

## (( نطاق تطبيق قواعد تنازع القوانين ))

جامعة واسط / كلية القانون  
قانون الدولي الخاص // المحاضرة الرابعة  
م.م سهام جواد كاظم



أن تحديد قاعدة الاسناد الخاصة بهذه المسائل والتي على أساسها يتم تحديد القانون الواجب التطبيق يتوجب التطرق الى خمس فروع وهي :



منذ عهد الاحوال الايطالية وضعت قاعدة

- ✓ خضوع العقد لقانون محل الابرام في شقيه الموضوعي والشكلي ، فيما بعد اصبح العقد يخضع في جانبه الموضوعي لقانون محل الابرام اذا لم يكن اتفاق على قانون آخر .
- ✓ في القرن السادس عشر خضع موضوع العقد لقانون الارادة ، وخضوع العقد لقانون مكان التنفيذ .
- ✓ أهم الاتجاهات والاصل التاريخي لقاعدة الاسناد الخاصة بالعقود على مستوى القوانين الاجنبية والعربية ومنها القانون العراقي هي خضوع العقد لقانون الارادة وقد تم تبرير أستناد هذه القاعدة على

لقانون الارادة هو القول ان المشرع الوطني عبر قاعدة الاسناد إجاز لأرادة الاطراف بأختيار قانون دولة ما لحكم العقد فالقانون المختار لايستند الى الارادة أنما الى قاعدة الاسناد التي خولتهم بذلك.

## الفرع الثاني / شروط أعمال قاعدة الاسناد

يجب ان تتوافر جملة شروط في عنصر الاسناد (العلاقة العقدية) وموضوع قانون الارادة والقانون المسند اليه (قانون الارادة)

### أولاً:- شروط العلاقة العقدية (فكرة الاسناد)

١- أن تتصف العلاقة بالصفة الدولية وتكون العلاقة ذات بعد دولي عندما تتخللها الصفة الاجنبية من خلال أحد عناصرها الثلاثة (الاشخاص ،الموضوع ، السبب) أو ان تكون العلاقة لها قابلية تحريك عبر الحدود مثل علاقات الاستثمار.

٢- أن تكون العلاقات متصفة بالصفة المالية أي متعلقة بحقوق شخصية مثال ذلك جميع العقود التي ترتب حقوق شخصية كالوكالة والنيابة والوديعة والقرض والبيع بالنسبة للآثار الشخصية التي يرتبها وبذلك تخرج من نطاق القاعدة العلاقات المتعلقة بالاموال العقارية والمنقولة والتي يترتب عليها حقوق عينية .

٣- أن تكون من المسائل المتعلقة بالعلاقة المتصفة بالصفة الدولية المالية من قبيل القواعد المفسرة لا الأمرة وذلك لان القواعد الامرة في العلاقة لايجوز الاتفاق على خلافها .

### ثانياً/ شروط قانون الارادة (القانون المسند له الاختصاص).

١- أن يكون قانون الارادة ذات صلة بالعقد من خلال جنسية أحد طرفيه أو موطنهم أو محل ابرام العقد أو تنفيذه أو موقع المال وقد لايتصل العقد بالقانون من خلال الصلات أعلاه أنما يتحقق أتصاله بالقانون بوصفه معني بتنظيم الشروط النموذجية للعقد.

٢- أن يكون قانون الارادة غير مخالف للنظام العام لدولة قاضي النزاع فإذا كان كذلك فيستبعد كلياً أو جزئياً وان كان مختار من قبل الاطراف .

## الفرع الثالث / أعمال قاعدة الاسناد

✘ عندما تعرض على قاضي النزاع دعوى متعلقة بعقد دولي مالي فالقاضي يسند العقد الى قانون الارادة الصريحة اذا وجد اتفاق يقضي بتسوية أي منازعة بشأن العقد بموجب قانون دولة ما

- ✘ وإذا لم يوجد اتفاق صريح فعلى القاضي البحث عن الارادة الضمنية لقانون دولة ما ويتحرى عن ذلك من خلال عدة ظروف أو وقائع محيطة بالعقد تكشف عن الرغبة الضمنية للأطراف باللجوء الى قانون معين دون غيره مثل (اللغة التي حرر بها العقد، المحكمة التي تم الاتفاق عليها ولايتها أو ابرام العقد فيها أو تنفيذه فيها) فهذه ظروف أو قرائن تدل على أن هناك ارادة ضمنية أتجهت لتطبيق قانون الدولة التي تعلقت بها .
- ✘ وفي حالة عدم وجود ارادة صريحة أو ضمنية أتجه جانب من القضاء الفرنسي والبريطاني الى ضرورة البحث عن الارادة المفترضة والتي يجدها القاضي من خلال ما يصطلح عليه بعنصر الاداء المميز الذي يكشف عن الدولة الاكثر صلة بالعقد الا أنه أنتقد من جانب آخر من الفقه وقيل انه لا يوجد ارادة مفترضة لانها من صنع الوهم والخيال فالارادة أما ان تكون صريحة أو ضمنية فقط
- ✘ يجب أن يكون القانون المتفق عليه من قبل الاطراف صراحة أو ضمنا على صلة جدية حقيقية وموضوعية بالعقد من خلال كونه قانون جنسية أحد الطرفين أو موطنه أو محل ابرام العقد أو محل تنفيذه أو موقع المال.

### الفرع الرابع / نطاق تطبيق قاعدة الاسناد

- ١- يطبق قانون الارادة بموجب قواعد أسناد دولة قاضي النزاع على شروط تكوين العقد واثاره وايضا أوصاف الارادة الظاهرة أو الباطنة ومدى اعتبار السكوت قبولا وحالات التعبير عن الارادة وكذلك وجود المحل وصحته والسبب كما يشمل أوصاف الالتزام الشرط والاجل وتعدد الملتزمين وحالات الضمان واسباب أنتهاء الالتزام بالابراء أو الوفاء والمقاصة وخاصة الاتفاقية منها.
- ٢- يخرج من أختصاص قانون الارادة الرضا وعيوبه لانه من عوارض الاهلية فهي تخضع للقانون الشخصي قانون الجنسية .
- ٣- لايشمل قانون الارادة المسائل التي تتعلق بشكل التصرف لانها تخضع لقانون محل ابرام العقد.
- ٤- بالنسبة الى مشروعية السبب والمحل تخضع لتقدير قاضي النزاع لانها متعلقة بلنظام العام وتعد من قواعد الامن المدني والقواعد ذات التطبيق الفوري والمباشر.

### الفرع الخامس / موقف القانون المقارن والعراقي

يتجه القانون المقارن على مستوى القوانين الاجنبية والعربية الى احترام ارادة أطراف العلاقة العقدية أستناداً الى مبدأ سلطان الارادة ومن ثم أعتما القانون الذي تتفق عليه ارادة الاطراف صراحة أو ضمنا وفي ظل غياب ارادة يصار الى أعتما قانون بلد التنفيذ كما هو الحال في بعض التشريعات الاجنبية .

ذهب المشرع العراقي في المادة (١/٢٥) من القانون المدني التي نصت على (يسري على  
الالتزامات العقدية قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطننا وإذا اختلفا يسري قانون محل  
ابرام العقد كل ذلك ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين الظروف أن قانون آخر يراد تطبيقه.  
هذا يعني أمام القاضي العراقي ثلاث خيارات  
١- يتمثل بقانون ارادة الصريحة أو الضمنية .  
٢- قانون الموطن المشترك للمتعاقدان .  
٣- قانون محل ابرام العقد ويستعمل الخيار الثالث الا اذا لم يتحقق الخيار الثاني أي انه يطبق  
الخيارات على سبيل التدرج لا التخيير.