازعات الفسخ الجزئي

يعدُّ حق الدفاع من أهم الأسس التي يقوم عليها التحكيم إذ إن الدفاع يعني منح الفرصة والحرية كاملة لكلا طرفي النزاع لكي يتمكنوا من تقديم كل ما تحت أيديهم من أدلة وأقوال فضلاً عن منحهم الفرصة الكاملة والوقت اللازم لكي يحضروا الشهود واستدعاء الخبراء وغير ذلك من الأمور التي يفترض أن تقوم على أسس واضحة، كما لو كان النزاع معروضاً على القضاء

(1) ينظر د. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، مصدر سابق، ص 364. وينظر كذلك: اسامة احمد الحواري، مصدر سابق، ص 47.

(2) ينظر: د. زيد بن عبد الكريم الزيد، مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي، المعهد العالي للقضاء، الرياض، 1424 هجرية، ص 4.

(3) ينظر: د. عمران علي السائح، أهمية التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة جامعة الزيتونة، العدد الثاني، ليبيا، 2012، ص 36.

(4) ينظر: د. محمد سليم العوا، تكوين هيئة التحكيم وأهمية العنصر الفني في عضويتها، مجلة التحكيم العالمية، العدد 25، منشورات الحلبي الحقوقية، 2015، ص 44.

(5) ينظر: د. محمد مصطفى عبد الصادق، الخلفية الثقافية والقانونية للمُحكِّم ومدى تأثيرهما على الدعوى التحكيمية، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت العدد الرابع المجلد 39، 2015، ص 297.

لا سيما ما يتعلق بأمر التبليغ إذ يتمكن طرفا النزاع أن يعرف ما قدمه الطرف الآخر من أدلة ومستندات حتى يتمكن من الرد عليها في الوقت اللازم<sup>(1)</sup>.

والواقع من الأمر أن حقوق الدفاع التي يجب كفالتها لأطراف المنازعة المطروحة على التحكيم وبالنظر الى طبيعة هذا النظام لا ترتبط بقانون معين بل هو ذات معنى عالمي جوهره أن يعامل الخصوم على قدم المساواة، وان يكفل لهم على هذا النحو حق سماع دفاعهم في كل ما يتعلق او يثار في منازعات الفسخ الجزئي للعقد إذا ما توافرت شروطه، سواء من حيث ضرورة سماع وجهة نظر كل منهما وتناول المذكرات وانعقاد الجلسات في مواعيد مناسبة والاطلاع على الوثائق وفحصها لبيان وجهة الحق في ما يدعيه الخصوم<sup>(2)</sup>.

ويتمثل مبدأ احترام حق الدفاع في ضرورة توجيه إعلان صحيح الى كل طرف في النزاع للحضور وتمكينه من شرح وجهة نظره وتفنيد دفاع خصمه، وليس معنى هذا أنه لا يجوز إصدار قرار التحكيم الا بعد سماع اقوال كل خصم على حدة وانما المقصود اتاحة الفرصة لكل خصم لتقديم دفاعه، فإذا لم يستعمل هذا الحق وأصر على الامتناع عن الحضور دون عذر مقبول بقصد عرقلة الاجراءات، فلا تتحقق مسؤولية المحكم في هذه الحالة إن اصدر القرار دون سماع اقواله أو في غيبته، ومع ذلك يتعين على المحكم ان يكون حريصاً فلا يصدر قرار التحكيم إلا بعد ان يتأكد من صحة الاعلان وعدم مقبولية الاعذار التي يطرحها من لم يحضر من الخصوم ومن واجبه أيضاً تمكين الأطراف من دعوة الشهود والاستعانة بالمحامين<sup>(3)</sup>.

وبالتالي فإن إخلال المُحكِّم بحق الدفاع يعرض القرار الصادر عنهم للبطلان في حال ثبوت إهدار المُحكِّم لحق الدفاع إذ أشارت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم إلى ذلك<sup>(4)</sup>، وقد جاء في القواعد التي وضعتها لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة في المادة الخامسة عشر على أنه مع مراعاة أحكام هذه القواعد لهيئة التحكيم ممارسة التحكيم بالكيفية التي تكون مناسبة بشرط أن تعامل الطرفين على قدم المساواة وأن تهيئ لكل منهما في كافة مراحل الإجراءات الفرصة الكاملة لعرض القضية<sup>(5)</sup>، كما نصّت المادة 18 من القانون النموذجي للتحكيم على ضرورة معاملة طرفي النزاع على قدم المساواة، وأن تهيئ لكل منهما الفرصة الكاملة ليعرض قضيته.

(1) ينظر د. علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 62.

(2) ينظر د. ابو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1986، ص 118.

(3) ينظر د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 244.

(4) ينظر: د. احمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض " التمييز " عليه، مصدر سابق، ص 193.

(5) ينظر: د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص 177.

أما الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 فإنها لم تشر إلى ذلك بشكل صريح أو ضمني، بل سكتت عن الإشارة إليه، وعند الاطلاع على الأسباب التي يتم من خلالها إبطال قرار التحكيم والمنظمة في المادة 24 من الاتفاقية، فلا يوجد هناك مكان لمبدأ احترام حق الدفاع والمساواة بين الأطراف في إجراءات التحكيم إذ إن ذلك المبدأ معترف به ومستقر في التحكيم الدولي، وعدم النص عليه لا يعني إنكاره<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني

#### سلطة المحكم في تطبيق قواعد مراكز التحكيم

للمحكم سلطة في تطبيق القواعد التي يتم النص عليها في قواعد مركز التحكيم، وتتنوع سلطة المحكم في مراكز التحكيم فله سلطة في مجال الإثبات، كما يتمتع بصلاحيات أو سلطة في تطبيق المبادئ الأساسية في التقاضي في المسائل التي تتعلق بالفسخ الجزئي، فضلاً عن سلطته في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، لذلك سيقسم الباحث هذا المطلب على ثلاثة فروع يبين في الأول سلطته في الإثبات، أما الفرع الثاني يبين فيه سلطة المحكم في تطبيق المبادئ الأساسية في التقاضي، أما الثالث سيخصصه لسلطة المحكم في تنفيذ الالتزامات التعاقدية وعلى النحو الآتي:

#### الفرع الأول

##### سلطة المحكم في مجال الإثبات

يتمتع المحكم بصلاحيات يستمدّها من اتفاق التحكيم المبرم بين أطراف النزاع، والمحتكمون لهم الحرية في الاتفاق على طرق الإثبات وأدلتهم والقانون الذي يحكمه وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك يقوم المحكم باختيار القانون الذي يراه ملائماً أو يتفق مع المحكمين على طرق الإثبات والأخذ بما يصلح من أدلة<sup>(2)</sup>.

كما للمحكم سلطة تقديرية في أن يتخذ إجراءً من إجراءات الإثبات أو عدم الحاجة لاتخاذها ولكن ذلك بشرط أن يبين المحكم أسباب رفضه لذلك الإجراء في الحكم، وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن هيئة التحكيم لا تلتزم في سماع الشهود، ويبقى من صلاحياتها أن ترفض ذلك في حال أن رأت هيئة التحكيم أن سماع شهادتهم غير منتج في الدعوى، وله السلطة الكاملة في أن يعدل عما أمر به من إجراءات فإذا أمر المحكم باتخاذ إجراء من الإجراءات للتحقيق فإنه

(1) ينظر: د. صادق محمد الجبران، التحكيم التجاري وفقاً للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري مصدر سابق، ص37.

(2) ينظر: د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، دراسة تحليلية وفقاً لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة، مصدر سابق، 1998، ص283، 285.

لا يكون ملزماً بإصدار حكم بذلك، وذلك شريطة أن يبين المحكم الأسباب التي دفعته للعدول عما أمر به من إجراءات في محضر الجلسة<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني

#### تطبيق المحكم للمبادئ الأساسية في التقاضي

نصت قواعد مراكز التحكيم على مراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي، وبالتالي فإنه على المحكم أن يلتزم بمراعاة تلك المبادئ أثناء نظره للنزاع، فعليه المساواة بين الخصوم عند نظره منازعات الفسخ الجزئي للعقد، إذ تعد المساواة بين الخصوم من أهم المبادئ التي يلتزم بها المحكم أثناء نظره للنزاع المعروض عليه<sup>(2)</sup>، ويعد مبدأ المساواة بين الخصوم من المبادئ التي تنص عليها القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية، وهذا المبدأ قد يكون موضوعياً أي أنه يخص الأطراف المتنازعة في أشخاص، كما قد يكون إجرائياً وذلك من خلال إعطاء الخصوم الفرصة المتساوية عند إبداء دفاعهم<sup>(3)</sup>.

أما عن موقف التشريعات الوطنية من مبدأ المساواة بين الخصوم، فلم يجد الباحث في قانون المرافعات المدنية العراقي نصاً يعالج هذا المبدأ صراحة باعتباره القانون المعني بتنظيم مسائل التحكيم لعدم وجود قانون مختص بالتحكيم، سوى مشروع قانون التحكيم العراقي الذي لم يرى النور إلى الآن، وهو امرٌ منتقد لما لهذا القانون من أهمية عملية في الوقت الحاضر وخصوصاً ان العراق اخذ يتجه في هذا الوقت نحو الانفتاح على العالم وما يرافق ذلك من منازعات تحتاج الى نصوص قانونية خاصة بالتحكيم لعلاجها لكون القواعد الوطنية لا يمكن ان توفر الحلول المطلوبة، اما عن موقف المشرع المصري يبدو انه كان حريصاً على ضرورة احترام هيئة التحكيم لهذا المبدأ، وما يؤكد هذا التوجه ما نصت عليه المادة "26" من قانون التحكيم بالقول " يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتُهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه"<sup>(4)</sup>.

اما عن موقف المشرع الفرنسي من تنظيم مبدأ المساواة بين الخصوم فهو الآخر نص على هذا المبدأ حرصاً منه عليه، فقد نصت المادة "1510" من قانون التحكيم الفرنسي على انه

(1) ينظر: عبد الله محمد المحاميد، القيود الواردة على نظام التحكيم التجاري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2018، ص39.

(2) ينظر د. محمود مختار بريري، مصدر سابق، ص97.

(3) ينظر: د. كرم محمد زيدان النجار، مصدر سابق، ص230.

(4) يقابلها نص المادة "25" من قانون التحكيم الاردني الذي نص على انه " يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتُهيأ لكل منهما فرصة كاملة ومتكافئة لعرض دعواه أو دفاعه"

بغض النظر عن الاجراءات المقررة يجب على هيئة التحكيم أن تضمن المساواة بين الأطراف وتحترم مبدأ المعارضة".

كما تعد المواجهة من الأمور الجوهرية في التقاضي أي إجراء سير الخصومة في مواجهة الخصوم أي أنه من واجب المُحَكِّم أن يطلع الطرف الآخر من الخصومة بما يقوم الطرف الآخر بتقديمه؛ والهدف من ذلك يكمن في التزام المُحَكِّم بالحد الأدنى من الأمانة، ومراعاة عدم مفاجأة أطراف النزاع بتكييف جديد للوقائع<sup>(1)</sup>.

كما يجب على المحكم احترام حق الدفاع بالنسبة لأطراف العقد من خلال منح المدعي في أن يقوم بإبداء دفاعه، وحق المدعى عليه في أن يرد على الدعوى المرفوعة ضده، وتطبيقاً لذلك عليه القيام بإعلان الخصم إعلاناً صحيحاً على النحو الذي يفرضه القانون الواجب التطبيق، فضلاً عن قيامه بإخطار الخصم بالوقت المحدد للتحكيم قبلها بوقت كافٍ لكي يتمكن من الحضور ويبيد دفاعه، مع ضرورة القيام بعقد مرافعة شفوية في حالة إذا طلب أحد الخصوم حتى يوضح موقفه ويقوم بعرض حججه.

وعلى المُحَكِّم أن يتسم بالحياد والاستقلالية أثناء نظره للنزاع وعدم انحيازه إلى جانب على حساب الآخر سواءً أكان ذلك بسبب علاقة معينة بينه وبين ذلك الطرف كعلاقة مودة أو علاقة عداوة، كما أنه يجب على المُحَكِّم أن يصرح حول ما قد يثير الشكوك حول حياده أو استقلاله عند نظره في النزاع<sup>(2)</sup>.

كما يعد تسبب الحكم من المبادئ التي يجب على المحكم الالتزام بها عند نظره في منازعات الفسخ الجزئي، من خلال تقديم كافة الحجج القانونية والواقعية التي قام باعتمادها عند إصداره للحكم، فالحكم الصادر عن المُحَكِّم من الضروري أن يكون مسبباً إلا إذا اتفق الطرفان على غير ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذلك<sup>(3)</sup>.

وقد ذهب بعض الفقه إلى ضرورة تسبب الحكم، وذلك لأن حكم المُحَكِّم من ناحية الشكل يخضع لشكل الأحكام القضائية وبالتالي فإن تسبب الحكم يعد ضماناً مهمة للخصوم؛ وذلك لأنه يقوي الحكم ويحميه من البطلان لعدم التسبب<sup>(4)</sup>.

(1) ينظر: د. أزهر سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، دون سنة نشر، ص197.

(2) ينظر: د. وائل أنور بندق، موسوعة التحكيم-الاتفاقيات الدولية وقوانين الدول العربية، ط2، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009، ص254.

(3) ينظر: د. نبيل إسماعيل عمر، مصدر سابق، ص319.

(4) ينظر: د. عبد الحميد الاحدب، مصدر سابق، ص316، وينظر كذلك: د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الادارية والمدنية والتجارية، مصدر سابق، ص117.

وقد اوجب قانون المرافعات المدنية العراقي وفقاً لحكم المادة "2/270" ، ان يكون حكم التحكيم مسبباً، من خلال نصه على انه" يجب ان يشتمل القرار بوجه خاص على ملخص اتفاق التحكيم واقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب القرار ومنطوقه والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره وتوقيع المحكمين"، كما اوجب المشرع المصري هو الآخر على هيئة التحكيم تسبيب الحكم الصادر عنها ، ويبدو ذلك واضحاً من خلال نص المادة "2/43" من قانون التحكيم التي نصت على أنه" يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر اسباب الحكم" (1).

كما أقرت مراكز التحكيم بضرورة إيداع الحكم بعد كتابته والتوقيع عليه لدى قلم كتاب المحكمة المختصة، وذلك بهدف تمكين الخصوم من الاطلاع على الحكم، والقيام بتنفيذه أو قيامهم بالطعن عليه، فالهدف من القيام بوضع الحكم تحت تصرف المُحكِّمين سواء للقيام بمباشرة إجراء التنفيذ أو القيام بمباشرة إجراءات دعوى البطلان.

### الفرع الثالث

#### التزام المحكم في تطبيق الالتزامات التعاقدية

بالإضافة إلى القواعد القانونية التي يتوجب على المُحكِّم القيام بتطبيقها فهناك أيضاً قواعد أخرى لا بد على المُحكِّم أن يراعيها عند قيامه بالحكم في النزاع المعروف عليه، إذ إن مراكز التحكيم تلزم المُحكِّم بأن يراعي الالتزامات الواردة في الاتفاق المبرم بين أطراف الخصومة التحكيمية، ويعدُّ هذا الاتفاق أساس العملية التحكيمية، لذلك سيبين الباحث تلك الالتزامات التي يفرضها الاتفاق من خلال الفقرات التالية وعلى النحو الآتي:

#### أولاً: مباشرة المُحكِّم لمهمة التحكيم بنفسه

طبقاً للعقد الموقع بين المُحكِّم وأطراف النزاع ووفقاً للثقة التي يضعها أطراف النزاع في المُحكِّم الذي قاموا باختياره ليفصل في النزاع القائم بينهم فإنه يستلزم على المُحكِّم أن يقوم بتولي مهمة التحكيم بنفسه حتى نهايتها، فالمُحكِّم هو من اختاره الخصوم فحتماً عندما قاموا باختياره فإنهم اختاروه لاعتبارات رأوا أنها تتوافر فيه الأمر الذي يكون معه المُحكِّم مجبراً على أن يباشر مهمة التحكيم بشخصه فلا يحق له أن يخذل أطراف النزاع ويعهد بتلك المهمة لمُحكِّم آخر لا يعرفه الخصوم ليقوم بالفصل في النزاع نيابة عنه(2).

(1) كما نص المشرع الفرنسي ضرورة تسبيب الحكم الصادر عن هيئة التحكيم من خلال نص المادة "1482" من قانون التحكيم الفرنسي التي نصت على انه" يعرض حكم التحكيم بإيجاز إدعاءات الأطراف ويجب ان يكون الحكم مسبباً".

(2) ينظر: د. وائل انور بندق، موسوعة التحكيم، الاتفاقيات الدولية وقوانين الدول العربية، مصدر سابق، ص258.

وبمجرد أن يبدأ المُحَكِّم مباشرة إجراءات الخصومة التحكيمية فإنه يجب عليه أن يلتزم بالاستمرار في مهامه التحكيمية ولا يمكنه الاعتزال عنها ما لم يكن هناك سبب جدي يمنعه من الاستمرار في عمله وإلا كان محلاً للمساءلة عن الإخلال بذلك تجاه الخصوم، ويعرض للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابت الأطراف نتيجة الإخلال بالالتزام المفروض عليه<sup>(1)</sup>.

#### ثانياً: التزام المُحَكِّم بتطبيق القانون المتفق عليه

أوجبت مراكز التحكيم على المُحَكِّم بمجرد قبوله لمهمة التحكيم أن يلتزم بكافة ما كلفه به الخصوم من إجراءات ومواعيد وقانون متفق عليه من قبل الخصوم، ويعد قيام المُحَكِّم بتطبيق القانون الذي تم الاتفاق عليه من قبل الأطراف سواءً على الإجراءات أو موضوع النزاع من الالتزامات التي تقع على عاتق المُحَكِّم فليس للأخير الحق في أن يعارض إرادة الطرفين لأن ذلك يعدُّ حقاً لهم وفق الاتفاق المبرم بينهم والذي هو مصدر سلطة المُحَكِّم في الوقت ذاته<sup>(2)</sup>.

كما لا بد على المُحَكِّم أن يقوم بإصدار الحكم الفاصل في الخصومة التحكيمية في الأجل الذي تم الاتفاق عليه بين الخصوم فلا يجوز له أن يتأخر عن ذلك الأصل دون أن يكون هناك سبب جدي، وفي حالة عدم اتفاق الخصوم على تحديد الأجل يجب على المُحَكِّم أن يصدر الحكم في بيان الأجل القانوني<sup>(3)</sup>.

وقد اوجب قانون المرافعات المدنية العراقية على هيئة التحكيم سواءً أكانت مؤلفة من محكم واحد أو عدة محكمين اصدار حكمها في النزاع المعروض في الوقت المتفق عليه، اما في الحالة التي لم تشترط فيها مدة معينة لصدور حكم المحكمين، اوجب المشرع اصداره خلال مدة معينة من تاريخ قبولهم للتحكيم، وذلك بدلالة المادة "2-1/262" من قانون المرافعات المدنية، إذ نصت الفقرة الاولى من المادة اعلاه على انه " إذا قُيِّدَ التحكيم، زال بمروره مالم يتفق الخصوم على تمديد المدة"، وقد نصت الفقرة الثانية على انه " إذا لم تشترط مدة لصدور قرار المحكمين، وجب عليهم اصداره خلال ستة أشهر من تأريخ قبولهم للتحكيم".

اما موقف المشرع المصري من المدة المحددة لإصدار حكم التحكيم الذي تنتهي به الخصومة كلها ، فهي تكون بحسب ما اتفق عليه الاطراف ، فإن لم يوجد اتفاق بهذا الشأن يجب على هيئة التحكيم اصداره خلال مدة سنة من تاريخ بدأ اجراءات التحكيم وتكون قابلة للتمديد

(1) ينظر: نبيل عبد الرحيم حياوي، مبادئ التحكيم، مؤسسة العاتك للنشر، القاهرة، 2007، ص145. د. عبد

الرحيم حاتم الحسن، التحكيم في الشريعة والقانون " دراسة مقارنة"، مصدر سابق، ص229.

(2) ينظر: د. كرم محمد زيدان النجار، المركز القانوني للمحكم، مصدر سابق، ص245.

(3) ينظر: د. حفيظة السيد حداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق،

ص302. ينظر: كذلك د. فتحي والي ، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق ، ط1، منشأة المعارف

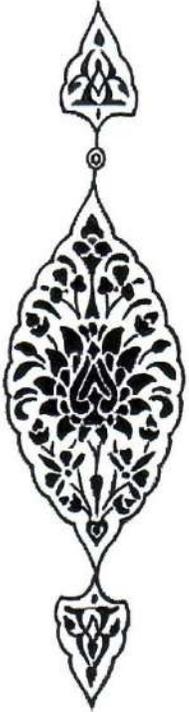
الإسكندرية ، 2007 ، ص 51

سنة اشهر اخرى<sup>(1)</sup>، وقد اشار قانون التحكيم الفرنسي الى ميعاد اصدار حكم التحكيم، من خلال المادة "1463"، والتي نصت على انه "إذا لم يحدد الاتفاق المدة، تكون مدة مهمة هيئة التحكيم هي ستة اشهر منذ احالة النزاع اليها، ويجوز مد المدة المتفق عليها أو المدة الشرعية باتفاق الاطراف أو من قبل القاضي المختص".

خلاصة القول تعد القواعد التي تطبقها مراكز التحكيم الدولي، قواعد موضوعية يلجأ المحكم الى تطبيقها في منازعات الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، ولا تعد مراكز التحكيم جهات قضائية وانما تمثل شخصاً معنوياً له كيان اداري يقوم بوضع كل جهوده وإمكانياته تحت تصرف أطراف النزاع في سبيل التوصل الى حلول مرضية لكلا الطرفين، لذلك تعد مراكز التحكيم بمثابة مؤسسة تحكيمية متخصصة بموجب قواعدها الخاصة، التي تتسم بطابع السرية التي يسعى اطراف العقد المراد فسخه جزئياً الى تحقيقها للمحافظة على اسرارهم التجارية، إذ اصبحت السرية من اهم ضوابط التحكيم، كما تعد الطريقة التي يتم بها اختيار هيئة التحكيم ضابطاً آخر يضاف الى السرية، وغالباً ما تتميز مراكز التحكيم بسرعة انتهاء النزاع وهو ما يميزها عن القضاء العادي الذي يحتاج حل النزاع فيه الى وقت طويل بسبب بطء الاجراءات، وقد تعطي مراكز التحكيم فرصة كافية للأطراف من اجل اثبات حقوقهم عن طريق ما يسمى بكفالة حق الدفاع، وتتنوع سلطة المحكم في مراكز التحكيم فله سلطة في مجال الاثبات، كما يتمتع بصلاحيات في تطبيق المبادئ الاساسية في التقاضي فعليه المساواة بين الخصوم عند نظره منازعات الفسخ الجزئي، لذلك تسهم ضوابط مراكز التحكيم وبشكل كبير في حل منازعات الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية.

(1) ينظر نص المادة 45 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1999.

# الخاتمة



## الخاتمة

بعد الفراغ من بحث موضوع الاطروحة هذه يبقى للباحث في نهاية المطاف كلمات أخيرة يخصصها لخاتمة هذا الموضوع، ليقف عندها على اهم النتائج التي توصل اليها واهم التوصيات التي يخرج بها.

### أولاً: الاستنتاجات:

1. أن الفسخ الجزئي في عقود التجارة الدولية لا يمكن الأخذ به مطلقاً، بل يتحقق في حالة الإخلال الجزئي في العقد الذي ينفذ دفعة واحدة إذا امكن تجزئته، وكذلك في عقود البيع التي يكون فيها التسليم على دفعات إذا ورد الخلل في دفعة وامكن فصلها عن باقي الدفعات، ويعد الفسخ الجزئي العلاج الأنسب لعقود التجارة الدولية بغية المحافظة عليها من الانهيار والزوال، لكونه يقدم حلاً مرضية لأطراف العلاقة العقدية من خلال إيجاد نوع من التوازن بين الاداءات التي يرتبها العقد.
2. أن نظرية انتقاص العقد تتماشى الى حد كبير مع عقود التجارة الدولية التي في الغالب تكون على قدر من الاهمية لكونها تتضمن مجموعة من الاداءات، فضلاً عن أن أطرافها ينتمون الى دول مختلفة في الغالب.
3. تعد فكرة خضوع الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية لقانون الإرادة ليس حديث النشأة وانما مر بمراحل وتطورات على مر العصور فهي قديمة قدم العلاقات التي تتم عبر الحدود وان التشريعات الحديثة سعت الى تأكيد حق الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم الفسخ الجزئي، كون الأخير يعد جزءاً للإخلال بالالتزامات التعاقدية التي تترتب على اطرافه، ولكن هذا المبدأ الذي أصبح من المبادئ المسلم بها في أغلب التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، لم يتبلور الا في نهاية القرن التاسع عشر في ظل المذاهب الفردية التي أكدت فيها فكرة سلطان الإرادة بوصفها تعبيراً عن الانعكاس القانوني للفلسفة الاجتماعية والاقتصادية السائدة .
4. أن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية يكون لحظة إبرام العقد، وذلك بموجب شرط صريح يدرج ضمن شروط العقد الأصلي أو بمقتضى اتفاق مستقل، أو أنه يتراخى الى مرحلة لاحقة على إبرام العقد، إذ يحق للأطراف في أي وقت الاتفاق صراحة على اختيار القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي، حتى وان كان ذلك في مرحلة متأخرة وبعد عرض النزاع الذي نشأ بينهم على المحكمة المختصة، كما يحق للمتعاقدین تعديل

القانون المختار في أي فترة لاحقة على إبرام العقد على أن لا يترتب على ذلك التعديل أي ضرر للغير، أو المساس بصحة العقد الذي يجري تعديل اختيار القانون الذي يحكمه.

5. أن حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، ليست مطلقة وإنما مقيدة بقيود عديدة منها قيد النظام العام في دولة القاضي المعروض أمامه النزاع، إذ يستطيع الأخير استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو جزء منه متى تبين أن هذا القانون فيه مخالفة للنظام العام في دولته، حتى وإن تم اختياره باتفاق الأطراف، كما يوجد قيد آخر وهو الغش نحو القانون، خصوصاً في الحالات التي يشترط فيها توافر الصلة بين العقد والقانون المختار، إذ في هذه الحالة يتم التحايل على شرط الصلة الواجب توفره في القانون المختار من خلال تغيير ضوابط الإسناد، وإيجاد صلة بغية التهرب من الصلة الحقيقية، كما لو قام المتعاقدان بتغيير بلد الإبرام تهرباً من القانون المختص.

6. إن فكرة وجود نظام عام دولي صالح للتطبيق في كل العلاقات الاقتصادية الدولية هي فكرة يصعب تحققها من الناحية العملية وتكمن هذه الصعوبة في عاملين أساسيين، أولهما عدم بيان المقصود بالنظام العام، إذ إنه يمكن أن يتخذ أشكالاً عدة دون معرفة أي هذه الأشكال يعد نظاماً عاماً دولياً، فهل مفهوم النظام العام الدولي وجود قواعد عامة مشتركة، أو نظام عام مشترك بين كل الدول أو بمعنى آخر هل هو نظام عام عالمي، أم المقصود هو وجود نظام عام مشترك بين مجموعة من الدول التي تتساوى من حيث المدنية والتقدم ولها أنظمة سياسية واقتصادية واجتماعية متقاربة، والذي يسميه البعض بالنظام الإقليمي، أما العامل الآخر فهو يرجع إلى صعوبة تحديد القواعد التي تدخل في نطاق هذا النظام العام، هل هي كل قواعد واعراف التجارة الدولية أو البعض منها، لذا فإنه لا يمكن القول بوجود نظام عام دولي بالمعنى الصحيح، فالنظام العام هو دائماً وطني ويحدد وفقاً لعدة معايير مستمدة من المجتمع الداخلي تعكس الأفكار الأساسية لمجتمع الدول.

7. لم يجد الباحث أي نص في القانون المدني العراقي يعطي للقاضي المرفوع أمامه النزاع الحق في تجزئة العقد واخضاعه لقوانين مختلفة، وهذا يمكن اعتباره حكماً عاماً في القوانين العربية، فتعبير الالتزامات التعاقدية يشمل جميع المسائل المتعلقة بتكوين العقد وآثاره، واخضاعها لقانون واحد، ثم أن المشرع العراقي حدد لمسألة القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي ضابطان أصليان هما الإرادة الصريحة أو الضمنية، وأخران احتياطيان هما الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً

والا فمحل الأبرام، وبالتالي لا يستطيع القاضي أن يتصل عن تطبيق ذلك ويجتهد في إمكانية تجزئة العقد واخضاعه لأكثر من قانون.

8. تعد نظرية الأداء المميز بصفتها ضابط اسناد احتياطي، من النظريات الراسخة التي اعتنقها الفقه الحديث، وتبنتها العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، فضلاً عن تطبيقات القضاء التي زخرت بالأحكام القضائية التي تبنت ضابط الاسناد المميز، في الحالات التي يسكت فيها الأطراف عن تحديد القانون الذي يجب تطبيقه كونها تراعي الى حد كبير اعتبارات المرونة والعدالة، لكون منطقتها لا يقوم على وضع ضابط إسناد عام ومحدد سلفاً للقانون الواجب التطبيق على كافة العقود الدولية، كما في ضوابط الاسناد الجامدة التي يجب على القاضي أن يلتزم بها، ولا يمكنه كقاعدة عامة أن يبحث عن قانون آخر أكثر ملائمة واتصالاً بالرابطة العقدية، فحاولت هذه النظرية أن تتلافى هذا الجمود من خلال وضع ضابط إسناد تفصيلي يختلف باختلاف العقود، إذ تصنف عقود التجارة الدولية الى فئات متعددة تخضع كل فئة منها للقانون الأكثر ارتباطاً بها، من خلال قيام القاضي بتركيز العقد وفقاً لطبيعته الذاتية التي تميزه عن غيره.

9. يطبق القاضي او المحكم في سبيل فض منازعات الفسخ الجزئي لعقود التجارة بين الأطراف قواعد ذات طابع دولي وهي تسمى بالقواعد الموضوعية التي يكون مصدرها الاتفاقيات الدولية، وعادات واعراف التجارة الدولية، إذ تحقق تلك القواعد قدراً من الحماية لأطراف النزاع، لذلك يعد التحكيم من اهم الطرق التي من خلالها يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، لفض المنازعات التي تثار بصدده، ولكون التحكيم التجاري الدولي اصبح في الوقت الراهن من الأمور الملحة والضرورية، لاسيما مع التطور المستمر الذي تشهده التجارة الدولية.

10. ان اتفاقية البيع الدولي للبضائع" فيينا عالجت مبدأ الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، ونظمت الكثير من الاحكام المتعلقة به، كونه يتماشى الى حد كبير مع تطورات التجارة الدولية، إذ أن الفسخ الكامل لا يحقق ما يبتغيه احد الأطراف أو كلاهما، لكنها أغفلت الى حد كبير النص صراحة على القانون الذي يجب تطبيقه على منازعات الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، كما وجد الباحث أن تنظيم روما1 لسنة 2008، الذي حل محل اتفاقية روما 1980، يعد بمثابة توحيد لقواعد تنازع القوانين للدول الاوربية واعتبرت قواعده واحكامه موضوعية يتم العمل بها مباشرة في حل منازعات الفسخ الجزئي، إذ انه جاء تكريساً لقانون الارادة من خلال تأكيدها على حرية الأطراف

في اختيار القانون الواجب التطبيق صراحة أو ضمناً، أما في حالة غياب الاختيار فإنه نص على تطبيق القانون الاوثق ارتباطاً بالعقد.

11. تكمن الأهمية التي تحظى بها أعراف التجارة الدولية أنها قد جاءت من خلال عقود وعلاقات التجارة الدولية بحيث أنه قد تم التأكيد على أهمية تلك الأعراف من خلال العمل بها، وعندما يلجأ المحكمون الي تطبيقها علي المنازعات التي تعرض عليهم فإنهم يلجئون الي ذلك بهدف فض إشكاليات ووفض النزاعات التي تتعلق بالفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية بالتجارة الدولية التي يتم عرضها عليهم، وقد اسهم عجز القوانين الداخلية في مجابهة التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية على إعادة العمل بالأعراف التجارية الدولية وذلك لان اغلب التشريعات الداخلية لم تقم الا بمعالجة العقود التقليدية التي ظلت اغليبتها متأخرة عن مواكبة التقنيات الحديثة التي لحقت بعقود التجارة الدولية، كما يجد تطبيق المحكم للأعراف والعادات التجارية الدولية اساسه في استحالة القيام بتطبيق قانون معين على النزاع المعروض عليه أما بسبب النقص في العقد المبرم بين الطرفين أو بسبب وجود تضارب وتناقض في موقف أطراف النزاع الأمر الذي يؤدي الي الحيلولة دون إمكانية الربط بقانون معين.

### ثانياً: التوصيات:

1. يدعو الباحث المشرع العراقي الي صياغة نصوص جديدة في قانون التجارة النافذ تضاف الي الباب الخامس، الفصل الأول، المواد التي تناولت العقود الدولية تتعلق بمنازعات عقود التجارية الدولية، وتحديداً فسخها جزئياً، تتضمن الحلول اللازمة التي ترضي اطراف النزاع او على الاقل تضمن حقوق الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، لأن فسخ العقد كلياً قد لا يكون الحل الامثل لطرفي العلاقة أو لاحدهما. ويقترح الباحث أن يكون النص المقترح على النحو الآتي: " إذ اخل احد طرفي العقد التجاري الدولي بالتزامه جاز للعائد الآخر بعد الاخطار أن يطلب الفسخ بالنسبة للجزء الذي حدث فيه الاخلال متى كان ذلك ممكناً مع التعويض إن كان له مقتضى".

2. يرى الباحث إن قواعد التنازع التي قررها القانون المدني العراقي مضى على تشريعها اكثر من سبعة عقود من الزمن، إذ اصبح معظمها لا يتلائم مع التطورات الكبيرة التي شهدتها 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 اصدار قانون عصري متكامل يجمع شتات قواعد القانون الدولي الخاص بين دفتيه، معتقاً لأحدث الاتجاهات الفقهية والتشريعية والقضائية.

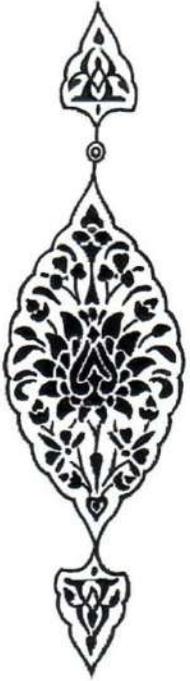
3. يوصي الباحث بتشكيل هيئة في محكمة التمييز الاتحادية تختص بالنظر في منازعات الفسخ الجزئي لعقود التجارة الدولية، متكونة من عدد من القضاة من اصحاب الخبرة في مجال العقود الدولية، ولديهم اطلاع واسع بقواعد التنازع الدولي، لكون العراق بدأ يفتح على العالم من دافع الحاجة الملحة لكثير من التعاقدات على امور يحتاجها.
4. يدعو الباحث المشرع العراقي الى تعديل نص المادة "32" من القانون المدني العراقي التي تتعلق باستبعاد القانون الاجنبي الذي يتعارض مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، إذ سكت النص المذكور عن القانون الذي يجب تطبيقه بعد استبعاد القانون الاجنبي، ليصبح هذا النص كالآتي " أ - لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة. ب. على القاضي تطبيق القانون العراقي محل القانون الأجنبي الذي يخالف النظام العام أو الآداب العامة".
5. يلتمس الباحث من المشرع العراقي أن يقتفي اثر التشريعات الأجنبية والاتفاقيات الدولية، وما استقر عليه فقه القانون الدولي الخاص المقارن، بأن يبتعد عن اسناد الالتزامات التعاقدية وخصوص الفسخ الجزئي فيها، إسناداً جامداً الى قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً، او لقانون الدولة التي تم فيها العقد، والتوجه الى الاسناد المرن، وذلك لإضفاء المرونة المطلوبة على قاعدة الاسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية وما يحقق هدف هذه القاعدة في اصطفاء اوثق القوانين صلة بهذه المسألة وأكثرها ملائمة لحكمها لذلك يقترح الباحث تعديل نص المادة "1/25" من القانون المدني العراقي ليكون النص على النحو الآتي: " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من قبل الأطراف صراحة أو ضمناً، وفي حالة عدم الاختيار يسري قانون الدولة الأكثر ارتباطاً بالعقد، ويكون العقد أكثر ارتباطاً بالدولة التي يوجد بها عند ابرامه مكان الإقامة المعتادة للمدين بالإداء المميز، هذا مالم يتضح للقاضي من ظروف الحال ارتباط العقد بقانون دولة أخرى".
6. يدعو الباحث القضاء العراقي على اختلاف درجاته الى تبني نظرية الاداء المميز، حتى في الحالة التي لا يوجد فيها نص قانوني يعالج هذه النظرية، من خلال تطبيق نص المادة "30" من القانون المدني التي تطبق مبادئ القانون الدولي الخاص في الحالة التي لا يوجد فيها نص قانوني في مسائل تنازع القوانين.

7. يدعو الباحث المشرع العراقي الى اصدار قانون التحكيم التجاري العراقي، إذ مضى على إعداد مشروعه اكثر من احد عشر سنة، ليكون علاجاً لكثير من المسائل التي تتعلق بالتحكيم التجاري الدولي عندما يختار اطراف العقد اللجوء الى التحكيم من اجل تحديد القانون الواجب التطبيق على الفسخ الجزئي وبالتالي فض النزاع القائم بينهم، لكون نصوص قانون المرافعات المدنية لا يمكن لها ان تعالج هذه الاشكاليات .

8. يوصي الباحث المشرع العراقي بأن ينص صراحة على اعطاء الحق للأطراف المتعاقدة وبارادتهم الصريحة أو الضمنية تجزئة العقد التجاري الدولي واخضاعه لأكثر من قانون احتراماً لمبدأ الحرية التعاقدية الذي اصبح من المبادئ المسلم بها في عقود التجارة الدولية بشرط أن تكون مقيدة بحدود القواعد الأمرة، وبقاء العقد في نطاق القانون.، كأن يختاروا قانوناً يحكم شروط العقد وآخر لتنفيذه ، وقانون ثالث لفسخه جزئياً، دون ان يكون للقاضي المعروض عليه النزاع مثل هذا الحق. لذلك يقترح الباحث تضمين قانون التجارة العراقي نصاً يشير الى ذلك صراحة يضاف الى النصوص التي تضمنها الباب الخامس الفصل الاول، ليكون النص المقترح على النحو الآتي " يكون العقد التجاري الدولي محكوماً بالقانون الذي اتفق عليه الاطراف صراحة أو ضمناً، ولهما بموجب هذا الاتفاق تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بأكمله أو جزء منه فقط".

والحمد لله رب العالمين

# المصادر



## قائمة المصادر

## القرآن الكريم

## اولاً : معاجم اللغة العربية:

1. إبراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات، حامد عبد القادر، محمد علي النجار، ج2، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية المصري، المكتبة العالمية، طهران، بلا سنة طبع.
2. ابو الحسن احمد بن فارس بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، تحقيق، عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ج4، 1979.
3. ابي الفضل جمال الدين ابن مكرم بن منظور: لسان العرب، ج2، باب الجيم، ط3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
4. احمد فتح الله: معجم الفاظ الفقه الجعفري، ط1، مطابع المدخول، الدمام، 1995.
5. د. احمد بن علي الفيومي: المصباح المنير، ج1، مكتبة لبنان، 1987.
6. محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي: جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط1، ج13، 2000.

## ثانياً: المصادر القانونية:

## أ. الكتب القانونية:

1. د. أبو العلاء علي أبو العلاء النمر: حماية المستهلك في العلاقات ذات الطابع الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
2. د. ابو زيد رضوان: الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1981، ص167.
3. \_\_\_\_\_ : الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986.
4. د. أسامة احمد الحواري: القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2008.

5. د. اسامة حجازي المسدي: القواعد المنظمة لعقود البيع والتجارة الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.
6. د. امجد محمد منصور: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار العلم للثقافة والنشر، عمان، 2006.
7. د. ابراهيم احمد ابراهيم: القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين، والاختصاص القضائي الدولي ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1992.
8. \_\_\_\_\_ : القانون الدولي الخاص، الموطن، مركز الأجانب، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
9. \_\_\_\_\_ : التحكيم الدولي الخاص، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
10. د. ابراهيم بن احمد سعيد زمزمي: القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الالكترونية "دراسة مقارنة" ، دار النهضة العربية، القاهرة 2009.
11. د. أبو العلا علي أبو العلا النمر: المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
12. \_\_\_\_\_ : المختصر في تنازع القوانين، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
13. د. احمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والاجباري، ط5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994.
14. \_\_\_\_\_ : التحكيم في القوانين العربية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
15. د. احمد بشير الشرايري: بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض " التمييز " عليه" دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، 2011.
16. د. احمد حسني سليم: تطبيق المحكم الدولي لعادات واعراف التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
17. د. احمد سعيد الزقرد: أصول قانون التجارة الدولية" البيع الدولي للبضائع" ، ط2، المكتبة المصرية، مصر، 2010.

18. \_\_\_\_\_ : محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن، المكتبة العصرية، المنصورة، 2007.
19. د. احمد عبد الحميد عشعوش: قانون العقد بين ثبات اليقين وإعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990.
20. د. احمد عبد الكرية سلامة: قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
21. \_\_\_\_\_ : الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
22. \_\_\_\_\_ : التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
23. \_\_\_\_\_ : التحكيم في المعاملات المالية والداخلية، والدولية المدنية والتجارية والإدارية والجمركية"، دراسة مقارنة" ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
24. \_\_\_\_\_ : القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، معاملة الأجانب، والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، ج2، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة.
25. \_\_\_\_\_ : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
26. د. احمد محمد الهواري: الوجيز في القانون الدولي الخاص الاماراتي، ط1، دار الثراء للنشر، عمان، الأردن، 2008.
27. \_\_\_\_\_ : حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1995.
28. د. أحمد محمود حسني: البيوع البحرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983.
29. د. ازهر سعيد: التحكيم التجاري الدولي، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، بدون سنة نشر.
30. د. اسعد ذياب: ضمان عيوب المبيع الخفية، ط3، دار اقرأ، لبنان، بيروت، 1983.

31. د. أسماء مدحت هادي: الإعفاء من المسؤولية في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع " فيينا"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
32. د. اشرف رمضان عبد العال سلطان: انتقال تبعة الهلاك في عقد البيع الدولي للبضائع، وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع " فيينا"، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
33. د. اشرف وفا محمد: اتفاق التحكيم والمشكلات العملية القانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 2003.
34. \_\_\_\_\_ : المنافسة غير المشروعة في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
35. \_\_\_\_\_ : تنازع القوانين في مجال الحقوق الذهنية للمؤلف، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
36. \_\_\_\_\_ : استبعاد قاعدة التنازع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
37. د. الحسين السالمي: التحكيم وقضاء الدولة، دراسة علمية تأصيلية مقارنة، ط1، مؤسسة مجد للنشر، 2008.
38. د. المصطفى شننضيض: البيع التجاري الدولي للبضائع، دراسة مقارنة في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريع المغربي، والمقارن، ط1، بدون مكان طبع، 2001.
39. د. بدر الدين عبد المنعم شوقي: الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري ، ج2، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدوليين ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993.
40. د. بشار محمد الاسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، دراسة في ضوء احكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.
41. \_\_\_\_\_ : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ماهيتها، القانون الواجب التطبيق عليها- وسائل تسوية منازعاتها، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006 .
42. د. بيار ماير- فانسان هوزيه : القانون الدولي الخاص، ترجمة د. علي محمود مقلد، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2008.

43. د. توفيق حسن فرج الصدة: النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، المكتب المصري الحديث للنشر، الإسكندرية، 1969.
44. د. ثروت حبيب: دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، 1975.
45. د. جابر إبراهيم الراوي: مبادئ القانون الخاص في الجنسية، والموطن، ومركز الأجانب، وتنازع القوانين، المكتبة العالمية، القاهرة، 1962.
46. \_\_\_\_\_ : مبادئ القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي والمقارن، ط2، مطبعة المعارف، بغداد، 1976.
47. د. جابر جاد عبد الرحمن: تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.
48. د. جعفر مشيمش: التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية وأسباب بطلان القرار التحكيمي وآثاره" دراسة مقارنة"، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، بيروت، 2009.
49. د. جميل الشرقاوي: نظرية بطلان العقد، التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مكتبة القاهرة، 1956.
50. د. حمزة احمد حداد: التحكيم في القوانين العربية، قوانين الامارات والبحرين والسعودية وسوريا والعراق وقطر والكويت ولبنان وليبيا، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، ج1، 2007.
51. د. حسام الدين عبد الغني الصغير: تفسير اتفاقية الأمم المتحدة، بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 .
52. د. حسام الدين فتحي: حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
53. د. حسن علي ذنون: النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مطبعة نهضة مصر، 1948.
54. د. حسن محمد الهداوي: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة"، ط3، دار الثقافة للنشر، عمان، 2011.

55. \_\_\_\_\_ : تنازع القوانين، واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط2، مطبعة الارشاد، بغداد، 1972.
56. د. حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2004.
57. \_\_\_\_\_ : القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الكتاب الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2002.
58. \_\_\_\_\_ : الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، بيروت 2005.
59. د. حميد محمد علي اللهبي: المَحْكَم في التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
60. د. حنان عبد العزيز مخلوف: العقود الدولية، بدون دار نشر، مصر، القاهرة، 2010.
61. د. خالد احمد عطية عبد الحميد: فسخ عقد البيع الدولي للبضائع، وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، ط2، 2001.
62. د. خالد بن عبد العزيز: المدخل لدراسة العلوم القانونية، ط2، مكتبة الشقيري، 2002.
63. د. خالد عبد العظيم أبو غابة: التحكيم واثره في فض المنازعات، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
64. د. خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
65. \_\_\_\_\_ : عقد التوزيع الحصري في القانون الدولي الخاص، ط1، دار الجامعة العربية ، الإسكندرية، 2016.
66. د. خليل إبراهيم محمد خليل: تكامل مناهج تنازع القوانين، "دراسة تحليلية مقارنة" ، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.
67. د. خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني: القانون النموذجي للتجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2009،

68. د. سامي بديع منصور: الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية للنشر، لبنان، بيروت، 1994.
69. د. سامي بديع منصور، د. اسامة العجوز: القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، لبنان، بيروت، 2000.
70. د. سامي بديع منصور، د. عكاشة محمد عبد العال: طرق حل المنازعات الدولية الخاصة والحلول الوضعية لتنازع القوانين، ط1، الدار الجامعية للنشر، مصر، 1995.
71. د. سامي بديع منصور، د. عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للنشر، بيروت، 1995.
72. د. سامي بديع منصور، د. نصري أنطوان زياب، د. عبدة جميل غضوب: القانون الدولي الخاص تنازع الاختصاص التشريعي، ج1، ط1، مؤسسة مجد الجامعية للنشر، بيروت، 2009.
73. د. سميحة مصطفى القليوبي: المنظمات الدولية " لاتفاقيتي الامم المتحدة في شأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة والقانون النموذجي للتحكيم التجاري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
74. د. سعيد يوسف البستاني: الجامع في القانون الدولي الخاص ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
75. \_\_\_\_\_ : القانون الدولي الخاص في تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2004.
76. د. سلامة فارس عرب: وسائل معالجات اختلال توازن العقود الدولية في عقود التجارة الدولية، ط1 دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1999.
77. د. سليمان احمد فضل: المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2011.
78. د. سمير جاويد: التحكيم كآلية لحل المنازعات، ط1، دار القضاء، وزارة العدل، أبو ظبي، 2014.

79. د. شريف محمد غنام: أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
80. د. شهدان عادل عبد اللطيف الغرباوي: الاستثمار الأجنبي المباشر ما بين الضمان الدولي ووسائل الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية الخاصة، واثره على النمو الاقتصادي في الدول النامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2020.
81. د. صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
82. د. صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهوارى: الأحكام القانونية لعقود التجارة الالكترونية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
83. د. صفوت احمد عبد الحفيظ: دور الاستثمار الأجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005.
84. د. صلاح الدين الناهي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة العاني، بغداد، 1950.
85. د. صلاح الدين جمال الدين: القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
86. د. صادق محمد محمد الجبران: التحكيم التجاري وفقاً للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1978، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
87. د. طالب حسن موسى: قانون التجارة الدولية، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2005.
88. د. طرح البحور، د. علي حسن فرج: تدويل العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع.
89. د. طه كاظم حسن المولى: تطويع قواعد الأسناد في عقود التجارة الالكترونية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، بيروت، بدون سنة طبع.
90. د. عادل ابو هشيمة محمود حوتة: عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2005.
91. د. عامر فتحي البطاينة: دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي " دراسة مقارنة"، ط1، دار الثقافة للنشر، 2009.

92. د. عادل محمد خير: عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا وجهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، الغرفة التجارية الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
93. د. عاشور مبروك: النظام الاجرائي لخصومة التحكيم " دراسة تحليلية مقارنة" وفقاً لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة، ط1، مكتبة الجلاء، المنصورة، 1998.
94. د. عباس العبودي: تنازع القوانين، والاختصاص القضائي الدولي، وتنفيذ الأحكام الاجنبية، دار السنهوري للنشر، لبنان، بيروت، 2015.
95. \_\_\_\_\_ : شرح قانون الجنسية العراقية 26 لسنة 2006، والموطن، ومركز الأجانب "دراسة مقارنة"، في اطار القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بيروت، 2015.
96. د. عبد الباسط محمد عبد الواسع: النظام القانوني لاتفاق التحكيم، ط2، دار الفتح للتجليد الفني، عمان، الاردن 2000.
97. د. عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، 1963.
98. د. عبد الرزاق احمد السنهوري: الوجيز في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
99. \_\_\_\_\_ : الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، ج1، المجلد الثاني، بيروت، لبنان، 2009.
100. \_\_\_\_\_ : نظرية العقد، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
101. د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي: أحكام التنازع الدولي للقوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.
102. د. عبد الظاهر حسين: الدور القضائي إزاء الرغبة في انهاء الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
103. د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، بدون مكان طبع، 1984.
104. د. عبد القادر الفار: مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، ط3، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2000.

105. د. عبد الرحيم حاتم الحسن: التحكيم في الشريعة والقانون" دراسة مقارنة"، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر، النجف الاشرف، 2010.
106. د. عبد الله نوار شعت: العقود الدولية بين الظروف القاهرة والطارئة" المجال النظري والتطبيقي" ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018.
107. د. علاء النجار حسنين احمد: نطاق الالتزام بالسرية في التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار التعليم الجامعي للنشر، 2018.
108. د. عبد المنعم حافظ السيد: عقد التأجير التمويلي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
109. د. عبدة جميل غضوب: دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، مجد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، 2008.
110. د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
111. د. عزت محمد البحيري: تنفيذ احكام التحكيم الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
112. د. عصام الدين القسبي: الوجيز في القانون الدولي، ك2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
113. د. عصام الدين القسبي: د. رشا علاء الدين، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
114. د. عبد الحميد الاحدب، التحكيم، احكامه ومصادره، ط1، ج1، دار نوفل للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1990.
115. د. عصام أنور سليم: عدم تجزئة العقد في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
116. ————— : خصائص البيع الدولي " وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فيينا، 1980، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

117. د. عصمت عبد المجيد بكر: الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية للنشر، بغداد، 2010.
118. \_\_\_\_\_ : مصادر الالتزام في القانون المدني "دراسة مقارنة" ط1، المكتبة القانونية، 2007.
119. د. عكاشة محمد عبد العال: القانون التجاري الدولي، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
120. \_\_\_\_\_ : تنازع القوانين "دراسة مقارنة"، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، 2004.
121. د. علي إسماعيل ذياب: موسوعة المَحْكَم في التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية" شروطه - تعيينه - التزاماته - حقوقه - سلطاته - مساءلته"، في ضوء القانون المصري وحدث القوانين الوضعية، والاتفاقيات الدولية ومراكز التحكيم العالمية، ط1، دار الفتح للطباعة والنشر، عمان، الاردن، 2015.
122. د. علي بركات: خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
123. د. عمر سعد الله: قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، ط1، دار هومة للنشر، الجزائر، 2007.
124. د. عوني محمد الفخري: اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، مكتبة صباح، بغداد، 2007.
125. د. غالب علي الداودي: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين ، ط1، دار الثقافة للنشر ، عمان، 2011.
126. د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي: القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، ومركز الأجانب، ط3، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة ، 2009.
127. د. غالب علي الداودي: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الاحكام الأجنبية، "دراسة مقارنة" ، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، 2011.

128. د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، وتنفيذ الاحكام الأجنبية ج2، ط3، دار العاتك للنشر، القاهرة، 2009.
129. د. غني ريسان جادر: الجديد في إشكالية المسؤولية المدنية" دراسة مقارنة" ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2020.
130. د. فتحي والي: قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق ، ط1، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2007.
131. د. فاروق محمد احمد الأباصيري: عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.
132. د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد: مبادئ القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
133. د. فوزي محمد سامي: الحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008
134. د. قادر عبد العزيز: الاستثمارات الدولية " التحكيم التجاري الدولي - ضمان الاستثمار، دار هومة، الجزائر، 2004.
135. د. كرم محمد زيدان: المركز القانوني للمحكم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
136. د. لطيف جبر كومانى، د. علي الرفيعي: عقد البيع الدولي للبضائع، ط2، مكتبة السنهوري للنشر، بغداد، 2011.
137. د. ماهر محمد حامد: إثر النظام العام في الحد من اللجوء الى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
138. د. محسن شفيق: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
139. \_\_\_\_\_ : اتفاقية لاهاي 1966 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، القاهرة، 1973.
140. \_\_\_\_\_ : التحكيم التجاري الدولي: دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

141. د. محمد إبراهيم موسى: التوفيق التجاري الدولي وتغيير النظرية السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
142. د. محمد الروبي: عقد الامتياز التجاري في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
143. \_\_\_\_\_ : تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
144. د. محمد المبارك اللافي: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1994.
145. د. محمد حسام محمود لطفي: استخدام الاتصالات الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
146. د. محمد خليل شهاب: التزامات البائع وفقاً لاتفاقية فيينا للبيع الدولية للبضائع، مقارنة مع القانونين اللبناني والفرنسي، مؤسسة صادر للمنشورات الحقوقية، بيروت، 2007.
147. د. محمد خيرى كصير: حالات تطبيق، قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين" دراسة مقارنة"، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.
148. د. محمد شتا أبو سعد: قانون الإجراءات المدنية الإسلامي، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
149. د. محمد عبد الخالق الزعبي: قانون التحكيم كنظام قضائي اتفاقي من نوع خاص ملخصاً به اهم الاتفاقيات وتشريعات التحكيم الدولي، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2020.
150. د. محمد عبد الله محمد المؤيد: منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
151. د. محمد عبد العزيز جبر: القانون الواجب التطبيق على خدمة المعلومات الالكترونية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
152. د. محمد محمد حسن الحسني: حماية المستهلك الالكتروني في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.

153. د. محمود مختار بريري: التحكيم التجاري الدولي، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
154. د. محمد نصر محمد: الوافي في عقود التجارة الدولية، ط1، دار الراية للنشر، عمان، الأردن، 2012.
155. د. محمد نور شحاته: النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن، القاهرة، 1993.
156. د. محمد وليد المصري: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، "دراسة مقارنة"، في التشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، 2009.
157. د. محمود السيد التحيوي: أعوان القضاء في ضوء الفقه واحكام القضاء، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011.
158. \_\_\_\_\_ : التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.
159. \_\_\_\_\_ : أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
160. د. ماهر ابراهيم قنبر العزاوي: تنازع القوانين في عقد التأمين "دراسة مقارنة"، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018.
161. د. محمود الكيلاني: الموسوعة التجارية والمصرفية، مجلد الاول، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، 2009.
162. د. محمود المظفر: مصادر الالتزام، نظرية العقد ونبذة عن الإرادة المنفردة، ط4، بدون دار نشر، 2007.
163. د. محمود المغربي: في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2007..
164. د. محمود جمال الكردي: النظام العام الدولي، العربي حلم أم حقيقة أم خيال، ط1، مكتبة صلاح الدين للنشر، القاهرة، 2010.
165. \_\_\_\_\_ : تنازع القوانين، مكتبة صلاح الدين للنشر، الإسكندرية، 2005.

166. د. محمود سمير الشرقاوي: العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي، دار النهضة العربية، 1992.
167. \_\_\_\_\_ : عقود التجارة الدولية، دراسة خاصة لعقود البيع، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
168. د. محمود محمد ياقوت: الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
169. \_\_\_\_\_ : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
170. د. مصطفى الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الداخلية والدولية، دار الفتح للنشر، عمان ، الأردن، ج1، 1999.
171. د. مصطفى عرفاوي: النظرية العامة للقانون، ط2، دار المنارة للنشر، السعودية، 1984.
172. د. مصطفى كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، ط1، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية، 2006.
173. د. ممدوح عبد الكريم حافظ: القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن، ط2، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1977.
174. \_\_\_\_\_ : القانون الدولي الخاص الاردني والمقارن، ج1، دار الثقافة للنشر، عمان، الاردن، 1998.
175. د. مصطفى ناطق صالح: المُحَكَّم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، 2013.
176. د. منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات " دراسة مقارنة"، بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، ط3، ج1، مصادر الالتزام، مكتبة الثقافة، عمان، 1995.
177. د. منير عبد المجيد: تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992.

178. د. ناريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، رقم 27، لسنة 1994، دراسة مقارنة، اتفاقية نيويورك، القانون الفرنسي، القانون النموذجي، الشريعة الإسلامية، التشريعات العربية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
179. د. نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
180. ——— : النظرية العامة للالتزامات، احكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2005.
181. د. نبيل إسماعيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
182. د. نبيل عبد الرحيم حياوي: مبادئ التحكيم، مؤسسة العاتك للنشر، القاهرة، 2007.
183. د. نسرین سلامة محاسنة: التزام البائع بالتسليم والمطابقة" دراسة في القانون الإنجليزي، واتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع، 1980، "اتفاقية فيينا" ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، 2011.
184. د. نورس عباس العبودي: الأداء المميز واثره في عملية الاسناد، دار السنهوري للنشر، لبنان، بيروت، 2016.
185. د. هدى عبد الله: العقد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ج2، 2008.
186. د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
187. ——— : تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.
188. ——— : دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
189. ——— : مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1978.
190. د. هشام خالد: المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، نشأته مباحثه، مصادرهن طبيعته، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2013،

191. د. وائل أنور بندق: موسوعة التحكيم – الاتفاقيات الدولية، وقوانين الدول العربية، ط2، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009.
192. د. وفاء مصطفى محمد عثمان: توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
193. المحامي، عقيل عبد الرزاق الخضر: صديق المحامي، قرارات محكمة التمييز الاتحادية، ط1، العراق، 2018.
194. د. يسرى عوض عبد الله: العقود التجارية الدولية، مفاوضاتها – ابرامها - تنفيذها، مكتب اليسرى للمحاماة والاستشارات للنشر، الخرطوم، 2009.
- ب. الرسائل والاطاريح الجامعية:
1. احمد الحاج: النظام التعاقدى في القانون المدني الجزائري ومتطلبات التجارة الدولية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2003.
  2. امينة الخياط: القانون المطبق على العقد الدولي دراسة في القانون الخاص المغربي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة محمد الخامس، 2009.
  3. احمد حميد الانباري: سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الشرق الأوسط، 2017.
  4. احمد عبد الحميد عشعوش: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1975.
  5. احمد هاني محمد السيد ابة العينين: الفحص والاطار كواجب على المشتري في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، 2005.
  6. ازهر بن سعيد: النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، رسالة ماجستير، جامعة الدول العربية، قسم الدراسات والبحوث القانونية، القاهرة، 2009.
  7. اكرم محمد حسين التميمي: الاخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، 2014.

8. باسم سعيد يونس: القانون الواجب التطبيق، على العقد الدولي، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة الموصل، 1998.
9. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي " دراسة تأصيلية"، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1997.
10. ثامر داود عبود خضير الشافعي: المعايير المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقد الدولي، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة كربلاء، 2015.
11. جمال محمود عبد العزيز: الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996.
12. خالد شويرب: القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة الجزائر، 2009.
13. محمد أحمد عبد الحميد: فسخ عقد البيع الدولي للبضائع، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2000.
14. محمد محسوب عبد الحميد درويش: نشأة وتطور قانون التجارة الدولي " دراسة تاريخية"، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1995.
15. د. حسن علي كاظم: تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي " دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004.
16. رضا محمد إبراهيم عبيد: الالتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1974.
17. زكريا محمد صالح السراجي: المركز القانوني للمحکم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والفقہ الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2010.
18. سامي مصطفى فرحان: تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية" دراسة مقارنة" أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، 2006.

19. سعيد علي احمد رمضان: المسؤولية المترتبة عن الاخلال بالالتزام بالسرية" دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2006.
20. سلطان عبد الله محمود الجواري: عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق" دراسة مقارنة" أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الموصل، 2004.
21. سيف الدين محمود البلعاوي: جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين" الفسخ" أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة القاهرة، 1982.
22. صالح مهدي كحيط: نظرية الحل الوظيفي واثرها في تطوير قواعد الاسناد" دراسة مقارنة" أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء، 2018.
23. صلاح مهدي ساجت: القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المصرفي، دراسة في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء، 2015.
24. طارق عبد الله عيسى المجاهد: تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، 2001.
25. طلال ياسين العيسى: العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، 1996.
26. عبد المهدي كاظم ناصر: الاقتصاد في فسخ العقد، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون-جامعة كربلاء، 2017.
27. عبد العزيز محمد الحسين آدم: قواعد وإجراءات التحكيم" دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، مكتبة الدراسات العليا، جامعة النيلين، السودان، 1999.
28. عبد الله جبار خشان، الفسخ الجزئي للعقد: رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة القادسية، 2019.
29. عبد الأمير جفات كروان، تجزئة العقد: رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بابل، 2008.
30. عبد الله محمد الحميد: القيود الواردة على نظام التحكيم التجاري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط ، 2015.

31. عبد السلام الإدريسي: النظام العام في التحكيم التجاري الدولي، رسالة دبلوم الدراسات العالية المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، السنة، 2007.
32. علي هادي العبيدي: التحايل على القانون" دراسة مقارنة بين القانون المدني، والفقہ الإسلامي" أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، 1995.
33. عماد طارق عبد الفتاح البشري: فكرة النظام العام في التشريع الإسلامي بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين الفقہ الإسلامي، والقوانين الوضعية، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 2003.
34. عمر علي سعيد محمد: دور الفسخ الاتفاقي في انهاء العقود، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2009.
35. د. عدنان هاشم جواد: المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بعقد الامتياز التجاري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء، 2017.
36. قرني جنيدي: نطاق تطبيق قواعد الاسناد الوطنية، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة القاهرة، 2018.
37. مرتضى عبد الحسين جبار: تعذر أعمال قواعد الاسناد الوطنية" دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة طنطا، 2011.
38. نزمين محمد محمود صبح: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2002.
39. هبة علي حسين: التحكيم التجاري في اطار منظمة التجارة العالمية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، 2007.
40. هدى محمد عبد الرحمن: دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996.
41. هشام فالح طاهات: سلطة القاضي التقديرية في فسخ العقد، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بابل، 1998.

42. وائل حمدي احمد: حسن النية في البيوع الدولية، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2008.
43. ياسر عبد الهادي سلام: اثر الخطأ في إجراءات التحكيم على حكم التحكيم، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2011.
- ت. البحوث والدراسات القانونية:
1. ازهار محمود لهمود: القانون الواجب التطبيق في منازعات العقود الدولية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 29، العدد 34، السنة 2020.
2. د. أسامة أبو الحسن مجاهد: قانون التحكيم الفرنسي الجديد، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الثامن عشر، 2012.
3. د. اسيل باقر جاسم: المطابقة المستندية، دراسة في عقد البيع الدولي للبضائع، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإدارية والقانونية، المجلد العاشر، العدد السادس والخمسون، 2005.
4. \_\_\_\_\_ : المفهوم القانوني للمخالفة الجوهرية في عقد البيع الدولي للبضائع، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون جامعة كربلاء، عدد خاص بالمؤتمر القانوني العاشر، 2013.
5. السيد خليل إبراهيم محمد: القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقا للاتفاقية فينا لعام 1980، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد، العاشر، العدد 35، 2008.
6. أمين دواس: اختيار الطرفين قواعد قانونية للتطبيق على العقد التجاري الدولي امام المحاكم الوطنية، بحث منشور في مجلة الجامعة العربية الامريكية، البحوث، العدد الأول، المجلد الخامس، السنة 2019.
7. د. ايمان مصطفى منصور: تنامي دور الوساطة التجارية وضرورة كفالة السرية، مجلة التحكيم العربي، العدد 22، 2014.
8. جودت هندي: التزام البائع بتسليم المبيع وفق احكام اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي لعام 1980، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد الثامن والعشرون، العدد الثاني، 2012.
9. د. حسن علي كاظم: قواعد الاسناد واليات التطبيق في العراق، بحث منشور في مجلة جامعة اهل البيت "ع"، العدد العشرون، 2016.

10. د. حسام صالح الحجيلان: نظام التحكيم الجديد ومدى تأثيره على الاستثمار في المملكة العربية السعودية، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث والعشرون، 2014.
11. د. رامي حميد: الانسحاب البريطاني من الاتحاد الأوروبي، دراسة في الأسباب والانعكاسات الأمنية والاقتصادية، المجلة الجزائرية للدراسات السياسية، المجلد الخامس، العدد الأول، 2017.
12. د. زياد خليف العنزي: مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، وفقاً لمبادئ مؤتمر لاهي، 2015، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد الثالث عشر، العدد الثاني، 2016.
13. د. سلطان عبد الله محمود الجواري: الدفع بالنظام العام واثره، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد الثاني عشر، العدد الثالث والرابعون، لسنة 2010.
14. صفاء تقي عبد نور العيساوي: الاخلال المبتسر بالعقد وأثره" دراسة في عقود التجارة الدولية" بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد الثاني، 2007.
15. د. عبد الحي حجازي: مدى خيار الدائن بين الفسخ والتنفيذ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، التي تصدر عن كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة الأولى، 1959.
16. د. عبد الحميد الأحذب: اتجاهات تعديل قواعد تحكيم الأونسيترال في ضوء متطلبات الممارسين، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد العاشر، 2007.
17. د. عمران علي السائح: أهمية التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة جامعة الزيتونة، ليبيا، العدد الثاني، 2012.
18. د. غسان عبيد محمد المعموري: شرط الثبات التشريعي واثره في التحكيم في عقود البترول، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، المجلد الاول، العدد الثاني، 2009.
19. د. فراس كريم شيعان، أرم عصام خضير: أثر مبدأ قانون الإرادة على اختلال التوازن في العقود الدولية، بحث منشور لدى جامعة تكريت للحقوق، السنة الثامنة، المجلد الثالث، العدد 29، السنة، 2016.

20. د. فراس كريم شيعان: العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري" دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة العاشرة، 2018.
21. د. محمد خالد الترجمان: تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد القرض الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد التاسع والاربعون، مصر، 1993.
22. د. محمد سليم العوا: سلوك المُحكِّمين، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد 3، تشرين الاول، 2000.
23. د. محمد شكري سرور: موجز احكام عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا 1980، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الثامنة عشر، 1994.
24. د. محمد مصطفى عبد الصادق: الخلفية الثقافية والقانونية للمحكم ومدى تأثيرها على الدعوى التحكيمية، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، المجلد التاسع والثلاثون، العدد الرابع، 2015.
25. د. محمد وليد المصري: العقد الدولي بين النظرية التقليدية والنظرية الحديثة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية، العدد العشرون، ذو القعدة، 2004.
26. د. محي الدين إسماعيل: خدمات أمناء الاستثمار، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد 2، السنة 38، 1986.
27. مصطفى الزرقاء: دراسة مبدئية في العقود وفسخها، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي، العدد الرابع، السنة الخامسة.
28. د. معتز نزيه: الالتزام بالسرية والمسؤولية المدنية" دراسة مقارنة"، مجلة العلوم الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد 82، 2009.
29. وسن قاسم الخفاجي: قابلية العقد للانفصال، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد السابع، السنة الرابعة، 2014.

## ث. القوانين:

1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
2. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل
3. القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل
4. القانون المدني السوري رقم 49 لسنة 1949 المعدل
5. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة، 1976.
6. قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم 5 لسنة 1985.
7. قانون المرافعات المدنية العراقي 83 لسنة 1969 المعدل.
8. القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1974 المعدل.
9. قانون الاونسيترال النموذجي لسنة 1985 المعدل سنة 2006.
10. قواعد الاونسيترال للتحكيم لسنة 1976، المعدلة 2010.
11. قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.
12. التوجيه الأوربي رقم 44 لسنة 2001.
13. قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006.
14. قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة، 1969 المعدل
15. قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937، المعدل .
16. قانون العقوبات الفرنسي رقم 92-683، لسنة 1992.
17. قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1975، المعدل بالمرسوم رقم 48 لسنة 2012.

## ج. الاتفاقيات الدولية:

1. اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع " فيينا لسنة 1980.
2. اتفاقية لاهاي 1955، بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية.
3. اتفاقية لاهاي، 1986، بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع.
4. اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها سنة 1958.
5. التوجيه الأوربي روما 1 لسنة 2008.

## ح. القرارات القضائية:

- 1 . قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد 1045 | حقوقية | 1958 | والصادر في 1958/5/28.
- 2 . قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد 2403 | حقوقية | 1966 | الصادر في 19 | 1967/2.
- 3 . قرار محكمة التمييز الاتحادي ذي العدد، 356/ الهيئة الموسعة المدنية/ 2016/ والصادر بتاريخ، 2016/11/28.
- 4 . قرار محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية ذي الرقم 2013، لسنة 1973، والمنشور في جريدة القانون الدولي، 1974، العدد الرابع.
- 5 . قرار محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية، ذي الرقم 1526 لسنة 1988، والمنشور في جريدة القانون الدولي الخاص في عام 1989.

## خ. القرارات القضائية الفرنسية:

- (1) Cass. Com 19 oct 2010, Rev, des, contract n3, 2011,p 939, note, J.B-Racine D I, 2011.
- (2) Cass. Civ. 25 mars, 1980,rev cnit. 1980, p.576 hotebatiffol.
- (3) Final award in case No.5713 of 1989 – year Boo; .Commercial Arbitration, Volum 5- international council for Conmercial arbitration –kluwar law international.
- (4) Décision de la cour de cassation française. Première chambre civile, numéro 3312 en date du 25 novembre 2003.  
متاح على الموقع الالكتروني: [www.Legifranc. Gouv.fr](http://www.Legifranc. Gouv.fr) تاريخ الزيارة 2020/6/5
- (5) Jugement de la cour d'apelle de Douillet. N 0248/11, du 6 fevrier, 2014.  
متاح على الموقع الالكتروني [www. Cisg. France org](http://www. Cisg. France org) تاريخ الزيارة 2021/6/21.
- (6) Decision de la cour de cassation chamber Commerciale. Appel, n 12023998 en, date du,13 decembre, 2013.  
متاح على الموقع الالكتروني: [www. Cisg. France org](http://www. Cisg. France org) تاريخ الزيارة 2021 /7/16

(7) Jugement de le appel de Barise, n 201065/ 12 en date du 12 decembre,2013.

متاح على الموقع الالكتروني: www. Cisg. France org. تاريخ الزيارة: 2021/8 /3.

(8) Decision de la cour de cassation francaise, chamber commerciale,n 14588/11, en, date su 5 novembre. 2012.

متاح على الموقع الالكتروني: www. Cisg. France org. تاريخ الزيارة: 2021 /8/4.

ثالثاً: المصادر الأجنبية " الانكليزية والفرنسية":

(1)Trevor Bennell, Bianca Bonell commentary on the International sales Law, GIUFFRE MiLAN( 1987.P534.

(2)POMMIR(J.CH), principe d'autoonomie et loi du contract en droit international prive conventionnel,ED. Economic, paris,1992.

(3) POCAR"F" Le adroit dis obligation dens le nouveau adroit international prove it alien, Rev\_crit . In t.Pr.N.1996

(4) Batiffol 'H' Les conflats de Lois en Matiere de contracts, these Paris, 1938.

(5) Schnitzer, A.F, Les contract en droit international prive Suisse, RCADI, 1968.

(6)Lagard, (P) ,Le nouveau adroit international prive des. Contract après l entree en vaguer de la convention de Rome du, 19,Jon, 1980.

(7) PIERRE JULLIEN et Natali FRICERO «Droit Judiciaries' Privet» L.G.D.J., éd. 2001, n°718.

(9) V.S.CHATILLON, Droit des affaires internationaux, Velbert, 3 éd, 2002.

(8) V.J-M.JACQUET et P.DELEBECQUE, Droit du commerce international, Dalloz, 3 éd, 2002, n°139.

- 
- (9) V.N.WATTE et C.BARRE, Droit international des affaires, Recueil de texts, Lacier, 2005.
- (10) V.M-B.TOUCHAIS et G.VIRASSAMY, les contrats de la distribution, L.G.D.J, 1999, n°799.
- (11) Johan Bassindale and Nicholas Fletcher, “ the UN convention on Contracts for the International sale of Goods” The Vienna Convention”, 1992, 11,CCLR,at.
- (12) LALIVE(P.), order, public trans national( our element international), et larbitrage international, Rev, arb,1986,P 326.
- (13) RANOUL ( V) Lautonomiedu la volonte naissance et evolution dun concept, ed 4 Trimestre, presses Univeritaires de France,1980.

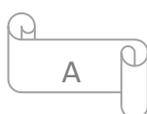
## Abstract

And yet, this study attempts, by presenting the two previous theories, to answer several questions, including, if the majority of Arab and foreign laws stipulate subjecting the contract to the law chosen by the parties, is this freedom granted to these parties absolute freedom or is it restricted? Then what is the applicable law in the absence of an agreement of the parties? Has the Iraqi legislator succeeded in applying the law of the common domicile of the contracting parties or the law of the country of conclusion in the absence of an agreement of the contracting parties?

As for the second theory, it is the objective theory, which rejected the principle of merging the chosen law into the contract, with what it entails from escaping the power of the law. A rule of conflict of laws in the judge's country, which leads to the contract being subject to jus cogens rules in the chosen law, and then the adoption of this theory or that leads to different results whose effects are reflected in particular on the extent of the will's ability to exclude peremptory provisions in the chosen law.

The answer came within this study through the position of jurisprudence, the judiciary and legislation, both internal and international. Then this study concluded that there are specific criteria for the will to choose the applicable law in the international contract, and that these criteria were scattered in the research and its folds, and according to the case.

The issue of the law applicable to contractual obligations is one of the issues that has sparked a fiery jurisprudential debate, as the jurisprudential conflict raged on it crystallized through two opposing theories. The first theory is the personal theory, while the second is the objective theory. Sanctifying the individual's will to contract and recognizing the contracting parties' right not only to conclude the contract and to specify its various conditions, Rather, they choose the law that they see as more expressive of their common interests to organize the contract concluded between them, which entails that the chosen law is integrated into the contract and its provisions relegate to the status of contractual conditions that the contracting parties can agree on what contradicts them, even if they are of a peremptory nature. Which ultimately leads to the contract remaining at large without a law governing it, which means removing it from the scope of conflict of laws.





**Republic of Iraq**  
**Ministry of Higher Education and Scientific Research**  
**Karbala University - College of Law**

**The law applicable to partial termination of  
international trade contracts  
( A Comparative Study )**

**PhD thesis submitted To the Council of the College of  
Law - University of Karbala**  
**As part of the PhD requirements Philosophy in private law**

**Writing by the student  
(Fareed Haneen Jassim)**

**Under the supervision of  
Prof. Dr Ghassan O'bed AL. mamouri**

/1443 A.H.

/ 2022 A.D.