تطبيق المحكم لقانون وطني من اختيار اطراف النزاع
(قانون الارادة)

م. روى سلمان خليف الشمري
جامعة واسط –كلية التربية الاساسية
rkhlef@uowasit.idu.iq

م . م راسم عايد حسن حمزة الدعمي
جامعة الفرات الاوسط التقنية المعهد التقني
a.rasimatu@gmail.com

المستخلص

أن العقود الدولية هي من العقود التي يكون الزمن عنصراً جوهريا فيها ،ولا فرق في ذلك فيما أذا كانت تلك العقود مستمرة أو فورية التنفيذ ، وهذا الامتداد الزمني قد يؤدي إلى نشوء بعض النزاعات أو الخلافات بين الاطراف المتعاقدة ، لاسيما أذا كان العقد المبرم عقداً تجارياً دولياً ، ولا تخفى رغبة إطراف العقد في اختيار الإلية التي يتم من خلالها فض النزاعات ، واختيار الطريقة التي تجنبهم الإجراءات الطويلة والمعقدة فضلاً عن التقليل في المصاريف.

وهنا تبرز إرادة أطراف العقد ، فالإرادة هي الأساس في تحديد آلية حل النزاع واختيار القانون الواجب التطبيق عليه، والذي قد يكون قانوناً وطنياً أو دولياً مع مراعاة القيود المحددة لعمل الإرادة والمتمثلة بالنظام العام وعدم التحايل على أحكام القانون.

ومن المعلوم ان المحتكمين الاطراف في العقود الدولية احرار في فض منازعاتهم الدولية وتبدأ هذه الحرية من استبعاد القضاء الوطني والى ابعاداً عديدة تصل لاختيار قانون ملائم ومتوافق لجميع الاطراف ، لكن هذا الاطلاق تحده اعتبارات عديدة ولمعرفتها لابد من تسليط الضوء في هذه الورقة البحثية على تطبيق المحكم لقانون الارادة الصريحة لأطراف النزاع

مبينين سلطة الارادة الصريحة في اختيار القانون الواجب التطبيق ونبحث في تطبيق المحكم لقانون الارادة الضمنية نبين فيه قرائن ومؤشرات الارادة الضمنية .

الكلمات المفتاحية :

العقود الدولية ، التجارة الدولية ، قانون الارادة ،القانون الواجب التطبيق

Abstract

International contracts are among the contracts in which time is a fundamental element, and there is no difference in that as to whether those contracts are continuous or immediate implementation, and this time extension may lead to the emergence of some disputes or disputes between the contracting parties, especially if the concluded contract is an international commercial contract The desire of the parties to the contract to choose the mechanism through which disputes will be resolved, and to choose a method that avoids long and complex procedures, as well as reducing expenses, is not hidden.

Here, the will of the parties to the contract emerges, for the will is the basis for determining the mechanism for resolving the conflict and choosing the law to be applied to it, which may be a national or international law, taking into account the specific restrictions on the law

action of the will represented by public order and not to circumvent the provisions of the law.

It is known that the arbitrators who are parties to international contracts are free to settle their international disputes, and this freedom begins from excluding the national judiciary and into many dimensions that reach to choose a law that is appropriate and compatible for all parties, but this release is limited by many considerations. The explicit will of the parties to the conflict, indicating the explicit willpower in choosing the applicable law.

key words :

International contracts, international trade, law of will, applicable law

..

مقدمة

يعتبر التحكيم من الوسائل الاصيلة والمهمة لحل قضايا ومنازعات التجارة الدولية وهو وسيلة بموجبه يتفق الخصوم على حل الخلاف الذي ينشأ بينهم وعلى المحكم الفصل فيه بعيداً عن اجراءات القضاء العادي وأياً كان نوع التحكيم عادي ام الكتروني بموجب عقود عادية او الكترونية ، وللدور المهم الذي يلعبه المحكم في فض الخلاف والنزاع فانه يكون محَكم بالالتزام بالعقود المشروطة من قبل اطراف النزاع الذين احالوا الخلاف الى التحكيم باتفاقهم وقد تتمثل طلبات الخصوم بتطبيق قانوناً معين على اجراءات التحكيم او موضوع التحكيم أيا كان هذا القانون وطنياً ام بالإحالة الى قواعد الاسناد في قانوناً وطنياً معيناً او بالاحتكام الى قواعد قانونية لهيئات تحكيمية او اتفاقات دولية او منظمات تحكيمية وعلى المحكم هنا الالتزام والخضوع لهذا الاتفاق .

اما عن تطبيق المحكم لقانون وطني من اختيار اطراف النزاع(قانون الارادة)فان تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع ، يعتبر من الامور الجوهرية والاساسية التي تواجه المحكم عند النظر في موضوع النزاع ، ويصدر حكمه بين طرفي الخصومة موضوع التحكيم ، والمحكم عندما يقوم باختيار القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع المعروض امامه ، يكون ذلك من خلال البحث عن ارادة الخصوم الصريحة وقد يتفق الاطراف صراحة على اختيار قانون معين ، ويتعذر على المحكم التوصل الى ارادة الاطراف الضمنية من خلال ظروف وملابسات القضية المعروضة امامه وفي هذه الحالة يلجأ المحكم الى اعمال قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص.

اهمية البحث

تكمن اهمية البحث في معرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض على المحكم الدولي في مناسبة عقود تجارية دولية تفتقر الى تحديد قانون يحكم موضوع النزاع او اجراءاته بإرادة صريحة من الاطراف او

ضمنية يكشف عنه المحكم بقرائن ومؤشرات معينة.

مشكلة البحث

تنصب مشكلة البحث حول الغموض الملابس للإرادة الصريحة او الضمنية لأطراف العقد التجاري الدولي او اخفائه لمخالفة لنظام عام في دولة ما او غشاً او تحايل على نصوص القانون في الدولة المراد تطبيق حكم التحكيم فيها وما هو الموقف الوطني والدولي منه .

منهجية البحث

سنتبع في البحث منهجاً وصفياً مقارناً لبعض التشريعات العربية كالقوانين المصرية والغربية كالفرنسي مع الاشارة الى الاتفاقيات الدولية التي تناولت الموضوع تنظيماً كالقانون النموذجي و الاونسيترال واتفاقية واشنطن وروما ١٩٨٠.

خطة البحث

ستنصب دراستنا بحثاً حول الكيفية التي يتم من خلالها تطبيق المحكم لقانون وطني من اختيار اطراف النزاع عليه (قانون الارادة) ولغرض الالمام بالبحث لابد من تناول الموضوع في مطلبين نتطرق في الاول لتطبيق المحكم للإرادة الصريحة لأطراف النزاع في فرعين نخصص الاول منهما لسلطة الارادة الصريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق ونخصص ثانيهما لنطاق حرية الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق .

ونبحث في المطلب الثاني تطبيق الارادة الضمنية لأطراف النزاع بالتطرق الى القرائن والمؤشرات للإرادة الضمنية في الفرع الاول ونحدد الثاني لبحث مبدأ الارادة الضمنية في التشريعات الوطنية والدولية وصولاً الى خاتمة نحدد فيها ما نستنتجه من نتائج وما نوصي به من توصيات تكون ثمرة بحثنا في هذا الموضوع ومن الله التوفيق .

المطلب الاول

تطبيق المحكم قانون الارادة الصريحة لأطراف النزاع

كما هو معلوم في اطار العقود التجارية الدولية ان اطرافها احرار في فض منازعاتهم الدولية وتبدأ هذه الحرية من استبعاد نزاعهم من القضاء والى ابعاد عديدة لتصل الى حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على

موضوع النزاع و اجراءاته ، من هنا تنشأ واجبات المحكم في اطار النزاعات الدولية عند التصدي لحل النزاع وخاصة عند ظهور اليات او قواعد محددة لحل النزاع من قبل الاطراف موجودة بالاتفاق التحكيمي ، فعلى المحكم تطبيق احكام القانون الذي اختاره اطراف النزاع تطبيقاً لمبدأ احترام ارادة الاطراف في اختيار القانون لحسم النزاع ، وقد يكون القانون الذي اختير لا علاقة له بالعقد فلا هو قانون مكان الانعقاد ولا هو قانون مكان التنفيذ ويكمن السبب باختياره في الغالب هو اختيار قانون محايد او قانون متطور في احكامه ، هذه الارادة الصريحة قد تكون مدونة في العقد الاصلي المدرج فيه اتفاق التحكيم او في مشارطة التحكيم .

لكن هذا الاطلاق الكبير لحرية الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لا يعني عدم امكانية تحجيمها او تطويقها بل هي محددة باعتبارات محددة تتمثل بالنظام العام وعدم التحايل على احكام القانون المفروض اصلاً لحكم النزاع وعليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين نخصص الاول منهما سلطة الارادة الصريحة في اختيار القانون الواجب التطبيق اما ثانيهما سنبين فيه نطاق حرية الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق.

الفرع الاول

سلطة الارادة الصريحة في اختيار القانون الواجب التطبيق

بما ان نظام التحكيم يقوم على اساس ارادة الاطراف اي ما اتفق عليه اطراف النزاع ، فأن له طابعاً تعاقدياً[1] ، اذ إن اختيار الاطراف لقانون معين ليحكم العقد بناءً على قانون الارادة يجرد هذا الاختيار حرية المحكم لاختيار قانون معين وحرية الاطراف كاملة في الاختيار على نحو لا يتطلب حتى وجود صلة موضوعية بين العقد والقانون المختار ، فالمحكم خلافاً للقاضي لا يحكم بناءً على قانون دولته الوطني او الذي يستمد منه ولايته وانما يخضع لإرادة الاطراف ويستمد ولايته منهم باعتبار ان المحكم ليس له قانون دولة بعكس القاضي[2].

عليه المحكم ليس له تجاهل او استبعاد هذه الارادة المشتركة للأطراف

على ان تكون متجه بصورة صريحة سواء كان هذا التحديد عن طريق بند يدرج في العقد الاصلي قبل حدوث النزاع ام عن طريق اتفاق مستقل بعد حدوث النزاع يتضمن اللجوء الى التحكيم[٣] ،وقد نجده في الغالب مدونًا في العقود النموذجية الدولية[٤] حيث تبين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مثال ذلك ما جاء في العقود النموذجية الخاصة بتوريد المواد الانشائية بين الدول العربية حيث نصت المادة (١٣) على(ان العقد وما نشأ عنه من منازعات تخضع لقانون دولة البائع الا اذا اتفق الاطراف على غير ذلك)[٥] وكذلك المادة (١١٠) من الشروط العامة لتسليم البضائع بين مؤسسات الدول الاعضاء في مجلس التعاقد الاقتصادي المشترك حول تطبيق قانون بلد البائع بالنسبة لتنظيم العلاقات التي ينظمها العقد .

وللدور الهام لمبدأ قانون الارادة في تأكيد وضمان حقوق المتعاقدين الاطراف فقد نصت العديد من التشريعات الوطنية والدولية بصورة قاطعة على منح الاطراف المتعاقدة حرية كاملة في اختيار قانون ما ليكون هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع .

ففي نطاق التشريعات الوطنية فقد اكد واقر قانون الارادة المشرع العراقي في صريح نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لعام ١٩٥١ (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنًا فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا مالم يتفق المتعاقدان او تبين الظروف ان قانونًا اخر يراد تطبيقه) وكذلك المادة (١٤٦) من نفس القانون (اذا نفذ العقد كان لازمًا ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي)

وذهبت المادة (١٤٩٦) من قانون التحكيم التجاري الفرنسي التي نصت (ينبغي على المحكم حسم النزاع وفقًا لقواعد القانون الذي اختاره الاطراف ....) وهو مسلك المشرع المصري في قانون التحكيم التجاري في المادة (٢٥).

وعلى صعيد الاتفاقيات الدولية نجد المادة (٧فقرة ١) من اتفاقية جنيف الاوربية لعام ١٩٦١ من خلال نصها على (١- الفرقاء احرار في تحديد القانون الذي يقتضي على المحكمين تطبيقه بصدد اساس النزاع)[٦] وقد تبنت قواعد تحكيم اليونسترال والقانون النموذجي للتحكيم ما جاء باتفاقية جنيف فقد اشارت الى ان قواعد تحكيم اليونسترال ان تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذي يعينه الطرفان وفي حالة عدم اتفاقهم على تعين هذا القانون وجب على هيئة التحكيم ان تطبق القانون الذي تعينه قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة انها واجبة التطبيق في الدعوى[٧] ، وكذلك نصت المادة (٢٨) من القانون النموذجي على انه (١- تفصل هيئة التحكيم بالنزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الاطراف بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع)[٨] ، وما اشارت اليه المادة (٢١فقرة ١) من الاتفاقية العربية للتحكيم (اتفاقية عمان لسنة ١٩٨٧) بقولها (تفصل في النزاع وفق العقد المبرم بين الطرفين واحكام القانون الذي اتفق عليه صراحة او ضمناً.....).

والمتضح من ما تقدم اعلاه ان حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع امام هيئات التحكيم غير مقيدة اذ لهم حرية الاتفاق على قانون الدولة التي ينتمي اليها اي منهم او قانون مكان ابرام العقد او قانون مكان اجراء التحكيم او اي قانون اخر وهي في الحقيقة احدى صلاحيات المحكم التي تم حجبها من قبل الاطراف[٩].

لكن على الرغم من الدور الكبير الذي تلعبه الارادة في مجال العقود الدولية في اختيار القانون الواجب التطبيق الا ان هذا الدور يحتاج الى تعبير وذلك من حيث بيان اساسه القانوني والذي يمكن ان نجده في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ حرية الارادة وفي هذا الصدد تثار عدة تساؤلات منها ما هو موقف المحكم في حالة ما اذا كانت ارادة احد الطرفين المتنازعين معيبة بعيب من عيوب الارادة على اساس ان المحكم بمثابة قاضي في مجال المنازعات[١٠]؟

كما هو معلوم انه لكي يعتد بالإرادة لابد ان تكون سليمة وخالية من العيوب ولا يكون ذلك الا اذا كان المتعاقد عند ابرام العقد على بينة من امره وكانت حريته في التعاقد كاملة ، فان لم يكن حراً مختاراً لشروط العقد فأن رضاه يكون معيباً ، ولما يمتاز به سلطان الارادة من اهمية ومكانة بارزة في حل المنازعات بالتحكيم باختيار القانون الواجب التطبيق والذي يحكم العقد محل النزاع وبما ان اتفاق التحكيم عقد فان ركن الرضا من الامور المطلوبة قانوناً لصحة وسلامة اهلية الاطراف وانتفاء شوائب الرضا وألا فان العقد والاتفاق باطلاً[١١] ، وقد نصت على ذلك اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف باحكام المحكمين الاجنبية وتنفيذها لسنة ١٩٠٨ على انه (لا يجوز وقف الاعتراف بالقرار وتنفيذه بناءً على طلب الطرف المحتج ضده بهذا القرار الا اذا قدم الطرف الى السلطة المختصة التي يطلب اليها الاعتراف والتنفيذ ما يثبت:

أ- ان طرفي الاتفاق المشار اليه في المادة الثانية كان يقتضي القانون المنطبق عليهما في حالة من حالات انعدام الاهلية او كان الاتفاق المذكور غير صحيح بمقتضى القانون الذي اخضع له الطرفان الاتفاق او اذا لم تكن هنالك ما يشير الى ذلك بمقتضى قانون البلد الذي صدر فيه القرار)

الواضح من النص اعلاه ان على الدول الاعضاء في الاتفاقية تنفيذ الاحكام الاجنبية الصادرة من المحكمين و لا تكون الدولة المراد منها الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها ملزمة بالتحقيق من اهلية المتعاقدين او من صحة اتفاق التحكيم ولا يمكنها الامتناع عن التنفيذ الا اذا اثبت الطرف الذي صدر حكم التحكيم ضده بان احد اطراف النزاع لا يتمتع بالأهلية اللازمة للقيام بذلك التصرف وذلك طبقاً للقانون المطبق عليه ، وبهذا جاءت المادة الخامسة من هذه الاتفاقية مفترضة تمتع الاطراف بالأهلية اللازمة وخلو رضاهما من العيوب مالم يقم الدليل على غير ذلك.

والجدير بالذكران جميع الدفوع المتعلقة بعيوب الارادة تخضع لسلطة المحكم او الهيئة التحكيمية في التأكد من وجود وصحه اتفاق التحكيم بمختلف

اركانه[١٢] وفي حالة ان يدفع اطراف النزاع بانه كان ناقص الاهلية او انه كان كامل الاهلية ولكن تعرض لعارض من عوارض الاهلية (كالجنون والسفه والعته) عند الاتفاق على التحكيم وكما بينت المادة (٥ -١) من اتفاقية نيويورك بان تحديد نقص الاهلية يكون وفقاً للقانون الشخصي ممن يدعي نقص اهليته والذي قد يختلف من دولة لأخرى اذ ان بعض الدول تأخذ بقانون الجنسية والبعض الاخر يأخذ بقانون الوطن ، ونظراً لقصور نص المادة (٥) من الاتفاقية عن بيان حقيقة المقصود بالتالي عدم الوصول الى حل واضح في جميع الفروض فقد اتجه الرأي الفقهي الى استلهام ما يطلق عليه بالمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص) والتي تستخلصها هيئات التحكيم من احكامها ومن الواضح ان هذا الاتجاه سيكون لدى المحكمين بانه من غير المألوف ان يبرم شخصاً اتفاق تحكيم ويطمئن الطرف الاخر الى سلامته ثم يفاجأ بادعاء الاخر مقتضاه ان اتفاق التحكيم كان باطلاً منذ البداية لسبب يرجع الى انعدام او نقص الاهلية للطرف الاخر الذي ابرم معه الاتفاق باعتبار ان هنالك قرينة مقتضاها ان الاصل في المتعاقدين دولياً انهم كاملي الاهلية لأبرام كافة التصرفات الداخلة في نطاق تعاقدهم[١٣].

وقد يطرح تساؤلاً اخر يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح على قضاء التحكيم فقد يتم اختياره من قبل الطرف الاقوى وهذا ما يكون غالباً في العقود الدولية ذات الشكل النموذجي بحيث يكون قانون الارادة هو في الواقع اعمالاً لإرادة الطرف الاقوى في العقد واذعاناً[١٤] من الطرف الاخر، فهل يستطيع المحكم ان يتدخل في العلاقة العقدية ويعدل من الشروط التعسفية التي يفرضها الطرف القوي ، كما اعطى القانون تلك الصلاحية للقاضي بموجب المادة (١٦٧ فقرة ٢)[١٥] من القانون المدني العراقي فيتدخل المحكم في حياة العقد ويعدل من شروطه تارة ويعفي الطرف المذعن تارة اخرى وفقاً لما تقضي به العدالة وكما هو معلوم ان اغلب العقود الدولية قد اصبحت عقود نموذجية[١٦] ترتدي زي الاذعان ، ولكنه وان كان

يبدوا للوهلة الاولى انها من عقود الاذعان الا ان مميزاته التي تجعله مختلفاً تماماً عنه فمن حيث الجهة التي تنظمه فهي ليست محتكرة ومتفوقة اقتصادياً بل ان هذه النماذج يتم تنظيمها ووضعها من قبل هيئات مستقلة ذات خبرة وهدفها الاساس هو تعزيز التعامل في مجال التجارة الدولية وجعله مستقراً وفق قواعد معروفة للأطراف ، اما من حيث محل العقد النموذجي فليس بالضرورة ان يكون متعلقاً بسلعة من السلع الضرورية[١٧] .

فعليه ان المحكم اذ ما وجد ان النزاع المعروض امامه ناشئ عن عقد نموذجي ولا يختلف شروطه عن العقود النموذجية الموضوعة من قبل تجار سلعة معينة او هيئات او جمعيات تتعامل بنفس السلعة وتكون محل احتكار فعلي ومتضمنه شروط تعسفية فيستطيع المحكم ان يعتبر العقد النموذجي من عقود الاذعان وبالتالي يستطيع ان يعدله او يلغي الشرط التعسفي الذي تضمنه ويعفي الطرف من تنفيذه[١٨] .

اما اذا طرأت على العقد بعض الظروف الطارئة الاستثنائية التي تؤدي الى اختلال التوازن العقدي وتجعل التزامات احد المتعاقدين مرهقة بحيث تهدد بخسارة جسيمة باعتبار ان العقود الدولية من عقود المدة ويكون الزمن عنصراً جوهرياً فيها فهل يستطيع المحكم ان يتدخل في حياة العقد ويوازن بين مصلحة الطرفين المتعاقدين ويرد الالتزام المرهق الى الحدود المعقولة وفق مقتضيات العدالة مما تقتضي بذلك احكام القوانين الوطنية كالمادة (١٤٦ فقرة ٢)[١٩] من القانون المدني العراقي والمادة (١٦٧) من القانون المدني المصري ، والواضح من نصوص هذه المواد ان شروط تحقق هذه النظرية هي ان يكون الالتزام تعاقديا ان يكون الظرف الطارئ ناشئاً عن حادث عام متوقع ، وأن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً بحيث يهدد بخسارة فادحة[٢٠] ، وبما ان العقود الدولية هي عقود زمنية اي ان الزمن عنصراً جوهرياً فيها اذ يتم تنفيذ هذه العقود بصورة مستمرة وبالتالي فأن تغير الظروف يكون محتملاً نتيجة للأخطار الخارجية والكوارث الطبيعية ، وتعتمد الانظمة القانونية المقارنة ازاء هذه الاخطار القاعدة المعروفة (العقد

شريعة المتعاقدين) التي يلتزم فيها الاطراف بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه من بنود لكن هذا المبدأ لا يعمل به على اطلاقه فمجاله محدود ومقيد بالنظام العام و الآداب العامة وحسن النية وباتفاق المتعاقدين انفسهم حول تعديله ومن ثم فان لأطراف الرابطة العقدية الدولية ان تعدل وتلائم الشروط المقترنة بها شريطة عدم مخالفتها للقواعد القانونية الامرة او النظام العام او الآداب العامة في حدود عناصر العقد الطبيعية(٢١) .

ان سلطة تعديل العقد الممنوحة للقاضي في اطار نظرية الظروف الطارئة بوسائلها قد لا تكون مناسبة لجميع الحالات خاصة عندما يتعلق الامر بعقود دولية معقدة كعقود نقل التكنولوجيا فضلاً عن ذلك يخشى الممارسون للتجارة الدولية السلطة التقديرية للقاضي فقد يصل الامر في حالات لفسخ العقد لاستحالة التنفيذ(٢٢) .

والمحكم عند قيامه بالتعديل يعتمد على قانون الارادة (قانون العقد) شأن في ذلك شأن القاضي الوطني اذ يطبق القواعد الموجودة في ظل هذا القانون وهذه الطريقة معتمدة في اغلب القوانين التي تنتمي الى النظام اللاتيني ، حيث تعمل هذه القوانين على انقاص الالتزام الذي صار مرهقاً او زيادة الالتزام المقابل او وقف تنفيذ العقد مؤقتا او العمل على امتداد العقد لفترة طويلة على ان تتوفر شروط الحادث الطارئ وأن كان متوقعاً جاز له ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويوزع نتيجة الحادث على عاتق الطرفين في العقد تحقيقاً للعدالة التي يسعى المحكم دائماً الى تحقيقها(٢٣).

الفرع الثاني

نطاق حرية الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق

يعد مبدأ خضوع العقد لقانون الارادة في حالة وجود اختيار صريح من قبل الاطراف للقانون الواجب التطبيق من المبادئ الراسخة في العقد والقضاء المقارن سواء التحكيم ام القضاء الوطني ، و درجت التشريعات المقارنة وبعض الاتفاقات على الاخذ بهذا المبدأ صراحة الامر الذي يثير التساؤل حول مدى حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ، وهل لهما اختيار قانون منقطع

الصلة بالعقد الدولي المبرم بينهما وبعبارة اخرى هل حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق حرية مقيدة ام حرية مطلقة؟

ان البحث في مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق مرتبط وجوداً وعدمًا بالعقود الدولية المتضمنة عنصراً اجنبيًا في حين نرى العقود الوطنية اختيار المتعاقدين لقانون اجنبي كي يحكم العقد المبرم بينهما لا يثير مشكلة تنازع القوانين ، لأن العقود الوطنية تخضع في جميع الاحوال للقانون الوطني وكل ما في الامر ان القانون المختار ينزل منزلة الشروط التعاقدية وتطبيقه مرهونًا بان لا يكون فيه مخالفة للقواعد الامرة في القانون الوطني[٢٤].

حقيقة ان مسألة مدى حرية الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع كانت محل خلاف بين الفقه[٢٥] فذهب البعض الى اطلاق الحرية بالاختيار رغم انقطاع الصلة بالرابطة العقدية ، ولا يقف الامر عند هذا الحد بل يمكن للمتعاقدين بارادتهم الحرة تعديل اختيار القانون الواجب التطبيق وان يختاروا قانون دولة اخرى اذا تبين لهم ان القانون الاول لا يتماشى مع اقتصاديات المعاملة بينهم وتبدوا احكامه غير مناسبة لهم ، مع عدم الاضرار بحقوق الغير حسن النية وبما لا يؤثر سلامة وصحة العقد او التصرف القانوني الذي يجري تعديله اختيار القانون بشأنه كما ان من حق الاطراف المتعاقدين اختيار اكثر من قانون ليطبق على موضوع النزاع[٢٦] .

بينما يؤكد جانب اخر من الفقه ، ان حرية المتعاقدين ليست مطلقة من كل قيد بل يشترط لقيام حرية الاختيار ضرورة وجود صلة حقيقية بين القانون المختار وبين العقد ، بحسبان ان دور الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق ، لا يخرج عن كونه مجرد تركيز للعقد في مكان معين وفقًا لظروف التعاقد وملابسته ، فاذا ما خرجت الارادة عن وظيفتها من هذا التركيز ، تقرر عدم الاخذ بهذا التحديد ، وتركيز العقد في المكان الاكثر ارتباطًا بموضوع العقد.

ويتوسط رأي ثالث الاتجاهين السابقين ان حرية الاطراف ليست

مطلقة من كل قيد كما يرى انصار الاتجاه الاول كما انها ليست مقيدة الى الحد الذي سار عليه الاتجاه الثاني ، بل يكفي لصحة الاختيار ، ان لا يكون قانون الارادة مقطوع الصلة بالعقد ، فيجوز اختيار اي قانون له علاقة بالعقد ، حتى وان كانت هذه العلاقة غير مؤثرة مثل اختيار قانون الجنسية ، او الموطن ، او محل اقامة احد الاطراف ، او قانون بلد الابرام ، او قانون مكان تنفيذ العقد ، او قانون موقع المال ، حتى لو كانت هذه الصلة مستمدة من حاجات المعاملات التجارية الدولية كما هو الحال في العقود النموذجية[٢٧] .

وقد عالجت اتفاقية روما هذه المسألة في المادة الثالثة الفقرة الاولى بقولها (يخضع العقد للقانون الذي يختاره الاطراف ، هذا الاختيار يتعين لان يكون صريحا ، ويجوز ان يستنتج بطريقة مؤكدة من شروط العقد او من الظروف المحيطة به ، ويمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على كل العقد او على جزء منه) ويتضح من هذا المضمون ان الاتفاقية اعتمدت مبدأ حرية الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية من دون اي قيود ترد عليها فالأطراف المتعاقدة لها الحرية الكاملة في اختيار اي قانون لحكم العقد ، حتى لو كان القانون منقطع الصلة بالعلاقة العقدية ، فالاتفاقية كرست مبدأ حرية التعاقد .

ورغم هذا الاطلاق لأطراف العقود الدولية الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق فنقول ان هذه الحرية يجب ان تأخذ بنظر الاعتبار عدم مخالفة النظام العام ، وان لا يكون هناك غش او تحايل على القانون ، والا امتنع المحكم عن تطبيق القانون المختار من الاطراف وسنسلط الضوء على هذين القيدين بحثاً.

اولاً : قيد النظام العام

تعد فكرة النظام العام من المسائل المهمة التي كانت محل نقاش لدى فقهاء القانون الدولي والداخلي ، ويكاد يكون معدوماً الاتفاق على تبني طابع مستقر للنظام العام كما ان نصوص القوانين في اكثر الدول لم تضع تعريف جامع مانع يحدد المقصود لفكرة النظام العام فاذا كان المشرع الوطني قد سمح بتطبيق القوانين الاجنبية على اقليمه في

بعض الفروض ، فان هذا لا يعني اباحته للأمر بشكل مطلق فمن غير المقبول ان يطبق القاضي قانوناً اجنبياً يتعارض مفهومه مع النظام العام في دولته اي مع المثل العليا والمبادئ الاساسية والجوهرية السائدة في دولة القاضي وبهذا تكون فكرة النظام العام بمثابة صمام الامان الذي يحمي الاسس الجوهرية في المجتمع[٢٨]، اذن ان مسألة تخويل الاطراف في معاملة داخلية الحق في اختيار القواعد الموضوعية في قانون اجنبي لا يخرج إذن عن حدود الحق الذي يخوله لهم القانون الوطني ذاته في إعمال تنظيم اخر غير التنظيم الذي تقدمه القواعد المكملة فيه [٢٩] .

في الواقع ان قواعد النظام العام تمثل المصلحة العليا للدولة والتي تعلو فوق مصلحة الافراد التي فكرة مفهومها متغير تبعاً للزمان والمكان ، والمحكم اذا صدر منه قرار او حكم يخالف النظام العام فان مصيره البطلان وهذا ما ذهبت اليه المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات العراقي والتي نصت على (يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة ان يتمسكوا لبطلانه وللمحكمة من تلقاء نفسها ان تبطله في الاحوال الاتية ٢- اذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام او الآداب او قاعدة من قواعد التحكيم الحديثة في هذا القانون) وذهبت لنفس الحكم المادة (٥٣فقرة ١) من قانون التحكيم المصري الجديد .

ثانياً: الغش او التحايل حول القانون

ان الغش نحو القانون او التحايل يتم من خلال خلق ظروف معينة يبغي الافراد منها الوصول الى تطبيق قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص في تشريع معين واعطائه الاختصاص ليمكنهم من تجنب القواعد الامرة للقانون المختص اصلاً اذ لا يخفى بان المشرع وهو يضع القواعد القانونية الموضوعية او الاجرائية او قواعد الاسناد فانه يجعل منها قواعد تفسيرية واخرى امرة حسب ما تطلبه مقتضيات العدالة والمصلحة العامة الدولية[٣٠] .

فالمحكم ملزم بوجود الغش والتحايل في القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، ان يعيد القانون الذي تم التحايل به ويسود الموقف نفوذ المحكم وسلطانه ويطبق على موضوع

النزاع القانون الذي تم التحايل عليه ويسلك مسلك القاضي الوطني ويقطع الطريق على هذا الغش حتى ولو كان اختيار الاطراف محل النزاع ينصب على هيئة دائمة للتحكيم التجاري الدولي للفصل في منازعاتهم فقد رفضت محكمة التحكيم في براغ (تشيكوسلوفاكيا) تطبيق القانون الانكليزي الذي اختاره اطراف النزاع في منازعة مصدرها عقد نموذجي بين احد المشاريع الباكستانية واخرى تشيكوسلوفاكية بدعوى عدم وجود اية علاقة بين هذا القانون والنزاع المطروح بين الغش الذي وقع من قبل الطرفين[٣١] .

من الملاحظ على هذه القيود انها تشترك في استبعاد تطبيق القانون الاجنبي ، لكن لا تتشابهان اطلاقاً فمن ناحية نجد ان الدفع بالغش نحو القانون موجه الى الوسيلة التي قادت الى القانون الواجب التطبيق وهي تحايل الاطراف على قاعدة التنازع ، اما الدفع بالنظام العام فموجه الى مضمون القانون الواجب التطبيق ، الذي يتعارض مع المبادئ العليا في دولة القاضي ومن ناحية ثانية فان الدفع بالغش يمكن التمسك به سواء تم التحايل نحو قانون القاضي ام نحو قانون اجنبي مختص وفقاً لقاعدة التنازع الوطنية ، اما الدفع بالنظام العام فلا يجوز التمسك به الا في مواجهة القانون الاجنبي المتعارض مع النظام القانوني لقاضي النزاع ، فضلاً عن ذلك فان اثر الدفعين يختلف ، ففي الدفع بالغش يتم استبعاد القانون الذي اصطنع الاطراف ضابط الاسناد لصالحه حماية للقانون الواجب التطبيق اصلاً ، اما في الدفع بالنظام العام فأن الذي يستبعد هو القانون الواجب التطبيق اصلاً ويتم احلال قانون القاضي محله ، كما يختلفان من حيث مجال اعمالهما فالتمسك بالدفع بالغش يكون عادة وقت نفاذ الحق والاجتماع بالمراكز القانونية ، اما التمسك بالدفع بالنظام العام يكون بصورة رئيسية وقت انشاء العلاقة او المركز القانوني في دولة القاضي ، اما تلك التي تم اشاءها في دولة اخرى غير دولة القاضي ، اي في الخارج فان مفعول النظام العام كقيد يمنع من تطبيق القانون الاجنبي ينعدم .

المطلب الثاني

تطبيق المحكم لقانون الإرادة الضمنية

احيانـاً يكتمـل العقـد وينتهـي بنيانـه القـانوني بإغفـال متعمـد او غيـر متعمـد مـن قبـل اطـراف العلاقـة العقديـة للقـانون الواجـب التطبيـق عنـد نشـوب نـزاع متفقـاً عرضـه علـى المحكـم او الهيئـة التحكيميـة، فالإغفـال المتعمـد يكـون مـرده لعـدم الاتفـاق علـى القـانون الـوطني المـراد تطبيقـه او قـد يكـون عائـد لإهمـال او سـهو لعـدم اهميتـه في نظـرهم تـاركين هـذه المهمـة للمحكـم ليتصـدى بـدوره لهـذه الحالـة وتحديـد انسـب القـوانين لتحكم النزاع.

في هـذه الحالـة تختلـف الحلـول اذا مـا عـرض النـزاع علـى محكـم او قاضـي وطنـي بحسـبان ان هـذا الاخيـر معـين مـن قبـل دولتـه ، ويسـتمد سـلطاته منهـا ويمـارس هـذه السـلطات مقيـداً باتبـاع القواعـد القانونيـة التـي هـي بمثابـة قـانون اختصاصـي ، فـاذا عـرض النـزاع لـم يحـدد الاطـراف فيـه القـانون الواجـب التطبيـق ، فمـا عليـه الا تطبيـق قواعـد الاسـناد في قانونـه علـى وفـق مـنهج تنـازع القـوانين ، التـي بـدورها سترشـده الـى تحديـد هـذا القانون .

امـا المحكـم الـدولي فهـو علـى خـلاف ذلـك اذ لـيس لـه قـانون اختصـاص ولا يخضـع لسـيادة اي دولـة ، ولا يصـدر قـراره باسـم دولـة مـا ، ولا يسـتمد سـلطانه في حسـم النـزاع مـن اي دولـة وانمـا يسـتمدها مـن ارادة الاطـراف الـذين منحـوه هـذه الصـفة، ومـا علـى المحكـم الا ان يتقصـى الإرادة الضـمنية للمتعاقـدين والتـي تشـير الـى اختيـار القـانون الـذي يحكـم العقـد الـدولي في نطـاق التجـارة الدوليـة ومـا يشـوبه مـن نزاعـات ، وكـل هـذا يـتم عـن طريـق اسـتخلاص الإرادة الضـمنية بموجـب قـرائن او مؤشـرات تلابـس العقـد ، ومـن اجـل الاحاطـة بالبحـث يتوجـب علينـا ان معرفـة هـذه القـرائن او مؤشـرات وسنخصـص لهـا الفـرع الاول ونسـلط الضـوء علـى الموقـف القـانوني التشـريعي الـوطني والـدولي بخصـوص هـذه الارادة الضـمنية في الفـرع الثاني.

الفرع الاول

قرائن ومؤشرات الارادة الضمنية

هنالك مجموعة قرائن ومؤشرات تمثل ضابطاً يبحث المحكم من خلاله على القانون الانسب الذي يحكم موضوع النزاع ، منها ما يطلق عليه بالقرائن العامة كقانون محل الابرام ومحل تنفيذ العقد وكذلك قرينة الجنسية او الموطن المشترك للمتعاقدين وهنالك نوع اخر تسمى القرائن الخاصة وهي لغة العقد ومكان التحكيم وقرينة العملة الخاصة بالعقد الاصلي وسنبحث جميع هذه القرائن تباعاً

اولاً: القرائن العامة

وهي القرائن التي يلجأ اليها المحكم لاستخلاص الارادة الضمنية وتكون على عدة انواع هي:

١- قرينة محل ابرام العقد

ان غياب الإرادة الصريحة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يجعل من اختيار قانون محل ابرام العقد هو الحل الافضل والانسب من الناحية الموضوعية ، اذ نجد ان التحكيم التجاري الدولي يتجه غالباً نحو تفضيل هذه القرينة وكذلك نجد ان التشريعات الوطنية قد اشارت الى الاخذ بهذه القرينة عند غياب الارادة الصريحة ومنها ما جاءت به المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي (..... ، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد)ويتضح ان المشرع العراقي جعل قرينة مكان ابرام العقد ضابط اسناد احتياطي يأتي بالمرتبة الثالثة يعد ضابط الارادة (الاصلي) وقانون الموطن المشترك للمتعاقدين والذي يمثل بدوره ضابط اسناد احتياطي[٣٢] .

٢- قرينة محل تنفيذ العقد

يذهب بعض الفقهاء الى الاعتداد بقرينة محل تنفيذ العقد لتحديد الإرادة الضمنية وما تحدده من قانون واجب التطبيق على موضوع النزاع المعروض امام المحكم وذلك لأنه يمثل الهدف من التعاقد ، إذ يستشف من اتفاق المتعاقدين على بلد معين لتنفيذ العقد على رغبتها في اخضاع العقد لقانون هذا البلد عند نشوب نزاع بينهما عند تنفيذ العقد ومن ثم فإن على المحكم ان يأخذ بهذه القرينة لتطبيق قانون بلد تنفيذ العقد[٣٣] .

وقد تعرض هذا الرأي الى الانتقاد من جانب بعض الفقهاء[٣٤] ، مستندين في ذلك الى ان قرينة محل التنفيذ لا يمكن اعمالها في حالة تعدد محال التنفيذ نتيجة لتعدد الالتزامات الناشئة عنه ، ولكن لم يجد هذا الانتقاد القبول الكافي حيث تم الرد عليه على انه في هذه الحالة يمكن الاعتداد بمحل التنفيذ الرئيس ، حيث من قبل الاطراف عندها يتم الاعتداد بالمكان الذي يقوم فيه المدين الفعلي بالتزامه وهذا هو اقرب الروابط الموضوعية لأنه يعطي توطناً حقيقياً للعقد يمكن على ضوئه افتراض إرادة الطرفين[٣٥] .

٣- قرينة الجنسية او الموطن المشترك

تعد مسألة اتحاد الجنسية لأطراف العقد او اذا اتحد الموطن قرينة على ارادتهم الضمنية واتجاها الى اعمال قانونها ، اذ ان اغفال الاختيار الصريح للقانون الذي يطبقه المحكم على النزاع المعروض امامه كان بسبب اتحاد الجنسية او الموطن بالنسبة لهم ومن ثم فانهم لم يجعلا مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق بشكل صريح من المسائل ذات الاهمية على اعتبار الاتحاد الحاصل بينهما[٣٦] ، فنجد المشرع العراقي قد اشار في المادة (٢٥-١) من القانون المدني على عبارة (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك اذا اتحدا موطنا....) ولكن قد يصعب تطبيق هذه القرينة في الكثير من الاحيان ، حيث ان الاطراف المتعاقدة لا تكون متحدة في اغلب الاحيان من حيث الموطن او الجنسية ، واذا اتحدا فأن هذا الامر ربما يجعل العقد خارجاً عن نطاق العقود الدولية وبالأخص عقود التجارة الدولية[٣٧] .

ثانياً : القرائن الخاصة

هنالك قرائن خاصة يسترشد بها المحكم لاستظهار الارادة الضمنية في حالة غياب الارادة الصريحة وهي :-

١- قرينة لغة العقد

وهي احد المؤشرات الخاصة التي يستعين بها المحكم لمعرفة الارادة الضمنية التي تحدد القانون الواجب التطبيق ، حيث يتمكن من خلالها المحكم الكشف عن الارادة الضمنية للأطراف على اعتبار ان اختيارهم للغة معينة في كتابة بنود العقد قرينة على

اعتبار اختيارهم لقانون البلد الام لهذه اللغة لكي يطبق على موضوع النزاع[٣٨] ، الا ان غالبية الفقه يؤكد ان اللغة المستخدمة في صياغة العقد ليست مؤشراً حاسماً في تحديد النظام القانوني للعقد ، فقد يختار الاطراف لغة عالمية لتسهيل اجراءات التفاوض ، دون ان تتجه النية الى خلق رابطة بين العقد ودولة هذه اللغة ، وقد اكد القضاء الفرنسي عند نظره لعقود النقل البحري (ان صياغة العقود باللغة الانكليزية لا يعني مطلقاً اتجاه ارادة الافراد الى تطبيق القانون الانكليزي ، وذلك لانعدام الصلة بالعقد والنظام القانوني الانكليزي)[٣٩] ، عليه لابد من ارتباطها بعناصر اخرى مثل مكان تنفيذ العقد او جنسية الاطراف او موقع المال ، فعندما تقوم المحكمة المختصة بتحديد قانون العقد في حالة عدم الاختيار لأطراف هذا القانون تأخذ في الاعتبار مجموعة من العناصر احداها لغة العقد ، لان اللغة المستخدمة ليست ذات دلالة جوهرية في تحديد القانون الواجب التطبيق .

٢- قرينة مكان التحكيم

يتم اللجوء الى هذه القرينة عند غياب الارادة الصريحة مع وجود نص في العقد يشير الى تحديد مكان اجراء التحكيم ، اذ يفهم منه على اتجاه الارادة الى تطبيق قانون الدولة التي سيجري فيها التحكيم ، ولكن لم يسلم هذا الرأي من الانتقاد حيث اختلف الفقهاء في المعنى المقصود بالتحكيم فهل المقصود به المكان الذي تنعقد فيه هيئة التحكيم لأول مره ام المراد به المكان الذي يصدر فيه قرار التحكيم ؟اذ قد يختلف المكان في هذه الحالة وقد يكون الاختيار من باب المصادفة حيث ان الدافع للاختيار قد يكون عن طريق البحث عن موقع حيادي لإجراء التحكيم او انهم اختاروه بالصدفة[٤٠] .

٣- قرينة اختيار العملة

من المقرر ان اختيار عملة دولة معينة لا يعدو ان يكون مجرد قرينة ثانوية غير كافية بذاتها على تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع ، وليس لها الا دوراً احتياطياً مساعدا لما عداها من القرائن ، ومن الصعوبة اتخاذها ضابطاً للإسناد كافياً بذاته وله

الصدارة على ما عداه من ضوابط ، فقد يكون اختيار العملة الواجبة الدفع بها مرجعه الثقة في ثبات سعرها وقابليتها للتحول والصرف[٤١] ، وهذا غير كافي لاعتبار الارادة الضمنية قد اتجهت لهذا القانون .

من الملاحظ على هذه القرائن سواء كان كانت عامة او خاصة انها تساعد المحكم لأثبات صحة اتجاه الارادة الضمنية للمتعاقدين لاختيار قانون يطبق على موضوع نزاعهم ، على انه لا يمكن الاعتماد على ضابط محدد بالذات واتخاذه قاعدة جامدة ومطلقة ، والاستناد عليه في كافة المنازعات خاصة التجارية الدولية ومن ثم النظر الى كافة الضوابط سالفة الذكر نظرة شمولية كوحدة متكاملة ليس لاحدهما اهمية تفوق الاخرى .

الفرع الثاني

مبدأ الارادة الضمنية في التشريعات الوطنية والدولية

تساوى القوانين الوطنية والاتفاقات الدولية بين الارادة الصريحة والارادة الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق ، حيث يمكن اللجوء الى الارادة الضمنية بالاستناد الى المؤشرات والقرائن ولا تقل اهمية عن الارادة الصريحة لتحديد القانون الواجب التطبيق المعروض على ان تكون هذه الارادة صحيحة غير معيبة وموجودة غير مفترضة ، لذا لابد من بيان هذه الارادة الضمنية في متون التشريعات الوطنية واستعراض الاحكام القانونية التي اشارت اليها الاتفاقات الدولية .

بالنسبة للتشريعات الوطنية فقد عملت اغلبها على ترسيخ هذا المبدأ من ضمن تشريعاتها الخاصة بالتنازع القانوني او في قوانين خاصة ذات صلة ، حيث لم تكتفي بالنص على الإرادة الصريحة التي تشير الى اتفاق الاطراف على اعمال قانون معين على النزاع الذي ينشب بينهم ، ومن ثم فإن المحكم او هيئة التحكيم سوف يكونوا ملزمين بتطبيق هذا القانون ، إذا يكون للإرادة الضمنية نفس القوة التي تمتلكها الإرادة الصريحة من حيث الالزام[٤٢] ، لهذا نجد المشرع العراقي اعتد بالإرادة الضمنية الى جانب الارادة الصريحة في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وهو ما نجده في صريح المادة

(٢٥-١) التي تنص (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي يتم فيها العقد وهذا مالم يتفق المتعاقدان او تبين من الظروف ان قانوناً اخر يراد تطبيقه) ففي هذا النص اشارة واضحة الى ان التعبير عن ارادة طرفي العقد الدولي يكون بموجب اتفاقهم على القانون الذي سوف يطبق على النزاع من حيث الموضوع وهو ربما يكون صريحاً وربما يكون ضمنياً يتم الاستدلال عليه من خلال ما جاء في الشطر الاخير من المادة اعلاه[٤٣] .

في حين نجد ان المشرع المصري قد اشار في نص المادة (٣٩-١) من قانون التحكيم التجاري المصري رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤ على انه (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان ، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين مالم يتفقا على غير ذلك) وهذا النص يدل على احترام الإرادة وتكريس مبدأ سلطان الارادة دون تحديد لإرادة الصريحة من الضمنية حيث جاء النص مطلقاً والمطلق يجري على اطلاقه مالم يقيد بنص وعليه يمكن الاعتداد بالإرادة الضمنية في حالة توافر قرائن تدل عليها ، فضلاً عن المادة (١٩-١) من القانون المدني المصري الذي جاء بالنص (.... هذا مالم يتفق المتعاقدان او تبين من الظروف ان قانوناً اخر هو الذي يراد تطبيقه) وهذه اشارة واضحة الى الارادة الضمنية .

كما عملت معظم الاتفاقات الدولية على الاخذ بمبدأ سلطان الارادة سواء اكانت الإرادة معبراً عنها صراحة ام ضمناً ، ومن ثم فإن من واجب المحكم تقصي هذه الإرادة لغرض معرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض امامه، اذ جاء في الاتفاقية الاوربية للتحكيم لسنة ١٩٦١ في المادة (٧) منها على انه (للأطراف الحرية في تحديد القانون الذي ينبغي على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع)والذي يستنتج من هذا النص ان الاتفاقية تعترف صراحة بحرية الاطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، ومن ثم يكون تحديد هذا القانون

بحسب ما ألت اليه او بحسب حالة حرية الاطراف ولكن لا يمكن اعمال القاعدة الضمنية او المفترضة لوضوح النص لاشتراطه ان تكون الارادة صريحة.

بينما نجد ان اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ قد اقرت مبدأ سلطان الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق والذي يحكم النزاع من الناحية الموضوعية ، إذ جاء المادة (٤٢-١) منها على انه (تحكم المحكمة في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الاطراف) فالمفهوم من النص حرية الاطراف في اختيار القانون الذي يخدم الطرفين .

وفي اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ نجد انها ركزت على الارادة الضمنية وحريتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق بشأن الالتزامات التعاقدية ، اذ جاء فيها (٣-١) على انه (يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الاطراف ، ويجب ان يكون هذا الاختيار صريحاً او مستخلصاً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد او من ظروف التعاقد) ويتضح لنا من النص اعلاه ان الاطراف احرار في اختيار اي قانون وطني حتى وان كان لا ينتمي اليه طرفا العقد).

اما قانون الاوينسترال لعام ١٩٨٥ فقد اكد على مبدأ سلطان الارادة حيث جاء فيها (تفصل هيئة التحكيم وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع ...)

ويتبين من النص اعلاه ان القانون النموذجي اعطى للأطراف حرية اختيار القانون والمتمثل بالقواعد الموضوعية وليست قواعد التنازع .

واليه اشارت المادة (٢١) من اتفاقية عمان العربية لسنة ١٩٨٧ بالنص على انه (تفصل الهيئة في النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين واحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحةً او ضمناً ان وجد)

ويستنتج من هذا النص ان الاتفاقية تعترف بالإرادة الخاصة بالأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع سواء كان صراحة او ضمناً ، لذلك فليس من الضروري ان يكون القانون الوطني هو صاحب الاختيار الوحيد بل يمكن اللجوء الى الاتفاق بينهم لاختيار قانون اخر لتطبيقه على النزاع .

الخاتمة :

حاولنا من خلال البحث في تطبيق المحكم لحل النزاع قانون وطني من اختيار اطراف النزاع (قانون الارادة) سواء كانت هذه الارادة صريحة ام ضمنية ، حيث بينا دور اطراف العقد في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، من حيث حريتهم في ذلك واختيارهم لقانون دولة احدهم او قانون محل تنفيذ العقد او محل ابرامه او قانون محايد ، ثم بحثنا في دور المحكم في تعيين وكشف القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند سكوت الاطراف عن تعيينه او الاتفاق عليه او اغفاله وبينا مدى حرية المحكم او هيئة التحكيم في اعتماد القرائن او المؤشرات في تعيين القانون الواجب التطبيق وقد تمخض البحث عن نتائج وتوصيات نرى من الضروري بيانها واجمالها بالاتي:

النتائج :

١. يعد قانون الارادة من المسائل المتفق عليها، اذ ان للأطراف المتعاقدة في العقد الدولي الحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق وهي ارادة محترمة وطنياً ودولياً .
٢. تلعب الارادة الصريحة والضمنية دوراً مهماً في تحديد القانون الواجب التطبيق دون التفريق في قوتها .
٣. في تنفيذ العقود الدولية لا تلزم الدول بالتأكد والتقصي من اهلية المتعاقدان وسلامة ارادتهم .
٤. يستطيع المحكم ان يتدخل في توازن العقد وتعديله او اعفاء الطرف المتضرر من الشروط التعسفية الواردة فيه .
٥. يستطيع المحكم اذا ما استجدت ظروف اقتصادية اخلت او اثرت على التوازن العقدي بين الاطراف ان يوازن بين التزامات الاطراف .
٦. هنالك قيود ترد حرية اطراف العقد الدولي التجاري في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع متمثلة بالنظام العام والغش والتحايل على القانون .
٧. لا يقف المحكم عند حدود الارادة الصريحة بل عليه ان يتقصى الارادة الضمنية للاطراف لتحديد القانون

الواجب التطبيق فدوره كاشف ومبين لها.

٨. توجد قرائن ومؤشرات تبين القانون الواجب التطبيق الذي اغفله الاطراف .

التوصيات

١. نوصي اطراف العلاقة العقدية الدولية بتحديد القانون الواجب التطبيق بشأن نزاع ينشأ بمناسبة عقودهم الدولية التجارية بصورة واضحة وصريحة .

٢. الاهتمام بالصياغة العقدية عند ابرام العقود الدولية التجارية الدولية للاهتمام بموضوع النزاع وتحديد سلطة المحكم واللغة وغيرها من الامور المهمة .

٣. عدم قبول العقود التي تحتوي على شروط التحكيم التجاري الدولي كصيغة جاهزة مطبوعة ومعدة سلفاً وانما يجب صياغة اتفاق التحكيم صياغة خاصة وفقاً لطبيعة العلاقة العقدية وطبيعة تنفيذها وشروطها للتخفيف من الاذعان الدولي.

٤. نأمل من المشرع العراقي الاخذ بنظر الاعتبار الاهتمام بعقود دولية مهمة كعقود نقل التكنولوجيا وعقود الترخيص الدولي وغيرها كونها من اهم العقود في الفترة الحاضرة التي تشهد انفتاحاً على جميع المستويات مما تستوجب ادراج شرط التحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع .

الهوامش

(١) د. محمد نعيم علوه، التحكيم الدولي، ط١، منشورات زين الحقوقية، ج ١٢، ٢٠١٢، ص٥٦.

(٢) د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، ١٩٩٩، ص٦٢٥.

(٣) د. عوني محمد فخري ارادة الاختيار في العقود التجارية الدولية والمالية، دراسة مقارنة، ط١، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٢، ص١٣.

(٤) د. محمود مختار احمد البريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط٣،٢٠٠٧،ص١٣٠.

(٥) د.فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ١٩٩٢، ص١٨٦.

(٦) عوني محمد فخري، مصدر سابق، ص٢٣.

(٧) عبد الحميد الاحدب، التحكيم التجاري الدولي، ج ٣، دار نوفل، بيروت، ١٩٩٩، ص٢٤٨.

(٨) القاضي الدكتور غسان رباح، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الاجنبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨، ص ١٣٩.

(٩) الاستاذ كرم محمد زيدان النجار، المركز القانوني للمحكم، محكم دولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ٢٠١٠،

(١٠) استاذنا د. حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى كلية القانون، جامعة الجزائر، ٢٠٠٤، ص٢٤٤.

(١١) د. حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي مصدر سابق، ص٢٤٥.

(١٢) د. عوني محمد فخري، مصدر سابق، ص٢١.

(١٣) د. حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي مصدر سابق، ص٢٤٦.

(١٤) (عقد الاذعان وهو عقد يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ويكون ذلك متعلقاً بسلطة او مرفق ضروري محل احتكار قانوني او فعلي وموضع منافسة محدودة النطاق د. عبدالمجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، ج٢ وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٠، ص ٤٥.

(١٥) المادة ١٦٧تنص (اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

(١٦) العقد النموذجي هو(مجموعة من العقود والاحكام التي يضعها تجار سلعة معينة في منطقة جغرافية محددة، ويلتزمون بها في معاملاتهم ويكون لهم ان يدخلوا عليها بعض التعديلات بخصوص كل تعامل على حدة شريطة ان لاينال هذا التعديل من جوهر الشروط في مجموعها وتكون هذه الشروط في صيغة نماذج مطبوعة تحتوي على بيانات مدرجة سلفاً وتراعى في كل نموذج الظروف التي يمكن ان تطرأ على السعة محل التعاقد ويبقى الاختيار او الرفض لأطراف العلاقة ليحدد ارادتهم الحرة النموذج الذي يصب في مصلحتهم د. غسان رباح، مصدر سابق، ص ١٥٢.

(١٧) د. حفيظه السيد حداد، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، ص٣٦٢.

(١٨) استاذنا د. حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي مصدر سابق، ص٢٤٨.

(١٩) ١٤٦ فقرة ٢ (اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك

(٢٠) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص١٥٦.

(٢١) استاذنا د. حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي مصدر سابق، ص٢٤٩.

(٢٢) استاذنا د. حسن علي كاظم اشتراطات الهارد شيب واثرها على تعديل العقود الدولية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، السنة الثالثة، العدد الثاني، ٢٠١١،ص٥٤٠.

(٢٣) بن العيد يونوة، تحقق التوازن في عقود نقل التكنولوجيا، رسالة ماجستير، مقدم الى جامعة قاصدي مرياح، كلية الحقوق، ٢٠١٤ ص٦٤.

(٢٤) د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ص١٤٧.

(٢٥) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص٢٦٦.

(٢٦) د. احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص٨٣٨.

(٢٧) د. حسن الهداوي، مصدر سابق، ص ١٥١.

(٢٨) د. استاذنا د. حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي، مصدر سابق، ص٢٥٥.

(٢٩) د. اياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، ٢٠٠٤، ص ١٨٩.

(٣٠) د. غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣، ص١٩٤.

(٣١) د. ابو زيد رضوان، الاساس العام في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي القاهرة، ١٩٨١.

(٣٢) استاذنا د. حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي، مصدر سابق، ص٢٥٦

(٣٣) د. هشام صادق ود. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الاجراءات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص٣٤٨

(٣٤) د. سلامه فارس عرب، رسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، ١٩٩٩، ص١١٣، نقلاً عن د. حسن علي كاظم، مصدر سابق، ص ٢٦٣.

(٣٥) استاذنا د. حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي، مصدر سابق، ص٢٦٣.

(٣٦) د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص ١٩٢.

(٣٧) استاذنا د. حسن علي كاظم، استاذنا د. حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي، مصدر سابق، ص٢٦٧.

(٣٨) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠، ص١٩٥.

(٣٩) د. هاشم علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، القاهرة، ١٩٩١، ص ٦٥٥

(٤٠) د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص١٩١.

(٤١) د. محمد عبدالله المؤيد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط١، اوان للخدمات الاعلانية، صنعاء، ١٩٩٩، ص ٢٢٣.

(٤٢) د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، المجلد الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧ ، ص١٨٧.

(٤٣) د. عوني محمد فخري، مصدر سابق، ص ١٣٣.

المصادر

اولاً: القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لعام ١٩٥١.
٢. قانون المرافعات العراقية رقم ٨٠ لعام ١٩٦٩
٣. قانون التحكيم التجاري المصري رقم٢٧ لعام ١٩٩٤
٤. القانون المدني المصري ٣٨لعام ١٩٤٩
٥. قانون التحكيم الفرنسي ١٩٨٠

ثانياً: الكتب

١. ابو زيد رضوان، الاساس العام في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي القاهرة، ١٩٨١.
٢. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠، ص١٩٥.
٣. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.
٤. اياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، ٢٠٠٤.
٥. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١.
٦. حفيظه السيد حداد، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، ص٣٦٢.
٧. عبد الحميد الاحدب، التحكيم التجاري الدولي، ج ٣، دار نوفل، بيروت، ١٩٩٩.
٨. عبدالمجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، ج٢ وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٠
٩. عوني محمد فخري ارادة الاختيار في العقود التجارية الدولية والمالية، دراسة مقارنة، ط١، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٢.

١٠.غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣.
١١.فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ١٩٩٢.
١٢.فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، المجلد الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧ .
١٣.القاضي الدكتور غسان رباح، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الاجنبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨، .
١٤.كرم محمد زيدان النجار، المركز القانوني للمحكم، محكم دولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ٢٠١٠.
١٥.محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص٢٦٦.
١٦.محمد عبدالله المؤيد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط١، اوان للخدمات الاعلانية، صنعاء، ١٩٩٩.
١٧.محمد نعيم علوه، التحكيم الدولي، ط١، منشورات زين الحقوقية، ج ١٢، ٢٠١٢.
١٨.محمود مختار احمد البريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط،٢٠٠٧.
١٩.هاشم علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، القاهرة، ١٩٩١ .
٢٠.عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الاجراءات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، ٢٠٠٨ .

ثالثاً : البحوث

١. حسن علي كاظم اشتراطات الهارد شيب واثرها على تعديل العقود الدولية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، السنة الثالثة، العدد الثاني، ٢٠١١.

رابعاً: الرسائل والاطاريح

٢. بن العيد يونوة، تحقق التوازن في عقود نقل التكنولوجيا، رسالة ماجستير، مقدم الى جامعة قاصدي مرياح، كلية الحقوق، ٢٠١٤.
٣. حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى كلية القانون، جامعة الجزائر، ٢٠٠٤.

٤. سلامه فارس عرب، رسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، ١٩٩٩.