جامعة الشام الخاصة

كلية الحقوق

أعزائنا الطلاب في السنة الرابعة في كلية الحقوق

جامعة الشام الخاصة

نتابع محاضراتنا في العقود الدولية

وهذه هي المحاضرة الحادية عشرة وموضوعها:

دور الإرادة في تجزئة العقد الدولي ج١

المبحث الأول

حرية الأطراف في تجزئة العقد الدولي

تتبنى اغلب التشريعات الداخلية المعاصرة والاتفاقيات الدولية مبدأ سلطان الإرادة والذي يقصد به إن إرادة الأطراف لها الحرية في تنظيم العقود المبرمة بينهم وفي تحديد القانون الذي يطبق على هذه العقود ، ولدراسة مدى حرية الأطراف في تجزئة العقد الدولي سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في الأول ماهية تجزئة العقد الدولي وسنبحث في الثاني القيود التي ترد على حرية الأطراف في تجزئة العقد الدولي.

المطلب الأول

مفهوم تجزئة العقد الدولي

تعد قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة قاعدة عامة تطبق على كافة العقود الدولية ، وان أساس هذه القاعدة هو الاعتراف لطرفي العقد بالحق في تحديد الآثار القانونية الناجمة عن العقد والتي من بينها تحديد قانون العقد[1] ، وإذا كان للإرادة هذا الدور في إطار عقود التجارة الدولية ، فهل بإمكان الأطراف استنادا لهذه الحرية أن يختاروا إخضاع العقد بأكمله لأكثر من قانون واحد ، أي إن يقوموا بتجزئة العملية العقدية من خلال إخضاع كل جزء من أجزاء العقد لقانون معين ، لذا كان علينا أن نسلط الضوء على مفهوم تجزئة العقد الدولي من حيث التعريف به، وكذلك التطرق إلى دور الإرادة في تجزئة العقد الدولي.

الفرع الأول : التعريف بفكرة تجزئة العقد الدولي.

تعني فكرة تجزئة العقد الدولي بأنها تجزئة عناصر مجتمعة ضمن مجموعة واحدة والتي في الأصل ينطبق عليها قانون واحد وإخضاع كل عنصر من هذه العناصر لقانون مختلف بحيث نكون أمام تعدد في القوانين الواجبة التطبيق على العقد [٢]، وان هذه التجزئة قد يتم أجراءها من قبل القاضي، المحكم أو من قبل الإطراف، كما إن مسألة تجزئة العقد الدولي نابعة من قدرة الأطراف على الاختيار والتي منحها إياهم المشرع ، ولتوضيح ذلك فأن العقد عندما يخضع لقانون معين وتثار بعض المسائل المتعلقة به والتي لا يمكن حلها من خلال إعمال القانون الذي يحكمه ، فهنا يتدخل المشرع ويجزأ العقد عن طريق إخضاعه لعدة قوانين ، وعلى هذا الأساس فأن تجزئة العقد تجعل من الحقوق والالتزامات العقدية التي يحكمها قانون الإرادة في مجموعها يطبق عليها عدة قواعد قانونية تابعة لعدة قوانين وطنية ، وتعتبر هذه التجزئة نتيجة متلازمة لمنهج تنازع القوانين كونها منسوبة إليه[٣]، وإن مسألة تعدد ضوابط الإسناد الجزئية تؤدي إلى تسهيل مهمة القاضي وتحقق له العدالة فمثلا نجد إن المشرع في عقود البيع الواردة على المنقولات يلجأ إلى إخضاع الجوانب الموضوعية للعقد لقانون الإرادة كأصل عام وهذا ما يقتضي تطبيق هذا القانون على التراضي والمحل والسبب ، وكذلك على الالتزامات المتبادلة للمتعاقدين ،إلا انه يخص الشكل بفكرة مسندة مستقلة يخضع بمقتضاها العقد لقانون بلد الإبرام ، وكذلك أهلية التعاقد فهي أيضا تعد موضوعا لإسناد مستقل حيث تخضع للقانون الشخصي ، أما بالنسبة لمسألة انتقال الحق العيني من البائع إلى المشتري كذلك تشكل فكرة مستقلة تخضع لقانون موقع المال [٤] .

وهنالك من يرى بأن تجزئة العقد الدولي تظهر في صورتين : التجزئة بالمعنى الواسع أي(تجزئة المشرع للعلاقة العقدية)، والتجزئة بالمعنى الضيق (تجزئة قانون العقد)،وفي تقديرنا انه لا يوجد فرق بين تجزئة العقد الدولي وتجزئة قانون العقد ، إذ إن تجزئة العقد الدولي من

خلال تطبيق أكثر من قانون إلى العقد ما هي إلا امتداد لتجزئة المشرع للعلاقة العقدية ، كما إن النتيجة واحدة في كلا الأمرين وهي إخضاع العقد لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم بقية أجزائه، وطالما كانت فكرة تجزئة العقد الدولي من خلال تعدد ضوابط الإسناد الجزئية قد أضحت أمر طبيعي ومقبول لحل المسائل المتعلقة بالعقد والتي لا يمكن حلها من خلال إعمال القانون الذي يحكمه ، فأن تجزئة العقد الدولي من خلال تعدد القوانين المطبقة عليه تعد أمر منطقي ويجب قبوله ، إذ إن كل عنصر من عناصر تلك الرابطة قد يرتبط من الوجهة الفعلية بقانون معين ، لذا كان من الأفضل أن نطبق فيما يخص كل عنصر من عناصر الرابطة العقدية القانون الذي يرتبط به أكثر من غيره.

وعليه فإن مصطلح تجزئة العقد الدولي في إطار القانون الدولي الخاص هو تطبيق أكثر من قانون على العقد من خلال ربط كل عنصر من عناصره بقانون معين ، أو تطبيق قانون معين على عنصر معين من العقد يختلف عن القانون الذي يحكم باقي عناصره وبالتالي تتعدد القوانين الواجبة التطبيق عليه .

الفرع الثاني : دور الإرادة في تجزئة العقد الدولي

على الرغم من إن قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة قد لاقت اتفاق وقبول من قبل الفقه والقضاء في مختلف دول العالم [٥]، ولكن واقع الأمر قد أسفر عن وجود اختلاف بين الفقهاء وقد تكرس هذا الاختلاف الفكري من خلال مضمون نظريتين وهما (النظرية الشخصية) والنظرية (الموضوعية) ، وهذا ما سنتناوله تباعا.

أولا : النظريـــــة الشخصيــة

ولدت النظرية الشخصية في رحاب الفكر الفلسفي للمذهب الفردي الذي ساد القرن التاسع عشر والذي يقوم على تقديس حرية الفرد بوصفها حقا طبيعيا وفطريا له [٦]، وعلى

ذلك فإن الرواج الذي عرفه مبدأ "سلطان الإرادة " في القرن التاسع عشر يعد من أهم مظاهر نظرية العقد في القانون المدني، فالتقاء الإرادات المتعاقدة كاف بذاته لأن يكون مصدرا للالتزام وبمعزل عن اختيار أي قانون يحكم العلاقة العقدية ، فالمسألة هنا تعود للإرادة إن شاءت فأن العقد لا يخضع لأي قانون وان شاءت كان القانون المختار بندا كبقية البنود في العقد [٧]، كما إن هذا المبدأ قد ترك أثره في القانون الدولي الخاص أيضا، حيث استقر في نطاق الروابط التعاقدية ، و قد انعكس بدوره على إرادة الأطراف بحيث أصبحت الإرادة تتمتع بالحرية المطلقة في إبرام العقود وتنظيمها وتحديد شروطها بصرف النظر عن صلة هذا القانون بالعقد [٨]، ولقد تأثر أنصار النظرية الشخصية بالفقيه البلجيكي لوران الذي نادى بأن ((البنود التي يدخلها الأطراف في العقد تعد بمثابة نظام قانوني جديد من خلق الإرادة ، فالإرادة هي التي تحكم العقد إلى إن يصل العقد إلى مرحلة الكفاية الذاتية وهي مرحلة تغني العقد عن الحاجة في التنظيم إلى أي قانون أخر)) [٩].

ويترتب على ذلك في إطار القانون الدولي الخاص بأن إرادة الأطراف هي التي تشرف على القانون الواجب التطبيق وتحدده، إلا إن منطق النظرية الشخصية في إرجاع حق المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق إلى الإرادة المطلقة أدى إلى تحرر العقد من سلطان القانون ، والنتيجة هي إخراجه من مجال تنازع القوانين وبالتالي من حكم القانون الذي تشير له قاعدة الإسناد [١٠] ، ويرى أنصار هذه النظرية إن اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم عقدهم هو اختيار مادي ، وبالتالي سيفقد القانون المختار صفته القانونية بعد أن يدمج في الكيان القانوني للعقد ويصبح شرطا تعاقديا[١١]، كما يترتب على هذا الاندماج قدرة المتعاقدين على استبعاد بعض أحكام القانون المختار ولو كانت تتمتع بالصفة الآمرة ، وللمتعاقدين كذلك تجزئة العقد باختيار أكثر من قانون واحد لتنظيم جوانب العلاقة العقدية الناشئة بينهم، وهم في ذلك أحرارا

فلهم اختيار قانون لم يكن له صلة وثيقة بالعقد أي اختيار قانون محايد لا يرتبط بعناصر العقد أو بظروفه وملابساته الواقعية[١٢]،واستكمالا لحرية الاختيار الواسعة التي منحتها النظرية الشخصية فأن للأطراف الحق في أن يشترطوا عدم خضوع العقد لأي تعديلات تشريعية لاحقة قد تطرأ على القانون المختار بعد إبرام العقد تحت تسمية (شرط الثبات التشريعي أو التجميد الزمني لقانون الإرادة) [١٣]، كما إن تجزئة العقد الدولي حسب رغبة وإرادة أطرافه هو اتجاه ارتبط بفكر هذه النظرية ، فالأطراف لهم الحق في اختيار أكثر من قانون ليطبق عليه، كما أكد أنصارها على حق القاضي في تجزئة العقد الدولي احتراما لسلطان القانون ، ويحدث ذلك عندما يخرج القاضي بعض المسائل العقدية من نطاق قانون الإرادة ويخضعها لقواعد البوليس التي تنتمي لقانون أخر مرتبط بالعقد [١٤]، وكذلك نزول قانون العقد منزلة البنود التعاقدية دليلا على التسليم بقدرة أطرافه على تجزئة العقد باختيارهم لأكثر من قانون لحكم عناصره المختلفة [١٥].

ومما تقدم يتضح لنا إن النظرية الشخصية تمنح الحرية المطلقة للأطراف في إبرام العقد وتنظيمه وتحديد شروطه ونرى إن إرادة المتعاقدين في حقيقة الأمر ليست طليقة بل تبقى مقيدة بنصوص القوانين الآمرة المتصلة بالعلاقة العقدية ، فالعقد ليس مسألة خاصة بأطرافه بل هو نظام قانوني متكامل يرتب أثاره في الحدود التي يسمح بها القانون ، كما إن حرية الأطراف بالاختيار تستند إلى القانون ذاته الذي منحها هذه السلطة فهي وان لم تكن سلطة أصلية لكنها سلطة تبعية أو مشتقة ، فالعقد بحاجة إلى قاعدة قانونية تتكفل بضمان تنفيذه ولذلك فأنه من غير الممكن أن تقوم الإرادة بإخراج الرابطة العقدية من دائرة القانون، بل إن كل مالها أن تختار القانون الذي يخضع العقد لأحكامه أو اختيار عدة قوانين لتطبق على العقد عند تجزئته.

ثانيا: النظريـــة الموضوعيـة

ذهب أنصار هذه النظرية إلى القول بأن الإرادة ليست حرة إلا ضمن حدود القانون الذي منحها تلك الحرية ، فالعقد لا يمكن أن يكون في فراغ قانوني ولا يمكن أن يكون كافيا في حد ذاته فهو ليس خاصا بأطرافه ولكنه حلقة في نظام قانوني متكامل[١٦]، ولذلك فالعقد لا يسموا على القانون بل يجب إخضاع العقد لكافة أحكام القانون الذي تحدده الإرادة وبهذا يحتفظ القانون بصفته الآمرة والملزمة [١٧] ، لذلك فأن حق الأطراف في اختيار قانون العقد يستند إلى قاعدة من قواعد الإسناد التي يتضمنها قانون القاضي المطروح عليه النزاع ، وان هذا الاختيار أما أن يكون صريحا يفصح عنه المتعاقدين أو يكون ضمنيا يتم الكشف عنه من خلال قرائن ذاتية يمكن معرفتها من خلال الرابطة العقدية ذاتها أو خارجية يمكن استخلاصها من ظروف وملابسات الحال[١٨]، كما إن جانب من أنصار النظرية الموضوعية قد اتفقوا مع ما ذهب إليه أنصار النظرية الشخصية من السماح للمتعاقدين باختيار قانون محايد، لكنهم مع ذلك اشترطوا بأن لا يدمج قانون العقد ضمن بنوده حتى لا يتمكن الأطراف التهرب من أحكامه الآمرة[١٩]،وبما إن القانون المختار يمثل أكثر القوانين ارتباطا بالعقد ، لذا لا يمكن لأطراف العقد الاتفاق على استبعاد التعديل الذي قد يطرأ عليه بعد إبرام العقد متى كانت هذه التعديلات ذات طابع آمر[٢٠].

ويثار التساؤل في إطار النظرية الموضوعية عن إمكانية تجزئة العقد الدولي إلى أكثر من قانون أسوة بما منحه أنصار النظرية الشخصية للمتعاقدين ؟

في الواقع إن فقهاء النظرية الموضوعية قد اقروا بحرية الأطراف في إخضاع عقدهم لأكثر من قانون واحد أي الاعتراف بحقهم في تجزئة العقد، لكنهم اشترطوا توافر صلة بين هذه القوانين والعقد ، مع تقييد حرية الأطراف في تجزئة العقد الدولي بقيدين :

القيد الأول: يجب أن لا تؤدي التجزئة إلى الإخلال بانسجام الرابطة العقدية ، ويحدث هذا الإخلال عندما تتعدد القوانين التي تحكم أثار العقد [٢١].

القيد الثاني: يجب أن لا تؤدي تجزئة العقد من قبل أطرافه إلى إفلات الرابطة العقدية من حكم القواعد الآمرة في القوانين التي تحكم العقد، أي ينبغي احترام القواعد الآمرة ذات التطبيق الضروري في القانون الواجب التطبيق على العقد [٢٢].

ويتضح مما تقدم إن فقه النظرية الموضوعية يقلل من دور إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق بما يفرضه من قيود على حرية الاختيار ، ومنها اقتضاء توافر صلة بين العقد وأحكام القانون المختار، وخضوع المتعاقدين لأحكامه الآمرة وما تؤدي إليه مخالفة هذه الأحكام إلى أبطال العقد ، وهذا ما ينعكس بالنتيجة على قدرة المتعاقدين في تجزئة العقد من خلال تقييد حريتهم في اختيار أكثر من قانون، أما بالنسبة للنظرية الشخصية لم تتجه إلى إفلات العقد من حكم القانون وإنما أعطت للإرادة الحرية في الاختيار مادام هذا القانون لا يتعارض مع النظام العام الدولي وقواعد البوليس ، كما إن التطور الحاصل في إسناد العقد لحكم القواعد الموضوعية الدولية والتي تتكون من قواعد التجارة الدولية والاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية وقواعد التحكيم الدولية يساهم في تعضيد دور إرادة الأطراف في الاختيار القواعد المناسبة لحكم عقدهم ، ومن ثم نرى وجوب عدم تقييد إرادة الأطراف في الاختيار من القواعد الموضوعية الدولية أو القوانين المناسبة لحكم العقد ، وإمكانية تجزئة القوانين الحاكمة للعقد بما لا يتعارض وانسجام وحدة العقد،ولكننا مع ذلك نتفق مع جانب من أنصار النظرية الموضوعية الذي سار على نهج ما ذهب إليه أنصار النظرية الشخصية من السماح للمتعاقدين باختيار قانون محايد، شريطة عدم دمج قانون العقد ضمن بنوده حتى لا يتمكن المتعاقدين التهرب من أحكامه الآمرة[٢٣].

المطلب الثاني

القيــود التي ترد على حرية الأطراف في تجـزئة العقــد الدولـــي

إن الحرية التعاقدية تحوطها في الواقع بعض القيود التي يتعين مراعاتها عند التعامل على الصعيد الدولي ، ولعل ابرز ما يتبادر إلى الذهن في هذا المجال فكرة النظام العام كقيد أساسي على سلطان الإرادة [٢٤] ،كما إن السماح للأطراف بتجزئة العقد الدولي أمر يؤدي إلى التوسع الكبير في نطاق هذا المبدأ، كما أن اختيار قانون العقد من قبل أطرافه يجب أن يكون مقيد باحترام القواعد ذات الصفة الآمرة في كل من القانون العام والخاص وكذلك احترام النظام العام في القوانين التي تتجه إرادتهم إلى اختيارها عند تجزئة العقد الدولي،ولذلك سوف نتناول هذه القيود في فرعين ، الأول سيكون للنظام العام الدولي أما الثاني فقد خصصناه لقواعد البوليس.

الفرع الأول : النظــام العــام الدولـــي

تعد فكرة النظام العام من الأفكار الأساسية في علم القانون عموما ، ففي القانون الداخلي بفروعه المختلفة هنالك قواعد قانونية آمرة لا يجوز مخالفة حكمها ، والسبب يعود إلى كون هذه القواعد متعلقة بالنظام العام لتلعب دورا أساسيا في تشكيل النظام القانوني لكل دولة فهو يتلازم مع القاعدة القانونية لكي تحقق فعاليتها والهدف منها وبالتالي فأنه يشكل قيدا على إرادة الأطراف إذ يتواجد في داخله مجموعة من القواعد الأساسية التي يتعين تطبيقها على الأفراد بصورة آمرة [٢٥]، كما إن مصطلح النظام العام يعد من المصطلحات التي يصعب تحديدها بدقة، فهو تعبير غامض عن مفهوم شامل مرن وانه من الصعوبة إعطاء تعريف جامع مانع له ،

حيث إن اغلب المشرعين فضلوا عدم وضع تعريف محدد له بل اكتفوا في وضعه على أساس فكرة المصلحة العامة سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية [٢٦] ، ولكن الفقه قد وضع عدة تعريفات تدور حول نفس الفكرة منها " مجموع المصالح الأساسية للمجتمع أي الأسس والدعامات التي تمثل الحد الأدنى الذي لا يتصور بقاء الجماعة بدونه ، تلك الأسس قد تكون ذات طبيعة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية " [٢٧].

ولكن هنالك قوانين التزمت السكوت في تعريف النظام العام منها القانون العراقي ، إذ إن النصوص القانونية قد خلت من التعريف به ، فالمادة (١/١٣٠) من القانون المدني العراقي " يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام" ، والمادة (١/١٣٢) من القانون نفسه التي جاء فيها" يكون العقد باطلا إذا التزم المتعاقد بدون سبب أو لسبب ممنوع قانونا أو مخالف للنظام العام والآداب العامة "[٢٨].وعلى ذلك فأن ما تضمنته المادتين (١٣٢,١٣٠) من القانون المدني العراقي يعتبر من القواعد الآمرة وأن أي اتفاق على خلافهما يعتبر متعارضا مع النظام العام العراقي وبالنتيجة فأن جزاء مخالفتهما هو البطلان ، وكذلك المادة (٣٢) التي نصت على انه" لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب العامة في العراق".

وبالنسبة للقانون المدني المصري فقد نصت المادة (٢٨) منه على انه " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب العامة في مصر".

وبخصوص موقف المشرع الفرنسي فنلاحظ انه قد أستخدم أيضا اصطلاح النظام العام ويظهر ذلك في بعض نصوص القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ وأهمها المادة (٦) والتي نصت على انه " لا يجوز بالاتفاقات الخاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب

العامة " ، ويرى البعض من الفقه في حكم هذا النص بأنه يمثل قيدا على سلطان الإرادة في ترتيب الالتزامات التعاقدية [٢٩].

ويعرف بعض الفقه القانوني (وهو الاتجاه الراجح) النظام العام على انه " أداة تصويب استثنائية تسمح باستبعاد القانون الواجب التطبيق الذي يتضمن أحكاما تقدر المحكمة ضرورة الامتناع عن تطبيقها " [٣٠]، وعلى هذا النحو يعد النظام العام الدولي مدافع عن القاعدة القانونية عند تطبيق أحكام القانون الأجنبي التي تتنافى مع المبادئ والقيم الخاصة بمجتمع هذه الدولة[٣١]، وعلى الرغم من التشابه بين النظام العام الداخلي والدولي فيما يخص الاعتبارات التي يستند إليه كل منها ، إلا إن مضمون النظام العام الدولي يبقى أضيق من مضمون النظام العام الداخلي، فما يخالف النظام العام الدولي يخالف بالضرورة النظام العام الداخلي تبعا لكون مفهومه داخلي ، لذا فهو اقل تشددا في العلاقات الخاصة الدولية منه في العلاقات الداخلية ، إذ إن مخالفة القانون الأجنبي لأحكام القواعد الآمرة في دولة القاضي لا يستلزم في جميع الأحوال استبعاد أحكام هذا القانون بأسم النظام العام [٣٢] ، كما إن النظام العام يمثل فكرة مرنة قابلة للتغيير والتطور باختلاف الزمان والمكان ، فما يعد من النظام العام في العراق ألان لا يعد كذلك في المستقبل ، وما يعد من النظام العام في فرنسا لا يعد من النظام العام في العراق [٣٣]، لذلك فإن مفهوم النظام العام لا بد أن يحدد في الوقت الذي يصدر فيه القاضي حكمه، لأنه الوقت الذي يطبق فيه القانون الأجنبي عندما يصطدم مع المفاهيم القانونية السائدة في دولته [٣٤].

وعليه فأن مسألة احترام إرادة الأطراف يعد مبدأ جوهريا في مجال العقود الدولية تلتزم به الدول أيا كان مذهبها الاجتماعي أو الاقتصادي ، وإن تطبيق هذا المبدأ يقتضي ترك الحرية للأطراف في اختيار القواعد التي تسري على العقد الذي يبرمونه، ولكن على الرغم من وجود هذه الحرية إلا إن النظام العام يبقى قيدا على إرادة أطرافه في الدول التي يطبق فيها [٣٥].

وعليه فأن النظام العام يعتبر الوسيلة التي يلجأ إليها القاضي الوطني في مواجهة القوانين الأجنبية المتعارضة مع المفاهيم الجوهرية التي يقوم عليها نظامه القانوني [٣٦] وهو بهذه الصورة يعتبر قيدا أمام تطبيق القانون الأجنبي وقيدا على عملية التنازع بين القوانين [٣٧].

وبالتالي فأن حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد يجب أن تكون مقيدة باحترام النظام العام ، فالمشرع يتدخل لتنظيم العلاقات العقدية بصورة آمرة والغرض أما حماية لأحد الأطراف أو للدفاع عن مصلحة عامة ، وبالتالي عندما يجد المشرع إن العلاقة العقدية تتصادم مع المصالح والمبادئ الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لمجتمع دولة القاضي ، فأنه يبادر باستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية [٣٨].

وتجدر الإشارة إلى إن المحكم أيضا ملزم بإعمال قواعد النظام العام الدولي، إذ أنه وعلى الرغم من الحرية التي يتمتع بها الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق إلا إن المحكم يبقى ملتزما باستبعاد هذا القانون متى ما كان مخالفا للنظام العام الدولي ، كما يجب على المحكم أن يراعي قواعد النظام العام في الدولة التي ينفذ فيها الحكم ، إذ لا بد من الاعتراف بالحكم من قبل دولة التنفيذ وإلا ترتب على مخالفته تعطيل تطبيقه[٣٩].

وعلى ضوء ذلك يتعين على الأطراف عند تجزئة العقد الدولي تحديد القوانين الآمرة الواجبة التطبيق على عقدهم واحترامها ومنها قواعد النظام العام في القوانين التي يرتبط بها العقد، وإذا كان القانون الذي اختاره الأطراف لحكم احد أجزاء العقد عند تجزئته قد تعارض مع النظام العام لدولة القاضي المرفوع أمامه النزاع أو النظام العام لأي من الدول المرتبطة بالعقد ، فأنه من غير الممكن أن يستمر تطبيق هذا القانون لكونه متعارضا مع قاعدة أمرة لا يجوز للإرادة أن تخالفها في أي حال من الأحوال، وبهذه الصورة فأن النظام العام يشكل قيدا غير مباشرا على حرية الأطراف في تجزئة العقد كونهم ملزمين بمراعاة عدم مخالفة بنود العقد

لمقتضيات النظام العام الدولي وإلا كانت نتيجة العقد المبرم هو البطلان ، وهذا يعني بأن فكرة النظام العام تؤدي وظيفتين فهي تعد قيدا على إرادة الأطراف عند تجزئة العقد من جهة وان إعمالها من قبل القاضي يعد سببا في تجزئة العقد من جهة أخرى.

الفرع الثاني : قـــواعـــــد البولـــــــيس

لقد فضل فقهاء القانون الدولي الخاص معالجة موضوع القواعد الآمرة تحت اسم قواعد البوليس والأمن أو القواعد الفورية التطبيق [٤٠]، ويتعين ملاحظة إن فكرة قواعد البوليس والأمن المدني قد أضحت من الأفكار الأساسية والتي تمثل مكانا بارزا في مجال النظرية العامة لتنازع القوانين ، حيث إن إعمال هذه القواعد يتم مباشرة فهي تحدد بذاتها مجال انطباقها المكاني دون الاستعانة بقاعدة الإسناد [٤١]، وان وصف هذه القواعد بكونها قوانين بوليس إجراء يتطلب من القاضي تحليل كل نص تشريعي ، وهذا ما يتيح له فرصة تطبيق قانونه الوطني كلما وجد صعوبة في تحليل النصوص المعروضة أمامه ، ولكن على الرغم من صعوبة تحديد تلك القواعد إلا إن ذلك لا يقود إلى رفضها لأنها ليست الفكرة الوحيدة التي تستعصي التحديد ، فغموض فكرة النظام العام والآداب لا يحول دون تطبيقهما [٤٢]

ويفرق بعض الفقه القانوني بين القواعد ذات التطبيق الضروري وبين قواعد البوليس الأجنبية .

فالقواعد ذات التطبيق الضروري: "مجموعة من القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني والتي تبلغ في أهميتها لمجتمع الدولة حدا كبيرا يحول دون دخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية ، كما يتعين تطبيقها مباشرة دون النظر إلى تصنيفها وما إذا كانت تنتمي إلى القانون العام أو القانون الخاص ودون حاجة لإعمال منهج قواعد الإسناد " [٤٣]،إذ يحدد نطاق تطبيقها على نحو قاطع ولا تتعلق بالتنظيم السياسي للدولة التي قامت بتشريعها [٤٤].

أما بالنسبة **لقواعد البوليس الأجنبية** : فهي قواعد تهدف إلى حماية مصالح الدولة الأجنبية ولا يجوز تطبيق قانون يتعارض مع أي من هذه القواعد حتى ولو أشارت قاعدة الإسناد بتطبيقه وإلا كان ذلك من شأنه أن يمس كيان الدولة السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي[٤٥].

وعليه فأن أهمية التفرقة بين القواعد ذات التطبيق الضروري وبين قواعد البوليس تقتصر على قاعدة البوليس الأجنبية التي تنتمي لقانون غير مختص بحكم العلاقة المطروحة بمقتضى قواعد التنازع في دولة القاضي ، حيث يمكن للقاضي الرجوع إلى قواعد البوليس الأجنبية ولكن هذا الرجوع مبني على الصلة العقلانية بين مضمون قاعدة البوليس ونطاق تطبيقها المكاني، أو بالأحرى نقول إن للدولة الأجنبية التي شرعت قاعدة البوليس هذه لها مصلحة فعلية من هذه القاعدة ، فالمسألة الواجبة الاحترام هنا ليس إرادة دولة بل احترام المصلحة الفعلية للدولة الأجنبية[٤٦].ولكن هذا الإعمال هو فقط لقاعدة البوليس التي تعد أجنبية أمام قضاء الدولة الأخرى ، حيث لا تسري مثل هذه القواعد في مواجهة الروابط العقدية التي ينظرها هذا الأخير ، وذلك بعكس القضاء الوطني فهو ملزم بتطبيقها تطبيقا مباشرا [٤٧].

ولتفصيل ذلك يشترط لعمل قاعدة البوليس أن يكون هناك صلة عقلانية بين مضمون القاعدة القانونية وأهدافها وبين مجال تطبيقها المكاني وهذه الصلة هي التي تجلب الاختصاص للنظام القانوني الذي تنتمي إليه[٤٨] ،أما لو كانت هذه الصلة غير متوفرة فأن على القاضي أن يرفض تطبيقها، كما إن قبول تطبيق هذه القواعد لا يمثل انحناء أمام إرادة المشرع الأجنبي ولا من اجل حماية مصالح الدولة الأجنبية ، بل يمثل ذلك الاهتمام بمصالح (الأفراد –المستهلكين –العمال ...) إذ إن إرادة المشرع الأجنبي ليست إلا قرينة على وجود مثل هذه المصلحة [٤٩].

وتجدر الإشارة إلى إن تطبيق قواعد البوليس يتم استنادا لفكرة الإسناد الإجمالي [٥٠]،أي انه إذا كان ينبغي على القاضي أن يطبق القانون الأجنبي الذي أشارت باختصاصه قاعدة

الإسناد الوطنية ، فانه يتحتم عليه أن يلتزم بإعمال قواعد البوليس التي يتضمنها هذا القانون باعتبارها جزءا لا يتجزأ من القانون المختص بحيث يطبق القانون الأجنبي المسند إليه في جميع قواعده أيا كانت طبيعتها [٥١]،ويرى الأستاذ (Mayer)[٥٢]،إن أساس فكرة الإسناد الإجمالي للقانون المختص تنحصر في عدم تمييز قاعدة الإسناد في تحديدها لهذا القانون بين قواعده التي تنتمي للقانون الخاص وقواعده التي تنتمي للقانون العام .

وبهذه الصورة فأنه يجب على القاضي إعمال كافة القواعد ذات التطبيق الضروري في قانونه بما في ذلك قواعد البوليس ، كما يجب عليه إعمال قواعد البوليس التي تنتمي إلى القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد في دولة القاضي[٥٣]، وكذلك احترام قواعد البوليس الأجنبية التي يرتبط مضمونها وأهدافها بصلة عقلانية بنطاق تطبيقها المكاني [٥٤] .

ويرى جانب من الفقه القانوني انه يجب احترام قواعد البوليس في القانون المتصل بالعقد من قبل القاضي ، شأنها في ذلك شان قواعد البوليس في قانونه الوطني بالإضافة إلى القواعد الآمرة في القانون المختار من قبل الإرادة لتجنب الغش نحو القانون من قبل الأطراف في محاولة التهرب من النصوص الآمرة في أي من القوانين المرتبطة بالعقد، وبذلك يلجأ القاضي إلى تجزئة العقد لإخراج بعض المسائل من نطاق تطبيق القانون المختار ليخضعا للقواعد ذات التطبيق الضروري أو قواعد البوليس التي يتضمنها قانونا أخر يرتبط بالعلاقة العقدية برابطة وثيقة ، وذلك في حالة ما إذا كانت المسألة المجزئة تدخل في نطاق تطبيقه احتراما لسلطان القانون وقواعده الآمرة كونها احد الأهداف التي تسعى فكرة تجزئة العقد إلى إدراكها [٥٥].

والملاحظ بأن تطبيق قواعد البوليس الأجنبية كونها قادرة على تقديم الحل الموضوعي للمسألة المعروضة قد يؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف فيما يتعلق بحكم هذه المسألة أما فيما يتعلق بالمسائل الأخرى فيبقى القانون المختار يحكمها وبالتالي تجزئة

العقد مابين قاعدة البوليس وقانون العقد ، كما إن قاعدة البوليس بناءا على ذلك تمثل قيدا على أرادة الأطراف لكونها تدخل لحكم جانب من جوانب العقد ، وتدخل في ذات الوقت مستبعدة القاعدة القانونية التي تضمنها القانون المختار من قبل أطراف العقد [٥٦] ، ولذلك فأن القانون الواجب التطبيق قد يحكم كافة جوانب العلاقة العقدية عدا ما كان داخلا منها في مجال تطبيق قواعد البوليس لأن قواعد البوليس قد تحد من حرية الأطراف في إبرام العقد وتنفيذه ، وبالتالي فهي تشكل قيدا على حرية الأطراف في اختيار قانون العقد بصورة عامة [٥٧]، إلا إنها تساهم في عملية تجزئة العقد الدولي نتيجة لانطباقها على احد جوانب العقد الدولي الداخل ضمن نطاق سريانها [٥٨] كما يجب على المحكم تطبيق قواعد البوليس في القانون المختار كونها تعبر عن إرادة مشرعها والذي يكون قانونه هو القانون الواجب التطبيق وفي حالة غياب الاختيار يجب على المحكم مراعاة تطبيق قواعد البوليس التي ترتبط بروابط وثيقة مع القانون الواجب التطبيق ، وكذلك تعد قواعد البوليس التي لا ترتبط بالعقد بروابط وثيقة لكونها تعبر عن رابطة معقولة بين مضمونها ونطاق تطبيقها قيدا على الأطراف في اختيار القانون كونها تعبر عن إرادة حقيقة لمصلحة البلد وان كانت غير مرتبطة بالعقد من جانب أو أخر [٥٩].

أما بشأن النظام القانوني العراقي، فيلاحظ عدم وجود نص تشريعي يقضي بتطبيق قواعد البوليس الأجنبية ، ولكن رغم خلو التشريع من تلك النصوص إلا انه من حق القاضي أن يستخلص إعمال هذه القواعد من المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا والتي أجازت له ذلك في المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ " التي يرجع إليها في الحالات التي لم يرد بشأنها نص من أحوال تنازع القوانين" ،ونرى انه كان من الأجدر بالمشرع العراقي أن ينص صراحة على ضرورة إعمال القواعد المذكورة مسايرة منه للاتجاه الحديث في القانون الدولي الخاص ومراعاة لتزايد أعداد القواعد الآمرة على اثر اتساع تدخل

الدول في مختلف مجالات الحياة الخاصة للأفراد ، خاصة بعد تأكد إعمال هذه القواعد من قبل التشريع والقضاء في العديد من الأنظمة القانونية المقارنة .

مصدر المحاضرة: أ.م عبد المهدي كاظم ناصر والهام فاهم نغيش حسن ((تجزئة العقد الدولي – دراسة مقارنة))، بحث منشور في موقع كلية القانون / جامعة القادسية، العراق.

جامعة الشام الخاصة

كلية الحقوق

أعزائنا الطلاب في السنة الرابعة في كلية الحقوق

جامعة الشام الخاصة

نتابع محاضراتنا في العقود الدولية

وهذه هي المحاضرة الثانية عشرة وموضوعها:

دور الإرادة في تجزئة العقد الدولي ج٢

المبحث الثاني

آليات تجزئة العقـد الدولـــي

إن مسألة تجزئة العقد الدولي لا تتم بصورة عشوائية ، بل إن هنالك آليات يجب إتباعها عند تجزئة العقد الدولي للوصول إلى تجزئة العقد الدولي مع الحفاظ على النظام القانوني للعقد كونه وحدة واحدة على الرغم من تعدد القوانين المطبقة عليه ، وعلى ذلك فأن هذا المبحث يثير التساؤل عمن له الحق في هذه التجزئة ، وهل إن هذه التجزئة هي حكرا على الأطراف أم إن للقاضي الوطني أو المحكم الدولي دورا في ذلك ، و إذا كان من حقهم تجزئة العقد الدولي فهل هنالك آليات تتم من خلالها تجزئة العقد الدولي ،ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين ،خصصنا الأول لتجزئة العقد الدولي من قبل الأطراف التعاقدية ، أما الثاني فسيكون للتجزئة من قبل الجهة المطروح أمامها النزاع .

المطلب الأول

التجزئة من قبل الأطراف التعاقدية

إن حق الأطراف في تجزئة العقد الدولي يعتبر تطورا في أداء إرادة الأطراف في ظل قاعدة الإرادة ، وبالتالي تطورا في قاعدة التنازع الخاصة بالالتزامات التعاقدية ، فالقوانين التي يجزئ فيها الأطراف العقد تعتبر مصادرا للقواعد المادية المختارة من قبل الأطراف التعاقدية ، وبهذه المصادر يتشكل النظام القانوني الملائم لكل عقد ،إذ إن كل من الإرادة المادية والإرادة ألتنازعية تقوم بدورها استنادا إلى أمر من المشرع ، فقاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية التي تؤكد خضوع العقد للقانون المختار هي ذاتها التي تفسح الطريق أمام الإرادة المادية للأطراف وتقر بحقهم في تجزئة القانون الواجب التطبيق على عقدهم [٦٠].

وفي هذا الصدد يجب أن نميز بين نوعين من التجزئة ، الأولى وهي التجزئة الجزئية وتسمى أيضا بالتجزئة البسيطة، والثانية وهي التجزئة المركبة وتسمى كذلك بالتجزئة المتعددة ، وسوف نسلط الضوء على هذين النوعين في الفقرتين الآتيين.

الفرع الأول : التجزئـــــة البسيطة

يقصد بالتجزئة البسيطة أو الجزئية قيام الأطراف باختيار قانون واحد لحكم جزء معين من العقد مع ترك الأجزاء الباقية لحكم القانون الذي تعينه قواعد الإسناد في دولة القاضي[٦١]، ويحصل هذا النوع من التجزئة في حالة ما إذا كان جزء من العقد قابل للانفصال عن باقي أجزاءه الأخرى ، ويرتبط بوثوق بقانون بلد أخر ، فأنه يجوز للأطراف بهذه الحالة تطبيق قانون ذلك البلد على هذا الجزء من العقد وبصورة استثنائية [٦٢]، وهذا ما أكدته المادة الرابعة من اتفاقية روما ١٩٨٠والتي جاء فيها " إذا لم يتم اختيار القانون الواجب التطبيق ، يخضع العقد لقانون الدولة التي يكون له معها روابط وثيقة ، وإذا كان جزء من هذا العقد قد انفصل عن باقي العقد وله روابط وثيقة مع دولة أخرى فأنه يجوز تطبيق قانون هذه الدولة على هذا الجزء من العقد على سبيل الاستثناء " ، كما إن من حق الأطراف تجزئة العقد الدولي وبصورة غير مباشرة ، ويحصل ذلك عند اختيارهم قانون ما ليحكم عنصر من عناصر العقد مع سكوتهم عن اختيار القانون الواجب تطبيقه على بقية العناصر، وفي هذه الحالة يتدخل القاضي ويطبق قواعد الإسناد الاحتياطية في قانونه بشأن باقي عناصر العقد التي لم يذكر فيها القانون الذي يجب أن يحكمها ، والتي قد يكون قانون أخر غير ذلك القانون الذي اختاره الأطراف لحكم احد عناصر العقد[٦٣]، كما يمكن أن يقتصر اختيار الأطراف على جزء محدد فقط من العقد ، وبهذه الحالة لا يجوز للقاضي التصدي لتطبيق القانون المختار بدعوى إن هذا التطبيق يحفظ وحدة العقد الأمر الذي يترتب عليه تجزئة العقد الدولي [٦٤]، وقد يقوم الأطراف بتجزئة العقد الدولي من خلال إخضاع

بعض عناصره لقانون دولة معينة بينما باقي عناصره تخضع لقانون دولة أخرى أو لبعض عادات التجارة الدولية [٦٥].

وفي حقيقة الأمر إن أطراف النزاع عندما يقوموا بتجزئة العقد الدولي فهذا دليل على رغبتهم بعدم انفراد النظام القانوني الوطني بحسم النزاع بما يفرضه من قواعد آمرة واجبة التطبيق هذا من جانب ، ومن جانب أخر وجدنا إن الاتجاه الحديث في الفقه يدعم تجزئة العقد الدولي ويرى انه ليس بلازم على الأطراف عند اختيارهم لقانون معين ليحكم موضوع النزاع أن يكون اختيارهم منصبا على أحكام القانون المختار جميعا بل من الممكن أن ينصب على البعض دون البعض الأخر [٦٦] ، وبالتالي فأن اختيار قانون معين من قبل الأطراف لحكم جزء من العقد مع تركهم لبقية أجزاء العقد بدون تعين قانون ليحكمها ، فان هذا الاختيار الجزئي لا يعتبر قرينة على شمول القانون المختار لبقية أجزاء العقد ، أي إن لجوء الأطراف إلى هذا النوع من التجزئة قد يكون بسبب رغبتهم في التخلص من حكم القواعد الآمرة في قانون معين بالنسبة للجزء الذي تم اختيار قانونه ، وذلك باختيارهم قانونا أخر لحكم هذا الجزء ، بحيث لا يوجد في القانون الأخير قواعد آمرة كالتي قصد الأطراف التخلص منها من خلال تجزئة العقد [٦٧] ،ويرى البعض بأن قيام الأطراف باختيار قانون معين لحكم جانب من جوانب العقد ، قد لا يكون دليلا على رغبتهم في تطبيق قانون أخر على جوانب العقد الأخرى، وإنما قد يكون بسبب رغبتهم في ترك هذه الجوانب دون قانون يحكمها اكتفاء بذاتية العقد بالنسبة لغير الجانب الذي قاموا باختيار قانون له [٦٨].

الفرع الثاني : التجزئـــــة المتـــعددة

يقصد بالتجزئة المتعددة أو الكلية قيام الأطراف باختيار عدة قوانين بحيث يكون كل قانون من هذه القوانين مختصا بحكم جزء معين من العقد [٦٩] ، وعليه فأن تجزئة العقد الدولي

تكون من خلال قيام الأطراف باختيار أكثر من قانون لحكم أجزاء العقد ويكون ذلك عن طريق تقسيم عناصر العقد إلى عدة أجزاء ، بحيث يحدد لكل جزء من هذه الأجزاء قانون يحكمه يكون مختلفا عن القوانين الأخرى التي تحكم بقية أجزاءه وبالتالي تتعدد القوانين الواجبة التطبيق على العقد ، كما إن إصرار الأطراف ورغبتهم في الحفاظ على العقد وتنفيذ العملية العقدية بدون أي عوائق قد يدفعهم إلى تجزئة عناصرها وإخضاع كل عنصر منها للقانون الأكثر اتصالا به ، ويبدوا هذا الأمر واضحا في العقود المركبة[٧٠]،المتضمنة لعمليات عقدية يمكن الفصل بينهما من الوجهة القانونية مثل عقد القرض الدولي الذي قد يلحق به عقد الوكالة [٧١].

ويشترط الفقه لسلامة التجزئة واختيار أكثر من قانون لحكم عناصره المختلفة بأن تتسم هذه التجزئة بالمعقولية ،أي انه عندما تتعدد القوانين المختارة على العقد عند تجزئته يجب أن يكون هنالك تماسك منطقي بين تلك القوانين ،حتى لا تؤدي التجزئة إلى حصول أي تناقض بين القوانين المختارة عند تطبيقها وبالتالي هدم الرابطة العقدية وانهيارها، ولتوضيح ذلك كأن يختار الأطراف قانونا معين لتحديد التزامات البائع في عقد البيع ، واختيار قانون أخر ليحكم التزامات المشتري ، فعند حدوث هكذا تناقض وعدم القدرة على التوفيق بينهما فان المحكمة تقوم بإهمال هذين الاختيارين وتلجا في هذه الحالة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق كما في حالة غياب الاختيار [٧٢] ، لذلك فأن تجزئة العقد الدولي يجب أن لا تكون إلا في المسائل التي يمكن فصلها عن غيرها ودون أن تؤدي إلى الإخلال بالانسجام المطلوب ، فإذا لم تتوفر في التجزئة هذه الصفة فهنا يتعين على القاضي أن لا يعتد بإرادتهم بخصوص تجزئة العقد الدولي، ويلتزم بهذه الحالة بتطبيق القانون الذي تشير به قواعد الإسناد عند سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد [٧٣]

الفرع الثاني

التجزئة من قبل الجهة المطروح أمامها النزاع

عندما يقوم القاضي الوطني أو المحكم الدولي بالفصل في نزاع متعلق بعقد دولي ، فهنا يتعين ملاحظة انه في حالة وجود اتفاق بين الأطراف على اختيار قانون معين فأن هذا القانون هو الذي سيحكم النزاع ، وفي حالة غياب هذا الاتفاق فأنه سيلجأ القاضي إلى تطبيق قواعد التنازع المدرجة في قانونه وهي غالبا ما تقوم على ضوابط موضوعية كمكان تنفيذ العقد أو محل إبرامه ، أما بالنسبة للمحكم الدولي فهو يقوم بتطبيق قواعد التنازع التي يجدها ملائمة لحل النزاع[٧٤] ، وعليه فأن أساس وقدرة الإرادة على اختيار القانون أمام القاضي الوطني هو القانون، أما بالنسبة للمحكم الدولي فان ذلك الأساس يرتد إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة ، وعلى ضوء ذلك سوف نقسم هذا الفرع على فقرتين ، تخصص الأولى للبحث في تجزئة العقد الدولي من قبل القاضي الوطني، أما الثانية لتجزئة العقد الدولي من قبل المحكم الدولي .

الفقرة الأولى : تجزئة العقد من قبل القاضي الوطني

لما كانت الرابطة العقدية ذات الطابع الدولي تخضع بحسب الأصل للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين ، وبالتالي فأن القاضي ملزم بتطبيق ذلك القانون، وإذا لم توجد إرادة ولم يستطع القاضي أن يستشف من ظروف التعاقد رغبة المتعاقدين الضمنية في تطبيق قانون العقد، فأنه يطبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين في حال اتحادهم موطنا قانون الدولة التي تم فيها العقد في حال اختلاف الموطن استنادا للمادة (٢٥) من القانون المدني العراقي والمادة (١٩) من القانون المدني المصري .

ولكن مرونة الحلول قد تأتي على حساب توقعات الأفراد ، إذ إن التشريعات الحديثة فضلت اتخاذ موقف وسط يحقق العدالة ومن دون الإخلال بتوقعات الأطراف وذلك عن طريق تجزئة الإسناد ، بحيث يخصص لكل فئة من العقود ضابط إسناد يتماشى مع طبيعتها عملا

بنظرية الأداء المميز[٧٥]، لذا فأن الرابطة العقدية تخضع في حالة سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق أما للقانون الذي تشير به قواعد الإسناد الاحتياطية في دولة القاضي المطروح عليه النزاع ، أو أن يتولى القاضي بنفسه إسناد العقد في مجموعه لقانون موطن المدين بالأداء المميز والذي يفترض انه القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية [٧٦].

ولكن السؤال الذي يثار انه في حالة ما إذا سكتت الإرادة عن اختيار قانون العقد هل بإمكان القاضي تجزئة الرابطة العقدية من خلال إسناد كل عنصر من عناصره للقانون الأوثق صلة بهذا العنصر ؟

للإجابة على هذا التساؤل هنالك رأيان:-

الرأي الأول: ذهب إلى إن تحديد القانون الواجب التطبيق استنادا لهذا الضابط يحول دون تجزئة العقد كون الالتزام بالأداء المميز يكون التزاما واحدا ، وهو ما يمنع من تجزئة العقد كونه يؤدي إخضاع الالتزامات الناشئة عنه لقوانين عديدة ذات حلول متعارضة [٧٧].

الرأي الثاني: وهو ما اخذ به القضاء الألماني والذي اتجه إلى إخضاع كل التزام من الالتزامات التي يفرضها العقد لقانون دولة تنفيذه وبالتالي تجزئة العقد بإسناده لأكثر من قانون[٧٨].

وعليه فأن القاضي يلجأ إلى تجزئة العقد الدولي في حالة سكوت الإرادة عن الاختيار وتبين لها إن القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية لا يلائم مع ذلك مسألة معينة من المسائل المطروحة على المحكمة ، وذلك من خلال إعمال قانون الأداء المميز عن طريق فصل جزء من العقد له رابطة وثيقة مع قانون أخر مختلف عن تلك التي يرتبط بها العقد ككتلة واحدة ،ويضاف إلى ذلك نجد إن تجزئة العقد الدولي تحصل من قبل القاضي في حالة ما إذا تبين له بأن هنالك جزءا من العقد قابلا للانفصال عن بقية أجزاءه الأخرى وله صلة وثيقة بقانون بلد أخر ، ففي

هذه الحالة بإمكان القاضي أن يطبق قانون ذلك البلد على هذا الجزء من العقد[٧٩]، ولكن يشترط لاعتبار هذا الجزء من العقد قابلا للانفصال عن بقية الأجزاء بأن يكون هذا الجزء له القدرة على أن يصبح موضوعا لحل مستقل للنزاع يختلف عن الحل المقرر لباقي عناصر الرابطة العقدية الأخرى [٨٠] ، وقد سمحت بهذه التجزئة من قبل القاضي اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وذلك في المادة (١/٤) والخاصة بالقانون الواجب التطبيق عند غياب الاختيار حيث جاء فيها " في حالة عدم اختيار قانون لحكم العقد وفقا لما نصت عليه المادة (٣) فأن العقد يحكم بقانون البلد الأوثق ارتباطا بالعقد ، ومع ذلك إذا كان جزء من العقد يمكن فصله عن بقية الأجزاء أوثق ارتباطا ببلد أخر فيطبق قانون هذا البلد على هذا الجزء " [٨١].

ومما تقدم يتضح لنا إمكانية حصول التجزئة من قبل القاضي في حالة ما إذا تبين له بأن جزء من العقد قابلا للانفصال عن بقية الأجزاء وله صلة وثيقة بقانون بلد أخر، وفي حالة سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد حيث القاضي يقوم بإخراج جزء من العقد له رابطة وثيقة بقانون أخر مختلف عن القانون الذي ترتبط به بقية أجزاء العقد ، كما يلجأ إلى تجزئة العقد للحفاظ عليه من البطلان في حالة ما إذا كان قانون الإرادة لا يلائم مسألة معينة من المسائل التي ثار بشأنها النزاع وبالتالي إسناد جزء من العقد للقانون الأكثر ملائمة له.وعليه إذا كان القاضي الوطني يملك في بعض الحالات تجزئة الرابطة العقدية ، إلا انه مع ذلك يبقى الأصل في إن تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون هو حق للأطراف يستند إلى قدرتهم على اختيار القانون أو القوانين التي تحكم العقد.

الفقرة الثانية : تجزئة العقد من قبل المحكم الدولي

إذا كانت فكرة تجزئة العقد أمر يؤدي إلى اتساع مبدأ سلطان الإرادة، فمن الطبيعي أن يكون نطاق الأخذ بالتجزئة أكثر اتساعا في مجال التحكيم الدولي، وذلك نتيجة للطابع الإرادي الذي يستمد منه المحكم سلطته في الفصل بالنزاع المطروح أمامه [٨٢] ، كما إن قضاء التحكيم قد أصبح القضاء الطبيعي الذي يوكل إليه الأطراف لحسم منازعاتهم المتعلقة بعقود التجارة الدولية ، إذ يعد التحكيم مصدرا للقانون المادي أو الموضوعي للتجارة الدولية من خلال ابتكاره لبعض القواعد التي تطبق في هذا المجال والتي لا مثيل لها في القوانين الوطنية [٨٣] ، فالتحكيم التجاري الدولي يعتبر أداة لحل النزاع بين الأفراد لما يتمتع به من إعمال مبدأ سلطان الإرادة، وقد اخذ الباحثون يهتمون به و ينادون إلى تكريس نظام مستقل للتحكيم التجاري الدولي يساعد في التغلب على مشاكل تنازع الاختصاص القضائي وتنازع القوانين[٨٤].

ولذلك فأن إقرار حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على نزاع التحكيم يدعونا إلى التساؤل حول حق الأطراف في تجزئة العقد الدولي وذلك باختيار أكثر من قانون ليحكم العقد محل النزاع ؟

إن إرادة الأطراف لها دور في مجال العقود الدولية من خلال اختيارها للقانون الواجب التطبيق، كما إن هذه الإرادة لها نفس الدور عند وقوع نزاع نشأ عن هذه العقود ، إذ إن من المبادئ الراسخة في مجال التحكيم الدولي إن القانون الذي يختاره الأطراف له الصدارة في التطبيق على كافة القوانين الأخرى القابلة للتطبيق متى كان هذا القانون غير متعارضا مع القواعد الآمرة في النظم القانونية ذات العلاقة [٨٥] ،وهذا ما نص عليه قانون التحكيم المصري الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في المادة (١/٣٩) منه والتي جاء فيها " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفقا على غير ذلك "، وعليه

يمكن تأسيس هذا الحكم على أساس قاعدة المطلق يجري على إطلاقه وبالتالي بإمكان أطراف النزاع بالاتفاق أن يتخيرا من عدة قوانين أو بعض العقود النموذجية المماثلة لعقدهم كعقد البترول أو الإنشاءات بل وحتى الأعراف التجارية ،أي إن من حقهم اختيار القواعد التي تلتزم بها هيئة التحكيم عند الفصل في النزاع ،كأن يختاروا بشأن ضمان العيوب الخفية في البضاعة القواعد التي نص عليها القانون المصري ، وان يختاروا لحكم مسالة التأخير في التسليم نصوص القانون الفرنسي ، وان يختاروا فيما يتعلق بالمواصفات العقد النموذجي لجمعية تجار الحبوب ، و يصيغون من كل ذلك القواعد التي تحكم نزاعهم ، حيث يعتبر كل ما اتفق عليه هو شريعتهم التي تحكم العقد وتلتزم بتطبيقها هيئة التحكيم [٨٦].

ويضاف إلى ذلك إن المحكم الدولي يميل إلى الاعتراف لإرادة الأطراف بسلطان مطلق في اختيارهم للقانون، وعليه إذا قام الأطراف بتجزئة العقد من خلال اختيار أكثر من قانون للانطباق على النزاع، وجب على المحكم أن يطبق القوانين المختارة كل على الجزء الذي أراد الأطراف انطباقه عليه ، والقول بغير ذلك يدل على أن المحكم قد خرج عن حدود المهمة الموكلة إليه من قبل الأطراف بالفصل بالنزاع وفقا لما اتفقوا عليه من قواعد[٨٧].

وبفضل الحرية التي يتمتع بها الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أمام المحكم ، فأن بإمكانهم اختيار قانون وطني لا يرتبط بالعقد بأي صلة أي تجزئة العقد عن طريق اختيار قواعد غير وطنية لحكمه [٨٨].

وتجدر الإشارة إلى إن مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف أمام المحكم ، قد يكون من خلال اتفاقهم على أن يحكم موضوع النزاع قانون دولة أجنبية أو أن يتم الاتفاق على تطبيق بعض أحكام القانون المختار دون البعض الأخر حيث نكون في هذه

الحالة بصدد (الاختيار الايجابي)، أو استبعاد تطبيق قانون معين أو جزء معين من القانون المختار وهو ما يعرف(بالاختيار السلبي)[٨٩].

وعليه سواء كان الاختيار ايجابيا أو سلبيا فأن ذلك يؤدي إلى تجزئة العقد، إذ انه في الحالة التي يتم فيها اختيار قانون دولة ما أو تطبيق جزء من أحكام القانون المختار على موضوع النزاع ، وكذلك في الحالة التي يتم فيها استبعاد جزء معين من القانون المختار وتطبيق قانون أخر بدلا من الجزء الذي تم استبعاده من القانون المختار، فأن الأمر في كلتا الحالتين يؤدي بالنتيجة إلى حصول التجزئة في القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أمام التحكيم،ولكن في حالة ما إذا سكتت الإرادة تماما عن اختيار قانون العقد وقيام المحكم بتركيز الرابطة العقدية وتحديد القانون الأوثق صلة بها فعليه الالتزام باحترام القواعد ذات التطبيق الضروري في هذا القانون لأنه لا يجوز لإرادة الأطراف أن تعلو إرادة المشرع الآمرة كي لا يؤدي ذلك إلى إفلات العقد من دائرة القانون، وكذلك في الحالة التي يظهر فيها إن الإطراف قد قصروا تطبيق قانون دولة ما على جزء معين من العقد بغية استبعاد إعمال قاعدة آمرة من هذا القانون على جزء أخر من العقد ، هنا من واجب المحكم أن لا يعتد بهذا الاختيار لان القول بغير ذلك يجعل من قبوله لهذه التجزئة اعترافا منه بالإرادة الآثمة المشوبة بالغش والتحايل من جانب الأطراف [٩٠]، كما إن قضاء التحكيم يحرص على التطبيق المباشر لعادات وأعراف التجارة الدولية على اعتبار إنها جزءا من النظام القانوني الذي ينتمي إليه المحكم ، إذ يطبقها المحكم مباشرة دون حاجة إلى إتباع أسلوب قواعد التنازع فهي تعد من قبيل القواعد المادية أو الموضوعية التي وضعت خصيصا لتنظيم عقود التجارة الدولية ، وبالتالي يكون لها الأولوية في التطبيق على تلك العقود مقارنة مع قواعد التنازع[٩١].

واستنادا لذلك وجدنا بأن المشرع الفرنسي لم يتجاهل أهمية ودور هذه الأعراف في حسم المنازعات ، وبالرجوع إلى المادة (١٤٩٦) من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد والذي جاء فيها " يحسم الحكم النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وبغياب هذا الاختيار فطبقا لقواعد يعتبرها مناسبة وفي كل الأحوال يؤخذ في الاعتبار أعراف التجارة "، ومن نص المادة أعلاه يتضح انه بإمكان المحكم في الحالة التي يعجز فيها الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق لحل النزاع أن يقوم بالبحث في المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص على أن يأخذ في الاعتبار الدور الذي تؤديه تلك الأعراف التجارية، فالقضاء يحرص على التطبيق المباشر لعادات وأعراف التجارة الدولية بصدد المسائل التي تثار في إطار التجارة أو المهنة التي ثار بشأنها النزاع والتي تتناولها هذه العادات والأعراف بالتنظيم عادة [٩٢].

مما تقدم يتضح لنا بأن تجزئة العقد الدولي أكثر اتساعا أمام التحكيم الدولي لأن المحكم يميل إلى الاعتراف بسلطان مطلق للأطراف في اختيار القواعد التي يرونها ملائمة لعقدهم بشرط عدم مخالفتها للقواعد الآمرة في النظم القانونية ذات العلاقة ، كما يجب على المحكم تطبيق القوانين المختارة من قبل الأطراف كل على الجزء الذي أراد انطباقه ، والاعتراف بحق الأطراف في استبعاد جزء من أحكام القانون المختار وتطبيق قانون أخر بدلا من الجزء الذي تم استبعاده ، وكذلك تجزئة العقد الدولي عند تطبيق المحكم الأعراف التجارية أو مبادئ التحكيم التجاري الدولي.

الخاتمة

استهدفت هذه الدراسة التحليلية الوصول إلى القول بإمكانية قبول فكرة تجزئة العقد الدولي من خلال تطبيق أكثر من قانون على العقد بحيث تتعدد القوانين الواجبة التطبيق عليه ، إذ إن فكرة تجزئة العقد قد وجدت معالمها الأولى عندما فرق المشرع في إسناد العقود بين فكرة

الشكل وفكرة الموضوع وفكرة الأهلية، أي إنها ارتبطت بمسألة تعدد ضوابط الإسناد التي وضعت لحل مشكلة تنازع القوانين عن طريق تفتيت الرابطة العقدية إلى عدة أفكار مسندة ، أي إنها بدأت تشريعيا مما فسح المجال لأطراف العقد والجهة المرفوع أمامها النزاع إمكانية التجزئة من خلال تطبيق أكثر من قانون على العقد الواحد ، وان هذه الفكرة قد ارتبطت بفكر النظرية الشخصية والتي سمحت بمقتضاها للمتعاقدين باختيار قانون على غير صلة بالرابطة العقدية ، كما تسمح لهم في نفس الوقت بإنزال أحكام هذا القانون منزلة الشروط العقدية وهو ما يؤدي بالنتيجة إلى الاعتراف بحقهم أيضا في اختيار أكثر من قانون لتنظيم العقد ، أما بالنسبة للنظرية الموضوعية فأنها لم ترفض فكرة التجزئة هذه طالما كان القانون الواجب التطبيق على صلة بالعنصر الذي يراد تطبيق ذلك القانون عليه لكنها اشترطت قيودا وأوجبت على الأطراف التقييد بها عند تجزئة العقد الدولي ، وإن حرية الأطراف في تجزئة العقد الدولي ليست مطلقة بل إنها مقيدة بقيود النظام العام وقواعد البوليس، وكذلك معرفة بان الأصل في تجزئة العقد الدولي إنها تتم من قبل الأطراف المتعاقدة ، ولكن وجدنا بأن القاضي الوطني والمحكم الدولي أيضا لهم دور في هذه التجزئة أيضا. ولذلك فأننا ندعو المشرع العراقي أن يكون موقفه أكثر وضوحا من تجزئة العقد الدولي، وذلك بالإشارة الصريحة للمتعاقدين في اختيار أكثر من قانون، إذ نقترح أن يعدل نص " المادة (١/٢٥)" من القانون المدني العراقي بالنحو الأتي :-" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطنا فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدين على اختيار القانون الذي يحكم العقد بأجمعه أو جزء منه أو تبين من الظروف ذلك، بشرط عدم التعارض بين القوانين المختارة ، وفي حالة اختيارهم لقانون العقد فأنهم يملكون أما اختيار قانون واحد أو اختيار عدة قوانين أو المبادئ المشتركة لهذه القوانين أو المبادئ العامة للقانون أو المبادئ المنطبقة في العلاقات

الاقتصادية الدولية أو القانون الدولي كما يمكنهم المزج بين كل أو بعض هذه المصادر القانونية" ، و ندعوا القضاء العراقي إلى إعمال قواعد البوليس الأجنبية في القانون المدني بوصفها من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا وفقا للنص نفسه الذي ورد في المادة (١/٧) من اتفاقية روما والذي يمكن أن يكون بالشكل الأتي :-" عند تطبيق قانون بلد معين بمقتضى هذا القانون فانه يجوز الاعتداد بالنصوص الآمرة في قانون بلد أخر يرتبط بالمركز المطروح برابطة وثيقة ذلك فيما لو كانت هذه النصوص واجبة التطبيق بمقتضى قانون البلد الذي ينتمي إليه وبصرف النظر عن قانون العقد وللاعتراف بمدى الآثار التي ستمنح لهذه النصوص يجب الاعتداد بطبيعتها وموضوعها ، كذلك النتائج التي تترتب على تطبيقها أو عدم تطبيقها ". مسايرة منه للاتجاه الحديث في القانون الدولي الخاص خاصة بعد تأكد إعمال هذه القواعد من قبل التشريع والقضاء في العديد من الأنظمة القانونية المقارنة ، وضرورة الإسراع في تشريع قانون التحكيم وبأن يتضمن النص الأتي :- " يمكن للأطراف أن يختاروا (القواعد) التي يرونها ملائمة لعقدهم وهو ما يسمح لهم من اختيار قواعد لا تنتمي للقانون الداخلي لدولة معينة أو اختيار قواعد تنتمي لعدة قوانين داخلية إعمالا لحق الأطراف في تجزئة الرابطة العقدية ، كذلك تطبيق المحكمين لقاعدة من قواعد البوليس التي لا تنتمي لقانون العقد قد يؤدي إلى استبعاد تطبيق قاعدة أخرى من القواعد التي تصدى المتعاقدين لاختيارها لحكم جانب من جوانب الرابطة العقدية وهذا ما يعتبر استبعادا لقاعدة من قواعد قانون الإرادة".

مصدر المحاضرة: أ.م عبد المهدي كاظم ناصر والهام فاهم نغيش حسن ((تجزئة العقد الدولي – دراسة مقارنة))، بحث منشور في موقع كلية القانون / جامعة القادسية، العراق.