النظام القانوني لعقود الشركات المتعددة الجنسية

دراسة على ضوء قواعد تنازع القوانين

م. م. مصطفى عطية إبراهيم
كلية القانون, جامعة الاسراء, بغداد \ العراق

The Legal System for Contracts of Multinational Companies, A Study in the Light of the Rules of Conflict of Law

Assist. Lect. Mustafa Atiyah Ibrahim
College of Law, Al-Esraa University, Baghdad / Iraq
mustafalawyer371@gmail.com

المستخلص

لا يقتصر استخدام الشركات متعددة الجنسيات على الدول أي على الأشخاص الخاضعين للقانون العام، بل يمتد ليشمل الأشخاص والأفراد في القانون الخاص رافق توسع نشاط هذه الشركات ودخولها في مختلف مجالات الحياة الاقتصادية العديد من المشاكل القانونية أثار ذلك مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرمها هذه الشركات. نظراً للدور الهام الذي تقوم به الشركات المتعددة الجنسية على الصعيد الدولي، ودخولها في تعاقدات مع الدول لتنفيذ برامج التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ونظراً للطبيعة القانونية الخاصة لهذه الشركات والناشئة عن جنسيتها الأجنبية وانتماؤها لأكثر من نظام قانوني مما أثار مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرمها هذه الشركات.

الكلمات المفتاحية: قــانون الإرادة، الشركات المتعددة الجنسية، القانون الواجب التطبيق، الإسناد المرن.

Abstract

The use of multinational corporations is not limited to states, ie to persons under public law, but extends to persons and individuals under private law. The expansion of the activity of these companies and their entry into various fields of economic life was accompanied by many legal problems. This raised the problem of determining the law applicable to contracts concluded by these companies. Multinational companies have entered into corporate contracts to implement economic, social, and legal development projects for companies and companies and the nationality of these companies.

Keywords: Law of will, Multinational companies, Applicable law, Flexible attribution.

المقدمة

لقد فرض التطور الاقتصادي والاجتماعي للدول، وضرورة تأمين سير مرافقها العامة، وتلبية الحاجات الاجتماعية والاقتصادية لمواطنيها الاستعانة بالشركات المتعددة الجنسية لتنفيذ المشاريع الاقتصادية الضخمة التي تحتاج إلى تمويل كبير، أو تقنية متقدمة تفتقر إليها هذه الدول، ولم يقتصر الاستعانة بالشركات المتعددة الجنسية على الدول، أي: على أشخاص القانون العام، بل امتد إلى أشخاص القانون الخاص والأفراد الذين استعانوا بهذه الشركات في تنفيذ مشروعاتهم، ونظرًا لتعاظم دور الشركات المتعددة الجنسية في ميدان التنمية الاقتصادية والاجتماعية لما تمتلكه من قدرات (فنية، وتكنولوجية، وإدارية، ومالية، وعلمية)، وقدرة على تنفيذ المشاريع التي تعجز عن تنفيذها ميزانيات بعض الدول؛ مما فرض على الدول - (خاصة السائرة في طريق النمو) - الاستعانة بهذه الشركات؛ لتنفيذ المشاريع الاقتصادية الضخمة، وهذه الشركات لا تنتمي إلى جنسية دولة بعينها، بل إلى جنسيات متعددة.

وقد رافق توسع نشاط هذه الشركات ودخولها إلى مختلف ميادين الحياة الاقتصادية العديد من المشكلات القانونية؛ نظرًا لتعدد جنسيات هذه الشركات، وانتمائها إلى قوميات وثقافات وقوانين مختلفة عن البلد الذي تنتمي إليه، وقيامها بتنفيذ مشاريعها في بلد يختلف عن البلد المؤسسة فيه؛ مما أدى إلى قيام حالة من تنازع القوانين الواجبة التطبيق على عقود هذه الشركات؛ ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود هذه الشركات مع الدول.

ونظرًا للدور الذي تقوم به الشركات المتعددة الجنسية على الصعيد الدولي، ودخولها في تعاقدات مع الدول لتنفيذ برامج التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ونظرًا للطبيعة القانونية الخاصة لهذه الشركات، والناشئة عن جنسيتها الأجنبية وانتمائها لأكثر من نظام قانوني؛ مما أثار مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرمها هذه الشركات. و دفعت رغبة الدول في تحقيق

التنمية الاقتصادية والاجتماعية، لشعوبها إلى الاستعانة بالشركات المتعددة الجنسية في تنفيذ هذه البرامج التنموية عبر الدخول معها في علاقات تعاقدية؛ مما يفرض التّعرف على طبيعة هذه الشركات وآليات تكوينها.

أولًا: مشكلة البحث

إن لتحديد القانون واجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بعقود الشركات المتعددة الجنسية المبرمة مع الدولة دورًا كبيرًا في حل المشكلات التي تعاني منها هذه الشركات؛ وذلك لتطوير أنشطتها؛ ومن ثم فإن مشكلة البحث الرئيسة تتلخص في إيجاد الحلول القانونية الملائمة لتحديد القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الشركات المتعددة الجنسية والدولة.

ثانيًا: أهداف البحث

1 - تحديد ماهية الشركات المتعددة الجنسية.
2 - الوقوف على قانون الإرادة الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية مع الدولة في القانون العراقي والاتفاقيات الدولية.
3 - التعرف على القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الشركات المتعددة الجنسية والدولة في حالة غياب قانون الإرادة في القانون العراقي والاتفاقيات الدولية.

ثالثًا: أهمية البحث

ترجع أهمية هذه الدراسة إلى طبيعة الدور الذي تؤديه الشركات المتعددة الجنسية على الصعيد الاقتصادي الدولي؛ مما يفرض علينا الإلمام بأنشطة هذه الشركات وآلية تكوينها، وطبيعة عملها ونشاطها؛ وذلك للاستفادة مما تقوم به هذه الشركات في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وإيجاد الحلول الملائمة للمشكلات القانونية الناشئة عن عمل هذه الشركات، وتحديد القانون واجب التطبيق على منازعاتها وحلها سواءً عن طريق القضاء أم عن طريق التحكيم.

رابعًا: منهج البحث

تعتمد الدراسة على المنهج الوصفي لتحليل الظواهر المرتبطة بنشاط الشركات المتعددة الجنسية، لمعرفة أهم الصفات المميزة لهذه الشركات، والمشكلات القانونية الناشئة عن مزاولتها نشاطها للتوصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقودها.

خامسًا: خطة البحث

ترتيبًا على ما تقدم يتضح أن دراسة القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية يتطلب تناول هذا البحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسيات باتفاق الأطراف.

المطلب الاول: : مفهوم قانون الإرادة.

المطلب الثاني: المبادئ التي تخضع لها الإرادة في اختيار قانون العقد.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسيات في ظل غياب اتفاق الأطراف.

المطلب الاول: الإسناد الجامد للقانون الأوثق صلة بالعقد.

المطلب الثاني: الإسناد المرن للعقد ومنهج الأداء المميز.

المبحث الأول
القانون الواجب التطبيق
على عقود الشركات المتعددة الجنسيات باتفاق الأطراف

تمهيد وتقسيم:

مر النظام القانوني للعقود التي تنطوي على عنصر أجنبي فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق بالعديد من التطورات الفقهية إلى أن انتهى الفقهاء إلى تبني قانون الإرادة وعده حاكمًا للعقود الدولية، فقد أخضع الفقه الإيطالي القديم هذه العقود لقانون مكان إبرام العقد بوصفه المكان الذي نشأ فيه التصرف القانوني، والذي ارتضاه ضمنيًّا طرف العقد والمستنتج من معرفتهما وإحاطتهما لهذا القانون، غير أن الفقيه الألماني سافيني Savigny قام بإخضاع العقد لمكان التنفيذ استنادًا لإرادة المتعاقدين؛ لأن من يدخل في علاقة تعاقدية يقبل مسبقًا الخضوع لقانون مركزه، في حين تبنى الفقيه الإيطالي مانشيني Mancini نظرية شخصية القوانين، غير أنه لم يستطع تجاهل قانون الإرادة؛ فأورده كأحد أهم الاستثناءات المقررة على نظريته، وقد فرض الفقيه الفرنسي Dumoulin القانون محل إبرام العقد اختصاصه استنادًا للإرادة الضمنية؛ ذلك أنه بإمكان المتعاقدين بإرادتهما الصريحة اختيار قانون آخر ليحكم عقدهما، ومنذ ذلك الوقت استقرت قاعدة سلطان الإرادة في ميدان العلاقات التعاقدية بمثابة عرف دولي، أو مبدأ عام معترف به في كافة الأنظمة القانونية[1]، وعلى هذا الأساس سنتناول هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم قانون الإرادة

المطلب الثاني: المبادئ التي تخضع لها الإرادة في اختيار قانون العقد

1- د. بشار محمد الأسعد, عقود الدولة في القانون الدولي, الطبعة الأولى, مكتبة زين الحقوقية والأدبية, بيروت, لبنان, 2010م, ص97.

المطلب الأول مفهوم قانون الإرادة

تثير المنازعات التي تنشأ عن العقود التي تبرمها الشركات المتعددة الجنسية مع الدولة مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود؛ وذلك لاختلاف مكان تنفيذ العقد عن الدولة التي يوجد فيها المركز الرئيس للشركة المتعددة الجنسية من جهة، ولتعدد جنسيات مساهمي هذه الشركات من جهة أخرى.

ويقصد بمبدأ قانون الإرادة في القانون الدولي الخاص: حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المزمع إبرامه إذا كان هذا العقد مما يحتمل خضوعه لقوانين بلاد مختلفة، وهو يعطي الأطراف سلطات واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة لحل النزاعات[1].

وغالبًا ما يتم حل هذه المشكلة القانونية عن طريق الاتفاق بين الطرفين على تطبيق قانون الإرادة ليحكم العقد؛ مما يدفعنا إلى التساؤل عن مظاهر تعبير المتعاقدين عن إرادتهما؟، والمبادئ التي تخضع لها الإرادة في اختيار قانون العقد؟، حيث يعتمد التصرف القانوني من حيث تكوينه ومضمونه على الإرادة، أي: أن إرادة المتعاقد التي شاركت في إنشاء التصرف القانوني هي التي رتبت هذا الالتزام في ذمته، وهي التي تحدد مضمونه ومداه، وهذه الفكرة مردها المذهب الفردي الذي يقدس الحرية الفردية، ويعد الفرد محور المجتمع الذي من نتائجه مبدأ سلطان الإرادة، والذي يعني: أن الإرادة هي أساس كل الالتزامات والحقوق حتى الآثار التي تنشأ من هذه الالتزامات ومصدرها، هذه الإرادة في حد ذاتها عمل نفسي لا يعلم بها إلا صاحبها، ولا يكون لها وجود فعلي أو قانوني إلا بالتعبير عنها صراحة أو دلالة، فالتعبير هو مظهرها الخارجي وعنصرها المادي المحسوس، والإرادة الكامنة في النفس لا تنتج أثرًا طالما أنها لم تخرج إلى حيز الوجود متجسدة في التعبير عنها بوسيلة ذات مظهر مادي، وإذا كان المبدأ العام في انعقاد العقد هو الرضائية، فالمتعاقد له الحرية في التعبير عن الإرادة بأي وسيلة كانت، سواءً باللفظ، أم بالكتابة، أم بالإشارة، أم باتخاذ أي موقف يكون دالًّا عليها، فقد يكون التعبير عن الإرادة صريحًا إذا قصد به صاحبه إحاطة الغير بإرادته بطريقة مباشرة

1- د. عبد الفتاح بيومي حجازي, النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية, دار الفكر الجامعي, الإسكندرية, 2002م, ص170.

كالكلام، وقد يكون التعبير ضمنيًّا إذا كان المظهر الذي اتخذه ليس في ذاته موضوعًا للكشف عن الإرادة، لكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن نفترض وجود هذه الإرادة، فالتعبير هو المظهر الخارجي للإرادة، ومن خلاله يتم إنشاء التصرف القانوني وتحديد آثاره، ويكون التعبير عن الإرادة بطريقتين:

أولًا: التعبير عن الإرادة صريحًا: إذا تضمن العقد نصًّا يحدد قانون العقد بعبارات واضحة جازمة تفصح عن نية المتعاقدين عن القانون الحاكم للعقد، بصورة بعيدة عن الغموض أو الالتباس، كما يمكن أن يكون التحديد عن طريق الرسائل الإلكترونية المتبادلة، وقد شبه بعض الفقه اتفاق المتعاقدين على قانون العقد كأنه إبرام عقد تأمين على الحياة تحوطًا للمستقبل وما يكتنفه من أخطار محتملة، بمعنى أن قيام الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع يعد على سبيل توقي النزاعات التي قد تنشأ مستقبلًا فيما بينهم بخصوص القانون الواجب التطبيق، وغالبًا ما يشمل تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد الجانبين (القضائي والتشريعي) اللذين يحكمان العقد، أي: تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاعات بين الطرفين، وكذلك القانون الذي يتعين على هذه الجهة القضائية أن تطبقه للفصل في النزاع[1].

ومن التطبيقات العملية للتعبير الصريح عن الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق ما نص عليه العقد المبرم بين شركة Alcoa Minerals of Jamaica وحكومة جامايكا، والذي نص على أن: "محكمة التحكم سوف تطبق القانون الجامايكي وقواعد القانون الدولي التي يمكن تطبيقها"، كما نصت المادة (4/1) من قرار المجمع الدولي في مؤتمره المنعقد في أثينا سنة 1979م على أنه: "من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على عقدهم"[2].

وتعد قاعدة خضوع العقد الدولي من حيث موضوعه لقانون الإرادة Loi de la volonté إحدى أشهر وأرسخ قواعد القانون الدولي الخاص التي تكرسها جُلُّ نظم القانون

1- د. إبراهيم أحمد إبراهيم, القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص351.

2- د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007م, ص352.

الوطنية، والتشريعات المعاصرة أصبحت تعترف بقدر واسع بمبدأ (قانون الإرادة)، ونذكر من هذه النظم: القانون المدني المصري في المادة (19) الفقرة (1) التي تنص على أنه: "يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا فإن اختلفا موطنًا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونًا آخر هو الذي يراد تطبيقه"[1].

كما نصت المادة (25) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م قانون الإرادة على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا فإن اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان، أو تبين من الظروف قانونًا آخر يراد تطبيقه".

وقد نصت المادة (116) الفقرة (3) من القانون الدولي الخاص السويسري على: "اختيار القانون الذي يمكن إجراؤه أو تعديله في أي وقت"، وكذلك المادة (213) من اتفاقية روما لسنة 1980م الذي تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية التي نصت على أنه يحق للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون آخر غير الخاضع له من قبل، سواءً تم ذلك بإجراء اختيار لاحق يتم تبعًا للمادة نفسها أو بمقتضى نصوص أخرى"[2].

وقد يتم التعبير الصريح عن الإرادة باتخاذ موقف في ظروف خاصة تجعل له دلالة بعينها، وتنفي عنه كل دلالة أخرى كعرض بضائع في واجهة محل تجاري مع بيان ثمنها، فهو تعبير عن عرض بيعها بالسعر المبين عليها، وهذا ما يُطلَق عليه بالإيجاب والشخص الذي يعرضها يطلق عليه الموجب.

ثانيًا: التعبير الصريح عن الإرادة، أي: صعوبة معرض تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، غير أن الصعوبة تثور في حالة غياب التعبير الصريح عن الإرادة؛ ذلك أن المتعاقدين قد يتعمدا عند إبرام العقد تجاهل تحديد

1- أحمد الهواري, عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص, بحث بمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون, كلية الشريعة والقانون, غرفة تجارة وصناعة دبي, المجلد الرابع, 2003م, ص1654.

2- د. صالح المنزلاوي, القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, 2008م, ص266.

القـانون الواجـب التطبيق مسبقًا وقبل وقوع النزاع لخشيتهما من فشل عملية الإبرام، فيمـا لـو أصـر طرف على تحديد القانون الذي يتناغم مع مصالحه؛ ممـا يدفعنا إلى التساؤل هل يستطيع القاضي أو المحكم البحث عن إرادة الأطراف الضمنية في قانون العقد؟، حقيقة إن موقف الفقهاء من هذه المسألة قد انقسم إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: المعارض للإرادة الضمنية، عـارض أنصـار هـذا الاتجـاه فـكـرة استخلاص قانون العقـد مـن الإرادة الضـمنية للأطراف، ورأى أن سكوت الأطراف عـن تحـديـد قـانون العقـد لا يمكن عده سهوًا منهم؛ إذ لا يمكـن لـهـم أن يسـهـوا عـن تحـديـد قـانون يتعلق بعقد يتضمن أموالًا طائلـة، وتـرك مصيره لاجتهاد المحكـم الـذي قـد يـكـون اختياره متعسفًا وخاضـعًا لأهوائـه تحـت سـتار الإرادة الضمنية، كما أن تطبيـق قـانون فشـل الأطراف في الوصول إلى اتفاق بشـأنـه مـن خـلال بحـث الإرادة الضمنية سيؤدي إلى تطبيـق قـانـون قـد يـخـل بتوقعاتهم؛ كونه لا يعبر عن إرادتهمـا الحقيقيـة، فـي حـين أن تطبيق قواعـد التنـازع فـي إسناد العقـد للقـانـون الـذي علـى صلة وثيقـة بـه مـن شـأنه أن يحقق طمأنينـة المتعاقدين، ويعطـي نتائج أفضـل مـن تخويل القاضي البحث عن الإرادة الضمنية[1].

الاتجاه الثاني: المؤيد للإرادة الضمنية: يـرى أنصـار هـذا الاتجـاه أنـه يمكـن الاستناد إلى الإرادة الضمنية للأطـراف فـي تحديـد قـانون العقـد استنادًا إلى الاتفاقيات الدوليـة، حيث نصت المادة (3/1) مـن اتفاقيـة رومـا لسنة 1980م على أنه: "يحكـم العقـد بالقانون المختـار مـن جـانـب الأطراف، ويجب أن يكـون هـذا الاختيار صريحًا، أو مستخلصًا بطريقـة مؤكـدة مـن نـصـوص العقـد، أو مـن ظروف التعاقد...".

كما أقر مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة في مدينة (بال) السويسرية سنة 1991م أنه في حال غياب الاختيار الصريح للقانون الحاكم للعقد فإنه يتوجب استخلاص الإرادة الضمنية للأطراف من ظروف التعاقد، واستنادًا لما تقدم نخلص إلى أن استنتاج الإرادة الضمنية يخضع لعدة مؤشرات يتعين على القاضي الاستناد إليها، ويعد من هذه المؤشرات استخدام المتعاقدين لغة بعينها، أو مكان إبرام العقد، أو مكان تنفيذه، أو مكان

1- د. هشام علي صـادق، القانون الواجب التطبيـق علـى عقـود التجارة الدولية، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001م, ص 327.

إقامة الأطراف، أو جنسيتهم المشتركة، أو تضمين العقد أحكامًا وقواعد بعينها مستمدة من قانون دولة بعينها لتنظيم جانب مهم في العقد[1].

ويتمتع الاختيار الضمني بمجرد استنباطه والاستدلال عليه بقرائن مؤكدة بسلطة الاختيار الصريح نفسها، ويتعين الاحتكام بموجبه للقانون الذي وقع عليه هذا الاختيار، وكذلك المادة (25) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه: "1 – يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشتري للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونًا آخر يراد تطبيقه. 2 – قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقد الذي أُبرِمت بشأنه".

ويتبين لنا من تفسير هذه المادة الرجوع إلى الضوابط الاحتياطية في المادة نفسها، وإما أن يقوم القاضي بتفسير دراسة طبيعة العقد وتحديد القانون، أو دراسة الظروف التي تتناول القضية، وأن فكرة الاعتداد بالتعبير الضمني عن الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الشركة المتعددة الجنسية والدولة، إلا أنه يرى ضرورة الاعتماد على معايير واضحة ومحددة في استخلاص هذه الإرادة، وألا يترك استخلاصها لأهواء القاضي أو المحكم، وإن (معايير لغة العقد، أو مكان إبرامه أو تنفيذه، أو مكان إقامة الأطراف والجنسية المشتركة) كلها تصلح للأخذ بأي منها في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف.

المطلب الثاني: المبادئ التي تخضع لها الإرادة في اختيار قانون العقد

إن إرادة الإنسان حرة بطبيعتها، ولا يمكن أن يتقيد الإنسان إلا بإرادته، فالإرادة هي أساس التصرف القانوني، وهي التي تنشئه، وهي التي تحدد آثاره، وهذا ما يعبر عنه الفقه بمبدأ سلطان الإرادة، وتقوم فكرة قانون الإرادة على الاعتراف لطرفي العقد بتحديد القانون واجب التطبيق على العقود الدولية المبرمة واختياره، والمقصود بالإرادة: الإرادة المشتركة للمتعاقدين وليست الإرادة المنفردة لأحد الطرفين[2].

1- د. سامية راشد, دور التحكيم في تدويل العقود, دار النهضة العربية, القاهرة, 1990م, ص11.

2- د. صفوان حمزة إبراهيم, الأحكام القانونية لعقود التجارة الإلكترونية, دراسة مقارنة, دار النهضة العربية, القاهرة, مصر, 2016م, ص146.

ويمثل العقد اتفاقًا بين طرفين على إنشاء رابطة قانونية أو إنهائها أو تعديلها، ومن المسلم به أن للمتعاقدين كامل الحرية في اختيار البنود والشروط موضوع العقد، ومن ضمن البنود التي يمكن للمتعاقدين الاتفاق عليها: القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية بينهما، شرط ألا يتعارض هذا مع النظام والآداب العامة، ولا تُثَار مسألة البحث عن القانون واجب التطبيق بالنسبة للعقد الذي لا يشتمل على عنصر أجنبي، بعكس ذلك الذي يكون فيه أحد طرفي العقد أجنبيًّا، حيث يثير هذا الأخير مسألة تنازع القوانين في حكمه وبيانه، وإذا كانت قاعدة خضوع العقد لمبدأ قانون الإرادة قد انتشرت في مختلف دول العالم، فإن إعمالها يقتضي التساؤل عن مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد.

وإن التعرف على كيفية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد يفرض علينا تحديد الوقت الذي يتم فيه الاختيار، ومدى قدرة الأطراف على تعديل هذا الاختيار، أو اختيار أكثر من قانون يطبق على العقد.

أولًا: وقت اختيار القانون الواجب التطبيق وإمكانية تعديله

اختلف الفقه في مسألة الوقت الذي يتم من خلاله اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أن اختيار الأطراف لقانون العقد يجب أن يتم لحظة إبرامه، فلا يجوز لهم تأجيله، أو الاتفاق عليه مستقبلًا، وقد استند أنصار هذا الاتجاه في دعم وجهة نظرهم إلى حكم محكمة النقض الإيطالية الصادر في 28 يونيو 1966م الذي يذهب إلى القول: "يجب أن يتزامن إبرام العقد الأصلي مع الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق"[1].

الاتجاه الثاني: يرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا يشترط لصحة القانون الواجب التطبيق أن يتم اختياره لحظة التعاقد، بل يمكن للأطراف اختياره في أي وقت يريدون، ولو في وقت لاحق لإبرام العقد الأصلي، ويمكن أن يتم هذا الاختيار بطريقة صريحة أو ضمنية يستخلصها القاضي من دلائل بعينها، ويستمر حق الأطراف في

1- هاني محمود حمزة, النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي, الطبعة الأولى, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, لبنان، 2008م, ص125.

اختيار قانون العقد قائمًا إلى ما قبل طرح النزاع أمام المحكمة، أما بعد طرحه أمام القضاء فلا يحق لهم ذلك، وقد استند أنصار هذا الاتجاه في تأييد وجهة نظرهم إلى اعتراف القضاء السويسري بحق المتعاقدين في اختيار القانون بعد إبرام العقد، ولو أمام محكمة الموضوع، كما استندوا في دعم وجهة نظرهم إلى اتفاقية (روما) لسنة 1980م التي نصت في المادة (3/2) منها على حق الأطراف في اختيار القانون وقت إبرام العقد أو بعده مع التحفظ بحماية حقوق الغير، وإلى حكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار فيما يتعلق بالنزاع الذي نشب بين شركة AAPL وحكومة سريلانكا الذي ذهب إلى القول: "في ظل هذه الظروف الخاصة سوف تتجسد عملية اختيار القانون عقب ظهور النزاع؛ وذلك عن طريق ملاحظة وتأصيل سلوك وتصرفات الأطراف عبر وقائع التحكيم.."، كما أقر مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة بمدينة (بال) بسويسرا حق المتعاقدين في الاختيار اللاحق لقانون العقد شريطة عدم الإخلال بالحقوق المكتسبة للغير[1].

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا: هل يحق للأطراف تعديل اختيارهم للقانون الواجب التطبيق، أو الرجوع عنه إلى قانون آخر أو إلغائه؟.

والإجابة عن هذا: أنه يحق للأطراف تعديل اختيارهم لقانون العقد إذا كان القانون المختار لا يتناسب مع اقتصاديات العقد، أو طبيعة محل الإبرام، أو التنفيذ، أو إذا كان القانون المراد استبداله متأخرًا في تطوره عن القانون المراد تطبيقه، وقد استند الفقهاء في تأييد وجهة نظرهم إلى المادة (3/2) من اتفاقية (روما) التي ذهبت إلى القول أنه: "يجوز للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون غير ذلك الذي كان يحكمه سابقًا".

كما استندوا في تأييد وجهة نظرهم إلى المادة (27/2) من القانون الدولي الألماني الخاص لسنة 1986م التي نصت على أنه: "يجوز للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون غير ذلك الذي كان يحكمه سابقًا"[2].

1- د. أحمد عبد الكريم سلامة, النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية, قانون العقد الدولي, مفاوضات العقود الدولية, القانون الواجب التطبيق وأزمته, دار النهضة العربية, القاهرة, 2001م, ص190.

2- هاني محمود حمزة, مرجع سابق, ص127.

ويرى الباحث فكرة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد في الوقت الذي يشاؤون، وأنه لا يشترط هذا الاختيار لحظة إبرام العقد، بل يمكن أن يتراخى هذا الاختيار إلى ما بعد الإبرام حتى لحظة وقوع النزاع بين الأطراف احترامًا لمبدأ سلطان الإرادة.

ثانيًا: إمكانية تجزئة العقد

غالبًا ما يتضمن العقد العديد من البنود؛ مما يطرح تساؤلًا حول إمكانية إخضاع بعض بنود هذا العقد لقانون بعينه، وإخضاع بنود أخرى لقانون آخر؛ **وقد انقسم الفقه في موقفه من هذه المسألة إلى اتجاهين:**

الاتجاه الأول: يؤيد تطبيق أكثر من قانون على العقد عن طريق تحديد نطاق تطبيق كل قانون، والجزء من العقد الذي يخضع له، ويرى أنه يمكن للأطراف الاتفاق على إخضاع تنفيذ العقد لقانون بلد التنفيذ، وإخضاع تكوين العقد لقانون بلد الإبرام، وقد استند أنصار هذا الاتجاه في رأيهم إلى ما تضمنته المادة السابعة من اتفاقية (روما) التي نصت على ضرورة احترام إرادة الأطراف في التجزئة عند تطبيقه القواعد الآمرة في قوانين الدول وثيقة الصلة بالعقد[1].

الاتجاه الثاني: ينكر أنصار هذا الاتجاه فكرة تجزئة العقد، وإخضاعه لأكثر من قانون؛ لأن العقد وحدة واحدة يجب أن تخضع لقانون واحد متجانس؛ إذ إن اختيار عدة قوانين لتحكم العقد قد يؤدي إلى عد العقد باطلًا في ظل أحد القوانين، وصحيحًا في ظل قوانين أخرى، كما أن قاعدة الإسناد في العقود الدولية تقرر حق الأطراف في اختيار قانون واحد وليس عدة قوانين[2].

ويرى الباحث أنه يتعين ألا يترك للإرادة حرية إخضاع العلاقة العقدية الواحدة إلى أكثر من قانون؛ لأن العقد عملية قانونية واحدة، وأن إخضاع الشروط

1- د. محمود محمد ياقوت, الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004م, ص 93.

2- محمد بلاق, قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية, رسالة ماجستير, جامعة أبو بكر بلقايد, الجزائر, 2010م, ص67.

الموضـوعية فيما يتعلق بموقف المشرع العراقي مـن هـذه المسألة قـد تبني حكمًا عامًّا يضـمن وحـدة القانون الواجب التطبيـق علـى العقد.

وينتج عـن قـدرة الإرادة على تحديـد قـانون العقـد: التساؤل حول إمكانيـة توافـق إرادة طرفي العقد على تحديد قانون وطني لدولة بعينها يحكم العقد؟، حيث **انقسم الفقه في موقفه من هذه المسألة إلى اتجاهين**[1]:

الاتجاه الأول: يعـارض فـكـرة قـدرة الإرادة علـى اختيـار قـانون وطنـي لدولـة بعينـها ليطبـق علـى العقـد، ويرى أن تطور العلاقات التجاريـة الدوليـة جـعـل مـن غيـر المناسـب تطبيق قانون وُجِد أصلًا ليحكم العلاقات الداخلية.

الاتجاه الثاني: يؤيد هذا الاتجـاه فـكـرة قـدرة قانون الإرادة على اختيـار قـانون وطني لدولة بعينـها ليحكم العقـد، وقـد اسـتند أنصـار هـذا الاتجـاه فـي تأييـد وجـهـة نـظـرهم إلـى حـكـم محكمـة العـدل الدوليـة الـذي أصدرته فـي قضية القروض الصربية والبرازيليـة عـام 1929م، والـذي قضـت فيـه أن "كـل عقـد لـيـس عـقـدًا بين دولتين بصفتهما مـن أشخاص القانون الدولي العـام يـجـد أساسـه فـي القـانون وطني"، وأن التنازع بين القوانين لا يقـوم إلا بين دولتين تتمتع كل منهما بخصائص ومقومات الدولة وفقًا لقواعد القانون الدولي العام، وقد اعتمد المشرع العراقي معيار جنسية أطراف العقد صراحة فيما أورده في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014م، حيث جاء بصدد تسوية المنازعات ما نصت عليه المادة (8). ثانيًا ـ أ ـ 2: "التحكيم الدولي لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لتسوية المنازعات في حالات الضرورة والمشاريع الاستراتيجية الكبرى أو المهمة، عندما يكون أحد طرفي العقد أجنبيًّا على أن يراعي ما يأتي..."، وهو المعيار نفسه الذي كان يعتمده المشرع في قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006م قبل التعديل.

ويرى الباحـث أنـه ليس هنـاك مـا يـحـول دون قدرة الأطراف على اختيـار قـانون بعينه ليحكم العقـد، سـواءً أكـان هـذا القانون لأحد طرفي التعاقد، أم للطرفين معًا، أم ينتمـي لدولة ثالثة احترامًا لمبدأ سلطان الإرادة.

1- د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 175.

المبحث الثاني
القانون الواجب التطبيق
على عقود الشركات المتعددة الجنسيات في ظل غياب اتفاق الأطراف

تمهيد وتقسيم:

في عقود الشركات المتعددة الجنسية قد تبرم العقود من غير الإفصاح عن الإرادة الصريحة، على اختيار قانون بعينه يحكم عقد الأطراف، وقد يتعذر من ظروف التعاقد استخلاص الإرادة الضمنية وشروط العقد، وهنا يثار التساؤل عن القانون الواجب التطبيق في حالة قيام نزاع بين المتعاقدين؟، فلا توجد مشكلة في حالة الإسناد الشخصي، وهنالك إجماع في القوانين الوطنية والقضاء والاتفاقيات في جميع دول العالم على احترام مبدأ قانون الإرادة بوصفها قاعدة الإسناد الأصلية للعقود الدولية، من ضمنها: العقود الإلكترونية، وهذا يكون مرهونًا بالتعبير الصريح عن الإرادة في بنود العقد، أو يمكن استخلاصه من ظروف تعاقد الأطراف، وفي الحالة التي ينتفي فيها التعبير عن الإرادة، أو تكون الإرادة ضمنية فإن هذا يحدث خلافًا بين الفقه والقضاء فيما تخص حل المشكلة، من تحديد قاعدة الإسناد الاحتياطية التي يعتمد عليها في تحديد القانون الذي يحكم العقد[1].

وقد يخلو العقد الذي تبرمه الشركات المتعددة الجنسية من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وفقًا لقانون الإرادة؛ مما يدفع إلى التساؤل حول كيفية تحديد القانون، واستنادًا لما تقدم فإن تناولنا لهذا الموضوع سيكون من خلال هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: الإسناد الجامد للقانون الأوثق صلة بالعقد

المطلب الثاني: الإسناد المرن للعقد ومنهج الأداء المميز

1- د. سلطان عبدالله الجواري, عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق, دراسة مقارنة, الطبعة الأولى, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت، لبنان، 2010م, ص135.

المطلب الأول: الإسناد الجامد للقانون الأوثق صلة بالعقد

لقد اتجه فقه القانون الدولي الخاص قديمًا إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في ظل غياب اتفاق الأطراف، بموجب ضوابط ثابتة مرتبطة بإرادة الأفراد، وهذا التحديد يكون مؤسسًا في حالة وجود الإرادة الصريحة والضمنية للأطراف المتعاقدين، وأن هذه الضوابط تعبر عن صلة وثيقة تربط العقد بقانون دولة محل الإبرام، أو جنسية الأطراف، أو الموطن المشترك.

وإذا خلا العقد المبرم بين الدولة والشركة المتعددة الجنسية من قانون الإرادة فإنه يتعين على القاضي في هذه الحالة البحث عن قرائن مستمدة من العقد ذاته تعينه في تحديد هذا القانون، ويتم هذا عن طريق إسناد الرابطة العقدية لضوابط جامدة ومعلومة للمتعاقدين كمحل إبرام العقد، أو الموطن المشترك، أو الجنسية المشتركة، أو بإسنادها لضوابط مرنة تستمد من طبيعة العقد الذاتية، ومن أهمها: ضابط الأداء المميز للعقد،[1] حيث يتم اللجوء إلى إعمال قواعد تنازع القوانين في تحديد قواعد الإسناد التي تتمثل وظيفتها الأساسية في الإشارة إلى قانون يتولى حل النزاع في العلاقات ذات الطابع الدولي[2].

ويفضل القضاء أو المشرع أحيانًا أن يحدد بصفة مسبقة القانون الذي يراه أكثر صلة بالعقود الدولية عند سكوت الأطراف عن اختيار قانون العقد صراحةً أو ضمنًا، كما يرى أغلب فقهاء القانون الدولي الخاص أنه في حالة غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للطرفين المتعاقدين بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهما أو اختيار، فإنه يتم الإسناد في تحديد ذلك على ضوابط ذات صلة وثيقة بالعقد.

وفي هذه الحالة يتم إسناد العقد للقانون الأوثق صلة به، فقد نصت المادة (4/1) من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على أنه: "في الحدود التي يتم فيها اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد يسري على العقد قانون البلد الذي له أكثر الروابط وثوقًا"، ووفقًا لهذا النظام يقوم المشرع بإيراد ضوابط قانونية بعينها يلتزم القاضي بتطبيقها عند تخلف قانون الإرادة؛ مما يحقق توقعات الأطراف

1- د. هشام علي صادق, مرجع سابق, ص548.

2- د. إبراهيم أحمد إبراهيم, مرجع سابق, 37.

المشروعة ويمنحهم الأمان القانوني، غير أن هذا المنهج في تحديد القانون الواجب التطبيق لا ينطبق على العقود غير المسماة المتعددة الأشكال والنماذج، ويعد من الضوابط التي تعتمد وفقًا لهذا المنهج الموطن المشترك للمتعاقدين، والجنسية المشتركة ومحل إبرام العقد[1].

أولًا: إسناد العقد لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين

الأصل في تحديد الموطن يعتمد على الربط بين الشخص والمكان برباط قانوني، ولهذا يعرفه الفقه بأنه المكان الذي يقيم فيه الشخص، أو يتخذ منه مركزًا لأعماله، فالأصل أن الموطن يتحدد بمكان حقيقي للمتعاقدين، وعلى الرغم من وضوح هذه الفكرة، إلا أنه يصعب تطبيقها في مجال المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت؛ ذلك أن التعامل عبر شبكة الإنترنت يعتمد على العناوين الإلكترونية لا على العناوين الحقيقية، وهذه العناوين لا تعطي دلالة واضحة على العنوان الحقيقي، فهناك مواقع على الشبكة تحمل عناوين ترتبط ببلدان بعينها، ومع ذلك لا يوجد لها مكان عمل حقيقي بالمعنى المتعارف عليه، **ومثال ذلك:** العناوين التي تنتهي ب (FR)، علاوة على أن هناك عناوين لا ترتبط ببلدان بعينها كما هو الشأن في العناوين التي يشار إليها في نهاية المقطع بـ (Com) أو (Org)[2].

وإن تحقق الموطن المشترك في العلاقة التعاقدية للأطراف يستلزم أن يتواجد الأطراف في الموطن نفسه، فإذا كان أحدهم مؤسسة مصرفية فيجب أن يكون مركز الإدارة في الإقليم نفسه الذي يقوم الزبون باتخاذه موطنًا مشتركًا، فإن بعض التشريعات الوطنية تقوم بتطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، والتشريع المصري أعطى لقانون الموطن المشترك للأطراف المركز الأول في الترتيب، والمشرع العراقي أيضًا أعطى الأولوية للموطن المشترك للمتعاقدين[3].

1- د. هشام علي صادق, المرجع السابق, ص557.

2- يوسف العلي, مدى صلاحية تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت, بحث مقدم إلى المؤتمر الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية, مركز البحوث والدراسات, أكاديمية شرطة دبي, الإمارات العربية المتحدة, المجلد الثاني, 2003م, ص49.

3- علي عبد الحسين عبد العظيم الياسري, القانون الواجب التطبيق على التزامات المصرف المراسل في عقد الاعتماد المستندي الدولي, رسالة ماجستير, كلية الحقوق, جامعة بابل, العراق, 2015م, ص125.

ثانيًا: إسناد العقد لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين

لقد تبنت بعض التشريعات الوطنية الاتجاه الذي يقضي بإسناد الرابطة العقدية إلى قانون الجنسية المشتركة للأطراف، إذا اتحدت عند سكوت الأطراف عن اختيار قانون الإرادة صراحة أو ضمنًا، ولقد اختلفت هذه التشريعات حول موقع الأفضلية لقانون الجنسية المتحدة للأطراف المتعاقدة، فالقانون المدني الإيطالي قد منح القانون الجنسية المشتركة الموقع الأول في الترتيب، وفضلها على قانون دولة محل إبرام العقد، وهى الأفضلية نفسها التي منحها القانون المدني الأسباني لهذا القانون قبل قانون الموطن المشترك، وبالأسبقية على قانون محل إبرام العقد[1].

والحقيقة أن إسناد الرابطة العقدية إلى قانون دولة الجنسية المشتركة هو إسناد منتقد، يصعب التعويل عليه في مجال عقود المعاملات المصرفية الإلكترونية لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق وفقًا لهذا الأساس والعقد، ويؤكد الفقه أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصرًا مؤثرًا في عقود المعاملات الدولية، ولا تصلح وحدها أساسًا لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود[2].

ثالثًا: إسناد الرابطة العقدية لقانون محل ابرام العقد

إن بعض التشريعات قد أخذت بإسناد الرابطة العقدية إلى مكان إبرام العقد، في حالة عدم وجود الإرادة الضمنية، أو الإرادة الصريحة للمتعاقدين في هذا الشأن، وفي هذا الخصوص إذا لم يكن لدى الأطراف الجنسية المشتركة، كما هو الحال بالنسبة للقانون الإيطالي والقانون الأسباني، أو إذا لم يوجد لديهم موطن مشترك كما هو الحال في القانون العراقي والمصري والبرتغالي[3].

1- د. صالح المنزلاوي, تسوية النزاعات التجارية عبر شبكات الاتصال الإلكترونية, مجلة المحامين العرب, العدد الثالث, ص332.

2- د. هشام علي صادق, القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين- الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعة, الإسكندرية, 2010م, ص75.

3- د. محمد كمال فهمي, أصول القانون الدولي الخاص, الطبعة الأولى, مؤسسة الثقافة الجامعية, الإسكندرية, 2008م, ص590.

وإن القانون الفرنسي يعتمد مكان إبرام العقد معيارًا مهمًّا لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في ظل غياب اتفاق الأطراف على اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، حيث تقوم قواعد التنازع الفرنسية في تنظيم التصرفات القانونية وفق قاعدة محل إبرام العقد على شكل التصرف[1].

المطلب الثاني: الإسناد المرن للعقد ومنهج الأداء المميز

إن النظم القانونية – (كما ذكرنا سابقًا) – قد اتجهت لتحديد القانون الواجب التطبيق إلى فكرة الإسناد الجامد في العلاقات التعاقدية في حال غياب الإرادة عن طريق التركيز الموضوعي، للرابطة التعاقدية، وقد منح المشرع المتعاقدين الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية؛ لأن الإرادة تعد قاعدة إسناد أصلية، إذا كان العقد مشوبًا بعنصر أجنبي، سواءً أكان هذا الاختيار ضمنيًّا أم صريحًا.

وهذا الضابط يقوم على فكرة مفادها: تنوع معاملة العقود، وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقًا للالتزام الأساس فيه، وعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد إلا أن أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره؛ ومن ثم يجب الاعتماد عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في جملته، ونتناول هذا الفرع على النحو الآتي:

أولًا: الاسناد المرن للعقد

وفقًا لهذا المنهج يقوم القاضي بتمحيص بنود العقد، وتفحص مركز الثقل فيه، والذي يستنتج من خلال ظروف العقد وملابساته، وتطبيقًا لما تقدم ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 26 تموز 1959م إلى القول: "إذا لم يقم المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحة فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا لتحديد القانون الواجب التطبيق على ضوء ظروف التعاقد وملابساته"، كما أسند القضاء الإنجليزي الروابط

1- د. عصام الدين القصبي, تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية, بحث بمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون, كلية الشريعة والقانون, جامعة الإمارات العربية المتحدة, غرفة تجارة دبي, الجزء الرابع, 2003م, ص876.

العقدية الدولية إلى ما سمَّاه القانون الخاص بالعقد، والذي يحدده القاضي في ضوء ظروف التعاقد وملابساته وفقًا لما تشير إليه أحداثه المادية[1].

ثانيًا: منهج الأداء المميز

دفع المقابل النقدي واجب، والالتزام بأداء الثمن لا يمكن أن يكون أداءً مميزًا؛ لأنه التزام مشترك في الكثير من العقود، ولا يميزها عن بعضها، وإن فكرة الأداء المميز ترتكز في البحث عن الأداء الجوهري في الرابطة العقدية، وبناءً على ذلك يعد أداءً مميزًا التزام البائع بتسليم المبيع أو التزامه بنقل الملكية للمشتري، والتزام المورد بتوريد الخدمة في عقود المقاولة وعقود الوكالة، على أساس أن هذه الأداءات تعبر عن مركز الثقل الاقتصادي والاجتماعي في الرابطة العقدية[2].

وقد نالت فكرة الأداء المميز تأييد العديد من فقهاء القانون الدولي الخاص، وهى تلتقي مع نظرية التوطين أو التركيز الموضوعي وفقًا لظروف التعاقد وملابساته التي يعتنقها القضاء الفرنسي، حيث إنه لا يلجأ إليها إلا عند سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد، على أنه يبقى للإسناد وفقًا لنظرية الأداء المميز خاصيته الأساسية في كونه يعد إسنادًا مسبقًا محددًا وقت إبرام العقد، فهو ليس إسنادًا فضفاضًا أو غير محدد، وإنما هو إسناد مقيد يقوم على افتراض مسبق، مؤداه أن محل تنفيذ الأداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء، وهو ما يكفل لأطراف الرابطة العقدية الأمان القانوني الذي ينشدونه، ويصون لهم توقعاتهم المشروعة، ويحقق الاستقرار لمعاملاتهم التجارية فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم روابطهم العقدية[3].

وفضلًا عن ذلك يقوم بتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد وفقًا لنظرية الأداء المميز على أساس الطبيعة الذاتية للرابطة العقدية؛ ومن ثم لا يكون لأطراف العقد دخل

1- إبراهيم أحمد سعيد زمزمي, القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية, أطروحة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة عين الشمس, 2007م, ص159.

2- د. حسين عبده الماحي, نظرات قانونية في التجارة الإلكترونية, مجلة البحوث القانونية والاقتصادية, كلية الحقوق, جامعة المنصورة, العدد الحادي والثلاثين, إبريل, 2002م, ص79.

3- محمد عبد الكريم عدلي, مدى انطباق قاعدة قانون الإرادة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة، المركز الجامعي تيسمسيلت، الجزائر، العدد (4)، 2011م, ص89.

في تحديد القانون الذي سيحكم العقد، في حين أن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لنظرية التوطين أو التركيز، حيث يتم تحديد قانون العقد في ضوء ظروف التعاقد وملابساته التي تسهم إرادة المتعاقدين بدور كبير في تحديدها؛ ونتيجة لذلك نجد جانبًا من الفقه ينعت تركيز العقد وفقًا لنظرية الفقيه Batiffol بأنه تركيز قائم على معيار شخصي، ويتصل بإرادة الأطراف، في حين يصف التركيز نظرية الأداء المميز بأنه تركيز يعتمد على معايير موضوعية بحتة[1].

وعلى الرغم من أهمية نظرية الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق إلا أنها تعرضت للعديد من الانتقادات، من أهمها[2]:

1 – يؤدي الاعتماد على ضابط الأداء المميز إلى الإضرار بالطرف الضعيف حيث تكون النتيجة إسناد هذه العقود لقانون الطرف القوي في العقد بوصفه المدين بالأداء المميز.

2 – صعوبة تحديد الأداء المميز في العقود المركبة كعقد المقايضة الذي يتم بموجبه تبادل الملكية.

3 – صعوبة تحديد الالتزام الذي يشكل الأداء المميز وترجيحه عن غيره ما دام العقد يتضمن التزامات متقابلة ومتعددة.

ويرى الباحث أن فكرة الأداء المميز تتركز في البحث عن الأداء الجوهري في الرابطة العقدية، ويتميز هذا الضابط بسهولة العلم المسبق به، ومرونته وملاءمته على عقود الشركة متعددة الجنسية؛ ومن ثم يعد أداءً مميزًا لالتزام البائع بتسليم المبيع للمشتري، كما أن التزام المورد بتوريد الخدمة يعد أداءً مميزًا على أساس أن هذه الالتزامات تعبر عن مركز الثقل الاجتماعي، والاقتصادي للعملية التعاقدية.

1- سلامة فارس عرب, وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية, أطروحة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة القاهرة, 1998م, ص66.

2- د. خالد عبد الفتاح محمد خليل, حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص, دار النهضة العربية, القاهرة, 2002م, ص156.

الخاتمة

أولًا: النتائج

1 - تسهم الشركات متعددة الجنسية في تحقيق عدة مزايا إدارية وتقنية، فضلًا عن كونها تسهم في دعم الاقتصاد من خلال زيادة تدفق رؤوس الأموال، وتنمية الناتج القومي، وتنمية المنافسة المحلية مع الشركات الأجنبية.

2 - اختلاف الفقه حول اعتماد معيار تحديد جنسية الشركة أدى إلى اختلاف التشريعات حول المسألة ذاتها، نظرًا لاختلاف مصالحهم، فمنهم من اعتمد على معيار محل التأسيس، ومنهم من استند إلى معيار مركز الإدارة الرئيس، إلا أن أغلب هذه التشريعات قد أخذت بمعيار مركز الإدارة الرئيس والفعلي في تحديد جنسية الشركة.

3 - يقتضي معيار مكان التأسيس أن الشركة تتمتع بجنسية المكان الذي تأسست فيه، وهذا ما تبناه المشرع العراقي؛ إذ تنص المادة (23) على أن: "تكون الشركة المؤسسة في العراق وفق أحكام هذا القانون عراقية".

ثانيًا: التوصيات

1 - إقرار اتفاقية دولية تتعلق بتحديد معايير أساسية لكيفية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد في حالة خلوه من قانون الإرادة، يراعي مقتضيات القوانين الوطنية، وتكون له الأولوية في التطبيق على القوانين الداخلية.

2 - إضافة فقرة إلى المادة (25) من القانون المدني العراقي، تُقرَأ على النحو الآتي: "يعد العقد دوليًّا ما لم ينتمِ المتعاقدان إلى الدولة نفسها، وترتبط علاقتهما وكل العناصر ذات الصلة - (بغض النظر عن القانون المختار) - بتلك الدولة".

3 - تبني المشرع المدني العراقي مقاربة مختلفة، يطلق عليها البحث وصف (مقاربة القانون المحايد)، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (25) من

القانون على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونًا آخر يراد تطبيقه".

قائمة المراجع

أولًا: الكتب

- إبـراهيم أحمد إبـراهيم,(2000), القانون الدولي الخـاص، الكتـاب الأول، تنـازع القـوانين، دار النهضـة العربيـة، القاهرة.
- أحمد عبد الكريم سلامة,(2001), النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية, قانون العقد الدولي, مفاوضات العقود الدولية, القانون الواجب التطبيق وأزمته, دار النهضة العربية, القاهرة, 2001م.
- بشار محمد الأسعد, عقود الدولة في القانون الدولي, الطبعة الأولى, مكتبة زين الحقوقية والأدبية, بيروت, لبنان.
- خالد عبد الفتاح محمد خليل,(2002), حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص, دار النهضة العربية, القاهرة.
- سامية راشد,(1990), دور التحكيم في تدويل العقود, دار النهضة العربية, القاهرة.
- سلطان عبدالله الجواري,(2010), عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق, دراسة مقارنة, الطبعة الأولى, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت، لبنان.
- صالح المنزلاوي,(2008), القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية.
- صفوان حمزة إبراهيم,(2016), الأحكام القانونية لعقود التجارة الإلكترونية, دراسة مقارنة, دار النهضة العربية, مصر.
- عبد الفتاح بيومي حجازي,(2002), النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية, دار الفكر الجامعي, الإسكندرية.

- محمد حسين منصور،(2007), العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
- محمد كمال فهمي,(2008), أصول القانون الدولي الخاص, الطبعة الأولى, مؤسسة الثقافة الجامعية, الإسكندرية.
- محمـود محمـد ياقوت,(2004), الـروابط العقديـة الدوليـة بين النظريـة الشخصية والنظريـة الموضـوعية، دراسة تحليليـة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- هاني محمود حمزة,(2008), النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحاكم الدولية, الطبعة الأولى, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, لبنان.
- هشام علي صادق,(2010), القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين- الاختصاص القضائي الدولي- دار المطبوعات الجامعة, الإسكندرية.

ثانيًا: الرسائل العلمية

- إبراهيم أحمد سعيد زمزمي,(2007), القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية, أطروحة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة عين الشمس.
- سلامة فارس عرب,(1998), وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية, أطروحة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة القاهرة.
- علي عبد الحسين عبد العظيم الياسري,(2015), القانون الواجب التطبيق على التزامات المصرف المراسل في عقد الاعتماد المستندي الدولي, رسالة ماجستير, كلية الحقوق, جامعة بابل, العراق.
- محمد بلاق,(2010), قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية, رسالة ماجستير, جامعة أبو بكر بلقايد, الجزائر.

ثالثًا: الأبحاث

- أحمد الهواري,(2003), عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص, بحث بمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون, كلية الشريعة والقانون, غرفة تجارة وصناعة دبي, المجلد الرابع.
- حسين عبده الماحي,(2002), نظرات قانونية في التجارة الإلكترونية, مجلة البحوث القانونية والاقتصادية, كلية الحقوق, جامعة المنصورة, العدد الحادي والثلاثين, إبريل.
- صالح المنزلاوي, تسوية النزاعات التجارية عبر شبكات الاتصال الإلكترونية, مجلة المحامين العرب, العدد الثالث.

- عصام الدين القصبي,(2003), تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية, بحث بمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون, كلية الشريعة والقانون, جامعة الإمارات العربية المتحدة, غرفة تجارة دبي, الجزء الرابع.
- محمد عبد الكريم عدلي,(2011), مدى انطباق قاعدة قانون الإرادة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة، المركز الجامعي تيسمسيلت، الجزائر، العدد (4).
- يوسف العلي,(2003), مدى صلاحية تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت, بحث مقدم للمؤتمر الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية, مركز البحوث والدراسات, أكاديمية شرطة دبي, الإمارات العربية المتحدة, المجلد الثاني.