مستخلص

يلعب عقد المقاولة الدولي دوراً مهماً في تطور الدول عندما يبرمه ملاك رؤوس الاموال الاجنبية بمناسبة مزاولة نشاط ما على اقليم دولة قد لا ينتمون اليها بجنسيتهم ، وقد يولد تبعاً لذلك بعض المشاكل وابرزها تنازع القوانين او مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق . فقد يخضع هذا العقد الى قوانين متعددة في فروض متنوعة ايضاً وهو امر تنبه له الباحثون فسعوا الى توطينه عبر إعمال قانون الارادة وتركيزه في موطن محدد او إخضاعة لنظام قانوني معين وهو مايثير بدوره مشاكل مضافة.

ان هذا البحث ما هو إلا محاولة بسيطة لحل تلك المشاكل عن طريق السعي الى تحديد مفهوم دقيق لعقد المقاولة الدولي ، ومناقشة حقيقة الارادة التي تؤثر في هذا العقد والكشف عنها ، كذلك الكشف عن فروض دولية عقد المقاولة ، ثم مدى تأثير قانون ارادة الاطراف في توطينه ، وحل مشاكل تنازع الاختصاص التشريعي فيه وصولاً الى تحديد النظام القانوني الذي يحكم هذا العقد في الفروض التي تثبت له الصفة الدولية وتطبيق القواعد العامة للعقود الدولية مع مراعاة القواعد الخاصة لعقد المقاولة ، وتتبع قانون الإرادة واثره في ربط هذا العقد الدولي باقليم دولة معينة او بنظام قانوني معين ، ومن ثم استنتاج القانون الواجب التطبيق عليه سواء نجحت تلك الإرادة في تركيزه ام فشلت ومن الله تعالى التوفيق والرشاد....

Abstract

The convening of the International Entrepreneurship plays an important role in the development of countries as may conclude owners of foreign capital on the occasion of practicing an activity on the territory of a State does not belong to their nationality has been associated Consequently, some of the problems, most notably the conflict of laws or the problem of determining the applicable law as may be subject to this contract to multiple laws in a variety of hypotheses which is also alerted him to the researchers, they sought resettlement through the realization of the will of the law and focus on a particular home or subjected to a particular legal system which is something to turn other problems.

This research is an attempt simple to solve those problems by seeking to identify a special concept for the convening of the international contract and discuss the fact that will affect the international construction contracts and disclosure and the possibility of making the contract held internationally, and the impact of the will of the parties law in resettlement and resolve conflicts of legislative jurisdiction in which order problems the legal regime governing the contract once proved his international

status and the application of the general rules of international contracts, taking into account the special contract contracting rules and follow the will of the law and its impact on the link this international decade of the province of a particular country or a particular legal system, a statement and then a conclusion of law that must be applied by both succeeded those will the focus or failed...

مقدمة

ان اشباع الحاجات المتعددة للانسان تمكنه من العيش على وجه يليق بآدميته، و يستمد الانسان الوسائل والعناصر اللازمة لذلك الاشباع من الطبيعة التي تحيط به ومن الاشخاص الذين يعيشون معه ، فالطبيعة توفرله المواد الخام لتلك الوسائل والعناصر ، والاشخاص يقدمون له الخدمات والاعمال التي لا يستطيع القيام بها بنفسه ، ولابد هنا من تنظيم اشباع تلك الحاجات عن طريق القانون الذي يعمل على تنظيم حصول الانسان على هذه الخدمات والاعمال بطريقة تقرب بين الحاجات المتماثلة والمتشابهة وتوفق بين الرغبات المتعارضة وتمنع من استغلال الانسان لأخيه الانسان وتنمي بين الافراد روح الاخاء والتعاون .

وتعد العقود الوسيلة الناجعة لتمكين الانسان من الاشباع الموصوف سابقاً وهي تلعب دوراً مهماً في التطور الاقتصادي اومايسمى بالعولمة الاقتصادية التي تتعلق بنظم الانتاج الحديثة التي تمكن الشركات الدولية من استغلال المال والاعمال عبر العالم ، حيث اصبحت رغبة أصحاب رؤوس الاموال الاجنبية في ولوج اسواق العمل في الدول النامية سببا قوياً لوجود وانتقال المشروعات ورجال الاعمال وابرام تلك العقود مما ادى الى ظهور العديد من العقود ذات الطابع الدولي ومن بينها عقد المقاولة الدولي الذي يبرمه هؤلاء بمناسبة مزاولة نشاط ما على اقليم دولة لاينتمون اليها بجنسيتهم ومايرتبط به من مشاكل ابرزها كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق اذ قد يخضع هذا العقد الى قوانين متعددة في فروض متنوعة ايضاً وهو امر تنبه له الباحثون فسعوا الى توطينه عبر إعمال قانون الارادة وتركيزه في موطن معين او اخضاعه لنظام قانوني معين وهو مايثير بدوره مشاكل اخرى .

اولاً:- أهمية البحث//

ان أهمية البحث تظهر من خلال ما يؤديه من دور كبير في الاجابة على التساؤلات التي يمكن ان تطرح حول مدى دولية عقد المقاولة في فروض معينة من جانب ، والكشف عن إمكانية تركيز هذا العقد في اقليم دولة ما او بنظام قانوني معين من جانب اخر، وكل ذلك جاء نتيجة لإهتمام العالم بالعقود عموماً وبعقد المقاولة على وجه الخصوص .

ثانياً:- مشكلة البحث//

ان مشكلة البحث تدور حول تحديد مفهوم خاص لعقد المقاولة الدولي ، والبحث عن حقيقة الارادة ومدى تأثيرها في عقد المقاولة الدولي ، وامكانية جعل عقد المقاولة دولياً ثم بيان دور إرادة الاطراف في توطينه وحل مشاكل تنازع الاختصاص التشريعي بمناسبته ليتوضح من خلال ذلك النظام القانوني الذي يحكم هذا العقد متى ماوجد فيه عنصر اجنبي او اكثر .

ثالثاً:- منهجية البحث//

ان طبيعة البحث والمشكلة التي يتناولها يتطلبان إتباع منهج تحليلي إستنتاجي لانه الانسب لهذه الدراسة ، أي إعتماد تحليل الاراء الفقهية والدراسات النظرية السابقة والنصوص القانونية قدر تعلقها بعقد المقاولة الدولي ومن ثم بيان اثر قانون الارادة في توطينه ، ومحاولة الاستنتاج العلمي لاهم سماته وملامحه ، وامكان تطويع الافكار العامة للعقود الدولية في ضوء الاحكام الخاصة لعقد المقاولة ، وتتبع قانون الارادة واثره في ربط هذا العقد متى ماكان دولياً باقليم دولة معينة او بنظام قانوني معين ومن ثم استنتاج القانون الواجب التطبيق عليه سواء أفلحت تلك الارادة في تركيزة أم لم تفلح ، كل ذلك سيأتي في إطار القانون العراقي والقوانين المقارنة.

رابعاً:- التقسيم الشكلي//

ارتأينا إعتماد خطة بحث توزعت على ثلاث مباحث سبقتها مقدمة ، خصصنا الاول لبيان مفهوم عقد المقاولة الدولي ، وافردنا الثاني لمناقشة الارادة واثرها في توطين عقد المقاولة الدولي ، فيما تناولنا في المبحث الثالث لموضوع الكشف عن حل تنازع الاختصاص التشريعي في عقد المقاولة ، وختمنا البحث بخاتمة ثُبتنا فيها اهم ماظهر لنا من نتائج وما توصلنا إليه من توصيات ومن الله تعالى التوفيق والرشاد.

المبحث الاول
مفهوم عقـــد المقاولـــة وصفته الدولـــية

لابد باديء ذي بدء ان نحدد مفهوم عقد المقاولة الدولي بتعريفه وبيان خصائصه التي تميزه عن العقود الدولية القريبة منه ، وعرض آراء فقهاء القانون الدولي الخاص ذات الصلة بمعايير دولية العقد ومدى تطبيق ذلك على عقد المقاولة . ولبيان ذلك سنخصص المطلب الاول لمفهوم عقد المقاولة الدولي ، ثم نبادر الى الكشف عن المعيار الذي أكسبه الطابع الدولي من خلال المعايير التي طرحها الفقه للعقد الدولي في المطلب الثاني .

المطلب الاول
مفهوم عقد المقاولة الدولي

إن البحث في مفهوم عقد المقاولة الدولي يتطلب تعريفه وبيان خصائصه وتمييزه عن غيره من العقود الدولية ، ومن ثم لابـد أولاً أن نعرف عقـد المقاولة بشكل عام على إعتبار أنه الأصل لعقد المقاولة الدولي ثم نستخلص تعريفاً مختاراً يتضمن صفته الدولية لنصل الى بيان خصائصه ، فتمييزه عن بعض العقود الدولية وذلك في ثلاثة فروع .

الفرع الاول
تعريف وخصائص عقد المقاولة الدولي

ان المقاولة في اللغة العربية هي المفاوضة والمجادلة ، ومنه قولهم : قاولهم في الامر مقاولة اذا فاوضهم وجادلهم ، وتقاولوا في الامر : تفاوضوا وتطلق ايضاً على اعطاء العمل للآخر(١).
وقيل ايضاً : المقاولة اتفاق بين طرفين يتعهد احدهما بان يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدود في مدة معينة(٢).
وفي الفقه الاسلامي لايوجد تعريف محدد للمقاولة نظراً الى عدم وجود هذا المصطلح في الصدر الاول للاسلام ولا العصور التي تليه ولكن عُرف هذا العقد ومضمونه بشكل آخر وهو مايطلق عليه عقد الاستصناع وقد ورد ذلك في كلمات للمتأخرين من الفقهاء مستندين في ذلك الى بعض العقود المطابقة كعقد الاستصناع والاجاره ، وقد سارت على هذا النهج مجلة الاحكام العدلية اذ عرفت الاستصناع بأنه (عقد مقاولة مع اهل الصنعة على ان يعملوا شيئاً فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع) (٣) ، وبتفصيل اكثر يمكن القول انهم عرفو عقد المقاولة بعقد الاستصناع ثم اختلفوا في مشروعيته وتكييفه فهو لايسمى عقد استصناع الا اذا قدم الصانع مادة المعقود عليه وانه يعتبر وفقاً لرأي فقهاء الشريعة عقد بيع ، ولكنه عقد لازم بالنسبة للمستصنع اما اذا كان الصانع قد صنع الشئ بمادة من رب العمل اعتبر العقد إجارة ولايعتبر استصناعاً لان المنفعة المقصودة تقوم بالعمل وحدة (٤)، وعقد الاستصناع عند احد الفقهاء المسلمين يشبه عقد المقاولة حيث أن التكييف الشرعي للاستصناع عقد يجمع فيه بين عمل الصانع وتقديم المادة من قبله اما اذا أقتصر على العمل فقط من دون تقديم المادة الأولية فيكيف عندهم على أنه عقد إجارة حيث ان الاجارة تقسم بحسب الفقه الاسلامي الى إجارة الأشياء وإجارة الأشخاص (٥).
إن أغلب المتقدمين من فقهاء الإمامية لم يتعرضوا للاستصناع سوى ابن حمزة صاحب كتاب الوسيلة ، وبن سعيد في جامع الشرائع ، وقد حكما بان عقد الاستصناع عقد بيع اذا كانت المواد مقدمة من قبل الصانع ، وعقد أجاره (يعني من قبيل إجارة الأشخاص) اذا قدمت المواد المطلوبة في صناعة الشئ محل الاستصناع من قبل المستصنع.
ولكن المعاصرين من فقهاء الإمامية تعرضوا لبيان عقد الاستصناع ، ومن ذلك ما جاء في موسوعة الفقه الاسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام (الإستصناع هو إتفاق مع ارباب الصنائع على عمل شئ معين للمستصنع بعوض معين ، ويكون العين والعمل كلاهما على الصانع ، وهذا بلحاظ المادة المصنوعة يشبه البيع والشراء وبلحاظ العمل المطلوب من الصانع يشبه الاجارة . وجاء في حكم المقاولات التجارية من المصدر نفسه ، وهذه الاجارة تتصور على نحوين ، فهي اما تقع على خصوص العمل

فقط بحيث تكون آلات البناء ولوازمه كالآجر والجص مثلاً على المستأجر ، وأما تقع على العمل مع كل مايحتاج اليه من آلات وأعيان على الأجير ، وهذا قد يكون بنحو الاستصناع (٦).

ويرى الفقه الحنفي ان الاستصناع هو ان يقول إنسان لصانع من خفاف او صفار او غيرها أعمل لي خفاً او آنية من أديم او نحاس من عندك بثمن كذا ويبين نوع مايعمل وقدره وصفته فيقول الصانع نعم ، اما معناه فقد اختلف فيه المشايخ فقال بعضهم هو مواعدة وليس بيع وقال بعضهم هو بيع لكن للمشتري فيه خيار وهو الصحيح بدليل ان محمد صاحب ابو حنيفة (رحمه الله) ذكر في جوازه القياس والاستحسان (٧).

والاستصناع عند فقهاء الشافعية لايعتبرونه عقداً مستقلاً بل هو مدرج ضمن مسائل السلم ، قال الشافعي في كتاب الام (ان السلم في الصناعات ينقسم الى قسمين القسم الاول هو ماكان من مادة خام واحدة ماعدى المادة المزينة ، اما القسم الثاني هو ماكان من مادتي خام فأكثر ماعدا المادة المزينة) (٨).

وقال أيضاً (ان مايصنع من مادة خام واحدة كالحديد والخشب والرصاص والذهب والفضة يجوز فيه السلم) لذا يرى ان طلب الصنعة للمادة الخام الواحدة جائز ويعطيه حكم السلم (٩).

أماعند المالكية فلايرى فقهاء هذا المذهب ان الاستصناع عقداً مستقلاً بل أدرجوه ضمن مسائل السلم ويتضح ذلك من خلال ماجاء في مختصر خليل (عند كلامه عن ما يجوز السلم فيه وما لايجوز قال : والشراء من دائم العمل كالخباز وهو بيع وإن لم يدفع فسلم كإستصناع سيف أو سرج) فعطف الاستصناع على مايجوز السلم فيه (١٠).

في حين ان الاستصناع عند الحنابلة غير جائز كما ورد عن القاضي المرداوي وأصحابه بانه لا يصح استصناع سلعة لانه باعَ ماليس عنده على غير وجه السلم ، وقيل لا يصح استصناع سلعة بأن يبيع سلعة يصنعها له لان باع ماليس عنده على غير وجه السلم. (١١)

ومن الجدير بالذكر اننا لم نجد في حدود الاطلاع على المصادر التي بأيدينا رأي للظاهرية في عقد الاستصناع الا انه يمكن القول بأن الاستصناع عندهم غير جائز لان الرأي لديهم (في استصحاب الحال ، وبطلان جميع العقود والعهود والشروط ، الا ما أوجبه منها قرآن ، او سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ثابتة). (١٢)

ولفقهاء القانون رأي في ذلك اذ لم يعرف عقد المقاولة الدولي على سبيل الافراد والاستقلال بل عرف عقد المقاولة بوجه عام بجانب والعقد الدولي بجانب آخر ، فيما عرف أحد الكتاب عقد المقاولة الدولي بأنه (عبارة عن إتفاق يتعهد بموجبه متعاقد لمتعاقد آخر بصنع شيء أو آداء عمل مقابل أجر متفق عليه على أن يمس محل هذا العقد بمصالح التجارة الدولية) (١٣) ويأتي ذلك عطفاً على اتجاه الفقه بان العقد قد يكون داخلياً وطنياً وهو العقد الذي تكون جميع عناصره مرتبطة بدولة واحده

وبالتالي يخضع لقانون تلك الدولة الوطني ، وقد يكون دولياً اذا كان احد عناصره دولياً (١٤) .

أي ان العقد اذا تم ابرامه في دولة معينة ويتمتع اطرافه بجنسيتها ويتوطنون فيها وتتحقق في اقليمها الالتزامات الناشئة عن العقد يعد من العقود الوطنية اوالداخلية والتي لا تثير تنازعاً بين القوانين ، ويكون هذا العقد دولياً متى لحقت الصفة الاجنبية باحد العناصر المكونة لهذا العقد . مثال ذلك يكون احد المتعاقدين او كلاهما اجنبياً او يكون المحل او الموضوع الذي يرد عليه العقد موجوداً في الخارج او يبرم العقد او ينفذ في الخارج (١٥) ، وعليه يكون العقد المبرم بين عراقي وفرنسي عقداً دولياً وذلك لتوفر الصفه الاجنبية باحد عناصره وهو احد اطراف العقد وكذلك يعد عقداً دولياً اذا تعلق بتصدير او استيراد عملة او خدمة اجنبية.

وقد تعرض لتعريف عقد المقاولة المرحوم الدكتور السنهوري بقوله ان عقد المقاولة (عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين ان يضع شيئاً أو ان يؤدي عملاً لقاء اجر يتعهد به المتعاقد الاخر)(١٦) ، وقال آخر بان (المقاولة عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر ، دون ان يخضع لإشرافه او إدارته). (١٧)

كما عرف المشرع العراقي عقد المقاولة في القانون المدني ولم يعرف عقد المقاولة الدولي ونص على ان عقد المقاولة هو (عقد يتعهد به احد الطرفين ان يصنع شيئاً أويؤدي عملاً لقاء اجر يتعهد به الطرف الاخر)(١٨) ، والملاحظ على تعريف المشرع العراقي لعقد المقاولة بانه تأثر بالفقه(١٩) والقانون المصريين.(٢٠)

كما ان المشرع الفرنسي لم يتطرق الى تعريف عقد المقاولة تحت هذه التسمية contrat d'entreprise ، و انما تناوله باعتباره نوعاً من انواع اجارة الاعمال contrat de louage d'ouvrage، اذ عرفته المادة (١٧١٠) من القانون المدني الفرنسي بانه العقد الذي عن طريقه يتعهد احد الاطراف بعمل شيء لحساب الاخر لقاء اجر متفق عليه بينهما (٢١). وقد قسم القانون المدني الفرنسي في المادة (١٧٧٩) ايجار الاعمال و الصنائع الى ايجار الاشخاص louage de service وايجار الناقل louage de voitures و ايجار المقاول Entrepreneures d'ouvrage (٢٢).

وبناءاً على ما تقدم يمكننا ان نعرف عقد المقاولة الدولي بانه ارتباط بين طرفين او اكثر يكون احد عناصره اجنبياً يتعهد بموجبه احد الاطراف بان يصنع للطرف الاخر شيئاً او ان يقوم بعمل يرتبط بمصالح التجاره الدولية لقاء بدل مالي يتعهد بدفعه الطرف الاخر .

ومن تكثيف الافكار العامة في عقد المقاولة بوجه عام والافكار الخاصة بالتعريف السابق لعقد المقاولة الدولي بوجه خاص يمكن استخلاص بعض الخصائص لعقد المقاولة الدولي يتشابه فيها مع عقد المقاولة الداخلي اهمها:-

١- انه من العقود الرضائية ، فهو ينعقد بمجرد الايجاب والقبول ، ولكن هذا لايمنع من وجود شكلية معينة لاينعقد الا باستيفائها باتفاق الطرفين .
٢- انه من العقود الواردة على العمل حيث ان العمل يعد عنصراً جوهرياً فيه ، والمقاول يقوم بعمله باستقلال تام ولايخضع لأي نوع من انواع التبعية اوالاشراف من جانب رب العمل.
٣- انه من عقود المعاوضة لان كل طرف يأخذ مقابلاً لما يعطي .
٤- انه عقد ملزم للجانبين حيث ان هناك التزامات في ذمة أطرافه.
٥- ان الاتفاق يقع فيه على عنصرين هما الشيء المطلوب صنعه او العمل المطلوب تأديته من المقاول والمقابل النقدي الذي يتعهد به رب العمل ، وبعبارة اخرى فان محل عقد المقاولة الدولي هو العمل المطلوب تأديته من جانب المقاول والمقابل النقدي من رب العمل.

كما يمكن استخلاص بعض الخصائص لعقد المقاولة الدولي (٢٣) يختلف فيها عن عقد المقاولة الداخلي اهمها :-

١- انه من العقود الدولية.
٢- انه يخضع لاحكام القانون الدولي الخاص في تعيين القانون الواجب التطبيق.
٣- اتصال احد عناصره بدولة اجنبية او اكثر او تعلقه بمصالح التجارة الدولية.
٤- إمكانية إعمال إرادة أطرافه في تثبيت النظام القانوني الذي يحكمه.

الفرع الثاني
تمييز عقد المقاولة الدولي عن بعض العقود الدولية

إعتاد شراح القانون المدني ، عندما يكتبون عن عقد المقاولة ان يميزوا بينه وبين بعض العقود كالبيع والاجارة والعمل (٢٤) وغيرها ولكل عقد من هذه العقود وشائج تربطه من حيث المضمون او المؤدى بعقد المقاولة ، ومثال ذلك عقد الاجاره فهو وان كان من العقود التي موضوعها المنفعة وعقد المقاولة من العقود التي موضوعها العمل ولكن يوجد جذر تاريخي يربط بين عقد الاجارة والمقاولة والاستصناع حيث ان هذه العقود كانت في ظل القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم عقداً واحد ولم تكن مميزة ، وكذلك الفقه الاسلامي كما رأينا سابقاً، لم يعرف التمييز بين عقد العمل وعقد الاجارة وعقد المقاولة الا بعد ظهورالمفاهيم الاشتراكية التي أكدت بان العمل ليس سلعة ، فالقانون المصري مثلاً كان يدمج بين عقد المقاولة والايجار والعمل تحت اسم (عقد الايجار) ولم يتم الفصل بين هذه العقود الا في ظل القانون المدني المصري الحالي (٢٥).

على ان التمييز المقصود هنا ليس التمييز بين عقد المقاولة ومايشتبه به من عقود القانون الخاص بل تمييز عقد المقاولة الدولي عن غيره من بعض العقود الدولية التي قد تشتبه به مراعين في ذلك اهمية العقد على الصعيد الدولي والذي قد يشتبه بعقد المقاولة الدولي ، وعلى هذا الاساس نعتقد ضرورة التمييز بين عقد المقاولة الدولي وبين عقد البيع الدولي اولاً ، والتمييز بين عقد المقاولة الدولي وعقد الايجار التمويلي الدولي ثانياً ، وايضاً تمييزه عن العقود النفطية ثالثاً ، وعقد تسليم المفتاح وعقد تسليم الانتاج باليد (التسويق) رابعاً وكمايلي :

اولاً// تمييز عقد المقاولة الدولي عن عقد البيع الدولي :

يعتبر عقد البيع الدولي من عقود التجارة الدولية المهمة إذ يمثل المحور في التبادل التجاري بين الدول، وبالرغم من ان ماهية عقد البيع واضحة حيث انه يفيد نقل ملكية الشيء من احد المتعاقدين الى الاخر لقاء ثمن نقدي، ولكن مع هذا الوضوح يحصل الالتباس بين عقد البيع وعقد المقاولة الدوليين في بعض الصفات التي يطلب فيها المتعاقد من الطرف الاخر صنع اشياء معينه وتوريدها اليه مع التزامه مثلاً بتقديم المادة الاولية التي تدخل في صناعة الاشياء المطلوبة، وهنا يصعب تكييف العقد هل بيع او مقاولة ،فبالرغم من ان عقد البيع الدولي الذي يعرف بـ (عقد البيع ألتصديري) يتعلق بالمنقولات المادية التي تدور عليها التجارة الدولية الا انه يأخذ غالباً وصف البيع التجاري الدولي .(٢٦)
بيد انه مع كل هذه الفوارق يكتنف الغموض تكييف بعض العقود الدولية ويصعب معرفة تصنيفها أهي من عقود البيع التجاري الدولي ام عقود المقاولة الدولية، وكما اشرنا انفاً يحصل هذا عندما يقدم الطرف الذي يطلب توريد الصفقة جزء او كل المادة الاولية التي تدخل في صناعة المنتوجات المطلوب توريدها وقد ذهبت بعض الاراء الفقهية الى القول ليس الامر مطلقاً ، أي ليس بمجرد تقديم جزء من المواد التي تدخل في صناعة الصفقة سيلبس الامر بين البيع والمقاولة وانما يشترط ان يكون ذلك الجزء من الاجزاء المهمة في الصناعة مثال ذلك كأن تطلب دولة أو مؤسسة صحية من بعض شركات صناعة الادوية ان تصنع لها نوع معين من الادوية وتقوم بتقديم الجزء المهم الذي يدخل في صناعة ذلك الدواء بينما تقوم الشركة بتقديم باقي الاجزاء مع خبرتها في صناعة الادوية ، فيشكل الامر في هذه الحالة تداخلاً بين ان يكيف هذا العقد بانه من عقود البيع الدولي أو انه من عقود المقاولة الدولية(٢٧).
وقد حسمت اتفاقية فينا التي وقعت من قبل الامم المتحده سنة ١٩٨٠م هذا النزاع وميزت بين عقد البيع وعقد المقاولة الدوليين في مثل هذه الصفقات ، حيث نصت في المادة الثالثة منها على ان (١- تعتبر بيوعاً عقود التوريد التي يكون موضوعها صنع بضائع اوانتاجها الا إذا تعهد الطرف طلب البضائع بتوريد جزء هام من العناصر

المادية لصنعها او انتاجها. ٢- لاتطبق هذه الاتفاقية على العقود التي يتضمن الجزء الاساسي فيها التزام الطرف الذي يقوم بتوريد البضائع بتقديم اليد العاملة او غير ذلك من الخدمات).
وبهذا يكون نص هذه الماده من الاتفاقية قد أوضح الفرق بين عقد البيع وعقد المقاولة ، وقد ورد في بعض الترجمات للنص الاصلي بالاتفاقية إضافة كلمة (جوهري) للجزء المادي الذي يقدم من قبل طالب الصفقة فيكون الجزء (هام وجوهري) واضافة هذه الكلمة تحسم النزاع بشكل واضح (٢٨) ، ولعل مثال طلب صناعة الدواء الذي ذكرناه سابقاً يوضح هذا الامر حيث ان الجزء الجوهري يعد ركناً اساسياً في تلك الصناعة فلو تخلف ذلك الجزء فلن يكن بالإمكان الحديث عن وجود ذلك الشيء المتفق على صناعته ، وبهذا يكون طالب الصفقة قد التزم بتقديم المادة الاولية اللازمة للصناعة([٢٩]).
وعليه يتضح لنا ان مطلق تقديم المواد من قبل المتعاقد لا يجعل العقد عقد مقاولة بل لابد ان يكون هذا الجزء أساسياً ومحورياً بحيث يدخل في جوهر الشيء المراد صناعته وعندها يكون العقد من عقود المقاولة الدولية والا فهو من عقود البيع التجاري الدولي.

ثانياً// تمييز عقد المقاولة الدولي عن عقد الايجار التمويلي الدولي :

يعتبر عقد الإيجار التمويلي الدولي من العقود التي يتم بموجبها شراء او تاجير اموال معينة قد تكون عقارات او منقولات غالباً ماتكون تجهيزات او ادوات لغرض تاجيرها ثانية لمستفيد أجنبي مقابل أجرة تدفع بشكل دوري على ان يكون المستفيد في نهاية عقد الايجار مخيراً بين تملكها مقابل ثمن معين او اعادة استئجارها او ردها الى المؤجر الاول ، والذي يقوم بعملية الشراء او التأجير للجهة الاجنبية عادةً شخص وطني او مقيم داخل البلد الذي يحصل العقد فيه (٣٠) ، وقد يلتبس الامر بين هذا العقد وعقد المقاولة الدولي من جهة ان الطرف الاجنبي (الطرف الاول) قد يقال بأنه يشبه رب العمل في عقد المقاولة بينما الطرف الوطني الذي يكلف بشراء او استئجار الاموال التي يقوم باعادة تأجيرها يشبه المقاول الذي يكون التزامه القيام بعمله ولكن الفرق واضح حيث ان الطرف الوطني الذي كلف بالشراء او الاستئجار ليس مقاولاً وانما هو وكيل عن الطرف الاول لان التزامه لن ينصب على صناعة شيئ او قيام بعمل موضوعه استحداث تلك الاموال ([٣١]).

ثالثاً// تمييز عقد المقاولة الدولي عن العقود النفطية :

العقود النفطية اوعقود الاستثمار النفطي لها صور متعددة (٣٢) قد يلتبس بعض هذه الصور بعقد المقاولة الدولي ومن تلك الصور التي يتوجب تمييز عقد المقاولة الدولي عنها :

١- **عقد الامتياز النفطي :-** هو ارتباط يتم بموجبه منح شركة اجنبية حق التنقيب عن النفط في دولة معينة او في جزء معين من اقليم تلك الدولة ، ويكون لتلك الشركة الحق في استغلال النفط لفترة زمنية محددة ، وقد تتغير هذه الصورة من العقود النفطية بتغير الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية في الدول النفطية.(٣٣)

٢- **عقد المشاركة النفطي :-** وهوعقد الدول المنتجة للنفط بمشاركة الشركات الاجنبية في عمليات البحث والتنقيب ومن ثم الانتاج والتصدير ، وفي هذا العقد تغير موقف الدول المالكة للنفط حيث اصبحت في موقف افضل مما كانت عليه في ظل عقود الامتيازحيث اصبح للدولة المنتجة الحق بان تشرك مواطنيها في اعمال التنقيب كفنيين من اجل اكتساب الخبرة بالاضافة الى حصولها على نصيب اكبر من العوائد النقدية تمثل نسبة محددة (٣٤) ، وبالتالي نستنتج ان عقد المقاولة الدولي يتميز من حيث موضوعه عن عقدي(الامتياز) و(المشاركة) النفطيين .

٣- **عقد المقاولة النفطي :-** وهوعقد يتم بموجبه الاستعانة من قبل الدولة المالكة لحقول النفط بمقاول اجنبي يتولى الكشف والتنقيب عن النفط واعداده للتصدير ويتحمل كافة المصاريف مقابل ان تكون له حصة محددة في الانتاج (٣٥).

وقد يتبادر الى الذهن من اول وهلة حصول الالتباس بين عقد المقاولة الدولي وعقد المقاولة النفطي ولكن بالتأمل يتضح الفرق بين العقدين حيث ان المقاول في عقد المقاولة الدولي يقوم بالاعمال المسندة له في العقد وبعد اتمامها يسلم المشروع او الشيء المتفق عليه لرب العمل وهنا ينتهي دور المقاول، بينما يستمر دور المقاول في عقد المقاولة النفطي حيث انه المسؤول عن الانتاج والتصدير ويستمر هذا الدور الى نهاية المدة المتفق عليها في العقد ، كما أن مايحصل عليه المقاول في عقد المقاولة الدولي يكون على شكل مقابل نقدي بينما يحصل المقاول في عقد المقاولة النفطي على حصة محددة من نفس المنتج (٣٦) مما يجعل عقد المقاولة النفطي من العقود التجارية الدولية وليس عقد مقاولة دولي بالمعنى الذي عرفناه .

رابعاً// تمييز عقد المقاولة الدولي عن عقد تسليم المفتاح وعن عقد تسليم الإنتاج باليد (التسويق) :-

ان كل من العقدين((عقد المقاولة الدولي عن عقد تسليم المفتاح و عقد تسليم الإنتاج باليد (التسويق))) من عقود نقل التكنلوجيا وهما يفترقان عن عقد المقاولة الدولي من حيث ان عقد تسليم المفتاح عقد يقوم بموجبه احد المتعاقدين بانشاء مصنع وتسليمه جاهزاً للانتاج مقابل الحصول على مبالغ نقدية من المتعاقد الاخر ، وعادةً ما تكون غاية الطرف الثاني في العقد الحصول على مصنع جاهز للانتاج وكذلك الحصول على معلومات تكنلوجية وتعهد بالضمان من جهة المقاول الاجنبي (٣٧) ، ومن ثم ان المتعاقد الاجنبي لايدخل في هذا العقد ليقدم عملاً فقط او خبرة فنية بل انه يقدم العمل بالاضافة الى المواد التي يتطلبها المصنع وعادةً ما تكون قيمتها اكبر بكثير من قيمة العمل حيث ان المتعهد الاجنبي يقوم عادةً بنقل الاجهزة والمعدات والمكائن من الخارج لكي يقوم بنصبها في المنشأة او المصنع بعد تشييده ، وعليه يكون هذا العقد ليس من مصاديق عقد المقاولة.

اما بالنسبة لعقد تسليم الانتاج باليد (التسويق) فالملاحظ ان هذا العقد نسخة مطورة من عقد تسليم المفتاح حيث ان المقـــــــاول او المتعهد الاجنبي يقوم بموجب هذا العقد بالاضافة الى نصب المصنع القيام بشتغيلـــــــه وادارة الانتاج فيه حتى تصبح اليد العاملة المحلية قادرة على ادارة المشروع بمفردها ، وقد يلتزم المتعهد الاجنبي ايضاً بمهمة تصدير الانتاج من خلال ربط المصنـــــع بالســـــوق التجـــاري (٣٨) ومن ذلك يظهر ان عقد تسليم الانتاج باليد (التسويق) يختلف عن عقد المقاولة الدولي من حيث ان المتعهد يقوم ببيع المواد والاجهزه بالاضافة الى الخبرة وغير ذلك.

المطلب الثاني
مدى تحديد الصفة الدولية لعقد المقاولة الدولي

بالرغم من اختلاف الفقه حول مدى كفاية اضفاء الصفة الدولية للعقد بصورة عامة بالاستناد الى ان يكون احد عناصر العقد عنصراً دولياً فقط اي ذا طابع دولي ، وبالتالي فإن العقد تزول عنه الصفة الدولية اذا خلا من العنصر الدولي ، اي اذا اصبحت جميع عناصره وطنية (٣٩) ، اذ يرى احد الفقهاء بان (لا يكفي ان يكون احد عناصر العقد اجنبياً لكي يمكن اضفاء صفة الدولية عليه فإختلاف جنسية الاطراف في العقد او مكان إبرامه او مكان تنفيذه قد لا يكفي لإضفاء الطابع الدولي على هذا العقد)(٤٠) .

ان هذا الرأي يستند الى التمييز بين العناصر المؤثرة (الاساسية) وغير المؤثرة (غير الاساسية) في العقد فمتى ما كانت الصفة الدولية مرتبطة بعنصر اساسي في العقد اتصف هذا العقد بالصفة الدولية والعكس بالعكس ، وهو رأي لانميل اليه اذ يؤدي ذلك الى عدم توحيد الحلول لكون مسألة تقدير مدى كون العنصر مؤثراً (اساسياً) من عدمها متروكة لسلطة قاضي النزاع وبالتالي فان هذا التقدير قد يختلف من بلد لاخر، اي

باختلاف قاضي النزاع ، كما انه يوسع بلا مبرر عملي من سلطة قاضي النزاع تجاه العقد الدولي .
لقد اتفق الفقه على ان العقد يكون عقداً دولياً اذا تجاوز حدود الاقتصاد الوطني او اذا تعلق بمصالح التجارة الدولية حيث طرحت معايير لبيان متى يكون العقد داخلياً ومتى يكون دولياً فظهر المعيار القانوني ثم ظهر المعيار الاقتصادي وهناك معيار يسمى المعيار المزدوج (الجامع) وإختلف الفقه في المعيار المزدوج (الجامع) وكذلك بخصوص اساس اعتبار العلاقة دولية (٤١) .
ولكن الامر ليس بهذه السهولة واليسر عند تطبيق ذلك على عقد المقاولة اذ يواجه تحديد الصفة الدولية لهذا العقد صعوبة كبيرة. (٤٢)

الفرع الاول
مدى تحديد الصفة الدولية لعقد المقاولة بالاستناد الى المعيارالقانوني

أن عقد المقاولة وفقاً لهذا المعيار يعد عقداً دولياً أذا اشتمل على عنصر دولي سواء تعلق هذا العنصر بإبرامه او بمحل تنفيذه او بجنسية متعاقديه أو موطنهم (٤٣) إذ يعتمد المعيارالقانوني لدولية العقد على إرتباط العقد بأنظمة قانونية متعددة لدول مختلفة اي ارتباط العقد بأكثر من نظام قانوني واحد ، اما اذا كان العقد يدور في فلك نظام قانوني واحد فانه يظل عقداً داخلياً .(٤٤)
ومن الامثلة على ذلك كما لو ابرم عراقي الجنسية عقد مقاولة مع مقاول كندي الجنسية وكان محل إبرام العقد في فرنسا لانشاء دور سكنية في العراق فهنا يكون عقد المقاولة قد إرتبط باكثر من نظام قانوني واحد وبالتالي فهو عقد دولي ، وعليه فإن إسباغ الصفة الدولية على عقد المقاولة تتوقف على مدى إضفاء الصفة الاجنبية لعناصره القانونية المختلفة ، وعناصر عقد المقاولة هي رب العمل والمقاول ومحل ابرام العقد ومحل التنفيذ والشيء المطلوب أداؤه او صنعه وغيرها من العناصر الاخرى .
إلا أن الفقه الذي يأخذ بهذا المعيار اختلف حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية واثر كل من منها على اتسام هذه الرابطة بالطابع الدولي ، فيميل الفقه التقليدي (الاتجاه الموسع) الى التسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية بحيث يترتب على إضفاء الصفة الدولية الى اي منها إكتساب العقد للطابع الدولي الذي يبرر

إخضاعه لأحكام القانون الدولي الخاص ويؤكد الفقه التقليدي أن العقد يكون دولياً فيما لو تطرق العنصر الدولي الى أطراف الرابطة العقدية او موضوعها او واقعتها المنشئة . ويتسم المعيار القانوني وفقاً لهذا الاتجاه بالجمود لانه يؤدي الى اعمال احكام القانون الدولي لمجرد ان يتوافر في الرابطه العقدية عنصر اجنبي بصرف النظر عن اهمية هذا العنصر او طبيعة تلك الرابطة (٤٥) .

اما الجانب الآخر من الفقه المعاصر (الاتجاه المضيق) يفضل التفرقة في العناصر القانونية للعقد بين العناصر الفاعلة او المؤثرة وبين العناصر غير الفاعلة او المحايدة (٤٦) ، وعلى ذلك اذا تطرقت الصفة الدولية لعنصر محايد لا يشكل أهمية خاصة في شأن الرابطة العقدية المطروحة فإن ذلك لايكفي لتوافر الصفة الدولية لهذه الرابطة ، ويشير الفقه في هذا الصدد الى ان الجنسية لا تعد عنصراً مؤثراً في العقود التجارية وعقود المعملات المالية بصفة عامة وبالتالي فهي لا تصلح في ذاتها أساساً لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود ، وكذلك الحال في شأن النقل البحري الدولي الذي يقوم معيار دوليته على اساس اختلاف دولتي الوصول والقيام بغض النظر عن جنسية اطرافه ، ولكن على العكس من ذلك فإن تنفيذ العقد وكذلك إختلاف موطن المتعاقدين ولو إتحدا بالجنسية يعد من العناصر الحاسمة او المؤثرة في إضفاء الطابع الدولي على عقود المعاملات المالية والتبادل التجاري ، عليه فإن تحديد دولية العقد من عدمها على هذا النحو هي مسألة نسبية تتوقف على طبيعة الرابطة العقدية وعليه فإن كانت جنسية المتعاقدين لا تعد عنصراً حاسماً في إضفاء الصفة الدولية على عقود المبادلات التجارية فإن الامر يختلف في عقود الاحوال الشخصية كعقود الزواج خاصة في الدول التي تسند هذه العقود الى قانون جنسية الزوجين ، عليه فهي مسألة نسبية تختلف من عنصر الى اخر ومن عقد الى اخر وبالتالي لايوجد معيار محدد لتحديد العنصر المؤثر من عدمه .(٤٧)

وما يؤكد الطابع النسبي للصفة الدولية للرابطة االعقدية ان تحديد هذه الصفة يتم من خلال معيار (كيفي) هو العنصر الدولي المؤثر في الرابطة بصرف النظر عن الكم العددي للعناصر الدولية وعلى ذلك فقد تتعدد العناصر الدولية في الرابطه العقدية وان ظلت مع ذلك رابطة في مفهوم القانون الدولي الخاص ، بينما قد يوصف العقد بالدولية لمجرد ان تلحق هذه الصفة بعنصر واحد من عناصره ما دام هذا العنصر مؤثراً او فاعلاً (٤٨) .

ومن خلال ما تقدم فإننا نرجح الاستناد الى الاتجاه الفقهي الموسع في المعيار القانوني للتطبيق على عقد المقاولة وبالتالي يكون دولياً ، أي يكتسب الصفة الدولية بالإستناد لهذا المعيار (الاتجاه الموسع) اذا تضمن عنصراً دولياً واحداً على الاقل كأن يكون المقاول طرفاً أجنبياً وهو أحد عناصر العقد او اذا كان رب العمل اجنبياً او اذا ابرم عقد المقاولة في دولة اجنبية لاينتمي إليها أي من المتعاقدين ، او اذا كان العقد واجب التنفيذ في دولة اجنبية او اذا كانت مواد العمل المطلوب اداؤه من دولة اخرى .

الفرع الثاني
مدى تحديد الصفة الدولية لعقد المقاولة بالإستناد الى المعيار الإقتصادي

يعدعقد المقاولة وفقا لهذا المعيار دولياً اذا ترتب عليه انتقال رؤوس الاموال من دولة الى اخرى بغض النظر عن جنسية الاطراف ، ويعتبر دولياً أيضاً اذا تجاوز حدود الاقتصاد الداخلي واذا ارتبط بمصالح التجارة الدولية .(٤٩)

وقد قيل بحق ان المعيار الاقتصادي يعتبر معياراً موضوعياً يتناول مادة النزاع اي العملية التي يحققها العقد الدولي والمتمثلة بمصالح التجارة الدولية ، لذا يمكن اضفاء الصفة الدولية على عقد المقاولة اذا تعلق الامر بمصالح التجارة الدولية ، وبالتالي اذا اردنا تحديد الصفة الدولية فيتم من خلال حركة المد والجزر وانتقال رؤوس الاموال بين الدول ، لا عن طريق الرجوع الى عناصر العقد، فهذا المعيار يختلف عن المعيارالقانوني من حيث انه يعطي العقد مدى اقتصادي لان العقد تصرف قانوني ارادي يترتب عليه اثار اقتصادية في المجال الدولي (٥٠) ، وذلك يعني ان هذا المعيار يستند في تحديد الصفة الدولية للعقد الى سبب العلاقة وارتدادها لمعاملة دولية تدخل مثلاً في اطار عقد المقاولة الدولي حتى لو كان العقد وطنياً في وفقاً للمعيار القانوني ، مثال ذلك إذا أبرم عقد مقاولة بين شخصين يحملان الجنسية العراقية يتضمن استيراد مواد انشائية وغيرها لغرض تشييد البناء الذي عهد به اليهما فهنا وعلى الرغم من أن طرفي العقد يحملان الجنسية العراقية إلا أن المعيار الإقتصادي موجود ومتمثل بانتقال المواد عبر الحدود.

ويناقش احد الفقهاء مدى التلازم بين وجود المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي لاكساب الروابط العقدية الصفة الدولية بالقول بإكتساب الرابطة العقدية الصفة الدولية وفقا للمعيار القانوني دون ان يتحقق مع ذلك المعيار الاقتصادي لدولية هذه الرابطة ، ويتحقق ذلك في كافة الفروض التي تتوفر فيها الصفة الاجنبية لعنصر غير مؤثر في الرابطة العقدية كما هو الحال في الجنسية في عقود المعاملات المالية ،وكذلك يرى البعض بان محل ابرام العقد الدولي يعتبر عنصراً غير مؤثر في هذه الروابط .(٥١) في حين ان اعمال المعيار الاقتصادي يؤدي الى تطبيق المعيار القانوني في نفس الوقت لان الرابطة العقدية التي يترتب عليها انتقال الاموال من دولة الى اخرى والتي تتعلق

بمصالح التجارة الدولية ، بالضرورة متعلقة باكثر من نظام قانوني واحد ، ويعتبرون ذلك من محاسن المعيار الاقتصادي للعقد الدولي .(٥٢) وبناءا على ذلك فان القاضي اذا عرض عليه نزاع بشان دولية عقد من عدمها فعليه ان يتاكد أولاً من مدى توافر مصالح التجارة في العقد لاخراجها من النظام القانوني الداخلي الى المجال الدولي ، ويرى بعض الفقه ان لمصالح التجارة الدولية مفهوم اقتصادي بحت ومرن في عقود التجارة الدولية ويرجعون ذلك الى وجود حركة اموال او خدمة او معاملة عبر الحدود ، اضافة الى ان موضوع المعيار الاقتصادي هو تسهيل التجارة الدولية ، اي استبعاد القواعد القانونية الداخلية التي تعرقلها (٥٣) .

ويدلل احد الفقهاء على ظهور المعيار الاقتصادي قضائياً بالاحكام القضائية الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية ويقول هذا الفقيه ان اول ظهور لهذا المعيار كان في حكم لهذه المحكمة صدر عام ١٩٢٧ وقد توصلت هذه المحكمة آنذاك الى وضع اسس ومعايير العقد الدولي نتيجة لاقرارها ان العملية المتمثلة بالدفع بالذهب لا يؤخذ بها الا في العقود الدولية وحدها ، وفيه تقول (يلاحظ ان المدعي العام ماتير هو الذي طرح ملامح هذا المعيار عندما اقر بان العقد يكون دولياً اذا توافرت حركة المد والجزر بين الحدود اذ يترتب عليه دخول العملية وخروجها من اقليم دولة الى اقليم دولة اخرى ، بحيث يكون هناك تبادل للقيم بين الحدود). (٥٤) ويظهرمما سبق ان محكمة النقض الفرنسية في قرارها هذا لم تتعرض مباشرة لتحديد ماهية العقد الدولي بل اوضحت المعيار الذي من خلاله يمكن التطرق لتحديد الوفاء والعملية التي يتعين على اساسها الوفاء بالالتزامات العقدية في العلاقة الدولية الخاصة ، وتأسيساً على ماسبق يمكن القول بأن عقد المقاولة يعتبر دولياً بالاستناد الى هذا المعيار متى ما تعلق بمصالح التجارة الدولية.

الفرع الثالث

مدى تحديد الصفة الدولية لعقد المقاولة بالاستناد الى المعيار المزدوج

ان هذا المعيار يجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي لتحديد الصفة الدولية للعقد ، بمعنى انه لايكفي لتقرير دولية العقد ان يتحقق وجود عنصر دولي في الرابطة العقدية (تحقق المعيار القانوني)، بل لابد من تعلق الامر بمصالح التجارة الدولية (تحقق المعيار الاقتصادي). (٥٥)

ومن نافلة القول ان المعيار القانوني يلحظ دائماً عند اعمال المعيار الاقتصادي لظهوركما ظهر لنا سابقاً، فكل عقد يتعلق بمصالح التجارة الدولية هوعقد يرتبط باكثر من نظام قانوني الا انه ممكن ان نجد المعيار الاقتصادي عند وجود عنصر اجنبي في الرابطة العقدية (٥٦) ، وقد أكدت ذلك محكمة الاستئناف بتولوز حيث جاء في قرار لها بتاريخ (١٠/٢٦/ ١٩٨٢) (إن العقد المبرم في الخارج بين شركة إيطالية ومواطن فرنسي وتم بمقتضاه توكيل هذا الشخص لتسويق منتجات الشركة بفرنسا، بوصفه وكيلاً عنها ، فإن المحكمة ذهبت إلى القول بأن اختلاف جنسية المتعاقدين وتعلق نطاق العقد بمصالح تجارية لدولتين كافية لإضفاء الصفة الدولية عليه) (٥٧) ، وقد استندت هذه المحكمة الى المعيار القانوني في تحديد دولية العقد لكونه اتصل باكثر من نظام قانوني واحد (النظام القانوني الفرنسي والنظام القانوني الايطالي) ، كما استندت الى المعيار الاقتصادي في نفس القرار باعتبار ان هذه الرابطة العقدية تهدف الى تشجيع صادرات الشركة الايطالية الى فرنسا وهو ما يؤدي الى انتقال الاموال عبر الحدود ويمس على هذا النحو بمصالح التجارة الدولية، وبناءاً على ماسبق يعتبر عقد المقاولة دولياً وفقاً لهذا المعيار اذا أُبرم بين طرفين اواكثر ويكون احد عناصره الاساسية عنصراً دولياً ويتعلق بمصالح التجارة الدولية.

المبحث الثاني
مفهوم قانون الارادة واثره في توطين عقد المقاولة الدولي

لعل ابرز مايُثار هنا من تساؤلات ذلك التساؤل المتعلق بمعرفة ماهو قانون الارادة وقدر تعلقه بتوطين عقد المقاولة الدولي ؟وعن أثر ذلك القانون في توطين هذا العقد ؟ ونعتقد ان الاجابة عن ذلك تستوجب تقسيم الكلام في هذا المبحث على مطلبين نناقش في الاول مفهوم قانون الارادة الموطن لعقد المقاولة الدولي ونكشف في الثاني أثر قانون الارادة في توطين عقد المقاولة الدولي .

المطلب الاول
مفهوم قانون الارادة الموطنة لعقد المقاولة الدولي

من اجل الاطلاع على قانون الارادة الموطنة لعقد المقاولة الدولي فإن ذلك يستلزم الكشف عن مظهر قانون الارادة الموطن لعقد المقاولة الدولي ومعرفة حقيقة ذلك

القانون وهذا ما سوف نتناوله في فرعين نعرض في الاول مظهر قانون الارادة الموطن لعقد المقاولة الدولي وفي الثاني نبرز حقيقة قانون الارادة الموطن لعقد المقاولة الدولي .

الفرع الاول
آليات الارادة الموطنة لعقد المقاولة الدولي

من المعلوم ان الفقه اليوم قد انتهى الى ان دور ارادة المتعاقدين ينحصر في الاختيار التنازعي للقانون الذي يخضع العقد الدولي لأحكامه ، ولكن مازال التساؤل قائما حول ما اذا كان يشترط في اختيار المتعاقدين لقانون العقد على هذا النحو ان يكون بمظهر صريح اي بارادة صريحة ام انه يتيعن التسوية في هذا الصدد بين الارادة الصريحة او الضمنية ؟(٥٨) ، اذن لبيان وجوب ان يكون الاتفاق صريحا من عدمه لا بد ان نبين المقصود بالإرادة الصريحة والارادة الضمنية والارادة المفترضة ثم نذكر موقف القانون المدني العراقي من ذلك.

أولاً / الارادة الصريحة: ان الارادة الصريحة تتمثل بالاختيار الصريح لقانون العقد عبر الاعلان الصريح من جانب اطرافه عن القانون الذي يحكم عقدهم وعن رغبتهم ومصلحتهم في تطبيق هذا القانون ويؤدي هذا الى اليقين القانوني وحفظ التوقعات المشروعة للاطراف في تحديد قانون بعينه ليحكم عقدهم ، ولتحقيق ذلك يسعى هؤلاء الى تضمين العقد شرطاً صريحاً يقضي بتطبيق قانون دولة او اخرى عليه. (٥٩)

ثانياً / الارادة الضمنية:- عندما يتجاهل الاطراف مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق فانه يجب البحث عن ارادتهم الضمنية لتحديد القانون الذي يحكم العقد قبل البحث في اتجاه ضوابط الاسناد الاخرى وقد يرجع ذلك الى عدم التوصل الى اتفاق محدد بشأن قانون العقد (٦٠) ، وهنا يجب الكشف عن النية الضمنية التي تبين رغبة الاطراف في تبني قانون بعينه ليحكم هذا العقد ويمكن استنتاج الارادة الضمنية لأطراف العقد من خلال ظروف وملابسات العلاقة التعاقدية او من قرائن اخرى مثل مكان الابرام او التنفيذ (٦١) او مكان ممارسة النشاط الرئيسي وعلى القاضي ان يستنتج القانون الاكثر صلة بالعقد ليكشف عن الارادة الضمنية لأطرافه لا سيما إذا كان هذا القانون يتناول تنظيم المشكلات المتعلقة بالعقد الدولي او كان هو قانون محل تنفيذ العقد (٦٢) .

ثالثاً / الارادة المفترضة:- ويقصد بذلك تطبيق القانون الذي كان يفترض اتجاه ارادة المتعاقدين اليه ويستدل على ذلك بقرائن مستمدة من ظروف العقد مثل محل تكوين العقد والموطن المشترك او مركز الاعمال المشترك للمتعاقدين او جنسيتهما المشتركة . وقد انتقد بعض الفقه فكرة الإرادة المفترضة على اساس ان المفروض يتمثل في وجود

ارادة صريحة او ضمنية او عدم وجود تلك الارادة ،إذ أن مقتضى فكرة الإرادة المفترضة هو تحايل يقوم على الوهم والخيال . والحقيقة ان فكرة الارادة المفترضة هي من الحلول القضائية ذات الاهمية الخاصة في التشريعات المقارنة التي لم تنص على القانون الواجب التطبيق في حالة سكوت المتعاقدين عن اعلان ارادتهم الصريحة او الضمنية.(٦٣)

رابعاً :/موقف القانون المدني العراقي من مظهر الارادة الموطنة لعقد المقاولة الدولي

نصت المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ في فقرتها الاولى بأن (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد مالم يتفق المتعاقدان او يتبين من هذه الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه).

ويتضح من هذا النص ان المشرع قد اعتد اساساً بالإرادة الصريحة او الضمنية كضابط للإسناد في الالتزامات التعاقدية وعند سكوت الارادة عن الاختيار الصريح او الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد فقد فضل مشرعنا ان يتصدى بنفسه للتركيز الموضوعي للعلاقة العقدية بمقتضى ضوابط إسناد محددة سلفاً وهي ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين اذا إتحدا موطناً وإلا فقانون الدولة التي تم فيها العقد ، وكذلك فان العبارة الاخيرة من المادة سالفة الذكر تشير بوضوح الى ان المشرع العراقي قد اخذ بالارادة الصريحة والضمنية في التعبير عن الارادة المؤدية الى توطين العلاقة التعاقدية ذات الطابع الدولي فأما آن تتجه إرادة الاطراف صراحة الى تحديد القانون الواجب التطبيق او ان تتجه الارادة الى تحديد القانون المختص ضمناً ، ومؤدى ذلك ان على القاضي ان يبحث عن هذه الارادة في ظروف وملابسات العلاقة التعاقدية ذاتها . ويرى احد الفقهاء بحق ان المشرع العراقي ساوى بين اثر كل من الارادة الصريحة والضمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية المتولدة عن العقد الدولي وهو بذلك تأثر تأثراً واضحاً باتجاه القانون المدني المصري.(٦٤)

ويمكن القول تأسيساً على ما جاء في نص القانون المدني العراقي ان آليات الارادة الموطنة لعقد المقاولة الدولي قد يتخذ شكلاً صريحاً وهو مايطلق عليه تسمية الارادة الصريحة أو شكلاً ضمنياً ويصطلح على هذا الشكل بالارادة الضمنية ، وبعبارة اخرى فإن الارادة قد تتجه صراحة الى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي ، او ان تتجه الارادة الى تحديد القانون الواجب التطبيق ضمناً ، وهنا تُلقى على قاضي الموضوع مسؤولية البحث عن هذه الارادة في ظروف وملابسات عقد المقاولة الدولي.

الفرع الثاني

حقيقة قانون الارادة الموطن لعقد المقاولة الدولي

يمكن القول بأن فقه القانون الدولي الخاص لم يكن متفقاً بخصوص قانون الارادة الموطن للعقود الدولية ومنها عقد المقاولة الدولي ، إذ يظهر ان خلافاً قد ثار في هذا الفقه حول ما اذا كان قانون الارادة الموطنة لهذه العقود يرتد الى مطلق مبدأ سلطان الارادة بما يعني تحرر الارادة من سلطان القانون ، أم ان الامر مرجعه الى ارادة المشرع الذي منحه القدرة على الاختيار (٦٥)،وبعبارة اخرى هل يحتفظ القانون المختار بصفته القانونية ام انه يعتبرمن قبيل الشروط التعاقدية (٦٦) ؟
نحاول الاجابة على التساؤل المتقدم بغية الوصول الى حقيقة الارادة الموطنة للعقود الدولية ومنها عقد المقاولة الدولي من خلال توحيد اراء الفقه المختلفة على اتجاهين رئيسيين هما اتجاه النظرية الشخصية ، واتجاه النظرية الموضوعية ، ولغرض بيان مضمون النظريتين المذكورتين وموقف المشرع العراقي ازاءهما سنوزع الكلام على ثلاث فقرات .

أولا- حقيقة قانون الارادة الموطن لعقد المقاولة الدولي طبقاً لمنهج النظرية الشخصية //

ان فقه هذه النظرية يرى بأن استقرار مبدأ سلطان الارادة عقب تطوره التأريخي كفل للارادة الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ، ومن هنا بدأت ملامح النظرية الشخصية تتضح كترجمة حية لفقه (لوران) الذي يرى ان اختيار المتعاقدين لقانون العقد يرتد الى مطلق مبدأ سلطان الارادة متأثرا بالمدرسة الفردية والنظام الاقتصادي الحر(٦٧) ، اي (يرتفع بها فوق القانون الذي يستمد قوته الملزمة على هذا النحو من اتفاق الاطراف على اختيار احكامه لتنظيم الرابطة العقدية ، حيث ان اختيار المتعاقدين لقانون العقد لا يتم بناءً على قاعدة من قواعد تنازع القوانين وانما يستند الى مطلق سلطان الارادة) (٦٨) . ويذهب احد الفقهاء الى القول (وبهذه المثابة يندمج القانون المختار في العقد لتصبح احكامه مجرد شروط عقدية يملك المتعاقدان الاتفاق على ما يخالفها ولو اتسمت بالطابع الآمر ، وعلى ذلك يبقى العقد الدولي طليقاً اي بلا قانون يحكمه) ([٦٩]) ، يضاف الى ذلك أن سمة انصار النظرية الشخصية الغلو (في تقديس مبدأ سلطان الارادة الى حد القول بأن ارادة المتعاقدين هي شريعتهم الملزمة (٧٠) ، وهي لا تحتاج في هذا الالزام الى قوة القانون ، فالعقد ملزم لذاته ، وهو لا يستمد هذا الالزام من القانون وانما من ارادة المتعاقدين ، واذا كان للقانون دور في هذا المجال فهو مجرد تأكيد احترام حرية الافراد في التعاقد ومن ثم يتعين ان ينحصر دور القانون في حماية هذه الحرية)(٧١).

وتطبيقاً لهذه الافكار في تحديد حقيقة قانون الارادة الموطن لعقد المقاولة يمكن القول بعدم وجود مانع يمنع اطراف عقد المقاولة الدولي من اختيار قانون دولة معينة لينطبق على عقدهم ، ومن ثم يندمج القانون المختار في العقد ويعامل معاملة الشروط التعاقدية ، ويرتب بعض الفقه المصري على اندماج القانون المختار في العقد واعتباره بمثابة الشرط التعاقدي جملة نتائج قانونية هامة ، من بينها (ان القانون المختار يعامل معاملة الوقائع امام القضاء الوطني سواء من حيث اثباته او رقابة محكمة النقض على تفسيره ، ومن ثم يقع على عاتق الخصم المتمسك به عبء اثباته وتقديم الدليل على مضمونه) (٧٢)، (وان خطأ محكمة الموضوع في تفسير نصوص القانون الاجنبي الذي اختارته ارادة المتعاقدين لا يخضع لرقابة محكمة النقض بوصفه مسألة موضوعية ما لم يؤد هذا التفسير الى فسخ العقد ، كما يكون للمتعاقدين القدرة على استبعاد بعض احكام القانون المختار ولو كانت تتمتع بالصفة الآمرة ، كذلك فإنه يجوز للمتعاقدين تجزئة العقد واختيار اكثر من قانون واحد لتنظيم جوانب العلاقة العقدية الناشئة بينهم وهم في ذلك احرار ، فيجوز اختيار قانون ولو لم يكن له ثمة صلة بالعقد أي اختيار قانون محايد لا يرتبط بعناصر العقد او بظروفه وملابساته الواقعية ، كما يترتب على اندماج قانون الارادة في العقد تجميد هذا القانون على حالته التي كان عليها وقت ابرام العقد ، ومن ثم فإن أي تعديلات تشريعية لاحقة تطرأ على القانون المختار لا تندمج في العقد ولا تعد جزءا من الشروط التعاقدية ولو كانت متعلقة بالنظام العام ، واساس ذلك ان المتعاقدين طالما انهم اختاروا قانوناً معيناً ليصبح جزءاً من العقد المبرم بينهم ، فإن اختيارهم قد وقع على القواعد التي كانت سارية وقت الاختيار وليس في تأريخ لاحق على هذا الاختيار، مالم يرتض المتعاقدان صراحة قبول التعديلات التي تطرأ على ذلك القانون في وقت لاحق على الاختيار).(٧٣)

ثانياً - حقيقة قانون الارادة الموطن لعقد المقاولة الدولي وفقاً لمنهج النظرية الموضوعية //

يذهب انصار النظرية الموضوعية الى ان (العقد لا يعلو على القانون بل يخضع لاحكامه لا سيما الآمرة منها ، ولذلك ينصب اهتمامهم على البحث عن تحليل لدور الارادة يحتفظ للقانون الذي تم تحديده سيادته وصفته الامرة والملزمة ، حيث تقوم مبادئ هذه النظرية على عدم انكار حق الاطراف في اختيار قانون العقد) (٧٤) ، بمعنى ان الرابطة التعاقدية تخضع لحكم القانون الذي يختاره المتعاقدان والذي لا تملك الارادة الافلات من احكامه الآمرة ، ويقصد بالقانون الذي يخضع العقد الدولي لاحكامه ذلك القانون الذي ينتمي لاحدى الدول التي تتمتع بصفة الدولية، فقواعد التنازع لاتفضي الى تطبيق شريعة لاتنتمي الى سيادة اقليمية معينة) (٧٥).

ان انصار هذه النظرية (يعتبرون ارادة الاطراف المتلاقية ليست الا عنصراً من عناصر توطين العقد وتهدف الى تحديد ضابط الاسناد لا ان تكون ضابط الاسناد نفسه ، وهي تقدم حلاً غير مباشر لمشكلة التنازع لانها ليست الحل ذاته كما يدعي انصار

النظرية الشخصية ، فدور ارادة الاطراف يكون في ابداء الرغبة بتركيز الرابطة العقدية في نظام قانوني معين ، وهي تخضع بالتالي الى تقدير القاضي ، أي ان القاضي قد لا يلتزم بإختيار الاطراف لذلك القانون اذا لم يكن معبرا عن مركز ثقل الرابطة العقدية ، بمعنى ان القاضي هو من يقوم بتحديد قانون العقد وارادة الاطراف هي التي ترشده الى مركز ثقل العقد ، وبالتالي يتحقق القاضي من كون القانون المختار يعبر بالفعل عن مركز الثقل للعلاقة ام لا ، وتضيف ان انصار هذه النظرية في نهاية مطافهم خففوا من النظرية السابقة عندما اعترفوا بالقانون الذي يختاره الاطراف حتى لو لم يكن معبراً عن مركز ثقل الرابطة العقدية ، مع التحفظ الخاص بعدم تطبيقه في حالة عدم وجود أي صلة بينه وبين العقد ، ومن ثم فان اختيار الارادة للقانون ليس اختياراً مادياً وانما اختيار تنازعي ، حيث يترتب على الفرض الاول تحرير الرابطة العقدية من حكم القواعد الآمرة في القانون ، اما الفرض الثاني فأنه يؤدي الى خضوع العقد للقانون المختار وعدم امكانية خروج الارادة على قواعده الآمرة). (٧٦)

ونرجح في بيان حقيقة الارادة الموطنة لعقد المقاولة الدولي الاتجاه الثاني بفكرته الملطفة وبالتالي نقول بخضوع عقد المقاولة الدولي للقانون الواجب التطبيق وعدم جواز القول بامكانية مخالفته للقواعد الآمرة في القانون المختار لكونه يقوم على التوفيق بين وجوب اخضاع العقد الدولي الى قانون معين يحكمه وينظم التزامات اطرافه من جهة ، ومراعاة احترام ارادة الاطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد بما يحقق الامان القانوني وصيانة التوقعات المشروعة لاطراف العقد من جهة اخرى .

ثالثاً ـ موقف المشرع العراقي من تحديد حقيقة قانون الارادة الموطن لعقد المقاولة الدولي //

لقد ناقش جانب من الفقه العراقي حقيقة قانون الارادة الموطن للعقد الدولي في القانون العراقي بتفسير نص المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل التي قالت بسريان قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً على الالتزامات التعاقدية ، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه ، وهناك من أشار الى رأي في الفقه العراقي متمثلاً باستاذنا الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ (يفسر النص المتقدم بالاستناد الى منطق قريب جداً من النظرية الشخصية ، اذ يرى بأن الاطراف في العلاقة التعاقدية يتمتعون بحرية كاملة في اختيار هذا القانون حتى ولو لم تكن له اية علاقة بالعقد ، ولايشترط سوى ضرورة توفر حسن النية في اختيار القانون)(٧٧)، ويضيف صاحب الإشارة الى أن انصار هذا الرأي عدلوا عنه في وقت لاحق مؤكدين الصفة القانونية للقانون المختص وان القانون الاجنبي يعتبر في منزلة القانون الوطني ، ومن هنا قيل (ان المشرع العراقي قد اعتد بالنظرية الموضوعية مع احترامه لدور الارادة في تحديد القانون المختص بحكم العلاقة التعاقدية الدولية).(٧٨)

المطلب الثاني
أثر قانون الارادة في توطين عقد المقاولة الدولي

ان توطين عقد المقاولة الدولي قد يكون توطيناً زمنياً ، وقد يكون توطيناً مكانياً وبالتالي سنحاول في هذا المطلب الكشف عن اثر قانون الارادة في التوطين الزمني لعقد المقاولة الدولي في الفرع الاول ، واثر قانون الارادة في التوطين المكاني لعقد المقاولة الدولي في الفرع الثاني.

الفرع الأول
اثر قانون الارادة في التوطين الزمني لعقد المقاولة الدولي

لربما يتساءل البعض عن الكيفية التي تجعل إرادة الاطراف تحدد نظام قانوني معين هو الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي؟ ومامدى نطاق هذه الارادة اي مدى خضوعها الى ما يطرأ على هذا النظام القانوني من تعديل وتغيير ؟ ولاتمام المقصود من البحث بالاجابة على هذه التساؤلات وغيرها في هذا المطلب فإن الأمر يقتضي بنا تناول مفهوم التوطين الزمني لعقد المقاولة الدولي، ومن ثم سنأتي على أنواع التوطين الزمني لعقد المقاولة الدولي، وعرض أسس التوطين الزمني لعقد المقاولة الدولي والنتائج المترتبة عليها، لننتهي الى اثر قانون الإرادة المنشود ، وقد أفردنا لكل موضوع نقطة مستقلة .

اولاً : مفهوم التوطين الزمني لعقد المقاولة الدولي//

يذهب جانب من الفقه الى ان التوطين الزمني يعني عدم سريان التعديلات اللاحقة التي تجري على القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي سواء كانت تعديلات على القواعد الآمرة او المفسرة على حد سواء (٧٩) ، ويذهب جانب آخر من الفقه الى ان مفهوم التوطين الزمني للعقد الدولي يشير الى تطبيق القانون النافذ وقت اختياره (وقت اختيار القانون) لحكم العقد الدولي.(٨٠)

ثانياً : أنواع التوطين الزمني لعقد المقاولة الدولي//

ان الفقه يميز في هذا المقام بين نوعين من التوطين بحسب المصدر ، الأول التوطين الزمني الصادر من المتعاقدين ، والثاني التوطين الزمني الصادر من المشرع وهو ما سنوضحه في الآتي :

١ـ التوطين الزمني لعقد المقاولة الدولي بإرادة الأطراف//

يمكن القول ان اطراف عقد المقاولة الدولي قد اختاروا احكاماً قانونية لتصبح جزءاً من عقدهم، وبالتالي انصبت الارادة على اختيار قانون معين ليجعلوا بذلك من قواعده القانونية شروطاً تندمج بالعقد ويصعب بدون نص من المتعاقدين سريان التعديلات اللاحقة على عقد المقاولة الدولي المبرم بينهم (٨١)، لان التعديلات لا تدخل ضمن الشروط التي اندمجت بالعقد ، ولا يجوز تعديل العقد الا باتفاق الطرفين(٨٢). وهناك من الفقه من يرى بأن هذه النظرية ظهرت الى الوجود بموجب حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٢٠١١/١٠/١٩ الذي أقرت فيه بأن القانون الذي يختاره الطرفان لحكم الرابطة العقدية هو الذي يكون سارياً لحظة ابرام العقد ، وهذا يعني تثبيتاً للقانون(٨٣).

٢ـ التوطين الزمني لعقد المقاولة الدولي بإرادة المشرع//

قد يتعهد المشرع عند دخول الدولة طرفاً في عقد دولي مع شخص آخر اجنبي يكون عادةً من اشخاص القانون الخاص وبموجب نص صريح في القانون بأن لا تعدل او تلغي قانونها الواجب التطبيق على العقد الدولي خلال فترة نفاذه تحقيقاً للتوازن والأمان في العلاقة العقدية ، فيؤدي هذا الشرط الذي يوصف بأنه توقيفي الى إيقاف سريان التعديلات التي تصدر من المشرع بعد ابرام العقد، مع احتفاظ القانون بصفته القانونية دون النزول الى شرط يندمج في العقد ، والهدف من النص على هذا الشرط من قبل المشرع هو حرص الدولة على تشجيع المتعاقد الاخر على الدخول في الرابطة العقدية ، ومن ذلك نص قانون البترول الليبي الصادر في ١٩٥٥/١١/١٠ في المادة (٢٤) منه على عدم العمل بالتعديلات التي تجري على التشريع بحق العلاقات العقدية المبرمة قبل نفاذها ، وايضاً ذهب قانون البترول الإيراني الصادر عام ١٩٥٧ الى الحكم نفسه(٨٤) . ونعتقد بتساوي كل من الاتجاهين السابقين في نتيجة مؤداها سريان القانون النافذ على عقد المقاولة الدولي وقت الانعقاد دون الاعتداد بالتعديلات التشريعية اللاحقة على القانون سواء كانت هذه التعديلات على القواعد الآمرة او المفسرة.

ثالثاً : الأسس القانونية للتوطين الزمني لعقد المقاولة الدولي والنتائج المترتبة عليها// سنطرح خلاصة الاسس الفقهية والنتائج المترتبة عليها وكمايلي....

١ـ اساس ادماج القانون المختار بشروط عقد المقاولة الدولي//

ان الأساس القانوني للتوطين الزمني لعقد المقاولة الدولي هو اندماج القانون المختار بعقد المقاولة الدولي، وصيرورته شرطاً من شروطه، كما نوهنا سابقاً، ويعرف الاندماج بانه (نظام بمقتضاه يصبح القانون المختار لحكم العقد الدولي مجرد شرط او حكم تعاقدي لا تكون له الا قوة وقيمة شروط العقد او بنوده بحيث يكون للأطراف ان يجروا عليه ما يجرونه على باقي الشروط التعاقدية ويفقد بالتالي صفته كقانون)(٨٥)، ويتوضح هذا الاساس من خلال ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية في عام (١٩١٠) بان القانون لا يعلو على إرادة الأطراف وبالتالي فان نصوص العقد الصريحة هي التي يجب ان تسود، لكن الفقه والقضاء في فرنسا هجر هذه النظرية في عام ١٩٩١، واصبحت هذه النظرية في الوقت الحاضر تلقى معارضة تامة في فرنسا(٨٦) ، ويترتب على ماسبق عدة نتائج أهمها مايلي:-

١- تصبح القواعد القانونية مجرد شرط في عقد المقاولة الدولي وبذلك تفقد صفتها القانونية .
٢- يعامل القانون المندمج في العقد معاملة الوقائع ويترتب على ذلك ان عبء إثباتها يقع على الطرفين لا على القاضي ، مع العرض انها تدخل في رقابة محكمة التمييز.(٨٧)
٣- يجوز للمتعاقدين في عقد المقاولة الدولي استبعاد القواعد الامرة والمفسرة وتعديلاتهما واضافة احكام من قوانين متعددة عملاً بقانون سلطان الإرادة(٨٨).
٤- جواز اختيار قانون لا يمت لعقد المقاولة الدولي بصلة معينة (٨٩) ، ومثاله اذا كان الأطراف عراقيين، ومحل الابرام هو سوريا، وبلد التنفيذ هو مصر، فيمكن أن يختار الطرفان القانون الألماني لسريانه على عقد المقاولة الدولي.

٢ـ أساس إعتماد قانون الإرادة ضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق//

ان الأساس القانوني للتوطين الزمني لعقد المقاولة الدولي هنا هو اعتبار ارادة الاطراف ضابطاً للاسناد الذي يتحدد بموجبة القانون الواجب التطبيق عند الاحتياج الى البحث عنه مستقبلاً كان يتم اختيار قانون بلد الابرام او قانون الموطن المشترك او قانون جنسية احد الاطراف في حالة اختلاف جنسياتهم ، وبالتالي سريان التعديلات اللاحقة على القانون المختار بفعل قانون الارادة سواءاً كانت هذه التعديلات قد

تعرضت لقواعد مفسرة او آمرة ، اي سريان تلك التعديلات مع عدم اندماج القانون المختار في العقد، ويترتب على هذا الأساس عدة نتائج اهمها مايلي:-

١- ان القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي يحتفظ بصفته القانونية، حيث ان القانون لا يندمج بالعقد بل يبقى محتفظاً بصفته القانونية فلا يكون للإرادة دور في تحديد القانون المختار أكثر من كونه ضابط إسناد يحدد القانون الواجب التطبيق عند وجود تنازع بين الطرفين.

٢- يعامل القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي معاملة القانون فيحتج به الطرفان ولا يثبتاه وانما يقع
إلزام سريانه على قاضي الموضوع الذي يخضع في تطبيقه له الى رقابة محكمة التمييز(٩٠).

٣- إمكانية إبطال عقد المقاولة الدولي وفقاً للقانون المختار، بناءاً على إحتفاظ القانون بصفته القانونية إذ قد يؤدي تطبيق قواعده الى إبطال عقد المقاولة الدولي، مثال ذلك حالة النص على شرط أساسي في عقد المقاولة الدولي ويحكم ببطلانه ، فيبطل العقد تبعاً له متى ماكان هناك تلازم بين العقد والشرط .(٩١)

٤- يجب توافر الصلة بين القانون المختار وعقد المقاولة الدولي، فبما ان الإرادة يقتصر دورها كضابط إسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي، يقتضي ان توجد صلة بين القانون المختار من قبل الإرادة وعقد المقاولة الدولي إذ يتحدد عادةً ببلد الابرام او بقانون جنسية الأطراف او قانون محل تنفيذ العقد .(٩٢)

٥- سريان التعديلات التشريعية اللاحقة على عقد المقاولة الدولي، حيث ان الإرادة كما قلنا سابقاً لا تتعدى كونها ضابط إسناد يشير الى القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي فلا يمكنها ان تستبعد التعديلات التشريعية اللاحقة التي تسري على الرابطة العقدية، الا اذا نص المشرع على عدم سريانها على الروابط العقدية السابقة.(٩٣)

٦- السماح للمتعاقدين بإختيار أكثر من قانون يتوجب تطبيقه على عقد المقاولة الدولي ، اذ يجوز وفق هذه النظرية إخضاع الرابطة العقدية لأكثر من قانون اذا تحققت الصلة بين القوانين المختارة وعقد المقاولة الدولي، ولكن بتحقق شرطين :
الأول: ان يؤدي تعدد القوانين المطبقة الى إنسجام عقد المقاولة الدولي لا الى تشتت أحكامه.
الثاني: ألاُ يؤدي تعدد القوانين المطبقة الى إفلات عقد المقاولة الدولي من سلطان القانون.(٩٤)

رابعاً : اثر قانون الإرادة في التوطين الزمني لعقد المقاولة الدولي//

إن الإستناد الى الافكار السابقة في التوطين الزمني لعقد المقاولة الدولي يظهر لنا ضرورة تغليب الافكار التي تجعل أثر قانون الارادة في التوطين الزمني لعقد المقاولة الدولي منصرفاً الى قدرة تلك الارادة على إختيار نظام قانوني معين لحكم عقد المقاولة الدولي كالقانون العراقي او القانون المصري وغيرهما ، بل اكثر من ذلك تثبيت النظام القانوني المطبق على عقد المقاولة الدولي بوقت محدد وعدم سريان التعديلات القانونية اللاحقة على هذا القانون متى كان الاختيارقد وقع على نظام قانوني معين وادماجه في شروط عقد المقاولة الدولي وجعلها جزءاً لايتجزأ منه ، وبغية تحديد نطاق هذا الاثر في عقد المقاولة الدولي فإننا نرجح الرأي الذي يذهب الى قدرة الأطراف على استبعاد التعديلات اللاحقة على القواعد المكملة التي تحكم العقد دون القواعد الامرة، اذ لا يتعارض استبعاد التعديلات على القواعد المكملة من قبل الإرادة مع حماية الدولة لنظامها العام، لان القانون هو الذي اعطى فسحة في استبعادها سواء في العقد الوطني او الدولي ، كما ان حفظ التوازن بين المتعاقدين او جلب المستثمرين لا يتحقق باستبعاد التعديلات على القواعد الامرة وانما في فرض تعويض عادل للطرف الاخر مع احتفاظ الدولة بكامل حقها في تعديل قواعدها الآمرة وسريانها على العلاقات العقدية التي تحددها تشريعاتها الداخلية، يضاف الى ذلك الاعتراف بقدرة الإرادة على استبعاد التعديلات التشريعية للقواعد الآمرة التي تعد من النظام العام وهو أمر في غاية الخطورة إذ أن من أهم واجبات الدولة هي حفظ النظام العام وعدم تطبيق قواعدها الآمرة المعدلة لاحقاً سيؤدي الى مشاكل اجتماعية واقتصادية كبيرة ، ومما يؤكد ذلك إقرار مجمع القانون الدولي في دورة إنعقاده عام (١٩٩١) لسريان التعديلات اللاحقة على القانون وإعتبارها واجبة التطبيق على العقد الدولي متى ماتعلقت تلك التعديلات بالقواعد الآمرة .(٩٥)

ولانرى صواب الرأي الذي يذهب الى قدرة الإرادة على إستبعاد التعديلات على القواعد القانونية جميعها آمرة او مفسرة إلا إذا أقر قانون إرادة الاطراف سريانها على عقدهم (٩٦) ، ولايشفع لهذا الرأي (المرجح لدينا) قول أحد الفقه ان إستبعاد القواعد المكملة امر اقرته جميع التشريعات، فضلاً عن تعديلات تلك القواعد، وشرط تطبيقها هو عدم وجود إرادة تخالفها، وان قدرة الإرادة على استبعاد التعديلات التي تكون من النظام العام امر محل نظر، لان فكرة النظام العام اساساً وضعت لتكون قيداً على الإرادة وكذلك مانعاً لتطبيق القانون الأجنبي ، وعليه يقع باطلاً كل إتفاق يقضي بمخالفة قاعدة آمرة. (٩٧)

الفرع الثاني
اثر قانون الإرادة في التوطين المكاني لعقد المقاولة الدولي

سنحاول في هذا الفرع التعرف على مضمون التوطين المكاني للعقود الدولية من خلال الإطلاع على مفهوم الموطن الدولي ومدى تطابق هذا المفهوم مع الطبيعة القانونية لعقد المقاولة الدولي، وكيفية تحديده ، وإمكانية تعدده ، وهل هناك فرق بين أثر قانون الإرادة في ربط عقد المقاولة الدولي بموطن ما اذا كان هذا الموطن حقيقياً او حكمياً الأمر الذي يستلزم البحث عن الموطن الحقيقي والموطن الحكمي ، لننتهي الى أثر قانون الإرادة في التوطين المكاني لعقد المقاولة الدولي ونخصص لكل ماسبق فقرة مستقلة .

اولا : مضمون التوطين المكاني//

ان مضمون التوطين المكاني لعقد المقاولة الدولي ينصرف كما ظهر لنا الى تركيز هذا العقد بفعل وأثر قانون الارادة باقليم دولة ما (موطن معين) ليطبق قانون هذا الموطن عليه ، اي ان الارادة هي التي تحدد قانون موطن ما لتطبيقه على عقد المقاولة الدولي دون غيره ، مما يقودنا الى نتيجة مفادها ان البحث عن التوطين المكاني في هذا المقام يدور ويتمحور على الموطن الدولي ، فما هو الموطن الدولي ؟
ان الموطن يعرف بوجه عام بأنه (المكان الذي يرتبط فيه الشخص بإقليم دولة معينة ويقيم فيه على وجه الاعتياد وتتركز فيه مصالحه) (٩٨) ، ويعرف الموطن الدولي بشكل خاص (٩٩) بانه ((المكان التابع لدولة معينة (سواء اكانت هذه الدولة هي التي يتبعها الشخص بجنسيته ام لا) والذي يقيم فيه الشخص باستمرار بنية البقاء)).
وهناك عدة تعاريف اخرى الا انها تدور حول هذا المضمون (١٠٠) ، مع العرض ان المشرع العراقي لم يتعرض لتنظيم الموطن الدولي مما حدا بفقه القانون الدولي الخاص العراقي الى القول باحكام الموطن الداخلي عند الحديث عن احكام الموطن الدولي (١٠١).

ثانيا : تحديد الموطن الدولي// هناك اتجاهات فقهية كثيرة لتحديد الموطن الدولي نتعرض لها باختصار إستكمالاً لمتطلبات البحث اذ لا يسعنا الاسهاب فيها لانها تخرجنا عن صلب موضوعنا :

١- **إتجاه تحديد الموطن الدولي بالاستناد الى قانون الإرادة//** وهذا الاتجاه يذهب الى ان الاقامة في مكان معين والاستقرار فيه مع إقتران ذلك بنية البقاء واتخاذ ذلك المكان مركزاً رئيسياً للأعمال ، كل هذه الأمور تكون خاضعة الى ارادة الشخص ، ومن ثم يجب ان نرجع الى تلك الارادة في تحديد الموطن ، فالموطن اذن من صنع الارادة وحدها ، اما القانون فدوره في هذا الصدد لا يعدو ان يكون كاشفاً عن هذه الارادة ومقرراً لما يترتب عليها من آثار (١٠٢) .

لقد تم التخلي عن هذا الإتجاه ، ومن مبررات التخلي عن هذا الاتجاه ان الارادة وان كانت هي من تحدد الموطن الا ان التوطن ينظمه القانون ، إضافة الى ذلك أن الموطن القانوني لا يكون فيه الشخص كامل الارادة فهو يتقرر بحكم القانون وبنص صريح لإعتبارات خاصة او لأسباب تتعلق بنقص الاهلية. (١٠٣)

٢- **إتجاه تحديد الموطن الدولي بالإستناد الى القانون الشخصي//** وقد نادى بهذا الاتجاه أنصار مدرسة الأحوال القديمة (١٠٤) ، ومؤدى هذه الفكرة ان الموطن من مسائل الاحوال الشخصية التي تخضع للقانون الشخصي لذا فإن تحديد الموطن يتم بالرجوع الى القانون الشخصي للشخص ، إلا أن هذا الاتجاه أيضا قد أُنتقد من قبل الفقه الحديث . (١٠٥)

٣- **إتجاه تحديد الموطن الدولي بالإستناد الى قانون القاضي//** ومؤدى هذا الاتجاه ان تحديد الموطن يتم من قبل المحكمة التي تنظر النزاع المعروض عليها ، فالمحكمة هي التي تفصل في أمر موطن ذلك الشخص ، وهذه النظرية تأخذ بها غالبية القوانين ويؤيدها غالبية الفقه (١٠٦) ، وأساس هذا الحل الذي يتسم بالبساطة ويتفق مع ميل القضاء الوطني الطبيعي نحو تطبيق قانونه هو ان تحديد فكرة الموطن هي مسألة تكييف (١٠٧)، وبما ان التكييف يخضع لقانون القاضي ومن إختصاص محكمة الموضوع كان لابد من ان يكون قانون القاضي هو المعني في تحديد الموطن . ورغم ان الفقه قد أيد هذا الاتجاه في فرنسا وانكلترا والمانيا وغيرها من الدول ، إلاّ أنه أُنتقد لأنه يؤدي الى بعض النتائج غير المنطقية وخاصة عندما يكون الشخص المراد تحديد موطنه في غير دولة القاضي ، كما أن مسألة معرفة ما اذا كان شخص ما يتوطن في بلد من البلدان أو لا ، لا يمكن أن تُعد من مسائل التكييف بأي حال من الاحوال. (١٠٨)

٤- **إتجاه تحديد الموطن الدولي بالإستناد الى نظرية القانون الاقليمي :-** يدعوا أنصار هذا الإتجاه الى ضرورة تحديد الموطن وفقاً لقانون الاقليم الذي يدعي الشخص أنه متوطن فيه ، لأن الدولة لا تستطيع ان تفرض بقانونها إعتبار شخص ما متوطناً في دولة أخرى ، شأنها في ذلك كما هو في الجنسية ، حيث لا تستطيع الدولة ان تفرض على دولة اخرى إعتبار شخص ما تابعاً لها في الجنسية . وهذه النظرية لها وجاهتها ومع ذلك فقد وُجه لها نقد بسيط مرده أنه اذا كان الموطن رابطة قانونية كرابطة الجنسية ، إلاّ ان الجنسية رابطة من روابط القانون العام تفيد تبعية الفرد سياسياً الى دولة معينة ، ولهذا فإنه اذا إدعى شخص انه ينتمي الى جنسية دولةٍ ما أو أنه فقد تلك الجنسية كان طبيعياً

أن نرجع الى قانون تلك الدولة ، أما الموطن فلا يزال محتفظاً بوصفه حالة واقعية ويختلف تصوير هذا الوضع بإختلاف نظرة التشريعات اليه، ولهذا كان قياس الموطن على الجنسية قياساً مع الفارق.(١٠٩)

٥- **إتجاه تحديد الموطن الدولي بالإستناد الى النظرية التوفيقية :-** وبموجب هذا الإتجاه فإن تحديد الموطن يكون وفقاً لقانون القاضي والقانون الاقليمي معاً ، بحيث يتم تحديد الموطن بتطبيق قانون القاضي أولاً لمعرفة ما اذا كان للشخص موطن في بلد القاضي أولاً، فاذا اتضح انه غير متوطن في بلد القاضي ، ترك القاضي ، قانونه الوطني ، وطبق قانون الدولة المطلوب الفصل في إعتبار الشخص متوطناً فيها ، فيتحدد الموطن حينذاك وفقاً لقانون تلك الدولة ، وقد أخذت بهذا الاتجاه قوانين بعض الدول وتبنته مؤتمرات دولية ، وتعد هذه النظرية هي الأوفق من بين النظريات الخاصة بتحديد الموطن الدولي .(١١٠)

ثالثا : تعدد الموطن الدولي//

يعد تعدد الموطن من مشكلات الموطن الدولي والدول متباينة بين السماح به وبين رفضه ، كما انها تختلف باختلاف تقييمها للموطن ، كونها تأخذ به كضابط على اقليمها او لا ، وتحدث مشكلة تعدد الموطن عندما يكون الشخص متوطناً في اكثر من دولة طبقاً لأحكام القانون الدولي الخاص (١١١) ، فاذا إدعى الخصم توطن خصمه في دولة اخرى يترتب على ذلك الرجوع الى قانون هذه الدولة ايضاً وبذلك قد يترتب على الاخذ بهذا الادعاء في النهاية إعتبار الشخص متوطناً في اكثر من دولة (١١٢) . ولما لهذه المشكلة من آثار جلية على إختيار أطراف العقد لموطن أحدهم اذ قد يصادف ان يكون لهذا الشخص الذي اختير موطنه كي يكون موطناً للعقد اكثر من موطن وبالتالي أي قانون من قوانين موطنه هي الواجبة التطبيق ؟ وأي المحاكم تكون هي المختصة في نظر النزاع ؟

وللاجابة على هذه الاسئلة يتطلب منا الرجوع الى الإفتراضات التي طرحها الفقه وفي مقدمتها اذا كان من بين الدول التي يتوطن فيها الشخص دولة القاضي وفي هذه الحالة يذهب معظم الفقه الى أن على القاضي المعروض عليه النزاع وكان موطنه ، أي موطن القاضي ، من ضمن الدول التي يتوطن بها الشخص (١١٣) تطبيق قانونه الوطني وتقديمه على غيره وإعتبار قانون المحكمة المعروض عليها النزاع هو القانون المقصود من إرادة المتعاقدين . أما اذا لم تكن دولة القاضي من بين الدول التي يتوطن فيها الشخص فإن البعض من الفقه يحل الامر بالقول بخصوص هذا الفرض : (نحن نفضل القول بوجوب تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن الذي يرتبط به

الشخص أكثر من سواه ، سواء وجد الموطن في دولة القاضي او دولة اجنبية) (١١٤) ، وهذا الراي رأي واقعي يستند على فكرة الإقامة الفعلية المستمرة للشخص ، وبذلك فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يتوطن فيها الشخص بشكل فعلي .

رابعا : الموطن الدولي الحكمي والموطن الدولي الواقعي (الحقيقي)//

تختلف التشريعات في تصوير الموطن تبعاً الى الاختلاف في الاستناد على أحد عنصري الموطن (العنصر المادي والعنصر المعنوي) ويمثل الاتجاه الذي يستند على العنصر المادي في الموطن وهو الاقامة اتجاه التشريعات اللاتينية (١١٥) . ويقوم هذا الاتجاه في تصوير الموطن على اساس فكرة واقعية تستند الى ان موطن الشخص لا بد ان يكون مكاناً يقيم فيه على وجه الإعتياد والإستمرار وهذا الاتجاه في تصوير الموطن يؤدي الى نتيجتين هما:

١- إمكانية تعدد موطن الشخص ، وذلك عندما يتخذ الشخص لنفسه اكثر من مكان ليقيم فيه بإعتبار ان هذا الاتجاه يركز على العنصر المادي وهو الاقامة.
٢- إمكانية ان يصبح الشخص عديم الموطن عندما لا يكون للشخص محل إقامة يقيم فيه على وجه الاستمرار.

اما الاتجاه الاخر فتمثله التشريعات الانجلو- الاميركية (١١٦) ، والتي ترتكز في تصويرها للموطن على العنصر المعنوي وهو ما يسمى بالتصوير الحكمي للموطن ويترتب على هذا التصوير نتائج اهمها :

١- القضاء على مشكلة عديمي الموطن باعتبار ان لكل شخص موطن حسب تصور هذا الاتجاه.
٢- وحدة الموطن اذ لا يمكن ان يمتلك الشخص اكثر من موطن واحد.
٣- ان القانون الواجب التطبيق في هذا الاتجاه هو قانون دولة القاضي ، وسيؤدي ذلك الى سهولة حل النزاعات.

ومن المفيد ان نذكر هنا ان المشرع العراقي اخذ بالتصوير الواقعي للموطن الداخلي وهو ما يتفق وأحكام الشريعة الاسلامية (١١٧) ، ويظهر هذا جلياً في نص المادة الثانية والاربعين من القانون المدني العراقي التي نصت على ان (الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة او مؤقتة) وحيث لم يتطرق المشرع العراقي الى مفردة الموطن الدولي فلامانع يمنع من تطبيق ما ورد في النص على عموميته لتحديده في القانون العراقي.

خامسا :أثر قانون الإرادة في التوطين المكاني لعقد المقاولة الدولي//

إن أثر قانون الارادة في التوطين المكاني لعقد المقاولة الدولي يتمثل ـ من وجهة نظرنا ـ بقدرة الارادة على جعل قانون موطن معين هو القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي كأن يكون قانون موطن أحد الاطراف او قانون الموطن المشترك للاطراف ونحوهما ، وبالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال معرفة الموطن الذي نص عليه قانون الارادة ، وهذا الامر يتسم باليسر اذا كان لكل شخص طرف في العقد محل البحث موطن واحد ، ولكن يدق الامر اذا تعدد موطن أحد الاطراف وكان عقد المقاولة الدولي ينص على تطبيق قانون موطن هذا الطرف ويحل ذلك بوجوب التمييز بين حالتين ؛ الاولى اذا كان النزاع معروضاً أمام محكمة احدى الدول ذات العلاقة ، طبق القاضي قانونه الوطني واعتبر الشخص متوطناً في دولته بصرف النظر عما تقضي به قوانين الدول الاخرى ، والثانية اذا كان النزاع معروضاً أمام محكمة الدولة الثالثة لا علاقة لها به او امام محكمة دولية ، فحكماً لا يطبق القاضي هنا قانونه الوطني ولا يرجح قانون إحدى الدولتين ذات العلاقة جزافاً ، بل عليه ان يطبق القواعد بالفروض الاتية (١١٨):

(١)- إذا كان النزاع بين قانون موطن قانوني وقانون موطن إختياري ، فُضّلَ قانون الموطن القانوني .

(٢)- إذا كان النزاع بين قانون موطنين قانونين مختلفين ، فُضّلَ قانون الموطن القانوني الذي يقيم فيه الشخص عادةً.

(٣)- إذا كان النزاع بين قانون موطنين إختياريين مختلفين ، فُضّلَ قانون الموطن الذي فيه محل الإقامة الفعلية.

(٤)- إذا كان النزاع بين قانون موطن عام وقانون موطن خاص ، فُضّلَ قانون الموطن العام.

ويلاحظ بهذا الخصوص أن القانون العراقي والقانون المصري يذهبان في نطاق الالتزامات العقدية الناتجة عن العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي والتي يكون احد عناصرها الاساسية أجنبياً الى السماح لأطراف العقد باختيار القانون الذي يحكم العقد (١١٩) ، وهو إختلاف جوهري يميزها عندما ترد في العقود الداخلية ، فعقد المقاولة المبرم بين عراقيين يتوطنان في العراق ويتم تنفيذه في العراق وهو عقد من عقود القانون الداخلي يخضع لسلطان التشريع العراقي ولا يستطيع أطرافه الإتفاق على ما يخالف النصوص الآمرة في هذا التشريع ، ولا يختلف الامر بالنسبة لذات العقد إذا ما أُبرم بين مصريين يكون موطنهما في مصروعلى ان يتم تنفيذه في مصر ، حيث يخضع للقانون المصري ، ولكن عقد المقاولة المبرم بين عراقي ومصري هو عقد دولي قد يثير مشكلة تنازع القوانين ، وما يترتب عليها من توقع الاختيار بين القانون العراقي والقانون المصري . فقد نصت المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي على

ان ((يسري على الالتزامات التعقادية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا إتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه)) ، أي انه اذا لم تكن هناك إرادة صريحة او ضمنية تستخلص من العقد المبرم فيتم تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين اذا كانا متحدين في الموطن ، اما اذا اختلف موطن المتعاقدان فانه وحسب النص المذكور تخضع الالتزامات العقدية الناتجة عن عقد المقاولة الدولي المبرم بين الطرفين لقانون الدولة التي تم ابرام العقد فيها ، وهذا كله في حالة ما اذا لم يتفق الطرفان على ان قانونا مختاراً يحكم العقد فيخضع بذلك عقد المقاولة الدولي لمبدأ سلطان الارادة ، وهذا ما باركه القضاء في فرنسا. (١٢٠)

المبحث الثالث
تنازع الاختصاص التشريعي في عقد المقاولة الدولي

يكون العقد داخلياً كما سبق القول عندما ترتبط جميع عناصره بدولة واحدة ، أما إذا تضمن العقد عنصراً دولياً كان العقد دولياً (١٢١) ، ولا تجد لقواعد القانون الدولي الخاص تطبيقاً الا مع حالة تنازع القوانين أي عند خضوع العلاقة العقدية الى أكثر من

نظام قانوني واحد ، وبالتالي اللجوء الى قواعد الإسناد بغية تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات العقدية (١٢٢) ومن هذه العلاقات ذات الطابع الدولي كما أسلفنا عقد المقاولة الدولي ، وتحقيقاً لمتطلبات موضوع المبحث سنتناول في هذا المقام تنازع الاختصاص التشريعي في عقد المقاولة الدولي في مطلبين خصصنا المطلب الاول لبحث تنازع الاختصاص التشـــريـعي لعقد المقاولة الدولي غير الموطن فيما أفردنا المطلب الثاني لمناقشة تنازع الاختصاص التشـــريعي لعقد المقاولة الدولي الموطن بأثر الارادة.

المطلب الاول

تنازع الإختصاص التشريعي لعقد المقاولة الدولي غير الموطن

تتجاذب عقد المقاولة الدولي قوانين كثيرة لحكمه شكلاً وموضوعاً كونه يتضمن عنصراً أجنبياً ومن هذه القوانين التي تتجاذبه القانون الشخصي لطرفيه وقانون موطن كل منهما وقانون البلد الذي تم فيه إبرام التصرف وقانون محل التنفيذ وقانون المحكمة التي يُرفع أمامها النزاع ، فأي من هذه القوانين يكون صاحب الإختصاص فيه ؟ وللأجابة على هذا السؤال لابد لنا من التفرقة بين الجانب الشكلي والجانب الموضوعي للعقد ، ويلاحظ ان الجانب الشكلي يخضع للقاعدة الخاصة بشكل التصرف (١٢٣) ، و بالنسبة للجانب الموضوعي للعقد فقد مر تحديد القانون الواجب التطبيق عليه بتطور، اذ قيل في بداية ظهور تنازع القوانين انه يخضع وفقاً لقاعدة قديمة سادت نظرية الاحوال الايطالية الى قانون محل الإبرام و لم تفرق بين الشكل والموضوع واعطته اختصاصاً شاملاً كونه القانون الذي يعرفه المتعاقدون اكثر من غيره (١٢٤) . بعد ذلك تطورت هذه الفكرة في القرن السادس عشر في عهد المحامي الفقيه ديمولان الذي قام باخضاع العقد لقانون الإرادة ، ذلك القانون الذي تنصرف إليه إرادة المتعاقدين صراحة أوضمناً وعند السكوت وعدم التوصل للقانون المختار ضمناً فعندها يفترض أن أطرافه إختاروا قانون محل الإبرام (١٢٥) . ثم مرت هذه الفكرة في تطور آخر في عهد المدرسة الايطالية مفاده تمكين الافراد من إستبعاد قانون محل إبرام العقد بعد أن كان هو الأصل لإختيار قانون آخر ، وبالتالي أصبح الأصل في الإختصاص للقانون المختار ، ذلك القانون الذي تنعقد على إختياره إرادة الأطراف صراحةً اوضمناً ليكون هو القانون الواجب التطبيق لحكم العلاقة القانونية (١٢٦) . وهناك من الفقه من قال بأن الاساس الذي يستند اليه هذا الرأي إحترام إرادة المتعاقدين إستناداً لمبدأ سلطان الإرادة الذي إعترف بقدرة إرادة الأطراف لإختيار نظام قانوني يطبق على العقد عندما يثور نزاع بينهم امام القاضي او المحكم الدولي (١٢٧).

وهكذا أصبحت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة قاعدة شائعة الإستعمال عمل بها القضاء ([١٢٨]) في دول كثيرة وأخذ بها المشرع العراقي في المادة (٢٥) من القانون المدني (١٢٩)

ومن خلال هذا النص نجد ان المشرع العراقي أخضع الالتزامات العقدية لمعايير ثلاثة أولها معيار الإتفاق ، أي القانون الذي إختاره المتعاقدان بإرادتهماالصريحة اذا ما أعلنا عنها وإلا بإرادتهما الضمنية التي يستطيع القاضي إستخلاصها من ظروف الحال كالإتفاق جعل حل المنازعات التي تتعلق بالعقد من إختصاص محكمة دولة معينة ، على أن إستخلاص ذلك يعود لقاضي الموضوع المعني بنظر النزاع وهي مسألة تقديرية لا تخضع لرقابة محكمة التمييز ، فإن لم توجد إرادة صريحة ولم يتمكن القاضي من إكتشاف الإرادة الضمنية فهنا يتم تطبيق معيار الموطن المشترك إذا إتحدا موطناً فإن إختلفا في الموطن طبق القاضي قانون محل إبرام العقد .

ومن الامثلة العملية الشهيرة بهذا الصدد الحكم الصادر فى ١٩٨٥/٧/ ٧ في القاهرة بخصوص النزاع بين شركة نمساوية ووزير الزراعة المصرى ((ويتعلق النزاع بإتفاق مقاولة مبرم فى ١٩٨٢ /٥/٢٧ بين الشركة ووزير الزراعة ، مؤداه قيام الشركة بعمليات رش القطن بالطائرات لمواسم سنة (١٩٨٢،١٩٨٣،١٩٨٤) وأثناء قيام أحد طياري الشركة بمحاولة الطيران بتاريخ (١٩٨٣/٩/٩) من مطار أسيوط ، فوجيء بسيارة بها مدير زراعة أسيوط تقطع ممر المطار بالعرض ، فحاول تفادى الحادث بالتخلص من حمولة الطائرة من المبيدات فأدى ذلك لصعود الطائرة بحدة ثم سقوطها فى حقل على يسار المهبط ، وتحطمت بالكامل وأصيب الطيار ، فطالبت الشركة وزير الزراعة بالتعويض ، بسبب خطأ تابعي الوزراة الذى أحدث الأضرار المادية التى لحقت بالشركة ، وتتمثل فى تحطيم الطائرة ، وفيما فاتها من كسب بسبب حرمانها من إستغلال الطائرة فى عمليات الرش عن المدة من (١٩٨٥/٩/٩) حتى (١٩٨٥/٩/٢٥) وهو تاريخ إنتهاء العقد ، وفيما فاتها من كسب لعدم إستغلال الطائرة فى الرش بجمهورية السودان وفقاً لعقد مبرم في (٢٠ /١٩٨٣/٧) وإستندت فى ذلك إلى أن وزارة الزراعة قد أخلت - بخطأ تابعيها - بإلتزام تعاقدى هو مسئوليتها عن تأمين سلامة مهبط الطائرة ضد دخول الأفراد والعربات .

وقد دفع وزير الزراعة بأن الوزارة ليست مسئولة عن تأمين سلامة المهبط ضد دخول الأفراد والمركبات وفقاً لعقد المقاولة ، وإنما تلتزم فحسب بتحذير الأهالى بالإبتعاد أثناء عمليات الرش الجوي للحقل وأن الشركة هى التى أخطأت ؛ إذ لم يتأكد الطيار من خلو الممر من العوائق عند سيره بالطائرة على الممر ، كما أن الشركة سمحت للطائرة بالطيران رغم عدم ملاءمة الأحوال الجوية يوم الحادث لإجراء عمليات الرش ولأسباب أخرى أدت لوقوع الحادث ، ولما كان طرفا العقد قد إتفقا على حل منازعاتهما وفقاً لقواعد مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم فوض الطرفان مدير المركز فى تعيين محكم فرد .

وفعلاً تقرر فى ١٩٨٤/٩/٩ تعيين د . فتحى عبد الصبور محكماً وحيداً فى الدعوى الذى طبق على إجراءات التحكيم القواعد التى يطبقها المركز (Uncitral) ، ولما إطلع المحكم على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قرر أنه :" متروك - كقاعدة عامة - لإرادة الطرفين ، وفى حالة عدم النص فى العقد محل النزاع على تحديد هذا القانون يجوز الاتفاق فى تاريخ لاحق على تطبيق القانون المصري أو أي قانون آخر ، كما نصت المادة(١/٣٣) من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي على أن تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذى يعينه الطرفان وإذا لم يتفقا على تعيين هذا القانون ، وجب أن تطبق هيئة التحكيم القانون الذى تعينه قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيأة أنها واجبة التطبيق في الدعوى ، وإذا كان من الثابت من عقد المقاولة محل التداعي أنه لم يتضمن إتفاق الطرفين على تطبيق قانون معين ، وكانت قواعد تنازع القوانين تقضي فى هذه الحالة بتطبيق قانون الدولة التى أبرم فيها العقد بين الطرفين المتنازعين مختلفي الموطن بالنسبة للالتزامات التعاقدية وبتطبيق قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشيء للالتزام بالنسبة للالتزامات غير العقدية وهي القواعد التى تبنتها المادتان (١/١٩، ١/٢١) من القانون المدنى المصرى ، وكان الثابت من واقع الدعوى أن العقد محل التداعي بين الطرفين قد أبرم فى القاهرة ، وأن حادث تحطم الطائرة المملوكة للشركة المدعية موضوع هذه الدعوى قد وقع بمصر ، فإن القانون المصري يكون هو القانون الذى يحكم النزاع الماثل فى هذه الدعوى ، وانتهى حكم التحكيم إلى تقرير مسئولية وزارة الزراعة عن تعويض الضرر المادي الذى لحق بالطائرة باعتبار أن خطأها كان هو المنتج والمؤثر فى إحداث الضرر ، وعدم مسؤوليتها عن تعويض الشركة عما فاتها من كسب سواء فى مصر أو فى السودان باعتباره ضرراً غير متوقع)) (١٣٠)

ومن الجدير بالذكر أن حرية إختيار القانون الواجب التطبيق من قبل أطراف العقد قد تكون مقيدة بوجود صلة بين العقد والقانون المختار وقد تأتي هذه الصلة لوجود حاجة التجارة الدولية مما أدى الى وضع عقود نموذجية بموجبها يمكن للمتعاقدين تبني الشكل الذي يلائمهم ويتفق وظروف تعاقدهم ومن ثم يستمد العقد صفته الدولية من الشكل الذي يتخذه المتعاقدان (١٣١) ، وعندئذ يخضع العقد للقانون الذي اشار اليه النموذج العقدي ويعتبر ذات صلة بالعقد حتى ولو لم يتوفر بين العقد وهذا القانون صلة من حيث الجنسية أو الموطن ومن أمثلة هذه العقود (عقود الفيديك). (١٣٢)

المطلب الثاني

تنازع الإختصاص التشريعي في عقد المقاولة الدولي الموطن بأثر الإرادة

عند توطين قانون إرادة أطراف عقد المقاولة بقانون معين يحكم ذلك العقد فإن هذا لا يعني عدم حصول تنازع بين عدة تشريعات لحكم هذا العقد ، ولتحديد الحالات التي يتنازع فيها أكثر من قانون لحكم عقد المقاولة رغم أن طرفيه قد إتفقا على خضوعه لحكم قانون معين فقد تم تقسيم هذا المطلب الى فرعين الأول لبيان تلك الحالات والثاني لبيان القانون الذي يحكم كل حالة من تلك الحالات فيكون مختصاً لحكم عقد المقاولة الدولي الموطن .

الفرع الاول

الحالات التي تتنازع فيها التشريعات لحكم عقد المقاولة الدولي الموطن بأثر الإرادة

لغرض الإحاطة بهذه الحالات لابد من التمييز فيها بين الحالة التي حُدد القانون الذي يحكمها صراحة أم ضمناً :

أولاً// إذا كانت الإرادة الموطنة لعقد المقاولة إرادة صريحة // هنالك عدة حالات يمكن إجمالها بمايأتي:

١- حالة الإتفاق الصريح بين رب العمل مع المقاول على قانون واحد معين في ذات العقدعند إبرامه ليكون هو الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي.
٢- حالة الإتفاق الصريح بين رب العمل و المقاول على القانون الواجب التطبيق في مرحلة لاحقة لإبرام العقد من دون إتفاق مسبق على تحديده.
٣- حالة الإتفاق الصريح بين رب العمل و المقاول على تغيير القانون الواجب التطبيق في مرحلة لاحقة لإبرام العقد بعد أن كانا متفقين على خضوعه لقانون آخر إبتداءاً.
٤- حالة الإتفاق الصريح بين رب العمل و المقاول على عدة قوانين لحكم عقد المقاولة ويكون ذلك بإحدى طريقتين:
الأولى//أن يتفقا على أن موضوع عقد المقاولة الدولي يُحكم بقانون آخر غير قانون بلد الإبرام الذي يحكم شكل العقد وهذه تجزئة عمودية للعقد .
الثانية// أن يتفقا على أن موضوع عقد المقاولة في مرحلة الإبرام يخضع لقانون معين وفي مرحلة الآثار يخضع لقانون آخر وهذه تجزئة أُفقية للعقد.
٥- حالة الإتفاق الصريح بين رب العمل والمقاول على قانون معين وقضى هذا القانون بإبطال عقد المقاولة لاحقاً.

ثانياً// إذا كانت الإرادة الموطنة لعقد المقاولة إرادة ضمنية// وينحصر ذلك في الحالات الآتية :

١- إذا دلّت إرادة المقاول ورب العمل الضمنية على خضوع عقد المقاولة للقانون الذي يحكم العمل المقدم من المقاول.
٢- إذا دلّت إرادة المقاول ورب العمل الضمنية على خضوع عقد المقاولة للقانون الذي يحكم الأجرة المقدمة من رب العمل.
٣- إذا دلّت إرادة المقاول ورب العمل الضمنية على خضوع عقد المقاولة لأكثر من قانون.

الفرع الثاني
القانون الذي يحكم الحالات التي تتنازع فيها التشريعات لحكم عقد المقاولة الدولي الموطن بأثر الإرادة

كما مر في الفرع الأول من منهجية بحث ، ولغرض الإحاطة بالقانون الذي يحكم الحالات التي تتنازع فيها التشريعات لحكم عقد المقاولة الدولي الموطن بأثر الإرادة نرى ضرورة التمييز بين ما إذا كانت الحالة قد حُدد القانون الذي يحكمها بالإرادة الصريحة أو بالإرادة الضمنية.

أولاً// القانون الذي يحكم الحالات التي تتنازع فيها التشريعات لحكم عقد المقاولة الدولي الموطن بأثر الإرادة الصريحة([١٣٣])//

١- خضوع عقد المقاولة الدولي لقانون بلد الإبرام //

يكون قانون بلد الابرام هو الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي في الحالة التي يتفق فيها المقاول ورب العمل على قانون معين في ذات العقد وفي ساعة إبرامه ، أي في بلد الإبرام ، بمعنى ذكر القانون الذي يحكم العقد من ضمن بنوده فإن هذا القانون يحكم شكل العقد لكونه قانون بلد الابرام ، كما يحكم موضوعه ويحكم الآثار المترتبة عليه حتى أن بعض الفقهاء إعتبر أن أحكام القانون الذي يتفق عليه رب العمل والمقاول تعتبر بحكم شروط العقد ، أي جعل أحكام هذا القانون من ضمن الشروط الملزمة في العقد(١٣٤) .

٢- خضوع عقد المقاولة الدولي للقانون المتفق عليه لاحقاً//

وهذا القانون يصبح هو الواجب التطبيق في حالة الإتفاق على أن يكون كذلك في مرحلة لاحقة ولم يكونا قد إتفقا على ذلك مسبقاً ، أي أنهما لم يحددا قانوناً ليغيراه فيما بعد وإنما بدءاً لم يكونا متفقين ليحصل الإتفاق بعد إبرام العقد . لكن السؤال الذي يرد هنا هو هل يحق لهما ذلك ؟

يلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة (٣) من إتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية أجازت ذلك (١٣٥) كما أجازته المادة (٧) من إتفاقية التجارة الحرة لشمال أمريكا (NAFTA) لسنة

١٩٩٤ (١٣٦) . أما المشرع العراقي فقد جاءت عبارته مطلقة في المادة (٢٥) من القانون المدني ، حيث ذكر أن القانون الذي يتفق الطرفان عليه هو القانون الواجب التطبيق من دون أن يحدد المرحلة التي يتم فيها الأتفاق عليه وهذا يعني أنه يجيز الإتفاق في أي مرحلة كانت ، وهنا نعتقد أن الإتفاق الجديد ملزم لرب العمل والمقاول وكذلك للغير إذا لم يكن ينطوي على الإضرار بالأخير، أي الغير ، وذلك حسب نص المادة أعلاه من إتفاقية روما لسنة ١٩٨٠، وكذلك طبقاً للمبادئ العامة لقانوننا المدني والتي تذهب الى عدم إنصراف أثر العقد الى الغير إذا كان ينطوي على زيادة في إلتزاماته.

٣- **خضوع عقد المقاولة الدولي لقانون مغاير للقانون المتفق عليها إبتداءاً//**
قد يتفق رب العمل والمقاول على خضوع عقد المقاولة لقانون معين لكنهما يغيران ذلك القانون لاحقاً ، عندها يعتبر هذا الإتفاق الجديد ملزماً للأسباب والشروط الواردة في الحالة السابقة .

٤- **خضوع عقد المقاولة الدولي لقوانين متعددة //**
يلاحظ في بعض الحالات إتفاق رب العمل و المقاول على أن يخضع عقد المقاولة لعدة قوانين . ويعد هذا الاتفاق تجزئةً للعقد ، بحيث أن جزءاً منه يُحكم بقانون والجزء المتبقي يُحكم بقانون آخر، وهنا نكون أمام قانونين هما:

أ- // **القانون الذي يحكم شكل العقد**// وذلك في حالة الإتفاق على أن موضوع عقد المقاولة الدولي يخضع لقانون آخر غير قانون دولة الإبرام.

ب- // **قانون بلد الإبرام وقانون آثار العقد**// ويلزم تطبيق هذين القانونين في الحالة التي يتم فيها الإتفاق على أن عقد المقاولة الدولي في مرحلة الإبرام لم يسرِ عليه قانون معين وفي مرحلة التنفيذ يسري عليه قانون آخر.

ومن المعلوم أن إتفاق أطراف عقد المقاولة على خضوع موضوع العقد مثلا لقانون معين أو خضوع هذا الجزء من العقد في مرحلة الآثار لقانون آخر فإن هذا الإتفاق يجب أن يكون مبني على أساس إرتباط العقد بالقانون الذي إتفقو على خضوع هذا الجزء من العقد لأحكامه أما إذا لم يكن هنالك إرتباط أُعتبر هذا الإتفاق غير فعال وبالتالي يتم اللجوء الى إرادة الأطراف الباطنة حيث يستخلص من ذلك مدى إرتباط هذا الجزء من العقد باي القوانين أكثر

اما موقف المشرع العراقي فإنه نص في أكثر من مورد على منع تجزئة التصرف القانوني وإن لم ينص على ذلك المنع بنص عام ،
لكن الملاحظ على هذه النصوص جميعها أن سبب المنع فيها مستند الى الإرادة المشتركة للمتعاقدين وإنه لا يمكن إلزام المتعاقد إلا بما إرتضته إرادته الصريحة أو الضمنية (١٣٧) ، وبما أن المتعاقدين في عقد المقاولة قد إتفقا على

تجزئة العقد سواء كانت تجزئة عمودية أو أفقية فإن هذا يعني أن القانون لا يمنع من التجزئة ، عليه فالقانون الذي يتفقان عليه لحكم جزء من عقد المقاولة يكون هو الواجب التطبيق على ذلك الجزء.

٥- خضوع عقد المقاولة الدولي لقانون معين وإن هذا القانون يقضي ببطلان عقد المقاولة //

وهذه الحالة أثارت خلافاً فقهياً فمن الفقه من قال إذا كانت الإرادة صريحة فلا يمكن قبول هذه النتيجة وحجتهم تستند الى كيفية تطبيق قانون الإرادة على أساس أنه القانون الذي يناسب المتعاقدين اذا كان يؤدي الى إبطال عقدهم ، أي أنه لا يناسب عقدهم وبالتالي لا يطبق على العقد . ومنهم من قال بالعكس من ذلك حيث أن عقد المقاولة يبطل مادام أنهما إتفقا على القانون الواجب التطبيق صراحة ، وهناك رأي آخر في هذه المسالة يقول بأن العقد يبطل وذلك بحجة أن البطلان غالباً ما يتقرر لحماية الطرف الضعيف في الرابطة العقدية والقول بمحاولة تجنب البطلان بدعوى انه يناهض ارادة الاطراف هي محاولة تستهدف مصلحة الطرف الأقوى في هذه الرابطة والأولى حماية مصلحة الطرف الضعيف . ولكن الذي يبدو هو أن الطرف الذي يكون حكم البطلان لمصلحته لم يكن ضعيفا وإن إتفاقه مع الطرف الآخر على الخضوع لقانون مع الجهل بحكمه مسبقاً لا يكون سبباً لمنعهم من الخضوع لما إتفقا عليه حيث تحكم إرادتهما المشتركة ، سواء كانت عن علم أم عن جهل وسواء حكمت بتحديد قانون يبطل عقد المقاولة أم يمضيه ، لكن إذا اتفقا معا على الخضوع لغيره فلا مانع وكما ورد سابقا فإرادتهما هي دائما الفيصل في مثل هذه الحالة. (١٣٨)

ثانياً//القانون الذي يحكم الحالات التي تتنازع فيها التشريعات لحكم عقد المقاولة الدولي الموطن بأثر الإرادة الضمنية([١٣٩])//

قد يتم تفسير إرادة طرفي عقد المقاولة الدولي في خضوع عقدهما لقانون معين وتتم دراسة عقد المقاولة الدولي لمعرفة مواضع إرتكازه ومن ثم يحدد القانون الذي يحكمه من خلال ملاحظة هذه المواضيع و بأي قانون تتعلق حيث يصير هذا القانون هو الواجب التطبيق على هذه المواضيع . ومن خلال دراستنا لعقد المقاولة نلاحظ أنه من العقود الواردة على العمل (١٤٠) باعتباره نتيجة لذلك العمل ، كما أن طبيعة العمل هنا بكونه عمل مادي وليس قانوني (١٤١) ، وبالتالي تتحدد طبيعة عقد المقاولة الدولي وفقاً لذلك فيكون العنصر الأساسي في هذه العلاقة هو محل عقد المقاولة الدولي والمتمثل في أمرين ، العمل المقدم من قبل المقاول والأجر المقدم من قبل رب العمل ، وعند تنازع القوانين يحدد القاضي هذين العنصرين ويلاحظ أنهما بأي قانون يرتبطان وعلى أساس ذلك يحدد القانون الواجب التطبيق ، فإن كانا مرتبطين بقانون واحد طبق على عقد المقاولة الدولي كله ، وإن كانا مرتبطين بقانونين مختلفين فيطبق كل قانون على الجزء المرتبط به وكما يأتي :

١- **خضوع عقد المقاولة الدولي للقانون الذي يحكم العمل المقدم من المقاول//**
يلزم تطبيق هذا القانون في حالة إذا كان النزاع متعلق بالعمل المتفق على تقديمه بموجب عقد المقاولة الدولي وكان العمل منصباً على ممتلكات منقولة فإن القانون الواجب التطبيق للفصل في هذا النزاع هو قانون الدولة التي توجد فيها تلك المنقولات وقت إبرام العقد ، أي قانون موطنها ، وهذا ما أقرته المادة (٤ ف٣) من إتفاقية روما لعام ١٩٨٠ (١٤٢) ، كما نصت على ذلك المادة (٢٤) من القانون المدني العراقي . أما إذا كان العمل الذي دار عليه العقد ونشب بخصوصه نزاع هو أبنية ومنشآت فالقانون الواجب التطبيق هنا هو قانون محلها أي قانون البلد الذي توجد فيه.

٢- **خضوع عقد المقاولة الدولي للقانون الذي يحكم الأجر المقدم من رب العمل //**
ويكون هذا القانون واجب التطبيق في حالة كون النزاع بمناسبة عقد المقاولة الدولي متعلقاً بالأجر المقدم من رب العمل فينظر الى طبيعته إن كان عقاراً أو منقولا أو نقداً . فالعقار يطبق عليه قانون دولة محل وجوده ، والمنقول يطبق عليه قانون الدولة التي هو موجود فيه وقت وقوع الأمر الذي ترتب عليه كسب الحق على المنقول ، وعلى ذلك نصت المادة (٢٤) من القانون المدني العراقي بقولها : (يسري بالنسبة للمنقول قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الأمر الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقده) . ووقت وقوع الأجر المترتب عليه كسب الحق هو وقت إتمام المقاول للعمل المكلف به حيث عندها يترتب له الحق . أما إذا كان الأمر نقدياً فإنه يأخذ الحكم السابق حيث يطبق بخصوص هذا النزاع قانون الدولة الموجود فيها النقد وقت إتمام المقاول للعمل المكلف به .

٣- **خضوع عقد المقاولة الدولي لقوانين الدلالة الضمنية لإرادة الأطراف //**
يخضع عقد المقاولة الدولي لقوانين الدلالة الضمنية لإرادة الأطراف إذا دلّت إرادة المقاول ورب العمل الضمنية على خضوع العقد لأكثر من قانون ، ففي هذه الحالة يطبق على كل جزء القانون الذي يكون الأقرب لحكم ، فالأهلية تخضع للقانون الشخصي والموضوع يخضع للقانون المرتبط به وكما ورد في التفصيل السابق. (١٤٣)

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع عقد المقاولة الدولي وأثر قانون الإرادة في توطينه ظهرت لنا جملة من الإستنتاجات نحاول ان نسجل هنا أهمها رعاية للإختصار غير المخل ، كما سنثبت عدد من المقترحات والتوصيات نأمل على المشرع العراقي يأخذ بها ومن الله تعالى التوفيق والرشاد .

أولاً//الإستنتاجات//

١- إن عقد المقاولة الدولي يعرف بأنه إرتباط بين طرفين أو أكثر يكون أحد عناصره أجنبياً يتعهد بموجبه طرف منه بأن يصنع للطرف الآخر شيئاً أو أن

يقوم بعمل يرتبط بمصالح التجارة الدولية لقاء بدل مالي يتعهد بدفعه الطرف الآخر.

٢- يعد عقد المقاولة الدولي من أهم أنواع العقود الدولية ويستخدم عادة كآلية فعالة في التنمية الإقتصادية و يهدف الى توفير الخدمات ، لذلك نجد الكثير من الدول إعتمدت عليه لأنه يهدف الى جلب الإستثمار لهذه البلدان ، ولأنه يمثل الوسيلة الأنجع للبلدان النامية للإستفادة من ما توصلت إليه تكنولوجيا الدول المتقدمة في ميدان الصناعة.

٣- في عقد المقاولة الدولي قد يتعرض أحد أطرافه ، وهو رب العمل لمخاطر معينة ومنها المخاطر التعاقدية التي يمكن أن يتعرض لها رب العمل أكثر من المقاول الذي قد يستعمل القوة القاهرة للتهرب من تنفيذ العقد بالإدعاء بوجود القوة القاهرة لإنقاص إلتزاماته إتجاه رب العمل أو زيادة إلتزامات رب العمل . كما تكمن الخطورة في الضمانات التي يقدمها رب العمل والمتعلقة بضمان الدفع ، كالإعتمادات المستندية والتي يكون بموجبها للمقاول إستيفاء حقه كاملاً.

٤- لعقد المقاولة الدولي خصائص من أهمها الرضائية ، وانه يرتبط بمصالح التجارة الدولية ، أي إتصال أحد عناصره الرئيسية بدولة أجنبية ، كما يعد من عقود المعاوضة.

٥- يتميزعقد المقاولة الدولي عن عقد البيع الدولي ، وعن عقد الإيجار التمويلي الدولي ، وعن العقود النفطية، وعن عقد تسليم المفتاح ، وعن عقد تسليم الإنتاج باليد (التسويق).

٦- إن المعيار الإقتصادي هو المعيار المرجح لدينا في تحديد الصفة الدولية لعقد المقاولة لأنه الأوسع إستيعاباً للعقود ذي الصفة الدولية ، حيث ظهر لنا أن تطبيق المعيار الإقتصادي يؤدي الى تطبيق المعيار القانوني ضمناً كون محل العقد وفقاً للمعيار الإقتصادي يتعلق بمصالح التجارة الدولية وبالتالي فهو يرتبط بأكثر من نظام قانوني واحد.

٧- قد تتخذ الارادة الموطنة لعقد المقاولة الدولي شكل إرادةالأطراف الصحيحة وقد تأتي بارادتهم الضمنية.

٨- ان عقد المقاولة الدولي قد يتوطن بفعل قانون إرادة أطرافه ، وهذا التوطين قد يكون زمنياً وقد يكون مكانياً.

٩- قد يكون التوطين الزمني لعقد المقاولة الدولي من حيث المصدر إتفاقياً أو تشريعياً.

١٠- ينصرف مفهوم التوطين الزمني لعقد المقاولة الدولي الى إتفاق أطرافه على جعل نصوص قانون معين مندمجة ضمن شروط العقد او إختيار قانون معين بذاته للرجوع إليه عند حدوث التنازع.

١١- ان مفهوم التوطين المكاني لعقد المقاولة الدولي ينصرف الى إتجاه إرادة أطراف العقد الى ربط العقد بقانون إقليم دولة ما تركيزاً للعقد وبالتالي إختيار قانون موطن ما ذا صلة بالعقد ليكون القانون الواجب التطبيق.
١٢- إن القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي غير الموطن بأثر قانون الإرادة يختلف عن القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الموطن بفعل قانون الإرادة.
١٣- تختلف حالات تنازع القوانين (تنازع الاختصاص التشريعي) في عقد المقاولة الموطن بفعل قانون الإرادة الصريحة عن حالات تنازع القوانين في عقد المقاولة الموطن بفعل قانون الإرادة الضمنية.

ثانياً//التوصيات//

١- ندعو المشرع العراقي للمبادرة الى جمع قواعد الإسناد في القانون العراقي بمجموعة قانونية خاصة مستقلة (متن) وإفراد نصوص قانونية فيها للعقود الدولية.
٢- ضرورة أن يأخذ المشرع العراقي بتعريف عقد المقاولة الدولي المقترح ضمن البحث لتناسبه مع المكانة الخاصة التي يتمتع بها عقد المقاولة الدولي خصوصاً بعد أن أصبحت سياسة الإنفتاح على العالم وتشجيع الشركات والمقاولين الأجانب لدخول سوق العمل الخصب هي المطلوبة لاسيما لبلد مثل العراق يحتاج الى نقل التكنلوجيا ويعاني من ضعف في بناه التحتية والصناعية .
٣- نرى بأن هناك حاجة لأن يعتمد المشرع العراقي المعيار الإقتصادي لتحديد الصفة الدولية في عقد المقاولة لأنه الأوسع شمولاً للعقود الدولية والذي يكون المعيار القانوني تطبيقاً له.
٤- نرى ضرورة لأن ينص القانون العراقي صراحة على قدرة قانون الإرادة على تجميد النظام القانوني الذي يخضع له عقد المقاولة الدولي في الوقت الذي تم فيه إبرام هذا العقد على الشكل الذي يلزم عدم سريان التعديلات اللاحقة على قواعده المفسرة (المكملة) وسريان التعديلات اللاحقة متى ماتعلقت بقواعده الآمرة صيانة لمصالح العراق العليا مع إقرار تعويض عادل للطرف الآخر إذا أُصيب بضرر نتيجة سريان التعديلات اللاحقة على القواعد الآمرة للقانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة ضماناً للإستقرار في المعاملات وتحقيق بيئة عمل آمنة في العراق تتوافق ومتطلبات التجارة الدولية وحاجة العراق للإستثمار الأجنبي .
٥- تعديل نص المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي إتساقاً مع الأفكار التي خرج بها البحث بالشكل الذي يضمن الأخذ بالإرادة الصريحة والضمنية لأطراف العقد وتقديمها من ناحية الصياغة القانونية للموطن المشترك

للمتعاقدين إذا إتحدا موطناً وعلى مكان إتمام العقد في حالة إختلاف موطن أطراف العقد وتأسيساً على هذا نقترح ان يعدل النص المذكور ليقرأ كمايلي:
((يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف المتعاقدة ، فإذا لم توجد يسري قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحدا موطناً ، فإذا إختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد . على أن يكون القانون الواجب التطبيق في الأحوال السابقة ذا صلة وثيقة بتلك العلاقة القانونية ويمكن أن تستبان هذه الصلة الوثيقة من ظروف العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي)).

٦- توسيع السلطة التقديرية للقاضي المعروض أمامه النزاع بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة الدولي بحيث يتمكن من خلالها الأخذ بعين الإعتبار حقيقة إتصال القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات العقدية للعلاقات ذات الطابع الدولي بصلة وثيقة لايمكن تجاهلها ، إذ قد يكون هذا القانون الواجب التطبيق نتيجة قواعد الإسناد التقليدية لايطابق صحيح الواقع من حيث إتصاله بالعقد الدولي وبالتالي يؤدي تطبيقه الى فوات الغرض الذي من أجله نبحث في إختيار القانون الملائم على العقد إذا ثار تنازع في القوانين بشأنه.

٧- أن ينص في القانون العراقي على مايضمن إعتبار العقد الدولي بعد توقيعه تصرف قانوني خارجي يتولى القاضي دراسته وإستخلاص القانون الذي يكون أولى بحكمه ، فإذا حدده لا ينظر الى إرادة المتعاقدين الضمنية بمعزل عن العقد وإنما ينظر إليها من خلال العقد ليحدد أي القوانين هو الأقرب لحكم عقدهما فإذا حدده طبق أحكامه أياً كانت وبغض النظرعن نتيجة تطبيق تلك الأحكام ولوأدى ذلك إلى بطلان العقد برمته.

الهوامش

١- ابن منظور- لسان العرب - ج٥- الدار المصرية للتأليف والترجمة- بلا مكان وسنة طبع – ص ٣٤٥ .
٢- المعجم الوسيط - مجمع اللغة العربية- ط٤- مكتبة الشروق الدولية- بلا مكان طبع- ٢٠٠٤ - ص ٧٦٧ .
٣ - المادة (١٢٤) من مجلة الاحكام العدلية ينظر في ذلك علي حيدر- درر الحكام شرح مجلة الاحكام - تعريب المحامي فهمي الحسيني-المجلد الاول - الكتاب الاول - دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع وطبعت هذه الطبعة بموافقة خاصة من دار الجيل في بيروت- الرياض - المملكة العربية السعوية - ٢٠٠٣- ص١١٤،ومن الجدير بالذكر ان مجلة الاحكام العدلية صدرت في زمن الدولة العثمانية وبدأ تطبيقها عام ١٢٩٣هـ اذ كانت القانون المدني آنذاك ووضعت من قبل لجنة شكلتها الدولة العثمانية استمرت بالعمل لاحدى وعشرين سنة في اعدادها وصياغتها - ينظر في ذلك مصطفى أحمد الزرقا - شرح القانون المدني السوري- نظرية الالتزام العامة - ج١- المصادر- العقد والإرادة المنفردة- ط ٤- مطبعة دار الحياة- سورية - ١٩٦٤- ص ٥ ومابعدها ، وينظر كذلك ابراهيم شاشو - عقد المقاولة في الفقه الاسلامي- بحث منشور في مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد ٢٦ - العدد الثاني -٢٠١٠ - ص٧٤٥.
٤- ينظر ، محمد عبد الرحيم عنبر ، الوجيز في عقد المقاولة و التوكيلات التجارية ، ط٢ ، القاهرة ، ١٩٨٨ م ، ص٢، وينظر أيضاً ، د.وهبه الزحيلي ، المعاملات المالية المعاصرة ، بيروت ، لبنان ، ط١ ، ٢٠٠٢ م ،ص٥٦ ، وينظر أيضاً ، د جعفر الفضلي ، ، الوجيز في العقود المدنية ، دار الكتب للطباعة والنشر - الموصل -١٩٨٩ - ص٣٢٥ .
٥- السيد محمد تقي الحكيم- الاصول العامة للفقه المقارن - مؤسسة آل البيت عليهم السلام للطباعة والنشر- ط ٢ - ١٩٧٩ ، ص٤٢٣.
٦- تأليف وتحقيق مؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامي - موسوعة الفقه الاسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت ع - ج٤ - منشورات مؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامي - ط١ - قم المقدسة - ايران- ٢٠٠٥ -١٤٢٦ هـ - ص٤٩.
٨- أبو بكر مسعود بن أحمد الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - دار الكتب العلمية - ط١- ج ٥ – بلا مكان طبع- ١٩٨٦- ص٢ .
٨ - أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعيّ المطَّلبيّ القرشيّ - الام – المجلد الاول - ج٢ – دار النوادر – بلامكان وسنة طبع - ص١١٦
٩ - المصدر والموضع السابقين.

١٠ ـ أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي الحميري المدني ، المدونة الكبرى ـ ج٩ – بلا مكان وسنة طبع ـ ص١٨ ، وينظرمحمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ج٤ ـ دار الفكر – ط٣ـ ١٩٩٢ـ ص٥٩٣

١١ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي ـ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ـ ج٤ ـ دار إحياء التراث العربي – ط٢ – بدون مكان وسنة طبع ـ ص٣٠٠ ، وينظر ايضا ، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى ـ كشاف القناع عن متن الإقناع ـ ج٣ ـ دار الكتب العلمية – بلا مكان وسنة طبع ـ ص١٥٤

١٢ علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري- الإحكام في أصول الأحكام ـ تحقيق الشيخ احمد شاكر- المجلد الثاني ـ الجزء الخامس ـ دار الآفاق الجديدة ـ بيروت ـ ١٩٨٣ـ ص٤ ومابعدها ، وينظر للاستزادة محمد سلام مدكور ـ مناهج الاجتهاد في الاسلام في الاحكام الفقهية والعقائدية ـ مطبوعات جامعة الكويت ـ الكويت – ١٩٧٣ ـ ص٧٠٠ ومابعدها.

١٣ فراحتية كمال ـ عقد المقاولة الدولي ـ رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق / جامعة الجزائر ـ كلية الحقوق بن عكنون – الجزائر– ـ٢٠٠٤ ـ ٢٠٠٥ ، ص ٢ ، منشورة على الموقع الالكتروني وتمت الزيارة بتاريخ ٢٠١٥/١١/٢٠ الساعة ٨:٣٠ مساءاً.
http://downloads.ziddu.com/downloadfile/23900477/law101.PDF.html

١٤ د.حفيظة السيد حداد ـ العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية ـ تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها ـ ط١ ـ دار النهضة العربية ـ ١٩٩٦ ـ ص ٣٦١.

١٥ د. عوض الله شيبه الحمد السيد ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، دار النهضه العربية ، القاهره ، الطبعه الثانية ، ١٩٩٧ ـ ص٥٠٤ – ٥٠٥

١٦ د.عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ المجلد الاول ـ ج ٧ ـ منشورات الحلبي الحقوقية ـ الطبعة الثالثة ـ بيروت- لبنان ـ ٢٠٠٠ ـ ص ٥.

١٧ د.محمد لبيب شنب ، احكام عقد المقاولة ، القاهرة ، دار النهضة ألعربيه ،١٩٦٢، ص١١

١٨ ينظر المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل ـ وعرفته المادة (٦٤٦) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل بانه (عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الاخر).

١٩ د. جعفر الفضلي ـ مصدر سابق، ص ٣٨٢، د.سعيد مبارك و د.طه الملا حويش ود.صاحب عبيد الفتلاوي ـ الموجز في العقود المسماة ـ مكتبة السنهوري ـ بغداد ٢٠١٢ ـ ص ٤٠٠.

٢٠ تنظر المادة (٦٤٦) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل

٢١ المادة (١٧١٠) من القانون المدني الفرنسي (النص الاصلي في القانون الفرنسي) /

Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles.

٢٢ (النص الاصلي للمادة في القانون الفرنسي)

Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie :

1° Le louage de service ;

2° Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises ;

3° Celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés.

٢٣ ينظر في تعلق العقد الدولي بمصالح التجارة الدولية استاذنا الدكتورعوني محمد الفخري ، ارادة الاختيار في العقود لدولية التجارية والمالية ، الطبعة الاولى ، منشورات زين الحقوقية - بيروت - لبنان -٢٠١٢ - ص٥٩ - ٦١.

٢٤ د .عبد الرزاق السنهوري -مصدر سابق - ص٥ ، وينظر ايضاً د٠ جعفر الفضلي - مصدر سابق - ص٣٨٢.

٢٥ للاستزادة ينظر في ذلك د٠ عبد الرزاق السنهوري -- المصدر السابق - ص٦.

٢٦ د٠محمد حسين منصور- العقود الدولية - دار الجامعة الجديده للنشر- الاسكندريه - مصر- ٢٠٠٩- ص٢١.

٢٧ د٠ نغم حنا رؤوف - تمييز عقد البيع الدولي للبضائع عن عقد المقاوله - بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق - مجلد ٨ السنة الحاديه عشر عدد (٢٩) - سنة ٢٠٠٦ م - صفحة ٢٩ وما بعدها .

٢٨ المصدر السابق نفسه- ص ٤١ وما بعدها .

29 **M. Cayol, Le contrat d'ouvrage, LGDJ, Paris, 2013, p.35.**

٣٠ د.محمد حسين منصور - مصدر سابق - ص ٢٣.

31 **A. AL-BSHERAWY,la réception du contrat de crédit-bail en droit irakien, étude a partir du droit francais et américain, thèse présentée à l'université Lyon 3, 2014.**

٣٢ ينظر في صور العقود النفطية او عقود الاستثمار النفطي بحث د.محمد يونس الصائغ – أنماط عقود الاستثمارات النفطية في القانون الدولي العام - مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد (١٢) ، العدد (٤٦) ، السنة (٢٠١٠) - ص ٢٢٩ ومابعدها ، وينظر كذلك سلام كاظم حسين – النظام القانوني لعقود الاستثمار النفطي – دراسة مقارنة – رسالة ماجستير – جامعة البصرة – كلية القانون – ٢٠١٤.

٣٣د . محمد حسين منصور - مصدر سابق - ص ١٩.

٣٤ د٠غسان رباح - الوجيز في العقد التجاري الدولي (نموذج العقد النفطي) - منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط١ - ٢٠٠٨ م - ص ٢٨.

٣٥ د.محمد يونس الصائغ - مصدر سابق - ص ٢٧٩ ، ويعرف عقد المقاولة النفطي ايضاً بأنه عقد تعهّد الدولة المنتجة للنفط بمقتضاه إلى شركة خاصة بمهمة تنفيذ العمليات النفطية أو بعضها لحسابها في منطقة معينة ولقاء مبلغ معيّن ينظر في ذلك تقرير المصطلحات القانونية المستخرجة من قوانين النفط الصادر عن المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية في جامعة الدول العربية والمناقش في الإجتماع الخامس والعشرين لمجلس وزراء العدل العرب في بيروت - لبنان.

٣٦ د٠غسان رباح - مصدر سابق - ص ٣٦.

٣٧ د .معاشو عمار، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص3

- **G.Blanc , Industrialisation Entreprises Publique et Devlepement Esquisse d' un bilan contractuel , D.P.C.I , Tome 12 No 3, Paris , 1986, p 230**

٣٨ د.صالح بن بكر الطيارة - العقود الدولية لنقل التكنولوجيا - مركز الدراسات العربي - الأوروبي، ط٢ - لبنان- ٢٠٠٣- ص٨٣ .

٣٩ ينظر في هذا الاتجاه الفقهي عند د.هشام علي صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجاره الدوليه - دار الفكر الجامعي - رويال - الاسكندريه - ط٢ - ٢٠٠١- ص٧٥ وما بعدها.

٤٠ د.خالد عبد الفتاح محمد خليل ـ حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ـ دار الجامعه الجديده للنشر ـ٢٠٠٩ـص٤٧.
٤١ د .نبيل زيد مقابله ـالنظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكتروني في القانون الدولي الخاص ـ دار الثقافه للنشر والتوزيع ـ٢٠٠٩ـ ص٤٩.
٤٢ د.احمد حسان حافظ مطاوع ـ التحكيم في العقود الدولية للانشاءات ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ ٢٠٠٧ ـ ص ٧٤ ومابعدها.
٤٣ د.محمد حسين منصور ـ مصدر سابق ـ ص١١.
٤٤ د.خالد عبد الفتاح محمد خليل ـ حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ـ مصدر سابق ـ ص٥٣.
٤٥ د.محمود محمد ياقوت ـ الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية ـ دار الفكر الجامعي الاسكندرية ـ ٢٠٠٤ ـ ص٤٠ وما بعدها.
٤٦ د.هشام علي صادق ـ مصدر سابق ـ ص٧٥ وما بعدها.
٤٧ د.عكاشة محمد عبد العال ـ القانون التجاري الدولي ـ العمليات المصرفية الدولية ـ دار الجامعة ـ بيروت ـ ١٩٩٣ ـ ص٩١.
٤٨ د.هشام علي صادق ـ القانون الواجب التطبيق على عقود التجاره الدوليه ـ دار الفكر الجامعي ـ مصدر سابق ـ ص٧٣ وما بعدها.
٤٩ د.خالد عبد الفتاح محمد خليل ـ حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ـ مصدر سابق ـ ص٤٨ ومابعدها.
٥٠ د.احمد عبد الكريم سلامة ـ الأصول في التنازع الدولي للقوانين ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ بدون سنة نشر ـ ص ١٨٩.
٥١ د. هشام علي صادق ـ القانون الواجب التطبيق على عقود التجاره الدوليه ـ مصدر سابق ـ ص١١١.
٥٢ د.خالد عبد الفتاح محمد خليل ـ حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ـ مصدر سابق ـ ص٤٨.
٥٣ للاستزادة ينظر في ذلك طارق عبد الله عيسى المجاهد ـ تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية ـ أطروحة دكتوراه ـ جامعة بغداد ـ كلية القانون ـ٢٠٠١ ـ ص٢٧ ومابعدها.
٥٤ د.عكاشة عبد العال ـ مصدر سابق ـ ص١٠٠.
٥٥ د.محمود محمد ياقوت ـ مصدر سابق ـ ص٦٠ ، د. سامي بديع منصور،د.اسامة العجوز ـ القانون الدولي الخاص ـ منشورات زين الحقوقية ـط٣ ـ ٢٠٠٩ ـ ص٤٣٤.
٥٦ د.بشار الاسعد ـ عقود الدولة في القانون الدولي ـ منشورات زين الحقوقية ـ ط١ ـ ٢٠١٠ ـ ص٨١.

57 Cass. 1re civ., 25 nov. 2003, no 01-01.414

٥٨ هشام علي صادق ـ القانون الواجب التطبيق على عقود التجاره الدوليه ـ مصدر سابق ـ ص٤١٨.
٥٧ خالد عبد الفتاح محمد خليل ـ دور الارادة في مجال العقود الالكترونية ـ دار النهضة العربية القاهرة ـ ٢٠١٣ ـ ص٢٩
٥٨ د.محمود محمد ياقوت ـ مصدر سابق ـ ص٧٦ وما بعدها.

[61] rappr. Cass. 1re civ., 31 mai 2005, no 03-11.136, Bull. civ. I, no 231, Rev. crit. DIP 2005, p. 465, note Lagarde P. : vente d'un avion, conclue en Centrafrique, entre Français, le prix de vente étant payable en France

٦٠ خالد عبد الفتاح محمد خليل ـ دور الارادة في مجال العقود الالكترونية ـ مصدر سابق ـ ص٣٧ وما بعدها.
٦١ عبد السند حسن يمامة ـ القانون الدولي الخاص ـ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ـ هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان ـ القاهرة ـ ١٩٩٩ـ ص٤١٣ ـ ٤١٤.
٦٤ د.بدران شكيب الرفاعي ـ عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص ـ دار الكتب القانونية ـ مصر ـ ٢٠١١ ـ ص١٦٩ .
وينظر في شرح اتجاه المشرع المصري في الفقرة الاولى من المادة (١٩) من القانون المدني التي نصت على ان (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً ، فأن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا مالم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانون اخر هو الذي يراد تطبيقه) هشام علي صادق ـ مصدر سابق ـ ص٣٤٤ .
٦٥ د.صلاح علي حسين ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٢ ، ص٤٥٥ـ٤٥٦ .
٦٦ د.بدران شكيب الرفاعي ، مصدر سابق ، ص ١٥٦ .
٦٧ د.محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص٢١ .
٦٨ المصدر السابق ، ص٢٢.
٦٩ د.احمد عبد الكريم سلامة ـ نظرية العقد الدولي الطليق ـ دار النهضة العربية ـ ١٩٨٩ ـ ص٢٨٩ ومابعدها.
70 Glavanis P., Le contrat international de construction, Joly éditions, 1993, no 619.
٧١ د.صلاح علي حسين ـ مصدر سابق ـ ص٤٥٧ـ٤٥٨.
٧٢ المصدر السابق ، ص٤٥٨ـ٤٥٩ .
٧٣ المصدر السابق ، ص٤٥٩ـ٤٦٠ .
٧٤ نرمين محمد محمود صبح ، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق / جامعة عين شمس ، ٢٠٠٢ـ٢٠٠٣ ، ص٨١ و٨٢ .
٧٥ د.صلاح علي حسين ، مصدر سابق ، ص٤٦١ .
٧٥ نرمين محمد محمود صبح- مصدر سابق- ص٨٢ـ٨٣.
- CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-97/08, Akzo Nobel NV, Bull. Joly Sociétés 2010, p. 69, note Prieto C.

٧٧ ناقش هذا الاتجاه الفقهي د.بدران شكيب الرفاعي ـ مصدر سابق ـ ص ١٦٧ـ١٧٠ ، وللاستزادة والمقارنة مع موقف المشرع الاردني ينظر مؤلف استاذنا الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ ـ القانون الدولي الخاص تنازع القوانين ـ الاختصاص القضائي الدولي ـ تنفيذ الأحكام الأجنبية ـ دار الثقافة للنشر والتوزيع ـ ط١ ـ عمان ـ ٢٠٠٥ ـ ص١٦٤ .

٧٨ د.بدران شكيب الرفاعي ـ مصدر سابق ـ ص ١٧٠.
٧٩ د.هشام علي صادق ـ القانون الواجب التطبيق على عقود التجاره الدوليه ـ مصدر سابق- ص١٤٥.
٨٠ د.سامي بديع منصور ود.اسامة العجوز ـ مصدر سابق- ص٣٩٩.
[81] . Duranton G., Rép. com. Dalloz, précité, n° 62 ; *adde*, Lagarde P., Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, Rev. crit. DIP 1991, p. 308

٨٢ د.محمد حسين منصور ـ مصدر سابق- ص١٢٣.
[83]Cass. 3e civ., 19 oct. 2011, n° 10-13.651, Bull. civ. III, n° 173, RJDA 2012, n° 197

٨٤ د.هشام علي صادق ـ القانون الواجب التطبيق على عقود التجاره الدوليه- مصدر سابق ، ص١٤٨.
٨٥ د.احمد عبد الكريم سلامة ـ قانون العقد الدولي ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ بدون سنة طبع ـ ص٣٤٧.
٨٦ استاذنا الدكتور عوني محمد الفخري- مصدر سابق ـ ص٢٠٦-٢٠٨.
٨٧ د.محمود محمد ياقوت- مصدر سابق- ص٢٥-٢٧.
٨٨ المصدر السابق، ص٣٠.
٨٩ د.عكاشة محمد عبد العال ـ القانون التجاري الدولي ـ العمليات المصرفية الدولية- مصدر سابق ـ ص٥٤.
٩٠ د.محمود محمد ياقوت ـ مصدر سابق- ص٩٤
٩١ المصدر السابق، ص٩٥.
٩٢ المصدر السابق، ص٩٨.
[93] CA Aix-en-Provence, 1re ch., sect. B, 21 mai 1997, Bretignière c/ SARL, Juris-Data, n° 1997-044923, JCP E 1998, n° 845, n° 15, note Vivant M. et Le Stanc Ch.

٩٤ د.حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠١٣، ص٣٧٢.
٩٥ نرمين محمد محمود صبح- مصدر سابق- ص١٤٧.
٩٦ د.هشام علي صادق ـ القانون الواجب التطبيق على عقود التجاره الدوليه ـ مصدر سابق، ص١٤٥.
٩٧ د.عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠٠٧، ص٥٧١.
٩٨ د. عباس العبودي ـ شرح احكام قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ والموطن ومركز الاجانب ـ مكتبة السنهوري ـ ط٢ ـ ٢٠١٥- ص١٩٦.

٩٩ للاستزادة ينظر في ذلك د. جابر ابراهيم الراوي ـ مبادئ القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الاجانب واحكامهما في القانون العراقي المقارن ـ ١٩٧٦ـ ص ٢٧.
١٠٠ د.حسن محمد الهداوي ود.غالب علي الداوودي ـ القانون الدولي الخاص ـ ج١ ـ مكتبة السنهوري ـ بغداد ـ ٢٠١٢ ـ ص١٧٢.
١٠١ د.محمد كمال فهمي ـ اصول القانون الدولي الخاص ـ مؤسسة الثقافة الجامعية ـ ط٢ ـ ١٩٨٢ ـ ص٢١٥.
١٠٢ د. هشام علي صادق ـ دراسات في القانون الدولي الخاص ـ الدار الجامعية ـ ط١، ١٩٨١، ص ١٣٧.
١٠٣ د. عباس العبودي ـ مصدر سابق ـ ص ٢٥٠.
١٠٤ د. هشام علي صادق ـ دراسات في القانون الدولي الخاص ـ مصدر سابق ـ ص ١٣٩ .
١٠٥ د. عباس العبودي ـ مصدر سابق ـ ص ٢٥٠ـ٢٥١.
106 Sénéchal J., Le contrat d'entreprise, un enjeu du mouvement de recodification du droit des contrats, RLDC 2009/9, étude 63
١٠٧ د. هشام علي صادق ـ دراسات في القانون الدولي الخاص ـ مصدر سابق ـ ص١٤٧.
١٠٨ د.حسن محمد الهداوي ود.غالب علي الداوودي ـ مصدر سابق ـ ص ٢١٣.
١٠٩ د. عباس العبودي ـ مصدر سابق ـ ص٢٥١ـ٢٥٢.
١١٠ د. هشام علي صادق ـ دراسات في القانون الدولي الخاص ـ مصدر سابق ـ ص ١٥٢.
١١١ د. عباس العبودي ـ مصدر سابق ـ ص ٢٤١.
١١٢ د. هشام علي صادق ـ دراسات في القانون الدولي الخاص ـ مصدر سابق ـ ص ١٦١.
١١٣ د.جابر جاد عبد الرحمن ـ القانون الدولي الخاص ـ ج١ ـ ط١ ـ بغداد ـ ١٩٤٩ـ ص ٢٥٧ ومابعدها ، د.غالب علي الداوودي ود.حسن محمد الهداوي ـ مصدر سابق ـ ص ٢٢٨، د.محمد كمال فهمي ـ مصدر سابق ـ ص ١٠٢ ، د. عباس العبودي ـ مصدر سابق ـ ص٢٤٢.
١١٤ د. هشام علي صادق ـ دراسات في القانون الدولي الخاص ـ مصدر سابق ـ ١٦٩.
١١٥ د. جابر ابراهيم الراوي ـ مصدر سابق ـ ص ٣٢.
١١٦ المصدر السابق ـ ص ٣٣ .
١١٧ د. عباس العبودي ـ مصدر سابق ـ ص٢٥٣.
١١٨ د.حسن محمد الهداوي ود.غالب علي الداوودي ـ مصدر سابق ـ ص٢٢٩.
١١٩ نصت المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على ان (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه) ، وكذلك المادة (١٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل التي نصت على ان (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً ، فأن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا مالم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانون اخر هو الذي يراد تطبيقه).
١٢٠ للاستزادة يُنظر في ذلك د. هشام علي صادق ـ القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ـ مصدر سابق ـ ص ١٣٠.
١٢١ المصدر والموضع السابقين.
١٢٢ د.محمدعلي جواد ـ معاييرعقود التجارة الدولية ـ بحث منشور في مجلة الرأي الصادرة عن الدائرة القانونية والادارية في وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ـ العدد الاول ـ ٢٠١٤ ـ ص٧.

١٢٣ نصت المادة (٢٦) من قانوننا المدني على ان (تخضع العقود الدولية في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها).
١٢٤د. احمد عبد الكريم سلامة ـ مصدر سابق ـ ص ٧٥.
١٢٥ د. هشام علي صادق ـ تنازع القوانين ـ مصدر سابق ـ ص٣٣١.
١٢٦ للاستزادة يُنظر في ذلك د.خالد عبد الفتاح محمد خليل ـ حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ـ مصدر سابق- ص٧٦.
١٢٧ د. احمد عبد الكريم سلامة – مصدر سابق – ص ٧١.
128 Cass. 3e civ., 19 juin 1991, no 89-21.906, Bull. civ. III, no 185, Gaz. Pal. 1991, 2, pan., p. 276). Il en va de même, lorsque le montage d'équipement technique par le sous-traitant implique un savoir-faire dans la mise en œuvre de son produit (Cass. 3e civ., 4 juin 1997, no 95-16.982, Bull. civ. III, no 127, Gaz. Pal. 1er au 3 févr. 1998, pan., p. 22
١٢٩ تطابقها المادة (١٩) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.
١٣٠ القرار صادر عن المركز الاقليمي للتحكيم بالقاهرة منشور على الموقع الالكتروني)
(https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=430160510424511&id=405715936202302)- منتدى كلية الحقوق- تاريخ الزياره ٢٠-١١-٢٠١٥.
١٣١ د.محمد علي جواد ـ مصدر سابق- ص١٧
١٣٢ (وهي عقود نموذجية وضعها الاتحاد الدولي للمهندسين والاستشاريين تتضمن الشروط العامة والخاصة لانماط مختلفة من عقود البناء والتشييد .....) للاستزادة يُنظر في ذلك د.سمير حامد عبد العزيز الجمال ـ القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك ـ بحث منشور في مجلة الفكر القانوني والاقتصادي الفصلية المحكمة الصادره عن كلية الحقوق ـ جامعة بنها المصرية ـ السنة (٢٦) ـ العدد (٥) ـ٢٠١٢ـ ص٢٨.
١٣٣ فراحتية كمال ـ مصدر سابق ـ ص ٨٧ ـ٨٩.
١٣٤ للاستزادة يُنظر في ذلك د. هاشم علي صادق ـ القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ـ مصدر سابق- ص١٠٢ .
١٣٥ نصت الفقرة الثانية من المادة (٣) من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على ان (للاطراف ان يتفقوا في اي وقت على اخضاع العقد لقانون غير الذي كان يحكمه سابقاً ، بناءاً على على اختيار سابق وفقاً لهذه المادة او بناءاً على نصوص اخرى لهذه الاتفاقية وان اي تغيير من قبل الاطراف للقانون الذي يطبق يتم بعد انعقاد العقد سوف لايمس صحة العقد من حيث الشكل بموجب المعنى المقصود في المادة (٩) من الاتفاقية ولايضر بحقوق الغير) يُنظر في تفصيل ذلك مؤلف استاذنا الدكتور عوني محمد الفخري ـ اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ـ مكتبة صباح ـ بغداد ـ ٢٠٠٧ ـ ص٣٣ ومابعدها.
١٣٦ د.ابراهيم بن احمد بن سعيد ـ القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ ٢٠٠٩ـ ص١٠٥ .
١٣٧ للاستزادة يُنظر في ذلك د.عقيل فاضل حمد الدهان ـ عدم تجزئة التصرف القانوني في القانون المدني ـ اطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية القانون ـ جامعة بغداد ـ ٢٠٠٦ـ ص١٦ .

١٣٨ د.محمود محمد ياقوت ـ مصدر سابق ـ ص١١٣-١١٤ .
١٣٩ فراحتية كمال ـ مصدر سابق ـ ص ٩١- ٩٦.
١٤٠ د . جعفر الفضلي ـ مصدر سابق ـ ص٣٧٠ .
١٤١ د.عبد الرزاق السنهوري ـ مصدر سابق ـ ص ٧ .
١٤٢ د. ابراهيم بن احمد بن سعيد- مصدر سابق ـ ص١٠٩ .
١٤٣ يُنظر في هذا المعنى مؤلف استاذنا الدكتور عوني محمد الفخري ـ اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية- مصدر سابق ـ ص٣٢-٣٣ ، د.عقيل فاضل حمد الدهان ـ مصدر سابق ـ ص١٧-١٨.١٤٣ للاستزادة يُنظر في ذلك د.محمود محمد ياقوت ـ مصدر سابق ـ ص١١٢-١١٤.

المصادر

اولاً//المصادر العربية//

أ/الكتب

١- د.ابراهيم بن احمد بن سعيد ـ القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ ٢٠٠٩.

٢- ابن منظور- لسان العرب - ج٥- الدار المصرية للتأليف والترجمة- بلا مكان وسنة طبع .
٣- د.احمد حسان حافظ مطاوع - التحكيم في العقود الدولية للانشاءات - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٧
٤- د.احمد عبد الكريم سلامة - نظرية العقد الدولي الطليق - دار النهضة العربية - ١٩٨٩.
٥- د.احمد عبد الكريم سلامة - الأصول في التنازع الدولي للقوانين - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون سنة نشر .
٦- د.احمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون سنة طبع .
٧- المعجم الوسيط - مجمع اللغة العربية- ط٤- مكتبة الشروق الدولية- بلا مكان طبع- ٢٠٠٤.
٨- د.بدران شكيب الرفاعي - عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص - دار الكتب القانونية - مصر - ٢٠١١.
٩- د.بشار الاسعد - عقود الدولة في القانون الدولي - منشورات زين الحقوقية- ط١ - ٢٠١٠.
١٠- د. جابر ابراهيم الراوي - مبادئ القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الاجانب واحكامهما في القانون العراقي المقارن - ١٩٧٦.
١١- د جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، دار الكتب للطباعة والنشر - الموصل -١٩٨٩.
١٢- د.حسن محمد الهداوي ود.غالب علي الداوودي - القانون الدولي الخاص - ج١ - مكتبة السنهوري - بغداد - ٢٠١٢.
١٣- د.حفيظة السيد حداد - العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها - ط١ - دار النهضة العربية - ١٩٩٦ .
١٤- د.حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠١٣.
١٥- د. خالد عبد الفتاح محمد خليل - حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص - دار الجامعه الجديده للنشر -٢٠٠٩.
١٦- خالد عبد الفتاح محمد خليل - دور الارادة في مجال العقود الالكترونية - دار النهضة العربية القاهرة - ٢٠١٣ .
١٧- د.سعيد مبارك و د.طه الملا حويش ود٠صاحب عبيد الفتلاوي - الموجز في العقود المسماة - مكتبة السنهوري - بغداد ٢٠١٢.

١٨- د. سامي بديع منصور،د.اسامة العجوز- القانون الدولي الخاص- منشورات زين الحقوقية - ط٣- ٢٠٠٩.
١٩- د.صالح بن بكر الطيارة - العقود الدولية لنقل التكنولوجيا - مركز الدراسات العربي - الأوروبي، ط٢ - لبنان- ٢٠٠٣.
٢٠- د.صلاح علي حسين ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٢ .
٢١- د. عباس العبودي - شرح احكام قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ والموطن ومركز الاجانب - مكتبة السنهوري - ط٢ - ٢٠١٥.
٢٢- د.عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - المجلد الاول - ج ٧ - منشورات الحلبي الحقوقية - الطبعة الثالثة - بيروت- لبنان - ٢٠٠٠ .
٢٣- عبد السند حسن يمامة - القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي - هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان - القاهرة - ١٩٩٩.
٢٤- د.عكاشة محمد عبد العال- القانون التجاري الدولي - العمليات المصرفية الدولية- دار الجامعة- بيروت- ١٩٩٣.
٢٥- د.عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠٠٧.
٢٦- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف - ج٤ - دار إحياء التراث العربي – ط٢ – بدون مكان وسنة طبع .
٢٧- علي حيدر- درر الحكام شرح مجلة الاحكام - تعريب المحامي فهمي الحسيني- المجلد الاول - الكتاب الاول - دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع وطبعت هذه الطبعة بموافقة خاصة من دار الجيل في بيروت- الرياض - المملكة العربية السعوية - ٢٠٠٣.
٢٨- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري- الإحكام في أصول الأحكام - تحقيق الشيخ احمد شاكر- المجلد الثاني - الجزء الخامس - دار الآفاق الجديدة - بيروت - ١٩٨٣.
٢٩- د٠ عوض الله شيبه الحمد السيد ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، دار النهضه العربية ، القاهره ، الطبعه الثانية ، ١٩٩٧ .
٣٠- د.عوني محمد الفخري - اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية - مكتبة صباح - بغداد - ٢٠٠٧ .
٣١- د.عوني محمد الفخري ، ارادة الاختيار في العقود لدولية التجارية والمالية ، الطبعة الاولى ، منشورات زين الحقوقية - بيروت - لبنان -٢٠١٢.

٣٢- د٠غسان رباح - الوجيز في العقد التجاري الدولي (نموذج العقد النفطي) - منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط١ - ٢٠٠٨.
٣٣- مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي الحميري المدني ، المدونة الكبرى - ج٩ – بلا مكان وسنة طبع .
٣٤- محمد بن إدريس الشافعيّ المطَّلبيّ القرشيّ - الام – المجلد الاول - ج٢ – دار النوادر – بلامكان وسنة طبع .
٣٥- محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب - مواهب الجليل في شرح مختصر خليل - ج٤ - دار الفكر – ط٣- ١٩٩٢.
٣٦- محمد تقي الحكيم- الاصول العامة للفقه المقارن - مؤسسة آل البيت عليهم السلام للطباعة والنشر- ط ٢ - ١٩٧٩.
٣٧- د٠محمد حسين منصور- العقود الدولية - دار الجامعة الجديده للنشر- الاسكندريه - مصر-٢٠٠٩.
٣٨- محمد سلام مدكور - مناهج الاجتهاد في الاسلام في الاحكام الفقهية والعقائدية - مطبوعات جامعة الكويت - الكويت – ١٩٧٣ .
٣٩- محمد عبد الرحيم عنبر - الوجيز في عقد المقاولة والتوكيلات التجارية - ط٢ - القاهرة - ١٩٨٨ .
٤٠- د.محمد كمال فهمي - اصول القانون الدولي الخاص - مؤسسة الثقافة الجامعية - ط٢ - ١٩٨٢ .
٤١- د.محمد لبيب شنب - احكام عقد المقاولة - القاهرة - دار النهضة العربيه - ١٩٦٢.
٤٢- د.محمود محمد ياقوت - الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية - دار الفكر الجامعي الاسكندرية - ٢٠٠٤.
٤٣- مسعود بن أحمد الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - دار الكتب العلمية - ط١- ج ٥ – بلا مكان طبع- ١٩٨٦.
٤٤- مصطفى أحمد الزرقا - شرح القانون المدني السوري- نظرية الالتزام العامة - ج١- المصادر- العقد والإرادة المنفردة- ط ٤- مطبعة دار الحياة- سورية - ١٩٦٤- ص ٥ ومابعدها.
٤٥- د .معاشو عمار، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٥.
٤٦- د. ممدوح عبد الكريم حافظ - القانون الدولي الخاص تنازع القوانين - الاختصاص القضائي الدولي - تنفيذ الأحكام الأجنبية - دار الثقافة للنشر والتوزيع - ط١ - عمان - ٢٠٠٥ - ص١٦٤ .

٤٧- منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى - كشاف القناع عن متن الإقناع - ج٣ - دار الكتب العلمية – بلا مكان وسنة طبع .
٤٨- مؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامي - موسوعة الفقه الاسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت ع - ج٤ - منشورات مؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامي - ط١ - قم المقدسة - ايران-٢٠٠٥ -١٤٢٦ هـ.
٤٩- د .نبيل زيد مقابله -النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكتروني في القانون الدولي الخاص - دار الثقافه للنشر والتوزيع -٢٠٠٩.
٥٠- د. هشام علي صادق - دراسات في القانون الدولي الخاص - الدار الجامعية - ط١، ١٩٨١.
٥١- د.هشام علي صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجاره الدوليه - دار الفكر الجامعي - رويال - الاسكندريه - ط٢ - ٢٠٠١.
٥٢- د.وهبه الزحيلي ، المعاملات المالية المعاصرة ، بيروت ، لبنان ، ط١ ، ٢٠٠٢ .

ب// رسائل الماجستير وأطاريح الدكتوراه//

١- سلام كاظم حسين – النظام القانوني لعقود الاستثمار النفطي – دراسة مقارنة – رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون - جامعة البصرة - ٢٠١٤.
٢- طارق عبد الله عيسى المجاهد - تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية - أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون - جامعة بغداد -٢٠٠١.
٣- عقيل فاضل حمد الدهان - عدم تجزئة التصرف القانوني في القانون المدني - اطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية القانون - جامعة بغداد - ٢٠٠٦.
٤- فراحتية كمال - عقد المقاولة الدولي - رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق / جامعة الجزائر - كلية الحقوق بن عكنون – الجزائر– -٢٠٠٤ - ٢٠٠٥، منشورة على الموقع الالكتروني وتمت الزيارة بتاريخ ٢٠١٥/١١/٢٠ الساعة ٨:٣٠ مساءاً.
http://downloads.ziddu.com/downloadfile/23900477/law101.PDF.html
٥- نرمين محمد محمود صبح - مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - ٢٠٠٢-٢٠٠٣ .

ج//البحوث والدراسات//

١- ابراهيم شاشو - عقد المقاولة في الفقه الاسلامي- بحث منشور في مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد ٢٦ - العدد (٢) -٢٠١٠.
٢- د.سمير حامد عبد العزيز الجمال - القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك - بحث منشور في مجلة الفكر القانوني والاقتصادي الفصلية المحكمة الصادره عن كلية الحقوق - جامعة بنها المصرية - السنة (٢٦) - العدد (٥) -٢٠١٢.
٣- د.محمد علي جواد - معاييرعقود التجارة الدولية - بحث منشور في مجلة الرأي العلمية المحكمة الصادرة عن الدائرة القانونية والادارية في وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - العدد الاول - ٢٠١٤ .
٤- د.محمد يونس الصائغ – أنماط عقود الاستثمارات النفطية في القانون الدولي العام - مجلة الرافدين للحقوق - المجلد (١٢) - العدد (٤٦) - ٢٠١٠ .
٥- د٠ نغم حنا رؤوف - تمييز عقد البيع الدولي للبضائع عن عقد المقاوله - بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق - مجلد (٨) - السنة (١١) - العدد (٢٩) - ٢٠٠٦.

د//القوانين والاتفاقيات//

١- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل.
٢- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.
٣- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
٤- اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.
٥- اتفاقية امريكا الشمالية للتجارة الحرة (NAFTA) لسنة ١٩٩٤.

ثانياً//المصادر الاجنبية//

1- AL-BSHERAWY,la réception du contrat de crédit-bail en droit irakien, étude a partir du droit francais et américain, thèse présentée à l'université Lyon 3, 2014.

2- Duranton G., Rép. com. Dalloz, précité, no 62 ; adde, Lagarde P., Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, Rev. crit. DIP 1991.

3- G.Blanc , Industrialisation Entreprises Publique et Devlepement Esquisse d' un bilan contractuel , D.P.C.I , Tome 12 No 3, Paris , 1986.

4- Glavanis P., Le contrat international de construction, Joly éditions, 1993.

5- M. Cayol, Le contrat d'ouvrage, LGDJ, Paris, 2013, p.35.

6- Sénéchal J., Le contrat d'entreprise, un enjeu du mouvement de recodification du droit des contrats, RLDC 2009/9, étude 63