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.