اثر القوة القاهرة
في تغيير ضوابط الاسناد في عقود التجارة الدولية

م.م. عبدالله جبار خشان
كلية الامام الكاظم عليه السلام الاسلامية اقسام الديوانية /كلية القانون
jabarbdallh٣٢@gmail.com

م. م. زيد رياض عبد
جامعة القادسية/كلية القانون
amailyzaid٢@gmail.com

المستخلص

لما كان الإنسان هو كائن اجتماعي لا يستطيع أن يعيش منعزلاً عن غيره من أفراد المجتمع لذا فقد بَررت حاجته او سد هذه الحاجة الى أن يُقيم مع غيره من بني جنسه علاقات متعددة ، وقد سَدَ الانسان بادئ الأمر هذا النقص عن طريق التبادل ثم ما لبثَ أن توسعَ هذا التبادل ليكون ما وصلت إليه اليوم التجارة الدولية من تطور وتوسع ، وقد كان السبب الرئيسي من وراء نشوء بذرة التجارة الدولية، وقد تفاوتت أهمية التجارة الدولية بين الدول إلا أنها بلغت أوج تطورها في الوقت الحاضر لعدة أسباب ، منها اكتشاف الثروات والمعادن الطبيعية وكذلك شَكلَ قيام الثورة الصناعية أهمية بالغة.

ومن المعلوم أن عقود التجارة الدولية تخضع لمبدأ سلطان الارادة شأنها في ذلك شأن العقود التي تتم في التعاملات الداخلية على الرغم من أن بعض الآراء تنادي بضرورة اخضاع هذه العقود لمكان الابرام ، في حين أن اخضاع عقود التجارة الدولية لقانون الارادة لا يصطدم مع اخضاع هذه العقود لمكان الابرام لأن طرفي العقد عندما ارتضوا أن يخضعوا هذا العقد لقانون الارادة أشاروا الى قانون مكان الابرام، أي أن العقود الدولية التجارية أو غيرها

ترتبط بقواعد الإسناد إلا أن هذا الارتباط بين هذه العقود وقواعد الإسناد قد تقف قاصرة في بعض الأحيان عن ايجاد الحل المناسب كما هو الحال لدى حدوث قوة قاهرة تمنع تنفيذ الالتزام من أحد الطرفين أو كلاهما، وهذا ما يدفعنّا لبحث هذا الموضوع ضمن فرضيات الاسناد الجامد أو المرن أو نظرية الأداء المميز، فهل يكون بمقدور القاضي الذي يعرض عليه النزاع أن يرتكن إلى الفرضيات السابقة:

الكلمات المفتاحية : تغيير ضوابط الاسناد ، العقد الدولي ، عقود التجارة الدولية ، القوة القاهرة ، دور الإرادة في تحديد قانون العقد

Abstract

Force Majeure is one of the issues that pose a real threat to contracts in general and international trade contracts in particular, because these contracts are characterized by their wide extension outside the borders of the state, and thus their exposure to these obstacles is a possible matter. International trade contracts raise a lot of controversy in the context of determining the law that imposes its authority over them in normal circumstances, so what if they were exposed to exceptional and unforeseen circumstances. It is known that international trade contracts are subject to the principle of the power of will, as are the contracts that take place in internal dealings, although some opinions call for the necessity of submitting these contracts to the place of conclusion, while the subjection of international trade contracts to the law of will does not collide with subjecting these contracts to place Conclusion Because the parties to the contract, when they agreed to submit this contract to the law of will, they referred to the law of the place of conclusion, meaning that international commercial contracts or others are related to the rules of attribution, but this link between

these contracts and the rules of attribution may sometimes fail to find the appropriate solution as is the case When a force majeure occurs that prevents the implementation of the obligation from one or both parties, and this is what drives us to discuss this issue within the hypotheses of rigid or flexible attribution or the theory of distinctive performance, so can the judge to whom the dispute is presented to rely on the previous assumptions.

Key Words: The Majeure Force, International Decade, Assignment Controls, International Trade Contracts, The role of the will in determining the contract law

مقدمة

يعد موضوع القوة القاهرة من المواضيع التي تشكل تهديدا حقيقيا للعقود بصورة عامة والعقود التجارة الدولية بصورة خاصه ذلك لان هذه العقود تتميز بامتدادها الواسع خارج حدود الدولة وبالتالي فانه تعرضها لتلك العوائق يعد امرا محتملا لذلك تظهر إشكالية تأثير تلك القوة على قواعد الاسناد الخاصة بتلك العقود ، فعقود التجارة الدولية بحد ذاتها تثير الكثير من الجدل في اطار تحديد القانون الذي يفرض سلطانه عليها في الظروف الاعتيادية فماذا لو تعرضت لظروف استثنائية غير متوقعه فما هو الحل هل يصار الى تطبيق قانون الاطراف المتعاقدة ام يصار الى تطبيق قانون محل ابرام العقد ام يصار الى تطبيق قانون القاضي ام ان الإرادة الاطراف دورا في تحديد القانون وهذه الإرادة فهل يكتفى بالإرادة الصريحة عندما تصرح باختيار قانون المعين ام ان الإرادة الضمنية لها دور ايضا ، فماذا لو كان القانون الذي اختارته اراده الاطراف لا يعالج مساله القوة القاهرة التي يتعرض لها العقد او ان قواعده غير كافيه لمعالجة هذا الموضوع او ان ارادة الاطراف بهذا الاختيار ارادت ان تخرج العقد من سلطان القوانين او قواعد الاسناد المتاحة ، ثم هل ان كل ظرف يعتبر قوه قاهره امان الظرف لكي يعتبر قوة قاهرة

لابد من ان تتوفر فيه مجموعه من السمات والخصائص وهل كل العقود التي تمتد خارج اقليم الدولة تسري عليها مساله القوه القاهرة ام ان هنالك عقود تستثنى من هذا الامر؟ لغرض الإجابة على تلك التساؤلات اتبعنا الاسلوب التحليلي والمقارن ببعض النصوص القوانين المدنية كالقانون المدني العراقي والقانون المدني المصري وبعض التشريعات الدولية كاتفاقيه فيينا للبيع الدولي للبضائع وذلك في مبحثين سلطنا الضوء في المبحث الاول على ماهيه العقد الدولي واهميته وكذلك بينا حالات تحقق القوة القاهرة وشروط تحققها اما المبحث الثاني فقد حاولنا ان بين فيه الاطار القانوني للعقد الدولي في حال تحقق القوة القاهرة ، ثم اعقبناه بخاتمة تتضمن اهم ما توصلنا له من نتائج واهم ما نراه من مقترحات .

المبحث الاول

مفهوم العقود الدولية الخاضعة للقوة القاهرة

لبيان مفهوم العقود الدولية الخاضعة للقوه القاهرة لابد من تحديد تلك العقود وبيان اهميتها و كذلك لابد من تحديد مفهوم القوه القاهرة التي تتعرض لها تلك العقود وكذلك شروط قيامها ، وهذا ما سوف يتم في مطلبين سوف نتناول في المطلب الاول تحديد تلك العقود واهميتها اما المطلب الثاني فسوف يكون لتحديد مفهوم القوة القاهرة وشروط قيامها ، وعلى النحو التالي :

المطلب الاول

تحديد العقد الدولي الخاضع للقوة القاهرة

للإحاطة بهذا المفهوم لابد من معرف اي من تلك العقود تتعرض للقوة القاهرة و التي من شأنها ان تغير ضوابط الاسناد الخاصة بها وكذلك لابد من تحديد اهمية تلك العقود ، وهذا ما سوف يتم في الفرعين التاليين :

الفرع الاول

المقصود بالعقد الدولي المواجه للقوة القاهرة

في الواقع هنالك الكثير من العقود التي تتخطى حدود الدولة ولكنها لا تندرج تحت هذا المفهوم وبالتالي لا يمكن للقوة القاهرة ان تغير من ضوابط اسنادها ، فمثلا هنالك مجموعه من العقود تستثني من ذلك مثل عقد الزواج

وعقد التوريث وعقد التبني فهذه تخرج من الفكر المسند حيث ان مثل هذه العقود تندرج في افكار مسندة اخرى مثل فكره الزواج او النسب وعلى سبيل المثال في عقد الزواج المختلط بين زوجين مختلف جنسيه ، فهو على الرغم من كونه تعتريه الصفة الدولية إلا انه يخضع لتنظيم المشرع ولا يخضع لتقلبات القوة القاهرة [1].

ومن العقود التي لا تشملها تلك الفكرة العقود الخاصة بالعقارات لأنها تخضع لقانون موقعها وبالتالي لا يمكن ان ينطبق عليها قانون ما يمكن ان يعالج نظريه القوه القاهرة التي تتعلق بها ذلك لان العقار يتعلق بمجموعه من المعاملات التي تضمن سلامته لابد من اخضاعها لقانون موقعه ، كالمعاملات المتعلقة بالشكل وغيره من الامور التي لابد من ان تخضع لقانون موقعه [1].

كما تخرج من هذا النطاق اي من نطاق الفكرة التي تحدد العقود الخاضعة لي القوه القاهرة هي العقود التي تبرمها الدولة بصفتها صاحبه السيادة وسلطه وسلطان كعقود شراء الأسلحة و عقود استغلال الثروات الطبيعية ، لان لها قواعد خاصه و لها اتفاقيات تنظم احكامها [2].

لذا يمكن القول ان الميدان الاساسي لتلك الفكرة هي العقود المالية الخاصة او التي تدخل فها الدولة بوصفها شخصاً اعتيادياً.

الفرع الثاني

اهمية العقود الدولية الخاضعة لفكرة القوة القاهرة

بما اننا انتهينا الى ان العقود الخاضعة لفكره القوه القاهرة هي العقود الدولية ذات المعاملات المالية و هذه العقود بطبيعتها تتميز بأهميتها بكونها تستمر لفتره من الزمن يستطال فيها تنفيذها فهنالك فتره زمنيه تعقب انعقاد تلك العقود واتمام تنفيذها وبطبيعة الحال هذه الفترة تتخللها بعض الاحداث التي تعرقل سير تنفيذها [3].

المسالة الأخرى ان هذه العقود تعتبر العصب الاقتصادي للدول و التي تشكل الركيزة الاقتصادية المهمة لتلك الدول المتعاملة فيها و تشكل بمجموعها القيم الاقتصادية لها اضافه الى ذلك ان

الاطراف المتعامل فيها تبذل الكثير من الوقت والجهد والنفقات في سبيل ابرامها فهي قد تستغرق سنين وشهور من المفاوضات حتى يكتب الانعقاد فبالتالي اذا اعتراه عارض المعين فان ذلك اليوم سوف يؤثر على اقتصاديات ذلك العقد خصوصا وان البعض من هذه العقود قد يتم ابرامه من قبل شركات او مؤسسات دولية قد يكون هدفها الاساس هو تحقيق الربح او توفير السلع والخدمات لجهات معينة [1]

المطلب الثاني

ماهية القوة القاهرة في العقود الدولية

يعد مفهوم القوه القاهرة من المفاهيم التي تتردد في اطار القانون الخاص وعلى وجه التحديد في اطار المعاملات المالية فهو يعتبر من اهم الامور التي تهدد استقرار المعاملات المالية ودوام سير العقود والاتفاقات وجميعها ترتبط برابط واحد وفكره الحادث الخارجي الذي لا يمكن توقعه ويستحل دفعه والذي من شانه ان يعطل التزامات احد الاطراف ويعفيه من التزامه ، الامر الذي يتطلب منا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين وعلى النحو التالي :

الفرع الاول

تحديد المقصود بالقوة القاهرة في اطار العقود الدولية

لعل الغاية الاساسية من ابرام الروابط العقدية هو تنفيذها والحصول على نتائج ذلك التنفيذ ولكن الأمور لا تسير على هذا النحو دائما فقد تحدث بعض العوائق التي تحول دون ذلك التنفيذ خصوصا اذا كنا اما عقوداً تأخذ امتدادها خارج حدود الدولة وتتميز في الوقت نفسه بأنه يستطال تنفيذها فترة من الزمن فهي في الغالب تكون معرضة لمثل تلك الظروف ، ففي الواقع ان مسألة القوة القاهرة والظروف الاستثنائية تجدر الحيز الأكبر والمدى الواسع في اطار المعاملات الوطنية فقد اجتهد الفقه القانوني محاولا وضع مفهوم مناسب لها من شأنه ان يجدد مقوماتها فقد ورد بأنها كل أمر يصدر عن حادث خارج ارادة المدين لا تجوز نسبته اليه ، من غير الممكن توقعه ومن غير الممكن دفعه ،

يجبر الشخص على الاخلال بتنفيذ التزامه [1] .

في حين يرى رأي اخر انها تتركز في كل حادث خارج ارادة المدين اي في كل عائق او ظرف يعيقه في تنفيذ التزامه الذي تفرضه عليه الرابطة العقدية سواء كان هذا الحادث هو حرب او فيضان اوي ظرف طبيعي اخر يعيق المدين في تنفيذ التزامه [2].

فاذا هذا هو مفهوم القوة القاهرة في اطار المعاملات الوطنية فأن الأمر لا يختلف كثيراً في اطار المعاملات الدولية فكل ما ينطبق عليه وصف الحادث الخارجي وبنفس الوقت يأخذ الطابع الدولي يعد قوة قاهرة تحول دون المدين في تنفيذ التزامه ، ولعل ما يؤيد ذلك هو ان التشريعات الدولية قد قننت هذا الامر فقد نصت اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع على ذلك الامر صراحة [3].

الفرع الثاني

شروط تحقق القوة القاهرة

اولاً : عدم امكانية توقع الحادث ومعيار عدم التوقع هذا معياراً موضوعياً وليس شخصيا فلا يكفي ان يكون غير ممكن التوقع من قبل المدين ذاته وانما لابد ان يكون غير ممكن التوقع من جانب أكثر الناس حيطة ، ويترتب على ذلك اذا كان الحادث متوقعا ، فأنه لا يعفى من المسؤولية [1].

ثانيـاً : استحالة دفع الحادث ، لا يكفي لقيام القوة القاهرة عدم التوقع ، بل لابد ان يستحيل دفعه ايضا ، ولاستحالة المقصودة في هذا الباب قد تكون مادية كالزلازل والبراكين والعوائق الطبيعية الاخرى ، وقد تكون تلك الاستحالة معنوية كما لو التزم شخص للقيام بعمل معين وستحال عليه القيام بذلك العمل لظرف طارئ [2].

ثالثـاً : ان يكون الحادث خارجيا ، اي ان لا يكون بخطأ المدعى عليه (المدين) فلو وقع الحادث بخطأ المدعى عليه او تسبب هو بوقوعه فلا يعد الحادث بعد ذلك مصداقاً للقوة القاهرة ، حتى وان توافر فيه الشرطان سالفي الذكر وبالتالي لا يعفى من المسؤولية ، اي بمعنى ان شروط القوة القاهر اعلاه لابد من ان تطبق مجتمعة على الحادث الخارجي حتى يعد قوة

قاهرة وتلك الشروط لا تختص بالمعاملات الوطنية فحسب بل هي ذاتها تطبق على عقود التجارة الدولية مع مراعاة لخصوصية تلك العقود كونها تتخطى حدود الدولة[٣].

المبحث الثاني

الاطار القانوني للعقود الدولية في ظل القوة القاهرة

لغرض تحديد الاطار القانوني للعقود الدولية في اطار القوة القاهرة لابد من الوقوف على دور ارادة الطرف في اختيار القانون التي تخضع له تلك العقود عندما تتعرض لتلك الظروف وفي الوقت نفسة لابد من استعراض دور التشريعات الوطنية في معالجتها لهذا الامر عن طرق وضع قواعد الاسناد الاحتياطية ، كما لابد من تحديد دور القضاء الذي ينظر النزاع ، وهذا ما سوف نتناوله في المطلبين التاليين:

المطلب الأول

دور الارادة في تحديد قانون العقد

ان سلطان الارادة لم يتبلور في اطار المعاملات الدولية إلا في مطلع القرن التاسع عشر اذ بدء لاعتراف للإرادة بدور فعال في تحديد القانون الواجب التطبيق على الروابط العقدية ، وهذا الامر ينبع من الحقوق الطبيعية التي يتمتع بها الانسان ، اذ الافراد في اطار هذا التوجه يمتلكون الحرية في ابرام العقود وفي تضمينها الشروط التي يرتضونها وفي ذات الوقت تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العقد وهو تجسيد للنظرية الشخصية [١]. إلا ان هذا الدور للإرادة قد يكون صريحا وتارة يكون ضمنيا وهذا ما سنحاول بيانه في الفرعين القادمين.

الفرع الاول

الدور الصريح للإرادة في تحديد قانون العقد في اطار القوة القاهرة

المراد بالدور الصريح ان الطرفين المتعاقدين يضمنا عقدهما شرطا صريحا ينص على اختيار القانون الواجب التطبيق على ذلك العقد في حالة ما اذا تعرض إلى قوة قاهرة حالت دون تنفيذ بنوده دون ان يكون هنالك اي لبس او غموض في ذلك الاختيار [٢].

ويعتبر هذا الاختيار ضمنا مهما لحقوق الاطراف المتعاقدة والسبب في

ذلك ان كلا الطرفين يعلم مسبقا ببنود هذا القانون وبأحكامه وما يمكن ان يترتب على تطبيقه من نتائج تلقي بظلالها على الرابطة العقدية و إلا لما قام بختيار ذلك القانون والنص عليه صراحة في صلب الوثيقة العقدية وفي الوقت نفسه يحقق نوع من الاستقرار بالنسبة للقاضي المكلف بنظر النزاع لأنه سوفي لا يضطر للبحث عن القانون الواجب التطبيق مادام اتفاق الاطراف قد حل له ذلك الاشكال [1].

ولكن بالرغم من تلك المزايا إلا ان الامر لم يكن مسلما به من جانب الفقه القانوني اذ يرى البعض ان هذا الاختيار من جانب اطراف العقد لا يغني القاضي من البحث عن القانون الاوثق صلة بالعقد وحجتهم في ذلك ان القانون المختار قد لا يحتوي على قواعد تعالج مسألة القوة القاهرة او ان معالجتها قد تكون غير كافية ولعل ما يعضد ذلك ان اطراف العقد غير ملزمين باختيار لقانون الوطني الخاص بهم ففي عقد البيع الدولي مثلا قد يكون القانون المختار هو قانون دولة البائع او قانون دولة المشتري او قانون دولة اخرى ثالثة محايدة للتخلص من الاحكام الصارمة في القوانين الوطنية وهذا بطبيعة الحال قد يؤدي إلى افلات العقد من الخضوع لأي قانون خصوصا اذا كان القانون الثالث لا يحتوي على قواعد تلك المسألة [2].

الفرع الثاني
الاختيار الضمني للإرادة

اذا كان الاختيار الصريح لأطراف العقد هو الغالب إلا ان الامر لا يسير على هذا النحو في بعض الأحيان فقد لا يوجد مثل هذا الاختيار الصريح فلا يوجد نص في صلب الرابطة العقدية يشير إلى القانون الواجب التطبيق فما هو الحل في تلك الحالة ؟

البعض يرى ان القاضي ليس له ان يبحث عن الارادة الضمنية لأطراف العقد وانما عليه ان يلجأ إلى طرقا اخرى ومن ضمنها قواعد الاسناد الاحتياطية الموجودة في قانونه لأن عدم التصريح بتلك الارادة وفق منطق هذا الرأي يقود إلى فقدانها وبالتالي من الممكن للقاضي

ان يقوم بأعمال القواعد الاحتياطية الاخرى المتوفرة في قانونه [٣].

في حين على العكس من ذلك ذهب اتجاه اخر إلى ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية للطرفين المتعاقدين اذ لا يشترط في تلك الارادة ان تكون صريحة مادام هنالك ما يدل على وجودها اي ان ظروف الحال لتلك الارادة قد تدل على القانون الواجب التطبيق على القوة القاهرة التي من الممكن ان تعتري عقود التجارة الدولية ، ولعل ما يؤيد هذا التوجه هو ما نصت عليه بعض التشريعات الوطنية ومن بينها القانون المدني العراقي في نص المادة (٢٥) الفقرة الاولى منها إلى النص الصريح على ضرورة النظر إلى الإرادة الضمنية للطرفين قبل اللجوء إلى حل أخر وبنفس الاتجاه سار نظيره المصري في المادة (١٩) من القانون المدني [١] .

وبنفس الاتجاه سار القضاء الفرنسي فقد ذهب بصفة عامة إلى التسوية بين الإرادة الصريحة والضمنية ويتم ذلك من خلال الكشف عن الإرادة الضمنية للطرفين مستعيناً في ذلك بقرائن خاصة اما ذاتية تستمد من الرابطة العقدية نفسها ، او خارجية يمن استخلاصها من ظروف التعاقد وملابساته ، هذا بالإضافة ، إلى قرائن أخرى عامة يستمدها القضاء سواء من مكان إبرام العقد او من مكان تنفيذه [٢].

المطلب الثاني

دور التشريعات الوطنية والقضاء في اختيار قانون العقد

اذا كان الاصل ان الارادة هي من تختار قانون العقد ، فأن غياب هذا الاختيار يجعل كل من المشرع والقضاء في بعض الدول يفكر في الحلول لهذا ، وهذا المعالجات بطبيعة الحال تنقسم إلى حلول سابقة لقيام العقد وهذا ما يعرف بالإسناد الجامد واخرى لاحقة له وهذا ما يعرف بالإسناد المرن ، وهذا ما سنبينه في الفرعين التاليين وعلى النحو التالي :

الفرع الأول

التحديد السابق

تتجه بعض الدول في حالة عدم وجود اختيار من قبل اطراف العقد سواء كان الاختيار ضمني او صريح إلى

تحديد قانون بصورة مسبقة وهذا ما يعرف بضوابط الاسناد الاحتياطية ، وهذه الضوابط بطبيعتها تختلف من بلد إلى اخر فالبعض يأخذ بمكان ابرام العقد والبعض الأخر يأخذ بمكان التنفيذ والاخر يأخذ بقانون الاطراف المتعاقدة اي ان كل بلد يضع له ضابط اسناد مسبق لحل مسألة عدم اختيار الارادة للقانون الذي يطبق على الرابطة العقدية [1].

فهذه الطريقة المتبعة من قبل الغالبية من تشريعات العالم تحتوي على الكثير من المميزات لعل في مقدمتها ان هنالك قانون موحد يطبق على جميع العقود وفي الوقت نفسة ان الاطراف المتعاقدين يعرفون مسبقا ان هنالك قانون سوف يطبق على العقد المبرم بينهم وان لم يتفقوا على قانون خاص [2]

فلوا نظرنا إلى معالجة التشريع العراقي لهذا الامر نجده قد نص في المادة (٢٥) من القانون المدني الفقرة الاولى (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه) نجده قد وضع معيار مسبق يعالج حالة عدم اختيار إلا طراف للقانون الذي ينظم عقدهم فقد نص على تطبيق قانون الموطن المشترك للأطراف المتعاقدة ، ولكن سؤالاً يثار في هذا الصدد كيف لهذا النص ان يعالج حالة القوة القاهرة فحالة القوة القاهرة حالة تواجه تنفيذ العقد وهذا التنفيذ غالباً ما يتم خارج حدود الدولة فنحن نتكلم عن عقداً دولي قد يمتد تنفيذه لأكثر من دولة ، اضافة إلى ذلك ان حالات القوة القاهرة في مكان التنفيذ ليست ذاتها في مكان الابرام بل وقد يعتبر الامر قوة قاهرة في بلد معين ولا يعتبر قوة قاهرة في بلد اخر .

الفرع الثاني
التحديد اللاحق

في حين على العكس من الاتجاه الاول ذهب الاتجاه الاخر والمتمثل بالدول ذات التوجه الانجلوسكسوني الى عدم وضع قواعد مسبقه لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد

الدولي اي انها تتعامل مع الحالات او مع الظروف التي تواجه العقد الدولي وقت حدوثها ثم تترك المجال للقاضي الاختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وبذلك هي تعطي دور للإرادة ولكن هذا الدور ليس مطلقا وانما دورا مقيدا فهي تختار القانون الذي يكون ذات صله بالعقد الدول اي تربطه بذلك العقد صلة اساسيه جوهرية اي ان هنالك رابط بين القانون المختار والعقد دولي فهي بذلك تترك مساله التركيز الموضوعي للقاضي الذي يقوم بالبحث في كل حاله على حده عن القانون الاكثر ارتباطا بالعقد وفقا للظروف التعاقد وملابساتها اي انها تترك للقاضي مساله تحديد مركز الثقل في العلاقات التعاقدية [1].

وبالتالي فأن اتباع هذه الفكرة والتي تعرف بفكرة الاسناد المرن للرابطة العقدية من شأنه ان يقضي على فكرة تحرر الرابطة العقدية من كل قانون لأن تلك الفكرة لابد وان تخضع العقد لقانون معين اضافة إلى ذلك لابد من توفر صلة بين القانون والعقد ، بالإضافة إلى ذلك ترفض فكرة تجزئة العقد ذلك لأن العقد بتمامه سوف يقع تحت سلطان قانون واحد ، لذا فقد وجه لها النقد بكونها تصادر ارادة الاطراف في تحديد قانون العقد وفي الوقت نفسه تعطي مساحة واسعة للقضاء للتدخل في الرابطة العقد وفي اختيار القانون الذي تخضع له [2].

لذا فقد حاول بعض الفقه في سويسرا استخدام فكرة اخرى تعرف بفكرة الاداء المميز اي تطبيق القانون الطرف المدين بالإداء المميز في الرابطة العقدية اي الطرف الذي يضطلع بالدور الاساسي فيها ، فوفق منطق هذه النظرية ان هنالك طرفاً واحداً له الدور الاساسي في الرابطة العقدية في حين ان الباقين لا يشاركون سوى بأدوار ثانوية ، وبالتالي فأن القانون الذي يطبق هو قانون الموطن للمدين بذلك الاداء [3].

ختما يمكننا القول ان كل فكرة من الافكار المطروحة لها انصارها ولها دول تأخذ بها فأن تلك الانتقادات لا تغير من ان القضاء لا يزال يصدر احكامه كلاً

حسب توجه مشرعه ووفقا للفكرة التي يعتنقها.

الخاتمة:

بعد ان انهينا البحث في مفر القوة القاهرة واثرها على قواعد الاسناد فأن منهج البحث العلمي يحتم علينا ان نؤشر اهم ما وصلنا له من نتائج واهم ما نراه من مقترحات ..

اولاً : النتائج

١. ان المجال الحيوي للقوة القاهرة هو العقود الدولية ذات الطابع المالي اما غيرها من العقود فلا تثير اشكالاً لأن في الغالب لها قواعد اسناد خاصة بها في الوانين الوطنية .
٢. ان للإرادة دوراً فعالاً في تحديد القانون الذي يحكم العقد عند تعرضه للقوة القاهرة سواء تم ذلك بالإردة الصريحة او الضمنية .
٣. ان دور قواعد الاسناد الاحتياطية وكذلك دو القضاء لا يظهر إلا من الوقت الذي ينتهي فيه دور الارادة .
٤. ان دور التشريعات معالجة موضوع القوة القاهرة التي تعتري عقود التجارة الدولية اما ان تكون سابقاً لأبرام العقد من خلال تحديد القانون بصورة مسبقة ، او يكون لاحقا لانعقاد العقد من خلال اختيار القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية.

ثانيا: المقترحات

١. ضرورة تعديل نص المادة ٢٥ الفقرة الاولى من القانون المدني العراقي والتي تنص على اختيار موطن الاطراف المتعاقدين كضابط اسناد يعالج موضوعات العقد الدولي ومنها القوة القاهرة في حين ان القوة القاهرة تحدث عند التنفيذ وهذا التنفيذ قد يختلف عن موطن المتعاقدين .
٢. لابد ان تكون المعالجة من خلال اختيار قانون يكون اكثر صلة بالرابطة العقدية وبنفس الوقت يلبي طموحات الاطراف المتعاقد كأن يكون قانون بلد التنفيذ .

الهوامش

(١) د. محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، ص١٨

(١) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، ص ٣٧٧ ، اشار له ، د. محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد، المصدر السابق ، ص ١٧

(٢) د. محمود محمد ياقوت ، المصدر نفسه ، ص ١٥

(٣) بكاكير حسيبة ، عقود التجارة الدولية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، الجزائر ، ٢٠١٣ ، ص١

(١) د . محمود سمير الشرقاوي ، العقود التجارية الدولية ، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢ م ، ص٣_٤ . بكاكير حسيبة ، المصدر السابق ، ص ٣. محمد بلاق ، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية _ جامعة ابو بكر بلقايد ،٢٠١١ ، ص ١

(١) د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة فؤاد الأول ، مطبعة دار النهضة العربية ، مصر ، ١٩٤٦، ص٥٧

(٢) د . عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج١ ، مطبعة نديم ، بغداد ، ١٩٧٧ ، ص ٥٨٣

(٣) ينظر نص المادة (٧٩) من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع والتي تنص ((لا يسأل احد الطرفين عن عدم تنفيذ التزاماته اذا اثبت ان عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارج ارادته ...))

(١) د. نبيل براهيم سعد ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية ،٢٠٠٧م ، ص ٤٥٦

(٢) د . عادل محمد ، خير ، عقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، ط١، القاهرة ، ص٩١

(٣) د. نبيل براهيم سعد ، المصدر نفسه ، ص ٤٥٦

(١) د. محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ، مصدر سابق ، ص٧٨ . د . أحمد عبد الحميد عشوش ، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٥ ، ص٧٠_٧١ وما بعدها

(٢) هاله عبد الجبار وهيب ، اثر القوة القاهرة على عقود التجارة الدولية في ضوء قواعد تنازع القوانين ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة بني سويف ، مصر ، ٢٠١٩ ، ص ص٥٨

(١) هاله عبد الجبار وهيب ، المصدر السابق ، ص ص٥٩

(٢) د. طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠١٠ ، ص ٨٧_ ٨٨ . هاله عبد الجبار وهيب ، المصدر نفسه ، ص٥٩

(٣) د. محمود محمد ياقوت ، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٤، ص ٨٧

(١) ينظر نص المادة (٢٥) من القانون المدني الفقرة الاولى (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه) اذ يستشف من الشطر الاخير من هذا النص وبالتحديد (مالم يتبين من الظروف) ان المشرع العراقي قد ركن إلى الارادة الضمنية للمتعاقدين .

(٢) د. محمود محمد ياقوت ، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية ، المصدر السابق ، ص٧٧

(١) بلاق محمد ، مصدر سابق ، ص٥٣

(٢) هالة عبد الجبار وهيب ، مصدر سابق ، ص٧٥

(١) عبد السلام علي الفضل ، منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي ، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٤٦ ، العدد الاول ، ملحق ١ ، ٢٠١٩ ، ص ٥٦٤

[٢] هالة عبد الجبار وهيب ، المصدر السابق ، ص٧٥ وما بعدها

[١] هالة عبد الجبار وهيب ، المصدر السابق ، ص٧٧

المصادر

اولاً كتب القانون

١. د . أحمد عبد الحميد عشوش ، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٥
٢. د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة فؤاد الأول ، مطبعة دار النهضة العربية ، مصر ، ١٩٤٦
٣. د. طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠١٠
٤. د .عادل محمد ، خير ، عقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، ط١، القاهرة .
٥. د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج١ ، مطبعة نديم ، بغداد ، ١٩٧٧
٦. د . محمود سمير الشرقاوي ، العقود التجارية الدولية ، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢ م
٧. د. محمود محمد ياقوت ، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٤
٨. د. محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر
٩. د . نبيل براهيم سعد ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية ،٢٠٠٧م

ثانياً: الرسائل والبحوث

١. بكاكير حسيبة ، عقود التجارة الدولية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، الجزائر ، ٢٠١٣
٢. محمد بلاق ، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية _ جامعة ابو بكر بلقايد ،٢٠١١
٣. هاله عبد الجبار وهيب ، اثر القوة القاهرة على عقود التجارة الدولية في ضوء قواعد تنازع القوانين ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة بني سويف ، مصر ، ٢٠١٩
٤. عبد السلام علي الفضل ، منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي ، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٤٦ ، العدد الاول ، ملحق ١ ، ٢٠١٩

ثالثاً : التشريعات

١. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨
٢. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل
٣. اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٨٠