

بحث بعنوان

مبدأ اختصاص قانون الإرادة

في مجال عقود المشاركة الزمنية ذات الطابع الدولي

إعداد الباحث

زينب راشد حسن طلبه

باحث دكتوراه بقسم القانون الدولي الخاص

كلية الحقوق – جامعة أسيوط

المقدمة

فى ظل الإنفتاح الإقتصادي، وتزايد الحركة الإقتصادية بين الدول، ظهرت على الساحة عقود قانونية وتجارية جديدة، بدأت من الدول الأوروبية، وتم تطبيقها وإمتدادها إلى الدول العربية بشكل عام، هذه العقود تسمى بعقود تقسيم الوقت، وتؤدي هذه العقود بصفة خاصة دوراً مهماً، على صعيد المبادلات الاقتصادية والتجارية، سواء كانت هذه المبادلات ذات طابع وطني أم دولي، وذلك بإعتباره الوسيلة الفنية اللازمة لإتمام مختلف العلاقات الإقتصادية، والتجارية، أياً كانت صفة هذه العلاقات، فالعقود الدولية : هي أداة تسيير التجارة الدولية، ووسيلة المبادلات عبر الحدود، وتختلف قواعد الإسناد التى تعالج التنازع ما بين قوانين الدول المختلفة، ومن ثم يؤدي هذا إلى تعدد عوامل أو ضوابط الإسناد، التى يجرى على أساسها تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أن الذى يهمننا بهذا الصدد ، هو قواعد التنازع المتعلقة بالعقود.

ويعتبر مبدأ قانون الإرادة، من المبادئ المستقرة فى مختلف النظم القانونية حيث ترك القانون، للأفراد حرية تنظيم عقودهم وتضمينها الشروط التى تكفل تحقيق مصالحهم "وهذا هو مبدأ سلطان الإرادة" فى علاقات القانون الداخلي فإن هذه الحرية، إنتقلت إلى العلاقات ذات العنصر الأجنبي، فلهم فى نطاق العقود الدولية، حرية إختيار القانون الذى يحكم تصرفاتهم الإرادية، فهذه العقود تخضع فى تكوينها وشروطها أو آثارها لقانون أو نظام قانوني معين، هو نظام قانون مبدأ الإرادة فى العقود الدولية، وإذا كان هذا المبدأ قد أستقر فى الفكر القانوني لدى سائر النظم القانونية الوضعية.

أهمية البحث:

نظراً لأهمية هذه الدراسة فى مدى إنتشار عقود المشاركة بالوقت، حيث أصبح هذا العقد فى الغالب عقداً دولياً، مع تعدد الصيغ التى تطلق عليه، مما أثير بالتبعية للصعوبات

المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، ومنها تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود تقسيم الوقت، إذ يتضح. وفقاً للقاعدة العامة. بناء الاختصاص القانوني بشأن هذه العقود على ضابط الإسناد المعروف بقانون موقع المال، بإعتبار أن هدف عقود المشاركة الزمنية، الرئيسي هو الإنتفاع بوحدة سكنية لمدة زمنية معينة، وبالتالي فالمحل يرد على وحدة عقارية، ولكن بالنظر للطبيعة الذاتية والخاصة لنظام المشاركة الزمنية، فقد تم التخفيف من حدة هذا المبدأ، والضابط السابق المتعلق بقانون موقع العقار لصالح قانون الإرادة، بإعتباره إستثناء، نظراً لطبيعة العقد ولحماية الطرف الضعيف من استغلال الشركات القائمة على إدارة المشروع السياحي.

ومن هنا اكتسبت هذه الدراسة المتخصصة أهميتها، من خلال الخروج عن القاعدة العامة فى بناء الإختصاص القانوني بشأن العقود الواردة على وحدة عقارية، والمنصوص عليها فى غالبية النظم القانونية^(١) من تطبيق قانون موقع المال لصالح قانون مغاير يتوافق مع طبيعة هذه العقود متمثلاً فى قانون الإرادة.

وتبدو أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق فى الآتى :

- ١- أنه بموجب مبدأ سلطان الإرادة ، تستطيع الأطراف تحديد القانون الذى يلي كافة إحتياجاتهم وتوقعاتهم
- ٢- عند تحديد القانون الواجب التطبيق مسبقاً، يكون من الأسهل تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم أو هيئات التحكيم، حيث يكون واضحاً على أي اساس قانوني تم الحكم.
- ٣- يقوم مبدأ سلطان الإرادة على مراعات مصالح التجارة الدولية وتطويرها وتحقيق مصالحها.
- ٤- أن إعطاء الأطراف سلطة إختيار القانون، يحقق الأمان القانوني للأطراف فى العقد.

(١) وعلى سبيل المثال، نصت المادة [٢/١٩] مدني مصري على أن " قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى أبرمت فى شأن هذا العقار".

إشكالية البحث ونسأؤلاته:

تتمثل الإشكالية لهذا البحث فى تحديد مدى فاعلية مبدأ إختصاص قانون الإرادة فى عقود المشاركة الزمنية ذات الطابع الدولي وكيفية التوفيق بين حرية الأطراف فى إختيار القانون الذى يحكم العقد وبين القيود القانونية التى تفرضها القوانين الوطنية المختلفة لحماية الأطراف.

هل يحقق مبدأ قانون الإرادة العدالة والإنصاف فى هذه العقود؟ وما هي الآليات المتاحة لضمان تطبيق هذا المبدأ بشكل يتماشى مع متطلبات النظام العام الدولي؟

التساؤلات الفرعية:

(١) ما هي الأسس التاريخية والقانونية التى نشأ عليها مبدأ قانون الإرادة؟ وما هي القيود

التي تحد من تطبيقه؟

(٢) كيف يمكن للأطراف التعبير عن إرادتهم فيما يخص إختيار قانون العقد؟ وماهي

الأشكال المختلفة التى يمكن أن يتخذها هذا التعبير؟

(٣) فى حال غياب التحديد الإرادى للقانون، ما هي المعايير التى يجب إتباعها لتحديد

القانون الواجب التطبيق على عقود المشاركة الزمنية ذات الطابع الدولي؟

(٤) ما مدى ملاءمة ضوابط الإسناد الإحتياطية "المرنة" قانون مكان إبرام وتنفيذ العقد،

وقانون المدين بالأداء المميز وقانون محل الإقامة المعتاد للمنتفع، والقانون الأصح

للطرف الضعيف- فى مجال العقود المتعلقة بتقسيم الوقت.

منهجية البحث:

اعتمدنا في هذا البحث على المنهج المقارن لمعالجة إشكالية البحث عن طريق مقارنة نصوص بعض التشريعات الوطنية وكذلك في بعض الإتفاقيات الدولية، بالإضافة إلى منهج تحليلي من أجل تحليل بعض النصوص التشريعية وآراء الفقه.

خطة البحث:

- المطلب الأول: نشأة قانون الإرادة واساسه والقيود الواردة عليه.
- المطلب الثاني: التحديد الإرادي لقانون العقد [أشكال التعبير عنه]
- المطلب الثالث: تحديد قانون العقد في غياب التحديد

تمهيد:

أرهفت المذاهب والأيدولوجيات الفلسفية والإجتماعية خلال القرن التاسع عشر، حس الفكر القانوني، وحملته على الإقتناع بأن كل ما هو تعاقدى يكون عادلاً^(١) لأن جوهره الإرادة الحرة للإنسان^(٢) كما أن العقد ذاته لا قيمة أدبية أو قانونية له، إلا بإعتباره تعبيراً عن التراضي والحرية ومن التراضي يستمد العقد قوته الملزمة وعلى ذلك، فإنه في نطاق العقد " يتأتى كل حق من الفرد، كما أن كل حق يعود إليه، وعندما يضع المشرع القوانين في شأن العقود فهو لا يقصد أن يفرض على الأطراف المتعاقدين القواعد التى يسنها بخصوص الأطراف المتعاقدين القواعد التى يسنها بخصوص شروط وأثار الإتفاقات. "إن المبدأ، على العكس ، هو أن يترك لهم الحرية الكاملة".

ولقد أستقر الفقه فى تنازع القوانين على أن جوهر فكرة قانون الإرادة، هو الإعتراف لأطراف العقد بحق إختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم وعند هذا الحد يتوقف

(١) د/ احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٨٩م ص ٧.

(٢) ch. BEUDANT: le droit individuel et l'état, introduction a l'étude du droit, paris ,)
1891. P 146. et

دور إرادة الأطراف، ويخضع العقد بعد ذلك، خضوعاً كاملاً لذلك القانون^(١) والمقصود بقانون الإرادة فى تنازع القوانين بشأن العقود والتصرفات القانونية، هو ذلك القانون الذى يختاره المتعاقدان أو أصحاب العلاقة بصورة صريحة أو ضمنية، أى تطبيق الإرادة الحرة للأطراف لحكم العلاقة التعاقدية.^(٢)

لذلك كان لابد من تقسيم هذا البحث إلى ثلاثة مطالب كالآتى:

المطلب الأول: نشأة قانون الإرادة وأساسه والقيود الواردة عليه.

المطلب الثانى: التحديد الإرادى لقانون العقد [اشكال التعبير عنه]

المطلب الثالث: تحديد قانون العقد فى غياب التحديد الإرادى.

المطلب الأول

نشأة قانون الإرادة وأساسه

ترجع فكرة خضوع العقد للقانون الذى تحدده إرادة الأطراف إلى القرنين الثانى عشر والثالث عشر، حيث جرى فقه مدرسة الأحوال الإيطالية على إخضاع التصرف القانونى لقانون بلد إبرامه، وكان هذا القانون يحكم موضوع العقد كما يحكم شكله.

لذا سيكون تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين :

^١ (BATIFFOL: les conflits de lois en matiere de contrats, etude de droit international) prive. Compare, Paris sirey, 1938. P. 885.

^٢ (د/ احمد عبد الكريم سلامة، الأصول فى التنازع الدولى للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م، ص ١٠٥٨).

الفرع الأول

نشأة وأساس قانون الإرادة

بدأت ملامح فكرة قانون الإرادة في بدايات القرن الثالث عشر وفي ظل مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة، حيث كانت العقود تخضع لقانون الدولة التي أبرمت فيه سواء من حيث موضوعها أو من حيث شكلها حيث اعتبر شراح المدرسة الإيطالية القديمة القوانين المتعلقة بالعقود " من القوانين الإقليمية التي تسرى على كافة التصرفات القانونية التي تتم في هذا الإقليم " وذلك لسهولة تعرف جميع الأطراف على أحكام هذا القانون.^(١)، إلا أنه وفقاً لفقهاء المدرسة الإيطالية القديمة يعتبر إسناد العقود لقانون المحل إبرامه بمثابة إسناد أمر لا تملك الإرادة تغييره إذا كانت فكرة سلطان الإرادة لم تتضح بعد في ذلك الوقت.

وفي نهاية القرن الخامس عشر طرأ تطور على قاعدة مدرسة الأحوال الإيطالية حيث بقي شكل العقد محكوماً بقانون بلد الإبرام أما موضوعه فقد أصبح خاضعاً لقانون الإرادة، وقد علل أحد الفقهاء هذه القاعدة بفكرة الرضاء الضمني لطرفي العقد لتطبيق هذا القانون.^(٢) وقد قام العالم الألماني (سافيني) بعرض أفكاره حول تحليل طبيعة العلاقة القانونية وتركيزها في المكان وإعتبار اطراف تلك العلاقات قد خضعوا بإختيارهم لقانون ذلك المكان.^(٣)

وازدهرت قاعدة خضوع العقد لقانون الإدارة في القرنين (١٨ - ١٩) تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يتكون من عنصرين أساسيين هما:

١- كفاية الإرادة لوحدها لإنشاء التصرف القانوني.

(١) د/ جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ص ٤٩٣
 (٢) د/ عز الدين عبدالله ، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي، تنازع القوانين في العقد، مجلة مصر المعاصر، سنة ٦٤، العدد ٣٥٢ ، مطابع الأهرام، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٧.
 (٣) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق ص ٤

٢- قدرة الإرادة على تعيين آثار التصرف القانوني.

إلا أن هذا المبدأ قد ورد عليه، فى أوائل القرن العشرين عدة قيود أسهمت بتعيين حدوده^(١)، وذلك بفضل الإتجاهات الإجتماعية والإشترافية وتتدخل الدولة فى مجالات عديدة من النشاط التجاري والإقتصادي وتتبعاً لذلك خضعت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة لبعض القيود، ولكنها مازالت هي القاعدة التقليدية بل الأساسية فى تعيين القانون الذى يحكم العقد.

أما أساس مبدأ قانون الإرادة فهو، أن القانون قد اعترف للأطراف بحق إنشاء وتكوين عقدهم، ومعروف فى الفن القانوني، أن العقد هو نظام قانوني خاص، له القدرة على خلق قواعد قانونية وإن كانت فردية، فمن باب أولى أن يسمح القانون للأفراد بإختيار القواعد القانونية، أو القانون الذى يحكم عقدهم فمن يملك الأكثر يملك الأقل.^(٢)

ويستند هذا المبدأ أيضاً إلى إعتبرات عملية.^(٣) فهو يستجيب إلى التنوع الهائل والمعقد للعمليات التعاقدية الدولية التى تقتضى السماح للأفراد بإختيار القانون الأنسب لهم فالقانون الذى تحدده الإرادة هو الذى ينسجم مع طبيعة العلاقة التعاقدية ويحقق مصالح المتعاقدين، وهذا ما يفسر نجاح إختصاص قانون الإرادة فى التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية.

ومن ناحية أخرى، يعتبر العقد هو أداة تداول الثروات والخدمات وأطراف العقد هم أدري بالقانون الذى لا يعرقل لك التداول، ويستجيب لحركة التجارة الدولية وإزدهارها عبر الحدود.^(٤)

وقد ذهب جانب من الفقه الحديث^(١) إلى القول أن القاعدة التى تقرر للمتعاقدين حق إختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية هي قاعدة موضوعية أو مادية من قواعد

(١) د/ هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ١٦ - ٢٠.

(٢) د/ احمد عبد الكريم سلامة، الأصول فى التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص ١٠٦٤.

(٣) د/ محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين فى إختيار العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ٣٠

(٤) د/ محمد وليد هاشم المصري، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، مجلة الشريعة والقانون، تصور عن مجلس النشر العلمي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد ٢٠، يناير ٢٠٠٢م، ص ١٧٠

القانون الدولي الخاص، أي أن القاضى يطبقها مباشرة على منازعات العقود الدولية التي تعرض عليه، ونرى عدم سلامة هذا الرأي، لأن القواعد الموضوعية أو المادية تقدم الحل الموضوعي مباشرة لحل النزاع.^(٢) بالنظر إلى صفتها الدولية.

أما قاعدة قانون الإرادة فلا ينطبق عليها هذا الوصف، لأنها لا تعطي حلاً مباشراً للنزاع بل هي قاعدة إسناد غير مباشرة (وهذا من خصائص قواعد الإسناد بصورة عامة)^(٣)، وهي قاعدة إرشاد تقتصر على بيان القانون الواجب التطبيق على النزاع وكونها أصبحت شائعة في النظم القانونية كافة، فهذا الإنتشار لا يجعل منها قاعدة موضوعية لأن هذا القول، قد يؤدي إلى الإعتراف بصفة الموضوعية لبقية قواعد تنازع القوانين (كقاعدة خضوع المال العقاري لقانون موقعه، وخضوع الأهلية للقانون الشخصي،....) وإبعاد صفة الإسناد عن هذه القواعد.

الفرع الثاني

القيود الواردة على مبدأ قانون الإرادة

قانون الإرادة أصبح من المبادئ المسلم بها فقهاً وقضاءً وتشريعاً وعد ضابط الإسناد الأساسي في مسائل الإلتزامات التعاقدية، إذ يستمد هذا الضابط من عنصر السبب او الواقعة المنشئة للعلاقة بإعتبار هذا العنصر من أحد عناصر العلاقة القانونية ويعتبر مركز الثقل في

(١) د/ طرح البحور على فرج، تدويل العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ١٣٥.

(٢) هناك منهجين أساسيين يتبعان في تنازع القوانين "المنهج التنازعي - المنهج الموضوعي المادي" أنظر في تفاصيل هذه المناهج مقالة بعنوان (المناهج المتبعة في تنازع القوانين) للأستاذ عبد الحميد عشوش، منشور على الإنترنت على الموقع

<https://budsp.auiw-saida.dz.7:3> بتاريخ ٢٧/٤/٢٠٢٤

(٣) أنظر في خصائص قاعدة الإسناد، د. عصام القسبي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، ١٩٩٨م، ص ١٢٣، ص ١٢٧، وأنظر في أركان قاعدة الإسناد د/ عبدالمنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م. ص ٧٤ - ٨٤.

العلاقة التعاقدية ومن هنا جاء التركيز على إرادة المتعاقدين كضابط إسناد في الروابط التعاقدية على أساس كونه معياراً أكثر ارتباطاً بهذا العنصر من المعايير الأخرى.^(١)

وإذا كانت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، قد لاقت ترحاب وإتفاق الفقه والقضاء في مختلف بلدان العالم، فإن هذا الإتفاق لم يكن إلا ظاهرياً حيث أن واقع الأمر قد أسفر عن إختلافات عميقة في الرأي ترجع إلى النظر للدور الذي تقوم به الإرادة في إختيارها لقانون العقد.^(٢) ومن هنا بدأت الخلافات الفقهية حول القيود التي ترد على إرادة الأطراف في إختيار قانون العقد وهل هذه الإرادة حرة أم مقيدة في إختيار قانون العقد وما مدى حرية الأطراف في إختيار هذا القانون.^(٣)

وقد ترجم هذا الإختلاف في الرأي، من خلال نظريتين هما، النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية:

أولاً: النظرية الشخصية وأثرها على مبدأ قانون الإرادة:

تتعلق النظرية الشخصية من منطلق أن أطراف العقد الدولي يتمتعون بحرية كاملة مطلقة في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي، إستناداً إلى أن الأمر يتعلق بتنظيم مصالحهم الخاصة والذاتية، لذا يجب أن يقف القانون بعيداً^(٤)، فقد قدست النظرية الشخصية مبدأ سلطان الإرادة، فالإرادة المشتركة للمتعاقدین مقدسة لا يجوز المساس بها، وهذه

^(١) د/ فؤاد عبد المنعم رياض والدكتورة سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٢٥.

^(٢) د/ محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص ٧٣.

^(٣) د/ عكاشة محمد عبدالعال، قانون العمليات المصرفية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٤م، ص ١٤.

^(٤) د/ احمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص ٢٧١.

الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق لا تحتاج إلى قوة القانون فالعقد ملزم في ذاته، وهو لا يستمد هذا الإلزام من القانون، وإنما من إرادة المتعاقدين ذاتهم.^(١)

وقد بدأت ملامح هذه النظرية، تتضح كترجمة حية لفقہ "الوران" الذي يرى أن إختيار المتعاقدين لقانون العقد، يرتد إلى مطلق سلطان الإرادة متأثراً بالمدرسة الفردية ونظام الإقتصاد الحر، بوصفهما تعبيراً عن مبدأ سلطان الإرادة، ذلك المبدأ الذي يعبر عن إنعكاس الأفكار التي كانت تقدر الحرية الفردية، وتسمو فوق القانون.^(٢)

فالنظرية الشخصية: تذهب إلى أن إتفاق إرادة الأطراف المتعاقدة كافية بحد ذاتها وبصورة مجردة وتعتبر بذلك مصدراً للإلتزام، فلا يمكن القول معه بالإلزام الأطراف إخضاع عقدهم لأي قانون آخر غير القانون الذي أختاروه.^(٣) ويصبح ذلك القانون بنداً من بنود العقد وللإرادة مطلق الحرية في الخضوع لأي قانون، وإن شاءت أن لا تخضع لأي قانون، ولا يكون للقانون الذي عينته الإرادة قوة الإلزام إلا في الحدود التي رسمتها له تلك الإرادة.^(٤)

وعلى ذلك ، يندمج القانون المختار في العقد، لتصبح أحكامه مجرد شروط عقدية يستطيع المتعاقدون الإتفاق على ما يخالفها حتى لو أتسمت بالصفة الآمرة وهو ما يعني أن يصبح العقد الدولي بلا قانون يحكمه، أي لا يوجد قانون يدعى بأنه صاحب الإختصاص بحكم العلاقة

^(١) د/ حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص ٢٣.

^(٢) د/ طارق عبد الله يحيى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، قدمت إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١م، ص ٤٨.

^(٣) د/ سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت ، لبنان، ١٩٩٤م، ص ٤٩٠.

^(٤) د/ سامي بديع منصور و د/ عكاشة عبدالعال، طرق حل المنازعات الدولية الخاصة والحلول الوضعية لتنازع القوانين، الدار الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٥م، ص ٣٦.

العقدية، ومن ثم فهو يخرج بذلك من مجال تنازع القوانين ولا يخضع إلا لمطلق سلطان الإرادة.^(١)

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية، بالإتجاه الذي يقضى بإخضاع العقد الدولي لمطلق سلطان الإرادة وذلك في حكمها الصادر (٥ سبتمبر ١٩١٠) الذي قررت فيه "القانون الواجب التطبيق على العقود هو القانون الذي تبنته إرادة المتعاقدين". وبذلك أصبح القانون المختار وفقاً لهذا الحكم، جزءاً من العقد، وتندمج أحكامه ضمن الشروط العقدية^(٢)

أ) وقد ترتب على النظرية الشخصية العديد من النتائج أهمها:

(١) أن إندماج القانون في العقد يعنى ذوبان الأول في الثاني وإنصهاره فيه فيصير شرطاً من شروطه.

(٢) ليست بالضرورة أن يخضع العقد لقانون معين وبالتالي يكون العقد طليقاً بدون قانون يحكمه.

(٣) ليس بشرط أن تكون ثمة صلة تربط بين المختار والعقد ولو من أي نوع.

(٤) لا حرج إن مزج الأطراف بين أكثر من قانون لإستخلاص نظام قانوني عام يخضع له العقد في مجموعته، أو أن يتم إخضاع كل جزء من أجزائه لقانون مختلف، مع ما يترتب على ذلك من تجزئة للعقد.^(٣)

(١) د/ حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٤٢٠

(٢) د/ هشام على صادق - القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ١٠٥. وأنظر في النتائج المترتبة على إندماج القانون المختار في العقد د/ باسم سعيد يونس، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة الموصل، ١٩٩٨، ص ٥١، و د/ هشام على صادق، مرجع سابق، ص ١٠٧-١٠٩. ود/ عكاشة عبدالعال، قانون العمليات المصرفية، مرجع سابق، ص ١٤.

(٣) د/ عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ١٤

(ب) تقدير ضابط الإرادة وفقاً للنظرية الشخصية:

يترتب على الإعراف لأطراف العقد الدولي بصفة عامة، وعقد تقسيم الوقت بصفة خاصة بحرية مطلقة فى إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وينتج عن ذلك ، أن القانون يكمل العقد، فوفقاً للنظرية الشخصية تعتبر سلطان الإرادة عقيدة مقدسة، والقانون المختار لا ينزل من العقد إلا منزلة القواعد المكملة التى تسرى فقط على ما أغفل الأطراف الإتراف عليه، واي تعارض بين القانون المختار وقواعد العقد لا يمكن تفسيره أو حسمه إلا فى ضوء الإرادة المشتركة لأطراف العقد، وهذا يعنى بالتبعية ضرورة إستبعاد منهج التنازع برمته من مجال العقود الدولية.^(١)

وبالتالى يتحول العقد الدولي وفقاً للنظرية الشخصية التى تمنح صفة التقديس لإرادة الأطراف، من عقد دولي مقيد بقانون يحكمه إلى عقد دولي طليق، ويعد من توابع الإرادة المطلقة لأطراف العقد الدولي، بحيث يكون من حق الأطراف استبعاد أحكام القانون الأمرة والمتعلقة بالنظام العام، ما يمكنهم تجزئة العقد وإختيار أكثر من قانون واحد لينظم مختلف جوانبه، كذلك لا يشترك صلة أو رابط بين لقانون المختار من قبل الأطراف والعقد الدولي.^(٢)

ويترتب على النظرية الشخصية، أن يعتبر القانون المختار من قبل الأطراف بمثابة شرط أو بند من بنود العقد الدولي، وهذا يتناقض مع الواقع والمنطق القانوني للسببين، أولاً: فقد القانون المختار من قبل أطراف العقد الدولي صفته كقانون، بحيث يصبح من مسائل الواقع، فيتعين على الخصم التمسك بتطبيقه وإثبات أحكام هذا القانون، وليس على القاضى تطبيق القانون المختار من تلقاء نفسه أو الكشف عن مضمونه.

^(١) Heuze, Le reglementation francaise des contrats internationaux, N. 15, P.13.

^(٢) د/ حسام الدين فتحي ناصف - مرجع سابق، ص ٢٤

السبب الثانى: يترتب على إعتبار القانون جزءاً من العقد، التعارض مع فكرة الإحالة والتي تقوم على أن إختصاص قانون الإرادة أساسه قواعد تنازع القوانين وليس مبدأ سلطان الإرادة.

ثانياً: النظرية الموضوعية، وأثرها فى مبدأ قانون الإرادة:

تقوم هذه النظرية، على أن دور الإرادة ينحصر فى إخضاع العقد لحكم قانون معين، وإن سلطان الإرادة فى إختيار القانون مستمد من إرادة المشرع التى تمنحهم هذه السلطة، وإمكانية الإختيار، لا يتصور أن تكون مطلقة من كل قيد.^(١)

وتعتبر النظرية الموضوعية اساس القانون الثانى لمبدأ قانون الإرادة والتي يرجع اصلها إلى الفقيه الألماني سافيني إلا أنها تطورت وتبلورت على يد الفقيه باتيفول، التى بدورها ترفض هذه النظرية رد إرادة الأطراف إلى مطلق سلطان الإرادة التى جاءت به النظرية الشخصية^(٢)، فإرادة المتعاقدين وفق النظرية الموضوعية تستند إلى قوة القانون الذى منح هذه الإرادة حق إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد بمقتضى قاعدة من قواعد التنازع فى دولة القاضى، الأمر الذى يؤدي إلى بطلان أي شرط يخالف القاعدة الآمرة فى هذا القانون.^(٣) وعلى هذا الأساس تترتب عدة

نتائج وفقاً للنظرية الموضوعية والتي تتمثل فى عدم هيمنة أطراف العقد على قانون العقد وتحويله إلى مجرد شرط تعاقدى وإدماجه فى بنود العقد إذ يبقى القانون محتفظاً بصفته.^(٤) الأمر الذى يؤدي إلى إحترام النصوص الآمرة فى قانون القاضى، إذ لا تقوى الإرادة

^(١) د/ حفيظة السيد الحداد - مرجع سابق، ص ٤١٢.

^(٢) خالد عبدالفتاح خليل- حماية المستهلك فى القانون الدولي الخاص - دار النهضة العربية- القاهرة - ٢٠٠٢م، ص ١٢٦.

^(٣) د/ محمود محمد ياقوت - الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية - الإسكندرية - دار الفكر العربي - ٢٠٠٤م - ص ٥٨.

^(٤) د/ أحمد عبدالكريم سلامة - مرجع سابق، ص ١٠٧٠.

على مخالفة هذه النصوص كما أن العقد الدولي يخضع للتعديلات التشريعية التي تطرأ على القانون المختار إذ لا يمكن لأطراف العقدة إشتراط الثبات التشريعي أو التجميد الزمني للقانون ضمن شروط العقد، كما أن وفقاً للنظرية الموضوعية لا يمكن لأطراف العقد إختيار أكثر من قانون ليحكم العقد وبذلك تقيد إرادة الأطراف في محاولة الإفلات من القواعد الأمرة.^(١)

أ) وقد ترتب على النظرية الموضوعية العديد من النتائج أهمها:^(٢)

- ١- التزام القاضى بالكشف عن القانون ومضمونه من تلقاء نفسه.
- ٢- إعلاء شأن القانون بالنسبة لإرادة الأطراف بحيث يخضع لأحكامه جميع الإتفاقات التي يعقدها الأطراف، مع قصر الإرادة على مجرد تحديد القانون الواجب التطبيق.
- ٣- وجوب ألا يتضمن الإختيار اي غش نحو القانون.
- ٤- رفض فكرة الثبات التشريعي وتجميد القانون المختار من حيث الزمان، مع إمكانية الإعتداد بالتعديلات التي قد تطرأ على هذا القانون في المستقبل.
- ٥- إعمال القواعد الأمرة في القانون المختار من قبل الأطراف، مع إمكانية تقرير بطلان العقد لمخالفته تلك القواعد.

ب) تقدير ضابط الإرادة وفقاً للنظرية الموضوعية:

يتضح مما سبق، أن النظرية الموضوعية قد تقادت أوجه النقص والقصور التي شابت النظرية الشخصية من حيث تقييد حق الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بعدد قيود منها:

- ١- احترام الأطراف المتعاقدة للنصوص الأمرة، والقواعد المتعلقة بالنظام العام في القانون الداخلي.

^(١) د/ حسام الدين فتحي ناصف- حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٧

^(٢) د/ عبدالمنعم زمزم - الوسيط في القانون الدولي الخاص - مرجع سابق - ص ١٧٥

٢- إختيار قانون يتصل بالنزاع، بمعنى: ضرورة وجود صلة بين القانون المختار والعقد.

٣- إمكانية تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون واحد فى ذات الوقت.

٤- يحظر على الأطراف التجميد الزمني للقانون، وعدم الإعتداد بأية تعديلات تشريعية لاحقة من شأنها التأثير على حكم العلاقات التعاقدية.

إلا أن هذه النظرية لم تسلم أيضاً من الإنتقادات وأهمها أنها تلغي أي دور لإرادة الأطراف، إذ وفقاً لهذه النظرية لا تملك الإرادة حق 'إختيار إنما مجرد تركيز العقد فى مكان معين وبذلك يكون دور إرادة الأطراف مجرد دور ثانوي أو مجرد أداة لتوطين العقد وعليه لا عبرة بالتفرقة ما بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية كون إرادة الأطراف لا تملك حق الإختيار فى الأصل وإنما حق تركيز العقد فقط.^(١) وايضاً يعاب على هذه النظرية إطلاق سلطة القاضى وحقه فى تعديل إختيار الأطراف متى كان هذا الإختيار لا يتلاءم مع التركيز الحقيقي للعقد والذي يؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف.^(٢)

وترى الباحثة : تأييد الانتقادات التي وجهت للنظرية الموضوعية حيث أن النظرية لا تتناول أساس إرادة الأطراف فى إختيار القانون الواجب التطبيق، وإنما تناولت حق القاضى فى التصدي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد إذ أن النظرية الموضوعية تنكر أي حق لإرادة الأطراف فى إختيار القانون الواجب التطبيق، وكل ما جاءت به هذه النظرية هو عملية تركيز العقد من خلال البحث التي تناط بالسلطة التقديرية للقاضى إذ غالى الفقيه باتيفول^(٣) بمحاولة توحيد عملية الإسناد مما أدى إلى إنكار أي وجود لإرادة لأطراف وعليه كانت هذه

(١) د/ منير عبدالمجيد - تنازع القوانين فى علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١م، ص ٨٦.

(٢) د/ محمود محمد ياقوت - الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص ١١

(٣) Batiffil - aspects, philosophiques. Du droit. International prive, paris, Dalloz. 1956. P. 99.

النظرية الفضل بظهور فكرة تركيز العقد من خلال ظروف العقد وملابساته والتي أصبحت من الاسانيد التي تطبق عند سكوت إرادة الأطراف.^(١)

ثالثاً: النظرية الإزدواجية واثرها فى قانون الإرادة:

ظهرت النظرية الإزدواجية على يد الأستاذ Deby Gerard^(٢) والتي ترى أن " الحق الممنوح للأطراف فى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم هو حق إختيار وليس حق تركيز العقد فى مكان معين" فإذا وجد الإختيار الصريح من قبل الأطراف وجب إحترام هذا الإختيار والحفاظ على توقعاتهم إذ أن قاعدة قانون الإرادة هي قاعدة موضوعية خاصة بالعقود الدولية وواجبة الإحترام من قبل القاضى وضعت لتنظيم العلاقات التجارية وحماية توقعات الأطراف حول مضمون التزاماتهم.^(٣)

كما يؤكد أنصار النظرية الإزدواجية أن حق الإختيار لإرادة الأطراف حق مطلق فلا يمكن تقييدها فى إختيار قانون معين إذ يمكن لأطراف العقد إختيار أي قانون ليحكم عقدهم وإن كان لا يمت أي صلة بالعقد.^(٤)

١) Batiffol et lagarde: droit international prive, 7 ed tom II, L.G, D: j. Paris, 1983. P.265.

نقلاً عن د/ بدران شكيب عبد الرحمن ، مرجع سابق، ص ١٢٦ .

٢) Deby Gerard, Le role de la regle de conflit dahs le reglement des rapports internationaux, Dalloz, 1973, N. 288, P.231.

٣) د/ احمد عبدالكريم سلامة - الأصول فى التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٨م، ص ١٠٧٢

٤) د/ إيمان ناجي العزاوي - القانون الواجب التطبيق على عقد المنظمة الدولية مع شخص القانون الداخلي، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد، ٢٠٠٧م، ص ١٧٧.

أما فى حالة إنعدام الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف فىرى أصحاب النظرية الإزدواجية أنه يمكن إعمال فكرة تركيز العقد وقيام القاضى بدوره فى استخلاص القانون الواجب التطبيق على العقد.

إلا أن الإنتقاد الوحيد الذى وجه إلى النظرية الازدواجية هو "تجاهلها للإرادة الضمنية لأطراف العقد وإعتبار أنها تتساوى مع إنعدام إرادة الأطراف فى إختيار القانون الواجب التطبيق بينما هي إرادة حقيقية لها وجودها وقرائنها اليقينية التى تدل عليها والتى ينبغى إحترامها وعلى القاضى المعروض أمامه النزاع البحث عن هذه الإرادة.

وترى الباحثة : أن النظرية الإزدواجية تمثل أقرب النظريات الى الواقع القانوني فانها تعترف بإرادة الأطراف فى إختيار القانون كما أنها تخضع إرادة الأطراف للقواعد الآمرة فى قانون الواجب التطبيق كما أنها لا تقيد إرادة الأطراف وهو الأمر الذى يؤيده كون هناك قوانين انسب لتحكم العلاقة التعاقدية من قوانين غيرها، إلا أن السلبية الوحيدة التى ترد على النظرية الازدواجية تتمثل بحقيقة الإرادة الضمنية لأطراف العقد والتى يمكن إعتبارها سلبية قاصرة إذ أن النظرية الأزدواجية والنظريات الأخرى المقارنة ركزت فى الأصل على أساس الإختيار الصريح لأطراف العقد القانون الواجب التطبيق وعليه هناك قصور نسبي من قبل النظريات سائلة الذكر فيما يخص حقيقة الإرادة الضمنية لأطراف العقد.

المطلب الثاني

التحديد الإرادى لقانون العقد [أشكال التعبير عنه]

إذا كان القانون، قد اعترف للمتعاقدين بحق تعيين القانون الذى يحكم عقدهم، فإن من الطبيعى أن يمارس هؤلاء ذلك الحق، بإعلان إرادتهم الصريحة، فى أن قانون هذه الدولة أو تلك، هو الواجب التطبيق على العقد، وقد يكون التعبير عن هذه الإرادة ضمناً يتم التعرف عليه من خلال ظروف التعاقد.

وسنتناول هذين الشكلين للتعبير عن قانون الإرادة، وفقاً للفرعين الآتيين:

الفرع الأول

الإختيار الصريح لمبدأ قانون الإرادة

تقر معظم الأنظمة القانونية مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ويتم التعبير عن هذه الإرادة صراحة، عندما يتفق الطرفان على إختيار قانون معين ليحكم العقد المبرم بينهما وهذا ما يتفق مع قاعدة الإسناد المجمع عليها في الفقه والقضاء، ونظمتها التشريعات والإتفاقيات الدولية^(١) ويتم هذا التعيين من خلال إدراج هذا القانون في العقد الدولي، حيث تحتوي هذه العقود على بندين أساسيين الأول يتم فيه تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل فيما ينشأ من منازعات حول العقد . وهذا هو شرط الإختصاص القضائي، الثاني، ويحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم وهذا شرط الإختصاص التشريعي.

وقد طبق المشرع المصري مبدأ قانون الإرادة على العقود وذلك في نص المادة [١٩] من القانون المدني المصري حيث نصت على مايلي [يسرى على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا، يسرى قانون الدولة التي يتم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانون آخر يراد تطبيقه.

وتقابلها المادة [٢٥] من القانون المدني العراقي والمادة [٢٠] من القانون المدني الأردني والمادة [٢٠] من القانون المدني السوري، والمادة [٢٩] من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي.^(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري تعليقاً على نص المادة [٩] والتي نقلها المشرع العراقي في نص المادة ٢٥ أنها

(١) د/ ممدوح عبد الكريم حافظ - القانون الدولي الخاص، عمان، ١٩٩٩م، ص ١٦٧.

(٢) د/ حسن الهداوي - القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٧م، ص ١٥.

تتضمن حكماً عاماً لسلطان الإرادة، وتتضمن وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد، وهي وحدة لا تكفلها فكرة تحليل عناصر وإختيار القانون الذي يتلائم مع طبيعة كل منها^(١)

ويلاحظ على نص المادة [١٩] من القانون المدني المصري والمواد المقابلة لها في التشريعات العربية أنها أستهلكت بعبارة [يسرى على الإلتزامات التعاقدية] وهذا يدل على أن قانون الإرادة يسرى على آثار العقد دون تكوينه لأنه لم يستعمل مصطلح [يسر على العقد] لأن التزام المتعاقدين ما هو إلا اثر للعقد وعليه ينبغي الرجوع إلى قانون الإرادة في آثار العقد من حيث الأشخاص لنتبين بمقتضاه الملتمزمين بالعقد والمستفيدين.

أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على تكوين العقد وأوصافه، فهي مسألة يجب تركها لإجتهاد الفقه والقضاء^(٢)، وقد ذهب قسم آخر من الفقه، إلى أن نص المادة [١٩] من القانون المدني المصري جاء مصرحاً بالقانون الواجب التطبيق في الإلتزامات التعاقدية ، إلا أنه ليس هناك اي شبهة في سريان هذه القاعدة على العقد بوصفه مصدر لهذه الإلتزامات.^(٣)

ويذهب الراي الراجح على الكشف عن قصد المشرع بإصطلاح الإلتزامات التعاقدية عن كل ما يتعلق بالرابطة التعاقدية من حيث تكوينها وآثارها.

كما أن المشرع المصري في نص المادة [١٩] قد أخذ بالنظر يتبين الشخصية والموضوعية، فأختيار الأطراف الصريح للقانون الواجب التطبيق، إنما يمثل الإتجاه الشخصي للنظرية، أما تطبيق الموطن المشترك وتطبيق قانون محل الإبرام، فهو يمثل الإتجاه الموضوعي للنظرية، ذلك لأن المشرع قام بعملية تركيز لعناصر العقد، ورأى أن مركز الثقل فيه، هما هذان الضابطان، وهو أيضاً ما أخذ به المشرع العراقي في نص المادة [٢٥].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج١، ص ٢٨٩

(٢) د/ محمد كمال فهمي - أصول القانون الدولي الخاص، ط١، الإسكندرية، ١٩٥٥م، ص ٥٨٤.

(٣) د/ عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩م، ص ٤٢٢.

ولا يوحي نص المادة [١٩] من القانون المدني المصري، وجود اي قيد على سلطان الإرادة فى تحديد القانون الواجب التطبيق، فلم يشترط النص مثلاً وجود اي صلة بين العقد والقانون المختار وهذا يؤدي إلى إمكانية إختيار الأطراف لقانون منبت الصلة عن العقد، ولا يشترط سوى ضرورة توفر حسن النية^(١)، ولكن مع ذلك يمكن تفسير هذه الصلة كونها من قبيل التجارة الدولية، ويمكن للقاضي استبعاد القانون عديم الصلة بالعقد، إذ توافرت شروط الغش نحو القانون.

أما نطاق تطبيق قانون الإرادة، فإن هنالك أنواع من العقود، لا تدخل فى نطاق هذه القاعدة، وهي:

- ١- عقود الأحوال الشخصية، حيث اسندها المشرع إلى القانون الشخصي للزوجين.
- ٢- العقود التى ينظمها المشرع لأسباب اقتصادية أو إجتماعية، كعقد العمل.^(٢)
- ٣- العقود الواردة على عقار.^(٣)
- ٤- شكل العقد وأهلية التعاقد.^(٤)

وفيما عدا ما سبق، فإن قانون الإرادة، يحكم بصفة عامة كل المسائل المتعلقة بتكوين العقد، من حيث التراضي وصحته، والمحل من حيث شروطه ومشروعيته وكذلك السبب ووجوده، ومشروعيته، ويخضع لقانون الإرادة أيضاً حالات بطلان العقد، ونطاق هذا البطلان وتقدم وسقوط دعوى البطلان.^(٥)

(١) د/ ربا سامي سعيد الصفار - عقد الإنتفاع بالعقار وجه المشاركة الزمنية، مرجع سابق، ص ٣٣٠.

(٢) <https://egylawsite.wordpress.com> (٣٢/٥/٢٠٢٤ الساعة [٤ : ٩])

(٣) ينظر نص المادة [٢٥ / فقرة ٢] ، ونص المادة [٢٤] المتعلقة بالعقود الواردة على حق عيني على منقول أو عقار

(٤) ينظر نص المادة [٢٦] الخاص بشكل العقد والمادة [١٨] الخاصة بالأهلية.

(٥) د/ محمود محمد ياقوت- مرجع سابق، ص ٢٠.

أما من حيث الآثار، فتخضع هي كذلك لقانون الإرادة سواء كانت هذه الآثار بالنسبة للأشخاص أو بالنسبة للموضوع، كما تدخل أوصاف الإلتزام فى نطاق قانون الإرادة، إذ يتولى هذا القانون بيان مدى صحة الشرط وأثر تحققه أو تخلفه، والأجل وآثاره، وأسباب سقوطه، وإنتقال الإلتزام، وأسباب انقضاءه.^(١)

أما فى القوانين الأجنبية المقارنة:

فى القانون الفرنسى،^(٢) لم يكن هناك نص تشريعي مكتوب، يتبنى قاعدة الإرادة كقاعدة إسناد عامة، حتى صدور حكم محكمة النقض الفرنسية [فى ٥ ديسمبر عام ١٩١٠] حيث اعتبر القانون الواجب التطبيق على العقود، هو القانون الذى يتبناه الأطراف، وتؤكد قانون الإرادة بإنضمام فرنسا إلى إتفاقية روما المبرمة فيما بين دول السوق الأوروبية فى ١٩ يونيو ١٩٨٠ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، والقانون الدولي الخاص البولندي [فى نص المادة ٢٥] والقانون الدولي الخاص الأسباني لعام ١٩٧٤، [المادة ١٠ / فقرة ٥]،^(٣) وقد نصت المادة [١١٦ / فقرة أ] من القانون الدولي الخاص السويسري على أن:

- إختيار الأطراف للقانون المختص:

أولاً: يخضع العقد للقانون الذى يختاره الأطراف

ثانياً: ينبغى أن يكون إختيار القانون المختص صريحاً أو يثبت بوضوح من خلال نصوص العقد أو من الظروف الملازمة له، وفى جميع الأحوال، مراعاة أن العقد يجب أن يحكم وفق القانون المختار.

(١) د/ حنان عبد العزيز مخلوف - العقود الدولية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٠م، ص ٤٥.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول فى التنازع الدولي، مرجع سابق، ص ١٠٦٠.

(٣) وكذلك، القانون الدولي الخاص اليوناني لعام ١٩٤٠ [المادة ٢٥]، القانون المدني البرتغالي لعام ١٩٤٢ [المادة ٢٥]، القانون الدولي الخاص النمساوي ١٩٧٩، القانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٩ [المادة ٢٤]، والقانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢ [المادة ٢٤]

ثالثاً: أن إختيار القانون المختص، يمكن أن يتم أو يجرى تعديله في اي وقت، وإذا ما تم هذا الإختيار أو التعديل بعد إبرام العقد، فإنه يرتب آثاره بشكل رجعي من وقت إبرام العقد، مع مراعاة حقوق الغير.

وقد جعل القانون الدولي الخاص السويسري، الإرادة في تحديدها للقانون المختص، إنما تقوم بوظيفة الإسناد، ولم يشر القانون السويسري إلى ضرورة وجود صلة بين القانون المختص والعقد، إلا أنه عندما قرر ضوابط للكشف عن الإرادة الضمنية، ذكر أنها يجب أن تكون مستخلصة من نصوص العقد، ومن الظروف الملازمة له، وهذا يدل على نية المشرع في أن يكون القانون المختار على صلة بالعقد.^(١)

أما بالنسبة للإتفاقيات الدولية:^(٢)

فقد نصت المادة [٣] من إتفاقية روما لعام ١٩٨٠ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، على مبدأ قانون الإرادة ، بأربع فقرات، نوردها بالآتي:

١- يحكم العقد القانون المختار من قبل الاطراف ، ويجب أن يكون هذا الإختيار صريحاً ومستمداً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد، أو من ظروف التعاقد، وللأطراف حرية إختيار القانون الواجب التطبيق على كل عقد أو على جزء منه فقط.

(١) د/ بدران شكيب عبد الرحمن - مرجع سابق، ص ١٣٩.

(٢) ينظر نص المادة [٢] من إتفاقية لاهاي الصادرة بتاريخ ١٥/٦/١٩٥٥، بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، والمادة [٧] من إتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بخصوص توحيد الأحكام الموضوعية لعقد البيع الدولي للبضائع د/ هشام خالد - ماهية العقد الدولي، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية ، اللاتينية ، والعربية والإتفاقيات الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية،

٢- يحق للأطراف فى اى وقت الإتفاق على إخضاع العقد لقانون آخر غير الخاضع له من قبل، وسواء تم ذلك بإجراء لاحق يتم تبعاً لنفس المادة، أو بمقتضى نصوص أخرى من الإتفاقية، وأن كل تعديل فى تحديد القانون الواجب التطبيق يأتى لاحقاً على إبرام العقد ولا ينال مطلقاً من الصفة الشكلية للعقد والمحددة بموجب المادة التسعة، كما أن لا يمس بحقوق الغير

٣- إن إختيار الأطراف لقانون أجنبي سواء قيد بإختيار محكمة أجنبية أو لا ، عندما تتركز كافة عناصر العقد الأخرى فى لحظة الإختيار داخل دولة واحدة، ولا يمكن أن يتضمن أي إعتداء على القواعد التى لا تسمح هذه الدولة بمخالفتها، أو التى يطلق عليها القواعد الأمرة.

٤- أن تنظيم وجود صفة تراضى الأطراف على إختيار القانون الواجب التطبيق يخضع للمواد ٨ ، ٩ ، ١١.

وقد أقرت هذه الإتفاقية مبدأ إستقلال الإرادة على اساس هذا المبدأ يستطيع أطراف العقد أن يختاروا بحرية القانون الواجب التطبيق^(١) ونصت على هذا الخيار بشكل صريح وقد يكون ضمناً فالإختيار يكون صريحاً حينما يستتبط من تضمين العقد شرطاً حاسماً للقانون الواجب التطبيق، وبالمقابل فإن هذا الخيار يكون ضمناً، حينما يستتبط من العناصر الأخرى للعملية العقدية، ومن جهة أخرى فإن حرية تعيين القانون تعتبر متسعة بدرجة كافية، ولا يوجد أي تقييد لهذا الخيار.

وفى الواقع، إن هذه الحرية تعطي للخصوم تعيين اى قانون ليطبق على نزاعهم، حتى لو لم يكن هناك صلة موضوعية مع العقد، وفى الحقيقة لا يوجد ثمة ما يقف حجر عثرة أمامهم لإختيار قانون محايد ليحكم عقدهم طالما ان هذا الخيار يحقق منفعة لنزاعهم، بيد أن

(١) Abdel Hady El Awady – La prpriete a temps partage (time shars) Etude comparative de eroit. Francais. Et de droit egyptien p.510.

هذا الخيار ، يجب أن ينصب بطبيعة الحال على القانون الوطني وليست قواعد قانون التجارة^(١) ، ومن جهة أخرى، من الممكن أن يتحقق إختيار الأطراف خلال لحظة إبرام العقد، ولكن لا يوجد ما يمنع الأطراف من تعيين القانون بصورة لاحقة، وتلك هي النتيجة الطبيعية والمنطقية لمبدأ إستقلال الإرادة.

ويستطيع أطراف العقد، وفقاً لإتفاقية، تجزئة العقد من خلال إخضاع عناصره المختلفة لقوانين مختلفة، على أن خيار التجزئة هنا، يجب أن لا يؤثر بالسلب على وحدة العقد، وعليه يمكن القول، بأن من مصلحة أطراف العقد، تعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهم، بغية الإفلات من إحتمال تطبيق قانون لا يحقق مصلحتهم.^(٢) ولم تشترط إتفاقية روما وجود صلة بين القانون المختار والعقد محل النزاع ولكنها قيدت حرية الأطراف بمجموعة من القواعد الأمرة، التي ينحصر دور الإرادة ضمن نطاقها ، فالإرادة تتجمد أمام القواعد المعبرة عن المصالح الإجتماعية العامة والخاصة، والجديرة بالحماية، وقد أعطت الحق للأطراف في تعديل العقد ولم تضع سوى قيد هو أن لا يترتب على هذا التعديل المساس بالصحة الشكلية للعقد، وأن لا يكون الغرض منه الاعتداء على الغير، وتعتبر إتفاقية روما متفقة مع النظرية الشخصية في إطلاق حرية الأطراف في إختيار القانون، لكنها ترفض إدماج القانون المختار بالعقدن بل يبقى محتفاظاً بصفته القانونية، وإستقلاله عند العقد محل النزاع.

^{١)} Pourtant, M,J,M JAQUET, et ph. DELEBE CQUE. Ont citeun jugement guida applique la lex mercetor, a un: contrat de. Sponsor. T.com. Nantes. 11 Juill. 1991, Hpi. 1993, 330, note ph. LEboul ANGER. P. 93, note 1.

^{٢)} V.J. M. JACQ UET et. Ph. DELEBE CQUE droit. Du commerce international Dalloz Zeme ed, 2000, n. 169, P.92

الفرع الثانى

الإختيار الضمنى لقانون العقد

ليست هناك مشكلة إذا كان المتعاقدان متفقين على إختيار قانون معين ليحكم العقد بصورة صريحة بإيراده فى أحد بنود أو شروط العقد ، أما إذا لم يكن ثمة إرادة صريحة فى تحديد القانون الواجب التطبيق، ولم يكن معرفة ذلك من نصوص العقد فإن القاضى يبحث عن الإرادة الضمنية فى نصوص العقد والظروف المحيطة به عن إتجاه الإرادة، والإرادة الضمنية.^(١) هي إرادة ينبغى إعتبارها وعدم تجاهلها لأنها إرادة حقيقية تنبئ عن ميل واضح وإن كان كامناً إلى نظام قانوني معين، بحيث نكون أمام تحديد أو إختيار ضمني لقانون العقد أو إعتقاد حقيقي وكاف بشأنه.

وقد ذهب جانب من الفقه^(٢) إلى أن إتفاق الأطراف على إخضاع المنازعة إلى إختصاص محاكم دولية معينة أو التحكيم فى هذه الدولة، يعد دلالة على رغبة الطرفين الضمنية فى تطبيق قانون هذه الدولة، ولهذا فإن القيمة القانونية بين الإختيار الصريح والإختيار الضمني قيمة متساوية، ولكنها تغلق الطريق أمام ما يطلق عليه الإرادة المفترضة، بحسبان هذه الفكرة تستند إلى محض مجاز من جانب القاضى، يتم بمقتضاها افتراض إرادة لم تكن موجودة وغير حقيقية يحيط بها الكثير من اللبس والغموض.^(٣) ويتم استخلاص الإختيار الضمني من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد شرط أن تكون الإرادة الضمنية مؤكدة، ومن الحالات التى تعبر عن الإختيار الضمني أن يكون العقد من العقود النموذجية التى تنتمي إلى نظام قانوني محدد [مثل وثيقة التأمين التى تنتمي إلى هيئة اللوزير الدولية المعروف أنها تخضع للقانون الإنجليزية] أو [إستخدام صيغة الشروط العامة للعقد المعروفة فى القانون الألماني] أو إبرام عقد يرتبط بعقد آخر سابق له تم فيه إختيار القانون الواجب التطبيق على

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة - قانون العقد الدولي - مرجع سابق، ص ١٩٩.

(٢) د/ هشام على صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق، ص ٣٢٢.

(٣) د/ طرح البحور على حسن - تدويل العقد ، مرجع سابق، ص ٥٠.

نحو صريح، فيستفاد إنصراف إرادة الأطراف إلى القانون المختار ذاته في العقد الأول، أو إستخلاص الإرادة الضمنية من شرط الخضوع الإختياري أمام قضاء دولة معينة^(١) ، ولكن يخرج من نطاق الإرادة الضمنية المؤكدة بعض المظاهر مثل لغة العقد أو مكان الإبرام أو الوفاء أو جنسية الطرفين أو نوع العملة المختارة لأداء الثمن، فمثل هذه المظاهر لا توفر اليقين القانوني لتحديد قانون العقد ولكنها يمكن أن تدخل في مجمل ظروف التعاقد بصفة عامة، وهي في كل الأحوال مسألة وقائع يقدرها قاضي الموضوع، وتحرص التشريعات المعاصرة على النص أنه إذا سكت المتعاقدون عن الإختيار الصريح لقانون العقد، فإنه يجوز للقاضي الإعتداد بإرادتهم الضمنية المؤكدة ويرتد ذلك إلى الخشية من الخطأ الشائع لدى القضاة، في استخلاص إرادة ضمنية هي في حقيقة الأمر إرادة مفترضة تخلف الواقع، ذلك أن سكوت المتعاقدين عن إختيار قانون العقد يرجع في الغالب إلى عدم إتفاقهم على هذا الإختيار ، ومن هنا يتعين الحذر عند الكشف عن الإرادة الضمنية^(٢)

وتساوي القوانين الوطنية والإتفاقيات الدولية بين أن يتم إختيار القانون صراحة أو ضمناً، وهو ما تعبر عنه المادة [١٩] من القانون المدني المصري والمادة [٢٥] من القانون المدني العراقي، ونصت على الإرادة الضمنية القوانين المقارنة الأخرى، كالقانون النمساوي لعام ١٩٧٩ في نص المادة [٣٥] والقانون الدولي الخاص السويسري في نص المادة [١٦] / أ ، ثانياً] ، وكذلك إتفاقية روما لعام ١٩٨٠م في نص المادة [٣] / فقرة ١].

(١) د/ محمود محمد ياقوت - مرجع سابق، ص ١٢٢.

(٢) د/ هشام على صادق- نظرات إنتقادية في نصوص تنازع القوانين من حيث المكان تضمنتها المجموعة المدنية المصرية - بحث في مجلة الدراسات القانونية - مجلة تصدر عن جامعة بيروت العربية - العدد الأول - المجلد الأول - يونيو ١٩٩٨م، ص ٣٧٩، وقد حكم القضاء الفرنسي بأنه إذا إتصل العقد بقانون دولتين في نفس الوقت وكان قانون أحدهما يقضى ببطلانه خلافاً لقانون الدولة الأخرى، فإنه الأقرب إلى طبيعة الأمور هو تطبيق قانون هذه الأخيرة، كما أن القضاة المختلط في مصر كان قد حكم بأن إتفاق المتعاقدين على تنفيذ العقد في دولة معينة، قد يستتبط منه رغبتهم في إخضاع العقد لقانون هذه الدولة ، د/ هشام على صادق، مرجع سابق، ص ٢٩٥.

المطلب الثالث

تحديد قانون العقد فى غياب التحديد الإرادي

عندما تنعدم الإرادة الصريحة للمتعاقدين حول إختيار قانون العقد، ويتعذر الكشف عن نيتهم الضمنية، فإن هذا لا يسوغ للقاضى أن يختصر الطريق ويطبق قانونه أو يرفض الفصل فى النزاع، وإنما الواجب هو أن يجتهد للوصول إلى تحديد قانون العقد. وفى هذه الحالة فإن المشرع قد وضع بعض عناصر التركيز الموضوعي للرابطة العقدية عند تخلف قانون الإرادة، وتتمثل بضوابط معينة يلتزم القاضى بتطبيقها ولا مجال للإجتهاد فيها فى هذه الحالة، عدا ما يلزم لفهم الضابط التشريعي فى وإعماله على نحو سليم وهذا المنهج يسمى [المنهج الجامد] حيث يعتبر من وجهة نظر المشرع أنه أقرب القوانين صلة بالعقد مثل قانون الموطن المشترك للأطراف، أو قانون دولة إبرام العقد أو دولة تنفيذه، ويلتزم القاضى بتطبيق الضابط الذى حدد له المشرع، ويتميز هذا المنهج بأنه يصون توقعات الأطراف ويجنبهم ما قد يثيره عدم تحديد القانون الذى يحكم العقد من مشاكل، ومما يمارسه القاضى من سلطة تقديرية فى هذا التحديد، قد تطيح بتوقعات الأطراف إلا أنه يؤخذ على هذا المنهج تجاهله للطبيعة الخاصة لكل عقد، أي أنه يأخذ بقاعدة إسناد عامة لا تعبر عن مركز النقل فى العلاقة التعاقدية، على عكس المنهج المرن والذى يمنح القاضى صلاحية تحديد القانون فى ضوء ظروف الحالة المعروفة، ثم يختار القاضى القانون الأكثر صلة بها^(١)، ويتمثل المنهج الجامد بإسناد العقد لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وقانون بلد الإبرام وقانون بلد التنفيذ، أما المنهج المرن فيتمثل بإسناد العلاقة التعاقدية إلى القانون الأوثق صلة بها، عن طريق تركيز أو توطين تلك العلاقة أو عن طريق تركيز العقد بمعيار الأداء المميز فى العقد للمدين به.

وعليه سوف نقسم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: منهج الإسناد التقليدي الجامد

(١) د. سامي مصطفى فرحان - تنازع القوانين فى عقود التجارة الدولية - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٦م، ص ١٣٣.

الفرع الثاني: منهج الإسناد المرن للرابطة العقدية

الفرع الأول

منهج الإسناد التقليدي الجامد

لقد أخذت العديد من التشريعات^(١) بهذا المنهج في الإسناد وعند غياب التحديد الإرادي لقانون العقد، كإسناد العقد لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وقانون بلد الإبرام وقانون بلد التنفيذ، وستتناول هذه الضوابط على النحو الآتي:

أولاً: قانون الموطن المشترك للمتعاقدين:

يقصد بالموطن بوجه عام المكان الذي يستقر فيه الشخص أو يتخذ مركزاً لمصالحه، ويقصد به في القانون الدولي الخاص تلك الرابطة القائمة بين الفرد وإقليم دولة معينة.^(٢)

ويرجع في تحديد الموطن المشترك إلى وقت إبرام العقد وليس إلى وقت تنفيذه أو وقت المنازعة فيه^(٣) ويعتبر قانون الموطن المشترك للمتعاقدين من الضوابط التي تستخلص من خارج مضمون العقد وظروف ملبساته، وهذا يعني أن الموطن المشترك لا يعبر عن إتصال وثيق بالعلاقة محل النزاع، ويمكن أن لا يكون ملائماً لحكم هذه العلاقة، ومن خلال نص المادة [١٩] من القانون المدني المصري والمقابلة للمادة [٢٥] من القانون المدني العراقي.

(١) أنظر المادة [١٩] من القانون المدني المصري والمادة [٢٠] فقرة (١) من القانون المدني الأردني رقم [٤٣] لسنة [١٩٧٦] والمادة [٢٥] من القانون العراقي.

(٢) د/ إبراهيم احمد إبراهيم - القانون الدولي الخاص - الموطن ومركز الأجانب - دار النهضة العربية - القاهرة ٢٠٠١م، ص ٧ وللمزيد عن تفاصيل الموطن، د/ محمد طلعت دويدار - القانون الدولي الخاص السعودي - الجنسية - الموطن - مركز الأجانب - تنازع الإختصاص - تنازع القوانين - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٤١٧/١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، ص ٢٧٠

(٣) د/ أبو العلا على أبو العلا النمر - الموطن في العلاقات الخاصة الدولية - دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠٣م، ص ٦٥

نستشف أن القاضى يكون ملزماً بتطبيق هذا الضابط دون أن يخرج عليه، ويلتزم بأن يطبقه بالتدرج بمعنى أنه إذا إنعدمت الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين كان عليه أن يطبق :

أولاً: الموطن المشترك للأطراف إذا إتحدوا موطناً .

ثانياً: إذا اختلف موطن المتعاقدين طبق قانون الدولة التى أبرم فيها العقد، وأن تحديد الموطن المشترك ومفهومه وتحديد محل إبرام العقد تعتبر من مسائل التكييف اللازمة لإعمال قاعدة التنازع، ويخضع بالتالى لقانون القاضى^(١)

وقد ذهب البعض إلى أن الحل الذى أتت به القوانين التى أخذت بالمنهج الجامد، جاءت حتى لا تدع المجال واسعاً أمام تقدير القاضى عند تحديد قانون العقد، وهذا يفرض حلاً قانونياً يتبعه القاضى ويحصنه بالتالى من مغبة الجرى وراء ما يسمى بالإرادة المفترضة للأطراف أي إختيار القانون الذى كان سيتفق عليه الأطراف، لو فكروا أو تنبهوا لمسألة إختيار قانون العقد فلا شك أن ما يسمى بالإرادة المفترضة هي والعدم سواء " والبحث عنها، يماثل البحث عن مخيط في كومة قش أو عن ثوب أسود في حجرة ظلماء"^(٢)

والسؤال الذى يطرح: على اساس إختار المشرع المصري والمشرعون العرب تطبيق قانون الموطن المشترك في حال غياب إتفاق الأطراف؟

إن تطبيق هذا القانون قد تمليه إعتبرات عملية كونه معروفاً من قبل المتعاقدين غير أنه لا يمكن إعتبره العامل الوحيد في تركيز العقد الدولي، لنأخذ المثال التالى. بائع مصري مقيم في لبنان، يتفق مع تاجر عراقي مقيم أيضاً في لبنان على إبرام عقد يتم بموجبة توريد بضاعة إلى بغداد، بعد حصول نزاع في معرض تنفيذ العقد رفعت الدعوى امام المحاكم العراقية، والتي

(١) ينظر نص المادة [١٠] من القانون المدني المصري.

(٢) د/ احمد عبدالكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص ١١٠

ستطبق القانون اللبناني كونه قانون الموطن المشترك للمتعاقدين بإعتبار أن المتعاقدين لم يتفقا على إختيار قانون لحكم العقد.

السؤال هنا: لما يطبق القانون اللبناني؟ ولماذا لا تطبق المحكمة العراقية القانون العراقي؟ نظرا لإرتباط العقد به من ناحية جنسية المتعاقد ومن وجهة مكان التنفيذ ألا يعتبر العقد مرتبطاً موضوعياً بالقانون العراقي أكثر من القانون اللبناني كما أن تطبيق قانون الموطن المشترك هو أمر نادر الحدوث في مجال المعاملات الدولية حيث يغلب أن يختلف موطن كل من المتعاقدين.^(١)

كما أن هذا الحل التشريعي يقف عقبة في تطوير الحلول، وملاحقة مستجدان الفن القانوني الذي تكشف عنه المدينة الحديثة في عصر التكنولوجيا، لذلك كان على المشرع المصري تبنى معيار يستخلص من ظروف العلاقة ذاتها وليس من خارجها بحيث يكون القانون الواجب التطبيق معبراً عن الإرتباط بالعلاقة التعاقدية.

وترى الباحثة: أن قانون الموطن المشترك لأطراف العقد كان لا يمثل مركز الثقل لجميع أنواع العقد وهي سلبية ترد عليه كونه واجب التطبيق بصورة عامة على جميع أنواع العقود، إلا أنه من القوانين التي تحقق الأمان القانوني لأطراف العقد، بإعتباره من القوانين المتعارف عليها من قبل الأطراف، إذ أنه قانون الموطن الذي اتخذته الأطراف لإقامة المعتادة أو ممارسة أعمالهم.

ثانياً: قانون بلد إبرام العقد:

(١) د/ هشام على صادق، نظرات إنتقادية في نصوص، مرجع سابق، ص ٣٨٠

يرى الفقه أن إرتباط العقد مع مكان إبرامه يعنى تطبيق قانون هذا المكان على الأطراف الذين يتوفر لديهم العلم بهذا القانون، وهذا الحل يجد مبررة في النظرية العامة للعقود، لأن تطبيقه يستلزم توافر عناصر الرضا والعلم بنصوص هذا القانون المختار^(١)

والإسناد إلى قانون دولة إبرام العقد يأتي كنتيجة لغياب الإرادة الصريحة والضمنية لإختيار القانون الواجب التطبيق، وانعدام الموطن المشترك لكلا المتعاقدين وتأتي أفضلية إختيار هذا القانون إلى أنه يعتبر مكان تجسيد الإرادات، كما يمكن التعرف عليه بسهولة ويسر فضلاً عن أنه القانون الواجب التطبيق على العقد، فمحل الإبرام هو بمثابة محل الميلاد بالنسبة للأشخاص^(٢)، ويؤدي إتباع هذه القاعدة إلى نتيجتين إيجابيتين

الأولى: أن من شأن تطبيقها أن يحول دون تجزئة العقد.

والثانية: أن الأطراف والغير سوف يكونون على علم مسبق بقانون العقد.

ويحقق تطبيق هذا القانون وحدة العقد فيما يتعلق بالإختصاص التشريعي، فالعقد يحكمه القانون ذاته شكلاً وموضوعاً، وقد يتم إبرام العقد في دولة واحدة وفي مجلس واحد يتحد فيه الإيجاب بالقبول، أو قد يتم ذلك على متن طائرة أو باخرة، ولا تثير هذه الحالات أي صعوبة تذكر، حيث يطبق قانون الدولة التي أحد فيها مجلس العقد أو قانون دولة علم الباخرة والطائرة^(٣)، وأن الإسناد لقانون بلد الإبرام يمكن الأطراف من معرفة القانون الواجب التطبيق

(١) ومن الفقهاء الذين قالوا بهذا الرأي ديمولان وسافيني Philippe coursier , le conflit de lois en matiere, de travail. De junsprudence, paris, 1993, P. 41 : 46. مشاركة الزمنية - مرجع سابق، ص ٣٤٣.

(٢) د/ احمد عبدالكريم سلامة - علم قاعدة التنازع والإختيار بين الشرائع - أصولاً ومنهجاً - ط١، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ١٩٩٦م، ص ١١٠.

(٣) د/ اسامة احمد المناعسة ود/ جلال محمد الزغبي - جرائم الحاسب الآلي والإنترنت ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠١م، ص ٢٠.

على العقد مقدماً ويصون لهم توقعاتهم المشروعة من ناحية ، والإستقرار المتطلب للتجارة الدولية من ناحية أخرى.^(١) لو كان هذا الضابط قد تعرض للنقد من ناحية أن التقاء الأطراف في بلد الإبرام قد يكون مجرد ظرف عارضة التقى به المتعاقدين صدفة ومن ثم قد لا يكون قانون بلد الإبرام يمثل مصالحهم الحقيقية.^(٢)

كما يرى هذا الإتجاه أن التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية والتطور التكنولوجي فتح الباب أمام تعاقدات لا تتم بموجب بلد واحد، إذ يحدث التعاقد ما بين بلدين مختلفين كون التعاقد يحصل عن طريق الهاتف أو البريد الإلكتروني وغيرها من وسائل الإتصال الإلكترونية ، وعليه سيتم صعوبة تحديد قانون بلد لأبرام لإختلاف مكان الإيجاب عن القبول وعلم الموجب كون أن التشريعات تختلف بهذا الخصوص، ولنأخذ المثال التالي: لو التقى ممثل تجاري لمحلات فرنسية بأمريكي في لندن وتعاقد معه على شراء كمية من الأقمشة لتصديرها إلى باريس فالعقد تم في لندن، ولكن هذه المدينة لاصلة لها حقيقة به، وبالتالي لا صلة للعقد بالنظام القانوني الإنجليزي .

وتؤيد الباحثة: الإنتقادات التي وجهت إلى ضابط قانون بلد الإبرام التي تفقده أهميته في تحديد القانون الواجب التطبيق كون إعتبار بلد الإبرام يكون الإبرام حدثاً عارضاً في العملية التعاقدية كما أن التطور الحاصل في الوسائل التعاقدية الإلكترونية يجعل تحديد قانون بلد الإبرام صعباً.

كما أن فكرة الإسناد المسبق في الأصل تحاول تحقيق غايتان الأولى بإعتبار هذه الضوابط المسبقة تمثل مركز الثقل في العقد وعليه سيكون القانون الذي يحدده ضابط الإسناد الأجدر بحكم العلاقة التعاقدية وهو الأمر الذي لا يتمثل بقانون بلد الإبرام.

(١) د/ محمد المبروك ، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي ، منشورات الجامعة المفتوحة، بيروت، ١٩٩٠، ص ٥٠.

(٢) د/ صفوت احمد عبدالحفيظ - دور الإستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٥م، ص ١٨٥.

والغاية الثانية تتمثل فى حماية توقعات ومصالح الأطراف وهو أمر لا يقدمه قانون بلد الإبرام ، وعليه ترى الباحثة : أن قانون بلد الإبرام يفقد أهميته فى تحديد القانون الواجب التطبيق.

ثالثاً: قانون محل تنفيذ العقد:

لا يلجأ إلى إعمال قاعدة محل تنفيذ العقد، إلا بعد إعمال قانون الإرادة، وفى الإغفال الصريح أو الضمنى يطبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو قانون بلد إبرام العقد، وعلى الرغم من إدراج النظام القانوني لقانون دولة محل التنفيذ فى ختام القائمة الخاصة بقواعد الإسناد، إلا أنه يعتبر بدون شك أهم تلك القوانين مجتمعة ، لكونه قانون الدولة الذى بموجبه يتمكن المحكوم له الذى صدر الحكم لصالحه من الحصول على كافة حقوقه الناشئة عن العقد، فضلاً عن ذلك فإن إسناد العقد إلى قانون دولة التنفيذ يقوم على اساس أن مصالح المتعاقدين والغير تركزت فى هذه الدولة وهو ما يتفق مع الإتجاهات الحديثة فى القانون الدولي الخاص والتي تعد بالتركيز المكاني للروابط القانونية بعناصرها المادية، التي تظهر فى العالم الخارجي ويعتبر مكان التنفيذ هو مركز مصالح المتعاقدين والغير وذلك لأن إهتمامات المتعاقدين وتطلعاتهم، ستوجه منذ البداية إلى مكان تنفيذ العقد، ويعد الفقيه الألماني سافيني^(١)، أول من لفت الإنتباه إلى قاعدة قانون دولة تنفيذ العقد، بإعتبار أن العلاقة التعاقدية ترتب آثارها فى هذه الدولة، وقد قضت بعض قواعد التنازع ببعض الدول بإسناد العقد إلى قانون دولة التنفيذ ، منها القانون الدولي الخاص التركي، إذا نصت المادة [٢٤] منه على أنه: "نخضع الإلتزامات التعاقدية للقانون الذى يختاره الأطراف صراحة، وعندما لا يقوم الأطراف بالإختيار الصريح فإنه الإلتزام التعاقدى يكون محكوماً بقانون محل التنفيذ..."^(٢)، وقد نصت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥ بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع فى المادة [٤] على أنه :

(١) أنظر راي سافيني لدى ، د/ عادل ابو هشيمة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية فى القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥م ص ٩٤٠.

(٢) د/ احمد عبدالكريم سلامة - نظرية العقد الدولي التطبيق - مرجع سابق، ص ٤٤٠ وما بعدها.

فى حالة غياب نص صريح يشير إلى عكس ذلك، فإن القانون المحلى للبلد الذى سوف تفحص فيه البضاعة المسلمة هو الواجب التطبيق"، كما نص المادة [٥] من التوجيه الأوروبى لعام ٢٠٠٠ على أن: " الشخص الذى يقيم فى دولة عضو يمكنه فى دولة عضو أخرى أن يرفع دعواه أ- أمام محاكم دولة مكان اداء الإلتزام. ب- ومكان هذا الأداء يكون: بالنسبة للبضائع هو مكان تسليمها، بالنسبة للخدمات هو مكان الحصول عليها."^(١) وقد اتجه القضاء الإنجليزية وتبعه وفى ذلك القضاء الفرنسى قبل نفاذ اتفاقية روما ١٩٨٠ فى فرنسا إلى الاعتد بمكان تنفيذ العقد بوصفه مركز الثقل الحقيقى للرابطة العقدية^(٢)، ولما كان من المتصور فى العقود الدولية أن يجرى تنفيذ كل إلتزام عقدي فى [دول مختلفة] أو عند عدم إلتفاق المتعاقدين عند إبرام العقد على محل تنفيذه، فقد جرى سابقاً على تخويل القاضى عند نظر الدعوى سلطة تقديرية فى تركيز الرابطة العقدية فى كل حالة على حدا فى ضوء ظروف التعاقد وملابساته، ورغم أن هذا الحل يتسم بالمرونة التى تسمح بإدراك العدالة على نحو أفضل، إلا أنه يعيبه إخلال باليقين القانونى، حيث قد يتعذر على المتعاقدين العلم المسبق بالقانون الذى يحكم الرابطة العقدية مادام أن تحديد هذا القانون لن يتم إلا بمعرفة القاضى، وبعد أن يصل النزاع العقدي إلى ساحة المحاكم.

وترى الباحثة: أنه سواء كان قانون بلد التنفيذ غير قادر على حكم العلاقة التعاقدية فى حالة تعدد أماكن التنفيذ إلا أنه فى حالة إتحاد مكان التنفيذ او تم تحديد مكان التنفيذ الرئيسى سيكون قانون هذا المكان هو الأجدر بحكم العلاقة التعاقدية كون أن جميع عناصر تنفيذ العقد تقع ضمن مكان واحد وعليه يصون قانون بلد التنفيذ حقوق والتزامات أطراف العقد.

وبذلك نجد أن ضوابط الأسانيد المسبقة متباينة فى قوتها فنجد قانون الموطن المشترك لأطراف لا يمثل مركز الثقل فى العقد إلا أنه يحقق مصالح وتوقعات الأطراف وبالنسبة لقانون

(١) د/ ابراهيم بن احمد بن سعيد زمزمي - القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص ١٨٩.

(٢) د/ هشام على صادق، نظرات إنتقادية، مرجع سابق، ص ٣٨١

بلد الإبرام يفقد أهميته فى تحديد القانون الواجب التطبيق بسبب عدم فاعليته فى تحقيق مصالح اطراف العقد أو بإعتباره مركز الثقل للعقد أما قانون محل التنفيذ يحمل فى طياته الغايتين حيث يمكن إعتباره ممثلاً لمصالح وحقوق الأطراف وكذلك بإعتباره ممثلاً عن مركز الثقل للعقد فى بعض الحالات.

الفرع الثاني

منهج الإسناد المرن للرابطة العقدية

يعمل منهج الإسناد المرن على ترك مجال واسع للإجتهد القضائي وتقديره حيث يقوم بتركيز العقد وفقاً للقانون الأوثق صلة به، فى ضوء ظروف التعاقد وملابساته، ويتضمن منهج الإسناد المرن كلاً من فكرتي تركيز أو توطين العقد، وفكرة الأداء المميز للعقد، وكما يلى:

أولاً: فكرة التوطين أو [تركيز العقد]

تتمثل هذه الفكرة فى ضرورة البحث عن القانون الواجب التطبيق عن طريق إسناد العقد إلى الدولة التى يكون قانونها أوثق صلة به، إذ ينحصر دور القاضى فى التركيز الموضوعي للرابطة العقدية فى إطار نظام قانوني معين، فى ضوء مقتضيات التعاقد وظروف ملابساته، فإذا ما تم هذا التركيز قام القاضى بتطبيق القانون السائد فى المكان الذى يشكل مركز الثقل فى الرابطة العقدية، ويعبر على هذا النحو من اوثق الصلات بها^(١). ويعتبر منهج الإسناد المرن أكثر مرونة من النهج الجامد فى الأسناد سعياً وراء إدراك العدالة على نحو أفضل من خلال قيام القاضى بالبحث عن أقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية ولا يعتمد القاضى على محددات ثابتة للتطبيق على كافة العقود الدولية، وهو ما يختلف عن الإسناد الجامد فى تحديد القانون الذى يحكم العقد، وما ينجم من تصادم المعيار وبعض انواع العقود ويرى الأستاذ [باتيفول] مؤسس نظرية التوطين أو التركيز ان العقد كتصرف قانوني فى حد ذاته هو حدث غير مادي فلا يشغل حيزاً مكانياً، مما يصعب معه على هذا النحو التركيز المادي للرابطة

(١) د/ محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص ١٣٧.

العقدية إلا أنه يحيط بالعقد أحداث مادية خارجية، يمكن تركيزها مكانياً، ويذهب الأستاذ باتيفول أيضاً^(١) إلى أن الموضوع الحقيقي لإرادة المتعاقدين هو تركيز أو توطين العقد فى دولة معينة، فهم يركزان عقدهما فى مكان معين، ومن هذا التركيز يستخلص القاضى القانون الواجب التطبيق. وقد ذهب القضاء الفرنسى قبل نفاذ معاهدة روما بإسناد العقود للقانون الأوثق صلة بها فى ضوء ظروف التعاقد وملابساته، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٢٦ يوليو لسنة ١٩٥٩م: "إذا لم يقم المتعاقدون بإختيار قانون العقد صراحة، فعلى قضاء الموضوع أن يتصدوا لتحديد القانون الواجب التطبيق فى ضوء ظروف التعاقد وملابساته"^(٢) إلا الإسناد المرن، وما يقوم عليه من تحديد القانون الأوثق صلة بموضوع العقد، لم يسلم من النقد، الذى تجلى فى فقدان الأطراف للجانب القانونى للقانون الذى سيحكم عقدهم، لعدم العلم به مسبقاً، وكذلك أن التحديد من قبل القاضى هو أمر شخصى، إذ قد يقرر قاض ما أن العقد يرتبط باكثر صلاته بدولة ما، ولا يعتبر قاضى آخر بنفس الظروف كذلك، كما أن فكرة التركيز تترك مجالاً كبيراً لإجتهد القاضى وتقديره بما يخشى معه التقصير، ولهذه الأسباب ظهرت نظرية فكرة الأداء المميز [أى المدين الملتزم بالأداء المميز] والتى يتم على اساسها التركيز الموضوعى للرابطة العقدية من خلال تحديد طبيعتها الذاتية، ما يسمح على ضوءه الإسناد المستقل لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة على ضوء فكرة الأداء المميز، اى المكان الذى تم فيه تنفيذ الإلتزام الرئيسى المتميز عن غيره من الإلتزامات التى يفرضها العقد.

ثانياً: فكرة الأداء المميز فى العقد:

^{١)} batiffol, La loi. a pproprieeau contrat, in mélanges B. Goldman, Paris, Litec, 1983, P. 1 etss.

^{٢)} د/ سامى مصطفى سرحان - تنازع القوانين فى عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ١٣٨.

تقوم فكرة الأداء المميز على تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد^(١) حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء أو الإلتزام الأساسي في العقد والوفاء ومكان الوفاء به أو تقديمه، ولما كان ذلك الأداء أو الإلتزام ليس سواء في كل العقود، فإنه من الطبيعي أن يختلف القانون الذي يحكمه في كل عقد على حدة^(٢) وتتسم هذه الفكرة بالمرونة وتسمح للقاضي بربط النزاع بقانون الدولة التي يرتبط بها العقد برابطة وثيقة تقوم على التركيز الموضوعي للعقود في ضوء طبيعتها الذاتية، بصرف النظر عن ظروف التعاقد وملابسات كل حالة على حدة، وهذا قد يسمح بتحديد قانون العقد على اساس إسناد يتسم بالوضوح ويراعي توقعات المتعاقدين، دون أن يضحى بإعتبارات العدالة وما تقتضيه من مرونة في الإسناد، لأن اختلاف الإسناد لا يرتد إلى تنوع ظروف التعاقد وملابساته الواقعية في كل حالة على حدة، وإنما إلى طبيعة الرابطة العقدية ومحل الأداء المميز فيها، وهو ما يكفل للمتعاقدین العلم المسبق بقاعدة الإسناد والتي تحدد سلفاً القانون الواجب التطبيق على العقد المزمع إبرامه^(٣) وفي الحياة الإقتصادية يوجد طرف واحد للعقد يكون له دور فعال وظاهر عند إبرامه، فهو الذي يبيع ويمنح القروض وما إلى غير ذلك وهو صاحب مركز النقل في العقد أما الطرف الآخر فهو مجرد عميل عادي، لا دور له في إبرام عقد البيع أو عقد النقل أو غيره، ويتمثل التزامه دائماً في دفع مبلغ من النقود ولا يعتبر أداءه مميزاً للعقد^(٤) وقد ظهرت تلك الفكرة في الفقه والقضاء السويسري.

(١) د/ ناصر عثمان محمد عثمان، عقود الوسطاء في سوق الأوراق المالية، الطبعة الأولى دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م، ص ٨٧.

(٢) د/ احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي، مرجع سابق، ص ١١٠٤.

(٣) د/ محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص ١٥٤.

(٤) يعد الفقيه السويسري SCHNITZER هو أول من نادى بفكرة الأداء المميز في العقد، ويرى هذا الفقيه أن الحياة الإقتصادية للعقد ذات طرف واحد، يتمتع بدور فعال وظاهر في إبرام العقد، فهو الذي يبيع وينقل ويعطي وما إلى ذلك أما الطرف الآخر فهو مجرد عميل عادي، يتمثل إلتزامه دائماً في دفع مبلغ من المال، ومن ثم يكون من السهل تحديد الأداء المميز للعقد، وهو الأداء الذي يلتزم به الطرف الأول، بالنظر إلى

وكان طبيعياً أن تقنن فى بلد إداها ، فقد نصت المادة [١١٧ / فقرة] من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧م، على تحديد القانون الواجب التطبيق فى غياب الإختيار، وهو إخضاع العقد لقانون الدولة التى له بها أكثر الروابط وثوقاً، ونص فى الفقرة ٢/ من نفس المادة على ما يلى: ٢- ويفترض أن هذه الصلات توجد فى الدولة التى يكون فيها محل إقامة الطرف الذى ينبغى له تقديم الأداء المميز فى العقد، او التى بها مكان مركز إدارة محله التجاري، إذا ماكان العقد قد تم إبرامه من خلال ممارسته لنشاطه المهني. ٣- ويعتبر على وجه الخصوص أداء مميزاً للعقد:

أ- أداء المتصرف فى عقود نقل التصرف.

ب- أداء المعير فى عقود عارية الإستعمال التى تقع على شئ أو حق.

ج- أداء الخدمة فى عقد الوكالة أو عقد المقاولة أو أية عقود أخرى موضوعها أداء خدمة.

د- أداء المودع لديه فى عقد الوديعة

هـ- أداء الضامن أو الكفيل فى عقود الضمان والكفالة.^(١)

وبذلك ، فقد حدد القانون السويسري أنه فى حالة إغفال الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق صراحة أو ضمناً، فإن العقد يخضع لقانون الدولة التى يرتبط معها بأوثق الصلات، ويقيم قرينة على تحقيق أكبر الصلات للعقد مع قانون الدولة التى يكون محل الإقامة المعتاد للطرف المدين بهذا الإلتزام، كما تضمن القانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦ [فى المادة ٢٨/ فقرة ٢] نصاً مماثلاً حرفياً لما ورد فى نص المادة ١١٧/ فقرة ٢] من القانون الدولي الخاص السويسري، وكذلك تضمن القانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢ فكرة الأداء المميز فى نص المادة [٢٤]، والقانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٩ فى نص المادة

وظيفته فى الحياة الإقتصادية للعقد SCHNITZER (A) la loi applicable aux contrats,

R.C.D.I.P, 1955, No 19. P, 479

مشار إليه فى مؤلف د/ ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص ٨٨.

(١) د/ ربا سامي سعيد الصفار- عقد الإنتفاع بالعقار على وجه المشاركة الزمنية، مرجع سابق، ص ٣٥١.

[٢٩]، وتلتقى فكرة الأداء المميز مع فكرة توطين أو تركيز العقد إلا أن لحظة تقدير أو وزن الأداء المميز هي وقت إبرام العقد عادة، وتصور الافراد لها فى ذلك الوقت، ولا يلزم التنفيذ المادي أو الفعلي للأداء فذلك يأتي فى مرحلة لاحقة ، وهنا تفترق فكرة الأداء المميز عن نظرية التوطين التي يميل أنصارها إلى محل التنفيذ.

ونظراً لما يتمتع به معيار الأداء المميز فى تحديد القانون واجب التطبيق على العقد من مرونة وملائمة لكافة طوائف العقود^(١) فقد وجد إهتماماً وترحيباً كبيرين سواء من قبل التشريعات الوطنية^(٢) أو الإتفاقيات الدولية^(٣) كما طبقته العديد من الأحكام القضائية^(٤). ويتميز

(١) د/ عادل أبو هشيمة محمود خوتة، مرجع سابق ، ص ٩٧

(٢) اقرت العديد من التشريعات الوطنية معيار الأداء المميز، كاساس لتحديد القانون واجب التطبيق على العقد، عند غياب إتفاق الأطراف بصدد تعيين هذا القانون، ومن هذه التشريعات: القانون الدولي الخاص النمساوي والصادر فى ١٥ من يونية ١٩٧٨ وذلك فى المادة [٣٦] منه، والقانون الدولي الخاص المجري لسنة ١٩٧٩ وذلك فى المادة [٢٥] منه، والقانون الدول الخاص الألماني والصادر فى ٣٠ من يولية ١٩٨٦ وذلك فى المادة [٢٨] منه، والقانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧ وذلك فى المادة [١٧] منه، والقانون الدول الخاص الفنزويلي لسنة ١٩٩٨ وذلك فى المادة [٣٠] منه، والقانون الدولي الخاص التونسي لسنة ١٩٩٨ ، وذلك فى المادة [٦٢] منه وأخيراً القانون الروسي لسنة ٢٠٠١، وذلك فى المادة [٢١] منه.

(٣) تبنت معيار الأداء المميز العديد من الإتفاقيات الدولية، ومنها إتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ ، بشأن القانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، حيث تضمنته المادة الثالثة منها، كذلك تبنت إتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ ، بشأن القانون واجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية هذا المعيار، وضمته المادة الرابعة منها.

(٤) راجع فى ذلك

- Tribuhal federal Suisse 15 fevrier 1952, chevalley c/Genimportex, R.C.D.I.P, 1953, P. 391. Note FIATTETEG.
- C.A. Paris,)27) Janvier 1955, R.C.D.I.P, 1955, P. 330, note motulsky.
- Tribunal federal. Suisse, 11 mai 1966m clunet, 1970, P. 418 ets.
- Tribunal dederal Suisse, 29 Janvuer 1970, clunet, 1976, P.695, obs. (Aliveip).
- Tribunal (federal 25 fevrrier . 1975, clunet, 1976, P. 705 ets.

هذا المعيار بسهولة العلم المسبق به ، ومرونته، وملاءمته لأغلب طوائف العقود بالإضافة إلى صفة الثبات التى يتمتع بها وإحترامه لتوقعات الأطراف بتطبيقه للحل الملائم حسب طبيعة كل عقد.

اضف إلى ذلك أن الأداء المميز للعقد هو أداء أحد الأطراف فقط، لذا فإن الإستناد إليه فى تحديد القانون الواجب التطبيق يمنع تجزئة العقد ويحول دون إخضاع الإلتزامات الناشئة عنه إلى قوانين مختلفة، مما يؤدي إلى تضارب الحلول وإختلافها.

كما أن تفضيل معيار الأداء المميز يستند على تحليل قانوني وإقتصادي فى الوقت نفسه، فالتحليل القانوني للأداء المميز يعطى فرصة لمعرفة جوهر العقد، ويتميز المتعاقدين دائن ومدين، أما بصدد التحليل الإقتصادي فإن طرف واحد هو الذى ابرم العقد ومارس وظيفته فى الحياة الإقتصادية، وباع ونقل وأمن وأدى الخدمة وأن الطرف الآخر لا يكون إلا عميلاً.

ويترتب على ذلك أن يكون الطرف الأول هو المكلف بالأداء المميز، ويمارس وظيفته فى الحياة الإقتصادية فضلاً عن أن معظم العقود تبرم مع عملاء من نفس الدولة، وأن الوسيط يخضع لقواعد السوق فى مكان منشأته، وينظم أنشطته فى هذا المكان، ويبرر هذا الترسخ لأنشطة الوسيط فى دولته، تطبيق قانون هذه الدولة بإعتباره قانون دولة المدين بالأداء المميز⁽¹⁾

- C.A. Grenoble, 13 septembre 1995, clunet, 1996, P. 948 ets, note witz, (C.), R.C.D.I.P, 1996, P.666 ets. Note DOROTHEELP.

- Cass. Civ., Ire CH., 25. Novembre 2003, Clunet, 2004, P. 1179m Note E. ANCEL (M).

مشار إليه فى مؤلف أستاذنا الدكتور/ ناصر عثمان محمد عثمان - عقود الوسطاء فى سوق الأوراق المالية، مرجع سابق، ص ٨٩

(1) SCHNITZER Adolf: La loi applicable , op. cit, P. 479.

أما بالنسبة للإتفاقيات الدولية:

فقد تضمنت إتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على عقد البيع للمنقولات المادية، الإعتداد بمحل الإقامة المعتاد للبائع بوصفه الملتزم بالأداء المميز للعقد كضابط إسناد رئيسي لتعيين قانون العقد، حيث نصت المادة [٣] منها على أنه: "تبعاً للقانون الواجب التطبيق بواسطة الأطراف، فإن البيع سوف يحكم بواسطة قانون الدولة التي بها محل إقامة البائع وقت إستلام طلب الشراء، وعندما يتم تلقي طلب الشراء بواسطة منشأة البائع، فإن البيع سوف يحكم بموجب قواعد قانون الدولة التي توجد فيها هذه المنشأة.^(١)

أما إتفاقية روما ١٩٨٠، فقد تبنت ضابط الأداء المميز في نص المادة [٤ / فقرة ١] حيث جاء نصها: " حينما لا يتم إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فإن العقد سوف يحكم بواسطة قانون الدولة الأكثر صلة بالعقد ، أما المادة [٤ / ٢] فقد نصت على أنه " مع مراعاة نص الفقرة [٥] من هذه المادة، يعتبر العقد أكثر صلة بالبلد الذي يكون فيه للطرف الذي يتعين عليه تنفيذ الأداء المميز للعقد وقت إبرامه محل إقامة معتاد، وبالنسبة للشخص المعنوي فإنه يكون المكان الذي يوجد فيه مركز الإدارة الرئيسي، وعلى أية حال إذا ما تم إبرام العقد في إطار تجارة أو حرفة أحد الأطراف، فإنه يكون المكان الذي يوجد فيه موقع المحل التجاري الرئيسي أو حيثما كان يتوجب [وبموجب بنود العقد] أن يتم التنفيذ من خلال محل تجاري آخر غير المحل التجاري الأصلي، فإنه يكون في البلد الذي يوجد فيه موقع ذلك المحل التجاري، وعليه فإن الإتفاقية وفي سبيل إرشاد القاضى ومساعدته على تطبيق قانون البلد الذي يرتبط به العقد فقد وضعت الإتفاقية قرينة مفادها أن العقد ينطوي على صلات وثيقة مع البلد الذي يجب على الخصم أن يقدم فيه التزاماً مميزاً بعمل لحظة إبرام العقد، على إعتبار أن هذا الإلتزام المميز هو الذي يسمح بتمييز العقد عن أي عقد آخر.^(٢)

(١) د/ أحمد عبدالكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مرجع سابق، ص ١١٠٥

(٢) V.O. TELL, Convention de Rome du 19 Juin 198: premiers developments Juris prudentiels>>, in lacooperation judiciaire entre la france, L'espagne et I >>

وقد وضع الفقه عدداً من المبررات لهذا الإلتزام المميز ومنها أن تراكب وتنوع الإلتزامات المفروضة على كاهل مورد الإلتزام المميز خاصة بالنسبة لمجموع العقود التي تخضع لذات القانون، وتقريد هذا الإلتزام وكذلك تحديد الشخص المدين به تعتبر ميزة واضحة تحقق تنمية التجارة الدولية.⁽¹⁾، أما بالنسبة إلى محل إقامة الشخص المعنوي فهو محل مركز إرادته وإذا ما تم إبرام العقد من قبل طرف في إطار حرفته أو عمله التجاري ، ولكن إذا أريد أن ينفذ العقد شخص معنوي آخر، فإن الدولة التي يوجد فيها مركز إدارة هذا الشخص المعنوي الثاني هي التي تكون معنية، ويكون قانونها هو الواجب التطبيق.

وقد اصبحت إتفاقية روما في سنة ١٩٨٠، قانوناً وضعياً في الدول الأوروبية في إعتماها على فكرة الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال تحديد محل الإقامة المعتاد للمدين بها، ويمكن أن نستشف تحديد المقصود بالأداء المميز من خلال نص المادة [٤] من إتفاقية روما، والذي يحدد معيار مكان هذا الأداء على النحو الآتي:

١- العقد يكون أكثر صلة بالبلد الذي يتم فيه الوفاء بالإلتزامات التعاقدية.

٢- إذا كان الشخص الملتزم شركة، فإنه يعتد بقانون البلد الذي يوجد فيه مقرها الرئيسي.

Allemagne: les conventions europeenes, seminaire organize les /3 et4 fevrier 1998 bar la delegation des == barreoux de france a bruxelles, petites affiches, du 16 decembre 1998, no special 150, PP. 22 ets , notamments, P.27.

مشار إلى هذا الحكم في مؤلف الدكتورة/ ربا سامي سعيد الصفار، عقد الإنتفاع بالعقار على وجه المشاركة الزمنية، مرجع سابق، ص ٣٥٣.

) Sur lensemble dela question. De rattachem objectif a laide de la notion de prestationsent caractoristique V.A.C.IMH off SCHETER, th, precitee, PP. 95 – 130.

وبهذه المثابة^(١)، فإن عقد التأمين الدولي مثلاً يخضع لقانون مركز شركة التأمين الملتزمة بتغطية المخاطر [بوصفه الأداء المميز في العقد] كما يخضع عقد القرض الدولي لقانون مركز البنك مقدم القرض، وهكذا... وتبقى الفروض الإستثنائية التي يستحيل فيها تحديد الأداء المميز في العقد، أو يتبين من ملابسات النزاع في حالات معينة أن مثل هذا الإسناد يقوم على ظروف عارضة، حيث تخول التشريعات الحديثة القاضي سلطة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية، في ضوء ظروف وملابسات التعاقد، وصولاً إلى تحديد القانون الأوثق صلة لهذه الرابطة، وهذا التحفظ الإستثنائي اقرته إتفاقية روما^(٢) في نص المادة [٤ / فقرة ٥] جاء فيها: ٥- لا تنطبق الفقرة الثانية إذا لم يتم تحديد الأداء المميز، وينبغي إستبعاد الإفتراضات الواردة في الفقرة [٢، ٣، ٤] إذا ما بدا من الظروف بشكل عام أن العقد أكثر صلة أو ارتباطاً بدولة أخرى".

وترى الباحثة : أن فكرة الأداء المميزة تتسم بالمرونة التي تسمح بإسناد كل طائفة متشابهة من العقود للقانون الأكثر صلة بها، وهو قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز عند التعاقد، بوصفه الحل المفترض لتنفيذ هذا الأداء، دون أن يصل الأمر إلى حد الإخلال بالتوقعات المشروعة للأفراد، والتي يسهل عليهم وفقاً لهذه النظرية العلم المسبق بهذا القانون، فالتركيز الموضوعي هنا لا يتغير وفقاً لظروف التعاقد في كل حالة على حدة، وإنما هو يقوم على طبيعة الرابطة العقدية المطروحة، والأداء الجوهرية فيها.

تقييم ضابط الأداء المميز بالنسبة لعقود تقسيم الوقت:

بالرغم من المزايا السابق ذكرها، وتبنى العديد من النظم القانونية الداخلية والدولية والأحكام القضائية لهذا الضابط، إلا أن إعماله فيما يخص عقود الإنتفاع بوحدة سكنية بنظام إقتسام الوقت، قد يجانبه الصواب في بعض الأحيان فمن ناحية: إذا تناولنا عقد إقتسام الوقت بصورته المبدئية، والتي تتمثل في قيام المنتفع بشراء حصة له في وحدة سكنية، أو حق إنتفاع

(١) د/ عادل أبو هشيمة، المرجع السابق، ص ٩٨

(٢) د/ هشام على صادق، المرجع السابق، ص ٣٨٣

مدة زمنية محددة أو قابلة للتحديد مقابل مبلغ معين من إحدى الشركات التي تستغل أو تدير المنتجعات ، أو القرى السياحية، فهنا يمكن بسهولة تحديد المدين بالأداء المميز في هذه العقود، والمتمثل في الشركة أو المستغل لإدارة المشروع السياحي أو الفندقية، بينما يعتبر المنتفع بالوحدة السكنية السياحية المستهلك أو المدين بالأداء النقدي .

ولكن تثير صعوبة تحديد معيار الأداء المميز، بالنظر للصورة الأكثر تعقيداً وصعوبة لنظام المشاركة الزمنية، والتي تتمثل في تبادل حق الإنتفاع للوحدة السكنية، والمتمثل في قيام المنتفع بالتبادل الدولي للمدة الزمنية المخصصة له من دولة لأخرى، حيث ينتقل من دولته إلى دولة أخرى لقضاء أجازته السياحية، وهنا تظهر الصعوبة، حيث يختلط فيه تحديد المدين بالأداء المميز، وذلك بالنظر للطبيعة شديدة التعقيد والمركبة لعقد المشاركة الزمنية في نظام التبادل الدولي، والتي تحمل من الصعوبة بمكان تحديد الأداءات المميزة لها^(١)

وهذا ما دفع بعض الفقه^(٢) إلى التسليم ببعض الظروف الإستثنائية التي تمكن وتبرر الخروج على مبدأ الأداء المميز، وذلك في حالة العلاقات القانونية الغامضة، لحماية مصلحة المتعاقدين في العقد الدولي ولعدم الإخلال بالتوقعات المشروعة للمستهلك.

ومن ناحية ثانية:

فإن معيار الأداء المميز يمثل في باطنه فكرة الرابطة الأكثر وثوقاً فبالنظر لفكرة الأداء المميز يتضح أنها تقوم بربط العقد برابطة وثيقة بإقليم الدولة التي يوجد بها محل إقامة المدين بالأداء الأساسي في العقد الدولي. وبالنظر بتمعن لمعيار الأداء المميز، يتضح أنه لم يضيف جديداً عن تركيز العقد في المكان الذي يقيم فيه المتعاقد صاحب الأداء الأفضل، خاصة إذا كان هذا الشخص شخصاً اعتبارياً ، ويصدق القول في هذه الحالة إذا كان مركز الثقل للعلاقة

(١) د/ حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٥٧

(٢) Schnitzer, la loi applicable aux contats, Rev. vrite, 1955. P.480.

العقدية ينطلق من الدولة التي يوجد بها مركز الإدارة الرئيسي للمؤسسة أو مكان الشركة الرئيسي.^(١)

وبالتطبيق لذلك على عقد المشاركة الزمنية يتضح أن الفكرة الرئيسية والتي تقوم على إرتباط العقد برابطة وثيقة بالدولة التي يوجد بها المستغل أو الشركة القائمة على إدارة المشروع السياحي، ويمثل الأخير صاحب الأداء المميز في مختلف عقود المشاركة، لإرتباط العقد بالشركة أو المؤسسة المستغلة.

ومن ناحية ثالثة:

يعد عقد إقتسام الوقت من عقود الإستهلاك والتي تتميز بوجود طرف مهني ممثل في المستغل للوحدة السكنية السياحية، وطرف منتفع مستهلك بحيث قد يفرض في الغالب الطرف الأول شروط العقد على الثاني، ومن هذا القبيل، فإن الإسناد لقانون المدين بالأداء المميز، من شأنه تناسي وإهدار حماية الطرف المستهلك في العقد، لأنه سيؤدي في جميع الأحوال إلى تطبيق قانون الشركة أو المؤسسة القائمة بإدارة الوحدات السكنية، والذي يمكن أن يكون اقل حماية للمنتفع المستهلك، ففكرة الأداء المميز ترجح الوظيفة الإقتصادية لأحد المتعاقدين عن الأداء النقدي للمتعاقد الآخر.

ومن ناحية أخيرة:

ان الاعتماد على ضابط الأداء المميز من شأنه الإضرار بمصالح المنتفع، ولكن تزداد الصعوبة في إتصاف عقود تقسيم الوقت بصفة الإستهلاك، حيث يسعى المنتفع بالوحدة السكنية السياحية من وراء إبرامه للعقد إلى إشباع إحتياجاته الشخصية، وليس الحصول على ربح، لذا فإن إلتزام المستهلك دائماً يتمثل بدفع مبلغ من النقود خلافاً لإلتزام المتعاقد معه والذي يقدم

(١) د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل، عقد التوزيع الحصري في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، بالإسكندرية، ٢٠١٦م، ص ١٦٩.

دائماً الأداء المميز لعقد الإستهلاك، مما يؤدي إلى تطبيق قانونه على العقد، وينتج عنه في نهاية المطاف الإضرار بمصالح المستهلك.^(١)

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث يمكن إجمال بعض النتائج والتوصيات فيما يلي:

أولاً: النتائج:

- (١) إمكانية تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون واحد في ذات الوقت.
- (٢) فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على عقود المشاركة الزمنية، يتضح إمكانية الخروج عن قانون موقع العقار لصالح قانون الإرادة، نظراً لتحقيق الأخير للعديد من المزايا المتعلقة بتوقعات الأطراف المشروعة، ومراعاة مصالح التجارة الدولية، وتحقيق الأمان القانوني.
- (٣) عدم ملائمة التشريعات الداخلية الحالية لمتطلبات عقود المشاركة الزمنية الدولية ذلك لأن هذه القوانين وجدت أصلاً لحكم الروابط العقدية الداخلية.

ثانياً: التوصيات

- (١) يُنصح بتضمين نصوص واضحة وصريحة حول القانون الواجب التطبيق في عقود المشاركة الزمنية الدولية حتى لا يتسبب إغفالهم لهذا النص الصريح البحث عن الإرادة الضمنية أو اللجوء لضوابط إسناد إحتياطية لا يرتضونها ولا تتناسب معهم.
- (٢) نقترح تطوير قضاء متخصص في العقود الدولية، بما في ذلك عقود المشاركة الزمنية، ليكون قادراً على معالجة النزاعات المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق بفاعلية وكفاءة.

(١) د/ عادل أبو هشيمة محمود حوتة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥م، ص ١٠٥.

٣) توصى الدراسة بتعزيز التعاون بين الدول من خلال إبرام إتفاقيات دولية تسهل من تحديد الواجب التطبيق على عقود المشاركة الزمنية، وتجنب التعارضات القانونية التى قد تنشأ بسبب إختلاف القوانين الوطنية.

قائمة المراجع

أولاً - المراجع العامة والمتخصصة :

- ١) د/ إبراهيم احمد إبراهيم - القانون الدولي الخاص - الموطن ومركز الأجانب - دار النهضة العربية - القاهرة ٢٠٠١م
- ٢) د/ ابراهيم بن احمد بن سعيد زمزمي - القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م
- ٣) د/ أبو العلا على أبو العلا النمر - الموطن فى العلاقات الخاصة الدولية - دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠٣م
- ٤) د/ احمد عبد الكريم سلامة، الأصول فى التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٨م
- ٥) د/ احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٨٩م
- ٦) د/ احمد عبدالكريم سلامة - علم قاعدة التنازع والإختيار بين الشرائع - أصولاً ومنهجاً - ط١، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ١٩٩٦م

(٧) د/ اسامة احمد المناعسة ود/ جلال محمد الزغبى - جرائم الحاسب الآلى والإنترنت ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠١م

(٨) د/ حسام الدين فتحى ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م

(٩) د/ حسن الهداوى - القانون الدولى الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية فى القانون الأردنى، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٧م

(١٠) د/ حنان عبد العزيز مخلوف - العقود الدولية ، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٠م

(١١) د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل، عقد التوزيع الحصرى فى القانون الدولى الخاص، دار الجامعة الجديدة، بالإسكندرية، ٢٠١٦م

(١٢) د/ خالد عبدالفتاح خليل- حماية المستهلك فى القانون الدولى الخاص - دار النهضة العربية- القاهرة - ٢٠٠٢م

(١٣) د/ سامى بديع منصور و د/ عكاشة عبدالعال، طرق حل المنازعات الدولية الخاصة والحلول الوضعية لتنازع القوانين، الدار الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٥م

(١٤) د/ سامى بديع منصور، الوسيط فى القانون الدولى الخاص، دار العلوم العربية، بيروت ، لبنان، ١٩٩٤م

(١٥) د/ صفوت احمد عبدالحفيظ - دور الإستثمار الأجنبى فى تطور أحكام القانون الدولى الخاص، الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٥م

- ١٦) د/ طرح البحور على فرج، تدويل العقد، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ٢٠٠٠م
- ١٧) د/ عادل أبو هشيمة محمود حوتة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية فى القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥م
- ١٨) د/ عبدالمنعم زمزم، الوسيط فى القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.
- ١٩) د/ عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩م
- ٢٠) د/ عصام القسبي ، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، ١٩٩٨م
- ٢١) د/ عكاشة محمد عبدالعال، قانون العمليات المصرفية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٤م
- ٢٢) د/ محمد المبروك ، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي ، منشورات الجامعة المفتوحة، بيروت، ١٩٩٠
- ٢٣) د/ محمد طلعت دويدار - القانون الدولي الخاص السعودي - الجنسية - الموطن - مركز الأجانب - تنازع الإختصاص - تنازع القوانين - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٤١٧/١٤١٨هـ - ١٩٩٧م
- ٢٤) د/ محمد كمال فهمي - أصول القانون الدولي الخاص، ط١، الإسكندرية، ١٩٥٥م
- ٢٥) د/ محمود محمد ياقوت - الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية - الإسكندرية - دار الفكر العربي - ٢٠٠٤م

الباحثة/زينب راشد حسن طلبة _____ مبدأ اختصاص قانون الإرادة فى مجال عقود المشاركة

٢٦)د/ محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين فى إختيار العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠م

٢٧)د/ ممدوح عبد الكريم حافظ - القانون الدولي الخاص، عمان، ١٩٩٩م

٢٨)د/ منير عبدالمجيد - تنازع القوانين فى علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١م

٢٩)د/ ناصر عثمان محمد عثمان، عقود الوسطاء فى سوق الأوراق المالية، الطبعة الأولى دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م

٣٠)د/ هشام خالد - ماهية العقد الدولي، دراسة فقهية قضائية مقارنة فى الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية ، اللاتينية ، والعربية والإتفاقيات الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨م

ثانياً - رسائل الدكتوراه :

١) د/ إيمان ناجي العزاوي - القانون الواجب التطبيق على عقد المنظمة الدولية مع شخص القانون الداخلي، أطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد، ٢٠٠٧م

٢) د/ باسم سعيد يونس، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة الموصل، ١٩٩٨

٣) د/ جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، ٢٠٠٥م

٤) د/ سامي مصطفى فرحان - تنازع القوانين فى عقود التجارة الدولية - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس ، كلية الحقوق، ٢٠٠٦م

٥) د/ طارق عبد الله يحيى المجاهد، تنازع القوانين فى عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، قدمت إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١م

ثالثاً - الأبحاث والمجلات العلمية :

- ١) د/ عز الدين عبدالله ، دراسات فى القانون الدولي الخاص الكويتي، تنازع القوانين فى العقد، مجلة مصر المعاصر، سنة ٦٤، العدد ٣٥٢ ، مطابع الأهرام، القاهرة، ١٩٧٣
- ٢) د/ محمد وليد هاشم المصري، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة، مجلة الشريعة والقانون، تصور عن مجلس النشر العلمي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد ٢٠ ، يناير ٢٠٠٢م

رابعاً- مراجع باللغة الأجنبية :

- 1) Abdel Hady El Awady – La prpriete a temps partage (time shars) Etude comparative de eroit. Francais. Et de droit egyptien p.510.
- 2) Batiffil – aspects, philosophiques. Du droit. International prive, paris, Dalloz. 1956. P. 99.
- 3) Batiffol et lagarde: droit international prive, 7 ed tom II, L.G, D: j. Paris, 1983.
- 4) BATIFFOL: les conflits de lois en matiere de contrats, etude de drait international prive. Compare , Paris sirey, 1938.
- 5) ch. BEUDANT: le droit individuel et l’etat, introduction a letude du droit, paris , 1891.
- 6) Deby Gerard, Le role de la regle de conflit dahs le reglement des rapports internationaux, Dalloz, 1973, N. 288,.

- 7) Heuze, Le reglementation francaise des contrats internationaux, N. 15,
- 8) Pourtant, M,J,M JAQCUNET, et ph. DELEBE CQUE. Ont citeun jugement guia applique la lex mercetor, a un: contrat de. Sponsor. T.com. Nantes. 11 Juill. 1991, Hpi. 1993, 330, note ph. LEboul ANGER. P.
- 9) Sur lensemble dela question. De rattachem objectif a laide de la notion de prestationsent caractoristique V.A.C.IMH off SCHETER, th, precitee,
- 10) Tribunal dederal Suisse, 29 Janvuer 1970, clunet, 1976, P.695, obs. (Aliveip).