



جامعة بنغازي
كلية الحقوق

رسالة بعنوان

مدى كفاية الإرادة في تحديد القانون
الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية
(دراسة مقارنة)

مقدمة من الطالبة:

حواء فرج محمد المجبري

لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الإجازة العالية
(الماجستير) في القانون

تحت إشراف:

الأستاذ الدكتور: مفتاح المهدي

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

﴿قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ﴾

صدق اللّٰهُ العظیم

[البقرة:32]

الأهداء

إلى من شملتني بعطفها وأمدتني بدعائها وكانت نبراساً يضيء فكري
بالنصح والإرشاد

أمي الحبيبة

إلى من كلله الله بالهبة والوقار ومن علمني العطاء بدون انتظار إلى
من أحمل اسمه بكل افتخار أمد الله في عمرك لتري ثماراً حان
قطافها بعد طول انتظار

والدي العزيز

وإلى من نثر بذور هذا العمل المتواضع رائد القانون الدولي الخاص
بجامعة بنغازي والأب الروحي له

الأستاذ الدكتور : سالم إرجيعه .. " رحمه الله "

أهدي ثمرة جهدي ونتاج بحثي المتواضع .

الشكر والتقدير

الحمد والشكر لله وجزيل الشكر والعرفان الى كل من وقف جانبي مسانداً

لإنجاز هذا العمل المتواضع

أمى ،، أبى ،، أخوتي ،، أصدقائي و أساتذتي ..

إلى من ساندنى طوال مسيرة هذا البحث وشرفنى بالاشراف على هذه
الرسالة

الأستاذ الدكتور الفاضل

مفتاح المهدي ..

إلى من قدم لي العون ومد لي يد المساعدة وزودني بالمعلومات اللازمة

لا تمام هذا البحث

الأستاذ الدكتور الفاضل

أحمد بوزقية "رحمه الله" . .

والشكر موصولاً للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم تقييم هذا العمل المتواضع ولكل العاملين بكلية

الحقوق جامعة بنغازي .

رقم الصفحة	الموضوع	م
1	المقدمة	
	الفصل الأول دور الإرادة في تحديد العقد الدولي وفق النظرية الشخصية .	1
13	تمهيد وتقسيم :	
13	- معايير تحديد العقد الدولي .	
24	- نطاق تطبيق قانون الإرادة .	
28	المبحث الأول النظرية الشخصية وإندماج قانون الإرادة في العقد الدولي. تمهيد وتقسيم :	2
30	المطلب الأول : ماهية إندماج قانون الإرادة في العقد الدولي.	3
33	الفرع الأول / الأساس القانوني لإندماج القانون المختار في العقد الدولي.	4
35	الفرع الثاني / موقف القضاء من إندماج القانون المختار في العقد الدولي.	5
40	المطلب الثاني : نتائج إندماج قانون الإرادة في العقد الدولي و تقدير نظرية الاندماج .	6
41	الفرع الأول / النتائج المترتبة على إندماج القانون المختار في العقد الدولي .	7
48	الفرع الثاني / تقدير نظرية إندماج القانون المختار في العقد الدولي.	8
48	أولاً - الإفتئات على طبيعة القانون ووظيفته .	
49	ثانياً - نظام الإندماج يؤدي الى الخلط بين عملية إسناد العقد وإعمال قانونه .	
50	ثالثاً - إصطدام فكرة الإندماج مع تزايد عدد القوانين الحمائية .	
51	رابعاً - هجر فكرة إندماج القانون المختار في العقد الدولي.	
53	المبحث الثاني : الإتجاهات الحديثة و قانون العقد الدولي .	9
	تمهيد وتقسيم :	
55	المطلب الأول : مبدأ الكفاية الذاتية والدور الإحتياطي لقانون العقد الدولي .	10
56	الفرع الأول / مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي .	11
56	أولاً / طبيعة العقد الدولي والكفاية الذاتية .	
57	ثانياً / الكفاية الذاتية للعقد الدولي في الفقه والقضاء .	
60	ثالثاً / تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية .	
62	رابعاً / تقدير مبدأ الكفاية الذاتية .	
64	الفرع الثاني / الدور الإحتياطي لقانون العقد الدولي .	12

المقدمة

تعد العلاقات التعاقدية من أهم المعاملات المالية في الحياة البشرية حيث يلعب العقد دوراً هاماً وبارزاً على صعيد المبادلات الاقتصادية و التجارية وذلك باعتباره الوسيلة الفنية التي تتم من خلالها مختلف تلك العلاقات واعتباره الأداة التي تسيّر التجارة الداخلية والدولية و لما له من أهمية في خلق معادلة متوازنة بين أطرافه باعتباره الضابط الرئيس لأسس المعاملات التجارية والمالية، وقد استقرت منذ وقت بعيد قاعدة أساسية مقتضاها قدرة إرادة الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وهذا المبدأ يعد غاية في الأهمية حيث يحمل في طياته تطبيقه الكثير من الغموض الذي يستوجب البحث والتدقيق لتحديد دور هذه الإرادة، ومدى كفاءتها للقيام بهذا الدور، وما حدود هذه الحرية .

غير أنه لم تستقر قاعدة خضوع العقد للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين إلا في نهاية القرن التاسع عشر ، حيث أن الفقه القديم لم يكن يسند العقود لقانون الإرادة إنما كان يخضعها لقانون محدد سلفاً وهو قانون بلد الإبرام أو قانون بلد التنفيذ وهو في الحالتين إسناد أمر لا تملك الإرادة تغييره وكان تبرير تطبيق هذا القانون أو ذلك على أساس أن إرادة المتعاقدين الضمنية قد ارتضته.

وبالرغم من ذلك لم يرتب على أفكاره هذه نتائجها المنطقية وهي قدرة المتعاقدين على الاختيار الصريح لقانون آخر يحكم عقدهم، بالتالي فكرة قانون الإرادة لديهم هي مجرد تبرير لاحق لإسناد سابق يتسم بطابع أمر لا تملك إرادة المتعاقدين تغييره⁽¹⁾.

وبالرغم أن اصطلاح سلطان الإرادة (l'autonomie de volonte) يعني قدرة الإرادة الذاتية على خلق القواعد التي تحكمها أو قدرة المتعاقدين على خلق قانونهم الخاص وهو اصطلاح قديم كان أول من قال به هو الفيلسوف (كانت) في مضمون فلسفي مختلف ، إلا إن أحداً من شراح القانون القدماء لم يلتفت إليه حتى عام 1883م

(1) هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - ط2- دار الفكر الجامعي، الإسكندرية - س 2001 - ص 21.

حيث استخدمه لأول مره أستاذ القانون الدولي الخاص السويسري (بروشيه) في مؤلفه " دروس في القانون الدولي الخاص" (1).

بذلك يكون فقهاء القانون الدولي الخاص هم أول من استخدموا اصطلاح "سلطان الإرادة" أو "الاستقلال الذاتي للإرادة" بعد أن كانوا يعبرون عن الفكرة بمسميات مثل "سلطان الأطراف" أو "سلطان المتعاقدين"، والمقصود بسلطان الإرادة في المجال القانوني هو اعتبار الإرادة مصدراً ومعياراً للحقوق الشخصية فهي الأداة الخالقة للقانون وعكس هذا المصطلح فلسفة القانون في القرن التاسع عشر التي أكدت للفرد إرادته الحرة فالإرادة هي أساس القانون وغايته فيقتصر هدف القانون على تعايش الإرادات الفردية (2).

في مجال القانون الدولي الخاص فيقصد بسلطان الإرادة قدرة المتعاقدين على اختيار القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهم في مجال العقود الدولية، ومنذ القرن الثاني والثالث عشر قسم فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة (3) القوانين أو الأحوال السائدة إلى قوانين أو أحوال شخصية تتبع الأشخاص أينما ذهبوا وأخرى إقليمية تنطبق على كل الأشخاص الذين يقطنون الإقليم وعلى كافة الوقائع التي تحدث فيه أو التصرفات التي تبرم في نطاقه، ولم يكن شراح هذه المدرسة يفرقون بين شكل العقد وموضوعه، فالعقد لديهم يخضع لقانون بلد الإبرام سواء شكله أو موضوعه ومبرر ذلك لكونه القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره وبذلك اعتبر إسناد العقد لقانون محل إبرامه بمثابة إسناد أمر لا تملك الإرادة تغييره ولم تكن فكرة سلطان الإرادة اتضحت بعد .

(1) هشام صادق- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع السابق، ص22، حيث أن الدراسات الحديثة أكدت أن استخدام بروشيه لهذا الاصطلاح تم بشكل مستقل عن كتابات كانت.

(2) احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين - ط1- دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص1059.

(3) هشام صادق، مرجع سابق، ص22 وما بعدها.

وفي القرن السادس عشر استلهم الفقيه الفرنسي ديمولان (Dumollin) فكرة جديدة مؤداها أعمال إرادة المتعاقدين في تحديد القانون الذي يحكم العقد الدولي، إذا إنه ما دام العقد يخضع لقانون محل إبرامه باعتبار ذلك تعبيراً عن رضا المتعاقدين الضمني فيجب الاعتراف بحق المتعاقدين في اختيار قانون آخر غيره ليحكم العقد الدولي، بالتالي قرر ديمولان إخضاع العقد الدولي من حيث موضوعه لقانون الإرادة و كان ذلك بمناسبة فتوى تتعلق بمشاركة زواج - النظام المالي للزوجين - تقدم بطلبها منه الزوجان (دوجاني) في سنة 1525م حول مدى إمكانية تجنب القواعد العرفية السائدة في الأماكن التي تقع فيها أموالهما والخضوع للنظام المالي السائد في باريس والتي اتخذها موطناً لهما عند الزواج(1) .

وقد أفتى ديمولان بإمكان تطبيق العرف السائد في باريس والتي اتخذها موطناً لهما عند الزواج على أساس أن النظام المالي للزوجين بمثابة عقد ضمني يخضع لقانون إرادة المتعاقدين بالتالي يطبق العرف السائد في باريس ، باعتبار أن إرادة الزوجين قد انصرفت ضمناً إلى اختيار قانون موطن الزوجين المشترك عند الزواج .

ومن خلال هذه الواقعة سعى ديمولان لإخراج العقد من السيادة الإقليمية للقانون تأسيساً على دور الإرادة في العقد ، فالعقد يخضع للقانون الذي يختاره المتعاقدون بالتالي فهو يحدث أثره حتى خارج محل إبرامه ما دام وليد الإرادة و ليس وليد القانون .

وقد ترتب على فقه ديمولان أن بدت ملامح التفرقة بين موضوع العقد وشكله تتضح بحيث أصبح خضوع العقد لقانون محل إبرامه يقتصر فقط على شكل العقد دون موضوعه ، لكن استخدام ديمولان للإرادة قد تجرد من نتائجه العملية ألا وهي قدرة الإرادة على اختيار قانون آخر، لأنه قد انتهى في فتواه إلى تطبيق قانون بلد

(1) محمود محمد باقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، س2000، ص27، سالم ارجيعة، القانون الدولي الخاص الليبي، ج1، تنازع القوانين من حيث المكان، ط4، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، س2007، ص341.

الإبرام وهو في ذات الوقت قانون موطن الزوجين الأول مبرراً هذا التطبيق بالرجوع لفكرة الإرادة الضمنية .

وبإمعان النظر نجد أنه لم يخرج ديمولان واقعيًا عن بقية فقهاء عصره في شأن إسناد العقود لقانون بلد الإبرام بوصفه إسناداً أمراً لا تملك الإرادة الصريحة تغييره وبحلول القرن التاسع عشر رحب الفقهاء بخضوع العقد لقانون الإرادة الصريحة.

وأكد الفقيه (1) (Foelix) علي ضرورة إخضاع العقد للقانون الذي استقرت عليه الأعراف والعادات منذ القدم (قانون بلد الإبرام) على أنه إذا كان سيجري تنفيذ العقد في بلد آخر فإن قانون محل الوفاء هو الذي يسري بشأن المسائل التي تثور بعد إبرام العقد، ولم يختلف الأمر لدي الفقيه الألماني (Savigny) (2) والذي رأى تركيز العقد في مكان تنفيذه بناءً على فكرة الخضوع الاختياري، وهكذا ظل الفقه حتى منتصف القرن التاسع عشر يستخدم فكرة سلطان الإرادة كمجرد تبرير لاحق لحلول التنازع التقليدية في شأن إسناد العقود لقانون محدد سلفاً هو قانون بلد الإبرام أو قانون بلد التنفيذ وفي الحاليتين إسناد أمر لا تملك الإرادة تغييره ، كل ما في الأمر أن (Foelix) برر تطبيق هذا القانون بوصفه تعبيراً عن القانون الذي استقرت عليه الأعراف والعادات استناداً للإرادة الضمنية في حين أن (Savigny) قرر تطبيق قانون دولة التنفيذ باعتباره الحل الذي تمليه طبيعة الأشياء واستناداً لفكرة الخضوع الاختياري لهذا القانون .

وخلاصة القول أن هذا الفقه لم يرتب على أفكاره نتائجها المنطقية الا وهي قدرة الإرادة على الاختيار الصريح لقانون آخر ليحكم العقد ولكن بمجىء الفقيه البلجيكي (Laurent) في نهاية القرن التاسع عشر رتب على أعمال مبدأ الإرادة نتائجه المنطقية وذلك في مؤلفه (3) "القانون المدني الدولي" الذي نشر في نهاية القرن

(1) كان Foelix (1791-1853) محامياً فرنسي ألماني الأصل، أخرج في عام 1843 أول مؤلف متكامل في القانون الدولي الخاص منذ عهد القانون الفرنسي القديم - محمود ياقوت - التطور التاريخي لقاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، مجلة روح القوانين، كلية طنطا - ج-ع22- س يناير 2001-ص6.

(2) محمود ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص7، هـ 3.

(3) أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، س1985، ص17.

التاسع عشر من ثمانية أجزاء خلال الأعوام 1880-1882 م فقد أكد (Laurent) الذي نصب أبا روحياً لفقهِ قانون الإرادة، أن تطبيق قانون بلد الإبرام أو بلد التنفيذ فسر على أساس رضا المتعاقدين الضمني وإنه يحق لهم أن يختاروا صراحة قانوناً آخر غيره ليحكم العقد .

بالتالي لم تعد القاعدة مجرد تبرير سابق بل أصبحت حلاً يمثل مكنة لإرادة المتعاقدين لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم ، وقد أكد على هذا المبدأ معاصروه باختلاف توجهاتهم الفقهية، وهكذا استقر مبدأ سلطان الإرادة بصفة نهائية ومنذ ذلك الحين أضحت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة قاعدة مستقرة وقد ساعد على ذلك التطور الذي شهدته الحرية الفردية التي شكلت انعكاساً حقيقياً للفكر السائد في تلك الحقبة الزمنية فيما يتعلق بالقوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية والأحكام القضائية.

وبالرغم من ذلك لم تنج فكرة قانون الإرادة من النقد⁽¹⁾ فقد قيل أن تلك الفكرة تفتح الطريق أمام الأفراد للتهرب من القواعد الآمرة وإن كان لا بد من الإبقاء عليها فيجب حصر مجالها في المسائل التي تنظمها القواعد المكملة ، فإن ترك الأمر للمتعاقدین لاختيار قانون عقدهم يعني حلولهم محل القانون في تنظيم الروابط القانونية وهو ما يتضمن افتئاتاً على سلطته التي من مظاهرها أن يحدد هو متى يسري وليس إرادة الأفراد هي التي تحدد حالات سريانه .

أي أن الإسناد يكون موكلاً لسلطان الإرادة بدلاً من سلطان القانون فخضوع العقد لقانون الإرادة يتضمن مصادرة على المطلوب ، لأنه يفترض وجود العقد أولاً واختيار القانون يأتي لاحقاً فالقانون هو الذي يعطي العقد قوته الملزمة ولا قيام للعقد في غيبة القانون.

أضف إلي ذلك أن فكرة قانون الإرادة نمت وترعرعت في ظل المذهب الفردي والاقتصاد الحر بالتالي لم تعد تتماشى مع سياسة التوجيه الاقتصادي وزيادة تدخل الدولة بقواعد أمره في مختلف الأنشطة الاقتصادية .

(1) أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، س1985، ص17.

ومهما يكن من أمر هذه الانتقادات فهي لم تحمل الأنظمة القانونية في مختلف الدول على هجر قاعدة قانون الإرادة بل بالعكس زادت رسوخاً وثباتاً وفي اعتقادي أن هذه القاعدة ستظل الوسيلة الخالدة لتحديد النظام القانوني للعقود الدولية .

- الاعتراف بمبدأ خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة في الأحكام القضائية والأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية :

لم تحد محكمة النقض الفرنسية عن تأكيد مبدأ تطبيق قانون الإرادة منذ حكمها المبدئي الصادر بتاريخ 5 ديسمبر 1910م الذي كان يعد بمثابة دستور لتطبيق مبدأ قانون الإرادة الذي جاء فيه " أن القانون الواجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو أثارها أو بشروطها هو القانون الذي يختاره المتعاقدان " (1).

ومن ذلك أيضا حكمها الصادر في 6 يوليو 1959م حيث أكدت فيه محكمة النقض الفرنسية ذات المبدأ " القانون الواجب التطبيق على العقود من حيث تكوينها وشروطها وأثارها هو القانون الذي يختاره الأطراف " (2) .

وقد ظل الفقه والقضاء في فرنسا يردد هذه الصيغة إلى يومنا هذا وقد تأكد قانون الإرادة بانضمام فرنسا للعديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالعقود الدولية وتوقيعها لاتفاقية روما المبرمة في 19 يونيو 1980م حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

وقد أيدت محكمة النقض في بلجيكا العمل بقانون الإرادة في العديد من أحكامها وعبرت عنه في حكم لها عام 1974م حيث قضت صراحة أن " القانون الواجب التطبيق على العقد يتحدد في القانون الدولي الخاص البلجيكي بقاعدة قانون الإرادة

(1) نقض فرنسي 5 ديسمبر 1910 نشر في Sirey, 1911, 1-129 مع تعليق Layon, Caen . Rev, Crit 1911, 395 أشار إليه سالم إرجيعه - القانون الدولي الخاص الليبي- مرجع سابق - ص 343 . أحمد عبدالكريم سلامة - الأصول في التنزع الدولي للقوانين - مرجع سابق - ص 1060 - بند 774 .

(2) نقض فرنسي 6 يوليو 1959. 7081959. Rev. Crit. أشار إليه هشام صادق- تنزع القوانين - ط 3- منشأة المعارف - الإسكندرية - س 1974 - ص 652 هامش 2 .

وتطبيقاً لهذه القاعدة فإن الأطراف يكون لهم مطلق الحرية في اختيار القانون الذي سيحكم عقدهم" (1)

وقد طبقت المحكمة العليا الليبية هذه المبدأ في حكمها الصادر بتاريخ 10 إبريل 1970م (2) قائلة " إن موضوع العقد يخضع للقانون الذي يحدده المتعاقدان أو المواطن المشترك أو بلد الإبرام على نحو ما نصت عليه المادة (1/19) من القانون المدني الليبي".

وقد حاكت محكمة النقض المصرية ما استقر عليه القضاء في الأنظمة القانونية المقارنة في حكمها الصادر بتاريخ 4 ديسمبر عام 1989م (3) حيث قضت برفض تطبيق المادة 212 من القانون البحري السوري التي تقضي ببطلان شرط الاعفاء من المسؤولية، واستندت في ذلك إلى عدم اتفاق الطرفين على تطبيق أحكامه وأن الطاعن لم يتمسك بهذا القانون بوصفه القانون المتفق على إعماله ولكن باعتباره قانون محل الانعقاد الواجب التطبيق عملاً بقاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة (1/19) من القانون المدني المصري .

حيث أوضحت المحكمة إن تطبيق نص المادة (1/19) من القانون المدني " يدل على أنه يتعين الوقوف ابتداءً عندما تتجه إليه إرادة المتعاقدون الصريحة أو الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، فإذا لم يفصح المتعاقدان عن إرادتهما في هذا الشأن وجب تطبيق قانون المواطن المشترك وإلا فقانون الدولة التي تم فيها العقد".

وما أن استقر مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة وازدهر حتى كرس مختلف القوانين المقارنة قاعدة خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف نذكر منها مثلاً القانون المدني اليوناني لعام 1940م النافذ عام 1946م في المادة

(1) محكمة النقض البلجيكية 27-نوفمبر-1974نشر في Rev.Crit.Dr.int.pr,1976,p.681. أشار إليه محمود محمد ياقوت - التطور التاريخي لقاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة - مرجع سابق - ص 613 و ما بعدها .

(2) مجلة المحكمة العليا - س 14 - ع 2- يناير 1978-ص 53.

(3) مجموعة المكتب الفني، الطعن 1114 لسنة القضائية 52 جلسة 4 ديسمبر 1989- ص 249 أشار إليه صالح المنزلاوي- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية - ط1 - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - س 2006 - ص 266.

(25) والقانون المدني الإيطالي لعام 1942 م في المادة (25) والقانون الإسباني لعام 1974 م في المادة (5/10) والقانون المدني الألماني في أحكامه المتعلقة بالقانون الدولي الخاص لعام 1986 م في المادة (1/27) كما كان مشروع القانون الدولي الخاص الفرنسي لعام 1967 م ينص في المادة 2313 على أن "يخضع العقد ذي الطابع الدولي و الالتزامات الناشئة عنه للقانون الذي قصد الأطراف الخضوع له" (1) ولم تتخلف الأنظمة القانونية العربية عن تأكيد إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة من ذلك القانون المدني المصري في المادة (1/19) منه التي نصت على أن " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا ، فإن اختلفا موطنًا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه " .

ووجد هذا النص صدهاء في العديد من القوانين العربية فحاكاه القانون المدني الليبي في المادة (1/19) والقانون المدني السوري في المادة (1/20) والقانون المدني العراقي في المادة (1/25) والقانون المدني الكويتي رقم 5 لسنة 1961م في المادة (29) والقانون الدولي الخاص التونسي في المادة (62) التي نصت على أن " العقد يحكمه القانون الذي سماه الأطراف " (2).

ولم تكن الاتفاقيات الدولية بدورها بمنأى عن الاعتراف بقانون الإرادة باعتباره الواجب التطبيق على العقود الدولية نذكر منها اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 يونيو 1955م المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية في المادة (1/2) التي نصت على أن " يسري على البيع القانون الداخلي للبلد الذي يحدده الأطراف المتعاقدة " كما نصت المادة (1/7) من اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في 1961م و النافذة سنة 1964م على أن " الأطراف أحرار في اختيار القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع " وهذا ما انتهت له أيضا المادة (1/24) من اتفاقية البنك الدولي لتسوية نزاعات

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص1061، هامش12.

(2) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص263 وما بعدها.

الاستثمار بين الدولة ومواطني الدول الأخرى، واتفاقية لاهاي لسنة 1978م بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة و التمثيل التجاري في المادة (1/5) منها، وجاءت في ذات المعنى المادة (1/3) من اتفاقية روما لسنة 1980م بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية التي تحمل عنوان حرية الاختيار "يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف" وكذلك المادة (7) من اتفاقية لاهاي لسنة 1986م بشأن البيوع الدولية للبضائع واتفاقية مكسيكو الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية التي أبرمت بين دول الأمريكتين ، أضيف إلى ذلك نص المادة (1/27) من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي سنة 1985م الذي جاء فيه " تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا للقانون المختار بواسطة الأطراف " (1).

إشكالية البحث في الموضوع :

مشكلة تنازع القوانين حول القانون الواجب التطبيق على العقود لا تثار أصلا في مجال عقود التجارة الداخلية والتي تخضع للقوانين الداخلية و بالتالي يتوفر للمتعاقدین العلم المسبق بالنظام القانوني الذي تم اتفاقهم في إطاره ، إلا أن الأمر مختلف فيما يخص عقود التجارة الدولية لذا يتعين ابتداء تحديد مفهوم العقد الدولي و إيجاد معيار للفرقة بين العقد الداخلي والعقد الدولي يستشف منه صفات وخصائص العقد الدولي.

وتعد مسألة تحديد دولية العقد وما تزال مثار جدل فقهي حاد ومشوق في إطار القانون الدولي الخاص ، نظراً لاتصال العقد الدولي بالضرورة بأكثر من نظام قانوني و نقطة البداية نفسها تثير مشكلة مما يستوجب استجلاء الغموض بشأنها.

كذلك فإن الحلول المتبعة لمشكلة تنازع القوانين بشأن عقود التجارة الدولية تختلف بدورها عن الحلول المعمول بها بالنسبة لغيرها من الروابط العقدية ذات الطابع الدولي من حيث مدى الاعتداد بإرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد ، بالتالي تقتضي استبعاد طوائف العقود التي لا تعد من عقود المبادلات التجارية .

(1) أشار إليها عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، س2007، ص82 وما بعدها.

وكما سبقت الإشارة في مقدمة هذا البحث أنه سيطر على العقد الدولي في معظم الأنظمة القانونية مبدأ قانوني هام وهو مبدأ حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق عليه ، حيث استقرت على وضعها الراهن مع نهاية القرن التاسع عشر، وهذا الاستقرار لم يكن إلا واجهة خارجية تحمل في طياتها اختلافات عميقة في وجهات النظر بين أنصار النظرية الشخصية و أنصار النظرية الموضوعية مرده إلى الدور الذي تؤديه الإرادة في اختيارها لقانون العقد.

وبين هذه وتلك اختلفت التشريعات والنظم القانونية في الأخذ بها مما يستوجب البحث في تحديد ماهية العقود الذي يمكن لإرادة الأطراف تحديد قانونها ، بالتالي تكون خاضعة لمسألة تنازع القوانين حيث أن دولية العقد شرط مسبق لازم لإعمال هذه القواعد، وما هو معيار التفرقة بين العقود الدولية والعقود الداخلية ؟ و ما نطاق تطبيق قانون الإرادة ؟ هل يسري على كافة مكونات العقد الدولي ليشمل المسائل الموضوعية والمسائل الشكلية المتعلقة بالعقد أم يقتصر تطبيقه على جوانب معينة من العقد مع استبعاد جوانب أخرى؟ وما طبيعة الدور الذي تقوم به الإرادة في هذا الاختيار؟ هل ترد قدرة إرادة المتعاقدين على اختيار قانون العقد الدولي إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة ، بالتالي يخول للأطراف المتعاقدة حرية طليقة في اختيار قانون العقد الدولي حتى لو لم تتوفر لهذا القانون المختار أي صلة تربطه بالعقد ؟

أم أن تحديد المتعاقدين لقانون العقد الدولي يرتد لقوة القانون نفسه الذي منح الإرادة القدرة على هذا الاختيار مقيدة في ذلك بوجود صلة تربط القانون المختار بالعقد ؟ ومن هنا يتضح اختلاف دور الإرادة في تحديد قانون العقد الدولي بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية ، و من ثم اختلاف النتائج المترتبة عن كل هذه الإشكاليات والتساؤلات ويعد البحث فيها ومحاولة إيجاد الحلول لها حاجة ملحة تتطلبها هذه الدراسة فأسال الله التوفيق في تأدية هذه المهمة .

أهمية البحث في الموضوع :

يشكل البحث حول دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي أهمية بالغة في الكشف عن مدى حرية هذه الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وقد اتجهت مختلف الأنظمة القانونية إلى وضع النظام القانوني الذي يقوم عليه العقد ، أيا كانت الصفة التي يتمتع بها سواء كان عقداً داخلياً أو عقداً يتسم بالصفة الدولية ، فالأول تحكمه القوانين الداخلية أما الأخير فتثور بشأنه مسألة تنازع القوانين ، ولا شك أن مسألة تنازع القوانين في مسائل العقود الدولية كانت وما تزال أحد أهم موضوعات القانون الدولي الخاص و أدقها على الإطلاق إذا لا تخفى أهمية التحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق على مثل هذه العقود بما يكفل للمتعاقدين الثقة والطمأنينة التي تتطلبها هذه المعاملات التجارية .

ذلك أن اختيار قانون معين لتنظيم وحكم العقد الدولي ليس مجرد تفضيل قانون على آخر يتم على نحو نظري دون الأخذ في الحسبان النتائج المترتبة على هذا الاختيار فتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي يرتب نتائج وأثار في غاية الأهمية على مجمل العملية العقدية ، أضف إلى ذلك إن دراسة موضوع البحث في هذه المرحلة يتطلبها الواقع العملي باعتبار أن ليبيا مقدمه مستقبلا على مرحلة جديدة نحو إعادة الإعمار و البناء و التنمية و نقل التكنولوجيا وغيرها ، مما يتطلب إبرام العقود الدولية في المجالات المختلفة ، خاصة و أن المكتبة القانونية تخلو من البحث في مثل هذا الموضوع محل الدراسة.

منهجية البحث في الموضوع :

إن إنجاز الدراسة موضوع البحث يتطلب الاعتماد على عدة مناهج علمية هي المنهج التحليلي في محاولة لتأصيل دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، والمنهج الاستقرائي القائم على تحليل نصوص القانون المتعلقة بموضوع البحث والأحكام القضائية والآراء الفقهية ، بالإضافة للمنهج المقارن في محاولة لتتبع المسألة موضوع البحث في النظم القانونية والقضائية والفقهية المختلفة.

خطة البحث:

سأتناول موضوع البحث بالدراسة وفق التقسيم التالي :

الفصل الأول:- دور الإرادة في تحديد قانون العقد الدولي وفق النظرية الشخصية .

المبحث الأول:- النظرية الشخصية واندماج قانون الإرادة في العقد الدولي .

المبحث الثاني:- الاتجاهات الحديثة وقانون العقد الدولي.

الفصل الثاني:- دور الإرادة في تحديد قانون العقد الدولي وفق النظرية الموضوعية.

المبحث الأول : خضوع العقد لقانون الإرادة وفقا لمنهج التنازع .

المبحث الثاني: النظرية الموضوعية وخضوع العقد للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية.

الخاتمة.

الفصل الأول

دور الإرادة في تحديد قانون العقد الدولي وفق النظرية الشخصية

تمهيد وتقسيم :

منذ أن استقرت قاعدة خضوع العقد لقانون إرادة المتعاقدين بعد تطور تاريخي طويل، لاقت ترحاباً كبيراً واتفق الفقه والقضاء في معظم بلدان العالم على قانون الإرادة كضابط للإسناد بشأن الالتزامات التعاقدية ، و لكن هذا الاتفاق كان ظاهرياً حيث إن واقع الأمر أسفر عن اختلافات عميقة في الرأي ترجع للنظر إلى الدور الذي تقوم به الإرادة عند اختيارها لقانون العقد .

وقد ترجم هذا الاختلاف الفكري من خلال نظريتين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية ، غير أنه قبل الخوض في دراسة دور الإرادة وفق النظرية الشخصية يجب تحديد مسائل أولية هامة لإعمال قانون الإرادة تعد هي نقطة الانطلاق لبحث الموضوع متمثلة أولاً في معايير تحديد العقد الدولي ذلك إن العقود الداخلية لا تثار بشأنها قواعد تنازع القوانين وثانياً مسألة نطاق تطبيق قانون الإرادة .

- أولاً : معايير تحديد العقد الدولي.

استقر فقه القانون الدولي الخاص على أن دولية العقد هي شرط مسبق لازم لإعمال قواعد هذا الفرع من فروع الدراسات القانونية يستوي في ذلك القواعد المادية أو قواعد التنازع باعتبارها مسألة جوهرية ترتب نتائج قانونية هامة خاصة في مجال الروابط القانونية العقدية (1).

(1) أبدت محكمة النقض الفرنسية رفض تطبيق قانون الإرادة إلا بعد تكييفها الصحيح لاتفاق الأطراف على أنه من العقود الدولية Rev.crit.1977 -503not Batiffol وقررت بحكم آخر Lyon 19/4/1977 Rev.crit.1979-788note Ancel أن إعمال قواعد التنازع يفترض أن العقد دولي ، ذلك العقد الذي يبرر بالنظر إلى عناصره تطبيق أحد التشريعات المتزاحمة - أشار إليها محمود محمد باقوت - حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي -مرجع سابق - ص 38 هامش3.

وإزاء ذلك عمد الفقه منذ زمن طويل إلى التفرقة بين العلاقات الداخلية والتي تخضع للقانون الداخلي و لا تثير مشكلة تنازع القوانين والعلاقات الدولية التي تطبق عليها أحكام القانون الدولي الخاص ، و وضع الضوابط التي تميز بينها ، و لكن بالرغم من خضوع العقد الوطني لقواعد القانون الداخلي الا أنه قد يحدث أن يختار المتعاقدان قانوناً أجنبياً لتنظيم تفاصيل العقد المبرم بينهما ، في هذه الحالة تكون أحكام هذا القانون بمثابة شروط تعاقدية لا يصح الاعتداد بها إذا خالفت القواعد الأمرة في القانون الوطني الذي يحكم العقد، فقانون الإرادة لا يتدخل في هذه الحالة بوصفه قانوناً وإنما بصفته تعبيراً عن شروط تعاقدية (1).

ومع صعوبة الوصول لتعريف محدد يغطي سائر أنواع العقود الدولية بدقة و وضوح خاصة بعد التطور الذي طرأ عليها وتنوع أنماطها ، حاول الفقه و القضاء البحث عن معيار يساهم في تحديد ماهية العقد الدولي ، ذلك أن ضابط الإسناد (الإرادة) لا يكشف في ذاته عن معيار دولية العلاقة و ذلك بعكس قواعد التنازع الأخرى والتي تتضمن ضابط للإسناد يشير في العادة إلى دولية العلاقة ، مثال ذلك قواعد التنازع الخاصة بعقود الزواج والتي يكشف ضابط الإسناد فيها (الجنسية) عن المعيار الواجب الإلتباع للتفرقة بين علاقات الزواج الداخلية وعلاقات الزواج ذات الطابع الدولي(2).

ذلك أن اختيار المتعاقدين لقانون أجنبي لا يفيد في ذاته دولية العلاقة المطروحة ، إذ يستطيع المتعاقدان من الناحية العملية أن يتفقا على اختيار قانون أجنبي رغم تركيز كافة عناصر الرابطة العقدية في إطار القانون الداخلي و لا شك أن مسلك المتعاقدان على هذا النحو يخالف الأعمال الصحيح لقواعد التنازع خاصة أن هذا التصرف يوضح بجلاء رغبتهما في الإفلات من الأحكام الأمرة في القانون الذي ينتمي إليه العقد خلافاً لما أراده مشرعه .

(1) هشام علي صادق – تنازع القوانين – مرجع سابق - ص 645 وبعدها بند 181.
(2) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص56 وما بعدها

لهذا رفض جانب من الشراح ما ذهب له الفقه في إيطاليا (1) من تأكيد لحق المتعاقدين في اختيار قانون العقد بصرف النظر عن اتسام الرابطة العقدية بالصفة الدولية من عدمه لأنه يهدر التفرقة بين العقود الداخلية والعقود الدولية ، ويحول للمتعاقدين إضفاء الصفة الدولية على العقد الداخلي ، وغني عن البيان أن تكييف العقد لا يتوقف على إرادة الأطراف إنما يستتبطه القاضي من الخصائص الذاتية للرابطة العقدية وهي مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ويؤدي هذا الرأي إلى المصادرة على المطلوب ذلك أن دولية الرابطة هي الشرط المتطلب لتحويل أطرافها حق اختيار القانون الذي يحكمها وليس اختيارهم لهذا القانون هو الذي يضيء على الرابطة طابعها الدولي .

ومع ذلك فإن انتماء العقد بكافة عناصره إلى القانون الداخلي لا يحرم المتعاقدين من اختيار قانون أجنبي لكن هذا الاختيار لا يعد اختياراً تنازعيّاً أي لا يعد إعمالاً لقاعدة التنازع التي تخضع العقود الدولية لقانون الإرادة ، إنما يعد اختياراً مادياً مبني على مطلق مبدأ سلطان الإرادة مما ينزل أحكام القانون الأجنبي المختار منزلة الشروط العقدية التي لا يجوز لها أن تخالف القواعد الآمرة في القانون الداخلي الذي يخضع له العقد.

ويتفق هذا التوجه مع المبدأ القانوني الوارد في المادة 147 مدني "العقد شريعة المتعاقدين" ومع الاتفاقيات الدولية من ذلك الفقرة الثالثة من نص المادة الثالثة من اتفاقية روما لعام 1980م في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، التي أقرت حق الأطراف في اختيار قانون أجنبي للتطبيق على العقد الذي تتركز جميع عناصره داخل دولة واحدة شريطة احترام القواعد الآمرة في قانون هذه الدولة وقت الاختيار، بذلك أراد واضعوا الاتفاقية التوسع في نطاق تطبيقها رغم الصفة الداخلية للرابطة العقدية.

(1) هذا ما أكدته المادة (1/4) من اتفاقية لاهي لسنة 1955 في البيوع الدولية للمنقولات والمادة (1/ب) من اتفاقية لاهي لسنة 1986 في شأن البيوع الدولية للبضائع التي قررت أن اختيار المتعاقدين لقانون معين وخضوعهم الاختياري لاختصاص قاضي أو محكم معين لا يكفي لإضفاء الصفة الدولية على عقد البيع - محمود الشرقاوي - العقود التجارية الدولية - دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع - ط1- دار النهضة العربية - س 1992 - ص 50 . سلامة فارس عرب - وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية - رسالة لنيل درجة الدكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة - س 1998- ص 253.

وقد رأى البعض أن الاتفاقية لم تستلزم دولية العلاقة ولكن البعض الآخر يفضل القول بلزوم دولية العقد أي أن تكون الرابطة المطروحة تثير تنازع القوانين على حد تعبير المادة (1/1) من الاتفاقية ، كل ما في الأمر أنها سمحت لهم باختيار قانون العقد مع عدم المساس بالقواعد الأمرة في قانون الدولة التي تنتمي إليها هذه الرابطة وهو لا يعد اختياراً تنازعيّاً يستند إلى قاعدة الإسناد التي تخضع العقد لقانون الإرادة إنما هو اختيار مادي يندمج بمقتضاه القانون المختار في العقد لتصبح أحكامه مجرد شروط تعاقدية(1).

واختلف الفقه والقضاء حول طبيعة المعيار الذي يرسم الحدود الفاصلة بين العقد الدولي والعقد الداخلي ما بين الآخذ بمعيار قانوني يتخذ من تطرق الصفة الأجنبية لأحد عناصر العقد أساساً في تحديد الصفة الدولية له ، مع اختلاف أنصار هذا الإتجاه حول مضمون العنصر الأجنبي ، وبين المعيار الاقتصادي الذي يتخذ من انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود دليلاً لإضفاء الطابع الدولي على العقد، إلى أن ظهر اتجاه ثالث يشترط لإسباغ الصفة الدولية على العقد الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي.

تحديد دولية العقد بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي :

أ - المعيار القانوني:

وهو يعتبر المعيار التقليدي لتحديد العقد الدولي بمقتضاه يعد دولياً كل عقد اشتمل على عنصر أجنبي سواء اتصل هذا العنصر بالأعمال المتعلقة بإبرامه أو تنفيذه أو بأموال موجودة بالخارج أو بموطن المتعاقدين أو جنسيتهم ، وفقاً لهذا المعيار يعد العقد دولياً إذا تعدى نطاق القانون الداخلي واتصلت عناصره بأكثر من نظام قانوني واحد فيكفي أن تتطرق الصفة الأجنبية لأي عنصر من عناصر العلاقة القانونية حتى يعد العقد دولياً.

(1) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص66 وما بعدها

وبناءً على ذلك يعد دولياً العقد المبرم بين وطني وأجنبي أو بين أجنبي متحدي أو مختلفي الجنسية وذلك لتطرق الصفة الأجنبية لعنصر الأطراف فيه، ويعد العقد دولياً لو كان المال محل التعاقد موجوداً في دولة أجنبية أو أبرم في غير دولة القاضي .

ويميل الفقه التقليدي⁽¹⁾ إلى التسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية بحيث يترتب على تطرق الصفة الأجنبية إلى أي منها سواء أطرافها أو موضوعها أو واقعتها المنشئة لها اكتساب العقد للطابع الدولي الذي يبرر إخضاعه لأحكام القانون الدولي الخاص، ويمكن تعريف العقد الدولي وفقاً لهذا الاتجاه بأنه العقد الذي يحتوي على عنصر أجنبي ويتسم هذا المعيار بانتفاء السلطة التقديرية للقاضي في إضفاء السمة الدولية على العقد الأمر الذي قد يسئ استخدامها بذريعة حرية المتعاقدين.

أضف إلى ذلك أن تطبيقه يؤدي إلى إعمال قواعد القانون الدولي الخاص بطريقة آلية تتسم بالجمود إذا يكفي لإعماله توافر العنصر الأجنبي بغض النظر عن قيمة هذا العنصر أو أهميته ومدى فاعليته وأثره في إضفاء الصفة الدولية على العقد إذا أن العقد يعتبر دولياً إذا ارتبط بأنظمة قانونية عديدة دون إيضاح ذلك الارتباط مما يجعل هذا الضابط معيباً بالقصور والنقص.

لعل هذا ما دفع جانب من هذا الفقه للترقية بين العناصر الفعالة أو المؤثرة والعناصر غير الفعالة أو المحايدة التي تتطرق إليها الصفة الأجنبية في العقد ولا يتأتى ذلك إلا بتحديد طبيعة العقد كما تفصح عنها مجموع الظروف الإيجابية الملازمة بصرف النظر عن جنسية المتعاقدين أو موطنهم أو محل إقامتهم أو محل إبرام العقد أو تنفيذه.

فإن كان العقد بحكم طبيعته هذه يتركز بكافة عناصره المؤثرة في محيط نظام قانوني داخلي معين فهو يعد عقداً داخلياً، أما إذا كان يتصل بعملية قانونية تتجاوز حدود النظام القانوني الداخلي لدولة واحدة فتحرك بذلك نظم قانونية خاصة معدة خصيصاً لمثل هذا النوع نكون بصدد عقد من العقود الدولية .

(1) سلامة فارس عرب - وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية - مرجع سابق - ص 39. طرح البحور علي حسن - تدويل العقد (دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو 1980) ط 1 - منشأة المعارف - الإسكندرية - ص 2000- ص 20.

وبناءً على ذلك فإن تكيف العقد لا يتم على أساس عددي لعناصره التي لحقتها الصفة الأجنبية إنما تستند إلى منهج كفي يقوم على طبيعة العنصر الذي لحقته الصفة الأجنبية.

وعليه يمكن تعريف العقد الدولي وفق هذا المعيار بأنه العقد الذي بحكم طبيعته يتخلى إطار النظام القانوني الوطني المختص أصلاً بحكم علاقات القانون الداخلي، وتدعيماً لهذه الوجهة اتجه الفقه للتفرقة بين الدولية المطلقة والدولية النسبية.

التفرقة بين الدولية المطلقة والدولية النسبية .

اتجه جانب من الفقه القانوني في تحديد دولية العلاقات القانونية التي تخضع لأحكام القانون الدولي الخاص إلى التفرقة بين ما أسماه بالدولية الموضوعية من ناحية والدولية الشخصية من ناحية أخرى أو الدولية المطلقة والدولية النسبية كما فضل جانب من الفقه المصري تسميتها⁽¹⁾.

يلخص مضمون هذه الفكرة في أنه لو اتصلت العناصر الذاتية للعلاقة القانونية بدولتين أو أكثر، أي كانت الدولة المعروضة أمام قضائها النزاع، فإن هذه العلاقة القانونية ستنتم بالدولية الموضوعية (المطلقة)، فعلى فرض أن عقد بيع أبرم بين شخصين يتوطن كل منهما في بلد فمثل هذا العقد يتسم بالدولية الموضوعية (المطلقة) سواء طرح النزاع بشأنه أمام قضاء دولة البائع أو دولة المشتري أو أي دولة أخرى، بالتالي يعد العقد دولياً وفق وجهة نظر الدولية الموضوعية، أما لو تركزت عناصر العلاقة القانونية المؤثرة في دولة واحدة بينما طرح النزاع بشأنها أمام قضاء دولة أخرى فأننا نكون أمام دولية شخصية (نسبية) للعلاقة من ذلك لو أن عقد للبيع أبرم بين شخصين يقيمان في فرنسا و يجري تنفيذه فيها وثار بشأنه النزاع أمام قضاء دولة أخرى .

(1) محمود باقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 47.

فإن هذه الواقعة لا تثير مشكلة التنازع لو قدر أن عرض النزاع بشأنها أمام القضاء الفرنسي لأنه يعد عقداً داخلياً بالنسبة للقاضي الفرنسي باعتبار أن جميع عناصره الذاتية تتركز في فرنسا ، أما لو طرح هذا النزاع على قضاء دولة أخرى فهو يثير مسألة دولية العقد وأن كانت تعد دولية نسبية لكون الصفة الأجنبية لم تتطرق للعناصر الذاتية للعلاقة القانونية ذلك أن عناصر العقد تتركز في دولة واحدة (فرنسا) وإن اتسمت في مجموعها بالصفة الأجنبية لمجرد طرح النزاع لقضاء دولة أخرى خلاف الدولة التي ينتمي إليها العقد حقيقة الأمر .

ومجرد طرح النزاع على قضاء هذه الدولة لا يؤثر في انتماء العقد لنظام قانوني واحد ذلك أن هذه الدولة المعروض عليها النزاع لم يرتبط بها العقد بعناصره الذاتية، بالتالي لم تتعد الأنظمة القانونية المرتبطة بهذا العقد ولم يكسب العقد الطابع الدولي.

أضف إلى ذلك أن مجرد طرح النزاع على قضاء دولة غير الدولة التي تتركز فيها العناصر الذاتية للعقد لا يعد معياراً كافياً لإضفاء الصفة الدولية على الروابط العقدية ، بالتالي لا يكون قادراً على تحريك قواعد تنازع القوانين فيعد عقداً داخلياً ويتعين إخضاعه لقانون الإرادة .

ينبغي لسلامة هذا الإعمال أن يكتسب العقد طابعاً دولياً مطلقاً بأن ينتمي بعناصره الذاتية لأكثر من نظام قانوني واحد عملاً بالمعيار القانوني بالتالي يكون العقد أداة لخدمة التجارة الدولية وبناءً على ذلك فضل جانب من الفقه الاستناد إلى هذا الاعتبار عند تحديد الصفة الدولية للرابطة العقدية.

ب - المعيار الاقتصادي :

ظهر المعيار الاقتصادي في أواخر العشرينات من القرن الماضي في مجال القانون النقدي والمدفوعات الدولية ويجد هذا المعيار أساسه في التركيز على موضوع التعاقد نفسه حيث يتم تحليل موضوع العقد ومحتواه المادي والاقتصادي⁽¹⁾.

(1) أحمد عبدالكريم سلامة -الأصول في التنازع الدولي للقوانين -مرجع سابق-ص 1089.

وقد مر هذا المعيار بعدة مراحل المرحلة الأولى يعتبر دولياً كل عقد يستتبع حركة مد وجزر للبضائع و رأس المال عبر حدود دولتين أو أكثر، وكل عقد لا يستتبع ذهاب وعودة أو تصدير واستيراد بين الدول ، لا يعد دولياً حتي لو انطوى على عنصر أجنبي آخر وتحقيقاً للمعيار الاقتصادي طالما لم يسفر هذا العقد عن انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود . بالتالي المعيار القانوني يعد أوسع نطاقاً فالمعيار الاقتصادي لا يؤدي إلى دولية العقد إلا إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية(1) وإذا توفر هذا الأخير يؤدي بالضرورة إلى اكتساب الرابطة العقدية لطابعها الدولي وفق المعيار القانوني وهذا يمثل المرحلة الثانية و فيها يعتبر العقد دولياً كل عقد يتصل بمصالح التجارة الدولية.

وقد ظهرت هذه المرحلة بمناسبة صحة أو صلاحية شرط التحكيم في العقود الدولية فكل عقد يمس حاجات ومصالح التجارة الدولية يمكن الاتفاق على إخضاعه لقضاء التحكيم لاتصاف العقد بالصفة الدولية ، وهو ما جعل القضاء الفرنسي(2) يقر بصحة شرط التحكيم المدرج في العقود المبرمة بين الدولة و أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية في الحكم الصادر في 4/ يوليو/1982م و صحة ما يدرج به من شروط نقدية بهدف توقي مخاطر تغيير سعر العملة رغم بطلان مثل هذه الشروط إذا ما وردت في عقد داخلي مستندا في ذلك للاجتهاد القضائي لتحقيق صالح التجارة الخارجية دون الاستناد إلى أي نص تشريعي من ذلك استئناف باريس 19/يونيو/1971 م وحكمه الصادر في 24/مارس/1973م أما المرحلة الأخيرة فيعتبر العقد دولياً إذا تعدى بتبعاته وأثاره الاقتصاد الداخلي للدولة فالصفة الدولية للعقد تعتمد على كل العناصر التي يجب أن تؤخذ في الاعتبار لتقدير مدى خروج اقتصاديات العقد عن نطاق الاقتصاد الوطني.

(1) محمود محمد باقوت - معايير دولية العقد - بحث منشور بمجلة روح القوانين -كلية الحقوق جامعة طنطا -ع 19 - إبريل 2001- ص 509.

(2) نقض فرنسي 4- يوليو- 1972 نشر Rev.Crit.1974,82 مع تعليق Level،استئناف باريس 19- يونيو-1970 نشر Rev.Crit1971,691 نقض فرنسي 24 مارس 1973 نشر 613 20 Gaz Pal 1974، مع تعليق Level أشار إليها هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية -مرجع سابق -ص 117-120،121 .

ج - المعيار المزدوج :

حاول جانب من الفقه أن يزاوج بين المعيار القانوني الذي يسبغ الصفة الدولية على العقد لتطرق الصفة الأجنبية لأحد عناصره المؤثرة وبين المعيار الاقتصادي الذي قد يمنع إسباغ تلك الصفة الدولية على ذات العقد طالما لم يتضمن انتقال رؤوس أموال عبر الحدود⁽¹⁾.

وهذا ما أكدته جانب من الفقه أمام حقيقة وجود معيارين لتحديد دولية العقد لكل منهما مجال تطبيق خاص يختلف عن مجال تطبيق الآخر وهذا التطبيق الموزع لكل معيار من المعيارين على حده أثار انتقاد جانب كبير من الفقه، حيث دافع أنصار المعيار المزدوج بأنه ليس من الواقع في شيء أن نفحص عقداً ما و أن نقوم بتحليل مختلف عناصره في ضوء معيار واحد دون الاعتداد بالمعيار الآخر ثم نزع بعد ذلك أنه أمكن التوصل إلى تحديد دولية هذا العقد، وهذا ما دفع القضاء الفرنسي الحديث⁽²⁾ إلى إسباغ صفة الدولية على العقد شريطة أن يشتمل على عنصر أجنبي و في ذات الوقت أن يتعلق بمصالح التجارة الدولية وليس بخفي ما يمليه هذا الاتجاه من تضيق لفكرة العقد الدولي.

- الرأي الراجح :

تميل الكفة الراجحة باتجاه المعيار القانوني بوصفه أكثر المعايير مقدرة على تخطي عقبة التباين في الروابط العقدية على نحو يصعب إعمال معيار موحد في شأنها ما لم يتسم هذا المعيار بالمرونة التي تمكنه من إدراك هدفه.

(1) هذا ما أخذت به الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي -جنيف 1961- حيث جمعت بين المعيار القانوني المستمد من اختلاف محل إقامة الطرفين والمعيار الاقتصادي المرتبط بمصالح التجارة الدولية لتنتهي إلى دولية العقد أشار إليها محمود ياقوت -حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي- مرجع سابق ص 61 هـ 1.

(2) Clunet 1971-833 not Oppetit، حيث أن المحكمة قد استندت في تأكيد دولية العقد محل النزاع على المعيار القانوني المستمد من اختلاف جنسية المتعاقدين إلا أنها لم تكن بذلك إنما أشارت في معرض تأكيدها لدولية العقد إلى ما تهدف إليه هذه الرابطة من تشجيع لانتقال الأموال عبر الحدود وهو ما يعني تحقق المعيار الاقتصادي بالإضافة إلى المعيار القانوني ، وفي ذات الاتجاه Toulouse 26-10-1982 Clunet 1984-603 not Synvet Rev.arab. 1972-69 note Fouchard، - مرجع سابق - ص 4 هـ 60 .

حيث أن المعيار القانوني من شأنه توحيد حلول التنازع في مختلف الدول بالنظر لتمييزه بسهولة الاستخدام والتحديد، لذا يتعين الاعتداد به لتقرير دولية العقود فتصبح التفرقة في شأن العناصر الأجنبية بين العناصر الفعالة والعناصر غير الفعالة هي الأساس الصحيح لدولية الرابطة العقدية وهذا المعيار لا يصلح فقط لتحديد دولية العقود المالية إنما يعد أساساً لإلحاق هذه الصفة على كافة العقود.

ذلك أن الطبيعة النسبية والمرنة لهذا المعيار تمكنه من مواجهة الصور المختلفة للعقود وتخول للقاضي سلطة تقديرية لكل حالة على حده، وهي مسألة تكييف تخضع لرقابة محكمة العليا واصطلاح المعيار الاقتصادي لا يبدو دقيقاً إذ الأمر يتعلق بمجرد شرط لتطبيق حلول موضوعية يعرفها القانون هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى يبدو قاصراً لأن هناك من العقود والاتفاقيات الدولية ما لا يستتبع انتقال للقيم الاقتصادية ورؤوس الأموال عبر الحدود كهبة العقار بين الأجانب على الإقليم الوطني أو اتفاقية مقاصة بين البنوك و من ناحية ثالثة ليس يسيراً تحديده المقصود بالمد والجزر أو المساس بمصالح التجارة الدولية أو تعدي نطاق الاقتصاد الحر.

والمعيار الذي تبناه القانون الموحد للبيع الدولي بموجب اتفاقية لاهاي سنة 1964⁽¹⁾ بشأن البيوع الدولية للبضائع اعتد باختلاف مركز أعمال الأطراف المتعاقدة أو محل إقامتهم العادية ، و بالإضافة لهذا المعيار الشخصي اعتد القانون الموحد بأحد المعايير الموضوعية التالية :-

1. وقوع البيع على سلع تكون عند إبرام البيع أو بعد الإبرام محلاً للنقل من دولة إلى أخرى.
2. صدور الإيجاب والقبول في دولتين مختلفتين.
3. تسليم المبيع في دولة غير التي صدر فيها الإيجاب والقبول ويعد العقد دولياً ولو لم ينتقل المبيع من دولة لأخرى.

(1) أحمد القشيري، الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، سنة 1965، مجلد 21، ص 75.

أما اتفاقية فيينا لسنة 1980⁽¹⁾ بشأن البيوع الدولية للبضائع فقضت المادة الأولى بأن تطبق أحكامها على عقود بيع البضائع الذي يتم بين أطراف توجد مراكز أعمالهم في دول مختلفة متى كانت دولاً متعاقدة أو أشارت قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة، ويبين من ذلك أن اتفاقية فيينا لا تكفي لاعتبار البيع دولياً أن تقع مراكز أعمال أطراف البيع في دول مختلفة كما تقضي اتفاقية لاهاي لسنة 1964 بشأن البيوع الدولية للبضائع بذلك إنما تطلبت توفر أمرين :

أولاً- أن تكون مراكز أعمال الأطراف في دول مختلفة متعاقدة ولا يكفي أن تكون إحدى أو بعض هذه الدول من الدول المتعاقدة.

ثانياً- أن تشير قواعد التنازع في قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع إلى تطبيق قانون دولة ما ويجب أن تكون هذه الدولة من الدول المتعاقدة وهذا الشرط لم تشترطه اتفاقية لاهاي .

حيث أن المعيار الذي اتخذته هذه الاتفاقية ضابطاً لتحديد نطاق تطبيقها لا يمكن اعتباره معياراً عاماً لكافة العقود الدولية فوظيفة هذا المعيار تقتصر على تحديد نطاق الاتفاقية وليس إسباغ صفة الدولية على كافة العقود.

واكتفت اتفاقية فيينا بأن تكون مراكز أعمال أطراف العقد في دول مختلفة ولو تم تكوين العقد ونفذ في دولة واحدة ولو كانت دولة غير متعاقدة ، ولم تعدد الاتفاقية بجنسية الأطراف ولا بتجارية العقد أو أطرافه.

وعالجت الاتفاقية حالة تعدد مراكز الأعمال للأطراف فقررت الفقرة (أ) من المادة (10) بأنه يعند بمركز الأعمال الذي يكون أقرب صلة بالعقد و تنفيذه و في حالة عدم وجود مركز للأعمال اعتدت الاتفاقية بمحل الإقامة المعتاد⁽²⁾، بعد أن حددنا ماهية العقد الخاضع لقانون الإرادة وأهم سماته بتسليط الضوء على أهم معايير تحديد صفة

(1) انضم لاتفاقية فيينا المبرمة في 11 إبريل 1980 في شأن البيوع الدولية للبضائع أربع دول عربية فقط هي مصر والعراق وسوريا وموريتانيا -هشام عبد الغني الصغير- تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع - ط1- دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - س 2002 -ص 41 هامش 2.

(2) محمود سمير الشرفاوي - العقود التجارية الدولية - مرجع سابق - ص 64.

الدولية اللازمة لإخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة فإنه يجب تحديد نطاق هذا التطبيق وتبيان ما يدخل في إطار هذا التطبيق .

- ثانياً : نطاق تطبيق قانون الإرادة :

الأصل في العقود الدولية هو خضوعها لقانون الإرادة أي القانون الذي تشير به إرادة المتعاقدين لكنه بالرغم من ذلك لا يطبق هذا القانون على كافة مكونات العقد، حيث يقتصر تطبيق قانون الإرادة على المسائل الموضوعية في العقد مع استبعاد مسألتين من نطاق تطبيق هذا القانون وهما شكل العقد وأهلية التعاقد وذلك لاختصاص كل فكرة منهما بقاعدة إسناد مستقلة.

بالنسبة لشكل العقد فهو يخضع عادة لقانون محل إبرامه استناداً لقاعدة قانون المحل يحكم الشكل وقد نص القانون المدني الليبي في المادة (20) على ذلك أسوة بالعديد من الأنظمة القانونية العربية والغربية فهذه القاعدة أملتھا الاعتبارات العملية التي تتلخص في التيسير على المتعاقدين عند إبرام التصرفات القانونية بالنظر لسهولة تعرفهم على أحكام هذا القانون وهذه الحجة هي التي دفعت أنصار الإحالة إلى استثناء قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون بلد إبرامه(1).

أما الأهلية فهي تعد شرطاً لصحة التعاقد وإن كانت تستقل بفكرة خاصة بها تستمد من عنصر الأشخاص باعتباره مركز ثقل في علاقات الأحوال الشخصية حيث أن العلاقة القانونية تتكون من ثلاث عناصر الأشخاص المحل والسبب وعنصر الأشخاص يمثل مركز الثقل في علاقات الأحوال الشخصية ومركز الثقل يختلف حسب طبيعة العلاقة المطروحة (2).

(1) هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص 17 وما بعدها - أحمد عبد الكريم سلامة - الأصول في التنازع الدولي للقوانين - مرجع سابق - ص 1122 .
(2) مرجع سابق - ص 15.

لذا كان الالتجاء إلى الجنسية أو الموطن كضابط للإسناد في مسائل الأحوال الشخصية له ما يبرره على اعتبار الارتباط الوثيق بهذا العنصر حيث أن الغرض الذي تهدف إليه أحكام الأهلية هي حماية الشخص ذاته و أن كان التصرف مالياً .

وبناءً على ذلك ينطبق قانون الإرادة على كل ما يتعلق بالرابطة العقدية سواء بتكوينها أو آثارها فمن حيث تكوينها يجب توافر جميع أركان العقد لكي يتم انعقاده بشكل صحيح ، فعند البحث عن رضا المتعاقدين يجب التفريق في هذا الصدد بين وجود الإرادة والتعبير عنها فكل ما يتعلق بوجود الإرادة يدخل في فكرة الأهلية ويخضع للقانون الشخصي للمتعاقدين.

أما ما يتعلق بالتعبير عن الإرادة كالتعبير الصريح أو التعبير الضمني والاعتداد بالإرادة الظاهرة أو الإرادة الباطنة وحكم السكوت الملابس والوقت الذي يرتب فيه التعبير عن الإرادة أثره كل هذه الأمور تدخل في مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية وتخضع لضوابط الإسناد التي سبق الإشارة لها.

أما فيما يتعلق بعيوب الإرادة فقد ثار بشأنها خلاف حيث يرى البعض إخضاعها لقانون العقد لأنها تتعلق بسلامة المعاملات أكثر من تعلقها بحماية شخص المتعاقد فعيوب الإرادة تخرج من نطاق فكرة الالتزامات التعاقدية حيث لن يتم الرجوع إلى هذه القواعد إلا بعد تكوين العقد فالقول بإخضاع عيوب الإرادة لقانون سوف تحدده هذه الإرادة هو مصادرة على المطلوب كذلك الحال في مسألة تقدير زمن انعقاد العقد ومكانه تعد مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي .

أما عن المحل والسبب فلا خلاف في الفقه على اعتبار محل العقد داخلاً في مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية مع تأكيد حق القاضي الوطني دائماً في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا خالف مبادئ النظام العام أو الآداب في دولة القاضي.

أما إذا تخلف أحد أركان العقد أو شرط من شروط صحته وأصبح بالتالي العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فإن هذا الجزاء بدوره يدخل في مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية

و يخضع للقانون الذي يحكم العقد ، و تدخل آثار العقد أيضا في مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية سواء المتعلقة بالأشخاص أو المتعلقة منها بالأموال حيث تخضع آثار العقد بالنسبة للأشخاص للقانون الذي يحكم العقد فيتعين الرجوع إلى هذا القانون لمعرفة الملزمين بالعقد والمستفيدين منه .

أما آثار العقد من حيث الموضوع فهي تعد المجال الرئيسي لإعمال قواعد الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية فقانون العقد هو الذي يحدد الالتزامات والحقوق التي تتولد عن العقد مع مراعاة تطبيق قانون موقع المال وذلك فيما يخص انتقال الحقوق العينية المترتبة على العقد و يفرق الفقه بين آثار العقد المباشرة و الآثار غير المباشرة التي تنتج من ظروف لاحقة على العقد مثل الإعذار والوفاء لغير الدائن وغيرها(1).

ويرى الدكتور سالم إرجيعه خلاف ذلك حيث يعتقد أن توابع العقد أو الآثار غير المباشرة تدخل في جسم العملية التعاقدية وتخضع لقانون التعاقد لأن الغرض الذي قصدته إرادة المتعاقدين ليس في الحقيقة إنشاء الالتزام فقط وإنما تنفيذه ، كذلك ساد التردد في أوساط الفقه بشأن التقادم المسقط فاعتبره القضاء الفرنسي من مسائل الموضوع(2) بينما عده القضاء الإنجليزي من مسائل الإجراءات(3).

ويفضل في القانون الليبي القول بإخضاع التقادم للقانون الذي يحكم العقد ، فالتقادم يتعلق بموضوع الحق محل النزاع المراد إسقاطه بالتقادم لذا يجب إخضاعه لذات القانون الذي يحكم العقد لذلك يجب الرجوع إلى هذا القانون لمعرفة آثار التقادم ومدده و وقفه وانقطاعه و يطبق قانون العقد أيضا على كافة التصرفات القانونية اللاحقة

(1) محمود سمير الشرفاوي - العقود التجارية الدولية - مرجع سابق - ص 86 وما بعدها .

(2) نقض فرنسي 1960/3/28, Cass 1972.714, Rev.Crit.1971 5/3/1971, Dijon 1960-202, Rev.Crit.1978-119, 7/6/1977, أشار إليها محمود باقوت - حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص 22- هـ 2 .

(3) Nelson-Private international law,1889,p.425 ; Beale - Conflict of laws,1935,t.III,p.1620 مع نقد هذا الرأي على أساس اعتبار أن التقادم من مسائل الموضوع وليس من مسائل الإجراءات ، هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص 681.

للعقد كدعوى الضمان و أوصاف الالتزام و الإبراء والتجديد وانتقال الالتزام بالحوالة وانقضاء الالتزام⁽¹⁾.

وبذلك سنقتصر الدراسة في شأن كفاية قانون الإرادة على الجانب الموضوعي من هذه العقود ويعد تطبيق قانون الإرادة على الروابط العقدية الدولية بمثابة ترجمة حية لقدرة المتعاقدين على تنظيم عقودهم على النحو الذي يلائمهم وذلك باختيارهم للقانون الواجب التطبيق على هذه العقود وباعتبار أن هذا الاختيار يعد في ذاته حلاً لمشكلة تنازع القوانين في شأن الروابط التعاقدية وقد أولاهها المشرعون في كل الدول اهتماماً كبيراً إيماناً منهم بأن الحرية التعاقدية سواء في تكوين العقد أو تحديد نظامه القانوني تكون ليست فقط في خدمة مصالح المتعاقدين بل كذلك في خدمة مصالح المبادلات و العمليات التجارية الدولية عموماً .

و مع ذلك اختلف فقهاء القانون الدولي الخاص حول ما إذا كان هذا الاختيار يرجع إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة كما يرى أنصار النظرية الشخصية و هو ما يخول المتعاقدين حرية طليقة في اختيار قانون العقد و يرتب بذلك نتائج في غاية الخطورة أما أن تحديد المتعاقدين لقانون العقد يرتد إلى قوة القانون نفسه الذي منح الإرادة القدرة على هذا الاختيار الأمر في القانون المختار و هو ما يتوافق و أفكار أنصار النظرية الموضوعية .

وسنفرد الدراسة في هذا الفصل للبحث في فكر النظرية الشخصية وأهم غاياتها والنتائج المترتبة عنها والاتجاهات الحديثة في الأخذ بفكرها على النحو التالي:

المبحث الأول :- النظرية الشخصية واندماج قانون الإرادة في العقد الدولي .

المبحث الثاني :- الاتجاهات الحديثة وقانون العقد الدولي .

(1) سالم أرجيعة - القانون الدولي الخاص الليبي - مرجع سابق - ص 348 وما بعدها

المبحث الأول

النظرية الشخصية واندماج قانون الإرادة في العقد الدولي

تمهيد وتقسيم:

تقدس النظرية الشخصية حرية الفرد بوصفها حق طبيعي له ، فالجماعة وجدت من أجل الفرد ، وبهذا يرتفع هذا المذهب بكيان الفرد، وفي ظل هذه الأفكار ينكمش دور القاعدة القانونية وتصبح إرادة الفرد هي روح القاعدة القانونية وجوهرها فتكون هذه الإرادة هي الوسيلة المثلى لتحقيق العدل في ظل تعاليم المذاهب الفردية.

وتنتج عن ذلك حرية مطلقة للمتعاقدين لإبرام عقودهم و تحديد شروطها و يصبح العقد ملزما لأطرافه بوصفه شريعة المتعاقدين، وأصبح من حق المتعاقدين أن يضمنوا عقودهم ما شاءوا من شروط ، بل من حقهم أن يختاروا قانون الدولة الذي يرونه أكثر تعبيرا عن مصالحهم المشتركة لينظم الرابطة التعاقدية و يترتب على هذا الاختيار الذي يقوم على مطلق سلطان الإرادة أن يندمج القانون المختار في العقد لتصبح أحكامه مجرد شروط تعاقدية ارتضاها المتعاقدون .

ولاشك أن اندماج القانون المختار في العقد الدولي على هذا النحو سيؤدي إلى نتائج هامة من بينها عدم إبطال العقد وفقا لأحكام هذا القانون و الذي فقد قوته الملزمة وصفته الآمرة بعد أن أصبحت أحكامه مجرد شروط تعاقدية اتفقت عليها أطراف العقد .

واندماج قانون الإرادة في العقد الدولي وفقا للنظرية الشخصية وما يترتب عليها من نتائج متعددة أكدها أنصار هذه النظرية سيكون موضوعا للبحث في مطلبين متتاليين:

المطلب الأول :- ماهية اندماج قانون الإرادة في العقد الدولي .

الفرع الأول: الأساس القانوني لاندماج القانون المختار في العقد الدولي .

الفرع الثاني : موقف القضاء من اندماج القانون المختار في العقد الدولي .

المطلب الثاني :- نتائج اندماج قانون الإرادة في العقد الدولي و تقدير نظرية الاندماج .

الفرع الأول : النتائج المترتبة على اندماج القانون المختار في العقد الدولي.

الفرع الثاني : تقدير نظرية اندماج القانون المختار في العقد الدولي .

المطلب الأول

ماهية اندماج قانون الإرادة في العقد الدولي

تمهيد :

لم يورد الفقه أو القضاء تعريفاً محدداً لفكرة اندماج القانون في العقد وإنما دلت على معالمة مناقشتها حوله و من مجموع تلك المناقشات يمكن القول بأن الاندماج هو نظام بمقتضاه يصبح القانون المختار لحكم العقد الدولي مجرد شرط أو حكم تعاقدية لا تكون له إلا قوة و قيمة شروط أو بنود العقد ، بحيث يكون للأطراف أن يجروا عليه ما يجرونه على باقي الشروط التعاقدية و يفقد بالتالي صفته كقانون أو قاعدة نظامية (1).

واندماج القانون على هذا الوجه يعد و كأن القانون قد انصهر في العقد و صار جزءاً منه و لا يبدو كأمر خارجي عن الأطراف المتعاقدة ، يفرض عليهم بقوة القانون بل يصبح و كأنه من عمل الأطراف مستندين على سلطان الإرادة باعتبارها الأداة الخلاقة للقانون ، حيث أن مبدأ سلطان الإرادة في مجال القانون الدولي الخاص يعني قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد الذي لا يتم بناءً على قاعدة من قواعد تنازع القوانين وإنما تستند للقوة الملزمة لاتفاق الأطراف على اختيار أحكام العقد لتنظيم الرابطة العقدية ، بدمج القانون المختار في العقد لتصبح أحكامه مجرد شروط عقدية يستطيع المتعاقدون الاتفاق على ما يخالفها حتي و لو اتسمت بالطابع الأمر، وهو ما يعني أن يصبح العقد الدولي بلا قانون يحكمه ، حيث أن اتصاله بأكثر من نظام قانوني واحد يعني أنه لا يوجد قانون يملك الادعاء بأنه صاحب الاختصاص بحكم العلاقة العقدية ، بالتالي يخرج بذلك من مجال تنازع القوانين و لا يخضع إلا لمطلق سلطان الارادة (2).

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص347.

(2) محمود محمد باقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، س2004، ص22.

وهكذا تكون لإرادة المتعاقدين الصريحة في إطار النظرية الشخصية القدرة على التنظيم الذاتي للرابطة العقدية ، أما إذا لم يقر المتعاقدون بتعيين قانون العقد صراحة فعلى القاضي أن يستظهر في هذه الحالة إرادتهم الضمنية في ذلك ، فإن لم يستطع الكشف عنها فهو يملك تحديد إرادتهم المفترضة في اختيار قانون العقد ما لم يكن قد حدد المشرع بنفسه هذه الإرادة من خلال قرائن تختلف بحسب الأحوال .

وهكذا تبدو الإرادة لدى أنصار النظرية الشخصية باعتبارها إرادة المتعاقدين كما يتصورها القاضي أو المشرع ، ويتضح مما سبق أنه لا يتصور اندماج القانون المختار في العقد لدى فقه النظرية الشخصية إلا في حالة اختيار المتعاقدين لقانون العقد صراحة أو ضمنا ، أما في حالة سكوت الإرادة عن تعيين قانون العقد فيصعب تصور الاندماج لأننا نكون في الواقع أمام قانون عينه المشرع أو حدده القاضي ليحكم الرابطة العقدية و ليس أمام قانون اختارته إرادة المتعاقدين بحيث تملك الإفلات من أحكامه و إنزاله منزلة الشروط العقدية (1).

و قد يعتقد البعض أن فكرة اندماج القانون المختار في العقد بتعريفها و ماهيتها المذكورة أعلاه لم تكتشف إلا حديثا بعد أن تبلورت فكرة التحديد الموضوعي لقانون العقد الدولي عن طريق تركيزه مكائيا على يد الفقيه (Batiffol) الذي بين أن إعطاء الافراد حق تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عملا بمبدأ سلطان الإرادة يقود إلى نتائج غير مقبولة منها اندماج القانون في العقد (2).

لكن بالرجوع إلى كتابات الفقه في نهاية القرن التاسع عشر و أوائل القرن العشرين يتبين أن فكرة الاندماج لم تغب عن فكر ذلك الفقه فقد أوضح الفقيه (Weiss) أنه " إذا كان القانون الأجنبي يحكم الرابطة الناشئة عن العقد ليس باعتباره قانونا، فالأطراف إراديا قد جعلوه خاصا بهم بإدماجه في الاشتراطات التي تمت بينهم فقد

(1) محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، مرجع سابق، ص24 وما بعدها.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص349.

غير صفته و أضحي اتفاقا " و صيرورة القانون اتفاقا يعني أنه لا يطبق على العقد باعتباره قانونا بل يندرج فيه كشرط تعاقدى ليس إلا (1).

وتحول القانون إلى مجرد شرط تعاقدى على هذا النحو لا يتأتى من فراغ بل لابد له من أسباب تشكل أساسه القانوني وللاستعانة في فهم الأساس القانوني في فكرة اندماج القانون المختار في العقد لابد من تتبع آثاره و تطبيقاته القضائية بالدراسة والتي سنتناولها على النحو التالي :

الفرع الأول : الأساس القانوني لاندماج القانون المختار في العقد الدولي .

الفرع الثاني : موقف القضاء من اندماج القانون المختار في العقد الدولي .

(1) أحمد عبد الكريم سلامة – قانون العقد الدولي - مرجع سابق، ص350.

الفرع الاول :- الاساس القانوني لاندماج القانون المختار في العقد الدولي:

يرى اتجاه في الفقه⁽¹⁾ أن الأساس القانوني لاندماج القانون المختار في العقد يكمن في عدم مراعاة إرادة التطبيق لدى قانون العقد ، حيث يختار المتعاقدين قانونا للعقد و يتم الخلط بين الإسناد و نطاق تطبيق القانون المختار حيث تقرر قاعدة الإسناد في العقود الدولية بوجه عام ، بأنه يسري على العقود الدولية القانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمناً، و قاعدة الإسناد تلك التي يحتويها قانون القاضي تتكلم عن قانون يختاره المتعاقدون لكنها في ذات الوقت تتجاهل تماما الكلام عن عقد يختاره القانون الذي حددته قاعدة الإسناد ليسري عليه وهنا تبدو ملامح المشكلة.

فإذا كان من المقبول أن قانون القاضي يتخذ منهج حل تنازع القوانين بمقتضي قاعدة إسناد مركزاً لتوزيع الاختصاص التشريعي بين النظم القانونية التي يتصل بها العقد الدولي وتحديد أيها يكون واجب التطبيق على هذا الأخير فلا يمكن منطقياً أن نعتبره نقطة انطلاق أو مركزاً لتحديد إرادة التطبيق لدى القانون الذي حددته قاعدة الإسناد وإن القول بغير هذا من شأنه الخلط غير الجائز بين فكرتين فئيتين تستقل كل واحدة بذاتها عن الأخرى :

الأولى: الإسناد ويملك القيام بها قانون القاضي المنظورة أمامه الدعوى دون غيره .

الثانية: إرادة و نطاق التطبيق لدى القانون المسند إليه وتلك لا يملك تحديدها وبيان مداها إلا هذا الأخير بلا منافس.

و يرى اتجاه آخر⁽²⁾ أن الإدماج المادي للقانون المختار لا يستلزم مراعاة إرادة القانون المدمج في التطبيق على العقد حيث يريد الأطراف أحكام و قواعد ذلك القانون برغم عدم رغبة القانون المختار في حكم العقد، فلا مانع من إدماجها في العقد

(1) أشار له أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، س1989، ص140.

(2) أشار له أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص142.

ولكن لا تسري تلك القواعد بقوة سريانها إذا كانت تلك القواعد لا ترغب في التطبيق بل بالقوة التي يعطيها إياها الأطراف .

حيث أن قانون الإرادة لا يستمد من سيادته لا سلطة إلغاء تعهدهم و لا سلطة تعديله بغير رضائهم ، فإن الأمر يتعلق هنا بإدماج مادي للقانون المختار في العقد وليس بإدماج إسنادي أو تنازعي حيث يدرج الأطراف قواعد قانون دولة معينة ضمن بنود أو شروط عقدهم دون النظر لرغبتها في التطبيق من أجل تنظيم العقد ، وتسري تلك القواعد بصفاتها العقدية ولا يتعلق الأمر بإدماج إسنادي يحيل فيه الأطراف العقد إلى قواعد قانون دولة معينة لتسري على العقد، وقد يدعم عدم مراعاة إرادة التطبيق لدى القانون الأجنبي وبالتالي إدماجه في العقد الذي من المفروض أن يطبق عليه الفصل بين عنصر الأمر والمضمون القاعدي في القانون الأجنبي واجب التطبيق .

وبما أن القانون الأجنبي لا يطبق خارج الدولة التي صدر عنها إلا بوصفه واقعة ، بالتالي أصبح من المقبول فنياً إدماج أحكامه في العقد طالما تجردت من عنصر الأمر فيكون القانون الأجنبي مجرد واقعة ، غير أن هذا الاتجاه في التأسيس القانوني لفكرة الاندماج قد جانبه الصواب في الكثير من جوانبه حيث أن ترك الحرية للأطراف لدمج القانون في العقد و تغيير طبيعته حيث لا يطبق بوصفه قانوناً يعد إفراطاً في أعمال مبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية (1).

و يرى (باتيفول) أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي لا يمكن أن يكون من عمل الأطراف إنما هو دائماً من عمل القاضي ، فهو يقوم بتركيز العقد في الدولة التي يرتبط بها على نحو جدي و ينتج فيها غالب آثاره وما إرادة الأطراف إلا قرينة أو أمانة على ذلك التركيز بحيث إذا لم يتوافق مع توطين العقد غض القاضي النظر عنها حتى و لو كانت إرادة صريحة(2).

(1) هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص140.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص355.

وإذا كان القاضي هو الذي يختص بتحديد قانون العقد على النحو السابق فإن إعطاء هذا الاختصاص للأطراف يقود إلى اعتبار القانون المختار و كأنه شرط في العقد يستطيع الأطراف تعديله برغبتهم لكي يخرجوا عقودهم في النهاية عن كل قانون فهو لم يعد قانون العقد بل قانون الاستقلال الذي أصبح شيء خاصاً بالمتعاقدين، و يبدو كأنه اندمج في العقد الذي يشكل فيه شرطاً كأي شرط آخر.

و ينتهي صاحب هذا الرأي إلى أنه لا سبيل للحيلولة دون الاندماج إلا باللجوء لفكرة التوطين الموضوعي للعقد والذي يقود بالضرورة إلى أن الأساس القانوني لاندماج القانون في العقد هو جعل اختيار ذلك القانون من عمل و سلطة إرادة أطراف العقد(1) ويساعد في فهم الأساس القانوني لاندماج القانون في العقد بحث آثاره وتطبيقاته القضائية وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الثاني : موقف القضاء من اندماج القانون المختار في العقد الدولي:

لم تكن فكرة اندماج القانون في العقد فكرة نظرية بل وجدت لها تطبيقات قضائية وفي اعتقادي إن هذه الفكرة استمدت أساساً من أحكام القضاء و ولدت منها و حاول الفقه صياغتها و تأصيلها ، فنجد أن محكمة النقض الفرنسية باركت الاتجاه نحو إخضاع العقد الدولي لمطلق سلطان الإرادة وهو ما يخول للمتعاقدين حق اختيار قانون معين يندمج في العقد وتنزل أحكامه منزلة الشروط التعاقدية ، و ذلك في حكمها الشهير الصادر في 5 ديسمبر سنة 1910م (2) بخصوص شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد نقل و إيجار سفينة بين شاحن أمريكي و مجهز كندي قررت المحكمة في حيثيات حكمها أمرين :-

الأول " أن القانون الواجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو فيما يتعلق بآثارها أو شروطها هو ذلك الذي تبناه الأطراف ".

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص356.

(2) نقض فرنسي 5 ديسمبر 1910 (American Trading) 1911, p395, Rev, crit1911, 1-129, Sirey, أشار إليها سالم إرجيعه، القانون الدولي الخاص الليبي، مرجع سابق، ص343، هـ-1.

الثاني "أنه ينتج من روح و نصوص الاتفاق ذاتها و من نيتهم المشتركة (الأطراف) أنهم لم يقصدوا الخضوع للقانون الأمريكي إلا بالنسبة لما يكونوا قد اتفقوا عليه صراحة في مشاركة الإيجار".

بالنظر في أول هذه الأمور يتضح بجلاء أن المحكمة قد تحدثت بشكل صريح عن أن قانون العقد هو ذلك الذي (تبناه الأطراف) و اصطلاح التبني يعني صيرورة القانون شيئاً مملوكاً للأطراف و الأمر الثاني أن المحكمة انتهت إلى إقرار صلاحية شرط الإعفاء من المسؤولية ، لأنه طالما اتفق و تراضي الأطراف عليه صراحة فهو "...يلزم الأطراف بذاته ، والرجوع إلى القانون الأمريكي يجب أن يحمل على أنه مضاف إلى الشروط المكتوبة صراحة في العقد " .

وتفاعل هذين الأمرين يقضي إلى أن القانون الذي اختاره الأطراف قد اندمج في العقد وأضحى شرطاً من شروطه، وإن كانت تلك الشروط قد انطوت على إعفاء من المسؤولية فيجب أن يحترم ذلك الاشتراط التعاقدية أو كما علق الفقيه (باتيفول) على الحكم بقوله " أن تعيين القانون ينحصر في اندماج أحكام القانون المعين في العقد دون أن يعني ذلك ، أن القانون محل المسألة يكسب سلطة حقيقية على العقد على نحو يقود إلى إعلان بطلان الشروط المخالفة لنواهيه " (1).

وعلى هذا النحو أكدت فكرة الاندماج في حكمها الصادر عام 1935 (2) حيث أبرم عقد بيع بين مشتري فرنسي وأحد بيوت الصناعة الألمانية الكائنة بالألزاس عندما كانت تابعة لألمانيا، وبعد انتهاء الحرب العالمية الأولى طالب البائع المشتري بفوائد المبالغ المستحقة له خلال فترة الحرب وذلك بمقتضى القانون الألماني واجب التطبيق على العقد (الفوائد القانونية) دفع المشتري بأنه لم يوجه له إذاراً وفق ما يتطلبه المرسوم الفرنسي في 25 مارس 1919م، بالتالي يكون قد سقط الحق في المطالبة بالفوائد القانونية عملاً بالمرسوم بعد أن أصبح نافذاً في الألزاس بعد انضمامها

(1) محمود ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص80، هامش 1. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص130.

(2) نقض فرنسي 15 مايو 1935، Rev, Crit1936. P462، مع تعليق Niboyet أشار إليه أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص149.

لفرنسا، وعندما عرض الأمر على محكمة النقض أيدت محكمة الاستئناف في استبعاد تطبيق المرسوم المذكور على أساس أن :-

" السقوط الذي يترتب عليه هذا المرسوم على عدم الإعذار غير واجب التطبيق إلا على الفوائد القانونية المقررة بموجب مرسوم 19 أغسطس 1914م ، لكن الفوائد المطالبة بها لم يكن لها ذلك الوصف حيث أنها واجبة بمقتضى اتفاق، وهي تخضع لأحكام القانون الأجنبي السائد في زمان ومكان إبرام الاتفاق " وأضافت المحكمة أن الطعن قد نعى بغير حق على الحكم المستأنف " أنه منح صفة اتفاقية للفوائد المشترطة بمقتضى القانون الواجب التطبيق على العقد ذلك لأن الفوائد المطالب بها تقلت بسبب أصلها التعاقدية من السقوط الذي يفرضه مرسوم 25 مارس 1919 م ."

ويلاحظ أن محكمة النقض قد أخذت صراحة بفكرة اندماج القانون في العقد ، فالواقع أنه لم يكن هناك اتفاق على الفوائد بين الأطراف بالتالي كان المطلوب هو الحكم بالفوائد القانونية التي يقرها مرسوم 19 أغسطس 1914 م الساري وقت إبرام العقد ولما كان هذا المرسوم قد أدمج في العقد فإنه يصير اتفاقا وتكون الفوائد المطالب بها كما صرحت محكمة النقض (واجبة بمقتضى الاتفاق) ، وبذلك بناءً على تبني محكمة النقض لفكرة الاندماج أصبحت الفوائد القانونية فوائدا اتفاقية وبذلك تقلت بسبب أصلها التعاقدية من السقوط الذي يفرضه مرسوم 25 مارس 1919 م .

وقد تواترت أحكام محكمة النقض الفرنسية على ترسيخ مبدأ إدماج القانون المختار في العقد من ذلك حكمها الصادر بتاريخ 19 أكتوبر 1938⁽¹⁾ وكان الأمر يتعلق بالمطالبة بدفع فرق سعر العملة بين دائن ألماني ومدين فرنسي وفقا لقانون إعادة تقييم العملة الألمانية الصادر في 16 يوليو 1925م والذي يسري بأثر رجعي على ما انقضى من ديون، وبعد أن رفضت محكمة الموضوع إجابة الدائن إلى طلبه رفع طعنا أمام محكمة النقض التي أيدت الحكم المستأنف وقررت أنه إذا كان القانون الألماني

(1) نقض مدني 19 أكتوبر 1938 WERNER:S.1938-1-381,Gaz .Pal.1938-11-886. أشار إليه سلامة فارس -عرب -وسائل معالجة إختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية -مرجع سابق -ص 473 وما بعدها.

هو واجب التطبيق على العقد بين الطرفين إلا أن قضاة الموضوع " قد قدروا بتفسير مطلق لإرادة الأطراف وأنهم أرادوا القيام بوفاء يقضي الدين نهائياً".

فكأن محكمة النقض قد اعتبرت أن القانون الألماني واجب التطبيق وتعديلاته اللاحقة ذات الأثر الرجعي قد اندمجت في العقد ولا يكون له أثر إلا ما يقرره ذلك العقد ذاته، وبما أن الأطراف قد اتفقوا في العقد على القيام بوفاء نهائي ينقضي معه الالتزام فإنه يتعين احترامه ولا وجه للكلام عن الأثر الرجعي لقانون العقد لأن ذلك القانون بآثاره قد اندمج في العقد ونلاحظ من الأحكام السابقة تبني القضاء الفرنسي بوضوح كبير لفكرة اندماج القانون في العقد و ترتيب آثار الاتفاقات بغض النظر عن كل قانون يحكمها.

وتبني فكرة اندماج القانون في العقد لم تكن حكرًا على القضاء الفرنسي بل أخذ بها القضاء الإنجليزي في حكمه الصادر في 1939⁽¹⁾ والقضاء البلجيكي في 24 فبراير 1938⁽²⁾ بخصوص أحد العقود التي أبرمتها مدينة ANVERS مع بعض الممولين من الولايات المتحدة الأمريكية وكان القانون الواجب التطبيق هو القانون الأمريكي (ولاية نيويورك) وقد أشرط في العقد أن يكون الوفاء بالدين على أساس شرط الذهب أو قيمته وكان القانون الأمريكي وقت إبرام العقد يجيز هذا الاشتراط، ولكن طرأ تعديل تشريعي يبطل الوفاء بالذهب أو بقيمته .

وقد قضت المحكمة " قد ثبت بإطلاق..... أن الأطراف قد قرروا في عقدهم تطبيق قوانين ولاية نيويورك...و إن قاضي الموضوع لم يجر تطبيقاً للقوانين الأجنبية باعتبارها كذلك ولكن باعتبارها مدرجة بواسطة الأطراف في عقدهم وأصبحت نتيجة لذلك أحكام اتفاقية وبذلك استبعاد تطبيق التعديلات التي طرأت على قانون العقد بعد إبرامه " .

(1) Privy council (1939) case : VITA FOOD Products V.unus shipping,in A.C.1939 P277 أشار إليه هشام صادق – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية – مرجع سابق – ص 131 .
(2) نقض 24 فبراير 1938 Rev.Crit 1938,p 661 note Wigny 1938 ،أشار إليه أحمد عبدالكريم سلامة- قانون العقد الدولي – مرجع سابق – ص 312- بند 221.

واندماج القانون المختار في العقد على هذا النحو يفترض بدهاءة أن تكون إرادة المتعاقدين في هذا الاختيار صراحة أو يمكن استخلاصها من ظروف الحال على نحو قاطع، أما لو لم تكن إرادتهم واضحة فقد يصعب تصور الاندماج وفي هذه ينطبق القانون الذي تشير به قواعد الإسناد الاحتياطية في قانون القاضي، أو القانون الذي يحدده القاضي بوصفه الأكثر اقتراباً من العلاقة العقدية⁽¹⁾.

(1) تجدر الإشارة أن اتفاقية روما 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية تستبعد تماماً فكرة اندماج القانون المختار في العقد فأحكام القانون الواجب التطبيق وفقاً للاتفاقية تسمو على شروط العقد بناءً على ذلك كل التعديلات التي تطرأ على القانون المختار بعد إبرام العقد تسري على هذا الأخير-في تفصيل ذلك سلامة فارس عرب - وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية - مرجع سابق - ص 255 .

المطلب الثاني

نتائج اندماج قانون الإرادة في العقد الدولي و تقدير نظرية الاندماج

تمهيد:

لجأ الفقه ومن بعده القضاء إلى الأخذ بنظرية الاندماج من أجل إدراك أهداف معينة ولكن هل تطبيق نظرية اندماج القانون المختار في العقد ينطوي على مثالب أو ثغرات ، نظراً لأهمية هذا الأمر سنتناوله بالدراسة علي النحو التالي :-

الفرع الأول :

النتائج المترتبة على اندماج القانون المختار في العقد الدولي .

الفرع الثاني :

تقدير نظرية اندماج القانون المختار في العقد الدولي .

الفرع الأول : النتائج المترتبة على اندماج القانون المختار في العقد الدولي

إن امتلاك المتعاقدين حرية اختيار قانون العقد عملاً بمبدأ سلطان الإرادة من شأنه أن يؤدي إلى اندماج هذا القانون في العقد وتجريده من سلطانه الأمر ، سواء من حيث إثباته أو من حيث امتداد رقابة المحكمة العليا على تفسيره ، و بذلك لا يلتزم القاضي بإقامة الدليل على أحكام القانون الأجنبي المختار و البحث عن مضمونه من تلقاء نفسه إنما يتعين على الخصم المتمسك بتطبيق هذا القانون إثبات أحكامه وتقديم الدليل على حقيقة مضمونه (1).

بالإضافة إلى ذلك إن خطأ محكمة الموضوع في تفسير نصوص القانون الأجنبي الذي اختارته إرادة المتعاقدين يفلت من رقابة محكمة النقض بوصفه مسألة موضوعية شريطة أن لا يؤدي هذا التفسير الخاطئ إلى مسخ العقد، باعتبار أن قانون الإرادة لا يأخذ حكم القانون ولا يعامل معاملته إنما تعد أحكامه المندمجة في العقد جزءاً منه ، بالتالي من مسائل الواقع التي يقع على الخصوم عبء إثباتها كما يفلت تفسيرها من رقابة محكمة النقض (2).

ومن ناحية أخرى يترتب على اندماج القانون الأجنبي المختار في العقد تجريد القانون من سلطانه ، حيث من طبيعة القاعدة القانونية الأمر والجبر ولكن باندماج القانون المختار في العقد أصبح شيء خاص بالمتعاقدين وانتزعت منه صفة الجبر والإلزام ، وأخذ القانون حكم الشرط التعاقدي ، بحيث يجوز استبعاد أحكامه الأمرة حيث أضحى كل شيء في هذا المجال مسألة واقع و لم تعد هناك مسائل قانون، وبناءً على هذه الأفكار ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من تجزئة العقد و اختيار أكثر من قانون واحد لتنظيم جوانبه المختلفة ، بحيث ينتقي المتعاقدين مثلاً بعض أحكام القانون اليوناني

(1) سالم إرجيعه، القانون الدولي الخاص الليبي، مرجع سابق، ص190 وما بعدها، هشام صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص247 وما بعدها.

(2) هشام صادق، مركز القانون الدولي أمام القضاء الوطني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1968، بند81 وما بعده.

لتنظيم جانب من المسائل محل اتفاقهم بينما يتولى القانون الليبي تنظيم جوانب أخرى من العقد .

وأكد أنصار النظرية الشخصية على حق المتعاقدين في انتقاء الأحكام التي يريدونها من القانون أو القوانين التي تم اختيارها لتصبح جزءاً من شروطهم التعاقدية، وسنرى فيما بعد أنصار النظرية الموضوعية قد أعطوا للمتعاقدين أيضاً الحق في تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون لكن وضعوا قيوداً على حرية المتعاقدين في هذا الصدد خلافاً لأنصار النظرية الشخصية (1).

وبما أن المتعاقدين أحرار في اختيار أحكام القانون أو القوانين التي يريدونها لتصبح جزءاً من شروطهم التعاقدية ، لم يعد هناك ما يستوجب وجود أي صلة بين القوانين التي وقع عليها الاختيار وبين العقد المبرم بينهم.

وبهذا يستطيع المتعاقدون اختيار قانون محايد لا يرتبط بعناصر العقد أو ظروفه وملابساته الواقعية ، وهذا يعد أحد أبرز الخلافات الجوهرية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، وهو الأمر الذي ذهبت إليه العديد من الاتفاقيات الدولية منها اتفاقية لاهاي 1955م بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية واتفاقية لاهاي 1978م بشأن القانون الواجب التطبيق على الوساطة والتمثيل التجاري ومجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بسويسرا 1991م في المادة (1/2) من المشروع الذي أعده بقولها " أن المتعاقدين أحرار في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم " (2) ، واتفاقية روما 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة الثانية منها بقولها " العقد يحكمه القانون الذي اختاره الأطراف " ولم تتضمن هذه الاتفاقيات أي قيد على مبدأ حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد أو تشترط وجود صلة بين العلاقة العقدية و القانون المختار و

(1) محمود ياقوت - الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية- مرجع سابق -ص 33 بند 24.
(2) حسام الدين عبد الغني -تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع -مرجع سابق -ص 129 وما بعدها .

إن كانت لم تذهب إلى حد اندماج القانون المختار في العقد إنما أخضعت الأخير للقانون⁽¹⁾.

وباعتبار أن سلطان الإرادة هو أساس اختيار المتعاقدين لقانون العقد وفقا للنظرية الشخصية ، فمن المسلم به أن يرفض أنصار هذه النظرية فكرة الإحالة من قانون الإرادة إلى أي قانون آخر والتي تقوم على أساس أن القانون المختار لا يريد الانطباق ويرفض الاختصاص المعروض عليه فاختيار المتعاقدين لأحكام قانون معين ليصبح جزءا من شروطهم التعاقدية يتنافى في ذاته مع فكرة الإحالة التي تفترض آلياتها أن اختصاص قانون الإرادة قد تم أساسا بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين وليس استناداً على مطلق مبدأ سلطان الإرادة.

و تتفق النظرية الشخصية مع النظرية الموضوعية في رفض الإحالة وإن اختلف أساس ذلك ، حيث يرفض أنصار النظرية الموضوعية الأخذ بالإحالة في مجال قانون الإرادة على أساس أن قبول الإحالة إلى قانون آخر يناهض أهداف قاعدة التنازع التي اتخذت من إرادة المتعاقدين ضابطاً للإسناد ، حيث أن اتفاق المتعاقدين على تطبيق قانون معين إنما يعني إسناد العقد للقواعد الموضوعية التي يتضمنها هذا القانون ، وليس لقواعد التنازع في هذا القانون والتي قد تؤدي إلى تطبيق قانون آخر بخلاف القانون المختار ، بالتالي يتنافى مع حكمة قاعدة التنازع التي اتخذت من إرادة المتعاقدين ضابطاً لها ويناهض إرادتهم الحقيقية في تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الذي ارتضوه دون الرجوع لقواعد الإسناد في هذا القانون التي تحيلهم إلى تطبيق قانون آخر⁽²⁾.

ومع ذلك يبدو أن بعض أنصار الإحالة لا يمانعون من الأخذ بها فيما لو سكت المتعاقدون تماما عن اختيار قانون العقد و اضطر القاضي إلى تطبيق القانون الذي تشير به قواعد الإسناد الاحتياطية في قانونه ، أو تصدي القاضي للتركيز الموضوعي

(1) أحمد عبد الحميد عشوش -النظام القانوني لعقد القرض الدولي -دراسة مقارنة -مؤسسة شباب الجامعة - الإسكندرية - س 1990 - ص 160 وما بعدها.

(2) محمود ياقوت -حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي - مرجع سابق -ص 86 هامش 3.

للرابطة العقدية ، مستنديين في ذلك علي أنه ما دامت الإرادة لم تحدد قانون العقد فليس هناك ما يمنع من قبول الإحالة ، وبذلك يفقد مبدأ إرادة انطباق القانون المختار الذي أثاره جانب من الفقه الأحادي المناصر للنظرية الشخصية أهميته .

حيث يرى أنصار الفقه الأحادي أنه لا يكفي أن يختار المتعاقدون القانون الواجب التطبيق على عقدهم حتى يطبق القاضي أحكامه ، إنما يتعين لسلامة هذا التطبيق أن يريد القانون المختار الانطباق على العقد محل النزاع أي أن يدخل العقد المذكور في نطاق تطبيق قانون الإرادة كما حدده مشرعه (1).

في اعتقادي هذا الاشتراط ليس له أهمية وفق نظرية اندماج القانون المختار في العقد حيث يفقد الأخير صفته القانونية ويدرج في العقد بوصفه أحد الشروط التعاقدية فقانون الإرادة هنا يمثل عنصراً واقعياً ، ومن ثم يطبق قانون الإرادة بصرف النظر عن إرادة القانون المختار في الانطباق ونطاق تطبيقه الذي أراده له مشرعه .

واتجهت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 21 نوفمبر 1973 (2) إلى ذلك ، حيث قضت بتطبيق القانون الفرنسي بوصفه قانون الإرادة على العقد المبرم بين شركة تأمين فرنسية وفرنسي يعمل وكيلا للشركة في المغرب العربي وهو ما اقتضى رجوع المحكمة إلى اللائحة الفرنسية التي تنظم علاقة شركة التأمين بوكلائها رغم أن اللائحة المذكورة لا تنطبق بحسب الأصل إلا على الوكلاء الذين يمارسون أعمالهم في فرنسا.

ويرى (Batiffol) أن مشكلة إرادة الانطباق التي فجرها الأستاذ (Gotho) في مجال قانون الإرادة لا تثار عادة من الناحية العملية لأن غالبية القوانين المنظمة للعقود لا تحدد مجال تطبيقها أي لا تحدد العقود التي يختارها قانون الإرادة كمجال لانطباقه (3).

(1) محمود باقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق – ص 86.
(2) نقض فرنسي 21 نوفمبر 1973. 7201973 .Rev .crit 1974 . Bull civ 1973-1, no 319 p.283 , أشار إليها هشام صادق – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية – مرجع سابق – ص 141 هامش 33.
(3) مرجع سابق – ص 140 هامش 32.

ويرفض أنصار النظرية الشخصية (1) ما قد تؤدي إليه أحكام القانون المختار من إبطال للعقد حيث إن باندماج القانون في العقد يتجرد من عنصره الأمر الذي يؤدي إلى بطلان العقد ويصبح شرطاً من شروطه التعاقدية التي لا يتصور عقلاً أن تؤدي إلى بطلان العقد بالتالي إلى نقض الهدف الذي يسعى إليه المتعاقدون.

حيث أن إرادة المتعاقدين قد اختارت قانوناً معيناً ليأخذ حكم الشروط التعاقدية فلا يعقل أنهم قد ارتضوا أيضاً ما قد يقرره هذا القانون في شأن إبطال تعاقدهم ، فبين الإرادة الصريحة للمتعاقدين والتي تعبر عنها نصوص اتفاقهم التي حرروها بأنفسهم وبين مجرد إشارتهم في العقد لاختصاص قانون معين ببداها واضحاً أنهم لم يتفقوا من مضمونه الحقيقي في شأن مسألة البطلان .

بالتالي يجب أن لا نتردد في ترجيح إرادتهم الحقيقية وهو ما يقتضي رفض ما قد يترتب على أعمال القانون المختار من إبطال للعقد، وهذا التوجه هو ما يتمشى وفكر النظرية الشخصية في اندماج القانون المختار في العقد ليصبح جزءاً من شروطه، فلا يعقل أن يؤدي إلى بطلان الاتفاق حيث تجرد هذا القانون من عنصره الأمر الذي يفضي إلى بطلان العقد .

وتميل المحاكم الأمريكية إلى رفض القضاء ببطلان العقد طبقاً للقانون المختار على أساس أن اختيار المتعاقدين لقانون يبطل تعاقدهم هو اختيار غير متصور إلا بناءً على خطأ غير مقصود (2) ، لعل هذا ما دفع القضاء الفرنسي في فترة معينة والقضاء الأمريكي إلى القول بأنه لو كان أحد القوانين المتنازعة لحكم العقد يقرر بطلانه بينما كان يقضي القانون الآخر بصحته، لتعين أعمال حكم هذا الأخير على أساس افتراض

(1) في الأخذ بهذا الاتجاه حكم المحكمة العليا الهولندية الصادر في 13-6-1924 حيث رفضت المحكمة إبطال العقد أو الشرط من شروطه وفقاً لقانون الإرادة على أساس تعارض هذه النتيجة مع إرادة المتعاقدين التي لا يتصور أن تسعى إلى إبرام عقد باطل ، أشار إليه محمد محسوب درويش - قانون التجار الدولي - بحث تأصيلي في النظام القانوني للتجارة الدولية ، دار النهضة العربية - 1995 - ص 17 .

(2) Hanotiau - Le droit int .priv e ame`ricain, Paris - Bruxelles, 1979, p. 248 . من ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر منذ 1910 Lyon Caen 129 - 1 - 1911 S. Case 5/12/1910 . حيث قررت المحكمة (لا يجوز تطبيق قانون الإرادة على نحو يؤدي إلى بطلان شرط نص عليه صراحة في العقد) أشار إليه محمود باقوت - الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية - مرجع سابق - ص 37 .

اتجاه إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بأحكامه، من ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر 1966⁽¹⁾، حيث قررت عدم جواز تطبيق قانون الإرادة على نحو يؤدي إلى بطلان شرط نص عليه المتعاقدين صراحة.

ومن هذا المنطلق اتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى قبول إحالة قانون الإرادة الذي يؤدي إلى بطلان العقد لقانون آخر لا يفضي تطبيقه لهذه النتيجة على الرغم من رفضها كمبدأ في مجال العقود وذهب جانب من الفقه الحديث إلى رفض إبطال العقد استناداً لما تقرره أحكام القانون المختار لا على أساس فكرة الاندماج وإنما بهدف حماية توقعات المتعاقدين وهو الأمر الذي أخذ به مجمع القانون الدولي الخاص في سويسرا عام 1991 في المادة (3/3) من المشروع الذي أعده في شأن القانون الذي يحكم المبادلات الاقتصادية الدولية⁽²⁾.

ثم عادت محكمة النقض وتراجعت عن هذا الرأي في أحكامها الحديثة حيث طبقت أحكام قانون الإرادة ولو أدى ذلك إلى بطلان العقد أو أحد شروطه الأساسية⁽³⁾.

واستكمالاً لحرية الاختيار الواسعة التي تتيحها النظرية الشخصية فقد يذهب المتعاقدون إلى حد يشترطون فيه عدم الخضوع لأي تعديلات تشريعية لاحقة قد تطرأ على القانون المختار بعد إبرام العقد، حيث لا تندمج هذه التعديلات في العقد و لا تعد جزء من شروطه التعاقدية، حتى ولو كانت ذات صبغة أمرية ما لم ينص المتعاقدون على خلاف ذلك، حيث لا يسري على العقد إلا أحكامه السارية وقت الإبرام مع إقصاء التعديلات التي تطرأ عليه بعد ذلك، وهو ما يطلق عليه التجميد الزمني لقانون العقد أو الثبات التشريعي، والذي يقوم على فكرة مؤداها أن المتعاقدين قد اختاروا قانوناً معيناً ليصبح جزءاً من العقد المبرم بينهم و إن اختارهم قد انصب بدهاة على أحكام القانون المذكور السارية عند إبرام العقد، إذا يصعب بغير نص

(1) نقض فرنسي 2 مايو 1966 Dalloz 1966-p575. مع تعليق J.ROBERT. أشار إليه محمود ياقوت — الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية — مرجع سابق — ص 38 - هامش 1.
(2) هشام صادق — القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية — مرجع سابق — ص 143-هامش 39.
(3) نقض فرنسي 25-10-1989 Rev.crit,1989-p738. حيث قررت (كيف يمكن تطبيق قانون الإرادة على أساس أنه القانون الذي يناسب المتعاقدين إذا كان هذا القانون يؤدي إلى إبطال تعاقدهم). نقض فرنسي 28-6-1966 Rev.Crit.1967-p334. مع تعليق (Batiffol).

صريح في العقد افتراض انصراف نيتهم إلي اعتناق التعديلات التي قد يدخلها مشرع هذا القانون على أحكامه في فترة زمنية لاحقة.

في أحيان كثيرة ينص المتعاقدون على شرط الثبات التشريعي صراحة⁽¹⁾ ، بهدف تحقيق الاستقرار للرابطة العقدية وحفظ توقعاتهم ، وقد جرى عليه العمل في العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية ، لا سيما في مجال عقود الاستثمار والتنمية ، بسبب قدرة الدولة على تغيير قانونها الواجب التطبيق عادة في هذه الحالة أثناء سريان العقد مما قد يخل بالتوازن والأمان الذي ينشده الطرف الآخر في العقد ، وحرص بعض الدول على تشجيع الاستثمار يدفعها أحيانا إلى التعهد الصريح في تشريعها الداخلي بعدم إلغاء أو تعديل قوانينها السارية عند إبرام العقد مع المستثمر الأجنبي ، وهذا ما أخذ به مجمع القانون الدولي في أئينا سنة 1979 م بمناسبة مناقشة القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرم بين الدولة و أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية وشروط الثبات التشريعية في المادة الثالثة التي نصت بقولها " يجوز للأطراف الاتفاق على أن أحكام القانون الداخلي التي يرجعون إليها في العقد هي تلك المقصودة في مضمونها لحظة إبرام العقد " (2) .

وتجدر الإشارة بأن شرط التجديد الزمني لقانون العقد ذو الطابع التشريعي الذي بمقتضاه تتعهد الدولة التي ستدخل طرفا في عقد دولي مع شخص خاص أجنبي في صلب قانونها لهذا الأخير بموجب نص تشريعي صريح ألا تعدل أو تلغي قانونها الواجب التطبيق على العقد خلال فترة سريانه ، تحقيقا للتوازن والأمان في العلاقة التعاقدية ، يختلف تماما عن شرط الثبات الاتفاقي الذي ينص عليه الأطراف في عقودهم و الخاضع للاندماج في العقد ، أما الشروط ذو الطابع التشريعي تعد شروط توقيفية لسريان قانون الدولة تؤدي فقط إلى إيقاف سريان التعديلات التي تصدر بعد إبرام العقد على العلاقة التعاقدية مع حفظها التام لقانون العقد بطبيعته القانونية أو القاعدية ولا شأن لها بنظرية الاندماج.

(1) أحمد عبد الكريم سلامة - شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية - المجلة المصرية للقانون الدولي - س 1987- ع 43 - ص 63 وما بعدها.

(2) أشار إليه محمود ياقوت - الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية - مرجع السابق - ص 40- هـ 1.

ولا يخفى ما يؤدي إليه اتفاق المتعاقدين على تجميد قانون العقد من حيث الزمان إلى جعل العقد غير خاضع لأي قانون يحكمه ، لأنه نتيجة لتطبيق النصوص السارية وقت إبرام العقد بالرغم من وجود نصوص جديدة ألغت السابقة ما يجعل العقد طليقاً غير خاضع لأي قانون ، حيث أننا في هذه الحالة نطبق نصوص مية في نظر مشرعها ولا يخفى إن تلك النتيجة الأخيرة خطيرة لدرجة إثارة الاحتجاج على فكر النظرية الشخصية متمثلة في نظام الاندماج وبناءً على مجمل النتائج التي ترتبت على نظام الاندماج فقد تعرض لجملة من الانتقادات و التي نعرضها في الفرع الثاني.

الفرع الثاني : تقدير نظرية اندماج القانون المختار في العقد الدولي .

واجهت نظرية اندماج القانون المختار في العقد العديد من الإنتقادات كان أبرزها

أولاً: الإفئات على طبيعة القانون و وظيفته (1) :

تتمتع القواعد القانونية بطابع ملزم ولا خلاف في أن فكرة الاندماج تقوم على تجاهل حقيقة القانون الذي يختاره الأطراف لحكم العقد .

فإذا كانت هناك بعض القواعد الأمرة في القانون الداخلي والتي لا يكون لها إلا اختصاصاً دولياً اختياراً في مجال العلاقات ذات العنصر الأجنبي ، فإنها لا تفقد مع ذلك قيمتها القانونية وتظل أحكامها الأمرة ملزمة داخل حدود اختصاصها الاختياري فلا يصح القول بأن اندماج تلك القواعد يغير من طبيعتها وذلك لحاجة العقد إليها لتكملة ما به من نقص .

بمعنى أنه إذا كان القانون يكمل العقد فإن ذلك يجب أن لا يؤدي إلى تقديم العقد أو رفعه فوق القانون ، بحيث يفقد صفته القانونية وطبيعته القاعدية بما يفاجئ القاضي القائم على تطبيق القانون والائتمار بأوامره بأن يجد ذلك القانون قد تجرد من عنصر الأمر فيه بحجة أنه أدمج في العقد و صار شرطاً كباقي شروطه.

(1) سالم إرجيعه - مبدأ سلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص (نشأته - خطوره - انتكاسه) - محاضرات أقيمت لطلبة الدراسات العليا جامعة بنغازي - للعام الدراسي - - 2008-2009 غير منشورة - ص 6 .

حيث تناقض فكرة الاندماج أساس مبدأ القوة الملزمة للعقد و تتيح الفرصة للتحايل فمن غير المعقول أن نسمح للأطراف في عقد معين أن يقللوا من القوة الإلزامية للقانون الذي اختاروه بحيلة الاندماج في حين أنهم قد يتمسكون بتلك القوة و يطالبون بإعمال حكم ذلك القانون ، إذا تعلق الأمر بالدفاع عن مصالحهم في مسألة أخرى غير العقد محل النزاع ، حيث أن العقد اندمج فيه القانون الذي كان من المفروض أن يحكمه مكوناً في الواقع عقداً خارج دائرة القانون لا يخضع إلا لما يريده ويقرره الأطراف ويظل العقد دائماً بحاجة إلى قانون تتأسس عليه صفته القانونية و ينتقل بذلك من ميدان الواقع إلى ميدان القانون ، وإن أراد أطراف العقد أن يضمّنوه بعض أحكام القانون فيجب أن ينحصر ذلك في نطاق القواعد المكملّة أو الاختيارية في قانون العقد أما القواعد الآمرة فيجب أن يظل العقد خاضعاً لها لا أن يحتويها أو يستوعبها (1).

ثانياً : نظام الاندماج يؤدي إلى الخلط بين عملية إسناد العقد وإعمال قانونه :

في شأن عملية الإسناد لا خلاف في أن قاعدة الإسناد اعطت إرادة الأطراف الحق في اختيار القانون الملئم لحكم عقدهم ، فإذا تم ذلك الاختيار انتهى كل دور لإرادة الأطراف ولقاعدة الإسناد التي قررت لهم حق الاختيار المذكور، وبتمام معرفة القانون المختاريفلت من تلك اللحظة من إرادة الأطراف ليدخل في ميدان الاختصاص المانع أو القاصر للقاضي المختص بالفصل في النزاع دون أن يأتّم بأوامر الأطراف في العقد و زعمهم بأن القانون الذي اختاروه قد اندمج أو انصهر في شروط العقد بحيث لا قوة له إلا ما يقررونها هم له.

فعنصر الأمر الذي تنطوي عليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي توجب عليه أن يطبق القانون الذي تم تعيينه ويعمل بأحكامه بقوة إلزامها وسريانها ، فيجب أن لا يدخل القاضي الأطراف في عملية تطبيق القانون و إلا يكون قد خالف الأصول الفنية القانونية ، لأنه يترتب على هذا الإدخال ادعاء الأطراف أن القانون قد اندمج في العقد

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص365.

وهنا يكون القاضي قد خرق النظام القانوني لقاعدة الإسناد بإعطاء الأطراف حق تنظيم عقودهم في غيبة من القانون ، وهذا ما لا يسوغ لأن تفويض قاعدة التنازع سلطتها في تعيين القانون الواجب التطبيق لا يمنح بالضرورة لإرادة الأطراف حق خلق تنظيم روابطهم التعاقدية دون الارتكاز على أي تشريع قائم فهي كقاعدة غير مباشرة و إرشادية لا تحيل إلى إرادة الأطراف إلا داخل نطاق موضوعها ، فهي لا تستطيع أن تفوض لتلك الإرادة مهمة التنظيم المباشر للرابطة الدولية في حين هو ليس من اختصاصها (1).

ثالثاً : اصطدام فكرة الاندماج مع تزايد عدد القوانين الحمائية(2) :

إن فكرة الاندماج كان من الممكن قبولها في ظل الأفكار التي كانت تهيمن في أواخر القرن التاسع عشر، على نظرية العقد في القانون الداخلي ، والتي كانت ترى أن قانون العقود هو قانون إرادي واختياري يفتقد إلى الصفة الأمرة ، وأن القانون لا يتدخل فيه إلا في حدود ضيقة فقط لتفسير إرادة الأطراف ، أما في ظل المذاهب والأيدولوجيات المعاصرة فإن تلك الفكرة للعقد قد أقل نجمها، فأضحت الدولة هي المهيمنة على مختلف الأدوات القانونية تفرض قواعد أمره حولت العقد من عملية اتفافية إلى عملية نظامية .

وأصبح العقد الدولي لا يخضع فقط للأحكام الأمرة في القانون المختص الذي يختاره الأطراف ، بل يجب أن يتوافق أيضا مع بعض الأحكام الأمرة دولياً في التشريعات الأخرى المعنية ، و التي يكون العقد على صلة بها خصوصا عندما تتحقق أحد عناصر العقد الجوهرية في النطاق الاجتماعي للمشرع الذي وضع تلك القواعد والأحكام منها القواعد الحمائية للطرف الضعيف في العقد و قواعد حماية المستهلك(3).

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص367.

(2) مرجع سابق، ص369.

(3) في تفصيل ذلك أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، ص2000، ص65 وما بعدها.

رابعاً: هجر فكرة اندماج القانون المختار في العقد الدولي :

هجر الفقه والقضاء الحديث فكرة اندماج قانون الإرادة في العقد باعتباره شرطاً من الشروط التعاقدية ، فإذا كانت قاعدة الإسناد تقرر حق المتعاقدين في اختيار قانون العقد واجب التطبيق على عقدهم فإنها تقصد إخضاع العقد للقانون، لا اندماج هذا الأخير في العقد والمتأمل في أحكام القضاء الحديث يجد تركيزاً على فكرة الخضوع التي لا تدع مجالاً للشك حول النفي القاطع لفكرة الاندماج وإعدام سلطان القانون المختص .

فبعض الأحكام تتكلم عن غياب دور الأطراف وضرورة تحديد القانون واجب التطبيق فقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 29 يونيو 1971م تأييدها لقضاة الموضوع في استخلاصهم وتقديرهم " للظروف التي تحدد توطين العقد والذي يستخلصون منه القانون واجب التطبيق عليه " (1) ، فالقانون يطبق على العقد ولا يندمج فيه ، يحكمه ولا ينطوي تحت لوائه ، وفي حكم آخر سابق قضت ذات المحكمة أن " القانون واجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو شروطها أو أثارها هو ذلك الذي تبناه الأطراف، وفي حالة انعدام الإعلان الصريح من جانبهم يكون لقضاة الموضوع البحث عن أي قانون يجب أن يحكم روابط المتعاقدين، وذلك وفقاً لحال الاتفاق وظروف القضية " (2).

والنتيجة المنطقية لتأكيد خضوع العقد للقانون هو الاعتراف بكافة الآثار التي تترتب على ذلك حتي ما كان منها متعلقاً ببطلان العقد أو أحد شروطه، فإذا كان أنصار فكرة الاندماج استندوا في تبرير وجودها إلى أنه من غير المعقول أن يؤدي قانون العقد إلى بطلانه، ولتلافي ذلك ينبغي تجريد ذلك القانون من سلطانه القاعدي بإدماجه في العقد.

هنا تثار إشكالية كيفية التوفيق بين تحديد المتعاقدون القانون واجب التطبيق على عقدهم و بين إنزال حكم هذا القانون واعتبار العقد باطلاً ، بمعنى أن القانون قد اندمج

(1) نقض فرنسي . Ph.KAHN. p51 note .1972 . clunet . أشار إليه أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص 371 .

(2) نقض فرنسي Rev.crit.1959 p708 not BATIFFOL - مرجع سابق - ص 372.

في العقد وصار مجرد شرط تعاقدى عار من كل قوة ملزمة ، و أن الأطراف قد أبطلوا عقدهم بمقتضى أحد شروطه ، فلا يمكن تبرير بطلان العقد وفقا للقانون المدمج إلا إذا اعترفنا لهذا القانون بصفته كقانون يحكم العقد، و استقر الفقه الحديث على إمكانية بطلان العقد حيث يعد نتيجة منطقية لخضوع ذلك العقد للقانون الذي اختاره الأطراف في كامل نصوصه و أحكامه ، فالقانون الذي يحكم العقد هو الذي يقرر أسباب بطلانه و الآثار المترتبة على ذلك البطلان بعد أن كانت فكرة اندماج القانون في العقد تؤدي إلى صيرورة العقد في النهاية أن يصبح تطبيقا بغير قانون، وبناءً على ذلك لم يعد هناك شك في أن قانون الإرادة يعاني من تضخيم دور سلطان الإرادة في مجال العقد الدولي وهو دور مازال يظهر تحت ستار أفكار أخرى التي سنتناولها تباعا في المبحث التالي .

المبحث الثاني

الاتجاهات الحديثة وقانون العقد الدولي

تمهيد وتقسيم:

خضوع العقد الدولي للقانون الذي يحدده الأطراف بإرادتهم تلك هي القاعدة الأصلية التي تقرها النظرية العامة لتنازع القوانين في مجال العقود الدولية، حيث لا يوجد قانون محدد بذاته مخصص مسبقاً لحكم العقد، فالأمر متوقف على إرادة الأطراف لاختيار أي القوانين التي يكون العقد على صلة بها.

و هذه الإرادة يمكن في بعض الأحيان أن يكون لها قوة ملزمة مساوية لقوة إلزام القانون بمعنى أن أثار اتفاقاتهم أو عقودهم تكون محكومة بإرادتهم أيا كانت جنسيتهم أو موطنهم أو المكان الذي أبرم فيه العقد ، وقد يفضي هذا الأمر إلى أنه من الممكن أن يكون لمبدأ سلطان الإرادة أثر سلبي بمعنى أنه يحدد عدم اختصاص قانون القاضي و لكنه بالمقابل لا يحدد تطبيق أي قانون آخر و هنا قانون الإرادة قد فقد الأثر الإيجابي له.

و يترتب على ذلك أن يلجأ الأطراف إلى محاولة التخلص من الخضوع لأي قانون وطني ، و ذلك بتحقيق الكفاية الذاتية لعقدهم بتحريره بتفصيل و دقة متناهية تغني القاضي أو المحكم عن الاستعانة بأي قانون غير العقد ذاته و هنا حتي مع وجود القانون فإن دوره يظل احتياطياً أو من الدرجة الثانية .

و نتيجة للتطور الذي لحق بالتجارة الدولية ظهرت اتجاهات فقهية حديثة في القانون الدولي الخاص تدعو إلى عدم الأخذ بمبدأ قانون الإرادة باعتباره لم يعد يتمشى ومضمون العقود الدولية ، حيث أضحت القوانين الوطنية غير قادرة على حكم هذه العقود بالنظر لتنوع أنماطها من ناحية و لعدم استجابة هذه القوانين و ذاتية تلك العقود من ناحية أخرى .

وبدأ تلوح في الأفق فكرة تحرير العقد من الخضوع للقوانين الوطنية الداخلية و الدعوة للرجوع المباشر للعادات والأعراف التجارية والمهنية التي نشأت بطريقة تلقائية بين الجماعات العاملة في نطاق التجارة الدولية والتي تشكل في مجموعها ما يسمى بالقانون التجاري الدولي .

وهذا ما يدفعنا بالضرورة لدراسة كل هذه الموضوعات من خلال المطلبين التاليين:-

المطلب الأول :- مبدأ الكفاية الذاتية و الدور الاحتياطي لقانون العقد الدولي .

الفرع الأول : مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي .

الفرع الثاني : الدور الاحتياطي لقانون العقد الدولي .

المطلب الثاني :- التوسع في إسناد العقد الدولي في ظل تطور العلاقات الخاصة الدولية .

الفرع الأول : مصادر القواعد المادية في القانون الدولي الخاص .

الفرع الثاني : مفهوم القانون الذي يحكم العقد الدولي في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص .

المطلب الأول

مبدأ الكفاية الذاتية والدور الاحتياطي

لقانون العقد الدولي

حاول جانب من الفقه أن يتجنب تطبيق القوانين الوطنية على العقود الدولية وذلك بأن يقوم الأطراف أنفسهم بإيجاد تنظيم عقدي خاص بهم ، عن طريق إعداد عقد يضمونه كافة الشروط التي تضمن لهم حقوقهم و واجباتهم بدقة متناهية ، ليواجه بذلك كل ما يتوقع أن يعترض طريق تنفيذ هذا العقد ، و هذا ما يطلق عليه مبدأ الكفاية الذاتية للعقد أو التنظيم الذاتي للعقد وبذلك يستمد العقد قوته من إزمائه من ذاته، وإن دعت الحاجة إلى وجود قانون في العقد يكون فقط بصفة احتياطية .

وسأتناول هذا الموضوع بالدراسة على النحو الآتي :

الفرع الأول :-

مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي .

الفرع الثاني :-

الدور الاحتياطي لقانون العقد الدولي .

الفرع الأول :- مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي :

في دراستي لهذا المبدأ سأقوم بتسليط الضوء على طبيعة هذا المبدأ وموقف الفقه والقضاء منه وأبرز وسائل تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية وأخيراً تقدير مبدأ الكفاية الذاتية.

أولاً - طبيعة العقد الدولي والكفاية الذاتية

يري الفقه المؤيد لفكرة الكفاية الذاتية للعقد الدولي أنه لا يلزم لوجود العقد أو تنظيمه تدخل أي سلطة خارجية أو نظامية ، فهو كتصرف إرادي يمكن أن يتمتع بتنظيم ذاتي مرده إرادة الأطراف وحدهم في وضع الشروط الكفيلة بقيام هذا التنظيم الذاتي دون الرجوع إلى أية قاعدة قانونية ، مكونين بذلك نظام قانوني خاص بهم ، دون أن يفقد قوته الملزمة التي استمدها من أحكام القانون باعتبار أن المشرع قد منح العقد قوة القانون بإقراره مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، فالعقد إن كان مفصلاً ومحكماً في صياغته القانونية يخلق التزامات يمكن أن تلزم بذاتها الأطراف ويغني القاضي أو المحكم عن الاستعانة بقواعد القانون التي لا تلائم إرادة الأطراف⁽¹⁾.

فخلف فكرة القاعدة الفنية التي تجيز للأطراف اختيار قانون العقد تختفي الإرادة المنظمة لهذا الحق التي تتساوي مع القانون ، فيعد العقد بالنسبة للمتعاقدين بمثابة القانون الصادر من المشرع ، فعملية إعداد العقد الدولي هي أشبه بعملية تشريعية لذلك يكون ما عبرت عنه إرادة الأطراف كالقانون بالنسبة لهم ، فالشروط التعاقدية تكون في مجموعها قانوناً خاصاً يحكم كافة جوانب العقد دون حاجة لقانون المشرع وهذا يعد نظام قانوني مستقل عن كل القوانين الوطنية والدولية، فالعقد يكفي في ذاته للتعريف بحقوق والتزامات الأطراف دون حاجة إلى الالتجاء إلى أي نظام قانوني⁽²⁾.

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، مرجع سابق، ص1081.

(2) المرجع سابق، ص1082.

ويعد القول بكفاية العقد في ذاته وقدرته أن يحكم نفسه بنفسه عود واضح لفكر المدرسة التقليدية المؤيد لمبدأ السلطان المطلق للإرادة والذي يرى أن الحقوق توجد قبل القانون واستقلالاً عنه وتتأتى من الحرية المبدئية للفرد ، فالقانون لا يخلق تلك الحقوق بل يعتمدها فقط.

ثانياً : الكفاية الذاتية للعقد الدولي في الفقه والقضاء :

لم يتوان الفقه خصوصاً المتخصص منه في ميدان القانون التجاري الدولي عن الدعوة إلى الأخذ بمبدأ الكفاية الذاتية للعقود الدولية أو العقود المنظمة ذاتياً .

وفي مجال هذه الدعوة يذهب الفقيه (فوشار) إلى أنه " في التجارة الدولية يعد من أحسن السبل للإفلات من قوانين الدول اشتراط الحد الأقصى من الأحكام الفنية والتجارية وتسوية الصعوبات الأكثر توقعا فيستطيع الأطراف الاهتمام بها شخصياً بوضع شروط خاصة بعد مفاوضات مباشرة " (1).

أو كما قرر أحد الفقهاء أنه " من أجل تلافي أية اضطرابات في خصوص مثل تلك العقود يجب على الأطراف أن يكونوا أكثر حيطة و انتباها بتضمين العقد حلولاً للمسائل التي يمكن أن تثور بينهم و ألا يتركوا تلك المسائل مفتوحة إن مثل هذا الكمال في التنظيم التعاقدى يعد عامل استقرار، ذو أهمية بالغة " (2).

و في هذا الشأن هناك بعض العقود التي تتمتع بطبيعة خاصة كعقود التمويل المستندية التي تبرم بين شركات متعددة الجنسيات ، نجد أن المتعاملين بها قد قاموا بتحرير عقودهم بتفصيل واف وكامل وذلك لمعالجة القصور أو العجز في القوانين الوطنية ولعدم معرفتها بهذا النوع من العمليات الحديثة ، ومن ذلك أيضاً عقود التعاون الصناعي والتي يقرر الأستاذ (جاكيو بوفسكي) " أن انعدام أو غياب تنظيم قانوني خاص وملائم لعقود التعاون الصناعي.....يزيد من أهمية الاشتراطات التعاقدية في

(1) أحمد عبد الكريم سلامة - نظرية العقد الدولي الطليق - مرجع سابق - ص 48 .

(2) حفيظة السيد الحداد - العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - منشورات الحلبي- بيروت -2003 - ص 45 وما بعدها.

هذا الخصوص وإن تعقيد وحداثة هذا النوع من العقود يتطلب ما أمكن تحديد مفصل و كامل من قبل الأطراف أنفسهم لحقوقهم و التزاماتهم و لنتائج تقصيرهم " (1).

و لكن يجب على المتعاقدين دائماً الابتعاد عن الأفكار الغامضة و غير محددة المضمون ، بأن يجتهدوا و يجتازوا كل مشقة في تحرير عقودهم و التطرق إلى أقصى التفاصيل ، و أن يحذروا ترك المسائل لاجتهاد القاضي أو المحكم ، فإن تحقق ذلك سيكون ميسوراً أمام القاضي أو المحكم أن يؤسس حكمه على تحليل بسيط لأحكام العقد المبرم بين الأطراف دون الرجوع إلى قاعدة عليا ، و تذهب الأحكام القضائية إلى الأخذ بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد كأساس لتقرير حق أحد الطرفين قبل الأخر دون الرجوع إلى قواعد القانون الذي يمكن أن يكون واجب التطبيق على العقد.

ففي قضية تتلخص وقائعها في أن إحدى الشركات الفرنسية (B.S.N) قد أبرمت عقداً مع (ZANARELLI) أحد الإيطاليين ليقوم بتمثيلها وتوزيع منتجاتها في إيطاليا، وعلى إثر إنهاء الشركة للعقد قام الأخير برفع دعوى للمطالبة بالتعويض عن إنهاء الشركة للعقد وفقد العملاء وقد استند في طلبه إلى المادة (29 ك) وما بعدها من قانون العمل الفرنسي المنظمة لأحكام الوكلاء التجاريين (V.R.P) رفضت محكمة الموضوع طلبه فرفع طعناً بالنقض، وبدلاً من أن تعيب محكمة النقض على محكمة الموضوع (استئناف ليون) عدم تحديدها للقانون واجب التطبيق على العقد ، وهو أمر كان يسيراً في القضية المعروضة ، حيث كان هناك أكثر من دليل على اختصاص القانون الإيطالي والذي كان تطبيقه سيؤدي إلى الحكم لصالح الشركة المطعون عليها، وذلك بعدم تطبيق أحكام قانون العمل الفرنسي لانعدام الرابطة الجدية بين النزاع والنظام القانوني الفرنسي.

قضت محكمة النقض بأن " محكمة الاستئناف قد استطاعت وهي تفسر بإطلاق نية الأطراف عندما تعاقبوا على عمل سينفذ خارج فرنسا ، أن تقدر أن هؤلاء الأطراف قد اتجهت نيتهن مرتين ومن غير غموض إلى عدم الخضوع للقانون الفرنسي ، ونتيجة

(1) أحمد عبد الكريم سلامة - نظرية العقد الدولي الطليق - مرجع سابق - ص 50 .

لذلك فإنه من غير الملائم أن يتم تطبيق الاتفاق كما حرر وهو ما يحول دون طلب الحصول على التعويض عن فقد العملاء " .

فكأن المحكمة قدرت أن بنود وأحكام العقد تكفي بذاتها لحل النزاع حول طلب التعويض دون حاجة إلى قانون معين أي أن العقد ملزم بذاته و وفقاً لنصوصه دون أن تكون هناك ضرورة لأي قانون ليمنحه القوة الملزمة (1).

كذلك حكم محكمة باريس في قضية شركة الخدمات التعاقدية للبريد البحري الصادر في 24 / 4 / 1940م القاضي بأن :

"...شركة الخدمات التعاقدية للبريد البحري قد نعت على غير أساس بأن العقد يجب أن يستند بالضرورة إلى تشريع بلد محدد.....إنه في مجال التسوية الدولية فإن الاتفاقات التي تنتج منها شرط الوفاء بالذهب تعتبر شريعة الأطراف.....".
طعن علي الحكم فقررت محكمة النقض في 21/ يونيو/ 1950م بأن " الأطراف قد قصدوا مقدماً إخراج اتفاقاتهم من سلطات كل الإجراءات التشريعية التي يمكن أن تنقص من مبلغ الدين" (2) ، في هذه القضية يبدو أن محكمة الاستئناف قد فضلت إعطاء فاعلية وقوة لإرادة الأطراف في العقد الدولي بدلاً من البحث عن القانون واجب التطبيق ، وتتمثل تلك الفاعلية في الإبقاء على الشروط التعاقدية واحترام مضمونها كما حددها الأطراف وتحسينها ضد ما يعتريها من بطلان يتأتى من القانون الذي يختص بحكم العقد الدولي.

وفي إطار غرفة التجارة الدولية بباريس قضت محكمة التحكيم عام 1970م بعد استبعاد تطبيق القانون الألماني بأن :

(1) نقض فرنسي 5 مارس 1969 Batiffol not 279 . Rev .Crit ,1969 . أشار إليه أحمد عبد الكريم سلامة – نظرية العقد الدولي الطليق – مرجع سابق – ص 51 وما بعدها .

(2) نقض فرنسي 21 يونيو 1950 - 609 . p . Rev . crit ,1950 . التعليق على الحكم نشر في الأسبوع القانوني 5812-2- (J.C.P) مرجع سابق – ص 15 وما بعدها

" الأطراف قد رغبوا في أن يروا النزاع قد تم تسويته دون أية رجوع إلى قانون وطني استناداً فقط إلى أساس الأحكام التعاقدية ووفقاً للواقع والأعراف الدولية " (1).

ثالثاً: تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية :

يتم تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية عن طريق العقود النمطية أو النموذجية ، وقد جرى الاصطلاح على تسميتها بالعقود النموذجية، وهي عبارة عن مجموعة من الشروط العامة التي استقرت في عادات وواقع التجارة الدولية، المكتوبة في صيغ معدة سلفاً ومطبوعة بأعداد ضخمة تستعمل كنماذج لعقود يتم إبرامها في المستقبل.

وقد أصبحت هذه العقود النمطية أو النموذجية من الوسائل الفعالة في تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقود الدولية ، وتجسيد لمبدأ العقد قانون المتعاقدين ، بالتالي سهلت التبادل التجاري للسلع والخدمات عبر الحدود بسبب اشتغالها على أحكام تفصيلية تتعلق بتحديد التزامات وحقوق الأطراف وكيفية تنفيذها.

ويقوم على إعداد هذه العقود الجمعيات والهيئات المهنية المشغلة بتجارة نوع من السلع والخدمات ، على أن أهم الجهود التي بذلت كانت من اللجنة الاقتصادية لأوروبا (CEE) ، فقد قامت بأعداد كثير من العقود النمطية منها العقد النمطي لتصدير المصانع والآلات ، والعقود النمطية لبيع الحبوب (سيف) و (فوب) ، و العقد النمطي لاستيراد و تصدير الخشب الناعم المنشور، والعقود النمطية لجمعية لندن للبيع الدولي للحريز، و القواعد الموحدة المتعلقة بالاعتمادات المستندية و القواعد الدولية لتفسير مصطلحات التجارة التي أعدتها غرفة التجارة الدولية بباريس و المبادئ التي أعدها معهد توحيد القانون الخاص بروما عام 1994م بشأن عقود التجارة الدولية وغيرها(2) ، وهذه العقود النمطية تخلق قواعد مفسرة أو مكملة أو على الأقل قواعد عرفية تطبق إذا سكت الأطراف عن مخالفتها أو الخروج عليها على نحو يجعل الرجوع إلى قاعدة تنازع القوانين أمراً نادراً ، لأن الشروط العديدة و الأحكام

(1) حكم صادر في القضية 1569 ذكره D.DERAINS في مجلة التحكيم 173- ص 135. أشار إليه إبراهيم بن أحمد زمزمي - القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية - ط 1 - دار النهضة العربية - القاهرة - س 2009- ص 302 وما بعدها.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 134 وما بعدها.

التفصيلية التي تحتويها العقود النمطية تجعل مشكلة تنازع القوانين والقانون الواجب التطبيق غير قائمة ، حيث أن تدخل القانون الدولي الخاص قد تقلص بشكل كبير، فالعقود النمطية تنطوي على نصوص في غاية الدقة حول الالتزامات التعاقدية ، فكأن فكرة العقد الدولي الطليق تجد تأكيداً لها عن طريق العقود النمطية، حيث أن استقراء الواقع العملي للعقود الدولية يبرهن على الاتجاه نحو تطبيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقود، بحيث لا تكون هناك حاجة لتطبيق قانون معين على منازعات تلك العقود ، من ذلك الفقرة (59) من دليل تحرير العقود الدولية للتعاون الصناعي الذي أعدته اللجنة الاقتصادية لأوروبا التابعة للأمم المتحدة التي تنص :

".....ومع ذلك أن مختلف أشكال القانون الخاص الوطني لا تتضمن عادة قواعد تتعلق خصوصاً بالأشكال الحديثة من العلاقات التعاقدية التي تنشأ من خلال التعاون الصناعي ونتيجة لذلك ينبغي الاقتراح بأنه يجب على الأطراف أن يضمنوا عقودهم أحكام تفصيلية تحدد قانون علاقاتهم الخاص " ، ومن ذلك أيضاً الفقرة (89) من دليل تحرير عقود النقل الدولي للتكنولوجيا في الهندسة الذي أعدته ذات اللجنة حيث نصت على أنه " من المرغوب فيه ألا يعطي العقد مجالاً للمنازعات، وألا يجعل القاضي أو المحكم غير قادر على أن يؤسس التسوية على أحكام أو بنود العقد " كما جاء بعقد نقل بترول مبرم بين تونس وإحدى الشركات الفرنسية عام 1958 أن " الاتفاق الحالي يعتبر قانون الأطراف " (1).

(1) أشار إلى ذلك أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص60 وما بعدها.

رابعاً : تقدير مبدأ الكفاية الذاتية :

لقد وجهت إلى مبدأ الكفاية الذاتية عدة إنتقادات على النحو التالي ...

أ- حقيقة العقد الدولي بين الإرادة والقانون :

إن القول بكفاية العقد في ذاته يعني في الفن القانوني سمو الإرادة الفردية على القانون وتقدمها في خلق القواعد التي تنظم أنشطة الفرد الاقتصادية .

والاعتراف بالقوة الملزمة لاتفاقات الأفراد استقلالاً عن القانون يبدو أنه غير مقبول لأن كل أثر قانوني يعزى إلى الخلق الحر للإرادة لا يكون له قيمة إلا بمقتضى القانون الذي يعطي ضمناً سلطة للإرادة الفردية من أجل الفرض المراد ترتيبه.

وعلى فرض أن القانون لا يمنح للعقد قوة ملزمة بصفة مجردة بل يكشف عنها في الحدود التي يتفق فيها العقد مع أحكامه إلا أنه لا يمكن نكران أن القانون يؤكد تلك القوة الملزمة ويضمن فاعليتها بأدواته القانونية ، وأحد قرارات التحكيم الشهيرة في قضية (ARAMCO) قرر أن : (من غير الممكن أو المتصور أن يوجد العقد في فراغ و لكن يجب أن يستند إلى قانون ، فالأمر لا يتعلق بعملية متروكة تماماً لإرادة الأطراففالإرادة لا تستطيع أن تخلق روابط اتفاقية إلا إذا أعطاها مسبقاً القانون الذي تتأتى منه السلطة في ذلك) (1).

وإذا كان أنصار مبدأ الكفاية الذاتية قد استندوا إلى نص المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي (2) تقابلها المادة (147) من القانون المدني الليبي والمادة (147) من القانون المدني المصري والتي تقرر مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، والتي يرى خصومهم أنهم أساءوا فهمها ، لأنه يجب تطبيق هذا المبدأ في إطار القانون حيث يسمح القانون بتكوين هذه العقود والاتفاقات.

(1) نشر في المجلة الانتقادية 1963، ص272، أشار إليه أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص142.

(2) تنص (الاتفاقات التي تبرم وفقاً للقانون تكون كالقانون بالنسبة للذين ارتبطوا بها)

(Les conventions legalement formees tinnent lieu de loi a ceux qui les ont faites)

وتظهر أهمية تحديد القانون عندما يثور نزاع حيث يتطلب أن يؤسس كل من المدعي والمدعي عليه طلباته بناءً على سند قانوني ، وكذلك القاضي يستمد سلطاته من القانون ، كذلك من غير المتصور أن يدان أحد الأطراف دون أن يسمح القانون بذلك، كما أن الاعتماد على الإرادة في تحقيق كمال العقد يصطدم مع مبدأ هيمنة القانون وينزع الصفة القانونية عن المسألة المثارة طالما أن حلها سيأتي من غير القانون، فقط بناءً على إرادة الأطراف.

ب - العجز عن إدراك الكفاية الذاتية .

أثبتت التجربة والواقع أنه يستحيل وجود عقد يحتوي على شروط تكفي بذاتها لحكم العقد ، فالعقد الذي يكفي بذاته هو خيال وليس حقيقة فالنقص والقصور في بنود العقد وأحكامه أمر قائم ، فالأطراف مهما كانت خبرتهم وتوقعاتهم لأحداث المستقبل لا يمكنهم الإحاطة بكل جوانب العملية التعاقدية، وهذا الأمر غير مستغرب حيث أن النقص يلحق حتى القانون ويصيبه فكيف بالعقد.

فهناك استحالة عملية في خلق مجموعة من الاشتراطات التعاقدية التي يمكن أن تكون كافية بذاتها وتستبعد الحاجة إلى اللجوء للقانون، وهذا ما أدركه الفقه بخصوص عقود نقل التكنولوجيا بقولهم (لا يستطيع عقد نقل التكنولوجيا أياً كانت العناية التي بذلت في تحريره أن يحيط بكل المسائل التي تثير الخلاف بين الطرفين ، ولهذا ينبغي أن يعين المتعاقدون القانون الذي يرجع إليه القاضي أو المحكم عندما يخلو العقد من الحلول)(1).

فوجود ثغرات بالعقد أمر ثابت رغم الادعاء بأنها عقود نموذجية و بذلك تظل الحاجة قائمة لقاعدة الإسناد ، فمعظم منازعات العقود الدولية تكون بشأن مسائل لم يواجهها أو لم ينتبه لها الأطراف ، مثال ذلك عقد بيع دولي لم ينظم الأطراف فيه مسألة معينة كالتعويض عن فسخ العقد أو التعويض عن إنهائه قبل مدته أو مسألة التقادم الناشئة عنه أو غيرها من المسائل التي قد يثيرها العقد.

(1) محسن شفيق، عقود نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة، ط1، س1984، ص100، بند129.

فالعقود الدولية النمطية يشوبها الكثير من الثغرات حتى و إن كانت مفصلة إلى درجة كبيرة ، بالتالي لا يمكن قبول هذه العقود المنظمة ذاتيا بمعزل عن النظم القانونية الوطنية حتى و إن أشرف على إعدادها هيئات مهنية وعلمية متخصصة، حيث أن القول بأن العقود النمطية تعني عن اللجوء للقانون و أن تلك العقود تخلق قواعد ملزمة للأطراف يعد قولاً مبالغاً فيه ، باعتبار إن إطلاق وصف قواعد واقعية أو قواعد شبه أمره يعد تجاوزاً حيث أنها إما أن تكون قواعد قانونية أو لا تكون فهي اجتماعية ملزمة وأمره أو مكملة ولا يوجد شبه أمره فقواعد هذه العقود تمثل فقط طبيعتها التعاقدية وهي وإن كانت ملزمة فذلك نتيجة خضوع الأطراف و رضاهم بها لتطبق على عقودهم .

وهذه الشروط التعاقدية مع تكرارها شكلت عادات اتفاقية لكن لا ترقى لمرتبة القواعد القانونية و نتيجة لكل هذه الأسباب دعت الحاجة و بصفة ملحة دائماً لوجود قانون لتكملت الشروط العقدية و التفاصيل المنسية حيث يكون لقانون العقد دور احتياطي فقط لمعالجة ما عسى أن يكون الأطراف قد سكتوا عن تنظيمه.

الفرع الثاني : الدور الاحتياطي لقانون العقد الدولي :

أدت فكرة أن العقد قادر على خلق قواعد قانونية فردية ملزمة للمتعاقدين وفكرة الكفاية الذاتية للعقد إلى القول بأن قانون الإرادة ليس له غير دور احتياطي ، فاحتواء العقد الدولي على شرط القانون الواجب التطبيق لا يدل على الولاء لحكمه أو سلطانه إلا بصورة احتياطية وذلك لتكملت نقائص العقد وتسوية الخلاف حول النقاط التي لم يتخذ الأطراف الحيطة بشأنها و ذلك إما لوجود قواعد مادية أو موضوعية خاصة بالعقود الدولية وإما بسبب مبدأ الكفاية الذاتية ، حيث تزايد دور القواعد المادية أو الموضوعية و وجود جماعات منظمة وقيام شبكات من العلاقات والروابط بالإضافة إلى وجود سلطة مؤهلة تمارس عملية التنظيم ، يمكن أن يؤدي إلى خلق مجموعة من

القواعد النظامية التي تحكم نشاط وعلاقات تلك الجماعة وهذا ما تحقق في الأوساط المهنية التجارية التي تتعامل على المستوى الدولي حيث ولدت العديد من القواعد التي أغنت عن اللجوء لقانون الدولة.

وقرر الفقه مع وجود تلك القواعد إن الالتجاء إلى القوانين الوطنية لا يكون إلا نادراً وبصفة احتياطية أو كما يقول الأستاذ "فيليب كان" (كل العقود حالياً تحتوي على شرط القانون واجب التطبيق ولكنه مجرد وسيلة فنية لتكملة النظام المادي المنقوص والمنطوي على بعض انعدام دقة الصنعة إنه في الحقيقة شرط احتياطي) (1).

أي أن وجود القواعد التلقائية في عقود التجارة الدولية يكون مفيداً للمتعاملين والمهنيين بحيث يلجئوا إلى وسيلة وقائية لتلافي القصور الذي قد يعترى القواعد المذكورة وهي قواعد تنازع القوانين ، لكن يجب ملاحظة أنه لا يطبق قانون دولة معينة و لكن فقط تبحث عن تكملة للعقد في قانون معين ، ويكون ذلك بفعل الضرورة أي ضرورة الفصل في النزاع ولكن من الحكمة أن يرجع القاضي أو المحكم على الأقل بصفه احتياطية إلى منهج التنازع .

لكن في جميع الأحوال لا ننسى أن الإسناد أو الرجوع إلى قاعدة التنازع هو إسناد احتياطي ويظل التنظيم المادي هو العنصر الجوهرى في القانون المادي للتجارة الدولية وإن لانتشار العقود النمطية و الشروط العامة بالغ الأثر في تقليص دور قانون العقد وجعله ذو طبيعة احتياطية لا يتم اللجوء إليه إلا إذا عجزت شروط العقد عن تقديم الحلول المرجوة أي عندما لا تتحقق الكفاية الذاتية المطلقة للعقد الدولي.

ويرى الأستاذ " توماس فالد " أن الدور الاحتياطي لقانون العقد يمثل عامل استقرار للروابط العقدية عبر الحدود بقوله (أن وظيفة الاستقرار.....تكون أكثر وضوحاً في الفرض الذي تنص فيه الشروط على أن القانون الوطني سيحكم العقد في الحدود التي

(1) أشار إليه سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص241.

يكون فيها هذا القانون متوافقاً مع العقد.....ومثل شرط التوافق هذا يعفي العقد من تطبيق القوانين الوطنية التي تكون مخالفة للاشتراطات التعاقدية(1).

وفكرة الدور الاحتياطي قد وجدت لها تطبيقات في أحكام القضاء ولا غرابة في ذلك لأن مبدأ سلطان الإرادة يقف وراء تراجع دور قانون العقد حيث كان هناك استغلالاً مبالغاً فيه لهذا المبدأ فبدلاً من إرتكان الأطراف إلى ممارسة حريتهم في اختيار القانون الذي يلائم عقودهم أخذوا هذا المبدأ سند لممارسة حريتهم في مواجهة القانون بتحرير عقودهم وفك أسرها من أحكامه ، من ذلك الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 5 ديسمبر 1910 (2) الذي قرر:

(.....حيث أنه قد تم الاتفاق بين الأطراف على أن اتفاقاتهم ستكون محكومة بالقانون الصادر عن الكونجرس الأمريكي.....فأنه ينتج من روح ونصوص الاتفاق ذاتها ومن نيتهم المشتركة أنهم لم يقصدوا الخضوع للقانون الأمريكي إلا بالنسبة لما لم يكونوا قد اتفقوا عليه صراحة في مشاركة الإيجار).

فكان الحكم قد اعترف في عبارته الأخيرة من حيثياته بفكرة الدور الاحتياطي حيث أنه على فرض اختصاص القانون الأمريكي (قانون ولاية نيويورك) فإنه لا يطبق على مشاركة إيجار السفينة بل يسري فقط على المسائل التي لم ينظمها الأطراف بإرادتهم عند إبرام العقد ، أي يلعب فقط دوراً تكميلياً احتياطياً، وفي التعليق على هذا الحكم قيل يبدو أن المحكمة قد أعطت قيمة كاملة لاشتراطات الأطراف وأن القانون المختار يجب أن يلعب دوراً احتياطياً في الفرض الذي يكون فيه الاتفاق ناقصاً أو به ثغرات (3) .

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص381.

(2) نقض فرنسي 5- ديسمبر - 1910 LYON-CAEN 1912.p1156.not REV.Crit.1911 p.395. أشار إليه إبراهيم

زمزمي - القانون الواجب التطبيق في منازعات التجارة الإلكترونية - مرجع سابق - ص 311 .

(3) مرجع سابق - ص 312 .

وفي حكم آخر صادر عن محكمة استئناف باريس في 19 يونيو 1970م بمناسبة عقد وكالة تجارية أبرم بين أحد الفرنسيين المقيمين في باريس وشركة هولندية ليقوم الأول بتوزيع منتجات الثانية في فرنسا وعلى أثر إنهاء العقد رفع الطرف الفرنسي دعوى أمام القضاء الفرنسي فقضت محكمة استئناف باريس بقولها :-

(وحيث أنه في مثل هذا العقد يكون للأطراف رخصة الاتفاق على اشتراطات حسب اختيارهم وأن يرجعوا بالنسبة لما لم يقرروه صراحة إلى قانون يحددونه بحرية.....وأن يكون للقاضي أن يستنتج من وقائع و ظروف القضية و من بنود و طبيعة و مكان تنفيذ العقد ماذا يمكن أن تكون إرادتهم حول هذه النقطة عندما لم يصرحوا بها)(1).

إن هذا الحكم يكرر تقريبا ذات الصيغة التي أوردها الحكم السابق بأن قانون العقد يحتل المرتبة الثانية بعد اتفاق الأطراف ، بحيث أنه لا يطبق إلا بشأن الأمور والمسائل التي لم يتفق عليها الأطراف صراحة في صلب العقد ، أي لا يكون له إلا دور احتياطي ، لكن بعد تطور التجارة الدولية لم تعد هذه الحلول تلبى احتياجاتها الأمر أدي للمناداة بتحرير العقود الدولية من ربقة القوانين الداخلية وتطبيق قواعد مادية ليست مأخوذة من نظام وطني معين.

(1) نقض فرنسي 19 يونيو 1970 Clun1971.p 836 not B.OPPETIT. أشار إليه أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص 386 وما بعدها .

المطلب الثاني

التوسع في إسناد العقد الدولي في ظل تطور العلاقات الخاصة الدولية

تمهيد:

استقر فقه القانون الدولي الخاص على الاعتراف بحق الإرادة في اختيار قانون العقد وفقاً لمنهج قواعد الإسناد ، إلا أن هذه القواعد لم تعد قادرة على مواجهة التطور الهائل خاصة وإنها تقتصر على الإشارة إلى أحد الأنظمة القانونية الداخلية لدولة معينة ، ومع حلول منتصف القرن العشرين اعترضتها أوضاع مستحدثة لا تجد حلاً مناسباً في قواعدها الأمر الذي أدى إلى ظهور اتجاهات حديثة حاولت أن تتخطى مشكلة التنازع بإعادة الدعوة مرة أخرى لاعتناق النظرية الشخصية ، لتحرير العقود من سلطان القوانين الداخلية وإخضاعها لقواعد مادية تشكلت خارج الإطار الوطني تعرف بالقانون التجاري الدولي والتي تعد العادات والأعراف التجارية والمهنية التي استقرت بين العاملين في مجال التجارة الدولية أهم مصادره ، بالإضافة للمعاهدات الدولية باعتبارها مصدراً هاماً من مصادر القواعد المادية في القانون الدولي الخاص والقواعد المادية الوطنية التي تصدت بعض التشريعات الداخلية لوضعها أو استقر عليها القضاء لتنظيم عقود التجارة الدولية تنظيماً مباشراً، الأمر الذي يتطلب دراسة مصادر القواعد المادية في القانون الدولي الخاص بشئ من التفصيل وهذا ما سأتناوله بالبحث في الفرع الأول .

وباعتبار أن تحرير العقود الدولية من القوانين الداخلية لم يعد يستند إلى مطلق سلطان الإرادة ، كما ذهب في ذلك النظرية الشخصية التقليدية ، وإنما أصبح يستند إلى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص تبيح للمتعاقدتين تحرير العقد الدولي من أحكام القوانين الداخلية وإخضاعه للقانون التجاري الدولي .

و بما إن تطبيق قواعد القانون التجاري الدولي بوصفها قانون لا يتصور أمام القضاء الداخلي ، حيث يشترط أن ينصب اختيار المتعاقدين على أحد القوانين الداخلية المرتبطة بالعلاقة العقدية ، لكنه يجد متسعاً للتطبيق أمام قضاء التحكيم الدولي وذلك يدعو للتساؤل عن مدى تمتع أحكام القانون التجاري الدولي بالقوة الملزمة التي تجيز اعتباره بمثابة قانون للعقد؟ و هل يشكل نظام قانوني كامل يقوى على مجابهة مختلف المسائل التي تثيرها عقود التجارة الدولية؟

للإجابة على هذه التساؤلات ينبغي إيضاح مفهوم القانون الذي يحكم العقد الدولي في ضوء الاتجاهات الحديثة للقانون الدولي الخاص في الفرع الثاني وبذلك سنتقسم الدراسة على النحو التالي :

الفرع الأول :- مصادر القواعد المادية في القانون الدولي الخاص .

الفرع الثاني :- مفهوم القانون الذي يحكم العقد الدولي في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص .

الفرع الأول : مصادر القواعد المادية في القانون الدولي الخاص .

أدى التطور الحديث الذي طرأ على العلاقات الخاصة الدولية مع عدم توافق القوانين الوطنية مع حاجات تلك العلاقات إلى ظهور قواعد مادية تنطبق مباشرة على هذه العلاقات ، تسمى القواعد المادية في القانون الدولي الخاص أو القواعد الموضوعية كما يفضل البعض تسميتها، وإن وجد من اعترض على تسميتها بالقواعد الموضوعية لأن هذه التسمية تثير الخلط مع القواعد الإجرائية ، بذلك أصبح القانون الدولي الخاص يشتمل إلى جانب قواعد التنازع التقليدية على قواعد مادية أيضا تهدف هي الأخرى إلى حل المشاكل المترتبة على اختلاف القوانين الوطنية (1).

وقد تصدت بعض التشريعات لوضع تنظيم مباشر لعقود التجارة الدولية تتضمن بعض القواعد المادية التي تستجيب لطبيعة هذه العقود ، واستحدث القضاء بدوره بعض القواعد المادية لحكمها ، من ناحية أخرى حاولت بعض الدول في سبيل تلافي عجز منهج التنازع ، إلى إبرام بعض المعاهدات التي تتضمن قواعد مادية موحدة واجبة التطبيق بصفة مباشرة .

لتبيان ذلك نقسم دراسة هذه الموضوعات على النحو التالي:-

أولاً : القواعد المادية ذات المصدر الداخلي .

ثانياً : القواعد المادية ذات المصدر الدولي .

(1) محمود باقوت - حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص 295-هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص 700 وما بعدها.

أولاً :- القواعد المادية ذات المصدر الداخلي

سعت بعض التشريعات المعاصرة إلى تنظيم قواعد مادية خاصة تتواءم وطبيعة العقود الدولية ، وبذلك يتضمن التشريع الداخلي تنظيماً لهذه العقود الدولية مختلفاً عن التنظيم القانوني للعقود الداخلية ، بل إن بعض القضاء في الدول التي لم يتصدى مشرعها لمثل هذا التنظيم الشامل للعقود الدولية استقر على تطبيق بعض القواعد المادية ذات الطابع القضائي التي تتلاءم وطبيعة العقود الدولية وسأوضح تباعاً هذين النوعين.

أ- القواعد المادية ذات الطابع التشريعي :

إن تصدي المشرع الداخلي لوضع تنظيم مادي شامل لعقود التجارة الدولية هو فرض نادر في الواقع العملي ، ويرجع ذلك إلى أن المشرع الداخلي لا يهتم عادة إلا بالتنظيم المادي للعلاقات الداخلية ، و يفضل أسلوب الانضمام إلى المعاهدات الدولية في حال اتجهت إرادته لتنظيمها.

ومع ذلك وجدت بعض التشريعات المعاصرة التي نصت على تنظيمها من ذلك تقنين التجارة الدولية التشيكي الصادر في 1962 والتقنين الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية الصادر في ألمانيا الديمقراطية "سابقاً" في 1976 واشترط هذان التقنينان لتطبيقهما أن تتسم العلاقة المطروحة بالصفة الدولية وأن يكون القانون الألماني أو التشيكي حسب الأحوال هو الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد(1).

ولعل اشتراط التشريعين السابقين لاختصاص القانون التشيكي أو الألماني كشرط لازم لانطباق أحكامهما المادية على عقود التجارة الدولية هو ما دفع الفقه للانقسام إلى تيارين حول مسألة تطبيق القواعد المادية في قانون القاضي انطباقاً مباشراً أو من خلال منهج التنازع ، حيث رفض جانب من الفقه التطبيق المباشر للقواعد المادية للقانون الدولي الخاص في قانون القاضي الذي يتضمن تنظيماً مادياً خاصاً بالعقود

(1) هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص 709 .

الدولية ، في حين يرى الفقه الغالب وعلى رأسه الفقيه (Lousouarn) تطبيق هذه القواعد المادية التي تنتمي للنظام القانوني للقاضي تطبيقاً مباشراً على العلاقات الدولية الخاصة التي تدخل في مجال سريانها بصرف النظر عن اختصاص هذا النظام القانوني بمقتضى قواعد الإسناد من عدمه ما لم ينص المشرع على غير ذلك صراحة ، كما هو الحال في كل من التشريعين التشيكي والألماني ، ويتجه جانب ثالث من الفقه إلى قصر التطبيق المباشر للقواعد المادية على القواعد المادية ذات المصدر التشريعي دون تلك التي تترد إلى أصل قضائي⁽¹⁾.

نخلص من ذلك إلى أن الفقه الغالب إن كان يتجه إلى تطبيق القواعد المادية في القانون الدولي الخاص لدولة القاضي تطبيقاً مباشراً دون حاجة لمنهج التنازع ما لم ينص المشرع على خلاف ذلك صراحة إلا أنه يقرر أن إعمال القواعد المادية في القانون الدولي الخاص الأجنبي لا يتم إلا من خلال منهج التنازع.

ب- القواعد المادية ذات الطابع القضائي :

اتجه القضاء في بعض الدول إلى استحداث بعض القواعد المادية التي تحكم العقود الدولية مباشرة ، دون النظر لما يشير به القانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد ، حتى لو كان هذا القانون يأخذ بوجهة نظر مخالفة لذلك، من ذلك اتجه القضاء الفرنسي منذ أوائل القرن الماضي إلى خلق بعض القواعد المادية للقانون الدولي الخاص ، تهدف إلى تنظيم بعض المسائل المتعلقة بعقود التجارة الدولية حيث أنها وضعت لتتماشى مع طبيعة الروابط الخاصة بالدولية.

من هذه القواعد التي استقر عليها القضاء القاعدة التي تقضي بإقرار شرط التحكيم واستقلاله عن العقد الأصلي الذي يتضمنه ، والقاعدة التي تؤكد على حق الدولة في الخضوع للتحكيم رغم الحظر الوارد في القانون الداخلي في المواد 83-1004 من قانون المرافعات الفرنسي، والقاعدة التي تقضي بصحة شرط الدفع بالذهب والقاعدة

(1) هشام صادق - مرجع سابق - ص 712 وما بعدها .

التي تقرر حرية اختيار عملة العقد في التجارة الخارجية بالرغم من بطلانه في عقود التجارة الداخلية (1).

لقد حاول القضاء أول الأمر عند وضعه لهذه القواعد أن يتستر خلف أفكار أخرى في القانون الدولي الخاص ، مثل النظام العام أو الاستناد إلى الأعمال التقليدية لقواعد التنازع حتي انتهى الأمر إلى تقرير استقلال هذه القواعد بوصفها من قواعد القانون الدولي الخاص المادي ذات الأصل القضائي والتي لا تحتاج في تطبيقها المباشر إلي منهج التنازع، ومثال ذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 21 يونيو 1950م (2) إلى الاستناد لفكرة النظام العام لتبرير صحة شرط الدفع بالذهب المدرج في عقد قرض دولي ، بالمخالفة لإحكام القانون المختص الذي يقضي ببطلان هذا الشرط ، على أساس أن أحكام هذا القانون الأخير تخالف أحكام النظام العام في فرنسا .

ويرى بعض الفقه على رأسه الفقيه البلجيكي (Rigaux) إن استناد الحكم المذكور لفكرة النظام العام لتبرير الحل الذي انتهى إليه هو تبرير خاطئ ذلك أنها في الغالب ستؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص وإحلال قانون القاضي محله و هذا القانون الأخير قد تتضمن أحكامه ما يتعارض والقواعد المادية التي وضعتها المحكمة، وهذا بالفعل ما حدث حيث كان القانون الفرنسي يتضمن قاعدة أمره تقضي ببطلان شرط الدفع بالذهب عند صدور ذلك الحكم ، وبهذه المثابة كيف يتأتى القول بأن محكمة النقض استبعدت القانون الأجنبي باسم النظام العام إذا كان مضمون هذا القانون يتفق ومضمون القانون الفرنسي نفسه من حيث عدم إقرارهما لشرط الدفع بالذهب ؟

وقد قرر البعض أن التأصيل الصحيح لهذا الحكم يكمن في أن القضاء الفرنسي قد خلق قاعدة من قواعد قانون الشعوب في إطار القانون الداخلي، وقرر البعض الآخر

(1) محمود ياقوت - حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص 300. حفيظه الحداد - العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - مرجع سابق - ص 255 وما بعدها.

(2) نقض فرنسي 21 يونيو-1950. Rev.crit1950-p 609 note Batiffol. هشام صادق - القانون الواجب التطبيق علي عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص. 716 هـ 29، محمود ياقوت - مرجع سابق - ص 301.

أن هذا الحكم قد وضع قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص الفرنسي تقضي بصحة شرط الدفع بالذهب في العقود الدولية⁽¹⁾.

هذا واتجهت أحكام أخرى إلى الاستناد لمنهج التنازع لتبرير ما قررته من قواعد مادية ، حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 14 إبريل 1964م⁽²⁾ حق الدولة الفرنسية في الخضوع للتحكيم عملاً بأحكام القانون الأجنبي المختص بمقتضى قواعد الإسناد ، على أساس أن الحضر المقرر في القانون الفرنسي على حق الدولة في هذا الشأن يتعلق بالعقود الداخلية وهذا الحظر في نظر المحكمة نوع من عدم الأهلية الخاصة يخضع لقانون العقد لو اتسم العقد بالطابع الدولي.

بالتالي استندت المحكمة بشأن أهلية الدولة في الخضوع للتحكيم إلى قاعدة التنازع التي تشير باختصاص القانون الأجنبي وهذا التبرير يعد بمثابة صدمة فلا يتصور عقلاً التسليم بخضوع أهلية دولة لقانون أجنبي، لكن المحكمة بررت هذا الحل ولجئها إلى منهج التنازع هو أنها قد وجدت أن مضمون القانون الأجنبي المختص يتفق مع القاعدة المادية التي قررتها.

ثم اتجه القضاء بعد ذلك إلى تطبيق بعض القواعد المادية التي تصدى لوضعها بخصوص عقود التجارة الدولية تطبيقاً مباشراً دون حاجة للاستناد إلى منهج التنازع، وهجر بذلك مسلك القضاء السابق، حيث أيدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 2 مايو 1966م محكمة الاستئناف فيما انتهت إليه من أن منع الدولة من الخضوع للتحكيم المقرر في القانون الفرنسي في شأن العقود الداخلية لا تنطبق على العقود الدولية.

وبذلك فالمحكمة قد تجاهلت منهج التنازع وأغفلت البحث عن مضمون القانون المختص فيما لو كان يحظر على الدولة حق الالتجاء للتحكيم ، وتصدت لوضع قاعدة

(1) أحمد القشيري - الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية - مرجع سابق - ص 70.
(2) نقض فرنسي 14 إبريل 1964 - 637 p-1964-Dalloz أشارت إليه حفيظه الحداد - العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية- مرجع سابق - ص 258.

مادية ذات تطبيق مباشر لا يتوقف أعمالها على منهج التنازع تبيح للدولة الخضوع للتحكيم في الروابط العقدية الدولية على خلاف ما هو مقرر في القانون الداخلي (1).

ثم تواترت أحكام القضاء التالية على هذا المنوال متخلية عن التستر خلف منهج التنازع وصولاً لتطبيق بعض القواعد المادية المتعلقة بالتجارة الدولية، حتى أعلن القضاء صراحة وبوضوح عن استقلال القواعد المادية التي قام بوضعها لتلبية احتياجات التجارة الدولية عن منهج التنازع.

وأكدت محكمة النقض في حكمها الصادر في 4 يوليو 1972م عن وجود قاعدة خاصة بالمعاملات الدولية التي تقضي باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي وهي قاعدة واجبة التطبيق على العقود الدولية بصرف النظر عن ما يقضي به القانون المختص (2).

وقد تعرضت القواعد المادية ذات المصدر الداخلي للنقد سواء ما كان منها ذا طابع تشريعي أو قضائي ، بالنسبة للقواعد ذات الطابع التشريعي قيل بأن تصدي كل دولة لوضع قواعد مادية خاصة بالروابط العقدية الدولية تطبق تطبيقاً مباشراً دون حاجة لمنهج التنازع من شأنه تعميق الخلاف بين النظم القانونية الداخلية في شأن الحلول الواجبة الإتباع على علاقات التجارة الدولية من ناحية و تحويل المشرع الداخلي إلى مشرع عالمي من ناحية أخرى .

أما بالنسبة للقواعد المادية ذات الطابع القضائي ، فإن تصدي القضاة لوضع البعض منها من شأنه أن يهيئ المناخ لهؤلاء لتبني حلول قد لا تتفق إلا ومعتقداتهم الشخصية فقط الأمر الذي يخل بالأمان القانوني للمتعاقدين . ولعل الانتقادات السابقة هي التي دفعت البعض لتفضيل الاستناد إلى القواعد المادية ذات المصدر الدولي .

(1) نقض فرنسي 2 مايو 1966 Goldman 1966 note Rev. crit.1967-p553. أشار إليه هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص 720.

(2) نقض فرنسي 4 يوليو 1974 Oppetit 1974 .P 62 note Clunet. 1972. مرجع سابق - ص 722.

ثانياً : القواعد المادية ذات المصدر الدولي .

لجأت بعض الدول إلى إبرام بعض الاتفاقيات الدولية تتضمن قواعد مادية تستهدف تنظيم العلاقات الخاصة الدولية ومن بينها عقود التجارة الدولية بحيث تنطبق هذه القواعد انطباقاً مباشراً على المنازعات التي تثور بشأن تلك العقود أمام القضاء للدول الأطراف في هذه الاتفاقيات.

هذه المعاهدات ليست هي المصدر الوحيد للقواعد المادية ذات المصدر الدولي التي وضعت خصيصاً لتنظيم الروابط العقدية الدولية ، بل يوجد بالإضافة لها قواعد القانون التجاري الدولي والمستمدة من العادات والأعراف السائدة بين الجماعات العاملة في مجال التجارة الدولية نتناول بالدراسة هذه القواعد المادية سواء التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية أو الأعراف والعادات الدولية على النحو التالي :

أ- الاتفاقيات الدولية .

استجابة لظروف الروابط الخاصة الدولية الحديثة ، من بينها الروابط العقدية ذات الطابع الدولي ، تلجأ الدول إلى إبرام اتفاقيات أو معاهدات تتضمن قواعد مادية وضعت خصيصاً لتحكم هذه الروابط ، بحيث تسري على الروابط الدولية دون الداخلية للدول المتعاهدة ، الأمر الذي جعل الفقه الغالب يعتبر أن هذا النوع من المعاهدات مصدراً للقواعد المادية في القانون الدولي الخاص بلا منازع ، مثال ذلك اتفاقية الأمم المتحدة في شأن البيوع الدولية للبضائع المبرمة في فيينا في 11 إبريل 1980م ، والتي تتضمن قواعد مادية موحدة وضعت خصيصاً لتنظيم هذا النوع من البيوع الدولية بحيث يستطيع قضاء الدول المتعاهدة تطبيق هذه القواعد الأخيرة تطبيقاً مباشراً دون حاجة لإعمال منهج التنازع⁽¹⁾.

(1) حسام الدين الصغير - تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع - مرجع سابق - ص 62. طرح البحور علي - تدويل العقد - دراسة تحليلية في ظل اتفاقية روما 1980- مرجع سابق - ص 14 وما بعدها. إبراهيم زمزمي القانون الواجب التطبيق - مرجع سابق - ص 282.

كما تعد من الاتفاقيات التي تعتبر مصدراً للقواعد المادية في القانون الدولي الخاص كل من اتفاقية وارسو لسنة 1929م وتعديلاتها المتعاقبة بشأن النقل الجوي واتفاقية بروكسل 25 أغسطس 1924م الخاصة بتوحيد بعض قواعد سندات الشحن والمعدلة جزئياً ببروتوكول سنة 1986م واتفاقية الأمم المتحدة المبرمة في هامبورج لسنة 1978م في شأن النقل البحري الدولي للبضائع (1).

وقد أخذت الاتفاقيتان الأخيرتان من اختلاف الدولتين التي يتم بينهما تنفيذ النقل معياراً لدولية العقد وذلك بصرف النظر عن جنسية السفينة أو جنسية الناقل أو الشاحن أو المرسل إليه أو أي شخص آخر يرتبط بالعقد فتشترط اتفاقية وارسو للنقل الجوي لسنة 1929م وتعديلاتها لانطباق أحكامها أن تكون محطة القيام و محطة الوصول كائنتين في دولتين متعاقبتين، أما اتفاقية هامبورج فقد اشترطت أن يكون ميناء الشحن أو ميناء التفريغ واقعا في دولة متعاهدة ، أو يكون سند الشحن صادراً في أحد الدول المتعاهدة، وهذا الشرط لا علاقة له بالضرورة بمعيار دولية العقد، فالربط بين المعاهدة ومعايير تركيزها في إحدى الدول المتعاهدة لا شأن له بالضرورة بمعيار دولية العقد كشرط جوهري من شروط تطبيق المعاهدة، فيكفي لتطبيق أحكام معاهدة هامبورج مثلاً أن يكون سند الشحن صادراً في دولة متعاهدة مادام النقل يتسم بطابعه الدولي بأن تم بين ميناءين تابعين لدولتين مختلفتين ولو كانت هاتين الدولتين غير منضمتين للمعاهدة ، وأساس ذلك أن توافر معيار دولية الرابطة العقدية باعتبارها شرط أولي لتطبيق المعاهدات التي تتضمن أحكام مادية لتنظيم عقود التجارة الدولية هو أمر قد يختلف عن تحقق معايير تركيز الرابطة العقدية في إحدى الدول المتعاهدة بوصفها من الشروط التي يتطلبها واضعي هذه المعاهدات عادة لكفالة الربط بين أحكام المعاهدة ومجال تطبيقها الإقليمي (2).

(1) إبراهيم زمزي - القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية - مرجع سابق - ص 274.

(2) مرجع سابق - ص 276.

وقد يلجأ واضعوا هذه المعاهدات لإعطائها طابعا عالميا إلى توسيع مجال تطبيقها الإقليمي ليشمل العلاقات العقدية التي لا ترتبط بالدول المتعاهدة ، بحيث لا تقتصر آثارها على الإطار الضيق لمجموعة الدول المنضمة إليها ، فنجد مثلا أن اتفاقية لاهاي لسنة 1964م في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية قد اكتفت لسريان أحكامها أن يتسم العقد بالطابع الدولي ، وفقا للمعيار الذي تبنته المعاهدة ، وهو أن يكون مقر كل من طرفي العقد واقعا في دول مختلفة وإن لم يكن هناك رابطة بين العقد وأي من الدول المتعاهدة (1).

ولا تجد القواعد المادية التي تحويها هذه المعاهدات سبيلها إلى التطبيق المباشر إلا إذا عرض النزاع أمام قضاء إحدى الدول المتعاهدة باعتبارها جزءاً من قانون القاضي ، ذلك لأن الرجوع لمنهج التنزع في هذا الفرض هو بمثابة إنكار لأهداف المعاهدة التي تسعى لتوحيد الأحكام المادية التي تناولتها المعاهدة بالتنظيم .

أما لو طرح النزاع أمام قضاء دولة غير متعاهدة فلن يطبق القاضي القواعد المادية الموحدة في هذه الحالة باعتبارها لا تشكل جزءاً من نظامه القانوني ، بالتالي سيطبق قواعد الإسناد في قانونه ليحدد القانون المختص الذي يمكن أن يكون قانون دولة منظمه للمعاهدة ، الأمر الذي يؤدي لتطبيق أحكام الاتفاقية أمام قضاء دولة غير متعاهدة ، كذلك في حالة عدم توفر شروط تطبيق الاتفاقية بسبب تخلف المعيار الذي تتطلبه لتركيز الرابطة العقدية في إحدى الدول المتعاهدة فإنه يمكن تطبيق أحكامها من خلال منهج التنزع فيما لو اختار المتعاقدون أحكام المعاهدة باعتبارها القانون المختار لحكم العقد (2).

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بذلك في حكمها الصادر في 11 فبراير 1980 بمناسبة سندات الشحن التي لم تتوفر بشأنها شروط تطبيق اتفاقية بروكسل لعام 1924 حيث قررت " إنه من الجائز لطرفي عقد النقل إذا كان سند الشحن لا يخضع

(1) محمود ياقوت - حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص 307.

(2) هشام صادق - القانون الواجب التطبيق علي عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص 730 و ما بعدها .

للمعاهدة طبقاً للشروط التي أوردتها المادة عشرة منها أن يتفق فيه على خضوعه لها بتضمينه شرط بارامونت أو ما يسمى بالشرط الجوهري".(1).

حيث أرست محكمة النقض مبدأ قانوني هام يخول للمتعاقدين حق إخضاع العقود الدولية لإحكام المعاهدات الدولية عملاً بمنهج تنازع القوانين، وهو الأمر الذي يشكل ظاهرياً خروج عن الأفكار التقليدية في القانون الدولي الخاص التي تستلزم في القانون المختار أن يكون أحد القوانين الداخلية لدولة معينة إلا أن هذا الخيار في الواقع لا يعدو أن يكون سوى تطبيق لهذه الأفكار على أساس أن المعاهدة بمثابة تشريع يسود في الدول المتعاهدة في إطار العلاقات الخاصة الدولية .

مما يؤكد وجهة النظر الأخيرة هذه أن هناك دولاً مثل إنجلترا تبنت أحكام اتفاقية بروكسل في تشريعاتها الداخلية على نحو يسمح بتطبيق أحكامها على عقودها الداخلية، أسوة بتطبيقها المباشر على عقود النقل الدولي ، أي يتم تطبيق أحكام المعاهدة من خلال منهج التنازع إذا ما اختار المتعاقدون القانون الإنجليزي بوصفه قانوناً للعقد (2).

و بالتالي أصبح منهج التنازع هو السبيل إلى تطبيق أحكام المعاهدة على عقود النقل البحري للبضائع أمام قضاء الدول غير المتعاهدة عملاً بقاعدة الإسناد التي تتضمنها قوانين هذه الدول والتي تخضع العقود الدولية لقانون الإرادة، ويختلف الأمر فيما لو طرح النزاع أمام قضاء دولة متعاهدة حيث سيطبق القاضي أحكامها بصفة مباشرة دون حاجة لمنهج التنازع متى توافرت شروط سريان أحكامها المادية.

وفي هذا الفرض لو قام المتعاقدون باختيار قانون دولة معينة فإن ذلك لا يحول دون خضوع العقد للقواعد الأمرة التي تضمنتها المعاهدة بحيث لا يحق للقاضي تطبيق القانون المختار إلا بشأن المسائل المسكوت عن تنظيمها في المعاهدة أو كانت تلك القواعد تنتم بالطابع التكميلي بما يسمح للمتعاقدين بمخالفتها في هذه الحالة يصبح

(1) نقض 11- فبراير- 1980 الطعن 304 لسنة 47 ق أشار إليه هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية- مرجع سابق - ص 746.

(2) محمود ياقوت - حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص 309.

خيار المتعاقدين مجرد اختيار مادي تنزل بمقتضاه الأحكام المختارة منزلة الشروط التعاقدية ، وبناءً على ذلك يغلب تطبيق أحكام المعاهدة كونها قد وضعت أصلاً لاعتبارات التجارة الدولية عند تزامنها مع أحكام القوانين الداخلية لحكم الرابطة العقدية ويتم تطبيقها بصفة مباشرة دون حاجة لمنهج التنازع طالما كانت تشكل جزءاً من قانون القاضي.

وبالإضافة للأهمية التي تمثلها الاتفاقيات الدولية باعتبارها أحد أهم المصادر الدولية للقواعد المادية في القانون الدولي الخاص إلا أنه يوجد إلى جانبها مصدراً آخر يشاطرها هذه الأهمية متمثلاً في الأعراف والعادات الدولية.

ب - الأعراف والعادات الدولية.

تعد الأعراف والعادات من أهم مكونات القانون التجاري الدولي ، ذلك أن استقرار العمل بأحكامها في إطار مجتمع التجار و رجال الأعمال العابر للحدود يعد مصدراً مهماً من مصادر القواعد المادية التي وضعت خصيصاً لتوائم متطلبات التجارة الدولية ، وقد جرى عمل قضاء التحكيم على تطبيق هذه القواعد بصفة مباشرة على المنازعات العقدية التي تعرض أمامه بصفته القضاء العام في هذا المجال .

ومن المستقر في الفقه أن التنازع لا يثور أصلاً إلا بين القوانين الداخلية للدول المختلفة فعلى هذا الأساس لا يتصور إعمال الأعراف على منازعات التجارة الدولية التي تطرح على القضاء الداخلي من خلال منهج التنازع، ويصعب كذلك تطبيقها تطبيقاً مباشراً أمام القضاء لأنها لا تشكل جزءاً من نظامه القانوني وحتى في الفرض الذي يختار فيه المتعاقدون هذه الأعراف والعادات الدولية فهذا لا يمثل إلا خيار مادي تنزل بمقتضاه تلك الأعراف منزلة الشروط العقدية ويظل العقد خاضعاً للقواعد الآمرة في القانون الذي تشير له قواعد الإسناد في دولة القاضي عند سكوت الإرادة عن الاختيار التنازعي لقانون العقد .

كما رأينا من خلال الدراسة فإن القواعد المادية ذات المصدر الداخلي التي تصدت لتنظيم الروابط العقدية الدولية سواء ما كان منها ذا أصل تشريعي أو قضائي يجرى أعمالها مباشرة أمام القضاء الداخلي دون حاجة لمنهج التنازع ما دامت تشكل جزء من النظام القانوني لدولة القاضي المطروح عليه النزاع، كما أن القواعد المادية التي تتضمنها المعاهدات الدولية التي استهدفت توحيد القواعد المادية الخاصة بالروابط العقدية الدولية تطبق بشكل مباشر أمام القضاء طالما كان العقد مطروحاً على قضاء دولة من الدول المتعاهدة.

لكن الأمر مختلف بالنسبة للأعراف والعادات التجارية السائدة في الأسواق الدولية حيث من غير المتصور في ظل الأنظمة القانونية الراهنة أن تلقى هذه الأعراف والعادات مجالاً لتطبيقها إلا أمام قضاء التحكيم .

الفرع الثاني :- مفهوم القانون الذي يحكم العقد الدولي في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص .

إن القواعد المكونة لما يسمى القانون التجاري الدولي ، المستقاه من الاتفاقيات الدولية والأعراف والعادات التجارية الدولية بالإضافة للمبادئ القانونية المشتركة في الدول المختلفة ، فضلاً عن قواعد العدالة ، حاولت جاهدة تخليص العقود الدولية من الخضوع لإحكام القوانين الداخلية والخضوع لها ، ولكن التساؤل الذي يثور هو عن مدى تمتع قواعد بالقوة الملزمة لتجيز اعتباره قانوناً للعقد فهي مسألة أولية يتوقف عليها مدى صحة القول بتحرير العقد من القوانين الداخلية وإلا أصبح العقد طليقاً بلا قانون يحكمه علي نحو ما أراد أنصار النظرية الشخصية والذي يرفضه الفقه الحديث بقوله "العقد بلا قانون لا يعرفه القانون" (1).

فالاتجاه نحو تحرير العقد من الخضوع لأحكام القوانين الداخلية يمثل عودة لما سمي في الماضي بالقانون التجاري المشترك بين الأمم وهو القانون الموحد الذي كان يحكم

(1) سالم إرجيعة - مبدأ سلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص - مرجع سابق. ص10. إبراهيم زمزمي - القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية - مرجع سابق - ص 300 وما بعدها .

المعاملات التجارية الدولية قبل ظهور حركة التشريعات الوطنية في القرنين الثامن عشر و التاسع عشر ، ومن هنا كان حرص الفقه المعاصر على إعادة تسميته بذات الاسم (1).

وقد أنكر جانب من الفقه قدرة قواعد القانون التجاري الدولي على تكوين نظام قانوني متكامل مستنديين في ذلك على أنه (2) :-

- لا يقوم أي نظام قانوني إلا بوجود قواعد قانونية آمرة والملاحظ على القواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية أن معظمها تتسم بالطابع المكمل بحيث يتوقف أعمالها على إرادة الأطراف بالتالي هذه القواعد المكملة لا تصلح أن ينشأ بها قانون مستقل.
- من ناحية أخرى إذا كان جوهر قيام أي نظام قانوني يتوقف على عنصرين أولها وجود تنظيم له وجود حقيقي وملموس لوحدة اجتماعية معينة وثانيها وجود القواعد القانونية فإنه يصعب الاعتراف بصفة النظام القانوني للقانون التجاري الدولي، لأنه من العسير القول بتوافر عنصر التنظيم لجماعة التجار و رجال الأعمال التي يعطيها صفة الوحدة أو التماسك.
- وأخيراً تفتقد القواعد الموضوعية للتجارة الدولية إلى عنصر الجزاء اللازم لقيام أي نظام قانوني إذا لا يتصور فرض هذا الجزاء إلا من السلطة العامة للدولة مما يجرد هذا النظام القانوني من صفته هذه لعجزه بذاته عن فرض الجزاء الذي يكفل احترام قواعده .

هذا الأمر لم ينكره أنصار القانون التجاري الدولي (3). حيث أكدوا أنه في ظل الوضع الراهن لا يمكن تأكيد وجود جزاء مستقل لقواعد هذا القانون عن تدخل الدولة، وإن كان لا يستلزم وجود الدولة كشرط لنشأة النظام القانوني فالقواعد القانونية يمكن أن توجد في كل مجتمع دون استلزام اتخاذ شكل الدولة طالما كان يشكل وسطاً مترابطاً

(1) هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص 190.

(2) محمود ياقوت - حرية المتعاقدين في اختبار قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص 332.

(3) محمود ياقوت - مرجع سابق - ص 333 .

بدرجة كافية ، حيث أن المصالح المشتركة بين التجار و رجال الأعمال تدفعهم إلى التضامن سعياً لإدراكها وهذا يعني وجود مجتمع مستقل خاص بهم لا ينقصه التنظيم الذاتي .

وإذا كان القضاء الحديث قد اتجه إلى السماح بتنفيذ أحكام المحكمين التي طبقت الأعراف التجارية الدولية، فهذا لا يعني تجريد النظام القانوني للتجارة الدولية من صفته هذه، بدعوى أنه يعتمد في تنفيذه على السلطة القضائية في دولة التنفيذ بقدر ما يعني اعتراف هذا القضاء بوجود هذا النظام الذي يقوم على تحرير عقود التجارة الدولية من هيمنة القوانين الداخلية(1).

أما القول بأن قواعد قانون التجارة الدولية تتسم بطابع مكمل و يتوقف أعمالها على إرادة الأطراف بما لا يسمح بتكوين نظام قانوني مستقل ومتكامل ، فهو مردود حيث أنه لا يمكن نكران قدرة القواعد المكملة على تنظيم المجتمع كما كان سائداً في ظل المذاهب الفردية وعلى احتفاظها بالصفة القانونية بالتالي لا يتوقف أعمالها على إرادة الأطراف ما لم يقوم الأطراف باستبعادها فالفقه القانوني استقر على أن الإلزام عنصر جوهري من عناصر القاعدة القانونية مرة كانت أو مكملة(2).

ولعل ما يؤكد من ناحية أخرى أن القواعد الموضوعية للتجارة الدولية لا تشكل نظاماً قانونياً متكاملأً أن هذه القواعد ما تزال غير كافية لتغطية مختلف المسائل التي تثيرها عقود التجارة الدولية حتى في المجالات التي استقرت فيها كالبيع الدولية والائتمان المستندي وهناك مسائل في غاية الأهمية لا توجد فيها من الأصل قواعد تنصدي بحلول مناسبة للنزاع الذي قد يثور، ويعترف أنصاره بأنفسهم بهذا النقص الذي يشوب أحكامه وبأنه يشكل نظاماً غير متكامل بالتالي يستعين بالنظم القانونية الداخلية ومن هنا يمكن القول بحاجة القانون التجاري الدولي لمنهج التنازع(3).

(1) محمود باقوت - حرية المتعاقدين في اختبار قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص 335.
(2) هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص 285.
(3) هشام صادق - مرجع سابق - ص 288.

و يرى بعض الفقه إن العلاقة بين منهج القواعد الموضوعية و منهج التنازع هي علاقة تنافسية ذلك أن ظهور المنهج الموضوعي ارتبط بعدم ملاءمة منهج الإسناد لحكم العلاقات الخاصة الدولية ، وعلى عكس الاتجاه السابق يرى بعض الفقه أن العلاقة بين المنهجين هي علاقة تجاور أو تعايش ، فالقواعد المادية لا تطبق وحدها مستأثره بحكم كافة عناصر النزاع بل تطلب المساندة من منهج التنازع (1).

و بالتالي فالتطبيق المباشر للقواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي لا يغني عن منهج التنازع ، ولعل ذلك ما يؤكد أن النظام القانوني للتجارة الدولية مازال نظاما في دور التكوين، و باعتبار أن القواعد الموضوعية في القانون التجاري الدولي هي التي يرتاح إليها محترفو التجارة الدولية لكونهم قد أسهموا في تكوينها بما يناسب ظروف مجتمعهم العابر للحدود مما جعل المحكمين يستمدون سلطتهم القضائية من إرادة الأطراف وأن يذعن المحكمين لرغبتهم في تجنب القوانين الوطنية و تفضيل الخضوع لما ألفوه من عادات وأعراف دولية.

نخلص من ذلك إلى أن تطبيق ما يسمى بالقانون التجاري الدولي لا يتأتى إلا بصدد عقود التجارة الدولية التي طرح النزاع بشأنها أمام المحكمين وبصفة خاصة أمام الهيئات التحكيمية الدائمة أما لو عرض النزاع بشأن هذه العقود أمام القضاء الداخلي لدولة معينة فالأصل أن يطبق القضاء في شأنها القانون الذي تشير به قواعد التنازع في هذه الدولة وهو في الغالب القانون الداخلي لدولة معينه والذي اختارته إرادة المتعاقدين.

وتطبيق قانون الإرادة في هذه الحالة لا يتم بوصفة شروط عقدية وبناء على قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص تقوم على مبدأ حرية التعاقد مما يثير مشكلة ما يسمى بالعقد الدولي الطليق وفقا لأنصار النظرية الشخصية إنما ينطبق هذا القانون

(1) هشام صادق - مرجع سابق - ص 289 وما بعدها . محمود باقوت - حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص 337 وما بعده.

وفقا للقضاء الغالب بوصفه كذلك أي باعتباره القانون الذي يخضع العقد الدولي محل النزاع لأحكامه الأمر بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين . وهذا ما تحاول تأكيده النظرية الموضوعية على نحو ما سنوضح في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

الفصل الثاني

دور الإرادة في تحديد قانون العقد الدولي وفق النظرية الموضوعية

تمهيد وتقسيم :

أدت المغالاة في تقديس مبدأ سلطان الإرادة إلى إفلات العقد من حكم القانون و انكماش دور القاعدة القانونية و إخراج عقود التجارة الدولية من دائرة التنازع لتخضع لمطلق مبدأ سلطان الإرادة فأضحت إرادة الفرد هي روح القاعدة القانونية وجوهرها حيث سمت فوق القانون فأقتصر دوره على حمايتها.

وكان من غير المقبول استمرار هذا الفكر المشبع بروح الفردية الذي يعتبر الإرادة صانعه للقانون وهذا الفكر اعتنفته النظرية الشخصية ودافعت عنه ولكن هذه النظرية سرعان ما أفل نجمها تحت تأثير المذاهب الاجتماعية التي دعت لحماية المصالح العليا للجماعة وعدم المبالغة في الاعتداد بإرادة الفرد و جعلها المحور الذي تقوم عليه الروابط القانونية في المجتمع.

و ترتب على ذلك تدخل المشرع لتنظيم العملية التعاقدية بفرضه للعديد من القواعد الآمرة التي لا يجوز الخروج عنها ، بالتالي لم تعد الإرادة حرة إلا في حدود القانون الذي تستمد منه سلطانه.

فالعقد لا يمكن أن يستند إلى فراغ، وإرادة المتعاقدين لا يمكن أن تنشئ نظاماً قانونياً قائماً بذاته ، فالعقد ليس مسألة خاصة بأطرافه فقط إنما هو حلقة في نظام قانوني متكامل يمنحه الوجود ويكفل حمايته ويرتب آثاره.

وإذا كان فقه القانون الدولي الخاص الحديث قد اعترف بدور الإرادة في اختيار قانون العقد فإن هذا الحق يستند لحكم القانون الذي يسمح للإرادة بهذا الاختيار ، وليس لمطلق مبدأ سلطان الإرادة ، حيث ينحصر دور الإرادة في تعيين القانون الذي يحكم العقد لا في تحريره من سلطان هذا القانون.

ورفض فقه النظرية الموضوعية الغالب ما ذهب إليه أنصار النظرية الشخصية سواء كان حق الاختيار الإرادي لقانون العقد يرجع إلى مطلق سلطان الإرادة أو استند هذا الحق إلى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص ، حيث أرجع جانب من الفقه دور الإرادة في اختيار قانون العقد إلى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي تخضع بمقتضاه الرابطة العقدية لسلطان القانون المختار وهو ما يقتضي منا دراسة هذا الاتجاه بما يفرضه من قيود على حرية الاختيار.

بالتالي ما يترتب عنها من نتائج سواء من حيث احتفاظ القانون المختار بصفته القانونية هذه أمام القضاء الوطني وعدم اندماجه في العقد من ثمة خضوع المتعاقدين لأحكامه الآمرة وما تؤدي إليه مخالفة هذه الأحكام من إبطال للعقد أو من حيث إمكانية التجميد الزمني لأحكامه واقتضاء توافر الصلة بين العقد والقانون المختار والقيود على حرية المتعاقدين في هذا الاختيار.

وأصراً جانب آخر من الفقه على اعتبار إرادة المتعاقدين مجرد ضابط للإسناد يقتصر دوره على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في إطار نظام قانوني معين يرتبط بها مما يخضعها بالتالي للأحكام الآمرة في هذا النظام ، وهو الأمر الذي يحتم تناول فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية بما يقتضيه من إسناد العقد للقانون الأوثق صلة به بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي تؤدي لاختصاص القانون السائد في مركز ثقل الرابطة العقدية .

وعليه ستنتم دراسة هذه الموضوعات علي النحو التالي :-

المبحث الأول : خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة وفقاً لمنهج التنازع .

المبحث الثاني : النظرية الموضوعية وخضوع العقد الدولي للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية .

المبحث الأول

خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة وفقاً لمنهج التنازع

تمهيد وتقسيم :

سبق أن رأينا عند دراسة النظرية الشخصية أن حق المتعاقدين في اختيار قانون العقد يرتد لمطلق سلطان الإرادة ، أو إلى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص تقوم على مبدأ حرية التعاقد التي تخول للمتعاقدين حرية مطلقة في تنظيم اتفاقهم وفق ما يرونه مناسباً لهم .

وهذا الاختيار لقانون العقد يعد اختياراً مادياً ، لأنه يفضي إلى اندماج القانون المختار في العقد وإنزال أحكامه منزلة الشروط العقدية التي يستطيع الأطراف الاتفاق على مخالفتها حتى لو اتسمت بالطبيعة الآمرة ، الأمر الذي يؤدي إلي إخراج العقد من دائرة التنازع بالتالي من حكم القانون الذي أشارت باختصاصه قواعد الإسناد .

أما إذا استندت قدرة المتعاقدين في اختيار قانون العقد إلى قوة القانون الذي منح الإرادة هذا الحق بمقتضى قاعدة من قواعد الإسناد في دولة القاضي كما يرى أنصار النظرية الموضوعية فهذا يعد اختياراً تنازعيّاً ، لأنه يخضع العقد لأحكام القانون المختار بوصفه كذلك ، الأمر الذي يؤدي إلى بطلان أي شرط تعاقدي يخالف قاعدة أمره في هذا القانون .

وخضوع العقد الدولي لحكم القانون من خلال قواعد الإسناد المزدوجة الجانب وفق منهج التنازع ، يقوم على فكرة مؤداها أنه إذا تبين للقاضي أن العلاقة الخاصة المطروحة تتسم بالطابع الدولي تعين عليه أن يرجع إلى قواعد الإسناد في قانونه لترشده إلى القانون الواجب التطبيق والذي يتصور أن يكون قانون القاضي المطروح عليه النزاع أو قانون أجنبي .

بالتالي تخضع الروابط الخاصة الدولية لحكم القانون وفق منهج التنازع من خلال أداة فنية هي قاعدة الإسناد المنتمية إلى دولة القاضي المطروح عليه النزاع والتي تتسم بكونها من ناحية هي قاعدة مزدوجة الجانب لكونها تفضي إلى اختصاص القانون الوطني أو القانون الأجنبي ، ومن ناحية أخرى قاعدة غير مباشرة حيث لا تطبق على النزاع مباشرة إنما هي تشير فقط للقانون الواجب التطبيق.

نستخلص من ذلك أن الاختيار المادي لقانون العقد يؤدي إلى تحرير الرابطة العقدية من القواعد الآمرة في القانون المختار حيث تملك الإرادة تضمين العقد ما يخالفه من شروط تعاقدية ، بينما يؤدي الاختيار التنازعي على العكس إلى إخضاع هذه الرابطة لحكم القانون المختار، حيث لا تقوى الإرادة على الخروج عن قواعده الآمرة مما يرتب نتائج على مثل هذا الاختيار التنازعي لقانون العقد لكن قبل البحث في هذه النتائج نحدد أولاً المقصود بقانون العقد الذي تشير إليه قاعدة التنازع في مجال الروابط العقدية فيما يلي :

المطلب الأول :- المقصود بقانون العقد الدولي وفق منهج التنازع .

المطلب الثاني :- النتائج المترتبة على الاختيار التنازعي لقانون العقد الدولي .

المطلب الأول

المقصود بقانون العقد الدولي وفق منهج التنازع

تمهيد:

يرى الفقه التقليدي أن قواعد الإسناد لا تشير إلا للقوانين الداخلية الصادرة عن دولة معينة تتمتع بوصف الدولة وفق أحكام القانون الدولي العام بالتالي يرفض هذا الفقه دراسة التنازع بين قانون دولة والشرائع السائدة في بلد لا يتمتع بهذا الوصف ، وهذا ما أكدته محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر في قضايا القروض الصربية البرازيلية عام 1929م بقولها "كل عقد ليس من العقود بين الدول بصفتها أشخاص القانون الدولي يجد أساسه في قانون وطني" (1) ، ومحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1950م بقولها "كل عقد دولي يستند بالضرورة إلى قانون دولة معينة" (2).

ومع ذلك فقد ظهرت اتجاهات في الفقه الحديث تنادي بضرورة التوسع في الإسناد بحيث لا يقف عند تحديد قانون داخلي لدولة معينة بوصفة القانون الواجب التطبيق على العقد ، إنما يجوز إسناد العلاقة العقدية إلى قواعد ليست مأخوذة عن نظام وطني معين ، إنما إلي قواعد ذات صبغة عالمية مثل القواعد العرفية التي نشأت بين الجماعات العاملة في مجال التجارة الدولية، هذا الاتجاه أخذ به قانون التحكيم التجاري المصري رقم 27 لسنة 1994م في مادته 1/39 والتي نصت على أن " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان ، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة " (3).

(1) Decensiere note 45-2-1930 D.P.12-7-1929 C.P.J.I 12-7-1929 not 427-P Rev.Crit.1929، أشار إليه هشام صادق -

القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص 328.

(2) Rev crit 1950 -609 note Batiffol, J.C.P.1950-2-5821 noteLevy 1950-6-21 نقض فرنسي . أشار إليه محمود باقوت

، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي- مرجع سابق - ص 001- هـ 3.

(3) مرجع سابق - ص 101.

هذا النص يؤكد حق المتعاقدين في اختيار قواعد لا تنتمي للقانون الداخلي لدولة معينة ، و إن استخدام المشرع للفظ "القواعد" وليس "القانون" يعكس نية المشرع في هذا الشأن ، بالإضافة لذلك أفصح المشرع صراحة عن تبنيه لهذا التوجه في المادة (6) من القانون المذكور ، حين أباح للمتعاقدين إخضاع العلاقة العقدية إما لإحكام عقد نموذجي صادر عن هيئة متخصصة أو لإحكام اتفاقية دولية بقولها " إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لإحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة دولية وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم" . وهذا الأمر لا يتصوره الفقه إلا أمام قضاء التحكيم أما القضاء الداخلي فلا يقبل خضوع العقد إلا للقانون الوطني لدولة ما، وقد قررت محكمة استئناف الإسكندرية ذلك في حكمها الصادر سنة 1936 بقولها "هذه العقود... وفقا لطبيعتها لا يمكن أن يحكمها إلا قانون وطني معينوموضوع تنازع القوانين هو البحث عن القانون الوطني واجب التطبيق على العقد طبقا لقواعد الاختصاص الدولي" (1).

وإن كان القانون المصري في ذلك الوقت قد خلى من أي نص يقطن مبدأ اختصاص قانون إرادة المتعاقدين لحكم العقود الدولية فإن المقنن قد تدارك هذا النقص التشريعي في المادة (1/19) من القانون المدني المصري الصادر سنة 1949م ، وقد وجد هذا النص صداه في العديد من قوانين الدول العربية منها القانون المدني الليبي في المادة (1/19) منه الذي أقر بضرورة اختيار قانون وطني لدولة معينة لحكم العقد الدولي وفقا لفكرة قانون الإرادة بقولها :

" يسري 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 قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه" .

(1) محكمة استئناف الإسكندرية المختلطة في 18 /2/1936/ قضية عطا الله ضد البنك العقاري المصري Dalloz 1936 - 2- 78 not L.MAZEAUD أشار إليه أحمد عبد الكريم - قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص 176 هـ-3.

والقانون الدولي الخاص الإسباني ينص على " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة الذي يخضع له الأطراف صراحة". كما نص تقنين تنازع القوانين الأمريكي على أن " تخضع العقود لقانون الدولة الذي اختاره الأطراف " (1) وإن كان العقد يخضع لقانون الإرادة عملاً بقاعدة التنازع ، فالسؤال الذي يطرح هنا هو ، ما القانون الذي يتعين الرجوع إليه ليحكم اتفاق المتعاقدين على اختيار قانون العقد ؟ هذا ما نتناوله فيما يلي :

- القانون الذي يحكم اتفاق المتعاقدين على اختيار قانون العقد

يرى بعض الفقه أن صحة هذا الاتفاق تخضع لنفس القانون الذي يحكم العقد الأصلي أي لقانون الإرادة ، فاتفق الاختيار ما هو إلا شرط من الشروط المدرجة في العقد فهو يعد عقداً داخل العقد الأصلي ، بالتالي يخضع في تقرير صحته إلى ذات القانون الذي يحكم العقد الأصلي، وقد اعتنقت اتفاقية روما لسنة 1980م في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية هذا التوجه في المادة (4/3) واتفاقية لاهاي لسنة 1955م في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية في المادة (3/2) منها وكذلك المادة (1/4) من المشروع الذي أعده مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده عام 1991م(2).

وبالرغم مما يتسم به هذا الرأي من وضوح بالإضافة لما يحققه من أمان قانوني للمتعاقدين ، إلا أنه يؤدي للوقوع في الحلقة المفرغة فالقانون المختار يستمد اختصاصه من إرادة الأطراف استناداً إلى اتفاق الاختيار، في حين تخضع صحة هذا الاتفاق لقانون الإرادة فكيف يتصور عقلاً تطبيق قانون الإرادة على اتفاق الاختيار ما دامت صحة هذا الاتفاق هي شرط لاختصاص قانون الإرادة نفسه فهذا يشكل مصادرة على المطلوب .

(1) أشار إليها أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص176.
(2) أشار إليها هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص393.

ويرى (باتيفول) أنه يمكن الاستغناء عن عقد الاختيار من الأصل ، ذلك أن إرادة المتعاقدين لا تقوم باختيار قانون العقد و إنما تقوم بتركيز العقد في مكان معين ، فإذا تم تركيز العقد فإن قانون المكان الذي اختاره المتعاقدون هو الذي يسري على العقد، بالتالي ينحصر دور الإرادة في التركيز المكاني فقط ولا شأن لها بالقانون الواجب التطبيق على العقد وبهذا التصور يستغني باتيفول عن الحاجة إلى عقد الاختيار(1).

إذا أمكن القبول بهذا الرأي في حالة سكوت الإرادة عن تحديد قانون العقد مما يتعين معه على القاضي تركيز العقد في المكان الذي يشكل مركز ثقل الرابطة العقدية إلا أنه لا يستقيم الأخذ به عندما يتصدى المتعاقدون لاختيار قانون العقد صراحة، فالاعتراف بسلامة التكيف التعاقدى لاتفاق الاختيار لتجنب الوقوع في الحلقة المفرغة التي يؤدي إليها خضوع هذا العقد للقانون المختار وفق المبادئ العامة في إسناد العقود ، قد دفع إلى الانتصار لتطبيق قانون القاضي على صحة اتفاق الاختيار، و ذلك باعتبار أن اتفاق الاختيار هذا يعد عقداً مستقلاً عن العقد الأصلي ينصب موضوعه على مجرد اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي.

بالتالي من الممكن ألا يتم هذا الاختيار عند إبرام العقد الأصلي ولكن يتم ضمناً في مرحلة لاحقة على ذلك تستخلص بمعرفة القاضي من دلائل تكشف عنها، وحتى إذا ما أدرج اتفاق الاختيار ضمن بنود العقد الأصلي فاتفاق الاختيار يستمد قوته الملزمة في هذه الحالة من قاعدة الإسناد في قانون القاضي التي خولت المتعاقدين الحق في اختيار قانون العقد بينما يخضع العقد الأصلي لقانون الإرادة بمقتضى اتفاق الاختيار(2).

رغم محاولات هذا الرأي تلافي الوقوع في حلقة مفرغه لكنه مع ذلك قد تعرض للنقد، فاعتبار هذا الرأي أن اختيار قانون العقد هو مجرد ضابط للإسناد في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية التي يتضمنها قانون القاضي تبرر تطبيق هذا الأخير على صحة اتفاق الاختيار لا يقضي على مشكلة الحلقة المفرغة بقدر ما يحاول إخفاءها فقط.

(1) أشار إليه محمود ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص103 وما بعدها.
(2) محمود ياقوت، الروابط العقدية والدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، مرجع سابق، ص73.

بالإضافة إلى ذلك فإن هذا التحليل يفيد في ذاته اتسام اتفاق الاختيار على هذا النحو بالصفة الدولية بوصفة ضابطا للإسناد في قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية، بالتالي فالرجوع إلى قانون القاضي في شأن صحة الاتفاق يعني الرجوع إلى قواعد الإسناد التي يتضمنها هذا القانون والتي سيؤدي أعمالها إلى اختصاص قانون الإرادة في شأن صحة عقد الاختيار باعتباره من العقود الدولية، وهو الأمر الذي يخالف ما انتهى إليه هذا الرأي برجوعه للقواعد الموضوعية في قانون القاضي في شأن مدى صحة هذا الاتفاق والذي يؤدي أعمالها إلى اعتبار عقد الاختيار من العقود الداخلية طالما كان اختصاص القاضي مانعاً يحول دون تطبيق قانون غيره على صحة هذا الاختيار.

وتطبيق قانون القاضي على صحة اتفاق الاختيار سيؤدي أن يتوقف اختصاص هذا القانون على محض الصدفة أمام هذه المحكمة أو تلك، بالتالي فتحديد القانون الواجب التطبيق على صحة اتفاق الأطراف لن يتسنى العلم به إلا بعد طرح النزاع على القاضي وهو الأمر الذي يخل بتوقعات المتعاقدين⁽¹⁾.

وبالرغم من كل الانتقادات السابقة التي وجهت لهذا التوجه الفقهي الذي يخضع صحة عقد الاختيار للأحكام الموضوعية في قانون القاضي إلا أنه لا يخلو من المنطق السليم ولعل قدرته على تلافى الحلقة المفرغة هي التي دفعت أنصاره إلى الإصرار على هذا الحل.

فإخضاع صحة عقد الاختيار للأحكام الموضوعية في قانون القاضي الذي تنتمي إليه قاعدة التنازع التي تتخذ من الإرادة معياراً لإسناد العقد الدولي قد يجد سنده في اختصاص هذا القانون بكل ما يتعلق بتنظيم التنازع ومن المتصور أيضاً أن يتصدى لهذا التنظيم من خلال قواعد مادية يضعها المشرع لمواجهة مشاكل الحياة الخاصة الدولية.

(1) هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص 398. ومحمود ياقوت - الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية - مرجع سابق - ص 74 وما بعدها.

ومع ذلك فقد فضلت بعض التشريعات الحديثة الرجوع إلى قانون الإرادة في شأن صحة وسلامة عقد الاختيار لما يكفله من أمان قانوني للمتعاقدين بالرغم مما ينطوي عليه هذا الحل من مصادرة على المطلوب تؤدي بالضرورة إلى الوقوع في الحلقة المفرغة.

وعلى هذا النحو يخضع كل من عقد الاختيار والعقد الأصلي للقانون الذي اختاره المتعاقدون للعقد الأصلي ، لكن التساؤل الذي يثار هل يشترط في هذا الاختيار أن يكون صريح أم أنه يمكن التسوية بين الاختيار الصريح والاختيار الضمني؟

- الاختيار الصريح و الاختيار الضمني لقانون العقد الدولي

إذا نص المتعاقدون صراحة على القانون الواجب التطبيق على عقدهم ، فالأمر لا يشكل مشكلة ، إذ يتعين على القاضي أن يعتد بهذا الاختيار متى كان مطابق للشروط التي يتطلبها القانون ، لكن ما هو الحل إذا سكت المتعاقدون تماماً عن الاختيار الإرادي لهذا القانون ؟

إذا سكت المتعاقدون عن اختيار قانون العقد هنا تثار دقة التفرقة بين حالات وجود الإرادة الضمنية لاختيار هذا القانون والحالات التي يقرر فيها القاضي عدم وجود هذه الإرادة ، فهل يعتد القاضي في حالة السكوت عن الاختيار الصريح لقانون العقد بإرادتهم الضمنية ، متى استطاع أن يكشف عنها من ظروف التعاقد وملايساته ، أم يلجأ مباشرة لقواعد الإسناد الاحتياطية التي قد ينص عليها المشرع ومن بينها ما قد يخوله له القانون من حق التصدي للتركيز الموضوعي للعقد.

إن انعدم التحديد الصريح لقانون العقد ، فإن هذا لا يعني انتهاء كل دور للإرادة فهناك الإرادة الضمنية للأطراف التي يجب اعتبارها وعدم تجاهلها لأنها إرادة حقيقية ، وهذا ما أكدته بعض تقنيات القانون الدولي الخاص فالمادة (1/19) من القانون المدني الليبي التي قررت سريان القانون الذي يتفق عليه أطراف العقد وعند تخلف الاتفاق الصريح يسري القانون الذي " يبين من الظروف أنه هو الذي يراد تطبيقه " ونصت المادة (1/19) من القانون المدني المصري على ذات المعنى، و نص القانون الدولي النمساوي لسنة 1979م في المادة (1/35) على أنه عند غياب التحديد الصريح " إذا بان من الظروف أن الأطراف قد اعتبروا نظاماً قانونياً معيناً واجب التطبيق فيعد هذا تحديداً ضمناً " كما نصت اتفاقية روما لسنة 1980م بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة (1/3) بقولها :

" يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف و يجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من ظروف القضية " وهذا النص نقله القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986م في المادة (1/27) والقانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987م في المادة (2/116) (1).

تتجه أحكام القضاء الفرنسي بصفة عامة إلى التسوية بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية وهو ما يؤدي عند سكوت المتعاقدين عن التحديد الصريح لقانون العقد ، إلى الكشف عن إرادتهم الضمنية في هذا الشأن مستعيناً في ذلك بقرائن خاصة إما ذاتية تستمد من الرابطة العقدية نفسها مثل الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين .

وقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية الحكم بتطبيق قانون الجنسية المشتركة عند سكوت الإرادة عن بيان القانون الواجب التطبيق وذلك منذ حكمها الشهير الصادر في 2/ ديسمبر/1910م ، وحكمها الصادر 28 يونيو/1986م ، مع العلم أن القضاء الفرنسي الحديث لم يعد يعد بالجنسية المشتركة كقرينة على الإرادة الضمنية إلا إذا اقترنت بعنصر آخر من عناصر الكشف عن الإرادة ، من ذلك الحكم الصادر 27- يونيو- 1966م ، والحكم الصادر في 26- يونيو -1971م ، وقد تكون القرائن خارجية يمكن استخلاصها من ظروف التعاقد و ملابساته بالإضافة لقرائن عامة يستمدها القضاء من مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه أو عملة الوفاء(2).

ويلاحظ على أحكام القضاء الفرنسي أن غالبيتها لم تكن العناية الكاملة بالبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين في اختيار قانون العقد عند سكوتهم عن الإفصاح عن هذه الإرادة صراحة ، إنما هي طبقت في واقع الأمر القانون الذي افترض اتجاه إرادة المتعاقدين إلى أعماله، بالتالي فإن هذه الأحكام لم تستند إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين والتي يتعين أن تكون إرادة حقيقية إنما استندت على ما يطلق عليه الإرادة

(1) أشار إليها أحمد عبدالكريم سلامة - قانون العقد الدولي - مرجع سابق - 194.

(2) من ذلك حكمها صادر 5 ديسمبر/1910م نشر Rev.crit,1911.p395 وحكمها الصادر 27/يونيو/1966 Rev.crit 1966p334 وحكمها الصادر 19 أكتوبر. 1938-11886 -Gaz pal وحكمها في 26 يونيو 1971 نشر Clunet 1972-p51. أشار إليها محمود باقوت - الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية - مرجع سابق - ص 76.

المفترضة وهو الأمر الذي كان محل نقد على أساس أن الإرادة إما أن توجد أو لا توجد أما الإرادة المفترضة فهي مجرد وهم(1).

لعل هذا ما دفع أنصار نظرية التركيز الموضوعي إلى رفض الاختيار الضمني مفضلاً عند سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح لقانون العقد أن يتصدى القاضي مباشرة للتركيز الموضوعي للعقد تمهيداً لإسناده للقانون الأوثق صلة به.

وحجتهم في ذلك أن تركيز العقد يحقق أماناً قانونياً للمتعاقدين على نحو أفضل من تخويل القاضي حرية البحث عن الإرادة الضمنية وما يفضي إليه ذلك من تحكمه عند تحديده لقانون العقد مستتراً وراء هذه الإرادة التي هي في حقيقتها إرادة مفترضة مجرد البحث عنها هو في الواقع وهم وسراب ، يؤدي إلى الإخلال الصارخ بتوقعات الأفراد، بالإضافة إن أعمال قاعدة التنازع التي تؤدي إلى إسناد العلاقة للقانون الأوثق صلة بها يخضع لرقابة محكمة النقض أما تخويل القاضي حرية البحث عن الإرادة الضمنية فهي مسألة موضوعية تفلت من رقابة المحكمة النقض (2).

ومع ذلك وإن كان لهذا الرأي الفضل في الكشف عن خطورة إطلاق حرية القاضي في البحث عن قانون العقد باسم الإرادة الضمنية للمتعاقدين ، إلا أنه هناك فروضاً قد يسكت المتعاقدون فيها عن التحديد الصريح بالرغم من اتجاه إرادتهم الضمنية بالفعل إلى اختياره ، مما يستشف منه أن الإرادة الضمنية تشكل مركزاً وسطاً بين الإرادة الصريحة والفرض الخاص بعدم اختيار قانون العقد أصلاً.

أما إذا سكت المتعاقدون عن الاختيار الصريح لقانون العقد وتعذر على القاضي أن يستخلص إرادتهم الضمنية على نحو مؤكد فعلى القاضي اللجوء للتركيز الموضوعي للعقد للكشف عن القانون الأوثق صلة بالعقد طالما لم يأخذ المشرع على عاتقه القيام بهذه المهمة بواسطة ضوابط للإسناد محددة بصفة مسبقه، وهنا يثور التساؤل عن الوقت الذي يعتد به في اختيار القانون الذي يحكم الرابطة العقدية.

(1) محمود ياقوت - الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية - مرجع سابق - ص 77 وما بعدها.

(2) المرجع سابق - ص 79.

- النطاق الزمني لاختيار قانون العقد الدولي

الأصل أن يتم اتفاق المتعاقدين على اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم العقدية عند إبرام العقد وذلك بمقتضى نص يدرج في صلب العقد ذاته أو في اتفاق مستقل، فاختيار قانون الإرادة عند التعاقد هو الذي يحقق للمتعاقدین العلم من البداية بالقانون الذي سيحكم علاقاتهم فيكفل لهم على هذا النحو الأمان المنشود ويجنبهم مفاجآت المستقبل .

غير أنه قد يحدث أن يتراخى المتعاقدون في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم العقدية إلى مرحلة لاحقة على إبرام العقد ، سواء تم هذا الاختيار باتفاق صريح أو بطريقة ضمنية يستخلصها القاضي من دلائل تالية على إبرام العقد الأصلي ، كما لو تم تنفيذ هذا العقد على نحو يفيد رضا المتعاقدین بالخضوع لقانون دولة معينة.

بل قد يتصور أن يتم اختيار المتعاقدين لقانون العقد في مرحلة متأخرة وبعد طرح النزاع الذي نشأ بينهم على المحكمة المختصة فهل يعتد بهذا الاختيار اللاحق لقانون العقد ؟

اتجه القضاء السويسري إلى الاعتراف بحق المتعاقدين في اختيار قانون العقد ليس فحسب عند إبرام العقد بل وفي أي وقت لاحق على التعاقد حتى لو أثير النزاع أول مرة أمام المحكمة التي طرح عليها النزاع ، بشرط أن تكون هذه المحكمة من محاكم الموضوع وأن يكون كل من المتعاقدين على وعي و رغبة في الارتباط بهذا الاختيار اللاحق(1) ، أما القضاء الفرنسي (2) فقد ذهب في بعض أحكامه إلى تخويل المتعاقدين حق الاختيار اللاحق لقانون العقد ، في حين رفض في أحكام أخرى الاعتداد بمبدأ

Trib.fed.suisse 23-3-1965 clunet1970-415, 5-10-1965clunet1970-423 et la chron.du m . Lalive (1)
Trib.fed.suisse ، أمثلة لأحكام محكمة النقض السويسرية التي اعتدت فيها بالاختيار اللاحق لقانون العقد ولو أثير هذا الاختيار لأول مرة أمام القاضي الذي ينظر النزاع أشار إليها محمود ياقوت - الرابطة العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية - مرجع سابق - ص 85 وما بعدها .

(2) من ذلك النقض الفرنسي الصادر 29-يناير- 1975 Rev. crit .1976-p338 not Batiffol .- نقض فرنسي 18-11-1959 1960p83 Rev.crit. ونقض الفرنسي 9-7-1963 1963-2-1343 J.C.P. أشار إليها هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - 473 .

الاختيار المتأخر لقانون العقد وهذا المنحى الأخير أخذ به القضاء الإيطالي⁽¹⁾ حيث أكد على ضرورة أن يتزامن إبرام العقد الأصلي مع اختيار القانون واجب التطبيق عليه ، على أساس أن تخويل المتعاقدين لحق الاختيار اللاحق يعني الاعتراف لهم بسلطة غير مألوفة إزاء اختيار قانون العقد ويعني كذلك بالضرورة تغيير القانون الذي كان مختصاً لحكم الرابطة العقدية عند التعاقد .

ويصدق هذا القول سواء اختار المتعاقدون قانون العقد عند إبرامه ثم قاموا بتغييره في مرحلة لاحقة أو لم يتصدوا لهذا الاختيار أصلاً عند التعاقد ثم ذهبوا إلى تحديده في مرحلة لاحقة ، ذلك أن مسلك المتعاقدين في هذه الحالة الأخيرة يتضمن بالتأكيد تعديلاً لقانون العقد كما حدده المشرع عند التعاقد بمقتضى قواعد التنازع التي تواجه الفرض الخاص بسكوت المتعاقدين عن الاختيار .

وقد أجازت بعض التشريعات الاختيار اللاحق لقانون العقد ، من ذلك المادة (24) من القانون المجري التي تنص على أن "يسري على العقود القانون الذي يختاره الأطراف وقت إبرام العقد أو بعده" ونصت المادة (3/116) من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 على أن " اختيار قانون العقد يمكن إجراؤه أو تعديله في أي وقت " كذلك المادة (2/3) من اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية التي تنص على أنه "يجوز للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون غير ذلك الذي كان يحكمه سابقاً.." وذات النص اقتبسه القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986 في المادة (2/27) منه⁽²⁾.

والملاحظ من خلال هذه النصوص أن العديد من القوانين التي سمحت للمتعاقدین بالاختيار اللاحق لقانون العقد ، بالإضافة إلى إمكانية تعديل هذا الاختيار، قيدت ذلك بعدم الإضرار بالحقوق المكتسبة وإذا كانت قد بررت حماية حقوق الغير استناداً إلى

(1) Cass.Italie28-6-1966 ciunet1968-377 أشار إليه هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص 375.

(2) هشام صادق - مرجع سابق - ص 474 .

فكرة احترام الحقوق المكتسبة ، فإنه من الممكن أيضا أن يستند أساس هذه الحماية إلى فكرة احترام الأوضاع الظاهرة⁽¹⁾.

ولما كان من حق المتعاقدين اختيار قانون العقد سواء عند إبرام العقد أوفي مرحلة لاحقة على ذلك كما أنه يحق لهم تعديل هذا الاختيار مع مراعاة التحفظات السابقة، فإن خضوع العقد للقانون المختار يستند إلى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي كما يرى أنصار النظرية الموضوعية، ومثل هذا الاختيار هو اختيار تنازعي من شأنه أن يؤدي إلى إخضاع الرابطة العقدية لسلطان القانون، الأمر الذي تترتب عليه نتائج معينة ، كنتيجة طبيعية لعدم مقدرة الإرادة على الخروج عن القواعد الآمرة في القانون المختار وهذا ما تناولته في المطلب الثاني .

(1) أشارت إليها طرح البحور علي -تدويل العقد -مرجع سابق - ص 56 وما بعدها . أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص 180 وما بعدها.

المطلب الثاني

النتائج المترتبة على الاختيار التنازعي لقانون العقد الدولي

ترتب على خضوع العقد لقانون العقد وفق المنهج التنازعي العديد من النتائج نذكرها تباعاً

أولاً : احتفاظ القانون المختار بصفته القانونية

ينتج عن اعتناق فكر النظرية الموضوعية أن حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد لا تقوم على مطلق مبدأ سلطان الإرادة أو تعود لقاعدة مادية من القواعد القانون الدولي الخاص ، كما ذهب إلى ذلك أنصار النظرية الشخصية بل ترجع قدرة الإرادة على اختيار القانون المختص إلى قاعدة الإسناد التي تمنح للخصوم حرية اختيار هذا القانون، بذلك يترد اختيار الإرادة إلى سيادة القانون نفسه حيث تعتبر الإرادة مجرد ضابط للإسناد يرشد إلى القانون الواجب التطبيق .

ويترتب على ذلك أن القانون المختار ينطبق على العقد بوصفه قانوناً، بالتالي لا يجوز للمتعاقدين مخالفة الأحكام الآمرة في القانون المختار، حتى ولو كانت هذه الأحكام لا تتعلق بالنظام العام في دولة القاضي، في حين أنه يجوز لهم الاتفاق على الخروج عن أحكامه المفسرة حتى ولو كانت مثيلتها في قانون القاضي تتصف بالصفة الآمرة ، ما لم يكن ذلك يتعارض بطبيعة الحال مع النظام العام الوطني وفقاً لمعناه المتعارف عليه في فقه القانون الدولي الخاص .

ثانياً : إمكانية إبطال العقد الدولي وفقاً لأحكام القانون المختار

إذا كان العقد يخضع للقانون المختار فليس من المستغرب أن يؤدي هذا القانون إلى إبطال العقد خاصة وأن هذا القانون لا ينطبق على العقد بناءً على مبدأ سلطان الإرادة مباشرة وإنما استناداً إلى سلطان القانون بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية .

بالتالي فإرادة المتعاقدين تعد مجرد ضابط للإسناد يرشد عن القانون الواجب التطبيق إعمالاً للحكم الوارد بقاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية فإذا ما اختارت الإرادة هذا القانون تعين إعمال أحكامه الأمرة حتى ولو أدى ذلك إلى بطلان العقد.

ومع ذلك يرى جانب من الفقه أنه إذا كان من المقبول أن يؤدي قانون العقد إلى إبطاله في الحالة التي يسكت فيها المتعاقدون عن اختيار هذا القانون ، حيث يتولى المشرع أو القاضي تحديده في هذه الحالة ، فإنه من غير المستساغ قبول هذه النتيجة في حالة اختيار المتعاقدين لهذا القانون صراحة إذ كيف يمكن تطبيق قانون الإرادة على أساس أنه القانون الذي يناسب المتعاقدين إذا كان هذا القانون يؤدي لإبطال تعاقدهم (1).

وعلى عكس الاتجاه السابق يرى جانب آخر من الفقه أن الاختيار الصريح لقانون العقد يمكن أن يؤدي إلى بطلانه عملاً بأحكام القانون المختار ، بينما يصعب على القاضي إبطال العقد في حالة سكوت المتعاقدين عن هذا الاختيار وقيامه بالكشف عن إرادتهم الضمنية ، لان القاضي حين يعتمد إلى الكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين سوف يتجنب تطبيق القانون الذي يؤدي إلى بطلان العقد و يفضل إعمال القانون المصحح للعقد باعتباره أكثر تعبيراً عن إرادة المتعاقدين ، وبناءً على ذلك دعا البعض لقبول فكرة الإحالة في هذه الحالة إلى قانون آخر لا يؤدي لبطلان العقد وذلك تجنباً لإبطال العقد طبقاً لأحكام قانون الإرادة ، إلا أن الأخذ بالإحالة قد يؤدي إلى خضوع العقد لنظام قانوني يختلف عن ما ارتضاه المتعاقدون مما كان مدعاة لرفضها (2).

وقد وجد الفقه الداعي لإعمال القانون المصحح للعقد صدى لدى جانب من الفقه المناهض للمنهج التقليدي في التنازع ، والذي يرى أنه لا يجب على القاضي إعمال قواعد الإسناد بطريقة آلية ، إنما يتعين عليه عند إعمالها مراعاة مضمون القانون الذي تشير باختصاصه وهو ما يؤدي على هذا النحو إلى الأخذ بأحكام القانون المصحح للعقد، خاصة وأن قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية لا تتسم بالطابع

(1) هشام صادق . القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي - مرجع سابق - ص 404 وما بعدها.

(2) محمود ياقوت - الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية - مرجع سابق - ص 95 وما بعدها.

المحايد الذي تتسم به غالبية قواعد التنازع الأخرى لأن اختيار قانون العقد لا يتم عادة إلا بعد العلم المسبق بمضمونه (1).

ويتجه جانب من فقه المدرسة الموضوعية الحديثة إلى رفض إبطال العقد استناداً لما تقرره أحكام القانون المختار لا على أساس اندماج القانون المختار في العقد وفق ما يرى أنصار النظرية الشخصية إنما بهدف حماية توقعات المتعاقدين، بالرغم من كل الاتجاهات السابقة إلا أن البطلان يتقرر، وذلك عملاً بالقواعد الأمرة في القانون الواجب التطبيق حتى لو كان هذا القانون هو الذي اختارته إرادة المتعاقدين.

ثالثاً : اشتراط توافر الصلة بين القانون المختار والعقد الدولي

لما كان اختيار المتعاقدين لقانون العقد يتم بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في قانون القاضي حيث تعد الإرادة ضابطاً للإسناد تتضمنه هذه القاعدة التي تسند الروابط العقدية الدولية للقانون المختار، فإنه يتعين في هذه الحالة تقييد حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد باقتضاء توفر صلة جادة وحقيقية بين هذا الأخير وبين العقد ، لأنه بقيام الإرادة باختيار قانون على غير صلة بالعقد فإنها تكون بذلك قد تخطت دائرة التنازع التي تعمل هذه القاعدة في إطارها مما يشكل خرقاً لأهداف تلك القاعدة ، والتي يتعين على الإرادة عدم الخروج عليها حين أوكلت إليها قاعدة التنازع حق اختيار قانون العقد من بين القوانين التي تتزاحم لحكم الرابطة العقدية وهي قوانين تتصل بالضرورة بهذه الرابطة.

ومع ذلك هناك من يرى عدم اشتراط صلة بين القانون المختار والعقد ، على أساس أن القانون الدولي الخاص بالخلاف للقانون الداخلي يستهدف في الأصل حماية المصالح الفردية دون اهتمام كبير بالتدخل الأمر الذي يسعى إليه هذا الأخير للحد من حدة الرغبات الفردية المتطرفة بالقدر الذي يتناسب وحماية المصلحة العليا للجماعة .

(1) محمود باقوت - الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية- مرجع سابق - ص 97.

بالإضافة لذلك إن فرض أي قيد على حرية الاختيار من شأنه أن يخرج قاعدة التنازع في خصوص العقود الدولية عن مضمونها وهدفها ، وهو التيسير على الأطراف في المبادلات الدولية والقانون الذي سيتحدد مع وجود أي قيد سيعتبر "قانون العقد" وليس "قانون الإرادة" فيكفي أن يتم اختيار قانون العقد بنحو قانوني وبحسن نية(1).

فإذا كانت إرادة الخصوم تنقيد بالأحكام الآمرة في القانون الداخلي ولا تقوى على إخراج العقد من سلطان هذا القانون ، فإن لهذه الإرادة حرية أكثر اتساعاً في مجال القانون الدولي الخاص ، حيث تملك حق اختيار القانون الذي يحكم العقد ، وتمتع المتعاقدون بحرية طليقة في اختيار قانون العقد لا يباح معها للقاضي تغيير القانون المختار بدعوى أنه يفتقر للصلة المتطلبة بينه وبين الرابطة العقدية أو لا يعبر عن مركز الثقل في هذه الرابطة ، لأن ذلك من شأنه الإخلال بتوقعات المتعاقدين .

وإن كان من الضروري حماية توقعات الأطراف بوصفها أحد الأهداف الرئيسية للقانون الدولي الخاص المعاصرة إلا أن هذا الاعتبار لا يعني المغالاة في هذه الحماية على حساب أهداف القانون وما تقتضيه من تجنب الانصياع لأهواء المتعاقدين وورغباتهم غير المشروعة .

في حين يرى البعض أنه لا تتحقق الحماية المنشودة لتوقعات المتعاقدين حتى بفرض عدم تقييد حريتهم في اختيار قانون العقد ، وذلك إذا ما تبين للقاضي أن العلاقة العقدية لا تتصف بالصفة الدولية كما تصور المتعاقدون بالنظر لخلوها من عنصر أجنبي مؤثر مما يبرر على هذا النحو إخضاعها للقانون الداخلي الذي تنتمي إليه بوصفها علاقة داخلية وهو الأمر الذي لم يكن يتوقعه المتعاقدون أصلاً(2).

(1) أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي - مرجع سابق - 191 ما بعدها .
(2) هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص 437 وما بعدها .

وإطلاق الحرية للمتعاقدين في الاختيار على النحو السابق يعد استجابة لتعاليم المذاهب الفردية في تقديس حرية الفرد والذي بدأ نجمها في البيزوغ مرة أخرى مع نهاية القرن السابق على نحو ما بينا في الفصل السابق عند دراستنا لموضوع التوسع في إسناد العقد الدولي في ظل تطور المعاملات الخاصة الدولية (1).

حيث أن عدم تقييد حرية المتعاقدين في الاختيار يعد أحد نتائج الأخذ بفكر النظرية الشخصية ، إلا أن هذا الرأي لم ينجح مسلك أنصار النظرية الشخصية حين ردوا حرية الاختيار إلى مطلق سلطان الإرادة مع ما يستتبعه ذلك من تحرر العقد من سلطان القانون ، إنما على العكس فالعقد لديه يخضع لأحكام القانون المختار، لكنه يرفض أسوة بالنظرية الشخصية تقييد حرية الإرادة في اختيارها لقانون العقد باشتراك توافر الصلة بين القانون المختار و بين العقد حفاظاً على توقعات المتعاقدين .

وهو الأمر الذي ذهبت إليه اتفاقية روما لعام 1980م في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والتي وإن كانت قد أخضعت العقد للقانون المختار لكنها كشفت عن رفضها لفكرة اندماج القانون في العقد وخولت المتعاقدين حرية طليقة في اختيار هذا القانون في العقد فلا يقيدهم سوى القواعد الآمرة في قانون الدولة التي قد يتصل بها العقد وذلك في نص المادة الثانية بقولها (العقد يحكمه القانون الذي اختاره الأطراف) وفي ذات الاتجاه ذهب المشروع الذي أعده مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده في مدينة (بال) بسويسرا في المادة الثانية بقولها (المتعاقدون أحرار في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم) (2).

وعلى العكس من ذلك ذهب رأي آخر إلى أن اختيار الأطراف لقانون عقدهم يكون عديم القيمة والفاعلية ما لم توجد " صلة جوهرية " أو " روابط طبيعية " بين العقد والدولة التي اختير قانونها لحكمه، فإن انعدمت تلك الصلة أو الرابطة حق للقاضي أن

(1) سبق الإشارة - ص 68 و ما بعدها .

(2) سلامة فارس عرب -وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية - مرجع سابق - ص 353 وما بعدها.

يفصح عن القانون المختار وينهض بنفسه بمهمة البحث عن القانون الذي تتوفر معه الصلة أو الرابطة المذكورة (1).

ويرى اتجاه ثالث التخفيف من غلو الرأي السابق بأن قرر أنه يجب من حيث المبدأ وجود رابطة أو صلة بين العقد والقانون المختار، لكن يكفي أن توجد صلة فنية معينة، من ذلك أن يجرى العقد في صورة عقد نمطي أو نموذجي متعارف عليه في الأوساط التجارية الدولية أو كأن يختار الأطراف القانون الإنجليزي الذي أشتهر بتنظيم بعض عقود النقل والتأمين البحري وتجارة الحبوب ، في هذه الحالة ارتبط العقد بهذا القانون برابطة واقعية تلبية لحاجة التجارة الدولية و هذا الرأي أخذ به القانون المدني الإسباني في المادة (5/10) منه ، والقانون الدولي الخاص البولندي لسنة 1965م في المادة (25) منه (2).

ويستقر فقه النظرية الموضوعية الغالب على تقييد حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد باشتراط توافر صلة جادة و حقيقة بين القانون المختار و العقد ، وأن هذا التعارض القائم بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية يثير تساؤل حول إمكانية التغلب عليه بتقييد حرية المتعاقدين بإعمال الدفع بالغش نحو القانون؟ تبدو صعوبة الأمر في المسائل المتعلقة بالالتزامات التعاقدية لأول وهلة ، باعتبار أن ضابط الإسناد في العقود الدولية هو الإرادة فكيف نخول الإرادة حرية طليقة في اختيار قانون العقد من ناحية ثم نعود ونعيب عليها هذا الاختيار من ناحية أخرى على أساس أنه قد قصد بهذا الاختيار التهرب من أحكام قانون آخر لم يتم اختياره ؟

فإعمال الدفع بالغش يقتضي توافر عنصر مادي هو التغيير الإرادي لضابط الإسناد وعنصر معنوي وهو أن يكون هذا التغيير بقصد الإفلات من أحكام القانون المختص أصلاً بحكم النزاع ، ولعل ذلك ما دفع البعض إلى رفض إعمال نظرية الغش نحو القانون في حالة اختيار المتعاقدين لقانون العقد .

(1) أشار إليه - أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص 192.

(2) طرح البحور علي - تدويل العقد - مرجع سابق - ص 33 وما بعدها.

ذلك أن قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية الدولية لا تعين قانونا محدد سلفا قبل الاختيار الإرادي ليحكم العقد ، حتى يدعى أن اختيار المتعاقدين لقانون آخر قد انطوى على تغيير إرادي لضابط الإسناد أو قصد به التحايل على القانون المختص أصلا وهو الأمر الذي لا يتوافر معه بالتالي لا العنصر المادي ولا العنصر المعنوي اللازمين لقيام الدفع بالغش نحو القانون (1).

إلا أن ذلك لم يمنع البعض من تقرير إمكانية إعمال نظرية الغش نحو القانون في الفرض الذي يسعى فيه المتعاقدون إلى اصطناع عنصر أجنبي في عقد وطني العناصر، لإيجاد صلة بينه وبين القانون الأجنبي المختار بهدف التهرب من الأحكام الأمرة في القانون الداخلي .

وإعمال نظرية الغش نحو القانون في هذه الحالة لها طابع خاص ، حيث أنه و إن توافرت نية التحايل نحو القانون الواجب التطبيق أصلا على العقد ، فإن هذا التحايل نحو القانون لم يتم بتغيير إرادي في ضابط الإسناد كما يجري عليه الأمر عادة إنما تم هذا التحايل في هذا الفرض عن طريق خلق معيار للإسناد "الإرادة" لم يكن موجوداً من الأصل في العقد الداخلي و ذلك باصطناع عنصر أجنبي في الرابطة العقدية بغرض تدويلها تدويلاً مصطنعاً وإسنادها على هذا النحو لقانون الإرادة مما يستتبع معه الأمر عدم الاعتداد بالقانون المختار و إعادة الاختصاص للقانون الوطني(2).

بل وقد يلجأ المتعاقدون إلى إيجاد صلة مصطنعة بين العقد وبين القانون المختار كما لو قاموا بإبرام العقد أو تنفيذه في الدولة التي يهدفون إلى تطبيق قانونها على العقد لأغراض غير مشروعته حيث يجوز في هذه الحالة أيضا إعمال نظرية الغش نحو القانون .

(1) هشام صادق - تنازع القوانين - مرجع سابق - ص 345 وما بعدها.

(2) محمود باقوت - حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص 118 .

ويتجه جانب آخر من الفقه إلى إعمال نظرية الغش نحو القانون أيضا في الحالة التي يختار فيها المتعاقدون قانوناً معيناً لا يتضمن قيوداً أمره تحد من حريتهم في الوقت الذي تتضمن فيه كافة القوانين الأخرى المتصلة بالعقد على مثل هذه القيود، حيث يتعين على القاضي في هذه الحالة عدم الاعتماد بالقانون المختار، إذا فشل المتعاقدون في تقديم مبرر جدي لاختيار هذا القانون وتطبيق القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد الاحتياطية في قانونه في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد، وبمفهوم المخالفة فإن هذا الرأي يجيز للمتعاقدين اختيار قانون على غير صلة موضوعية بالعقد ما دام لديهم مبررات جدية تبرر اختيارهم هذا.

ويتجه البعض بالرغم من تسليمهم بحرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد إلى تقييد هذه الحرية بإعمال الدفع بالغش نحو القانون وذلك كعلاج للحالات الصارخة التي يؤدي فيها هذا الاختيار إلى الغش نحو القانون، ويميل البعض الآخر إلى الاستناد لفكرة النظام العام في هذه الحالة بدلاً من إعمال الدفع بالغش نحو القانون⁽¹⁾.

وأياً ما كان من أمر الاتجاهات فمع صعوبة إعمال نظرية الغش نحو القانون بالنظر إلى الدور الذي خولة المشرع للإرادة في اختيار قانون العقد، من هنا تبدو أهمية الاعتماد بالقانون المختار فيما لو تبين انقطاع صلته بالعقد إذ يستطيع القاضي في هذه الحالة استبعاد القانون المختار دون حاجة لإعمال نظرية الغش نحو القانون وإسناد الرابطة العقدية على هذا النحو للقانون الأوثق صلة بها ، وهو الأمر الذي يمكن أن يؤيد بالتالي مبدأ عدم اللجوء للدفع بالغش نحو القانون إلا في الحالات التي ينعدم فيها وجود جزاء آخر يمكن عن طريقه تلافى النتيجة غير المشروعة التي يسعى المتعاقدون إلى تحقيقها.

(1) هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص 446.

مما سبق يتضح استقرار الفقه والقضاء على اشتراط أن يكون القانون المختار على صلة بالعقد لأن إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون محايد يتيح لهم في النهاية التهرب من الأحكام الآمرة في القوانين المرتبطة بالعقد، لكن اختلف حول طبيعة هذه الصلة فالبعض يميل إلى الاكتفاء بوجود صلة مشروعة للمتعاقدين في اختيار قانون معين حتى ولو لم يكن هذا القانون على صلة بالعقد .

ويؤيد الفقه المصري هذا الاتجاه ، حيث يرى أن اختيار الأطراف لقانون العقد يجب ألا ينحصر في إطار القوانين المتصلة بها وإنما يجوز لهم اختيار قانون محايد بشرط أن يكون لهم مصلحة مشروعة حقيقية وجدية من هذا الاختيار ، على أن تتحدد مشروعية المصلحة وجديتها بالرجوع إلى القانون المختار و قانون القاضي المطروح عليه النزاع في نفس الوقت ، ومتى توافرت هذه الأوصاف صح بعد ذلك أن تنعت الصلة بين العقد والقانون المختار بأنها صلة معقولة ومنطقية(1).

لا يخفى ما يتضمنه هذا الرأي من مخالفة لوظيفة قواعد الإسناد ذاتها والتي لا يتصور أن تشير باختصاص قانون محايد لا صلة له بالنزاع بل بالعكس تهدف هذه القواعد في الأصل إلى اختيار أحد القوانين التي تتصل بهذه العلاقة وتتزام على حكمها وهو الأمر الذي يقتضي وجود صلة جادة بين القانون المختار وبين العقد.

في حين يذهب البعض الآخر على رأسهم (باتيفول) إلى الاقتصار على توافر صلة معقولة بين القانون المختار والعقد حتى ولو كان هذا الاختيار لا ينصب على القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية وذلك بعد أن حاد عن موقفه السابق نتيجة للهجوم العنيف الذي شن على نظريته في تركيز الرابطة العقدية في حالة الاختيار الإرادي لقانون العقد واعتد فيما بعد بالإرادة الصريحة للمتعاقدين حتى ولو جاءت مخالفة لمركز الثقل في الرابطة العقدية بالتالي لا يشترط في قانون العقد أن يكون هو القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية إلا في حالة سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد(2).

(1) محمود باقوت - حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص 120 - هـ 4.
(2) هشام صادق - القانون التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص 456 وما بعدها .

أما عن القضاء فقد تباينت مذاهبه هو الآخر في التعبير عن هذه الصلة بعبارات مختلفة فنجد القضاء الإنجليزي يشترط في هذه الصلة أن تكون "صلة حقيقية" (1) في حين يذهب القضاء الأمريكي (2) إلى اقتضاء أن يكون قانون العقد على "صلة طبيعية" بالعقد أما القضاء الألماني (3) اشترط "صلة جادة" أما القضاء السويسري (4) بالإضافة للصلة الإقليمية اشترط توافر "مصلحة معقولة" من وراء اختيار قانون العقد .

مهما يكن من أمر هذا الاختلاف حول ماهية الصلة فإنه يتعين أن تكون بين القانون المختار وبين العقد صلة تستمد من عناصر هذه الرابطة شخصية كانت كاختيار قانون الجنسية أو الموطن أو موضوعية مثل اختيار قانون محل الإبرام أو بلد التنفيذ ولا يشترط أن تكون ذا طابع مكاني أو مادي بل يكفي أن تكون صلة ذهنية تكشف عن ارتباط العقد بنظام قانوني محدد .

رابعاً : الاعتداد بالتعديلات التشريعية اللاحقة

يذهب فقه المدرسة الموضوعية إلى عدم الاعتداد باتفاق المتعاقدين على استبعاد التعديلات التشريعية اللاحقة على إبرام العقد ، متى اتصفت هذه التعديلات التشريعية بالصفة الآمرة ، حيث أن الرجوع لقواعد التنازع الزمني للقوانين في هذا القانون سيؤدي إلى سريان التعديلات التشريعية اللاحقة على إبرام العقد بأثر فوري، مما يتعين معه في هذه الحالة إعمال القوانين المعدلة استناداً إلى صفتها الآمرة والتي لا يحق للمتعاقدين استبعادها ، في حين أنه يحق لهم الاتفاق على استبعاد التعديلات التشريعية اللاحقة التي تنسم بالصفة المكملة فقط، وهو الأمر الذي ذهبت إليه المادة الثامنة من المشروع الذي أعده مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده في مدينة Bale السويسرية عام 1991م حيث لم تعتد بشرط الثبات التشريعي إلا في إطار القواعد المكملة دون القواعد الآمرة في القانون المختار ، حيث نصت " إذا اتفق

(1) Mezger note 420-1942 .de.dr.int.pr 30-1-1939 Privy council أشار إليه محمود ياقوت - الروابط

العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية - مرجع سابق - ص 11- هـ 1 .

(2) Batiffol et Lagarde ,op. cit ,t.II,not 6sous no 574 - مرجع سابق - ص 111- هـ 2 .

(3) Reichsgericht 28/5/1936 Clunet1936-951,not Woif, Nou.rev.de.dr.int.pr.1936- 353 notMezger (مرجع سابق - ص 11- هـ 3.

(4) Trib. Fed.suisse 23-3-1965 clunet 1970-415 obs Lalive - مرجع سابق - ص 112- هـ 1 .

الطرفان على اختيار النصوص السارية عند التعاقد لقانون دولة معينة فإن هذه النصوص تندمج في العقد وتنزل منزلة الشروط العقدية ومع ذلك فإذا قام مشروع هذه الدولة بتعديل هذه النصوص أو إلغائها بقواعد تريد الانطباق بصفة آمرة على العقود الجارية فإن هذه القواعد يتعين تطبيقها " (1).

يتضح من النص أنه رغم اعتداده بشرط الثبات التشريعي المدرج في العقد وإنزال أحكام القانون المختار عند التعاقد منزلة الشروط العقدية ، إلا أن ذلك يقتصر فقط على القواعد المكملة في القانون المختار دون قواعده الآمرة ، فالأصل في القواعد الاختيارية أنها تطبق شأنها شأن القواعد الآمرة إذا ما سكت المتعاقدون عن الإفصاح عن إرادتهم في استبعادها فقد اعتبرت المادة الثامنة أن اختيار المتعاقدين لقانون العقد عند التعاقد مجرد قرينه على رغبتهم في الاستبعاد المسبق لأي تعديلات تشريعية لاحقة طالما كانت هذه التعديلات تتصف بالصفة الاختيارية وهو ما يفقدها بالتالي شرط تطبيقها التلقائي.

أما اتفاقية روما لسنة 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية فقد أجازت للمتعاقدين إدراج شرط الثبات الزمني في العقد حيث اعتبرت أن اختيار المتعاقدين لقانون العقد عند التعاقد ليس اختياراً تنازعيّاً حسب ما تقضي به المادة الثالثة من الاتفاقية، إنما مجرد اختيار مادي ينزل أحكام القانون المختار منزلة الشروط العقدية بما يؤدي إليه ذلك من عدم الاعتداد بالتعديلات التشريعية اللاحقة على إبرام العقد.

إلا أن الاتفاقية قد أخضعت مع ذلك أحكام القانون المختار السارية عند إبرام العقد باعتبارها مجرد شروط عقدية لحكم القانون المختص وفقاً لقواعد الإسناد الاحتياطية المنصوص عليها في المادة الرابعة من الاتفاقية والتي تواجه مشكلة التنازع في حالة سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد حيث اعتبرت هذا القانون هو المرجع في شأن مدى سلامة شرط الثبات التشريعي المدرج في العقد ، بالتالي فاتفاقية روما اعتدت

(1) سلامة فارس عرب - وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية - مرجع سابق - ص 248 وما بعدها.

بإرادة المتعاقدين في التجميد الزمني لقانون العقد عند التعاقد دون أن يؤدي ذلك في نفس الوقت إلى إفلات العقد من سلطان القانون⁽¹⁾.

خامساً : رفض الإحالة

تتفق النظرية الموضوعية مع النظرية الشخصية في رفضها للإحالة في مجال العقود الدولية ، و يقصد بالإحالة إن تشير قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبي معين ، ويظهر أن قواعد الإسناد في هذا القانون تشير بتطبيق قانون آخر، ولا تثار مشكلة الإحالة في حالة اتحاد قواعد الإسناد في كل من دولة القاضي والدولة الأجنبية التي عينت قواعد الإسناد الوطنية قانونها ، إنما تثار عندما تختلف قواعد الإسناد في دولة القاضي المعروض عليه النزاع والدولة التي تحدد قانونها لحكم النزاع ، والمثال التقليدي لهذه الحالة الإنجليزي المستوطن في فرنسا في النزاع المتعلق بالحالة المدنية أو الأهلية ، فهنا تقع الإحالة في أي بلد يعرض به النزاع من هذين البلدين ، فإذا عرض النزاع أمام القضاء الفرنسي فإن قواعد الإسناد في هذا القانون تشير بعدم إختصاص القانون الفرنسي وتشير بتطبيق القانون الإنجليزي ، لأن مسائل الحالة أو الأهلية يحكمها قانون الجنسية ، وإذا عرض ذات النزاع على القضاء الإنجليزي لسلك ذات المسلك ، لأن قواعد الإسناد في القانون الإنجليزي تشير بتطبيق قانون الموطن . و يأتي رفض أنصار النظرية الموضوعية للإحالة في مجال العقود الدولية بالرغم أنهم من أنصارها في مجالات أخرى .

ذلك أن منطق الإحالة يتعارض في حد ذاته مع ضابط الإسناد الذي تتضمنه قاعدة التنازع في قانون القاضي والتي خولت للمتعاقدين حق اختيار قانون العقد ، حيث أن استشارة قاعدة الإسناد في القانون المختار سيؤدي إلى خضوع العقد لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي ارتضاه المتعاقدون وهو الأمر الذي يؤدي إلى الإخلال بتوقعاتهم المشروعة.

(1) إبراهيم زمزمي - القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية - مرجع سابق - ص 118 وما بعدها .

وبذلك يرفض الفقه الغالب فكرة الإحالة في مجال الروابط العقدية سواء كان العقد خاضع لقانون الإرادة بمقتضى قاعدة من قواعد التنازع في قانون القاضي أو بناءً على قاعدة مادية في هذا القانون(1).

سادساً - مدى حرية المتعاقدين لاختيار أكثر من قانون لحكم العقد الدولي

يرتبط التساؤل حول مدى حرية المتعاقدين في اختيار أكثر من قانون لحكم العقد الدولي بمشكلة أخرى تطرح نفسها في مجال تنازع القوانين بصفة عامة ، وهي مشكلة تجزئة المشرع للعلاقة الخاصة الدولية محل الإسناد على نحو يسمح بتطبيق أكثر من قانون واحد على هذه العلاقة ، بالتالي تطبيق عدة قوانين ينتمي كل منها إلى دولة مختلفة على العناصر المتنوعة لنفس المركز أو العلاقة القانونية التي تثار بشأنها النزاع .

ومشكلة التجزئة في القانون الدولي الخاص قد يكون موضوعها المركز أو العلاقة القانونية محل الإسناد كما في حالة الرابطة العقدية الدولية " وهي تجزئة يتولاها عادة المشرع " وقد يكون موضوعها القانون الواجب التطبيق على هذا المركز أو العلاقة " وهو ما قد تسعى إليه إرادة المتعاقدين عند اختيارها لأكثر من قانون لحكم العقد".

وترتبط ظاهرة التجزئة بمسألة تعدد ضوابط الإسناد التي يضعها المشرع لحل مشكلة التنازع بخصوص الرابطة المطروحة ففي عقد بيع المنقول مثلا وأن كان يخضع لقانون الإرادة من حيث الأصل، لكن الشكل يخضع لفكرة إسناد مستقلة متمثلة في قانون بلد الإبرام ، كذلك أهلية التعاقد تعد محلا لإسناد مستقل في الكثير من الأنظمة القانونية المعاصرة، حيث تخضع للقانون الشخصي للمتعاقد، وانتقال الحق العيني على المنقول مسألة تخضع لقانون موقع المال . وتجزئة المركز القانوني الواحد على هذا النحو (تجزئة العقد) تبدو أمر مطلوب ما دامت تهدف إلى تطبيق القانون الأكثر

(1) سالم إرجيعه - القانون الدولي الخاص الليبي - مرجع سابق - ص 144 وما بعدها. أيضا هشام صادق - تنازع القوانين - مرجع سابق ص 165 وما بعدها .

ملائمة في كل مسألة من المسائل محل الإسناد ، لهذا يتصدى المشرع بنفسه لهذه التجزئة وهذا ما فعله المشرع الليبي كما سنرى لاحقا ، والذي يتطابق موقفه مع موقف العديد من الأنظمة القانونية المعاصرة .

وظاهرة التجزئة قد لا تقع على العلاقة القانونية محل الإسناد ، إنما على القانون الواجب التطبيق على العقد ، حيث يقوم المتعاقدون باختيار أكثر من قانون لحكم الجوانب الموضوعية للعقد الدولي ، هنا يثور التساؤل عن مدى قدرة إرادة المتعاقدون في تجزئة القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي؟

إن فكرة تجزئة قانون العقد ارتبطت بفكر النظرية الشخصية الذي يتيح للمتعاقدين اختبار أكثر من قانون واحد ليحكم الرابطة العقدية ولا تشترط في ذلك توافر صلة بالعقد كما تتيح لهم إمكانية إنزال أحكامها منزلة الشروط في العقد.

كذلك أباح فقه النظرية الموضوعية للمتعاقدين حرية إخضاع الرابطة العقدية لأكثر من قانون واحد ما دامت قد توافرت في كل القوانين صلة بالعقد لكنه قيد هذه الحرية بقيد الأول ألا تؤدي هذه التجزئة إلى الإخلال بانسجام الرابطة العقدية والثاني ألا تؤدي التجزئة إلى إفلات العقد من سلطان القانون⁽¹⁾.

بالنسبة للقيد الأول إذا كان من شأن حرية المتعاقدين في تجزئة قانون العقد أن تؤدي بالضرورة إلى الإخلال بمبدأ وحدة القانون المطبق على العلاقة العقدية مما يصعب الاحتجاج في مواجهته بمبدأ وحدة العقد ، ذلك المبدأ الذي لا يفترض إلا عند سكوت الإرادة تماما عن إبداء رغبتها في التجزئة ، مع ذلك فإن هذه التجزئة لا تعني هدم الانسجام المتطلب في الرابطة العقدية، لأن ما يقيد الإرادة هو ألا تؤدي قدرتها على تجزئة العقد إلى هدم الانسجام المتطلب بين أحكامه.

أما بالنسبة للقيد الثاني فيشترط فقه النظرية الموضوعية في تجزئة العقد ألا تؤدي إلى إفلاته من حكم القانون⁽²⁾ ، وذلك على خلاف فقه النظرية الشخصية التي ترى

(1) محمود باقوت - حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص 126.

(2) أحمد عشوش - قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة - ط1 - مؤسسة شباب الجامعة - س 1990 - ص 104.

باندماج أحكام القانون المختار في العقد وإنزاله منزلة الشروط التعاقدية بالتالي يرفض أي قيد يمنع الإرادة من تحرير العقد من سلطان القانون.

أما أنصار النظرية الموضوعية فدور الإرادة لديهم ينحصر في إخضاع الرابطة العقدية لسلطان القانون استناداً لقاعدة تنازع القوانين في قانون القاضي التي خولت للمتعاقدين حق اختيار قانون أو قوانين العقد ، بالتالي اختيار المتعاقدون لأكثر من قانون يجب ألا يؤدي إلى إخراج المسائل التي تنظمها هذه القوانين تنظيمياً أمراً من سلطان القانون بحيث يمكنهم بفضل ذلك الخيط القانوني الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين المختارة.

ولعل إدراك المتعاقدون لتعقيد العملية العقدية في بعض الفروض قد يدفعهم إلى تجزئة عناصرها وإخضاع كل منها للقانون الأكثر اتصالاً به ، من ذلك العقود المركبة المتضمنة لعمليات عقدية يمكن الفصل بينها من الناحية القانونية كعقد القرض الملحق به عقد الكفالة أو عقد بيع الآلات اللازمة لمصنع معين والذي يتضمن في نفس الوقت اتفاقاً بتدريب العاملين.

ولكن الأمر يدق لو كنا بصدد عقد واحد من الناحية القانونية و أراد المتعاقدون تجزئة عناصره وإسناد كل منها لقانون مختلف ، هنا تتضح فكرة التجزئة المقصودة والتي يستطيع المتعاقدون من خلالها إسناد العقد الواحد لأكثر من قانون ، وقد تتم التجزئة بمعرفة القاضي وذلك احتراماً لسلطان القواعد القانونية ضرورية التطبيق وليس بناءً على إرادة المتعاقدين.

وقد تبنت بعض من التشريعات فكرة التجزئة (1) من ذلك المادة (1/28) من القانون الدولي الخاص الألماني والمادة (7) من مشروع القانون الدولي الخاص لسنة 1991 والمادة (1/3) من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة 1980 والمادة (2/7) من اتفاقية لاهاي لسنة 1986 والمادة (7) من

(1) أشار إليها طرح البحور على - تدويل العقد - مرجع سابق - ص 53 وما بعدها . إبراهيم زمزمي - القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية - مرجع سابق - ص 107 وما بعدها.

اتفاقية مكسيكو لسنة 1994 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية والتي أبرمت بين دول الأمريكتين .

أما بالنسبة للقانون الليبي فإن ظاهر نص المادة (19) من القانون المدني قد توحى بسريان قانون العقد على أثاره دون تكوينه باعتبار أنه اقتصر على مواجهة الالتزامات التعاقدية ، وهي أثار العقد دون أن يتعرض لتكوين العقد ذاته غير أنه بالرجوع إلى نص المادة (19) من القانون المدني المصري المطابقة للمادة (19) من القانون المدني الليبي والأعمال التحضيرية ، كشفت عن قصد المشرع في التعبير عن اصطلاح الالتزامات التعاقدية عن كل ما يتعلق بالرابطة العقدية من حيث تكوينها وأثارها(1).

ومع ذلك ليس هناك ما يمنع في نص المادة (19) من اختيار أكثر من قانون لحكم العقد وهو ما يفضي بالضرورة إلى تجزئة العقد بشرط ألا تؤدي التجزئة إلى الإخلال بالانسجام المتطلب في الرابطة العقدية من ناحية أو إلى التهرب من الأحكام الأمرة في القوانين المتصلة بهذه الرابطة من ناحية أخرى.

وهكذا رأينا كيف أن غالبية أنصار النظرية الموضوعية رد قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد إلى القانون الذي منح الإرادة المقدره على هذا الاختيار بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي الأمر الذي يؤدي إلى خضوع العقد للقواعد الأمرة في القانون المختار.

ومع ذلك هناك جانب من أنصار النظرية الموضوعية يرى عدم الاعتداد بإرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد و إخضاع الرابطة العقدية للقانون السائد في مركز ثقل هذه الرابطة في ضوء مقتضيات التعاقد وظروفه الملازمة وهذا هو التركيز الموضوعي للرابطة العقدية الذي سنعرض لدراسته في المبحث التالي.

(1) محمود ياقوت - الاختيار المتعدد لقانون العقد الدولي - بحث منشور في مجلة روح القوانين -كلية الحقوق -جامعة طنطا - ع 21- 2000- ص 11 وما بعدها.

المبحث الثاني

النظرية الموضوعية وخضوع العقد الدولي للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية.

تمهيد وتقسيم :

بالرغم من اتفاق أنصار النظرية الموضوعية حول خضوع الإرادة لحكم القانون إلا أنهم اختلفوا حول الدور الذي تؤديه هذه الإرادة ، حيث دعا جانب من فقه النظرية الموضوعية إلى اعتبار الاختيار الإرادي لقانون العقد مجرد اختيار مادي تنزل بمقتضاه أحكام القانون المختار منزلة الشروط العقدية منكرأ على الإرادة قدرتها على الاختيار التنازعي ، إلا أنه أخضع العقد مع ذلك (حتى في حالة الاختيار الصريح) للقانون السائد في مركز ثقل الرابطة العقدية التي لا تستطيع أحكام قانون الإرادة مخالفة قواعده الأمرة ، حيث أن أحكام القانون المختار وأن كانت قد نزلت منزلة الشروط العقدية إلا أنها تخضع للقانون السائد في مركز ثقل الرابطة العقدية.

ومن ناحية أخرى يرى جانب آخر من الفقه أن إرادة المتعاقدين ماهي إلا مجرد ضابط للإسناد يقتصر دوره على تركيز العقد في إطار نظام قانوني معين يرتبط به مما يخضعه بالتالي للأحكام الأمرة في هذا النظام.

وبين النظرية الشخصية التي تقدر الإرادة الفردية وتجعلها تعلو على القانون بأن تندمج أحكام القانون المختار في العقد ، وتمكن شروط العقد من مخالفة الأحكام الأمرة في ذلك القانون ، بالإضافة إلى إمكانية بقاءه دون قانون ، فيخرج بذلك من سلطان القانون ليكون عقداً دون قانون يحكمه ، وبين النظرية الموضوعية التي ترى للإرادة قدرة على اختيار قانون العقد ولكنها وضعت قيوداً على هذه الإرادة ، حتى لا يتحرر العقد من الخضوع للقانون ، لا بد من البحث في موقف القانون الليبي من هذا الخلاف الفقهي .

نتناول كل هذه الموضوعات تفصيلا على النحو التالي :

المطلب الأول : الاختيار المادي وخضوع العقد للقانون السائد في مركز ثقل الرابطة العقدية .

المطلب الثاني : الاختيار التنازعي وخضوع العقد للقانون السائد في مركز ثقل الرابطة العقدية .

المطلب الثالث : موقف القانون الليبي من النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية.

المطلب الأول

الاختيار المادي وخضوع العقد الدولي للقانون السائد في مركز ثقل الرابطة العقدية.

يبدأ هذا الاتجاه من نقطة ينكر فيها على الإرادة حقها في اختيار قانون العقد بالإستناد إلى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي متخذاً من هذه الإرادة ضابط لإسناد الروابط العقدية للأحكام الآمرة في القانون المختار، مفضلاً الاعتداد باختيار الإرادة باعتباره اختيار مادي يستند إلى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص في دولة القاضي ، يندمج على إثره القانون المختار في العقد وتنزل أحكامه منزلة الشروط التعاقدية .

ويستند أنصار هذا الرأي إلى أن قاعدة الإسناد التي تخضع العقد لقانون الإرادة تفرز نتائج غير منطقية من ناحية، بالإضافة لما يترتب عن أعمالها من إخلال بتوقعات الأطراف من ناحية أخرى حيث يرى هذا الفقه أن العقد باعتباره اتفاق خاص لا تتسم شروطه بالعمومية والتجريد بالتالي لا تلزم هذه الشروط إلا أطرافها مما يصعب معه اعتبارها بمثابة قانون للعقد⁽¹⁾.

بالتالي إذا كانت إرادة المتعاقدين تستطيع اختيار القواعد الخاصة بتنظيم العقد المبرم بينهم لأن القانون منحها هذه القدرة إلا أنها لا تستطيع اختيار القانون الذي تريد الخضوع لأحكامه ، لأن مؤدى ذلك أن يخضع العقد للقانون المختار والذي قد تؤدي أحكامه الآمرة إلى إبطال العقد نفسه ، وهو الأمر الذي يناقض إرادة المتعاقدين نفسها والتي لا يتصور أن تسعى إلى اختيار قانون يبطل تعاقدهم مما يعيب في النهاية هذا الاختيار ذاته.

أضف لذلك أن أعمال قاعدة الإسناد بتفعيل دور الاختيار التنازعي لقانون العقد يعطي سلطة واسعة لقاضي النزاع مما يؤدي للإخلال بتوقعات المتعاقدين، فمع سكوت

(1) محمود ياقوت - الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية - مرجع سابق - ص 130.

الإرادة عن اختيار قانون العقد تثور مسألة وجود إرادة ضمنية لاختيار قانون العقد أو عدم وجود هذه الإرادة أصلاً ولكل حالة نتائج مختلفة حيث يخضع العقد في الحالة الأولى للقانون المختار ويخضع في الحالة الثانية لقواعد الإسناد الاحتياطية في قانون القاضي حيث يتصدى لإعمالها عند سكوت الإرادة عن الاختيار⁽¹⁾.

ومن ناحية أخرى فإن اشتراط الفقه توافر صلة بين القانون المختار وبين العقد من شأنه إخضاع مدى توافر هذا الشرط من عدمه لسلطة القاضي التقديرية والتي يتوقف عليها الحل الواجب الإلتباع حيث أنه متى توافرت هذه الصلة سيطبق القاضي القانون المختار في حين أن في غيابها سيلجأ إلى تطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية في قانونه⁽²⁾.

وأخيراً فإن دولية الرابطة العقدية تعتبر شرط مسبق ولازم لتحريك قواعد تنازع القوانين و بالأخص قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة فإن توافر الدولية لا تظهر أهميتها على هذا النحو إلا في مجال العقود ، ذلك لأن قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية تحتوي على ضابط للإسناد "الإرادة" لا يكشف في ذاته عن معيار دولية العقد وذلك بعكس قواعد التنازع الأخرى والتي تتضمن ضابطاً للإسناد يشير في العادة إلى دولية العلاقة⁽³⁾ ، مثل قواعد التنازع الخاصة بعقود الزواج والتي يكشف ضابط الإسناد فيها " الجنسية " عن مدى توافر شرط الدولية في العلاقة من عدمه و هو الأمر الذي يصون توقعات المتعاقدين في هذه الحالة الأخيرة في حين أنه يخل بها في الحالة الأولى إذا ما انتهى القاضي إلى تقرير عدم توافر شرط الدولية في العلاقة وبناءً على ذلك لن يعتد بالاختيار التنازعي للخصوم لقانون العقد وإنما سيعتبر هذا الاختيار مجرد اختيار مادي لا يحول دون خضوع العقد لقانون الدولة التي تتركز فيها الرابطة العقدية .

(1) محمود ياقوت - الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية- مرجع سابق - ص 131 وما بعدها.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة - الأصول في التنازع الدولي للقوانين - مرجع سابق - ص 1097 .

(3) طرح البحور علي - تدويل العقد - مرجع سابق - ص 36 .

وإذا كان هذا الاتجاه قد اعتبر أن الاختيار الإرادي لقانون العقد مجرد اختيار مادي يندمج معه القانون المختار في العقد وتنزل أحكامه منزلة الشرط التعاقدي منكرًا على الإرادة قدرتها على الاختيار التنازعي، حيث يرى أنه مادام اختيار المتعاقدين لقانون العقد هو اختيار مادي يمكن أن ينصب هذا الاختيار بالإضافة إلى القانون الداخلي لدولة معينة أو على الأعراف الدولية، بل يستطيع الأطراف أن يضعوا الشروط التي يرونها مناسبة لتنظيم العقد المبرم بينهم ، ومتى تعارض حكم في القانون المختار مع نص صريح في العقد يتعين إعمال الأخير باعتباره نص خاص يقيد نصوص القانون المختار، ومع ذلك بالرغم من عدم الخضوع للأحكام الآمرة في القانون المختار إلا أنه لا يستطيع الإفلات من حكم القانون أو أن يستند إلى ذاته ، إنما يخضع للقانون السائد في مركز ثقل الرابطة العقدية الذي لا يستطيع المتعاقدون مخالفة قواعده الآمرة(1).

ويتم تحديد قانون العقد بصفة مسبقة وعلى أسس موضوعية لا دخل لإرادة المتعاقدين باختيارها وذلك بحسب طائفة العقود التي تنتمي إليها الرابطة العقدية موضوع النزاع في ضوء مصالح الدول المرتبطة بالعقد ومصالح الغير بصرف النظر عن إرادة الأطراف (2)، فعلى سبيل المثال العقود المتعلقة بال عقار تخضع لقانون موقع العقار وعقود العمل تخضع لقانون دولة التنفيذ أما عقود المعاملات المالية فهي تخضع لقانون موطن المدين بالأداء المميز .

كما يفقد إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري أهميته لدى أصحاب هذا الرأي ما دام العقد سيخضع للقواعد الآمرة في القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية وبصرف النظر عن إرادة المتعاقدين في اختيار قانون آخر غيره ، بناءً على ذلك فإن الإرادة وفق هذا الاتجاه لا تقوى على إسناد الرابطة العقدية لسلطان القانون ولا تحريرها من

(1) أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص 169.

(2) مرجع سابق - ص 171.

حكّمه فهي وإن كانت تخضع لحكم القانون إلا أنها لا تستطيع اختيار القانون الذي تريد الخضوع لأحكامه ، بل حتى حين تختار قانون معين فإن اختيارها هو مجرد اختيار مادي يخضع في صحته ونطاقه لقانون العقد المحدد سلفاً.

لكن إذا كان متصوراً الأخذ بهذا الاتجاه في حالة سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد فإنه يصعب التسليم به في حالة الاختيار الصريح ، حيث تنص الإرادة لاختيار قانون العقد صراحة لأن تجاهل هذا الاختيار وإخضاع العقد للقانون الأوثق صلة بالعقد يخالف حقيقة إرادة المتعاقدين ، بالتالي يشكل خرقاً لقاعدة الإسناد المستقرة في نصوص التشريعات الحديثة والتي تخول لإرادة المتعاقدين حق اختيار قانون العقد.

وعليه فإن اختيار المتعاقدين لقانون العقد صراحة هو اختيار تنازعي يخضع العقد بموجبه لقانون الإرادة و مع ذلك يرى باتيفول إن دورها ينحصر فقط في تركيز العقد في إطار معين يرتبط به ويخضع للأحكام الآمرة فيه وهذا سيكون محلاً للدراسة في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

الاختيار التنازعي وخضوع العقد الدولي للقانون السائد في مركز ثقل الرابطة العقدية.

يعتد فقه النظرية الموضوعية الغالب بالدور الذي تقوم به الإرادة في اختيار قانون العقد والذي يجد سنده في قاعدة تنازع القوانين الخاصة بالعقود الدولية والتي تخضع بمقتضاها الرابطة العقدية لسلطان القانون المختار، إلا أن الفقيه (باتيفول) والذي تزعم نظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية يرفض الاعتراف بأي دور مباشر للإرادة في اختيار قانون العقد، حيث يرى أن إرادة المتعاقدين ما هي إلا مجرد ضابط للإسناد في قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي يقتصر دوره على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في إطار نظام قانوني معين يرتبط بها في ضوء مقتضيات التعاقد وظروفه وملابساته فإذا تم هذا التركيز من قبل المتعاقدين قام القاضي بتطبيق القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية والذي يشكل مركز الثقل فيها(1).

ويرى باتيفول أن العقد كتصرف قانوني هو حدث غير مادي لا يشغل حيزاً مكانياً مما يصعب معه التركيز المكاني للرابطة العقدية بوصفها كذلك إلا أنه يحيط بالعقد أحداث مادية خارجية يمكن تركيزها مكانياً ، ومما لا شك فيه أن للإرادة دور كبير في تجميع وتحديد هذه الأحداث ثم توطينها في دولة أو أخرى، بالتالي في تحديد مقر العقد والذي يعين القاضي بالنظر إليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية والذي يشكل مركز الثقل فيها(2).

بالتالي فدور الإرادة ينحصر فقط في تركيز العقد في دولة معينة من خلال قدرتها على توطين أحداث العقد وعلى القاضي أن يستخلص من ذلك خضوع العقد لقانون

(1) هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص 517.

(2) مرجع سابق - ص 218 وما بعدها . محمود الشرقاوي - العقود التجارية الدولية - مرجع سابق - ص 86 وما بعدها.

هذه الدولة، وتحديد مركز الثقل في العقد على هذا النحو يتوقف على انتقاء إرادة المتعاقدين لأفضل الأحداث المادية التي تحيط بالعملية العقدية وترجيحه على باقي الأحداث الأخرى باعتباره الأكثر تعبيراً عن تركيز هذه العملية في مجموعها وهذا الحدث المادي المرجح يختلف بطبيعة الحال من حالة لأخرى وكذلك الأحوال المحيطة بكل عقد وهذا ما دفع باتيفول إلى رفض التركيز المسبق للرابطة العقدية لأنه يتنافى و تنوع الروابط العقدية واختلاف الظروف و المعطيات في كل حالة عن الأخرى .

وإذا كان مركز الثقل في العقد ينحصر في المكان الذي تتركز فيه المصالح الجوهرية للمتعاقدين وهو عادة محل التنفيذ الرئيسي للعقد، إلا أنه قد يصعب أحياناً الكشف عن مركز الثقل هذا وذلك عندما تتعدد أماكن التنفيذ ويتعذر تحديد مكان التنفيذ الرئيس فيها أو محل الإبرام باعتبار ما يحققه من أمان قانوني للمتعاقدين حيث يعلم المتعاقدون مسبقاً بالقانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم بالإضافة أنه يعبر عن الصلة القوية بين العقد ومكان ميلاده الأول إلا أنه قد يتحدد بناءً على معطيات لا تصلح أساساً لهذا الإسناد.

وتميل أحكام القضاء الفرنسي الحديث⁽¹⁾ إلى اعتناق نظرية باتيفول في شأن التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في حالة سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح لقانون العقد، وتختلف نظرية التركيز لدى باتيفول عن نظرية الأداء المميز التي يتم فيها تحديد قانون العقد عند سكوت الإرادة عن الاختيار من خلال تركيز موضوعي بحث للرابطة العقدية يقوم على طبيعتها الذاتية ولا شأن له سواء بإرادة المتعاقدين أو بظروف التعاقد وملابساته.

حيث يتم إسناد العقد لمحل التنفيذ المفترض للأداء المميز فيه والذي افترض أنه يتم في محل إقامة المدين بهذا الأداء وعلى هذا النحو يقوم الإسناد في هذه الحالة على

(1) من ذلك نقض فرنسي 9 - ديسمبر- 1960 حيث استبعدت المحكمة تطبيق القانون التشيكوسلوفاكي الذي اختارته إرادة المتعاقدين الصريحة لحكم عقد العمل ، وطبقت بدلاً منه القانون الفرنسي بوصفه قانون محل التنفيذ ، على أساس أنه المكان الذي تتركز فيه علاقة العمل. J.C.P. 1961-2-2029. أشار إليه هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص 524.

قاعدة من قواعد تنازع القوانين يتحدد فيها معيار الإسناد على نحو واضح ومسبق دون أن يترك للقاضي تحديد قانون العقد في ضوء ظروف التعاقد وملايساته ،هذا بالإضافة إلى أن التركيز الموضوعي وفقاً لنظرية الأداء المميز هو تركيز وظيفي يخضع العقد بمقتضاه للقانون الأوثق صلة (وظيفية) بالأداء المميز في الرابطة العقدية أي يخضع للنظام القانوني الذي تمارس في إطاره هذه الرابطة وظيفتها الاجتماعية والاقتصادية وليس تركيزاً مكانياً كما يراه باتيفول(1).

وطبق القضاء الفرنسي فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وما تؤدي له من توطين للرابطة العقدية في مركز الثقل الذي تشير إليه ظروف التعاقد وملايساته والذي تكشف عن مظاهر مادية يكون لإرادة المتعاقدين الدور الأكبر في تحديدها متخلياً بذلك عن موقفه السابق في تحديده لقانون العقد في هذه الحالة استناداً إلى إرادة المتعاقدين الضمنية بعد ما اتضح له صعوبة البحث عن الإرادة الحقيقية وأن حلول التنازع التي توصل لها إنما هي في الواقع مجرد تعبير عن إرادتهم المفترضة.

من ذلك حكم محكمة النقض الصادر في 26 يوليو 1959م الذي قرر " إذا لم يتم المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحة، فعلى القاضي أن يتصدى لتحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء ظروف التعاقد وملايساته " وكذلك حكم محكمة النقض الصادر في 15 فبراير 1972م حيث تعرض هذا الحكم في حثياته لفكرة التركيز الموضوعي للعقد للمرة الأولى حيث رفضت محكمة النقض الطعن على حكم محكمة الموضوع بقولها أن " محكمة الاستئناف قد توصلت من خلال البحث في ظروف الحال وملايساته إلى تفسير إرادة المتعاقدين في شأن تركيز العقد وهو ما تملكه المحكمة دون معقب (2).

(1) حكم محكمة النقض 6 - يونيو - 1959 not Batiffol Rev.crit. 1959- 708 ، حكم محكمة النقض 15- فبراير -1972- Rev . crit . 1973 -77 not Batiffol . أشار إليها محمود ياقوت - حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص 138 .
(2) مرجع سابق - ص 139- هـ 4 .

ومع ذلك فقد حاول باتيفول أن يوحد أساس الإسناد في مجال العقود الدولية حين رد الاختيار الإرادي الصريح لقانون العقد أسوة بحالة سكوت الإرادة عن هذا الاختيار لفكرة التركيز الموضوعي حيث اعتبر إرادة المتعاقدين لا تقوى في حد ذاتها على اختيار قانون العقد ، إنما هي تقوم فقط بإبداء رغبتها في تركيز العقد في مكان معين في ضوء طبيعة العقد ومعطيات التعاقد وملابساته المادية ومتى تم هذا التركيز سرى قانون المكان الذي اختاره المتعاقدون مقرأً للرابطة العقدية باعتباره القانون الأوثق صلة بالرابطة ولو خالف ذلك اختيار المتعاقدون الصريح لقانون العقد⁽¹⁾.

وعليه فإن باتيفول لا يعتد بالقانون المختار إلا لو كان هذا القانون هو الأقرب صلة بالرابطة العقدية والذي تشير إليه الملابسات المادية المحيطة ، بالعقد وفقاً لهذا الرأي يجوز للقاضي تصحيح اختيار المتعاقدين لقانون العقد دون الاعتداد بإرادتهم الصريحة في هذا الشأن وذلك إذا تبين له أن القانون المختار لا يعبر عن مركز الثقل في الرابطة العقدية فالاختيار الإرادي لدى باتيفول يعد مجرد عنصر من عناصر الرابطة العقدية وأن كان عنصراً أساسياً إلا أنه لا يلزم القاضي إذا ما شكل خروجاً عن مقتضى التركيز المكاني في العقد.

ولا يعد مبدأ اتصال العقد بالقانون الأوثق صلة به هو المبدأ الوحيد الذي تقوم عليه قواعد التنازع المزدوجة في القانون الدولي الخاص المعاصر، إنما يوجد إلى جانبه عدة مبادئ أخرى منها مبدأ الاختيار الإرادي لقانون العقد ومن هنا كان لموقف التشريعات الحديثة ما يبرره عندما اتجهت استناداً إلى تعدد المبادئ التي تقوم عليها قواعد التنازع إلى التفرقة عند إسناد العقود الدولية بين حالة الاختيار الصريح لقانون العقد وحالة السكوت عن هذا الاختيار⁽²⁾.

حيث اختلفت حلول التركيز الموضوعي للرابطة العقدية بوصفها تطبيقاً لمبدأ القانون الأوثق صلة لمشكلة تنازع القوانين في مسائل عقود المعاملات الدولية عن حلول فكرة الاختيار الإرادي لقانون العقد لهذه المشكلة، فقد أخذت القوانين بالفكرة الأولى

(1) هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص 516 .
(2) محمود ياقوت - حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص 141 .

كحل لإسناد العقد للقانون الأوثق صلة به في حالة سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد في حين اعتدت بالاختيار الإرادي كحل لإسناد الرابطة العقدية لقانون الإرادة في حالة اتفاق المتعاقدين صراحة على اختيار قانون العقد.

وذلك من منطلق أن الاختيار الإرادي هو مبدأ مستقل لا يقوم على الصلة الأوثق بالرابطة العقدية لأن اشتراط أن يأتي الاختيار الإرادي معبراً عن مركز الثقل في الرابطة العقدية يؤدي إلى هدم فكرة الاختيار الإرادي من أساسها كمعيار للإسناد في العقود الدولية(1).

من ثم يصعب التسليم بنظرية باتيفول بالنظر لازدواجية نظام الإسناد في مجال العقود الدولية والذي يقتضي التفرقة بين حالة الاختيار الصريح لقانون العقد والتي يعتد معها بهذا الاختيار وبين حالة السكوت عن هذا الاختيار والتي يتم معها تركيز العقد، وهو الأمر الذي انتهى إليه القضاء الفرنسي المعاصر تماشياً مع نصوص معاهدة روما لسنة 1980م بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية التي أصبحت جزء من القانون الفرنسي اعتباراً من تاريخ نفاذها عام 1991م حيث خولت الاتفاقية للمتعاقدین حق اختيار قانون العقد دون أن تشترط في هذا القانون أن يأتي معبراً عن مركز الثقل في العلاقة العقدية(2).

حيث أن تجاهل الاختيار الصريح بدعوى أن دورها يقتصر على التوطن أو تركيز العقد في مكان معين سيؤدي إلى تحويل القاضي سلطة تصحيح الاختيار الإرادي لقانون العقد في كل مرة لا يأتي فيها هذا الاختيار معبراً عن مركز الثقل في الرابطة العقدية وهو الأمر الذي يخالف إرادة المتعاقدين وخرقاً لقاعدة الإسناد المستقرة في التشريعات الحديثة .

ولم تجد بالتالي نظرية باتيفول مجالاً لتطبيقها إلا في حالة سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح لقانون العقد مما دعا باتيفول للتراجع عن موقفه السابق في اعتبار

(1) هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص 526.

(2) محمود ياقوت - الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية - مرجع سابق - ص 149.

اختيار المتعاقدين الصريح لقانون العقد مجرد عنصر من عناصر تركيز الرابطة العقدية لا يلزم القاضي إذا ما شكل خروجاً على مقتضيات التركيز المكاني للعقد واعتداده بالتالي بالاختيار الصريح لقانون العقد ، حيث خول للمتعاقدين حق الاختيار بين القوانين التي ترتبط بالعقد بصلة معقولة أي الاختيار بين القوانين التي ترتبط بأي من الأحداث المادية التي تحيط بالعقد وذلك تأكيداً لفكرته الأساسية في اعتبار الاختيار الصريح لقانون العقد ضرباً من ضروب التركيز الموضوعي للعقد(1).

والملاحظ أن باتيفول لم يوفق في توحيد الإسناد في العقود على أساس فكرة التركيز الموضوعي لأنه انتهى إلى توحيد يقوم على أساس إرادي حيث اعتد بالإرادة الصريحة وإن جاءت مخالفة لمركز الثقل في الرابطة العقدية بشرط توافر صلة معقولة بين القانون المختار والعقد وهذا ما دفع البعض للقول بأن تركيز العقد لدى باتيفول أصبح تركيز معنوي وليس مادي أو مكاني.

بل حتى في حالة السكوت انتهى باتيفول إلى الاكتفاء بالإرادة المحتملة عند تركيزه للرابطة العقدية ليتماشى بذلك مع أحكام القضاء الفرنسي ، حيث أن نظرية باتيفول في تطورها اللاحق لم تعد سوى صياغة جديدة لمبدأ تطبيق الإرادة على العقود لعل ذلك ما دفع الفقه إلى وصف هذه النظرية بأنها أقرب للتركيز الشخصي منه إلى التركيز الموضوعي(2).

وبالرغم كل الانتقادات التي وجهت لنظرية باتيفول إلا أنه كان لهذه النظرية الفضل في التغلب على مشكلتين جوهريتين الأولى هي مشكلة القانون الذي يتعين الرجوع له في شأن القانون الذي يحكم اتفاق المتعاقدين على اختيار قانون العقد والتي انقسم الفقه حولها إلى اتجاهين الأول يرى إخضاع هذه المسألة للقانون الذي يحكم العقد الأصلي

(1) محمود ياقوت - الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية - مرجع سابق - ص 150.

(2) هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص 530.

أي قانون الإرادة ويترتب عليه الوقوع في حلقة مفرغة على أساس أن القانون المختار يستمد اختصاصه من سلطان الإرادة بينما تستمد الإرادة قوتها الملزمة من هذا القانون.

أما الثاني يرى تطبيق قانون القاضي على صحة اتفاق الاختيار حتى يتجنب الوقوع في الحلقة المفرغة حيث أن اتفاق الاختيار مجرد ضابط إسناد في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية التي يتضمنها قانون القاضي مما يبرر تطبيق هذا القانون على صحة اتفاق الاختيار، ويرى باتيفول إنه يمكن الاستغناء عن عقد الاختيار من الأصل عند أعمال نظرية التركيز الموضوعي من منطلق أن دور الإرادة ينحصر في مجرد تركيز العقد في مكان معين ولا شأن لها باختيار القانون الواجب التطبيق وعملية التركيز المكاني بهذه الكيفية ليست عملية قانونية إنما مسألة واقع بالتالي فالطبيعة الواقعية للتركيز الموضوعي تغني عن الحاجة لعقد الاختيار⁽¹⁾.

أما المشكلة الثانية فهي الاعتراض على الفرض الذي يختار فيه المتعاقدون قانون يبطل تعاقدهم ويقرر باتيفول أنه ليس من الغريب أن يفضي القانون المختار إلى بطلان العقد، حيث أن البطلان ليس مرجعه القانون المختار إنما أعمال حكم القواعد الآمرة في قانون المكان الذي تركزت فيه العلاقة التعاقدية فالأطراف يقومون بتعيين مقر العقد وليس تعيين القانون الذي يحكمه ومتى تعين هذا المقر سرت أحكامه على العقد حتى ولو أدت لبطلانه⁽²⁾.

رأينا كيف أن للإرادة دور مختلف حسب نظرة الفقه لها فالنظرية الشخصية بالغت في احتضان هذه الإرادة وفي تقديس حرية الفرد مستنده في ذلك على مبدأ سلطان الإرادة، لتصل إلى الحد الذي تفلت فيه الإرادة من سلطان القانون وتنزل هذا القانون بدوره منزلة الشروط التعاقدية في حين أن النظرية الموضوعية اعترفت بقدرة الإرادة

(1) محمود ياقوت- حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي - مرجع سابق - 146 هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص 522 وما بعدها.

(2) محمود ياقوت- مرجع سابق - ص 147 . هشام صادق - مرجع سابق- ص 531.

على اختيار القانون لحكم الرابطة العقدية بشرط احتفاظه بصفته القانونية وخضوع الإرادة للأحكام الأمرة فيه.

بالتالي معالجة مشكلة تنازع القوانين دون أن نصل لحد تحرير العقد وإفلاته من حكم القانون وبين هذه النظرية وتلك نود البحث في موقف القانون الليبي من هذا الخلاف بين النظريتين وهو ما نلقي عليه الضوء بالدراسة في المطلب التالي.

المطلب الثالث

موقف القانون الليبي من النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية .

تمهيد:

نظم القانون الليبي مسألة القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة (1/19) من القانون المدني الليبي التي تنص على أن:

" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا موطناً ، سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه " .

نجد أن نص المادة (1/19) قد تضمن ضوابط الإسناد التي تشير إلى تطبيق قانون الموطن المشترك أو قانون بلد الإبرام ما لم تحدد إرادة الأطراف قانوناً آخر ليطبق على العلاقة التعاقدية الدولية ، وإن كان ظاهر النص يوحي بتطبيقه على آثار العقد دون تكوينه ، إلا أنه بالرجوع للأعمال التحضيرية لهذا النص في القانون المدني المصري باعتبار أن القانون الليبي قد استوحاه من نص المادة (1/19) من القانون المدني المصري التي تؤكد سريانه على كافة أركان الرابطة العقدية سواء تكوينها أو آثارها إي أخذ بفكرة وحدة القانون الذي يحكم العقد.

ومع ذلك ليس في نص المادة (1/19) ما يمنع من إخضاع العقد الدولي للتجزئة بشرط عدم الإخلال بالانسجام المطلوب بين أركان الرابطة العقدية من ناحية وعدم الإفلات من الأحكام الآمرة للقوانين المتصلة بالعقد من ناحية أخرى، فنجد القانون الليبي نص على إمكانية استبعاد أهلية المتعاقدين من تطبيق قانون الإرادة وإخضاعه لقانون الجنسية وشكل العقد وإخضاعه لقانون بلد إبرامه متماشياً في ذلك مع ما نصت عليه القوانين المعاصرة.

فالقانون الليبي أخذ بمبدأ تطبيق قانون الإرادة فأخضع العقد الدولي للقانون الذي يتفق عليه المتعاقدان، وهذه تمثل الإرادة الصريحة أو للقانون الذي يبين من الظروف أن المتعاقدان قد أرادا تطبيقه وهذه تمثل الإرادة الضمنية، منتهجاً في ذلك مسلك الفقه الغالب في القانون الدولي الخاص وسأوى القانون الليبي بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية شريطة أن يكون قانوناً داخلياً لدولة معينة.

أما في حال غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية فقد تولى القانون بنفسه النص على ضوابط إسناد احتياطية لحكم الرابطة العقدية، حيث نص على إخضاعها لقانون الموطن المشترك متى اتحد المتعاقدان في الموطن أو لقانون الدولة التي أبرم فيها العقد إذا ما اختلف المتعاقدان في الموطن.

أي أنه إذا تصدى المتعاقدون لاختيار قانون العقد، فإن العقد يخضع لحكم القانون المختار أما إذا سكتوا عن الاختيار الصريح أو الضمني فإن القاضي يتولى تركيز الرابطة العقدية وفق ضوابط محددة بصفة مسبقه في القانون، كما فعل القانون الليبي أو يخضعها للقانون السائد في مركز ثقل الرابطة العقدية في حالة عدم تحديد ضوابط احتياطية من قبل القانون.

بالتالي قد اختلفت مواقف القوانين الداخلية في إسنادها للرابطة العقدية عند سكوت الإرادة تماماً عن تحديد قانون العقد حيث اتجه البعض للإسناد الجامد كما فعل القانون الليبي ، حيث احتاط للحالة التي لا يتم فيها الاختيار لا صراحة ولا ضمناً بأن نص على ضوابط إسناد احتياطية تطبق على التوالي هي قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون بلد الإبرام.

مثل هذه الضوابط الجامدة وإن كانت تحقق الأمان القانوني للمتعاقدين حيث تضمن لهم العلم المسبق بالقانون الذي سيحكم العقد عند سكوتهم عن الاختيار ويحمي

التوقعات المشروعة للمتعاقدين ، إلا أنه يؤخذ عليها تجاهلها لتنوع الروابط العقدية و الظروف المحيطة بكل حالة على حده وتعارضها مع فكرة القانون الأوثق صلة بالعقد (1).

وإن كان هذا الاتجاه يكفل تحقيق العدالة على نحو أفضل من الإسناد الجامد للرابطة العقدية إلا أن خطورته تكمن في تضحيته بالأمان القانوني للمتعاقدين حيث يتعذر عليهم العلم المسبق بما ستنتهي إليه المحكمة في شأن تحديد القانون الذي سيحكم العقد.

لعل هذا ما دفع القوانين الحديثة و أيضا اتفاقية روما لسنة 1980م بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية إلى اعتناق نظرية الأداء المميز عند إسناد الرابطة العقدية في حالة السكوت عن إختيار قانون العقد ، وتقوم فكرة الأداء المميز على التركيز الموضوعي للعقود في ضوء طبيعتها الذاتية بصرف النظر عن ظروف وملابسات كل حالة على حده ، مما يسمح بإسناد العقد باعتباره إسناداً مسبقاً يتسم بالوضوح ويصون توقعات المتعاقدين ، واختلاف الإسناد لا يتردد إلى تنوع ظروف التعاقد وملابساته الواقعية إنما إلى طبيعة الرابطة العقدية ومحل الأداء المميز فيها وهو ما يكفل للمتعاقدين العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق على العقد المزمع إبرامه (2).

وبناءً على ذلك نجد إن في القانون الليبي يمكن إسناد الرابطة العقدية في حالة سكوت المتعاقدين عن إختيار قانون العقد صراحة، بأن يحدد هذا القانون وفقاً لظروف كل حالة على حده استناداً إلى العناصر المحيطة بالعقد والتي تمثل مركز الثقل فيه ، أما عن الضوابط الاحتياطية التي نص عليها القانون والمتمثلة في قانون الموطن المشترك أو قانون بلد الإبرام فيلجأ إليهما القاضي متى غم عليه الأمر، و لم يتمكن في ضوء ظروف التعاقد من الوصول إلى العنصر الذي يمثل مركز الثقل في العقد وهذا الاتجاه يتوافق والاتجاهات الفقهية والقضائية المعاصرة التي تسعى لمزيد من المرونة في إسناد العقود بما يتلاءم و الاختلاف في طبيعة هذه العقود.

(1) هشام صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - مرجع سابق - ص 549 وما بعدها.

(2) محمود ياقوت - حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص 155.

وإن كان قانون الموطن المشترك للمتعاقدین غالباً ما يكون هو نفسه موطن المدين بالأداء المميز في ذات الوقت مما لا يبتعد كثيراً عن الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص ، إلا أن الغالب في التجارة الدولية اختلاف موطن المتعاقدین مما يستوجب على القاضي تطبيق قانون بلد الإبرام والذي قد يتحدد بناءً على محض الصدفة بالتالي لا تصلح أساساً لتحديد القانون الأوثق صلة بالعقد.

ونادى بعض الفقه الحديث في مصر باعتماد نظرية الأداء المميز استناداً للإرادة الضمنية حيث يستطيع القاضي أن يصل إلى الحل الذي تملئها نظرية الأداء المميز باسم الإرادة الضمنية للمتعاقدین حيث يمكن أن يعطل العمل بالضوابط الاحتياطية للإسناد ليسند العقد لقانون محل إقامة المدين بالأداء المميز تحت ستار الإرادة الضمنية مستشهداً في ذلك بعبارة " ما لم يبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه" بالتالي يترك للقاضي حرية البحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد دون التوقف الجامد عند مقتضى ضوابط الإسناد الاحتياطية(1).

وبإمعان النظر في نص المادة (1/19) من القانون المدني الليبي نجد أنه انتهج فكر النظرية الموضوعية حيث يخضع الرابطة العقدية عند الاختيار الإرادي لقانون العقد للقواعد الآمرة في القانون المختار ، أسوة بمسلكه عند سكوت الإرادة عن الاختيار، وعليه فخضوع العقد في الحالتين لحكم القانون هو جوهر النظرية الموضوعية سواء تم تحديد قانون العقد بمقتضى ضابط شخصي هو إرادة المتعاقدین، أو بناءً على ضوابط موضوعية يتم من خلالها تركيز الرابطة العقدية عند سكوت المتعاقدین عن اختيار قانون العقد.

فالعقد لا يفلت في الحالتين من سلطان القانون بالتالي فاختيار المتعاقدین للقانون الواجب التطبيق هو اختيار تنازعي يتمشى مع الدور الذي حدده القانون للإرادة بمقتضى قاعدة التنازع ومن ثم تخضع إرادة المتعاقدین للقانون المختار ولا تقوى على الخروج عن أحكامه الآمرة ، حيث تمثل قواعد النظام العام وكذلك القواعد ذات

(1) محمود محمد باقوت - حرية المتعاقدین في اختيار قانون العقد الدولي - مرجع سابق - ص 156 .

التطبيق المباشر أو قواعد البوليس كما يسميها البعض قيوداً على تطبيق قانون الإرادة حيث يلعب النظام العام دوراً وقائياً باستبعاد القواعد التي تصطدم بالنظام العام في دولة القاضي وهذا يعني أنها تفترض أعمال قاعدة الإسناد مسبقاً وإذا ما أدى تطبيقها إلى سريان قانون دولة معينة لحكم العلاقة موضوع النزاع وكانت القواعد المادية بهذا القانون مخالفة لقواعد النظام العام بدولة القاضي فإنها تستبعد(1).

وعلى خلاف ذلك بالنسبة للقواعد ذات التطبيق الفوري فهذه القواعد رغم طبيعتها الآمرة إلا أنها تتعلق بأمر من الأمور التي تمس نظام الدولة الاجتماعي والاقتصادي، فهي تمس النظام العام ولكنها تلعب دوراً إيجابياً حيث تطبق فوراً ومباشرة على أي علاقة تدخل ضمن نطاق سريانها بغض النظر عن العنصر الأجنبي الذي تحتويه هذه العلاقة و دون البحث عن قاعدة الإسناد واجبة التطبيق بهدف توفير الحماية لأسس النظام الاقتصادي والاجتماعي لدولة القاضي(2).

وهذا ما طبقته المحكمة العليا في حكمها الصادر في 10 إبريل 1977 بخصوص نزاع يتعلق بعقد تأمين على باخرتين ليبيتين مملوكتين لشركة ليبية لدى شركات تأمين إيطالية في مدينة جنوا ، حيث نعى الطاعن على الحكم المطعون فيه أنه قضى بإلزامه بصفته بدفع قيمة وثيقتي التأمين على الباخرتين المملوكتين له ، وذلك بالمخالفة لنص المادة الأولى من القانون رقم 131-1970 بشأن الإشراف والرقابة على شركات التأمين التي نصت على "...ولا يجوز التعاقد على أية عمليات تأمين مباشر على أموال أو ممتلكات أو التزامات داخل الجمهورية...إلا لدى شركات مسجلة طبقاً لأحكام هذا القانون".

واعترفت المحكمة العليا هذا النعي في محله فمؤدى هذا النص أنه شرط لصحة عقد التأمين أن يبرم مع شركة مسجلة طبقاً لأحكامه طالما كان المال موضوع التأمين داخل البلاد " و أن هذا النص " نص أمر متعلق ببناء الدولة الاقتصادي ونظم التأمين

(1) علي حمدي حلس -النظام العام ومسألة استبعاد القانون الأجنبي - منشورات جامعة الدول العربية - قسم الدراسات القانونية - القاهرة - ط 1 - 2009 ص 29 وما بعدها.

(2) أحمد عيد الكريم سلامة - القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص - ط1 - دار النهضة العربية - القاهرة -س 1985 - ص 26 وما بعدها.

فيها ولا يجوز الاتفاق على مخالفته و إلا كان العقد باطلا ولو انعقد في دولة أجنبية " وبذلك يكون هذا التطبيق قيد على أعمال قواعد الإسناد حيث علقت المحكمة بقولها "وإن كان الأصل أن موضوع العقد يخضع للقانون الذي يحدده المتعاقدان أو الموطن المشترك أو بلد الإبرام على نحو ما نصت عليه مادة (1/19) من القانون المدني ما دام أن هذا العقد يتعلق بالمعاملات المالية إلا أنه إذا كان العقد متعلق بأمر من الأمور التي تمس نظام الدولة الاجتماعي أو الاقتصادي فإن العقد يخضع لقانون القاضي ولا يجوز الرجوع إلى قواعد الإسناد ولا يطبق في شأنها أي قانون آخر" (1).

وبالرغم أن ليبيا تعتبر من بين الدول التي تمثل تربة خصبة للمنازعات ذات العنصر الأجنبي إلا أن سجلات المحكمة العليا لا تعكس ذلك ، فمنذ إنشاء المحكمة العليا في النصف الثاني من القرن الماضي إلى يومنا هذا بالكاد تتجاوز القضايا التي عرضت عليها أصابع اليد و لا يتعلق أي منها بالقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي (2) ويرجع ذلك إلى تفضيل الأطراف في العقود الدولية اللجوء لقضاء التحكيم .

(1) حكم المحكمة العليا 10-إبريل-1977 أشار إليه أحمد بوزقية - دراسات في المرافعات الداخلية والدولية وأبحاث أخرى - مجلس الثقافة العام - س 2008 ط 1- ص 308 وما بعدها .
(2) أحمد بوزقية - دراسات في المرافعات الداخلية والدولية وأبحاث أخرى - مرجع سابق - ص 137 وما بعدها .

الخاتمة

أقرت التشريعات الحديثة بتأكيد حق الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم العقد غير أن إطلاق مبدأ الحرية للإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي لا يعبر في حالات كثيرة عن فهم واضح لحقيقة هذا المبدأ في نطاق عقود التجارة الدولية فتحت نطاقه توجد جوانب كثيرة مظلمة يتم إهمالها بقصد إبعاد أي تشويه لصورته الجميلة التي طبعت في الأذهان ، لكن عندما تتفاقم المشكلات وتتعدّد خيوطها فإن إخراج هذه الجوانب المعقدة للنور ومحاولة إيضاحها يعد أمراً حتمياً ، حيث أنه من خلال هذه الدراسة ثارت العديد من المشكلات التي أثارت الكثير من اللبس وتعددت بشأنها الآراء والاتجاهات مكونة العديد من النتائج على النحو الآتي :

1. قد استقر الفقه الغالب على الاعتداد بالمعيار القانوني الذي يتخذ من وجود الصفة الأجنبية دليلاً على دولية العقد ، شريطة أن يكون عنصراً مؤثراً ليكون معياراً للترقية بين العقد الدولي والعقد الداخلي باعتبار أن مسألة تحديد معيار الدولية تعد مسألة أولية في مجال أعمال قانون الإرادة.
2. يختلف دور الإرادة في مواجهة القانون باختلاف المنهج المتبع في تطبيقها ومن خلال هذه الدراسة تبين أنه يتعين الأخذ بالمنهج الموضوعي أي بوحدة النظام الذي يحكم العقود الدولية، فهي تخضع لحكم القانون الذي تشير به قواعد الإسناد ولا تندمج في العقد سواء كان تحديد هذا القانون قد تم بمقتضى ضابط شخصي وهو إرادة المتعاقدين أو ضوابط موضوعية يتم من خلالها تركيز الرابطة العقدية عند سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد وفي الحالتين لا يفلت العقد من حكم القانون.
3. ويكون الاختيار الإرادي اختياراً تنازعيًا عندما تنقيد الإرادة بالدور الذي حوله لها القانون بأن لا تكون إرادة الأطراف طليقة عند الاختيار، بالتالي يقتضي أن يتم اختيارهم من بين القوانين التي تتزاحم لحكم الرابطة العقدية وإذا اختار المتعاقدون قانوناً منبث الصلة بالعقد فإن هذا الاختيار يكتسب طابعاً

مادياً تنزل أحكام القانون المختار منزلة الشروط العقدية، ويتعين على القاضي أن يرجع إلى ضوابط الإسناد الاحتياطية التي تضمنتها قاعدة الإسناد.

4. التنازع لا يقوم إلا بين القوانين الداخلية للدول المختلفة التي ترتبط بالرابطة العقدية فالقانون الدولي الخاص يهدف أساساً للتنسيق بين الأنظمة القانونية الداخلية ، بالتالي دور قواعد التنازع في قانون القاضي يقتصر على الإشارة إلى أكثر القوانين الداخلية مناسبة لحكم الرابطة المطروحة والأمر يجري على خلاف ذلك أمام قضاء التحكيم، حيث لا يتردد في تطبيق قواعد القانون التجاري الدولي والتي تعد الأعراف وعادات التجارة الدولية السائدة في نطاق الأسواق العابرة للحدود أهم مكوناته حيث تطبق مباشرة دون حاجة للرجوع لمنهج التنازع ، وإن كان القضاء الداخلي لا يطبق قواعد القانون التجاري الدولي بوصفها قانون العقد كما يفعل المحكمون إلا أنه يعترف بهذا الوضع بطريق غير مباشر حين يسمح بتنفيذ أحكام المحكمين التي طبقت هذه القواعد.
5. اختيار قانون العقد يمكن أن يكون معاصراً لإبرامه أو في مرحلة لاحقة على إبرام العقد مما قد يؤدي لتغيير القانون الذي كان يختص بحكم الرابطة العقدية عند التعاقد، على أن الاعتداد بهذا التغيير يجب ألا يتعارض مع حقوق الغير.
6. يحق للمتعاقدین اختيار أكثر من قانون لحكم العقد الأمر الذي يؤدي إلى تجزئته بشرط عدم إخلالها بانسجام الرابطة العقدية من ناحية أو التهرب من الأحكام الأمرة في القوانين المتصلة به من ناحية أخرى، بالرغم أن الفقه الغالب يفضل إخضاع العقد لوحدة قانونية واحدة.

ومن المتصور أن تتم التجزئة بإرادة القاضي وذلك عندما يقدر القاضي أعمال إحدى القواعد ذات التطبيق المباشر أو الضروري على جانب من جوانب العقد وتظل الجوانب الأخرى خاضعة لقانون العقد، ذلك أن القاضي ملزم بالرجوع إلى قواعد ذات التطبيق الضروري أو المباشر إذا لا وجه للرجوع إلى القانون الواجب التطبيق إلا في صدد المسائل التي لا تدخل في نطاق سريان القواعد ذات التطبيق المباشر.

7. تعايش المنهج المباشر مع منهج التنازع أصبح حقيقة تؤكد المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص المعاصر ولا يوجد في القانون الليبي ما يمنع من الأخذ بهذا التوجه.

ونخلص من هذه النتائج إلى جملة من المقترحات نجملها على النحو التالي:

1. عدم ملائمة التشريعات الداخلية الحالية لمتطلبات التجارة الدولية ذلك أن هذه القوانين وجدت أصلاً لحكم العلاقات والروابط العقدية الداخلية لذا يجب العمل على تطوير هذه التشريعات بما يتلاءم والطبيعة الخاصة لهذه العقود الدولية ، فقاعدة الإسناد تستخدم الحلول التي تقدمها هذه القوانين فالنقد يجب أن يوجه لتلك القوانين وليس لقاعدة الإسناد.
2. يجب إيجاد نظام قانوني جديد يخضع له العقد الدولي بصفة مستقلة عن العقود الداخلية لتواكب الوثبات السريعة للحياة التجارية الدولية والعقود المستحدثة في التجارة العالمية ، مما يعني قبول تعدد النظم القانونية والاعتراف بصلاحيات مصادر أخرى للقانون غير تلك التي تستقى منها قواعد مختلف النظم القانونية.
3. العقد الدولي يقتضي نظاماً قانونياً ومعاملة أكثر يسراً من العقود الداخلية ولكن يجب أن لا يفلت بسبب ذلك من رقابة القانون والقاضي الذي يفصل في المنازعة و ذلك من أجل حماية حقوق الغير والمصالح العامة لكل مجتمع يرتبط بالعقد و لتجنب استغلال الطرف الضعيف في العقد و عدم مخالفة النظام العام .
4. يجب عدم المغالاة في إعطاء الحرية للمتعاقدين في تنظيم عقودهم لكي لا نصل إلى تحرر العقد الدولي من الخضوع للقانون.
5. إن القول بوجود قانون تجاري دولي ذاتي ومستقل عن القوانين الوطنية يجد أساسه في الأعراف وعادات التجارة الدولية يمكن تطبيقه أمام قضاء التحكيم

لا يطابق الواقع ، ذلك إنه مازال في الطور الأول لتكوينه و لم يكسب بعد
صفة النظام القانوني المتكامل حيث يشوبه الكثير من النقص والثغرات.

تم بحمد الله

قائمة المراجع

أولاً / الكتب العامة .

1- أحمد عبدالكريم سلامة .

الأصول في التنازع الدولي للقوانين – الطبعة الأولى – دار النهضة العربية- القاهرة
– بدون سنة نشر.

2- أحمد عشوش .

- تنازع منهج تنازع القوانين (دراسة مقارنة) - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية
- القاهرة – 1985.

3- أحمد عمر بوزقية .

دراسات في المرافعات الداخلية والدولية وأبحاث أخرى - الطبعة الأولى - منشورات
مجلس الثقافة العام – 2008 .

4- سالم إرجيعه .

القانون الدولي الخاص الليبي - الجزء الأول - تنازع القوانين من حيث المكان –
الطبعة الرابعة - المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية -2007.

5- عكاشة محمد عبد العال .

تنازع القوانين – دراسة مقارنة –الطبعة الأولى – دار الجامعة الجديدة –
الإسكندرية-2007.

6- محمد علي البدوي .

النظرية العامة للالتزام – الجزء الأول – مصادر الالتزام - منشورات المركز
القومي للبحوث والدراسات العلمية – 1999.

7- هشام علي صادق .

تنازع القوانين - الطبعة الثالثة - منشأة المعارف - الإسكندرية - 1974.

ثانياً / الكتب المتخصصة .

1-- إبراهيم زمزمي .

القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية - الطبعة الأولى - القاهرة - 2000 .

2 - أحمد عبد الكريم سلامة .

-القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - 1985 .

- نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة 1989 .

قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية - القانون الواجب التطبيق وأزمته) - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - 2001 .

3- أحمد عشوش .

- النظام القانوني لعقد القرض الدولي - دراسة مقارنة - مؤسسة شباب الجامعة - الإسكندرية - 1990.

- قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة - الطبعة الأولى - مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية - 1990.

4- أحمد محمد الهواري .

حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص – الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة - 2000.

5- حسام عبد الغني الصغير .

تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع – الطبعة الأولى – دار الفكر الجامعي – الإسكندرية- 2002.

6- حفيظة السيد الحداد .

- العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها و النظام القانوني لها) الطبعة الأولى، دار النهضة العربية - القاهرة - 1996.

7- صالح المنزلاوي .

القانون الواجب التطبيق على قانون التجارة الإلكترونية – الطبعة الأولى- دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - 2006

8- طرح البحور علي حسن .

تدويل العقد (دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما /19 يونيو / 1980) الطبعة الأولى - منشأة المعارف – الإسكندرية - 2000 .

9- علي حمد حلس .

النظام العام و استبعاد القانون الأجنبي – الطبعة الأولى - منشورات جامعة الدول العربية – قسم الدراسات القانونية - القاهرة - 2009.

10- محسن شفيق .

عقود نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية- الطبعة الأولى - مطبعة جامعة القاهرة-
1984 .

11 - محمد محسوب .

نظرية قانون التجارة الدولي بين الوهم والحقيقة – الطبعة الأولى- دار النهضة
العربية – القاهرة- 2003.

12- محمود الشرقاوي .

العقود التجارية الدولية – دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع - الطبعة الأولى –
دار النهضة العربية – القاهرة - 1992.

13- محمود محمد ياقوت .

- حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي (بين النظرية والتطبيق) الطبعة
الأولى - منشأة المعارف – الإسكندرية- 2000.

- الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية _ الطبعة
الأولى – دار الفكر الجامعي_ الإسكندرية- 2004.

14- هشام خالد .

ماهية العقد الدولي – الطبعة الأولى – منشأة المعارف – الإسكندرية- 2007 .

15- هشام علي صادق .

- مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني – منشأة المعارف – الإسكندرية-
1968.

- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية – الطبعة الثانية - دار الفكر الجامعي – الإسكندرية -2001 .

ثالثا / الدوريات والرسائل والأبحاث .

1- أحمد القشيري .

- الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية - المجلة المصرية للقانون الدولي سنة 1965 - مجلد 21 .

2- أحمد عبدالكريم سلامة .

- شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية- المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد 43 السنة 1987 .

- المسائل الأولية ونظرية التنازع الدولي بين القوانين – المجلة المصرية للقانون الدولي - العدد 47 . السنة 1991 .

3 – سالم إرجيعه .

مبدأ سلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص – بحث تأصيلي لمبدأ سلطان الإرادة – (نشأته – تطوره – انتكاسه) غير منشور - ألقى على طلبة الدراسات العليا – جامعة بنغازي- للعام الدراسي 2008-2009.

4- سلامة فارس عرب .

وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية – غير منشورة - رسالة لنيل درجة الدكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة 1998 .

5- محمود محمد ياقوت .

- الاختيار المتعدد لقانون العقد الدولي- مجلة روح القوانين – كلية الحقوق جامعة طنطا – العدد 21 السنة 2000.

- التطور التاريخي لقاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة – مجلة روح القوانين كلية الحقوق – جامعة طنطا – الجزء الثاني العدد 22 السنة يناير 2001.

- معايير دولية العقد – مجلة روح القوانين – كلية الحقوق جامعة طنطا – العدد 21 السنة أبريل 2001 .

6- مجلة المحكمة العليا – سنة 14 العدد 2 يناير 1978 .

7- منير عبد المجيد .

مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف في العقود الدولية الخاصة – مجلة المحاماة – العددان 7،8- سبتمبر، أكتوبر 1991- السنة 71- العدد 42.

8- نرمين محمد صبح .

- مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية- رسالة نيل درجة الدكتوراه – كلية الحقوق جامعة عين شمس- السنة 2002- 2003 .

9- هشام صادق .

القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية – مجلة الدراسات القانونية – كلية الحقوق – جامعة بيروت _ العدد الأول – السنة 2000 – منشورات الحلبي.

68	المطلب الثاني : التوسع في إسناد العقد الدولي في ظل تطور العلاقات الخاصة الدولية .	13
70	الفرع الأول / مصادر القواعد المادية في القانون الدولي الخاص .	14
71	أولاً / القواعد المادية ذات المصدر الداخلي .	
76	ثانياً / القواعد المادية ذات المصدر الدولي .	
81	الفرع الثاني / مفهوم القانون الذي يحكم العقد الدولي في ضوء الإتجاهات في القانون الدولي الخاص .	15
86	الفصل الثاني دور الإرادة في تحديد قانون العقد الدولي وفق النظرية الموضوعية .	16
	تمهيد وتقسيم :	
88	المبحث الأول / خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة وفقاً لمنهج التنازع .	17
	تمهيد وتقسيم :	
90	المطلب الأول / المقصود بقانون العقد الدولي وفق منهج التنازع .	18
92	القانون الذي يحكم إتفاق المتعاقدين على إختيار قانون العقد الدولي .	
96	الأختيار الصريح والأختيار الضمني لقانون العقد الدولي .	
99	النطاق الزمني لإختيار قانون العقد الدولي .	
102	المطلب الثاني / النتائج المترتبة على الإختيار التنازعي لقانون العقد الدولي .	19
102	أولاً / إحتفاظ القانون المختار بصفته القانونية .	
102	ثانياً / إمكانية إبطال العقد الدولي وفقاً لأحكام القانون المختار .	
104	ثالثاً / إشتراط توافر الصلة بين القانون المختار والعقد الدولي .	
111	رابعاً / الإعتداد بالتعديلات التشريعية اللاحقة .	
113	خامساً / رفض الإحالة .	
114	سادساً / مدى حرية المتعاقدين لإختيار أكثر من قانون لحكم العقد الدولي .	
118	المبحث الثاني / النظرية الموضوعية وخضوع العقد الدولي للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية .	20
	تمهيد وتقسيم :	
120	المطلب الأول / الإختيار المادي وخضوع العقد الدولي للقانون السائد في مركز نقل الرابطة العقدية .	21
124	المطلب الثاني / الأختيار التنازعي وخضوع العقد الدولي للقانون السائد في مركز نقل الرابطة العقدية .	22
132	المطلب الثالث / موقف القانون الليبي من النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية .	23
138	الخاتمة	24