



جمهورية العراق  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة ميسان  
كلية القانون - قسم القانون الخاص

# تنازع القوانين في عقد خصم الورقة التجارية الدولي (دراسة مقارنة)

رسالة تقدمت بها الطالبة

**خديجة أحمد جواد**

إلى

مجلس كلية القانون / جامعة ميسان

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف

**أ.د. صادق زغير محيسن**

استاذ القانون الدولي الخاص

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

﴿وَمَا أُوتِیْتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِیْلًا﴾

صدق الله العلي العظيم

(سورة الاسراء / الآية رقم ٨٥)

## الإهداء

الرجل الطاهر الكريم.....الذي صنع طفولتي بيديه الكريمتين.. بعد الله سبحانه وتعالى..  
ابي..

تلك الوردة الفواحة التي لا زال أستنشق شذاها حتى الآن...الى صاحبة اليد المعطاءة..  
أمي....

من أفتقد حورة تصفيقهم فرحاً بإنجلي في هذه اللحظة...من مفتقدة الأنفاس إلى تلك  
النفس الطيبة التي يحتضنها التواب... فوات احمد

أساتذتي وأهل الفضل علي الذين غمروني بالحب والتقدير والنصيحة والتوجيه  
والإرشاد،إلى كل يد وقلب سار معي درب الإنجاز...

كل هؤلاء أهديهم هذا العمل المتواضع، سائلاً الله العلي التقدير أن ينفعنا به ويمدنا  
بتوفيقه.

الباحثة

## شكر و عرفان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد وعلى اله وصحبه أجمعين، اما بعد...

لا يسعني وأنا أنجز هذه الرسالة المتواضعة، إلا أن أتقدم بعد حمد الله وشكوه واعتواً بالفضل اتقدم بجزيل الشكر وخالص الامتنان، إلى استاذي المشرف الأستاذ الدكتور صادق زغير الذي زودني بتوجيهاته ونصائحه القيمة اثناء إنجاز هذا العمل وقام بمراجعة هذه الرسالة وتصويبها فجزاه الله عني كل خير.

وأتقدم كذلك بالشكر الجزيل إلى إدارة وموظفيها مكتبة كلية القانون في جامعة ميسان ومكتبة كلية الحقوق في جامعة النهرين، لما أبدوه من تعاون كبير وما قدموه لي من خدمات فجزاهم الله عني خير الجزاء.

وختاماً اشكر من قدموا لي العون في إتمام هذه الرسالة، ولم يتسن لي ذكرهم فلهم مني كل الشكر والتقدير.

## المستخلص

يبرم عقد الخصم الدولي بين المصرف والمستفيد (العميل)، وقد تتضمن هذه العلاقة في بعض الاحيان عنصرا اجنبياً، مما يؤدي الى حدوث تنازع بين القوانين فيطلب الأمر البحث عن القانون الواجب التطبيق عليها، ويتم هذا التحديد بموجب قواعد الإسناد التي تبين القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية أو تلك التي تثير تنازعا بين القوانين.

فبموجب قاعدة إسناد العقود الدولية الواردة في المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي المعدل النافذ رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١)، فان للأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الخصم الدولي، وهذا الاختيار قد يكون صريحا أو ضمنيا، تستنتج المحكمة من الظروف المحيطة بالعملية التعاقدية، وفي حالة سكوت هذه الإرادة عن الاختيار الصريح أو الضمني، تلجأ المحكمة الى تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدین إذا اتحدا موطنا، وإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي ابرم فيها العقد.

وحرية الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم عقد الخصم الدولي، أخذت بها القوانين المقارنة فالمادة (١٩) من القانون المدني المصري المعدل النافذ رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨)، لا تختلف عن المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي ونصوص لائحة (روما ١) عام ٢٠٠٨ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية نافذة في كل من فرنسا وإنكلترا، حيث تعطي هذه اللائحة في نص المادة ثالثاً الحرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الخصم الدولي، ويكون هذا الاختيار أيضا أما بصورة صريحة أو بصورة ضمنية، وفي حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني تطبق المحكمة قانون الدولة، الأوثق صلة بعقد الخصم الدولي، وتتحدد هذه الصلة وفق محل المدين بالأداء المميز وقت ابرام العقد، علما أن هذه الفرضية قابلة لإثبات العكس، فبإمكان المحكمة أن تطبق قانون دولة أخرى إذا رأت انه اكثر صلة بعقد الخصم الدولي وفق ما نصت عليه المواد (٥٤/٤م) من لائحة روما ١، كما تبنى قانون الدولي الخاص حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية كالقانون الدولي الخاص السويسري والالمانى.

كما ان موضوع العقد يخضع لقانون العقد باستثناء بعض المسائل التي تخرج عن نطاق هذا القانون لتخضع لقانون آخر، والتي تتمثل بمسألة أهلية أطراف العلاقة في عقد الخصم الدولي تخرج عن نطاق قانون العقد وتخضع للقانون الشخصي، وكذلك مسألة شكل عقد الخصم الدولي حيث يخضع لقانون مكان الإبرام أو لقوانين اختيارية أخرى.

وفي خاتمة الرسالة قدمنا بعض التوصيات بخصوص صياغة نصوص قانونية تختص بعقود  
العمليات المصرفية الدولية ومنها عقد الخصم الدولي، بما يناسب اهمية وخطورة هذا الاخير وفق منهج  
المدىن بالأداء المميز وبما يحفظ خصوصية هذا العقد، ويصب في مصلحة اطرافه.

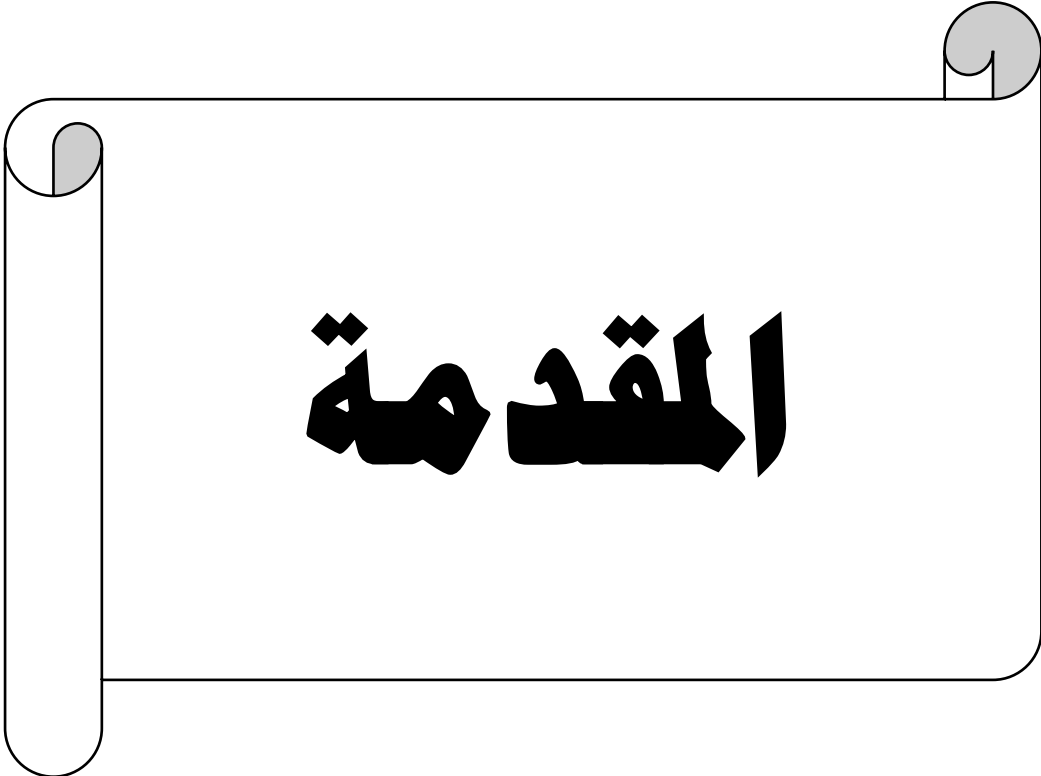
## المحتويات

الصفحة	الموضوع
٤-١	المقدمة
٢١-٥	المبحث التمهيدي: مفهوم عقد خصم الاوراق التجارية
١٢-٥	المطلب الاول: تعريف عقد الخصم وخصائصه
٩-٦	الفرع الاول: تعريف عقد الخصم
١٢-٩	الفرع الثاني: خصائص عقد الخصم
١٧-١٢	المطلب الثاني: اثار عقد الخصم وانقضائه
١٦-١٢	الفرع الاول: اثار عقد الخصم
١٧-١٦	الفرع الثاني: انقضاء عقد الخصم
٢١-١٧	المطلب الثالث: معايير دولية عقد الخصم
١٩-١٨	الفرع الاول: المعيار القانوني
٢٠-١٩	الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي
٢١-٢٠	الفرع الثالث: المعيار المزدوج
٨١-٢٢	الفصل الاول: خضوع عقد الخصم لقانون الارادة
٥١-٢٣	المبحث الاول: ماهية قانون الارادة في عقد الخصم الدولي
٣٧-٢٣	المطلب الاول: مفهوم قانون الارادة في عقد الخصم الدولي
٢٩-٢٣	الفرع الأول: مفهوم قانون الارادة في عقد الخصم الدولي
٣٦-٣٠	الفرع الثاني: طرق تحديد قانون الارادة في عقد الخصم الدولي
٥١-٣٧	المطلب الثاني: موقف التشريعات والاتفاقيات الدولية من تطبيق قانون الارادة
٤٦-٣٧	الفرع الاول: موقف التشريعات الوطنية من تطبيق قانون الارادة
٥١-٤٦	الفرع الثاني: موقف الاتفاقيات من تطبيق قانون الارادة

٨١-٥٢	المبحث الثاني: القيود الواردة على قانون الارادة
٦٥-٥٢	المطلب الاول: مفهوم النظام العام
٥٧-٥٢	الفرع الاول: فكرة النظام العام
٦٥-٥٧	الفرع الثاني: اعمال النظام العام في استبعاد القانون المختار من قبل الاطراف
٨١-٦٥	المطلب الثاني: قواعد ذات التطبيق المباشر
٧٣-٦٦	الفرع الاول: مفهوم القواعد ذات التطبيق المباشر
٨١-٧٣	الفرع الثاني: اعمال القواعد ذات التطبيق المباشر
١٣٨-٨٢	الفصل الثاني: التدخل التشريعي في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الخصم الدولي
١١٠-٨٣	المبحث الاول: التحديد التشريعي الجامد والمرن للقانون الواجب التطبيق
٩٦-٨٣	المطلب الاول: التحديد التشريعي الجامد للقانون الواجب التطبيق على عقد الخصم الدولي
٩٠-٨٣	الفرع الاول: الضوابط التي ينص عليها المشرع العراقي
٩٦-٩٠	الفرع الثاني: الضوابط التي لم ينص عليها المشرع العراقي
١١٠-٩٦	المطلب الثاني: التحديد المرن للقانون الواجب التطبيق
١٠٦-٩٦	الفرع الاول: نظرية الأداء المميز
١١٠-١٠٧	الفرع الثاني: نظرية التركيز الموضوعي
١٣٨-١١١	المبحث الثاني: نطاق القانون الواجب التطبيق على عقد الخصم الدولي
١٢٧-١١١	المطلب الاول: القانون الذي يحكم الاهلية والشكل في عقد الخصم الدولي
١٢٠-١١١	الفرع الاول: القانون الذي يحكم اهلية اطراف عقد الخصم الدولي
١٢٧-١٢٠	الفرع الثاني: القانون الذي يحكم شكل عقد الخصم الدولي
١٣٨-١٢٧	المطلب الثاني: القانون الذي يحكم موضوع عقد الخصم الدولي
١٣٣-١٢٧	الفرع الاول: القانون الذي يحكم تكوين عقد الخصم الدولي



١٣٣-١٣٨	الفرع الثاني: القانون الذي يحكم آثار عقد الخصم الدولي وانقضاءه
١٣٩-١٤١	الخاتمة: الاستنتاجات والتوصيات
١٤٢-١٥٣	قائمة المصادر



المقدمة



## المقدمة

## أولاً: التعريف بموضوع البحث

للمصارف دورٌ بالغ الأهمية في مختلف جوانب الحياة الاقتصادية، فضلاً عن الوظائف التقليدية التي تمارسها المصارف والمتمثلة بمجال النقود، و أعمال الصرف فإنها تُعد من الاجهزة المختصة اليوم في مجال عمليات الائتمان، المتمثلة بفتح الحسابات الجارية والاعتمادات المستندية ومنح خطاب الضمان لعملائها، غير أنّ أبرز العمليات التي تمارسها المصارف لغرض الوصول إلى منح الائتمان لعملائها.

وهي عملية الخصم الذي يتعهد المصرف بتعجيل قيمة الورقة التجارية، أو أي مستند آخر قابل للتداول إلى المستفيد مقابل ملكيته الى المصرف، مع إلتزام هذا المستفيد برد القيمة الى المصرف إذا لم يدفعها المدين الأصلي ويخصم المصرف من قيمة الورقة مبلغاً يُسمى سعر الخصم يقابل فائدة المبلغ المدفوع عن المدة من تاريخ دفعة إلى تاريخ استحقاق الورقة.

ويمثلُ خصم الأوراق التجارية أحد العمليات التي يقوم بها المصرف، وحيث إنّ دور عملية الخصم في تسوية العمليات التجارية بين الأطراف بما تقوم به من وظائف مميزه لمنح الثقة والطمأنينة بين أطراف العقد من حيث ما تتضمنه من ضمانات ووفاء في تنفيذ اللتزامات.

وإنّ عقد الخصم غالباً ما يبرم دون ان تكون للمستفيد حرية جدية في مناقشة شروطه، إذ تحررُ به غالباً عقود نموذجية مطبوعة يكتفي العميل بتوقيعها وينفرد المصرف بتحريرها هذه العقود أدت بتكرار استخدامها إلى نشأة عادة مصرفية في هذه الخصوص يلزم أخذها بالاعتبار في حل المشكلات الناشئة عن هذه العملية، مع ملاحظة ما تقرره القيود والعادات غالباً ما تقرر حلولاً في صالح المصرف لا في صالح العملاء، وهو ما قد يفتح الباب أمام القضاء لإنكارها قد يكون منها غير عادل أو ضار بالمصلحة العامة للائتمان.

وتؤدي عملية الخصم المصرفي دوراً بارزاً على المستوى الدولي، فكلما زادت حركة التبادل وتعامل في الأوراق التجارية، كلما زاد الاقبال على عمليات الخصم المصرفي على الأوراق التجارية قصيرة الأجل، ولاسيما أن المصارف قد بسطت نشاطها المصرفي من خلال فتح فروع في دول أجنبية وعدم الاكتفاء بإقليم الدولي التي تنتمي إليها، وهذا سهل عمليات الخصم الدولية بين مصرف وأحد

فروعه او عملائه اجانب، وبما أن العملية أصبح فيها عنصراً اجنبياً فمن الطبيعي أن تكون ميداناً لتنازع القوانين الوطنية.

كما تنشأ عن عملية الخصم علاقة عقدية قد تؤدي هذه العلاقة الناشئة عن عملية الخصم بناءً على العقد الأصلي بين العميل (المستفيد) من ناحية، والمصرف من ناحية اخرى، إلى نشوء التزامات على عاتق أطراف العقد، وإن انتماء كل طرف من أطراف، هذه العلاقة التعاقدية إلى قانون دولة مختلفة، قد يتسبب في حدوث تنازع قوانين بين الأطراف وصعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاعات التي تنشأ فيما بينهم، كما يجب الإشارة الى اننا سنتبع التسمية الآتية (عقد الخصم الدولي) في كتابة رسالتنا.

### ثانياً: أهمية البحث

تتمثل أهمية هذه الدراسة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عملية الخصم لكون هذه العملية مركبة فهي ائتمان من جهة وتنازل عن قيمة الحق الثابت في الورقة التجارية من جهة أخرى، كما يؤدي عقد الخصم دوراً بارزاً على مستوى العلاقات الدولية الخاصة، لأن هذا العقد يرد غالباً على مبالغ مالية ضخمة من جهة، ولأن الأوراق التجارية التي يتم خصمها كثيراً ما تكون مستحقة الوفاء في الخارج من جهة اخر، ونظراً لما تحتويه الورقة التجارية من ضمانات لا يتخلى الدائنون عنها بسهولة، ولاسيما في القطاع المصرفي الذي تبلغ فيه المخاطر ذروتها، فضلاً عن انتماء كل طرف من أطراف العلاقة الى قانون دولة مختلفة مما يطرح نشوء نزاعات بين أطراف عقد الخصم، وقد تزايد الاهتمام بمشكلة تنازع القوانين في مجال عمليات المصرفية في ظل التطور الذي تشهده عمليات التجارة الدولية، ورغم ذلك فتبقى مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق أمراً مهماً، وهذا لحاجة كل طرف للوقوف على مضمون الحقوق التي يضمنها له القانون حتى يكون بإمكانه معرفة ما يمكن التنازل عنه من هذه الحقوق وكذلك أهمية الدراسة في البحث عن القانون الذي سوف يطبق على تلك نزاعات.

### ثالثاً: أسباب اختيار البحث

أما أسباب اختيار هذا الموضوع، ف جاء اختيارنا لهذا الموضوع انطلاقاً من دوافع شخصية وأخرى موضوعية، فبالنسبة للدوافع الشخصية فتتمثل في الرغبة في دراسة هذا الموضوع المهم الذي يعد من أبرز صور الاعتمادات المصرفية الدولية، ولاسيما أن البحث تنازع القوانين في عقد الخصم الدولي بحث يتسم بالحيوية، ويثير الفضول العلمي لارتباطه بالأنظمة القانونية المختلفة، وكذلك بالقواعد الدولية، اما بالنسبة للدوافع الموضوعية فتتمثل في ان الحلول المقترحة لحل مشكلة تعين القانون في إطار عقد

الخصم الدولي لم يتم الاستقرار عليها بشكل نهائي في التشريعات الداخلية والدولية، وحتى ضمن القواعد مثل الاتفاقيات الدولية وهو ما يجعله موضوعاً خصباً للبحث، فضلاً عن حداثة الموضوع و قلة الدراسات حول هذا العقد، حيث إنّه لم يحظَ بالقدر الذي يستحقه من دراسة القانونيين وبحثهم وتحليلهم عموماً والقانونيين العرب بشكل خاص.

#### رابعاً: مشكلة البحث

تكمن مشكلة الدراسة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الخصم الدولي التي يثيرها الاطراف عند عدم وجود قانون أو قواعد محددة تحكم ذلك العقد، مما لا شك أنّ عقد الخصم يمكن أن يكون ميداناً خصباً لثوران حالات التنازع بين القوانين، ويرجع ذلك إلى أن المصارف عادةً ما تقوم بخصم أوراق مسحوبة أو محررة أو صادرة في الخارج أو مسحوبة من أشخاص أو مصرف كما هو الحال في الصكوك في الخارج، وبناء على ما سبق يُثار عدد من تساؤلات:

- ما القانون الواجب التطبيق على عقد الخصم الدولي، هل يخضع هذه العقد لقانون الارادة؟ أم أن هناك قواعد أخرى تلائم هذا العقد؟

- هل هناك حرية أطراف عقد الخصم الدولي في اختيار قانون العقد مطلقة أم أنّ هناك قيوداً تحد من سلطان هذه الحرية؟

- متى يحق للقاضي الأخذ بعملية الاسناد المسبق، وتطبيق ضوابط إسناد احتياطية كالموطن المشترك وبلد الإبرام؟ وهل تصلح لتطبيق على عقد الخصم الدولي؟

- هل تدخل جميع مراحل إبرام عقد الخصم الدولي، ابتداءً من مرحلة تكوينه الى مراحل انقضائه في نطاق القانون المختار؟ أم أن هناك قواعد خاصة بكل مرحلة؟

#### خامساً: صعوبات البحث

أن الصعوبات التي تواجه البحث تتمثل بعدم وجود تنظيم قانوني محدد خاص بالعمليات المصرفية الدولية وبشكل خاص (عقد الخصم الدولي) في نطاق القوانين محل الدراسة وأنّما يتم ذلك وفق المبادئ العامة وندرة الأحكام القضائية التي يمكن ان يستند إليها الباحث في الوصول الى حل مناسب لبعض المشكلات القانونية التي يفرزها هذا البحث، ولاسيما على مستوى الدول العربية، وقلة المصادر العربية العلمية المتخصصة في هذا الموضوع واقتصارها على طرح المشاكل التي يثيرها

موضوع البحث دون وضع حلول مباشره لها، فضلا عن ذلك فإن هذا الموضوع أوجب التطرق إلى الكثير من الفروع القانونية الى جانب الدولي الخاص كالقانون المدني والقانون التجاري وغيره.

### سادساً: منهجية البحث

سنتبع في هذه الدراسة منهجين: المنهج التحليلي بتطبيق القواعد العامة الموجودة في القوانين الداخلي كالقانون المدني والتجاري وغيرهما على عقد الخصم الدولي، ومن ثم تحليل مدى ملائمتها للتطبيق على هذا النوع من العقود، وتحليل النصوص القانونية وتفسيرها بما يصب في موضوع الدراسة، وسيتم استخدام هذا المنهج في تحليل و تفسير الأحكام القضائية ان وجدت، والبحث في الآراء الفقهية التي تتعلق بتنازع القوانين في عقد الخصم الدولي.

أما المنهج الاخر الذي سنعتمده في دراستنا هو المنهج المقارن، بين كل ما تقدم ذكره، كلما كانت تلك المقارنة لازمة ومفيدة للدراسة وسنعرض آراء الفقه في القانون الفرنسي وكذلك نصوصه التشريعية في جميع موضوعات البحث، والمنهج ذاته سننخذه عند معالجتنا للقانون العراقي والقانون المصري، ثم سنتناول ما انتهت إليه الاتفاقيات الدولية بقدر ما يتعلق بموضوع دراستنا، ونتناوله في بعض القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية والتوجيهات الاوربية عند الاقتضاء.

### سابعاً: هيكلية البحث

لمعالجة موضوع تنازع القوانين في عقد الخصم الدولي، سنقسم بحثنا إلى مبحث تمهيدي وفصلين نتناول في المبحث التمهيدي مفهوم عقد خصم الأوراق التجارية، ونتناول في الفصل الأول خضوع عقد الخصم الدولي لقانون الإرادة والذي سنقسمه الى مبحثين نتناول في المبحث الاول ماهية قانون الإرادة في حين سنتناول في المبحث الثاني القيود الواردة على قانون الإرادة.

في حين سنخصص الفصل الثاني التدخل التشريعي في تحديد القانون الواجب على عقد الخصم الدولي ، وسنقسمه إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول التحديد التشريعي الجامد والمرن للقانون الواجب التطبيق أما المبحث الثاني فسنتناول فيه نطاق القانون الواجب التطبيق على عقد الخصم الدولي.



**المبحث التمهيدي**  
**مفهوم خصم الورقة التجارية**



## المبحث التمهيدي

### مفهوم خصم الورقة التجارية

يُعد الخصمُ من أهم العمليات المصرفية في مختلف الأنظمة القانونية المقارنة على مستوى التشريع والتطبيق المصرفي، نظراً لما يتمتع به من مزايا ومرونة وسهولة في إجراء العمليات المرتبطة به.

وكذلك تعد عملية الخصم من عمليات الائتمان، أو الاعتمادات المصرفية قصيرة الأجل التي تسهم في تنمية المعاملات التجارية وتنشيطها وتسوية الأمور المالية المتعلقة بالصفقات التجارية بوصفها من الوسائل التي يستخدمها المصرف في استثمار الأموال، إذ يتم تحويل الاموال المخزونة عن طريقها إلى اموال مثمرة ومنتجة تعود بالنفع على أصحابها وعلى النشاط الاقتصادي، وكذلك تحقق فائدة لطرفيها العميل (المستفيد) و المصرف الخاصم، وتجري عملية الخصم دائماً على أوراق تجارية لم يحل ميعاد استحقاقها بعد فمن البديهي أن المبادلات التجاري لا تتم في الأغلب نقداً وإنما تتم بصوره مؤجلة، وتكتب بها سندات تتضمن آجالاً معينة (الحوالات التجارية والكمبيالات)، وهنا يبرز دور المصرف في منح الائتمان الذي يتحقق بدفع المصرف قيمة الورقة التجارية الى المستفيد ثقة منه باسترجاع ما دفعه عند حلول الأجل المتفق عليه، ويقطع مبلغ من قيمة هذه الورقة عن المدة من تاريخ الدفع، وحتى تاريخ استحقاقها ويسمى هذا بسعر الخصم.

لدراسة مفهوم عقد خصم الاوراق التجارية لابد من تناول عقد الخصم من حيث تعريفه مع بيان ما يتمتع به هذا العقد من خصائص في (مطلب أول)، ثم بيان آثار وانقضاء هذا العقد في (مطلب ثان)، وأيضاً بيان المعايير التي تحدد مدى دولية العلاقة في هذا العقد في (مطلب ثالث) وكما يأتي:

## المطلب الاول

### تعريف عقد الخصم وخصائصه

على الرغم من أنّ الكثير من التشريعات التجارية أوردت تعريفاً لعقد الخصم في نصوصها القانونية وبصورة واضحة، غير أنّ ذلك جاء بعد اتجاه الفقهاء الذين عملوا على وضع تعريف لعقد الخصم يتناسب مع أهمية هذه العملية، لذا سوف نورد أهم التعاريف التشريعية والفقهيّة، وثم نبين أهم ما يتمتع به عقد الخصم من خصائص توضح اهميته وتميزه عن بقية العمليات المصرفية.

## الفرع الأول

تعريف عقد الخصم<sup>(١)</sup>

لدراسة عقد الخصم ينبغي الوقوف أولاً على تعريفه، لذا سنتطرق إلى بعض التعاريف التشريعية، وبعدها نتناول التعاريف الفقهية لدى عدد من شراح القانون.

أولاً: التعريف التشريعي لعقد الخصم.

عرفت المادة (٢٨٣/ ف أولاً) ، من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة (١٩٨٤) المعدل النافذ الخصم بأنه: "اتفاق يتعهد المصرف بمقتضاه بأن يدفع مقدماً قيمة الورقة التجارية أو أي مستند آخر قابل للتداول الى المستفيد مقابل نقل ملكيته إلى المصرف مع إلزام المستفيد برد القيمة إلى المصرف إذا لم يدفعها المدين الاصلي".

ويمكن أن نستنتج من هذا التعريف ما يأتي:

١- أنّ المشرع العراقي لم يعرف الخصم بأنه عقد، وإنما بمصطلح اتفاق، إذ كان الأجدر به أن يكون أدق من ذلك أن يستخدم مصطلح العقد لأهمية هذه العملية، وحتى تتبين طبيعته القانونية<sup>(٢)</sup>، أسوةً ببعض التشريعات العربية<sup>(٣)</sup>.

(١) الخصم: لغوياً: يقال: "خاصمه خصماً"، والخصم قد يكون للثنتين والجمع والمؤنث وقيل أنّ الخصمين لأخذ كل منهما في شق الحجاج والدعوى"، الإمام جمال الدين ابي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، مجلد ١٢، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٢٠٩ وما بعدها.

(٢) يميز بعض الفقهاء بين الاتفاق والعقد.

فالاتفاق (convention) هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه. فالاتفاق على إنشاء التزام مثله عقد البيع، ينشئ التزامات في جانب كل من البائع والمشتري. والاتفاق على نقل التزام مثله الحوالة، تنقل الحق أو الدين من دائن لدائن آخر أو من مدين لمدين آخر. والاتفاق على تعديل التزام مثله الاتفاق على اقتران أجل بالالتزام أو إضافة شرط له. والاتفاق على إنهاء التزام مثله الوفاء ينتهي به الدين.

والعقد (contrat) أخص من الاتفاق، فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله. ومن ذلك يتضح أن كل عقد يكون اتفاقاً. أما الاتفاق فلا يكون عقداً إلا إذا كان منشئاً للالتزام أو ناقلاً له، فإذا كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد، نقلاً عن د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢، ص ١٠٧.

(٣) حيث عرف المشرع المغربي الخصم في قانون التجاري الجديد من خلال المادة (٥٢٦) والتي قضت على أن الخصم عقد تلتزم بمقتضاه المؤسسة المصرفية بأن تدفع للمستفيد قيمة الورقة التجارية قبل ميعاد استحقاقها مقابل نقل ملكية الأوراق التجارية أو غيرها من السندات القابلة للتداول والتي يحل دفعها في تاريخ معين، على أن يلتزم برد قيمتها إذا لم

٢- يتبين من نص المادة المذكورة أعلاه أن عملية الخصم، لا تنصب على الأوراق التجارية فحسب وإنما تتم على كل مستند قابل للتداول.

٣- يبرم عقد الخصم بين طرفين الأول المستفيد المتمثل بطالب الخصم، والطرف الثاني هو المصرف الخاص.

٤- تتم عملية الخصم ليس بتظهير الورقة تظهيراً توكلياً<sup>(١)</sup>، ولا تظهيراً تأمينياً<sup>(٢)</sup>، فحسب وإنما تظهير بنقل ملكية الورقة التجارية والحق الثابت فيها إلى المصرف، مع التزام المستفيد بسداد قيمة تلك الورقة في حال امتناع المدين الأصلي عن تسديدها.

وفي نص مشابه ذهب المشرع المصري عندما عرف عملية الخصم بأنها: "اتفاق يتعهد البنك بمقتضاه بأن يدفع مقدماً قيمة الصك قابل للتداول إلى المستفيد، مقابل نقل ملكيته إلى البنك، مع التزام المستفيد برد القيمة الاسمية إلى البنك إذا لم يدفعها المدين الأصلي"<sup>(٣)</sup>.

وبذلك ينطبق عليه ذات الملاحظات، التي أوردها على تعريف المشرع العراقي.

أما المشرع الفرنسي فقد عرف الخصم بأنه: "عملية ائتمان قصيرة الاجل تتمثل في قيام المصرف أو اية مؤسسة مالية بالموافقة على منح العميل مبلغاً مالياً مخصوصاً منه الفائدة والعمولة ومصاريف التحصيل، ويكون المبلغ المعجل مساوياً لقيمة الحق الثابت في الورقة التجارية المظهرة من العميل لصالح المصرف"<sup>(٤)</sup>.

يف الملتزم الأصلي وللمؤسسة المصرفية مقابل عملية الخصم فائدة وعمولة، أما المشرع التونسي فقد عرف الخصم في المادة (٧٤٣) والتي قضت على أن الخصم هو عقد يلتزم بمقتضاه المصرف بأن يدفع سلفاً للمستفيد مبلغ الأوراق التجارية أو غيرها من السندات القابلة للتداول والتي يحل أجل دفعها في تاريخ معين ويسلمها له المستفيد مع تحمله بأداء قيمتها إذا لم يوف بها الملتزم الأصلي فيها".

(١) يقصد بالتظهير التوكيلي: "هو التظهير الذي يقصد به المظهر توكيل المظهر إليه في تحصيل قيمة الورقة التجارية في ميعاد الاستحقاق والغالب أن يتم التظهير التوكيلي لأحد المصارف، ويتم بذكر عبارة تدل على التوكيل مثل القيمة للتحصيل أو القيمة للقبض أو للتوكيل"، نقلاً عن د. عثمان التكروري، الوجيز في مبادئ القانون والقانون التجاري، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، ٢٠١٧، ص ٣٧٧.

(٢) يقصد بالتظهير التأميني: "هو التظهير الذي يتم بمقتضاه انتقال حيازة الورقة التجارية من المظهر إلى المظهر إليه، بقصد الضمان أو الرهن لغرض ضمان حق المظهر إليه قبل المظهر"، نقلاً عن د. عاطف محمد الفقي، الأوراق التجارية وفقاً لأحكام القانون التجارة الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٨٠.

(٣) المادة (٣٥١ / ١) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ المعدل النافذ.

(٤) أشار إلى ذلك شيخ محمد زكريا، الطبيعة القانونية لعقد الخصم البنكي، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد ٥٥، الجزائر، ٢٠١٦، ص ١٥٣.

وبلاحظ على تعريف المشرع الفرنسي بأنه عرف الخصم، بأنه عملية ائتمانية بعكس ما عرفه المشرع العراقي والمصري وكذلك ان عملية الخصم لا تتم من المصرف فحسب، وإنما يمكن لأية مؤسسة مالية اخرى اتمام تلك العملية اما فيما يتعلق بطرفي تلك العملية وانتقال ملكية، هي ذات ملاحظات المتعلقة بتعريف المشرع العراقي.

### ثانياً: التعريف الفقهي لعقد الخصم

وضع شراح وفقها القانون التجاري، عدة تعاريف لعملية الخصم ويرجع اسباب اختلاف هذه التعاريف، بسبب اختلافهم حول طبيعة هذه العملية، منهم من يركز اهتمامه على الآلية القانونية التي تتم بها العملية على احد صور عملية الخصم فحسب، اما بعضهم فيركز على الصورة الائتمانية لتلك العملية، وهنا نميز بين اتجاه الفقه العربي والاجنبي.

### - الفقه الاجنبي

عرفه جانب من الفقه الفرنسي بأنها "سندات قابلة للتداول تمثل حقاً لحامها تستحق في تاريخ قصير الأجل، وتستخدم كأداة للوفاء"<sup>(١)</sup>.

أما الفقه البلجيكي فقد عرف الفقيه (فان رين) الخصم أنه: "عقد به ينقل حامل الورقة التجارية ملكية هذه الورقة إلى البنك الذي يلتزم أن يجعل له قيمتها بعد خصم ما يمثل فائدة المبلغ حتى تاريخ الاستحقاق، ويتعهد به الحامل (مقدم الورقة للخصم) برد القيمة الاسمية للورقة إذا لم تدفع عند موعد استحقاقها"<sup>(٢)</sup>.

Bonneau(T).droit bancaire.12 e'dition. (753); L'escompte, qui concerne principalement les effets de commerce , en particulier les lettres de change, est l'opération de crédit à court terme par laquelle des effets sont transférés au banquier qui, en contrepartie, procède à leur paiement immédiat, sous déduction des intérêts et commissions.

(١) اشار الى الفقه الفرنسي عبد القادر البقيرات، القانون التجاري الجزائري- السندات التجارية- ديوان المطبوعات الجامعية، ٢٠١٠، ص٧.

(٢) اشار الى الفقه البلجيكي د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الواجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص٧٣١.

## - الفقه العربي

عرف جانب من الفقه الخصم على أنه: " العملية التي بمقتضاها يعجل البنك إلى المستفيد من الورقة التجارية لم يحل أجلها بعد قيمة الورقة مقابل تنازل المستفيد بالبنك عن ملكية الحق الثابت بالورقة ويخصم البنك من قيمة الورقة مبلغاً يسمى سعر الخصم"<sup>(١)</sup>.

كما عرفه آخرون بأنه: " عملية مصرفية يقوم فيها المصرف بشراء ورقة تجارية أو مستند آخر قابل للتداول مع التزام بائعه، برد قيمته إلى المصرف عند عدم حصوله عليها من المدين الأصلي"<sup>(٢)</sup>. ومع تقديرنا التام لما ورد من التعاريف أعلاه فأنا، نورد عليها بعض الملاحظات وكما يأتي:

١- غالبية التعاريف التي أوردها الفقه، ركزت على جوانب أو خصائص محددة من عملية الخصم دون التعرض لكل الخصائص، فالخصم عملية بالغة الأهمية ويجب الإشارة لجوانبها كافة، فقد اغفل الفقه بيان أنّ عملية الخصم من عمليات الائتمان قصيره الأجل وكذلك أنّ سعر الخصم لا يضم الفائدة والعمولة فحسب، وإنما يشمل أيضاً مصاريف تحصيل الورقة التجارية المخصوصة.

٢- بعض التعاريف ركزت على الجانب الائتماني لعملية الخصم، وعدّها من عمليات الائتمان التي يقوم بها المصرف كنشاط مصرفي لعملائه، وبعضها الآخر ركز على الآلية القانونية التي تتم بها تلك العملية، وهي كذلك ضيقت من نطاق عملية الخصم بقصرها على أحد صور الخصم وهي الواردة على الحق الثابت في الورقة التجارية.

## الفرع الثاني

## خصائص عقد الخصم

يعد عقد الخصم من العمليات المصرفية الائتمانية الفريدة، التي تحقق العديد من الفوائد لأطرافها كما يتصف بجملة من الخصائص التي تميزه عن باقي عمليات الائتمان، سنحاول إبرازها فيما يأتي:

أولاً: الخصم المصرفي أحد صور الائتمان المصرفي، ويطلق مصطلح الخصم على الاقتطاع الذي يجريه المصرف على القيمة الإسمية للورقة، والخصم وسيلة للتمويل قصير الأجل، إذ بوساطته يمكن

(١) د. علي جمال الدين عوض، المصدر السابق، ص ٣٢٩ وما بعدها.

(٢) د. اكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ٣٤١.

المصرف العملاء من الحصول على قيمة معاملاتهم التجارية دون انتظار تاريخ استحقاقها المحدد في (الورقة التجارية) محل عقد الخصم<sup>(١)</sup>، وقبول المصرف دفع القيمة قائم على أساس ما تحتويه الورقة المخصومة من ضمانات كافية وثقة المصرف باسترجاع ما دفعة للمستفيد عند الأجل المتفق عليه.

ثانياً: إنّ عملية الخصم المصرفي هي عملية مركبة من عمليتين مرتبطتين تهدفان إلى تحقيق غرض اقتصادي واحد، العملية الأولى هي عملية رضائية بحت وهي عقد الاعتماد وهذه تخضع لإرادة الطرفين وأحكام الاعتماد العامة، أما بالنسبة للعملية الثانية فهي تتعلق بالأوراق التجارية التي تتمثل بالتظهير الناقل لملكية الحق الثابت فيها، وأحكام هذا التظهير تخضع للقواعد التي نظمها قانون الصرف<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: إنّ عقد الخصم كما أنه عقد معاوضة، فهو عقد رضائي، لأنه يتم بمجرد اتفاق الطرفين (المصرف والمستفيد) ولا يحتاج في العادة إلى اجراءات شكلية، ويترتب عليه التزامات على عاتق طرفيه وتعد التزامات كل طرف سبباً لالتزامات الطرف الآخر، كما يوجد بين التزامات المتعاقدين ارتباط بحيث إذا بطل التزام أحد الطرفين أو انقضى لأي سبب من أسباب الانقضاء بطل أيضاً التزام المتعاقد الآخر وانقضى وهو عقد معاوضة لأن كلا من طرفي العقد يأخذ مقابلاً لما يلتزم به، وهو تجاري دائماً بالنسبة للمصرف بوصفه من العمليات المصرفية<sup>(٣)</sup>.

رابعاً: عملية الخصم المصرفي على الرغم مما يصاحبها من المخاطر، غير انها وبلا شك تؤدي دوراً هاماً في تنشيط الدور الاقتصادي للمصارف، عبر تحقيق العديد من الفوائد ففيها يتم الحصول على ضمانات تقتدر لها بقية العمليات المصرفية، وتعجز عن توفيرها، فالمصرف يحصل على الورقة التجارية مطمئناً من صحة الالتزامات الثابتة فيها دون أن يكون بحاجة للرجوع الى عملية تحريرها كما يستفيد من قاعدة التظهير من الدفع<sup>(٤)</sup> وايضا من تضامن الموقعين عليها.

(١) عيسى طایل أحمد عوادة، الاثار القانونية لعملية خصم الأوراق التجارية، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان، عمان، ٢٠٠٩، ص ١٠.

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية)، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديد، مصر، ٢٠١٢، ص ٣٠٤.

(٣) د. صفوت بهنساوي، الأوراق التجارية وعمليات البنوك وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٠، ص ٤٨٩.

(٤) نصت المادة (٥٧) على قاعدة التظهير من الدفع انه "ليس لمن اقيمت عليه دعوى بحوالة أن يحتج على حاملها بالدفع المبنية على علاقاته الشخصية بساحبها أو بحاملها السابقين ما لم يكن الحامل وقت حصوله على الحوالة قد تصرف بقصد الاضرار بالمدين"، ومفاد هذه القاعدة هي أن المدين لا يستطيع أن يحتج على حاملها بالدفع الشخصية

خامساً: بالنسبة لطبيعة عملية الخصم، نجد اختلافاً كبيراً في الفقه والقضاء، فهناك من قال بانه حوالة حق من المستفيد إلى المصرف ضد الغير في مقابل الوفاء قبل الأجل فالمصرف يشتري الحق الأجل الثابت في الورقة بسعر عاجل أقل ويمثل الربح الفرق بين القيمتين<sup>(١)</sup>، ومنهم من قال بأن الخصم قرض مضمون برهن على الورقة التجارية، فالمستفيد لا يلجأ إلى حصر الورقة لدى المصرف إلا لحاجته للنقود، وهؤلاء أيضاً مختلفون بين القائل بأن القرض مضمون بورقة تقدم إلى المصرف على سبيل الرهن، والقائل بأن الورقة تقدم على سبيل التملك، ولكن هذين الرأيين لا يتفقان مع رأي غالبية الفقه في حقيقة الخصم، لأن عملية الخصم لا تخضع لقواعد البيع أو حوالة الحق، ولا تنطبق عليها قواعد القرض أو الرهن، ويذهب رأي ثالث إلى القول بأن الخصم ان هو الا عملية تظهير ناقلاً لملكية الحق الثابت في الورقة من المستفيد طلب الخصم الى المصرف الخاص حيث يخضع في شروطه واثاره لقواعد قانون الصرف<sup>(٢)</sup>.

وهناك أخيراً من يرى أن جميع الآراء المتقدمة منتقدة وتعجز عن تفسير الكثير من جوانب طبيعة عملية الخصم بوصفها طبيعة مركبة، لا يمكن الوقوف على أحدها دون الأخرى، لذلك يرى هؤلاء أن الصحيح هو النظر إلى جوهر العملية دون التقيد مقدماً كما فعلت الآراء السابقة بإطار قانوني معين، فعملية الخصم عملية مصرفية لها طابعها الخاص، والمتميز وعملاً مصرفياً فريداً له نظام مستقل وله ظروفه وأهدافه، ولكون نظامه خاص لا يحتاج إلى وصفة في قالب مما تعرفه القوانين كالقانون المدني أو التجاري شأنه في ذلك شأن العمليات المصرفية الأخرى<sup>(٣)</sup>.

---

التي تنشأ بسبب العلاقات الشخصية بين المدين والموقعين الآخرين، التي كان يستطيع التمسك بها في مواجهة حامل سابق، انظر د. فوزي محمد سامي و د. فائق محمود الشماخ، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٥، ص ١٤٩.

(١) محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، جامعة الملك سعود، ١٩٩٧، الرياض، ص ٣٣٣.

(٢) د. مصطفى كمال طه و د. علي البارودي، القانون التجاري (الأوراق التجارية \_ العقود التجارية \_ عمليات البنوك)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠١، ص ٦٧٦. كذلك د. محمود محمد الكيلاني، الموسوعة التجارية المصرفية \_ عمليات البنوك، مجلد ٤، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠٠٩، ص ١٠٨.

(٣) د. علي جمال الدين عوض، المصدر السابق، ص ٧٧٤.

## المطلب الثاني

### آثار عقد الخصم وانقضائه

إنَّ الخصمَ عقد من عقود المعاوضة الملزمة للجانبين، فإذا انعقد صحيحاً ترتبت عليه إلتزامات متقابلة في ذمة كل من المستفيد والمصرف، وتنقضي الإلتزامات أطراف عقد الخصم بوفاء كل منهما بها، حيث ينقل المستفيد (طالب الخصم) ملكية الورقة التجارية والحق الثابت فيها إلى المصرف وبالمقابل يُمكن المصرف المستفيد (طالب الخصم) من القيمة التي تتضمنها الورقة المخصومة، إذاً فالصورة الأولى لانقضاء عقد الخصم هي أداء الطرفين للإلتزامات، غير أنَّ علاقة الأطراف قد تنتهي إلى غير الصورة السابقة.

لذلك سنبحث في هذا المطلب آثار عقد الخصم بالنسبة للطرف المستفيد (طالب الخصم)، وكذلك للطرف الآخر المتمثل بالمصرف في الفرع الأول، بينما سنتناول في الفرع الثاني، كيفية انقضاء عقد الخصم وعلى وفق التفصيل الآتي:

## الفرع الأول

### آثار عقد الخصم

يرتب عقد الخصم العديد من الإلتزامات على أطرافه، وان الإلتزامات احدهما تعد حقوقاً للآخر لذا سنبحث أولاً الإلتزامات المستفيدة، ثم سنبحث ثانياً في الإلتزامات المصرف، وهو ما سنوضحه فيما يأتي:

#### أولاً: الإلتزامات المستفيدة

تتمثل الإلتزامات المستفيدة بنقل ملكية الحق الثابت في الورقة التجارية الى المصرف وأيضاً دفع أجرة المصرف وأخيراً إعادة القيمة الإسمية للمصرف، اذا ما امتنع المدين الأصلي عن الوفاء بقيمتها في ميعاد استحقاقها وهو ما سنتناوله تباعاً، وكما يأتي:

#### ١ - الإلتزام المستفيدة بنقل ملكية الحق الثابت في الورقة التجارية إلى المصرف

يجب على المستفيد نقل ملكية الورقة التجارية إلى المصرف، حتى يتمكن الأخير من دفع قيمته إلى المستفيد، ولما كان الخصم يرد غالباً على أوراق تجارية، لذا فإنَّ نقل ملكيتها إلى المصرف يكون عن طريق تظهيرها تظهيراً ناقلاً للملكية، ويرى بعض الفقهاء امكان الاتفاق على القيام بعملية الخصم دون نقل ملكية الورقة التجارية المطلوب خصمها وفي هذه الحالة يصبح نقل الملكية التزاماً حتمياً، وعلى



طالب الخصم ان يبادر إلى تنفيذ هذا الالتزام باتخاذ الوسيلة المناسبة لذلك<sup>(١)</sup>، وفق ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٢٨٣) من قانون التجارة العراقي (...نقل ملكيته إلى المصرف.....).

## ٢ - إلتزام المستفيد بدفع اجر المصرف (مقابل الخصم)

يلتزم المستفيد طالب الخصم بأن يؤدي إلى المصرف الخاص المبالغ المتفق عليها، نظير قيام المصرف بعملية الخصم ويستلم المستفيد قيمة الورقة قبل ميعاد الاستحقاق وهو ما يسمى بأجر الخصم، ويتكون أجر المصرف من ثلاثة عناصر وهي الفائدة والعمولة ومصاريف التحصيل<sup>(٢)</sup>.

**العنصر الأول (الفائدة):** و تعد من أهم عناصر الأجر التي يستحقها المصرف عن المبلغ الذي يعجله للمستفيد من قيمة الورقة التجارية، وتحسب الفائدة عن المدة من يوم دفع المصرف قيمة الورقة التجارية للمستفيد حتى يوم استحقاق هذه الورقة، وسعر الفائدة هذه باختلاف وجهات النظر حول تكييف عملية الخصم، فإذا كيف الخصم على أنه قرض بضمان الحق الثابت في الورقة، فلا يجوز أن يتجاوز سعر الفائدة الحد المقرر قانوناً للفائدة الاتفاقية، أما إذا كيف الخصم على أنه شراء للحق، فيجوز للطرفين تحديد سعر الفائدة دون قيد أو شرط، وإذا أخذنا بالرأي القائل بأن الخصم عملية مصرفية تقوم في جوهرها على فكرة الاعتماد، والتي تستند إلى ثقة المصرف مانح الاعتماد بتوقييع من يضمن الوفاء بقيمة الورقة، فإنه في هذه الحالة يتم تحديد سعر الفائدة بالاستناد إلى عامل الثقة، ومن ثم يجب أن يكون هذا السعر هو سعر الفائدة الذي تتقاضاه المصارف في عمليات الاعتماد بوجه عام، وبعبارة اخرى كلما زادت ثقة المصرف في ضمانات الورقة التجارية من التوقييع التي تحملها كلما انخفض سعر الفائدة والعكس صحيح<sup>(٣)</sup>.

**والعنصر الثاني:** الذي يشمل أجر المصرف هو العمولة التي يخصمها المصرف من القيمة الاسمية للورقة، وهذه العمولة بمثابة مقابل عن ما يؤديه المصرف للمستفيد عند قيامه بعملية الخصم، ما يجعل المصرف يقبل خصم الأوراق التجارية حتى قبل حلول ميعاد استحقاقها بوقت قصير مقابل هذه العمولة،

(١) د. فاروق إبراهيم جاسم، القانون التجاري (العقود التجارية وعمليات المصارف)، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨، ص ٣٣٦.

(٢) د. سمح القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الجز الثاني، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٧٤١.

(٣) د. عزيز العكلي، شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية وعمليات البنوك)، الجز الثاني، دار الثقافة للنشر، عمان ٢٠٠٢، ص ٤٦٩.

وهذه العمولة مشروعة لكونها تُعدّ مقابل خدمة مصرفية حقيقية ونافعة يقدمها المصرف للمستفيد، بل أجرة يستحقها المصرف لقاء الخدمة التي يقدمها للمستفيد<sup>(١)</sup>.

اما العنصر الثالث المتمثل بمصاريف التحصيل: وهو في العادة المبالغ التي يدفعها المصرف مقابل مطالبته بتحصيل الورقة التجارية<sup>(٢)</sup>، المخصومة متى كانت هذه الورقة مستحقة الوفاء في مكان آخر غير المكان الذي يوجد فيه المصرف الذي قام بعملية الخصم، حيث يقوم المصرف عند حلول أجل الورقة التجارية بتقديمها إلى المدين الأصلي ليطالبه بالوفاء بقيمتها، وينفق المصرف في سبيل تحصيل قيمة الورقة التجارية مصاريف يتوقف قدرها على مكان الوفاء أي مكان استحقاق الورقة التجارية المخصومة<sup>(٣)</sup>.

### ٣- الالتزام برد قيمه الورقة في حاله امتناع المدين الأصلي عن الوفاء

إنّ عملية الخصم\_ كما ذكرنا \_تتحقق عبر آلية التظهير الناقل للملكية، وعليه يترتب على ذلك ان يصبح المصرفُ الحاملَ القانوني للورقة، وتنتقل إليه جميع الحقوق الناشئة عنها، و منها التزام المظهر بضمان قبول ووفاء الورقة في تاريخ استحقاقها مالم يُتفق على خلاف ذلك، ويعني ذلك أنّه يحق للمصرف بوصفه حاملاً للورقة في حالة تخلف المدين الأصلي عن سداد قيمة الورقة التجارية في ميعاد استحقاقها الرجوع على المستفيد وجميع الموقعين على ذلك السند للمطالبة بالوفاء، فالمستفيد لا تبرا ذمته من الالتزام المصرفي بمجرد التظهير، بل يبقى ملتزماً وضامناً في مواجهة المصرف حتى يقوم المدين الأصلي بالوفاء فتبرا ذمته<sup>(٤)</sup>.

وللمصرف في سبيل حصوله على قيمة الورقة التجارية دعوتان، الأولى دعوى الصرف الناشئة عن الورقة التجارية الذي قام بخصمه، ويرجع بها على كل الموقعين في الورقة التجارية ومن بينهم المستفيد من عملية الخصم، والدعوى المستندة إلى اتفاق الخصم وهي دعوى غير صرفية يسترد بمقتضاها المبالغ التي دفعها دون اقتطاع ما خصمه من نسبة وما قبضه من عمولة، ويكون للمصرف استعمال هذه الدعوى في حدود الورقة التجارية غير المدفوع أيا كان سبب الامتناع عن دفعه، كما لو

(١) جويده عماري، خصم الأوراق التجارية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة محمد بوضياف، الجزائر، ٢٠١٨، ص ٤٣

(٢) د. محمود مختار البربري، قانون المعاملات التجارية (عمليات البنوك، الاوراق التجارية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠، ص ٥٧.

(٣) عيسى طابيل عواودة، المصدر السابق، ص ١١٤.

(٤) د. صفوت بهنساوي، المصدر السابق، ص ٤٩٢.

أهمل مطالبة المدين الأصلي في تاريخ الاستحقاق أو لم يتم بعمل الاحتجاج في المواعيد المقررة قانوناً ففي هذه الحالة يستطيع اللجوء إلى الدعوى الثانية، نظراً لسقوط حقه في الدعوى الصرفية بسبب الإهمال<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: التزامات المصرف

تترتب عملية خصم الورقة التجارية التزامين على عاتق المصرف منها:

#### ١- الالتزام بتعجيل مقابل الخصم

ومضمونه قيام المصرف بدفع المبلغ المستحق عن عملية الخصم أي مقابل الحق المخصوم بصورة فعلية وقانونية، مع خصم المبالغ التي يرتبها عقد الخصم التي سبق الإشارة إليها، كما يجوز الاتفاق على أن يكون الوفاء للعميل من جانب البنك بقيد قيمة الورقة التجارية مخصوماً منها الفائدة التي يستحقها البنك عن الخصم في الجانب الدائن من الحساب الجاري للمستفيد إذا كان لديه حساب جاري في المصرف الخاص<sup>(٢)</sup>.

#### ٢- إلتزام المصرف بمطالبة المدين الأصلي

وهذا الإلتزام يترتب في ذمة المصرف الخاص، حيث يتعين عليه أن يطالب المدين الأصلي أولاً سواء أكان هذا المدين هو المسحوب عليه أم المحرر، ونتيجة لذلك فإنه ليس للمصرف أن يرجع على المستفيد إلا في حالة عدم قيام المدين الأصلي بالوفاء<sup>(٣)</sup>، ولا يجوز للمصرف المطالبة قبل حلول أجل الورقة محل عقد الخصم، وتجدر الإشارة إلى أن هناك مسائل تثار بمناسبة خصم الأوراق التجارية تؤدي إلى تقديم أو تأخير موعد استحقاق الورقة المخصومة، ومن أمثلة تقديم موعد استحقاق الورقة التجارية المخصومة<sup>(٤)</sup>، أما غير ذلك فيلتزم المصرف بمطالبة المدين الأصلي في الورقة في ميعاد الاستحقاق.

(١) د. علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠٠١، ص ٤٢٣، وكذلك

طالب حسن موسى، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، ط ١، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠١١، ص ٢٧٢.

(٢) د. بسام حمد الطراونة و د. باسم محمد ملحم، شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية والعمليات المصرفية)، الطبعة الأولى، دار الميسرة، عمان، ٢٠١٠، ص ٤٥٠.

(٣) د. هاني محمد دويدار، مبادئ القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٣٩١.

(٤) د. محمود محمد الكيلاني، المصدر السابق، ص ١١١.

## الفرع الثاني

## انقضاء عقد الخصم

تنقضي العلاقة التعاقدية بين المصرف والمستفيد الناشئة عن عقد الخصم، أما بفسخ عقد الخصم وأما باتفاق جديد بين الطرفين، واسترداد المستفيد للورقة التجارية قبل حلول ميعاد استحقاقها.

## أولاً: انقضاء عقد الخصم بالفسخ

يخضع عقد الخصم من حيث امكانية فسخه للقواعد العامة المقررة في العقود، وهو جزاء لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزاماته، وكثيراً ما يكون طلب الفسخ من جانب المصرف ولهذا يحرص المصرف في الغالب على أن يُدرج في العقد شرطاً يقضي بفسخ العقد تلقائياً وبقوه القانون دون حاجة إلى إجراء أو طلب من جانبه متى ما وقع أي نزاع مع المستفيد وهو بذلك يتفادى متاعب أية إجراءات، ومتى وقع الفسخ كان أثره طبقاً للقانون رجعياً وعادت ملكية الورقة إلى المستفيد طالب الخصم، ووجب عليه رد ما تبقى إلى المصرف أي وجب إعادة الحال بين الطرفين إلى ما كانت عليه<sup>(١)</sup>.

وقد خرج العرف التجاري عن ما هو مألوف للقواعد العامة فيما يتعلق بالفسخ حيث عامل الفسخ كالإنهاء وقصر أثره على المستقبل فحسب، من أجل تخفيف القسوة عن المصرف فقده حقه في العمولة والفائدة في حين أن المستفيد قد أفاد من المبلغ طول المدة السابقة على الفسخ فيتوجب العمل برد المبلغ الذي قبضه من المصرف مضافاً إليه العمولة والفائدة التي تستحق عن المدة السابقة على الفسخ والتي احتجز خلالها المبلغ<sup>(٢)</sup>، كما يمكن تأسيس هذا الحل على اعتبار آخر، هو أنه صورة للتعويض يبررها أن الفسخ راجع إلى خطأ من المستفيد فهو يلتزم إذن بتعويض المصرف عن نتائج ذلك وأفضل صورة للتعويض هي إلزامه بتحمل العمولة والفوائد.

## ثانياً: إنهاء عقد الخصم بالاتفاق بين الطرفين

قد ينتهي عقد الخصم باتفاق جديد بين الطرفين لتنفيذ لشرط في العقد، و به يرد العميل إلى المصرف قيمة الورقة ويستردها المصرف منه، وهذا ما يعبر عنه في فرنسا بالسحب (Retrait) وقد يكون هذا السحب ملزماً عندما يجبر المصرف المستفيد على استرداد الأوراق التجارية أو أخذها ثانية،

(١) د. ندى زهير سعيد الفيل، الخصم (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، ص ٢٠٧.

(٢) د. محمود محمد الكيلاني، المصدر السابق، ص ١١٢.

وقد يكون اختيارياً للمستفيد فإن لم يستعمله استمرت العملية في مجراها الطبيعي، والغالب أن يكون متفقاً على أن يرد المستفيد القيمة الاسمية للورقة مخصوماً منها العمولة والفائدة عن المدة الباقية حتى الأجل الذي كان متفقاً عليه، في صدد رد المستفيد للقيمة الاسمية للورقة إلى المصرف.

ويلاحظ أن "ردّ النقود من جانب المستفيد للمصرف لا يعد وفاءً لدين لم يحل أو تنفيذاً مباشراً لالتزامه بضمان الوفاء، إذ الفرض أن العقد قد فسخ، فلا محل لتنفيذ التزام ناشئ عنه، ولهذا فهو لا يدخل في نطاق البطلان الوجوبي، إن حصل في فترة الريبة، كما أن هذا الرد لا يعد وفاءً بدون مقابل، لأنه نظير رد الورقة إلى المستفيد"، وهو ما يرجح تأييده<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### معايير دولية عقد الخصم

تشكل العقود الدولية مجالاً خصباً لتنازع القوانين، وتعدّ من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص، لأهمية التحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق على هذه العقود، لاسيما تلك العقود المتعلقة بالعمليات المصرفية، ونتيجة صعوبة تعيين تلك المعايير فقد تولى الفقه والقضاء عملية الكشف عن دولية العقد من عدمه انطلاقاً من المفاهيم الداخلية، التي تتضمنها الأنظمة القانونية الداخلية وفقاً لعدة معايير، فإذا تبين أن العقد دولياً فإنه يدخل ضمن إطار القانون الدولي الخاص، وإلا فإنه عقد وطني ويبقى خاضعاً للقانون الوطني ومن هذا المنطلق اختلف الفقه حول المعيار الواجب اتباعه بصدد بيان دولية العقد من عدمه، كشرط لأعمال قواعد القانون الدولي الخاص، فبينما استقر جانب من الفقه على اعتماد المعيار القانوني الذي يعني بعناصر الرابطة العقدية ومدى ارتباط الصفة الأجنبية بهذه العناصر، أما الجانب الآخر من الفقه، وهو الفقه الحديث، فقد اتجه إلى الأخذ بالمعيار الاقتصادي الذي يعبر عن مدى اتصال العلاقة بمصالح التجارة الدولية، نتيجة اختلاف الاتجاهات فقد نتج عن تبني الفقه لثلاثة معايير كل منها يشترط توافر عناصر معينه ليضفي على العقد الصفة الدولية، لذا سنتناول هذه المعايير في ثلاثة أفرع.

(١) د. علي جمال الدين عوض، المصدر السابق، ص ٨٣٣.

## الفرع الأول

## المعيار القانوني

بموجب هذا المعيار يعد العقد دولياً، إذا كانت الأعمال المتعلقة بأبرامه أو تنفيذه أو جنسية أطرافه، أو محل اقامتهم أو موضوعه، تتصل بأكثر من نظام قانوني واحد وكانت هذه الأنظمة القانونية تتبنى بشأنه حلولاً قانونية مختلفة<sup>(١)</sup>.

وقد اختلف أصحاب هذا الاتجاه حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية وتأثير كل منها في اتسام العقد بالصفة أو بالطابع الدولي، وذلك إلى فريقين:

**الفريق الأول:** الذي يمثل الفقه التقليدي وبحسب هؤلاء ان العقد يكون دولياً اذا ما تطرقت صفة أجنبية إلى أي عنصر من عناصر العلاقة التعاقدية، وجعلتها مرتبطة بعدة أنظمة قانونية من شأنها إضفاء الصفة الدولية على العقد، وهو ما يثير البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة، سواء اتصل هذا العنصر بالأعمال المتعلقة بإبرامه أو بتنفيذه، أو بموطن المتعاقدين، أو بجنسيتهم.

ومع ذلك فإن جانباً آخر من الفقه وجه انتقاده لهذا المعيار، حيث يتسم المعيار القانوني وفقاً لهذا النظر بالجمود، إذ تعد العلاقة التعاقدية دولية بمجرد اتصال الصفة الأجنبية بعناصرها بصرف النظر عن أهمية وفاعلية تلك العناصر في إضفاء الصفة الدولية على العقد<sup>(٢)</sup>.

ولهذا ذهب **الفريق الثاني:** ويمثله الفقه المعاصر إلى التفرقة في خصوص العناصر القانونية للعقد، والتي تتطرق إليها الصفة الأجنبية بين العناصر الفاعلة أو المؤثرة وبين العناصر غير الفاعلة أو المحايدة، فليس كل عنصر اجنبي يحويه العقد من شأنه أن يضيف عليه وصف الدولية، وعلى ذلك فإذا استطرقت الصفة الأجنبية لعنصر غير ذي بالٍ من عناصر العقد أي عنصر لا يشكل أهمية خاصة في شأن الرابطة العقدية المطروحة فإن ذلك لا يكفي لتوافر الصفة الدولية لهذه الرابطة<sup>(٣)</sup>.

(١) د. السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٨، ص ١٣ وما بعدها.

(٢) د. سلطان عبد الله محمود الجوّاري، القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والاعتماد المستندي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠، ص ١٧.

(٣) د. سلطان عبد الله محمود الجوّاري، المصدر السابق، ص ١٧.

وفق المعيار القانوني أن عقد الخصم الدولي، يعد عقداً دولياً كلما تطرقت الصفة الأجنبية الى أحد عناصر حتى وان اتحدت جنسية أطرافه، مادام محل تنفيذه أو موطن المتعاقدين يرتبطان بأكثر من نظام قانوني فهذه العناصر مؤثرة في إضفاء الصفة الدولية على عقد الخصم المصرفي.

## الفرع الثاني

### المعيار الاقتصادي

يقصد بهذا المعيار أن العقد لا يعدّ دولياً مالم يرتبط بمصالح التجارة الدولية ويؤدي إلى انتقال السلع والخدمات الى خارج الحدود، وقد ظهر هذا المعيار كتطبيق للقضاء الفرنسي حيث اتجهت محكمة النقض الفرنسية في الثلث الأول من القرن العشرين الى وضع بعض القواعد الخاصة بالعقود المتعلقة بالتجارة الدولية، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٢٧ في أحد النزاعات التي طرحت امامها بأن العقد الدولي هو ذلك العقد الذي يرتبط بحركة انتقال الأموال عبر الحدود<sup>(١)</sup>.

وتخفيفاً لهذا المعيار اكتفى في تلك المرحلة بحركة تصدير أو استيراد القيم الاقتصادية عبر الحدود، ثم عدّ العقد دولياً في مرحلة تالية عندما يتعلق بمصالح التجار الدولية<sup>(٢)</sup>.

ويذهب جانب من الفقه المصري إلى القول بأن "المعيار الاقتصادي لدولية العقد لا يتعارض بالقطع مع المعيار القانوني، الذي يعد العقد بموجبه دولياً فيما لو ارتبط بأكثر من نظام قانوني واحد، فالمعيار الاقتصادي يتقابل مع المعيار القانوني، لأنّ العقد إذا اتصل بالتجارة الدولية له صلة بالضرورة بعدة نظم قانونية منها ما يتعلق بقانون محل ابرامه، وغير ذلك من العناصر القانونية المرتبطة بالعقد، وعلى سبق مما ذكرنا بأن العقد يكون دولياً إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية، مع الملاحظة أن مضمون هذه المصالح ليست محددة على وجه حاسم وقاطع وعلى هذا الأساس، فإن المحكمة التي سيعرض أمامها النزاع هي من ستحدد دولية العقد محل النزاع من عدمه<sup>(٣)</sup>.

وعند تطبيق المعيار الاقتصادي على عقد خصم المصرفي، نجد أن هذا المعيار يتحقق في إضفاء الصفة الدولية عليه، لأن مجرد إبرام عقد الخصم ينتقل الحق الثابت في الورقة والمتمثل بالقيمة النقدية التي تتضمنها الأوراق المخصوصة (أي الأموال) الى المتعاقد الآخر أي المصرف والذي في الغالب يكون من

(١) د. السيد عبد المنعم حافظ السيد، المصدر السابق، ص ١٦.

(٢) خليل ابراهيم محمد خليل، القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن البحرية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون الجامعة الموصل، ٢٠٠٥، ص ٧٣.

(٣) د. هشام خالد، ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٨٨.

جنسية دولة اخرى فتنقل تلك الاموال عبر الحدود، هذه العملية تدخل ضمن المعيار الاقتصادي لتعلقها بمصالح التجارة الدولية واقتصاد الدولة، ومع كل ما سبق لا نعتقد أن هذا المعيار يكفي لإضفاء الصفة الدولية في عقد خصم المصرفي، فالدولية يمكن ان تتحقق مثلاً بموجب المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي دون أن يترتب عليها انتقال الأموال من دولة إلى أخرى، فعقد الخصم المصرفي المبرم بين مصرف عراقي وعميل تركي، من دون أن يترتب عليها انتقال الأموال فعلياً بين المتعاقدين هو عقد، وينطوي على عناصر قانونية ولكن مجرد من الطابع الاقتصادي بالمفهوم المحددة.

### الفرع الثالث

#### المعيار المزدوج

يذهب هذا الاتجاه إلى أنه لا يكفي التوصل الى معرفة دولية العقد، تحليل عناصر العلاقة التعاقدية ضمن معيار واحد دون الاعتداد بمعيار دون الآخر، وإنما يجب أن يتم تحليل عناصر تلك العلاقة على وفق المعيارين القانوني والاقتصادي، فوجود العنصر الاجنبي في العقد يجب أن يزامن تداول الأموال عبر الحدود، كما يذهب القضاء الفرنسي في بعض احكامه إلى الاعتماد على المعيار المزدوج في تحديد دولية العقد وفقاً لمعطيات المعيارين معاً، لأن العقد قد يرتبط يكون مرتبطاً بأكثر من نظام قانوني وأحد، كما يحقق مصالح التجارة الدولية في ذات الوقت، الأمر الذي يؤكد أن توافر المعيار الاقتصادي لدولية العقد يؤدي بالضرورة إلى اكتساب الرابطة العقدية لطابع الدولي وفقاً لمعيار القانوني والعكس غير صحيح<sup>(١)</sup>، وهكذا يبقى هذا المعيار هو الأصل الذي يجب الاعتداد به لتقرير مدى دولية العقود بصفة عامة، وبهذه تصبح التفرقة بين العناصر الفاعلة وبين العناصر غير الفاعلة هي الأساس الصحيح لدولية الرابطة العقدية، ولاسيما ان المعيار القانوني لا يصلح فقط معياراً لدولية العقود المالية، وإنما أيضاً يعد أساساً لإلحاق هذه الصفة على كل العقود أياً كانت طبيعتها، ولا شك أن الطبيعة النسبية والمرنة للمعيار القانوني هي التي تمكنه من مواجهة الصور المختلفة للعقود في مجال الحياة الدولية الخاصة، وان مرونة المعيار المتخذ اساساً لدولية العقود تستلزم اعطاء القاضي

(١) أحمد حميد الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١٧، ص ٢٤.



السلطة التقديرية في كل حالة على حدة، وأن أعمال سلطة القاضي هي مسألة تكييف تخضع لرقابة محكمة النقض<sup>(١)</sup>.

في ضوء ما تقدم ما المعيار المناسب للعمليات المصرفية الدولية وعلى وجه الخصوص عقد الخصم الدولي؟

إن بحثنا يدور حول البحث عن العنصر أو العناصر الواجب توافرها [لتكييف] العملية المصرفية بأنها عملية ذات طبيعة دولية، وللوصول إلى هذه المسألة يجب (تركيز للعلاقة) تركيزاً لغرض تكييف العقد، لا بغرض تحديد قانون الواجب التطبيق، وهذا التركيز يستند على اعتبارين الأول: المحتوى الاقتصادي للعلاقة العقدية، والثاني العنصر القانوني في العقد.

وإنّ العمليات المصرفية الدولية أياً كانت نوعها تقوم على اعتبارات مستمدة من موضوع العملية ومحتواها المادي والاقتصادي وانتقال رؤوس الأموال عبر الحدود، والتي تثير مشكلة عدم الوفاء وتسوية العلاقات المتولدة عنها<sup>(٢)</sup>.

وبما أنّ العنصر الأساسي في إعطاء الصفة الدولية للعمليات المصرفية وبصفة خاصة عقد الخصم الدولي والمتمثل بالعنصر القانوني مكان التنفيذ، لذا فإن الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي لإضفاء الصفة الدولية على عقد الخصم الدولي باعتمادنا هو الرأي الصحيح.

وقد يثور تساؤل حول موقف المشرع العراقي من المقصود بالعقد الدولي، نلاحظ أنّه لم يتطرق في القانون المدني العراقي إلى تعريف العقد الدولي، وكل ما جاء به هو نص المادة (٢٥) التي بينت القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية وهذا يعني أنّ المشرع العراقي قد ترك مسألة العقد الدولي لاجتهاد الفقه والقضاء.

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠١٤، ص ٩٨.

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال، المصدر السابق، ص ١٠٨.

## **الفصل الأول**

### **خضوع عقد الخصم الدولي لقانون الإرادة**

## الفصل الأول

## خضوع عقد الخصم الدولي لقانون الإرادة

من أهم المبادئ المستقرة في التشريعات على اختلاف تنظيماتها هو خضوع عقود المعاملات المالية الدولية للقانون الذي تختاره الأطراف المتعاقدة، تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة<sup>(١)</sup>، ويشترط الفقه حتى يمكن العمل بهذا المبدأ ان تكون العلاقة المتنازع بشأنها ذات طابع دولي، إذ أن منح المتعاقدين الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق، يقتصر على العقود الدولية ذات العنصر الاجنبي، لأن العقود الداخلية تخضع في جميع الأحوال للقانون الوطني، وانطلاقاً مما تقدم يبادر لذهن عدد من التساؤلات عن حقيقة قاعدة قانون الإرادة وهل يمكن ان تنطبق على عقد الخصم الدولي؟ وكذلك عن كيفية تحديد قانون الإرادة؟ وما الاختيارات المتاحة أمام المتعاقدين؟ ومدى ملاءمتها لعقد الخصم الدولي وأيضاً كيفية إعمالها على هذه العقد؟ وللإجابة عن كل هذه التساؤلات، سنتناول هذا الفصل في إطار المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: ماهية قانون الإرادة في عقد الخصم الدولي وموقف التشريعات والاتفاقيات الدولية منه.

المبحث الثاني: القيود الواردة على تطبيق قانون الإرادة على عقد الخصم الدولي.

---

(١) جرى النص على ذلك في التشريعات العربية منها، المادة (٢٥) مدني عراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ، المادة (١٩) مدني مصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل النافذ، المادة (١٨) مدني جزائري، وفي التشريعات الاجنبية. المادة (١٩) القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧، كما أخذت به لائحة روما ٢ (٢٠٠٨) في المادة ١/٣) وجرى العمل به في التشريعات التي انضمت لهذه الاتفاقية مثل فرنسا وانكلترا وغيرها.

## المبحث الأول

### ماهية قانون الإرادة في عقد الخصم الدولي

تؤدي الإرادة دوراً مهماً في تحديد القانون الواجب التطبيق على ما تنثريه العقود الدولية من منازعات بين الأطراف المتعاقدة، ويتمتع أطراف العقد الدولي بحرية كاملة في اختيار القانون الذي يحكم عقودهم على أساس أنّ الإرادة قادره على خلق الالتزام ويوصفها حلاً يحقق مصالح الأطراف، ويلتزم القاضي باحترام ذلك الاختيار، وعليه يتعين التطرق إلى مفهوم قانون الإرادة وتطبيقه على عقد الخصم الدولي، وذلك في مطلبين كما يأتي:

المطلب الأول: مفهوم قانون الإرادة في عقد الخصم الدولي  
المطلب الثاني: موقف التشريعات الاتفاقيات الدولية منه.

## المطلب الأول

### مفهوم قانون الإرادة في عقد الخصم الدولي

تستند قدره أطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق إلى قوة القانون الذي يمنحهم هذا الحق بمقتضى قواعد تنازع القوانين في قانون دوله القاضي، لذا سنحاول في هذا المطلب بيان خضوع عقد الخصم الدولي لهذا القانون في فرعين، نتناول في الفرع الأول مفهوم قانون الإرادة في عقد الخصم الدولي، أما في الفرع الثاني فسننتاول طرق تحديد قانون الإرادة.

## الفرع الأول

### مفهوم قانون الإرادة في عقد الخصم الدولي

يقصد بقانون الإرادة، هو إعطاء المتعاقدين الحق في اختيار قانون دولة معينة واخضاع علاقاتهم التعاقدية المشوبة بعنصر اجنبي لأحكامه بصورة صريحة أو ضمنية وتطبيق قواعد ذلك القانون لفضّ ما يثيره موضوعها من منازعات، حيث يعد قانون الإرادة من أهم ضوابط الإسناد الاصلية في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية<sup>(١)</sup>، وبحق للأطراف مثل هذا الاختيار في حالة إذا ما اتخذ هذا العقد

(١) د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦، ص ٩٤.

طابعا دولياً<sup>(١)</sup>، ويعني ما سبق أنّ لأطراف عقد الخصم الدولي اختيارَ قانون الذي يخضع له العقد، اذا كان هذا العقد ذات طبيعة دولية، وأثار أي نزاع مستقبلي بشأنه، أما بالنسبة لو كان عقد الخصم وطنياً فلا يحق للأطراف اختيار القانون ليحكم العقد، فمثل هذا الاختيار يكون مخالف للنظام العام، لأنّ كل العقود الوطنية تخضع للقانون الوطني للمتعاقدين.

وعلى الرغم من أن التشريعات قد أخذت بقانون الإرادة، غير أنّه هذا قانون كان مثاراً لجدل بين الفقه عند تحديده<sup>(٢)</sup>، والسؤال الذي يطرح هنا عن مدى قدرة هذه الإرادة في تعيين قانون عقد الخصم الدولي بحيث يلتزم القاضي بتطبيقه من دون أن يخضع هذا القانون لرقابته، هل هذه الإرادة محكومة بقانون وطني لدولة معينة؟ أم يمكنها أن تشير الى أي قانون تراه مناسباً للعقد؟ هل لأطراف العقد أي عقد الخصم الدولي اختيار قانون أي دولة ليحكم علاقتهم التعاقدية، حتى وإن كان لا يرتبط بأي صلة بتلك العلاقة؟ وأيضاً تثير مشكلة تحديد أساسه القانوني، على الرغم من اتفاق الفقه في اعتماد القانون المختار كضابط إسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات التعاقدية الدولية، وللإجابة عن تلك التساؤلات سنبحث في النظريات التي تتعلق به من خلال هذا الفرع، والذي نقسمه إلى فئتين كما يأتي:

#### أولاً: النظرية الشخصية

تجسد النظرية الشخصية فكر المذهب الفردي وقد أسست مبانيها على وفق هذا المذهب الذي كان سائداً في القرن التاسع عشر، والذي ازدهرت فيه فكرة قانون الإرادة وتقديس مبدأ سلطان الإرادة على أنهما من عوامل سيادة ذلك النظام عبر الحدود الدولية، وترسيخه داخل الحدود الوطنية ويذهب الفكر الفردي الى عد الفرد هو أعلى ما في التنظيم القانوني لتكون الجماعة مسخرة لتحقيق مصالح الفرد<sup>(٣)</sup>، كما يرفض أنصار هذه النظرية ان يلزم الانسان بإرادة غيره وان كان الغير هم الجماعة، لأنه كائن يملك إرادة حرة وهو غير ملزم إلا بإرادته، وبهذه الفلسفة استقر مبدأ سلطان الإرادة في العلاقات التعاقدية الدولية وترتب عليه إعطاء الأطراف الحرية في التعاقد، واختيار الشروط التي يتضمنها اتفاقهم

(١) سامية سعدي، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة محمد الشريف مساعديه كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٩، ص ٥.

(٢) د. محمد الروبي، عقد الامتياز التجاري في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ١٦٦.

(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٥٩.

دون قيد يحد من حريتهم<sup>(١)</sup>، وكذلك من ركائز الفكر الفردي أو الحر أن الإرادة الفردية تعلق ولا يعلى عليها شيء، وإنها تنفد القانون ولا تقيد به، استناداً إلى القاعدة المعروفة ب(العقد شريعة المتعاقدين)<sup>(٢)</sup>.

وعليه فإن الإرادة العقدية على وفق ما جاءت به هذه النظرية تكفي بذاتها ان تكون مصدراً من مصادر الالتزام من دون إلزام أطراف عقد الخصم الدولي، بإخضاع عقدهم لقانون آخر غير الذي اختاره أطراف العقد، فالنصوص القانونية التي يحددها المتعاقدين تبقى ذاتها من دون تعديل يطرأ عليها، إذ يندمج القانون المختار بعقد الخصم الدولي بوصفه شرط من شروطه عند الإبرام، وهذا يعني أن القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين ليس له قوة الإلزامية إلا في نطاق الحدود التي رسمتها له تلك الإرادة.

كما يرى أنصارها ان العقود الدولية هي أكثر العقود ملاءمة لتطبيق قانون الإرادة لأن العقد الدولي يرتبط بأكثر من نظام قانوني تتنازع فيما بينها لحكمه، ولا يخضع لنطاق قانون دولة معينة، وبذلك يجب ترك أمر تعيين قانون العقد الدولي لحكم إرادة المتعاقدين ومن ثم يكون من حق المتعاقدين اختيار أي قانون لحكم العلاقة التعاقدية المبرمة بينهم شأنه في ذلك شأن أي شرط يتفقان عليها في العقد<sup>(٣)</sup>، ويمكن ان نخرج من القول السابق بنتيجة مهمة واحدة وهي تحرر عقد الخصم الدولي من الخضوع لقانون دولة معينة فالعقد يبقى مطلقاً لإرادة المتعاقدين، وفق ما تتضمنه الشروط التعاقدية المتفق عليها بين المصرف والمستفيد، وتبعاً لذلك فإن اختيار القانون الذي يحكم عقد الخصم الدولي يقتصر على أطراف العقد فحسب ولا يحق للقاضي الاعتراض على ذلك القانون مادام تم بحسن نية وغير مخالف للنظام العام، أما إذا لم يصرح الأطراف عن نيتهم في اختيار القانون فهنا يتوجب على القاضي البحث عن إرادتهم الضمنية من خلال الملابسات والظروف المحيطة بالعلاقة العقدية، فإن لم يستطع التوصل لتلك الإرادة فعلية ان يلجأ إلى إرادتهم المفترضة في تعيين قانون العقد، مالم تكن هذه الإرادة قد حددها المشرع بنفسه من خلال قرائن تختلف بحسب الأحوال.

(١) د. فراس كريم شيعان وعلي عبد الحسين عبد العظيم، دور قانون الإرادة في عقد الاعتماد المستندي الدولي، مجلة المحقق الحلبي، المجلد ٩، العدد الثاني، ٢٠١٧، ص ٤٠٥.

p. Arminjon. Précis de Droit international et commercial. Paris. 1985. p235-238.

(٢) د. عبد الباقي البكري و د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، شركة العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠١١ ص ١٦٦.

(٣) ماجد حميد عبد المهدي الجبوري، القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي، رسالة ماجستير قدمت الى جامعة الشرق الاوسط كلية الحقوق، الاردن، ٢٠٢، ص ٨٣.

ويترتب على الأخذ بهذه النظرية من حيث اعطاء المتعاقدين الحرية في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية الدولية وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة عدة نتائج أهمها:

١- إن عقد الخصم الدولي لا يخضع لأي قانون، وإنما للقانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين، فالإرادة هنا وحدها كافية، ويبقى للمتعاقدين الحرية في اختيار القانون المناسب الذي يحكم عقد الخصم الدولي دون إلزامهم بقانون دولة معينة.

٢- إن النصوص القانونية المختارة من قبل المتعاقدين، لحكم عقد الخصم الدولي تبقى ذاتها دون تعديل وهذا ما يسمى بفكرة اندماج القانون الذي اختاره المتعاقدين في العقد، وبقي النصوص المختارة نفسها دون أن تخضع لأي تعديل لاحق أي (ديمومة هذه الأحكام في العقد منذ لحظة إبرامه حتى التنفيذ) ما لم يكن هناك اتفاق بين المتعاقدين على الأخذ بأي تعديل لاحق للقانون المختار.

وفي ضوء ما تقدم فإن أي إجراء تعديل يطرأ على القانون المختار في وقت لاحق على إبرام العقد لا يندمج ولا يآثر على شروط التعاقدية حتى وإن كان هذا تعديل يتسم بالصفة الأمرة<sup>(١)</sup>.

وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في (٢١/ حزيران /١٩٥٠) حين أقرت للخصوم حقهم في استبعاد تطبيق أي تعديل لاحق للقواعد القانون الذي اختارته أرادتهم حتى، ولو كانت متعلقة بالنظام العام لدولة<sup>(٢)</sup>.

٣- إن لأطراف عقد الخصم الدولي استبعاد أي قواعد من القانون المختار، كما ان الحرية المطلقة تعطي للمتعاقدين اختيار قانون أي دولة، حتى وإن لم يكن للقانون المختار أي صلة سواء بالعقد أو بأطرافه<sup>(٣)</sup>.

(١) د. كريم مزعل شبي و د. ثامر داوود عبود خضر الشافعي، النظرية الشخصية المحددة لدور للإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، مجلة العلوم القانونية، مجلد ٣٢، العدد الثاني، ٢٠١٧، ص ٢٢١.

(٢) مشار إليه لدى د. سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠، ص ١١٩.

(٣) د. محمد سعد الدين، ضوابط اعمال قانون الإرادة لحل مشكلة تنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ص ٣٩٦.

٤- يؤدي اندماج قانون عقد الخصم الدولي إلى فقدان صفته القانونية، بحيث يكون مجرد عنصر من عناصر الواقع وتتحول أحكامه الى مجرد شرط من الشروط العقدية، ويكون واجب التطبيق بغض النظر عن إرادة القانون المختار في الانطباق على العقد المذكور<sup>(١)</sup>.

ب- الانتقادات الموجهة للنظرية الشخصية

بالرغم ما تتمتع به النظرية الشخصية من مزايا، غير أنها لم تسلم من نقد الفقه القانوني ومن الانتقادات أهمها:

١- ينتقد بعض الفقه خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة، من أنه إذا كان قانون الإرادة هو من يحكم العقد ويمنحه قوة ملزمة، فما هو القانون الذي يحكم اتفاق المتعاقدين<sup>(٢)</sup>.

٢- إن ترك إرادة أطراف عقد الخصم الدولي هي من تحكم العقد وترك القانون يؤدي ذلك الى نتائج غير معقولة، فهذا القانون قد يقضي ببطلان العقد، ومن ثم كيف يختار كل من المستفيد والمصرف قانون يبطل تعاقدهم، ويتصدى بعض الفقه الفرنسي لهذا الاعتراض مؤكدين على أن إرادة المتعاقدين تقتصر على تركيز العقد بمكان محدد لا تعيين القانون المختص، فاذا تم تركيز العقد يطبق قانون هذا المكان على العقد<sup>(٣)</sup>.

٣- يُعاب على هذه النظرية هي فقدان القانون لوصفه، وعدّه مجرد شرط من شروط العقد وفي السياق نفسه فإنه هذا يؤدي إلى التعارض مع فكرة الإحالة التي يفترض تطبيقها ويرجع ذلك إلى اختصاص قانون الإرادة المستمد من اعمال قاعدة من قواعد تنازع القوانين و ليس من مطلق سلطان الإرادة<sup>(٤)</sup>.

### ثانياً: النظرية الموضوعية

ظهرت هذه النظرية نتيجة مغالاة أنصار النظرية الشخصية في تقديس مبدأ سلطان الإرادة، لذلك كان لابد من إيقاف الترويج لتلك الأفكار، لاسيما بعد زيادة تدخل المشرع لتنظيم معظم العمليات التعاقدية

(١) د. سلطان عبد الله محمود الجوازي، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، المصدر السابق، ص ١١٨.

(٢) نفس المصدر، ص ١٢٠.

(٣) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠ ص ٨٨.

(٤) د. محمود محمد ياقوت، المصدر السابق، ص ٨٦.



وفرض العديد من القواعد الآمرة التي لا يجوز للمتعاقدين الخروج عليها، وذلك لغرض حماية الطرف الضعيف وحماية المصلحة العامة في حدود القانون، الذي تستمد منه قوتها الملزمة، على اعتبار أن العقد ليس مسألة خاصة بالمتعاقدين فحسب، وإنما هو جزء من نظام قانوني متكامل، ولا يترتب أي اثر قانوني بهذا الوصف إلا استناداً إلى هذا النظام الذي يمنحها الحماية والوجود<sup>(١)</sup>.

وإن حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي المبرم بينهم، حسب أنصار هذه النظرية لا يستند إلى الإرادة المطلقة، بل يرجع إلى قاعدة الإسناد الأصلية التي منحت الإرادة هذا الحق، وعلى هذا الأساس تعد الإرادة مجرد ضابط إسناد يشير إلى القانون الواجب التطبيق، وبالتالي يطبق القانون الذي اختاره المتعاقدين بوصفه قانوناً وليس مجرد شرط من الشروط التعاقدية المدونة في العقد، ولا يجوز لأطراف العقد استبعاد قواعده الآمرة، بل يجب الأعمال بهذه القواعد حتى وأن أدى ذلك إلى بطلان العقد الدولي، وينحصر دور الإرادة في تعيين القانون الذي يحكم العلاقة العقدية لا في تحرير العقد من سلطان هذا القانون<sup>(٢)</sup>.

وهذا ما دفع أنصار النظرية الشخصية إلى القول، بأن قدرة الإرادة في تحديد قانون العقد يستند إلى قواعد مادية في القانون الدولي الخاص لدولة القاضي، وعلى أساس مبدأ الحرية في التعاقد الذي يمنح المتعاقدين القدرة على وضع شروط عقدية، التي يلتزمون بها أسوة بما تجرى عليه العقود في القانون الداخلي، ويستمد أطراف العقد قدرتهم في تنظيم العقد من سلطان القانون الذي خولهم هذه القدرة، وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي في المادة (١١٣٤) من قانونه المدني.

وقد رفض فقه النظرية الموضوعية ما جاء به أنصار النظرية الشخصية، سواء ارتد حق الإرادة في اختيار قانون العقد إلى سلطان الإرادة المطلق، أو اسنده هذا الحق إلى القواعد المادية في القانون الدولي الخاص، حيث أرجع بعضهم دور الإرادة في تعيين القانون واجب التطبيق إلى قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص، حيث يخضع بمقتضاها العقد لسلطان القانون المختار من قبل المتعاقدين<sup>(٣)</sup>، ومن ثم يمكن القول بأن النظرية الموضوعية قد فرضت قيوداً على حرية الأطراف في تعيين قانون عقدهم، فعندما يختار المتعاقدان القانون الواجب التطبيق على عقد الخصم الدولي يتعين على القاضي

(١) د. كريم مزعل شبي و د. ثامر داوود عبود خضر الشافعي، المصدر السابق، ص ٢٢١.

(٢) زوينة تكلت، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الجزائر كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠١١، ص ١٢.

(٣) د. سلطان عبد الله محمود الجوارى، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، المصدر السابق، ص ١٢٢.

أن يتأكد بأن هناك صلة بين هذا العقد والقانون المختار، فإن لم يكن له علاقة بعناصر العقد يستبعد القاضي تطبيق هذا القانون، ويختار بنفسه قانوناً آخر يرتبط مع عناصر العقد ارتباطاً فعلياً.

لذلك وفق هذه النظرية لا تكون إرادة طرفي عقد الخصم الدولي (المستفيد والمصرف) معتبرة ألا إذا اتجهت إلى تعيين قانون ذي صلة بالعلاقة العقدية، ويترتب على ذلك عدة نتائج تختلف عما جاء به فقه النظرية الشخصية:

١- أن اختيار أطراف العقد الدولي لقانون دولة معينة لتطبيق أحكامه على العلاقة العقدية لا يكون ملزماً للقاضي، وإنما تبقى له السلطة التقديرية في تحديد مركز الثقل في العلاقة العقدية من خلال الظروف المحيطة بها، والتي قد تؤدي بالقاضي إلى تعيين قانون آخر غير الذي اختارته إرادة المتعاقدين<sup>(١)</sup>، أي أن للقاضي السلطة التقديرية في تطبيق القانون المختار من قبل أطراف عقد الخصم الدولي.

٢- تشترط هذه النظرية وجود صلة بين عقد الدولي وأحكام القانون المختار من قبل أطرافه وتقيد حرية المتعاقدين في تعيين أكثر من قانون في إطار التصرف القانوني الواحد حتى لا تؤدي تجزئة العقد إلى إفلاته من حكم هذا القانون، بمعنى ضرورة وجود صلة بين عقد الخصم الدولي والقانون المختار.

٣- يحتفظ القانون المختار لتطبيق على عقد الخصم الدولي، بصفته القانونية أمام القضاء الوطني ولا يتحول إلى شرط من شروط العلاقة العقدية، وعدم اندماج القانون المختار في العقد وخضوع أطراف العقد لأحكام الآمرة وأي مخالفة لهذه الأحكام يترتب عليها بطلان العقد<sup>(٢)</sup>.

٤- تعد هذه النظرية الإرادة مجرد ضابط اسناد لجزء من نظام قانوني واحد يرتبط بها ومن ثم تخضع للقواعد الآمرة في هذا النظام.

وهكذا استقر الفقه الموضوعي على ضرورة إسناد العلاقة العقدية، لقانون الأكثر صلة بعقد الخصم الدولي واخضاع هذا العقد لقانون دولة معينة عملاً بقواعد التنازع الدولية الخاصة الموجودة في دولة القاضي.

(١) د. محمود محمد ياقوت، المصدر السابق، ص ٩٦.

(٢) د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، الفتح، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٣٣٨.

## الفرع الثاني

## طرق تحديد قانون الإرادة في عقد الخصم الدولي

إذا كان الأصل حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الخصم الدولي المبرم بينهم، استناداً الى مبدأ سلطان الإرادة، فالتساؤل الذي يثار في هذا الصدد هو كيفية التعبير عن هذه الإرادة؟ إنَّ التعبير قد يكون بصورة صريحة لاختيار القانون واجب التطبيق على عقد الخصم الدولي أو بصورة ضمنية يستنتجها القاضي عبر الظروف المحيطة بهذا العقد، ولغرض الإلمام أكثر بهذه الطرق، فأننا سنقسم هذا الفرع إلى فقرتين:

## أولاً: الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد

إذا كان القانون قد منح أطراف العقد الحق في تحديد القانون الذي يحكم عقدهم فإن ذلك يقتضي أن يستخدم الأطراف هذا الحق بالإفصاح عن إرادتهم في اختيار القانون قانون دولة معينة أو اختيار القواعد الموضوعية فحسب، والتي استقرت في مجال محدد وهذا القانون هو الواجب التطبيق عند اثاره أي نزاع بين الطرفين، فإن تم ذلك نكون بصدد إرادة صريحة<sup>(١)</sup>، وهذه الإرادة نجد لها اثراً واضحاً في متن العقد ويتم الوصول إليها بدون عناء ومشقة، حيث يعبر عنها الأطراف بطريقة واضحة، عن طريق إدراج القانون كشرط في العقد الدولي، وهو ما يسمى بشرط الاختصاص التشريعي، فأساس الإرادة الصريحة هو الإعلان أو ما يعرف باللغة الفرنسية (La déclaration de volonté)<sup>(٢)</sup>، والإرادة الصريحة هي ما تتخذ مظهراً خارجياً مألوفاً بين الناس يؤدونها بصورة مباشرة أو عبر وسيلة أخرى، كما لو تم استخدام نائب أو استخدام الهاتف، أو تكون الكتابة بأية صورة من صورها، وقد يتم التعبير عن الإرادة عن طريق الإشارة المتداولة عرفاً أو باتخاذ أي مسلك آخر، بحيث لا تدع ظروف الحال أي شك لدلالته على ما تقصده الإرادة<sup>(٣)</sup>.

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص ١٨٩.

(٢) د. سالم عبد الكريم، أساس تحديد القانون الواجب التطبيق، مجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الثاني، العدد ٢٠١٨، ص ٧١.

(٣) عبد المنعم فرج الصدة، التعبير عن الإرادة، مجلة الأمن والقانون، السنة ٥، العدد الاول، دبي، ١٩٩٧، ص ١ وما بعدها، ونجد أن المشرع العراقي بين الوسائل التي يتم من خلالها تعبير المتعاقدين عن إرادتهم بالنص عليها في المادة (٧٩) من قانونه المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ والتي نصت على ان " كما يكون الايجاب او القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبه وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك

ويقصد بالإرادة الصريحة في نطاق تنازع القوانين قيام الأطراف بتعيين القانون الذي يحكم العقد الدولي بصورة صريحة، أعمالاً لقاعدة الإسناد التي جعلت هذه الإرادة كضابط إسناد أصلي يتم من خلاله تحديد القانون المختص، ويتم ذلك على وفق شكل يتناسب مع طبيعة هذا الاختيار، فيكون أما عن طريق إدراجه كنص في متن العقد الدولي، أو في اتفاق آخر مستقل عن العقد الأصلي، سواء بطريقة شفوية أو مكتوبة، أو حتى في مرحلة فصل المحكمة في النزاع الذي يثيره المتعاقدان، لتيسير عليهم وأيضاً لتحقيق فعالية قاعدة الإسناد التي اسندت العقد الدولي لقانون الإرادة<sup>(١)</sup>.

يقصد بالإرادة الصريحة في نطاق عقد الخصم الدولي، بأن يتولى كل من المصرف والمستفيد تعيين القانون الذي سوف تطبق قواعده على عقده الخصم الدولي فيصبح هذا الاختيار أحد عناصر الإسناد في العلاقة العقدية، ويتم من خلاله الفصل في النزاع إذا توفرت شروط تطبيقه<sup>(٢)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنّ حرية الأطراف (المصرف والمستفيد) في تعيين القانون (القوانين) التي تحكم علاقاتهم التعاقدية واسعة جداً، حيث يمكنهم اختيار إما كل القانون المطبق على عقد الخصم بأكمله، (أو على جزء منه فقط) أو اختيار قوانين أخرى تنطبق على كلا الطرفين، وعرف الخيار الأخير باسم "péechage" والذي يكون له تأثير على العقد الذي يحكمه أكثر من قانون وطني واحد، ويمكن للمتعاقدين صراحةً بدلاً من اختيار قانون بلد معين لتنظيم علاقاتهم التعاقدية، أيضاً الرجوع إلى المجموعات الحالية من القواعد التي طورها مجتمع الأعمال الدولي نفسه بشكل أساسي، بناءً على العرف والممارسة والمبادئ القانونية العامة، هذا هو الحال عندما يتفق الأطراف على أن عقدهم يجب أن

آخر لا تدع ظروف الحال شكاً لأدلته على التراضي"، وبنفس مضمون النص القانون المدني العراقي نص المشرع المصري في المادة (٩٠/أولاً) من قانونه المدني رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

(١) عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٧، ص ٥٢.

(٢) بالرغم ان القانون قد اعترف للأطراف بحقهم في الاتفاق على اختيار قانون العقد، الا ان للقاضي سلطة في رفض الاعتراف بهذا الاتفاق في حالات طارئة والتي تتمثل بما يلي: اذا كان في اتفاق المتعاقدين استغلال او القانون الذي اختاروا يعود لدولة معادية، واذا وجدت القاضي ان في هذا القانون مخالفة للنظام العام والآداب وفيه نية الغش نحو القانون، او في اخلال للمصلحة الوطنية، للتفاصيل اكثر راجع المصدر، د. سلطان عبد الله محمود الجوارى، القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والاعتماد المستندي، المصدر السابق، ص ٤١.

يحكمه (mercatoria lex) أي قانون التجارة أو المبادئ العامة للقانون، بما أنه قد يكون من الصعب على الأطراف المتعاقدة التحديد والأختيار والاتفاق على ما يجب عدّه مبدأً عاماً للقانون<sup>(١)</sup>.

لذلك فإننا نؤكد على أهمية أن يقوم المتعاقدان بالاختيار الصريح لقانون العقد، تفادياً لما يمكن أن يثيره غياب هذا الاتفاق من مشاكل، فعندما يدون الأطراف بند الاختصاص التشريعي في عقدهم فذلك تحوطاً للمستقبل، وما قد يسببه العقد من نزاع بينهم وفي هذه الحالة يخضع العقد للقانون المنصوص عليه، ويكون القاضي الوطني ملزماً بتطبيق قواعد هذا القانون، حتى لو لم تكن هناك اية صلة بين العقد والقانون المختار، وفي الغالب يختار الأطراف القانون الذي يحقق مصالحهم ويجوز للأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم سواء في العقد الأصلي أو في عقد آخر مستقل عن العقد الأصلي كما يجوز لهم أيضاً تعديل هذا العقد، بشرط أن لا يؤدي هذا التعديل الى المساس بصحة العقد الأصلي<sup>(٢)</sup>.

وتبقى إرادة أطراف عقد الخصم الدولي في تعيين قانون عقدهم، بحسب ما ذهب إليه بعض الفقه ما هو الا مجرد ضابط إسناد يقتصر دوره على التركيز على الرابطة العقدية ضمن إطار قانوني معين يرتبط بها في ضوء مقتضيات التعاقد، وبما إن من الصعب إيجاد تركيز مكاني لعقد الخصم الدولي، غير إنّه بالإمكان تركيزه مكانياً استناداً الى الأحداث الخارجية المحيطة به، ومن ثم اختيار احد هذه

(١) عند اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم يجب على الأطراف المتعاقدة أن تضع في اعتبارها على النحو الواجب عواقب اختيارهم، وأن تكون خالية من التحيز الوطني وأن تترك أنه لا اختيار قانون بلدانهم ("القانون الوطني" والا قد يكون اختيار بلد ثالث "محايد"، كنوع من التسوية، أفضل حل ممكن (تخضع العديد من العقود الدولية للقانون الإنجليزي أو لقوانين ولاية نيويورك)، ويجب على الأطراف أيضاً تجنب الإشارة إلى دولة لديها أكثر من نظام قانوني واحد بشكل عام (مثل الولايات المتحدة الأمريكية)، ولكن بدلاً من ذلك تحديد الوحدة الإقليمية المحددة التي يقومون بتعيينها (مثل قانون ولاية ديلاوير)، أخيراً يجب ملاحظة أن العديد من بنود اختيار القانون تحتوي على عبارة "القانون الموضوعي أو استبعاد أحكام تنازع القوانين". تهدف هذه إلى استبعاد قابلية تطبيق القواعد الخاصة بتعارض القوانين في الدولة التي يختارها الأطراف وفق لأحكام القانون لتجنب ما يسمى بالإحالة أي تطبيق قانون بلد ثالث وفقاً للقانون الدولي الخاص لتلك الدولة.

Cavaliere(R), Salvatore(V), an introduction to interanational contract law, Milan, April 2018, p9\_10.

(٢) رملي محمد، النظام القانوني للعقد الدولي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة د. الطاهر مولاي، الجزائر، ٢٠١٥، ص ٢٦.

الاحداث بوصفه أكثر تعبيراً عن تركيز هذه العملية في مجموعها، وهذه الأخيرة قد تتمثل بمكان تنفيذ عقد الخصم الدولي، أو بمكان إبرامه<sup>(١)</sup>.

وما حث عليه المجتمع الدولي<sup>(٢)</sup>، عند بحثه لمسألة القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية في الدورة المنعقدة بمدينة أثينا عام ١٩٧٩ على دعوة المتعاقدين، أن يختاروا قانون عقدهم بأنفسهم وبصورة صريحة فنصت المادة (١/٤) من قرار المجمع على أنه "من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق عن عقدهم"<sup>(٣)</sup>.

وما جاءت به مبادئ اليونيدروا<sup>(٤)</sup>، في المادة (١/١) التي تتضمن هذه المادة مبدأ يخول المتعاقدين الحرية التامة في التعاقد، وفي تحديد مضمونه حيث تجيز لهم حرية في إبرام العقد والاتفاق على جميع بنوده بما فيها تعيين قانون عقدهم، وبذلك تكرر مع المادة (٥/١) مبدأ سلطان الإرادة حيث يجوز للمستفيد والمصرف أن يضعوا ضمن شروط عقدهم نص أية مادة من المواد الواردة في مبادئ اليونيدروا، أو بعضها أو حتى كلها، ويلاحظ ان حرية طرفي عقد الخصم الدولي في تضمينه نصوص مبادئ اليونيدروا لا يحد منها سوى الالتزام بمراعاة القواعد الإمرة في القانون الذي يحكم العقد<sup>(٥)</sup>، وهذه الطريقة في تعيين القانون الواجب التطبيق واضحة، ومن اليسير التعرف عليها، ولا تثير أي لبس وليس هناك أية مشكلة، فالمتعاقدين هم من اختاروا قانون ليحكم علاقتهم التعاقدية مع ذلك تبقى الكلمة الأخيرة للقضاء العراقي في الاعتراف بالقانون المختار من قبل (المصرف والمستفيد)، وهو يملك السلطة التقديرية

(١) د. محمود محمد ياقوت، المصدر السابق، ص ١٣٧.

(٢) إن المجتمع الدولي اختصاراً يقصد به كافة الدول والمنظمات الإقليمية والدولية التي تتفاعل مع بعضها بعضاً في العالم والبعض له تصورات أخرى حول المجتمع الدولي كروية قانونية، إذ يرى أن المقصود به كافة الدول الأعضاء ضمن منظومة الأمم المتحدة. إلا أن التعريف الأكثر شمولاً والأبسط هو الأول الذي يقصد به جميع الدول والمنظمات، مثل هيئة الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة، وغيرها من المنظمات التي أنشئت بموجب اتفاقيات ومعاهدات دولية، للمزيد من التفاصيل زيارة موقع الالكتروني معهد البحرين للتنمية السياسية

<https://www.bipd.org/publications/Articles/1002153.aspx>

تاريخ زيارة ٢٤/٩/٢٠٢٢

(٣) اشار اليه د. بشار الاسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المصدر السابق، ص ١٣٦.

(٤) مبادئ اليونيدروا للعقود التجارية الدولية هي مجموعة من المبادئ الصادرة عن معهد روما الدولي، الذي أنشأته الأمم المتحدة لتوحيد قوانين التجارة الدولية في أكثر من ٦٥ دولة، بما في ذلك الدول العربية مثل مصر والمملكة العربية السعودية والعراق وتونس، نقلا عن احمد مهدي السيد، ماهية معهد روما المتعلقة بعقود التجارة الدولي (اليونيدروا)، المجلة القانونية، المجلد ١١، العدد ٤، ٢٠٢٢، ص ٢.

(٥) د. امين داوس واخرين، شرح مبادئ اليونيدروا لعقود التجارة الدولية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠١٠، ص ٥٢ وما بعدها.

في تطبيق ذلك القانون من عدمه، فقد لا تطبق المحكمة القانون المختار إذا ما وجدت بأنه يخل بتوازن التزامات أطراف عقد الخصم الدولي.

### ثانياً: الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد

إذا كان الاختيار الصريح للمتعاقدين في العقد هو الغالب، غير أنّ الأمر قد يتغير في بعض الأحيان عندما لا يتفق أطراف العقد، أي لا يوجد بند في صلب الرابطة العقدية، يحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي يثيره عقد الخصم الدولي، فما هو الحل المناسب في هذه الحالة؟

يذهب جانب من الفقه إلى أنّ ليس للقاضي أن يبحث عن إرادة أطراف العقد ضمناً، وإنما يجب عليه أن يبحث عن طرق أخرى، ومن ضمنها قواعد الاسناد الاحتياطية، الموجودة في قانونه الوطني، لأنّ عدم التصريح بتلك الإرادة وفق هذا الرأي يقود الى فقدانها، وعلى هذا الأساس يمكن للقاضي أن يلجأ للضوابط الاسناد الاحتياطية المقررة في قانونه<sup>(١)</sup>.

ويذهب بعض الفقه إلى أنّ إهمال أطراف العقد الدولي، تضمين اتفاقاتهم شرط الاختصاص التشريعي، فإنّ ذلك لا يعني إنهاء دورهم في وضع مثل هذا الشرط، فإلى جانب الإرادة الصريحة للمتعاقدين توجد إرادتهم أو نيتهم الضمنية وهي إرادة ينبغي الأخذ بها وعدم تجاهلها، لأنها إرادة حقيقية تعبر عن ميل واضح وإنّ كان غير ظاهر إلى نظام قانوني معين، بحيث نكون أمام تعيين أو اختيار ضمني لقانون العقد، أو اعتقاد حقيقي وكاف بشأنه وإن استخلص النية الضمنية للأطراف عقد الخصم الدولي حول قانون العقد هي من مسائل الواقع، التي يتمتع بشأنها قاضي الموضوع بسلطة واسعة معتمداً في ذلك على عدة دلائل، وعليه أن يجتهد للوصول الى قانون عقد ويربط العقد بالقانون الذي يتعلق به تعلقاً وثيقاً، وهذا ما يطلق عليه (توطين العقد)، من خلال البحث في القوانين الوطنية عن أنسب قانون للنزاع المعروض، ومن ثم بيان القواعد القانونية التي من الممكن أن تنطبق على عقد الدولي بشكل عام والنزاع الناشئ عن هذا العقد بشكل خاص<sup>(٢)</sup>.

وايضاً يستشف القاضي هذه الإرادة من دراسة ظروف الحال، وتقصيه للإرادة لا يخضع فيها لرقابة محكمة التمييز، لأنّها مسألة تتعلق بتفسير العقد ويمكن الاستدلال عن الإرادة الضمنية بإخضاع

(١) عبد الله جبار خشان و زيد رياض عبد، اثر القوة القاهرة في تغير ضوابط الاسناد في عقود التجارة الدولية، بحث مقدم الى مؤتمر العلمي الدولي الافتراضي لطلبة الدراسات العليا لكليات القانون، ١٤-١٥ تشرين الاول، ٢٠٢٠، ص ٥٨٥.

(٢) بيان اسحق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بيرزيت، كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠٠٧، ص ٥٩.

العقد لاختصاص محاكم دولة معينة، من خلال ما يضمن كل من (المستفيد والمصرف) في العقد من إشارة لنصوص قانون معين، و نجد أن الكثير من المحاكم الموضوعية تستدل على الإرادة الضمنية للمتعاقدين من خلال شرط الاختصاص القضائي المدون في العقد، ويجب على القضاء تحليل العناصر المحيطة كافة بعقد الخصم الدولي وأطرافه وعدم الاقتصار على عنصر معين فحسب، ومن ثم ترجيح أحد هذه العناصر لغرض الوصول أو الكشف عن تلك الإرادة<sup>(١)</sup>، ويقوم القضاء بدور إسناد العلاقة العقدية لقانون دولة معينة لم يعلن (المصرف والمستفيد) عن نيتهم الصريحة في اختياره من خلال قرائن أخرى.

من القرائن التي يمكن أن يستعين بها القاضي، وتتبى عن إرادة (المصرف والمستفيد) باختيار قانون العقد هي<sup>(٢)</sup>:

- اختيار الأطراف نموذج عقد لينظم العلاقة فيما بينهم، والممكن اعتبار مثل هذا الاختيار دلالة على اتجاه نية (المصرف والمستفيد) إلى اختيار قانون دولة هذا النموذج.

- قد يختار المتعاقدان قانوناً ما يعالج نقطة معينة في عقدهم، قد يستدل القاضي من ذلك أنّ إرادة الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق هذا القانون على العقد بأكمله.

وأيضاً قد يبرم عقد الخصم الدولي استناداً لبلد المصرف الذي ينظم مثل هكذا عقود، أما قانون بلد المستفيد لا يعرف مثل هذا العقد فمن الممكن أن يستشف القاضي ان نية الأطراف اتجهت بأن يتم تنظيم عقدهم وفقاً لقانون بلد المصرف، فالإرادة أما أن تكون واضحة وصريحة، وأما أن يغفلها المتعاقدان أو غير موجودة اصلاً، السؤال الذي ممكن أن يطرح في هذه الحالة هي كيفية البحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين في هذا الفرض؟

وهو ما عبّرت عنه محكمة التمييز الفرنسية صراحة "ف عند عدم وجود إرادة صريحة في العقد فإنه يعود للقضاء أن يبحث من خلال اقتصاديات العقد والظروف المحيطة عن القانون الذي يجب أن يحكم العلاقات بين المتعاقدين"، بل أنه في الحالتين أن دور الإرادة كما تبين، هو تركيز العلاقة صريحة كانت

(١) د. علاء حسين علي شبع، تنازع الاختصاص التشريعي في عقود التجارة الدولية وفقاً للقانون العراقي، مجلة جامعة الكوفة، العدد ٢٩، ص ٢٢١.

(٢) حبيب فوزي مزهر، قانون الارادة امام القاضي والمحكم، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة بيروت كلية الحقوق، لبنان، ٢٠١٤، ص ٩٥.



أم ضمنية، فالمهم بالنتيجة هو معرفة مركز العقد هذا التركيز الذي يستند أما على الإرادة الصريحة وواضحة، وأما على الوضعية الاقتصادية للعقد والظروف والملابسات التي ترافقه عند عدم وجود إرادة واضحة، ولكن دائماً أن العملية هي عملية تركيز للعلاقة العقدية، وهذا التركيز هو الذي يعين القانون الواجب التطبيق على العقد<sup>(١)</sup>.

واختلفت آراء الفقه في الأحوال التي لا تعرف فيها إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية، فبعضهم يأخذ بقانون الدولة التي تم فيها الاتفاق على إبرام العقد، إذا اختلف الطرفان في جنسيتهما، أو تطبيق قانون الجنسية إذا اتحدا في جنسيتهما<sup>(٢)</sup>.

أما فيما يتعلق بالتعين القضائي لقانون العقد، فيكون عندما تنعدم الإرادة الصريحة للمصرف والمستفيد في تعيين قانون عقد الخصم الدولي، ويتعذر على القاضي كشف عن النية الضمنية فلا يكون أمامه إلا أن يختصر الطريق، ويطبق قانونه الوطني مثلما تسمح بذلك النظم القانونية الأنجلو سكسونية، أو اختيار القانون الأكثر صلة بالعلاقة العقدية وقد يلجأ القاضي إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون أو يطبق قواعد القانون الدولي أو قواعد قانون التجارة الدولية<sup>(٣)</sup>، واستقر فقه على اعطاء القاضي السلطة في عملية التحري والبحث بعد القيام بتركيز العقد وفق ما تناسبه من قواعد قانونية، ويجب أن يكون هناك ارتباط بين القانون واجب التطبيق وعقد الخصم الدولي.

ويمكننا ان نستنتج وفق ما تقدم ذكره أن أطراف عقد الخصم الدولي (المصرف والمستفيد) احرار في التعبير عن إرادتهم واختيار قانون يطبق على عقدهم، سواء عبروا بصورة صريحة عن ذلك القانون، أو أشاروا إليه في بنود اتفاقهم بصورة ضمنية، يكشف عنها القاضي الوطني من خلال ملابسات العقد، ما لا يؤدي تطبيقه الى بطلان العقد، وأيضاً لهم الحق في اختيار أكثر من قانون واحد ليحكم النزاع الناشئ عن العقد، وتعيين هذا القانون لا يبطل العقد حتى ولو تم اختياره بعد إبرام المستفيد والمصرف عقد الخصم الدولي.

(١) د. سامي بديع منصور و د. عكاشة عبد العال، قانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بدون سنة طباعة، ص ٣٨٦.

(٢) د. حامد زكي، اصول القانون الدولي الخاص المصري، الطبعة الرابعة، بدون دار نشر، القاهرة، ١٩٤٦، ص ١٨٩.

(٣) د. محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠١١، ص ١٤١.

## المطلب الثاني

### موقف التشريعات والاتفاقيات الدولية من تطبيق قانون الإرادة

إن إرادة الأطراف تتمتع بكيان مستقل قائم بذاته، ولا تتبع أي نظام قانوني وطني وأن قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص، هي من تعترف وتمنح للمتعاقدين تلك الإرادة وتحدد ما يترتب عليها من آثار، فالسؤال الذي يبرز في هذه حالة هو:

ما موقف الاتفاقيات التي أبرمتها الدول لغرض توحيد قواعد القانون الدولي الخاص من تطبيق ذلك القانون؟ وما الشروط التي وضعتها التشريعات والاتفاقيات للاعتراف بهذا الحق، ومن ثم تطبيق قواعده القانونية على النزاع المطروح أمام محاكمها الوطنية؟ وللإجابة على هذه الأسئلة سنقسم المطلب إلى فرعين:

## الفرع الأول

### موقف التشريعات الوطنية من تطبيق قانون الإرادة

دفعت زيادة الاهتمام بالعقود الدولية، الكثير من الدول إلى تنظيم هذه العقود في تشريعاتها الداخلية بنصوص تكفل احترام إرادة الأطراف في تعيين القانون الذي يحكم عقدهم وفق مبدأ سلطان الإرادة، ومن ثم تطبيق القانون المتفق عليه بصورة صريحة أو ضمنية، وفي ظل سكوت إرادة المتعاقدين يصار إلى اعتماد ضوابط إسناد أخرى، ويترتب على ما تقدم أن العقود الدولية في مختلف القوانين، و منها عقد الخصم الدولي بصفة خاصة تخضع لقانون الإرادة ومن هذه القوانين هي:

#### أولاً: موقف القوانين الأجنبية

##### ◆ موقف القانون الفرنسي

فيما يتعلق بالقانون الفرنسي، نجد أن المشرع الفرنسي لم يضع قانوناً خاصاً يبين القانون واجب التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية، فما موجود ليس إلا مجموعة من النصوص موزعة في مختلف أقسام القوانين الفرنسية ومنها، القانون المدني أو القانون التجاري وغيرها من القوانين الأخرى، التي لا تلم بكل المسائل المتعلقة بتنازع القوانين<sup>(١)</sup>، وهذه القواعد إنما هي حصيلة الأحكام القضائية الصادرة

(١) عيد عبد الحفيظ، المصدر السابق، ص ٣٠.

بشأن تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، وفي ظل غياب مثل هذا التنظيم التشريعي لعقود الدولية من حيث تحديد القانون واجب التطبيق اتجهت المحاكم للقول أن المادة (١/١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن "العقود التي تتم قانوناً تقوم مقام القانون بالنسبة الى عاقدتها بشكل عام أن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد..."، وتعتبر فرنسا من التشريعات التي أخذت بمبدأ سلطان الإرادة، في تعيين القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، حيث قضت في المادة (١٩٤٦) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد لسنة ١٩٨١ "تفصل هيئة التحكيم في النزاع المعروض عليها وفقاً لقواعد القانون الذي أختاره الطرفان والا ووفق ما تجده مناسباً".

ويتضح من هذه المادة أن المشرع الفرنسي قد فرض مسبقاً على أطراف العقد تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع أي أن المشرع يشير إلى قواعد القانون التي جاءت بصيغة "les regles de droit" ومن ثم يمكن للمتعاقدين أن يخضعوا موضوع النزاع إلى قانون وطني معين سواء أكان قانون أحد الطرفين أو قانوناً أجنبياً آخر، كما يمكن أن يكون القانون المختص وفق قواعد التجارة الدولية<sup>(١)</sup>.

أما الوقت الذي يعتد به فقد ذهب القضاء الفرنسي إلى تحويل أطراف العقد الحق في اختيار قانون العقد في مرحلة لاحقة أو حتى عند طرح النزاع القائم بينهما أمام محكمة الموضوع، وإذا ما طبقنا على عقد خصم الدولي فإن تمسك المصرف بتطبيق قواعد القانون الفرنسي، دون اعتراض من المستفيد على ذلك يكشف عن اتفاق المتعاقدين على اختيار قانون الفرنسي لحكم الرابطة العقدية<sup>(٢)</sup>.

### ◆ موقف القانون الإنكليزي

وضع المشرع الإنكليزي المبدأ العام في القاعدة رقم (١٤٥) من القانون (الملائم) للعقود وأخذ بمعيار القانون المناسب للعقد الدولي، وهذا يعني أنه القانون الذي قصده المتعاقدان من خضوع عقدهما إلى أحكامه<sup>(٣)</sup>، أما إذا لم يعبرا عن إرادتهما الصريحة أو لا يمكن الوصول إلى الإرادة الضمنية، فإن

(١) دليلاً قاسي و ثنيهان حدوش، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان، الجزائر، ٢٠١٧، ص ١٦.

(٢) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص ٣٧٤.

(3) MARSHALL(B), RECONSIDERING THE PROPER LAW OF THE CONTRACT, Melbourne Journal of International Law, Vol 13,P2.

القانون الملائم لعقد في هذه الحالة يكون هو القانون الذي له العلاقة الأكثر ارتباطاً وواقعية مع المعاملة الواردة في العقد<sup>(١)</sup>.

وكذلك أشارت المادة ١٨٧ من التقنين الأمريكي الثاني (socand) of conflict of laws (Restatemen) لسنة ١٩٧١ في فقرتها الأولى، على إمكانية اختيار الأطراف لقانون عقدهم، التي قضت على أنه "سيتم تطبيق قانون الدولة الذي اختاره الطرفان ليحكم حقوقهم وواجباتهم التعاقدية..."<sup>(٢)</sup>، وأيضاً قانون التجارة الأمريكي الموحد قد اعترف للأطراف في المعاملات الدولية أياً كانت حقوقهم والتزاماتهم لهم الحرية الأساسية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، مما يفيد من النص المتقدم للأطراف في عقد الخصم الدولي الحرية في ممارسة مثل هذا الحق، ونجد أن القضاء الإنكليزي قد اشترط أن تكون هناك صلة حقيقية بين العقد والقانون المختار، في حين تؤكد المحاكم الأمريكية على اقتضاء أن يكون قانون العقد على صلة طبيعية بالعقد<sup>(٣)</sup>.

#### ◆ موقف القانون السويسري

تبنى المشرع السويسري مبدأ سلطان الإرادة، وقد اعترف لأطراف العقد الحق في تعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهم في المادة (١١٦/ف أولاً وثانياً) من القانون الدولي الخاص ١٨/ ديسمبر لسنة ١٩٨٧ والتي نصت على الآتي: "يخضع العقد للقانون الذي اختاره الطرفان، و يجب أن يكون اختيار القانون صريحاً أو ضمناً يتضح من شروط العقد أو الظروف المحيطة به، وفي كل الأحوال يجب أن تخضع جميع أجزاء العقد للقانون المختار"<sup>(٤)</sup>.

وقد قضت المحكمة الفيدرالية السويسرية ضرورة توافر مصلحة معقولة وليس صلة إقليمية فحسب من وراء اختيار المتعاقدين لهذا العقد، وأن هذه صلة تستمد من عناصر العلاقة العقدية سواء أكانت

(١) د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠٠٥، ص ١٨٠.

(2) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied if the particular issue is one which the parties could have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue.

<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>

(٣) مشار إليه لدى د. فراس كريم شيعان ود. آرام عصام خضير، أثر مبدأ قانون الإرادة على اختلال التوازن في العقود الدولية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، مجلد ٣، العدد ٢٩، ٢٠١٦، ص ٢٣١.

(٤) قانون الدولي الخاص السويسري،

عناصر شخصية أو موضوعية<sup>(١)</sup>، أما بالنسبة للاختيار اللاحق لقانون العقد فقد أجاز المشرع السويسري في المادة (٣/١١٦) على إجازة الاختيار اللاحق أو تعديله في أي وقت، فإن تم الاختيار بعد التعاقد فالقانون المختار يطبق بأثر رجعي إلى وقت الإبرام من دون المساس بحقوق الغير التي رتبها العقد لحظة إبرامه".

وقد أيدت محكمة النقض السويسرية ما قضى به المشرع السويسري بشأن الاختيار اللاحق للقانون، حيث حسمت المحكمة المشكلة الناجمة عن ذلك، فكانت أكثر وضوحاً فقد أكدت المحكمة على حق أطراف العلاقة العقدية في التعيين اللاحق للقانون، حتى ولو كان ذلك أمام المحكمة التي طرح امامها النزاع، بشرط أن تكون هذه محكمة موضوع ويكون كلا الطرفين مدركاً لهذا الاتفاق والآثار المترتبة عليه<sup>(٢)</sup>، بما ان المشرع السويسري قد منح أطراف العقود الدولية حرية الاختيار فمن حق أطراف عقد الخصم الدولي (المستفيد والمصرف) التمتع بمثل هذه الحرية في تعيين قانون العقد، كما انهم غير ملزمين بوقت محدد لمثل هذا الاختيار شرط أن تكون هناك صلة معقولة من وراء هذا الاختيار.

#### ◆ موقف القانون الألماني

اعتنق المشرع الألماني ذات الاتجاه الذي أخذت به بقية التشريعات في تخويل المتعاقدين الحق في تعيين قانون معين لحكم الرابطة العقدية، فنصّ في المادة (١/٢٧) من القانون الدولي الخاص الصادر عام ١٩٨٦ منه على "حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد في مجموعة أو على جزء منه فقط، وهو ما يفيد في اختيار أكثر من قانون لحكم العقد أي إمكانية تجزئة الرابطة العقدية واخضاع كل عنصر من عناصرها لقانون مختلف".

ومنح القانون الألماني أيضاً الحق للمتعاقدین في الاختيار أو تعديل في أي وقت شاءوا حتى ولو كان في وقت طرح النزاع أمام محكمة الموضوع، وهذا ما أكد عليه المشرع في القانون الدولي الخاص وأيضاً أخذت به المحكمة الفيدرالية الألمانية في أحد الأحكام الصادرة عنها في ٢٥ مايو ١٩٧٠، وكذلك أكد القانون الألماني على ضرورة استخلاص الإرادة الضمنية لقانون العقد من العقد ذاته كما لو أن العقد قد يكون مرتبط باتفاق سابق تم تعيين القانون فيه بصراحة، حيث يمكن استخلاص إرادة

(١) اشار إليه: د. عوني محمد فخري، إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية "دراسة مقارنة"، الطبعة الاولى، مكتبة زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٢، ص ٥٩.

(٢) اشار إليه: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص ٣٧٥.

المتعاقدين في تطبيق هذا القانون على العقد اللاحق<sup>(١)</sup>، وفق القانون الدولي الخاص الألماني يحق للأطراف في عقد الخصم الدولي اختيار قانون للعقد في أي وقت أرادوا ذلك حتى وإن كان في مرحلة طرح النزاع أمام المحكمة، وإذا لم يتفقا على القانون بصورة واضحة تلجأ المحكمة إلى استخلاص تلك النية من ما يحيط بالعقد، كما يحق لهم تطبيق القانون الألماني على جزء معين من الرابطة العقدية دون الأجزاء الأخرى.

### ثانياً: موقف القوانين العربية

#### ◆ موقف القانون المصري

أورد المشرع المصري في القانون المدني رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨) نص يفيد بإخضاع التزامات المتعاقدين للقانون الذي عينته إرادتهم، فقد نصت المادة (١٩١ف١) من القانون المذكور على أنه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه)، يستفاد من النص أن المشرع المصري اخذ بقانون الإرادة وخضوع عقد الخصم الدولي لهذا القانون سواء اتجهت إليه إرادة المصنف والمستفيد الصراحة أو اشارات إليه ضمناً.

وهذا يعني أنّ المشرع المصري يعتد بكلا الإرادتين، وللقاضي السلطة في البحث وتفسير الظروف المتعلقة والمحيطه بالعقد، من أجل استخلاص الإرادة الضمنية، فيمكنه أيضاً أن يستشفها من استعمال المتعاقدين بعض الاصطلاحات المعروفة في قانون معين أو كتابة العقد بلغة معينة أو قد يتم الاتفاق على تنفيذ العقد في إقليم دولة معينة، أو قد يشترط الأطراف أن يحال أي نزاع مستقبلي لاختصاص محاكم دولة معينة، وهذا يعني اتجاه إرادة أطراف العقد (المستفيد والمصنف) إلى تطبيق قانون دولة هذه المحكمة أو يحدد القاضي تفسيراً للإرادة المفترضة.

ومن ينظر نص المادة (١٩) السابق ذكرها يجد ان للأطراف الحرية الاختيار لكن السؤال الذي يبادر لذهن هل بالإمكان اختيار أكثر من قانون واحد لحكم جوانب مختلفة من عقد الخصم الدولي؟ لا يسعنا النص في إعطاء إجابة واضحة، ولا سبيل في ذلك الا بالرجوع للحلول المعمول بها في القانون المقارن والذي يكشف عن اتجاهين<sup>(٢)</sup>.

(١) أشار إليه د. هشام علي صادق ، القانون الواجب على عقود التجار الدولية ، المصدر السابق، ص ٣٧٦.

(٢) د. عكاشة عبد العال، القانون التجاري الدولي، المصدر السابق، ص ٥١.

**الاتجاه الأول:** يذهب إلى الأخذ بوحدة العقد وعدم تجزئته، وهذا يعني وجوب أن يختار المستفيد والمصرف قانوناً واحداً ليحكم العقد، ويستند هذا الرأي إلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري التي جاء فيها (لذلك توخى المشروع تجنب التفاصيل، واقتصر على أكثر الأحكام استقراراً في نطاق التشريع، فقرر في المادة ٤٢ "أصبحت المادة ١٩" أن الالتزامات التعاقدية يسري عليها القانون الذي يقرر المتعاقدان الخضوع لأحكامه صراحة أو ضمناً وهذا حكم عام يضمن وحدة القانون الواجب تطبيقه على العقد، وهي وحدة لا تكفلها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها)<sup>(١)</sup>، نستنتج أن النص عام وهو يضمن وحدة القانون المراد تطبيقه على علاقة العقدية.

**الاتجاه الثاني:** يرى هذا الاتجاه بأنه ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من تجزئة العقد ومن ثم اختيار أكثر من قانون ليحكم عناصر مختلفة العقد، كأن يختاروا قانوناً يطبق على تكوين العقد وآخر على تنفيذه، بمعنى ان للأطراف عقد الخصم الدولي اختيار أكثر من قانون أي تجزئة الرابطة العقدية.

وإذا لاحظنا ما جاء به المشرع المصري، نجد أن النص المادة جاءه بصياغة مرنة لا تبني عوائق أمام الأطراف والقضاء سبيل الاجتهاد، كما أن التشريع المصري يكرس عملية تجزئة العقد، فقد يخضع العقد لأكثر من نظام قانوني وأحد، وحتى القاضي قد يعمد أحياناً إلى تجزئة العقد وتطبيق عدة قوانين في سبيل تحقيق وحماية مراكز ومصالح المتعاقدين، ويمكن للقاضي المصري الأخذ بنص المادة (٢٤)<sup>(٢)</sup>، من قانون المدني المصري سند له في تقرير حكمه، تطبيقاً لمبادئ القانون الدولي الخاص.

ويثور التساؤل أيضاً حول مدى منح المشرع المصري للمتعاقدين حق الاختيار اللاحق للقانون العقد عند التعرض لنص المادة (١٩) مدني، ما إذا كان الاتفاق على القانون المراد تطبيقه أن يتم في مرحلة إبرام العقد، وسواء في متن العقد الأصلي أو في اتفاق آخر مستقل، أو من حق المتعاقدين الاتفاق في وقت اللاحق بعد اتمام التعاقد أو حتى بعد قيام النزاع بينهم والذي قد يضمن حقهم في التعديل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول، الباب التمهيدي، أحكام عامة من المادة (١) إلى

المادة (٨٨)، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، ص ٢٨٩-٢٩٠.

(٢) نص المادة (٢٤) مدني مصري "تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص".

الاختيار اللاحق، فقد استقر الفقه التقليدي اشترط أن يتم الاتفاق عند التعاقد، أما الفقه الحديث فلم يجد مانع من اتفاق أطراف العقد في مرحلة لاحقة على تعاقد<sup>(١)</sup>.

من خلال تحليل نص المادة (١٩) مدني نجد بأنه ليس هناك ما يمنع اطراف عقد الخصم الدولي من الاختيار اللاحق للقانون العقد أو حتى تعديل القانون الذي تم تعيينه اثناء التعاقد، بشرط عدم المساس بالحقوق التي رتبها الاتفاق الأول وأن ينصب على قانون يرتبط بالعقد.

وعند تطبيقنا كل ما تقدم على عقد الخصم الدولي، نجد أنّ للمستفيد والمصرف الحق في تعيين قانون العقد سواء تم هذا الاتفاق في مرحلة إبرام العقد، أو في مرحلة تنفيذه كما يحق لهم تعديل مثل هذا الاختيار، بشرط أن تكون هناك صلة بين عقد الخصم الدولي والقانون المختار.

#### ◆ موقف القانون الجزائري

من خلال استعراض القواعد العامة الموجودة في القانون المدني الجزائري<sup>(٢)</sup> وخصوصاً نص المادة (١٨) والتي تقضي على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان المختار من قبل المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالعقد" ويستفاد من النص أن المشرع الجزائري منح المتعاقدين حرية اختيار قانون صالح للتطبيق، لكن المشرع وفق النص اعلاه قيد هذه الإرادة بضرورة أن توجد صلة حقيقة بين المتعاقدين أو العقد من ناحية والقانون المختار من ناحية أخرى، واختلف الفقه حول المقصود بالصلة الحقيقية<sup>(٣)</sup>.

- فيرى بعض الفقه أن المشرع كان يقصد بالصلة، هو أن يكون القانون الذي عينه الأطراف له ارتباط فعلي بالأطراف نفسهم كقانون موطنهما، أو جنسيتهم، أو ارتباط القانون المختار بالعقد ارتباطاً وثيقاً كقانون مكان إبرامه أو تنفيذ العقد.

- جانب آخر يرى أن صلة الحقيقة التي قصدتها المشرع في النص هي العلاقة الموضوعية التي تربط أطراف العقد والقانون المختار، ويجب على المتعاقدين اختيار القانون الذي سيختاره القاضي الوطني إذا ما منح الحق في ذلك.

(١) د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين"، المصدر السابق، ص ٣٤٦.

(٢) القانون المدني الجزائري رقم ٧٥\_٥٨ لسنة ١٩٧٥.

(٣) كوثر مجدوب، حدود الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، مجلة تاريخ العلوم، العدد ٨،



وكذلك أن المشرع الجزائري لم يميز بين الإرادتين الصريحة والضمنية في تعيين القانون الصالح للتطبيق على العقد، مما أدى إلى انقسام الفقه إلى اتجاهين<sup>(١)</sup>:

**الاتجاه الأول:** يؤكد بأن المشرع الجزائري قد أخذ بالإرادة الضمنية، ويستند في قوله لنص المادة (٦٠/٢)<sup>(٢)</sup> من قانونه المدني، التي اشارت الى التعبير عن الإرادة الضمنية إذا لم يتفق اطراف العقد صراحة على القانون المراد تطبيقه على العلاقة العقدية.

**الاتجاه الثاني:** يؤكد أن المادة (١٨) لا تنص فقراتها على الاعتماد بالإرادة الضمنية أو الإرادة المفترضة للمتعاقدين في حالة لم يتفق على إرادتهما الصريحة، مما يفيد أن المشرع الجزائري لا يعترف الا بالإرادة الصريحة بخلاف بقية التشريعات العربية الأخرى.

ويتضح أيضاً من النص المذكور ان المشرع الجزائري أراد من اصطلاح الالتزامات التعاقدية كل مراحل العقد من حيث تكوينه والآثار المترتبة عليه، أي كل ما يتعلق بالرابطة العقدية أي العقد في مجموعة، مما يفيد عدم رغبة المشرع الجزائري في تجزئة العقد والحفاظ على وحدة العقد فوحدة القانون المطبق تحقق انسجام بين الأحكام المطبقة على مختلف عناصر العقد<sup>(٣)</sup>.

ونستنتج مما تقدم أن المشرع الجزائري قد اخذ بالنظرية الموضوعية، والتي قيدت من مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم عقد الخصم الدولي<sup>(٤)</sup>، حيث أكدت على ضرورة وجود الصلة حقيقية بين القانون المختار وعقد الخصم الدولي والا فإن للقاضي الحق في الامتناع عن تطبيق هذا القانون، كما لا يجوز للمستفيد والمصرف تجزئة هذا العقد، وانما تعين نظام قانوني واحد يحكم مراحل العقد كافة.

#### ◆ موقف القانون العراقي

فيما يتعلق بالقانون العراقي فإنه لا يوجد نص خاص ينفرد عن القانون يحكم التزامات الناتجة عن العقود الدولية، وانما تخضع هذه العقود ومنها عقد الخصم الدولي للقانون الذي يحكم العقد سواء

(١) د. اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مطبعة دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٢، ص ٣٠٩.

(٢) حيث نصت المادة (٦٠/٢) على انه "...يجوز ان يكون التعبير عن الارادة ضمنيا، اذا لم ينص القانون لو لم يتفق الاطراف على ان يكون صريحا".

(٣) د. اعراب بلقاسم، المصدر السابق، ص ٣٠٨.

(٤) عبد الناصر بلميهوب، حرية الاطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، مقالة منشورة:

انظر الموقع الالكتروني: <http://www.tribunal dz.com/forum/t1632>

أكان هذا القانون مختاراً أو بتعيين حسبما نصت عليه المادة (٢٥) من القانون المدني التي نصت الفقرة الأولى منها على أنه "١ - يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه".

يتضح من النص أنّ القاضي العراقي يبدأ بتطبيق القاعدة الخاصة بقانون الإرادة أي يبدأ بتطبيق الإرادة الصريحة إذا اعلنا عنها، أو الضمنية إذا ما وجد أيهما والتي يستشف إليها من الظروف المحيطة بالعقد أو المتعاقدين، كالاتفاق على جعل محاكم دولة معينة هي صاحبة الاختصاص في النظر النزاع مستقبلاً مما يعني أن إرادة الطرفين اتجهت لتطبيق قانون هذه المحاكم واستخلاص القاضي للإرادة الضمنية في اختيار القانون لا يخضع لرقابة محكمة التمييز، لأنها من المسائل المتعلقة بتفسير العقد<sup>(١)</sup>، فالقاضي العراقي إذا لم يصل إلى هذه الإرادة يجب عليه ان يطبق ضوابط الاسناد الأخرى الواردة في النص مما يعني ان المشرع العراقي لا يأخذ بالإرادة المفترضة وهذا برأينا فعل حسن وهذا يفيد بأن المشرع العراقي يعتد بكلا الإرادتين الصريحة والضمنية في تعيين قانون العقد، كما أنّ القانون العراقي لم ينص على وجود صلة ام لا حيث جاء نص المادة(٢٥) مطلقة ولم تقييد الرخصة التي خولها للمتعاقدين في اختيار قانون عقدهم<sup>(٢)</sup>، واثار خلاف بين الفقه حول وحدة العقد من عدمها وهذا الخلاف نجده في الفقه العراقي كذلك فذهب رأي إلى أن المشرع العراقي لم يتعرض إلى تكوين العقد وترك المسألة للاجتهاد بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون الدولي الخاص، في حين يرى جانب آخر أنّ المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي تشمل فضلاً عن الالتزامات التعاقدية مسألة تكوين العقد<sup>(٣)</sup>، ونجد أن نص المادة (٢٥) جاء مطلقاً وقد أجاز الاتفاق على اختيار قانون أو عدة قوانين لحكم كل جزء من العقد من ناحية الموضوع فالمتعاقدين غير مقيدين بقانون معين بشرط أن تكون هذه القوانين منسجمة وغير متناقضة.

(١) د. حسن الهداوي ود. غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، العاتك، القاهرة، بدون سنة نشر، ص١٥٣.

(٢) د. سلطان عبد الله محمود الجواري، القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والاعتماد المستندي، المصدر السابق، ص٥١.

(٣). سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الالكترونية، المصدر السابق، ص١٢٥.

وإذا بحثنا في مسألة الاختيار أو تعديل اللاحق نجد أن المشرع العراقي قد سكت عن جواز أو منع الاتفاق اللاحق ولا يوجد نص في قواعد التنازع العراقي يحكم مثل هذا الموضوع، ومن ثم نرجع الى نص المادة (٣٠) من القانون المدني التي قضت في حالة عدم وجود نص في المواد المتنازعة فيها يطبق القاضي مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً وان المادة (٣/٢) من لائحة روما ١ تمثل أحد المبادئ الأكثر شيوعاً وقد اجازت تغيير أو الاختيار اللاحق للقانون للعقد<sup>(١)</sup>.

ومن خلال ما تقدم فإننا نتوصل إلى نتيجة وهي ان أطراف عقد الخصم الدولي لهم الحرية في تعيين القانون الواجب التطبيق لحل النزاع الذي قد يحصل بينهم مستقبلاً، حتى وأن لم يكن هذا القانون ذا صلة بعقد الخصم الدولي، وأن لم يعبروا عن ارادتهم الصريحة فيطبق القانون المستخلص من الإرادة الضمنية كما ان للمستفيد والمصرف الاختيار اللاحق للقانون أو تعديل القانون المتفق عليه مسبقاً، أي أن موقف القانون العراقي كان متفق مع مواقف القوانين الأجنبية والعربية محل المقارنة.

## الفرع الثاني

### موقف الاتفاقيات من تطبيق قانون الإرادة

نتيجة التغييرات التي طرأت على قواعد القانون الدولي الخاص بشأن قانون الإرادة وتأثيره على العقود الدولية كمبدأ عام على ضوءه يتم فض نزاعات الدولية، أثر هذا القانون على الاتفاقيات الدولية حيث تبنته كمبدأ لاختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، ولبيان موقف هذه الاتفاقيات سنتطرق إليها وكما يأتي:

#### أولاً: اتفاقية لاهاي المبرمة في الأول من تموز ١٩٦٨

اعترفت هذه الاتفاقية بالحق الممنوح لأطراف العقد في تعيين قانون العقد وفق ما تذهب إليه ارادتهم، أي بمبدأ سلطان الإرادة والزام القضاء الوطني بتطبيق القانون المختار، إذ تقضي الفقرة الأولى من المادة الثانية منها على أنه "يخضع العقد للقانون الداخلي للدولة الذي اختاره طرفا العقد"<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: لائحة روما ١ عام ٢٠٠٨ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

(١) د. عوني محمد فخري، المصدر السابق، ص ٩٤.

(٢) مشار إليها لدى د. ثروت حبيب، قانون التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤، ص ٢٠٨.

تلعب لائحة (روما ١) دوراً بارزاً في نطاق تعين القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية منذ لحظة إبرامه اتفاقية روما عام ١٩٨٠ الى يوم صدور هذه الاتفاقية والتي دخلت حيز النفاذ في عام ٢٠٠٩، وقد اعترفت للأطراف العقد بالحرية في اختيار القانون، حيث يعد حق المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق من أهم خصائص المميّزة لنظام القانوني الذي نصت عليه هذه اللائحة.

وفي إطار خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة لأبّد من التفرقة بين ممارسة أطراف العقد لحق اختيار هذا القانون وبين نطاق ممارسة هذا الحق فإن اللائحة وأن كانت قد أعطت الحرية المطلقة، إلا إنها قيدت من نطاق ممارستها، فمن ناحية ممارسة هذا الحق قد نصت في المادة (١١٣) منها على حرية الاختيار للقانون العقد والتي قضت على أنه "يخضع العقد للقانون الذي اختاره الطرفان و يجب أن يتم هذا الاختيار صراحة أو نتيجة لبعض أحكام العقد أو ظروف القضية من خلال هذا الاختيار، يجوز للأطراف تعيين القانون المنطبق على الكل أو على جزء فقط من العقد المبرم بينهما".

وهذا يعني أن اللائحة لم تكتفِ بالنص على الإرادة الصريحة فقط، بل قبلت أيضاً بالأخذ بالإرادة الضمنية، فألزمت القاضي في حالة غياب الإرادة الصريحة البحث عن الضمنية إذ ساوت هذه اللائحة بين الإرادتين للقانون الواجب التطبيق، ولم تعدد بالإرادة المفترضة بحجة ان الإرادة الاخيرة تستند إلى مجاز من قبل القاضي ويحيط بها الكثير من لبس والغموض، لذلك تلزم اللائحة القاضي بأن يتم استخلاص الإرادة الضمنية بالنحو الذي أقرته اللائحة<sup>(١)</sup>.

وكذلك إمكانية تطبيق القانون على كل بنود العقد او على جزء منه أي انها تسمح للمتعاقدين امكانية تجزئة العقد، واخضاع كل عنصر من عناصره لقانون مختلف عن الآخر<sup>(٢)</sup>، ومن ثم يكون من حق المتعاقدين تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون واحد، ومن ناحية أخرى تقيّد نطاق هذا حق حيث ينحسر عندما تكون الإرادة أمام قواعد تحمي المصالح العليا لدولة والمعروفة بالقواعد الأمرة، وهذا ما أشارت إليه المادة الثالثة الفقرة الثالثة من هذه اللائحة<sup>(٣)</sup>.

(١) د. طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٥٠.

(٢) د. سليمان احمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في اطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ١٦٣.

(٣) نص المادة الثالثة الفقرة الثالثة من لائحة روما ١ "...لا يتضمن أي اعتداء على القواعد التي لا تسمح الدولة بمخالفتها والتي يطلق عليها بالقواعد الأمرة".

وقضت هذه اللائحة في المادة (٣/ ف ٢)، على انه "يحق للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون آخر غير الخاضع له من قبل، وسواء تم ذلك بإجراء اختيار للاحق يتم تبعا لنفس المادة أو بمقتضى نصوص اخرى، فإن كل تعديل في تحديد القانون الواجب التطبيق يأتي لاحقاً على إبرام العقد، لا ينال مطلقاً من صحة العقد من حيث الشكل المحدد على مقتضى المادة ٩ ولا يمس حقوق الغير"، نستفيد من مضمون النص المتقدم أن اللائحة أقرت للمتعاقدين الحق في الاختيار اللاحق لانعقاد العقد، ويتم ذلك باتفاق المستفيد والمصرف صراحة أو ضمناً، لكن قيدت هذه الحق بضرورة عدم المساس بحقوق الأغير التي اكتسبت سواء قبل التغيير أو الاختيار اللاحق لانعقاد وان لا يمس هذا الاختيار بصحة شكل العقد الاصلي، بموجب معنى الشكل المبين في المادة (٩) من اللائحة، فالاختيار اللاحق قد يبطل العقد وقد يبقيه صحيحاً، وعلى وفق هذا النص يبقى العقد صحيحاً من حيث الشكل كما كان وقت الإبرام.

كما أشارت هذه اللائحة في حالة انعدام الاختيار الصريح، فإن القانون الذي سوف يطبق هو الذي يمثل الصلات الاوثق لتلك العلاقة العقدية، وهذا ما تضمنت المادة (٤) من هذه اللائحة "إذا لم يعين الاطراف القانون المنطبق على العقد وفقاً لأحكام المادة الثالثة، فأن العقد يخضع لقانون البلدان التي يكون العقد أكثر ارتباطاً بها، ومع ذلك إذا كان جزء من العقد منفصلاً عن بقية العقد ويمثل رابطاً أكثر قوة مع دولة أخرى، فيمكن تطبيق قانون تلك الدولة، بشكل استثنائي، على هذا الجزء من العقد"<sup>(١)</sup>.

وعند تطبيقنا لنصوص لائحة روما ١ على عقد الخصم الدولي، نرى أنها جاءت بنصوص مرنة تسهل للمتعاقدين تطبيقها على عقودهم الدولي، ولاسيما أن لائحة روما تعطي المهمة الأساسية والرئيسية بالدرجة الأولى في تعيين القانون الواجب التطبيق للأطراف العقد واتساع الاصلاحيات المقررة لهم في هذا الحق، حيث ووفق نص المادة الثالثة المتقدمة منحت الأطراف (المستفيد والمصرف) اخضاع عقد الخصم الدولي للقانون الذي اختاره سواء عبروا عن إرادتهم صراحة أو ضمناً، يلتزم إليها القاضي من أحكام أو ظروف العقد، وكذلك من حق المستفيد والمصرف اختيار القانون في أي وقت أرادوه ومن حقهم كذلك اجراء تعديل لاحقاً عليه، حتى وأن تم الاتفاق على قانون الواجب التطبيق عند إبرام العقد أو في وقت للاحق يمكن للمتعاقدين العدول عنه واختيار قانون آخر لحكم العقد ويتم ذلك استناداً الى

(١) د. سامي بديع منصور و د. عكاشة عبد العال، طرق حل النزاعات الدولية والحلول الوضعية لتنازع القوانين، الدار الجامعية، ١٩٩٥، ص ٣٧٥.

ذات الاعتبارات العملية التي اعترفت بالاختيار اللاحق لقانون العقد، وتفرض هذه اللائحة بضرورة عدم الأساة في استعمال مثل هذه الرخصة.

أما عن مدى انسجام هذه اللائحة مع ما جاء به القانون المدني العراقي بخصوص العقود الدولية بصورة عامة وخصوصاً عقد الخصم الدولي، نجد أنها أقرت نصوص تتشابه من حيث المعنى بنص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، من حيث إعطاء الحرية للمتعاقدين في اختيار قانون العقد سواء لحظة الإبرام أو بصورة لاحقة للإبرام.

ثالثاً: اتفاقية لاهاي المبرمة في ديسمبر عام ١٩٨٦ الخاصة بالقانون الواجب تطبيقه على عقود البيع الدولي للمنقولات المادية

أخذت هذه الاتفاقية بقاعدة قانون الإرادة واعترفت للمتعاقدين بالحق في تعيين قانون يحكم عقدهم وقد تبنت هذه القاعدة في المادة (٧) منها والتي قضت على أنه "١- يخضع عقد البيع للقانون الذي يختاره الطرفان، و يجب على الاطراف الاتفاق على هذا الاختيار أو إظهاره بوضوح من خلال الشروط العقد أو من خلال سلوكهم، كما يمكن ان يقتصر هذا الاختيار على جزء من العقد، يجوز للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد كلياً أو جزئياً لقانون غير ذلك الذي كان يحكمه سابقاً، سواء أكان القانون الذي يحكم العقد سابقاً قد اختاره الطرفان أم لا، كما أن أي تغيير من قبل الأطراف للقانون المعمول به بعد إبرام العقد يجب ان لا يمس حقوق الغير"<sup>(١)</sup>.

يتضح من النص المتقدم ان هذه الاتفاقية قد وسعت من سلطان الإرادة، مقارنة ببقية الاتفاقيات القديمة حيث نصت اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ في المادة (١/٢) على أن "عقد البيع يحكم بالقانون الداخلي للبلد المختار قانونه من قبل أطراف"، فهذه الاتفاقية قد منحت حق استخلاص الإرادة الضمنية ليس من شروط العقد فحسب، وإنما أيضاً من الظروف والملابسات التي تتصل بالعقد أو بالمتعاقدين وهذا يعني عدم تفضيل عنصر على عنصر آخر، وكذلك أقرت فكرة تجزئة العقد وتعدد القوانين التي تطبق عليه وللمتعاقدين الحرية المطلقة في تغيير أو تعديل القانون الذي سبق واتفقا عليه عند التعاقد من

(١) اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦

دون الاخلال بحقوق الغير أو شكل العقد، وأيدت هذه الاتفاقية فكرة العقد الطليق أو العقد الذي يحكم نفسه ذاتياً، مما يفيد بأن هذه الاتفاقية ازالته كل العوائق التي تعيق من نمو التجارة الدولية وتطورها<sup>(١)</sup>.

ونرى أن اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٨٦ تجاوزت كل الانتقادات والتحفظات للاتفاقية المبرمة عام ١٩٥٥ للبيع الدولية، وإنّ للمستفيد والمصرف في عقد الخصم الدولي وفق قواعد هذه الاتفاقية اختيار أو تعديل للقانون المختار سابقاً، حتى ولو كان في مرحلة نشوء النزاع بينهم أو طرح النزاع أمام محكمة الموضوع، أما في حالة لم يعبر الأطراف عن إرادتهم الصريحة والضمنية يجب على القاضي وفق ما نصت عليه هذه الاتفاقية تركيز عقد الخصم الدولي في مكان محدد وتطبيق قانون بلد المركز، وكذلك إذا تبين للقاضي أن هناك قانوناً أكثر ارتباطاً بالعقد من القانون المختار يطبق القاضي قانون البلد الأكثر صلة وفق ما جاء به المادة (٧ ف ٣) من هذه الاتفاقية.

رابعاً: مبادئ مؤتمر لاهاي المنعقد عام ٢٠١٥ الخاصة باختيار القانون المنطبق على العقود التجارية الدولية

أوضحت هذه المبادئ أهم المسائل التي تدخل في إطار نطاق تطبيقها، وهي التي يجب توافرها في العقد لكي تطبق نصوص هذه المبادئ عليه، والتي تتمثل بمعيار دولية العقد وارتباط هذا العقد بالتجارة أو ممارسة مهنة أخرى، وبما أنّ عقد الخصم الدولي تتوفر فيه كلا الشرطين فإن يدخل ضمن المسائل التي تخضع لتلك المبادئ هذا من ناحية إما إرادة اطراف العقد أو حريتهم في تعيين القانون الواجب التطبيق فقد رسمت هذه المبادئ حدودها وبينت معالمها في المادة (٢) في الفقرات (١، ٢، ٣، ٤)<sup>(٢)</sup>.

تضمنت الفقرة الأولى من المادة الثانية: أن العقد يخضع لأحكام القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين وتناولت الفقرة الثانية من المادة نفسها حدود حرية الأطراف في هذا الاختيار، حيث قررت في البند (١) من الفقرة ذاتها، كما اشترطت هذه المبادئ ان يتم تعبير المتعاقدين عن إرادتهم بصورة

(١) د. سلطان عبد الله محمود الجوّاري، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق عليها، المصدر السابق، ص ١٣٣.

(2) Commercial contracts. Principles on Choice of Law in Internationa Secretary General. Hague Conference on Private International law. The Netherlands.P18.

صريحة وواضحة، وهذا ما تضمنته المادة (الرابعة)<sup>(١)</sup>، منها حيث قضت على ضرورة الإعلان الصريح عن القانون الذي يحكم عقدهم أو أي تعديل لاحق لهذا الاختيار، مما يعني أيضاً ان هذه المبادئ تعدت بالإرادة الضمنية في تعيين القانون الواجب التطبيق أن للمتعاقدين (المصرف والمستفيد) الحق في إخضاع العقد كلياً لقانون المختار أو يحكم جزءاً معيناً من العقد، ومنحت في البند (ب) الحرية للمتعاقدين في اختيار أكثر من قانون واحد ضمن نظم قانونية مختلفة لكي تطبق على أجزاء مختلفة من عقدهم، وإن تجزئة أي عقد تجاري بما فيه عقد الخصم الدولي أمر طبيعي ومتروك لإرادة أطرافه وقد يتم التجزئة من قبل المشرع ففي الغالب يجزئ الأخير المراكز القانونية للرابطة العقدية أو قد تتم التجزئة من قبل القاضي<sup>(٢)</sup>، وفي ما يتعلق بالتعديل اللاحق لقانون العقد أيضاً نظمت هذه المبادئ مدى امكانية الأطراف إجراء هذا التعديل، حيث قضت الفقرة الثالثة من المادة الثانية من المبادئ على "أنه يجوز للمتعاقدين إجراء اختيار القانون أو تعديله في أي وقت، على أن لا يمس هذا الاختيار أو تعديل الحق لانعقاد العقد بصحة العقد الأصلي ولا بحقوق الغير".

أما وقت الاختيار فإنه يفترض ان أطراف عقد الخصم الدولي قد اختاروا القانون الواجب التطبيق على عقدهم منذ لحظه إبرامه، ومع ذلك قد يغفل الأطراف هذا التحديد مع ذلك يبقى لهم الحق وفق هذه المبادئ تعيين القانون بعد إبرام العقد، ومنحت هذه المبادئ الحق للمتعاقدين (المصرف والمستفيد) الحرية المطلقة في تعيين أي قانون يحكم عقدهم حيث قضت المادة الثالثة منها "للأطراف اختيار قواعد قانونية مقبولة عموماً على المستوى الدولي أو الوطني أو الاقليمي بوصفها مجموعة من القواعد المحايدة والمتوازنة، ما لم ينص قانون بلد المحكمة على خلاف ذلك"<sup>(٣)</sup>.

نجد أنها جاءت بنصوص مرنة، مما يعني امكانية استفاد المصرف والمستفيد من تطبيق نصوصها على عقد الخصم الدولي أو تطبيقها على جزء معين من العقد ولاسيما إذا كان الطرفان من الدول الموقعة على هذه الاتفاقية.

(١) نص المادة (٤) من المبادئ "يجب أن يتم اختيار القانون أو أي تعديل لاختيار القانون بشكل صريح أو واضح من أحكام العقد أو الظروف، الاتفاق بين الطرفين على منح الاختصاص القضائي لمحكمة أو هيئة تحكيم للبت في النزاعات بموجب العقد لا يعادل في حد ذاته اختيار القانون".

(٢) زياد خليف العنزي، مبدأ حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مجلد ١٣، العدد ٢، ٢٠١٦، ص ٣٨١.

(٣) المادة الثالثة من مبادئ مؤتمر لاهاي المنعقد عام ٢٠١٥ الخاصة باختيار القانون المنطبق على العقود التجارية الدولية. <https://assets.hcch.net/docs/4679993d-5c7b-48d0-adc9-21095ff5c32f.pdf>.



## المبحث الثاني

### القيود الواردة على تطبيق قانون الإرادة

إذا كان الأصل هو حرية المتعاقدين في تعيين القانون الذي يحكم علاقاتهم التعاقدية، فإنه يرد على هذا الأصل عدة استثناءات، يستبعد فيها القانون المختار لحكم العقد الدولي ليحل محله قانون آخر، و يظهر ذلك في حالة إذا ما تبين للقاضي الوطني عند تطبيقه للقانون المختص أنه يصطدم بالأفكار والمبادئ الأساسية السائدة في دولته مما يستوجب على القاضي أن يقوم باستبعاد هذا الاختيار كون المصلحة العامة هي الأولى والأهم بالحماية من المصلحة الخاصة، وفي سياق ما تقدم نتناول في هذا المبحث أهم القيود التي تلعب دور تدخل في استبعاد القانون المختار من قبل أطراف العقد بتجزئته إلى مطلبين، حيث نتناول في (المطلب الأول) النظام العام، وفي (المطلب الثاني) القواعد ذات التطبيق المباشر.

## المطلب الأول

### مفهوم فكرة النظام العام

تلعب فكرة النظام العام دوراً هاماً في مجال تنازع القوانين كأداة لاستبعاد القانون المختار وحتى يتسنى لنا تحديد حالات استبعادها لذلك القانون، يتعين علينا أولاً ان نبين مفهوم فكرة النظام العام أولاً، وكيفية حماية القاضي لنظامه القانوني الوطني عن طريق دفع بأعمال النظام العام في استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف في اطار الفرعين الآتيين:

## الفرع الأول

### تعريف فكرة النظام العام

لدراسة هذه الفكرة سنتناول مفهوم فكرة النظام العام، ودوره في العلاقات الداخلية والعلاقات الدولية

الخاصة في الفقرتين الآتيتين:

### الفقرة الأولى: فكرة النظام العام

يعد النظام العام من أهم القيود الواردة وأبرزها على إرادة أطراف العلاقة التعاقدية سواء أكان ذلك في نطاق العقود الداخلية أو العقود الدولية، فمن غير المقبول السماح للأطراف في مجال عقودهم الداخلية بإدراج

أي شرط وفقاً لمبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) يتعارض مع ما جاءت به النصوص الأمرة في تشريعاتهم الوطنية<sup>(١)</sup>، فحرية الأطراف ليست مطلقة وإنما هي تخضع لسلطة القانون، وهنا الأمر يكاد غير مختلف في مجال العقود الدولية فلا يمكن للقاضي الوطني أن يسمح بتطبيق قانونٍ اجنبيٍّ يتعارض مع قانون الوطني والذي يتضمن مجموعة من قواعد الإمرة التي تفرض احترامها وعدم مخالفتها<sup>(٢)</sup>، وكل هذا يرجع إلى مختلف الأسس التي تستند إليها الدولة، ففكرة النظام العام تتسع وتضيق تبعاً للأفكار السائدة في المجتمع، فنجد أن فكرة النظام العام تتحصر في أضيق نطاق في الدول التي يغلب عليها النزعة الفردية، والتي تطلق العنان للحرية الفردية وتتسع كثيراً في ظل دول ذات النظام الاشتراكي<sup>(٣)</sup>.

ونظراً لاختلاف الأسس التشريعية التي تتركز عليها دول العالم في وضع قوانينها فقد سارت أغلب التشريعات إلى عدم وضع تعريف لفكرة النظام العام، وإنما اكتفت بالنص عليه وبيان دوره الاستيعادي فحسب<sup>(٤)</sup>، التي تتمثل بالقانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨) في المادة (٢٨) منه، التي تنص على أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في مصر"، وأيضاً القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ لم يعرف النظام العام وإنما أشار إليه في نص المادة (٣٢) منه على أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون اجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في العراق"<sup>(٥)</sup>، إذ يبقى الأمر متروكاً لخبرة القاضي الذي يتمتع فيها بسلطة تقديرية واسعة بنظر في كل واقعة تعرض عليه، ما إذا كان حكم القانون الأجنبي ففيها يتعارض مع النظام العام في دولته أو لا يتعارض معه،

(١) نص المادة (٦) من قانون المدني الفرنسي لسنة (١٨٠٤) المعدل والتي قضت على أن "لا يمكن بموجب اتفاقات خاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة".

(٢) ما جاء به القانون الدولي الخاص الألماني في المادة (٧١٣) لسنة (١٩٨٦) والتي تقضي على أنه "على الرغم من حرية اختيار القانون، فإن أطراف العقد ليسوا أحراراً تماماً في الاتفاق على القانون الواجب التطبيق، وإنما يجب عليهم مراعاة القواعد الإمرة... وكذلك ما جاء في المادة (٧١٥) من نفس القانون والتي تقضي على أنه "إذا كان تطبيق قانون بلد أجنبي وفقاً لقواعد تنازع القوانين الألمانية ينتهك بوضوح السياسة العامة الألمانية (النظام العام) فلا يتم تطبيق القانون الأجنبي".

(٣) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠، ص ٩٩.

(٤) د. احمد حسين جلاب، النظام العام وأثره في القانون الدولي الخاص، مجلة الكوفة، العدد ٢٨، ص ٦٧.

(٥) وحتى فيما يتعلق بالنظام العام الداخلي من نصوص قانونية قد خلت أيضاً من تعريف له فقد أورد المشرع العراقي مصطلح النظام العام في عدة نصوص قانونية فالمادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي نصت في فقرتها الأولى "يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو للآداب والا كان العقد باطلاً".

ويلزم القاضي بالتقيد بالأفكار السائدة في مجتمعة في تقديره للنظام العام، لأن هذا التقدير يعد مسألة قانونية لا تمنح القاضي الحق في تحليل الأمور وفق نظريته الشخصية<sup>(١)</sup>.

بينما سعت بعض التشريعات من محاولة وضع تعريف مشترك لفكرة النظام العام غير انها جاءت بعبارات غامضة لم تحدد بصورة واضحة المقصود بتلك الفكرة، بسبب سعة مجال النظام العام ومن بين هذه التعارف نجد التعريف الذي جاء به التشريع الألماني حيث جاء في المادة (٧٣) من القانون المدني الألماني "على أنه القواعد التي تتصل بأصل أسس النظام الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي للبلد، وبمفهومها في وقت معين، ويكون من طبيعة انتهاكها تهديد للنظام العام وتصديعه"<sup>(٢)</sup>. وإن امتناع التشريعات عن وضع تعريف للنظام العام، لا يعني غياب دور الفقه والقضاء، بل كانت هناك الكثير من المحاولات لوضع تعريف يتناسب مع الفكرة، حيث وردت عدة تعريفات فقهية، نذكر بعضها.

فقد عرفه بعض الفقه بأن "النظام العام في دولة ما هو الا الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام الأفكار الدينية أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاستراكية أو الرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك"<sup>(٣)</sup>.

كما أشرنا سابقاً ان غالبية التشريعات المقارنة قد منحت سلطة تقديرية للقضاء الوطني في تحليل كل حالة على حدة، وتقدير أية حالة تعتبر أو لا تعتبر من النظام العام وفي هذا الصدد قد وردت عدة محاولات، لوضع تعريف يتناسب مع فكرة النظام العام.

(١) د. سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام واثره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١٢، العدد ٤٣، سنة ٢٠١٠، ص ٩١.

(٢) Paul lagarde,richer ches sur l'ordre puplic en droit international prive',the'se pour ie doctorat ,Universite' de paris,facte' de droit, 1959, p865.

(٢) سعيدة حمومه، القيود الواردة على حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة عبد الرحمان ميره، الجزائر، ٢٠١٥، ص ٥٠.

(٣) د. ممدوح عبد الكريم، المصدر السابق، ص ١٩٦.

فقد عرفت المحكمة العليا الإسبانية في حكم لها صادر بتاريخ ١٥ ابريل ١٩٦٦ الذي جاء فيه "بما أن تطبيق القانون الأجنبي أو آثار الأحكام الأجنبية قد تصطدم في غالب الأحيان ببعض المبادئ التي يعدها القانون الوطني غير قابلة للمساس بها فوق إقليم دولتها لأن النظم القانونية لمختلف الدول ليست مؤسسة بكاملها على نفس القواعد والمبادئ، لأنه من الضروري كذلك ضمان الدفاع عن هذه المبادئ التي يتعين عدم المساس بها، التي تكون ما يسمى بالنظام العام الوطني الذي يضم المبادئ القانونية العامة والخاصة، السياسية والاقتصادية والمعنوية، وحتى الدينية التي تعد اجبارية بصفة مطلقة، بقصد المحافظة على النظام الاجتماعي داخل شعب في فترة معينة"<sup>(١)</sup>.

كما تعرضت محكمة النقض المصرية لفكرة النظام العام في أحد أحكامها بأن النظام العام "الذي يحتوي القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية او الاقتصادية، التي تتعلق بالوضع الطبيعي والمادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد"<sup>(٢)</sup>.

ويمكن أن نستنتج من كل التعاريف المتقدمة، أو بالأحرى كل المحاولات الفقهية والقضائية لتعريف فكرة النظام العام بأن من غير الممكن وضع تعريف جامع مانع لنظام العام، لذا نجد من الحسن ترك تقديرها لقاضي النزاع.

### الفقرة الثانية: دور النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة

حاول بعض الفقه التفرقة بين مفهوم النظام العام الذي يعمل في نطاق العلاقات الوطنية وبين النظام العام في نطاق العلاقات الدولية الخاصة، غير أنّ هذه التفرقة لم تتجح لدى الكثير من الفقه والذي يرى بأنه ليس هناك أي اختلاف بين المفهومين، فلا يوجد نظام عام دولي ونظام عام وطني في الدولة الواحدة فالنظام العام يقوم دائماً على معايير وطنية ويلتزم القاضي الوطني بتطبيقها، وحتى يمكن تسميته بالدولي فإنه يجب ان يستمد من معايير دولية تصدر عن سلطة الدولة<sup>(٣)</sup>، وبالرغم أن فكرة النظام العام وطنية، غير أنها تمارس وظيفه تختلف بحسب طبيعة العلاقة التي تشكل اعتداء على الاسس

(١) د. ممدوح عبد الكريم، المصدر السابق، ص ١٩٦.

(٢) مشار اليه لدى بدر شنوف، الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث والوصية ذات البعد الدولي، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، المجلد ١، العدد ٢، ٢٠١٥، ص ١٨٣.

(٣) د. كيجل كمال، مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقيقة، العدد ٤٢، ٢٠١٨، ص ٤٩١.

محل النزاع، فتطبيقها على صعيد العلاقات الداخلية يختلف عن تطبيقها على صعيد العلاقات الدولية الخاصة.

وقد أخذت لائحة روما ١ لسنة (٢٠٠٨) بهذا الدور الاستبعادي في نص المادة (٢١) والتي قضت على أنه "لا يمكن استبعاد تطبيق حكم من أحكام القانون المحدد في هذه الاتفاقية، غير إذا كان هذا التطبيق يتعارض بشكل واضح مع النظام العام"<sup>(١)</sup>.

ويرى بعض فقهاء القانون الانكليزي أن الأصل تطبيق القاضي لقانونه الوطني والاستثناء تطبيق قانون اخر، ولهذا إذا وجدت أي مخالفة فإن المحكمة ملزمة بتطبيق قانونها ويلغى الاستثناء (أي القانون الاجنبي)، وهذا رأي كان محلاً لنقد، لأن الأصل في العلاقات الدولية الخاصة هو حرية تعين أي قانون ليحكم هذه العلاقات، ولا يجوز فرض على دول العالم مسايرة قانون دولة معينة ولكن هذه الحرية تقيد او يتوقف تطبيقها، إذا كان من وراء تطبيق القانون الاجنبي المختص انتهاك المبادئ والمعايير الوطنية والمصالح الجوهرية لدولة قاضي النزاع<sup>(٢)</sup>، ويذهب جانب من الفقه في محاول تعين دور النظام العام في القانون الدولي الخاص الى القول بأن النظام العام يبرز بمجرد تعارض القانون الاجنبي مع السياسة التشريعية لدولة القاضي حتى لو كان هذا القانون لا يتعارض مع المبادئ الجوهرية أو المبادئ المتعارف عليها في الأمم المتحدة أي بمعنى، إذا كان القانون الاجنبي يعيق تحقيق أهداف السياسة التشريعية كان للقاضي استبعاد تطبيقه<sup>(٣)</sup>.

ونرى من الصعوبة وضع ما يسمى بالنظام العام الدولي ضمن إطار واحد محدد وهي فكرة لا يمكن الاستغناء عنها فهي بمثابة صمام الأمان الذي يتسلح به القاضي لمواجهة ما ترتبه احكام القانون المختار من آثار خطيرة على المصلحة العامة، لذلك يطلق عليه الفقه الفرنسي بتسمية "الطفل المرعب للقانون الدولي الخاص"<sup>(٤)</sup>.

(١) النص باللغة الفرنسية:

L'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for"

(٢) د. ممدوح عبد الكريم، المصدر السابق، ص ١٩٩.

(٣) د. احمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الاماراتي، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٨، ص ٣٨١.

(٤) د. محمد وليد المصري، المصدر السابق، ص ٢٥١.

ومما تقدم يمكن تعريف النظام العام في القانون الدولي الخاص بأنه "سلاح للدفاع ضد القانون الأجنبي واجب التطبيق عادة، إذا ما ظهر تعارض فحواه مع مفاهيم البلد المراد تطبيقه فيه"<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### إعمال النظام العام في استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف

من المعروف أنّ قواعد القانون الدولي الخاص تهدف إلى تنظيم المجتمع والافراد والى تحقيق التوازن بين النظم القانونية المختلفة، وهي في سبيل ذلك قد تقضي بوجوب إخضاع عقد خصم الدولي إلى القانون الذي يتفق الاطراف عليه، ومتى تقرر الاختصاص للقانون الأجنبي أصبح هو الواجب التطبيق على النزاع المطروح، ولكن عند تطبيقه قد يتبين للقاضي أن مضمونه يخالف النظام العام في دولته، هنا يلزم القاضي باستبعاده وفقاً لما نصت عليه المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي ويطبق قانون الوطني محله، ولحصول هذا يجب أولاً أن تتوفر مجموعة من الشروط حتى يثار الدفع بإعمال بالنظام العام، وهذا ما يؤدي بنا إلى تحديد هذه الشروط أولاً ومن ثم نحدد آثار الدفع بالنظام العام.

#### الفقرة الأولى: شروط إعمال الدفع بالنظام العام

تتمثل شروط الدفع بالنظام العام فيما يأتي :

#### أولاً: أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق مختصاً

ويعني هذا الشرط عدم امكانية إثارة الدفع بالنظام العام، إلا إذا كان القانون المختص هو قانوناً اجنبياً فلا يتصور إعمال الدفع بالنظام العام، إذا كان القانون المراد تطبيقه قانوناً وطنياً، حتى في حالة وجود تنازع قوانين داخلي، على اعتبار أنّ كل قوانين الوطنية هي من وضع مشرع واحد، الا اذا كانت دولة مقسمة الى وحدات تشريعية، فمن الممكن وجود اختلاف في الاسس والمبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني<sup>(٢)</sup>، ويجب أن يكون القانون الأجنبي المراد تطبيقه مختصاً طبقاً لقواعد التنازع في دولة قاضي النزاع و حتى الدول الاخرى، هو قانون الإرادة وليس قانون آخر، وبشرط أن تكون هناك صلة

(١) محمد عبد اللطيف الجار الله، فكرة النظام العام الدولي الخاص كوسيلة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي: دراسة تحليلية لنصوص قانون رقم "٥" لسنة ١٩٦١ بشأن العلاقات ذات العنصر الاجنبي، مجلة الحقوق، مجلد ٤٤، العدد ٤، الكويت، ٢٠٢٠، ص ١٩.

(٢) د. أحمد محمد الهواري، المصدر السابق، ص ٣٨٤.

ما بين المتعاقدين والعقد و بين القانون المختار من قبلهم، أما إذا لم يتوفر هذا الشرط فلا داعي الأثرية الدفع بالنظام العام، فإذا اختار المتعاقدان قانوناً أجنبياً سواء تم تعيينه صراحة أو ضمناً ليحكم علاقتهم التعاقدية ذات الطابع الدولي و بعد ذلك تبين لقاضي النزاع أن القانون المختار ليس له صلة بالعقد و المتعاقدين، وأنه أيضاً مخالف للنظام العام في دولته، فهنا يستبدل قانون الإرادة بقانون آخر مناسباً لعدم توفر شرط الصلة و ليس مخالفته للنظام العام، لأن الدفع بالنظام العام لا يثار بوجود سبب آخر يمكن على أساسه عدم تطبيق القانون الاجنبي<sup>(١)</sup>.

إذا ما طبقنا هذا الشرط على عقد الخصم الدولي، فإن يستلزم أولاً ان يكون القانون المختار قانوناً اجنبياً فإذا كان النزاع مطروح أمام محكمة عراقية والقانون المختار هو القانون العراقي فلا يستطيع القاضي العراقي في هذه الحالة استبعاد تطبيق قانونه، كما يجب ان يختار المستفيد والمصرف قانون له علاقة بالعقد او بهم فإذا لم يكن كذلك حتى لو كان يتعارض مع قانون القاضي يستبعد لمجرد انه ليس له صلة بالعقد أو بالمتعاقدين فقط.

### ثانياً: تعارض القانون الاجنبي مع الأسس الجوهرية لدولة القاضي

بمعنى أن القانون الاجنبي الذي اختارته إرادة الاطراف أو أشارت له قاعدة الاسناد الوطنية يكون في أحكامه ما يخالف النظام العام في قانون دولة القاضي المطروح عليه النزاع لأن النظام العام في الأصل ما هو الا مصالح وطنية تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وهي تستمد مضمونها من القانون الوطني، لذلك حتى يمكن إثارة الدفع بأعمال النظام العام يشترط وجود تعارض بين القانون الأجنبي والأسس الجوهرية في قانون القاضي الوطني بحيث يكون هذا التعارض صارخ وواضح مع المبادئ والأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع والدولة، فمن غير الضروري إعمال الدفع بالنظام العام لوجود اختلاف بين القانونين فحسب، لأن هذا العمل يتعارض مع أسس قواعد تنازع القوانين وهو قد يهدم هذه القواعد ويعيدنا الى الأخذ بمبدأ الاقليمية ومبدأ الشخصية القانونية<sup>(٢)</sup>.

ويعود للقاضي تقدير وجود هذا التعارض ومدى أهميته، ولكن هل يقوم بهذه العملية التحليلية بطريقة مجردة؟ بحيث يستبعد القانون الأجنبي حالما يتحقق من تعارضه مع أحكام قانونه، أم إنه ينظر

(١) سعيدة حمومه، المصدر السابق، ص ٦١.

(٢) علي عدنان علي، أثر التغيير في قواعد الاسناد على تحديد القانون الواجب التطبيق، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الشرق الاوسط كلية الحقوق، الاردن، ٢٠٢٠، ص ٥٩.

إلى النتيجة التي يؤدي إليها تطبيق هنا القانون، ومن ثم يعتمد إلى التحليل الواقعي للمسألة حسب كل حالة على حدة؟ أن الأمر المغيظ الذي يحث على أعمال الدفع بالنظام العام ليس مضمون القاعدة القانونية الأجنبية بعد ذاته بقدر ما تكون النتيجة غير المقبولة التي تؤدي إليها هي المضمون هذا يدفعنا إلى القول بلزوم أن يكون تحليل القاضي واقعياً وليس مجرداً غير أن هذه الملاحظة لا تصح إلا في القضايا البسيطة التي توضح للقاضي من خلال الوقائع فقط أن تطبيق القانون الأجنبي على النزاع سيؤدي بكل الأحوال إلى نتيجة متوافقة مع النظام العام الدولي، في حين إنه لن يستطيع التحقق من هذا الأمر مسبقاً في القضايا الأكثر تعقيداً<sup>(١)</sup>.

إذا ما طبق على عقد الخصم الدولي، فإنه حتى يتم العمل بهذا الشرط يجب ان يكون المختار من قبل المستفيد والمصرف يتعارض مع المبادئ الأساسية للقاضي للنزاع تعارض واضح لهذا الأخير.

### ثالثاً: وجود رابطة بين النزاع المطروح ودولة القاضي

يذهب جانب من الفقه والقضاء في سويسرا والمانيا إلى أنه حتى يمكن الدفع بالنظام العام في مجال العلاقات ذات الطابع دولي ضرورة توافر شرط وجود صلة أو رابطة كافية بين النزاع ودولة القاضي فلا يحق للقاضي أن يتمسك بدفع النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي المختص في حال انعدام تلك الرابطة، وكذلك من غير الممكن ان يطبق قانونه الوطني على النزاع حتى وأن تم استبعاد القانون الأجنبي المختص وذلك لانعدام المصلحة، وهذا السبب يؤثر على الدفع بالنظام العام<sup>(٢)</sup>، ولا يمكن القول بوجود تعارض مع النظام العام إلا إذا كان المجتمع بركائزه الأساسية ومعتقداته الجوهرية مهدداً من جراء تطبيق القانون الأجنبي، والسؤال الذي يثار هنا حول المعيار المستخدم في تحديد هذه الرابطة أو الصلة؟ حيث نجد أنق بعض التشريعات قد رفضت ربط أعمال الدفع بالنظام العام بشرط وجود رابطة أو صلة حقيقية للنزاع بدولة القاضي، بينما نجد أن القضاء الفرنسي قد اشترط وجود رابطة بين القضية المطروحة وقانون القاضي، حتى يتسنى للأخير (أي القاضي) أعمال الدفع بالنظام العام<sup>(٣)</sup>.

لا يمكن إذا تجاهل مسألة وجود رابطة أو صلة بين النزاع و قانون القاضي عند الدفع بالنظام العام حيث نجد أن المشرع العراقي لم ينص صراحة على هذا الشرط، ولكن نص في المادة

(١) د. محمد وليد المصري، المصدر السابق، ص ٢٦٠.

(٢) محمد صالح ملفي، أثر النظام العام في استبعاد القانون الاجنبي واجب التطبيق، مجلة جامعة الزيتونة لدراسات القانونية، المجلد ٣، الاصدار ٣، ٢٠٢١، ص ٩٤.

(٣) د. محمد وليد المصري، المصدر السابق، ص ٢٦٢.



(٤ و ١٥)<sup>(١)</sup>، من القانون المدني على الاختصاص القضائي للمحاكم العراقية في نطاق العلاقات الدولية الخاصة حيث إعطاء للمحاكم العراقية حق الاختصاص في حالة وجود الرابطة وهي جنسية المتقاضي العراقي، وكذلك ينعقد الاختصاص القضائي للمحاكم العراقية عند وجود المتقاضين داخل العراق أو وجود عناصر النزاع أو حتى إبرام العقد أو تنفيذه، فعناصر الاختصاص تعد بمثابة رابطة أو صلة بين النزاع وقانون القاضي<sup>(٢)</sup>.

عند تطبيق هذا الشرط على عقد الخصم الدولي، فإنه يجب أما أن يرتبط إبرام العقد بدولة القاضي أو تنفيذه أو يكون احد الأطراف سواء المستفيد أو المصرف ينتمي لتلك الدولة، فإذا لم تكن هناك صلة فلا يستطيع القاضي إثارة الدفع بالنظام العام.

#### رابعاً: أن تكون المخالفة للنظام العام حالية

الأصل أن القاضي الوطني ملزم باستبعاد القانون الأجنبي المختار، إذا كان يتعارض مع مقتضيات النظام العام في بلده، غير أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد يتمثل في الوقت الذي يجب أن يتقرر ما إذا كان هذا التعارض موجود أم لا؟

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الشرط يعد في غاية الأهمية بحيث لفت انتباه الكثير من الفقه والقضاء على اعتبار أنه يضع حداً فاصلاً بين مفهوم النظام العام في السابق والمفهوم الجديد، لاسيما في ظل ما تشهده فكرة النظام العام من تطور وتغيير مستمر<sup>(٣)</sup>.

ويترتب على هذا الشرط عدة آثار ومن أبرزها: أن القاضي لا يعتد بالمخالفات السابقة لمقتضيات النظام العام في قانونه، أي أن ما يترتب على أحكام القانون الأجنبي المختار من تعارض للمبادئ النظام العام في قانون القاضي عند نشوء، ومن ثم بعد ذلك تغيير قانون قاضي النزاع وأصبحت أحكام القانون

(١) المادة (١٤) "يقاضي العراقي امام محاكم العراق عما ترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ من ما في الخارج"، المادة (١٥) "يقاضي الاجنبي امام محاكم العراق في الاحوال الآتية: أ - اذا وجد في العراق. ب - اذا كانت المقاضاة في حق متعلق بعقار موجود في العراق او بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى. ج - اذا كان موضوع التقاضي عقداً تم ابرامه في العراق او كان واجب التنفيذ او كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق".

(٢) عدنان يونس مخبير، استبعاد القانون الاجنبي المخالف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة العراقية كلية القانون والعلوم السياسية، ٢٠١٨، ص ٨١.

(٣) عمر بلمامي، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الجزائر معهد الحقوق والعلوم الادارية، الجزائر، ١٩٨٦، ص ١٤١.

الأجنبي المختار لا تتعارض مع القانون جديد، هنا يجب على القاضي الأخذ بها وعدم الاعتداد بالمخالفة السابقة، وهذا الشرط يتجسد في ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في تاريخ (٢٢ مارس ١٩٤٤) عندما قالت: " تعريف النظام العام الوطني بتوقف إلى حد كبير على الرأي السائد في كل عصر"<sup>(١)</sup>.

وقد اتجهت بعض التشريعات إلى وضع شروط خاصة، تعطي الاختصاص للقاضي الوطني في نظر النزاع المشوب بعنصر اجنبي واستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختار، والهدف من هذه الشروط هو الخروج من دائرة الغموض التي يتصف بها النظام العام وتعين الحالات التي يتم الدفع بأعمال النظام العام ومعرفته مسبقاً، ولأجل حماية الروابط التي يكون أحد طرفيها وطنياً أو مراكز أعماله في دوله القاضي، وتنتم هذه القوانين غالباً بخصيصتين، الخاصة الأولى والتي تظهر في القوانين حدود تسامح التي يستخدمها القاضي في مواجهة القانون الأجنبي، اما الثانية فهي تحدد الروابط التي يجب توافرها بين النزاع المطروح وقانون القاضي والتي يمكن من خلالها التدخل لاستبعاد تطبيق القانون الاجنبي<sup>(٢)</sup> وهذه الشروط نجدها غالباً في مسائل التي تخص الأحوال الشخصية لتعلقها باعتبارات دينية واجتماعية، وبما أنها لا تخص المعاملات المالية والتجارية فلا داعي لتوسع بها.

ومن خلال كل ما تقدم يمكننا أن نصل الى نتيجة واحدة مفادها، إن القاضي الوطني حتى يتسنى له استبعاد القانون الأجنبي المختار من قبل أطراف عقد الخصم الدولي المخالف بآثاره الدفع بالنظام العام، يجب عليه أولاً تأكد من توافر مجموعة شروط عامة في النزاع المطروح، فضلاً عن شروط خاصة اشارت اليها بعض التشريعات.

#### الفقرة الثانية: اثار الدفع بالنظام العام

ويترتب على استعمال القاضي الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القانون المختار، أثاران:

#### اولاً- الاثر السلبي

(١) حمزه بونزيرة، المصدر السابق، ص ٥٦.

(٢) علي عدنان، المصدر السابق، ص ٨٤.

ويقصد به استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختار المراد تطبيقه على النزاع المتعارضة أحكامه مع النظام العام في دولة القاضي، ويرى جانب من الفقه والقضاء أن الاستبعاد يجب أن يكون ضمن حدود الازمة لحماية المبادئ والأسس الجوهرية التي يقوم عليها النظام العام.

والتساؤل الذي يثار في هذا الصدد، هل يتم استبعاد القانون الأجنبي المختار كلياً وبجميع أحكامه، أم يقتصر الأثر على استبعاد الجزئية التي تتعارض مع النظام العام في هذا القانون؟ ولإجابة عن هذا التساؤل فقد انقسم الفقه إلى اتجاهين:

#### الاتجاه الأول: استبعاد الجزء المخالف للنظام العام

ذهب الفقه ولاسيما الفقه الألماني إلى أنّ تطبيق اداة النظام العام يجب ان تؤدي إلى استبعاد القاعدة أو الجزء المخالف للمبادئ الاساسية لدولة القاضي، متأثر بما اقرته محكمه الرايخ Reichsgericht في ١٩ ديسمبر ١٩٢٢ فيما يتعلق باستبعاد قاعدة عدم تقادم الديون الواردة في القانون السويسري، القانون الواجب التطبيق وتطبيق قاعدة التقادم بمضي عشر سنوات، وكذلك أيد القانون البرتغالي هذا الاتجاه في المادة (٢٢) من القانون المدني، التي قضت على أنه لا يجوز استبعاد القاضي تطبيق القانون الاجنبي وتطبيق قانونه الوطني، بعد أن يطبق الجزء غير مخالف من قانون الأجنبي ذاته<sup>(١)</sup>، وكذلك أخذ به المشرع المصري في المادة (٢٨) من القانون المدني.

ويستند أصحاب هذا الاتجاه الى مجموعة من الحجج، من أهمها:

- يجب استخدام الأثر الاستبعادي للنظام العام بحذر شديد وبصورة استثنائية، فلا ينبغي استخدامه الا بحدود ما يمس القانون الاجنبي المبادئ الاساسية لدولة القاضي ويبقى ما دونه محكوم بقواعد القانون الأجنبي، لأن القانون الاخير ليست جميع أحكامه تتعارض مع النظام العام، فمن غير المقبول أن يرتب النظام العام آثار غير تلك التي تطلبها حماية الاسس الجوهرية للقانون القاضي<sup>(٢)</sup>.

(١) وايضا من التشريعات الاجنبية التي اخذت بهذا الاتجاه المشرع النمساوي والذي جاء في المادة (٢/٦) من مجموعة القواعد القانون الدولي الخاص، والتي تقرر بأنه لا يجوز تطبيق القانون الاجنبي اذ كانت نتيجة تتعارض مع القيم الاساسية لنظام القانوني النمساوي، د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، الطبعة الاولى، بدون دار، ٢٠٠٦، ص ١٣٧ و١٣٨.

(٢) ختام عبد الحسن، موانع تطبيق القانون الاجنبي، مجلة الكلية الاسلامية الجامعية، العدد ٦، ٢٠٠٩، ص ٢٨٧.

• أن استبعاد القاضي القانون الأجنبي كلياً قد يؤدي إلى نتائج غير مقبول لدى أطراف العلاقة لأن القانون الأجنبي عندما اختارته الأطراف قد يكون أكثر ملاءمة لحكم علاقاتهم التعاقدية لذا يجب على القاضي أن يطبق قانونه الوطني محل الجزء المخالف فقط<sup>(١)</sup>.

غير أنه في بعض المسائل يصعب على القاضي تطبيق القانون الأجنبي المختار أو استبعاد الجزء المخالف منه، لعدم إمكانية فصل هذا الجزء لارتباطه الوثيق بأحكام القانون الاجنبي مما يقتضي على القاضي اللجوء إلى استبعاده كلياً، وتطبيق قانونه الوطني محله.

إذا ما طبق هذا الاتجاه على عقد الخصم الدولي، فإذا كان التعارض في ما يخص قواعد تنفيذ العقد فإن ما يستبعد هذا الجزء فقط ويطبق قانون القاضي، أما ما يتعلق بأبرام العقد أو بأطرافه يطبق قواعد القانون الأجنبي المختار.

#### الاتجاه الثاني: الاستبعاد الكلي للقانون الاجنبي

يذهب اتجاه آخر من الفقه إلى وجوب استبعاد القانون المختار كلياً، حتى وأن كان التعارض في جزء معين منه، خاصة إذا كان هذا الجزء يرتبط بالقانون ارتباطاً وثيقاً كما بينا سابقاً بحيث يصعب على القاضي فصله، والعمل ببقية أحكام القانون الأجنبي أي لا يجوز تطبيق قواعد دون بعض وانما يتم استبعاده كلياً و إحلال محله قانون القاضي<sup>(٢)</sup>، ويبرر أصحاب هذا الاتجاه موقفهم بما يلي:

• أن الأطراف عندما يختارون قانوناً واحداً يحكم عقدهم، فإنهم يقصدون تطبيق جميع أحكام هذا القانون وأن تطبيق بعض الأحكام دون الآخر قد لا تلائم رغبة أطراف العقد<sup>(٣)</sup>.

• أن القانون الاجنبي المختص يجب أن تطبق جميع أحكامه كوحدة واحدة، وأن تطبيقه بصورة جزئية يؤدي إلى فسخ القانون الأجنبي وهذا أمر مخالف لإرادة المشرع الذي وضعه<sup>(٤)</sup>.

(١) محمد صالح ملفي، المصدر السابق، ص ٩٧.

(٢) د. يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٢٣٦.

(٣) جهاد محمد الجراح، تعطيل أثر قاعدة الاسناد في تطبيق القانون الاجنبي اعمالا للدفع بالنظام العام في القانون الاردني، مجلد ١٢، العدد ٤، جامعة مؤتة، ٢٠٢٠، ص ٣٣٤.

(٤) سعيدة حمومة، المصدر السابق، ص ٦٤.

وخلاصة القول مما سبق أن تجزء القانون الأجنبي المختص أمر غير مقبول سواء لدى المشرع الوطني الذي وضع قاعدة الإسناد الوطنية، وحتى المشرع الأجنبي الذي تحدده قانونه ليطبق على النزاع المطروح، لذلك يجب أن يتم استبعاد القانون كلياً.

عند تطبيق هذا الاتجاه على عقد الخصم الدولي محل البحث، فيجب أن يتم استبعاد تطبيق القانون الذي اختاره المستفيد والمصرف كلياً، حتى وأن كان يتعارض جزئياً مع قانون القاضي، فمن غير مقبول تطبيق جزء دون الجزء الآخر.

### ثانياً: الأثر الإيجابي (تطبيق قانون القاضي)

بيننا سابقاً أن في حالة تعارض تطبيق القانون الأجنبي مع النظام العام في دولة القاضي فإنه يجب أن يتم استبعاد تطبيق أحكام ذلك القانون وهذا هو الأثر السلبي، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا عن ماهية القانون الذي سيحل محل القانون الأجنبي المستبعد على النزاع المطروح امام القاضي؟ للإجابة عن هذا السؤال عدة اتجاهات:

**الاتجاه الأول:** يمثل هذا الاتجاه الفقه الألماني، والذي يرى إلى عدم تطبيق قانون القاضي وإنما البحث عن قواعد آخر في القانون الاجنبي نفسه تحل محل القاعدة المستبعدة، وهذا الاتجاه انتقد بحجة أن نصوص القانون مقارنة ومماثلة للنصوص المخالفة للنظام العام دائماً<sup>(١)</sup>.

**الاتجاه الثاني:** يرى وجوب البحث عن قانون لصالح الطرف الضعيف في النزاع، ليحل محل القانون الاجنبي وهذا الاتجاه أيضاً تعرض للانتقاد، لأن من الصعب على القاضي أن يعرف الطرف الضعيف في العلاقة قبل تطبيق القانون المختص.

**الاتجاه الثالث:** وهو الاتجاه الراجح والذي أخذت به غالبية التشريعات الوطنية، وهو تطبيق قانون القاضي محل القانون الأجنبي، في جميع الفروض سواء أكان استبعاد القانون كلياً أو جزئياً وهذا افضل الحلول ويتلاءم مع طبيعة النظام العام، وعلى الرغم أن هذا الاتجاه كذلك انتقد، لأنه يؤدي إلى اهدار المصالح الدولية الخاصة، لأن قانون القاضي قد لا يكون ملائم للعلاقة محل النزاع وهذا ما جعل أطراف

(١) د. دغيش احمد، الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الاجنبي في الجزائر، مجلة البحوث والدراسات العلمية، مجلد ٨، العدد ٨، الجزائر، ٢٠١٤، ص ٣٨٣.

العلاقة يختارون قانوناً آخر، غير أنه يعد اسلم الحلول فالقاضي يطبق قانونه كمبدأ عام وأن يراعي بقية أحكام القانون الأجنبي المستبعدة جزئياً قدر الامكان وأن القاضي يكون أعلم من غيره بقانون بلده<sup>(١)</sup>.

تطبيق قانون القاضي باسم النظام العام يجب الا يتم الا ضمن الحدود التي يستبعد فيها القانون الأجنبي الواجب تطبيقه، فإذا كان القانون المختار في عقد الخصم الدولي مخالفاً في جزء معين للنظام العام فيجب استبعاد هذه الجزئية فحسب، و يطبق القاضي قانونه ضمن الجزئية التي استبعد فيها هذا قانون بحيث يشترك قانون القاضي في هذه الحالة مع القانون الأجنبي في حكم النزاع، أما إذا كان الاستبعاد كلياً فيستقل قانون القاضي عندها<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثاني

### القواعد ذات التطبيق المباشر

أن الأصل خضوع عقد خصم الدولي لقانون الذي اتجهت إليه إرادة المستفيد والخصم استناداً لمبدأ سلطان الإرادة، ولكن نتيجة تدخل التشريعي في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية فقد انحسر هذا المبدأ، ولاسيما بعد سن قواعد الداخلية التي لا تحتاج في تطبيقها إلى القواعد التنازع التقليدي، نظراً لمنحها المشرع الصفة الأمرة فقد تدخلت في تنظيم كافة الروابط العقدية بما فيها عقد خصم الدولي وهكذا ظهرت القواعد ذات التطبيق المباشر كعلاج لمغالاة قانون الإرادة ومنع الإفلات من الأحكام الأمرة<sup>(٣)</sup>.

ووفق ما ذكرنا نجد أن قواعد ذات التطبيق المباشر تعد من القواعد التي تتضمن قيوداً على حرية المستفيد والخصم في إبرام العقد أو تنفيذه، وإحساس القاضي بأن القواعد الأمرة التي تنتمي إلى قانونه أو قانون دولة أجنبية قد وصلت لمرحلة لا تقبل مزاحمة قانون أخرى مما يؤدي إلى استبعاد قانون العقد المختار في مسائل العقد كافة التي تدخل في نطاق سريانها ومن هذا منطلق تنور عدة تساؤلات حول مفهوم هذه القواعد المذكوره؟ وما المعايير التي يحددها القاضي من أجل الوصل لتحديد تلك القواعد؟ وماهي أعمال تلك القواعد في استبعاد قانون المختار من قبل أطراف العلاقة محل النزاع؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال هذا المطلب.

(١) د. سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام واثره، المصدر السابق، ص ٩٧.

(٢) د. يوسف البستاني، المصدر السابق، ص ٢٣٩.

(٣) محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص ١٦٩.

## الفرع الأول

### مفهوم القواعد ذات التطبيق المباشر

نتج عما ذكرنا سلف الإقرار بوجود تلك القواعد التي تتولى بذاتها تحديد نطاق سريانها والتي اتفق الفقه على تسميتها بالقواعد التطبيقية الضرورية<sup>(١)</sup>، بالرغم ان بعض الفقه يرى أن هذه القواعد تقترب من مفهوم النظام العام<sup>(٢)</sup>، حتى أن بعضهم يدخلها ضمنا تحت هذه التسمية الاخيرة، وعليه سنتطرق في هذا الفرع عن مفهوم القواعد التطبيقية المباشر في الفقرة الاولى ومن ثم بيان معايير تحديد تلك القواعد في الفقرة الثانية

#### الفقرة الأولى: فكرة القواعد ذات التطبيق المباشر

بالنظر إلى توسع تدخل الدولة لم يكن أمام المشرع إلا منح القواعد التشريعية الصفة الامرة والتي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها، في كافة المجالات الاقتصادية أو الاجتماعية، وقد ظهرت مفاهيم جديد صاحبة هذه القواعد الأمرة، فقد ظهرت فكره النظام العام الاجتماعي والاقتصادي الى جانب

(١) وقد ثار الخلاف بين الفقهاء حول تسمية المناسبة لتلك القواعد , فقد ذهب الاتجاه الاول ومنهم الفقيه بوييه الى اطلاق اصطلاح قوانين البوليس والامن على كل قواعد المرتبطة بمصلحة العامة, وقد حرص المشرع الفرنسي على استخدام هذا المصطلح في المادة(٣) من القانون المدني، اما الاتجاه الثاني وفي مقدمتهم الفقيه فرنسكاكيس فقد استعاض بمصطلح اخر وهو القواعد فورية التطبيق بحجة ان هذا الاصطلاح يحقق مزايا اكثر لا تتوفر في تعبير قواعد البوليس والامن وانه يعالج القصور في نص المادة(٣) من القانون المدني الفرنسي، وفي ظل الانتقادات التي توجهت للاتجاهين السابقين ظهر اتجاه ثالث، والذي أخذ بتعبير قوانين النظام العام، كما يرى الفقيه فاليري بأن قوانين البوليس ليست الا من قوانين النظام العام الاقليمي التي تهدف الى حماية السيادة الاقليمية لدولة التي تسري فيه، كما اخذت بذات التعبير القضاء في معظم احكامها، اما الاتجاه الراجح والمختار من قبل غالبية الفقه ومنهم الفقه الايطالي هو استعمال اصطلاح القواعد ذات التطبيق الضرورية على تلك القواعد التي لازمت تدخل المشرع في مجالات الحياة كافة والتي يكون غرضها حماية الاسس القائم عليها كيان الدولة، للمزيد من التفاصيل انظر المصدر د. احمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضرورية في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد ٤٠، مصر، ٢٩٨٤، ص ٢٣٩.

(٢) حيث يصفها البعض بأنها "بأنها القوانين المتعلقة بالنظام العام غير ان هناك فروقات بين الفكرتين فوظيفته النظام العام تتحقق بعد اعمال قاعدة الاسناد بينما وظيفة قواعد لتطبيق الضرورية تكون اسبق في التطبيق على قاعده الاسناد، وايضا اختلافها في الدور الذي يمارسه حيث ان النظام العام يمارس دور علاجيا في استبعاد قواعد المخالفة بينما قواعد التطبيق تمارس دوراً وقائياً يتمثل في استبعاد القانون الاجنبي كلياً، وكذلك هناك فروقات في مجال طريقه اعمال كل منهما والاثر المترتب على تلك الاعمال للمزيد من التفاصيل انظر المصدر، د. محمد خيرى كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين" دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٢ ص ١١٧.

فكره النظام العام السائدة آنذاك وتهدف هذه الأفكار إلى ترسيخ الصفة الآمرة للقواعد التي يسنها المشرع في تلك المجالات المذكورة<sup>(١)</sup>.

وقد وردت عدة تعاريف بشأن القواعد التطبيق المباشر، والتعريف الذي ورد بصفة عامة هو أنها "مجموعة من القواعد الموضوعية المحددة التي توجد في قانون دولة القاضي والتي يتعين تطبيقها على كل العلاقات القانونية المرتبطة أي الوثيقة الصلة مع هذا القانون، بغض النظر عما تقضي به أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق عليها أصلاً بناء قاعدة الاسناد المعمول بها في قانون دولة القاضي"<sup>(٢)</sup>.

أنّ الأصل هو اقتصار وظيفة القاضي المحاكم الوطنية والمختصة بنظر المنازعة ذات الصفة الأجنبية على تطبيق القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف أو قاعدة التنازع الموجودة في قانونه، ويستوي في ذلك أن يكون هذا القانون المختص أما قانونه الوطني أو قانونا اجنبي ذات صلة بالنزاع المطروح أمامه، فمشكلة التنازع بين القوانين هي تعين فقط القانون الصالح للتطبيق من بين القوانين المتنازعة، أو الأخذ بالقانون الذي حدده المتعاقد من دون تحليل مضمون ذلك القانون، أو البحث عن الغرض من وراء هذا الاختيار<sup>(٣)</sup>، وهكذا ارتبط ظهور ما يسمى بقواعد ذات التطبيق المباشر ببروز تدخل الدولة في مجال أنشطة الحياة وكان الهدف من وراء ذلك هو حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وتحقيقاً للصالح العام في العلاقات الدولية الخاصة<sup>(٤)</sup>، وينطلق مفهوم قواعد ذات التطبيق المباشر من فكرة أساسية مفادها هو وجود طائفة من القواعد ذات الصبغة الموضوعية في قانون القاضي تتطلب تطبيقها ضرورياً ومباشراً على الحالات التي تدخل في نطاق سريانها، والمحددة من قبل المشرع الوطني سواء نص عليها بشكل صريح أو ضمني، بغض النظر عن انتمائها للقانون العام أو للقانون

(١) وايضا من التشريعات الاجنبية التي اخذت بهذا الاتجاه المشرع النمساوي والذي جاء في المادة (٢١٦) من مجموعة القواعد القانون الدولي الخاص، والتي تقرر بأنه لا يجوز تطبيق القانون الاجنبي اذ كانت نتيجة تتعارض مع القيم الاساسية لنظام القانوني النمساوي، د. صلاح الدين جمال الدين، المصدر السابق، ص ٣٧ وما بعدها.

(٢) لينده بلاش، دور القواعد ذات التطبيق الضروري: بني الزامية قواعد الاسناد والتخفيض من مرتبته، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد ١٠، الجزائر، ٢٠١٩، ص ٥٠٢.

(٣) د. بليغ حمدي الخياط، منهجية القواعد الوطنية الامرة بني النظرية والتطبيق، مجلة كلية الشريعة والقانون، مجلد ٢، العدد ٣٦، المغرب، ٢٠٢١، ص ١١٨٤.

(٤) د. بشار قيس محمد و د. صلاح عجمي جميل، تحديات اعمال قوانين البوليس الاجنبية، مجلة الجامعة العراقية، مجلد ٢، العدد ٤٦، ص ٣٩٣.



الخاص<sup>(١)</sup>، ومهما كانت طبيعة تلك العلاقات التي تدخل في مجال سريانها، داخلية أم دولية ومن الواضح أنّ قوانين التطبيق الضرورية محل الدراسة هي قوانين وطنية من حيث الهدف والمنشأ، وفي الغالب تكون قواعدها تشريعية<sup>(٢)</sup>.

وقد كرسّت الاتفاقيات الدولية الجماعية التي أخذت بتطبيق قواعد التطبيق المباشرة، وسمحت لقاضي الدول التي يعرض عليه النزاع ان يعطي الأولوية لتطبيق القواعد الأمرة والتي تنتمي إلى قانونه، بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق الذي اختاره أطراف العقد، وسوف نبين ما نصت عليه تلك الاتفاقيات والتشريعات المقارنة في الفرع الثاني من هذا المطلب.

### الفقرة الثانية: معايير القواعد ذات التطبيق المباشر

اختلف الفقه حول المعايير التي يمكن بمقتضاها تمييز القواعد التطبيق المباشر عن غيره من القواعد القانونية السائدة في النظم القانونية المختلفة، أو بمعنى آخر المعايير التي تشخص وجود تلك القواعد من عدمه. فقد اتخذ بعضهم من وجود التحديد التشريعي الإشارة الصريحة لنطاق تطبيق القواعد المباشر، وهو ما يسمى بالمعيار الشكلي، أما بعضهم الآخر فيستند إلى معايير الفنية المألوفة في القانون الدولي الخاص كنقطة للكشف عن وجود هذه القواعد، ويتجه فريق آخر لتكيف هذه القواعد من خلال المعيار الغائي، ويميل آخرون إلى الأخذ بمعايير أخرى مختلفة كمعيار تنظيم الحكومي وغيره<sup>(٣)</sup>، واستنادا لما تقدم يتطلب منا التصدي لدراسة هذه المعايير المختلفة.

### أولاً: المعيار الشكلي

إنّ قواعد التطبيق المباشر يتم إعمالها مباشرة على العلاقة الدولية محل النزاع بناء على إرادة مشرعيها سواء أكانت هذه الإرادة صريحة أو إرادة ضمنية يتوصل إليها القاضي من مضمون القاعدة ونطاقها، أي أنّ القاضي يطبق قواعده الأمرة على عقد الخصم الدولي حتى وأن لم يحددها الأطراف، أما إذا لم يكفي لعد تلك القواعد من القواعد المباشرة ان يكون المشرع قد أراد إعمالها بصورة صريحة،

(١) صالح رياض شلبي، مناهج القانون الدولي الخاص في تسوية المنازعات الدولية (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠١٧، ص ٣٢٢.

(٢) محمد بلاق، منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في اطار العلاقات الخاصة الدولية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، مجلد ٧، العدد ١، ٢٠٢١، ص ٢٤١.

(٣) محمد بلاق، المصدر السابق، ص ٢٤٢.

لكثرة التوسع هذا الاخير في نطاق تطبيقها غير أنّ جانب من الفقه قد ذهب إلى عدّها من قواعد المباشرة فيما لو حرص المشرع على تحديد نطاقها المكاني على نحو صريح<sup>(١)</sup>، وقد انتقد بعض الفقه هذا المعيار على أساس أنّه لا يمنح القاعدة القانونية صفة القواعد التطبيق المباشرة مالم يحدد المشرع صراحةً نطاق تطبيقها، وهذا الأمر قد يخالف ما قصده المشرع من هذا التحديد.

### ثانياً: المعيار الغائي

يعد من أقدم المعايير التي استخدمت في تشخيص القواعد المباشرة، وينظر هذا المعيار إلى الهدف أو الغاية التي يسعى القانون إلى تحقيقها، فيرى بعض الفقه وفي مقدمتهم الفقيه انطوان بيليه بأن القانون الداخلي يتميز بوصفين فيتمثل الأول بوصف الدوام والذي يعني انه يطبق باستمرار دون انقطاع على كافة المخاطبين بأحكامه، ويحتفظ هذا الوصف بذات الخصيصة فيما لو نقل إلى القانون الدولي حيث يذهب الفقه إلى امكانية تطبيق القواعد القانونية الوطنية في خارج اقليم الدولة التي سنتها وذلك من قبل القاضي الوطني على الوقائع التي حدثت في الخارج على اساس أن وصف الدوام يقابل في التنازع اصطلاح الامتداد خارج حدود الدولة، أو بالإمكان تطبيقها من قبل قاضي أجنبي على الوقائع التي حدثت في اقليم الدولة الصادر عنها<sup>(٢)</sup>.

اما الوصف الثاني فهو العمومية والذي يعني بأنه يطبق على جميع الاشخاص والاموال الموجودة في اقليم الدولة وهو يقابل في القانون الدولي الخاص مصطلح الاقليمية بمعنى ان القانون يطبق على كافة الاشخاص الكائنين داخل اقليم الدولة من دون التمييز بين الوطنيين والاجانب ولكن لا سلطان لتلك القواعد خارج حدود الدولة، وتعد فكرة القوانين السياسية من ابرز صور المعيار الغائي على اساس ان تلك القوانين هي ما يجب تطبيقها دائماً لما فيه من مصلحة للدولة، ومن ثم لا يمكن ان تكون تلك قوانين عملاً لتطبيق قواعد الاسناد اذ يجب تطبيقها على سائر الاشخاص وعلى كل التصرفات وعلى مختلف العلاقات القانونية، ويتجه بعض الفقه إلى القول بأن القوانين السياسية هي التي تشكل استثناء على قواعد ومبادئ القانون لصالح الدولة<sup>(٣)</sup>.

(١) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص ٢٠٠.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامه، المصدر السابق، ص ١٦٣.

(٣) صادق زغير محيسن حسين، القواعد ذات التطبيق المباشر في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة البصرة، كلية القانون، ١٩٩٧، ص ١٣٧.

غير أن استخدام معيار الغائي لتشخيص وتحديد القواعد التطبيقية المباشرة لم يسلم من الانتقادات فيذهب الفقه إلى أنّ مسألة التمييز بين المصالح العامة والخاصة أصبح من الصعب التوصل إليها لاسيما بعد زيادة تدخل المشرع في تنظيم العلاقات العقدية<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: المعايير الفنية.

ذهب القضاء الفرنسي إلى استخدام بعض الأفكار التقليدية المعروفة في القانون الدولي الخاص مثل فكرة الإقليمية و فكرة النظام العام كمعيار للكشف عن قواعد التطبيق المباشر.

#### ١ - معيار الإقليمية

يعد القضاء الفرنسي الأحكام التي تكون ذات طبيعة اقليمية، وهي من القواعد التطبيقية المباشرة حيث يتم تطبيقها على الحالات كافة، التي تدخل في نطاقها الاقليمي من غير الحاجة إلى اشارة قواعد الاسناد التقليدية وباعتبار أنّ هذه القواعد تتميز بطابع اقليمي لذا فإن معيار الإقليمية يصلح لتحديد هذه القواعد، غير أنّ الفقه المعاصر قد انتقد هذه الفكرة كمعيار للكشف عن قواعد التطبيق المباشر، لأنّها فكرة يسودها الغموض ومن الصعب تفسير هذه القواعد الغامضة وتحليلها في ضوء فكرة أكثر غموضاً<sup>(٢)</sup>، وكذلك فإن أنصار هذه الفكرة لم يحددوا نقطة اتصال يمكن عبرها الكشف عن طابع المباشر في التطبيق الذي تتصف به هذه القواعد ورغم أنّ هؤلاء يرفضون وصف قواعد التطبيق المباشر بقوانين اقليمية أي يرفضون اعتبار فكرة الإقليمية الأساس الوحيد لتحديد هذه القواعد، غير أنّ استاذ "لوسوران وبوريل" يرى ان الكثير من المعيار التي استخدمت للكشف عن هذه القواعد هي معايير ذات طبيعة اقليمية ومن ذلك محل اقامة الشخص في الدولة، أو إبرام التصرف في هذه الدولة أو وجود المال فيها<sup>(٣)</sup>.

ومع كل ما تقدم فإنه يصعب الكشف عن قواعد التطبيق المباشرة عن طريق فكرة الإقليمية، لذلك لجأ القضاء الى البحث عن معيار أخرى وهو معيار النظام العام.

(١) د. احمد عبد الكريم سلامه، المصدر السابق، ص ١٦٣ و ص ١٦٤.

(٢) د. محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٣، ص ٧٥.

(٣) احمد قسنت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مجلد ٤، العدد ١، ١٩٨٢، ص ٢٤.

## ٢- معيار النظام العام

يفسر جانب من الفقه والقضاء القواعد ذات التطبيق المباشر، ضمن فكر النظام العام على أساس ان القواعد الاقليمية التي تطبق مباشرةً دون حاجة لإشارة إليها من قبل قاعدة الاسناد التقليدية، هي بالأصل قواعد أمره تتعلق بالنظام العام، كما يرى انصار هذا المعيار عدم ضرورة وجود صلة رابطة أو صلة بين النزاع القائم والاقليم، عند تطبيق هذه القواعد بل يكفي ان يقف القاضي على الأهداف الاقتصادية والاجتماعية، التي ترتبط بالنظام العام وعلى هذا الأساس أخذ القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه بمعيار النظام العام لتطبيق الضروري للقواعد الآمرة في قانونه بالرغم من اختصاص قانون آخر سواء اختاره الافراد أو أشارت إليه قاعدة الاسناد<sup>(١)</sup>.

نجد أنّ تطبيق القواعد ذات التطبيق المباشر على أساس فكره النظام العام يؤدي بنا إلى الخلط بين هذه القواعد التي تستند الى معيار النظام العام وبين الدفع بالنظام العام، صحيح ان كل منهما يسعى إلى حماية المبادئ الجوهرية في دولة القاضي، غير انهما يختلفان من حيث طريقة عمل كل واحد منهما، والتوقيت الذي يلجا فيه القاضي لتطبيقها فمن جهة أن القواعد ذات التطبيق المباشر تطبق مباشرةً دون الحاجة للقاعدة الاسناد بينما نجد ان الدفع بالنظام العام لا يطبق الا إذا أشارت قاعدة الاسناد الى تطبيق قانون اجنبي وتبين للقاضي أن هذا القانون يتعارض مع نظامه القانوني، ومن ناحية أخرى القواعد ذات التطبيق المباشر تطبق قبل أعمال قاعدة الاسناد على عكس الدفع بالنظام العام بعد اعمال تلك القاعدة<sup>(٢)</sup>.

كما ان استخدام فكرة النظام العام للكشف عن القواعد التطبيق الضروري، يؤدي إلى توسعة غير عادية لمجالات التي يدخل النظام العام فيها لتعين القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية الدولية الخاصة، وهذا الأمر يتعارض مع المفهوم السائد للنظام العام في الفكر القانوني والذي يعد دفع بالنظام العام مجرد دفعاً استثنائياً يلزم التقيد في استعماله بصورة تلائم أهداف القانون الدولي الخاص في تحقيق التعايش بين الأنظمة القانونية المختلفة<sup>(٣)</sup>، وبهذا أصبح من الصعب الأرتكاز على فكرة النظام العام لتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري ما دفع بالفقهاء البحث عن معايير أخرى.

(١) علاء حسين علي شبع، مدى إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في عقود التجارة الدولية: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة آداب ذي قار، مجلد ٢١، العدد ٢١، ٢٠١٧، ص ٣٣٢.

(٢) د. محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، المصدر السابق، ص ٧٩ و ٨٠.

(٣) احمد قسمت الجداوي، المصدر السابق، ص ٤٧.

## رابعاً: معيار التنظيم الحكومي

يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار القانون ضرورياً للتطبيق إذا كان احترامه ضرورياً لحماية التنظيم السياسي والاقتصادي والاجتماعي لدولة، وان قله تلك القوانين حسب ما ذهب إليه الفقيه (فرنسكاكيس) إنما يرجع إلى قلة تطور تنظيم الحكومي، ولكن ازدادت تلك القواعد بعد تطور ونمو هذا التنظيم والذي ادرج تحت ما يسمى (بقوانين النظام العام)، والذي احتل مكانة بارزة بما يتفق مع غرض الدولة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، والتي تسعى الدولة إلى تحقيقها من خلال مؤسساتها التي يشملها ها النمو.

ووفق ما تقدم نصل إلى نتيجة مفادها أنّ أي قاعدة تدخل في تنظيم مرفق عام أو سلطة عامة فأننا نكون بصدد قاعدة من القواعد ذات التطبيق المباشر، ومن ثم من الضرورة احترامها لحماية ذلك التنظيم، وعلى اعتبار ان فكرة التنظيم لا تعني بالمصالح الفردية فحسب أو مصالح الجماعة وإنما تشمل كل المصالح التي يحملها التنظيم على عاتقه<sup>(١)</sup>.

وانتقد هذا المعيار بحجة انه يوسع نطاق تلك القوانين ليشمل القوانين كافة بما فيه قوانين القانون العام كالإداري والجنائي، إلى جانب قواعد القانون الخاص كما أن هذا المعيار عبارة عن فكرة غامضة وغير محددة.

## خامساً: المعيار العقلاني

يرى بعض الفقه أن الصلة العقلانية التي تربط مضمون قواعد التطبيق المباشر وأهدافه بنطاق تطبيقها من أهم ما تتميز به هذه القواعد، لذا فهي تصلح أن تكون معياراً يعتد به للكشف عن طبيعة تلك القواعد بوصفها من القواعد ذات التطبيق الضروري وبخلاف المعايير المقترحة كافة على أساس أنها لا تصلح لتحديد قواعد التطبيق الضروري وبالرغم من ان الفقيه MAYER قد أشار إلى هذه الصلة العقلانية، عندما وضع تعريف للقواعد التطبيق المباشر الا أنه لم يتوصل إلى اعتبارها معياراً لتعين عن

(١) صادق زغير، المصدر السابق، ص ٣٨ وما بعدها.

هذه القواعد بحجة أن تعريف هذه القواعد في حد ذاته هو تعريف وصفي لا يؤدي إلى يكشف عن الاسباب الداعية إلى ضرورة تطبيقها على غير طريق قواعد الاسناد<sup>(١)</sup>.

لقد كان هذا المعيار محلاً لنقد بعض الفقه، على أساس أنّ الصلة بين مضمون هذه القواعد ونطاق تطبيقها هي مسألة ثانوية ترتبط بمسألة اساسية، هي النظر إلى هل هذه القاعدة مباشرة التطبيق او لا؟ حيث يعتقد بعضهم أنّ هذه القواعد قد لا تكون ضرورية التطبيق بالرغم من وجود هذه الصلة، ومن ثم يصبح تطبيق هذا المعيار من دون فائدة فلماذا تطبق قاعدة تطبيقها ليس ضرورياً، استناداً إلى مجرد وجود صلة بين مضمونها ونطاق سريانها<sup>(٢)</sup>.

ويبقى التساؤل هل يمكن الكشف عن تطبيق القواعد ذات التطبيق المباشر في عقد الخصم الدولي بالاستعانة بالمعايير المتقدمة؟ أو اللجوء إلى الاستعانة بقاعدة الإسناد التقليدية لتحديد حالات تطبيق هذه القواعد وهذا ما سنحاول الإجابة عنه في الفرع الثاني والذي نتعرض فيه لإعمال القواعد ذات التطبيق المباشر.

## الفرع الثاني

### إعمال القواعد ذات التطبيق المباشر

يخضع الفقه عقد الخصم الدولي لقانون الإرادة، ولكن أدرك أن منح الاطراف مثل هذه الحرية ستفسح المجال لإفلاتهم من القواعد الامرة الموجودة في القوانين الوطنية للدول الأخرى المتصلة بالعقد اتصالاً وثيقاً ونظراً لخطورة ذلك الامر ذهب الفقه إلى اعتماد على طريقة تمنع من تهرب من القواعد الأمرة، وهي اعطاء القاضي حق تقييد هذه الحرية من خلال استخدام سلطته في التطبيق المباشر لقواعد الضرورية في القوانين المتصلة بعقد الخصم الدولي، ولغرض حماية الطرف الضعيف في هذا العقد ومما يعني ان للقاضي السلطة التقديرية في استبعاد القانون الواجب التطبيق كلما تبين له ذلك، ويتم ذلك طريق قيامه بتحليل نصوص القواعد التي تنتمي إليها لغرض معرفة أهدافها والبحث عن مدى إرادتها في التطبيق<sup>(٣)</sup>، فإن تبين له ذلك، ومن ثم أصبح إعمال القواعد ذات التطبيق المباشر واستبعاد القانون الذي اتجهت إليه الإرادة، لم يعد هناك جدال فقهي فيما إذا كانت هذه المخالفة تمس حقا القواعد

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص ٦٨٨.

(٢) د. محمود محمد ياقوت، قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، المصدر السابق، ص ١٠٠.

(٣) نفس المصدر، ص ١٠٥ وما بعدها.

الامرة في دولة القاضي، وبناءً على ما تقدم سوف نقسم هذا الفرع الى فقرتين (الفقرة الأولى) نبين فيها إعمال القواعد ذات التطبيق المباشر، وفي (الفقرة الثانية) نبين فيها التنازع الحاصل بين القواعد ذات التطبيق المباشر.

### الفقرة الأولى: إعمال القواعد ذات التطبيق المباشر من قبل القاضي الوطني.

أنّ اعمال قواعد ذات التطبيق المباشر من قبل القاضي النزاع، تتطلب ضرورة التفرقة بين قواعد ذات التطبيق الوطنية، والقواعد ذات التطبيق الأجنبية سواء تلك المقررة بموجب قواعد الاسناد أو تلك التي تريد الانطباق.

### أولاً: أعمال القواعد ذات التطبيق المباشر الوطنية

يلتزم القاضي بتطبيق أعمال القواعد ذات التطبيق المباشر المنصوص عليها في قانونه الوطني وان التطبيق المباشر لتلك القواعد لا يتم إلا إذا حدد المشرع نطاق سريانها واتصالها بعقد الخصم الدولي، فمن خلال هذه الصلة يتخذ المشرع هذه القاعدة كضابط اسناد الذي يعمل لصالح القاعدة المباشرة، حتى وأن لم يكن فيها جزء من ذلك العقد ويترتب على إعمال تلك القواعد تجزئة العقد الخاضع لقانون الواجب التطبيق عليه الذي اختارته إرادة أطراف عقد الخصم الدولي، ما عدا اجزاء العقد التي تدخل في نطاق سريان قواعد ذات التطبيق المباشر لدول أخرى، ويؤكد الفقه على أن تخويل القاضي الحق في تجزئة العلاقة العقدية ما هو الا احتراماً لسيادة القانون<sup>(١)</sup>.

ويرى جانب من الفقه أن العقد الدولي لا يتكون في فراغ، وإنما يتم إبرامه في دولة وتنفيذه أو الوفاء في دولة أخرى وفي كل دولة سواء دولة الإبرام أو تنفيذ قواعد التطبيق المباشر التي لا يمكن للمتعاقدين الإفلات من أحكامها، والتي في الغالب تتصل بمصالح الدولة والتي تفرض وجوب احترامها ويستحيل على القاضي ان يعفى من مراعاتها<sup>(٢)</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القاضي المعروض أمامه النزاع، هو من يحدد ما إذا كانت هناك قواعد ضرورية التطبيق يلزم إعمال أحكامها على العلاقة المعروضة، وهو أمام فرض بأن هذه القواعد ضرورية التطبيق وطنية صادرة عن مشرع الدولة التي ينتمي إليها القاضي نفسه، وهنا يقع عليه التزام

(١) نور حمد الحجايا، قوانين البوليس وإعمالها من قبل القاضي الوطني: دراسة في القانون الدولي الخاص الأردني، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد ١١، العدد ٢، الاردن، ٢٠١٩، ص ١٩٦.

(٢) سعيدة حمومه، المصدر السابق، ص ٨٣.

مطلق بتطبيق هذه القواعد، إذ لا يستطيع الا الإلتزام بأوامر مشرعة ومن ثم تطبيق القواعد الامرة المنظمة المعروضة أمامه، حتى وإن كان القانون الواجب التطبيق الذي اشارت إليه ارادة المتعاقدين قانوناً أجنبياً<sup>(١)</sup>، ويذهب الفقه والقضاء على أن القاضي مخول بأعمال القواعد التطبيق المباشر كافة بمجرد إحساسه بأنه هذه القواعد قد بلغت حد لا تقبل مزاحمة أي قانون أجنبي آخر، وهو ما يدعو القاضي في النهاية إلى تطبيق هذه القواعد<sup>(٢)</sup>، فأعمال هذه القواعد تعد قيد غير مباشر على الإرادة الأطراف، وقد نص على هذا المبدأ لائحة روما ١ عام ٢٠٠٨ في المادة (٧/١) والتي قضت على "عند تطبيق قانون دولة معينة بمقتضى هذا الاتفاقية، فإنه يجوز الاعتراف بالنصوص الامرة في قانون دولة اخرى ترتبط بالمركز المعروض برابطة وثيقة، وذلك فيما لو كانت هذه النصوص واجبة التطبيق بمقتضى قانون هذه الدولة، أي بغض النظر عن قانون العقد..."، وكذلك ما جاء به المشرع السويسري في نص المادة (١٨) من القانون الدولي الخاص لسنة ١٩٨٧ والتي تقضي على أن " أعمال القانون المختص المقرر بموجب قاعدة الاسناد، لا يمنع هذا القانون من تطبيق تلك الأحكام الإلزامية للقانون السويسري التي تفرض اهدافها ضرورة تطبيقها على النزاع".

فضلاً عن منح القواعد القانونية صفة القواعد التطبيق المباشر، التي تطبق على العلاقة محل النزاع المعروضة أمام القاضي الوطني، تطبق بصور مستقلة عن القانون الأجنبي المختار ولا حق للقاضي بأية حالة من الأحوال الامتناع عن تطبيق هذه القواعد بحجة اتسام العقد بالصفة الدولية، من اجل تطبيق لقانون المختار من قبل المتعاقدين وإهمال تطبيق القواعد التي تتصف بقواعد التطبيق المباشر كذلك التي تحمي الطرف الضيف في هذه العلاقة<sup>(٣)</sup>، وكثير من الدول تمنح القوانين المنظمة لعمليات المصرفية بما فيها عملية الخصم الدولي صفة قوانين التطبيق المباشر، ففي هذه الحالة يلتزم القاضي بتطبيق قانون المصرف أي قانون محل إقامة المصرف، ويؤكد جانب من الفقه إلى أن تطبيق قواعد التطبيق المباشر الوطنية مباشرة يتم على أساس المنهج الأحادي في القانون الدولي الخاص، والمقصود في هذا المقام هو الأحادية الجزئية التي لا تستبعد خلافا للأحادية العامة، منهج التنازع التقليدي بل تقف إلى جانبه لأن قواعد التطبيق المباشر لا تستبعد كلياً القانون الاجنبي المختص وانما

(١) د. محمد حسن الحسني، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر،

٢٠١٣، ص ٣٠٨.

(٢) علاء حسين علي، المصدر السابق، ص ٣٤٤.

(٣) نور حمد الحجايا، المصدر السابق، ص ١٩٧.



تستبعد ما يتعلق بالقواعد الموضوعية التي تتعارض مع القواعد ذات التطبيق المباشر الوطنية<sup>(١)</sup>، وهكذا نجد ان المنهج الاحادي الجزئي يعمل لصالح القاضي الوطني دون غير من بقية القوانين الاخرى وهو الأمر الذي يعد بمثابة العودة للوراء في القانون الدولي الخاص، خاصة بعد أن تجاوز الفقه هذه الخطوة حينما هجر المنهج الأحادي وأخذ بالمنهج المزوج<sup>(٢)</sup>، وتحقيقاً لتوازن بين قانون القاضي والقوانين الأجنبية و فقد دعا جانب من الفقه المعاصر الى ضرورة اخذ القاضي بأعمال القواعد ذات التطبيق الأجنبية.

### ثانياً: القواعد ذات التطبيق المباشر الأجنبية

إذا كان القاضي ملزم بتطبيق القواعد ذات التطبيق المباشر الوطنية، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للقواعد ذات التطبيق الأجنبية، ففي الماضي كان الرأي السائد رفض تطبيق القواعد ذات التطبيق الأجنبية على أساس أنها قواعد اقليمية بحتة، يلتزم بتطبيقها القاضي في الدولة التي وضعتها بحيث لا ينبغي تطبيقها خارج حدود هذه الدولة، كما تنها تعد من القواعد القانون العام التي ينحصر تطبيقها داخل الدولة التي اصدرتها فحسب غير أن الرأي السائد في الوقت الحاضر هو تطبيق قواعد ذات التطبيق الضروي الأجنبية بما يتماشى مع أهداف القانون الدولي الخاص والذي يسعى إلى تحقيق تعايش بين الانظمة القانونية المختلفة، كما أن تطبيق هذه القواعد من قبل القاضي الوطني سيسمح بتطبيق القواعد ذات التطبيق الوطنية من قبل الدول الأجنبية الأمر الذي يحقق التعاون بين مختلف الأنظمة القانونية الوطنية<sup>(٣)</sup>، كما أخذت بعض التشريعات المقارنة بهذا المنحى ومنها التشريع السويسري في المادة (١٣) من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧ والتي جاء فيها "أن اختصاص قانون أجنبي بموجب قواعد الاسناد المقررة في هذا القانون يتضمن القواعد التي ينطوي عليها القانون الخاص والواجبة التطبيق على النزاع كافة ولا يجوز استبعاد قاعدة أجنبية في القانون المختص لمجرد اعتبارها من قواعد القانون العام".

أنّ تطبيق القواعد ذات التطبيق الأجنبية، لا يتم بصورة تلقائية كما هو الحال بالنسبة للقواعد ذات التطبيق الوطنية، وإنما يتعين توافر عدة شروط لتطبيق هذه القواعد.

(١) محمود محمد ياقوت، قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، المصدر السابق، ص ١١١.

(٢) علاء حسين، المصدر السابق، ص ٣٤٨.

(٣) د. اشرف وفاء، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٨٩.

١- يجب لقبول تطبيق القواعد ذات التطبيق الأجنبية، ان تكون على صلة وثيقة بالنزاع القائم امام القاضي الوطني ولو لم تكن جزءاً من النظام القانوني المختص، وقد نصت على هذا الشرط كل من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٨ المختصة بالقانون الواجب التطبيق على الوساطة والتمثيل التجاري التي نصت في المادة (١٦) على: "عند تطبيق هذه الاتفاقية فإنه يجوز الاعتداد بالنصوص الأمرة لكل دولة تربطها صلة جدية بالنزاع المطروح فيما لو كانت هذه النصوص يجب تطبيقها وفقاً لقانون تلك الدولة أي كان القانون الذي يعينه قواعد التنازع فيه"<sup>(١)</sup>.

وكذلك أخذت لائحة روما ١ ٢٠٠٨ في المادة (١/٧)، بإمكانية تطبيق قواعد ذات التطبيق المباشر الأجنبية التي تكون على صلة وثيقة بالنزاع حيث تقضي على انه "عند تطبيق قانون دولة ما بموجب هذه الاتفاقية، فإنه يجوز إنفاذ القواعد اللازمة بقانون بلد آخر ترتبط بالنزاع المطروح بعلاقة وثيقة، إذا وبقدر ما يجب أن تنطبق تلك القواعد بموجب قانون البلد الأخير أي كان القانون الواجب التطبيق على العقد، وعند النظر فيما إذا سيتم تنفيذ هذه القواعد الإلزامية، يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار لطبيعتها وغرضها والنتائج المترتبة على تطبيقها أو عدم تطبيقها"<sup>(٢)</sup>.

وعلى مستوى التشريعات نجد أنّ المشرع السويسري، قد أخذ بهذا الشرط لتطبيق القواعد ذات التطبيق المباشر الأجنبية، في القانون الدولي الخاص الصادر بتاريخ ١٩٨٧ في الفقرة الثانية من الفصل ١٩ التي تقضي على انه "... يجوز أخذ في الاعتبار قاعدة إمرة في قانون غير القانون الذي يحدده هذا القانون إذا كانت العلاقة محل النزاع ذات ارتباط بهذا القانون، وعند تقرير ما إذا كان ينبغي أخذ هذا القانون في الحسبان، يجب مراعاة الغرض المقصود منها، والنتائج التي يجب تطبيقها من أجل الوصول إلى اختيار ملائم يأخذ بعين الاعتبار محتوى القانون السويسري"

(١) مصطفى القاسمي، واقع التكريس التشريعي والقضائي لقوانين البوليس والامن في القانون الدولي الخاص المغربي، مجلة الابحاث القانونية والسياسية، العدد ٢، جامعة سطيف، مارس ٢٠٢٠، ص ١٨٩.

(٢) تم تعديل هذا النص عام ٢٠٠٨ في المادة (٩/٣)

"Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application' ou de leur non-application.

٢- حتى تطبق هذه القواعد يتعين ان تكون من القواعد ذات التطبيق المباشر بالنسبة لدولة التي اصدرتها وليس لقانون القاضي فإذا كانت القاعدة تحمل طابع القواعد ذات التطبيق الضروري وطنية فلا يطبقها القاضي، لأن الأمر يتعلق بقواعد ذات التطبيق الاجنبية<sup>(١)</sup>.

وأخيراً يتعين على القاضي ان يفحص مضمون ومحتواه القواعد ذات التطبيق المباشر الأجنبية وما يترتب عليها من عواقب تطبيقها او عدم تطبيقها على النزاع المطروح وهذا الشرط يمنح القاضي سلطة تقديرية في تطبيق هذه القواعد، من خلال معاينة الأهداف التي يجب ان يأخذها بنظر الاعتبار والبحث في النتائج التي تترتب من تطبيقها ومقارنتها مع النتائج المترتبة من عدم تطبيقها<sup>(٢)</sup>.

وبالنسبة للتشريع العراقي، فلا نجد نصاً قانونياً ينص على امكانية تطبيق القواعد ذات التطبيق المباشر الأجنبية من عدمه، حتى فيما يتعلق بالأحكام القضائية، إذ كان الأجدر بالمشرع أن يصيغ نص ينظم كيفية تطبيق القاضي العراقي لهذه القواعد، إذا ما وجد أن النزاع المعروض عليه يستلزم تطبيق عليه قاعدة من القواعد ذات التطبيق المباشر الأجنبية.

وخلاصة القول أن القاضي يلتزم بتطبيق القواعد ذات التطبيق المباشر الأجنبية إذا توافرت شروط اعمالها كما وضحنا سابقاً.

وكذلك يتم استبعاد تطبيق القواعد ذات التطبيق المباشر الأجنبية، إذا كانت هذه القواعد تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي، حيث يتم استبعادها على هذا النحو سواء أكانت هذه القاعدة تنتمي الى القانون الواجب التطبيق، أو كانت لا تنتمي إلى القانون الواجب التطبيق<sup>(٣)</sup>.

### الفقرة الثانية: التنازع بين القواعد ذات التطبيق المباشر

إنّ التزام القاضي بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري، يقوم على فكرة احترام إرادة مشرعة وأن احترام تلك الإرادة في تطبيق القواعد، قد تجعل القاضي أمام أكثر من قاعدة ضرورية التطبيق تريد الانطباق على ذات المسألة محل النزاع، ويطلق الفقه على هذا التنازع بالتنازع الايجابي.

(١) د. اشرف وفاء، المصدر السابق، ص ٩٢.

(٢) مصطفى القاسمي، المصدر السابق، ص ٩١ و ٩٢.

(٣) اشرف وفاء، المصدر السابق، ص ٩٥.

ولكن الأمر مختلف في حالة اذا كان القاضي أمام فراغ تشريعي، اي عدم وجود قاعدة ضرورية التطبيق تريد الانطباق على المسألة المعروضة عليه، مما يتعين على القاضي مواجهة هذا الفراغ والعمل على وضع حل للمشكلة والا عد منكرا للعدالة، ويطلق الفقه على هذا الحالة بالتنازع السلبي.

#### أولاً: التنازع السلبي لقواعد ذات التطبيق المباشر

إذا تبين للقاضي أنّ النزاع المعروض عليه، لا يدخل في نطاق تطبيق قاعدة من القواعد ذات التطبيق المباشر، أي لا توجد قاعدة تريد الانطباق على هذا النزاع فإننا نكون أمام ما يسمى بالتنازع السلبي لقواعد ذات التطبيق المباشر، فعلى القاضي التصدي لحل هذه المشكلة بأن يرجع إلى تطبيق القانون المختص بمقتضى قاعدة الاسناد، والذي يكون اما قانون الإرادة أو قانون الاكثر صلة بالعقد عند سكوت الإرادة عن تعيين قانون العقد<sup>(١)</sup>، ويرفض شراح المدرسة الاحادية حلّ التنازع عن طريق قاعدة الاسناد المزدوجة، لذا اضطر هؤلاء إلى حل مشكلة الفراغ التشريعي الناجم عن عدم وجود قوانين تريد الانطباق على النزاع بالالتجاء إلى قانون القاضي، او القانون الذي يعتقد الأطراف أنهم خاضعين لقواعده<sup>(٢)</sup>.

أنّ حلول المنهج الاحادي لمواجهة التنازع السلبي كانت محلاً لانتقاد الفقه على أساس أنه سيمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة قد تؤدي الى نتائج غير مرضية للمتعاقدين<sup>(٣)</sup>، فإذا لم تكن هناك اي قاعدة من القواعد ذات التطبيق الضروري، تريد الانطباق على عقد الخصم الدولي يلجأ قاضي النزاع في هذه الحالة الى تطبيق قانون العقد.

إذا كان الحل الأمثل لسدّ الفراغ التشريعي في حالة التنازع السلبي لقواعد ذات التطبيق الضروري هو تطبيق قانون العقد، فهل يصلح هذا الحل لتصدي لمشكلة تنازع أكثر من قاعدة من قواعد ذات التطبيق الضروري للانطباق على عقد الخصم الدولي، هذا ما سنحاول الإجابة عنه في التنازع الإيجابي.

(١) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص ٢٦٠.  
(٢) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص ٧٧٧.  
(٣) د. محمود محمد ياقوت، قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، المصدر السابق، ص ١٨٨.

## ثانياً: التنازع الايجابي لقواعد ذات التطبيق المباشر

لا توجد صعوبة إذا ما تبين للقاضي أن هناك قاعدة وحدة من قواعد ذات التطبيق المباشر تريد الانطباق على النزاع المطروح، حيث يتعين على القاضي اعمال حكمها في هذه الحالة إذا ما كانت العلاقة محل النزاع تدخل في نطاق سريانها<sup>(١)</sup>.

وتثور المشكلة فيما لو تبين للقاضي ان اكثر من قاعدة من القواعد ذات التطبيق المباشر تريد الانطباق على عنصر واحد من عناصر العلاقة العقدية محل النزاع، ومن المفيد ان نوضح بأن القاضي يستطيع حتى في هذه الحالة أن يتجنب المشكلة، من خلال تطبيق قاعدة من القواعد ذات التطبيق المباشر تؤدي أعمالها إلى ارضاء أطراف العلاقة العقدية كافة<sup>(٢)</sup>، ويذهب غالبية الفقه في هذه الحالة الى التفرقة بين فرضين<sup>(٣)</sup>:

**الأول:-** إذا كانت أحد هذه القوانين المتنازعة تنتمي إلى قانون القاضي، في هذه الحالة من الضروري ترجيح وأعمال القواعد ذات التطبيق المباشر الوطنية، ولو كانت من بين القوانين المتنازعة لارتباط الأمر بالنظام العام في دولة القاضي.

**ثانياً:-** إذا كانت القوانين المتنازعة كلها تنتمي الى دول أجنبية، سواء أكان من بينها قانون مختص وفق قاعدة الاسناد في قانون القاضي من عدمه، كذلك اختلف الفقه في وضع الحلول لهذه الحالة.

ولعل سكوت لائحة روما ١ عن وضع حل لمشكلة التنازع بين قواعد ذات التطبيق المباشر الاجنبية يكشف عن قصدها بالرجوع إلى الموجهات العامة التي نصت عليها في مادتها السابعة، التي يتعين في ضوءها أن يتخذ القاضي قراره في شأن مدى سلامة هذه القوانين التي تمسك بها الخصوم، والتي يمكن أيضاً للقاضي من باب القياس أن يضعها في نظر الاعتبار عند المفاضلة بين هذه القوانين التي تتنازع لحكم النزاع المطروح<sup>(٤)</sup>.

قد تتنازع أكثر من قاعدة واحد من قواعد ذات التطبيق المباشر للانطباق على عقد الخصم الدولي فيجب على القاضي أن يطبق أكثر قوانين صلة أو ارتباط سواء بأطراف العقد (المصرف او

(١) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص ٢٦١.

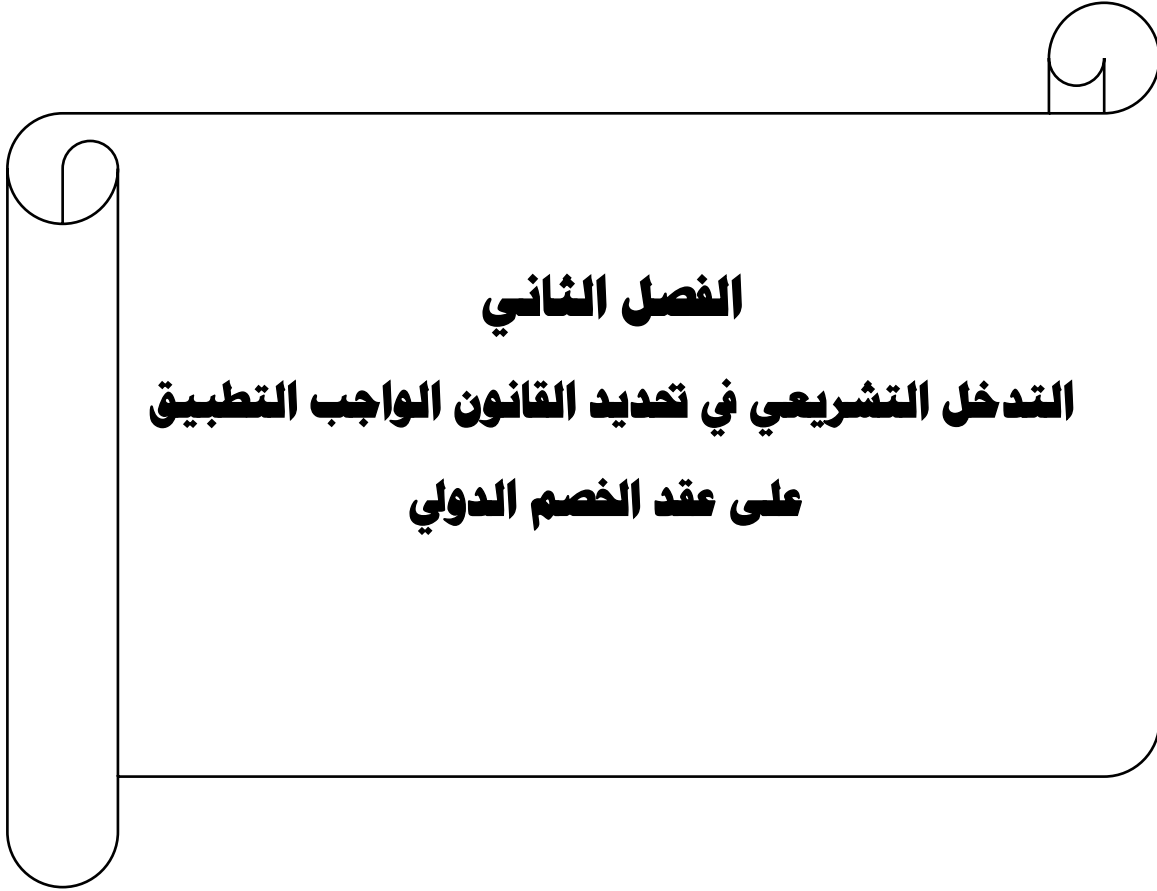
(٢) علاء حسين، المصدر السابق، ص ٣٥٨.

(٣) د. محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، المصدر السابق، ص ١٩٠.

(٤) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص ٧٨٠ وما بعدها.

المستفيد) أو يرتبط بالعقد ذاته، بما يحفظ النظام القانوني لدولة القاضي ويحقق نتائج مرضية للمتعاقدين لاسيما فيما يتعلق بقانون المرتبط بالمصرف نظرا لدور المهم لهذا الأخير في الحياة الاقتصادية، وعلى اعتبار أن نشاطه يمس مصالح جوهرية لدولته، ويرى جانب من الفقه أن القاضي يطبق قانون المصرف ليس بوصفه القانون الملائم للعقد فحسب وإنما أيضاً بوصفه قانوناً آمراً أي من قواعد ذات التطبيق المباشر<sup>(١)</sup>.

(١) د. هشام علي صادق، المصدر السابق، ص ٢٣٦.



## **الفصل الثاني**

**التدخل التشريعي في تحديد القانون الواجب التطبيق  
على عقد الخصم الدولي**

## الفصل الثاني

### التدخل التشريعي في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الخصم الدولي

قد لا يتفق المتعاقدان صراحةً أو ضمناً على اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الخصم الدولي ففي هذه الحالة لابد من تركيز العلاقة العقدية في مكان ما لتحديد القانون الذي يحكم العقد، وعليه فإن المشرع قد يحدد مسبقاً اسناد ذلك العقد إلى ضوابط أخرى عند غياب تلك الإرادة، وهذا التدخل من قبل المشرع له تأثير على هذه العملية المصرفية ذات الطبيعة الدولية من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق عليها وفي هذا الفصل أيضاً سوف نتطرق إلى نطاق القانون الواجب التطبيق على عقد الخصم الدولي فيما يتعلق بتكوين وأثار هذا العقد.

وفي ضوء هذه التدخلات الوطنية، تأتي أهمية تحديد القواعد القانونية التي تحكم عقد الخصم الدولي، ومن أجل الإحاطة بها يتحتم علينا أن نقسم هذا الفصل على مبحثين نتناول في المبحث الأول (التحديد التشريعي الجامد والمرن للقانون الواجب التطبيق)، ونتناول في المبحث الثاني (نطاق القانون الواجب التطبيق على عقد الخصم الدولي).



## المبحث الأول

### التحديد التشريعي الجامد والمرن للقانون الواجب التطبيق

في حالة غياب الإرادة في اختيار القانون، فإنه يتطلب ضرورة تركيز العقد لتعين قانون الذي يطبق عليه لذا ظهر اتجاهان لتركيز تلك العلاقة الأول يعرف بالإسناد التقليدي الجامد، أما الثاني فيعرف بالإسناد الحديث المرن، لذا سنقسم هذا المبحث الى مطلبين وكما يأتي:

## المطلب الاول

### التحديد التشريعي الجامد للقانون الواجب التطبيق على عقد الخصم الدولي

يوصف هذا التحديد بالجمود، لأنّ عملية التركيز الموضوعي تشير إلى أن مركز الثقل واحد في جميع العقود، بحيث يحدد المشرع بصفة أمرة ومسبقة مركز الثقل، من دون النظر إلى طبيعة كل عقد على حدة عن طريق وضع ضوابط اسناد احتياطية، يتم العمل بها على سبيل التدرج والتي تعد بمثابة قانون إرادة مفترض، في ضوء ما سبق سنقسم هذا المطلب إلى فرعين:

## الفرع الأول

### الضوابط التي ينص عليها المشرع العراقي

نظم المشرع العراقي الضوابط التي يلجأ إليها القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات التعاقدية في نص م (١٢٥ف١) ومنها عقد الخصم الدولي، وهذه الضوابط بعد طرح خيار قانون الإرادة وهي:

#### أولاً: الموطن المشترك

تنقسم التشريعات في بيان معنى الموطن إلى مجموعتين:

المجموعة الأولى تحصر معنى الموطن بمقر الأعمال الرئيسي، ومن هذه التشريعات القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ في المادة (١٠٢) والتي قضت على أن يكون "الموطن مكان عمل الشخص الرئيسي، الذي يتعلق بممارسته حقوقه المدنية فيه" ويتضح من نص المادة أن القانون الفرنسي يعد موطن الشخص هو مركز أعماله الرئيسي، حتى وإن تعددت مراكز أعماله<sup>(١)</sup>.

(١) د. حسن الهداوي و د. غالب علي الداودي، ص ١٧٨.

أما المجموعة الثانية من التشريعات، فقد حصرت معنى الموطن في مكان أقامه الشخص ومن هذه التشريعات<sup>(١)</sup>، القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل النافذ حيث نصت المادة (١/٤٠) على أنه "الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة"، ونرى ان المشرع العراقي قد ذهب الى نفس المعنى في المادة (٤٢) من القانون المدني العراقي رقم (١٥١) لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ والتي نصت على أن "الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة أو مؤقتة ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد".

أما الفقه فقد عرف الموطن على أنه "المكان الذي يرتبط فيه الشخص بإقليم دولة ما، ويقيم بها على وجه الاعتقاد وقد تتركز فيه مراكز مصالحه".

ويتضح من التعاريف المتقدمة سواء أكانت تعاريف التشريعات وتعريف الفقه، أن الموطن يقوم على ركنين الأول المادي، والذي يتمثل بالوجود المادي أي محل إقامة الاعتيادي اما الركن الثاني معنوي، فيتمثل بنية بقاء الشخص في اقليم الدولة لفترة غير محددة<sup>(٢)</sup>.

ولا ينكر ما للموطن من أهمية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، فيعطى الاختصاص له بوصفه قانون البلد الذي توطن فيه المتعاقد، أوعدّ متوطناً فيه حتى لو لم يقيم فيه بصورة فعلية، ويعتبر الموطن المشترك الأطراف العقد ضابط الاسناد الأول عند سكوت إرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على التزامهم التعاقدية، ويسوغ الفقه هذا الضابط بأن التجارب العلمية اثبتت أنه أكثر استجابة لحاجات الأطراف المتعاقدة بوصفه المركز القانوني والمكان الذي يباشر فيه معاملاتهم، فمن الطبيعي أن يخضع الأفراد القانون<sup>(٣)</sup>.

ويرى الفقه المناصر لهذا الإسناد أن قانون الموطن المشترك لأطراف العقد يتصف بالإيجابيات التي تؤكد على فاعلية تطبيقه عند سكوت الإرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق ومنها أن قانون الموطن المشترك للأطراف من القوانين التي يتوقع الأطراف تطبيقه عند سكوتهم عن تحديد القانون الواجب التطبيق، وبذلك لا يخل هذا ضابط بتوقعات الأطراف كما أن احكام قانون الموطن متعارف

(١) القانون الاردني الذي نص في المادة (٣٩ - ١) "الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة. - ويجوز ان يكون للشخص في وقت واحد اكثر من موطن"، والقانون السويسري في المادة (٢٣) من القانون المدني السويسري رقم ١٠ ديسمبر لسنة ١٩٠٧ والتي تقضي على ان "الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص مع نية البقاء فيه".

(٢) د. عباس العبودي، المصدر السابق، ص ١٩٩.

(٣) نفس المصدر، ص ١٨٥.

عليها من قبل، و فضلاً عن أن قانون الموطن المشترك الأطراف العقد يمثل الموطن الذي اختاره اطراف العقد للإقامة المعتادة أو موطن ممارسة أعمالهم، وعليه يمثل هذا القانون مصالح الأطراف المشتركة<sup>(١)</sup>. وكذلك يدافع جانب من الفقه عن هذا الضابط بالقول بأن قانون الموطن المشترك هو القانون الذي يعرفه أطراف العقد أكثر من أي ضابط آخر، وقد اعتادوا على أن ينظموا علاقاتهم التعاقدية وفق أحكامه، الأمر الذي يسمح ان يتوقعوا الآثار التي ستترتب عنه من جراء إعمالهم لهذا الضابط والأصل أن تحديد الموطن يعتمد على الربط بين الشخص والمكان برباط قانوني<sup>(٢)</sup>.

ولذلك نصت التشريعات العربية على منح قانون الموطن المشترك للمتعاقدين الموقع الأولوية في الترتيب قبل بقية الضوابط الإسناد الأخرى، بموجب النص المادة (١٩) من القانون المدني المصري والتي نصت في شطرها الأول "يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً"، وكذلك ما نصت عليه المادة (٢٠) مدني الاردني " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين ان اتحدى موطناً "، وأخذ المشرع العراقي ايضا بالموطن المشترك للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، بوصفه ضابط اسناد احتياطي عند عدم وجود الإرادة الصريحة أو الضمنية، في نص المادة (٢٥) من قانون المدني العراقي التي نصت الفقرة الأولى منها على "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً...".

ويذهب جانب من الفقه في تفسير اعتماد الموطن المشترك كضابط إسناد احتياطي لروابط التعاقدية، بأن المشرع قد اعتمد ضابط الموطن المشترك بوصفه الإرادة المقترضة للمتعاقدين عندما يكونان مقيمين في موطن واحد، و بأنهما يرغبان في أن تكون تصرفاتهما القانونية ومعاملاتهما منسجمة مع النظام القانوني المطبق في المكان الذي يقيمان فيه، ويدل على رغبة المشرع في تقييد سلطة القاضي في اختيار القانون عندما لا يتم تعيينه بوضوح في العقد بشكل صريح أو ضمني وبما لا يؤدي إلى اختيار قانون بعيد الصلة عن إرادة الاطراف أو غير منسجم مع موضوع العقد وطبيعته، إذ إن انعدام

(١) حميد الانباري، المصدر السابق، ص ٨٢.

(٢) بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة تلمسان، الجزائر، ٢٠١١ ص ٥٣.

التعبير عن رغبة الاطراف في اختيار قانون ما لحكم عقدهم الدولي سيؤدي إلى تطبيق قانون قد لا يكون ملائماً بالنسبة لتوقعات الأطراف، وحماية حقوقهم وتحقيق الأمان القانوني لعلاقاتهم التعاقدية<sup>(١)</sup>.

ويأخذ القاضي بهذا الضابط على سبيل الاحتياط التشريعي، إذ لم يجد في متن عقد الخصم الدولي نص صريح يحدد القانون الواجب التطبيق عليه، أو عدم استطاعة القاضي الوصول للإرادة الضمنية لأطرافه، وهذا الأمر يحقق ميزة للمصرف والمستفيد وهي العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق على عقدهما ويجنبهم ما قد يثيره السكوت من مشاكل فيما لو سكتوا عن اختيار القانون<sup>(٢)</sup>، الذي يحكم عقد الخصم الدولي على أن الاعتماد على الموطن المشترك للمتعاقدين ضابطاً للإسناد في مجال العقود الدولية لم يخلو من الانتقادات، فالاعتماد عليه قد يؤدي إلى عدم الوصول إلى القانون الواجب التطبيق كما لو لم يكن للمتعاقدين موطن مشترك أو اختلف الموطن المشترك لأطراف عقد الخصم الدولي كما أن الأخذ بفكره الموطن المشترك، على أساس إنها ترشد المتعاقدين إلى معرفة القانون الذي يطبق على عقدهم، تبرير ضعيف فقد يكون المتعاقدين على علم بمحل إبرام أو تنفيذ ذلك الأمر الذي يقلل من أهمية تطبيق قانون الموطن المشترك لأطراف العقد، كما أن قانون الموطن قد يتعارض مع المصالح الوطنية لدولة المحكمة التي تنظر النزاع أو لأطراف العقد الدولي لانعدام الرابطة بين الموطن والعقد أو انعدام العلاقة المباشرة مع تنفيذ العقد<sup>(٣)</sup>.

ومن السلبيات التي يراها جانب من الفقه التي ترد على تطبيق القانون الموطن المشترك الأطراف العقد التي تؤكد على عدم فاعلية هذا الضابط وهي أنه ليس بالضرورة أن يشترك أطراف العقد في موطن مشترك واحد، فقد يختلف الموطن في عقد الخصم الدولي، ومن ثم يكون من الصعب أن طبق هذا القانون على العقد الدولي، إلا إذا اتحد موطن أطراف العقد كما أن قواعد كسب الموطن وفقدانه تختلف من دولة إلى أخرى و يكون من السهل بموجبها تغيير الموطن الأمر الذي يمثل صعوبة على المحكمة النزاع في تحديد أو اثبات الموطن ذلك على تحديد القانون المختار على أساس الموطن المشترك، لذلك فإن قانون الموطن المشترك قد لا يمثل الواقع في كثير من الأحيان<sup>(٤)</sup>، وقد يكون من الممكن تطبيق

(١) ماجد حميد عبد المهدي الجبوري، المصدر السابق، ص ٦٢.

(٢) صلاح مهدي ساجت، القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المصرفي، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة كربلاء كلية القانون، ٢٠١٥، ص ٥٠.

(٣) خليل إبراهيم محمد خليل، المصدر السابق، ص ١١٢.

(٤) احمد حميد الانباري، المصدر السابق، ص ٨٣.

الموطن المشترك على عقد الخصم إذا كان داخلياً، لكن نرى من الصعوبة تطبيقه على عقد الخصم الدولي على اعتبار ان كل طرف ينتمي لموطن مختلف عن الطرف الآخر.

وبالرغم من الانتقادات التي وجهت لضابط قانون الموطن المشترك لأطراف العقد نجد أن هذا القانون وأن لم يكن يمثل مركز ثقل لجميع العقود، إلا أنه من القوانين التي تحقق الامان القانوني للمتعاقدين كونهم على علم بالقانون الذي يحكم عقودهم، فلو تم إبرام عقد الخصم بين مستفيد تركي الجنسية ومقيم في العراق وبين مصرف عراقي، ولم يتم الاتفاق على قانون الذي يحكم النزاع بينهم فيمكن للقاضي تطبيق القانون العراقي، بوصفه قانون الموطن المشترك لأطراف العقد.

### ثانياً: مكان إبرام العقد

يعد محل الإبرام بمثابة محل ميلاد العقد بالنسبة لأطرافه، وكذلك نصت عليه بعض الاحكام القضائية، كما في القضاء الفرنسي الذي اعتمد مكان إبرام العقد كمعيار هام لتحديد القانون الذي يحكم العقد في حال عدم تعيين الإرادة لقانون العقد<sup>(١)</sup>، وبعد ما يقرب من عشرين عاماً عادت محكمة النقض الفرنسية وفي حكمها الصادر في ٣١ مايو ١٩٣٢ لتؤكد مرة أخرى اسناد العقد لقانون بلد الإبرام إذا كان هذا البلد هو الذي سيتم فيه تنفيذ العقد<sup>(٢)</sup>، وكان الخضوع لهذا القانون (أي قانون مكان الأبرام) يشمل شكل العقد وموضوعه، ثم استقرت هذه القاعدة على شكل العقد دون موضوعه الذي خضع لقانون الإرادة، كما بينا ذلك في المبحث الأول من الفصل الأول.

وكان الغرض من وراء الأخذ بقانون مكان الإبرام، أنه ضابط يعبر عن الصلة القوية التي تربط العقد بمكان ميلاده الأول، كما أن الخضوع لقانون دولة الإبرام يسهل أموراً كثيرة منها معرفة المتعاقدين مقدماً القانون الذي سوف يطبق على عقدهم، كما بإمكانهم متى ما أرادوا الرجوع إليه للتأكد من السلامة القانونية للشروط التي يرغبون في إدراجها في العقد، كما يمكن عدّه بمثابة أرادة ضمنية من قبل الأطراف، أي باعتبار أنهم قد وافقوا على إبرام هذا العقد على اقليم هذه الدولة، ومن ثم قد وافقوا على تطبيق قانونها على عقدهم، فضلاً عن أن مثل هذا الضابط يكفل وحدة القانون الواجب التطبيق على العلاقة

(١) ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، ٢٠١٨، ص ٢٣.

(٢) مشار إليه لدى د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص ٤٣٤.

العقدية<sup>(١)</sup>، ونلاحظ بأن قانون مكان الإبرام يمنح الاختصاص التشريعي لقانون الدولة التي تم إبرام هذه العقود على إقليمها، فضلاً عن الاختصاص لمحاكمها الوطنية وقد نص المشرع العراقي في المواد (١٥/٢٦) مدني على هذه الاحكام<sup>(٢)</sup>.

وقد قيل في تأييد الإسناد لمحل إبرام العقد الحجج الآتية<sup>(٣)</sup>:

- إنه يعد بمثابة محل ميلاد العقد ومن ثم فإنه يعبر عن وجود صلة حقيقية بين القانون والعقد.

- إنه يضمن وحدة الحلول التي تطبق على الرابطة العقدية.

وعلى الرغم من حجج أنصار الرأي المؤيد لإسناد الرابطة العقدية لمحل إبرام نرى ان ضابط مكان الإبرام لم يسلم من الانتقادات ومن أهمها، أن هذا الضابط يلائم إسناد العقد من حيث الشكل ولا يتلائم مع إسناد العقد من حيث الموضوع لا سيما في ظل التطور، ومع ذلك فإنه يبدو لنا مع الفقه الغالب أن الحجج السابقة، التي جاء بها الفقه المؤيد لتطبيق محل بلد الإبرام، فهي لا تقوم على أساس صحيح ذلك أن مكان إبرام العقد، وان كان محل ميلاده الأول، غير أنه لا يعبر مع ذلك عن حقيقة المصالح التي ترتبط بالعملية العقدية، وهو ما يصعب معه التسليم بالصلة الحقيقية التي يبغى أنصار هذا الضابط وجودها بين الرابطة العقدية في مجموعها وقانون محل إبرامها إذ يلاحظ من جهة أن مكان إبرام العقد قد يتحدد بناء على ظروف عارضة لا تكفي لقيام الصلة المتطلبة بين الرابطة العقدية والقانون الذي يحكمها، فالعقود تبرم عادة في مواقع تجارية لا تعدو أن تكون أماكن للقاء المتعاملين ولا تتركز فيها في الغالب مصالحهم الأساسية<sup>(٤)</sup>، بل وقد يسعى الأطراف، الذين يقيم كل منهم في دولة مختلفة، لإبرام العقد في مكان محايد تمليه اعتبارات الصدفة أو ظروف الرحلة، وقد يكون إقائهم في مكان معين لغرض آخر لا شأن له بالتعاقد، حيث تأتيهم فكرة إبرام العقد ويستتر واضحاً أن محل الإبرام يقوم

(١) نجلاء عبد حسن، القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك الدولي، رسالة ماجستير قدمت إلى جامعة بابل كلية القانون، ٢٠١٣، ص ٦٦.

(٢) المادة (٢٦) مدني نظمت الاختصاص التشريعي فنصت على "تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها"، اما المادة (١٥) مدني نظمت الاختصاص القضائي فنصت على "قاضي الاجنبي امام محاكم العراق في الأحوال الأتية... اذا كان موضوع التقاضي في العراق عقدا تم إبرامه في العراق او كان واجب التنفيذ او كان التقاضي عن حادثه وقعت في العراق".

(٣) موفق حمادة عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص ٤٢٨.

(٤) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص ٤٣٦.

في كافة الحالات السابقة على محض الصدقة التي لا يجوز أن تكون أساساً للإسناد كذلك ذهب بعض الفقه الى القول بأن هذا القانون قد لا يمثل واقعا عمليا لأطراف العقد، كما لو إبرم العقد خلال مده إقامة قصيرة ليوم أو اقل على اقليم دولة ما، لذا يذهب رأي فقهي إلى أن محل الإبرام لا يكفي لوحده وإنما لابد من انضمام عوامل أخرى إليه، كأن يكون هو ذاته محل عمل المتعاقدين أو هو ذاته محل تنفيذ الالتزامات الرئيسة للعقد<sup>(١)</sup>.

ونظرا لأهمية ضابط مكان إبرام العقد، وعدّه من ضوابط الاسناد الجامدة، فقد نص عليها الكثير من التشريعات، ومن هذه التشريعات القانون المدني المصري الذي نص عليه في المادة (١٩) "...فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد.."، التي منحت الأولوية لهذا القانون بوصفه مكاناً تجسد به الإرادات، وتقابلها بنفس المعنى نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي.

وأخيراً فلا صحة للدعاء بأن قانون محل إبرام العقد هو الذي يسهل للمتعاقدین الرجوع إليه للنظر في مدى السلامة القانونية للشروط التي يرغب الأطراف ادراجها في العقد إذ يلاحظ من ناحية أن المتعاقدين لا يفكرون عادة عند التعاقد في مدى صحة الشروط المتفق عليها وفقاً للقانون الواجب التطبيق، وإذا ثار النزاع فيما بينهم بعد ذلك فيبدو أنه من المناسب أن يطبق عليهم القانون الذي يعبر عن مصالحهم الحقيقية وليس القانون السائد في مكان الإبرام الذي لا تتركز فيه هذه المصالح ولا يرتبط الا بالمرحلة الأولى من مراحل العملية العقدية<sup>(٢)</sup>.

وهكذا يمكن القول في النهاية بأن اسناد عقد الخصم الدولي لقانون بلد الإبرام، عند سكوت أطراف العقد عن تحديد قانون الإرادة صراحة أو ضمناً، يحقق لهؤلاء ميزة العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق على العملية العقدية، مما يوفر لهم الامان المطلوب لتحقيق استقرار العمليات المصرفية الدولية، ويصون على هذا النحو توقعاتهم المشروعة ومع ذلك فقد رأينا أن لهذا الاسناد مثالية التي يصعب معها التسليم بوجود رابطة وثيقة بين قانون بلد الإبرام والرابطة العقدية في مجموعها، ولهذا يفضل جانب آخر من الشراح اسناد العقد لقانون بلد التنفيذ<sup>(٣)</sup>.

(١) خليل إبراهيم، المصدر السابق، ص ١٠٥ و ص ١٠٦.

(٢) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص ٤٣٧.

(٣) نفس المصدر، ص ٤٣٨.

ونتيجة كل ما تقدم أن المشرع العراقي، حدد في المادة (٢٥) من قانونه المدني ضوابط الإسناد الاحتياطية التي يلجأ إليها القضاء العراقي في حالة سكوت الإرادة الصريحة والضمنية في تعيين قانون عقد الخصم الدولي، وهما الموطن المشترك ومحل إبرام العقد بمعنى أن المشرع العراقي قد حدد بنفسه عملية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في حالة غياب تلك الإرادة ويلتزم القاضي بهذه الضوابط الجامدة التي نص عليها المشرع مسبقاً ولا يحق له للاجتهاد فيها ففي حالة غياب الاختيار فإنه يتعين على القاضي العراقي أن يعتمد قانون الموطن المشترك لأطراف عقد الخصم الدولي، أما إذا كان موطن المصرف مختلف عن موطن المستفيد، فيجب على القاضي ان يطبق الضابط الآخر وهو قانون محل الإبرام.

## الفرع الثاني

### الضوابط التي لم ينص عليها المشرع العراقي

توجد ضوابط إسناد احتياطية اخرى، لم ينظمها المشرع العراقي في المادة (٢٥) غير انه يمكن الأخذ بها في حالة غياب دور الإرادة في تعيين قانون العقد الدولي، ومن هذه الضوابط هما ضابط قانون الجنسية المشتركة وقانون بلد التنفيذ.

#### أولاً: الجنسية المشتركة

تعد الدولة هي صاحبة الاختصاص، فيما يتعلق بتطبيق أحكام الجنسية<sup>(١)</sup>، و هذا ما أقرته اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٣٠ على اعتبار أن هذه الاتفاقية هي مصدر لأحكام القانون الدولي الخاص فتمتع الشخص بجنسية دولة معينة هو معيار التفرقة بين الوطني و الأجنبي، و وفق ذلك يتحدد ما للأفراد من حقوق وما تترتب عليهم من واجبات، وتعيين مدى خضوعهم لقانون الدولة من عدمه، فالشخص الذي يحمل جنسية دولة معينة يفترض فيه معرفته بقوانين تلك الدولة على أساس انه لا يعذر بجهله للقانون ومن ثم توقعه لنتائج تصرفاته وما يترتب عليها من عواقب بما فيها التصرفات الارادية كالالتزامات التعاقدية التي يقوم بها، لذلك كانت الجنسية المشتركة من ضوابط الاسناد التي يستدل بها القاضي على

(١) تعرف الجنسية بأنها علاقة قانونية وسياسية واجتماعية وروحية، بين الشخص والدولة ويترتب عليها حقوق والتزامات متبادلة، نقلا عن د. عباس العبودي، احكام الجنسية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٥، ص ٣٩.



القانون الواجب التطبيق على عقد الخصم الدولي في حالة سكوت الإرادة في تعيين قانون يحكم منازعات العقد الدولي<sup>(١)</sup>.

ولقد نصّت غالبية التشريعات في قوانينها الوطنية على ضابط الجنسية المشتركة لأطراف العقد كضابط احتياطي يتم اللجوء إليه عند سكوت قانون الإرادة، ومن هذه التشريعات<sup>(٢)</sup>، القانون الجزائري حيث نص في المادة (١٨/الفقرة ثانياً) من القانون المدني الجزائري على أنه: "في حالة عدم اختيار الأطراف لقانون يحكم عقدهم، فإنه يطبق قانون موطنهم المشترك أو جنسيتهم المشتركة"، ونلاحظ من نص هذه المادة بأنّ المشرع الجزائري قد جعل من الجنسية المشتركة لأطراف العقد ضابط إسناد احتياطي.

كما نجد من التشريعات الوطنية ما لم ينص على ضابط الجنسية المشتركة لأطراف كضابط إسناد احتياطي، كما هو الحال بالنسبة للمشرع المصري حيث اقتصر في المادة (١٩) من القانون المدني المصري على قانون الموطن المشترك ومحل إبرام العقد وبنفس الاتجاه ذهب المشرع العراقي حيث أنه لم ينص على الجنسية المشتركة للمتعاقدين كضابط للإسناد في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، واستعاض عنها بالموطن المشترك للمتعاقدين ومحل إبرام العقد.

ويستند جانب من الفقه إلى عدة حجج في الاعتماد على ضابط الجنسية المشتركة حيث يرى بأنه يتميز بالثبات والاستقرار، في حين أن الضوابط الأخرى لا تتصف بمثل هذا الثبات والاستقرار، كما ان ضابط الجنسية يمثل الشعور القومي تجاه القانون الواجب التطبيق، غير أن صعوبة في تطبيق ضابط الجنسية يظهر في حالات تعدد جنسية اطراف العقد وانعدامها وإذا كان المتعاقدون ينتمون بجنسيتهم إلى في حدود النظام العام ما لم توجد إرادة مخالفة<sup>(٣)</sup>.

في حين أن هناك من يرى صعوبة الاعتماد على الجنسية المشتركة للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ومنها عقد الخصم الدولي، وما تأكيد الفقه على أن الجنسية الأجنبية لا تعد عنصراً مؤثراً في عقود المعاملات الدولية لأن ضابط الجنسية المشتركة ليس له دور

(١) سهام قارون، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير قدمت الى جامعة محمد الشريف، كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠١٩، ص ٤٠.

(٢) اخذ القانون الايطالي بضابط الجنسية المشتركة، حيث قضت المادة (٢٥) من القانون المدني الإيطالي على إعطاء الاختصاص لقانون الجنسية المشتركة، والذي اعطاء له الأولوية في حالة سكوت الارادة عن تعيين قانون العقد.

(٣) خليل إبراهيم محمد خليل، المصدر السابق، ص ١١٢.

اساسي وانما دوره ثانوي في تحديد صفة دولية العقد و دوراً احتياطياً في تركيز العلاقة العقدية في نطاق نظام قانوني معين لذلك عند الأخذ بجنسية اطراف العلاقة التعاقدية، يجب أن يفتقر هذا العنصر بعناصر أخرى تعزز موقعه على نحو يؤكد وجود صلة حقيقية بين العقد والقانون المراد تطبيقه، ويأخذ القضاء الفرنسي بالجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق، ولكن بتأكيد مع ضوابط إسناد أخرى كمكان الإبرام<sup>(١)</sup>.

ويمكن القول في هذا الصدد أنه من الصعوبة اسناد العقد لضابط الجنسية المشتركة لأنه من القلة أن تبرم عقود دولية بين أطراف الجنسية نفسها، حتى وان كانوا كذلك قد يرفض الطرف الاخر تطبيق قانون جنسيته المكتسبة وليس قانون جنسية الأصلية، ولا سيما اذا كان مالك الجنسية المكتسبة هو المصرف، غير أنه يمكن للقاضي العراقي الاستناد إلى ضابط الجنسية المشتركة، لمعرفة القانون الواجب التطبيق على عقد الخصم الدولي للأطراف في حالة عدم تعيين قانونا للعقد، إذا كان المصرف على سبيل مثال عراقي الجنسية، و الطرف الآخر في العلاقة وهو المستفيد قد اكتسب الجنسية العراقية بالتجنس في حالة حدوث أي نزاع بينهما.

#### ثانياً: بلد التنفيذ

لم ينص المشرع العراقي في المادة (٢٥) من القانون المدني، على قانون بلد التنفيذ بل اقتصر على قانون الموطن المشترك وقانون محل الإبرام، وكذلك بقية التشريعات العربية المقارنة كالمصري لم تعد أيضاً ببلد التنفيذ في حالة غياب الإرادة الصريحة والضمنية لأطراف الرابطة العقدية، اما بالنسبة للتشريعات الاجنبية فقد اتجه القانون السويسري على الاخذ بضابط بلد التنفيذ في نص المادة (١١٣) م ن القانون الدولي الخاص السويسري والتي نصت على الآتي: "إذا ما كان يتعين تنفيذ الالتزام في سويسرا ولم يكن للمدعى عليه موطن او محل اقامه معتاد أو محل تجاري في سويسرا فإنه يمكن رفع الدعوى أمام المحكمة السويسرية التي يكون مكان التنفيذ يقع ضمن نطاقها الاقليمي".

وقد نبه بعض فقه القانون الدولي خاص، إلى ضرورة اسناد العقد الدولي إلى قانون بلد التنفيذ باعتبار ان العقد يرتب اثاره في هذه الدولة، وعلى وفق ذلك ينعد الاختصاص لقانون محاكم بلد التنفيذ ويعد بلد التنفيذ المكان الذي تتجسد فيه التزامات أطراف العقد كما انه يحقق مصالح الأطراف على

(١) خليل إبراهيم محمد خليل، المصدر السابق، ص ١١٣.

اعتبار أن غايتهم هو تنفيذ العقد، كما أن بلد التنفيذ لا يكون بمحض الصدفة وإنما مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالعلاقة التعاقدية<sup>(١)</sup>.

ونظراً لأهميته قد أخذت به العديد من الاتفاقيات الدولية<sup>(٢)</sup>، كما اتجهت غالبية الاحكام القضائية ومنها القضاء الألماني بصفة خاصة، وبعض أحكام القضاء الفرنسي الحديث إلى تطبيق قانون بلد التنفيذ، عند سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح لقانون العقد على اعتبار أن إرادة اطراف العقد قد اتجهت إلى تطبيق هذا القانون، بل إن هناك أحكام للقضاء الفرنسي قد أخذت تطبق قانون بلد التنفيذ على العلاقة التعاقدية، حتى وأن لم تتجه إرادة الاطراف الى مثل هذا الاختيار، ويقوم الإسناد العقد إلى قانون بلد التنفيذ على أساس أن مصالح واهداف المتعاقدين والغير تتركز مادياً في هذا البلد<sup>(٣)</sup>.

ويرى بعض الفقهاء إذا كان هناك اختلاف بين بلد التنفيذ وبلد الإبرام، فالقرينة تكون لصالح بلد التنفيذ فإذا طبق الجزء المتعلق بتنفيذ العقد، هنا يجب أن يعطي الاختصاص لصالح قانون بلد التنفيذ ومع ذلك يمكن أن تظهر لدى الأطراف نية اخضاع كل العقد لنفس القانون<sup>(٤)</sup>.

لكن لو تعددت أماكن تنفيذ الالتزام، مثلاً أن يكون تنفيذ العقد في أكثر من دولة فأى القانون سوف يحكم كافة دول التنفيذ، وقد يذهب رأي الى الاعتماد بأكثر الدول ارتباطاً بالعقد، وهو ما يمثل خروجاً وانتهاكاً للمعيار الذي استند إليه أصحابه منذ البداية<sup>(٥)</sup>، فكيف سيتم توجيه اهتمامات المتعاقدين لهذا البلد إذا تساوت المصالح؟

(١) محمد الأيوبي، دور مبدأ سلطان الادارة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مجلة القانون التجاري، مجلد ٢، العدد ٢، ٢٠١٥، ص ١٦٨.

(٢) ومن الاتفاقيات التي اخذت بضابط بلد التنفيذ، الاتفاقيات التي أخذ بهذا الضابط، اتفاقية بروكسل لعام ١٩٦٨ المادة (١/٥)، والتوجيه الأوروبي رقم ٤٤/٢٠٠١ الصادرة في ٢٢ ديسمبر ٢٠٠١ بشأن الاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والتجاري والتي حلت محل اتفاقية بروكسل ابتداء من اول مارس ٢٠٠٢ كي تتلاءم مع قواعد التجارة الالكترونية، كما أخذت اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بضابط بلد التنفيذ بخصوص القانون الواجب التطبيق على طرق تنفيذه والاجراءات التي تتخذ عند وجود عيب في التنفيذ والاجراءات التحفظية والفوائد عن التأخير (١٠/٢).

(٣) مقالة منشورة على الانترنت، الاسناد المرن للرابطة العقدية، لمكتبة القانونية الالكترونية.

(٤) علاء الدين محمد، القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة عمان، الاردن، ٢٠٠٤، ص ٢٢٢.

(٥) محمد ابراهيم ابو الهيجاء، المصدر السابق، ص ١٥٥.

ويذهب رأي آخر إلى تجزئة العقد وإخضاع كل جزء ينفذ منه لقانون تلك الدولة وهو ما لا يتماشى مع التجارة الدولية وتيسير أعمالها، حيث ستحمل المتعاقدين تبعه الاطلاع على سائر تلك القوانين المتعلقة بموضوع العقد من ناحية واحتمالية تعارض فنون أي من هذه الدول ومصصلحة المتعاقدين من ناحية أخرى، يُعد محلاً للعقد المكان الذي تركز فيه مصالح الأطراف المتعاقدة، حيث تتعدد المسؤولية فيه من عدم تنفيذهم لالتزاماتهم ويعتبر مركز النفس والارتباط الاجتماعي والاقتصادي في العلاقة العقدية ويعتبر المكان الذي تتجسد فيه الالتزامات التعاقدية، لأن قيام الأطراف بإبرام العقد عادة ما يكون القصد منه تنفيذه<sup>(١)</sup>.

إذا كان لتطبيق ضابط قانون بلد التنفيذ إيجابيات و التي سبق لنا ذكرها، بوصفه يعبر إلى حد بعيد عن التركيز الطبيعي للعلاقة التعاقدية، وبوصفه القانون السائد في مركزها الذي ستحقق فيه مصالح المتعاقدين والغير، فإن لهذا الإسناد مع عيوبه التي تبدو عندما يكون بلد التنفيذ متعدداً أو يتعذر على أطراف العقد تحديده وإذا كان من المتصور دائماً تجنب تعدد بلدان التنفيذ فيما لو وجد الاطراف البلد الأكثر صلة بالعقد من بين جميع البلدان واعتباره محلاً للتنفيذ الرئيسي للعلاقة التعاقدية، ولكن يكون الأطراف اما مشكلة اذا تعذر عليهم تحديد ذلك البلد وهو ما دفع البعض إلى القول بضرورة إسناد العقد في هذه الحالة إلى قانون بلد إبرامه فإنه يتعذر الإسناد لقانون بلد التنفيذ ولا يصح الاعتراض على ذلك بالقول بأن هذه المسألة تتوقف على حكم القانون<sup>(٢)</sup> وهنا يطرح التساؤل حول كون الوفاء في محل إقامة الدائن أو محل إقامة المدين؟.

إن الإجابة على هذا السؤال التوقف على معرفة القانون الذي يحكم العقد الذي يبين من هو الدائن ومن هو المدين، غير أن تحديد هذا القانون غير متصور قبل الإجابة عن التساؤل السابق، وهو ما يوقنا في حلقة مفرغة، بل إنّه من المتصور دائماً أن يغير المتعاقدون محل إقامتهم بعد إبرام العقد، ولا يجدي في هذه الحالة الانتظار حتى يتم تنفيذ العقد بالفعل، حيث يسهل إسناده حينئذ لقانون الدولة التي تم فيها التنفيذ، ذلك أنه من المتصور دائماً أن يثور النزاع بين الطرفين قبل البدء في التنفيذ، ومن جهة أخرى فإن تعذر العلم المسبق بقانون العقد، فإن في هذا الفرض سيخل بالأمان القانوني المتطلب للمتعاقدين والذين يتعذر عليهم على هذا النحو العلم المسبق بأحكامه خاصة فيما يتعلق أما إذا لم يحدد

(١) اسلام ابراهيم، القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي، رسالة مقدمة ماجستير الى جامعة عمان، الاردن، ٢٠١٩، ص ٧٤

(٢) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص ٥٦٠

المتعاقدون محل تنفيذ العقد من البداية، كما لو لم يشيروا إلى مكان الوفاء بالثمن بالشروط التي يتطلبها هذا القانون لسلامة انعقاد الرابطة العقدية<sup>(١)</sup>.

ويذهب الفقه الفرنسي إلى أن نقل الورقة عن طريق التظهير الكامل وحتى الضمانات المصرفية وحالات رجوع المصرفي، ومواعيده كلها أمور يحكمها قانون الصرف الخاص بها وفق ما اقرته اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٣٠<sup>(٢)</sup>، وغيرها من القواعد التي اقرها الفقه والقضاء، كما ان هذه المسائل المصرفية يحكمها قانون واحد وهو قانون محل التنفيذ ففيه يتحقق محور الأداءات، وتثور معظم المنازعات ويتم التنفيذ ويتوفر الامان القانوني لأطراف العقد والمتعاملين في الورقة وتحقق وحدة القانون المطبق<sup>(٣)</sup>.

برغم من كل الايجابيات التي طرحت لضوابط الاسناد الجامد، غير انه يؤخذ عليه تجاهله لطبيعة الخاصة بكل عقد، اذ انه لا ينص على ضوابط اسناد عامة في حين ان ليس كل ضابط يعبر عن مركز الثقل في الرابطة العقدية، فضلاً عن أنه منهج لا يترك للقاضي مجالاً واسعاً في البحث عن قانون الأصلح للمتعاقدين بما يحقق غايتهم من إبرام هذا العقد، كما أن هذا المنهج عقبة أمام التطور الحلول وملاحقة المستجدات الحديثة في التكنولوجيا<sup>(٤)</sup>.

ونرى أن تقييد القاضي من خلال اسناد مسبق للعلاقة التعاقدية، والزامه بالترج في عملية الاسناد أمراً ذا سلبه في تعيين القانون الواجب التطبيق على عقد الخصم الدولي، لذا نجد من الضرورة منح القاضي السلطة الواسعة في تركيز العلاقة العقدية والبحث عن مركز الثقل لتلك العلاقة وفق الملائمات والظروف المحيطة بالعقد، استناداً الى نص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي التي نصت على "يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً" والتي تقابلها بذات النص المادة (٢٤) من القانون المدني المصري، غير ان بعض الفقه يعيب على هذا النص ويعدّه اسناد في غير موضعه وانه لا يصح الأخذ بنص هذه المادة الا في حالة عدم وجود نص تشريعي لإسناد الرابطة العقدية محل النزاع<sup>(٥)</sup>، أما العقود الدولية ومنها عقد الخصم

(١) دير مسعود، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠١٦، ص ٥٩.

(٢) اتفاقية لاهاي المبرمة في ١٢ ابريل عام ١٩٣٠ بشأن خفض حالات انعدام الجنسية.

(٣) د. عكاشة عبد العال، القانون التجاري الدولي، المصدر السابق، ص ٣٠٨.

(٤) د. بشار الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، المصدر السابق، ص ٢٥٦.

(٥) د. عكاشة عبد العال، القانون التجاري الدولي، المصدر السابق، ص ٨١.

الدولي فقد نظمها المشرع العراقي في النص المادة (٢٥) مدني عراقي والمشرع المصري في المادة (١٩) مدني مصري وهي نصوص تقيد القاضي بتطبيقها.

وفي ضوء كل الانتقادات التي وجهت لضابط الاسناد جامد وعدم كفاءته في العملية التعاقدية ظهر اتجاه اخر ينادي بضوابط اسناد اخرى أكثر مرونة والتي تعطي للقاضي كل سلطة في عملية التركيز الموضوعي والتي سميت بضوابط الاسناد المرنة، وهذا ما سوف نتطرق للحديث عنه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

## المطلب الثاني

### التحديد التشريعي المرن للقانون الواجب التطبيق

نتيجة الانتقادات التي وجهت للإسناد التقليدي الجامد لتحديد القانون الواجب التطبيق، فقد ظهر اسناد آخر وهو أكثر مرونة للعملية التعاقدية، فالقاضي بعيد عن كل ما يقيدُه وإنما تمنح له السلطة واسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، لذا ظهرت نظريتين دعت الى اطلاق تلك السلطة للقاضي، وهما أولاً نظرية الاداء المميز، ونظرية التركيز الموضوعي ثانياً.

## الفرع الأول

### نظرية الأداء المميز

لمعرفة ما هي فكرة الاداء المميز، ينبغي علينا أولاً بيان تعريف هذه النظرية وأهم المبررات التي تقوم عليها، وبعد ذلك نتعرض لموقف التشريعات والاتفاقيات من نظرية الاداء المميز، ومن ثم نبين تطبيق هذه النظرية على عقد الخصم الدولي.

اولاً: تعريف نظرية الأداء المميز.

تقوم نظرية الأداء المميز في نطاق المذهب الموضوعي بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية الخاصة باعتمادها على عملية توزيع الإسناد أو تجزئته، بحيث يخصص لكل طائفة من العقود ضابط الإسناد الذي يتماشى مع طبيعتها المحددة مسبقاً من خلال قواعد التنازع، ومن ثم خضوع العقد لقانون المكان الذي يكون الأداء المميز متحققاً فيه دون البحث عن ظروف التعاقد وملابساته وتقوم فكرة الأداء المميز على تنوع معاملة العقود واختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وفقاً للوزن

القانوني والالتزام الاساسي ولما كان هذا الأداء او التزام ليس واحد للعقود كافة من الطبيعي أن يختلف النظام القانون الذي يحكم كل عقد<sup>(١)</sup>.

بشأن تعريف نظرية الاداء المميز، فلا نجد لها تعريف خاص بها في التشريعات والاتفاقيات التي تبنتها كالقانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧، وكذلك سكوت لائحة روما ١ عن وضع تعريفا بالرغم من انها نصت على الاخذ بهذه النظرية في المادة (٢١٤)، لذا حاول جانب من الفقه وضع تعريف للأداء المميز، فقد عرف الاستاذ فان (Van) "الأداء المميز بأنه: "ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا"<sup>(٢)</sup> وعرفه الاستاذ الايطالي جلوليان (Glulian) بأنه "الالتزام الأساسي الذي يتم الدفع مقابلة"<sup>(٣)</sup> وطبقاً للتعريف المتقدمة يعد الالتزام لأداء هو التزام بدفع المقابل، ويؤخذ عليهن كونهن غير جامعات حيث أنه ليس كل عقود تنطوي على مقابل نقدي، وايضا عرفه الاستاذ جان (Jan) الاداء المميز بأنه "الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الاخرى"<sup>(٤)</sup>.

وبحسب بعض الفقهاء، فإن فكرة تمييز الأداء تقوم على "كل عقد له أداء فريد يميزه عن العقود الأخرى ويميزها، ويتحدد هذا الأداء بعملية مركزية بحتة لا مكان لها" لأي عنصر، لذلك فهي تختلف عن نظرية التركيز الموضوعي التي دعا إليها الفقيه باتيفول، والتي تقوم على أساس تحديد القانون المنطبق على العقد، والذي من خلاله ينظر القاضي في الملابسات وظروف النزاع المحيط بالعملية التعاقدية بشكل منفصل على أساس كل حالة على حدة، في حين أن نظرية الأداء المميز هي فكرة تستند إلى التركيز الموضوعي للروابط التعاقدية، من خلال إيجاد العقود القانونية الأكثر صلة وذات الصلة وفقاً لطبيعتها الذاتية، مما يساعد على تحديد الالتزامات الأساسية بموجب العقد<sup>(٥)</sup>، الامر الذي يؤدي إلى تعيين قانون العقد بشكل يحقق الأمان القانوني لأطراف العلاقة التعاقدية، ويحقق الاستقرار القانوني للعقود التجارية الدولية كافة.

- 
- (١) نورس عباس العبودي، الاداء المميز واثره على عملية الاسناد، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٦، ص ٢٢.
- (٢) د. رمزي أحمد عوني ماضي و المحامي سامر نجيب، نظرية الأداء المميز كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الدولية، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد ٩، العدد ١، ٢٠١٧، ص ١٠٨.
- (٣) د. اشرف وفاء محمد، المصدر السابق، ص ٥٢٥.
- (٤) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٣٣٧.
- (٥) د. رمزي أحمد عوني ماضي و المحامي سامر نجيب المعايطه، المصدر السابق، ص ١٠٨.

يؤكد بعض الفقه انه لا يمكن وضع تعريف جامع للفكرة ولا صياغة قاعدة تجمع كل سمات الأداء المميز لأن الامر قائم على تحليل العقود أو طوائف العقود للوقوف على الأداء الذي يمكن وصفه بالمميز ثم نبحث عن صاحب هذا الأداء لنطبق قانون محل اقامته على العقد الدولي الخاص والمقصود بمحل اقامة الشخص هو موطنه، وأن عمله اسناد العقد لقانون موطن بالأداء المميز هو اسناد وظيفياً بمعنى اسناد الرابطة العقدية للقانون الذي يحقق وظيفته الاجتماعية والاقتصادية، و في ضوء ما تقدم بالإمكان تعريف الاداء المميز بأنه "الالتزام الجوهري الذي يميز العقود ضمن الطوائف المختلفة عن بعضها"<sup>(١)</sup>.

أما بالنسبة لنطاق تطبيق نظرية الأداء المميز، فقد دعاء انصارها إلى تطبيقها في حال سكوت إرادة الأطراف في تحديد قانون العقد، إذ لا مكان لإرادة الأطراف إلا في حال تعبيرهم عن هذه الإرادة سواء بصورة صريحة أو ضمنية تمكن للقاضي من استخلاصها بطريقة مؤكده ولا يثير الغموض فإن انتفت هذه الإرادة بالشكل السابق بيانه، هنا يتصدى القاضي بنفسه لعملية تركيز العلاقة القانونية في ضوء فكرة الأداء المميز في العقد، التي تقضي هذه الفكرة بتطبيق قانون موطن المدين بالإداء المميز ويرجع الاخذ بهذا القانون إلى ما يتسم به من وضوح لأطراف العقد وسهولة توقع القانون الذي سيحكم العقد والحيلولة دون تجزئة العقد وبالتالي إخضاعه إلى عدة قوانين تختلف الحلول التي تتضمنها<sup>(٢)</sup>، وتكون لحظة تقدير هذا الأداء هي وقت إبرام العقد وتصور الأطراف لها في ذلك الوقت، ولا يلزم التنفيذ الفعلي للأداء كونه يأتي في مرحلة لاحقة<sup>(٣)</sup>.

وبمعنى آخر، عند انتفاء إرادة الاطراف يكون للقاضي تعيين القانون لحكم العقد، وأن يركز على عنصر محدد للإسناد عليه عنصر مختلف من عقد لأخر، يستشف القاضي من خلال القانون الاوثق صلة بالعقد، فنظرية الأداء المميز وفق ذلك تنظر للعقد بوصفة وحدة واحدة يتم إسناده الى أكثر القوانين ارتباطاً به واشدها وثوقاً<sup>(٤)</sup>.

ولهذه النظرية عدة مبررات جعلت العديد من القوانين، نظراً لطبيعة العقود التي تبرمها المصارف وخطورتها والتي تتمثل بمنح الائتمان إلى العملاء، ومدى تأثير تلك العقود على النظام الاقتصادي لدولة

(١) نوريس عباس العبودي، المصدر السابق، ص ٢٨.

(٢) صالح المنزلاوي، المصدر السابق، ص ٣٣٩.

(٣) نفس المصدر، ص ٣٣٩.

(٤) د. عكاشة عبد العال، قانون التجاري الدولي، المصدر السابق، ص ٧٢.



الى اعتماده نظرية الأداء المميز، وبما يكفل تحقيق الاستقرار القانوني للعقود التجارية برمتها وعلية سنتعرض لأهم المبررات التي دعت لتبني نظرية الأداء المميز.

١- انه جمع بين مزايا الاسناد الجامد والاسناد المرن وتجاوز عيوبهما، كما انه يتسم بالوضوح واليسر والتأكيد، لأنه يوفر امكانية علم الاطراف مسبقا بالقانون الواجب التطبيق مما يحقق لهؤلاء الامان القانوني<sup>(١)</sup>.

٢- أن هذا المنهج والذي يتخلص بوضوح من نقاط الإسناد المحدد مسبقاً، يعد النهج الأفضل في الإسناد بالنظر للمرونة المتوافرة فيه بدرجة كافية، والتي تسمح بإيجاد القانون الذي يلائم كل نوع من أنواع العقود فنظرية الأداء المميز توفر للمتعاقدین الأمان القانوني، دون أن تفقد المرونة المطلوبة في الإسناد، والتي من خلالها يختلف القانون الواجب التطبيق حسب طبيعة العقد المتنازع فيه<sup>(٢)</sup>.

٣- يتلافى منهج الأداء المميز الانتقادات، التي وجهت للإسناد الجامد من خلال وضع ضابط إسناد تفصيلي يختلف باختلاف طبيعة كل عقد على حدة، وذلك من خلال قيام القاضي بتركيز واخضاع كل فئة عقود متشابهة إلى القانون الأوثق صلة به، فهو تركيز يستند الى طبيعة العقد ذاته الأداء الرئيسي أو المميز في هذه العقود في الوسط الاجتماعي والاقتصادي للعقد وخصوصيته التي يتميز بها عن غيره من العقود، ويراعي تنوع تلك العقود وتعددتها، وكل ذلك يؤدي إلى اختيار ضابط إسناد يلائم كل طائفة من العقود المتشابهة<sup>(٣)</sup>.

٤- في الغالب يتم إبرام العقود المصرفية في مقر المصرف، فهو مكان لا يتصف بأنه تحدد بصفة عارضة، وهو أيضاً مكان لتنفيذ العملية المصرفية، فالأصل أن المصرف يبرم العقود في دولة التي يوجد فيها، لذلك يقوم بتنفيذ هذه العقود في دولته<sup>(٤)</sup>.

٥- إن تركيز العقد في الدولة التي يقيم فيها المدين بالأداء المميز يتفق مع فكرة التوقع المشروع للأطراف، لأن الإسناد سيكون ناتجاً عن طبيعة الرابطة العقدية ذاتها والأداء الجوهرية فيها فالمعيار

(١) نورس عباس العبودي، المصدر السابق، ص ٢٩ وما بعدها.

(٢) د. خالد عبد الفتاح خليل، المصدر السابق، ص ١٥٨.

(٣) نفس المصدر، ص ١٥٨.

(٤) د. رمزي أحمد عوني ماضي و المحامي سامر نجيب، المصدر السابق، ص ١١١.

المنضبط المسبق الذي يضعه هذا الضابط من شأنه ان يوفر الأمان القانوني ويحمي توقعات الأفراد على اعتبار أنّ قانون موطن المدين بالالتزام المميز هو من جملة<sup>(١)</sup>.

٦- يشدد القضاء فيما يتعلق بمسؤولية المصرف نظراً للإمكانيات الهائلة التي يتمتع بها فهو ملزم بعمل شيء لا يجبر الانسان العادي على فعله حتى لو كان حذراً فيكون أكثر إلزاماً من الشخص العادي احترافه ومهنته وطبيعته، لذلك، فإن العميل يتوقع من المصرف أكثر مما ينتظره الشخص العادي كما أنه لا يحتاج إلى توفير المزيد من الحماية له على حساب الطرف الآخر للرابطة التعاقدية<sup>(٢)</sup>.

٧- وأخيراً يمكن لنا أن نضع معنى واضحاً وبارزاً أياً كان الجدل حول نظرية الأداء المميز فإنها أصبحت من النظريات الراسخة عند الجانب الغالب، من التشريعات المعاصرة ومن مقتضى العمل بهذه النظرية أن العمليات المصرفية تخضع من حيث المبدأ لقانون المصرف القائم بالعملية بحسبان أنه الطرف صاحب الأداء المميز في العملية، هذا هو المبدأ العام وهو مبدأ يخضع لاستثناءات في كل مرة يثبت فيها للقاضي من خلال عملية تحليل أن المصرف القائم بالعملية لم يكن هو صاحب الاداء المميز<sup>(٣)</sup>.

وختاماً يمكننا القول أن هذه النظرية تحتل مكاناً وسطاً بين منهج الإسناد الجامد الذي يقوم على اساس التحديد المسبق لقانون العقد وبالتالي يحقق للأطراف العلم المسبق بذلك القانون، ويحقق مبدأ الأمان القانوني، وبين منهج الإسناد المرن الذي يعطي السلطة الواسعة للقاضي في البحث عن القانون الأكثر ارتباطاً وصلة بالعقد، مراعيّاً تنوع العقود والحلول ومضحياً بتوقعات الأطراف المشروعة، ونتيجة هذه المزايا تبنت العديد من الأنظمة القانونية المقارنة والاتفاقيات الدولية معيار الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي<sup>(٤)</sup>، من خلال ما جرى عليه العمل بالربط بين القانون الواجب التطبيق على هذه العقود و نظرية الاداء المميز.

(١) نورس عباس العبودي، المصدر السابق، ص ٣١.

(٢) د. رمزي أحمد عوني ماضي و المحامي سامر نجيب المعايطه، المصدر السابق، ص ١١٢.

(٣) د. عكاشة، عبد العال، قانون التجاري الدولي، المصدر السابق، ص ١٦٦.

(٤) عبد السلام علي الفضل ونعيم علي العتوم، المصدر السابق، ص ٥٦٩.

## ثانياً: نظرية الأداء المميز في التشريعات والاتفاقيات الدولية

تكاد تتفق معظم التشريعات الوطنية الأجنبية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية بأن القانون المختص هو قانون الإرادة، أما في حالة غياب الاختيار فتتعدد مناهج الإسناد والطرق من أجل الوصل القانون هو أولاً ما يختاره الأطراف صراحة أو ضمناً إلى ذلك القانون على أن المتفق عليه هو اللجوء إلى تركيز العلاقة التعاقدية في قانون يكون هو الأكثر قرباً وارتباطاً بها وهذه العملية قد يقوم بها المشرع أو قد تترك للقاضي فالمشرع أو القاضي يجب أن يبحث ويعين القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة التعاقدية<sup>(١)</sup>، ونظراً للمزايا التي يتمتع بها منهج الأداء المميز بالمقارنة مع الحلول والمناهج الأخرى بشأن تحديد قانون العقد الدولي في حالة غياب الاختيار فإن معظم التشريعات الوطنية والدولية الحديثة قد تبنت معيار الأداء المميز واعتبرته من المبادئ الأساسية في تحديد ذلك القانون.

## ١ - موقف التشريعات الوطنية والقضاء

اعتمدت الكثير من التشريعات الأجنبية هذه النظرية وكان الغاية من الأخذ بهذه النظرية لتتأى بنفسها عن اللجوء إلى ضوابط الإسناد الجامدة في تعين قانون الروابط العقدية ومن هذه التشريعات القانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦ حيث أقر في المادة ٢٨ في الفقرة الأولى منها والتي اعتبرت "أنه وفي حال سكوت إرادة اطراف العقد عن اختيار القانون الذي يحكم العقد، يسري على هذا الأخير قانون البلد الأوثق صلة به"، وكذلك ما جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة من "أنه تعتبر تلك الصلة موجودة مع البلد الذي به الإقامة العادية للطرف الذي يتعين أن يقوم بالأداء المميز أو مركز إدارته الرئيسي إذا كان شخصاً معنوياً، وإذا كان العقد يرتبط بنشاط مهني للطرف المدين بالأداء، فيعد القانون الأوثق صلة بالعقد هو قانون الدولة التي يوجد بها مقر منشأته الرئيسية، ما لم يكن الأداء المميز مناطاً بمنشأ الفرعية ينطبق قانون الدولة التي توجد بها هذه المنشأ"<sup>(٢)</sup>.

وأيضاً من التشريعات التي تبنت نظرية الأداء المميز هو القانون السويسري، قد تبني هذه النظرية في نص المادة (١١٧) من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ والتي تقضي على انه:

١ - في غياب اختيار القانون، يخضع العقد لقانون الدولة التي يرتبط بها العقد ارتباطاً وثيقاً.

(١) عبد السلام علي الفضل ونعيم علي العتوم، المصدر السابق، ص ٥٦٩.

(٢) د. رمزي أحمد عوني ماضي وسامر نجيب المعايطه، المصدر السابق، ص ١١٤.

٢- يُفترض أن أقرب صلة موجودة مع الدولة التي يكون فيها الطرف الذي يجب أن يؤدي الالتزام المميز مقيماً بشكل معتاد، أو إذا كان العقد قد أبرم في ممارسة نشاط مهني أو تجاري يكون قانون دولة مكان عمله.

٣- ويفترض على وجه الخصوص، أداء مميزاً:

أ- أداء المتصرف في عقود التصرف.

ب- أداء المعير في عقود اعادة الاشياء والحقوق.

ج- أداء الخدمة المقدمة في حالة التفويضات وعقود العمل وعقود الخدمة المماثلة.

د- أداء أمين الحفظ في عقود الحفظ.

هـ- أداء الكفيل أو الضامن في عقود الضمان أو الكفالة.

ونلاحظ من نص المادة المتقدمة ان القانون السويسري عد ضابط الأداء المميز هو والذي يمثل الصلة الاوثق بالعقد وليس مجرد قرينة على تلك الصلة والدليل على ذلك هو نص المادة الذي يدل بشكل قاطع على ذلك، ويرى جانب من الفقه ان القانون السويسري قد قيد القاضي السويسري بتطبيق قانون محل اقامة المدين بالأداء بوصفه قانون الاكثر صلة بالعقد<sup>(١)</sup>، ومن النادر أن يكون هناك قانون اكثر صلة بالعقد من قانون محل الإقامة أو مركز ادارة المدين ولا سيما أن القانون السويسري قد نص في الفقرة الثالثة من المادة (١١٧) على تطبيقات لتلك النظرية ليسهل على القاضي كيفية تطبيق الضابط وإرشاده الى القانون المختص بحكم العقود المعنية، أو لإمكانية القياس عليها<sup>(٢)</sup>.

ومع كل ما تقدم لا يعد ضابط الاسناد ضابط جامع فبعض العقود تخرج من نطاق تطبيقه وعلى وجه الخصوص عقود الاستهلاك، والغاية من هذا الاستثناء هو حماية الطرف الضيف في العقد، في حالة اسناد هذه العقود لقانون الطرف القوي في العقد باعتباره المدين بالأداء المميز، وهذا القانون قد يسبب اضراراً لطرف الضعيف، أما المشرع الأمريكي فنجد أنه قد اخذ بهذا الضابط في المادة (١١١) من التقنين الأمريكي الثاني حيث نص على أنه "يتم تحديد حقوق والتزامات الأطراف بالنسبة لقضية معينة في العقد بواسطة القانون المحلي للدولة التي لها علاقة وثيقة مع التعامل ولها علاقة بأطراف

(١) نورس عباس العبودي، المصدر السابق، ص ٧١.

(٢) نفس المصدر، ص ٧٢.

العقد وذلك بموجب المبادئ المقررة خلال المادة السادسة، وهذه المبادئ هي مكان التعاقد ومكان التفاوض على العقد، ومكان تنفيذ العقد، ومكان موضوع العقد، أو محل العقد، وحمل الإقامة، والجنسية، ومقر الشركة، ومحمل أطراف العقد<sup>(١)</sup>.

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي، فقد نص على ضوابط اسناد بعكس ما نصت عليه التشريعات الأجنبية، حيث نص في الفقرة الأولى من المادة (٢٥) من القانون المدني على أنه: "تسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك"، فنلاحظ من النص المتقدم أن المشرع العراقي قد نص على ضوابط اسناد أصلية والمتمثلة بأراده اطراف العقد فيجب على القاضي العراقي ان يطبق اولاً على الرابطة العقدية القانون الذي اتجهت هذه الإرادة لاختياره وان يكون هذا الاختيار وفق مصلحة مشروعة، أما ضوابط الاسناد احتياطية، والتي يعمل بها القاضي في حالة غياب الارادة والتي حددها المشرع العراقي على سبيل الحصر والتي تتمثل بقانون الموطن المشترك للمتعاقدين وقانون بلد إبرام العقد وعند تطبيق ما نص عليه المشرع العراقي في المادة (٢٥) في حالة غياب إرادة الأطراف لاسيما في عقود العمليات المصرفية الدولية، والتي يتعدد بها دور المصارف باعتباره عقد نجد ان المشرع العراقي لم يكن موفقاً في التحديد المسبق حيث من الصعب ان يتم حصرها بضوابط اسناد معينة وتجاهل العناصر الأخرى في الرابطة العقدية.

ولغرض تفادي هذا الجمود بتحديد قواعد ضوابط الإسناد الاحتياطية في المادة (٢٥) من القانون المدني التي نص عليها المشرع، يمكن لنا اللجوء إلى نص المادة (٣٠) من القانون المدني والتي تنص على انه: "تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين". حيث تواجه هذه المادة وعلى حد تعبير المذكرة الإيضاحية للقانون المدني حالة عدم وجود نص في شأن حالة من أحوال تنازع القوانين لتحيل في ذلك الى مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً<sup>(٢)</sup>، وفي هذه الحالة للقاضي العراقي أن يستعين بنص المادة (٣٠) من القانون المدني ليطبق قواعد الإسناد الملاءمة على الرابطة العقدية والمتعلقة بالعمليات المصرفية الدولية ليصل من

(١) د. محمد محمد حسن الحسني، المصدر السابق، ص ٢٥٥.

(٢) د. رمزي أحمد عوني ماضي و سامر نجيب المعايطه، المصدر السابق، ص ١١٧.

خلالهما إلى إمكانية تطبيق نظرية الأداء المميز للأسباب التي وردت لتبرير اعمال النظرية وتطبيقها على المعاملات المصرفية الدولية إسوة بالنظم والتشريعات المقارنة<sup>(١)</sup>.

اما موقف القضاء من تطبيق نظرية الاداء المميز، لقد بدأ ظهور هذه الفكرة في القضاء السويسري منذ حكم المحكمة الفدرالية السويسرية الصادر في عام ١٩٥٢ في إحدى القضايا المشهورة تلتها أحكام أخرى كحكمها الصادر في ١١ مايو ١٩٦٦، حيث أقرت هذا المبدأ بقولها إنه في حال سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون واجب التطبيق، فإن العقد يخضع للقانون الذي يرتبط بالعقد بروابط وثيقة، ثم تعقب المحكمة بتحديد هذا القانون بأنه قانون محل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز في العقد<sup>(٢)</sup>.

### ب- الاتفاقيات الدولية

من أهم الاتفاقيات الدولية التي تبنت نظرية الاداء المميز، في نصوص لوائحها هي لائحة روما ١ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، واتفاقيات لاهاي.

#### ١- اتفاقيات لاهاي

تبنت اتفاقية لاهاي المبرمة في عام ١٩٥٥ والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، نظرية الاداء المميز حيث اعتدت بموجب المادة الثالثة منها بمحل الإقامة العادية للبائع أو مقر منشأته عند التعاقد كضابط، وكذلك اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الذي يحكم العقد على عقود الوساطة والنيابة (عقود الوكالة والتمثيل التجاري) والمبرمة في ١٤ آذار ١٩٧٨، فقد ورد في المادة (١١) منها: "في العلاقات بين الوكيل والغير يخضع وجود ونطاق سلطات الوكيل وعلى اثار تصرفات الوكيل في ممارسة سلطاته الفعلية والمدعاة للقانون الداخلي للدولة التي كان للوكيل بها مؤسسته المهنية وقت التصرف"<sup>(٣)</sup>.

#### ٢- لائحة روما ٢٠٠٨

تعد من ابرز اللوائح التي اعتمدت نظرية الأداء المميز، كحل لتعين القانون الواجب التطبيق عند غياب دور إرادة الأطراف في اختيار قانون العقد، حيث نصت في الفقرة الأولى من المادة الرابعة

(١) د. رمزي أحمد عوني ماضي و سامر نجيب المعايطه، المصدر السابق، ص ١١٨.

(٢) د. محمد محمد حسن الحسني، المصدر السابق، ص ٢٥٦.

(٣) اتفاقية لاهاي تاريخ الزيارة ٢٦١٣١٢٠٢٣. pdf. ٢٦1312023-b15c35-5a56-4f67-9eca-c4aa8a792aa0

على هذه النظرية، حيث جاء في المادة المشار إليها سابقاً على أنه "عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، يسري على هذا الأخير قانون الدولة التي لها رابطة بهما أكثر" ثم تأتي الفقرة الثانية لتعطي قرينة على هذه الروابط مفادها أن العقد "يكون أكثر ارتباطاً بقانون البلد الذي يوجد به وقت العقد حمل الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز، فإذا تعلق الأمر بشخص معنوي فيكون قانون مركز إدارته، أما في حال كان العقد متعلقاً بأنشطة مهنية فإن بلد المقر الرئيس هو مكان المدين بالأداء المميز.."، غير أن هذه الفقرة يمكن دحضها بموجب نص الفقرة الخامسة من المادة نفسها إذ جاء فيها حكم عام يقضي بالعدول عن ما جاء في الفقرة الثانية المذكورة، إذ تبين من الظروف المحيطة بعملية التعاقد أن هناك قانوناً آخر أكثر صلة بالعقد<sup>(١)</sup>.

ونلاحظ من نصوص المتقدمة للائحة، أنها كانت واضحة في تبنيها لنظرية الأداء المميز كضابط اسناد احتياطي ليست مجرد قرينة بسيطة، كما في اتفاقية روما عام ١٩٨٠ لتعين قانون العقد أي القانون الأكثر صلة بالعقد، وإنما قاعدة اسناد مباشرة، بعد أن قام التوجيه الأوروبي بأجراء بعض التعديلات على بعض نصوص الاتفاقية فيما يتعلق بترتيب اللجوء لمعيار الاداء المميز، حيث جاء في لائحة روما ١ في المادة (٤/١/أ) والتي تنص على "أن القانون الذي يحكم العقد في حال مالم يتم اختياره من قبل الاطراف وفق المادة الثالثة فإن القانون الذي يحكم العقد هو" ١-قانون الدولة التي يوجد بها المقر المعتاد للبائع في عقود بيع السلع، ٢-مقر أقامه المعتاد لمقدم الخدمة في عقود توريد الخدمات". كل هذه النصوص تبين فعالية نظرية الأداء المميز في تعيين القانون واجب التطبيق على العقود الدولية، ولكن يبقى السؤال هو، مدى فعالية هذا نظرية في تعيين القانون واجب التطبيق على عقد الخصم الدولي؟

### ثالثاً: تطبيق نظرية الأداء المميز على عقد الخصم الدولي

ذكرنا سابقاً أن نظرية الأداء المميز، تقوم على اساس تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال تفريد معاملة العقود حسب الوزن القانوني والأهمية للأداء أو الالتزام الرئيسي في العقد.

لذا من الطبيعي تختلف النظم القانونية التي تحكم كل عقد على حده، ونظراً لصعوبات تطبيق ضوابط الإسناد الأخرى في تعيين القانون المعمول به على العقود الدولية، ولأهمية العمليات المصرفية

(١) د. محمد الروبي، المصدر السابق، ص ٣١١.

الدولية ومنها عقد الخصم الدولي، ولما لها من تأثير على النظام الاقتصادي لدولة كما أن تنفيذها يتم بوسائل فنية أعطت لها خصوصية بالتعامل، لذلك أيد الفقه القانوني تطبيق نظرية الأداء المميز على العمليات المصرفية الدولية، من خلال تحديد القانون الأوثق صلة بالعملية العقدية على اعتبار أن محل تنفيذ الأداء المميز هو موطن المدين بهذا الأداء وليس هناك أدنى شك بأن الطرف الذي يوصف بالأداء المميز في عقد الخصم الدولي هو المصرف، وهو ما يحقق للمتعاقدين توقعاتهم ويضمن الاستقرار في علاقتهم<sup>(١)</sup>.

لذلك نجد أنّ تطبيق قانون المصرف بوصفه المدين بالأداء على عقد الخصم الدولي يؤدي إلى تحقيق الأمان القانوني لكل من المستفيد والمصرف، ولاسيما ان هذا العقد يآثر ويتأثر بالوسط الاقتصادي لدولة المصرف ويمارس نشاطه بها بصفته في مجال عمله نظراً آثارها ليس على صعيد أطرافها فحسب فيكون من النادر أن يقبل المصرف تطبيق قانون آخر غير قانون دولته هذا من جهة ومن جهة أخرى أن تطبيق قانونا آخر غير قانون المصرف بوصفه المدين بالأداء المميز يتعارض مع توقعات الأطراف وتحقيق الأمان القانوني لهم في العلاقات المصرفية الدولية، ويذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى ضرورة تعيين قانون المصرف للفصل في منازعات عملية الخصم، على اعتبار أن تطبيق قوانين مختلفة على العملية من شأنه ان يؤدي إلى الكثير من التعقيدات<sup>(٢)</sup>، والحقيقة أن قانون المصرف هو القانون الملائم بوصفه القانون الذي يحقق نظرية الأداء المميز ولا بديل للقاضي عن تطبيق هذا القانون، إلا إذا تبين له أن العقد مرتبط بقانون دولة أخرى بروابط أوثق صلة من قانون دولة المصرف<sup>(٣)</sup>.

وصفوة ما تقدم ان عملية الخصم عملية ائتمان خطيرة، كما انها في بعض الاحيان تعتبر مكلفة للغاية لذلك لا بد ان تقيّد بالقواعد القانونية السائدة في دولة المصرف لغرض حماية الائتمان العام وحماية عملاء هذه العملية، وعليه فإن القانون الذي يطبق هو قانون الدولة التي يوجد فيها المصرف أو الفرع الذي ابرم عقد الخصم الدولي.

(١) د. رمزي أحمد عوني ماضي وسامر نجيب المعايطه، المصدر السابق، ص ١١٨.

(2) Stoufflet, op.cit, No 93 .

(٣) د. مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد الاول، العدد الثاني، ٢٠١٦، ص ٢٤٧.



## الفرع الثاني

### نظرية التركيز الموضوعي

سنتعرض فيما يلي فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية التي تعد عماد الإسناد المرن، والتي أخذت حيزاً كبيراً في تطبيقات القضاء، لنبين ما المقصود بهذه النظرية ومدى صلاحيتها للتطبيق على عقد الخصم الدولي.

#### أولاً: مضمون نظرية التركيز الموضوعي

ظهرت هذه النظرية على يد الفقيه الألماني سافيني، ثم تطورت على يد الفقيه باتيفول، حيث رفض هذا الأخير الاعتراف بدور إرادة الأطراف في اختيار قانون العقد وإدراجه كشرط في وثيقة العقد بحجة أن مثل هذا الأمر يجعل من القانون مجرد اتفاق شخصي بين الأطراف كما ينادي به أصحاب النظرية الشخصي، في حين أنّ النظرية الموضوعية تسير باتجاه مغاير لذلك فهي لا تحرم الأطراف من هذا الاختيار وإنما تسلم بدور الإرادة، في مثل هذا الاختيار ولكن يبقى القانون محتفظ بصفته القانونية<sup>(١)</sup>.

ويرى باتيفول بأن التركيز المكاني لمفاتيح العقد يجب أن يتم في كل حالة على حدة وفقاً لشروط العقد وأحداثها الخارجية، نظراً لأن رغبات الأطراف لا تحدد القانون المعمول به للعقد وأما إذا تم تركيز العقد في مكان ما بالنظر الى موضوعه، فالعلاقة العقدية وفقاً لهذه الحالة هي الشكل والقانون الذي يختاره الطرفان هو القانون المطبق على العقد، لذلك تحافظ نظرية باتيفول على دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق بوصفه المحور للعلاقة العقدية في مكان معين وعامل مؤثر<sup>(٢)</sup>، متأثراً في ذلك بالقضاء الانكليزي كما اعتمده القضاء الفرنسي في العديد من قراراته، بما في ذلك قرار المحكمة العليا الصادر في ٢٦ يوليو ٢٠٠٧، والذي نص على ما يلي: "إذا لم يتم التعبير من قبل الاطراف عن حالة اختيار قانون العقد، يجب على القاضي تحديد القانون المعمول به بناءً على الظروف والظروف المحددة للعقد"<sup>(٣)</sup>.

تكمن المشكلة دائماً في تحديد النظام القانوني الذي له صلة بالعقد، بحيث ينطبق على علاقات العقد كافة، ويلعب العامل الموضوعي دوراً رئيسياً، حيث إن هذا العامل معروف بشكل عام ولا يزال

(١) د. خالد عبد الفتاح محمد، المصدر السابق، ص ١٣٠.

(٢) محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص ٥٥.

(٣) زوينه تكلت، المصدر السابق، ص ٣٣.

الدور الذي يلعبه مقيداً بأوجه القصور في اتفاقية الأطراف، وتجدر الإشارة إلى القول بأن باتيفول لا يؤيد، تفكير فقهاء النظرية الموضوعية حيث إنهم يقيدون إرادة الأطراف في النصوص التكميلية في القانون المختار، وليس النصوص الأمرة، ولكن بدلاً من ذلك يمكن للأطراف، بناءً على نظرية التركيز الموضوعي، اختيار ما يعتقدون أنه قانون معين للفصل فيه بما في ذلك النص القضائي في ذلك القانون، طالما أن القانون وثيق الصلة بالعلاقة التعاقدية كما أن الفقه يقيد إرادة الأطراف في اختبار النص التكميلي فقط، ويمكن أيضاً ملاحظة أن هناك قانوناً مبهماً في كل عقد، و فقط في إطار هذا النظام، يمكن للأطراف ممارسة حريتهم استناداً إلى القواعد القانونية التي يختارونها<sup>(١)</sup>.

إذا لم تقرر الأطراف المتعاقدة، صراحة أو ضمناً، أن العقد التجاري الدولي ينطبق على قانون معين، فيمكن تنفيذ فكرة التركيز على العقد والبحث عن القانون المعمول به، لأن هذا التركيز مهم في تفسير أو توضيح البنود، غير أن باتيفول عدل لاحقاً إسناده إلى إنكار رغبة الأطراف في اختيار قانون العقد، مع الاعتراف بصحة خيار واضح ضمن حدود معينة، حتى لو لم يعبر عن مركز ثقل للعلاقة العقدية، لذلك طبق القضاء الأنكيز نظرية التركيز الموضوعي في حالة سكوت الإرادة عن اختيار قانون فحسب، وعلى نفس النهج سار جانب من الفقه الأمريكي اتبعته في إسناد العلاقات التعاقدية الدولية إلى ما أسماه بقانون العقد<sup>(٢)</sup>.

ويمكن أن يتم التركيز الموضوعي عن طريق الدول نفسها عندما يكون الهدف هو الحصول على نتيجة معينة، وهنا تتبنى الدول قاعدة تنازع غير محايدة، والتي تبدو لها أنها هي التي تحقق النتيجة المنشودة، أي بتحديد أو تعيين النظام القانوني الذي يسمح بالتوصل إلى هذه النتيجة الموضوعية المأمولة من جانب واضع قاعدة التنازع، فقد تتمثل مصلحة الدولة في تطبيق قانونها على العقود المتعلقة بالعقارات الموجودة على إقليمها وتكون القاعدة في تطبيق قانون موقع العقار وعدم قبول أية إرادة مخالفة لتلك القاعدة، وبذلك تضمن الدولة تطبيق قواعد القانون السارية على قيمها في المجال العقاري<sup>(٣)</sup>.

ومما لا شك فيه أن إسناد عقد الخصم الدولي، إلى القانون الأوثق صلة وارتباط به وفق ما تشير إليه الظروف والملابسات المحيطة بالعقد، بما يلائم عقد الخصم بحكم تمتع القاضي بسلطة تقديرية

(١) د. خالد عبد الفتاح محمد، المصدر السابق، ص ١٣٢.

(٢) محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص ٥٥.

(٣) د. خالد عبد الفتاح محمد، المصدر السابق، ص ١٣٥.

واسعة في البحث وتحليل جميع عناصر العقد القانونية منها والواقعية لتحديد مركز ثقل العلاقة العقدية ومن ثم تحديد قانون الذي يحكم العقد.

يترتب من جراء إعمال نظرية التركيز الموضوعي للعقد النتائج التالية<sup>(١)</sup>:

١- استبعاد نظرية العقد المتجردة من جميع القوانين، حيث تؤدي عملية التركيز لا محالة إلى ربط عقود التجارة الدولية بقوانين الدولة ما.

٢- يجب أن يكون هناك ارتباط بين العقد والقانون المختار، لأنه طالما أن الأمر يتعلق بالواقع والقانون فإن للقاضي دوراً واسعاً في ذلك، فإذا كانت الصلة متعددة، يكون للقاضي الصلاحية تطبيق القانون الذي يراه مناسباً على العقد، أي إسناد القانون الأكثر ارتباطاً بالرابطة التعاقدية، والهدف من عملية التركيز الموضوعي النهائي هو إسناد هذا الارتباط إلى قانون المكان الأكثر ارتباطاً بالقانون الذي يستند إليه.

٣- تتطلب فكرة التركيز على العقود من الأطراف المتعاقدة الامتثال لجميع الأحكام القانونية التي تحكم عقودهم، سواء أكانت تنطبق أثناء أو بعد إبرام العقد، حيث تلتزم الأطراف المتعاقدة باحترام جميع القوانين التي تؤثر على هذا العقد.

٤ - استبعاد فكرة تقسيم العقد حيث يخضع العقد بأكمله لقانون واحد.

٥- تسمح نظرية التركيز الموضوعي بالحفاظ على دور الإرادة الفردية في اختيار القانون المطبق، لكنها ترفض بشكل قاطع فكرة دمج هذا القانون في العقد وجعله شرطاً للعقد.

ثانياً: تقييم فكرة التركيز الموضوعي للعقد<sup>(٢)</sup>

على الرغم من النتائج التي حققتها هذه الفكرة وخاصة معرفة الأطراف بالقانون الواجب التطبيق

مسبقاً وما يحقق لهم من أمان قانوني، غير إنها لم تسلم من انتقادات الفقه التي تركزت حول:

١ - أن فكرة تركيز العقد تتجاهل الدور الأساسي للطرفين في تحديد القانون الواجب التطبيق، ما يؤدي إلى إنكار كل تدخل للإرادة في هذا الإطار.

(١) محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص ٥٦.

(٢) نفس المصدر، ص ٥٧.

٢ - السماح للقضاء، من خلال سلطاتهم للتدخل وفرض إرادتهم، بتعديل اختيار الأطراف على أساس أن القانون المختار لا علاقة له بالعقد، من شأنه أن يقوض مبدأ دقة الأحكام ويعيق استقرار الوضع القانوني.

٣- يكمن خطر هذا المنهج في وضع قواعد عامة للإسناد، تتجاهل خصوصية كل عقد، وغالباً لا تعبر عن مركز الثقل في علاقة العقدية، والتي تبدو بعيدة عن القاعدة على أساس العقد على الرغم من أن هذا الضابط يوفر عنصريا اليقين والمعرفة السابقة.

٤ - عدم قيامها بوضع قواعد اسناد تتلائم مع منازعات عقود العمليات المصرفية ومنها عقد الخصم الدولي، ما أدى إلى البحث عن وسائل كفيلة لمنع الأطراف من ارتكاب غش نحو القانون، والتي كانت في غالبيتها معايير شكلية.

٥- كما أن بعض المعاملات ومنها المالية يصعب تركيزها في اقليم دولة معينة قد ينتج أحيانا تعدد هذه الامكنة مما لا يمكن معه بسهولة ان يتم تعيين المركز الرئيسي، بالرغم من محاولات الفقه والقضاء الا ان وجهات النظر تبقى مختلفة من دولة إلى أخرى<sup>(١)</sup>.

(١) د. عكاشة عبدالعال، قانون التجارة الدولية، ص ٢٥.

## المبحث الثاني

### نطاق القانون الواجب التطبيق على عقد الخصم الدولي

بعد أن بينا سابقاً القانون الواجب التطبيق على عقد الخصم الدولي بشكل عام، نحاول في هذا المبحث تحديد نطاق القانون الواجب التطبيق، أي المسائل التي تندرج تحت القانون المختار لحكم عقد الخصم الدولي، أو القانون الذي يتم تحديده طبقاً لقواعد الإسناد الوطنية التي مر ذكرها، فهل يتناول هذا القانون كافة المسائل أم إن هنالك من المسائل ما يخرج عن نطاق تطبيقه لتخضع لقانون آخر؟

تخضع المسائل الخاصة بالأهلية وشكل العقد لقواعد إسناد خاصة بهما، تختلف عن بقية مسائل العقد، لذا سنحاول بيان كل منهما في المطلب الأول من هذا المبحث، ومن ثم نتطرق لموضوع العقد كما أن العقد يوجد بتوفر أركان معينة، وهذه الأركان هي الرضا والمحل والسبب، فإن وجد العقد ترتبت عليه آثار، وتدخل في مجال آثار العقد حقوق الطرفين والتزاماتهما ومسائل التنفيذ، وكما يوجد العقد فإنه ينقضي ويزول بتوفر طرائق معينة، لذلك سنحاول بيان خضوع هذه المسائل لقانون العقد وما المسائل التي تخرج عن نطاقه؟ في مطلب ثانٍ من هذا المبحث.

### المطلب الأول

#### القانون الذي يحكم الأهلية والشكل في عقد الخصم الدولي

سوف نبين في هذا المطلب القانون الذي يحكم أهلية الأطراف في عقد الخصم الدولي في الفرع الأول، ومن ثم نتطرق للقانون الذي يحكم شكل عقد الخصم الدولي في الفرع الثاني.

### الفرع الأول

#### القانون الذي يحكم أهلية أطراف عقد الخصم الدولي

الأهلية ليست مسألة واحدة وإنما متعددة الجوانب، ويترتب عليها مشاكل عديدة لذلك سوف نبين أولاً مفهومها، وثم نقف على القانون الواجب التطبيق عليها، وما يترتب عليه من صعوبات تعرقل تطبيقه على مسألة محل النزاع.

## أولاً: مفهوم الأهلية

تعد الأهلية من الصفات الملازمة للشخص، وهي من الشروط الموضوعية التي يستلزم وجودها لصحة جميع التصرفات الإرادية، وتعرف الأهلية بأنها صلاحية الشخص لثبوت الحقوق، والقيام بالالتزامات المترتبة عليه، وهي أما تكون أهلية الوجوب أو أهلية اداء، وأهلية الوجوب هي وصف الشخص من حيث الدرجة التي يستطيع بها الشخص اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وقد تكون ذات صلة لشخص ما بحق معين ولكنها غير ممكن للآخر، وبالفرد الذي يستطيع الشخص اكتساب الحقوق والوفاء بالالتزامات التي يستحقها لذلك يمكن أن تكون كاملة أو غير كاملة<sup>(١)</sup>، أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعاً، أي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية ومناطها العقل والتمييز، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ومن نقص تمييزه نقصت أهليته ومن فقد التمييز كان فاقداً للأهلية<sup>(٢)</sup>.

ونظراً لأهمية شرط الأهلية كان لا بد أن تخضع للقانون معين، يتصف بالاستقرار والثبات وبما يحقق بقاء خضوع الشخص لحكمة من لحظة صدوره وحتى يوم إلغائه، ولأجل تحقيق هذه الغاية أخذت غالبية التشريعات الوطنية، والاتفاقيات الدولية بمبدأ خضوع الأهلية لقانون الجنسية ويقصد بقانون الشخصي " ذلك القانون الذي يحكم طائفة معينة من المسائل في القانون الدولي الخاص، وذلك بوصفه قانون الدولة التي ينتمي اليه الشخص بحسب جنسيته"<sup>(٣)</sup>.

ولعل من أهم الأسباب التي دفعت بالتشريعات الوطنية، إلى خضوع احكام الأهلية لقانون دولة جنسية الشخص تتمثل في ان المشرع الوطني أدري من أي مشرع آخر بأهلية مواطنيه، وباعتبار ان الغرض من أحكام الأهلية هو حماية الشخص نفسه، ولا يقتصر تنفيذ هذا المبدأ على المعاملات المالية المنصوص عليها في القانون المدني، بل أخذ المشرع التجاري الدولي والوطني أيضاً على مبدأ خضوع أهلية الالتزام الصرفي لقانون الشخصي، على أن الواقع العملي جعله يرد بعض الاستثناءات على تنفيذ هذا المبدأ<sup>(٤)</sup>.

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ٨٨.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية مصادر الالتزام في القانون المدني العراقي، الجز الاول، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠، ص ٦٤.

(٣) د. عدنان باقي لطيف، اشكالية تطبيق قانون الجنسية على اهلية الالتزام الصرفي، مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد ١٦، العدد ٢، ٢٠١٤، ص ١٢١.

(٤) نفس المصدر، ص ١٢٢.

## ثانياً: موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات من مبدأ خضوع الأهلية للقانون الشخصي

تخضع التشريعات محل الدراسة الاحكام المتعلقة بالأهلية لقانون الشخصي، حيث أقر المشرع المصري في المادة (١١) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه (الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم)، ونجد ايضاً ان المشرع المصري قد اخذ بالحل الذي أقرته اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٠، و سنة ١٩٣١ وهو حل يقضي بتطبيق القانون أفضل لحامل الورقة أي المصرف في حالة الخصم، وفي ذلك تنص المادة (٣٨٨) من القانون التجاري المصري لسنة ١٩٩٩ المعدل النافذ على أنه:

- ١- يرجع في تحديد أهلية الملتزم بموجب الكميالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته.
  - ٢- وإذا كان القانون الواجب التطبيق يعد الملتزم بموجب الكميالة ناقص الأهلية فإن التزامه يبقى صحيحاً إذا وضع توقيعه على الكميالة في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية.
- ويتضح من نص القاعدة المتقدمة، هي وجوب ان يكون الشخص أهلاً لالتزامه الصرفي أياً كانت الصفة التي يلتزم بمقتضاها وتتحدد أهلية هذا الشخص، وفقاً لقانون جنسيته في تاريخ توقيعه على الورقة التجارية، أي تاريخ نشوء الالتزام الصرفي، وأعمالاً لذلك تقرر عدة احكام:
- ١- إذا كان الملتزم عديم الجنسية او ناقص الأهلية، فانه يتعين ان يكون كامل الأهلية وفقاً لقانون موطنه أو قانون محل إبرام التصرف.
  - ٢- إذا كان الشخص متعدد الجنسية، وكانت الجنسية المصرية من بينها وجب أن يكون الشخص أهلاً لالتزامه الصرفي وفق احكام القانون المصري، أما إذا كانت جميع الجنسيات اجنبية فانه يتعين ان يكون أهلاً لالتزامه الصرفي وفقاً لقانون موطنه<sup>(١)</sup>.

والمقصود بتطبيق القانون الأفضل لحامل الورقة التجارية، هو اذا كان الحامل اهلاً لالتزام الصرفي وفقاً لقانونه الشخصي فإنه لالتزامه صحيح ونطبق هنا القانون الشخصي، أما إذا كان ناقص الأهلية وفق القانون الاخير، بينما يعتبر كامل الاهلية وفق قانون محل نشوء التصرف فإننا في هذه الحالة نطبق قانون محل نشوء الالتزام الصرفي بدل القانون الشخصي.

(١) د. عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي، المصدر السابق، ص ٣١٣.

اما فيما يتعلق بالمشرع الفرنسي فنجده أيضاً قد اخضع أهلية الأشخاص لقانون الشخصي حيث أقرت المادة (٣/٣) من القانون المدني الفرنسي بقولها "القوانين الخاصة بحالة الأشخاص وأهليتهم تحكم الفرنسي ولو كان مقيماً في بلد أجنبي"<sup>(١)</sup>، وكذلك يخضع القانون العراقي أهلية الشخص لقانون الشخصي، وذلك بموجب نص المادة (١/١٨) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه: "الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته"، أما أهلية الملتزم الصرفي بمقتضى الحوالة التجارية في حالة تنازع القوانين فقد نص عليها المشرع العراقي في المادة (٢٤٨ف٢) من قانون التجارة العراقي المعدل النافذ رقم (٣٠) لسنة (١٩٨٤) على انه: "يرجع في تحديد اهلية الالتزام بمقتضى الحوالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته..."<sup>(٢)</sup>.

ويتضح من النصين السابقين أن القاعدة العامة لدى المشرع العراقي تقضي بأن القانون الذي يحكم أهلية أداء الشخص في سائر تصرفاته القانونية هو قانون الدولة التي يحمل جنسيتها ومما يعني أن الأهلية التي تخضع لقانون الشخصي هي أهلية الأداء<sup>(٣)</sup>، أما أهلية الوجوب فهي لا تخضع لقانون واحد بل تتعدد بشأنها القوانين، فنحن هنا بصدد البحث عن مدى اهلية الشخص في إبرام التصرفات القانونية وليس البحث عن مركزه في اكتساب الحقوق والقيام بالواجبات.

ونلاحظ أن المشرع العراقي قد جاء بنص مخالف لموقف القانون المصري والقانون الفرنسي في اخضاع الأهلية لقانون الجنسية، لأن نص المادة (١٨) من القانون المدني العراقي التي تناولت مسألة الأهلية فحسب من غير ان تتطرق لحالة المدنية للأشخاص، والمشاكل التي قد تترتب عليها في اطار العلاقات الدولية الخاصة بالأفراد، بخلاف التشريعات محل المقارنة فهي تخضع الحالة المدنية للأشخاص إلى جانب الأهلية في نص قانوني وأحد ضمن إطار قانون الجنسية<sup>(٤)</sup>.

(١) والحالة المدنية الواردة في النص المصري وكذلك الفرنسي، هي الحالة الخاصة أو المدنية المقصودة بهذا النص وهي التي يقع بشأنها تنازع القوانين وللحالة الخاصة عناصر تشمل بداية الشخصية ونهايتها، وهذا النص لا يشمل الحالة العامة أو السياسية، نقلا عن خليل ابراهيم محمد ابراهيم، المصدر السابق، ص ١٩١.

(٢) ويسري هذا الحكم على الكمبيالة بمقتضى المادة (١٣٥) و على الصك بمقتضى المادة (١٣٧) من قانون التجارة العراقي المعدل النافذ.

(٣) د حسن هداوي ود. غالب علي الداودي، المصدر السابق، ص ٩٢.

(٤) عدنان باقي لطيف، تنازع القوانين في مسائل الاهلية العامة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١، ص ٢١٤.



والأهلية الكاملة في القانون العراقي هي اتمام ثماني عشرة سنة كاملة ولم يعتريه عارض من عوارض الأهلية حسب المادة (١٠٦) من القانون المدني، وكذلك في القانون الفرنسي<sup>(١)</sup>، أما في مصر فيتحدد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة لذلك اذا ابرم شخص ما عقد الخصم الدولي يرجع إلى القانون العراقي لمعرفة الأهلية عندما يكون أحد الأطراف عراقياً، فاذا ابرم عقد الخصم بين مستفيد عراقي ومصرف فرنسي وأثيرت مسألة أهلية المستفيد فإن هذه المسألة لا يقررها القانون الفرنسي المختار، وإنما القانون العراقي والأهلية المطلوبة للمستفيد هي بلوغه سن الرشد.

وقانون الجنسية الذي يحكم الأهلية هو الذي يحدد سن الرشد وعوارض الأهلية وبيان متى يكون الشخص ناقص الأهلية أو فاقدها أو كاملها، كما أنه المرجع في معرفة التصرفات التي لا يستطيع ناقص الأهلية مثلاً القيام بها وحده، وتلك التي يستطيع القيام باسمه بها وكيفية ذلك كما يبين هذا القانون الجزء المترتب على فقد الأهلية أو نقصها، كما يرجع إلى قانون الجنسية لبيان عوارض الأهلية من جنون وعته وسفه وغفلة<sup>(٢)</sup>.

وحيث إنّ العمليات المصرفية هي عمل تجاري، فالعمل هو تجاري بالنسبة للمؤسسة المصرفية أما بالنسبة للعميل فإن العمل يكون تجارياً، إذا تعلق بعروض التجارة والا فإنه مدني فالأهلية المطلوبة هنا هي الأهلية التجارية، ولم يحدد قانون التجارة العراقي سناً معينة للتجارة<sup>(٣)</sup>، ذلك أن قانون التجارة العراقي نص في المادة (٨) على أن يشترط في التاجر أن يتمتع بالأهلية التجارية دون بيان سن للأهلية ويتم الرجوع إلى احكام القانون المدني العراقي الخاصة بالأهلية وذلك طبقاً لاتجاه المشرع العراقي بتوحيد الأحكام المتعلقة بالأهلية في المسائل المدنية والتجارية وصياغتها في القانون المدني لذلك فالأهلية التجارية هي بلوغ ثماني عشرة سنة كاملة<sup>(٤)</sup>، واستثناء من هذا الحكم فإن لمن بلغ سن الخامسة عشرة من العمر ولم يبلغ الثامنة عشرة من عمره ممارسة التجارة في جزء من أمواله بعد الحصول على إذن من الولي وترخيص من المحكمة، حسب ما نصت عليه المادة (٩٨) من القانون المدني (الولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا اكمل الخامسة عشرة مقداراً من ماله ويأذن له بالتجارة تجربة

(١) المادة (٤٨٨) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل.

(٢) خليل ابراهيم محمد خليل، المصدر السابق، ص ١٩٢.

(٣) باسم محمد صالح، القانون التجاري، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، ١٩٨٧، ص ١٠٠.

(٤) نص المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي عن ان "سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة".

له ويكون الأذن مطلقاً أو مقيداً، لذلك يعد القاصر المأذون كامل الأهلية بالنسبة لجميع التصرفات المتصلة بالتجارة.

ويثور التساؤل عن القانون الذي تخضع له الأهلية التجارية الخاصة؟ ففي القانون المصري فان قانون التجارة المصرية رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ المعدل النافذ فقد نص على تنظيم أهلية مزاولي التجارة في مصر، فيكون أهلاً لمزاولة التجارة مصرياً كان أم أجنبياً من بلغت سنه إحدى وعشرين سنة كاملة ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يعده قاصراً في هذا السن حسب المادة (١١/١/أ) من القانون التجاري الجديد، ويجوز لمن اكمل الثامنة عشرة من العمر أن يزاول التجارة في مصر وفقاً للشروط المقررة في قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، على أن يشترط في هذه الحالة أن يحصل على إذن من المحكمة المصرية المختصة (م ١١/١/ب) ولا يجوز لمن تقل سنه عن ثماني عشرة سنة أن يزاول التجارة في مصر ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يعده راشداً في هذه السن أو يجيز له الاتجار (م ٢/١)، أما القاصر الذي بلغ الثامنة عشرة من العمر، وأذن له بالتجارة من المحكمة المصرية المختصة وفقاً للشروط المقررة في قانون جنسيته فتكون له الأهلية الكاملة للقيام بجميع التصرفات القانونية التي تقتضيها تجارته، وهذا ما نرجحه بالنسبة للقانون العراقي طبقاً للمادة (١/١٨) مدني عراقي.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية وانكلترا وبعض التشريعات الاجنبية يذهب القضاء إلى تطبيق القانون الشخصي على الأهلية المحدد بموجب قانون الموطن وليس قانون الجنسية<sup>(١)</sup>، "إلا أن معظم المحاكم الأمريكية تفضل خضوع الأهلية لقانون محل إبرام العقد"، حيث تخضع الأهلية في أغلب الأحوال للقانون الذي يحكم التصرف القانوني، عدا ولاية لويزيانا<sup>(٢)</sup>.

وذهب جانب من الفقه بصدد موقف القانون الانكليزي إلى عدم وضوح الموقف في هذه المسألة فيذهب البعض منهم الى القول بأن قانون الأنجلو-ساكسوني، لا يعرف نظرية عامة للأهلية حيث ينحو القضاء الإنكليزي منحى القضاء الأمريكي، في أحكامه الخاصة بالأهلية في حين يذهب وولف إلى أن العقد سيكون صحيحاً، اذا كان للأطراف أهلية طبقاً لقانون الموطن "القانون الشخصي" أو قانون مكان الإبرام، غير انه يفضل خضوع الأهلية للقانون الشخصي حيث يذهب إلى القول بأن أهلية إبرام العقد لا

(١) د. حسن الهداوي و د. غالب علي الداودي، المصدر السابق، ص ٨٤.

(٢) عدنان باقي لطيف، اشكالية تطبيق قانون الجنسية على اهلية الالتزام الصرفي، المصدر السابق، ص ١٢٦.

تعتمد على القانون الملائم للعقد، بل على القانون الشخصي، في حين يفضل جانب آخر من الفقهاء إخضاع الأهلية للقانون الأكثر اتصالاً بالعقد أي القانون الذي له اتصال حقيقي أو جوهري بالعقد<sup>(١)</sup>.

أما موقف الاتفاقيات والمعاهدة من مسائل المتعلقة بالأهلية، فنرى أن اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٠ و ١٩٣١ قد تبنت معياراً قانون الجنسية في نص المادة الثانية من الاتفاقية الخاصة بالأوراق التجارية بقولها "تخضع أهلية الشخص للالتزام بمقتضى كميالة أو سند للأمر أو الصك لأحكام قانونه الوطني.." <sup>(٢)</sup>.

وما جاء به مؤتمر الاتحاد الأمريكي الذي اجتمع في هافانا سنة ١٩٢٨ (تقنين بوستامنت) والذي قضت المادة (٢٧) منه بأن (لكل دولة أن تجعل القانون الشخصي هو قانون الموطن أو هو قانون الجنسية حسب ما يقضي أو ما يمكن ان يقضي به تشريعها الداخلي) ، وهذا الحكم له ما يقابله في مشروع فرانكينشتاين Frankenstein (مشروع لتقنين الأوروبي للقانون الدولي الخاص) حيث قضت المادة (٨٩) منه بإخضاع الأهلية للقانون الشخصي، تاركة للدول المتعاقدة حرية الاختيار بين قانون الموطن وقانون الجنسية<sup>(٣)</sup>.

كما تبنت المادة الأولى من معاهدتي (مونتيديو) سنة ١٨٨٩، وسنة ١٩٤٠ قانون الموطن بينما تبنت المادة التاسعة من معاهدة التجارة الموقعة سنة ١٨٨٤ بين بلجيكا وفنزويلا، والمادة الثانية من المعاهدة الموقعة سنة ١٩٠٣ بين كولومبيا واکوادور، والمادة الثانية من معاهدة (البيبولكس) لسنة ١٩٥١، تطبيق قانون الجنسية<sup>(٤)</sup>.

### ثالثاً: الصعوبات التي تعرقل تطبيق القانون الشخصي على مسائل الأهلية

في بداية الأمر نرى أنّ الحلّ الذي أقرها المشرع العراقي والتشريعات المقارنة، تتفق مع طبيعة الأوراق التجارية ومالها من الخصوصية التي تتميز بها عن غيرها، ولكن نرى من غير الملائم الاستناد إلى تطبيق قانون جنسية الملتزم نتيجة ما يترتب على تطبيق مثل هذا القانون من صعوبات ومن هذه الصعوبات هي:

- (١) خليل إبراهيم محمد خليل، المصدر السابق، ص ١٩٤.
- (٢) د. عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي، المصدر السابق، ص ٣١٢.
- (٣) عدنان باقي لطيف، تنازع القوانين في مسائل الأهلية العامة، المصدر السابق، ص ١٤٣.
- (٤) نفس المصدر، الصفحة نفسها.

١- إذا تعدد الملتزمون في الورقة التجارية، وهو امر مقلق اذا ما استخدمه كأداة لتسوية العلاقات الدولية الخاصة، وهو ما يصعب على الحامل ان يقف على نصوص قوانين جميع جنسيات الملتزمين في الورقة التجارية، كما يحتاج الى الكثير من الجهد والوقت وهذا يتعارض مع ما تتميز به الورقة التجارية من السرعة في التداول مما يسبب احجام الناس عن التعامل فيها مع ما يترتب على ذلك من مضار اقتصادية واضرار بالتجارة الدولية ويمس مصالح الافراد الدولية الخاصة<sup>(١)</sup>.

٢- قد يكون الشخص عديم الجنسية، فالراي الراجح يذهب إلى وجوب تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها موطن الشخص عديم الجنسية، فإذا لم يكن له موطن، يطبق القاضي قانون دولة التي يقيم فيها عديم الجنسية، فإذا لم يكن له محل إقامة طبق القاضي قانونه الوطني<sup>(٢)</sup>، حيث نص القانون المدني العراقي في المادة (١١ ٣٣) على انه (١) - تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الاشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية..)، وبموجب النص فأن القاضي هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق، وقد اخذ بهذا الاتجاه المشرع المصري.

٣- قد يتمتع الشخص بأكثر من جنسية واحد، وهو ما يسمى (بمبدأ ازدواج الجنسية) في هذه الحالة فان الحلول المتصورة في هذا المجال تقوم على اساس ترجيح إحدى الجنسيات التي يحملها الشخص على الاخريات، وذلك بهدف تحديد مركزه القانوني في الدولة، ويرى جانب من الفقه اعتماد معيار الجنسية الفعلية لأنه يؤدي الى خضوع الشخص لقانون الدولة التي ينتمي اليها بصفة حقيقية، كان يكون قد مارس فيها حياته الاقتصادية والسياسية واتخذها مركز لنشاطه ولكن هذا الحل لا يمكن العمل به في العراق لان نص (المادة ٣٣ ف٢) من القانون المدني العراقي جاء صريحا بالزام القاضي بتطبيق القانون العراقي في مثل هذه الاحوال.

٤- ومن الصعوبات الأخرى عندما يكون البلد الذي ينتمي إليه الشخص بجنسيته، من الدول التي تتعدد فيه القوانين بتعدد الشرائع أو الاقاليم<sup>(٣)</sup>.

(١) د. عكاشه محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي، المصدر السابق، ص ٣١٥.

(٢) علي حميد عبد الرضا، تنازع القوانين في الاوراق التجارية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة بغداد كلية القانون، ٢٠٠٥، ص ٤٠٥.

(٣) عدنان باقي لطيف، تنازع القوانين في مسائل الأهلية العامة، المصدر السابق، ص ١٦٣.

٥- وقد يستبعد قانون جنسية الشخص إذا كان يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي كما لو كان القانون جنسية للأجنبي يقضي بانعدام أهليته أو نقصها لأسباب عنصرية أو بسبب الدين أو اللون أو لأسباب سياسية فيتعين إبعاد قانون الجنسية وعد الشخص كامل الأهلية.

٦- و يستبعد القانون الشخصي عندما يكون هناك غشٌ نحو القانون عندما يغير الشخص جنسيته إلى أخرى بقصد الهروب من قانون جنسيته، الذي يعده غير أهل لمباشرة التصرفات باستخدام طرق احتيالية تجعل الغير مقتنعاً بغير الواقع، وفي هذه الحالة سوف يطبق القانون الذي يراد استبعاده بسبب الغش حسب الرأي الراجح ويستبعد القانون الشخصي كذلك عندما ينص القانون على خضوع الأهلية لقانون آخر غير قانون الجنسية<sup>(١)</sup> وقد نصت على هذا الاستثناء المادة (٢/١٨) من القانون المدني العراقي على أنه "ومع ذلك ففي التصرفات المالي التي تعقد في العراق وتترتب آثارها فيه إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه فإن الأجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الأهلية"، وتقابلها المادة (١١) من القانون المدني المصري فالأهلية هنا تخضع لمكان إبرام التصرف، وهذه الحالة قررها القضاء في فرنسا قبل أن تنص عليها التشريعات وهي ما تعرف بنظرية المصلحة الوطنية<sup>(٢)</sup>.

(١) د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠١١، ص ١٦٤.

(٢) يشترط للتمسك بالمصلحة الوطنية ما يأتي:

أ- ان يكون التصرف موضوع النزاع تصرفاً مالياً أو تجارياً، وقد اشترط النص انعقاد التصرف المالي في العراق وان تترتب آثاره فيه، اما ما يتعلق بالأوراق التجارية فلا يشترط تنظيم الحوالة التجارية في العراق ولا ان تترتب آثارها فيه حيث ان النص المتعلق بالمصلحة الوطنية جاء مطلقاً.

ب- ان يكون احد اطراف العلاقة اجنبياً وناقص الأهلية وفق قانون جنسيته، الا انه كامل الأهلية بمقتضى القانون العراقي، اذ انه اذا كان ناقص الأهلية على وفق القانون العراقي فان الطرف الاخر لا يستطيع التمسك بالمصلحة الوطنية لانتهاء حسن النية لديه.

ج- ان يرجع نقص اهلية الاجنبي إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الاخر تبينه. فإذا لم يكن هناك خفاء فأنا الشخص الوطني لا يستطيع التمسك بالمصلحة الوطنية، اذا توفرت هذه الشروط فانه يترتب عليها عدم حكم اهلية الاجنبي بقانون جنسيته بالنسبة للتصرف المالي الذي يتولد منه ضرر ل احد الوطنين ويصح العقد باعتباره صادراً من شخص كامل الأهلية، كما هو وارد في القانون الوطني، نقلاً عن د. حسن الهداوي، د. غالب الداودي، المصدر السابق،

### رابعاً: أهلية الشخصية المعنوية

ذكرنا سابقاً أنّ عقد الخصم الدولي يبرم من طرفين، واحد اطرافه يتمثل بالمؤسسة المصرفية لذا تعد هذه الاخيرة من الأشخاص المعنوية، وهي تتمتع بالشخصية القانونية مما يمكنها من التمتع بكل الحقوق حيث يكون لها ذمة مالية وجنسية وموطن وأهلية ، وهذه الاهلية تختلف عن اهلية الشخص الطبيعي فالشخص المعنوي تتحدد أهليته وفق لما ينص عليه في العقد او القانون المؤسس وذلك وفق ما تنص عليه المادة(٤٨ ف ٤ مدني عراقي)<sup>(١)</sup>، وتخضع اهلية المؤسسة المصرفية لمركز ادارتها الرئيسي ، وهذا ما نصت عليه المادة (٢١١) من القانون المدني المصري والتي قررت أنّه "اذا كان الملتزم شخصا اعتباريا، أيا كان شركة أو جمعية أو مؤسسة، يسري عليه قانون الدولة التي اتخذ فيها هذا الشخص مركز إدارته الرئيسي الفعلي الا إذا باشر نشاطه الرئيسي في مصر فإنّ القانون المصري هو الذي يسري عليه" وتقابل هذه المادة نص المادة (٤٩) من القانون المدني العراقي "١. يسري على النظام القانوني للأشخاص المعنوية الاجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها قانون الدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الرئيسي الفعلي ٢. ومع ذلك فإذا باشر الشخص المعنوي الأجنبي نشاطه الرئيسي في العراق فان القانون العراقي هو الذي يسري"، وهذه الاهلية تخرج من نطاق القانون الشخصي وتخضع لقانون مركز الادارة الفعلي للشخصية المعنوية.

### الفرع الثاني

#### القانون الذي يحكم شكل عقد الخصم الدولي

عقد الخصم الدولي هو عقد رضائي فهو ينعقد كما ذكر سابقا، بمجرد التطابق بين الإرادتين دون الحاجة لانعقاده في شكل خاص، فما المقصود بشكل العقد الدولي؟ وما مبررات الأخذ بقاعدة مكان الإبرام أو اختيار اكثر من قانون ليحكم شكل العقد؟ وما موقف القوانين والاتفاقيات من شكل العقد الدولي؟

#### اولاً: شكل العقد

الشكل هو مظهر الخارجي الذي تتجسد فيه الإرادة، في نطاق العلاقات الدولية الخاصة و يتحدد بالأعمال المادية التي يقترن بها انعقاد العقد، وهو المسلك الوحيد الذي يجب أتخاذها لبيان ركن الرضا

(١) والتي نصت على انه ".... ٤-وعنده اهلية الاداء وذلك في الحدود التي يبينها عقد انشائه والتي يفرضها القانون..".

بصوره صحيحة ويدخل في الشكل مختلف الأوضاع التي تتبع في تحرير العقد، سواء كانت الكتابة ركناً موضوعياً لا يتم العقد بدونها، أم كانت عملاً إجرائياً معداً للإثبات وسواء أكان المحرر رسمياً أم عادياً، فكل هذه الأوضاع يرجع إليها في القانون الذي يحكم شكل العقد<sup>(١)</sup>.

وسار الفقه والقضاء على تطبيق قاعدة إخضاع شكل العقد الدولي لقانون محل الإبرام، وذلك طبقاً لقاعدة (شكل التصرف يخضع لبلد تحريره)، وهي قاعدة أملتها الضرورات العملية ودواعي العدالة، ورغم أنها كانت تعد قاعدة الزامية، غير أنه بعد التطور في العقود الدولية أصبحت قاعدة اختيارية للمتعاقدين<sup>(٢)</sup>.

وتطبق هذه القاعدة على سائر التصرفات القانونية، الداخلة في نطاق العلاقات الدولية الخاصة وتطبق كذلك على الأشكال المطلوبة للإثبات، أما فيما يتعلق بالأشكال المطلوبة لانعقاد العقد فيذهب الفقه الفرنسي الحديث إلى القول "أنّ تلك الأشكال تكون مفروضة على العقد المبرم في الخارج عندما ينص القانون الشخصي للأطراف، بدافع صحة العقد وليس لأثباته"، ولكن هذا القول لم يكن مقبولاً لدى الفقه والقضاء الفرنسي الذين بقوا متمسكين بالمذهب التقليدي في إخضاع الأشكال المعدة للإثبات كافة والمعدة للإنعقاد لقانون محل الإبرام<sup>(٣)</sup>.

وقد استقر العمل بهذه القاعدة بوصفها قاعدة عرفية وظل القضاء يطبقها، إلى أن ظهرت حركة التقنيات المدنية في القرن التاسع عشر، والتي أخذت مكانها بين نصوص التقنيات وحيث تبلور مضمونها على النحو الآتي: "كل عقد أو تصرف، يتم في بلد ولو بين أجنبي يمكن أن يفرغ في الشكل المقرر في قانون ذلك البلد، وكل عقد أو تصرف يتم على هذا النحو يعتبر صحيحاً شكلاً ويجب الاعتراف به في باقي البلدان، حتى في البلد الذي يتوطن فيه أطرافه، أو يتمتعون بجنسيته"<sup>(٤)</sup>.

ثانياً: مبررات الأخذ بقاعدة قانون محل الإبرام

(١) خليل إبراهيم محمد خليل، المصدر السابق، ص ١٩٧

(٢) عباس عودة بكال، تنازع القوانين في شكل العقد الدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩٩، ص ٥٠.

(٣) عباس عودة بكال، المصدر السابق، ص ٥١-٥٢.

(٤) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص ٢٤٧.

حاول الفقه منذ تطبيقه لقاعدة قانون محل الإبرام، إيجاد مبررات قانونية وعملية لتطبيق هذه القاعدة ومن هذه المبررات ما يأتي:

١- أن الأخذ بقاعدة خضوع شكل العقد لقانون محل الإبرام، يؤدي إلى تيسير المعاملات المالية الدولية ورفع العنت عن المتعاقدين في العلاقات الدولية الخاصة، لأن محل إبرام التصرف يكون تحت تصرف الأطراف، ويسهل عليهم معرفة أحكامه المتعلقة بشكل ما يجرونه من تصرفات<sup>(١)</sup>.

٢- كما أن من الضرورات العملية السماح للمتعاقدين، بمباشرة تصرفاتهم وفق الشكل المحلي لتصرف لأنه قد يتعذر عليهم إجراء التصرف في الشكل الذي يقرره قانون جنسيتهم أو قانون موطنهم، إذا كانوا في دولة اجنبية قد يصل إلى حد تعذر مباشرة هذا التصرف، فهم قد يجهلون الشكل الذي يقرره كل من هذين القانونين، ومن ثم قد يتعذر عليهم مباشرته في محل إبرام التصرف، والأمر يكون أكثر صعوبة لو اختلف المتعاقدان جنسية أو موطناً، لذلك كان أمر التسهيل على الأطراف و مراعاة لحاجات المعاملات الدولية العمل بتطبيق هذه القاعدة، وهي بعد أن كانت إلزامية في الخضوع لمحل إجراء التصرف أصبحت اختيارية بين أكثر من قانون لزيادة التسهيل<sup>(٢)</sup>.

٣- يذهب الكثير من فقه قانون الدولي الخاص، إلى خضوع الشكل للقانون الذي يحكم الموضوع، لأنه اكفل بتحقيق وحدة القانون الذي يحكم العقد، وأنه اقرب إلى طبيعة الأشياء والخضوع لقانون الجنسية المشتركة تبرره معرفة المتعاقدين به أكثر من غيره في بعض الأحيان، وقانون الموطن المشترك تبرره معرفة المتعاقدين به، ولأهمية الموطن كذلك في تنفيذ العقد<sup>(٣)</sup>.

### ثانياً: موقف القوانين والاتفاقيات من شكل العقد الدولي

عالج المشرع المصري مسألة القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، في نص المادة (٢٠) من القانون المدني، التي نصت على أنه "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 قانونهما الوطني المشترك".

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص ٢٤٧.

(٢) د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٧، ص ٣٥١.

(٣) عباس عودة بكال، المصدر السابق، ص ٦٣.



ويلاحظ على هذا النص تعدد ضوابط الاسناد، ولكن يبقى ضابط الاسناد الرئيسي هو قانون محل الإبرام، ويلاحظ كذلك ان المشرع المصري جعل من قاعدة (خضوع الشكل لقانون محل الإبرام) قاعدة تخيرية، أي أن للمتعاقدين اختيار أي قانون من القوانين الأخرى الواردة في النص.

وذهب بعض الفقه المصري إلى أن نص المادة (٢٠) ينظم شكل التصرفات القانونية لذلك كان على المشرع أن لا يبدأ الصياغة بكلمة "العقود"، لأن العقود لا تشمل التصرفات القانونية كلها وإنما التصرفات القانونية تشمل كلا من (التصرف الناشئ من عقد والتصرف الناشئ عن إرادة منفرد) ولا محل لهذا الانتقاد، لأن المشرع المصري لم يعالج في نص المادة (٢٠) سوى شكل العقود الدولية التي تتم بين الأحياء، وأخرج التصرفات القانونية الأخرى من نطاق هذا النص<sup>(١)</sup>.

وما نص عليه القانون التجاري أيضاً بشأن القانون الذي يحكم الورقة التجارية التي يعهد بها المستفيد للمصرف، حيث نصت المادة (٣٨٧) من قانون التجارة المصري التي تنص على أنه "يخضع شكل الالتزامات المصرفية بموجب الكمبيالة لقانون الدولة التي سارت فيها. (٢) ومع ذلك إذا كان الالتزام غير صحيح شكلاً بموجب القانون المشار إليه في الفقرة السابقة ولكنه صحيح شكلاً وفقاً لأحكام القانون المصري فلا يكون لعب الشك أثر في صحة الالتزامات اللاحقة التي تنشأ بموجب الكمبيالة في مصر" والحكم نفسه يسري على الحوالة التجارية، والصك حسب نص المادة ٤٨١ من قانون التجاري المصري. يتضح من النص المتقدم أن هذه القاعدة تسري على كل التزام صرفي يرد على الورقة التجارية سواء أكان في انشائها أم تظهيرها، بمعنى آخر أن هذا النص يحكم حتى عملية الخصم لأن المستفيد يقوم بتظهير هذه الورقة عن طريق تلك العملية، وأن تطبيق هذه القاعدة يتمثل بطابع الزامي لا اختياري كما أنه من الممكن ان تتعدد القوانين التي تحكم شكل الورقة التجارية لأمر من حيث الشكل بتعدد التصرفات التي ترد عليها.

وهذه القاعدة ترد عليها عدة استثناءات<sup>(٢)</sup>:

أورد المشرع المصري استثناء على هذه القاعدة، وشروط اعمال هذا الاستثناء هي:

١- أن يكون الالتزام بموجب الورقة التجارية غير صحيح من حيث الشكل بالنسبة للقانون محل الإبرام.

(١) عباس عودة بكال، المصدر السابق، ص ٩١.

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي، المصدر السابق، ص ٣١٠.

٢- أن يكون هذا الالتزام الباطل وفقاً لقانون محل الإبرام، صحيحاً من الناحية الشكل وفق احكام القانون المصري.

٣- أن ترد على هذه الورقة التجارية التزامات صحيحة لاحقة، تتم وفق احكام القانون المصري. إذا توافرت هذه الشروط في الورقة التجارية، فإن الالتزامات الباطلة لا تؤثر على الالتزامات الصحيحة اللاحقة التي تمت بموجب احكام القانون المصري.

وعلى المنهج نفسه المشرع المصري سار المشرع العراقي، حيث أخضع شكل العقد لقانون محل الإبرام فقد نصت المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها) ويتبين أن القاعدة في القانون المدني العراقي، هي إلزامية من حيث خضوع شكل العقد لقانون محل إبرامه.

ويثير شكل العقد الدولي بما فيه عقد الخصم الدولي مسألة أخرى في القانون العراقي، هي إثبات هذا العقد فمن المعروف ان شكل العقد يرتبط عادة بمسألة إثباته حيث ان القانون الذي يحكم شكل العقد هو الذي يحكم أدلة الإثبات وهو ما ذهب اليه المشرع العراقي في المادة (١٣) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل النافذ، والتي نصت على انه "اولاً - يسري في شان ادلة الاثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني، ومع ذلك يجوز للمحكمة ان تطبق القانون العراقي اذا كان دليل الاثبات فيه ايسر من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي".

نلاحظ أن نص المادة (١٣) من قانون الإثبات، يتوافق مع نص المادة (٢٦) من قانون المدني في اخضاع شكل العقد الدولي لقانون محل الإبرام.

غير أنه يلاحظ في نص المادة (١٣) اثبات أن سلطة القاضي، فيها هي سلطة جوازية في استبدال القانون العراقي بالقانون الأجنبي والأطراف سوف يكونون غير مطمئنين في هذه الحالة ما اذا كان القاضي سيطبق القانون العراقي أم قانون البلد الذي تم فيه<sup>(١)</sup>، فضلاً عن ذلك لو أن المتعاقدين قد نظما العقد ودليل الإثبات طبقاً لقانون الموضوع أو قانون جنسيتهما، ولم يطبقا الشكل المنصوص عليه في قانون بلد الإبرام، وفي هذه الحالة لو كان دليل الإثبات في القانون المعمول به أيسر مما هو في القانون العراقي فإنه لا يكون في مقدور القاضي العراقي تطبيقه كما لا يمكنه تطبيق القانون العراقي،

(١) عباس عودة بكال، المصدر السابق، ص ١٠٣.

لأن نص المادة (١٣) قد ألزم القاضي بتطبيق أسهل القانونين (القانون العراقي او قانون محل الإبرام)، إذ كان الاجدر بالمشرع ان يجعل سلطة القاضي سلطة وجوبية في تطبيق ايسر القانونين<sup>(١)</sup>.

وكذلك ما نصت المادة (٤٨) من قانون التجارة العراقي على أنه "اولاً: يخضع شكل الحوالة إلى قانون الدولة التي تم تنظيمها فيها ومع ذلك لا تعد الحوالة باطلة لعيب في الشكل متى روعي فيها الشكل الذي يتطلبه هذا القانون".

ونخلص من كل ما تقدم ان القواعد القانونية المتعلقة بشكل العقد الدولي في القانون العراقي وبالذات عقد الخصم الدولي، اعتبار قاعدة (خضوع شكل العقد لقانون بلد الإبرام) من طبيعة إلزامية لا يساير التطور القضائي والتشريعي الذي استقر على اعتبار تلك القاعدة اختيارية<sup>(٢)</sup>. والاتجاه الذي يخول الأطراف اختيار اكثر من قانون لحكم شكل التصرف هو الاتجاه السائد في فقه القانون الدولي الخاص، وكذلك في التشريعات.

وفيما يتعلق بموقف الاتفاقيات، ومنها باللائحة روما ١ للقانون الواجب التطبيق على شكل العقد الدولي فقد عالجت اللائحة هذا الموضوع بتفصيل، لم تتناوله الاتفاقيات السابقة.

حيث افردت اللائحة المادة (٩) لبيان القانون الواجب التطبيق على شكل العقد الدولي، فقد نصت الفقرة (١) من المادة (٩) على أن "العقد المبرم بين أشخاص موجودين في بلد واحد هو صحيح شكلاً اذا اكتملت فيه شروط التي ينص عليها القانون الذي يحكم موضوع ذلك العقد بموجب احكام هذه اللائحة أو قانون الدولة التي جرى إبرامه فيها".

فاللائحة وفق هذا النص تكون قد تبنت كون قاعدة الشكل في العقود الدولية بإخضاعها الى قانون موضوع ذلك العقد أو إلى قانون بلد إبرامه، وعليه فتغيير الإرادة للقانون الذي يحكم العقد والذي أجازته اللائحة لن يؤثر أو يمس صحة العقد من حيث الشكل، بموجب المادة (١٩) عندما لا يعترف القانون الجديد بالشكل الذي تم به هذا العقد ولن يمس ذلك حقوق الغير.

(١) عباس عودة بكال، المصدر السابق، ص ١٠٤.

(٢) والجدير بالذكر ان المشرع العراقي في مشروع القانون المدني لعام ١٩٨٦ قد عالج شكل العقد الدولي في المادة (٢٣) حيث نصت على انه " يسري على شكل العقد، قانون الدولة الي أبرم فيها، مع ذلك فلا يعتبر العقد الذي أبرم خارج العراق باطلا بسبب عيب في الشكل متى روعي فيه الشكل الذي يتطلبه القانون العراقي اذا كان أحد المتعاقدين عراقياً". وهذا يعني ان المشرع قد حصر الاختيار ما بين قانون بلد الإبرام والقانون العراقي اذا كان أحد المتعاقدين عراقياً.

ويلاحظ أن اللائحة لم تعالج الحالة العكسية أي بعبارة أخرى عندما يكون العقد باطلاً أصلاً من حيث الشكل ثم ينفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر يجعل العقد صحيحاً من حيث الشكل، وأن الحل الأكثر ملائمة مع الواقع هو الأخذ بتصحيح العقد بعد أن كان باطلاً ويكون ذلك بتغطية القانون المختار لذلك العيب، فما دنا قد سمحنا بإمكانية تغيير القانون بإرادة الطرفين ولمصلحة قانون جديد أكثر تكيفاً مع العقد، فإنه من غير المقبول عدم السماح للمتعاقدين اختيار قانون أكثر تكيفاً مع الشكل الذي يصاغ فيه<sup>(١)</sup>.

وتطرق هذه الاتفاقيات لشكل الذي يخضع له هذا العقد إذا كان الطرفان في بلدين مختلفين وهو ما نصت عليه الفقرة (٢) من المادة (١) بقولها: "العقد المبرم بين طرفين في بلدين مختلفين يعتبر صحيح شكلاً، إذا كان ينسجم مع الشكل المطلوب في القانون الذي يخضع له العقد بموجب هذه الاتفاقية أو احد قوانين هذين البلدين".

واخيراً نلاحظ أن اللائحة روما ١ قد ضيقت من الطبيعة الاختيارية، لقاعدة (خضوع الشكل لقانون بلد إبرام العقد) بحصرها حرية الاختيار بين القانون الذي يحكم الموضوع وقانون بلد الإبرام. ومع أن القاعدة العامة هي خضوع الشكل لقانون محل الإبرام، غير أن هناك مسائل تخرج عن نطاق هذه القاعدة وتخضع لقانون آخر وهي:

١- الإجراءات المتعلقة بالتنفيذ وإجراءات إقامة الدعوى وتعقيها، وهي لا تخضع لقانون الإبرام وإنما تخضع لقانون المحكمة المرفوع أمامها النزاع، وفق ما أقرته (٢٨) من القانون المدني العراقي التي تنص على أن (قواعد الاختصاص وجميع الإجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات) والمادة (١٣/ثانياً) من قانون الإثبات العراقي التي تنص على أن "يسري بشأن إجراءات الإثبات قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى".

٢- الأشكال المتعلقة بالعلانية، كذلك التي تقع على الأموال والتي يقصد من إعلانها حماية الأغيار عن طريق شهر التصرفات القانونية، فهي من اختصاص قانون موقع المال، إذا كان النزاع يتعلق بالأموال، التي يتعلق بها الإعلان والإشهار<sup>(٢)</sup>.

(١) عباس عودة بكال، المصدر السابق، ص ١١٧.

(٢) د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠١١، ص ١٧٤.

وتبقى مسألة تحديد ما يتعلق بالشكل، بوصفها من مسائل التكييف تخضع لقانون القاضي إذ تنص لمادة (١/١٧) من القانون المدني العراقي (القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينه.

## المطلب الثاني

### القانون الذي يحكم موضوع عقد الخصم الدولي

بعد أن بينا القانون الذي يحكم الأهلية والشكل، نتناول المسائل الموضوعية التي تدخل في تكوين العقد وما يترتب عليه من آثار، وأسباب زواله، ضمن مفهوم قانون العقد أو القانون الواجب التطبيق عليها، وللاحاطة بهذا الموضوع نتناوله في فرعين:

الفرع الأول: القانون الذي يحكم تكوين عقد الخصم الدولي

الفرع الثاني: القانون الذي يحكم آثار عقد الخصم الدولي وانقضاءه

### الفرع الأول

#### القانون الذي يحكم تكوين عقد الخصم الدولي

إنّ البحث في تكوين العقد، يقودنا إلى معرفة القانون الواجب التطبيق على أركانه المتمثلة بركن الرضا والمحل والسبب:

#### أولاً: ركن الرضا

لا يوجد عقد مالم تكون هناك اتفاق إرادتين على احداث أثر قانوني، وان يعبر عنها فإن الإرادة ركن جوهري في تكوين العقد، فعقد الخصم الدولي ينعقد بمجرد تطابق إرادة المستفيد مع إرادة المصرف وان وجود إرادتين متوافقتين تكفي لوجود العقد<sup>(١)</sup>، والسؤال الذي يطرح بصدده ما تقدم حول أي قانون يتم فيه تقدير وجود الارادة او التراضي؟

ذهب رأي إلى القول أن الإرادة هي جزء من أهلية الشخص، ومن ثم فإنها تخضع للقانون الشخصي لأطراف عقد الخصم الدولي، ولكنه هذا الرأي منتقد لأن الرضا مجرد اقتران الإرادة بغيرها لترتيب اثره قانوني ولا يدخل ضمن مسائل الأهلية، فليس من المعقول تجزء الرضا واخضاع كل جزء

(١) د. عبد المجيد حكيم واخرون، المصدر السابق، ص ٣١.

لقانون اخر، بل يجب اخضاعه لقانون واحد وهو قانون العقد<sup>(١)</sup>، ويذهب رأي ثان إلى اخضاع الإرادة لقانون بلد الإبرام وتبريرهم في ذلك ان المتعاقدين على علم بمكان ابرام العقد<sup>(٢)</sup>، ويذهب رأي ثالث والمتمثل بالفقه المصري الى القول بأن تحديد شروط الرضا يستلزم الرجوع لقانون الوطني للقاضي حتى يمكن أن يقال انه بصدد عقد، وتبريرهم في ذلك هي سماح المشرع للمتعاقدين بتجزئة العقد، فيرجع القاضي إلى قانونه الوطني كلما طرح نزاع يتعلق بشروط الايجاب والقبول، على اساس أن هذا القانون هو المرجع في تحديد كيفية تعبير المتعاقدين عن ارادتهم وقيمة السكوت في هذا التعبير<sup>(٣)</sup>، كما ان الإرادة بحسب قولهم من مسائل الواقع، غير ان الرأي الراجح هو ان يتم تقدير الارادة والتراضي استنادا إلى قانون العقد، لضمان وحدة القانون الواجب التطبيق على مراحل تكوين عقد الخصم الدولي كافة ولاسيما انها تعد المرحلة الأولى في ولادة العقد<sup>(٤)</sup>، بحسب الرأي راجح أن إرادة كل من المستفيد والمصرف تخضع لتقدير قانون العقد الذي يحكم عقد الخصم الدولي.

وإذا كانت الإرادة او التراضي تخضع لقانون عقد الخصم الدولي، فهل يطبق ذات القانون فيما يتعلق بعيوب الرضا وهي الغلط، والتدليس، والإكراه، والاستغلال؟

اختلف الفقهاء حول القانون الذي ينظم عيوب الرضا، فجانبا من الفقه يخضعها إلى حكم القانون الموطن وجانب اخر يخضعها لحكم القانون الشخصي للمتعاقدين بحجة أن هذه العيوب من دائرة القانون الذي يحكم عقد الخصم الدولي، لأن الرضا يهدف الى حماية الطرف المتعاقد، كما ان القواعد الخاصة بالرضا هي من قواعد الأمرة في القانون الداخلي فلا يمكن تخطيها واخضاعها لقانون أجنبي كما أنه من الصعب تصور تعين قانون اجنبي، إذا كان الرضا معيباً من بادئ الامر<sup>(٥)</sup>، ويذهب رأي ثالث الى اخضاع عيوب الرضا لقانون القاضي، بحسبان أن قواعد التي تنظم الإرادة من النظام العام غير ان الرأي راجح يذهب الى اخضاع عيوب الرضا لقانون المختار من قبل المتعاقدين، لاتصال الإرادة بتأمين المعاملات والأمانة في التعاقد<sup>(٦)</sup>، ونحن نؤيد الرأي القائل بخضوع عيوب الرضا لقانون الإرادة.

(١) عيد حفيظ، المصدر السابق، ص ١٢٦.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص ٢١٨.

(٣) علاء الدين محمد ذيب، المصدر السابق، ص ٢٥٧ وما بعدها.

(٤) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص ٢١٩.

(٥) حامد زكي، المصدر السابق، ص ٣٢٥.

(٦) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص ٢١٩.

وأول العيوب هو عيب الغلط سواء ما يتعلق بأشخاص عقد الخصم أو بموضوعه، فقد يقع المصرف في غلط بشخصية المستفيد ويعدّ السبب الرئيسي في إبرام عقد الخصم الدولي، فإذا شاب إرادة المصرف أي غلط في شخصية المستفيد فإنه يفتح المجال للطعن في العقد الأصلي بالأبطال لعبب الإرادة<sup>(١)</sup>، وقد يتعلق الغلط بموضوع العقد أي المبلغ الذي يقوم المصرف بدفعه للمستفيد، لذا يجب تعيين هذا المبلغ على وجه الدقة بالحروف أو بالأرقام أو باللاتين معاً والأسلوب الأخير هو الأكثر شيوعاً<sup>(٢)</sup>. أما فيما يخص الغبن والذي يكون عيباً في العقد ويقاس بمعيار موضوعي ومن ثم فإنه يخضع لقانون العقد لاسيما في القانون المصري الذي يعدّه أحد عناصر الطعن في العقد، وبذلك هو يختلف عن الاستغلال الذي يكون عيب في الشخص ويقاس بمعيار شخصي، ويرى بعض الفقه ان الاستغلال هو أحد صور الغبن ومن ثم يخضع لنفس القانون<sup>(٣)</sup>.

وتبقى مسألة كيفية التعبير عن تلك الإرادة، فهل يعتد بالإرادة الظاهر أم الإرادة الباطنة لكل من المستفيد والمصرف ومتى ينتج التعبير عن الإرادة اثره، وما حكم وفاة من صدرت الإرادة منه وحكم السكوت عن التعبير، فهل يمكن عدّه بمثابة قبول؟

غالبية الفقهاء يخضعون هذه المسائل لقانون العقد أي أن هذا القانون الاخير هو من يختص بتنظيمها كما يسري هذا القانون عن كيفية تطابق الارادتين (الايجاب والقبول) وحكم الرجوع أي متعاقد عن ارادته والتعبير الصريح وأدواته، ودلائل التعبير الضمني، وتطابق الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، وقد يكون هذا التعبير بألفاظ يؤديها اللسان مباشرة، وقد يكون بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً<sup>(٤)</sup>.

أما السكوت عن القبول، فينتجه رأي إلى إخضاعه لقانون العقد، غير أنّ الرأي الراجح هو إخضاع حكمه لقانون محل إقامة الساكت أو محل نشاطه، بهدف حمايته من أن يلتزم بتطبيق قانون لا يعرفه

(١) المادة (٢/١١٨) من القانون المدني العراقي التي نصت على، أنه (لا ينفذ العقد إذا وقع غلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد)، وما يقابل ذلك المادة (١٢٢) من القانون المدني المصري التي نصت على، أنه (يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون، إذا توافرت فيه شروط الغلط الواقع طبقاً للمادتين (١٢٠ و ١٢١)، وهذا ما لم يقض القانون بغيره).

(٢) د. فوزي محمد سامي ود. فائق محمود الشماع، المصدر السابق، ص ٦٨.

(٣) عيد حفيظ، المصدر السابق، ص ١٢٧.

(٤) محمد علاء ذبيب، المصدر السابق، ص ٢٦٣.

واخذ بهذا الرأي القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ في نص المادة (١٢٣) ويؤيده الفقه<sup>(١)</sup>، وعلى نفس النهج سارت لائحة روما ١ بشأن حكم السكوت حيث اخضعت له لحكم قانون محل الإقامة المعتادة لمن وجه إليه الإيجاب، إلا إذا ظهر من الظروف بأنه لن يكون من عقلايا ترك تحديد اثر السكوت لذلك القانون<sup>(٢)</sup>.

وبما أن قانون العقد من يحكم مسائل المتعلقة بركن الرضا كافة، فمن الطبيعي ان هذا القانون هو من يحدد نظام الوعد بالتعاقد والاثار المترتبة عليه، واحكام العريون ودلالاته.

### ثانياً: ركن المحل

ومحل العقد هو الأداء الذي يلتزم به المدين، وقد يكون نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل ويشترط لصحة محل العقد توافر عدة شروط، منها أن يكون موجوداً أو ممكن الوجود، ومنها ان يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأخيراً أن يكون قابلاً للتعامل فيه أي (مشروعاً)<sup>(٣)</sup>.

ويرى جانب من الفقه أن وجود محل العقد وامكانية وجوده يدخل ضمن اختصاص قانون محل التنفيذ وتبريرهم على ذلك أن المحل يتعلق بتنفيذ المدين لالتزاماته، اما مشروعية التعامل بالمحل تخضع لاختصاص قانون القاضي<sup>(٤)</sup>، ويرى جانب آخر من الفقه ان المحل يخضع للقانون الذي يحكم العلاقة العقدية من حيث شروطه، وإنّ هذا القانون هو من يحدد وجود المحل والتعيين والقابلية للتعيين ومشروعيته في حين لا يكفي في القانون الإنكليزي أن يكون المحل مشروعاً وفقاً لقانون العقد، وإنما لابد أن يكون مشروعاً طبقاً لقانون العقد وقانون مكان التنفيذ<sup>(٥)</sup>.

لا يوجد نص خاص ينظم محل عقد الخصم الدولي، ولكن بحسب طبيعة عملية هذا العقد فإنه محله يكون دائماً مبلغاً من النقود، وهو جائز ومشروع في جميع التشريعات، ومن ثم وحسب الرأي الراجح والأصح هو ان يخضع لقانون العقد.

### ثالثاً: ركن السبب

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص ٢٢١.

(٢) محمد علاء ذبيب، المصدر السابق، ص ٢٦٤.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، المصدر السابق، ص ٩٥.

(٤) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص ٢٢٣.

(٥) خليل ابراهيم محمد خليل، المصدر السابق، ص ٢٠٤.



حتى يكون العقد صحيح يجب ان يستند إلى سبب مشروع، والسبب هو أحد أركان عقد الخصم الدولي وهو محل التزام كل طرف من أطرافه، وعليه فالتزام المستفيد بنقل ملكية الورقة التجارية المخصوصة هو سبب التزام الطرف المقابل المصرف بدفع قيمة الورقة التجارية.

وهناك اراء مختلفة حول قانون تقدير ركن السبب، يتجه رأي إلى اخضاع ركن السبب إلى اختصاص قانون القاضي، لأنّ تقدير مشروعية سبب التزام الاطراف من عدمه هي من اعمال فكرة النظام العام الوطني<sup>(١)</sup>، غير ان الرأي الراجح هي وجوب اخضاع ركن السبب لقانون العقد فقانون العقد هو من يحدد مشروعيته وسبب التزام كل طرف في العقد<sup>(٢)</sup>، ويلاحظ ان مشروعية السبب من الممكن أن تتأثر بقانون الوطني للقاضي فإذا كان السبب يتعارض مع قانون القاضي ويتوافق مع اختصاص قانون العقد فإنه القاضي يلتزم بتطبيق قانونه، حتى في حالة اذا كان السبب غير مشروع وفق قانون العقد، لكنه مشروع وفق قانون القاضي طبق القاضي كذلك قانونه الوطني<sup>(٣)</sup>.

وبصد ما تقدم أصدرت محكمة النقض الفرنسية قراراً في عام ١٩٦١ وجاء في القرار على انه "إذا كان القانون الاجنبي الذي كان سبب العقد غير مشروع وفقاً له، وهو من بين القوانين التي لا يمكن تطبيقها داخل فرنسا لأسباب تتعلق بالنظام العام، فإن المحاكم الفرنسية تقبل بصحة العقد" لكن اذا كان القانون الاجنبي يمكن تطبيق في فرنسا، فعلى المحاكم الفرنسية اثبات مخالفة العقد لنظام العام ومن ثم الحكم ببطلان العقد<sup>(٤)</sup>.

فإذا أثار نزاع امام قاضي عراقي، فيما يتعلق بتكوين عقد الخصم الدولي وكان سبب التزام المتعاقدين غير مشروع وفق القانون العراقي، يطبق القاضي العراقي قانونه ببطلان العقد حتى وان كان السبب صحيحاً وفق قانون المختار من قبل المتعاقدين.

أما إذا تخلف ركن من اركان العقد التراضي، المحل، السبب فإن الجزاء الذي يترتب القانون على هذه الحالة هو بطلان العقد، ولكن السؤال الذي يثار وفق أي قانون يتم الحكم ببطلان العقد؟

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص ٢٢٣.

(٢) خليل ابراهيم محمد خليل، المصدر السابق، ص ٢٠٥.

(٣) علاء الدين محمد ذيب، المصدر السابق، ص ٢٦٦.

(٤) نفس المصدر، ص ٢٦٧.

من المعروف ان القانون الذي يحدد أي التزام، أو ينظم تكوين أي عقد هو ذاته من يحدد الجزاء المترتب على مخالفة ذلك الالتزام، فإذا كان قانون العقد هو من يختص بتقدير اركان العقد فمن الطبيعي أن يختص هو ذاته بالحكم ببطلان العقد كجزء على تخلف احد اركانه، أو حتى في حالة تخلف احد شروط هذه الأركان، عدا حالة بطلان الذي يترتب كجزء على تخلف شرط الأهلية في احد المتعاقدين أو كلاهما فإنه يسري في هذه الحالة القانون الشخصي للمتعاقدين<sup>(١)</sup>.

وكذلك يختص قانون العقد بتحديد نوع البطلان ومن له حق التمسك به، كما يحدد مدة التقادم في طلب بطلان العقد واجازه العقد القابل للبطلان، الا في حالة تنازل صاحب الحق عن طلبه في ابطال العقد فانه يخضع لقانون اخر غير قانون العقد، لاعتبارات تفرضها حماية الغير كما يخرج من اختصاص قانون العقد مسألة تحول العقد فهي تخضع للقانون القاضي<sup>(٢)</sup>.

اما بالنسبة لأثار التي تترتب على بطلان العقد مثل الرد والتعويض، فإنها تخضع لقانون بلد تنفيذ العقد الباطل، لأن عقد باطل ومن ثم لا جود له وبالتالي هذه الالتزامات لا تعد من قبيل الالتزامات التعاقدية وانما تدخل ضمن طائفة الالتزامات غير التعاقدية، ومن ثم فهي تخضع للقانون الذي يحكم هذه الالتزامات<sup>(٣)</sup>.

وصفوة ما سبق، إذا ما طبقنا على عقد الخصم الدولي، فإن معظم مسائل تكوينه تدخل في اختصاص قانون العقد مع بعض الاستثناءات، حيث تخضع إرادة كل من المستفيد والمصرف لقانون العقد فهو من يحدد كيفية التعبير عن الإرادة، أما بالنسبة لحكم السكوت فهو يخرج عن نطاق قانون العقد ويخضع لقانون الإقامة الدائمة للذي وجه إليه الإيجاب، مع التحفظ بشأن وجود تعاملات سابقة للمتعاقدين تقيد بغير ذلك، كذلك تخضع بقية اركان العقد من محل وسبب للقانون العقد وحتى فيما يتعلق بالجزاء المترتبة على تخلف هذه الاركان تخضع لذات القانون وتؤيد الباحثة الآراء التي تقر بتطبيق قانون العقد، لان العملية التعاقدية قائمة على أساس الثقة فمن غير المعقول الحكم بتطبيق قانون غير معروف لدى احد المتعاقدين أو كلاهما، لذا ندعو القاضي العمل بالقواعد المقررة في نطاق قانون العقد

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص ٢٢٥.

(٢) نفس المصدر، ص ٢٢٦.

(٣) علاء الدين محمد ذيب، المصدر السابق، ص ٢٦٧.

إذا ما ثار أمام نزاع يتعلق بالمسائل المتقدمة مع التحفظ بحق استبعاد القواعد المخالفة لنظام العام الوطني.

## الفرع الثاني

### القانون الذي يحكم آثار عقد الخصم الدولي وانقضاءه

بعد ان بينا تكوين العقد والأركان المترتبة على تكوينه، والقانون الذي تخضع له هذه الأركان نحاول في هذا الفرع بيان القانون الذي يحكم، تقرير الآثار المترتبة على هذا العقد وتحديد كيفية انقضاءه.

#### أولاً: القانون الذي يحكم آثار عقد الخصم الدولي

تدخل آثار العقد كقاعدة عامة في مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية وان الهدف الأساسي من التعاقد هو تحقيق النتائج المنتظرة من ذلك، و ترتيب كل الآثار القانونية، لذا أصبح من الضروري إخضاعها لقانون العقد أي قانون الإرادة، والذي يستجيب أكثر لمصلحة المتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد على التفصيل الآتي:

#### ١- اثر العقد من حيث الأشخاص:

تخضع الآثار التي تترتب من عقد الخصم الدولي، لقانون المختار من قبل أطرافه أو لقانون الذي عينته ضوابط الإسناد الاحتياطية، في حالة سكوت الإرادة عن الاختيار، فيتولى هذا القانون تحديد آثار هذا العقد بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للخلف العام<sup>(١)</sup>، وكذلك يبين قانون العقد مدى الزامية العقد وكل الاسباب التي تؤدي إلى نقضه، وبيان من هم الخلف العام<sup>(٢)</sup>، ويتولى كذلك هذا القانون تحديد لهم حق الاستفادة من هذا العقد ومن يلتزم بهذا العقد، سواء أكانوا من أطراف العقد أم من الغير وتحديد مدى انصراف آثار العقد سواء للخلف الخاص أو العام أو المستفيد من اشتراط لصحته الغير<sup>(٣)</sup>، وأطراف عقد الخصم هما المصرف والمستفيد ومن ثم يتحدد اثر العقد بالنسبة لهما.

(١) تنص المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي على ان "١- ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد او من طبيعة التعامل او من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام".

(٢) الخلف العام هو من يخلف غيره في ذمته المالية كلها او جزء منها، كالوارث او الموصى له فينصرف اثر العقد اليهما للتفاصيل اكثر انظر د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، المصدر السابق، ص ١٣٠.

(٣) عيد حفيظ، المصدر السابق، ص ١٢٩.

وتجدر الإشارة إلى أن عقد الخصم الدولي قد يتم إبرامه، من قبل نائب بحيث تحل إرادة هذا الأخير مقام إرادة الأصل في التعاقد مع الغير، وبذلك نكون امام ثلاث أطراف في العلاقة العقدية الأصل وهو المستفيد و النائب عنه والمصرف، فهل يعد بإرادة النائب أم إرادة الأصل في تحديد القانون الواجب التطبيق، إذا اعتبرنا أن القانون الذي يحكم العقد هو قانون الإرادة؟

لقد اثارت هذه المسألة خلافاً فقهيًا، بحسب الاهتمام بطرف معين دون الطرف الأخر، ولكن الرأي الغالب من الفقه يعتد بإرادة الأصل، بالنسبة لاختيار القانون الواجب التطبيق على النيابة بحجة ان آثار العقد تتصرف إلى الأصل مباشرة، فالقانون الذي تحدده إرادة الأصل هو الذي يحكم النيابة بكاملها دون الأخذ بعين الاعتبار، إرادة النائب أو الغير المتعامل مع النائب ويذهب اتجاه اخر الى الاخذ بإرادة النائب اي تطبيق قانون العقد الذي يبرمه النائب مع الغير على اساس أن النيابة تؤثر على صحة العقد وأثاره مما يؤدي إلى وحدة في القانون المختار<sup>(١)</sup>.

## ٢- آثار العقد من حيث الموضوع

يخضع هذا النوع من الآثار للقانون الذي يحكم عقد الخصم الدولي، ويعني ذلك أن يتم الرجوع للقانون المختار من قبل اطراف العقد لتحديد مضمون الالتزامات الناشئة كنقل ملكية الورقة التجارية ودفع الأجر في عقد الخصم الدولي و أحكامه، وما يترتب عليه عقد الخصم عادة من التزامات على المستفيد بان يلتزم بنقل ملكية الورقة التجارية ودفع العمولة و مصاريف التحصيل كافة ورد القيمة الاسمية للورقة المخصومة إلى المصرف وان يدفع هذا الأخير له الأجر المتفق عليه ويتولى قانون العقد كذلك مسألة تحديد المسؤولية العقدية، فضلاً عن تحديد مدى امكانية تعديل العقد وأهمية التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد والتزام المتعاقدين بتنفيذه باعتباره شريعة المتعاقدين وتفسيره<sup>(٢)</sup>.

## - مضمون العقد والمسؤولية العقدية

حيث يخضع مضمون عقد الخصم الدولي ونقضه و تعديل المضمون التعاقدية، ومضمون حسن نية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية لقانون الذي يحكمه، فضلاً عن أنه يشمل نظرية الظروف الطارئة

(١) شريف هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، الطبعة الاولى، جامعة الجزائر، الجزائر، بدون سنة نشر، ص ٨٤.

(٢) ابراهيم خليل محمد خليل، المصدر السابق، ص ٢٠٧.

والشروط تطبيقها وما يترتب على تحقيقها من جزاء وتعين سلطة القاضي في هذه الحالة، ومدى تعلق هذه السلطة بالنظام العام<sup>(١)</sup>.

أما عن المسؤولية العقدية فهي تترتب من جراء عدم تنفيذ اطراف عقد الخصم الدولي لالتزاماتهم وهي تتكون من عنصرين عنصر المديونية وعنصر المسؤولية، أي الجزاء المترتب على اخلال المتعاقدين بالتزاماتهم ويخضع هذان العنصران لحكم قانون العقد، ويختص هذا القانون ايضاً بتحديد المقصود بالخطأ العقدي، كما يتولى تحديد ركن الضرر في المسؤولية العقدية والتعويض عن الاخلال بها سواء أكان التعويض عن الضرر الالهي أو الضرر المباشر، وكذلك تحديد العلاقة السببية بين الفعل والضرر<sup>(٢)</sup>.

#### - تنفيذ العقد

تثير مسألة تنفيذ العقد عدة مواضيع، من ضمنها وقت تنفيذ عقد الخصم الدولي ومحل تنفيذه والأشخاص الذين يشملهم التنفيذ، فكل هذه المواضيع اختلف الفقه والقانون حول تعيين القانون الواجب التطبيق عليها.

يذهب جانب من الفقه الانكليزي والفرنسي إلى التفرقة بين الالتزامات، على العقد الدولي وبين تنفيذها فيطبق قانون العقد على هذه الالتزامات، أما تنفيذ هذه الالتزامات فيخضع كل التزام لقانون بلد تنفيذه بمعنى أن الالتزامات التي تترتب على إبرام عقد الخصم الدولي تخضع لقانون الذي يحكم العقد بينما الالتزامات المترتبة على تنفيذه تخضع لقانون البلد الذي يتم فيه تنفيذ العقد، وحثهم في ذلك ان المحكمة تتدخل في حالة الاخلال في تنفيذ الالتزامات كما ان مثل هذه التفرقة تمنع المتعاقدين من الافلات من الاحكام الموجودة في قانون التنفيذ<sup>(٣)</sup>.

أما جانب الآخر الذي يمثل غالبية الفقه، فيذهب إلى القول بأن تنفيذ العقد يخضع للقانون الذي يحكم العقد، وهذا الاخير هو الذي يحدد الالتزامات كل الاطراف المتعاقدة، كما يتولى تحديد متى يكون التنفيذ عينياً والطريقة التي يجب أن يتم التنفيذ بها، ومتى يكون التنفيذ بمقابل وكيفية تقدير التعويض وعناصره، وكذلك تحديد طبيعة الالتزام الواقع على الاطراف سواء كان ببذل عناية او بتحقيق نتيجة

(١) عيد حفيظ، المصدر السابق، ص ١٣١.

(٢) علاء الدين محمد ذيب، المصدر السابق، ص ٢٧٠.

(٣) شريف هنية، المصدر السابق، ص ٨٦.

أحكام الشرط الجزائي وبيانه، وأحكام التعويض القانوني أي (الفوائد) ويحكم قانون العقد كذلك التضامن وعدم قابلية الدين للانقسام ووجوب الإعدار وعدمه، غير أن الغرامة التهديدية تخضع لقانون القاضي لأنها مسالة إجراءات<sup>(١)</sup>.

ومهما كان الأمر من خضوع تنفيذ الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يحكم العقد وفقا لما انتهى إليه الفقه الغالب لا يمنع من ضرورة التسليم باستحالة تنفيذ العقد، فيما لو كان قانون دولة التنفيذ لا يقر الوسائل التي ينص عليها قانون العقد وتعد استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية في محل على هذا النحو بمثابة القوة القاهرة، وهذا ما جاءت به لائحة (روما ١) صراحة بحكم خاص في المادة (١٠/٢) بأنه فيما يخص طريقة التنفيذ والخطوات المتخذة في حالة العجز عن التنفيذ، يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار الدولة التي تم فيها التنفيذ<sup>(٢)</sup>.

وتخضع مسالة استحالة التنفيذ إلى قانون العقد وتخضع أوصاف الالتزام من شرط القانون العقد وأجله وكذلك تعدد محل الالتزام وتعدد طرفي الالتزام كما يخضع إلى قانون العقد انتقال الالتزام سواء كان هذا الالتزام إيجابيا عن طريق حوالة الحق أم سلبيا عن طريق حوالة الدين، غير أن نفاذ حوالة الحق يقتضي خضوعها إلى قانون موطن المدين رعاية لمصلحة الغير<sup>(٣)</sup>.

اما عن التنفيذ الجبري فيخضع (لقانون القاضي باعتباره من مسائل الإجراءات)، كما ان قانون دولة التنفيذ قد لا يقر الوسائل التي ينص عليها قانون العقد، مما يترتب عليه استحالة التنفيذ وتعد هذه الاستحالة كقوة القاهرة وهي تخضع لقانون العقد، أما عن وسائل كفالة التنفيذ ومنها الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ التصرف ودعوى الصورية، والحق في الاحتباس فيطلق عليها قانون العقد، كما قرر قانون العقد اثر شروط العقد<sup>(٤)</sup>.

### \_ تفسير العقد

ان مسألة تفسير العقد في حالة وجود غموض، يتم البحث عن النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند الألفاظ، أو التسميات التي استعملها المتعاقدان توهماً أو بقصد اخفاء حقيقة التصرف

(١) خليل ابراهيم محمد خليل، المصدر السابق، ص ٢٠٧.

(٢) علاء الدين محمد ذيب، المصدر السابق، ص ٢٧١.

(٣) خليل ابراهيم محمد خليل، المصدر السابق، ص ٢١١.

(٤) علاء الدين محمد ذيب، المصدر السابق، ص ٢٧٢.

المقصود<sup>(١)</sup>، وهذا ما نصت عليه مبادئ اليونيدروا في المادة (١١٤) التي تنص على أنه: "١- يجب تفسير العقد طبقاً للنية المشتركة لأطرافه..."<sup>(٢)</sup>.

وهذا الحل صالح لكل العقود سواء كانت داخلية أو دولية و القانون الذي يطبق على تفسير العقد هو القانون الذي يختاره المتعاقدان، وخضوع تفسير العقد لقانون العقد يعني خضوع قواعد التفسير لهذا القانون، وإذا كتب المتعاقدان العقد بلغة دولة أخرى غير لغة الدولة التي اختارا قانونها ليحكم العقد فيتعين الرجوع إلى قانون الدولة التي دون العقد بلغتها، للتعرف على معاني المصطلحات القانونية الواردة في العقد<sup>(٣)</sup>.

فإذا كان هناك غموض في متن عقد خصم الدولي، و كان القانون العراقي هو المختار فإنه يستعمل لتفسير العقد، مع الملاحظ أنه في معظم الحالات يقوم المتعاقدان مباشرة بوضع شرط تفسير العقد في متن العقد ذاته بأن يكون التفسير وفق القانون المختار لا غيره، لكن هذا الحل لم يتقبله بعض الفقه، حيث اعتبروا أن تفسير العقد هو مسألة واقع، ومن ثم فإنه يخضع لقانون بلد إبرام أو بلد التنفيذ لأن المتعاقدين قد يستعملوا بعض المصطلحات تكون تابعة لقانون بلد الإبرام أو التنفيذ، لذلك فالأسهل أن يرجع المتعاقدين لتفسير هذه المصطلحات إلى أحد القانوني<sup>(٤)</sup>.

كما أن هناك اتجاه جديد لتفسير العقود الدولية، في حالة وجود فجوات في العقد وخلوه من نص خاص يحسم المسائل محل النزاع وفي هذه الحالة يبرز دور القاضي في التعامل مع هذا الموقف والبحث عن حل لفجوات العقد، ضمن نصوص مبادئ اليونيدروا المختلفة<sup>(٥)</sup> ونرى انه من غير الملائم منح القاضي السلطة واسعة في اكمال فجوات العقد، لأن ذلك من اختصاص المتعاقدين، بل عليه ان يفسر ويكمل العقد وفق لمحتوى إرادة المتعاقدين منعاً لتعسف القاضي في استعمال سلطته.

### ثانياً: القانون الذي يحكم انقضاء العقد

(١) محمد يوسف، تفسير العقد في القانون المدني، مجلة العلوم السياسية والقانون، المجلد ٣، العدد ١٦، ألمانيا، ٢٠١٩، ص ٢٣٨.

(٢) د. امين دواس واخرون، المصدر السابق، ص ٥٩٥.

(٣) خليل ابراهيم محمد خليل، المصدر السابق، ص ٢٠٦.

(٤) شريف هنية، المصدر السابق، ص ٨٤.

(٥) د. امين دواس واخرون، المصدر السابق، ص ٦١٩.

ينقضي الالتزام بالوفاء والتجديد والإنابة والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء واستحالة التنفيذ والتقادم وفق الترتيب الذي نص عليه القانون المدني العراقي<sup>(١)</sup>، وبما ان عقد الخصم الدولي ينقضي بطريقة الوفاء والفسخ لذا سوف نركز بحثنا على هاتين الطريقتين، فالوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء العقد الدولي وهو تنفيذ المتعاقدين الالتزامات الناشئة عنه، ويختص قانون العقد بتحديد شروط الوفاء او التنفيذ العيني، غير انه يخرج من نطاق قانون العقد الغرامات التهديدية لإجبار المدين على الوفاء فهي من مسائل الاجراءات وهي بذلك تخضع لقانون القاضي<sup>(٢)</sup>.

كما يختص قانون العقد ببيان اشخاص الذين يصح منهم الوفاء ومن يصح لهم الوفاء، وهو الذي يبين على أي شيء يقع الوفاء وزمانه ومكانه، غير انه يشترط عدم مخالفة طريقة التنفيذ للقواعد المتعلقة بالنظام العام في بلد الوفاء، كما لو كان بلد الوفاء يمنع الوفاء بالذهب أو بعملة معينة<sup>(٣)</sup>.

أما بالنسبة لاتفاق الأطراف على فسخ العقد وشروطه واثاره، يخضع كذلك لقانون العقد وهذا الحل يسري على فسخ العقد بحكم القضاء، وقد يقال بتطبيق قانون القاضي باعتبار أن الفسخ لا يتقرر الا بحكمة ومن ثم هو من يعتبر منشأً للفسخ لا كاشفاً عنه<sup>(٤)</sup>.

أما عن موقف اللائحة روما ١ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية من كل ما تقدم، فقد نصت في مادة (١١٨) على ان وجود العقد وصحته وشروطه تحدد وفق ما ينص عليه قانون العقد، ففيما يتعلق بعقد الخصم الدولي من حيث وجوده وصحته ومشروعية أي شرط من شروطه، بما في ذلك شرط الإعفاء من المسؤولية يخضع وفق النص أعلاه لقانون العقد وكذلك يخضع تنفيذه وتفسيره وانقضاء عقد الخصم الدولي لحكم ذات القانون وفق ما نصت عليه المادة (١٠) في فقراتها الثلاثة من الاتفاقية نفسها، وهذه الأحكام تقريبا كان يقرها الفقه والقضاء بخصوص نطاق القانون الواجب التطبيق على العقد تبنتها اللائحة روما ١.

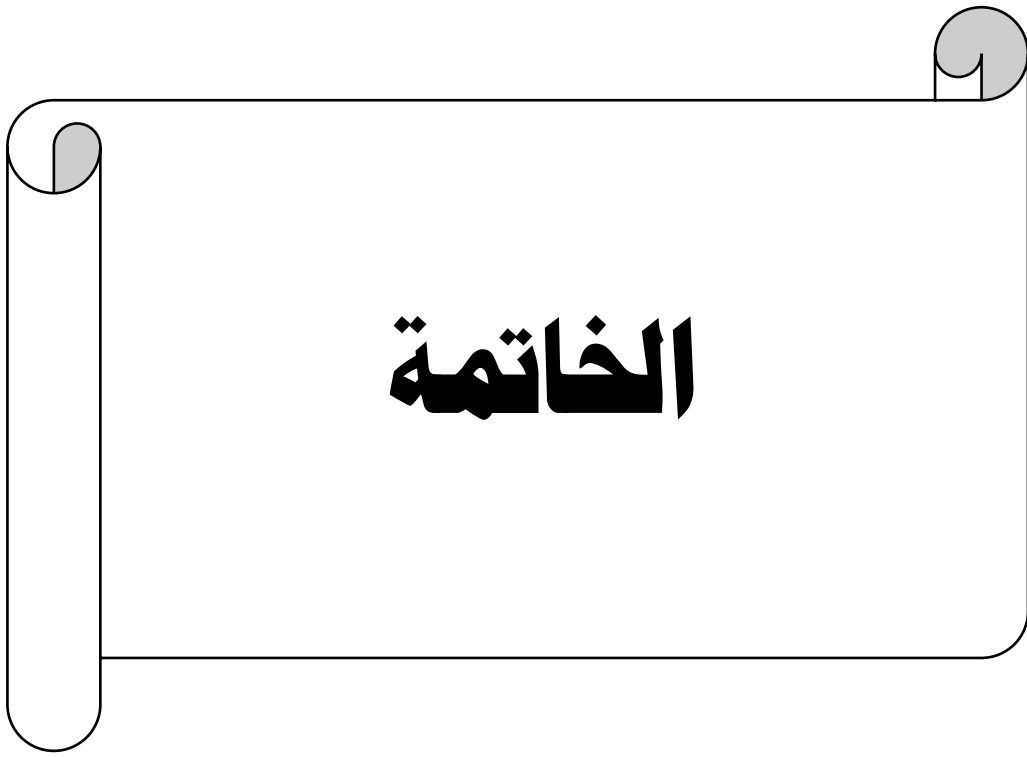
(١) د. عبد المجيد حكيم وآخرون، احكام الالتزام في القانون المدني، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، ص ٢٥٠.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص ٢٣٠.

(٣) خليل براهيم محمد خليل، المصدر السابق، ص ٢١١.

(٤) نفس المصدر، ص ٢١١.





الخاتمة

## الخاتمة

وبعد انتهاء دارستنا في موضوع تنازع القوانين في عقد خصم الورقة التجارية الدولي، توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات وكما يأتي:

### أولاً: الاستنتاجات:

١- يتضح لنا من خلال البحث في موضوع محل الدراسة، أنّ عقد الخصم الدولي حتى يثير تنازعا بين القوانين، يستلزم أولاً ان تكون له صفة دولية وفق معايير أقرها الفقه والاحكام القضائية.

٢- ان المعيار المزدوج الذي يجمع بين المعيار القانوني والاقتصادي، هو الأكثر ملاءمة للتطبيق على عقد الخصم الدولي، لما يتسم به هذا المعيار من مزايا يمكن الاعتماد عليها في تحديد دولية عقد الخصم الدولي، فضلاً عن ذلك فإنّ هذا المعيار يشترط ارتباط العقد بمصالح التجارة الدولية وهو ما ينطبق على عقد الخصم الدولي.

٣- لا يوجد نص خاص يعالج التزامات الدولية ذات الطبيعة الخاصة بما فيه عقد الخصم الدولي سواء في قوانين محل المقارنة، أو في التشريع العراقي قاعدة إسناد خاصة بعقد الخصم الدولي، بل يخضع تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا العقد لقواعد الإسناد التي تخضع لها سائر الالتزامات التعاقدية الدولي، والتي نصّت عليها المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي المعدل النافذ رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ بنص واضح على منح أطراف عقد الخصم الدولي الحق في اختيار قانون لحكم العقد، سواء تم هذا الاختيار بصورة صريحة أو ضمنية، اما إذا خلا عقد الخصم الدولي من نص صريح يحدد القانون الواجب التطبيق عليه، وتعذر الوصول للإرادة الضمنية لأطرافه، فيلجأ قاضي النزاع الى تطبيق ضوابط اسناد احتياطية والمتمثلة بالموطن المشترك وبلد الإبرام على سبيل الاحتياط التشريعي، و يقابل هذا النص نص مماثل في التشريعات المقارنة وهي المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري المعدل النافذ رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، كما أقرت لائحة (روما ١) للالتزامات التعاقدية (م/٤/٤) أقرت هذا المبدأ، إذ أنّ للأطراف وفق بنودها الحرية في اختيار القانون الذي يحكم العقد.

٤- تثير مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الخصم الدولي، عدة مشكلات منها ما يتعلق بالعلاقة بين القانون المختار والعقد، وكذلك مسألة تجزء العقد وتعدد القوانين التي تحكم عقد الخصم الدولي، فضلاً عن الاختيار اللاحق لقانون العقد، و بالنسبة لصله بين القانون المختار والعقد يتفق

غالبية الفقه على ضرورة وجود الصلة الحقيقية بينهما، وأما ما يخص تعدد القوانين التي تحكم العقد فقد رأينا ان المشرع العراقي قد اتجهت نحو وحدة القانون الواجب التطبيق على إبرام العقد وآثاره، كما أن الفقه يتجه إلى ضرورة خضوع العقد لقانون واحد يحكمه.

٥- كما توصلنا إلى أن المشرع العراقي، قد جمع بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية فيما يخص القانون الذي يحكم عقد الخصم الدولي، وهو ما فعلته الكثير من القوانين محل المقارنة والاتفاقيات الدولية، فقد أقر بحرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي عقد الخصم الدولي، وهذا يمثل اتجاه اصحاب النظرية الشخصية، في حين أن النظرية الموضوعية تقوم على أساس البحث عن مركز الثقل وتركيز العلاقة العقدية في تعين قانون العقد، وهي تظهر بوضوح في ضوابط الإسناد الاحتياطية كالموطن المشترك وبلد الأبرام واللذين يمثلان مركز الثقل في العلاقات العقدية.

٦- إن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الخصم الدولي، ليست مطلقة بل إنها مقيدة بضرورة احترام القواعد الآمرة في قانون القاضي، فلهذا الاخير ان يمتنع من تطبيق هذا القانون إذا كان يتعارض مع قواعد النظام العام لدولته.

٧- نص المشرع العراقي وغالبية القوانين ومنها القوانين محل المقارنة كالتشريع المصري والفرنسي مبادئ تنص على خضوع أهلية أطراف عقد الخصم الدولي الى القانون الشخصي (قانون جنسيته)، ما عدا القانون الانكليزي الذي يخضع الأهلية لمحل إبرام العقد في حين أن اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦١ اخضعت الاهلية لمحل إقامة من آثار نزاع بشأن اهليته.

٨- خضوع عقد الخصم الدولي من حيث الشكل لقانون بلد ابرامه، شأنه في ذلك شأن سائر الالتزامات التعاقدية، وكان هذا منهج المشرع العراقي وأغلب التشريعات المقارنة.

٩- إذا كان المشرع العراقي قد نص على قاعدة قانون الإرادة بقوله "يسري على الالتزامات التعاقدية، إلا أن ذلك لا يعني قصر تطبيق هذا النص على الالتزامات التعاقدية دون تكوين العقد، بل يطبق القانون المختار على المسائل المتعلقة بعقد الخصم الدولي كافة، من حيث تكوين العقد واثر وانقضاءه.

## ثانياً: التوصيات:

١- نوصي بالمشروع العراقي لإيلاء العمليات المصرفية الدولية، ومنها عقد الخصم الدولي عناية تتناسب وأهمية هذه العمليات، لتعلقها بالسياسة الاقتصادية لدوله، من خلال صياغة نصوص قانونية خاصة بها.

٢- نوصي بقيام المشرع العراقي المشرع العراقي بتعديل نص المادة (٢٥) من القانون المدني، بما يتناسب مع العقود الدولية والابتعاد عن التركيز المسبق للعلاقة التعاقدية وفق اسناد جامد، وإعطاء المرونة لفاضي النزاع في دراسة ظروف العقد وتعين قانون تتوازن فيه مصالح وحقوق الأطراف وفق منهج الأداء المميز، ونقترح أن تكون بالنحو الآتي: (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يتم فيها الأداء المميز في العملية التعاقدية، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه).

٣- ضرورة اضافة نص أمر ضمن نصوص المتعلقة بتنازع القوانين يلزم أطراف العقد الدولي بما فيه أطراف عقد الخصم الدولي، صياغة بنود العقد بصورة صريحة وواضحة لاسيما فيما يتعلق بشرط القانون الذي تطبق قواعده، على اي نزاع قد يحدث بينهما وفي اي مرحلة من مراحل العقد.

٥- كما نقترح على المشرع العراقي الانضمام والتصديق على الاتفاقيات الدولية، التي تتعلق بالعقود الدولية وبشكل خاص الاتفاقية الاوربية او المعرفة باللائحة (روما ١) للالتزامات التعاقدية الدولية لعام ٢٠٠٨.

٦- على القضاء العراقي اللجوء الى تفعيل نص المادة (٣٠)، من القانون المدني العراقي الخاصة بتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً، كلما وردت مناسبة وذلك خاصة في ظل غياب التنظيم القانوني الخاص بعقد الخصم الدولي.

٧- على القضاء العراقي أن ينحو منحى القضاء الفرنسي من خلال تبني المعيار المزدوج للقول بدولية عقد الخصم الدولي.

# المصادر

## المصادر

## اولا: الكتب

١. الامام جمال الدين ابي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الانصاري، لسان العرب، مجلد ١٢، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.
٢. د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
٣. \_\_\_\_\_، قانون العقد الطليق، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر.
٤. د. احمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الاماراتي، الطبعة الاولى، أثر للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٨.
٥. د. اشرف وفاء محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
٦. د. اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مطبعة دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٢.
٧. د. السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٨.
٨. د. اكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.
٩. د. امين داوس واخرون، شرح مبادئ اليونيدروا لعقود التجارة الدولية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠١٠.
١٠. د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، ١٩٨٧.
١١. د. بسام حمد الطراونة، د. باسم محمد ملحم، شرح القانون التجاري (الاوراق التجارية والعمليات المصرفية)، الطبعة الاولى، دار الميسرة، عمان، ٢٠١٠.
١٢. د. بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦.
١٣. \_\_\_\_\_، عقود الدولة في القانون الدولي، الطبعة الثانية، مكتبة زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١١.
١٤. د. ثروت حبيب، قانون التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤.

١٥. د. حامد زكي، اصول القانون الدولي الخاص المصري، الطبعة الرابعة، بدون دار نشر، القاهرة، ١٩٤٦.
١٦. د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠١١.
١٧. د. حسن الهداوي و د. غالب علي الداودي، د. حسن الهداوي ود. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الجز الثاني، العاتك، القاهرة، بدون سنة نشر.
١٨. د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
١٩. د. سامي بديع منصور و د. عكاشة عبد العال، قانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بدون سنة طباعة.
٢٠. \_\_\_\_\_، طرق حل النزاعات الدولية والحلول الوضعية لتنازع القوانين، الدار الجامعية، ١٩٩٥.
٢١. د. سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، الطبعة الاولى منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠.
٢٢. \_\_\_\_\_، القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والاعتماد المستندي، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠.
٢٣. د. سليمان احمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في اطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
٢٤. د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الجز الخامس، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
٢٥. د. صفوت بهنساوي، الاوراق التجارية وعمليات البنوك وفقا لأحكام قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٠.
٢٦. د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، الطبعة الاولى، دون دار، ٢٠٠٦.
٢٧. د. طالب حسن موسى، الاوراق التجارية والعمليات المصرفية، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠١١.
٢٨. د. طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠.

٢٩. د. عاطف محمد الفقي، الاوراق التجارية وفقا لأحكام القانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩،  
الجز الاول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
٣٠. د. عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، الطبعة الاولى، دار  
الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.
٣١. د. عباس زبون العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي و تنفيذ الاحكام الاجنبية، الجز  
الثاني، دار السنهوري، بيروت، بدون سنة نشر.
٣٢. \_\_\_\_\_، شرح احكام قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٥.
٣٣. د. عبد القادر البقيرات، القانون التجاري الجزائري-السندات التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية،  
٢٠١٠.
٣٤. د. عبد الباقي البكري ود. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، شركة العاتك لصناعة الكتب،  
القاهرة، ٢٠١١.
٣٥. د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية مصادر الالتزام في القانون المدني العراقي،  
الجز الاول، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠.
٣٦. \_\_\_\_\_، احكام الالتزام، الجز الثاني، بغداد ١٩٨٦.
٣٧. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، الجز  
الاول، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢.
٣٨. د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٧.
٣٩. د. عثمان التكروري، الوجيز في مبادئ القانون والقانون التجاري، الطبعة الثانية، بدون دار  
نشر، ٢٠١٧.
٤٠. د. عدنان باقي لطيف، تنازع القوانين في مسائل الاهلية العامة، دار الكتب القانونية،  
مصر، ٢٠١١.
٤١. د. عزيز العكلي، شرح القانون التجاري (الاوراق التجارية وعمليات البنوك)، الجز الثاني، دار  
الثقافة للنشر،
٤٢. د. عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.
٤٣. د. علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠٠١.



٤٤. د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الواجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
٤٥. د. عوني محمد فخري، ارادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية، الطبعة الاولى، مكتبة زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٢.
٤٦. د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠١١.
٤٧. د. فاروق ابراهيم جاسم، القانون التجاري (العقود التجارية وعمليات المصارف)، الجز الثاني، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨.
٤٨. د. فوزي محمد سامي و د. فائق محمود الشماع، القانون التجاري (الاوراق التجارية)، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٥.
٤٩. د. محمد الروبي، عقد الامتياز التجاري في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.
٥٠. د. محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، جامعة الملك سعود، الرياض، ١٩٩٧.
٥١. د. محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠١١.
٥٢. د. محمد محمد حسن الحسني، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٣.
٥٣. د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.
٥٤. د. محمود مختار البربري، قانون المعاملات التجارية، (عمليات البنوك، الاوراق التجارية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
٥٥. د. محمود محمد الكيلاني، الموسوعة التجارية المصرفية\_ عمليات البنوك، مجلد ٤، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠٠٩.
٥٦. د. مصطفى كمال طه ود. علي البارودي، القانون التجاري(الاوراق التجارية\_العقود التجارية\_عمليات البنوك)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠١.

٥٧. د. ندى زهير سعيد الفيل، الخصم (دراسة قانونية)، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٢.
٥٨. د. عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية)، الطبعة الاولى، دار الجامعة الجديد، مصر، ٢٠١٢.
٥٩. د. محمد خيرى كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين "دراسة مقارنة"، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٢.
٦٠. د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠.
٦١. \_\_\_\_\_، قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٣.
٦٢. د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠٠٥.
٦٣. د. هاني محمد دويدار، مبادئ القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
٦٤. د. هشام خالد، ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
٦٥. د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، الفتح، الاسكندرية، ٢٠٠٨.
٦٦. د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤.
٦٧. د. يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.
٦٨. شريف هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، الطبعة الاولى، جامعة الجزائر، الجزائر، بدون سنة نشر.
٦٩. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٨.
٧٠. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول، الباب التمهيدي، أحكام عامة من المادة (١ إلى المادة ٨٨)، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر.
٧١. موفق حمادة عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧.

٧٢. نورس عباس العبودي، الاداء المميز واثره على عملية الاسناد، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٦.

### ثانياً: البحوث

١. احمد قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروي ومنهجية تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مجلد ٤، العدد ٢ و ١، ١٩٨٢.
٢. احمد مهدي السيد، ماهية معهد روما المتعلقة بعقود التجارة الدولي (اليونيدروا)، المجلة القانونية، المجلد ١١، العدد ٤، ٢٠٢٢.
٣. بدر شنوف، الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث والوصية ذات البعد الدولي، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، المجلد ١، العدد ٢، ٢٠١٥.
٤. جهاد محمد الجراح، تعطيل أثر قاعدة الاسناد في تطبيق القانون الاجنبي اعمالاً للدفع بالنظام العام في القانون الاردني، مجلد ١٢، العدد ٤، جامعة مؤتة ٢٠٢٠.
٥. ختام عبد الحسن، موانع تطبيق القانون الاجنبي، مجلة الكلية الاسلامية الجامعية، العدد ٦، ٢٠٠٩.
٦. د. احمد حسين جلاب، النظام العام وأثره في القانون الدولي الخاص، مجلة الكوفة، العدد ٢٨.
٧. د. احمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضرورية في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد ٤٠، مصر.
٨. د. بشار قيس محمد و د. صلاح عجمي جميل، تحديات اعمال قوانين البوليس الاجنبية، مجلة الجامعة العراقية، مجلد ٢، العدد ٤٦.
٩. د. بليغ حمدي الخياط، منهجية القواعد الوطنية الامرة بني النظرية والتطبيق، مجلة كلية الشريعة والقانون، مجلد ٢، العدد ٣٦، المغرب، ٢٠٢١.
١٠. د. دغيش احمد، الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الاجنبي في الجزائر، مجلة البحوث والدراسات العلمية، مجلد ٨، العدد ٨، الجزائر، ٢٠١٤.
١١. د. رمزي أحمد عوني ماضي و المحامي سامر نجيب، نظرية الأداء المميز كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الدولية، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد ٩، العدد ١، ٢٠١٧.
١٢. د. سالم عبد الكريم، اساس تحديد القانون الواجب التطبيق، مجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الثاني، العدد ٢، ٢٠١٨.

١٣. د. سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام واثره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١٢، العدد ٤٣، سنة ٢٠١٠.
١٤. د. عدنان باقي لطيف، اشكالية تطبيق قانون الجنسية على اهلية الالتزام المصرفي، مجلة كلية الحقوق جامعة النهريين، المجلد ١٦، العدد ٢، ٢٠١٤.
١٥. د. علاء حسين علي شبع، تنازع الاختصاص التشريعي في عقود التجارة الدولية وفقا للقانون العراقي، مجلة جامعة الكوفة، العدد ٢٩.
١٦. د. فراس كريم شيعان ود. ارام عصام خضير، اثر مبدأ قانون الارادة على اختلال توازن في العقود الدولية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، مجلد، العدد ٢٩، ٢٠١٦.
١٧. د. فراس كريم شيعان وعلي عبد الحسين العظيم، دور قانون الارادة في عقد الاعتماد المستندي الدولي، مجلة المحقق الحلي، المجلد ٩، العدد الثاني، ٢٠١٧.
١٨. د. كريم مزعل شبي و د. ثامر داوود عبود خضر الشافعي، النظرية الشخصية المحددة لدور للإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، مجلة العلوم القانونية، مجلد ٣٢، العدد الثاني، ٢٠١٧.
١٩. د. كichel كمال، مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقيقة، العدد ٤٢، ٢٠١٨.
٢٠. د. محمد سعد الدين، ضوابط اعمال قانون الارادة لحل مشكلة تنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.
٢١. د. مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد الاول، العدد الثاني، ٢٠١٦.
٢٢. د. مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد الاول، العدد الثاني، ٢٠١٦.
٢٣. زياد خليف العنزي، مبدأ حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مجلد ١٣، العدد ٢، ٢٠١٦.
٢٤. ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، ٢٠١٨.
٢٥. عبد السلام علي، منهج الاداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي، الجامعة الاردنية، مجلد ٤٦، ٢٠١٩.

٢٦. عبد المنعم فرج الصدة، التعبير عن الإرادة، مجلة الامن والقانون، السنة ٥، العدد الاول، دبي، ١٩٩٧.
٢٧. عبدالله جبار خشان و زيد رياض عبد، اثر القوة القاهرة في تغيير ضوابط الاسناد في عقود التجارة الدولية، بحق مقدم لمؤتمر العلمي الدولي الافتراضي لطلبة الدراسات العليا لكليات القانون، ١٤-١٥ تشرين الاول، ٢٠٢٠.
٢٨. كوثر مجدوب، حدود الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني، مجلة تاريخ العلوم، العدد ٨، ٢٠١٧.
٢٩. لينده بلاش، دور القواعد ذات التطبيق الضروري: بني الزامية قواعد الاسناد والتخفيض من مرتبته، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد ١٠، الجزائر، ٢٠١٩.
٣٠. محمد الايوبي، دور مبدأ سلطان الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مجلة القانون التجاري، مجلد ٢، العدد ٢، ٢٠١٥.
٣١. محمد بلاق، منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في اطار العلاقات الخاصة الدولية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، مجلد ٧، العدد ١، ٢٠٢١.
٣٢. محمد صالح ملفي، أثر النظام العام في استبعاد القانون الاجنبي واجب التطبيق، مجلة جامعة الزيتونة لدراسات القانونية، المجلد ٣، الاصدار ٣، ٢٠٢١.
٣٣. محمد عبد اللطيف الجار الله، فكرة النظام العام الدولي الخاص كوسيلة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي: دراسة تحليلية لنصوص قانون رقم ٥ "سنة ١٩٦١ بشأن العلاقات ذات العنصر الاجنبي، مجلة الحقوق، مجلد ٤٤، العدد ٤، الكويت، ٢٠٢٠.
٣٤. محمد يوسف، تفسير العقد في القانون المدني، مجلة العلوم السياسية والقانون، المجلد ٣، العدد ١٦، المانيا، ٢٠١٩.
٣٥. مصطفى القاسمي، واقع التكريس التشريعي والقضائي لقوانين البوليس والامن في القانون الدولي الخاص المغربي، مجلة الابحاث القانونية والسياسية، العدد ٢، جامعة سطيف ٢، مارس ٢٠٢٠.
٣٦. نور حمد الحجايا، قوانين البوليس واعمالها من قبل القاضي الوطني: دراسة في القانون الدولي الخاص الأردني، لمجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد ١١، العدد ٢، الاردن، ٢٠١٩.

ثالثا: الرسائل و الأطاريح

١. احمد حميد الانباري، سكوت الارادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠١٧.
٢. اسلام ابراهيم، القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة عمان، الاردن، ٢٠١٩.
٣. بيان اسحق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة بيرزيت، كلية الحقوق، ٢٠٠٧.
٤. جويده عماري، خصم الاوراق التجارية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة محمد بو ضياف، الجزائر، ٢٠١٨.
٥. حبيب فوزي مزهر، قانون الارادة امام القاضي والمحكم، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة بيروت كلية الحقوق، لبنان، ٢٠١٤.
٦. حمزه بونروية، موانع تطبيق القانون الاجنبي في ضوء المادة ٢٤ من القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة سطيف، كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠١٤.
٧. خليل ابراهيم محمد خليل، القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن البحرية، رسالة ماجستير قدمت الى كلية القانون الجامعة الموصل، ٢٠٠٥.
٨. دليلة قاسي و ثنيهان حدوش، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان، الجزائر، ٢٠١٧.
٩. دير مسعود، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة العربي بن مهدي، كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠١٦.
١٠. رملي محمد، النظام القانوني للعقد الدولي، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة د. الطاهر مولاي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٥.
١١. زوينه تكليت، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الجزائر، الجزائر، ٢٠١١.
١٢. سامية سعدي، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، رسالة مقدمة الى جامعة محمد الشريف كلية الحقوق والعلوم السياسية، المغرب، ٢٠١٩.

١٣. سعيدة حمومه، القيود الواردة على حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة عبد الرحمان كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٥.
١٤. سهام قارون، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة محمد الشريف، المغرب، ٢٠١٩.
١٥. صادق زغير محيسن، القواعد ذات التطبيق المباشر في القانون الدولي الخاص، رسالة مقدمة الى جامعة البصرة كلية القانون، ١٩٩٧.
١٦. صالح رياض شلبي، مناهج القانون الدولي الخاص في تسوية المنازعات الدولية (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، ٢٠١٧.
١٧. صلاح مهدي ساجت، القانون الواجب التطبيق على خطاب الضمان المصرفي، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة كربلاء كلية القانون، ٢٠١٥.
١٨. عباس عودة بكال، تنازع القوانين في شكل العقد الدولي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩٩.
١٩. عدنان يونس مخبير، استبعاد القانون الاجنبي المخالف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة العراقية كلية القانون والعلوم السياسية، ٢٠١٨.
٢٠. علاء الدين محمد، القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة عمان، الاردن ، ٢٠٠٤.
٢١. علاء الدين محمد زيب، القانون الواجب التطبيق على عقود الالكترونية في القانون الاردني والمقارن، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة عمان، الاردن، ٢٠٠٤.
٢٢. علي عدنان علي، أثر التغيير في قواعد الاسناد على تحديد القانون الواجب التطبيق، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الشرق الاوسط كلية الحقوق، الاردن، ٢٠٢٠.
٢٣. عمر بلمامي، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الجزائر معهد الحقوق والعلوم الادارية، الجزائر، ١٩٨٦.
٢٤. عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٧.

٢٥. عيسى طایل احمد عوادة، الاثار القانونية لعملية خصم الاوراق التجارية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان، عمان، ٢٠٠٩.
٢٦. لمياء حدر باش، الخصم التجاري كصورة من صور الائتمان البنكي المباشر، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الاخوة منتوري، الجزائر، ٢٠١٩.
٢٧. ماجد حميد عبد المهدي الجبوري، القانون الواجب التطبيق على الاعتماد المستندي، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الشرق الاوسط، كلية الحقوق، الاردن، ٢٠٢٠.
٢٨. محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة تلمسان، الجزائر، ٢٠١١.
٢٩. نجلاء عبد حسن، القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك الدولي، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بابل كلية القانون، ٢٠١٣.

#### رابعاً: المقالات

١. عبد الناصر بلميهوب، حرية الاطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، مقالة منشوره، على الموقع الالكتروني.
٢. مقالة منشورة على الانترنت، الاسناد المرن للرابطة العقدية، لمكتبة القانونية الالكترونية.

#### خامساً: القوانين

##### -القوانين العربية-

١. قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل النافذ.
٢. قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل النافذ.
٣. قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ المعدل النافذ.
٤. القانون المدني الجزائري رقم (٥٧) لسنة ١٩٧٥.
٥. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ.
٦. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل النافذ.

##### -القوانين الأجنبية-

١. القانون المدني الفرنسي ١٨٠٤ المعدل.
٢. القانون الدولي الخاص الالمانى لسنة ١٩٨٦.



٣. القانون الدولي الخاص السويسري ١٨ ديسمبر لسنة ١٩٨٧.

### سادساً: الاتفاقيات الدولية

١. اتفاقية لاهاي المبرمة في الاول من تموز لسنة ١٩٦٨.
٢. مبادئ لاهاي المبرمة في ديسمبر عام ١٩٨٦ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للمنقولات المادية.
٣. لائحة روما ١ لسنة ٢٠٠٨ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.
٤. مبادئ مؤتمر لاهاي المنعقدة عام ٢٠١٥ الخاصة باختيار القانون المطبق على العقود التجارية الدولية.

### سابعاً: المصادر الاجنبية

- 1- Benjamin Sengel, Les lois de police en matière contractuelle, Submitted on 27 Oct 2017.
- 2-Bonneau(T).droit bancaire.12 e'dition.
- 3-les confits de lois en matiere de credits bancaires.tav-com.fr.Dr.int.pri.cit
- 4-MARSHALL(B), RECONSIDERING THE PROPER LAW OF THE CONTRACT, Melbourne Journal of International Law, Vol 9
- 5-Paul lagarde,richer ches sur l'ordre puplic en droit international prive', the'se pour ie doctorat ,Universite' de paris,faculte' de droit,
- 6-sciences economique (18\_30 Mars 1965),Universite de Clermont\_ Ferrand ,Annal de la faculte 1965.
- 7-Secretary General. Principles on Choice of Law in Internationa Commercial contracts. Hague Conference on Private International law. The Netherlands.

### Abstract

The international discount contract is concluded between the bank and the beneficiary (the customer), and this relationship may sometimes include a foreign element, which leads to a conflict between laws, so it requires searching for the applicable law, and this determination is made according to the rules of attribution that show the applicable law on International contracts or those that raise a conflict of laws.

According to the rule of awarding international contracts contained in Article (٢٥) of the amended Iraqi Civil Law in force No. ٤٠ of ١٩٥١, the parties have the freedom to choose the law applicable to the international opponent's contract, and this choice may be explicit or implicit, as the court deduces from the circumstances surrounding the contractual process, And in the event that this will is silent about the express or implied choice, the court resorts to applying the law of the state in which the common domicile of the two contracting parties is located, if they are united, and if they differ, the law of the state in which the contract was concluded shall apply.

The freedom of will to choose the law that governs the international discount contract is adopted by comparative laws. Article (١٩) of the amended Egyptian Civil Code No. ١٣١ of ١٩٤٨ does not differ from Article (٢٥) of the Iraqi Civil Code and the texts of the Rome Convention ١ of ٢٠٠٨ regarding the applicable law. Contractual obligations are enforceable in both France and England, where this agreement, in the text of Article III, gives freedom to the parties to choose the law applicable to the international opponent's contract, and this choice is also either explicit or implicit, and in the absence of an explicit or implicit choice, the court applies The law of the country is the most closely related to the international discount contract, and this relationship is determined according to the location of the debtor with the distinguished performance at the time of the conclusion of the contract, noting that this

## Abstract

---

hypothesis is subject to proof of the opposite, so the court can apply the law of another country if it considers that it is more relevant to the international discount contract according to what is stipulated in Articles (Article 4/4 and 9) of the Rome Convention ). Private international law also adopted the freedom of will to choose the law applicable to international contracts, such as Swiss and German private international law.

Also, the subject matter of the contract is subject to the contract law with the exception of some issues that are outside the scope of this law to be subject to another law, which is the issue of the eligibility of the parties to the relationship in the international discount contract that goes outside the scope of the contract law and is subject to personal law, as well as the issue of the form of the international discount contract where it is subject to the law of the place of conclusion or other optional laws.

At the end of the letter, we presented some recommendations regarding the drafting of legal texts related to contracts for international banking operations, including the international discount contract, in a way that suits the importance and seriousness of the latter according to the debtor's approach to distinguished performance and in a manner that preserves the privacy of this contract, and is in the interest of its parties.

The Republic of Iraq  
Ministry of Higher Education  
and Scientific Research  
University of Misan  
College of Law  
Private law Department



# **Conflict of laws in the international commercial paper discount contract**

A Thesis  
Submitted By

**Khadija Ahemad Jawed**

To  
The Council of the College of Law,  
University of Misan

As  
Partial Fulfillment of the Requirements of Master's  
Degree in the Private Law

Supervised By  
**Prof. Dr. Sadiq Zghair Moheisen**

**2023 AD**

**1444 AH**