جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

معهد العلمين للدراسات العليا

قسم القانون الخاص

دور الإرادة فـــي إطار القواعد الموضوعية

"دراسة مقارنة"

رسالة قدمتها الطالبة

سماح حسين دحام

إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا وهي جزء من متطلبات

نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

إشراف

الأستاذ الدكتور

صالح مهدي كحيط

استاذ القانون الدولي الخاص

١٤٤٧ هـ ٢٠٢٥م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ
الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا
جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ
لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِن لِّيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ
إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة المائدة: ٤٨

الإهداء

إلـــى... روح أبي الغالي الساكن في عالم الملكوت الأعلى. اشعر بفضلك في كلّ خطوة اخطوها، فانت علمتني أن العزيمة تحقق المستحيل... رحمك الله.

إلـــى... أمي الحبيبة ... سندي الذي لا ينكسر ويا نور دربي، شكراً لصبركِ الذي كان حصناً لي في أصعب اللحظات.

إلـــى... أخواتي العزيزات ... شكراً من القلب لوقفتكم الباسلة، ولدفء كلماتكم التي كانت تجدد همتي، لولا تشجيعكم ودعواتكم الخفية ما بلغت هذا اليوم .

إلـــى... زوجي، رفيق دربي، شكراً لأنك كنت القوة حين ضعفت، والابتسامة حين تعبت، أنت نعمة الله التي اكرر شكرها كلّ يوم.

إلى ... أطفالي علي وافنان ، فلذة كبدي أهدي ثمرة جهدي المتواضع

مع خالص حبي...

الشكر والعرفان

الحمد لله الذي انار الدرب، ووفق الخطى إلى غايات العلم والحكمة، فكانت هذه الرحلة الاكاديمية نوراً يضاف إلى سجل الحياة، وأصلي واسلم على نبيه الهادي وعلى اله الطيبين الطاهرين سلالة الحكمة.

أما بعد ...

فأهدي هذا العرفان الموشى بنور القلوب، والثناء المعطر بعبق الاخلاص، إلى من كانوا سنداً للفكر، وقبساً للعطاء في رحلتي الاكاديمية ، إلى اساتذتي الافاضل، من وهبوني من كنوزهم ما جعل الحروف تنطق بالحق والنصوص تحيي العدل.

إلى الاستاذ الدكتور (صالح مهدي كحيط): سيدي المُلهم، لقد كنت بحراً زاخراً من الحكمة، تنير افقه شموس الخبرة، وترسي قواعده مراسي المنهجية بتوجيهاتك المحكمة، صاغ البحث روحه، وارتقى إلى مصاف التشريعات الرصينة، فلك مني عهد امتنان لا ينقطع، فكلّ جلسة اشراف كانت محراباً اتلو فيه صلاة العلم، وكلّ ملاحظة كانت لؤلؤة تزين تاج البحث.

إلى استاذتي الاكارم: (د.عبد الرسول عبد الرضا الاسدي) و (د. خالد خضير دحام) و (د. ابراهيم عباس الجبوري): لقد منحتموني من يد العون ما جعل العثرات سبيلاً إلى النجاح، عطاؤكم السخي كان نسمة ازاحت غيوم التردد، وحولت العثرات إلى سلم نحو النجاح، فلكم مني الثناء الجزيل على روحكم الابوية التي جعلتني اؤمن بان العلم لا يكتمل إلا بيد تعطي و أخرى تشكر.

إلى معهد العلمين للدراسات العليا والمتمثل بعميدها وكادرها التدريسي والاداري :

أساتذتي الافاضل، لقد جعلتم من رحلة الماجستير رحابًا اتنفس فيه عبق القانون واسرار العدالة، دمتم أوتاداً لصرح العلم في المعهد، ورموزاً يُحتذى بها في العطاء والبذل، فشكراً لأنكم كنتم شركاء النجاح، ورسل الالهام في كلّ خطوة.

ولا يسعني وأنا أقدم هذا الجهد المتواضع إلا أن اسجل شكري وامتناني إلى لجنة المناقشين الأفاضل والخبيرينِ العلمي واللغوي، الذين سيتفضلون بقراءة الرسالة ورفدها بآرائهم السديدة التي تجعلها إن شاء الله في أحسن تقويم.

الباحثة

المستخلص

تعد مسألة تنازع القوانين في مسائل العقود الدولية أحد أهم موضوعات القانون الدولي الخاص، وأكثرها صعوبة نظراً إلى تعدد المناهج التقليدية والحديثة التي حاولت معالجتها، وتضارب الحلول وعدم استقرارها، إذ اثبتت الدراسات التحليلية لواقع الروابط الدولية من حيث تنظيمها الوضعي عن عجز القوانين المعدة للعلاقات الداخلية في إيفاء متطلبات وحاجات التجارة الدولية، وقد باتت الأهداف المتمثلة في تحقيق الأمن واليقين القانوني واحترام التوقعات المشروعة لأطراف العقود الدولية أهدافاً عزيزة على فقه القانون الدولي الخاص دون سواه في ميادين القانون في الفروع الأخرى، بسبب الطبيعة المميزة لقواعد هذا القانون والأسلوب الفني المتّبع في هذا الفرع لتسوية المنازعات الناشئة عنه.

ففي ظلّ قواعد الاسناد الوطنية المصدر وما يشوبها من قصور وجمود وتعقيد تؤدي إلى نتائج متضاربة وقفت حاجزاً أمام تحقيق تلك الأهداف، بسبب هذه المؤشرات لم يجد المتعاملون في التجارة الدولية مفراً من العمل بقواعد انشأتها الظروف والطبيعة المميزة لكلّ نوع من النشاط التجاري عبر شروط متقابلة واعراف وعادات تواتر العمل عليها من قبلهم، والدخول في اتفاقيات دولية بما يتلاءم وحاجات العلاقات الدولية العابرة للحدود التي تنضوي جميعها تحت منهج القواعد الموضوعية باعتباره يمنح المتعاملين به العلم المسبق والواضح للقواعد التي تحكم علاقاتهم.

والمتتبع لتشكيل هذه القواعد يجد أنه أغلب قواعدها عرفية النشأة تكونت في الأوساط المهنية وبين المتعاملين في التجارة الدولية منذ بداية العصور القديمة وصولاً للعصور الحديثة.

ويقصد بالقواعد الموضوعية إنها تلك القواعد التي تضع حلًا موضوعيًا للعلاقات الدولية الخاصّة التي تنهي النزاع بصورة مباشرة، مثلما تمتاز القواعد الموضوعية بسمات عديدة تنفرد وتستقل بها عن باقي القواعد في القانون الدولي الخاص باعتبار قواعده نوعية وظائفية في مضمونها

وموضوعية ومباشرة في حلولها، وأيًا كان وجه اختلاف الفقه في مدى اطلاق صفة النظام القانوني على القواعد الموضوعية بوصفه منهجاً جديداً في العلاقات التجارية الدولية، إلا أن هذا الخلاف لا ينفي عليها تعاطيها السلس مع مقتضيات التجارة الدولية، ويلاحظ إنها ظهرت نتيجة مبررات سلبية و ايجابية ساهمت في ظهورها كونها تعد الوسيلة الممكنة والفضلى في تحقيق الوضوح واليقين القانوني، ولعلّ التطورات الحاصلة في ميدان التجارة الحرة أدى إلى تزايد القواعد الموضوعية التي تحكم العلاقات الدولية الخاصّة والتي تستمد قوتها من ارادة المتعاملين بها، إذ تعد الارادة المحرك الأساس الذي تدور حوله معاملات الأفراد في ميدان المال والاعمال، وتظهر الارادة بصورة جلية ولاسيما في التشريعات التي تأخذ بالمذهب الفردي عن طريق مبدأ سلطان الارادة، إذ يعد المبدأ الأخير من المبادئ الأساسية والجوهرية المستقرة في القانون الدولي الخاص، فأغلب الفقه والتشريعات قد اعطت ارادة الأفراد الحرية في اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم القانونية وسواء كان هذا الاختيار صريحاً أم ضمنياً أم مفترضاً.

ولقد تأثر التنظيم القانوني للعقود بالصراع الأيديولوجي الذي نشأ نتيجة تطور الفكر الانساني، وتبلور الصراع إلى مذهبين متعارضين الأول المذهب الفردي ومن أنصاره أصحاب النظرية الشخصية التي ترجع في نشأتها إلى القرن الثامن عشر والتي نادت بتبجيل وتقديس حرية الفرد بوصفها حقاً طبيعياً له، وقد ردوا حق المتعاقدين في اختيار قانون العقد إلى مطلق مبدأ سلطان الارادة بما في ذلك اندماج القانون المختار في العقد وقدرة أطرافه في انشاء العقد وتنظيمه، فتأخذ بمبدأ سلطان الارادة والذي يعطي الارادة سلطان واسع من حيث الشكل الذي تظهر فيه.

أما المذهب الثاني فهو المذهب الاجتماعي ومن أنصاره أصحاب النظرية الموضوعية الذي ساد أواخر القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين والذي اكد أن الجماعة هي الهدف الأسمى للقاعدة القانونية والتي تسعى إلى تحقيق العدالة الاجتماعية ولو على حساب الحرية الفردية عن

طريق اعتبار القانون هو الأساس الملزم لقوة العقد بدلاً من الارادة وإلى عدالة العقد، وانطلاقاً من هذه المعطيات يبدو دور الإرادة لنا في مجال العقود الدولية عن طريق الحلول الموضوعية المباشرة التي تضعها للنزاع التي تلاءم الروابط الدولية، وتتبين الصفة المباشرة لقواعد هذا المنهج عن طريق مصادرها المتعددة سواء أكانت الاتفاقيات الدولية أو الاعراف والعادات الدولية فالقواعد الموضوعية تستمد قوة تطبيقها من إرادة الدول ذاتها عن طريق الدخول في اتفاقيات دولية، فتؤدي هذه الاتفاقيات إلى تجميع قواعد موضوعية موحدة تطبق على العلاقات الدولية الخاصّة إذ تقوم بمد القانون الدولي الخاص بقواعد تكون محل اِتفاق دولي لتطبق على العلاقات الخاصّة الدولية.

وبالنظر إلى المتغيرات المعاصرة على الساحة الوطنية والدولية اقتصادياً واجتماعياً، أصبحت الإرادة محل نظر فهي تتأثر بفعل هذه العوامل التي ساهمت بظهور انماط جديدة من العقود من أهمها عقود الاستثمار التي تنشأ بين ارادتين، ارادة الدولة من جهة وارادة المستثمر الاجنبي من جهة أخرى وما يصاحبها من تضارب وتعارض الارادتين في حل المنازعات التي تثور بمناسبة هذه العقود.

وتستمد القواعد الموضوعية قوة تطبيقها من إرادة أطراف العقد ذاته عن طريق الاعراف والعادات التجارية الدولية، وذلك عن طريق صياغة القواعد الموضوعية التي تطبق بصورة مباشرة على العلاقات في نطاق التجارة الدولية، فهي تقدم الحلول التي تعمل على معالجة القصور أو عدم ملاءمة القوانين الوطنية لحل المنازعات الدولية عن طريق الأحكام الموضوعية التي اِستقر عليها العمل بين التجار ورجال الأعمال في معاملاتهم الدولية، وذلك عن طريق إخضاع عقدهم لقانون معين يلزم القاضي والمحكّم بإرادة الطرفين فيطبق القاضي أو المحكم هذه القواعد بصورة مباشرة.

ومن أهم تطبيقاتها العقود النموذجية، والتي تعبر عن واقع مهني معين أو تعاون يربط بين المتعاملين الدوليين بهذه العقود، أي بعبارة أخرى تمثل عادات التجارة الدولية وأعرافها، إذ أنَّ اِستمرار العمل على هذه الأنماط الجديدة من العقود ساعدت على تكوين أعراف وعادات مستقرة تقوم بتنظيم علاقات التجارة الدولية وبنفس الوقت تتلقى اِرتياحًا من أطراف العلاقة العقدية في ميدان التجارة الدولية.

قائمة المحتويات

ت	الموضوع	الصفحة
١	**الآية القرآنية**	أ
٢	**الإهداء**	ب
٣	**الشكر والعرفان**	ت
٤	**المستخلص**	ث – خ
٥	**قائمة المحتويات**	١
٦	**المقدمة**	٤–١٠
٧	**الفصل الأول : ماهية القواعد الموضوعية**	١١–٨١
٨	المبحث الأول : مفهوم القواعد الموضوعية	١٣
٩	المطلب الأول : نشأة وتعريف القواعد الموضوعية	١٣
١٠	الفرع الأول : نشأة القواعد الموضوعية	١٤
١١	الفرع الثاني: تعريف القواعد الموضوعية	٢١
١٢	المطلب الثاني: سمات القواعد الموضوعية	٢٨
١٣	الفرع الأول : السمة الطائفية والنوعية	٢٩
١٤	الفرع الثاني: سمة الحكم المباشر	٣٥
١٥	المبحث الثاني: النظام القانوني للقواعد الموضوعية	٤٤

١٦	المطلب الأول : الاتجاهات الفقهية للقواعد الموضوعية	٤٥
١٧	الفرع الأول : التشكيك بصفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية	٤٥
١٨	الفرع الثاني: الاعتراف بصفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية	٥٣
١٩	المطلب الثاني: مبررات ظهور القواعد الموضوعية	٦٠
٢٠	الفرع الأول : المبررات السلبية	٦١
٢١	الفرع الثاني: المبررات الإيجابية	٧١
٢٢	**الفصل الثاني: البناء المصدري للإرادة في فاعلية احكام القواعد الموضوعية**	٨٢-١٦٢
٢٣	المبحث الأول : مفهوم الارادة في العقود	٨٤
٢٤	المطلب الأول : تعريف مبدأ سلطان الارادة وطرق تطبيق قانون الارادة	٨٤
٢٥	الفرع الأول : تعريف مبدأ سلطان الارادة	٨٥
٢٦	الفرع الثاني: طرق تطبيق قانون الارادة	٩٣
٢٧	المطلب الثاني: الارادة الحرة بين التقييد والاطلاق في ظلّ النظريات الفقهية	١٠٩
٢٨	الفرع الأول : النظرية الشخصية ومعاييرها المحددة للإرادة	١١٠
٢٩	الفرع الثاني: النظرية الموضوعية ومعاييرها المحددة للإرادة	١١٩

٣٠	المبحث الثاني: الدور الارادي في القواعد الموضوعية المتعلقة بالتجارة الدولية	١٢٧
٣١	المطلب الأول : الأثر الارادي في الاتفاقيات الدولية	١٢٨
٣٢	الفرع الأول : ارادة الدول(الاتفاقيات الدولية)	١٢٩
٣٣	الفرع الثاني: تطبيق الارادة في عقود الاستثمار	١٣٨
٣٤	المطلب الثاني: الأثر الارادي في الأعراف والعادات التجارية	١٤٧
٣٥	الفرع الأول : اختيار الأعراف الدولية والعادات التجارية	١٤٨
٣٦	الفرع الثاني: تطبيقات الارادة في العقود النموذجية	١٥٥
٣٧	**الخاتمة**	١٦٣-١٦٧
٣٨	**المصادر والمراجع**	١٦٨-١٨٢

أولاً- التعريف بموضوع البحث: كشفت الدراسات لواقع الروابط الدولية من حيث تنظيمها الوضعي عن عجز القوانين المعدّة للعلاقات الداخلية في إيفاء متطلبات وحاجات التجارة الدولية، وباتت الأهداف المتمثلة في تحقيق الأمن واليقين القانوني واحترام التوقعات المشروعة للعاملين في التجارة الدولية أهدافًا مهمة على فقه القانون الدولي الخاص دون سواه من ميادين القانون في الفروع الأخرى بسبب الطبيعة المميزة لقواعد هذا القانون والأسلوب الفني المتّبع في هذا الفرع لتسوية المنازعات الناشئة عنه.

إذ ينفرد القانون الدولي الخاص باستعمال وسيلة فنية غير مألوفة في فروع القانون الأخرى وهي قواعد التنازع، وبموجب هذه القواعد يقوم المشرع في مختلف الدول بتوزيع الاختصاص التشريعي بين القوانين التي تحكم طوائف من العلاقات أو المراكز القانونية تسمى "بالفكرة المسندة"، ويتم هذا التوزيع على أساس آلي لا يأخذ في الحسبان بالحلول الموضوعية لكلّ نوع من أنواع العلاقات أو المراكز القانونية.

وإزاء هذا التطور العالمي لم يجد العاملون في التجارة الدولية مفرًا من العمل بقواعد أوجدتها الظروف والطبيعة المميزة لكلّ نوع من أنواع النشاط التجاري عبر شروط متقابلة وأعراف وعادات تواضع العمل عليها من قبلهم بما يتلاءم وحاجات العلاقات التجارية العابرة للحدود.

وتحت وطأة الظروف المتغيرة لهذه العلاقات وبتأثير لا يمكن إنكاره لهيئات وأجهزة تعمل على أيجاد قانون متميز يحكم مباشرة العلاقات ذات العنصر الأجنبي وإدراكاً لمثالب المنهج التقليدي في تنازع القوانين فقد تزايدت القواعد التي تحكم مباشرة العلاقات الدولية الخاصّة، والتي تجد مصدرها ليس فقط في نصوص الاتفاقيات الدولية التي تحكم مسائل وأنواع متعددة من العقود كالبيع والإيجار التمويلي، والنقل الدولي للأشخاص والبضائع، والوكالة التجارية واتفاقيات الاستثمار الاجنبي وإنما في صورة قواعد ارساها القضاء في بعض الدول والتي تبناها التشريع في دول مختلفة ثم ساد منها تنظيماً قانونياً وطنياً معدًا لحكم العلاقات الدولية يختلف عن مثيله المعدّ لحكم العلاقات الوطنية أو الداخلية.

أدى تشعب انماط العقود الدولية وتعقد مسائل التجارة الدولية الحديثة إلى قصور قواعد التنازع التقليدية عن حل المنازعات الدولية، ومن ثم اصبحت لا تلاءم التطور الحديث في العلاقات الدولية الخاصّة العابرة للحدود الوطنية إذ إن السنوات الاخيرة قد شهدت تراجع منهج قواعد الاسناد عن المرتبة المميزة التي كانت تحتلها، وظهور مناهج أخرى فرضت نفسها بقوة لتنظيم العلاقات الدولية الخاصّة، وأحد هذه المناهج وهو منهج القواعد الموضوعية الدولية، والتي هي مجموعة القواعد التي تنظم تلك العلاقات الخاصّة الدولية المعروضة على القاضي أو المحكم، إذ إنها تمتاز تأخذ بنظر الاعتبار خصوصية العلاقات الدولية باعتبارها مجموعة من القواعد القانونية الدولية والعادات والاعراف التجارية التي درج رجال الاعمال والتجارة على استخدامها واللجوء إليها كونها وليدة هذه العلاقات التجارية ومن ثم يكون تطبيقها على منازعات هذه العلاقات أكثر تحقيقاً للعدالة وحماية توقعات الأطراف .

في الواقع تؤكد كافة الانظمة القانونية المعاصرة إلى خضوع العقود الدولية لإرادة الأطراف المتعاقدة كأساس لتطبيق القواعد الموضوعية، والذي يعود إلى مبدأ سلطان الارادة، فبعد إن كان يتركز في الزام المتعاقدين بما اتجهت إليه ارادتهم، وحظر التدخل في العلاقة العقدية من قبل المشرع والقاضي، إلا أن دوره تعدى ذلك في مجال التجارة الدولية، ليتمتع في ظلّها بدور الخالق للقاعدة القانونية، فأصبح بالفعل الركيزة الأساسية التي يبنى عليها ما يسمى بالنظام القانوني للتجارة الدولية أي (قانون التجارة الدولي)، والحال كذلك فقد كان من الطبيعي ألّا يتمرد ذلك النظام على صانعه، بل يضفي عليه القدسية ويبث فيه قدراً أكبر من الفاعلية .

وبالنظر إلى أن الاتفاقيات والاعراف والعادات الدولية هي من صور القواعد الموضوعية، ومن ثم سيكون للإرادة دورًا مهمًا في كلّ من الاتفاقيات الدولية عن طريق (ارادة الدول)، والتي تنطبق مباشرة على منازعات العلاقات

الخاصّة الدولية، بمجرد دخول العلاقة في نطاق تطبيق تلك القواعد وهنا دور الارادة لا يغير القاعدة وإنما اختيار القاعدة فهو دور ليس مطور وإنما مختار (اختياري).

غير إن الارادة تنشط أكثر في مجال الاعراف والعادات التجارية الدولية (ارادة الأطراف) بعدها قابلة للتطوير، فهنا دور الارادة تطويري للقاعدة القانونية ، وهذه المسألة مبنية على أسس علمية صحيحة باعتبار أن النشاط الانساني متحرك ومتغير يفرز سلوكيات وعادات تتشكل منها القواعد، ومن ثمّ بإمكان الأطراف المتعاقدة أن يحسّنوا من هذه القواعد .

ثانياً- أهمية البحث: تتجلى أهمية الموضوع في البحث عن تزايد الدور الإرادي لأطراف العلاقات الدولية الخاصّة، في اختيار القواعد الموضوعية التي تطبق بصورة مباشرة على العلاقات العقدية ذات العنصر الأجنبي، الذي من سماته منح المتعاملين في المجال الدولي التيسير والطمأنينة، في التعامل والعلم المسبق والواضح للقواعد التي تحكم علاقاتهم على اعتبار أنّ الاحترام المتطلب لتوقعات الأفراد من أهم أهداف القانون الدولي الخاص المعاصر.

وهنا دور الإرادة يختلف بتعدد صور القواعد الموضوعية بين الاتفاقيات الدولية، والاعراف والعادات التجارية الدولية بشكل متفاوت، فهي ذات قوة في الاطار العرفي عن طريق إنشاء وخلق القواعد الموضوعية واقل استجابة في الاطار الاتفاقي عن طريق اِلاتفاق الدولي بتطبيق تلك القواعد على العلاقات الخاصّة الدولية.

كما وتبدو أهمية هذا البحث بظهور الحاجة لهذه القواعد ذات التطبيق المباشر، فعالمنا المعاصر يعيش متغيرات هائلة جعلت من اتساعه وترامي حدوده قرية صغيرة، ونتيجة لما يواجهه منهج الإسناد التقليدي من الانتقادات كونه يؤدي إلى وضع حلول داخلية لمنازعات دولية، ومن ثم يكون هذا المنهج لا يتناسب مع الطبيعة الدولية للعلاقات ذات الصلة، فضلاً عن عدم ملاءمته لتنظيم العلاقات الخاصّة الدولية، ومن ثم تم هجره لصالح منهج

القواعد الموضوعية، وذلك لأنّ قواعده متفق عليها في نطاق التجارة الدولية تطبق مباشرة على هذه العلاقات، وعليه فأن دور الارادة هنا قد تجاوز دوره التقليدي باتجاه الدور الحديث التطويري، ومعنى ذلك أنه قد أصبح للإرادة دورًا في صنع القانون (قانون الدول الموحدة والأطراف).

ثالثاً- أهداف البحث: أن القواعد الموضوعية بمصادرها المتعددة، تتواجد في النظام القانوني الدولي وفي النظام القانوني الوطني، إلا أنها تستهدف وضع حلول موضوعية خاصّة للعلاقات المشوبة بعنصر أجنبي.

وتوصل القضاء إلى إقرار قواعد تستدعي حاجة المعاملات الدولية تحت ستار التفسير، ولكنه قد مارس في الواقع دورًا قاسم فيه "الشارع" اختصاصه ورغم إن هذه القرارات والقوانين تبقى قرارات وقوانين وطنية يكتنفها الغموض وتلفها تضاعيف المجموعات القانونية والقضائية إلا أنها ومن غير شك تمتاز بتوجهها المباشر نحو إعداد حلول موضوعية للعلاقات الخاصّة الدولية تختلف عن تلك المعدة للعلاقات الوطنية.

فلم تعد قواعد الإسناد مقصورة على الإسناد إلى نظام قانوني وطني، بل صار من الممكن إسناد العلاقة إلى مجموعة من القواعد التي لا تنتمي لأي نظام قانوني وطني كالقواعد المكرسة في العقود النموذجية أو الشروط العامة التي تصدرها المؤسسات المهنية والتي يتفق فيها على تسوية ما يثار بشأنها من منازعات أمام التحكيم الدولي.

وقد وجد القضاء نفسه في بعض الدول أمام خيار صعب بين التمسك بالقانون المشار له بوساطة قاعدة التنازع وبين ترجيح القانون الذي أشاد به التجار وتواضعوا على العمل به في علاقاتهم المتبادلة، فما كان من هذا القضاء سوى الإقرار بهذا الواقع وتطبيق تلك القواعد التي تشكل في رأي جانب من الفقه نظاما قانونيا ثالثا يتوسط القانون الدولي العام والقانون الوطني ذاك هو نظام القواعد العابرة للدول.

رابعـــا- اشـــكالية البحـــث والتســـاؤلات المطروحـــة: يكمـن موضـوع البحـث مـن دراسـتنا فـي أنـه ينـاقش مشـكلة مهمـة فـي القـانون الـدولي الخـاص، والتـي تشـكّل جدليـة فـي تـاريخ هـذا القـانون، فنجـد أن فكـرة التنـازع التـي هـي جـوهر هـذا القـانون تـرتبط وجـودًا وعـدمًا بحركـة رؤوس الأمـوال والبضـائع عبـر الحـدود الدوليـة ومتـى مـا ازدهـرت هـذه الحركـة تزدهـر معهـا العلاقـات الدوليـة الخاصّـة وبالنتيجـة تثـور مشـكلة تنـازع القـوانين، ولا شـك فـي أن بسـبب التطـورات التـي لحقـت بالقـانون الـدولي الخـاص أصـبحنا بصـدد تعـدد المنـاهج التـي تسـعى لتلافـي أوجـه القصـور الموجـودة فـي قاعـدة التنـازع، ومـن هـذه المنـاهج المـنهج المباشـر الـذي يحتـوي قواعـد موضـوعية التـي تكونـت نتيجـة ارادتـي الـدول والأفـراد علـى خلقهـا وتجميعهـا وتكوينهـا فـي اطـار هـذه المعطيـات إذ يوجـد تـداخل فـي دور الارادة، كمـا أنَّ هنـاك منطقـة ضـبابية تسـتدعي تسـاؤلاً رئيسًـا وأسئلة فرعية وهي كالآتي :

الســـؤال الـــرئيس: مـا مـدى مسـاحة دور الإرادة فـي صـياغة وتطبيـق القواعـد الموضـوعية سـواءً فـي اطـار الاتفاقيـات الدوليـة أو فـي سـياق الأعـراف والعـادات التجارية الدولية ... ؟

الســـؤال الفرعـــي: مـا مـنهج القواعـد الموضـوعية ومـا هـي أبـرز سـماته ...؟ وهـل ظهـرت الحاجـة إلـى هـذا المـنهج بجـوار المنـاهج الأخـرى فـي اطـار القـانون الدولي الخاص ...؟

الســـؤال الفرعـــي: هـل فكـرة القواعـد الموضـوعية تناسـب فلسـفة التنـازع الـدولي الخاص؟

السؤال الفرعي: ما أهم النظريات الفقهية التي تناولت الدور الارادي ...؟

الســـؤال الفرعـــي: مـا مـدى مسـاحة دور الارادة التطـويري أو الاختيـاري فـي ظـلّ القواعـد الموضـوعية ...؟ وهـل تتجـه الـدول إلـى توسـيع مسـاحة الـدور التطويري للإرادة أم الاكتفاء بالدور الاختياري فقط ...؟

خامســاً- نطـــاق البحـــث: لغـرض الاحاطـة بالجوانـب الأساسـية لموضـوع البحـث فقـد التزمـت دراسـة البحـث بـدور الإرادة فـي اطـار القواعـد الموضـوعية الدوليـة وذلك عبر ثلاثة محاور تناولنا فيها الموضوع ومثلما يلي:

١-**المحـــور الأول** : يشـمل القواعـد الموضـوعية بصـورة عامّـة وكـلّ مـا يخصـها باعتبارهـا مجـال تخصصـنا فـي القـانون الـدولي الخـاص، ولغـرض اعطـاء القـارئ فكرة أساسية عن المضمون الرئيس لهذه القواعد.

٢-**المحـــور الثـــاني**: سـلطنا فيـه الضـوء علـى الارادة فـي القـانون الـدولي الخـاص بإيضاح المذاهب الفقهية التي تبنتها.

٣-**المحـــور الثالـــث**: قمنـا بـربط الارادة بالقواعـد الموضـوعية عـن طريـق تسـليط الضـوء علـى بيـان دورهـا، فـي هـذه القواعـد الأخيـرة المتعلقـة بالتجـارة الدوليـة الاتفاقيـات والأعـراف الدوليـة، فـي كـلّ مـن القـانون العراقـي والقـوانين المقارنـة والعديد من الاتفاقيات الدولية والاعراف والعادات التجارية.

سادســاً- منهجيــة البحــث: سـنتناول دراسـة موضـوع البحـث عـن طريـق المـزج بين مناهج عديدة ألا وهي:

١- **المـــنهج التحليلـــي**: عـن طريـق تحليـل القواعـد القانونيـة التـي تـنظم هـذا الموضـوع حيـثُ مـا وردت مـع تحليـل مواقـف الفقـه والقضـاء والاتفاقيـات الدوليـة المتيسـرة فـي هـذا المجـال فـي محاولـة لاسـتخلاص الإطـار العـام الـذي يهـيمن علـى الموضـوع وذلـك فـي إطـار نظـرة شـاملة لمختلـف الحلـول الجزئيـة والتـي تبـدو لأول وهلـة حلـولًا مبعثـرة لا رابـط بينهـا ، وبالمحصـلة أنّ التوصـل إلـى معرفـة الـرأي الـراجح الـذي يـرد فـي البحـث يـرومُ إلـى تحديـد دقيـق فـي موضـوع البحث.

٢- **المـــنهج الوصـــفي**: عـن طريـق التعـرف علـى دور الارادة فـي القواعـد الموضـوعية، ووضـعها فـي إطارهـا الصـحيح، وتفسـير جميـع الظـروف المحيطـة بهـا، ويعـد ذلـك بدايـة الوصـول إلـى النتـائج التـي تتعلـق بالبحـث، وبلـورة للحلـول التـي تتمثـل فـي التوصـيات والمقترحـات لإنهـاء الجـدل الـذي يتضـمنه مـتن البحث.

٣- المـــنهج المقـــارن: عــن طريــق بعــض القــوانين المقارنــة اعتمــادًا علــى مــا ورد فــي القــانون العراقــي والقــانون المصــري والقــانون الفرنســي مــع الاســتعانة بــبعض القوانين الأخرى ذات الصلة بالموضوع .

إنّ الغــرض مــن تعــداد القــوانين المقارنــة هــو تغطيــة أكبــر قــدر ممكــن مــن نصــوص القــوانين واســتجلاء فلســفتها وجــذبها لصــالح البحــث مــع دراســة التطبيقــات القضــائية وآراء فقهــاء القــانون الــدولي الخــاص، فضــلاً عــن أنَّ الاشارة إلى تلك الاتفاقيات الدولية هي في ذات الصلة أيضًا .

ســابعاً- خطــة البحــث: لمــا تقــدم ذكــره أعــلاه اقتضــت طبيعــة البحــث ومــن أجــل الإحاطــة بجوانبــه القانونيــة جميعهــا النظريــة منهــا والعمليــة، والوقــوف علــى معطياتــه المختلفــة تقســيمه علــى فصــلين: نوضــح فــي الفصــل الأول منــه: ماهيــة القواعــد الموضــوعية، وبــدوره يقســم علــى مبحثــين: نتنــاول فــي المبحــث الأول : مفهــوم القواعــد الموضــوعية، ونخصــص المبحــث الثــاني فيــه : النظــام القــانوني للقواعد الموضوعية.

أمــا فــي الفصــل الثــاني نتنــاول: البنــاء المصــدري لــلإرادة فــي فاعليــه احكــام القواعــد الموضــوعية، وبــدوره يقســم علــى مبحثــين: نتنــاول فــي المبحــث الأول : مفهــوم الارادة فــي العقــود، أمــا المبحــث الثــاني فنتنــاول فيــه: الــدور الارادي في القواعد الموضوعية المتعلقة بالتجارة الدولية.

وختمــت الدراســة بــأهم النتــائج والتوصــيات التــي توصــلنا لهــا خــلال البحــث فــي دراســتنا ، وبــذلك فــإنني آمــل أن أكــون قــد قــدمت مــا فيــه فائــدة إلــى كــلّ العاملين في مجال القانون من أساتذة جامعيين وقضاة ومحامين وطلبةِ علمٍ .