مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: وظيفة القواعد المادية في مواجهة ازمة تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية
اسم الكاتب: م.د. اياد جواد محمد، أ.م.د. نورس عباس محسن
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/6350
تاريخ الاسترداد: 2026/11/03 10:02 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

Journal of Anbar University for Law and Political Sciences
مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية
P. ISSN: 2706-5804 E.ISSN: 2075-2024
Volume 14- Issue 1- March 2024 المجلد ١٤- العدد ١ – اذار ٢٠٢٤

The function of the objective rules against the conflict of laws crisis in international trade contracts

[1] Lecturer. Dr. Iyad Jawad Muhammad [2] Assist. Prof. Dr. Nawras Abbas Mohsen

[1]Technology University [2] College of Law and Political sciences , Al-Iraqia University

1: Email:
2: Email:

Abstract:

The attribute private international legal relationships according to the conflict of laws approach and the defects resulting from applying that approach that known as the "conflict of laws crisis", which seriously caused the need to develop a new approach that overcomes the obstacles surrounding of working with the traditional approach based on attributing private international legal relations in accordance with certain standards previously Prepared regardless of the nature of the relationship.

This necessitated the initiate of a new approach named as the objective rules approach, which has been required since its appliance to determine the legal rule that will apply to relationship without any need to involve the rules of attribution. This application was soon expanded and extended by two sources, the first one , which are those rules adopted by the national legislator. even the second one manifested in rules of international origin. However, these special conditions, no matter how important they are, do not completely change the requirements of attribution and the traditional approach.

DOI
10.37651/aujlps.2023.145062.1123

Submitted: 24/1/2024
Accepted: 10/2/2024
Published: 15/03/2024

Keywords:
conflict of laws
conflict of laws crisis
rules of attribution
material rules
private international relations.

©Authors, 2024, College of Law University of Anbar. This is an open-access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

وظيفة القواعد المادية في مواجهة ازمة تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية

[١] م.د اياد جواد محمد [٢] أ.م.د نورس عباس محسن

[١] الجامعة التكنولوجية [٢]كلية القانون والعلوم السياسية - الجامعة العراقية

الملخص:

ان اسناد عقود التجارة الدولية على وفق منهج تنازع القوانين الى قانون ما استتبع ذلك بعض من الاخفاقات والمساوئ عرفت فيما بعد بأزمة تنازع القوانين التي استدعت جدية التفكير باستحداث منهج جديد يتخطى العقبات التي تكتنف سبيل العمل بالمنهج التقليدي القائم على اسناد العلاقات القانونية الدولية الخاصة بناء على مجموعة ضوابط معدة سلفا من قبل المشرع الوطني وبغض النظر عن طبيعة تلك العلاقة . وتبعا لذلك تم استحداث منهج جديد يدعى بمنهج القواعد المادية الذي يطرح منذ تبنيه النص القانوني الذي يحكم العلاقة دون الاضطرار الى المرور بقاعدة الاسناد ، وما لبث هذا المنهج ان توسع ليتم تغذيته برافدين من القواعد المادية الاولى هي تلك القواعد المتبناة من قبل المشرع الوطني والثانية تتجلى بالقواعد ذات المصدر الدولي الناتجة عن مجموعة اتفاقات دولية ،غير ان هذه القواعد المادية ومهما كانت اهميتها فإنها لا تلغي تماما قواعد الاسناد والمنهج التقليدي .

الكلمات المفتاحية:

تنازع القوانين، ازمة التنازع، قواعد الاسناد، القواعد المادية، العلاقات الخاصة الدولية.

المقدمة

اولا :- فكرة البحث

ان تنازع القوانين في العقود الدولية الخاصة يتم حله بواسطة قواعد الاسناد أو قواعد التنازع، وهي قواعد وطنية لا تعطي الحل المباشر للنزاع وانما يقتصر دورها على ارشاد القاضي الوطني الى القانون الواجب التطبيق. على العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي.

وهذه القواعد كانت الى وقت قريب هي المهيمنة في حكم عقود التجارة الدولية ، الا ان فكرة التسليم المطلق بنتائج منهج التنازع بشأن هذا النوع من العلاقات قد طرأ عليه التغيير، اذ ظهرت توجهات في القانون الدولي الخاص المعاصر تضيق من نطاق سلطان

قواعد التنازع . او ربما يدعو بعضها الى هجر هذا المنهج التقليدي بالمجمل ويطرح بدائل جديدة لحل هذا التنازع بعيدا عن قواعد الاسناد التقليدية. الأمر الذي تسبب بما يسمى بأزمة تنازع القوانين . ولعل من أهم ما طرحه الفقه القانوني بهذا الصدد نظريتي القواعد المادية والقواعد ذات التطبيق الضروري. مع ملاحظة ان نظرية القواعد المادية ظهرت لمواكبة العلاقات التجارية الدولية.

ثانيا :- مشكلة البحث

لما كانت قواع الاسناد التقليدية قواعد جامدة معدة مسبقا من قبل المشرع الوطني لحكم جميع العلاقات الدولية الخاصة وهي لا تعطي الحل المباشر وانما تقتصر مهمتها على الاشارة الى ضوابط يستدل من خلالها على القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية محل النزاع الامر الذي يجعل من قاعدة التنازع هذه عاجزة عن استيعاب التطور الكبير الحاصل في العلاقات التجارية الدولية التي تستدعي بدورها السرعة في اجراءات فض النزاع من جهة وملائمة القاعدة القانونية للعلاقة محل النزاع من جهة اخرى بغض النظر عن الضوابط المشار اليها سلفا في المنظومة القانونية الوطنية ، كل ذلك استدعى الى تنامي الحاجة الى استحداث قواعد مادية تتجاوز فكرة ضوابط الاسناد وذات تطبيق مباشر وسريع ، غير ان الفقه ذاته الذي دعى الى استحداث هذه القواعد انقسم على نفسه بين من يجعل من وظيفة هذه القواعد المادية وظيفة تكميلية لقواعد الاسناد التقليدية وبين من يجعلها ذات تطبيق رئيسي يستغنى بها عن المنهج التقليدي السائد في الاسناد ومن هنا فان فكرة هذا البحث تسعى الى تسليط الضوء على هذا الاشكال وتحديد اي من الاتجاهين اولى بالتبني من قبل المشرع الوطني .

ثالثاً:- اهمية البحث

تكمن اهمية البحث في اهمية ما تضمنه من مضمون اذ يسلط الضوء على الكيفية التي يقتضي مراعاتها في اخضاع علاقات التجارة الدولية الى قانون محدد وطبقا للصورة التي نستطيع من خلالها تجاوز الانتقادات الموجهة الى قواعد الاسناد التقليدية التي هي في حقيقتها ذات صبغة سياسية اكثر من كونها وسيلة ناجعة في تنظيم العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي ، وفضلا عن ذلك سيتطرق البحث الى مدى ضرورة استبدال القواعد السائدة في اسناد

العلاقات الدولية الخاصة ولا سيما ذات الطابع التجاري بالقواعد المادية ، وبعبارة اخرى مدى ضرورة توحيد قواعد القانون الدولي الخاص في حل النزاعات الناجمة عن هذه العلاقات.

رابعا :- منهج البحث

سنعمد الى اتباع المنهج الوصفي و التحليلي في تسليط الضوء على اسباب حدوث الرغبة في تجاوز قواعد الاسناد التقليدية او ما يسمى بأزمة تنازع القوانين والعوامل المؤثرة في حدوثها مع التحري عن وظيفة القواعد المادية في مواجهة ازمة تنازع القوانين هذه.

خامسا:- خطة البحث

من أجل الوقوف على وظيفة القواعد المادية في مواجهة ازمة تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية يقتضينا البحث تقسيمه الى مبحثين وكالاتي:-

المبحث الاول: ماهية ازمة تنازع القوانين

المبحث الثاني : مفهوم القواعد المادية ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية

I. المبحث الاول

ماهية ازمة تنازع القوانين

الاصل ان العلاقات الخاصة الدولية يتم حسم المنازعات الناشئة عنها بالاستناد الى قواعد التنازع التي تحدد القانون الواجب التطبيق وفقا لضابط اسناد يقوم اساسا - في مجال العقود الدولية الخاصة - على ارادة المتعاقدين. وهذه الاخيرة قد تعقد الاختصاص الى قانون غير ملائم لحكم العقد محل النزاع لا سيما في مجال التعاقد الالكتروني الذي يقتضي معه البحث عن منهج قانوني اخر ينظم العقود الالكترونية[١] الامر الذي ادى الى تبادر الشك حول مدى صلاحية منهج التنازع التقليدي لحكم العقود الخاصة الدولية بصورة عامة والتجارية على وجه الخصوص وهو ما بات يعرف باصطلاح ازمة تنازع القوانين في العلاقات الدولية الخاصة، فمنهج التنازع كما يعترف الفقه لم يعد ذي اختصاص استئثاري بتنظيم علاقات الافراد عبر الحدود. وقواعد التنازع هي احدى طرق حل تنازع القوانين وليس الطريق الوحيد

(١) ينظر: د. محمد احمد علي المحاسنة ، *تنازع القوانين في العقود الالكترونية* ، (الاردن: دار الحامد للنشر والتوزيع ، ٢٠١٣)، ص١٧٣

لذلك ، وهذا التوجه لم يكن مقبولاً الى وقت قريب. اذ ان دور منهج التنازع لم يتراجع. ولم يثر الشك حول فاعليته الا حديثاً[١]. وكان وراء هذا التغيير في النظرة او بعبارة اخرى تنامي حدوث ازمة تنازع القوانين جمود المنهج التقليدي عن استيعاب حاجات التجارة الدولية و نبحث فيها في مطلب اول ثم نبحث في اهم المأخذ أو الانتقادات التي وجهت لقواعد التنازع في مطلب ثانٍ لتمام الفائدة حول ماهية ازمة التنازع.

I.أ. المطلب الاول

جمود قواعد التنازع التقليدية عن استيعاب حاجات التجارة الدولية

يمكن اختصار عوامل جمود قواعد تنازع القوانين في العلاقات الدولية الخاصة الى تلك العائدة إلى حاجات التجارة الدولية وأخرى الى زيادة تدخل الدولة في تنظيم مسائل كثيرة مما حجم من دور قواعد التنازع ووجه عملية فض التنازع بين القوانين وجهة اخرى قد تكون بعيدة عن منهج التنازع بوجه عام .وهذا ما سنقف على مصداقية في النقاط الرئيسية الاتية :-

اولا :حاجات التجارة الدولية

أدت طبيعة علاقات التجارة الدولية الى ازدياد الحاجة إلى قواعد فاعلة في اسناد المنازعات الناتجة عن هذا النوع من العلاقات وهذه الحاجة تستدعي النظر الى علاقات التجارة الدولية نظرة مختلفة عن غيرها من علاقات القانون الدولي الخاص. فالتجارة الدولية قائمة على السرعة ومحكومة بحاجات التجارة وممارسات المهنة وتتمادى بطبعها على القانون الداخلي - فهي أحوج ما تكون لقواعد خاصة تختلف عن تلك المعروفة بقواعد التنازع التقليدي[٢]، لأن قواعد التنازع تشير وحسب وظيفتها إلى قانون مختص بحسم النزاع بغض النظر عن كونه قانوناً وطنياً او اجنبياً، وهذا القانون لا يعدو كونه قانونا داخليا بالنتيجة . يتم اختياره حسب نتيجة الاسناد من بين القوانين المتنازعة او المرشحة وهذا القانون الوطني لا

(١) ينظر : د. احمد عبد الكريم سلامة، *قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية ، القانون الواجب التطبيق وازمته)*، (القاهرة: دار النهضة العربية، بلا سنة)، ص ٢٨٨

(٢) ينظر : د.اشرف وفا محمد،*الوسيط في القانون الدولي الخاص*، (القاهرة: دار النهضة العربية ، الطبقة الأولى، ٢٠٠٩)، ص٥٠ ، ٥١.

يصلح غالباً للتطبيق على عقود التجارة الدولية لأنها مختلفة عن العقود الوطنية من حيث اطرافها واثرها[١].

وهي تحتاج الى قواعد قانونية مواكبة لها وهذه لا تتأتى من قانون وطني مكتوب عادة، بل تستمد غالباً من اعراف التجارة وعاداتها الامر الذي دفع جانب من الفقه الى الدعوة إلى هجر قواعد التنازع في مجال عقود التجارة الدولية وطرح بدائل أخرى بدلا عنها من بينها ما يدعى بالقواعد المادية او قانون التجارة الدولية الجديد[٢].

ومن ابرز الاتفاقيات الدولية التي تضمنت في طياتها نصوصا مادية هي اتفاقية فينا الخاصة بالبيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠ اذ تضمنت في طياتها العديد من القواعد الموضوعية التي تطبق بصورة مباشرة والتي حددت نطاق تطبيقها على العقود الدولية ذات الطابع التجاري ومن بين هذه النصوص المادة الاولى من الاتفاقية التي عمدت الى تنظيم معنى الايجاب والقبول ونص الفقرة أ من المادة ١٠ التي عالجت مشكلة تعدد مراكز اعمال اطراف العلاقة العقدية حيث نصت على "ما اذا كان لأحد الاطراف اكثر من مكان عمل واحد فان مكان عمله هو المكان الاكثر ارتباطا وصلة بالعقد " ونص المادة ٨ التي تطرقت الى الية تفسير عقود التجارة الدولية ونصت على ضرورة اعتماد ما قصده الاطراف من البنود الواردة في العقد متى كان الطرف الاخر على علم بهذا القصد او كان من غير الممكن تجاهله فضلا عن نص المادة ٨١ و٥٣ و٥٤ من الاتفاقية التي تطرقت الى مبدأ تحقيق التوازن العقدي بين الاطراف والنصوص ٧٥ و ٨٥ الخاصة بمبدأ المعقولية ونص المادة ٩ الخاص بتحديد القانون الواجب التطبيق.

ثانيا :- زيادة تدخل الدولة في الجانب الاقتصادي والاجتماعي

على خلاف الأصل فيما يتعلق بالطريقة المألوفة في فض تنازع القوانين بواسطة قواعد الاسناد ، اصبحت الدولة وفي احيان كثيرة تتدخل وتفرض تطبيق قواعد آمره في قانونها الوطني غالباً وذلك مراعاة لمصالح واعتبارات خاصة بغض النظر عن الحكم الذي يشير إليه القانون الواجب التطبيق طبقا لقواعد الاسناد المذكورة فيه . فالقاضي يهدر النتيجة

(١) ينظر ، طارق عبد الله عيسى المجاهد، "تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية دراسة مقارنة"، (اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ٢٠٠١)، ص ١٧١.
(٢) ينظر: طارق عبد الله عيسى المجاهد ، مصدر سابق ، ص١٧٢.

التي تؤدي اليها قواعد الاسناد في قانونه في الاحوال الاعتيادية و يلجأ إلى تطبيق قانونه الوطني تطبيقاً مباشرا بحدود نطاق انطباق قواعد ذات طبيعة محددة توصف بأنها ذات تطبيق مباشر .

ما يعني أن هنالك علاقة عكسية بين تزايد دور الدولة التوجيهي في المجال الاقتصادي و الاجتماعي و بين دور قاعدة الأسناد. و ينكمش دور هذه الاخيرة كلما زادت الدولة من أحوال تدخلها(١). وبهذا يكون المشرع ذاته الذي وضع قاعدة الاسناد قد ساهم عن غير قصد على حد تعبير بعض الفقه (٢)في تضييق الخناق على منهج التنازع وذلك بوضعه لقواعد امرة واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها أيا كانت طبيعتها داخلية ام دولية(٣) .

وهذا التوجه يبلغ ذروته في ظل المذاهب الاشتراكية ما يعني انه يرتبط بهذا المذهب بعلاقة طردية ، لأن الدولة تنفذ تدخلها في المجال الاقتصادي عن طريق القانون فإصدار قوانين التوجيه الاقتصادي والاجتماعي كقوانين الاسعار والرقابة على النقد وعمليات الكمارك وقوانين حماية المستهلك والقوانين الخاصة بعقود العمل. قد اسهم بتغيير وجه الحياة الداخلية وحتى الدولية الخاصة مع تلك السياسة التدخلية للدولة، بل أنها اتجهت الى القيام بأنشطة كانت في وقت سابق من صميم النشاط الخاص. فعمدت في سبيل ذلك إلى التأكيد على الصفة الآمرة للقواعد القانونية التي تفرضها في مسائل معينة. فتقلص دور قاعدة الاسناد في مجال العقود الدولية بسبب زيادة عدد القواعد التي يصطلح على تسميتها قواعد التطبيق المباشر.

ما يعني ان اسلوب القواعد المادية التي طرحت نفسها كمنافس أو بديل عن قواعد التنازع في ظل التجارة الدولية فضلا عن القواعد ذات التطبيق الضروري(٤) التي ضيقت من دائرة عمل قواعد التنازع . كانتا أهم سببين لأزمة تنازع القوانين لأنهما اثارا الشكوك حول

---

(١) ينظر: د. مجيد خالد الترجمان ، *القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الأجنبية*، بلا سنة ودار طبع ، ص ٥٩ ،٦٠.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص ٢٩٨.

(٣) ينظر: المصدر ذاته، ص ٢٩٨ .

(٤) يقصد بقواعد ذات التطبيق الضروري تلك القواعد التي يضعها المشرع الوطني لغرض حماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة مما يحتم تطبيقها بأسلوب امر وفوري على جميع العلاقات القانونية التي تدخل في مجال تطبيقها سواء كانت هذه العلاقات وطنية خالصة ام علاقات ذات طابع دولي خاص وبغض النظر عن القانون الذي تشير اليه قاعدة التنازع الوطنية وتعد هذه القواعد النوع الثاني من الاساليب المستخدمة لحل تنازع القوانين الى جانب القواعد المادية على ان الفرق بين القواعد المادية والقواعد ذات التطبيق الضروري يكمن في ان الاولى لا تسري الا على العلاقات ذات العنصر الاجنبي في حين ان القواعد ذات التطبيق الضروري يضعها المشرع الوطني لغرض حماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة فهي تطبق وبغض النظر عن جنسية الاطراف وهي بحسب البعض بديلا عن فكرة النظام العام في القانون الخاص ينظر في كل ما تقدم استاذنا د. عباس العبودي، *تنازع القوانين والاختصاص القضائي* ، (العراق: مكتبة السنهوري، الطبعة الاولى، ٢٠١٤)، ص٥٢، ٥٥ وينظر أيضا: G. sperduti ,les loid application necessarie en tant que dordere public critique,1977,p,257

احدى اهم المسلمات في مجال العقود الدولية الخاصة وهي هيمنة قواعد الإسناد على حل التنازع بين القوانين فلا الارادة ولا قانونها باتا قادرين بشكل مطلق على تقديم الحل الناجح للنزاع المثار بشأن منازعات العقود الدولية، فالسلطان المطلق لإرادة الاطراف بات يصطدم مع حقيقة زيادة تدخل الدولة وحالات الالزام بتطبيق قانون معين. وهو ما يكون نتيجة الموازنة بين الارادة الفردية وارادة القانون وترجيح الارادة الثانية على الإرادة الفردية لما يترتب عليها من تحقيق الامان للروابط القانونية[١].

I.ب. المطلب الثاني

الانتقادات الموجهة لقاعدة التنازع (المنهج التقليدي)

أن ظهور القواعد المادية من جهة وقواعد التطبيق الضروري من جهة ثانية ، لم يكن لتزعزع مكانة قواعد التنازع التقليدية لو ان هذه الأخيرة اثبتت فاعليتها الا ان عدم سلامة الحلول التي يؤدي اليها تطبيق قواعد التنازع في احوال معينه ادى الى ظهور ازمة تنازع القوانين ، وقلل من مكانتها وشكك في مانعية اختصاصها في حل تنازع القوانين ، ولعل من اهم الانتقادات التي وجهت اليها هي الآتية :-

اولاً: عجز قاعدة التنازع عن مواكبة التطور السريع والمتلاحق في الأساليب الحديثة للتجارة الدولية [٢]فهي قاعدة عمياء[٣] ومنهجها غير متبصر سواء من حيث أساسه او من حيث نتيجته - فمن حيث أساسه فانه يفترض ان العلاقات الدولية الخاصة هي من قبيل علاقات القانون الخاص التي لا تختلف في جوهرها عن العلاقات الوطنية فهو ينظر اليها على انها علاقات القانون الداخلي معكوسة على مسرح الحياة الدولية[٤].

اما من حيث نتيجته فهو منهج يعود في النهاية الى اعمال قواعد قانون داخلي لدولة معينة (اي قانون وطني) فيتم تطبيقه على الروابط الدولية ذات الطبيعة الخاصة. وتلك القواعد الوطنية هي بدائية غالباً وذلك انها تكونت بمقتضى مبادلات داخلية بحته وهي قواعد ذات

(١) ينظر: د.احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص ٣٠٣.
(٢) ينظر: المصدر ذاته وفى ٢٧٢ .
(٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص٢٧٢. وايضاً يدعوها الاستاذ باتيفول مبهج ضرير، اشار اليه طارق عبد الله المجاهدة ، مصدر سابق، ص١٧١.
(٤) ينظر : د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص٢٧٢.

صبغة سياسية على حد تعبير بعض الفقه[١] فلا يمكن ان تنسجم مع حاجات التجارة الدولية الحديثة والمتطورة كما ونوعاً أي أن قاعدة الاسناد تتجاهل عن عمد كما يعبر بعض الفقه [٢] خصوصية العلاقات الدولية الخاصة . والحقيقة لا يمكن التسوية بين العقود الدولية والداخلية ، فلكل منهما سماته ومقتضياته الذاتية التي تتباين كثيراً عن الثاني.

من اجل ذلك ظهرت دعوات الى ابعاد العقود الدولية عن نطاق منهج التنازع[٣] فزادت الحاجة الى وجود منهج مستقل له القدرة الذاتية لتنظيم عقود التجارة الدولية والروابط التي تنشأ في نطاقها [٤]وهو منهج القواعد المادية الذي سنفصل فيه في موضع قادم.

ثانياً : عدم عدالة الحلول التي يفضي اليها منهج التنازع [٥] ، بسبب عدم معرفة مضمون القانون الذي سيطبق ، لان قاعدة التنازع يتم اعمالها على نحو لا يؤخذ فيه بنظر الاعتبار محتوى او مضمون القوانين ذات الصلة بالنزاع. فمحتوى هذا القانون لا يبحث عنه الا في مرحلة تالية لإسناد العلاقة . فبالرغم من حياد قاعدة التنازع المتمثل بنظرتها وبعين واحدة للقوانين المتنازعة الا ان هذه الصفة ستؤدي الى نتائج غير عادلة[٦] وهذا من شأنه ان يؤدي إلى الإخلال بعنصر الامان القانوني ، في بعض الاحوال، والتي يؤدي اعمال قواعد التنازع فيها الى نتائج غير مرغوب فيها ، اذ ان وظيفة قاعدة التنازع تنصب على تحديد القانون الواجب التطبيق دون ان تعنى بنتائج تطبيقه[٧].

---

(١) فبحسب هذا الرأي ان قواعد تنازع القوانين ذات صفة سياسية تبتعد بها عن دورها الحقيقي الذي ينبغي ان تمارسه في تنظيم العلاقات الدولية الخاصة فالقانون كالقضاء يعد مظهرا لسيادة الدولة وان لكل دولة نطاق اختصاص اقليمي تمارس فيه سلطاتها التشريعية ولا يقبل داخل هذا النطاق الاقليمي سريان قانون دولة اجنبية للتوسع في هذا الموضوع ينظر:

Pillet , principes de droit international prive,p76

مشار اليه لدى د.ماجد الحلواني، *القانون الدولي الخاص واحكامه في القانون الكويتي*، (الكويت: طبع جامعة الكويت ،١٩٧٤)، ص٢٨٢.

(٢) ينظر قريب من هذا المعنى استاذنا د. عباس العبودي ، مصدر سابق، ص٢٧.

(٣) ينظر : د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق ،ص٢٧٣.

(٤) ينظر: طارق عبد الله عيسى المجاهد /مصدر سابق ص ١٧١.

(٥) ينظر: د.عباس العبودي، *تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية* ، (بغداد: مكتبة السنهوري، ٢٠١٤م)، ص٥١.

(٦) ينظر: د. اشرف وفا محمد، مصدر سابق ، ص٣٤.

(٧) المصدر ذاته: ص٢٨.

فوظيفية قاعدة الاسناد وفقاً للرأي الراجح في الفقه هي وظيفة قانونيه[١] تنحصر بالدلالة على القانون الذي سيحكم النزاع . وهي وظيفة تتوقف عند هذا الحد، ويؤدي هذا غالباً الى تطبيق قواعد موضوعية ربما ليست هي الامثل بحكم العلاقات الدولية الخاصة. ومن ثم ان عدم القدرة على توقع الحلول يخل بالأمان القانوني ، فالاختصاص التشريعي سيوكل إلى قانون غير معروف ابتداءً سواء من قبل المشرع الوطني او من قبل القاضي الوطني. ويترتب على ذلك ان القاصر اذا تبين له عدم ملائمة احكام القانون الذي اشارت الى تطبيقه قواعد الاسناد في قانونه فانه لا يستطيع هجر هذا القانون او اهماله ؛لان قواعد الاسناد ذات صفة امرة [٢].

فاطراف عقود التجارة الدولية لا يمكن ان يطمئنوا على حقوقهم اذا كانوا لا يعلمون مقدماً القواعد القانونية الواجبة التطبيق على تلك العقود .وهذا الامر يزداد صعوبة بالنسبة لعقود التجارة الدولية المركبة والمعقدة. مثل عقود الانشاءات الصناعية التي تتضمن سلسلة من العقود المتداخلة تتبلور في وثيقة واحدة على رغم تباينها ،الامر الذي يحتم بتعدد القانون الواجب التطبيق متى تم اعمال قواعد التنازع التقليدية بسبب تداخل عدة عقود في مشروع واحد [٣]الأمر الذي حدى بجانب من الفقه[٤] الى القول بأن تطبيق منهج التنازع سيؤدي الى قفزة في الظلام .

ثالثا: ان منهج التنازع يتسم بالتعقيد. اذ ان اعمال قواعد الاسناد ليس بالأمر اليسير. فضلاً عن ان اهمية هذا الاعمال لا تظهر الا اذا رفع صاحب الشأن في العلاقة العقدية او القانونية عموماً، دعوى امام القضاء. الأمر الذي يفقد قواعد التنازع الوظيفة الوقائية التي تتسم بها قواعد القانون بصورة عامة وهي الحيلولة دون وقوع النزاع[٥] فهي تنتظر حدوث النزاع كي يبدأ دورها .

(١) ينظر: د.عباس العبودي، مصدر سابق ، ص ٣.
(٢) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص ٢٩٣.
(٣) ينظر: طارق عبد الله عيسى المجاهد، مصدر سابق، ص ١٧٤
(٤) منهم د. محمود محمد ياقوت . و د. حسام الدين فتحي ناصف ود. محمد عبد الله مؤيد ، مشار لهم لدى طارق طارق عبد الله، المصدر ذاته ، ص ١٧١ ،هامش (٢).
(٥) ينظر: د. عباس العبودي، مصدر سابق ، ص ١٧١ .

رابعا: انها تتعارض مع مصالح التجارة الدولية، فتطبيق قواعد الاسناد التقليدية قد يؤدي في معظم الاحيان، إلى اسناد العقد الدولي إلى قانون اجنبي حسب نتيجة قواعد الاسناد. في حين انه من الممكن ان تكون العلاقة القانونية متصلة بشكل وثيق بقانون القاضي والعكس صحيح[١] لان الاثر القانوني طبقاً لقاعدة الاسناد يتمثل في اعطاء الاختصاص لقانون دولة معنية بناء على اعتبارات قدرها المشرع ابتداء عند وضعه لقواعد الاسناد. وهي اعتبارات لا تقوم بطبيعة الحال على مقارنة سابقة بين الأحكام الموضوعية للقوانين المتنازعة، لاسيما وان تلك المقارنة تتسم بالصعوبة من الناحية العملية ان لم تكن مستحيلة لعدم معرفة المشرع ابتداءً بالقوانين التي يمكن ان تتزاحم بشأن العلاقات القانونية[٢].

من العرض المتقدم يتبين للباحث وبصورة جلية أن قاعدة التنازع لم تعد تحظى بذات المكانة التي كانت لها في السابق ، بسبب ثبوت عدم ما نعيتها من جهة وعدم ملائمة المنهج الذي تقوم عليه من جهة اخرى فضلا عن كثرة ورجاحة بعض الانتقادات التي وجهت لها.

II. المبحث الثاني

مفهوم القواعد المادية ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية

ان قصور منهج التنازع التقليدي عن تلبية الحاجات العملية لمعاملات التجارة الدولية ادى الى ظهور بدائل عملية لها كان أهمها ما يعرف بالقواعد المادية، وهذه القواعد تبعت من مصادر عديدة - فتباين دورها تبعا لمصدرها، ولبيان ماهية القواعد المادية سنبحث في تعريفها ونمر على مصادرها على عجالة بغية التأسيس لدورها الذي يكون البحث فيه سمة لماهيتها وكل في مطلب مستقل.

(١) ينظر: صادق زعير، مصدر سابق، ص ١٠.
(٢) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص ٢٩١.

II.أ. المطلب الاول

التعريف بالقواعد المادية

تعرف القواعد المادية أو الموضوعية كما يفضل بعض الفقه[١] تسميتها بأنها "مجموعة القواعد التي تضع مباشرة حلولا موضوعية لمشاكل العقود الدولية للتجارة ، والتي تفترق بذلك عن قواعد الاسناد التي تحتويها النظم الوطنية في القانون الدولي الخاص "[٢]. وهذه القواعد تنبع من مصادر متعددة وهذا ما يظهر من تعريف بعض الفقه والذي يذهب الى انها " مجموعة من المبادئ والنظم والقواعد المستمدة من كل المصادر التي تغذي باستمرار البناء القانوني وتلبي حاجات العاملين في التجارة الدولية" [٣]. ما يعني أن هذه القواعد تقدم الحل المباشر للنزاع وهذا الحل يحسم النزاع دون التوقف على قانون آخر ، ودعى إلى تطبيق هذه القواعد فقه القانون الدولي الخاص المعاصر لكن موقعها يختلف حسب النظرة اليها وهي لا تخرج عمن يراها بديلاً لقواعد الاسناد وبين من يرى تداخلها معها. اذ انقسمت آراء الفقه إلى اتجاهين نبحثهما في نقطتين رئيسيتين:-

اولا:- الاتجاه الموضوعي التكميلي[٤].

هذا الاتجاه ينادي بتكوين قانون موضوعي جديد للحالات والقضايا التي لا يكون فيها تطبيق القانون الذي تقرره قواعد الاسناد تطبيقاً مرضيا[٥] وينظر الى القاعدة المادية بانها قاعدة تكميلية لقواعد الإسناد وملحقة بها ويلجأ اليها في حالات قليله ، وذلك ان القواعد المادية يعتريها النقص والقصور فلا بدة من ضابط اسناد تعمل معه جنبا الى جنب في اسناد العلاقات الخاصة الدولية وهذا هو معنى التكميل الذي اتسم به هذا الاتجاه[٦]. وتبعا لذلك فان القواعد

(١) د.أحمد عبد الكريم سلامة، *نظرية العقد الدولي الطليق*، (القاهرة: دار النهضة العربية، بلا سنة)، ص٢٥٧.
(٢) المؤلف ذاته، ص ٢٨٦.
(٣) الفقيه جولدمان، مشار اليه لدى احمد مهدي صالح ، "القواعد المادية في العقود الدولية (دراسة مقارنة)"، (رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤)، ص٩.
(٤) منهم الفقيه الالماني كيجل، مشار اليه لدى احمد مهدي صالح، مصدر سابق، ص٣ .
(٥) ينظر: أحمد مهدي صالح، المصدر ذاته، ص٣.
(٦) ينظر: د هشام علي صادق، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية*، ط١، (الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠١٤)، ص٢٠٨.

المادية تهدف إلى تطوير وتصحيح الحلول التي تؤدي اليها قواعد الاسناد والتي لم تقم على أساس قانوني سليم.

ثانياً :- الاتجاه الموضوعي الأساسي[١]:-

وهذا الاتجاه يرى بضرورة مراجعة المفاهيم التقليدية للقانون لكي لا تطول حالة الفوضى التي يعانيها المجتمع والقانون الدولي الخاص المعاصر. وإلا فان التجار قد وجدوا حلوهم بعيداً عن قاعدة الاسناد[٢] ويرى هذا الاتجاه ان نظام التنازع بمعناه الواسع يشمل مظهرين احدهما وقائي وهو القانون الموضوعي (القواعد المادية) وهذا يقوم أساساً على فكرة تجنب قواعد التنازع والآخر علاجي يقوم على منهج التنازع والحلول التي يؤدي اليها - ويكون لهذا المنهج سلطانه الاكبر في مسائل الاحوال الشخصية.

وينتهي هذا الاتجاه بالقول ان الحلقة تكون قد اغلقت اذ يتناقص نظام التنازع بمعناه التقليدي إلى النطاق الذي يتزايد منه قانون التجارة الدولية (القواعد المادية)[٣] اذ يرى انصار هذا الاتجاه انه في مجال عقود التجارة الدولية ادى تطور العلاقات الى تكوين مجتمع مجاور لمجتمع الدولة اعضاؤه هم التجار ورجال المال والصناعة وله سلطته الذاتية التي تقوم على وضع قواعد تنظيمية لسلوك افراده وضبط ما نشأ بينهم من علاقات وتلك القواعد انما تتجه الى تكوين نظام قانوني جديد قوامه قواعد موضوعية تشكل في النهاية نظام القانون الدولي الخاص والذي يرى انصار هذا الاتجاه انه البديل المرتقب للقانون الدولي الخاص بمعناه التقليدي[٤].

II.ب. المطلب الثاني

مصادر القواعد المادية

يقتضينا البحث في مفهوم القواعد المادية التعرض لمصادر القواعد المادية حتى يمكن الانتقال بعدها الى دور تلك القواعد في اسناد عقود التجارة الدولية تتمة للفائدة و لارتباط الدور بمصادر هذه القواعد ارتباطا وثيقا، وسنبحث في مصادر هذه القواعد في فرعين آتيين.

(١) من انصاره الفقهاء (كان) و (كولدمان) و (لا نجن) و (كولدشتاين) مشار اليهم ، لدى احمد مهدي ، مصدر سابق، ص٥.
(٢) ينظر: المصدر ذاته، ص٦.
(٣) ينظر: احمد مهدي صالح، مصدر سابق، ص٦.
(٤) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد لدولي الطليق، مصدر سابق، ص٥٤.

II.ب.١. الفرع الاول

المصادر الوطنية للقواعد المادية

تنبع القواعد المادية وطنية المصدر من التشريع والقضاء وهذا ما سنبينه في نقطتين رئيستين:-

أولا:- القواعد المادية ذات الأصل التشريعي.

هي القواعد التي يتكفل المشرع الوطني بوضعها لتسري على العلاقات ذات الطابع الدولي. وهي نادرة كما يذهب بعض الفقه[١] ومثالها القانون التشيكوسلوفاكي لعام ١٩٦٣ الذي يدعى بتقنين التجارة الدولية وكذلك القانون الألماني لعام ١٩٧٦ الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية [٢]ونص الفقرة ٣ من المادة ١٢ من قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ التي جاء فيها "عدم مصادرة او تأميم المشاريع الاستثمارية المشمولة بأحكام هذا القانون كلا او جزءا باستثناء ما يصدر بحقها من حكم قضائي " .

ثانياً : القواعد المادية ذات الاصل القضائي.

يقصد بها القواعد التي ارساها القضاء الوطني بشأن معاملات التجارة الدولية وذاع صيتها الى درجة ان المشرع عمد إلى تبنيها او أنها اصبحت من مبادئ القانون العامة، وخير مثال على قواعد هذا المصدر الدور الذي لعبه قضاء محكمة النقض الفرنسية بارساءه لقاعدة صحة الدفع بالذهب في قضية شركة النقل البحري Mesheyerics Martines ١٩٥٠[٣] حيث ارسى القضاء بمقتضى حكمه القضائي هذا قاعدة مادية مفادها صحة الشرط الواردة في العقد الخاص بالدفع بالذهب الذي تضمنه عقد القرض الذي ابرمته شركة كندية خاضعة للقانون الكندي على الرغم من بطلان مثل هكذا شرط في القانون الكندي ذاته، وقاعدة حرية اختيار عملة الوفاء التي ارساها القانون الفرنسي والتي مفادها جواز وفاء التزامات عقود التجارة الدولية باي عملة كانت دون الالتزام بالعملة الوطنية وهو ما تبناه المشرع العراقي في قانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤ حيث نصت المادة ٣٧ منه على " يجوز للأطراف في عقد او معاملات بما في ذلك اي كمبيالة او اخطار او وثيقة او ضمانا للمال ان يتفق على تحديد استخدام اي عملة نقدية لدفع اي التزامات ويجوز تسديد اي ديون او التزامات

(١) طارق عبد الله مجاهد، مصدر سابق، ص ١٧٧.
(٢) المزيد من التفصيل ينظر: د.أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص١٧٨.
(٣) ينظر للمزيد: طارق عبد الله المجاهد، مصدر سابق، ص ١٨٤/١٨٣.

قانونية تنشأ عن اي عقد او معاملة ...." وقاعدة استقلال شرط التحكيم التي يقصد بها النظر الى شرط التحكيم على انه عقد قائم بذاته رغم انه ليس الا جزء من العقد او بند من بنوده [١]، وقد تبنى النص على هذه القاعدة العديد من القوانين الوطنية الخاصة بالتحكيم كالمادة ٢٢ من قانون التحكيم الاردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ .

II.ب.٢. الفرع الثاني

المصادر الدولية للقواعد المادية

تنحصر المصادر الدولية لهذه القواعد بالمصادر الاتية :-

أولاً : قانون التجارة الدولية والذي يتحلل بدوره إلى اعراف وعادات التجارة الدولية من جهة والى مبادئ القانون العامة من جهة ثانية. وتلعب اعراف التجارة الدولية وعاداتها دورا حيويا في رفد القانون الدولي الخاص المعاصر بقواعد مادية عديدة منها على سبيل المثال تلك المتعلقة بتنظيم علاقات البنوك المشتركة في الاعتمادات المستندية او اصدار السندات [٢]وان كانت معظم هذه العادات قد قننت في اطار ما يدعى بقواعد الانكوتيرمز[٣]. اما المبادئ العامة للقانون وهي المكون الثاني لقانون التجارة فهي التي تستقر في الاوساط التجارية وترجع جذورها الى المعاهدات ذات الصلة وقرارات التحكيم[٤].

ثانياً: العقود النمطية "النموذجية "

وهي صيغ مكتوبة معدة سلفاً تتضمن مجموعة كاملة من شروط التعاقد بشأن سلعة معينة تضم القواعد التي تحدد تفاصيل العقد وآثاره . بحيث يمكن للأخرين تبني الشكل الكامل للعقد فلا ينقص تحريرها سوى اسماء الاطراف والمسائل المتعلقة بكميات البضاعة والتواريخ ومكان التنفيذ وبعض المسائل الجزئية . وهذه العقود تقوم جهات متخصصة بنوع معين من التجارة الدولية بتنظيمها وصياغتها وهي بتناسقها تكون أشبه ما تكون بكتاب تطبع منه آلاف

(١) ينظر للمزيد: د. حفيظة السيد حداد، *الموجز في التحكيم التجاري الدولي*، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠)، ص١٨٢، ١٨٦.
(٢) ينظر: د.احمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، ص٢٧٧.
(٣) المصدر ذاته، ص٢٧٨، وايضا للمزيد يراجع: طارق عبد الله المجاهد، مصدر سابق ، ص١٨٦.
(٤) ينظر للمزيد: د.أشرف وفا محمد، مصدر سابق، ص ٥٤، ٥٦.

النسخ ، ومثالها العقود النموذجية لتجارة القمح[١] فاذا ما تبنى الأطراف عقداً نموذجياً فانهم سيخضعون لأحكامه وهذا بحد ذاته يعد قاعدة مادية[٢].

ثالثاً :- الاتفاقات الدولية

تعمد الدول غالباً الى الارتباط فيما بينها بمعاهدات تتضمن تنظيما موضوعيا لمنازعات التجارة الدولية دون المرور بقواعد التنازع[٣] وهذه الاتفاقيات تلعب دوراً متميزاً في توحيد القواعد المادية الدولية. ومن اهم هذه الاتفاقيات، اتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٦٤ واتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع [٤]١٩٨٠.

II.ج. المطلب الثالث

دور القواعد المادية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارية الدولية

بعد التسليم بوجود قواعد مادية في القانون الدولي الخاص[٥] يتساءل الفقه عن دور هذه القواعد في حكم عقود التجارة الدولية او دورها في تنازع القوانين بشأن تلك العقود. وعن الوسيلة الفنية لأعمال مثل هذه القواعد . سواء عرضت هذه القضية على القضاء او على التحكيم التجاري الدولي، وعما اذا كان تطبيق هذه القواعد يتم تلقائياً أم بواسطة قواعد الإسناد.

يختلف دور القواعد المادية في مجال عقود التجارة الدولية تبعاً لاختلاف مصدر تلك القواعد. ففيما يتعلق بالقواعد المادية ذات الأصل الوطني فان اعمالها يتم بواسطة قواعد الاسناد، مثالها ما جاء في المادة الاولى من قانون العقود الاقتصادية الدولية الالماني لعام ١٩٧٦ حيث نصت " القانون الحالي يطبق على العقود الاقتصادية الدولية وعلى الروابط القانونية التي تتعلق بها، اذا اتفق الاطراف على اخضاعها لقانون جمهورية المانيا

(١) ينظر: طارق عبد الله المجاهد، مصدر سابق، ص١٩٣.
(٢) المصدر ذاته، ص١٩٢، ١٩٥.
(٣) ينظر: د.اشرف وفا محمد، مصدر سابق، ص ٤٨.
(٤) للمزيد ينظر: طارق عبد الله المجاهد ، مصدر سابق ، ص١٩٧/١٩٨.
(٥) لا بأس من الاشارة الى ان اسلوب القواعد المادية هو المتبع بالنسبة لأغلب مواضيع القانون الدولي الخاص كالجنسية ومركز الاجانب. اما بالنسبة لتنازع القوانين فظهرت هذه القواعد حديثا للمزيد بهذا الشأن ينظر: د. اشرف وفا، مصدر سابق، ص ٦٠.

الديمقراطية أو أحالت الى هذا القانون قواعد التنازع واجبة التطبيق" [١]. ما يعني انه و بالنسبة للقواعد المادية الوطنية هناك وسيلتان لتطبيقها الاولى هي ارادة الاطراف و الثانية هي نتيجة قواعد الاسناد الاعتيادية[٢] اما القواعد المادية ذات الأصل الدولي فقد انقسم الفقه بشأن وسيلة تطبيقها الى الاتجاهات الاتية:-

الاول: يذهب الى انها تتمتع بقوة ذاتية في التطبيق او السريان لانهم يعتبرونها وجدت اساسا للخروج من التعقيد الذي تتسم به قواعد التنازع فهي اذن تطبق متى توافر في العلاقة محل النزاع شرط اساسي وهو الطابع الدولي[٣] . ويرون انها قواعد ذاتية التطبيق لا يتوقف أعمالها على وسيلة فنيه[٤] معينه كقاعدة اسناد تحدد حالات تطبيقها ولا الى ارادة المتقاعدين لأعمالها[٥]. وهذا ينسجم مع مذهب الاتجاه الموضوعي الاساسي.

الثاني: يرى انها ليست ذاتية التطبيق خصوصاً في الفروض التي تكون خارجة عن قانون القاضي اي لا تشكل جزء من قانونه ، لأنه لا يستطيع تطبيقها من تلقاء نفسه ودون وساطة وسيلة فنيه ويرون ان اعمالها يتوقف على ارادة الاطراف والتي تمثل بحد ذاتها ضابطا للإسناد في مجال العقود الدولية الخاصة او عن طريق قواعد الاسناد اذا احالت اليها. فبالرغم من ان الواقع يؤكد وجود قواعد مادية مستمدة من اعراف التجارة وعاداتها تقوم بتنظيم بعض جوانبها ، الا ان تلك القواعد لا تتصف بالطبيعة الآمرة فهي لا تنطبق على العقود بقوة سريان ذاتيه بل لابد من وسيلة تبرر ذلك الانطباق وحتى العقود النموذجية التي تغذي القواعد المادية فهي لا تجد طريقها إلى التطبيق تلقائياً بل استناداً الى ارادة الاطراف التي اعطتها تلك القوه[٦]. اما في الاحوال التي يكون الاختصاص فيها لقانون القاضي فنعتقد من البديهي ان القواعد المادية تكون قد استندت الى قواعد التنازع في مسألة عقد الاختصاص لقانون القاضي ابتداءً.

(١) نقلاً عن د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، المصدر السابق، ص ٤٠٦.
(٢) ينظر المصدر ذاته، ص، ٤٠٧ ، وايضا د. اشرف وفا، مصدر سابق، ص ٥٨ و ٥٩.
(٣) من انصار هذا الاتجاه الفقيه فوشار و الأستاذة ديبي جيرارد و د.هشام على صادق ، مشار اليهم لدى د. احمد عبد الكريم سلامة . نظرية العقد الدولي الطليق ، مصدر سابق ، ص٤٠٩، ٤١٠.
(٤) من انصاره د. احمد عبد الكبريم سلامة، المصدر ذاته ، ص٤١٨. والفقيه جولدمان وكذلك الاستاذ باتيفول مشار اليه لدى المؤلف ذاته، ص ٤١٩ .
(٥) ينظر: المصدر ذاته، ص ٤٠٩ ، ٤١٠ .
(٦) ينظر: طارق عبد الله المجاهد ، مصدر سابق، س٢٢٣.

الثالث : نتفق مع جانب من الفقه[١] بأنه ينبغي النظر إلى القواعد المادية بانها مكملة لمنهج التنازع وليست بديلاً عنه ، وذلك للأسباب الاتية : -

١. ان اسلوب القواعد المادية لم يرق بعد من الناحية العملية - إلى ان يكون منهجا مستقلاً قائماً بذاته حتى بالنسبة لحقل التجارة الدولية. مع التسليم بحقيقة أهمية هذه القواعد بالنسبة اليه . لذا يفضل بعض الفقه اصطلاح "اسلوب" على اصطلاح منهج[٢] لا سيما وان تطبيق تلك القواعد غالباً ما يعتمد على منهج التنازع[٣].

٢. إن القواعد المادية هي قواعد مهنية لا تنظم في المواقع الا حقل التجارة الدولية وهي تضم قواعد محدودة في الغالب، وان لم تكن كذلك فإنها غير كافية أو ليست شاملة الأمر الذي يستدعي الاستعانة بنظام قانوني قريب من العقد ليكمل ما يعتريها من ثغرات فهي لا تحقق ذاتها بذاتها بل تحتاج الى قانون يكمل لها نظامها[٤]. فهذه القواعد وان تضمنت على على سبيل المثال - احكاما تخص ابرام العقود او تنفيذها. فهي قطعاً ستعجز عن تغطية المسائل التفصيلية التي تعرض خلال تنفيذ هذه العقود وتكون لها أهمية كبيرة[٥].

الخاتمة

يقتضي بنا وبغية الوصول بالبحث الى غايته لابد من ان نسجل أهم النتائج التي توصلنا اليها واهم ما نراه بصددها من توصيات وكالاتي:-

اولا :- الاستنتاجات

١. ان عدم صلاحية قواعد التنازع التقليدية لحكم جميع العلاقات الدولية الخاصة من جهة وكثرة الانتقادات الموجهة اليها من جهة أخرى دفع الفقه القانوني على صعيد القانون الدولي الخاص المعاصر إلى البحث عن بدائل لحل الازمة التي نتجت عن عدم مانعية قواعد التنازع وعدم صلاحيتها للتطبيق في الفروض جميعها. والتي تسمى (ازمة تنازع

(١) منهم د.اشرف وفا محمد، مصدر سابق، ص ٦٠ وطارق عبد الله، مصدر سابق، ص٢٢٢.
(٢) د.اشرف وفا محمد، مصدر سابق، ص٢٢٢.
(٣) المصدر ذاته.
(٤) ينظر: طارق عبد الله، مصدر سابق، ص ٢٢٢.
(٥) للمزيد ينظر: د.اشرف وفا، مصدر سابق، ص ٦٠.

القوانين).وان من ابرز تلك الوسائل المطروحة لحل الازمة هما نظريتي القواعد المادية والقواعد ذات التطبيق الضروري.

٢. من اهم الانتقادات التي تشكك في فاعلية قواعد الإسناد على حكم عقود التجارة الدولية. انها تؤدي الى تطبيق حلول داخلية على علاقات تجارية دولية متطورة. اي انها لا تنسجم مع حاجات التجارة الدولية.

٣. أن القواعد المادية أياً كان مصدرها تعطي الحل المباشر للنزاع خلافاً لقواعد التنازع المعروفة والتي يقتصر دورها على ارشاد القاضي لقانون دولة معينه يطبق منه القاضي القواعد الموضوعية ويحسم النزاع.

٤. ان الدور الطبيعي للقواعد المادية هو مكمل لقواعد التنازع وليس بديلاً عنها. وينبغي النظر اليها على انها اسلوب استثنائي لتنظيم العلاقات الدولية الخاصة في نطاق النظرية العامة للتنازع ففي خارج نطاق المسائل التي يوجد بشأنها قواعد مادية يتولى منهج تنازع القوانين حكم العلاقات الدولية الخاصة. وهي فضلاً عن ذلك لا تتمتع غالباً - وبحسب مصدرها - بقوة سريان ذاتية بل تحتاج الى وسيلة فنية اخرى لأعمالها.

ثانيا :- التوصيات

١- نوصي بتبني المشرع العراقي للقوانين النموذجية الصادرة عن لجنة القانون التجاري الدولي (الاونسترال) التابعة للأمم المتحدة وللعقود النمطية الصادرة عنها لاسيما وانه تم انتخاب العراق كعضو في اللجنة من ٢٠٢٢-٢٠٢٨ .

٢- نوصي المشرع العراقي بالتوسع في الدخول باتفاقات التجارة الدولية لما تتضمنه من قواعد مادية يمكن ان تطبق مباشرة على موضوع النزاع .

مصادر البحث

اولا: الكتب القانونية

١. د. احمد عبد الكريم سلامة، *قانون العقد الدولي*، القاهرة: دار النهضة العربية، بلا سنة طبع.

٢. د. احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق، القاهرة: دار النهضة العربية، بلا سنة .

٣. د. اشرف وفا محمد، *الوسيط في القانون الدولي الخاص*، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩ .

٤. د. حفيظة السيد حداد، الموجز في التحكيم التجاري الدولي، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠.

٥. د. عباس العبودي، *تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية*، بغداد: مكتبة السهوري، ٢٠١٤.

٦. د.ماجد الحلواني، *القانون الدولي الخاص واحكامه في القانون الكويتي*، طبع جامعة الكويت، ١٩٧٤

٧. د. محمد خالد الترجمان، *القانون الدولي الخاص تنازع القوانين والاختصاص القضائي واثار الاحكام الاجنبية*، بلا دار و سنة .

٨. د. محمد احمد علي المحاسنة، *تنازع القوانين في العقود الالكترونية* ، الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع، ٢٠١٣

٩. :- د هشام علي صادق، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية*، ط١ ، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠١٤.

ثانيا : الرسائل والاطاريح

١- احمد مهدي صالح، "القواعد المادية في العقود الدولية (دراسة مقارنة)"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤.

٢- صادق زغير محيسن، "القواعد ذات التطبيق المباشر في القانون الدولي الخاص"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٧.

٣- طارق عبد الله عيسى المجاهد، "تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية دراسة مقارنة"، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد ، ٢٠٠١.

ثالثاً: المصادر باللغة الانكليزية

1- Dr. Ahmed Abd al Karim Salama - International Contract Law - Dar Al Nahda Al Arabiya - Cairo - without printed Year.

2-Dr. Ahmed Abdel Karim Salama - The theory of the free international contract - Arab Renaissance House Cairo - without printed Year.

3- Ashraf Wafa Mohammed - Mediator in Private International Law - Arab Renaissance House Cairo - first edition - 2009.

4- Dr. Hafizah Al-Sayeid Haddad - Al-Mujaz in International Commercial Arbitration - Al-Halabi Publications Jurist - Beirut - 2010.

5-Dr. Abbas Al-Aboudi - Conflict of laws, international jurisdiction, and enforcement of judgments Foreign Affairs - Al-Sanhouri Library - Baghdad - 2014.

6-Dr. Mohammed Khaled Al-Tayem, Private International Law, Conflict of Laws and Jurisdiction And the effects of foreign rulings.

7-Dr. Hisham Ali Sadiq, The Law Applicable to International Trade Contracts, 1st edition, Dar Al-Fikr University College, Alexandria, 2014

8- G. sperduti ,les loid application necessarie en tant que dordere public critique,1977.

Research sources

First: legal books

.١Dr. Ahmed Abdel Karim Salama - International Contract Law - Dar Al Nahda Al Arabiya - Cairo - no year of publication.

.٢Dr. Ahmed Abdel Karim Salama - The Theory of the Free International Contract - Dar Al Nahda Al Arabiya - Cairo - without a year.

.٣Dr. Ashraf Wafa Muhammad - The Mediator in Private International Law - Dar Al-Nahda Al-Arabiya - Cairo - First Edition - 2009.

.٤Dr. Hafida Al-Sayyid Haddad - Al-Mojaz fi International Commercial Arbitration - Al-Halabi Legal Publications - Beirut - 2010.

.٥Dr. Abbas Al-Aboudi - Conflict of laws, international jurisdiction, and implementation of foreign judgments - Al-Suhouri Library - Baghdad - 2014.
.٦Dr. Majid Al-Halawani, Private International Law and its Provisions in Kuwaiti Law, Kuwait University Press, 1974.
.٧Dr. Muhammad Khaled Al-Turjuman - Private international law, conflict of laws, judicial jurisdiction, and the effects of foreign rulings, without a home and a year.
.٨Dr. Muhammad Ahmed Ali Al-Mahasneh, Conflict of Laws in Electronic Contracts, Dar Al-Hamid for Publishing and Distribution, Jordan, 2013
-: .٩Dr. Hisham Ali Sadiq, The Law Applicable to International Trade Contracts, 1st edition, Dar Al-Fikr Al-Jama'i, Alexandria, 2014.
Second: - Sources in English
-١Dr. Ahmed Abd al Karim Salama - International Contract Law - Dar Al Nahda Al Arabiya - Cairo - without printed Year .
-٢Dr. Ahmed Abdel Karim Salama - The theory of the free international contract - Arab Renaissance House Cairo - without printed Year.
-٣Ashraf Wafa Mohammed - Mediator in Private International Law - Arab Renaissance House Cairo - first edition - 2009.
-٤Dr. Hafizah Al-Sayeid Haddad - Al-Mujaz in International Commercial Arbitration - Al-Halabi Publications Jurist - Beirut - 2010.
-٥Dr. Abbas Al-Aboudi - Conflict of laws, international jurisdiction, and enforcement of judgments Foreign Affairs - Al-Sanhouri Library - Baghdad - 2014.
-٦Dr. Mohammed Khaled Al-Tayem, Private International Law, Conflict of Laws and Jurisdiction And the effects of foreign rulings.
-٧Dr. Hisham Ali Sadiq, The Law Applicable to International Trade Contracts, 1st edition, Dar Al-Fikr University College, Alexandria, 2014
8- G. sperduti ,les loid application necessarie en tant que dordere public critique,1977.
Second: Theses and dissertations
-١Ahmed Mahdi Saleh - Material rules in international contracts (comparative study) Master's thesis - College of Law - University of Baghdad - 2004.

-٢Sadiq Zaghir Muhaisen - Rules of direct application in private international law - Master's thesis - College of Law - University of Baghdad - 1997.
3- Tariq Abdullah Issa Al-Mujahid, conflict of laws in international trade contracts, a comparative study - doctoral thesis - College of Law - University of Baghdad - 2001.