الجامعة العربية الأمريكية – جنين

عمادة الدراسات العليا

القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في فلسطين

إعداد

رند سامر سليمان حرب

إشراف

أ.د. أمين دواس

قدمت هذه الرسالة إستكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في تخصص القانون التجاري

آب 2012

© الجامعة العربية الأمريكية – جنين 2012. جميع حقوق الطبع محفوظة.

القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في فلسطين

إعداد

رند سامر سليمان حرب

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ 2012/8/25

أعضاء لجنة المناقشة : **التوقيع**

1. **الأستاذ الدكتور أمين دواس / مشرفاً ورئيساً**
2. **الدكتور غسان خالد / ممتحناً خارجياً**
3. **الدكتور أنس ابو العون / ممتحناً داخلياً**

إهداء

إلى أعز من في وجودي بعد الله.... الى من ينيرا لي دربي ويعلماني كل ما هو جميل في الحياة، أمي وأبي أطال الله في عمرهما

إلى أشقائي الأحباء سليمان وجمال

الى جدي وعمتي الأعزاء

شكر وتقدير

أتقدم بالشكر الجزيل والعرفان بالجميل الى الاستاذ الدكتور أمين دواس، الذي تفضل بقبول الإشراف على الرسالة، والذي كان رمزاً للعطاء في العلم ولم يبخل علي بوقته الثمين، ونصحه السديد، فجزاه الله كل خير.

كما أتقدم بالشكر الى الأساتذة المحترمين، الدكتور أنس ابو العون والدكتور غسان خالد، لتكرمهما بقبول مناقشة الرسالة وتقييمها.

ومن واجب الوفاء علي أن أقدم شكري وامتناني الى أستاذي الفاضل، المحامي عزام حلبوني، الذي كان خير أستاذ لي أثناء تدربي على أعمال المحاماة، وقدم لي كل الدعم والتسهيل لإكمال دراستي العليا، فجزاه الله كل خير.

تفويض

أنا رند سامر سليمان حرب، أفوض الجامعة العربية الأمريكية حق تصوير رسالتي كلياً أو جزئياً ولتزويد نسخ من الرسالة للأفراد والمؤسسات وفقاً لأنظمة وتعليمات الجامعة العربية الأمريكية.

الإسم : رند سامر سليمان حرب

التوقيع :

قائمة المحتويات

الموضوع	الصفحة
إهداء	ت
شكر وتقدير	ث
تفويض	ج
قائمة المحتويات	ح
المقدمة	1
أهمية الدراسة	2
نطاق الدراسة	3
إشكالية الدراسة	4
منهجية الدراسة	5
المبحث التمهيدي : مفهوم العقد التجاري الدولي	6
المطلب الأول : معيار الصفة التجارية في العقد	6
المطلب الثاني : معيار الصفة الدولية في العقد	11
الفرع الأول : المعيار القانوني لدولية العقد	15
الفرع الثاني : المعيار الاقتصادي لدولية العقد	19
الفرع الثالث : الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي (المعيار المزدوج)	25
الفرع الرابع : تقدير معايير دولية العقد	26

الفصل الأول : القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية **31**

المبحث الأول : النظرية الشخصية وإفلات العقد التجاري الدولي من حكم القانون 36

المطلب الأول : اختيار القانون الواجب التطبيق بالاستناد الى مطلق مبدأ سلطان الإرادة 36

الفرع الأول : ماهية الاندماج واساسه القانوني 36

الفرع الثاني : الآثار المترتبة على اندماج القانون في العقد 38

المطلب الثاني : الأسباب العملية التي أدت الى ظهور فكرة العقد الدولي الطليق 43

الفرع الأول : مبدأ الكفاية الذاتية للعقد التجاري الدولي 43

الفرع الثاني : أزمة (قصور منهج التنازع) 45

الفرع الثالث : تزايد دور التحكيم في عقود التجارة الدولية 48

المبحث الثاني : النظرية الموضوعية وخضوع العقد التجاري الدولي لحكم القانون 53

المطلب الأول : خضوع العقد التجاري الدولي لحكم القانون وفقاً لمنهج قواعد الاسناد 55

الفرع الأول : تطبيق قانون الإرادة 57

أولاً : الاختيار الصريح لقانون العقد 58

ثانياً : الاختيار الضمني لقانون العقد 58

الفرع الثاني : التركيز الموضوعي للرابطة العقدية 61

أولاً : الاسناد الجامد للرابطة العقدية 61

ثانياً : الاسناد المرن للرابطة العقدية 62

المطلب الثاني : خضوع العقد التجاري الدولي لحكم القانون وفقاً للمنهج المباشر 68

الفرع الأول : خضوع العقد التجاري الدولي للقواعد المادية الوطنية في القانون الدولي الخاص 69

أولاً : القواعد المادية الوطنية ذات المصدر الداخلي 70

ثانياً : القواعد المادية الوطنية ذات المصدر الدولي (الاتفاقيات الدولية) 71

الفرع الثاني : خضوع العقد التجاري الدولي للقواعد ذات التطبيق الضروري 73

أولاً : مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري 74

ثانياً : معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري 79

المطلب الثالث : خضوع العقد التجاري الدولي لقانون التجار (lex mercatoria) 88

الفرع الأول : مفهوم قانون التجار 90

الفرع الثاني : مصادر قانون التجار 93

أولاً : عادات واعراف التجارة الدولية 93

ثانياً : المبادئ الموحدة للعقود التجارية الدولية (يونيديروا) 95

ثالثاً : المبادئ القانونية المشتركة او المبادئ العامة للقانون 98

رابعاً : قواعد العدالة 101

خامساً : قضاء التحكيم التجاري الدولي 104

سادساً : العقود النموذجية والشروط العامة 106

سابعاً : اتفاقيات التجارة الدولية 108

ثامناً : القوانين النموذجية 110

الفرع الثالث : الطبيعة القانونية لقانون التجار 111

الفرع الرابع : قانون التجار والقانون الدولي الخاص 116

الفصل الثاني : القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي امام القضاء الوطني 119

المبحث الأول : القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الاسناد التقليدية 120

المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد 120

الفرع الأول : تطبيق قانون الارادة 121

أولاً : الاختيار الصريح لقانون العقد 121

ثانياً : الاختيار الضمني لقانون العقد 121

ثالثاً : تجزئة القانون المختار 122

رابعاً : الوقت الذي يعتد به في اختيار قانون العقد 125

خامساً : صلة القانون المختار بالعقد 128

الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق عند تخلف الارادة عن اختيار قانون العقد (التركيز الموضوعي للرابطة العقدية) 132

أولاً : قانون الموطن المشترك للمتعاقدين 133

ثانياً : قانون بلد الإبرام 133

المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على شكل العقد 136

الفرع الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقد 136

الفرع الثاني : المقصود بشكل العقد 140

المبحث الثاني : امكانية تطبيق قانون التجار امام القضاء الوطني 143

المطلب الأول : مدى حرية المتعاقدين في اختيار قانون التجار امام القضاء الوطني 143

المطلب الثاني : التزام القاضي بتطبيق قانون التجار من تلقاء نفسه 148

المبحث الثالث : مدى اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري امام القضاء الوطني 155

المطلب الأول : اعمال القواعد الوطنية ذات التطبيق الضروري 156

المطلب الثاني : اعمال القواعد الاجنبية ذات التطبيق الضروري 162

الفرع الأول : اعمال القواعد الاجنبية ذات التطبيق الضروري التي تنتمي الى القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد 164

الفرع الثاني : اعمال القواعد الاجنبية ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي الى القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد 169

أولاً : الأساس القانوني لإعمال القواعد الاجنبية ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي الى القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد 170

ثانياً : التنظيم القانوني لإعمال القواعد الاجنبية ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي الى القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد 175

المطلب الثالث : تنازع القواعد ذات التطبيق الضروري 178

الفرع الأول : التنازع الايجابي للقواعد ذات التطبيق الضروري 178

الفرع الثاني : التنازع السلبي للقواعد ذات التطبيق الضروري 183

الفصل الثالث : القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي أمام قضاء التحكيم 185

المبحث الأول : القانون الواجب التطبيق عند اعمال قواعد التنازع في قانون التحكيم 186

المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد 186

الفرع الأول : تطبيق قانون الارادة 188

أولاً : الاختيار الصريح لقانون العقد 189

ثانياً : الاختيار الضمني لقانون العقد 190

ثالثاً : تجزئة القانون المختار 192

رابعاً : الوقت الذي يعتد به في اختيار قانون العقد 192

خامساً : صلة القانون المختار بالعقد 193

سادساً : مبدأ سلطان الإرادة بين الاختيار المادي والاختيار التنازعي 193

الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق عند تخلف الارادة عن اختيار قانون العقد 196

أولاً : تحديد القانون الواجب التطبيق عند تخلف الارادة عن اختيار قانون العقد، وفقاً لقانون التحكيم الفلسطيني 196

ثانياً : المقارنة بين قانون التحكيم الفلسطيني ووثائق التحكيم الأخرى 197

المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على شكل العقد 201

المبحث الثاني : امكانية تطبيق قانون التجار امام قضاء التحكيم 203

المطلب الأول : مدى حرية المتعاقدين في اختيار قانون التجار امام قضاء التحكيم 203

المطلب الثاني : التزام هيئة التحكيم بتطبيق قانون التجار من تلقاء نفسها 207

المبحث الثالث : مدى إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري امام قضاء التحكيم 213

المطلب الأول : إعمال هيئة التحكيم للقواعد ذات التطبيق الضروري بين الرخصة والالزام 214

الفرع الأول : القواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية الى قانون العقد 214

الفرع الثاني : القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية عن قانون العقد 214

أولاً : الاتجاه المعارض لإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية عن قانون العقد 215

ثانياً : الاتجاه المؤيد لإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الاجنبية عن قانون العقد 216

المطلب الثاني : النظام العام عبر الدولي كمانع من اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري امام قضاء التحكيم 218

المطلب الثالث : تنازع القواعد ذات التطبيق الضروري امام قضاء التحكيم 221

الخاتمة 223

المصادر والمراجع 228

ملخص باللغة الانجليزية 237

المقدمة

يتعلق موضوع هذه الدراسة بأحد أهم وأدق علوم القانون الدولي الخاص، وهو علم تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، حيث تتصدى الدراسة لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود والتي يثور النزاع بشأنها أمام القضاء الداخلي وكذلك امام قضاء التحكيم الدولي.

وإذا كان مبدأ سلطان الإرادة، هو المبدأ السائد في فقه القانون الدولي الخاص، فيما يتعلق بعقود التجارة الدولية، والذي يعني حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، وذلك تحقيقاً للأمان القانوني الذي ينشده الأطراف في تعاملاتهم الدولية، فإن مفهوم هذا المبدأ تتنازعه نظريتان، هما : النظرية الشخصية التي كانت انعكاساً للمذهب الفردي المقدس لحرية الفرد، والذي تتضائل في ظله مظاهر تدخل الدولة، وينكمش في رحابه دور القاعدة القانونية التي تكتفي بالسهر على اطلاق حرية الفرد في استعمال حقوقه دون ان تتحرك الا لرد العدوان الذي قد يقع على هذه الحقوق، والنظرية الموضوعية التي كانت انعكاساً للمذهب الاجتماعي او الاشتراكي والذي يؤمن بأن الجماعة هي الهدف الاسمى للقاعدة القانونية والتي يتعين ان تسعى الى ادراك المصلحة العامة وحماية الطرف الضعيف، وهو ما يعود في النهاية بالخير على الافراد في مجموعهم. وهكذا فان دور القاعدة القانونية يتسع في ظل المذاهب الاشتراكية ويزداد تدخل الدولة في النشاط الاجتماعي والاقتصادي لتحقيق العدل التوزيعي[1]. وتؤدي دراسة كل من النظريتين – في مجال القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية – الى تحديد مدى سلطة القانون المختار في حكم العقد، ومدى حرية المتعاقدين في الافلات من الاحكام الآمرة في هذا القانون.

واذا كان الاصل هو خضوع الرابطة العقدية الدولية – اسوة بغيرها من الروابط الخاصة ذات الطابع الدولي – لحكم القانون من خلال قواعد الاسناد المزدوجة الجانب، وفقاً لمنهج التنازع التقليدي الذي يعود لفقه سافيني في القرن التاسع عشر، والقائم على تحليل العلاقات الخاصة الدولية بحثاً عن القانون الواجب التطبيق في شأنها، سواء كان هذا القانون هو قانون القاضي او قانوناً اجنبياً، فان هذا لا يعني افول نجم المنهج الاحادي او المفرد الجانب الذي كان متبعاً لدى شراح مدرسة الاحوال القديمة في القرن الثالث عشر، والذي يقوم على اساس تحليل القوانين المتزاحمة لحكم العلاقات القانونية بعد الكشف عن مضمون هذه القوانين وتحديد نطاق تطبيقها. حيث ان فقه القانون الدولي الخاص وان ظل على اخلاصه للمنهج السافيني، الا انه قد

[1] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. الاسكندرية : منشأة دار المعارف. 1995. ص 5.

اعترف بالمنهج الاحادي او المباشر كعلاج للتخفيف من حدة الانتقادات التي وجهت للمنهج التقليدي (منهج قواعد الاسناد)، وهو ما ادى الى ظاهرة تعدد المناهج في القانون الدولي الخاص المعاصر.

ومن ناحية اخرى، فانه كان لا بد لنا في هذه الدراسة من التعرض لامكانية خضوع العقد التجاري الدولي لما يسمى بقانون التجار (lex mercatiria)، وهو فرع مستقل من القانون خاص بتنظيم علاقات التجارة الدولية، يستمد احكامه من مصادر متعددة اهمها: العادات والاعراف المستقرة في الاسواق الدولية، واتفاقيات التجارة الدولية، والقوانين النموذجية، والعقود النموذجية، واحكام التحكيم التجاري الدولي وغيرها.

أهمية الدراسة

تنبع اهمية موضوع " القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي " من المكانة التي تتبوؤها عقود التجارة الدولية، بوصفها من اهم ادوات التجارة الدولية او العالمية، اذ تتم معظم عمليات التجارة على الصعيد الدولي حالياً من خلال عقود التجارة الدولية، وتبلغ التجارة الدولية التي تتم من خلال هذه العقود ما نسبته حولي (60%) من مجموع حجم التجارة العالمي[1].

وتشهد التجارة الدولية في عصرنا الحالي تطوراً هائلاً جعلها من اهم واقوى دعائم الاقتصاد على الصعيدين الوطني والعالمي، ولا شك ان هذا التطور قد انعكس ايضاً على كم ونوع المنازعات الناشئة بصدد عقود التجارة الدولية، والتي يقتضي الفصل فيها، تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود سواء عرض النزاع بشأنها امام القضاء الوطني ام امام قضاء التحكيم الدولي.

وتشهد فلسطين في الوقت الحاضر اهتماماً ملحوظاً في مجال التجارة الدولية، والتي اصبحت تمارس من قبل الشركات ورجال الاعمال الفلسطينيين، بالاضافة الى استقطاب رؤوس الاموال الاجنبية لتقيم مشاريعها على الاراضي الفلسطينية، وعادةً ما تبرم العقود المتعلقة بهذه المشاريع بين اصحاب رؤوس الاموال الاجانب والمواطنين الفلسطينيين.

[1] عبد الباقي، مصطفى. ((مدى حرية المتعاقدين في اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق على عقود التجارة الدولية)). رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2004، ص18.

كل ذلك وفر فرصاً كبيرة لقيام منازعات متعلقة بعقود التجارة الدولية في فلسطين،وجعل موضوع تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في فلسطين، يفرض نفسه وبقوة، سواء تم عرض النزاع امام القضاء الوطني ام امام قضاء التحكيم الدولي في فلسطين، خاصةً انه ومع الاسف لا يوجد في فلسطين حتى اليوم قانون خاص بتنظيم مسائل القانون الدولي الخاص، وكل ما هنالك هو وجود بعض النصوص ذات الصلة بتنازع القوانين التي ترد في عدد من القوانين النافذة، سواء في الضفة الغربية ام في قطاع غزة.

واذا بحثنا عن النصوص المتعلقة بتنازع القوانين في مجال العقود الدولية في فلسطين، فاننا نجد واقعاً بائساً يخلو من نصوص قانونية تسد الحاجة عند النظر في النزاعات ذات الصلة امام القضاء الوطني، باستثناء ماورد من نصوص ذات صلة بتنازع القوانين في مشروع القانون المدني الفلسطيني، والذي لا يزال مشروعاً لقانون لم يخرج بعد الى حيز التنفيذ ولن يسعف القاضي في ايجاد حل قانوني لمشكلة تنازع القوانين في العقود الدولية.

اما عند عرض النزاع المتعلق بالعقد التجاري الدولي امام قضاء التحكيم الدولي في فلسطين، فان الوضع يبدو افضل كثيراً من ناحية وجود قانون تحكيم فلسطيني هو القانون رقم (3) لسنة 2000، واحتوائه على قواعد اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاعات ذات الصبغة الدولية ومن ضمنها النزاعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية. ويبقى ان نحدد مدى مناسبة هذه القواعد وانسجامها مع التطورات الواقعية والتشريعية الحاصلة في هذا المجال.

نطاق الدراسة

كما هو واضح من عنوان هذه الدراسة، فان نطاقها يتحدد في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي وفق النظام القانوني السائد في فلسطين، سواء عرض النزاع المتعلق بعقود التجارة الدولية امام القضاء الوطني ام امام قضاء التحكيم الدولي في فلسطين. وفي ضوء ما تقدم، فانه يخرج من نطاق دراستنا، العقود الداخلية او الوطنية، وطوائف العقود التي لا تعد من عقود المبادلات التجارية وفقاً للمعنى المقصود في الاصطلاح القانوني، مثل عقود الاحوال الشخصية واهمها عقد الزواج. ولهذا فان اتصافها بالطابع الدولي، كما هو شأن الزواج المختلط بين زوجين مختلفي الجنسية، يستلزم الرجوع الى قواعد اسناد خاصة تكشف عن القانون الواجب التطبيق في شأنها، وهي قواعد تختلف عن تلك المتبعة لحل مشكلة التنازع في مجال عقود التجارة الدولية كنتيجة لاختلاف طبيعة الفكرة المسندة في كل من الفرضين. فارتباط عقود الزواج بمسائل الاحوال الشخصية، التي يجري المشرعون عادةً على تنظيمها

تنظيماً آمراً، هو الذي يفسر اسناد هذا العقد للقانون الشخصي للزوجين، دون اعتداد بارادتهما في هذا الشأن، وعلى خلاف العقود المتعلقة بالمعاملات المالية بصفة عامة، حيث يعتد في شأنها بارادة المتعاقدين كمعيار للاسناد على نحو ما سنرى فيما بعد.

ويخرج ايضاً من نطاق هذه الدراسة، العقود التي ينظمها المشرع تنظيماً خاصاً لاسباب سياسية او اجتماعية او اقتصادية، كعقود العمل وعقود المستهلكين، والعقود المتعلقة بالمعاملات العقارية. وبالنسبة لعقود الدولة، أي التي تكون الدولة او احد مشروعاتها العامة طرفاً فيها، فانها تخرج من نطاق دراستنا في الفروض التي تتعاقد فيها الدولة بوصفها سلطة عامة ذات سيادة سواء بنفسها او من خلال احد الاشخاص العامة التابعة لها، او كان العقد قد ابرم بقصد تحقيق احدى وظائف الدولة الاساسية، فالطبيعة الخاصة لهذه العقود تقتضي الخروج عن المبادئ العامة في تنازع القوانين التي تحكم عقود التجارة الدولية بصفة عامة[1].

وهكذا يقتصر نطاق هذه الدراسة على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع وشكل العقود التجارية الدولية غير العقارية، مثل البيوع الدولية للمنقولات المادية وغير المادية وغيرها من المبادلات التي تقوم عليها التجارة الدولية التي ارتبطت بها تاريخياً نشأة القانون الدولي الخاص وفقاً لمفهومه المعاصر.

إشكالية الدراسة

تحاول هذه الدراسة التصدي لاشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في فلسطين، سواء تم عرض النزاع المتعلق بعقود التجارة الدولية امام القضاء الوطني ام امام قضاء التحكيم الدولي في فلسطين.

فعند عرض النزاع امام القضاء الوطني، كيف سيتعامل القاضي مع هذه المسألة، خاصة في ظل عدم وجود قواعد تنازع متعلقة بعقود التجارة الدولية ونافذة المفعول في فلسطين؟ وهل يتقيد القاضي بتطبيق قانون صادر عن دولة ذات سيادة؟ ام ان هناك امكانية لتطبيق قواعد

[1] فمن غير المستساغ ان تخضع الدولة وهي بصدد القيام بوظيفة من وظائفها لقانون دولة اخرى ما لم تكن قد ارتضت ذلك صراحةً. وقد كانت الطبيعة الخاصة لعقود الدولة هي السبب الذي تصدى من اجله مجمع القانون الدولي لدراسة القانون الواجب التطبيق في شأن هذه العقود في دورة انعقاده عام 1979، بينما خصص المجمع دورة انعقاده في مدينة Bale بسويسرا لبحث القانون الواجب التطبيق على عقود المبادلات الدولية بين الاشخاص الخاصة. نقلاً عن صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 15.

قانونية غير مرتبطة بدولة معينة، كتطبيق عادات واعراف التجارة الدولية او ما يسمى بقانون التجار (lex mercatoria) ؟

وكذلك الحال عند عرض النزاع امام قضاء التحكيم الدولي في فلسطين، فما هو القانون الذي تلتزم هيئة التحكيم بتطبيقه في ظل نص المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، على حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع؟ وهل تنحصر الحرية الممنوحة للمتعاقدين في اختيار قانون دولة معينة امام قضاء التحكيم ام ان هناك امكانية لاختيار قانون التجار؟ وما هو القانون الذي تلتزم هيئة التحكيم بتطبيقه عند غياب ارادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد؟

وسواء كان النزاع مطروحاً امام القضاء الوطني ام امام قضاء التحكيم الدولي، فهل تقتصر آلية تحديد قانون العقد على منهج قواعد الاسناد القائم على تحليل العلاقات الخاصة الدولية بحثاً عن القانون الواجب التطبيق في شأنها؟ أم ان هناك قوانين لا بد لتطبيقها من اللجوء الى المنهج الأحادي في القانون الدولي الخاص، الذي كان سائداً منذ القرن الثالث عشر، والقائم على تحليل القوانين المتصلة بالعلاقة القانونية لمعرفة مجال تطبيقها؟

منهجية الدراسة

تتبع هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن، وذلك بتحليل النصوص القانونية ذات العلاقة في النظام القانوني الفلسطيني والقوانين المقارنة، محاولين في ذلك الوقوف على اوجه القصور والنقص في هذه النصوص، كما اننا سنقوم بتحليل الآراء الفقهية والقضائية المتوافرة والمتعلقة بموضوع دراستنا.

خطة الدراسة

تم تقسيم هذه الدراسة الى مبحث تمهيدي وثلاثة فصول، يتناول المبحث التمهيدي، مفهوم العقد التجاري الدولي. أما الفصل الأول فيتناول القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية. ويتناول الفصل الثاني، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي أمام القضاء الوطني. كما يتناول الفصل الثالث القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي أمام قضاء التحكيم.

المبحث التمهيدي

مفهوم العقد التجاري الدولي

يتناول هذا المبحث تحديد المقصود بالعقد التجاري الدولي، من خلال بيان المعايير التي يعتمد عليها لتحديد الصفة التجارية وكذلك الصفة الدولية في العقد، وذلك في مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول : معيار الصفة التجارية في العقد

المطلب الثاني : معيار الصفة الدولية في العقد

المطلب الاول : معيار الصفة التجارية في العقد

ان اضفاء وصف التجارية على العمل او التصرف القانوني، يختلف من دولة الى اخرى تبعاً لاختلاف الانظمة القانونية في العالم حول موضوع الفصل بين القانون المدني والقانون التجاري، وهي تنقسم في ذلك الى فريقين : فريق يرى ان ما تتطلبه المعاملات التجارية من حاجات خاصة كتنشيط الائتمان وتبسيط الاجراءات ومرونة ابرام العقود، يفرض اخضاعها لنظام قانوني مستقل عن النظام الذي يحكم المعاملات المدنية، مثل الانظمة اللاتينية والجرمانية. وفريق أخر لا يؤمن بضرورة الفصل بين النوعين من المعاملات ويخضعهم بالتالي لنظام قانوني واحد، مثل القانون الانجليزي والقانون السويسري والقانون الايطالي[1].

وما فعلته هذه القوانين الاخيرة هو الاستعاضة عن التقنين المدني والتجاري بتقنين موحد يحمل اسم "التقنين المدني" ، كما هو الحال في كل من سويسرا وايطاليا مثلاً، ويعتبر ذلك اشبه بعملية دمج شكلي تنزوي فيه احكام القانون التجاري تحت اسم تقنين موحد يطلق عليه اعتباطاً اسم "التقنين المدني". الا ان عدم وجود تقنين تجاري مستقل في هذه الدول لم يحل وليس من شأنه ان يحول، دون وجود قانون تجاري مكتمل العناصر، واضح الخطوط والمعالم[2].

والدليل على ذلك ان المشرع في هذه الدول وان افلح في توحيد احكام بعض المعاملات المدنية والتجارية المتقاربة في احكامها، الا انه لم يستطع المساس بالقواعد التي تحكم

[1] شفيق، محسن : اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع. القاهرة : دار النهضة العربية. 1988. ص59.

[2] ياملكي، اكرم : القانون التجاري – في الاعمال التجارية والتاجر والمتجر والعقود التجارية. عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1998. ص10.

التصرفات ذات الطابع التجاري الصرف والتي رغم ادخالها ضمن التقنين المدني لم تزل تحتفظ بما كان لها من صفة تجارية، كالاحكام المتعلقة بالشركات التجارية، والسجل التجاري، والعناوين التجارية، والدفاتر التجارية، والاوراق التجارية، والعمليات المصرفية[1].

فنحن امام حقيقة لا نستطيع انكارها او تجاهلها، وهي ان المعاملات والتصرفات المتصلة بالبيئة التجارية لا تعدم وجودها في أي زمان وفي أي مكان، وهذه التصرفات بحاجة لاحكام قانونية تستجيب لما تتطلبه التجارة من سرعة وما تقتضيه من ائتمان، وهما العنصران اللذان لا غنى للتجارة عنهما. ومثل هذه الاحكام تتوفر بحكم الواقع في جميع الانظمة القانونية، وحتى في الانظمة التي لا تعترف بضرورة وجود قانون تجاري مستقل ومتميز عن القانون المدني، اذ تكون هذا الاحكام التجارية مُتضمنة في التقنين المدني، وهو الامر الذي اضطر التشريعات التي وحدت قواعد القانون الخاص في تقنين واحد، الى التفرقة داخل هذا التقنين، بين نظامين مختلفين من القواعد بحيث اصبح التوحيد شكلياً[2].

ويختلف الفقهاء في الدول التي تأخذ بقانون تجاري مستقل ومتميز عن القانون المدني، في تحديد نطاق القانون التجاري، أهو قانون التجار بحيث تطبق احكامه فقط على التجار في معاملاتهم المتصلة بتجارتهم؟ أم هو قانون الاعمال التجارية بغض النظر عمن يباشرها؟

بناءً على هذا الاختلاف الفقهي، فقد تنازع القانون التجاري مفهومان : المفهوم الشخصي، والمفهوم الموضوعي او المادي. ويتفاوت نطاق القانون التجاري ضيقاً واتساعاً بمدى الاخذ بهذين المفهومين. فالمفهوم الشخصي يجعل من شخص التاجر اساساً للقانون التجاري، بمعنى ان القانون التجاري لا ينطبق الا على طائفة معينة من الاشخاص هم التجار وذلك في المعاملات المتصلة بتجارتهم، اما اذا قام بمعاملات من ذات الطابع شخص غير تاجر فلا تطبق عليه احكام القانون التجاري وانما تسري عليه احكام القانون المدني. ويعتنق هذه النظرية القانون التجاري الالماني الصادر سنة 1897[3].

---

[1] لمزيد من التفصيل راجع ياملكي، اكرم : مرجع سابق. ص10-12.

[2] البارودي، علي : العقود وعمليات البنوك التجارية. الاسكندرية : دار المطبوعات الجامعية. 2001. ص31.

[3] طه، مصطفى كمال : اصول القانون التجاري – مقدمة الاعمال التجارية والتجار والمؤسسة التجارية والشركات التجارية. بيروت : الدار الجامعية. 1993. ص27.

اما المفهوم المادي او الموضوعي، فانه يجعل العمل التجاري هو المحور الذي يدور حوله القانون التجاري، بصرف النظر عن الشخص الذي يقوم به، تاجراً كان ام غير تاجر. ويأخذ بهذه النظرية التقنين التجاري الفرنسي الصادر سنة 1807[1].

وقد تفاوتت التشريعات الوضعية في مدى الاخذ بهذين المذهبين، غير ان الغالبية العظمى منها بما فيها قانون التجارة الاردني رقم (12) لسنة 1966 المطبق في الضفة الغربية، قد سارت على مبدأ المزج بين الاثنين[2]. ويكون القانون التجاري بذلك قانوناً للأعمال التجارية، ولكن تقتصر بعض احكامه – كالقيد في السجل التجاري – على التجار وحدهم. وقد جاء في المادة (2/1) من قانون التجارة الاردني رقم (12) لسنة 1966 النافذ في الضفة الغربية : "يتضمن هذا القانون من جهة القواعد المختصة بالاعمال التجارية التي يقوم بها أي شخص مهما كانت صفته القانونية ويتضمن من جهة اخرى الاحكام التي تطبق على الاشخاص الذين اتخذوا التجارة مهنة"[3].

ذلك هو موقف التشريعات الداخلية من تجارية التصرفات القانونية ومن ضمنها العقود. لكن وبما ان العقد التجاري في هذا المقام تقترن به صفة الدولية، فهل يؤدي ذلك الى اختلاف المعيار الذي يُعتمد عليه لتحديد الصفة التجارية في العقد؟

ان الاجابة على هذا التساؤل هي بـ : "نعم"، اما دليلنا في ذلك فهو موقف الاتفاقيات الدولية والقواعد الموضوعية على الصعيد الدولي، والتي تُعنى بتنظيم عقود التجارة الدولية.

فعلى سبيل المثال تقضي الفقرة الثالثة من المادة الاولى من اتفاقية الامم المتحدة (فيينا) بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1980، بعدم الاعتداد بصفة اطراف عقد البيع، أي بما اذا كانوا تجاراً او غير تجار، وكذلك بعدم الاعتداد بالطبيعة المدنية او الطبيعة التجارية لعقد البيع ذاته

[1] المرجع السابق، ص27.

[2] وكذلك الحال ايضاً في قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999، ومشروع قانون التجارة الفلسطيني.

[3] تقابلها المادة (1) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني والتي نصت على انه : " تسري احكام هذا القانون على الاعمال التجارية وعلى التجار". تقابلها كذلك المادة (1) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999.

في تحديد نطاق تطبيق احكام الاتفاقية. ولم تورد الاتفاقية أي تحفظ في هذا الشأن، وعليه لا يكون من حق أي دولة متعاقدة ان تشترط الصفة التجارية في البيع، لتطبيق الاتفاقية[1].

فلم يكن من المستطاع ان تشترط الاتفاقية وهي بصدد تعيين نطاق تطبيقها ان يكون البيع الذي تنظمه تجارياً، ذلك انه ما من نظرية أثارت من الناحية العملية تعقيدات كبيرة مثل نظرية الاعمال التجارية، فضلاً عن انها من النظريات التي لا تأخذ بها كل النظم القانونية، وحتى القوانين التي تأخذ بهذه التفرقة فانها لا تتفق من حيث الاساس القانوني الذي يقوم عليه القانون التجاري. كما أن معيار التفرقة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية من الأمور الخلافية فى الفقه التجارى نظراً لأن التشريعات التجارية لا تحدد هذا المعيار عادة. ولهذا فإن الاتفاقيات الدولية تقضى صراحة بعدم الاعتداد بتجارية أطراف البيع أو موضوعه حتى لا تقحم هذه الخلافات فى نطاق تطبيق الاتفاقية، وهو ما يعيق جهود التوحيد الذي تهدف اليه[2].

ومع ذلك فان البيوع الدولية التي تتعلق بالبضائع تجري في الغالب بين تجار ولاغراض تجارية. ولا شك في ان هذا الوضع الغالب كان في خاطر واضعي الاتفاقية، بدليل انهم استبعدوا من نطاق تطبيقها بموجب المادة (2/أ) بيوعاً ينطبق عليها شرط الدولية ولكنها لا تجري لأغراض تجارية، كالبيع للمستهلك[3].

ومن ناحية اخرى فقد جاء في التعليق على ديباجة مبادئ اليونيديروا لعام 2010 المتعلقة بعقود التجارة الدولية انه : "ليس مقصوداً بالاقتصار على التجاري من العقود تبني التفرقة التقليدية المأخوذ بها في بعض الانظمة القانونية ما بين "المدني" و "التجاري" كوصف للاطراف و/أو المعاملات، أي جعل تطبيق المبادئ متوقفاً على ثبوت تمتع الاطراف بصفة "التجار" و/أو ما اذا كانت المعاملة تجارية بطبيعتها. مع ذلك تستبعد فكرة المبادئ من نطاق تطبيقها ما يسمى ب "تعاملات المستهلك" والتي يزداد خضوعها، في انظمة قانونية متنوعة،

[1] وهذا هو ذات الحكم الذي اخذت به اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع لعام 1986 وذلك في المادة السابعة منها.

[2] الشرقاوي، محمود : العقود التجارية الدولية "دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع". القاهرة : دار النهضة العربية. 1992. ص 52 -53.

[3] شفيق، محسن : اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع. مرجع سابق. ص61.

لقواعد خاصة أغلبها آمر الطابع تستهدف حماية المستهلك، أي الطرف الذي يبرم عقداً فيما جاوز نطاق تجارته او مهنته."[1].

كما جاء ايضاً : "لا تضع المبادئ أي تعريف صريح، الا انها تفترض ان مفهوم "تجارية" العقود يجب ان يكون له اوسع معنى ممكن، بحيث لا يقتصر على المعاملات التجارية لتوريد او تبادل البضائع او الخدمات، وانما يشتمل كذلك على اشكال اخرى من المعاملات الاقتصادية مثل الاستثمار و/أو اتفاقات منح الامتياز، والعقود الواردة على تقديم خدمات مهنية، وغير ذلك"[2].

وقد انتهت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 13 يونيو 1996 الى انه : "في مجال التحكيم الدولي، فان مفهوم التجارية لا يختلط بذلك المتعلق بالعمل التجاري بالمعنى الضيق والفني في القوانين الداخلية، حيث يعد تجارياً كل تحكيم دولي يتعلق بمنازعة تولدت بمناسبة عملية اقتصادية دولية، ومتصلة بهذا الشكل بمصالح التجارة الدولية، فهذه الصفة التجارية لا تعتمد على صفة الاطراف او على موضوع العقد او على القانون الواجب التطبيق"[3].

ويتميز الحكم السابق بأنه قد افصح عن تبني المفهوم الواسع لتجارية المنازعات المعروضة امام التحكيم الدولي. كذلك اوضح الحكم ان تحديد تجارية التحكيم الدولي امام القضاء الفرنسي يتم بموجب قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص الفرنسي[4]، ولا يتم ذلك وفقاً للقانون الواجب التطبيق.

واضح مما تقدم ان العمل على الصعيد الدولي يتجه الى تبني معيار واسع لمفهوم التجارية في عقود المعاملات المالية، ولا يتقيد بالمعيار المعمول به في القوانين الداخلية، فلا يُعتد بالصفة المدنية او التجارية للأطراف او للعقد، مع استبعاد البيع للمستهلك، اي البيع الذي يكون بغرض

---

[1] Unidroit : Unidroit principles of international commercial contracts 2010. Rome : Unidroit. 2010. P. 2.

[2] Ibid, p. 2.

[3] ابراهيم، نادر : مركز القواعد عبر الدولية امام التحكيم الاقتصادي الدولي. الاسكندرية : دار الفكر الجامعي. 2002. ص 76-77.

[4] المرجع السابق، ص77. والقاعدة المادية التي قصدها الحكم هي القاعدة التي تقضي بها المادة (1492) من قانون المرافعات الفرنسي والتي تعتبر التحكيم تجارياً دولياً متى "تعلق بمصالح التجارة الدولية".

الاستعمال الشخصي او العائلي او المنزلي[1]، وهي بيوع قليلة الاهمية في ميدان التجارة الدولية، كما انها في كثير من الدول، لا تخضع لقاعدة الاسناد الخاصة بعقود التجارة الدولية.

كما وتجدر ملاحظة ان المادة (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وكذلك معظم قواعد الاسناد الخاصة بالعقود الدولية، في معظم الانظمة القانونية، قد تناولت اسناد هذه العقود بشكل عام دون ان تفرق بين عقد مدني او تجاري، لذلك فان هذه التفرقة لا مكان لها في اطار هذه النصوص، وهو ما يعني ان هذه النصوص تسري على جميع عقود المعاملات المالية، الا ما استثني منها بنص خاص كما هو الحال بالنسبة للعقود الواردة على عقار، وعقود العمل والمستهلكين (في الانظمة التي اخضعتها لقاعدة اسناد خاصة).

وتجدر الاشارة الى ان استخدامنا لمصطلح عقود التجارة الدولية بدلا من عقود المعاملات المالية أو المبادلات المالية، يرجع الى كون هذا المصطلح قد درج استخدامه في العمل على نحو يفيد المعنى المقصود، بصرف النظر عن الطابع التجاري او المدني الذي يمكن ان يلحق المعاملات المالية موضوع هذه العقود. بالاضافة الى كون معظم عقود المعاملات المالية على الصعيد الدولي تجري بين تجار ولأغراض تجارية.

المطلب الثاني : معيار الصفة الدولية في العقد

حين يُطرح على القاضي منازعة تتعلق بعلاقة عقدية ، فانه يتعين عليه ان يحدد طبيعة هذا العقد لمعرفة ما اذا كان بصدد عقد وطني او عقد دولي، وذلك تمهيداً لتحديد النظام القانوني الذي يحكمه. فاذا كان العقد من العقود الوطنية فانه يكون محكوماً بقواعد القانون الداخلي ابتداءً ولا يثير مشكلة تنازع القوانين. اما اذا كان العقد من العقود الدولية فانه يؤدي الى تحريك قواعد القانون الدولي الخاص، حيث يتعين على القاضي في هذه الحالة ان يطبق القانون الذي تشير اليه قاعدة الاسناد المختصة في قانونه، او القاعدة المادية – ان وجدت – التي تحكم مباشرةً العلاقة الدولية الخاصة محل النزاع.

وبهذه المثابة تعد دولية العقود مسألة اولية لازمة لاعمال قواعد القانون الدولي الخاص، سواء ماكان منها من قواعد تنازع القوانين او ماكان منها من القواعد المادية. وبناءً عليه فان تكييف هذه المسألة يكون خاضعاً لقانون القاضي[2] ، ومن غير ان يحول ذلك دون استئناس

[1] انظر المادة (2/أ) من اتفاقية فيينا.

[2] حيث تنص المادة (14) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على انه : "القانون الفلسطيني هو المرجع في تكييف العلاقات ذات العنصر الاجنبي عندما تتنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

القاضي عند اجراء هذا التكييف بما عليه العمل في القانون المحتمل التطبيق وكذلك في القانون المقارن[1].

ويرى جانب من الفقه[2] ان الكشف عن دولية العلاقة موضوع النزاع لا تبدو اهميته مثلما تبدو في مجال العقود، ذلك ان قاعدة الاسناد الخاصة بعقود التجارة الدولية تحتوي على ضابط للاسناد هو (الارادة) وهو لا يكشف في ذاته عن معيار دولية العلاقة ، وذلك بعكس قواعد التنازع الاخرى والتي تتضمن ضابطاً للاسناد يشير في العادة الى دولية العلاقة، مثال ذلك قواعد التنازع الخاصة بعقود الزواج والتي يكشف ضابط الاسناد فيها (الجنسية) عن المعيار الواجب الاتباع للتفرقة بين علاقات الزواج الداخلية وعلاقات الزواج ذات الطابع الدولي[3].

ولقد رأى جانب من الفقه الايطالي استخلاص دولية العقد من اختيار المتعاقدين ذاته لقانون العقد، فقد اكد هذا الاتجاه على حق المتعاقدين في اختيار قانون العقد بصرف النظر عن اتسام الرابطة العقدية بالطابع الدولي من عدمه، وهو ما اتجهت اليه بالفعل محكمة النقض الايطالية في بعض احكامها[4].

وقد جاءت المادة (3/3) من التنظيم الأوروبي (Rome 1) الذي حل محل اتفاقية روما لعام 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية[5]، لتخول المتعاقدين حق

---

[1] عبد العال، عكاشة : قانون العمليات المصرفية الدولية. الاسكندرية : دار المطبوعات الجامعية. 1994. ص76.

[2] راجع في ذلك ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. الاسكندرية : منشأة المعارف. 2000. ص39. وصادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. هامش رقم (60)، ص70.

[3] نرى في هذا الرأي تجاهلاً لخصيصة رئيسية من خصائص قاعدة الاسناد، وهي انها قاعدة مزدوجة الجانب أي انها قد تشير الى تطبيق القانون الوطني او القانون الاجنبي. ولكن الرأي السابق يجعلها مفردة الجانب لا تشير الا الى تطبيق القانون الاجنبي في حال تطرقت الصفة الاجنبية الى ضابط الاسناد الذي تبناه المشرع في قاعدة التنازع المعنية، اما اذا لم تتطرق الصفة الاجنبية الى هذا الضابط فتكون العلاقة وطنية يطبق عليها القانون الوطني مباشرةً. ومن ناحية اخرى فان في هذا الرأي خلطاً بين خطوات منهج تنازع القوانين، فتحديد دولية العلاقة المطروحة امام القاضي هو امر منفصل عن تحديد القانون الواجب التطبيق بشأنها والذي يتم بناءً على ضابط الاسناد الذي يتبناه المشرع في قاعدة التنازع المعنية.

[4] مشار الى ذلك لدى :

Nygh, Peter : Autonomy in international contracts. Oxford University Press. 1999,p.52-53.

[5] يعرف هذا التنظيم، بالتنظيم رقم 2008/593، الصادر عن المجلس والبرلمان الأوروبي في 2008/6/17 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وقد حل هذا التنظيم محل اتفاقية روما اعتباراً من تاريخ 2009/12/17. تتوافر نصوص التنظيم على الموقع التالي :

http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07/st03/st03691.en07.pdf

اختيار قانون اجنبي بحيث يحكم علاقتهم العقدية الوطنية، ولكن يجب احترام القواعد الآمرة الموجودة في الدولة التي ينتمي اليها هذا العقد بجميع عناصره[1].

ويرى جانب من الفقه ان ما جاء في المادة (3/3) من التنظيم الاوروبي هو امر يتسم بالمظهرية ولا يحسم حقيقة واقعية. فالقواعد الآمرة في أي نظام قانوني هي القواعد الملزمة والتي لا يستطيع أي شخص استبعادها في أي حال. اما القواعد المكملة، فهي تحت امرة المتعاقدين، حيث يحق لهم الابقاء عليها او استبعادها وفقاً لاتفاقهم. كل ما في الامر ان هذا الاختيار لا يعد اختياراً تنازعياً، أي لا يعد اعمالاً لقاعدة التنازع التي تُخضع العقود لقانون الارادة وهي القاعدة التي نصت عليها المادة (1/3) من تنظيم (Rome1)وانما يعد الاختيار في هذه الحالة اختياراً مادياً مبنياً على مطلق سلطان الارادة وحرية التعاقد في القانون الداخلي، مما ينزل احكام القانون الاجنبي المختار منزلة الشروط العقدية التي لا يجوز لها ان تخرج عن القواعد الآمرة في القانون الداخلي الذي ينتمي اليه العقد[2].

لكن الاستاذ الانجليزي Nygh يفضل القول بان تنظيم (Rome 1) قد جعل القانون الاجنبي المختار لحكم عقد وطني بمثابة قانون ولم يحوله الى شروط عقدية كما رأى البعض. وهو الامر الذي يفيد اعتبار العقد المتقدم دولياً[3].

وهذا الاتجاه الاخير يهدر التفرقة بين العقود الداخلية والعقود الدولية كأساس لاعمال قواعد القانون الدولي الخاص، ليصبح العقد داخلياً اذا كان يخضع للقانون الوطني (ولو كان في حقيقته عقداً دولياً)، بينما يعد عقداً دولياً فيما لو اخضعه المتعاقدون لقانون اجنبي (ولو كان في حقيقته منتمياً الى دولة القاضي بكافة عناصره)[4].

وبهذه المثابة يخول هذا الاتجاه للمتعاقدين اضفاء الصفة الدولية على العقد الداخلي بما يخالف وصفه الحق وتكييفه الصحيح، ولا شك ان تكييف العقد ذاته هو امر لا يتوقف على ارادة

---

[1]Article (3/3) of Rome 1 regulation says : "Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement".

[2] خالد، هشام : ماهية العقد الدولي. الاسكندرية : منشأة المعارف. 2007. ص70-71.

[3] Nygh (Peter) : Ibid, p.55.

[4] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص52.

المتعاقدين وانما يستمده القاضي من الخصائص الذاتية للرابطة التعاقدية، وهي في النهاية مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض[1].

ومن ناحية اخرى، فقد رأى البعض صعوبة التوصل الى تعريف محدد للعقد الدولي، وذلك نظراً لانه حتى يفترض التوصل الى تعريف معين، فان هذا التعريف غالباً ما تنقصه الدقة والوضوح، هذا بالاضافة الى انه لا يمكن ان يغطي سائر انواع العقود الدولية خاصة بعد التطور الذي طرأ عليها وما صاحبه من تنوع في انماطها وما ادى اليه ذلك من صعوبات من حيث تصنيفها بين التصرفات المعهودة[2].

وازاء ذلك كان لا بد من البحث عن معيار يساعد على تحديد ماهية العقد الدولي. وقد انقسم الفقه والقضاء حول طبيعة هذا المعيار. فرأى البعض الاعتداد بمعيار قانوني مستمد اساساً من تحليل العلاقات التعاقدية وردها الى عناصرها الرئيسية (اطراف – محل – سبب) بغية الوصول الى دوليتها عن طريق اثبات توافر صلة او رابطة بين احد هذه العناصر واكثر من نظام قانوني وطني، ويطلق على هذا الاتجاه – في تحديده لصفة الدولية – تسمية "الاتجاه التقليدي ذو السمة الفقهية"[3].

ورأى البعض الآخر ان يعتد بمعيار اقتصادي مؤداه اعتبار العلاقة دولية فيما لو كانت تتعلق بالتجارة الدولية، أي بانتقال للاموال عبر الحدود ولو كان كل من البائع والمشتري من الوطنيين. ويطلق على هذا الاتجاه تسمية "الاتجاه القضائي"[4]، نظراً لظهور هذا المعيار لاول مرة في احكام القضاء الفرنسي.

ورأى فريق ثالث الجمع بين المعيارين السابقين، وهو ما اتجهت اليه احكام القضاء الفرنسي الحديث.

---

[1] ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص40.

[2] انظر في ذلك عرب، سلامة فارس : وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية. القاهرة : دار الكتاب الحديث للطباعة والنشر. 1999. ص23-26.

[3] المرجع السابق، ص27.

[4] عرب، سلامة فارس : مرجع سابق. ص27.

وسوف نعرض لكل من الاتجاهات السابقة في ثلاثة فروع على التوالي ثم سنخصص الفرع الرابع لتقدير معايير دولية العقد، وفقاً لما انتهى اليه الفقه الراجح، مع ابداء وجهة نظرنا الشخصية في هذه المسألة.

الفرع الاول : المعيار القانوني لدولية العقد (المستند الى عناصر العقد)

يمكن ان يُتخذ لتحديد صفة الدولية لعقد من العقود، المعيار الذي اورده الاستاذ باتيفول في ذلك، والذي يوصف بانه معيار قانوني، وهو ان العقد يكون دولياً : " اذا كان باجراءات ابرامه او اعمال تنفيذه، او بسبب مركز اطرافه بالنسبة لجنسيتهم او موطنهم، او بسبب مكان وجود موضوعه، له صلة باكثر من نظام قانوني، أي له صلة بقوانين دول مختلفة "[1].

فهذا الاتجاه يقوم على فكرة اساسية مؤداها ان العقد يعد دولياً فيما لو اتصلت عناصره القانونية باكثر من نظام قانوني واحد. الا ان القائلين بهذا المعيار متباينون بخصوص ثقل كل عنصر وفاعليته في اضفاء هذه الصفة. حيث يرى فريق من انصار المعيار القانوني ان كل عنصر من العناصر القانونية من شأنه ان يضفي على الرابطة العقدية صفة الدولية متى كان هذا العنصر اجنبياً. وعلى النقيض من ذلك يرى البعض الآخر انه ليست كل العناصر القانونية متماثلة في القوة، وان فعالية كل عنصر لا ينبغي ان ينظر اليها هكذا مجردة، وانما في ضوء النظر الى الرابطة العقدية المتعلق بها العنصر[2]. وفي ذلك يمكن ان نميز بين فريقين :

- المعيار القانوني الموسع، ووفقاً لهذا المعيار يعتبر العقد دولياً اذا تضمن عنصراً اجنبياً، سواء تعلق هذا العنصر بأطرافه او بهدفه او بمحل ابرامه او بمكان تنفيذه او بموضوعه. وعلى ذلك يعد العقد دولياً في مفهوم هذا الرأي فيما لو كان اطرافه او احدهما متمتعاً بجنسية اجنبية او مقيماً في دولة غير دولة القاضي المطروح عليه النزاع. كما يعد العقد دولياً وفقاً لهذا المعيار كذلك فيما لو كان المال محل التعاقد كائناً في دولة اجنبية، او كان العقد قد ابرم او نفذ في غير دولة القاضي[3].

كما ان تعلق العقد بعملية تصدير او استيراد لعملة او لسلعة او لخدمة، أي انطوائه على انتقال لرؤوس الاموال عبر الحدود يفيد في حد ذاته توافر العنصر الاجنبي في العقد، والذي

[1] نقلاً عن الشرقاوي، جميل : محاضرات في العقود الدولية. القاهرة : دار النهضة العربية. 1996-1997. ص18.

[2] عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص 87.

[3] يتبنى هذا الرأي الاستاذ باتيفول، مشار اليه لدى : الشرقاوي، جميل : مرجع سابق. ص18.

يتمثل في سبب التعاقد (الهدف من التعاقد) او في الجهة التي تم تصدير المال اليها او استيراده منها[1].

ويميل هذا الاتجاه الى التسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية. بحيث يترتب على تطرق الصفة الاجنبية الى أي منها اكتساب العقد للطابع الدولي الذي يبرر اخضاعه لاحكام القانون الدولي الخاص.

وقد تبنت مبادئ اليونيديروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لعام 2010 المعيار القانوني الموسع في تحديد دولية العقد، حيث جاء في التعليق على ديباجة المبادئ: "ان مفهوم دولية العقود ينبغي ان يحظى باوسع تفسير ممكن، بحيث لا يستبعد الا الحالات التي لا يتوافر فيها أي عنصر دولي، أي الحالات التي تكون فيها كل العناصر المتصلة بالعقد محل البحث مرتبطة بدولة واحدة"[2].

- المعيار القانوني المضيق، يفضل هذا الجانب من الفقه الحديث، التفرقة في خصوص العناصر القانونية للعقد والتي قد تتطرق اليها الصفة الاجنبية، بين العناصر الفاعلة او المؤثرة والعناصر غير الفاعلة او المحايدة[3].

ولقد اخرج هذا الاتجاه عنصر جنسية الاشخاص في مجال العقود من نطاق العناصر المؤثرة. ومن جهة اخرى فانه ورغم ان محل ابرام العقد يعد معياراً مؤثراً عند اسناد العقود من حيث الشكل، الا ان الاتجاه الحديث الذي تبنى المعيار القانوني المضيق قد اعتبره في كثير من الاحيان عنصراً محايداً لا يصلح اساساً لاضفاء الطابع الدولي على الرابطة العقدية من حيث الموضوع، خاصة فيما لو كان ابرام العقد في دولة اجنبية قد تم بناءً على محض الصدفة[4].

ولهذا السبب فقد انتقد الفقه الحديث اسناد العقود الدولية من حيث الموضوع لقانون بلد ابرامها، وهو الحل الذي كان سائداً في القضاء الفرنسي القديم، بل وما زال سائداً في كثير من

[1] انظر في ذلك ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص41.

[2] Unidroit : Ibid, p. 1-2.

[3] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص61. القشيري، احمد صادق. ((الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية)). المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد21 لسنة1965، ص63 وما بعدها.

[4] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص62-63.

التشريعات مثل التشريع الايطالي ومعظم التشريعات العربية ومنها مشروع القانون المدني الفلسطيني[1].

وعلى العكس فان محل تنفيذ العقد واختلاف موطن المتعاقدين، يعدان من العناصر المؤثرة في اضفاء صفة الدولية على العقد[2]. فعقد البيع المبرم بين وطنيين يقيم احدهما في الخارج يعد عقداً دولياً نتيجة لاختلاف محل اقامة كل من البائع والمشتري. ذلك ان تسليم المبيع سيتم في هذه الحالة في دولة تختلف غالباً عن الدولة التي سيؤدى فيها الثمن، نتيجة لاختلاف محل اقامة كل من البائع والمشتري.

وقد تبنت اتفاقية الامم المتحدة (فيينا) بخصوص عقد البيع الدولي للبضائع لعام 1980 المعيار القانوني المضيق في تحديد دولية العقد، حيث تشترط هذه الاتفاقية لاخضاع عقود البيع للاحكام الواردة فيها، ان تكتسب هذه الاخيرة صفة الدولية، وهي تكتسب هذه الصفة وفقاً لنص المادة (1/1) من الاتفاقية اذا توافر فيها شرط اساسي هو : اختلاف اماكن منشآت اطراف البيع، بشرط ان تكون هذه الدول متعاقدة، او ان تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص الى تطبيق قانون دولة متعاقدة.

واضح ان الاتجاه المتقدم يأخذ في الاعتبار عند تحديده للعناصر المؤثرة في اضفاء صفة الدولية على عقود التجارة الدولية، كون هذه العناصر تؤدي الى انتقال الاموال او البضائع عبر الحدود. وهي نفس النتيجة التي يؤدي اليها اعمال المعيار الاقتصادي لدولية العقد كما سنرى لاحقاً.

ومن ناحية اخرى، وفي سياق حديثنا عن المعيار القانوني فانه يمكن لنا طرح التساؤل التالي : هل يعد تعداد العناصر الوارد في تعريف العميد باتيفول للعقد الدولي تعداداً جامعاً مانعاً، بمعنى انه يشمل كل العناصر القانونية المتصورة لربط العقد باكثر من نظام قانوني[3]؟

ينبئ فحص هذه العناصر بانها على درجة كبيرة من الاتساع، لكن يجزم بعض الفقه[1] بانها لا تعدو ان تكون امثلة لما يمكن ان يكون عناصر قانونية يمكن استخدامها في اسباغ صفة

[1] انظر المادة (25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني. ويقابلها المادة (19) من القانون المدني المصري، والمادة (20) من القانون المدني الاردني.

[2] ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص46

[3] العناصر التي يتضمنها التعريف هي كل الاعمال المتعلقة بتكوين العقد، او بتنفيذه، او بحالة الاطراف سواء من جهة جنسيتهم او محال اقامتهم، او من حيث تركيز موضوع العقد.

الدولية على العقد. فتحديد صفة الدولية في العقد، على الرغم من انها مسألة قانونية، الا انها محاطة بالواقع من جوانب كثيرة، وهذا سيؤدي الى ترك الباب واسعاً امام القضاة والمحكمين لاعمال الحدس وقواعد الاستدلال لاستنباط ما يعتقدون انه من بين العناصر التي تؤدي الى اكساب العقد صفة الدولية.

ويرى هذا الجانب من الفقه، ان من بين العناصر التي يمكن ان تكسب العقد صفة الدولية غير تلك الواردة في تعريف العميد باتيفول هي "المكان الذي اجريت فيه المفاوضات على العقد". ويرى هذا الرأي ان المكان الذي اجريت فيه المفاوضات يؤثر على العقد، ويمثل عامل ارتباط مع دولة هذا المكان، فكيف نقبل اعتبار عنصر مكان انعقاد العقد بحسبانه عنصراً يستخدم في اضفاء صفة الدولية عليه، ونهمل في ذات الوقت المكان الذي اجريت فيه مفاوضات شاقة وعسيرة بين الاطراف؟ لاسيما اذا اخذنا في الاعتبار ان عنصر التوقيع على العقد قد يتسم بطابع دعائي او احتفالي الى حد كبير، فهو تتويج لجهود بُذلت من قبل، فكيف نتشبث بالنتيجة ونغض الطرف عن مقدماتها الشاقة؟[2].

ولكن في الواقع العملي، فان مسألة دولية المفاوضات واثرها على دولية العقد المعني، نادراً ما تثار في الاحكام القضائية، فمعظم هذه الاحكام انما يتناول العناصر التالية: موطن المتعاقدين او جنسياتهم او مكان التنفيذ او الابرام او معيار تعلق العلاقة بمصالح التجارة الدولية وانطوائها على انتقال لرؤوس الاموال عبر الحدود[3].

ونعتقد من جانبنا ان عنصر سبب العقد او الهدف من التعاقد – وان لم يرد في تعريف العميد باتيفول – الا انه يعتبر معياراً مهماً لتحديد دولية العقد فيما لو تطرقت الصفة الاجنبية لعنصر السبب كأن يتعهد البائع بتصدير البضاعة المباعة الى الخارج. وتتجلى اهمية هذا العنصر اذا ثار النزاع قبل تنفيذ العقد وتصدير البضاعة الى الخارج ، ففي هذه الحالة يتم الكشف عن دولية العقد بالاستناد الى تطرق الصفة الاجنبية الى سبب العقد او الغاية منه[4]، اما اذا ثار النزاع بعد تنفيذ العقد، فان عنصر الاعمال المتعلقة بتنفيذ العقد الوارد في تعريف باتيفول، يشمل هذه الحالة.

---

[1] عرب، سلامة فارس : مرجع سابق. ص50-51.

[2] عرب، سلامة فارس : مرجع سابق. ص50.

[3] خالد، هشام : مرجع سابق. ص35-37.

[4] راجع في ذلك صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. 65-66.

وقبل ان ننهي حديثنا عن المعيار القانوني، لا بد لنا ان نشير الى انه في حال طُرح على القضاء الوطني عقد داخلي ينتمي بجميع عناصره الى دولة واحدة اجنبية، فان هذا لا يعني بطبيعة الحال ان يطبق القاضي الوطني قانونه والحال ان الرابطة العقدية اجنبية عنه، كما لا يجوز تطبيق القانون الذي اختارته ارادة المتعاقدين اعمالاً لقاعدة التنازع في دولة القاضي والتي تقضي باخضاع العقد لقانون الارادة، سواء كان هذا القانون هو قانون القاضي او أي قانون آخر. لان اعمال قواعد التنازع على هذا النحو مشروط كما بينا بدولية الرابطة العقدية واتصالها باكثر من نظام قانوني واحد. والفرض في حالتنا اننا بصدد عقد داخلي ينتمي بعناصره المختلفة الى دولة واحدة فقط، مما يستلزم اخضاع الرابطة العقدية لقانون هذه الدولة[1].

والوضع لا يختلف كذلك فيما لو طُرح النزاع امام قضاء التحكيم الدولي، حيث يستمد التحكيم دوليته من دولية العلاقة العقدية المطروحة، أي ارتباطها باكثر من نظام قانوني واحد، وبناءً عليه فان شرط اللجوء الى التحكيم الدولي لا يكون صحيحاً الا اذا اتسم العقد بالطابع الدولي[2].

الفرع الثاني : المعيار الاقتصادي لدولية العقد

لقد ظهر هذا المعيار لاول مرة في احكام القضاء الفرنسي، على اثر قيام محكمة النقض الفرنسية منذ الثلث الاول من القرن العشرين، بوضع بعض القواعد الخاصة بعقود التجارة الدولية. من ذلك اقرارها لصحة شرط التحكيم المدرج في العقود المبرمة بين الدولة واحد الاشخاص الخاصة الاجنبية، رغم بطلان هذا الشرط اذا ورد في عقد داخلي. ومن ذلك ايضاً اقرارها بسلامة شرط الذهب او ما في حكمه من الشروط النقدية التي تهدف الى ضمان مخاطر تحويل العملة اذا تضمنها عقد دولي، رغم بطلان هذه الشروط في المعاملات الداخلية بطلاناً مطلقاً لتعارضها مع النظام العام[3].

وتعتبر هذه القواعد التي وضعتها محكمة النقض الفرنسية من القواعد المادية في القانون الدولي الخاص، والتي تنطبق على العقود الدولية بصرف النظر عن الحكم المقرر في شأنها في القانون الذي يحكم العقد بمقتضى منهج التنازع[4].

---

[1] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 75.

[2] راجع ابراهيم، نادر : مرجع سابق. ص84 وما بعدها.

[3] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص82.

[4] المرجع السابق. ص83.

وقد كان من الطبيعي ان تحدد محكمة النقض المقصود بالعقد الدولي الذي يمكن ان تنطبق في شأنه القواعد السابقة. ولما كانت هذه القواعد تهدف الى تحقيق مصالح التجارة الدولية، فقد لجأت المحكمة في بعض احكامها الى ما اسماه الفقه بالمعيار الاقتصادي لدولية العقد.

ورغم ان اوجه التعبير عن المعيار الاقتصادي قد تتعدد، الا انه يقوم على فكرة رئيسية، مؤداها ان العقد لا يعد دولياً الا اذا كان ينتج عنه انتقال لرؤوس الاموال عبر الحدود، أي انه يتعلق او يهم الحياة التجارية الدولية[1].

ولقد بدأ المعيار الاقتصادي في القضاء الفرنسي في صورة معيار "المد والجزر بين البضائع وقيمتها عبر الحدود الدولية" ، او ما يسمى "معيار التدفقات المتبادلة" ، وينسب هذا المعيار الى المحامي العام الفرنسي "ماتر"[2].

وذلك بمناسبة قضية شهيرة طرحت على محكمة النقض الفرنسية في 1927/5/17، وقد دار محور هذه القضية حول بحث مدى صحة شرط الثبات التعاقدي المتعلق بوسائل الدفع النقدي في العقود الدولية، حيث كان مثل هذا الشرط يعتبر باطلاً في العقود الداخلية دون الدولية[3].

ولتحديد متى نكون بصدد عقد دولي كي نتحاشى القول ببطلان شرط الثبات النقدي، فقد اتبعت المحكمة في قضائها، تحليلات محاميها العام السيد ماتر، والذي يتلخص رأيه في ان العقد يعد دولياً اذا ترتب عليه تحركات او تدفقات للاموال عبر الحدود الدولية، بعبارة اخرى، يجب كي يكتسب العقد صفة الدولية ، ان ينشئ عملية تبادل حركي بين البضائع وقيمتها عبر الحدود الدولية، ووفقاً للعبارات التي استخدمها السيد ماتر، يجب ان يُنشئ العقد تحركات متقابلة للاموال على شكل حركات المد والجزر (ذهاباً وعودة) عبر الحدود الدولية[4]. وبالتالي فان تحرك رأس المال لمرة واحدة، لم يكن كافياً لاسباغ صفة الدولية على العقد[5].

---

[1] انظر ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص51 وما بعدها.

[2] ابراهيم، نادر : مرجع سابق. ص87.

[3] ويتلخص موضوع هذه القضية في استئجار فرنسي لعقار موجود في الجزائر (والتي كانت في ذلك الوقت جزءاً من فرنسا، من انجليزي اشترط الوفاء بالجنيه الاسترليني في لندن او الجزائر حسب اختيار المؤجر. نقلاً عن الشرقاوي، جميل : مرجع سابق. ص19.

[4] عرب، سلامة فارس : مرجع سابق. ص29.

[5] ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. هامش رقم (2)، ص 52.

وبناءً على هذا الرأي فقد قضت المحكمة بعدم مشروعية شرط الدفع بعملة اجنبية، لان المنازعة ليست دولية، حيث ان استئجار العقار لم يؤد الى دخول بضائع او نقود الى فرنسا، فقد كانت العملية محلية بشكل تام، ولا عبرة بمجرد الجنسية الاجنبية لاحد المتعاقدين او حتى لكليهما[1].

على ان معيار المد والجزر لم يسلم من النقد، حيث انه لم يكن يستوعب جميع عقود التجارة الدولية. فاذا كان من الميسور اعماله ببساطة بالنسبة لبعض العقود، مثل عقد البيع الدولي وعقد القرض الدولي والعمليات المصرفية الدولية وعقد التبادل او المقايضة، الا انه غير ملائم لبعض العقود الاخرى وبصفة خاصة عقود تقديم الخدمات، كما انه لا يأخذ في الحسبان تنوع طرق الوفاء، فليس كل ذهاب للبضاعة مثلاً يقابله "اياب" يتمثل في مبلغ الوفاء، فقد يتم الوفاء عن طريق المقاصة. ولا يصح تعقيد المعيار بالقول انه حتى في حالة المقاصة يكون ثمة مد وجزر لحركة البضائع والاموال وان انصرف الى عمليات اخرى سابقة او لاحقة[2].

وهكذا اضطر القضاء الفرنسي الى تطوير المعيار الاقتصادي لدولية العقود. انها مرحلة ظهور معيار "مصالح التجارة الدولية". حيث ذهب القضاء الفرنسي في العديد من احكامه – لا سيما في مجال التحكيم الدولي – الى اضفاء صفة الدولية على العقد، اذا كان يراعي او يأخذ في الاعتبار مصالح التجارة الدولية. ففي قضية طرحت على محكمة النقض الفرنسية في 1930/2/19، بدأت ابعادها في بحث نطاق بطلان شرط التحكيم في القانون الفرنسي ومدى انطباق هذا البطلان اذا كنا أزاء عقد دولي، وما المعيار الذي تتحدد على اساسه صفة الدولية في العقد بغية تخليص شرط التحكيم الوارد به من نطاق هذا البطلان؟

وقد قررت محكمة النقض ان بطلان شرط التحكيم المقرر بمقتضى المادة (1006) من قانون المرافعات الفرنسي، لا يتعلق بالنظام العام في فرنسا، ومن ثم فانه اذا كان هذا البطلان يسري – بدون جدال – في نطاق العقود الداخلية، اي تلك التي تخضع للقانون الفرنسي حصراً، الا انه لا يسري في نطاق العقود الدولية، والتي تكتسب هذه الصفة لمجرد انها تراعي او تأخذ في الاعتبار مصالح ومقتضيات التجارة الدولية[3].

---

[1] الشرقاوي، جميل : مرجع سابق. ص 19.

[2] عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص 101.

[3] مشار اليه لدى عرب، سلامة فارس : مرجع سابق، ص 35-36.

ومع ذلك، فانه لا يُنكر ان تحديد المقصود بمصالح التجارة الدولية هو بذاته يحتاج الى تعريف[1]. اذ تبدو هذه الفكرة، فكرة اقتصادية من العسير رسم حدودها بدقة[2]، وان كان البعض يعتقدون انها تنبثق من ذات فكرة السيد ماتر، التي تتحقق في الوقت الذي يُنشئ فيه العقد تحركات flux et reflux (مد وجزر) للاموال والبضائع او مقابلها النقدي عبر الحدود الدولية، لكن الفكرة الجديدة (العقد الذي يأخذ في الاعتبار مصالح التجارة الدولية) اكثر مرونة واقل اقتضاءً من تلك التي قال بها السيد ماتر، لكونها تستلزم – على الاقل – وجود احدى الحركتين flux ou reflux ولا تشترط ان تأتي الحركة الثانية – بالضرورة – في شكل مادي محسوس[3].

وقد اخذ تقنين المرافعات الفرنسي الجديد في المادة (1492) منه بالمعيار الاقتصادي لدولية التحكيم، وهي دولية تستمد من دولية العقد محل النزاع، مما يفيد ان المشرع الفرنسي قد اعتنق في نهاية الامر، المعيار الاقتصادي كأساس لدولية العقود. حيث نصت المادة المذكورة على ان التحكيم " يعد دولياً فيما لو تعلق بمصالح التجارة الدولية "[4].

وقد عاب البعض[5] على المعيار الاقتصادي، الغموض وعدم التحديد، فالتعريف الاقتصادي للعقد على النحو الذي بيناه هو اقرب الى كونه مؤشراً لدولية العقد منه تعريفاً محدداً قابلاً

---

[1] عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص 101.

[2] عرب، سلامة فارس : مرجع سابق. ص 101.

[3] المرجع السابق. ص34.

[4] كما ان المادة (3) من قانون التحكيم المصري الجديد رقم (27) لسنة 1994 قد اخذت بهذا النظر ايضاً كشرط اساسي لدولية التحكيم فيما لو توافرت بجانبه بعض الشروط الاخرى التي حددها النص على سبيل الحصر لا المثال، وهو الامر الذي كان محلاً لانتقاد جانب من الفقه المصري والذي فضل لو كانت هذه الشروط الاخرى قد وردت على سبيل المثال لا الحصر. راجع صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، هامش رقم (118) ص90. وبالنسبة لقانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، فقد جاءت المادة (3) منه مطابقة للمادة (3) مصري، مع فارق بسيط مرده عيب في الصياغة، فالقانون الفلسطيني نص على جميع الحالات التي تضمنتها المادة (3) مصري والتي يعتبر توفرها دليلاً على اتصال العقد بالتجارة الدولية، الا ان القانون الفلسطيني لم ينص صراحةً على اشتراط تعلق موضوع التحكيم بالتجارة الدولية، الا ان هذا الشرط يمكن استنتاجه بمفهوم المخالفة من خلال الفقرة الاولى من المادة الثالثة والتي اعتبرت التحكيم محلياً اذا لم يتعلق بالتجارة الدولية وكان يجري في فلسطين. اما بالنسبة لقانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001 فانه لم يتبنى معياراً محدداً لدولية التحكيم تاركاً ذلك لاجتهاد هيئة التحكيم والتي لا بد لها ان تتبع ما هو مستقر لدى القضاء لتضمن فعالية تنفيذ حكم التحكيم. اما عن قانون الاونيسترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي فقد تناول معيار دولية التحكيم في الفقرة الثالثة من المادة الاولى والتي تضمنت ثلاث حالات يعتبر التحكيم فيها دولياً، الا انه لم يتبنى معيار مصالح التجارة الدولية، وقد تعرض هذا المعيار لانتقاد من جانب الفقه خصوصاً انه قد اعتبر التحكيم دولياً لمجرد اتفاق الاطراف على ذلك، وهو ما لا يمكن ادراجه في أي من معايير دولية العلاقات الخاصة. انظر ابراهيم، نادر : مرجع سابق. ص93 وما بعدها.

[5] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص84.

للاعمال في الواقع العملي، وخلافاً لما رأيناه بالنسبة للمعيار القانوني لدولية العقود والذي يبدو اكثر وضوحاً وتحديداً.

على ان المعيار الاقتصادي لدولية العقد كما اوضحناه، لا يتعارض بالقطع مع المعيار القانوني، الذي يعتبر العقد بمقتضاه دولياً فيما لو اتصل بأكثر من نظام قانوني واحد. ذلك ان الرابطة العقدية التي يترتب عليها انتقال للاموال من دولة لاخرى، والتي تتعلق على هذا النحو بمصالح التجارة الدولية، وهو ما يتحقق معه المعيار الاقتصادي لدوليتها، هي رابطة تتصل بالضرورة باكثر من نظام قانوني واحد، وهو ما يفيد توافر العنصر الاجنبي في العقد والذي يتمثل في سبب التعاقد او الجهة التي تم تصدير المال اليها او استيراده منها. وبذلك يتوافر المعيار القانوني لدولية العقد في نفس الوقت[1].

واذا كان توافر المعيار الاقتصادي يفضي لزوماً الى تحقق المعيار القانوني لدولية العقد على هذا النحو، فان العكس غير صحيح. اذ قد تكتسب الرابطة العقدية طابعها الدولي وفقاً للمعيار القانوني دون ان يتحقق مع ذلك المعيار الاقتصادي لدولية هذه الرابطة.

ويحدث ذلك في كافة الفروض التي تتطرق فيها الصفة الاجنبية الى عنصر غير مؤثر في العقد – على حد تعبير اصحاب المعيار القانوني المضيق – مثل عنصر الجنسية، حيث ان هذا العنصر لا يؤدي الى انتقال رؤوس الاموال عبر الحدود.

ويرى البعض انه عند تحديد دولية العقد بناءً على المعيار الاقتصادي، فانه لا يشترط ان يتم تنفيذ العقد فعلاً، حتى تحكم المحكمة بدولية العقد بناءً على توافر المعيار الاقتصادي. اذ لو ثار النزاع امام القضاء في هذا الفرض، قبل تنفيذ العقد، الا ان الرابطة العقدية تظل مع ذلك متعلقة بمصالح التجارة الدولية، وبالتالي تتسم بالطابع الدولي وفقاً للمعيار الاقتصادي، استناداً الى غاية التعاقد والهدف الذي يسعى اليه المشروع النهائي للمتعاقدين والذي يقتضي تنفيذ العقد في الخارج[2].

ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسية صادر في 8 يوليو 1931 ، حيث تعلق الامر بعقد ابرم في فرنسا بين فرنسيين متوطنين هناك، في شأن بيع بضائع كائنة فيها عند التعاقد، واشترط فيه

---

[1] ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص56.

[2] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. هامش رقم (103)، ص 86. وانظر كذلك الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة : التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية. الاسكندرية : الفتح للطباعة والنشر. 1998. ص92.

ان يتم التسليم في الخارج على ان يؤدى الثمن بعملة اجنبية، ثم ثار النزاع بين الطرفين قبل تنفيذ العقد على هذا النحو. فقد قرر الرأي السالف انه ورغم تعلق العقد في حالتنا بمصالح التجارة الدولية مما يشير بتوافر المعيار الاقتصادي لدولية العقد، الا ان الرابطة العقدية قد خلت مع ذلك من العناصر الاجنبية اللازمة لتحقق المعيار القانوني لدوليتها[1].

الا ان الملاحظ مع ذلك ان الرابطة العقدية في الحكم السابق، لا تخلو من العناصر الاجنبية التي تربطها بدولة اجنبية وعلى خلاف ما يعتقده الرأي السالف. اذ تتركز العناصر الاجنبية في سبب التعاقد والغاية التي يستهدفها المتعاقدان وكذلك الجهة المتفق على تصدير البضاعة اليها، وهو ما يكفي لتوافر المعيار القانوني لدولية العقد[2].

[1] نقلاً عن صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق. ص86.

[2] القشيري، احمد. مرجع سابق. ص 79.

الفرع الثالث : الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي (المعيار المزدوج)

يتجه القضاء الفرنسي الحديث عند التصدي لدولية العقد، الى الجمع بين كل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي[1]. ويرى هذا الاتجاه ان لكل معيار هدفاً معيناً موازياً لهدف المعيار الآخر ومكملاً له. فالمعيار الاقتصادي هدفه هو تحقيق التوازن بين مصالح التجارة الدولية – وذلك بالسماح بادراج شروط نقدية في العقود الدولية بغرض ايجاد نوع من التوازن بين الاداءات المختلفة لطرفي العقد – وبين مصالح الدولة في الحفاظ على الثقة في عملتها – وذلك بعدم اقرار مثل هذه الشروط في اطار العلاقات الداخلية – مما يعود في نهاية الامر بالنفع على الجميع، سواء الدولة او الافراد نتيجة لتشجيع حركة انتقال رؤوس الاموال، وهو الامر الذي يعجز عن تحقيقه المعيار القانوني وحده، حيث ان هذا الاخير يهدف الى مجرد تحديد مجال تطبيق قاعدة التنازع في المسائل التعاقدية، وبالتالي معرفة نطاق قانون الارادة دون ان يُعنى هذا المعيار بعد ذلك بالمسائل التي قد يثيرها تطبيق هذا القانون والمتمثلة في ايجاد نوع من التوازن بين الاداءات المختلفة للمتعاقدين، والتي يتكفل بتحقيقها المعيار الاقتصادي[2].

ويترتب على هذا المسلك بالضرورة، التضييق من معيار دولية العقود، بحيث لا يؤدي مجرد تضمنها لعنصر اجنبي الى اعمال قواعد القانون الدولي الخاص، وانما يتعين لهذا الاعمال ايضاً ان تهدف العملية العقدية الى انتقال للاموال والخدمات عبر الحدود[3].

ومن ناحية اخرى، يرى جانب من الفقه[4] ان مثل هذا الجمع بين المعيار القانوني الموسع والمعيار الاقتصادي، سيفضي الى ذات النتيجة التي كان يمكن ادراكها فيما لو اكتفى القضاء بالمعيار القانوني المضيق، والذي لا يعتد في دولية العقود الا بعناصرها المؤثرة دون المحايدة. فواقع الامر ان الاخذ بالمعيار الاقتصادي الى جانب المعيار القانوني الموسع سيؤدي الى عدم الاعتداد بالعنصر الاجنبي الذي تتضمنه الرابطة العقدية، الا فيما لو كان هذا العنصر مؤثراً.

---

[1] وهذا ما انتهت اليه الاتفاقية الاوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف عام 1961، حيث جمعت بين المعيار الاقتصادي المرتبط بمصالح التجارة الدولية، والمعيار القانوني المستمد من اختلاف محل اقامة الطرفين، لتنتهي الى دولية العقد في هذا الفرض وبالتالي دولية التحكيم. فقد نصت الاتفاقية في المادة (1/1/أ) منها على انه : "تطبق هذه الاتفاقية على اتفاقيات التحكيم المعقودة بهدف فض النزاعات الناشئة او التي قد تنشأ نتيجة لعمليات التجارة الدولية ما بين اشخاص عاديين او معنويين على ان يكون لهم عند انشاء الاتفاقية محل اقامة معتاد او مركز عمل في دول مختلفة مرتبطة تعاقدياً في هذه الاتفاقية". انظر صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. هامش (119)، ص92.

[2] ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص59.

[3] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص92.

[4] المرجع السابق. ص92.

وهو يكون كذلك، في مجال عقود المعاملات المالية، اذا ادى الى انتقال للاموال او الخدمات عبر الحدود، أي فيما لو تجاوزت هذه العقود اطار الاقتصاد الداخلي.

وتماشياً مع هذا النظر الذي يذهب الى الجمع بين المعيارين، فقد ذهبت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في التاسع من نوفمبر عام 1984 الى تأكيد دولية العقد، حيث كان الامر يتعلق بعقد ابرم في السويد بين شركة سويدية وفرنسي، موضوعه قيام الطرف الفرنسي بصفته وكيلاً تجارياً عن الشركة السويدية بتسويق منتجاتها والترويج لها في فرنسا. وقد اورد الطرفان في عقدهما شرطاً خاصاً بالتحكيم للنظر في المنازعات التي تتولد عن تفسير العقد وتنفيذه. وحين بلغت المنازعات بين الطرفين ساحة القضاء، خلصت محكمة استئناف باريس الى انه لما كان الأمر يتعلق بعقد دولي، فان شرط التحكيم المدرج في العقد يكون شرطاً صحيحاً. وقد استنبطت المحكمة صفة الدولية للعقد من مجموعة عناصر : فالعقد ابرم في السويد، واحد اطرافه شركة سويدية، وموضوعه هو توكيل مواطن فرنسي الجنسية بالقيام في فرنسا بصفته وكيلاً، باعمال قانونية باسم ولحساب الشركة الاجنبية المتعاقد معها، بقصد تنشيط الاستيراد الى فرنسا لبضائع منتجة في الخارج[1].

فالمحكمة قد صرحت بأن العقد يعد دولياً " لاتصاله باكثر من نظام قانوني لاكثر من دولة"، الا انها لم تتخير من بين هذه العناصر واحداً معتبرةً اياه هو العنصر المؤثر، وانما اعتمدت – على ما يبدو – في التكييف على توافر هذه العناصر مجتمعة[2].

كما ان المحكمة قد اشارت الى المعيار الاقتصادي، حين ذكرت ان موضوع العقد يهدف الى "تنشيط الاستيراد الى فرنسا لبضائع منتجة في الخارج"، وهو ما سيؤدي الى انتقال للاموال عبر الحدود[3].

الفرع الرابع : تقدير معايير دولية العقد

يبدو ان كثرة وتواتر العديد من احكام القضاء الفرنسي، المؤيد للمعيار الاقتصادي في كيفية تحديد صفة الدولية في العقد، لم تثن جل الفقه عن اعتماد معيار مخالف لما يأخذ به القضاء، حيث يؤكد جانب كبير من الفقه على وجوب ان تحدد صفة الدولية في العقد تبعاً لمعيار قانوني،

[1] نقلاً عن عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص99.

[2] المرجع السابق. ص99.

[3] للاطلاع على مزيد من احكام القضاء الفرنسي التي جمعت بين المعيار القانوني والاقتصادي لدولية العقد، راجع : المرجع السابق، ص91-94.

يقضي باعتبار العقد دولياً متى اتصل عن طريق احد عناصره الرئيسية بصلات او روابط مع اكثر من نظام قانوني. فقد ظل الفقه الراجح اميناً على المعيار القانوني، حيث ان هذا المعيار من شأنه توحيد حلول التنازع في مختلف الدول، بالنظر لتميزه بسهولة الاستخدام والتحديد[1].

ويؤكد هذا الجانب من الفقه، على ان المعيار القانوني لم يزل هو المعيار السائد، وانه سيبقى كذلك – لانه نتيجة لاعمال قواعد المنطق القانوني السليم في موضوع قانوني صرف – رغم كثرة المحاولات للنيل منه[2].

كما ويذهب الفقه المؤيد للمعيار القانوني الى القول بان اضفاء صفة الدولية على العقد يجب ان يستند الى معيار من شأنه ان يحقق نوعاً من العالمية لمفهوم العقد الدولي من ناحية، ويتكفل تحقيق الثبات في تعريفه من ناحية اخرى، وهو ما لا يتأتى الا بالاستناد الى المعيار القانوني[3].

ويبدو ان اهمية المعيار الاقتصادي تتضائل لدى الفقه الغالب، خاصةً بعدما خلُص اليه هذا الفقه من ان القيمة الحقيقية للاخذ بالمعيار الاقتصادي في مجال عقود التجارة الدولية، هي اضفاء الطابع المؤثر على العنصر او العناصر الاجنبية التي تطرقت الى العقد فجعلته على هذا النحو دولياً لارتباطه باكثر من نظام قانوني واحد (المعيار القانوني المضيق)[4].

وهذا ما حدا بالفقه الحديث الى جعل المعيار القانوني المضيق او المرن، هو الاساس في الكشف عن دولية العقد، وذلك من خلال التفرقة في شأن العناصر الاجنبية التي تتطرق الى العقد، بين العناصر الفعالة او المؤثرة والعناصر غير الفعالة او المحايدة، مؤكداً ان دولية العقد يجب ان تستخلص فقط من العنصر الاجنبي المؤثر الذي يدخل في تكوينه[5].

ومع اننا من انصار الاعتماد على المعيار القانوني لتحديد دولية العقد، الا اننا لا نؤيد هجر المعيار الاقتصادي بالمطلق والاستعاضة عنه باعمال المعيار القانوني المضيق، ذلك ان هنالك بعض القواعد المادية في القانون الدولي الخاص[6]، تتطلب لتطبيقها توافر صفة الدولية في العقد

---

[1] ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص62.

[2] عرب، سلامة فارس : مرجع سابق. ص53.

[3] ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص62.

[4] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص94.

[5] انظر صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص94-95. و ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص63.

[6] ومن امثلة هذه القواعد المادية التي تتطلب لتطبيقها توافر المعيار الاقتصادي، المادة (1492) من تقنين المرافعات الفرنسي لعام 1981 والتي نصت على ان التحكيم "يعد دوليا فيما لو تعلق بمصالح التجارة الدولية". وكذلك القواعد التي وضعتها محكمة النقض

وفقاً للمعيار الاقتصادي، وذلك بان يؤدي الى انتقال للاموال عبر الحدود. وقد لا يكفي للقول بتوافر المعيار الاقتصادي في هذه الحالة، مجرد تبني المعيار القانوني المضيق الذي يعتمد على العناصر الاجنبية المؤثرة فقط في اضفاء صفة الدولية.

فقد تبين لنا ان انصار هذا المعيار الاخير، عندما ذهبوا الى الاعتداد بالعناصر الاجنبية المؤثرة في اضفاء صفة الدولية على العقد، كان في ذهنهم ان يؤدي العقد الى انتقال للاموال عبر الحدود. ومع انهم لم يتبنواهذا المعيار صراحةً، الا انهم ولتحقيق هذه النتيجة، اعتمدوا على تطرق الصفة الاجنبية الى مكان التنفيذ، او موطن المتعاقدين، او حتى مجرد تطرق الصفة الاجنبية الى عنصر السبب في التعاقد، وما يؤدي اليه ذلك من الاعتداد بدولية العقد حتى قبل تنفيذه. ورغم ان تطرق الصفة الاجنبية الى هذه العناصر، يؤدي في معظم الاحيان الى انتقال للاموال عبر الحدود، الا ان هذه النتيجة لا تكون دائماً، فاذا فرضنا جدلاً ان سورياً جاء لقضاء اجازته في فلسطين، واثناء تواجده فيها، قام بشراء بعض السلع لغرض بيعها في فلسطين، فاذا ثار النزاع بشأن العقد امام القضاء الفلسطيني، فان القاضي واعمالاً للمعيار القانوني المضيق، سيحكم بدولية العقد استناداً الى اختلاف موطن المتعاقدين، بحسبان ان الصفة الاجنبية قد تطرقت في هذه الحالة الى عنصر مؤثر وهو اختلاف موطن المتعاقدين، رغم ان العقد في هذه الحالة لم يؤد الى انتقال للاموال عبر الحدود.

ورغم اننا لا نعارض في صحة ما توصل اليه القاضي عندما حكم بدولية العقد في هذه الحالة، هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى فانه لا خوف البتة في هذه الحالة من تطبيق اية قواعد مادية تتطلب لتطبيقها توافر المعيار الاقتصادي – في حال احتواء النظام القانوني الفلسطيني على مثل هذه القواعد – على عقود لم يتحقق فيها هذا المعيار، لان هذه القواعد تتولى بذاتها تحديد نطاق تطبيقها، وتجبر القاضي على البحث عن معيار انتقال الاموال عبر الحدود في العقد المنظور امامه حتى يُسمح له بتطبيقها.

الا اننا ما سقنا هذا المثال، الا لنؤكد على اهمية المعيار الاقتصادي في تحديد دولية العقد، والذي قد تتطلب توافره بصورة صريحة، بعض القواعد المادية في القانون الدولي الخاص، ولنشير كذلك الى ان المعيار القانوني المضيق قد لا يستوعب المعيار الاقتصادي في جميع الاحيان، لان انصار المعيار القانوني المضيق لم يتبنوا صراحةً معيار تعلق العقد بانتقال

الفرنسية في بدايات القرن العشرين، مثل اقرارها بصحة شرط التحكيم، وصحة بعض الشروط النقدية التي تهدف الى ضمان مخاطر تحويل العملة، وذلك في العقود الدولية دون الداخلية.

للاموال عبر الحدود. وهو ما يدحض الرأي القائل بامكانية الاستغناء عن المعيار الاقتصادي في تحديد دولية العقد، والاستعاضة عنه بالمعيار القانوني المضيق.

كما اننا نعارض بشدة الاستناد الى معيار من شأنه ان يعطي مفهوماً ضيقاً لفكرة العقد الدولي، بالنظر لما يتطلبه من تطبيق جامع لكل من المعيارين القانوني والاقتصادي معاً، بالرغم من الاختلاف الجذري سواء في طبيعة كل منهما، او في مجال تطبيقه. كما ان توافر المعيار الاقتصادي يفيد بالضرورة توافر المعيار القانوني كما بينا سابقاً.

ومن ناحية اخرى، فانه رغم اتجاه الفقه الحديث الى تبني المعيار القانوني المضيق او المرن للكشف عن دولية العقد، وذلك بالتفرقة بين العناصر المؤثرة وغير المؤثرة، التي قد تتطرق لها الصفة الاجنبية، الا اننا من جهتنا لانؤيد تبني هذا المعيار في الكشف عن دولية العقد.

فما الضير من تطبيق قاعدة التنازع الخاصة بالعقود، فيما لو تطرقت الصفة الاجنبية الى جنسية احد المتعاقدين؟ فنحن لم نلحظ حجةً مقنعةً ساقها الفقه الحديث لبيان مآخذ تطبيق المعيار القانوني الموسع. ثم ان احداً لا يستطيع تجاهل دولية العلاقة المطروحة في المثال السابق، وذلك عن طريق اتصالها باكثر من نظام قانوني، من خلال احد عناصرها الذاتية وهو عنصر الاشخاص والمتمثل بجنسيتهم.

ومن جهة اخرى، وبالاستناد الى احد اهم خصائص قاعدة الاسناد، وهي انها قاعدة مزدوجة الجانب، بمعنى انها قد تشير الى تطبيق القانون الاجنبي او القانون الوطني للقاضي، فاننا وبتحليل النتيجة المترتبة على هذه الخصيصة، سنجد ان تطبيق قانون القاضي قد تم بسبب تطرق الصفة الاجنبية الى عنصر غير مؤثر في العلاقة القانونية، أي الى عنصر آخر غير ضابط الاسناد الذي تبناه المشرع في قاعدة التنازع[1]. ورغم ذلك فقد تم تطبيق قاعدة الاسناد المعنية، وما ذلك الا اعترافاً بدولية العلاقة المطروحة.

اما ما ذهب اليه البعض، بالقول بان توافر المعيار القانوني الموسع للرابطة العقدية، وان كان يكفي لاعمال قواعد تنازع القوانين، فانه لا يصلح بالقطع لاخضاع العقد لقواعد القانون

[1] حيث ذهب بعض الفقه الى القول، بان قواعد الاسناد الاخرى عدا قاعدة الاسناد التي تخضع العقد لقانون الارادة، تتضمن عادةً ما يشير الى دولية العلاقة المطروحة، ويكون ذلك من خلال تطرق الصفة الاجنبية الى ضابط الاسناد الذي اعتمده المشرع، مثل القاعدة التي تخضع الحقوق العينية الواردة على عقار لقانون الموقع، ووفقاً لهذا الرأي فان العلاقة المطروحة لا تكون دولية الا اذا كان العقار كائناً في دولة اجنبية. أي ان هذا الرأي لا يعتد الا بتطرق الصفة الاجنبية الى ضابط الاسناد بحسبانه العنصر المؤثر في العلاقة. الا اننا اشرنا سابقاً الى ما في هذا الرأي من تجاهل لكون قاعدة الاسناد مزدوجة الجانب.

الدولي الخاص ذات الطابع المادي[1]، فاننا نرى فيه رأياً مخالفاً للواقع، خاصةً اذا كان يقصد القواعد المادية في القانون الدولي الخاص بصفة عامة، لان هذه القواعد غالباً ما تتولى بذاتها تحديد نطاق تطبيقها، ولا تقتصر على تبني المعيار القانوني المضيق. فمنها ما يتبنى معياراً قانونياً موسعاً[2]، ومنها ما يتبنى معياراً قانونياً مضيقاً[3]، ومنها ما يتبنى معياراً اقتصادياً بصورة صريحة[4].

وفي حكم حديث صدر عن المحكمة العليا في فنزويلا بتاريخ 1997/10/9، انتهت فيه المحكمة الى صحة الاتفاق بين الاطراف على احالة النزاع الناشئ عن العقد التجاري الدولي المبرم بينهم الى التحكيم الدولي في نيويورك بموجب قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية. واضافت المحكمة انه وإن كان كلا طرفي العقد عبارة عن شركتين فنزويليتين، الا ان واحدة من الشركات كانت في الواقع تابعة لشركة امريكية. ودعماً لهذا التفسير الواسع لمفهوم العقد الدولي، فقد اشارت المحكمة الى التعليق على ديباجة مبادئ اليونيديروا والتي تنص على : "ان مفهوم دولية العقود ينبغي ان يحظى باوسع تفسير ممكن، بحيث لا يستبعد الا الحالات التي لا يتوافر فيها أي عنصر دولي، أي الحالات التي تكون فيها كل العناصر المتصلة بالعقد محل البحث مرتبطة بدولة واحدة"[5].

[1] يتبنى هذا النظر : صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص89.

[2] ومثال ذلك مبادئ اليونيديروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لعام 2010، والتي تبنت المعيار القانوني الموسع لتحديد دولية العقد، حيث جاء في التعليق على ديباجة المبادئ: "ان مفهوم دولية العقود ينبغي ان يحظى باوسع تفسير ممكن، بحيث لا يستبعد الا الحالات التي لا يتوافر فيها أي عنصر دولي، أي الحالات التي تكون فيها كل العناصر المتصلة بالعقد محل البحث مرتبطة بدولة واحدة".

[3] ومن امثلة ذلك اتفاقية فينا بخصوص عقد البيع الدولي للبضائع لعام 1980، حيث تشترط هذه الاتفاقية لاخضاع عقود البيع للاحكام الواردة فيها، ان تكتسب هذه الاخيرة صفة الدولية، وهي تكتسب هذه الصفة وفقاً لنص المادة (1/1) من الاتفاقية اذا توافر فيها شرط اساسي هو : (اختلاف اماكن منشآت اطراف البيع)، بشرط ان تكون هذه الدول متعاقدة، او ان تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص الى تطبيق قانون دولة متعاقدة.

[4] ومن امثلة ذلك المادة (1492) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، والتي اعتبرت ان التحكيم " يعد دولياً فيما لو تعلق بمصالح التجارة الدولية".

[5] نقلاً عن موقع انترنت : www.unilex.info تاريخ الدخول 2011/10/20 ساعة الدخول 12 مساءً.

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية

معيار التمييز بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية

ان تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، يستلزم التصدي لنظريتين اساسيتين حول هذا الموضوع، الأولى : هي النظرية الشخصية، والثانية : هي النظرية الموضوعية. ومع ان كل من النظريتين تتفق مع ما ساد لدى فقه القانون الدولي الخاص المعاصر، في اخضاع عقود التجارة الدولية لقانون الارادة، استناداً الى مبدأ سلطان الإرادة[1]، الا انهما تختلفان فيما بينهما من حيث وضع الارادة في مواجهة قانون العقد. فهل تعلو ارادة المتعاقدين على القانون المختار بحيث تصبح احكامه مجرد شروط عقدية (وهو ما قالت به النظرية الشخصية)؟ ام تخضع هذه الارادة على العكس لسلطان القانون ولا تقوى على الخروج عن نصوصه الآمرة (وهو ما ذهبت اليه النظرية الموضوعية)؟[2].

---

[1] ان الفقه القديم في القانون الدولي الخاص، وبالتحديد منذ نظرية الأحوال الايطالية، لم يكن يسند العقود الدولية لقانون الارادة، وانما كان يخضع هذه العقود لقانون محدد سلفاً، هو قانون بلد الابرام او بلد التنفيذ، وهو في الحالين اسناداً آمراً لا تملك الارادة تغييره. وقد حاول بعض الشراح اللاحقين، مثل ديمولان وفوليكس وسافيني وغيرهم، ان يبرروا تطبيق هذا القانون او ذاك على اساس ان ارادة المتعاقدين الضمنية قد ارتضته. ومع ذلك، فان هذا الفقه لم يرتب على افكاره هذه نتائجها المنطقية، وهي قدرة المتعاقدين على الاختيار الصريح لقانون آخر يحكم عقدهم. واستمر الوضع على هذه الحال، حتى نهاية القرن التاسع عشر،حينما قرر الفقيه البلجيكي الشهير لوران – والذي نصب اباً روحياً لفقه قانون الارادة في مجال العقود – بأن مبدأ سلطان الارادة هو الحل في ذاته وليس مجرد تبرير لحل مسبق لتنازع القوانين. وقرر ان ارادة الاطراف في هذا المجال هي كل شيء، فهذه الارادة هي التي تضع شروط العقد وهي ايضاً التي تختار القانون الذي يحكمه. الا ان لوران قد رد قدرة الاطراف على اختيار قانون العقد الى مطلق مبدأ سلطان الارادة، وهو الأمر الذي خالفه لاحقاً الفقيه السويسري بروشيه، والذي فضل ان يرد سلطان المتعاقدين في اختيار قانونهم الى قوة القانون الذي منح الارادة القدرة على هذا الاختيار. لمزيد من التفصيل حول التطور التاريخي لاسناد عقود التجارة الدولية لقانون الارادة، انظر صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص 19 وما بعدها.

[2] ان المعيار الذي نتبناه للتفرقة بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، والمستمد من وضع الارادة في مواجهة قانون العقد، هو المعيار الذي يتبناه الاستاذ الدكتور هشام صادق. وهو يختلف عن المعيار الذي درج مجموع الشراح على اعتناقه كأساس للتمييز بين النظريتين، والمستمد من وسيلة تحديد قانون العقد، وليس من وضع الارادة في مواجهة هذا القانون. وعلى ذلك فاذا تم تحديد قانون العقد من خلال الاختيار الارادي لهذا القانون، وسواء كان هذا الاختيار صريحاً او ضمنياً او حتى مفترضاً، فاننا نكون بصدد معيار شخصي مستمد من ارادة اطراف الرابطة العقدية، وهو ما يندرج تحت اطار النظرية الشخصية. اما لو تم تحديد قانون العقد عن طريق تركيز الرابطة العقدية في اطار نظام قانوني تعينه ارادة المشرع او القاضي المطروح عليه النزاع، ولو تم هذا التركيز الموضوعي استناداً الى معايير مستمدة من اطراف الرابطة، مثل الموطن المشترك للمتعاقدين، فاننا نكون بصدد اعمال للنظرية الموضوعية. الا ان التطور الفقهي والقضائي في القانون الدولي الخاص المعاصر، قد رد الاختيار الارادي لقانون العقد الى قاعدة الاسناد في دولة القاضي، مما استتبع خضوع الرابطة العقدية لاحكام القانون المختار. وهو ما يؤدي الى ادراج هذه الاتجاه في=

ويترتب على الاخذ بهذه النظرية او تلك، نتائج مختلفة تنعكس آثارها بصفة خاصة على مدى قدرة المتعاقدين على استبعاد الاحكام الآمرة في القانون الذي تم اختياره لحكم الرابطة العقدية. فانصار النظرية الشخصية وعلى رأسهم الفقيه البلجيكي لوران، يردون قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد، الى مطلق مبدأ سلطان الارادة، فيكون اختيار المتعاقدين للقانون في هذه الحالة اختياراً مادياً، بحيث يندمج القانون المختار في العقد لتصبح احكامه مجرد شروط عقدية يملك المتعاقدون الاتفاق على ما يخالفها ولو اتسمت بالطابع الآمر. وعلى هذا النحو يبقى العقد الدولي طليقاً، أي بلا قانون يحكمه، وهو ما يعني في نهاية الأمر اخراج عقود التجارة الدولية من مجال تنازع القوانين[1]. فاختيار قانون العقد في مفهوم النظرية الشخصية لم يتم بناءً على قاعدة من قواعد تنازع القوانين، وانما يرتد الاختيار في هذه الحالة الى مطلق مبدأ سلطان الارادة، وهو ما يعطي لارادة الاطراف القوة للالزام، وخلق القواعد التي تحكم عقدهم[2]، و حتى لو كان ذلك بعيداً عن كل نظام قانوني.

واذا كانت لارادة المتعاقدين الصريحة هذه القدرة على التنظيم الذاتي للعقد الدولي، فان على القاضي ان يكشف عن ارادتهم الضمنية في اختيار قانون العقد عند سكوتهم عن الافصاح عنها صراحةً. بل وحتى لو لم يستطع القاضي او المحكم ان يستظهر ارادتهم الضمنية في هذا السبيل، فهو يملك تحديد ارادتهم المفترضة في اختيار قانون العقد، أي ارادتهم التي يفترض انهم يتجهون اليها فيما لو كانوا قد تصدوا لهذا الاختيار، ما لم يكن المشرع قد حدد بنفسه هذه الارادة من خلال قرائن تختلف بحسب الاحوال. وهكذا تبدو الارادة المفترضة لدى انصار

=النظرية الموضوعية وفقاً للمعيار الذي انتصرنا له، بينما يفضي اعمال المعيار السائد على العكس، الى اعتبار هذا الاسناد اعمالاً للنظرية الشخصية ما دام انه يقوم على فكرة الاختيار الارادي لقانون العقد. وهكذا ادى المعيار الفقهي السائد وحسب ما يرى الاستاذ الدكتور هشام صادق، الى المساواة بين اتجاهين مختلفين تماماً، حيث اعتُبر اختيار المتعاقدين لقانون العقد هو اعمال للنظرية الشخصية، سواء اندمجت احكام هذا القانون في العقد الذي تحرر على هذا النحو من سلطان القانون، او خضعت الرابطة العقدية لحكم القانون المختار، وهو ما اضطر جانباً من الفقه الحديث الى اجراء تقسيم ثنائي لفكر النظرية الشخصية التقليدية، بحيث يعتبر خضوع العقد للاحكام الآمرة في القانون المختار – ولو كان تحديد هذا القانون قد تم من خلال الاختيار الارادي – اعمالاً لمنهج شخصي ذو طابع موضوعي. لمزيد من التفصيل راجع صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص39 وما بعدها.

[1] Hazboun, George . ((Autonomy in choice of law)). Journal of law, Faculty of law – Kuwait University, Vol.9, no.2, June 1985, P.13.

[2] Ibid, p. 14.

المدرسة الشخصية بوصفها ارادة المتعاقدين كما يتصورها القاضي او المشرع، وهي ارادة تعلو في جميع الاحوال فوق القانون وتملك الخروج عن احكامه الآمرة[1].

بينما ذهب البعض[2] الى القول بانه اذا لم يكن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، من عمل الاطراف، أي حينما لا يعبرون عن ارادتهم الصريحة، ولم يكن بالامكان الكشف عن ارادتهم الضمنية المؤكدة، وقام القاضي على هذا الاساس بتحديد قانون العقد عن طريق توطين او تركيز العقد في الدولة التي يرتبط بها موضوعياً وينتج فيها غالب آثاره، فان فكرة الاندماج تكون غير ممكنة او متصورة.

فهذا الرأي الاخير وان كان يندرج في اطار النظرية الشخصية، الا انه لا يؤمن باعطاء الارادة حرية طليقة في اختيار قانون العقد وما يؤدي اليه ذلك من ادماج احكام القانون المختار في العقد باعتبارها شروطاً تعاقدية، الا في حالة تم هذا الاختيار من خلال الارادة الصريحة للمتعاقدين، او كان بالامكان الكشف عن ارادتهم الضمنية المؤكدة، وفيما عدا ذلك، فان اسناد الرابطة العقدية بغية تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، هو اسناد يملكه القاضي او المشرع فقط، بحسب الاحوال، ودون افتراض باتجاه ارادة المتعاقدين الى هذا الاسناد، وما يؤدي اليه ذلك من جعل الارادة فوق القانون. فهذا الاتجاه على ما يبدو يؤمن بما ذهب اليه كثيرٌ من الفقه من انتقادهم للارادة المفترضة للمتعاقدين باعتبارها ارادة وهمية[3] ولا يترتب على اعمالها النتائج المنطقية لهذه الفكرة، وهي قدرة المتعاقدين على الاختيار الصريح لقانون آخر ليحكم عقدهم. وبناءً على ذلك فان تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من خلال القاضي او المشرع، وبعيداً عن الارادة الصريحة او الضمنية للاطراف، لا يؤدي الى ادماج هذا القانون في العقد، والسبب في ذلك، وفقاً لهذا الرأي، هو ان القاضي امين على تطبيق القانون، باعتباره كذلك، ولا يكون سائغاً له، ان يدخل تعديلاً او تغييراً في طبيعة ذلك القانون، بان يحوله عن طبيعته القاعدية الملزمة، الى مجرد شرط اتفاقي، او بند تعاقدي[4].

---

[1] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص38.

[2] سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. القاهرة : دار النهضة العربية. 1989. ص138.

[3] Hazboun, George. Ibid, p.13.

[4] سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص138-139.

اما فقه النظرية الموضوعية، فقد رفض مبدأ اندماج القانون المختار في العقد، بما يرتبه من افلات هذا الاخير من سلطان القانون. حيث ارجع سلطان المتعاقدين في الاختيار الى قوة القانون الذي منح الارادة هذا الحق بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي، الامر الذي يفضي الى خضوع العقد للقواعد الآمرة في القانون المختار[1]. وبهذه المثابة تبدو ارادة المتعاقدين بوصفها مجرد ضابط للاسناد يشير الى القانون الواجب التطبيق في شأن الرابطة العقدية، وباعتبار ان هذا هو الحل الذي ارتضاه المشرع لحسم مشكلة تنازع القوانين في العقود الدولية[2].

واما اذا لم يقم المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحةً وفقاً لهذا النظر، فان للقاضي ان يستظهر ارادتهم الضمنية في هذا الصدد، وان تعذر على القاضي او المحكم ان يكشف عن هذه الارادة الضمنية فهو لا يملك افتراض اتجاه ارادتهم لاختيار قانون العقد، على اساس ان الارادة المفترضة هي مجرد وهم ومجاز يخالف الحقيقة. ولهذا يجري القضاء الحديث كما سنرى على التصدي في هذا الفرض للتركيز الموضوعي للرابطة العقدية واسنادها على هذا النحو الى القانون السائد في مركز الثقل في هذه الرابطة، ما لم يكن المشرع قد تولى بنفسه هذا التركيز من خلال قرائن محددة، كما لو اسند العقد، عند سكوت الارادة، الى قانون دولة ابرامه او دولة تنفيذه.

ويجدر بنا الاشارة في هذا المقام، الى ظهور اتجاه فقهي حديث رفض اسناد عقود التجارة الدولية بصفة عامة لقانون الارادة، مفضلاً اخضاع هذه العقود للقانون السائد في مركز الثقل في الرابطة العقدية، حتى في الحالات التي يتصدى فيها المتعاقدون لاختيار قانون العقد[3]. ووفقاً لهذا الاتجاه، فان احكام القانون المختار في هذا الفرض الاخير ستنزل منزلة الشروط التعاقدية التي لا يجوز لها ان تخالف القواعد الآمرة في القانون السائد في مركز الثقل في الرابطة العقدية.

ويتفق هذا المنهج مع ما جرى عليه القضاء وبعض التشريعات الحديثة بالنسبة لاسناد عقود العمل وعقود المستهلكين او غيرها من العقود التي قد لا يرغب المشرع في اسنادها لقانون الارادة حماية للطرف الضعيف[4].

---

[1] ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص68.

[2] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص39.

[3] انظر في هذا الاتجاه معروضاً لدى : المرجع السابق. ص292 وما بعدها.

[4] المرجع السابق. ص44.

ورغم ان احكام القانون المختار تندمج وفقاً لهذا الرأي في العقد لتصبح مجرد شروط عقدية، الا ان هذا الاتجاه يندرج مع ذلك في اطار النظرية الموضوعية وفقاً للمعيار الذي انتهينا اليه. ذلك انه ورغم اندماج احكام القانون المختار في العقد لتصبح مجرد شروط عقدية، الا ان هذه الشروط تظل مع ذلك خاضعة لسلطان القانون السائد في مركز الثقل في الرابطة العقدية، وهو ما يتحقق معه جوهر المنهج الموضوعي، أي خضوع الارادة لحكم القانون.

ونشير في النهاية، الى ان فكرة "الاندماج" – التي ينادي بها اصحاب النظرية الشخصية – وما يترتب عليها من افلات العقد الدولي من سلطان القانون، قد اتجه القضاء الداخلي منذ بدايات القرن العشرين وبعد تردد لم يدم طويلاً الى رفضها. فقد استقر القضاء الحديث على ضرورة خضوع العقد الدولي للقانون الداخلي لدولة معينة عملاً بقواعد تنازع القوانين، واخذا بنظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية على نحو ما سنرى فيما بعد، وهو ما يتضمن رفضاً صريحاً لفكرة العقد الطليق او المتحرر من احكام القانون[1]. كما سنرى ان هذه الفكرة مرفوضة ايضاً لدى قضاء التحكيم الدولي، الذي وان كان يميل الى تدويل عقود التجارة الدولية وتحريرها قدر المستطاع من سلطان القوانين الداخلية، الا انها تبقى مع ذلك خاضعة للأعراف والعادات المستقرة في اسواق التجارة الدولية، او ما يعرف بقانون التجار (lex mercatoria).

ولتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، ومدى سلطة هذا القانون في حكم العقد، وفقاً لكل من النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، ولبيان النتائج التي تترتب على الاخذ بهذه النظرية او تلك، فقد تم تقسيم هذا الفصل الى مبحثين، وفقاً للآتي :

المبحث الأول : النظرية الشخصية وافلات العقد التجاري الدولي من حكم القانون

المبحث الثاني : النظرية الموضوعية وخضوع العقد التجاري الدولي لحكم القانون

[1] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 98.

المبحث الأول

النظرية الشخصية وافلات العقد التجاري الدولي من حكم القانون

لقد تبين لنا، ان النظرية الشخصية ترد قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد، الى مطلق مبدأ سلطان الارادة، وهو ما يؤدي الى اندماج القانون المختار في العقد، وبالتالي الخروج عن الاحكام الآمرة في هذا القانون لنصبح امام ظاهرة "العقد بلا قانون" او ما يسمى "بالعقد الدولي الطليق". وبناءً على ذلك فقد تم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين وفقاً للآتي :

المطلب الأول : اختيار القانون الواجب التطبيق بالاستناد الى مطلق مبدأ سلطان الارادة

المطلب الثاني : الاسباب العملية التي ادت الى ظهور فكرة العقد الدولي الطليق

المطلب الأول : اختيار القانون الواجب التطبيق بالاستناد الى مطلق مبدأ سلطان الارادة

ان اختيار قانون العقد بالاستناد الى مطلق مبدأ سلطان الارادة يترتب عليه نتيجة واقعية هامة، هي اندماج هذا القانون في العقد وتحول احكامه الى مجرد شروط عقدية. وبناءً عليه يتناول هذا المطلب، ماهية فكرة اندماج القانون المختار في العقد، والاساس القانوني لهذه الفكرة، وكذلك الآثار او النتائج المترتبة على هذا الاندماج، وذلك في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : ماهية الاندماج واساسه القانوني

الفرع الثاني : الآثار المترتبة على اندماج القانون في العقد

الفرع الأول : ماهية الاندماج وأساسه القانوني

لم يورد الفقهاء وحتى احكام القضاء تعريفاً محدداً لفكرة اندماج القانون في العقد، وانما دلت على معالمه، مناقشاتهم حوله. ومن مجموع تلك المناقشات يمكن القول بأن الاندماج، هو نظام بمقتضاه يصبح القانون المختار لحكم العقد الدولي، مجرد شرط، او حكم تعاقدي، بحيث لا تكون له الا قوة وقيمة شروط او بنود العقد، ويكون للاطراف ان يجروا عليه ما يجرونه على باقي الشروط التعاقدية، ويفقد بالتالي صفته كقانون، او قاعدة نظامية[1].

وقد يتم هذا الادماج باعادة الصياغة المادية لاحكام القانون المرغوب فيه، في صلب العقد، وقد يتم فقط بالاحالة الى قواعد ذلك القانون، تلافياً لاثقال نصوص العقد. وهنا نقول ان القانون

[1] سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 137.

الذي تم دمجه في العقد، لا يطبق في حالة المنازعة باعتباره القانون الذي يحكم موضوع النزاع، ولكن ينحصر دوره في تحديد مضمون العقد[1].

وقد حاول جانب من الفقه البحث عن الاساس القانوني لتحول القانون الى مجرد شروط تعاقدية[2]، رغم ان ما قيل من آراء في هذا الشأن لم نر فيه اساساً قانونياً سليماً. فمن هذه الآراء ما ذهب الى القول بان الاساس القانوني للاندماج يكمن في عدم مراعاة ارادة التطبيق لدى قانون العقد. فقاعدة الاسناد التي يحتويها قانون القاضي، تتكلم عن قانون "يختاره" المتعاقدون، ولكنها في ذات الوقت تتجاهل تماماً الكلام عن عقد "يختاره" القانون – الذي حددته قاعدة الاسناد – ليسري عليه. لان القول بغير ذلك يؤدي الى خلط غير جائز بين فكرتين فنيتين، كلتاهما مستقلة عن الاخرى[3] :

الاولى : الاسناد، ويملك القيام بها قانون القاضي المنظورة امامه الدعوى، وذلك وحده دون غيره.

الثانية : ارادة ونطاق التطبيق لدى القانون المسند اليه. وتلك لا يملك تحديدها وبيان مداها، الا ذلك القانون الاخير وبلا منافس.

وبناءً على ما سبق، فقد يختار المتعاقدون قانوناً معيناً ليحكم عقدهم، رغم ان هذا القانون المختار لا يرغب في حكم العقد، ففي هذه الحالة لا مانع من ان يدمجوا احكام هذا القانون في عقدهم، بحيث لا تسري هذه الاحكام بقوة سريانها، اذ هي لا ترغب في التطبيق، بل بالقوة التي يعطيها اياها الاطراف.

وينطوي الرأي السابق على خلل كبير، ذلك ان اختيار قانون العقد بالاستناد الى مطلق مبدأ سلطان الارادة، واندماجه على هذه الحال في العقد، يتنافى وقبول فكرة الاحالة – التي تقوم على بحث ارادة الانطباق لدى القانون الاجنبي المعين بموجب قاعدة الاسناد – والتي يفترض

[1] سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 152-153.

[2] انظر في الاساس القانون للاندماج : المرجع السابق. ص 141-147.

[3] المرجع السابق. ص 141.

اعمالها، ان اختصاص القانون المختار قد تم بمقتضى قاعدة من قواعد التنازع، وليس بالاستناد الى مطلق مبدأ سلطان الارادة[1].

وبل ويرفض الجانب المؤيد للاحالة من فقه النظرية الموضوعية، تطبيق فكرة الإحالة في مجال قانون الارادة، وذلك احتراماً لتوقعات الاطراف واستقرار المعاملات في المجتمع[2]. كما اشار الاستاذ الفرنسي باتيفول، الى ان ارادة الانطباق في مجال قانون الارادة، لا تثار عادة من الوجهة العملية، لان غالبية القوانين المنظمة للعقود لا تحدد مجال تطبيقها، أي لا تحدد العقود التي يختارها قانون الارادة كمجال لانطباقه[3].

ومن الآراء الاخرى التي حاولت البحث في الاساس القانوني لفكرة الاندماج ايضاً، ما قاله بعض الفقه المؤيد لاعتبار القانون الاجنبي المعين بموجب قاعدة الاسناد، عنصراً من عناصر الواقع ، فمعاملة القانون الاجنبي على هذا الاساس، تجعل من اندماجه في العقد، وقد تجرد من عنصر الامر، نتيجة منطقية[4].

ونعتقد من جانبنا، وبعد محاولة فهمنا لفقه النظرية الشخصية، ان الاساس الصحيح لاندماج قانون الارادة في العقد، وفقاً لهذه النظرية، يرتد الى "مطلق مبدأ سلطان الارادة" ، الذي تنادي به المذاهب الفردية المغالية في تقديسها لحرية الفرد، والذي يخول الارادة حرية طليقة في تحديد القانون الواجب التطبيق، بحيث يفلت العقد على هذا النحو من كل قيد يفرضه القانون، الا ما تضمنه من شروط ارتضاها الطرفان. وهو ما يعني في نهاية المطاف، اندماج هذا القانون المختار في العقد وتحول احكامه الى مجرد شروط تعاقدية.

الفرع الثاني : الآثار المترتبة على اندماج القانون في العقد

لم يلجأ فقه النظرية الشخصية الى فكرة اندماج قانون العقد فيه، كي يضع نظرية علمية، بل من اجل ادراك بعض الاهداف المحددة، والتي تتضح من خلال ما يترتب على فكرة الاندماج من نتائج وآثار واقعية تتمثل بما يلي :

---

[1] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص110.

[2] دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. عمان: دار الشروق. 2001. ص 177.

[3] مشار اليه لدى صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. هامش رقم (32)، ص 112.

[4] سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 143. وانظر كذلك في طبيعة القانون الاجنبي المعين، بين اعتباره عنصراً من عناصر الواقع، واحتفاظه بصفته الاصلية كقانون : دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص 199 وما بعدها.

1. ان النتيجة الاولى والمنطقية لفكرة الاندماج، تتمثل في تجريد القانون من سلطانه. وقد قبل الفقه تلك النتيجة، فيقول البعض انه مع اندماج القانون في العقد، فانه لا يأمر بشيء ولا يلزم بشيء، وبناءً عليه فانه مع الاندماج لا يصبح القانون قانوناً[1]. وهو ما يؤدي الى منح المتعاقدين امكانية استبعاد بعض احكام هذا القانون ولو تمتعت بالصفة الآمرة. واساس ذلك انه اذا كان قانون الارادة لا ينطبق على العقد الدولي بوصفه قانوناً، وانما باعتبار ان نصوصه قد اندمجت في العقد واعتبرت على هذا النحو في حكم الشروط التعاقدية، فيكون من حق المتعاقدين بداهةً الاتفاق على أي شروط اخرى ولو خالفت نصاً آمراً من نصوص القانون المختار[2].

2. تعامل احكام القانون المختار، وقد اندمجت في العقد واضحت بهذه المثابة مجرد شروط عقدية، معاملة الوقائع امام القضاء الوطني، سواء من حيث اثباتها او من حيث امتداد رقابة المحكمة العليا على تفسيرها[3]. وعلى ذلك فلا يلتزم القاضي باقامة الدليل على احكام القانون الاجنبي المختار والبحث عن مضمونه من تلقاء نفسه، وانما يتعين على الخصم المتمسك بتطبيق هذا القانون، اثبات احكامه، كما هو الشأن بالنسبة للوقائع[4] ، وذلك تطبيقاً للمبادئ المستقر عليها في قانون المرافعات والتي تقضي بان على الخصوم التمسك بوقائع الدعوى.

كذلك فان اساءة محكمة الموضوع تفسير احكام القانون الاجنبي المختار بعد اندماجها في العقد ونزولها منزلة باقي شروطه التعاقدية، تفلت من رقابة المحكمة العليا باعتبارها من مسائل الواقع التي تخرج عن اختصاصها، ما لم يؤدي هذا التفسير الى مسخ القانون الاجنبي، وذلك اسوةً برقابتها على مسخ العقود[5].

---

[1] سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 153.

[2] هذا ما لم يتعارض الشرط التعاقدي بداهةً مع النظام العام وفقاً للمعنى المحدد لهذه الفكرة في القانون الدولي الخاص في دولة القاضي االذي ينظر النزاع. راجع صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 108.

[3] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 107.

[4] دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص 201 وما بعدها.

[5] ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص 82-83. ان المقصود بمسخ العقود، هو ان يؤدي تفسير قاضي الموضوع للعقد، الى تشويه لإرادة المتعاقدين، ويكون ذلك اذا كانت نصوص العقد واضحة وصريحة لا تحتاج الى تفسير، وبالرغم من ذلك قام القاضي بتشويهها وتعديل مضمونها خلافاً لارادة المتعاقدين. انظر في قرارات محكمة النقض الفرنسية حول موضوع تفسير العقود، موجودة على موقع انترنت www.nufooz.com تاريخ الدخول 2011/12/25 ساعة الدخول 10 مساءً.ولتحديد المقصود بمسخ القانون، فاننا نشير في هذا الصدد الى موقف محكمة النقض الفرنسية من الرقابة على تفسير القانون الاجنبي المعين بموجب قاعدة الاسناد، فقد منح الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض حق الرقابة على تطبيق قواعد الاسناد الفرنسية وعلى تسبيب قضاة الموضوع لاحكامهم وبخاصة عند رفضهم تطبيق القانون الاجنبي. الا انه استبعد رقابتها على تفسير القانون الاجنبي المعين، الا اذا ادى هذا التفسير الى مسخ القانون الاجنبي الواجب تطبيقه، من قبل قاضي الموضوع، بتجاهله المعنى

3. لا يتقيد اختيار المتعاقدين لقانون العقد، باقتضاء توافر صلة بين هذا القانون وبين العقد، حيث ان اشتراط مثل هذه الصلة من شأنه ان يجعل هذا الاختيار خاضعاً لنظام قانوني وضعي قد لا يقر صحة هذا الاختيار نفسه الا في الحدود التي يرسمها او ينص عليها، وهو الامر الذي يتعارض في النهاية مع مبدأ سلطان الارادة، او بمعنى آخر مع فكرة حرية الاختيار نفسها[1].

4. امكانية قيام المتعاقدين بتجزئة العقد، واختيار اكثر من قانون واحد لتنظيم الجوانب الموضوعية في الرابطة العقدية[2]، مستخلصين من كل منها النصوص التي تحقق مصالحهم وتتلائم وظروف التعاقد، مما يمكنهم هذا الخليط القانوني من التهرب من الاحكام الآمرة في القوانين المختارة[3].

5. رفض فكرة الاحالة، فاذا كان سلطان الارادة هو اساس اختيار المتعاقدين لقانون العقد وفقاً للنظرية الشخصية، فيبدو من الطبيعي ان يرفض انصار هذه النظرية فكرة الاحالة من قانون الارادة الى أي قانون آخر، والتي تقوم على اساس ان القانون المختار لا يريد الانطباق ويرفض على هذا النحو الاختصاص المعروض عليه. فاختيار المتعاقدين لاحكام قانون معين لتصبح جزءاً من شروطهم التعاقدية يتنافى في ذاته مع فكرة الاحالة التي تفترض آليتها ان اختصاص قانون الارادة قد تم اساساً بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين، وليس استناداً الى مطلق مبدأ سلطان الارادة[4].

6. يرفض انصار النظرية الشخصية ما قد تؤدي اليه احكام القانون المختار من ابطال للعقد، حيث انه باندماج هذا القانون في العقد يتجرد من عنصره الآمر الذي يؤدي الى بطلان العقد

الواضح والمحدد لنصوص هذا القانون. انظر ديب، فؤاد. مرجع سابق، ص125. ويمكن تحديد شروط المسخ بالحالات التالية : 1. ان يكون النص مكتوباً، فاذا كانت القاعدة قضائية او عرفية، فلا مجال للطعن على اساس من المسخ. 2. ان يكون النص في القانون الاجنبي المعين واضحاً جداً. 3. ان يكون القاضي الوطني جاهلاً للتفسير السائد في الدولة الواجب تطبيق قانونها. انظر دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص214.

[1] ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص84-85.

[2] كما ان انصار النظرية الموضوعية قد خولوا المتعاقدين ايضاً الحق في تجزئة العقد واخضاعه لاكثر من قانون وذلك اذا كان العقد ذاته قابل للتجزئة. بل ان انصار النظرية الموضوعية قد اكدوا على حق القاضي في تجزئة العقد اذا كان ذلك لازماً لاحترام سلطان القانون واحكامه الآمرة، وهو ما يحدث عند اضطرار القاضي الى اخراج بعض المسائل العقدية من نطاق قانون العقد واستبدال هذه الاخيرة بالاحكام التي تقررها قواعد البوليس او القواعد ذات التطبيق الضروري التي يتضمنها قانون آخر يرتبط بالعلاقة العقدية برابطة وثيقة، وتدخل المسائل المقتطعة في نطاق تطبيقه المكاني وفقاً للمنهج الاحادي في تنازع القوانين.

[3] ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص 85-86.

[4] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 110.

ويصير شرطاً من شروطه التعاقدية التي لا يتصور عقلاً ان تؤدي الى بطلان العقد وبالتالي نقض الهدف الذي يسعى اليه المتعاقدون[1].

كما ان هناك جانباً من انصار النظرية الموضوعية، قد رفض فكرة ابطال العقد نزولاً على حكم قانون الارادة، لا على اساس اندماج هذا القانون في العقد بوصفه جزءاً من الشروط التعاقدية، ولكن حماية للتوقعات المشروعة للأفراد، وهي حماية تستهدفها احكام القانون الدولي الخاص المعاصر[2].

7. التجميد الزمني لقانون العقد او ما يسمى بالثبات التشريعي : حيث يترتب على اندماج قانون الارادة في العقد وتحوله الى مجرد شروط تعاقدية، اثراً هاماً، يتمثل في امكانية قيام المتعاقدين باشتراط تجميد قانون العقد في الزمان، بحيث لا يسري على العقد الا القانون، بحالته التي كان عليها وقت ابرام العقد او وقت اختيار هذا القانون، فيما لو كان اختيارهم لاحقاً على التعاقد، مع استبعاد كافة التعديلات التي يمكن ان تطرأ عليه في المستقبل[3].

ويهدف المتعاقدون من وراء التجميد الزمني لقانون الارادة، الى تحقيق الاستقرار للرابطة العقدية وحفظ توقعاتهم، حيث ان اختيارهم لقانون العقد قد انصرف الى اختيار هذا القانون طبقاً لمضمونه الذي كان موجوداً عليه عند ابرام العقد، وليس طبقاً لمضمونه الجديد الذي طرأ نتيجة التعديلات اللاحقة والتي يؤدي سريانها الى تطبيق قانون آخر بخلاف القانون المختار[4].

ولا يخفى ما يؤدي اليه اتفاق المتعاقدين على تجميد قانون العقد من حيث الزمان الى جعل العقد غير خاضع لاي قانون يحكمه، لانه نتيجة لتطبيق النصوص السارية وقت ابرام العقد بالرغم من وجود نصوص جديدة الغت السابقة، ما يجعل العقد طليقاً غير خاضع لاي قانون وضعي، حيث اننا نطبق في هذه الحالة نصوصاً ميتة في نظر مشرعها[5].

وقد اخذت محكمة النقض الفرنسية في حكم قديم لها صدر بتاريخ 1910/5/15 بهذا النظر، حيث رفضت ادعاء المدين بسقوط الفوائد المستحقة عليه طبقاً للتعديل التشريعي اللاحق، على

---

[1] ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص 87.

[2] لمزيد من التفصيل راجع صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 308 وما بعدها.

[3] سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 91.

[4] ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص 91.

[5] المرجع السابق. ص 91.

اساس ان العقد المبرم بين الطرفين لا يخضع الا لقانون المكان والزمان الذي ابرم فيهما[1]. كما وجد هذا الامر صدىً واسعاً لدى قضاء التحكيم الدولي، بالنظر لمحاولته تحرير عقود التجارة الدولية من ربقة وسلطان القوانين الوطنية واقصاء مشكلة تنازع القوانين نهائياً[2].

ومن ناحية اخرى، فان مثل هذا الشرط للثبات التشريعي يعد بمثابة شرط تعاقدي او اتفاقي، وهو نتيجة طبيعية لفكرة اندماج القانون المختار في العقد ونزول احكامه منزلة الشروط التعاقدية، وهو يختلف عن شرط التجميد الزمني ذي الطابع التشريعي، والذي بمقتضاه تتعهد الدولة التي ستدخل طرفاً في عقد دولي مع شخص خاص اجنبي، في صلب قانونها، لهذا الاخير بموجب نص تشريعي صريح، الا تعدل او تلغي قانونها الواجب التطبيق على العقد خلال فترة سريانه، تحقيقاً للتوازن والامان في العلاقات العقدية. فمثل هذا الشرط الاخير ليس له علاقة بالاندماج ، ولا يؤدي بالتالي الى تحول احكام قانون الارادة الى مجرد شروط تعاقدية، وانما هو شرط توقيفي يؤدي فقط الى ايقاف سريان التعديلات التي تصدر بعد ابرام العقد على العلاقة التعاقدية، مع حفظه التام لقانون العقد بطبيعته القانونية او القاعدية، لانه اثر مترتب على ارادة الدولة، وليس هناك ما يمنع فنياً من تجميد الدولة لقانونها، فهي مشرعة وخالقة[3].

وسواء تعلق الامر بشروط تجميد او ثبات اتفاقية او تشريعية، فان مبدأ وجودها يبدو مشروعاً ومعترفاً به من قبل مجمع القانون الدولي، والذي قرر في دورة انعقاده في مدينة اثينا في اليونان عام 1979 بمناسبة مناقشة موضوع القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرم بين دولة واحد الاشخاص الخاصة الاجنبية من رعايا الدول الاخرى، في المادة (3) من القرار الذي اتخذه انه "يجوز للاطراف الاتفاق على ان احكاماً في القانون الداخلي التي يرجعون اليها في العقد، هي تلك المقصودة في مضمونها لحظة ابرام العقد"[4].

---

[1] مشار اليه لدى صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 117.

[2] انظر في قرارات التحكيم التي اعترفت بامكانية التجميد الزمني لقانون العقد : سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 102.

[3] راجع سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 108-109.

[4] مشار اليه لدى : المرجع السابق. ص 97.

8. ان فكرة الاندماج وكما يقول الاستاذ الفرنسي باتيفول : "تؤدي في النهاية الى ان يكون الاطراف احراراً في عدم اخضاع عقدهم لاي قانون"[1] ، أي يجعلون العقد الدولي طليقاً. ولا يخفى ان تلك النتيجة الاخيرة، من الخطورة، بحيث تثير الاحتجاج على كل نظام الاندماج.

المطلب الثاني : الاسباب العملية التي أدت الى ظهور فكرة العقد الدولي الطليق

يبدو ان فقه النظرية الشخصية يستند في تقريره لمبدأ تحرير العقد التجاري الدولي من سلطان القانون، الى عدد من العوامل او الاسباب التي يرى فيها داعماً لنظريته، والتي سنتناولها في ثلاثة فروع على النحو الآتي :

الفرع الأول : مبدأ الكفاية الذاتية للعقد التجاري الدولي

الفرع الثاني : ازمة (قصور) منهج قاعدة التنازع

الفرع الثالث : تزايد دور التحكيم في عقود التجارة الدولية

الفرع الأول : مبدأ الكفاية الذاتية للعقد التجاري الدولي

ان استقراء الواقع العملي لعقود التجارة الدولية، يبرهن على الاتجاه نحو تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية لهذه العقود، حيث يلجأ الاطراف الى تحرير عقدهم بتفصيل ودقة متناهية، تغني القاضي او المحكم عن الاستعانة بأي قانون، غير العقد ذاته. وتعتبر العقود النموذجية تكريساً لهذا الاتجاه.

ان القول بكفاية العقد في ذاته، يعني في الفن القانوني، سمو الارادة الفردية على القانون، وتقدمها في خلق القواعد التي تنظم انشطة الفرد الاجتماعية والاقتصادية، كما يعني الاعتراف بالقوة الملزمة لاتفاقات الافراد، استقلالاً عن القانون[2]. وهذا الامر يبدو غير مقبول، ذلك ان الارادة الحرة التي تعتبر الاصل في موضوع التصرفات، ليست الا نتيجة مبادئ حددها المشرع، ووضع لها ضوابطها. فهذا الرأي يتجاهل ان الارادة الفردية لا تنتج آثارها الا اذا اعترف بها القانون واضفى عليها قوتها الملزمة. وانه لا يوجد في اطار التصرف القانوني نظرية للقوانين الملزمة، واخرى للارادة الحرة. بل يوجد نظرية واحدة، تتمثل في تنظيم الارادة

[1] مشار اليه لدى : المرجع السابق. ص 155.

[2] سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص63.

في حدود القانون[1]. فالقواعد العامة التي تقرر مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"[2]، تتكلم عن الاتفاقات التي تبرم وفقاً للقانون، مما يعني وجود قانون يسمح بتكوين تلك الاتفاقات والعقود.

ومن ناحية اخرى، فان الواقع العملي يدل على ان العقد الذي يكفي ذاته بذاته، هو خيال وليس حقيقة، فالنقص والقصور في بنود العقد واحكامه امر قائم، لأن الاطراف مهما كانت خبرتهم وتوقعهم لاحداث المستقبل، لا يمكنهم الاحاطة بكل جوانب العملية التعاقدية. وليس هذا غريباً، فالنقص اذا كان يصم القانون ذاته، فما بالنا بالعقد[3].

ووجود ثغرات في العقد، امر ثابت ايضاً بخصوص العقود النموذجية، والتي تكون مفصلة الى درجة كبيرة، ويصل حجم بعضها الى حجم الكتب الحقيقية، فهي رغم ذلك قد تنطوي على فجوات خطيرة، تجعل الحاجة قائمة بشأنها الى قاعدة الاسناد[4]. ونعتقد ان سبب وجود هذه الثغرات في العقود النموذجية، رغم احتوائها على شروط تفصيلية للتعاقد، نابع من افتقارها الى الاصول القانونية (المبادئ العامة للقانون) التي تحكم جوهر العلاقة التعاقدية[5].

والواقع ان قاعدة الاسناد تلزم الاطراف بتعيين القانون واجب التطبيق على العقد، لانه في حالة المنازعة، تكون الحاجة الى القانون الذي تتأسس عليه الصفة القانونية للالتزامات التعاقدية. وهذا الالزام الذي تنطوي عليه قاعدة الاسناد، غير موجه فقط الى الاطراف المتعاقدة، بل كذلك الى القاضي، عند نشوء النزاع، بحيث اذا تخلف تحديد الاطراف، وجب عليه النهوض بذلك التحديد[6].

وتحليل الاحكام القضائية، يدلل من غير مواربة، على ان منازعات عقود التجارة الدولية تكون في الغالب بشأن مسائل لم يواجهها او لم يتنبه اليها الاطراف[7]. خذ مثلاً، عقد دولي

---

[1] عبد المجيد، منير : قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية. الاسكندرية : دار المطبوعات الجامعية. 1995. ص231-232.

[2] انظر المادة (147) من مشروع القانون المدني الفلسطيني. تقابلها المادة (147) من القانون المدني المصري، والمادة (202) من القانون المدني الاردني.

[3] سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص66.

[4] شفيق، محسن : نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية. القاهرة : مطبعة جامعة القاهرة. 1984. ص100. سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص69.

[5] الشرقاوي، محمود : مرجع سابق. ص17.

[6] سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص184-185. انظر كذلك المادة (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وتقابلها المادة (1/19) من القانون المدني المصري، والمادة (1/20) من القانون المدني الاردني.

[7] سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص67.

للتمثيل التجاري، لم ينظم الاطراف فيه مسألة معينة، كالتعويض عن فسخ العقد، او التعويض عن انهائه قبل مدته. كذلك ايضاً، عقد دولي لم يذكر شيئاً عن مسألة تقادم الالتزامات الناشئة عنه، او لم يواجه فيه الاطراف كيفية حل المشكلات الناجمة عن ظهور احد عيوب الرضا عند ابرام العقد.

ان استقراء الواقع القضائي للعقود الدولية، يبصر بأن القضاء لم يكن مذهبه يوماً، محاولة تخليص تلك العقود من حكم القانون، بل كان يدرك دائماً ان في رحاب القانون، تنمو علاقات الافراد عبر الحدود، لما يقدمه من تحديد دقيق لالتزامات الاطراف، وعلى نحو يحفظ التوقع اللازم لاستقرار روابط هؤلاء، ويحمي الطرف الضعيف اقتصادياً، في مواجهة الطرف الآخر. وفي حكمها الشهير الصادر في 21 يونيو 1950 رفضت محكمة النقض الفرنسية فكرة العقد الذي لا يخضع للقانون، واعلنت في صيغة واضحة ان "كل عقد دولي يستند بالضرورة الى قانون دولة"[1].

كما استبعدت محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، في اطار عقود الاستثمار والتنمية، فكرة العقد دون قانون، في النزاع بين شركتي نفط كاليفورنيا الاسيوية وشركة تكساكو وبين الحكومة الليبية، وطبقت المبادئ العامة في القانون[2].

وقبل الختام ننوه الى ان العقود النموذجية قد تغني القاضي او المحكم عن اللجوء الى اي من القوانين الوطنية، ولكن ليس بناءً على مبدأ الكفاية الذاتية للعقد، وانما على اساس ان العقد في هذه الحالة يعتبر خاضعاً لقانون التجار (lex mercatoria)، باعتبار ان العقود النموذجية تشكل مصدراً من مصادر هذا القانون الاخير[3].

الفرع الثاني : أزمة (قصور) منهج قاعدة التنازع

لقد استمر منهج التنازع المزدوج (السافيني)، لردح من الزمن، الوسيلة الفنية المثالية لحل مشاكل التنازع، متربعاً بذلك على عرش تنظيم العلاقات الخاصة الدولية حتى وقتنا الحاضر. الا ان السنوات الاخيرة التي شهدت تطورات عديدة اصابت مختلف جوانب الحياة الدولية لا سيما الاقتصادية منها، فضلاً عن انتعاش حركة الانتاج الدولي والتجارة الخارجية، اضافة الى بروز عقود دولية جديدة اشد تعقيداً وتركيباً، مع ما قد تستدعيه تلك العقود من ضرورة وجود

[1] مشار اليه لدى : المرجع السابق. ص455.

[2] القضية رقم 2 لسنة 1977، مشار اليها لدى عبد المجيد، منير : قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية. مرجع سابق. ص232.

[3] انظر الفرع الثاني من المطلب الثالث من المبحث الثاني من هذا الفصل، تحت عنوان "مصادر قانون التجار".

قواعد قانونية متطورة قادرة على تلبية احتياجاتها ولا تعوق انطلاقها...، شهدت كذلك ثورة على خصائص المنهج السابق ذكره، اذ تعددت الدراسات الفقهية التي تهاجم آلية وشكلية اللجوء الى قواعد الاسناد، مما ادى الى ظهور مناهج فنية اضحت تنافس بدرجة خطيرة المنهج التقليدي، لدرجة اننا بتنا نجد في مجال القانون الدولي الخاص من يعتبر منهج التنازع المزدوج، احدى وسائل حل نزاعات الحياة الدولية الخاصة[1].

وقد تركزت الانتقادات التي وجهت الى منهج قواعد الاسناد، بصفة خاصة، على صفة الحياد التي تتميز بها هذه القواعد، وكذلك على صعوبة اعمالها. فقد أُعيب على قاعدة الاسناد انها قاعدة محايدة في علاقتها بكافة القوانين التي تتزاحم على حكم العلاقة محل النزاع المطروح. فهي تختار احد تلك القوانين، الذي تقدر انه اكثر ملائمة ومناسبة، دون نظر الى المضمون الموضوعي لاحكامه. ويتم تقدير تلك الملائمة بالنظر الى عناصر خارجية فقط، قوامها وزن اوجه الصلة بين العلاقة والقوانين المتنازعة، بحيث يكون الاختصاص للقانون الذي توجد معه اكثر الروابط وثوقاً وجدية، وفقاً للسياسة التشريعية لدولة القاضي[2]. وهو ما جعل البعض[3] يصف منهج قواعد الاسناد، بانه منهج اعمى.

الا اننا نشير في هذا الصدد الى موقف جانب من الفقه[4]، يعتبر – وهو محق في ذلك – ان قاعدة الاسناد التي تخضع العقد لقانون الارادة، لا تتصف بالحياد على النحو السابق بيانه،لذلك فانه يصفها بانها "قاعدة اسناد ذات غاية مادية"[5]، ذلك ان اختيار المتعاقدين لقانون دولة معينة

---

[1] المغربي، محمود : في اشكالية تقنين القانون الدولي الخاص. طرابلس : المؤسسة الحديثة للكتاب. 2007. ص49-50.

[2] سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص189-190.

[3] المرجع السابق. ص193.

[4] رأي الاستاذ Pommier مشار اليه لدى صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص135، هامش (31).

[5] ان التطور المعاصر للقانون الدولي الخاص قد كشف عن نماذج متعددة لقواعد اسناد تخطت الطابع المحايد وفقاً للمعنى السابق، اصطلح على تسميتها ب "قواعد الاسناد ذات الغاية المادية" ، وذلك لانها تهدف الى تحقيق عدالة مادية او موضوعية كما يتصورها المشرع الوطني، وذلك على خلاف الاصل في قواعد الاسناد التقليدية. ومن الامثلة على قواعد الاسناد ذات الغاية المادية – اضافة الى قاعدة الاسناد التي تخضع العقد لقانون الارادة – قواعد لاسناد التي تتحدد فيها ضوابط الاسناد على نحو يربط العلاقة باكثر من قانون، بحيث يطبق القاضي اكثر هذه القوانين تحقيقاً لحكمة الاسناد، اي اكثرها ادراكاً للاهداف الاجتماعية والاقتصادية التي تسعى اليها قاعدة الاسناد. ومن ذلك على سبيل المثال المادة (28) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، التي تخضع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد ابرامها، او القانون الذي يسري على احكامها الموضوعية، او قانون موطن المتعاقدين المشترك، او قانون جنسيتهما المشتركة. بحيث يكفي لصحة= =التصرف من حيث الشكل ان يكون صحيحاً وفقاً لاحد هذه القوانين ولو كان باطلاً وفقاً للقوانين الاخرى، وذلك تحقيقاً

لا يتم عادة الا بعد معرفتهم المسبقة لمضمون القانون المختار وكون احكامه المادية تتلائم ومصالحهم المشتركة. لذلك فان الانتقاد الموجه الى صفة الحياد في قاعدة الاسناد، لا ينطبق على قاعدة الاسناد التي تخضع العقد لقانون الارادة، انما يُعاب على هذه القاعدة ما يُعاب على بقية قواعد الاسناد، من انها تشير عادةً الى قانون وضع أصلاً ليحكم العلاقات الداخلية، وبالتالي قد لا يتناسب مع معطيات العلاقات ذات الطابع الدولي[1]، وفي ذلك عدم مراعاة فاضحة لمقتضيات التجارة الدولية. ويشار في هذا الصدد، الى ان دولية الروابط والعلاقات القانونية تستتبع بالضرورة تدويلاً للقواعد القانونية التي تحكمها، وبغياب هكذا تدويل، سيبقى منهج قواعد الاسناد، منهجاً غريباً وفريداً[2].

ومن ناحية اخرى، يعاب على منهج قواعد الاسناد، آليته المعقدة. فبغية تحديد القانون الواجب التطبيق لحل النزاع، على القاضي ان يتبع سلسلة من العمليات الفنية المعقدة : من تفسير لضابط الاسناد، الى تكييف للمسألة موضوع النزاع، الى ربط المسألة النزاعية باحدى الافكار المسندة التي ادرج بشأنها المشرع قاعدة اسناد، الى تحديد القاعدة المقصودة في القانون الاجنبي المعين (هل هي قاعدة اسناد ام قاعدة مادية؟)، الى سواها من تعقيدات. وما يزيد الطين بلة، هو قيام قضاة غير متخصصين بحل مشاكل القانون الدولي الخاص[3].

وبالرغم من هذه الانتقادات الواردة على منهج قاعدة الاسناد، الا ان جعلها مبرراً لتحرير عقود التجارة الدولية من سلطان القانون، هو امر غير مقبول. فهذا الحل ليس هو الدواء الشافي للقصور الذي شاب قاعدة التنازع. بل على العكس من ذلك، فقد اظهر الواقع بزوغ فرع جديد من القانون، يسعى الى الانتشار في الاسرة الدولية، اتفق اصطلاحاً على تسميته ب "القانون الخاص الدولي"[4]، والمثال الوحيد في الوقت الحاضر لهذا الفرع من فروع القانون، هو قانون التجار (lex mercatoria) والذي يتضمن قواعد موضوعية تضع حلولاً مباشرة للنزاعات

لحكمة هذه القاعدة وهي التيسير على المتعاقدين في اطار الحياة الدولية الخاصة. انظر صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص610 وما بعدها.

[1] سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص192. ان سبب هذا الانتقاد نابع من اتجاه الفقه التقليدي نحو عدم تصور التنازع الا بين قوانين منتمية الى دول معينة، الا ان هناك اتجاهاً حديثاً في الفقه، يشير الى امكانية اختيار المتعاقدين لقانون التجار – بناء على قاعدة الاسناد التي تخضع العقد لقانون الارادة – وهو قانون خرج عن مجتمع التجارة الدولية، وليس له علاقة باية دولة معينة. وهذا ما سنتناوله في المبحث الثاني من الفصل الثاني تحت عنوان "امكانية تطبيق قانون التجار امام القضاء الوطني".

[2] المغربي، محمود : مرجع سابق. ص49.

[3] المغربي، محمود : مرجع سابق. ص48.

[4] انظر دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص21. المغربي، محمود : مرجع سابق. ص66.

التي تثور بخصوص معاملات التجارة الدولية، ويتميز هذا القانون بطبيعته الدولية ما يجعله اكثر استجابة لأهداف ومتطلبات الروابط الخاصة بالتجارة الدولية. ويميل قضاء التحكيم الدولي الى اخضاع عقود التجارة الدولية لقانون التجار، بل لقد اصبح هذا القانون يحظى بفرصة كبيرة للتطبيق امام القضاء الوطني[1].

الفرع الثالث : تزايد دور التحكيم في عقود التجارة الدولية

كان من شأن زيادة المبادلات الاقتصادية، وعمليات التجارة عبر الحدود، وعدم ملائمة التنظيمات القضائية الوطنية، والقوانين الوضعية، لتسوية ما ينشأعنها من منازعات، ان اتجه الفكر القانوني الى البحث عن اداة فنية متخصصة، تقوم على الفصل في تلك المنازعات بعيداً عن قضاء الدولة وقانونها، فكان التحكيم التجاري الدولي، كبديل ملائم لقضاء الدولة[2]. وقد تبين ان اكثر من 90% من عقود التجارة الدولية يتفق فيها الاطراف على فض اي نزاع يثور بينهم حول العقد من خلال التحكيم[3].

ومن اهم المزايا التي يحققها نظام التحكيم، داخلياً كان ام دولياً، انه يقوم على تبسيط اجراءات الفصل في النزاع الذي يُعرض عليه، والتحرر من الشكليات. ذلك ان للاطراف في اطار التحكيم، مكنة تفادي اختلاف الاجراءات والقواعد الوطنية التي تختلف من دولة الى اخرى، وتؤدي الى اهدار حقوق الاطراف وتوقعاتهم، ويعتبر ذلك عاملاً اساسياً لسرعة الفصل في النزاع. وتحرص لوائح التحكيم في الوقت نفسه على النص على مدة قصيرة يجب ان يتم الفصل في النزاع خلالها[4]، وهو ما لا يتحقق في الاجراءات المعتادة امام المحاكم.

كما يكفل التحكيم الاقتصاد في النفقات، وتوافر الخبرة الفنية في المنازعات محل التحكيم. اذ يتيح للخصوم انتقاء المحكمين ممن لديهم الخبرة الكافية والتكوين المهني، بدلاً من عرضه على

---

[1] انظر المبحث الثاني من الفصل الثاني، وكذلك المبحث الثاني من الفصل الثالث.

[2] سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص206.

[3] Sweet, Alec Stone. ((The new lex mercatoria and transnational governance)). Journal of European public policy, vol.13, no.5, 2006, p.635.

[4] فعلى سبيل المثال تنص المادة (1/30) من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية لعام 2012 على انه : "تصدر هيئة التحكيم حكمها النهائي خلال ستة اشهر. ويبدأ سريان هذا الاجل من تاريخ آخر توقيع لهيئة التحكيم او للاطراف على وثيقة المهمة، ...".

القضاء الذي قد يلجأ الى الاستعانة باهل الخبرة في مسائل التجارة الفنية، وبذلك يتفادى طول الاجراءات، ويؤدي الى اختصار السبل لحل النزاع[1].

وكذلك فان توفير السرية في جلسات التحكيم التي تكون عادةً قاصرة على الاطراف، له اهمية في هذه المنازعات. اذ لا يفضل التجار كشف اسرارهم التجارية في ساحات المحاكم. ولهذا المبدأ اهمية بالنسبة للشركات العالمية التي تعتمد في معاملاتها التجارية على الثقة التي ترتبط بسمعتها، وهو ما لا يتحقق امام القضاء الذي يعتمد على العلانية كضمان للعدالة[2].

وبالاضافة الى ذلك، فان عدم خضوع التحكيم لاية دولة او جهة رسمية لها مصلحة معينة، يحمي الاطراف مما قد يصدر عن المحاكم الوطنية من تحيز ضد الاجانب[3].

واخيراً، فان استناد التحكيم الى ارادة الطرفين، اللذين يختاران الاشخاص الذين يتولون مهمة التحكيم، بالاضافة الى حريتهم في اختيار مكان التحكيم، والقواعد الواجبة التطبيق على سير اجراءات التحكيم، وعلى موضوع النزاع، كل هذه الامور تجعل اطراف النزاع على ثقة من ان نزاعهما سوف تتم تسويته بشكل عادل وقانوني. الامر الذي يجعل تنفيذ القرار التحكيمي يتم في الغالب بشكل طوعي وليس قسراً، وهذا ما يجعل العلاقة بين الطرفين مستمرة، والتعامل التجاري مستمراً بينهما دون ضغينة او قطيعة[4].

وبناءً على المزايا المتقدمة، اصبح التحكيم اهم وسيلة يرغب المتعاملون في التجارة الدولية باللجوء اليها لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملاتهم، فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية، من شرط يُصار بموجبه الى اتباع التحكيم عند حدوث نزاع او خلاف يتعلق بتفسير او تنفيذ العقد المذكور.

وقد وجدت فكرة العقد الدولي الطليق، ارضاً خصبة في مجال التحكيم التجاري الدولي، وكان ذلك استناداً الى الواقع الذي يعيشه التحكيم والذي يشجع على القول، بان المحكم ليس له نظام اسناد معين او قانون لتحديد الاختصاص التشريعي، يستمد منه قواعد تنازع القوانين[5].

---

[1] سامي، فوزي : التحكيم التجاري الدولي. عمان : دار الثقافة. 2008. ص16.

[2] عبد المجيد، منير : قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية. مرجع سابق. ص6.

[3] Marrella, Fabrizio and Yoo, Christopher S. ((Is open source software the new lex mercatoria?)) Virginia journal of international law. Vol. 47, no. 4, 2007, p.817.

[4] سامي، فوزي : مرجع سابق. ص6.

[5] انظر سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص226-2230. الا ان هناك جانباً من الفقه اعترض على القول بافتقاد التحكيم لنظام الاسناد، مبرراً ذلك، بان التحكيم كأي نظام من

فاعتبار ان التحكيم ليس من خلق الدولة ولا يسهر على العمل على احترام القواعد الآمرة في نظام قانوني معين[1]، يؤدي الى ترك مجال واسع وحرية كبيرة في اختيار النظام القانوني الملائم لحكم المنازعة المطروحة، غير مقيد بهذا او ذاك من انظمة القانون الدولي الخاص او قواعد الاسناد فيها[2].

وقد اتخذ هذا الامر تكئة لتدويل العقد التجاري الدولي واخراجه من نطاق سلطان القوانين الوطنية، كي يخضع فقط لقواعد من خلق قضاء التحكيم ذاته، او الاوساط المهنية للتجارة الدولية[3]. وساعد على هذا الامر ايضاً، احساس المحكمين بأن اساس سلطتهم القضائية، هو ارادة الاطراف. فذلك يدفعهم بالضرورة الى الاذعان لرغبة هؤلاء في تجنب القوانين الداخلية التي ترتبط بالعقد، وتفضيل الخضوع لما الفوه من عادات واعراف مستقرة في اطار المهنة او التجارة التي ثار بشأنها النزاع[4].

على ان تحرير العقد التجاري الدولي من احكام القوانين الداخلية امام قضاء التحكيم الحديث، لم يعد يستند في رأي جانب من الفقه المعاصر الى مطلق سلطان الارادة، وانما على حقها في هذا الصدد المستمد من قاعدة قانونية تخول للارادة القدرة على وضع الشروط العقدية التي يلتزمون باحكامها. وهكذا اضحت قاعدة ان "العقد شريعة المتعاقدين" جزءاً من قانون

نظم القانون الداخلي، لا يوجد ولا تكون له الصفة القانونية، ان لم يكن له اساس قانوني يرتكن عليه. فاذا كان القانون الدولي الخاص هو من نظم القانون الوطني، فكذلك التحكيم، الذي لا بد ان يكون تحكيماً وطنياً، اي يخضع لنظام خاص في قانون وطني معين. وهناك اتجاهات عدة في تحديد القانون الوطني الذي يخضع له التحكيم، تدور حول : قانون دولة مكان التحكيم، او القانون الذي تم اختياره ليطبق على النزاع، او قانون بلد المحكم، او قانون البلد الذي سينفذ فيه حكم التحكيم..... انظر سامي، فوزي : مرجع سابق. ص183 وما بعدها.

[1] رأي الاستاذ Fouchard ، مشار اليه لدى سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص228.

[2] وقد ايدت الاعمال التشريعية في ميدان التحكيم الدولي، انعدام وجود نظام جامد للاسناد من اجل الارتباط بقانون وطني معين يطبق على العقود التجارية الدولية. فالاتفاقية الاروبية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي والمبرمة في جنيف بتاريخ 1961/4/21، نصت في المادة السابعة منها على انه : "عند انعدام اشارة الاطراف الى القانون الواجب التطبيق، يطبق المحكمون القانون الذي تحدده قاعدة تنازع القوانين التي يرون انها مناسبة في هذا الصدد". وتقابلها المادة (2/28) من قانون التحكيم النموذجي لعام 1985. كما نصت المادة (1/21) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام 2012 على انه : "يكون للاطراف حرية اختيار القواعد القانونية التي يجب على هيئة التحكيم تطبيقها على موضوع النزاع، وفي غياب مثل هذا الاتفاق تطبق هيئة التحكيم القواعد القانونية التي تعتبرها ملائمة". كما نصت المادة (2/39) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 على انه : "اذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه الاكثر اتصالاً بالنزاع". وتقابلها المادة (36/ب) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001.

[3] سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص230.

[4] سامي، فوزي : مرجع سابق. ص179-180.

التجار، كما يطبقه قضاء التحكيم المعاصر، اسوة بما عليه الحال في القانون الداخلي، حيث يستمد المتعاقدون قدرتهم على التنظيم الذاتي للعقد من سلطان القانون الذي منحهم هذه القدرة بمقتضى نصوصه[1].

وبناءً على هذه القاعدة، يستطيع الاطراف اختيار قانون دولة معينة، اختياراً مادياً تندمج بمقتضاه احكام هذا القانون في العقد وتصبح جزءاً منه، وهو ما يُفقد القانون المختار سلطانه الآمر، ويخول للمتعاقدين على هذا النحو، حق الخروج عن احكامه الآمرة. وليس في ذلك ما يعني بالضرورة ان قضاء التحكيم التجاري الدولي قد اقر فكرة العقد المتحرر من سلطان القانون على نحو ما اراد انصار النظرية الشخصية التقليدية. فالعقد امام التحكيم التجاري الدولي، وان تصور افلاته من احكام القوانين الداخلية على النحو السابق، الا انه يُستلزم في هذه الحالة ان يكون ثمة قانون آخر تستمد منه الرابطة قوتها الملزمة[2]. وليس هناك ما يحول دون ان يكون هذا القانون الآخر، قانوناً لا ينتمي لدولة محددة، مثل قانون التجار الذي استقرت احكامه بمرور الوقت في الاسواق العابرة للحدود[3]. والذي يتضمن كما رأينا، قاعدة مادية تخول للمتعاقدين، حق الاختيار المادي لقانون العقد، بالاضافة للقواعد الموضوعية الاخرى – ذات الاصل العرفي – والتي تملك القدرة على التنظيم المباشر للرابطة العقدية.

بل ان هناك احكاماً للمحكمين، قد اعتنقت صراحةً النظرية الموضوعية في اسناد عقود التجارة الدولية – والتي سنعرض لها في الفصل الثاني من هذه الدراسة – فاخضعت الرابطة العقدية المطروحة، لاحكام القانون الذي اختارته ارادة المتعاقدين، والذي ينطبق على هذا النحو بوصفه كذلك، دون ان تندمج احكامه في العقد وتصبح جزءاً مكملاً للشروط العقدية، وهو ما يتفق مع ما انتهت اليه بعض الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية[4].

وبالاضافة الى ما تقدم، فان المحكمين حريصون دائما – لاسباب عملية – على التطبيق المباشر لبعض قواعد القانون الداخلي الآمرة في الدول المرتبطة بالعقد، والتي درج الفقه على تسميتها بقواعد البوليس او القواعد ذات التطبيق الضروري، والتي تريد الانطباق على الرابطة

---

[1] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص130.

[2] المرجع السابق. ص138.

[3] المرجع السابق. ص139.

[4] المادة (7) من الاتفاقية الاوروبية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف عام 1961، والمادة (42) من اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الاخرى لعام 1965، والمادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، والمادة (39) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، والمادة (36) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001.

العقدية محل النزاع، اعمالاً للمنهج الاحادي في القانون الدولي الخاص، وكفالة للفاعلية المتطلبة لاحكام المحكمين.

المبحث الثاني

النظرية الموضوعية وخضوع العقد التجاري الدولي لحكم القانون

اذا كان الاصل هو خضوع الرابطة العقدية الدولية – اسوة بغيرها من الروابط الخاصة الدولية – لحكم القانون من خلال قواعد الاسناد مزدوجة الجانب، وفقاً لمنهج التنازع التقليدي الذي يعود لفقه سافيني في القرن التاسع عشر، والقائم على تحليل العلاقات الخاصة الدولية بحثاً عن القانون الواجب التطبيق في شأنها، سواء كان هذا القانون هو قانون القاضي او قانوناً اجنبياً، فان هذا لا يعني افول نجم المنهج الاحادي او المفرد الجانب الذي كان متبعاً لدى شراح مدرسة الاحوال القديمة في القرن الثالث عشر، والذي يقوم على اساس تحليل القوانين المتزاحمة لحكم العلاقات القانونية، بعد الكشف عن مضمون هذه القوانين وتحديد نطاق تطبيقها.

اذ يلاحظ من جهة ان هذا المنهج الأخير ما زال متبعاً على نطاق واسع امام القضاء الامريكي[1]. ومن جهة اخرى، وحتى في اطار النظم الاوروبية، فما زال للمنهج الاحادي وجوده الذي تزايد في الربع الاخير من القرن العشرين تحت تأثير الثورة الامريكية على المنهج التقليدي، وان بقي حتى الان استثناءً على الاصل العام في هذه النظم التي ظلت مخلصة للمنهج السافيني لتنازع القوانين[2].

ولعل اوجه النقد التي وجهت الى منهج التنازع السافيني، والذي يقوم على اعتماد قاعدة الاسناد مزوجة الجانب باعتبارها وسيلة حل التنازع، هي التي دعت الى وجوب افساح المجال لاعتناق المنهج المباشر او الاحادي في القانون الدولي الخاص المعاصر ليقوم الى جانب منهج التنازع السافيني ويتلافى اوجه النقد الموجهة اليه. وعلى هذا النحو، وفي سبيل تلافي عجز منهج التنازع السافيني عن الاستجابة لمتطلبات التجارة الدولية، باعتباره يؤدي في النهاية الى

[1] يقوم المنهج الامريكي في حل مشكلة تنازع القوانين بصفة خاصة على اساس البحث عن حلول تنازع القوانين في كل حالة على حدة دون التقيد بقواعد محددة بصفة مسبقة، والذي يستند اساساً على تحليل القواعد المادية المرتبطة بالعلاقة المطروحة بحثاً عن ارادتها في الانطباق على ضوء مضمون هذه القواعد واهدافها التشريعية، وهو ما يؤدي الى تجزئة النزاع على نحو يختلف فيه القانون المطبق في شأن كل مسألة من المسائل المطروحة. واذا كان هذا المنهج يؤدي الى تحقيق العدالة المادية في كل حالة على حدة، الا ان المغالاة فيه تؤدي الى اهدار الحماية المتطلبة لتوقعات الافراد، وهي الحماية التي يصعب ادراكها بدون الالتزام بالتحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق من خلال قواعد الاسناد مزدوجة الجانب. وهو ما دفع الفقه الامريكي منذ صدور المدونة الثانية للقانون الدولي الخاص عام 1971 الى الاعتداد مرة اخرى بالامان القانوني وحماية توقعات الافراد بوصفه هدفاً رئيسياً من اهداف القانون الدولي الخاص، مما دعاه الى الاهتمام بوضع بعض قواعد الاسناد التفصيلية والمحددة بصفة مسبقة ليسترشد بها القاضي عند التصدي لحلول التنازع. لمزيد من التفصيل انظر : عشوش، احمد : تنازع مناهج تنازع القوانين. الاسكندرية : مؤسسة شباب الجامعة. 1989. ص87 وما بعدها.

[2] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص518-519.

تطبيق قانون داخلي لدولة معينة، سلم البعض بضرورة اعتناق المنهج المباشر بما يسمح باخضاع العقود الدولية لبعض القواعد التي وضعت خصيصاً لتنظيم هذه العقود، مثل القواعد الوطنية التي قد يضعها المشرع او يستقر عليها القضاء الداخلي لتنظيم عقود التجارة الدولية تنظيماً مباشراً كما سنرى فيما بعد.

ومن جهة اخرى، وفي سبيل تلافي مغالاة منهج التنازع التقليدي في الاستجابة للاعتبارات الدولية حينما سوى بين القانون الاجنبي والقانون الوطني عند الاسناد، اعترف الفقه الحديث بوجود بعض القواعد القانونية الداخلية التي تتعلق بالبوليس والامن المدني، وهو ما يقتضي تطبيقها تطبيقاً مباشراً على العقود الدولية، اسوةً بالعقود الداخلية، وذلك بصرف النظر عن أي حكم مخالف قد يتضمنه القانون المختص بحكم العلاقة العقدية بمقتضى قواعد الاسناد. وهذا هو التطبيق المباشر لما يسمى بالقواعد ذات التطبيق الضروري او قواعد البوليس والامن المدني.

وهكذا تعايش المنهج المباشر مع منهج قواعد الاسناد الى حد ان رفض البعض[1] الحديث عن تنازع المناهج في القانون الدولي الخاص المعاصر، مؤكداً ان الامر في حقيقته لا يعدو ان يكون تكاملاً بين المناهج في اطار هذا الفرع من فروع القانون.

واذا كان خضوع العقد التجاري الدولي لحكم القانون يتم من خلال مناهج تنازع القوانين، سواء كان ذلك من خلال منهج قواعد الاسناد، او من خلال المنهج المباشر، فانه قد اصبح من المتصور الآن خضوع العقد التجاري الدولي لحكم فرع مستقل من فروع القانون، يسمى بالقانون الخاص الدولي. والمثال الوحيد – في الوقت الحاضر – لهذا الفرع من فروع القانون، هو قانون التجار (lex mercatoria) والذي يتضمن قواعد موضوعية تضع حلولاً مباشرة للنزاعات التي تثور بخصوص معاملات التجارة الدولية.

وبناءً على ما تقدم، فقد تم تقسيم هذا المبحث الى المطالب التالية :

المطلب الاول : خضوع العقد التجاري الدولي لحكم القانون وفقاً لمنهج قواعد الاسناد

المطلب الثاني : خضوع العقد التجاري الدولي لحكم القانون وفقاً للمنهج المباشر

المطلب الثالث : خضوع العقد التجاري الدولي لقانون التجار (lex mercatoria)

[1] سلامة، احمد عبد الكريم : القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص. القاهرة : دار النهضة العربية. 1985. ص89.

المطلب الأول : خضوع العقد التجاري الدولي لحكم القانون وفقاً لمنهج قواعد الاسناد

أشرنا سابقاً، الى ان الفقه القديم في القانون الدولي الخاص، وبالتحديد منذ نظرية الأحوال الايطالية، لم يكن يسند العقود الدولية لقانون الارادة، وانما كان يخضع هذه العقود لقانون محدد سلفاً، هو قانون بلد الابرام او بلد التنفيذ، وهو في الحالين اسناداً آمراً لا تملك الارادة تغييره. وقد حاول بعض الشراح اللاحقين، مثل ديمولان وفوليكس وسافيني وغيرهم، ان يبرروا تطبيق هذا القانون او ذاك على اساس ان ارادة المتعاقدين الضمنية قد ارتضته. ومع ذلك، فان هذا الفقه لم يرتب على افكاره هذه تنائجها المنطقية، وهي قدرة المتعاقدين على الاختيار الصريح لقانون آخر يحكم عقدهم. واستمر الوضع على هذه الحال، حتى نهاية القرن التاسع عشر، حينما قرر الفقيه البلجيكي الشهير لوران ومن بعده الفقيه السويسري بروشيه، أن مبدأ سلطان الارادة هو الحل في ذاته وليس مجرد تبرير لحل مسبق لتنازع القوانين. وقررا ان ارادة الاطراف في هذا المجال هي كل شيء، فهذه الارادة هي التي تضع شروط العقد وهي ايضاً التي تختار القانون الذي يحكمه.

ويعد مبدأ اسناد عقود التجارة الدولية لقانون الارادة، احد المبادئ التي تقوم عليها قواعد التنازع المزدوجة في قانون القاضي، والى جانبه توجد مبادئ اخرى منافسة تقوم عليها قواعد التنازع، مثل مبدأ اسناد العلاقة الى القانون الاوثق صلة بها، وتعد فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية والتي يتم اعمالها عند تخلف الارادة عن اختيار قانون العقد، تطبيقاً نموذجياً لهذا المبدأ. ومن المبادئ المنافسة ايضاً، مبدأ السيادة الذي تقوم عليه قواعد الاسناد الخاصة بروابط الأحوال الشخصية[1].

واذا كان الرأي السائد في فقه القانون الدولي الخاص المعاصر، هو اسناد عقود التجارة الدولية لقانون الارادة، الا ان هذا الاسناد قد يتعذر فيما لو تخلفت الارادة عن اختيار قانون العقد. وفي هذا الفرض يتم اسناد العقد الى القانون الأوثق صلةً به بناءً على عملية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية. وقد حاول الفقيه الفرنسي باتيفول ان يوحد الاساس الذي تقوم عليه حلول التنازع في مسائل عقود التجارة الدولية، سواء عند الاختيار الارادي لقانون العقد او عند تخلف الارادة عن هذا الاختيار، وذلك باسناد الرابطة العقدية للقانون الاوثق صلة بها من خلال التركيز المكاني لهذه الرابطة في اطار نظام قانوني معين يرتبط بها، ويتم تحديد هذا النظام

[1] Nygh, Peter : Ibid, p.14.

القانوني في ضوء مقتضيات التعاقد وظروفه وملابساته[1]. وعلى هذا النحو يرفض باتيفول تركيز الرابطة العقدية على نحو مسبق من خلال معيار اسناد جامد، لان مثل هذا التركيز المسبق يتنافى وتنوع الروابط العقدية واختلاف ظروف التعاقد ومعطياته من حالة الى اخرى[2]. ويرى باتيفول ان ارادة المتعاقدين لا تقوى في حد ذاتها على اختيار قانون العقد، وانما هي تقوم فقط بابداء رغبتها في تركيز العقد في مكان معين في ضوء طبيعة العقد ومعطيات التعاقد وملابساته المادية، باعتباره المكان الاوثق صلة بهذه الرابطة. وعلى هذا النحو لا يعتد باتيفول بالقانون المختار الا لو كان هذا القانون هو الاقرب صلة بالرابطة العقدية والذي تشير اليه الأحداث المادية المرتبطة بالعقد[3].

وقد تعرضت نظرية باتيفول الى انتقادات عديدة من منطلق ان الاختيار الارادي لقانون العقد هو مبدأ مستقل لا يقوم على الصلة الاوثق بالرابطة العقدية، لان اشتراط ان يأتي الاختيار الارادي معبراً عن مركز الثقل في الرابطة العقدية، يؤدي الى هدم فكرة الاختيار الارادي من اساسها كمعيار للاسناد في العقود الدولية[4].

واذا كان القضاء الفرنسي قد أخذ بنظرية باتيفول في شأن التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في حالة تخلف الارادة عن اختيار قانون العقد، الا انه اعتد بارادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد دون ان يشترط في هذا القانون ان يأتي معبراً عن مركز الثقل في العلاقة العقدية[5]. ومنهج القضاء الفرنسي هذا كان له اثره على باتيفول، حيث تراجع عن موقفه السابق في اعتباره اختيار المتعاقدين الصريح لقانون العقد مجرد عنصر من عناصر تركيز الرابطة

---

[1] Hazboun, George. Ibid, p.25.

[2] يشير الاستاذ Vincent Heuze الى ان فكرة التركيز الموضوعي لدى باتيفول ليست قاعدة اسناد محددة، سلفاً، وانما هي تنطوي على مبررات هذه القاعدة التي تتحدد بمعرفة القاضي في كل حالة على حدة في ضوء ظروف التعاقد وملابساته. كما انكر الاستاذ Bernard Audit اضفاء وصف قاعدة الاسناد على القاعدة التي تخضع العقد للقانون الاوثق صلة بالرابطة العقدية، على اساس ان جوهر قاعدة التنازع هو تضمنها لمعيار محدد بصفة مسبقة للاسناد. انظر : صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، هامش (4)، ص 383.

[3] Hazboun, George. Ibid,p.25.

[4] انظر : Hazboun, George. Ibid, p.26.

[5] راجع في تطبيق القضاء الفرنسي للقانون الاوثق صلة في ضوء ظروف التعاقد وملابساته عند سكوت الارادة عن اختيار قانون العقد : صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص433 وما بعدها. وقد كان الاسناد يتم على هذا الوجه في فرنسا قبل نفاذ اتفاقية روما لعام 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والتي يتم بموجبها الاسناد عند تخلف الارادة عن اختيار قانون العقد، الى القانون الأوثق صلة بناءً على الطبيعة الذاتية للرابطة العقدية، وهو ذات الاسناد الذي اخذ به تنظيم Rome 1، وسنتناول ذلك لاحقاً في الفرع الثاني من المطلب الاول من المبحث الثاني من هذا الفصل.

العقدية، لا يلزم القاضي اذا ما شكل خروجاً على مقتضيات التركيز المكاني للعقد، واعتداده بالتالي بالاختيار الصريح لقانون العقد – بصرف النظر عما يؤدي اليه التركيز الموضوعي للرابطة العقدية – في حدود معينة، حيث خول للمتعاقدين حق الاختيار من بين القوانين التي ترتبط بالعقد بصلة معقولة[1].

وبناءً على ما تقدم، فقد تم تقسيم هذا المطلب الى الفرعين التاليين :

الفرع الأول : تطبيق قانون الارادة

الفرع الثاني : التركيز الموضوعي للرابطة العقدية

الفرع الأول : تطبيق قانون الارادة

استقرت قاعدة خضوع العقد التجاري الدولي لقانون الارادة، في قضاء وتشريعات غالبية دول العالم على اختلاف نزعاتها الفلسفية والاقتصادية[2]. اما اهم مزايا هذه القاعدة، فهي انها تحمي توقعات الاطراف وتحقق لهم الامان القانوني[3]. غير ان بعض الفقه المعاصر انتقد اختيار الافراد للقانون الذي يحكم العقد، بزعم ان العقد يحكمه القانون الذي تضعه السلطة المختصة، وبالتالي لا يجوز ان يكون للافراد دور في تحديد القانون الذي يطبق على العقد، لانه في هذه الحالة يكون العقد في مركز اقوى من القانون. لكن هذا النقد تم رده، بالقول ان الاطراف يعينون القانون المختص لحكم العقد سنداً لقاعدة الاسناد (التي تتضمن ضابط الاسناد المتمثل بالارادة)، وبالتالي فان دور ارادتهم ينحصر حقيقةً في اختيار مقر العقد. ومتى ما تم تحديده وجب الخضوع لقانون المكان الذي اختاره الاطراف[4].

ونأخذ مثالاً على هذه القاعدة، المادة (1/20) من القانون المدني الاردني والتي نصت على انه "يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين

---

[1] انظر : ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص 143.

[2] حيث اضحت على هذا النحو قاعدة شبه عالمية، نظراً لاقرارها من جانب معظم النظم القانونية الوطنية، مثل : الاتحاد السوفياتي والولايات المتحدة وفرنسا وهنغاريا واسبانيا وايطاليا وتركيا واليابان والصين وبيرو وكندا وتايوان وزائير وسويسرا والهند ومعظم الدول العربية بما فيها مشروع القانون المدني الفلسطيني. كما اقرتها معظم الاتفاقيات الدولية واهمها اتفاقيتي لاهاي لعام 1955 و1986 بخصوص القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للبضائع، وكذلك التنظيم الاروبي (Rome1) الذي حل محل اتفاقية روما بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في دول الاتحاد الاوروبي. انظر : Nygh, Pet r : Ibid, p.13.

[3] عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص42.

[4] دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص138.

اذا اتحدا موطناً، فاذا اختلفا فانه يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك"[1].

يتبين من هذا النص، ان المشرع قد لجأ في بناء قاعدة الاسناد الى ضابط اساسي للاسناد هو ارادة المتعاقدين، وضوابط تكميلية احتياطية هي الموطن المشترك للمتعاقدين ومكان ابرام العقد. بحيث يخضع العقد للقانون المختار بوصفه القانون الاساسي الذي يحكم العقد من حيث المبدأ. وفي حال تخلف هذه الارادة، يخضع العقد لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين. فاذا كان موطنهما مختلفاً، فيطبق في هذه الحالة قانون محل ابرام العقد.

واختيار القانون الذي يحكم العقد اما ان يكون صريحاً او ضمنياً. ففي حال لم يوجد تعبير صريح، فانه يُصار الى الكشف عن الارادة الضمنية. وهذا ما قضت به صراحةً قوانين بعض الدول بقولها مثلاً: "او يتبين من الظروف ان قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه"[2].

اما نص المادة (1/20) من القانون المدني الاردني، فلم يبين ذلك صراحةً وانما يُفهم انه اشار الى الارادة الضمنية على اساس ان النص جاء عاماً ".... مالم يتفق المتعاقدون على خلاف ذلك" ،وبالتالي فانه يجري على اطلاقه.

ويتضح من ذلك ان اختيار قانون العقد قد يكون صريحاً كما قد يكون ضمنياً.

أولاً : الاختيار الصريح لقانون العقد

الاختيار الصريح للقانون يُعبر عنه بالنص عليه صراحةً في العقد او في اتفاق مستقل او اثناء السير في اجراءات التقاضي. فاذا اتُفق صراحةً على اخضاع العقد لقانون معين، وجب تطبيق هذا القانون[3].

ثانياً : الاختيار الضمني لقانون العقد

[1] يقابها المادة (1/19) من القانون المدني المصري، المادة (1/20) من القانون المدني السوري، المادة (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[2] مثل المادة (1/19) من القانون المدني المصري، والمادة (1/20) من القانون المدني السوري، والمادة (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني. كما نصت صراحةً على الاعتداد بالارادة الضمنية، اتفاقيتي لاهاي لعام 1955 و1986 بخصوص القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للبضائع، وذلك في المواد (2/2) و(1/7) منهما على التوالي. وهو ذات الحكم الذي تبناه التنظيم الاوروبي (Rome1) في المادة (1/3) منه.

[3] الهداوي، حسن : مرجع سابق. ص152.

اذا سكت المتعاقدون عن الاختيار الصريح لقانون العقد، فانه يتوجب على القاضي ان يكشف عن ارادتهم الضمنية في هذا الصدد، والتي يمكن الاستدلال عليها من نصوص العقد او من ظروف التعاقد، بشرط ان يكون الوقوف عليها مؤكداً لا يترك مجالاً للشك في وجودها، من غير اصطناع او اعتساف من جانب مستظهرها[1].

ذلك ان الاختيار الضمني، متى لم نتطلب فيه قيوداً تكشف عنه، انما يعتمد في نهاية المطاف على تفسير القاضي وسلطانه المطلق، وهو ما قد يفضي الى نتيجة معكوسة تعصف بهدف قاعدة الاسناد، حيث يؤدي ذلك الى تطبيق قانون يخل بتوقعات الاطراف غير ذلك الذي قصدوا اليه. وهو الامر الذي يعني اغتيال قاعدة الاسناد التي صاغها المشرع بيديه تحت عباءة التفسير الذي يكون للقاضي والذي هيأه له المشرع[2].

وقد أكد تنظيم (Rome 1) الذي حل محل اتفاقية روما، وجهة النظر هذه. فبعد ان كانت المادة (1/3) من اتفاقية روما تنص على انه : " يجب استظهار الاختيار الضمني بدرجة معقولة من اليقين، من خلال بنود العقد او ظروف التعاقد"[3] ، جاءت المادة (1/3) من تنظيم (Rome1) لتنص على انه : " يجب استظهار الاختيار الضمني بوضوح"[4]. وفي هذا الصدد، فان تنظيم (Rome 1) يفضل اليقين على المرونة، مما يحد من سلطة المحاكم في تحديدها ما اذا كان هناك اختيار ضمني للقانون[5].

ويترتب على هذا القيد نتيجة مهمة، تتمثل في انه يجب على القاضي ان يكشف عن الاسباب التي جعلته يعول على الارادة الضمنية، وان يحدد الامارات والقرائن التي اعتمد عليها في الوقوف على هذه الارادة، وهو تقدير – وان تمتع القاضي بسلطان في استخراجه – يخضع

---

[1] عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص34.

[2] المرجع السابق. ص42.

[3] Article (3/1) of Rome convention says : "…The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case".

[4] Article (3/1) of Rome 1 regulation says : "…The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case".

[5] Vernooij, Nils Willem. ((Rome I: An update on the law applicable to contractual obligations in Europe)). Published on the internet at : http://www.cjel.net/online/15_2-vernooij, p.1.

فيه لرقابة المحكمة العليا، كما يعد الكشف من جانبه عن الارادة الضمنية دون ابداء اسبابه، قصوراً يتعين معه نقض حكمه[1].

والواقع ان هناك بعض التشريعات التي عزفت عن التعويل على عملية الاختيار الضمني تماما، مقدرةً ان الصعوبات التي تحيط بالكشف عنه قد تفتح الطريق امام القاضي او المحكم للتحكم والقول بحلول لم تقصد اليها ابداً ارادة المتعاقدين. ومن ذلك التشريع البولندي (المادة 25)، والبرتغالي (المادة 1/41)، والقانون المدني الاسباني (المادة 5/10)، والتركي (1/24)[2].

ومن الامارات التي تكشف عن الارادة الضمنية في اخضاع العقد لقانون دولة ما، ما يلي : اذا كتب العقد بلغة هذه الدولة، او اختير قضاؤها ليفصل بالنزاع بين المتعاقدين، او استخدم في العقد مصطلحات هي من خصوصيات قانون تلك الدولة[3]، كما ان اتفاق المتعاقدين على تنفيذ العقد في دولة معينة، يشكل قرينة على رغبة المتعاقدين الضمنية في اخضاع العقد لقانون هذه الدولة[4].

ويمكن ايضاً الاستدلال على الارادة الضمنية من خلال ظروف التعاقد، وذلك اذا كان العقد المبرم بين الطرفين مرتبطاً بعقود اخرى سابقة بين ذات الاطراف وكانت تتضمن اختياراً صريحاً بتطبيق قانون معين. على ان هذه القرينة لا تكفي للكشف عن الارادة الضمنية بصورة مؤكدة الا اذا عززتها قرائن اخرى بجوارها تنطق بها ظروف التعاقد او نصوص العقد ذاته[5].

وقد اكدت العديد من التطبيقات القضائية على ضرورة الاعتداد بالارادة الضمنية للمتعاقدين، ومن ذلك ما جاء في حكم محكمة النقض المصرية : " النص في المادة 19 من القانون المدني على أن يسرى على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي توجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحدا موطناً فإن إختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه..... يدل على أنه يتعين الوقوف إبتداءاً على ما تتجه إليه إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية لتحديد القانون

[1] عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص45.

[2] المرجع السابق. ص44.

[3] دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص140.

[4] عبد الله، عز الدين : القانون الدولي الخاص. الجزء الثاني، الطبعة الثانية. القاهرة : دار النهضة العربية. 1974. ص433 .

[5] عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص48.

الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية فإذا لم يفصح المتعاقدان عن إرادتهما في هذا الشأن وجب تطبيق قانون الموطن المشترك وإلا فقانون الدولة التي تم فيها العقد"[1].

الفرع الثاني : التركيز الموضوعي للرابطة العقدية

الفرض الذي نتناوله يتعلق بعقد دولي سكت اطرافه عن الاختيار الصريح للقانون الذي يحكمه، وتعذر على القاضي ان يكشف على نحو مؤكد عن ارادتهم الضمنية في اختيار هذا القانون.

ويلجأ المشرع عادةً الى مواجهة الامر في هذه الحالة، وذلك باسناد الرابطة العقدية الى القانون الاوثق صلة بهذه الرابطة، والذي يشكل على هذا النحو مركز الثقل في الرابطة العقدية[2].

ويتحدد القانون الاوثق صلة بالرابطة العقدية على هذا النحو، اما وفقاً لضوابط جامدة ومحددة بصفة مسبقة، او وفقاً لمعايير مرنة تختلف من حالة الى اخرى. وهذه هي التفرقة محل دراستنا في هذا الفرع، بين الاسناد الجامد والاسناد المرن للرابطة العقدية عند سكوت الارادة عن اختيار قانون العقد.

أولاً الاسناد الجامد للرابطة العقدية

يُعبر هذا الاسناد الجامد والمسبق للرابطة العقدية، عن وجهة نظر المشرع فيما يراه اقرب القوانين صلة بهذه الرابطة، مثل قانون الدولة التي ينتمي اليها المتعاقدون بجنسيتهم، او بموطنهم، او قانون بلد ابرام العقد او بلد تنفيذه. ويسري هذا الاسناد على جميع العقود بغض النظر عن تنوع صورها واختلافها.

وبالعودة الى نص المادة (20) من القانون المدني الاردني، فاننا نجد ان المشرع قد تولى مباشرة تحديد قانون العقد في حال غياب اختيار هذا القانون من قبل الاطراف، وذلك من خلال ضوابط اسناد احتياطية (تتمثل بضابطي الموطن المشترك ومحل الابرام). فكان ان اولى

[1] الطعن رقم 383 - لسنــة 39 - تاريخ الجلسة 30 \ 04 \ 1975 - مكتب فني 26 - رقم الجزء 1 - رقم الصفحة 873. نقلاً عن موقع انترنت www.eastlaws.com تاريخ الدخول 2011/12/20 ساعة الدخول 11 مساءً.

[2] يقصد بمركز الثقل في الرابطة العقدية : المكان الذي ترتب فيه العلاقة العقدية كل او معظم آثارها، وهو ما يجعل هذا المكان وثيق الصلة بالعقد.

الاختصاص الى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وفي حال اختلاف موطن المتعاقدين، فيكون القانون المختص هو قانون محل ابرام العقد[1].

ويتميز هذا الحل التشريعي بكونه يكفل للمتعاقدين العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق على العقد فيما لو سكتوا عن اختياره[2]. ومع ذلك فان هذا الحل لا يخلو من المثالب، لكونه قد افترض مسبقاً ان مركز الثقل في العلاقة المطروحة هو بالضرورة الموطن المشترك للمتعاقدين او دولة ابرام العقد، في حين ان هذا المركز يختلف بالضرورة بحسب طبيعة العقد[3].

بل ولعلنا لا نغالي اذا قررنا ان مكان ابرام العقد كثيراً ما يتحدد بناءً على اعتبارات تقوم على محض الصدفة، مما يقلل من قيمة ضابط محل الابرام الى حد كبير عند تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث الموضوع[4].

وباختصار فان الاسناد الجامد للرابطة العقدية يصطدم بتنوع صور العقود واختلافها، مما يجعل هذا الاسناد لا يعبر في كثير من الاحيان عن مركز الثقل في الرابطة العقدية.

ثانياً : الاسناد المرن للرابطة العقدية

ان المآخذ التي وردت على منهج الاسناد الجامد، قد دفعت جانباً من فقه القانون الدولي الخاص المعاصر الى تفضيل الاسناد المرن للروابط العقدية بما يسمح باختلاف هذا الاسناد بالنسبة لكل طائفة من العقود.

حيث فضل هذا الاتجاه ان يتصدى للتركيز الموضوعي للرابطة العقدية من خلال تحديد طبيعتها الذاتية، وهو ما يسمح بالاسناد المستقل لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة في ضوء مبدأ الصلة الأوثق، وعادةً ما يقيم هذا الاتجاه قرائن على القانون الأوثق صلة بالعقد، تجسدها في الغالب فكرة محل الأداء المميز، أي المكان الذي يتم فيه تنفيذ الالتزام الرئيسي، الذي يتميز على هذا النحو عن غيره من الالتزامات التي يفرضها العقد[5].

---

[1] وقد اخذ بهذا الحل ايضاً القانون المدني المصري المادة (19)، القانون المدني السوري المادة (20)، مشروع القانون المدني الفلسطيني المادة (25).

[2] صادق، هشام : دروس في تنازع القوانين. الاسكندرية : دار المطبوعات الجامعية. 2003. ص350.

[3] المرجع السابق. ص350.

[4] المرجع السابق. ص350.

[5] انظر صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص425-426.

وتخضع العقود وفقاً لهذه القرينة لقانون محل اقامة المدين بالأداء المميز فيها اذا كان شخصاً طبيعياً، او لقانون الدولة التي يوجد فيها مركز الادارة الرئيسي بالنسبة للشخص المعنوي، وهي الامكنة التي يُفترض مسبقاً انها محل هذا الأداء[1].

ولا شك ان المقصود من الالتزام المميز او الرئيسي في العقود الملزمة لجانب واحد، هو التزام ذلك الجانب. واما في العقود الملزمة لجانبين فيكون المقصود هو الالتزام بتقديم خدمة او تسليم بضاعة، وليس الالتزام بدفع المقابل النقدي، حتى وان فاقت قيمة هذا الاخير قيمة الالتزام الاول[2]. واما اذا كان كل من الالتزامين المتقابلين التزاماً بدفع مبلغ من النقود، كما في القرض، فالعبرة بالتزام المقرض[3].

وقد اخذ بهذا الاسناد المرن، كل من القانون الدولي الخاص السويسري الجديد لعام 1987 وذلك في المادة (117) منه، والقانون الدولي الخاص الالماني لعام 1986 في المادة (28)[4]، ومجلة القانون الدولي الخاص التونسية رقم (97) لسنة 1998 في المادة (62) منها[5]، والاتفاقية والاتفاقية الموقعة بين الدول الامريكية عام 1994 بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، في المادة (9) منها[6]، وكذلك التنظيم الاوروبي (Rome1) الذي حل محل اتفاقية اتفاقية روما، في المادة (4) منه.

ان المادة (4) من تنظيم Rome 1 بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقد عند تخلف الارادة عن الاختيار، قد تغيرت كثيراً في صياغتها عن المادة (4) من اتفاقية روما بخصوص ذات الموضوع. ومع ذلك من حيث المضمون فان التعديلات كانت ذات اهمية اقل قليلاً. فتنظيم Rome1 اخذ ايضاً كما اتفاقية روما، بمبدأ الصلة الاوثق. ومع ذلك، لم يعد هذا المبدأ يُذكر في بداية المادة كفكرة ارشادية، كما هو الحال في اتفاقية روما، وانما ورد النص

[1] صادق، هشام : دروس في تنازع القوانين. مرجع سابق. ص352.

[2] دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص138.

[3] المرجع السابق. ص139.

[4] مشار الى ذلك لدى صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص426.

[5] والتي نصت على انه : " يخضع العقد للقانون الذي تعيّنه الأطراف وإذا لم تُحدّد الأطراف القانون المنطبق يعتمد قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون إلتزامه مؤثرا في تكييف العقد أو مقر مؤسسته إذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري".

[6] Article (9) of Inter-American convention on the law applicable to international contracts says : “If the the parties have not selected the applicable law, or if their selection proves ineffective, the contract shall be governed by the law of the State with which it has the closest ties”.

عليه في نهاية المادة[1]. وبدلاً من مجرد افتراضات او قرائن على الصلة الأوثق كالتي قدمتها اتفاقية روما، فإن التنظيم أدرج اولاً قائمة لعقود معينة، وتم تحديد القانون الذي يحكمها بشكل مباشر[2]. وباستطلاع هذه القائمة من العقود التي ادرجتها المادة (1/4)[1] من التنظيم، فاننا سنجد

[1] لقد اخذت اتفاقية روما في المادة (1/4) منها بمبدأ الصلة الأوثق باعتباره المبدأ العام عند تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في حالة تخلف الارادة عن اختيار هذا القانون، حيث جاء فيها :

"To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 3, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected. Nevertheless, a separable part of the contract which has a closer connection with another country may by way of exception be governed by the law of that other country".

وافترضت الاتفاقية في المادة (2/4) ان الدولة الاوثق صلة بالعقد هي الدولة التي يوجد فيها وقت ابرام العقد، مكان الاقامة المعتادة للطرف الذي سيقوم بالأداء المميز في العقد، او مركز الادارة الرئيسي بالنسبة للشخص الاعتباري، حيث جاء فيها :

" Subject to the provisions of paragraph 5 of this Article, it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has, at the time of conclusion of the contract, his habitual residence, or, in the case of a body corporate or unincorporate, its central administration…".

كما قدمت اتفاقية روما فرضيين اضافيين، يتعلق احدهما بالعقود الواردة على عقار، وقد اخضعتها الاتفاقية في المادة (3/4) لقانون موقع العقار باعتباره القانون الاوثق صلة بها، حيث جاء فيها :

"Notwithstanding the provisions of paragraph 2 of this Article, to the extent that the subject matter of the contract is a right in immovable property or a right to use immovable property it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the immovable property is situated".

والفرض الآخر ورد في المادة (4/4) ويتعلق بعقود النقل، والتي افترضت الاتفاقية انها اوثق صلة بالدولة التي يوجد فيها مكان العمل الرئيسي للناقل وقت ابرام العقد، وذلك اذا كانت هذه الدولة يوجد فيها ايضاً مكان التحميل او مكان التفريغ او المكان الرئيسي لعمل المرسل، حيث جاء فيها :

" A contract for the carriage of goods shall not be subject to the presumption in paragraph 2. In such a contract if the country in which, at the time the contract is concluded, the carrier has his principal place of business is also the country in which the place of loading or the place of discharge or the principal place of business of the consignor is situated, it shall be presumed that the contract is most closely connected with that country. In applying this paragraph single voyage charter-parties and other contracts the main purpose of which is the carriage of goods shall be treated as contracts for the carriage of goods".

[2] انظر :

Behr, Volker. ((Rome 1 Regulation – A mostly unified private international law of contractual relationships within most of the European Union)). The journal of law and commerce. Vol.29, no.2, 2011, p.246.

ان تحديد القانون الواجب التطبيق عليها قد تم بناءً على مبدأ الصلة الأوثق، كما سنجد ان فكرة الاداء المميز قد جسدت مبدأ الصلة الاوثق في معظم هذه العقود. لذلك، فان النتيجة في معظمها مطابقة لما كان من نتائج في ظل اتفاقية روما. وقد عادت الفقرة (2) من التنظيم لتنص على انه : "اذا كان العقد غير مشمولاً بموجب الفقرة (1)، او اذا كانت عناصر العقد ستُشمل بأكثر من واحدة من النقاط (أ-ح) الواردة في الفقرة (1)، فان العقد يخضع في هذه الحالة الى قانون الدولة التي يوجد فيها مكان الاقامة المعتادة للطرف الذي سيقوم بالأداء المميز في العقد"[2].

---

[1] Article (4/1) of Rome 1 regulation says : "To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 3 and without prejudice to Articles 5 to 8, the law governing the contract shall be determined as follows:

(a) a contract for the sale of goods shall be governed by the law of the country where the seller has his habitual residence;

(b) a contract for the provision of services shall be governed by the law of the country where the service provider has his habitual residence;

(c) a contract relating to a right *in rem* in immovable property or to a tenancy of immovable property shall be governed by the law of the country where the property is situated;

(d) notwithstanding point (c), a tenancy of immovable property concluded for temporary private use for a period of no more than six consecutive months shall be governed by the law of the country where the landlord has his habitual residence, provided that the tenant is a natural person and has his habitual residence in the same country;

(e) a franchise contract shall be governed by the law of the country where the franchisee has his habitual residence;

(f) a distribution contract shall be governed by the law of the country where the distributor has his habitual residence;

(g) a contract for the sale of goods by auction shall be governed by the law of the country where the auction takes place, if such a place can be determined;

(h) a contract concluded within a multilateral system which brings together or facilitates the bringing together of multiple third-party buying and selling interests in financial instruments, as defined by Article 4(1), point (17) of Directive 2004/39/EC, in accordance with non-discretionary rules and governed by a single law, shall be governed by that law".

[2] Article (4/2) of Rome 1 regulation says : " Where the contract is not covered by paragraph 1 or where the elements of the contract would be covered by more than one of points (a) to (h) of paragraph 1, the contract shall be governed by the law of the country where the party required to effect the characteristic performance of the contract has his habitual residence".

ان ما كان يعتبر في السابق قرينة على القانون الأوثق صلة بعقود نقل البضائع المنصوص عليها في المادة (4/4) من اتفاقية روما، أصبح الآن نص مستقل تتضمنه المادة (5) من تنظيم (Rome 1). وقد تضمنت المادة (5) من التنظيم، تعديلاً على القانون الواجب التطبيق على عقود نقل البضائع[1]، وكذلك تم اضافة حكم جديد يتعلق بعقود نقل الركاب في الفقرة الثانية منها[2].

[1] حيث اخضعت المادة (5) من التنظيم، عقود نقل البضائع في الحالة التي تتخلف فيها الارادة عن اختيار قانون العقد وفقاً للمادة (3) من التنظيم، الى قانون الدولة التي يوجد فيها مكان الاقامة المعتادة للناقل بشرط ان يقع في هذه الدولة ايضاً، مكان الاستلام او مكان التسليم او مكان الاقامة المعتادة للمرسل. وإذا لم تتحقق هذه الشروط، يخضع العقد لقانون الدولة التي يقع فيها مكان التسليم المتفق عليه بين الاطراف، حيث جاء فيها :

"To the extent that the law applicable to a contract for the carriage of goods has not been chosen in accordance with Article 3, the law applicable shall be the law of the country of habitual residence of the carrier, provided that the place of receipt or the place of delivery or the habitual residence of the consignor is also situated in that country. If those requirements are not met, the law of the country where the place of delivery as agreed by the parties is situated shall apply".

[2] حيث كانت هذه العقود تعامل في ظل اتفاقية روما وفقاً للافتراض العام او القرينة العامة المتمثلة بمكان الاقامة المعتادة او مكان العمل الرئيسي للطرف الذي سيؤدي الالتزام المميز، اي الناقل. اما المادة (2/5) من التنظيم فقد وضعت نظاماً حمائياً مماثل لغيره من الانظمة بخصوص العقود التي يفترض ان احد اطرافها هو طرف ضعيف، وقد سمحت المادة (2/5) باختيار القانون الواجب التطبيق على عقود نقل الركاب، بشرط ان يكون قانون احدى الدول الآتية : (الدولة التي يوجد فيها مكان الاقامة المعتادة للراكب، او الدولة التي يوجد فيها مكان الاقامة المعتادة للناقل، او الدولة التي يوجد فيها مركز الادارة الرئيسي للناقل، او الدولة التي يقع فيها مكان المغادرة، او الدولة التي يقع فيها مكان المقصد). وفي حال لم يتم اختيار قانون العقد وفقاً لما تقدم، فانه يخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها مكان الاقامة المعتادة للراكب، بشرط ان يقع فيها ايضاً مكان المغادرة او مكان المقصد. واذا لم تتحقق هذه الشروط، يخضع العقد لقانون الدولة التي يوجد فيها مكان الاقامة المعتادة للناقل. حيث نصت المادة (2/5) على ما يلي :

"To the extent that the law applicable to a contract for the carriage of passengers has not been chosen by the parties in accordance with the second subparagraph, the law applicable shall be the law of the country where the passenger has his habitual residence, provided that either the place of departure or the place of destination is situated in that country. If these requirements are not met, the law of the country where the carrier has his habitual residence shall apply. The parties may choose as the law applicable to a contract for the carriage of passengers in accordance with Article 3 only the law of the country where:

(a) the passenger has his habitual residence; or

(b) the carrier has his habitual residence; or

(c) the carrier has his place of central administration; or

(d) the place of departure is situated; or

(e) the place of destination is situated".

وليس هناك حاجة لتبرير السبب في اعتبار ان البائع او مزود الخدمة... الخ هم الذين يقومون بالاداء المميز[1]، كما ليس هناك حاجة ايضاً لتبرير السبب في البحث عن المدين بالاداء المميز بدلاً من الدائن بالاداء المميز. فتنظيم Rome 1 قد قرر، وعلى المحاكم ان تتبع ما جاء به[2].

وقد واجه تنظيم (Rome1)، في الفقرة (3) و (4) من المادة (4) بعض الفروض الاستثنائية التي يتبين فيها للقاضي ان هناك قانوناً آخر أوثق صلة بالعقد، او في حال تعذر تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً لعوامل الاتصال الثابتة المنصوص عليها في الفقرة (1) و (2) من المادة (4) فخول للقاضي في مثل هذه الحالات الحق في العودة الاستثنائية لفكرة تركيز الرابطة العقدية على ضوء ظروف وملابسات الحالة المعروضة[3]. كما تضمنت المادة (3/5) ذات التحفظات بخصوص عقود نقل البضائع وعقود نقل الركاب.

وهذه هي التحفظات الاستثنائية التي اقرها التنظيم في بعض الحالات الخاصة رعاية للمرونة المتطلبة في الاسناد[4].

وتجدر الاشارة الى ان تنظيم (Rome 1) لم يبين المقصود بالصلة الوثيقة بين العقد والدولة، والى اي معايير ستستند المحكمة في تحديد هذه الصلة. وقد ذهب البعض[5] الى ان المقصود بهذه الصلة، هو الرابطة الاقليمية والجغرافية، الا اننا نفضل من جانبنا الاعتماد على فكرة اكثر مرونة، بحيث لا يقتصر الامر على مجرد تركيز العناصر الذاتية للعقد، وانما ايضاً الاعتداد بالعناصر الموضوعية للعلاقة العقدية المطروحة، مما يمكن القاضي من اسناد العلاقة الى قانون الدولة الاكثر ملائمةً لحكمها، ونعتقد ان هذا المعيار هو الذي قالت به الاتفاقية

---

[1] راجع المادة (1/4) من تنظيم Rome 1 والتي اكدت هذا الامر.

[2] Behr, Volker. Ibid, p.246.

[3] Article (4/3) of Rome regulation says : "Where it is clear from all the circumstances of the case that the contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply".

Article (4/4) of Rome 1 regulation says : "Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraphs 1 or 2, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected".

[4] وقد اقرت اتفاقية روما في الفقرة الخامسة من المادة الرابعة منها، ذات التحفظات رعايةً للمرونة المتطلبة في الاسناد.

[5] Behr, Volker. Ibid, p.245.

الموقعة بين الدول الامريكية عام 1994 بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية[1].

ويتميز الاسناد وفقاً للمنهج المرن في كونه يحقق المرونة المتطلبة لادراك العدالة، لكونه يفرق في الاسناد بين طوائف العقود ذات الطبيعة المتنوعة، ودون ان يؤدي ذلك الى الاخلال بتوقعات الافراد، كون الاسناد يقوم دائماً على افتراضات مسبقة للقانون الأوثق صلة في كل طائفة من العقود ذات الطبيعة الواحدة، وغالباً ما تتجسد هذه الافتراضات بفكرة محل تنفيذ الأداء المميز. وهو ما يصون للمتعاقدين توقعاتهم المشروعة في شأن العلم بالقانون الذي يحكم روابطهم التعاقدية، ويكفل لهم على هذا النحو، الاستقرار المتطلب في العلاقات التجارية الدولية[2].

المطلب الثاني : خضوع العقد التجاري الدولي لحكم القانون وفقاً للمنهج المباشر

مضت الاشارة الى ان فقه القانون الدولي الخاص الغالب وان ظل على اخلاصه لنظرية التنازع التقليدية والقائمة على منهج قواعد الاسناد، حرصاً على الاحترام المتطلب لتوقعات الافراد، الا انه قد اعترف باهمية المنهج الاحادي او المباشر، للتخفيف من حدة النقد الموجه الى منهج قواعد الاسناد (المنهج السافيني).

ويقوم المنهج الأحادي، على تحليل القواعد القانونية التي تريد الانطباق على العلاقات الدولية المطروحة، وذلك الى جانب المنهج السافيني المزدوج في شأن تحليل هذه العلاقات تمهيداً للبحث عن القانون الواجب التطبيق في شأنها.

ويتجلى اعمال المنهج المباشر في القانون الدولي الخاص، باخضاع عقود التجارة الدولية للقواعد المادية الوطنية التي وضعت خصيصاً لتنظيم هذه العقود، وكذلك باخضاعها لما يسمى

---

[1] حيث نصت المادة (9) من هذه الاتفاقية على انه : "...على المحكمة ان تأخذ في الاعتبار **جميع العناصر الذاتية والموضوعية للعقد**، وذلك لتحديد قانون الدولة التي يرتبط معها العقد بأوثق صلة. وعلى المحكمة ايضاً ان تأخذ في الاعتبار المبادئ العامة في القانون التجاري الدولي المعترف به من قبل المنظمات الدولية".

"…The court will take into account **all objective and subjective elements** of the contract to determine the law of the state with which it has the closest ties. It shall also take into account the general principles of international commercial law recognized by international organization".

[2] انظر : صادق، هشام : دروس في تنازع القوانين. مرجع سابق. ص353.

بقواعد البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري. فحيث يجد القاضي تنظيماً مباشراً للمسألة المطروحة، في قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص في دولته، او قاعدة من القواعد ذات التطبيق الضروري، فانه يقوم بتغليب الحكم الذي تتضمنه القاعدة ذات التطبيق المباشر. اما استجابة للاعتبارات الدولية التي تقتضيها طبيعة علاقات القانون الدولي الخاص، كما هو الحال بالنسبة للقواعد المادية التي قد يحتوي عليها هذا الفرع من فروع القانون، او رعايةً للاعتبارات الآمرة التي تسعى القاعدة المباشرة الى ادراكها حمايةً للمصالح العليا للجماعة، كما هو الشأن في قواعد البوليس.

وبهذه المثابة يقتصر الالتجاء الى منهج التنازع المزدوج (منهج قواعد الاسناد)، على الحالات التي لا يجد فيها القاضي حلاً للمسألة المطروحة في قاعدة من القواعد ذات التطبيق المباشر[1]. وعلى هذا النحو، يبدو منهج قواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص المعاصر، بوصفه منهجاً اصيلاً من حيث اتساع نطاق اعماله، واحتياطاً من حيث كيفية هذا الاعمال[2].

وعليه، فان التصدي لخضوع عقود التجارة الدولية لحكم القانون وفقاً للمنهج المباشر، يقتضي التعرض لكل من : القواعد المادية الوطنية في القانون الدولي الخاص من ناحية، والقواعد ذات التطبيق الضروري او قواعد البوليس من ناحية اخرى. وبناءً على ذلك فقد تم تقسيم هذا المطلب الى الفرعين التاليين :

الفرع الأول : خضوع العقد التجاري الدولي للقواعد المادية الوطنية في القانون الدولي الخاص

الفرع الثاني : خضوع العقد التجاري الدولي للقواعد ذات التطبيق الضروري

الفرع الأول : خضوع العقد التجاري الدولي للقواعد المادية الوطنية في القانون الدولي الخاص

نقصد بالقواعد المادية الوطنية في القانون الدولي الخاص، تلك القواعد الموضوعية التي تقدم حلولاً مباشرة للعلاقات المتضمنة عنصراً اجنبياً. وتنتمي هذه القواعد للنظام القانوني لدولة القاضي. وهي تنقسم من حيث مصدرها الى قسمين :

[1] صادق، هشام : دروس في تنازع القوانين. مرجع سابق. ص15.

[2] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص524.

أولاً : القواعد المادية الوطنية ذات المصدر الداخلي

لقد حرصت بعض الدول على وضع تشريعات وطنية تتضمن قواعد موضوعية لتحكم اساساً العلاقات الخاصة الدولية، مثل التقنين التشيكوسلوفاكي (سابقاً) للتجارة الدولية الصادر عام 1963، والتقنين الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية الذي صدر في المانيا الديموقراطية (سابقاً) عام 1976، وكذلك التنظيم الموضوعي لبعض عقود التجارة الدولية، الذي تضمنه مشروع قانون التجارة الفلسطيني[1]، وقانون التجارة المصري[2].

على ان التساؤل يثور حول ما اذا كانت دولية الرابطة العقدية هي الشرط الوحيد لاعمال هذه القواعد، ام انه يُشترط ايضاً لهذا الاعمال، ان تكون قوانين هذه الدول هي المختصة بمقتضى قواعد الاسناد؟

يميل الفقه الغالب في هذا الصدد الى تأكيد حق القاضي في تطبيق هذه القواعد تطبيقاً مباشراً، دون حاجة الى اعمال قواعد الاسناد، مالم ينص المشرع على غير ذلك صراحةً، كما فعل كل من التشريعين التشيكوسلوفاكي والالماني سالفي الذكر[3].

ومن ناحية اخرى فقد اتجه القضاء الوطني الحديث ايضاً نحو خلق قواعد موضوعية خاصة بالعقود الدولية. من ذلك مثلاً، ان القضاء الفرنسي قد اقر شرط التحكيم، وشروط الحماية النقدية التي تستهدف توقي مخاطر تغيير سعر العملة، وكذلك شرط الدفع بالذهب، وذلك اذا ما وردت مثل هذه الشروط في عقود تتسم بالصبغة الدولية، رغم بطلانها اذا وردت في عقود داخلية[4].

وقد اقر القضاء الفرنسي القواعد المتقدمة لتنطبق مباشرة على العقود الدولية دون اعتداد بالحل المخالف الذي قد يشير به القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد[5]. وهو ما اكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 4 يوليو 1972[1].

---

[1] يعالج مشروع قانون التجارة الفلسطيني بعض انواع البيوع الدولية، مثل عقد نقل المعرفة الحديثة (المواد 78-88)، وكذلك البيع فوب والبيع سيف وبيع الوصول والبيع في مطار القيام (المواد 117-147).

[2] يعالج قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999 والمعدل بالقانون رقم (158) لسنة 2003، عقد نقل التكنولوجيا في المواد (72-87).

[3] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص539.

[4] عرب، سلامة فارس : مرجع سابق.ص28.

[5] صادق، هشام : دروس في تنازع القوانين. مرجع سابق. ص12.

وقد وجه جانب من الشراح – نؤيده في ذلك – سهام نقده الى القواعد المادية ذات المصدر الداخلي، ذلك انها سوف تؤدي الى اخلال بتوقعات الافراد، خاصة فيما لو كانت هذه القواعد ذات طابع قضائي. اذ ان فتح هذا السبيل امام القضاة قد يدفعهم الى وضع القواعد التي يرونها ملائمة وفقاً لمعتقداتهم الشخصية، هذا من ناحية. ومن ناحية اخرى، فان القواعد المادية ذات المصدر الداخلي سوف تؤدي الى تعميق الخلاف بين الانظمة القانونية الداخلية في شأن الحلول الواجبة الاتباع على علاقات التجارة الدولية. حيث تتصدى كل دولة باسم اعتبارات الملائمة الدولية، لوضع قواعد مادية خاصة بالروابط العابرة للحدود تطبقها المحاكم على نحو مباشر دون حاجة الى منهج التنازع المزدوج، فيتحول المشرع الداخلي على هذا النحو الى مشرع عالمي، وهو ما يؤدي في نهاية المطاف الى اخلال بالانسجام الدولي للحلول والذي قد تدركه قواعد الاسناد على نحو افضل[2].

ثانياً : القواعد المادية الوطنية ذات المصدر الدولي "الاتفاقيات الدولية"

قد يحتوي النظام القانوني لدولة ما على قواعد مادية ذات مصدر دولي، مختصة بتنظيم العلاقات ذات العنصر الاجنبي. ويتجلى المصدر الدولي لهذه القواعد، بالاتفاقيات الدولية التي تنضم لها هذه الدولة. ونعني بهذه الاتفاقيات : الاتفاقيات الدولية الموحدة للقواعد الموضوعية التي وُضعت خصيصاً لتحكم الروابط التجارية الدولية. فهي على هذا النحو تعتبر من القواعد المادية في القانون الدولي الخاص والتي يتم تطبيقها بمقتضى المنهج المباشر في الدول المتعاقدة بهذه الاتفاقيات.

وهي بهذا الوصف تختلف عن الاتفاقيات الدولية التي تهدف الى توحيد القواعد الداخلية في الدول المتعاقدة، كاتفاقيات جنيف بشأن الشيكات والسندات الاذنية لعام 1930، وكذلك في شأن الشيكات لعام 1931. فهذه الاتفاقيات وان كانت ترمي الى فض ظاهرة التنازع في مهدها بين قوانين الدول المتعاقدة في شأن المسألة محل التوحيد، الا ان مسلكها على هذا النحو لا يعني بالضرورة انها قد تصدت لوضع قواعد موحدة تستجيب في مضمونها للظروف الخاصة بالتجارة الدولية، بدليل ان نفس هذه القواعد هي التي ستحكم بالمثل العلاقات الداخلية. وبناءً

[1] انظر هذا الحكم مشار اليه لدى صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص545.

[2] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص546.

على ذلك، فانه لا يجوز تطبيق هذه الاتفاقيات على العلاقات الخاصة الدولية، اسوة بغيرها من قواعد القانون الداخلي، الا من خلال منهج قواعد الاسناد[1].

وبناءً على ما تقدم، فان القواعد المادية الوطنية ذات المصدر الدولي، هي قواعد تستجيب في مضمونها واهدافها الى طبيعة الروابط الخاصة الدولية، ومن بينها بطبيعة الحال الروابط العقدية، ولا تنطبق الا في شأنها، لتظل الروابط الداخلية محكومة بالقوانين الداخلية للدول المتعاهدة. ومن امثلة الاتفاقيات الدولية التي تتضمن تنظيماً موضوعياً لعقود التجارة الدولية، اتفاقية الامم المتحدة لعام 1980 بشأن عقد البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا)، واتفاقية معهد روما بشأن عقد الايجار التمويلي الدولي لعام 1988، وكذلك اتفاقية معهد روما بشأن عقد الفاكتورنج الدولي لعام 1988.

وعلى هذا النحو، لا يتأتى التطبيق المباشر للقواعد المادية التي تتضمنها هذه الاتفاقيات، الا فيما لو كان النزاع معروضاً على قضاء دولة متعاقدة، وبشرط ان تتوافر الشروط التي تتطلبها الاتفاقية لسريان احكامها المادية. ففي هذا الفرض يلتزم القاضي بالتطبيق المباشر لهذه القواعد المادية التي تشكل على هذا النحو جزءاً من نظامه القانوني، دون حاجة للالتجاء الى منهج قواعد الاسناد. اذ ان الطبيعة الخاصة للقواعد المادية التي تتضمنها الاتفاقية، كونها قواعد وضعت خصيصاً لتنظيم الروابط العقدية الدولية، يقتضي تغليبها بالضرورة على القواعد التي تتضمنها القوانين الداخلية التي تتزاحم لحكم هذه الرابطة[2]. وينبني على ذلك، ان اختيار المتعاقدين لقانون معين يعد اختياراً مادياً تنزل بمقتضاه احكام القانون المختار منزلة الشروط العقدية التي لا تملك الا مخالفة القواعد المكملة في الاتفاقية.

وفي حكم صادر عن محكمة الدرجة الاولى في الأرجنتين، بتاريخ 1991/5/20[3]، قررت المحكمة : ان عقد البيع المثار النزاع بشأنه امامها، "يخضع لاتفاقية فيينا، وذلك لكون اماكن عمل الاطراف كانت تقع وقت ابرام العقد في دول متعاقدة وهي : (ولاية اهايو الامريكية، والارجنتين)، وذلك تطبيقاً للمادة (1/1/أ)[4] من الاتفاقية". كما قررت المحكمة وفقاً للمادة

---

[1] المرجع السابق. ص550 وما بعدها.

[2] رأي الاستاذة Deby Gearard ، مشار اليه لدى صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص561-562.

[3] الحكم رقم 50272 ، نقلاً عن موقع انترنت www.unilex.info تاريخ الدخول 2012/3/25 ساعة الدخول : 1 صباحاً.

[4] تنص المادة (1/1/أ) من اتفاقية فيينا على انه : "1- تطبق احكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين اطراف توجد اماكن عملهم في دول مختلفة : أ- عندما تكون هذه الدول دولاً متعاقدة...".

(2/7)[1] من اتفاقية فيينا : "ان المسائل التي لم تحسمها الاتفاقية بشكل صريح، فانها تخضع لقانون ولاية اهايو، (باعتباره قانون موطن البائع)، وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص الارجنتيني".

واضح من هذا الحكم ان المحكمة ولكونها منتمية لدولة متعاقدة في اتفاقية فيينا، قامت بتطبيق هذه الاتفاقية على العقد الدولي المثار النزاع بشأنه امامها، تطبيقاً مباشراً ودون اللجوء الى منهج قواعد الاسناد، وانها لم تلجأ الى هذه الاخيرة الا لتحديد القانون الواجب التطبيق في شأن المسائل التي لم تنظمها الاتفاقية.

ورغم ان قواعد الاتفاقيات الدولية في هذه الحالة، تراعي متطلبات التجارة الدولية اكثر من القوانين الداخلية، كما انها تحافظ على الانسجام الدولي للحلول، بعكس القواعد المادية ذات المصدر الداخلي. ومع ذلك فأننا لا نحبذ تطبيقها تطبيقاً مباشراً، الا في الحالة التي تتخلف فيها الارادة عن اختيار قانون العقد. وذلك لعدم الإخلال بالأمان القانوني الذي ينشده الأطراف في تعاملاتهم الدولية، وحرمانهم على هذا النحو من اختيار قانون آخر لحكم علاقتهم العقدية. ولتحقيق هذه الغاية، فإننا نقترح عند وضع هذه الاتفاقيات، ان يتم النص عند تحديد نطاق تطبيقها، على ان يتم هذا التطبيق في الحالة التي لا يوجد فيها إختيار للقانون بمقتضى قواعد القانون الدولي الخاص.

الفرع الثاني : خضوع العقد التجاري الدولي للقواعد ذات التطبيق الضروري

مضت الاشارة الى ان مبدأ حرية الارادة في اختيار قانون العقد التجاري الدولي، هو مبدأ مستقر في معظم الانظمة القانونية الوطنية، وكذلك في الاتفاقيات الدولية الموحدة لقواعد الاسناد في مجال الالتزامات التعاقدية. الا ان هذا المبدأ ليس حراً من كل قيد، فهناك العديد من القيود التي ترد على هذا المبدأ والتي قد يتم النص عليها في قواعد التنازع او في الانظمة القانونية الخاصة[2]. كثير من هذه القيود ناشئة عن تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري، والتي يعالجها هذا الفرع. فان كان اهتمام القانون الدولي الخاص في مجال العلاقات التعاقدية منصب على

---

[1] تنص المادة (2/7) من اتفاقية فيينا على انه : "المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي لم تتناولها هذه الاتفاقية والتي لم تحسمها نصوصها، يتم تنظيمها وفقاً للمبادئ العامة التي اخذت بها الاتفاقية، وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ، تسري احكام القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص".

[2] Travnickova, Simona. ((Limitations of the choice of law – Mandatory rules and internationally mandatory rules)). Published on the internet at : http://www.muni.cz/iips/research/publications/824196 ,p.2.

مراعاة وإدارة مصالح الاطراف المعنية في العقود التي يبرمونها، الا انه لا يمكن ان يتجاهل تماماً المصلحة العامة، ويظهر هذا الاهتمام بمراعاة المصلحة العامة في منهج تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري[1]. فقد اعترف الفقه الحديث بوجود بعض القواعد القانونية التي تنتمي الى قانون القاضي او الى قانون اجنبي، شرعت اصلاً لتنظيم الروابط الداخلية، وان كانت مراعاة طبيعتها الآمرة تقتضي امتداد تطبيقها ايضاً الى العلاقات الخاصة الدولية التي تدخل في نطاق تطبيقها، وذلك بصرف النظر عن أي حكم مخالف قد يتضمنه القانون المختص بحكم العلاقة العقدية بمقتضى قواعد الاسناد. وهذا هو التطبيق المباشر لما يُطلق عليه تسمية القواعد ذات التطبيق الضروري او قواعد البوليس، كما يشار اليها احياناً بمصطلح "قواعد الأمن المدني"[2]، وكذلك "القواعد الآمرة دولياً"[3].

ويترتب على هذا الاعمال المباشر للقواعد ذات التطبيق الضروري، تجزئة العقد الذي يخضع بذلك للقانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد، فيما عدا جوانبه التي تدخل في نطاق سريان قواعد البوليس. وهذا هو ما قصده جانب من الشراح حينما اكد حق القاضي في تجزئة الرابطة العقدية احتراماً لسيادة القانون[4].

ويتناول هذا الفرع تحديد مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري او قواعد البوليس، وكذلك بيان معايير تحديد او تشخيص هذه القواعد، وذلك على النحو التالي :

أولاً : مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري

ان السؤال المطروح حول تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري او قواعد البوليس، هو من اصعب المهام في القانون الدولي الخاص، فمفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري لم يكن له تعريف، ولم يكن هناك دليل ملزم قانوناً لتحديدها ، لوقت طويل من الزمن[5]، وان كان من الطبيعي ان تتصدى بعض التطبيقات القضائية لمحاولة رسم معالم هذه القواعد وتوضيح مفهومها، ومن امثلتها الحكم الشهير الصادر عن محكمة العدل الاوروبية بتاريخ 1999/11/23 في قضية Arblade والذي عبر عن هذه القواعد بأنها القواعد المتعلقة حصراً "بالتنظيم

---

[1] Behr, Volker. Ibid,p.256.

[2] الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص291.

[3] Lei, Wang. ((Mandatory rules of the Rome 1 Regulation : Not “Old wine in new bottles”)). Canadian social science journal, Vol. 7, No. 2, 2011, p.167,169. Travnickova, Simona. Ibid, p.2,7.

[4] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص578-579.

[5] Travnickova, Simona. Ibid, p.3.

السياسي او الاجتماعي او الاقتصادي للدولة"[1]. كما ان هناك بعض المحاولات الفقهية لتعريف هذه القواعد، فقد عرفها الاستاذ Francescakis بأنها : "القواعد اللازمة للمحافظة على النظام السياسي او الاجتماعي او الاقتصادي للبلاد ويتمثل المعيار المميز لها في فكرة التنظيم"[2]. كما عرفها الاستاذ احمد عبد الكريم سلامة بأنها : "القواعد الآمرة التي تلازم تدخل الدولة، وترمي الى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية، الاقتصادية والاجتماعية للجماعة، والتي يترتب على عدم احترامها، اهدار ما تبتغيه السياسة التشريعية، وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها، ايأً كانت طبيعتها، وطنية او ذات طابع دولي"[3].

واذا نظرنا الى الوضع في ظل اتفاقية روما لعام 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في دول الاتحاد الاوروبي، باعتبارها اهم التشريعات التي تطرقت الى تطبيق هذه القواعد، فاننا سنجده وضعاً مربكاً وغامضاً الى حد ما. فالاتفاقية تعاملت مع مصطلح (mandatory rules) اي القواعد الالزامية والتي لا يمكن للاطراف استبعادها بواسطة الاتفاق، وذلك في اكثر من موضع، مثل الحكم الوارد في المادة (3/3)[4] والذي يهدف الى منع تدويل العقود الوطنية عن طريق اختيار قانون اجنبي ليحكمها، لتجنب الاحكام الآمرة في قانون الدولة التي ينتمي اليها العقد بجميع عناصره[5]، والحكم الوارد في المادة (2/5)[6] والخاص بحماية المستهلك في عقود المستهلكين الدولية، والحكم الوارد في في

[1] مشار اليه لدى : Behr, Volker. Ibid, p.258.

[2] مشار اليه لدى محمد، محمد ابراهيم : القواعد الدولية الآمرة. الاسكندرية : دار الفكر الجامعي. 2001. ص66.

[3] سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص65-66.

[4] Article (3/3) of Rome convention says : “The fact that the parties have chosen a foreign law, whether or not accompanied by the choice of a foreign tribunal, shall not, where all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one country only, prejudice the application of rules of the law at the country which cannot be derogated from by contract, hereinafter called 'mandatory rules’”.

[5] Travnickova, Simona. Ibid, p.5.

[6] Article (5/2) of Rome convention says : “Notwithstanding the provisions of Article 3, a choice of law made by the parties shall not have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by the mandatory rules of the law of the country in which he has his habitual residence:

- if in that country the conclusion of the contract was preceded by a specific invitation addressed to him or by advertising, and he had taken in that country all the steps necessary on his part for the conclusion of the contract, or

- if the other party or his agent received the consumer's order in that country, or

المادة (1/6)[1] والخاص بحماية العامل في عقود العمل الدولية، والحكم الوارد في المادة (7)[2] والذي اشار الى امكانية تطبيق القواعد الالزامية المنتمية الى قانون القاضي وكذلك المنتمية الى قانون دولة ثالثة ترتبط بالعقد بصلة وثيقة، بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق بموجب الاتفاقية، ولكن دون ان تحدد المادة معياراً واضحاً لتمييز هذه القواعد الالزامية.

وعند النظر الى المواد (3/3)، و(2/5)، و(1/6)، و(7) من اتفاقية روما، قد يبدو للوهلة الاولى ان الاتفاقية تتعامل مع قواعد من النوعية نفسها، الا انها ليست الحقيقة، على الرغم من ان النسخة الانجليزية من الاتفاقية تستخدم نفس التعبير عن كل منهم. فبعد المقارنة مع اللغات الاخرى للاتفاقية فانه من الواضح ان طبيعة هذه الاحكام مختلفة الى حد ما[3]، فاذا كان مصطلح القواعد الالزامية (mandatory rules) في المادة (2/5)، و(1/6)، و(7) يدخل في نطاق القواعد ذات التطبيق الضروري[4]، الا ان هذا المصطلح في المادة (3/3) يعبر فقط عن القواعد الآمرة في القانون الوطني والتي لا يجوز للعقود الوطنية ان تخالفها. فاذا كان من المسلم به ان جميع القواعد ذات التطبيق الضروري هي قواعد آمرة، الا انه لا يمكن اعتبار جميع القواعد

- if the contract is for the sale of goods and the consumer travelled from that country to another country and there gave his order, provided that the consumer's journey was arranged by the seller for the purpose of inducing the consumer to buy".

[1] Article (6/1) of Rome convention says : "Notwithstanding the provisions of Article 3, in a contract of employment a choice of law made by the parties shall not have the result of depriving the employee of the protection afforded to him by the mandatory rules of the law which would be applicable under paragraph 2 in the absence of choice".

[2] Article (7) of Rome convention says : "1. When applying under this Convention the law of a country, effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a close connection, if and in so far as, under the law of the latter country, those rules must be applied whatever the law applicable to the contract. In considering whether to give effect to these mandatory rules, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.

2. Nothing in this Convention shall restrict the application of the rules of the law of the forum in a situation where they are mandatory irrespective of the law otherwise applicable to the contract".

[3] Travnickova, Simona. Ibid, p. 4.

[4] سنقوم بايضاح سبب اعتبار هذه القواعد من القواعد ذات التطبيق الضروري، لاحقاً وفي هذا الموضع عند تعرضنا لموقف التنظيم الاوروبي Rome1 في هذا الشأن.

الآمرة في القوانين الوطنية من القواعد ذات التطبيق الضروري[1]، فالقواعد الأخيرة لها طبيعة خاصة ومحددة سنقوم بايضاحها لاحقاً.

وبناءً على ما تقدم، فان الوضع في ظل اتفاقية روما لم يساعد على وضع تعريف او معيار محدد يمكن الاستهداء به عند تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري. الا ان هذا الوضع المربك قد تم التغلب عليه في ظل التنظيم الاوروبي Rome 1 الذي حل محل اتفاقية روما، والذي اورد في المادة (1/9) منه تعريفاً للقواعد ذات التطبيق الضروري، والتي اطلق عليها تسمية، القواعد فائقة الالزام "overriding mandatory provisions" ، وقد جاء في التعريف : "هي القواعد التي يكون احترامها حاسماً لحماية المصالح العامة للدولة، مثل تنظيمها السياسي او الاجتماعي او الاقتصادي، الى حد انها تنطبق على اية حالة تقع ضمن نطاقها، بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق على العقد بموجب هذا التنظيم"[2].

ان هذه هي المرة الأولى التي يرد فيها تعريف تشريعي للقواعد ذات التطبيق الضروري، وهو ما ادى الى ايجاد تسمية موحدة لهذا النوع من القواعد – على الاقل في نطاق الاتحاد الاوروبي – الأمر الذي لم يكن موجوداً قبل تنظيم Rome 1. وبالاضافة الى ذلك، فقد ساهم هذا التعريف في اظهار الفرق او الاختلاف بين القواعد الآمرة دولياً (القواعد ذات التطبيق الضروري)، والقواعد الآمرة محلياً او وطنياً، وهو الامر الذي ادى الى ازالة الالتباس الذي كان حاصلاً في ظل اتفاقية روما[3]. ان التعريف الوارد في المادة (1/9) من التنظيم الاوروبي، لا يؤكد فقط الطبيعة الحتمية او الضرورية لهذه القواعد، ولكن ايضاً يؤكد مضمون او محتوى هذه القواعد، وهي القواعد المتعلقة بالمصالح العامة للدولة المعنية، مثل التنظيم السياسي او الاجتماعي او الاقتصادي[4]. ومع ذلك، لا تزال هناك خلافات حول تفسير هذه المادة، وأهمها الخلاف الذي لا ينتهي ابداً، حول الحد الفاصل بين المصالح العامة والمصالح الخاصة[5]. ولكن

---

[1] Travnickova, Simona. Ibid, p3.

[2] Article (9/1) of Rome 1 Regulation says : "Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organization, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this regulation".

[3] Lei, Wang. Ibid, p.169.

[4] Ibid, p.169.

[5] Lei, Wang. Ibid, p.169.

النظر المجرد الى المادة نفسها، يكشف عن ان الغرض من هذا التعريف ليس رسم الحد الفاصل بين المصالح العامة والمصالح الخاصة، لذلك حتى لو كان التمييز بينهما هو امر لا بد منه، فان ذلك ليس من واجب التعريف[1].

كما اشارت الفقرتان (2 و3) من المادة التاسعة من التنظيم[2] الى امكانية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية الى قانون القاضي وكذلك المنتمية الى قانون الدولة التي ستنفذ او نفذت فيها الالتزامات الناشئة عن العقد، بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق بموجب هذا التنظيم[3].

وبالعودة الى التعريف الوارد في المادة (1/9)، يتضح ان القواعد ذات التطبيق الضروري حاسمة وضرورية لحماية المصالح العامة للدولة، وهي بذلك تريد الانطباق على العلاقة المطروحة والتي تقع ضمن نطاق تطبيقها، بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق بشأن هذه العلاقة، وسواء تم تعيينه من قبل الاطراف او بطريقة اخرى. ان الشرط الجوهري المتطلب لاعتبار قواعد البوليس حاسمة وضرورية لحماية المصالح العامة للدولة، يستنتج من نص المادة (1/9) والذي عبر عن المصالح العامة بعبارة "التنظيم السياسي او الاجتماعي او الاقتصادي للدولة"، ويتضح من نص المادة (1/9) والذي بدأ هذه الشروط بعبارة "such as" اي (مثل)، ان هذه الشروط قد جاءت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر[4].

ومن ناحية اخرى، فاننا نستطيع القول بأن القواعد الخاصة بحماية الطرف الضعيف في التعاقد، كالقواعد الخاصة بحماية المستهلك والعامل، والوارد التأكيد على ضرورة تطبيقها، في

---

[1] Lei, Wang. Ibid, p.169.

[2] Article (9/2 & 3) of Rome 1 regulation says : "2. Nothing in this Regulation shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum.

3. Effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application".

[3] تقابل هاتان الفقرتان، المادة (7) من اتفاقية روما والتي سبق الاشارة اليها. وسنتناول موضوع تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري أمام القضاء الوطني في المبحث الثالث من الفصل الثاني.

[4] Behr, Volker. Ibid, p.258.

المادتين (2/6)[1] و (1/8)[2] على التوالي من تنظيم Rome 1 [3]، تدخل ايضاً في نطاق القواعد ذات التطبيق الضروري وفقاً للمعنى المحدد في المادة (1/9). ذلك ان الاحكام المقررة لحماية الطرف الضعيف، لا تستند فقط على تحقيق المصالح الخاصة لهذا الطرف، وانما تهدف من وراء ذلك الى تحقيق المصلحة العامة[4].

وأخيراً، فان القواعد ذات التطبيق الضروري قد تنتمي الى القانون العام وقد تنتمي الى القانون الخاص كقانون العمل وقانون الأسرة[5].

ثانياً : معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري

اختلفت مناهج الفقه حول المعيار الذي يمكن بمقتضاه تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن غيرها من القواعد القانونية الاخرى، وقد تمثلت المعايير التي قال بها الفقه لتمييز القواعد ذات التطبيق الضروري بما يلي :

1. المعيار الشكلي

علق هذا الاتجاه اكتساب القاعدة القانونية لوصف القواعد ذات التطبيق الضروري، على ارادة المشرع الصريحة، أي عندما يقوم المشرع الذي اصدر القانون بتحديد نطاق تطبيقه المكاني.

---

[1] Article (6/2) of Rome 1 Regulation says : "Notwithstanding paragraph 1, the parties may choose the law applicable to a contract which fulfils the requirements of paragraph 1, in accordance with Article 3. Such a choice may not, however, have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement by virtue of the law which, in the absence of choice, would have been applicable on the basis of paragraph 1".

[2] Article (8/1) of Rome 1 Regulation says : "An individual employment contract shall be governed by the law chosen by the parties in accordance with Article 3. Such a choice of law may not, however, have the result of depriving the employee of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement under the law that, in the absence of choice, would have been applicable pursuant to paragraphs 2, 3 and 4 of this Article".

[3] تقابلهما المادتان (2/5) و (1/6) من اتفاقية روما واللتين سبقت الاشارة اليهما.

[4] Behr, Volker. Ibid, p.256.

[5] Travnickova, Simona. Ibid, p3.

ويعيب هذا الاتجاه انه يقوم على تفسير يغلب عليه التخمين لمضمون ارادة المشرع، فلا تكشف عناية المشرع بتحديد نطاق التطبيق المكاني لقانونه عن نظرته المطلقة والجازمة لتلك القوانين بوصفها قوانين بوليس[1]. فعلى سبيل المثال، ووفقاً لهذا المعيار تعتبر المادة (3/3) مدني فرنسي من قواعد البوليس، لمجرد ان المشرع قد حدد نطاق تطبيقها المكاني، حين نص فيها على تطبيق القانون الفرنسي على اهلية الفرنسيين ولو كانوا مقيمين في الخارج.

وبهذه المثابة، تعد القوانين الفرنسية التي تحكم الاهلية – وفقاً لهذا النظر – من قوانين البوليس. وهو الامر الذي يخالف مسلك القضاء الفرنسي الذي فسر نص المادة المذكورة تفسيراً مزدوجاً انتهى فيه الى اخضاع اهلية الاشخاص لقانون جنسيتهم[2].

ومن ناحية اخرى، فان النصوص التي تبدو فيها ارادة المشرع الصريحة في تحديد نطاق تطبيق قانونه تتسم بالندرة[3]. بل ان المشرع قد يتوسع في نطاق تطبيق قانونه لاسباب متنوعة، لا تبرر اعتبار القاعدة القانونية من قواعد البوليس.

وبالاضافة الى ذلك، فان المعيار الشكلي ليس له أي جدوى في الكشف عن القواعد ذات التطبيق الضروري، خاصةً مع اتجاه الفقه الحديث الى التسليم بالاعمال الاحادي للقواعد ذات التطبيق الضروري الاجنبية حتى ولو لم تكن تنتمي للقانون المختص بموجب قواعد الاسناد. فليس هناك ما يلزم القاضي في هذا الفرض بالانصياع للتحديد التشريعي لنطاق تطبيق القاعدة الاجنبية، ما لم تكتسب هذه القاعدة لوصف قواعد البوليس – لانها تستطيع بهذا الوصف فقط ان تجلب الاختصاص للنظام القانوني الذي تنتمي اليه – لأن ارادة القانون الاجنبي في الانطباق لا تكفي في ذاتها لاعتبار هذا القانون من قوانين البوليس[4].

2. المعايير الفنية

[1] عشوش، احمد : مرجع سابق. ص64.

[2] ياقوت، محمود : قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مرجع سابق. ص73. وانظر كذلك عشوش، احمد : مرجع سابق. ص64 وما بعدها.

[3] عشوش، احمد : مرجع سابق. ص67.

[4] ياقوت، محمود : قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مرجع سابق. ص74.

لجأ القضاء الفرنسي بصفة خاصة الى بعض الافكار التقليدية المعروفة في فقه القانون الدولي الخاص، مثل فكرة الاقليمية او فكرة النظام العام، كمعيار لتمييز قواعد البوليس. وذلك على التفصيل الآتي :

أ- معيار الاقليمية :

استناداً الى ان قوانين البوليس هي قوانين ذات تطبيق اقليمي، استخدمت بعض المحاكم الفرنسية اقليمية تطبيق القانون كمعيار لتحديد قوانين البوليس[1].

بيد ان هذا الاستدلال كان محلاً لكثير من النقد. فمن ناحية، تعتبر الاقليمية فكرة يكتنفها الغموض، ومحاولات تفسير قواعد البوليس في ضوئها، هي في الواقع محاولات لفهم فكرة غامضة عن طريق فكرة اخرى اكثر منها غموضاً[2]. ففكرة الاقليمية تثير العديد من التساؤلات عن المقصود بها. هل هي الاقليمية المطلقة التي تبيح للدولة الاقتصار على تطبيق قوانينها داخل حدودها الجغرافية دون غيرها من القوانين الاخرى الاجنبية؟ ام ان المقصود هو مجرد تحديد ضوابط الاسناد على اساس اقليمي – كاسناد الحق العيني على المال لقانون موقعه مثلاً – بما يتيح امكانية تطبيق القوانين الاجنبية؟[3].

ومن ناحية اخرى وحتى بفرض تحديد هذه الفكرة على نحو منضبط، فليس كل قانون اقليمي يعد بالضرورة من قوانين البوليس. فمثلاً قانون موقع المال وان تحدد على اساس الارتباط الاقليمي، الا ان احداً لم يقل بأن هذا القانون يندرج في عداد قوانين البوليس. ففكرة الاقليمية اذاً فكرة غير جامعة[4].

وعلى العكس، فقد تكتسب القاعدة صفة قواعد البوليس رغم ما تتسم به من تطبيق ممتد. ومثال ذلك المادة (3/3) مدني فرنسي، والتي تنص على تطبيق القانون الفرنسي على اهلية الفرنسيين ولو كانوا في الخارج. وتنطوي المادة (20) من مشروع القانون المدني الفلسطيني

[1] عشوش، احمد : مرجع سابق. ص67.

[2] ياقوت، محمود : قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مرجع سابق. ص76.

[3] المرجع السابق. ص76.

[4] عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص194.

على ذات الفكرة، اذ انها تنص على تطبيق القانون الفلسطيني على انعقاد الزواج وآثاره وانقضائه، فيما لو كان احد الزوجين فلسطينياً وقت انعقاد الزواج[1].

وعلى هذا النحو، يصعب الكشف عن القواعد ذات التطبيق الضروري في ضوء فكرة الاقليمية، مما دفع بعض احكام القضاء الفرنسي الى البحث عن ضالتها في فكرة النظام العام.

ب- معيار النظام العام

استند القضاء الفرنسي في العديد من احكامه على فكرة النظام العام ليؤكد ضرورة التطبيق المباشر لبعض القواعد الآمرة في قانونه، رغم اختصاص قانون اجنبي بحكم العلاقة العقدية وفقاً لقواعد الاسناد[2].

وموقف هذا القضاء، يجانبه التوفيق وينعت بالخطورة، فهو من ناحية يقود الى اتساع مضمون فكرة قوانين البوليس، ويؤدي من ناحية اخرى الى زيادة غموض فكرة النظام العام. ذلك ان القضاء يضفي عليها في هذا الصدد معنى ومغزى جديد. ففكرة النظام العام – وكما هي معروفة في القانون الوطني – لا تتطابق مع مفهوم قوانين البوليس. ومن ثم ، لا يمكن تسخيرها في هذا المجال، فعلى سبيل المثال، تعد كافة القواعد المتعلقة بالطلاق وبالبنوة في التشريع المصري متعلقة بالنظام العام، ومع ذلك لم يستطع احد ان يدعي بأنها من قوانين البوليس في القانون الدولي الخاص[3].

كذلك تبتعد فكرة النظام العام وفق معناها في القانون الدولي الخاص عن قوانين البوليس، ذلك ان الدفع بالنظام العام ليس في حقيقة الامر سوى اسلوب تصحيحي لقواعد الاسناد، فلا يعدو ان يكون طريقة لاستبعاد القانون الواجب التطبيق الناجم عن اعمال قاعدة الاسناد. اذ يفترض الأخذ بالنظام العام انعقاد الاختصاص مبدئياً للقانون الاجنبي، ثم يتم استبعاد تطبيق هذا القانون اعمالاً لفكرة الدفع بالنظام العام. ويجري الامر وعلى خلاف ذلك بالنسبة لقوانين البوليس، حيث تطبق مباشرة ودون ان يسبق هذا التطبيق انعقاد الاختصاص لقانون اجنبي[4].

---

[1] تقابلها المواد (14) مدني مصري، (15) مدني اردني، (15) مدني سوري.

[2] من ذلك مثلاً حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عن غرفتها الاولى المدنية بتاريخ 3 يونيه 1966. مشار اليه لدى عشوش، احمد : مرجع سابق. ص**70**.

[3] المرجع السابق. ص69.

[4] المرجع السابق. ص69- **70**.

وحتى في الفروض التي تعد فيها احدى القواعد المتعلقة بالنظام العام من قواعد البوليس في نفس الوقت، فان الاعمال المباشر لهذه القاعدة قد يبدو منطقياً فيما لو كانت القاعدة المذكورة تنتمي الى قانون القاضي، حيث ان هذا الاخير يأتمر بأوامر مشرعه. اما بعد ان اتجه الفقه الحديث – كما سنرى – الى اعمال قواعد البوليس الاجنبية التي لا تنتمي للقانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد، فيصبح من العسير على هذا النحو تفسير التطبيق الاحادي لهذه القواعد بالالتجاء الى فكرة تعلقها بالنظام العام في الدولة الاجنبية[1]، ما دمنا خارج اطار الأثر الانعكاسي للنظام العام[2].

3. المعيار العقلاني

يرى الاستاذ الفرنسي اللبناني الأصل ابراهيم فضل الله في عبارة نقلها عنه الفقه الفرنسي في مجموعه : " ان ذاتية قواعد البوليس لا تكمن في آليتها الأحادية فقط ، وانما وبصفة خاصة، في الصلة التي تربط ما بين مضمونها ونطاق تطبيقها المكاني"[3]. ويرى الاستاذ الدكتور هشام صادق، انه اذا كانت الصلة العقلانية التي تربط مضمون واهداف قواعد البوليس بنطاق تطبيقها هي اهم ما يميز هذه القواعد، فهي تصلح بذلك معياراً لتحديد تلك القواعد[4].

ويقوم المعيار الذي يقترحه الاستاذ هشام صادق على بحث توافر الصلة العقلانية بين مضمون واهداف القواعد التي تريد الانطباق على العلاقة العقدية وبين نطاق تطبيقها كما حدده مشرعها، وهو ما يعني ان يؤدي تطبيقها على المركز القانوني المطروح الى تحقيق الأهداف التي يسعى اليها المشرع من وراء سن هذه القواعد.

وتقدير مدى عقلانية الصلة بين مضمون القاعدة ونطاق تطبيقها، هي من الامور التي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي المطروح عليه النزاع، وهي سلطة يستمدها من المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص السائد في دولته[5]. وتبقى سلطة القاضي في اعمال قواعد البوليس على هذا النحو خاضعة لرقابة محكمة النقض على اساس ان اعمال قاعدة البوليس حيث لا يجب

[1] ياقوت، محمود : قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مرجع سابق. ص81-82.

[2] انظر دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص246.

[3] مشار اليه لدى صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص595.

[4] المرجع السابق. ص662.

[5] المرجع السابق. ص668.

اعمالها او الامتناع عن اعمالها حيث كان يتعين هذا الاعمال، هي مسألة قانونية تدخل في صميم اختصاص المحكمة العليا[1].

هذا ولقد كان المعيار العقلاني – وبحق – محلاً للإنتقاد، من منطلق ان الصلة بين مضمون القاعدة ونطاق سريانها هي مسألة ثانوية ترتبط بمسألة اولية وهي ما اذا كان تطبيق القاعدة المطروحة يعد ضرورياً من عدمه. وحيث انه من المتصور الا يكون هذا التطبيق ضرورياً رغم توافر هذه الصلة، ففي هذه الحالة يصبح المعيار المذكور خالياً من أي معنى. فلماذا تطبق قاعدة لا يعد تطبيقها ضرورياً استناداً الى مجرد الصلة العقلانية بين مضمونها ونطاق سريانها[2].

وإن كنا نرى ان هذه الصلة العقلانية بين مضمون واهداف القاعدة وبين نطاق تطبيقها، لا تصلح كمعيار لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري، الا اننا نعتقد بضرورة توافر هذه الصلة كأساس لتطبيق هذه القواعد، اي انه لا يكفي ان تكون هذه القواعد على صلة ما بالرابطة العقدية، بل يجب ان يؤدي تطبيق هذه القواعد الى تحقيق اهدافها التي رسمها لها مشرعها[3].

نتيجة للإشكاليات التي احاطت بالمعايير السابقة، والتي تؤدي حقاً الى صعوبة الاعتماد على احدها في تشخيص القواعد ذات التطبيق الضروري، فإننا نرى في المعيار الغائي الذي يقوم على بحث الهدف او الغاية التي تسعى اليها القاعدة محل التحديد او التكييف، افضل المعايير لتحديد او تشخيص هذه القواعد، خاصة وأن تنظيم (Rome 1) انطلق في تعريفه لهذه القواعد، من الهدف الذي تسعى الى تحقيقه.

4. المعيار الغائي

من أقدم المعايير التي قيلت في شأن تشخيص القواعد ذات التطبيق الضروري، المعيار الغائي، الذي ينظر اساساً الى الهدف او الغاية التي يتوخاها القانون. فقد اقام الاستاذ بيليه تفرقة بين القوانين التي تحمي المصالح الفردية والقوانين التي تسعى الى حماية الجماعة. فهذه القوانين الاخيرة هي التي تعد من قوانين البوليس ذات التطبيق الضروري التي يتسم اعمالها بالطابع

[1] المرجع السابق. ص669، 670.

[2] رأي الاستاذ Vincent Heuze مشار اليه لدى صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص667.

[3] انظر المبحث الثالث من الفصل الثاني تحت عنوان "مدى اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري امام القضاء الوطني".

الاقليمي البحت، ومن ثم يقتصر تطبيقها على اقليم الدولة التي اصدرتها، وهو ما يفيد رفض تطبيقها فيما لو كانت صادرة عن دولة اجنبية[1].

وفي بدايات القرن الماضي جاء الاستاذ Arminjon بفكرة القوانين السياسية كأساس لتحديد ماهية قوانين البوليس، فقد عرف الاستاذ Arminjon قوانين البوليس بأنها : "القوانين السياسية التي تخرج عن مجال تنازع القوانين لتنطبق على كافة الاشخاص والوقائع والتصرفات التي صدرت من اجلها، والتي تسعى على هذا النحو الى ادراك مصلحة الدولة التي اصدرتها"[2]. وقد لاقت هذه الفكرة صدى في كل من القضاء الألماني والبلجيكي، وذلك كأساس لرفض تطبيق القوانين السياسية الصادرة عن دولة اجنبية[3]، وهو ما يفيد امكان تطبيق هذه القوانين فيما لو كانت صادرة عن دولة القاضي.

وبالطبع فإن الأفكار السابقة تعجز عن تفسير الاتجاه المعاصر نحو التطبيق المباشر لقواعد البوليس الاجنبية، على الاقل فيما لو كانت تنتمي للقانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد.

وفي وقت لاحق قدم انصار نظرية القواعد ذات التطبيق الضروري معياراً آخر ذا طبيعة غائية، وهو المعيار الذي استند اليه الاستاذ Francescakis في مرحلة تالية من مراحل تطور فكره في هذا الخصوص، وهو معيار "التنظيم". فالقوانين ضرورية التطبيق في رأي هذا الفقيه، هي تلك التي تعكس "تنظيم الدولة"، ومن ثم يلزم انزال حكمها دون ادنى مزاحمة، ذلك ان طابع التنظيم فيها لا يطيق معه تدخل اي قانون آخر اجنبي. وبالنظر الى هذا المعيار العام يصوغ هذا الفقيه تعريفه لقوانين البوليس بأنها : "القوانين التي يكون احترامها ضرورياً من اجل حماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة. ويتمثل المعيار المميز لها في فكرة التنظيم"[4].

---

[1] سلامة، احمد عبد الكريم : القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق. ص60.

[2] عشوش، احمد : مرجع سابق، ص 70.

[3] فقد رفضت المحكمة الفيدرالية الالمانية في 17 ديسمبر 1959 ان تعتد بالقوانين الصادرة عن جمهورية المانيا الديموقراطية (في ذلك الوقت) والتي تتضمن قيوداً نقدية، بوصفها من قوانين البوليس التي تسعى الى تحقيق مصالح هذه الدولة. كما رفضت محكمة النقض البلجيكية في 2 يونيو 1960 الاعتداد بقوانين التأميم الصادرة عن الحكومة التشيكية على اساس أنها قوانين لا شأن لها برعاية المصالح الخاصة، وانما هي تهدف الى حماية مصالح الدولة التي اصدرتها. مشار الى هذه الاحكام لدى : عشوش، احمد : مرجع سابق. ص 71-72.

[4] انظر عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص 196. وانظر كذلك الدكتور احمد عبد الكريم سلامة، حيث تعرض لفقه الاستاذ Francescakis تحت عنوان "المعيار العضوي او المادي" للقواعد ذات التطبيق الضروري. وقد فسر المؤلف موقفه في هذا الصدد على اساس ان الاستاذ الفرنسي وان كان قد عرف هذه القواعد بأنها تلك التي تسعى الى تحقيق اهداف سياسية واجتماعية واقتصادية للدولة، الا ان وسيلتها في ادراك هذه الاهداف هي الهياكل والاجهزة التي تنظمها الدولة. فليست "غاية القوانين هي جوهر المعيار"،

وبناءً على ذلك، تشمل القواعد ذات التطبيق الضروري، جميع القواعد المتصلة بالكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، سواء تعلقت بالقانون العام ام بالقانون الخاص[1].

واذا كان الاستاذ Francescskis قد اشترط لاكتساب القاعدة القانونية وصف قاعدة البوليس، الا تكون متعلقة فقط بتنظيم الجماعة وانما ايضاً ان يكون تطبيقها "ضرورياً" لتحقيق هذه الغاية، فانه يمكن القول مع البعض بأنه من العسير ان نسلم بوجود قاعدة قانونية تنظم المجتمع دون ان تكون ضرورية لهذا التنظيم[2]. اما اذا كان المقصود هو ان تبلغ ضرورتها لهذا التنظيم حداً معيناً، فهذا معناه ان الفارق بين قواعد البوليس وغيرها من قواعد القانون هو فارق في الدرجة وليس في الطبيعة[3].

على ان الاستاذ Francescakis قد استخدم فكرة التنظيم كمعيار للتطبيق المباشر لقواعد البوليس في قانون القاضي، ولم يسلم بامكان التطبيق المباشر للقواعد المماثلة في قانون اجنبي، الا اذا اشارت قواعد الاسناد في قانون القاضي باختصاص القانون الاجنبي الذي تنتمي اليه هذه القواعد[4]، وهو الامر الذي يخل بالتوازن المنشود في المعاملة بين القوانين المتصلة بالرابطة العقدية والتي لن تخضع على هذا النحو، في خارج اطار منهجية التنازع، الا لقواعد البوليس في دولة القاضي المطروح عليه النزاع[5].

واذا كانت جميع الافكار السابقة التي تتبنى المعيار الغائي في تحديد قواعد البوليس لا تسلم من الانتقاد، خاصة انها ترفض التطبيق المباشر لقواعد البوليس الاجنبية، ما يعد مجافاةً للأهداف المبتغاة من وراء تطبيق قواعد البوليس، والمتمثلة في تحقيق الاهداف الحيوية والضرورية التي تسعى هذه القواعد الى ادراكها في شأن المسائل التي تدخل في اطار سريانها الذاتي، وتحقيق وحدة الحلول على المستوى الدولي، وضمان فعالية تنفيذ الاحكام الاحنبية، الا

ولكن فكرة "تنظيم الدولة للمصلحة محل البحث، اي تتكفل الدولة بذاتها تنظيم المسألة المعروضة". سلامة، احمد عبد الكريم : القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق. ص67.

[1] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 658.

[2] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص660.

[3] عشوش، احمد : مرجع سابق. ص 74.

[4] ياقوت، محمود : قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مرجع سابق. ص 94.

[5] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 662.

ان تنظيم (Rome 1) والذي نرى انه تبنى المعيار الغائي في تحديد هذه القواعد[1]، قد تلافى هذه الانتقادات عندما نص في المادة (3/9) منه على تطبيق قواعد البوليس الاجنبية، ولكنه لم يترك الباب مفتوحاً امام امكانية تطبيق جميع قواعد البوليس الاجنبية المتصلة بالرابطة العقدية، وانما حدد تلك القواعد بكونها المنتمية الى قانون الدولة التي ستنفذ او نفذت فيها الالتزامات الناشئة عن العقد.

اما عن جوهر المعيار الغائي الوارد في التنظيم، فيتجلى بكون الهدف من سن هذه القواعد هو حماية المصالح العامة للدولة، مثل تنظيمها السياسي او الاجتماعي او الاقتصادي، ولابد ايضاً ان يكون تطبيقها ضرورياً وحاسماً لحماية هذه المصالح وفق ما جاء في نص المادة (1/9)، بمعنى ان تبلغ ضرورتها حداً معيناً يجعلها تعلو في الدرجة على غيرها من قواعد القانون. وبالتطبيق لهذا المعيار نجد انه يتصف بهذه الطبيعة، القوانين المنظمة لعلاقات العمل، والرقابة على النقد، او الصرف، والمساعدة التربوية للقصر، والتأمينات الاجتماعية، ونظم التأمين الخاصة، والالتزام بالنفقة، والقواعد الخاصة بالسجل المدني، ومرفق القضاء، ومحاربة الاحتكار، وما شابه ذلك من مسائل تتعلق بالمصالح العامة للدولة مثل تنظيمها السياسي او الاجتماعي او الاقتصادي[2].

ونحن لا ننكر من جهتنا ان هذا المعيار يتسم بعدم التحديد، فهو معيار واسع لا ينطوي على ضوابط جازمة، لذلك لا بد ان يُترك الامر لقاضي الموضوع لتحديد ما اذا كانت القاعدة التي تريد الانطباق، من قواعد البوليس ام لا، وذلك في ضوء الهدف من هذه القاعدة، وهو ما يقتضي من القاضي القيام بعملية تحليلية للقواعد التي تريد الانطباق على الرابطة العقدية سواء في قانون القاضي او في قانون اجنبي يتصل بالرابطة العقدية[3]، ويكفي في الكشف عن قاعدة البوليس ان يكون الهدف منها تحقيق مصالح عامة على درجة من الاهمية بما يعطيها اختصاصاً استثنارياً يرفض معه مزاحمة اي قانون آخر. ويخضع القاضي وهو بصدد تحديد ما يعد من قوانين البوليس لرقابة محكمة النقض بحسبان ان الامر يتعلق بمسألة قانونية يكشف فيها القاضي عن ارادة المشرع الضمنية التي اودعها النص، بالاضافة الى ان اعمال قاعدة البوليس حيث لا

[1] وذلك في المادة (1/9) السابق الاشارة اليها والتي نصت على ان : "القواعد فائقة الالزام هي القواعد التي يكون احترامها حاسماً لحماية المصالح العامة للدولة، مثل تنظيمها السياسي او الاجتماعي او الاقتصادي، الى حد انها تنطبق على اية حالة تقع ضمن نطاقها، بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق على العقد بموجب هذا التنظيم".

[2] عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص 196.

[3] مع ملاحظة ان المادة (3/9) من تنظيم (Rome 1) قد حصرت هذه الصلة بالدولة التي نفذت او ستنفذ فيها الالتزامات العقدية.

يجب اعمالها او الامتناع عن اعمالها حيث كان يتعين هذا الاعمال، هي مسألة قانونية تدخل في صميم اختصاص المحكمة العليا[1].

المطلب الثالث : خضوع العقد التجاري الدولي لقانون التجار (lex mercatoria)

لا يعتبر قانون التجار قانوناً حديثاً، وانما موغلاً في القدم. ورغم ان البعض يتتبع أثر هذا القانون بالعودة الى العصور الرومانية، الا ان السرد التقليدي لهذا القانون بدأ في العصور الوسطى وبالتحديد في اوروبا، عندما بدأت الاسواق والمعارض التجارية تلعب دوراً بارزاً في نهوض التجارة الدولية[2]. وقد وجد التجار المتنقلون بين هذه الاسواق والمعارض، انفسهم امام وضع محبط بسبب عدم اتساق القوانين التي واجهوها خلال تنقلهم من دولة الى اخرى، فضلاً عن ان القضاة المحليين يفتقدون الحذاقة التجارية. ولمعالجة هذه المشاكل قام التجار وبطريقة عفوية بوضع مجموعة موحدة من المبادئ لحل او تسوية الخلافات الناشئة بينهم، وقد استندت هذه المبادئ الى الأعراف والممارسات السائدة في التجارة، وهي بذلك كانت مستقلة عن القوانين المحلية فضلاً عن غيرها من نظم القواعد العالمية، مثل القانون الروماني الذي اعيد اكتشافه ويدرس في الجامعات الاوروبية منذ القرن الحادي عشر، والقانون العالمي للكنيسة الكاثوليكية[3]. وقد وجدت هذه المبادئ فرصة للتطبيق في ظل اتفاق الاطراف على احالة النزاعات التجارية الناشئة بينهم الى محاكم تجارية خاصة، تدار من قبل التجار انفسهم، وتتعامل مع المسائل الفنية المعقدة بطريقة غير رسمية وسريعة نسبياً. لم تكن هذه المحاكم تستمد سلطتها من السلطة القسرية للدولة، وانما من حقيقة اتفاق الاطراف على اللجوء اليها لتسوية النزاعات الناشئة بينهم. اما التجار الذين يحاولون خرق مثل هذا الاتفاق، فانهم سيجدون انفسهم منبوذين من قبل الاعضاء الآخرين في مجتمع التجار[4].

---

[1] عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص 198. صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 670.

[2] لمزيد من التفصيل حول تاريخ قانون التجار انظر :

Cordes, Albrecht. ((The search for a medieval Lex mercatoria)). Published on the internet at : http://ouclf.iuscomp.org/articles/cordes.shtml, p.1-14.

[3] Marrella, Fabrizio and Yoo, Christopher S. Ibid, p.812.

[4] Ibid, p.811.

بمرور الوقت، بدأت الدول تعتبر استقلال السلطة المركزية للتجار والمنصوص عليها في قانون التجار، تهديداً محتملاً لسلطتهم السياسية، لذلك وفي القرن التاسع عشر تم ادماج قانون التجار في القوانين الوطنية سواء في الدول التي تطبق القانون المدني مثل فرنسا، او الدول التي تطبق نظام قانون العموم مثل المملكة المتحدة[1]. ان تحول مركز القوة بعيداً عن قانون التجار، يتلخص في الموعظة التالية : "ان التجار يجب ان يأخذوا قانونهم من المحاكم وليس العكس، وعندما يجدون القانون الوطني غير ملائم لاغراض التجارة الدولية، ينبغي تقديم طلب الى البرلمان لتعديله"[2].

اما العودة الحديثة لقانون التجار فيمكن ارجاعها الى ستينيات القرن الماضي، في اعقاب ندوة دولية عقدت في لندن عام 1962 وكانت تتعلق بمصادر قانون التجارة الدولية المعاصر، وحينها ذهب الاستاذ Clive Schmitthoff الى القول: "أن ممارسات التجارة الدولية قد تشكل قانون التجار الجديد، وان تطور قانون مستقل للتجارة الدولية يتأسس على المعايير المقبولة عالمياً لقواعد السلوك التجاري، وهذا القانون سيكون احد اهم التطورات في العلوم القانونية في عصرنا هذا، وقد يشكل ارضية مشتركة للمحامين المختصين بقضايا التجارة الدولية من جميع دول العالم، مما يمكنهم من التعاون لبلوغ كمال الآلية القانونية للتجارة الدولية"[3]. وقد تلا ذلك المؤتمر عدة اطروحات مهمة حول قانون التجار تم تقديمها من قبل مبدعي نظرية قانون التجار في العصر الحديث وهما الاستاذان Schmitthoff و Berthold Goldman [4].

يتناول هذا المطلب تحديد مفهوم قانون التجار، ومصادره، وطبيعته القانونية، وكذلك العلاقة بينه وبين القانون الدولي الخاص وذلك في اربعة فروع على النحو التالي :

الفرع الأول : مفهوم قانون التجار

الفرع الثاني : مصادر قانون التجار

الفرع الثالث : الطبيعة القانونية لقانون التجار

---

[1] Bonn, Gesa Baron. ((Do the unidroit principles of international commercial contracts form a new lex mercatoria?)). Published on the internet at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/piblio/baron.html, p.2.

[2] رأي Edward Christian، مشار اليه لدى Marrella, Fabrizio and Yoo, Christopher S .Ibid, p.812.

[3] مشار اليه لدى Marrella, Fabrizio and Yoo, Christopher S .Ibid, p.813.

[4] Mustill, Michael. ((The new lex mercatoria : The first twenty five years)). Published on the internet at : http://www.trans-lex.org/126900, p.87.

الفرع الرابع : قانون التجار والقانون الدولي الخاص

الفرع الأول : مفهوم قانون التجار

يعرف الاستاذ "Berthold Goldman" قانون التجار بأنه : "مجموعة من المبادئ والنظم، والقواعد، المستقاة من كل المصادر التي تغذي باطراد، وتستمر في تغذية الهياكل والسير القانوني الخاص بجماعة ممارسي التجارة الدولية"[1]. كذلك تم تعريفه "بأنه فرع من القانون يطبق على معاملات التجارة الدولية، ويستمد مضمونه من واقع تلك المعاملات"[2]. كما تم تعريفه ايضاً بأنه : "مجموعة مستقلة من القواعد والممارسات المقبولة من قبل مجتمع التجارة الدولية، لتنظيم معاملاتهم، يتم دعمه والترويج له بشكل نشيط من قبل عدد من الهيئات البارزة في مجتمع التجارة الدولية"[3].

ان اهم ما يميز قانون التجار، هو انه قانون ذو اصل عرفي، انبثق بشكل عفوي او تلقائي من الأعراف والمبادئ التي تنشأ في الأوساط المهنية التجارية، لذلك هو ليس قانون تم وضعه من قبل اي دولة ذات سيادة او منظمة، او شخص معين[4]. كما يتميز قانون التجار بطابعه العالمي[5]، فهو لا يخص دولة او اقليم معين وانما قابل للتطبيق على جميع العلاقات التجارية ذات الطابع الدولي في شتى انحاء العالم. كما ان قانون التجار لا يعالج الا العلاقات التجارية الدولية التي تنتمي الى القانون الخاص بغض النظر عن صفة اطراف العملية، اي سواء كانوا من اشخاص القانون العام او من اشخاص القانون الخاص، فلا شأن له بتنظيم التبادل التجاري بين الدول بصفتها صاحبة السيادة، كتعيين حجم هذا التبادل، او نوع السلع التي يقع عليها، او التيسيرات الجمركية التي تمنحها كل دولة للاخرى[6]. كذلك فان قانون التجار يستقل عن كل من

[1] نقلاً عن سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص283.

[2] Frischkorn, Michael. ((Definitions of the lex mercatoria and the effects of codifications on the lex mercatoria's flexibility)). European Journal of Law Reform, Vol. 7, no. 3/4, 2005, p.332.

[3] Amissah, Ralph. ((The autonomous contract – Reflecting the borderless electronic – commercial environment in contracting)). Published on the internet at : http://www.cisg3.law.pace.edu/cisg/piblio/amissah2.html, p.38.

[4] Frischkorn, Michael : Ibid, p.333.

[5] Marrella, Fabrizio and Yoo, Christopher S. Ibid, p.815.

[6] شفبق، محسن : اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع. مرجع سابق. ص8.

القوانين الوطنية وكذلك عن القانون الدولي العام، لذلك يعتبر قانون التجار نظام ثالث للقانون يسمى بالنظام القانوني عبر الدولي او العابر للحدود الوطنية، على قدم المساواة مع كل من النظام القانوني الداخلي والدولي[1].

ان الاعتراف بالطبيعة عبر الدولية لقانون التجار وما يتصل بها من اعتباره نظاماً قانونياً مستقلاً، يساعد في تجنب كثير من المفاهيم الخاطئة حول هذا القانون، واهمها اعتبار تطبيق قانون التجار مكافئاً للتحكيم وفقاً للعدالة والانصاف، وهذا ما يناهض اعتبار قانون التجار نظاماً قانونياً بمعنى الكلمة وليس كوسيلة للتقرير طبقاً لغير القانون[2].

كما يذهب البعض[3] في تأكيده لاعتبار قانون التجار نظاماً قانونياً مستقلاً، الى القول بأن تبني او انشاء او تعزيز قانون التجار، ليس له علاقة بمحاولات توحيد قانون التجارة الدولية، على اعتبار ان هدف هذه الاخيرة هو تقليص الفروق والاختلافات بين القوانين الوطنية للدول المختلفة، والتي تعتبر غير ذات صلة بقانون التجار، بهدف ازالة العوائق التي تعترض التجارة الدولية. الا اننا نعارض تماماً هذا القول، ذلك ان محاولات توحيد قانون التجارة الدولية، تهدف بالدرجة الاولى الى ايجاد اساس مستقر وموحد للتجارة الدولية، وهو ما يساهم بشكل فعال في تعزيز قانون التجار. وسنرى لاحقاً ان كثيراً من طرق توحيد قانون التجارة الدولية تثمر عما نعتبره مصادر رئيسية لقانون التجار، مثل اعداد الاتفاقيات الدولية الموحدة للقواعد الموضوعية المطبقة على علاقات التجارة الدولية بين اشخاص القانون الخاص، واعداد القوانين النموذجية، والعقود النموذجية والشروط العامة، وتقنين عادات واعراف التجارة الدولية[4]. وننوه في هذا الشأن الى اننا نميل الى تبني مفهوم واسع لقانون التجار في العصر الحديث، بحيث لا يقتصر فقط على شموله للاعراف والممارسات السائدة بالفعل في اسواق التجارة الدولية، وانما على جميع القواعد والمبادئ التي تسعى الى تعزيز التجارة الدولية[5]، وهو ما نعتقد انه يتفق وتعريف الاستاذ Goldman لقانون التجار، والذي اوردناه آنفاً. وتؤدي وجهة النظر هذه الى جعل قانون التجار وسيلة لاصدار قواعد وافكار جديدة لاستخدامها من قبل ممارسي التجارة الدولية دون

---

[1] Frischkorn, Michael. Ibid, p.333.

[2] Mustill, Michael. Ibid, p.92.

[3] Ibid, p.88.

[4] انظر في الطرق المتبعة لتوحيد قانون التجارة الدولية : شفيق، محسن : اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع.مرجع سابق. ص9 وما بعدها.

[5] انظر في هذا الرأي ايضاً : Frischkorn, Michael. Ibid, p.334.

الحاجة الى اي نظام قانوني[1]، ويبقى الضابط في اعتبار هذه القواعد أوالمبادئ جزءاً من قانون التجار، هو قبول المجتمع التجاري الدولي بها. ورغم الصعوبات العملية التي قد تحيط بهذه الفكرة، والتي تتمثل اولاً بعدم وجود جهة معينة واحدة لتقرر قبول مثل هذه القواعد، وثانياً ان هذه الفكرة قد تؤدي الى شيء من عدم اليقين القانوني عند اختيار او تطبيق اجزاء معينة من قانون التجار، الا اننا نعتقد ان هذه الصعوبات قد تم التغلب عليها فعلاً في واقع التجارة الدولية، ذلك ان هذه القواعد المبتكرة يتم اعداها وتدوينها من قبل جهات مهنية متخصصة في مجال التجارة الدولية، سواء كانت جهات حكومية مثل لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونيسترال)، او جهات غير حكومية مثل معهد روما لتوحيد القانون الخاص (يونيديروا)، ويتم الحرص عند اعدادها على اشباع اهم حاجيات مجتمع التجارة الدولية[2]، وكذلك جعلها عالمية النطاق[3]، اي قابلة للتطبيق على علاقات التجارة الدولية في شتى انحاء العالم. وعادةً ما يتم نشرها بعدة لغات عالمية، وهو ما ساهم فعلاً في انتشار هذه القواعد وقبولها من قبل المتعاملين في مجتمع التجارة الدولية، حتى اضحت بالفعل تمثل الممارسات السائدة في هذا المجتمع. وفي الحكم الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في القضية رقم 15089 بتاريخ 2008/9/15، وبعد ان قررت هيئة التحكيم أن القانون الذي يحكم العقد يجب ان يكون مبادئ اليونيديروا بسبب عدم وجود اختيار من قبل الاطراف، اضافت : "... ان مبادئ اليونيديروا تشكل اعادة صياغة لقانون العقود الحديث في شكله الاكثر موثوقية، كما انها معروفة بسبب عدة مئات من المنشورات المتعلقة بها، واكثر من 150 حكم تحكيمي وقضائي موثق. كما ان هذه المبادئ حازت على تأييد ودعم لجنة اليونيسترال"[4]. وفي الحكم الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في باريس بتاريخ 1997/4، جاء في قرار هيئة التحكيم : " ان مبادئ اليونيديروا تعتبر تكريساً للقواعد المعترف بها على نطاق واسع في جميع انحاء العالم، وكذلك للممارسات السائدة في التجارة الدولية"[5]. وفي الحكم الصادر عن محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة والصناعة الروسية في القضية رقم 1996/229 بتاريخ 1997/6/5، وبعد ان قررت هيئة التحكيم سد الفجوات في اتفاقية فيينا باللجوء الى مبادئ

[1] Frischkorn, Michael. Ibid, p.333.

[2] وفي هذا الصدد ذهبت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في قرارها رقم11256 لسنة 2003 الى ان : "مبادئ اليونيديروا تقدم حلولاً معقولة لتلبية احتياجات التجارة الدولية". نقلاً عن موقع انترنت : www.unilex.info تارخ الدخول 2012/3/20 ساعة الدخول 11 مساءً.

[3] Sweet, Alec Stone. Ibid, p.633.

[4] نقلاً عن موقع انترنت : www.unilex.info تاريخ الدخول 2012/4/20 ساعة الدخول 11 مساءً.

[5] نقلاً عن موقع انترنت : www.unilex.info تاريخ الدخول 2012/4/20 ساعة الدخول 11 مساءً.

اليونيديروا، بررت ذلك بقولها : "... ان مبادئ اليونيديروا تعكس العادات التي يعرفها الاطراف أو التي يجب ان تكون معروفة بالنسبة اليهم، كما تعتبر المبادئ معروفة على نطاق واسع في التجارة الدولية، ومن ثم فهي تطبق وفقاً للمادة (2/9) من اتفاقية فيينا"[1].

وسنحاول في الفرع التالي القاء الضوء على الروافد التي يستقي منها قانون التجار قواعده.

الفرع الثاني : مصادر قانون التجار

يستقي قانون التجار قواعده من عدة مصادر او روافد اساسية، تتمثل بما يلي :

أولاً : عادات وأعراف التجارة الدولية

تعتبر هذه العادات والأعراف من ابرز مصادر قانون التجار، وتكون سائدة في مجال السلعة او النشاط محل العلاقة التي يتعلق بها النزاع، وكثيراً ما تحيل القوانين الواجبة التطبيق اليها على نحو ما

هو معهود في معظم التشريعات الوطنية[2].

حيث درج العمل الدولي بين التجار اعضاء التجمعات المهنية والتجارية ورجال الصناعة والمال على اتباع عادات معينة في معاملاتهم التجارية عبر الدول. وقد تصدت العديد من المؤسسات المهنية الخاصة لتقنين هذه العادات ضمن الشروط العامة للعقود النموذجية بكل مهنة او تجارة على حدة، كما هو الشأن بالنسبة للشروط النمطية التي وضعتها جمعية لندن لتجارة الحبوب، والجمعية الامريكية لتجارة الحرير[3]. وتلعب غرفة التجارة الدولية ".I.C.C" دوراً هاماً في هذا المجال، اذ اصدرت مجموعتين من الاعراف التجارية لهما شأن عظيم في تنظيم نواح هامة من التجارة الدولية، وهما : مجموعة المصطلحات التجارية الدولية المعروفة باسم

---

[1] نقلاً عن موقع انترنت : www.unilex.info تاريخ الدخول 2012/4/20 ساعة الدخول 11 مساءً.

[2] الجمال، مصطفى و عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص740. ومن ذلك على سبيل المثال المادة (1135) من التقنين المدني الفرنسي، والمادة (4) من قانون التجارة الاردني رقم (12) لسنة 1966 المطبق في الضفة الغربية، والمواد (43) و (44) و (45) من مجلة الاحكام العدلية، والمواد (2) و (2/89) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني، والمواد (2) و (2/88) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999.

[3] رضوان، ابو زيد. ((الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي – القسم الرابع "القانون او القواعد التي تحكم موضوع النزاع")). مجلة الحقوق، الكويت، العدد 1-3، السنة الرابعة، 1980، ص49.

(انكوتيرمز) والتي تضم الاعراف المتبعة في البيوع الدولية، وكان آخرها ما صدر عام 2010 ودخل حيز النفاذ بتاريخ 2011/1/1. كما اصدرت مجموعة اخرى تسمى، القواعد والعادات المتعلقة بالاعتماد المستندي، وقد احتوت تقنيناً للاعراف المصرفية المستقرة في هذا المجال، وكان آخرها ما صدر في النشرة رقم (600) لعام 2006.

ان كثيراً من الانظمة القانونية تخلط بين العادة والعرف نتيجة لصعوبة التفرقة بينهما في مجال العلاقات التجارية، وهو ما دفع البعض الى اطلاق مصطلح العادات التجارية على ما يسمى بالاعراف التجارية، على اساس ان تعبير العادة يُعبر عن كل انواع العرف، اسوة بما فعله المشرع والقضاء الفرنسيين[1]. الا ان الفقيه الفرنسي "Geny" يفرق بوضوح بين العرف والعادة، وقد أخذ الفقه المصري بهذه التفرقة. فالعرف يتكون من ركنين : الركن المادي والركن المعنوي. اما العادة فانها تعبر عن الركن المادي للعرف، لكنه لا يلزم لها استيفاء الركن المعنوي. فالركن المادي يتمثل في "الاعتياد المستمر طويل الأجل"، وقد يرد الاعتياد على سلوك ايجابي او سلبي، وهو يتميز بالاستمرار دون انقطاع. على ان الاعتياد المذكور لا يلزم فيه ان يشمل مجموع كل الاشخاص، فالاجماع المطلق مستحيل. وبذلك يكفي ان يكون الاعتياد صادراً من معظم الاشخاص بشكل يقترب من الاجماع، دون وجود معيار حسابي في هذا الشأن. اما الركن المعنوي فهو ركن نفسي غير مادي، يُقصد به احساس الذين يتبعون السلوك المعتاد بأن هذا السلوك ملزم لهم قانوناً. ويترتب على التفرقة بين العرف والعادة، ان العرف قاعدة قانونية تتمتع بالالزام الذاتي دون حاجة الى اتفاق الاطراف حتى تصبح واجبة التطبيق. في حين ان العادة يلزم الاتفاق الصريح او الضمني حتى تصبح واجبة التطبيق، ولهذا توصف العادة بكونها "اتفاقية" فمركز العادة لا يتعدى مركز شروط العقد[2].

ويرى جانب من الفقه ان العادات السائدة في مجال التجارة الدولية لا تشكل قواعد قانونية بالمعنى المعروف، وانما هي مجرد عادات ذات صفة اتفاقية او تعاقدية. فالعادة التجارية لا تصبح قاعدة قانونية الا اذا تحولت الى عرف، وهي لا تكون كذلك الا اذا توافرت لها صفة الالزام، او كما قرر البعض، في الحدود التي تكون فيها تلك العادات متوافقة ومستقرة[3].

[1] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. هامش (97)، ص157-158.

[2] انظر فرج، توفيق حسن : النظرية العامة للقانون. القسم الاول. الدار الجامعية : دون ذكر بلد النشر. 1993. ص250 وما بعدها.

[3] ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص320.

بينما يرى الجانب الآخر من الفقه، وبالأخص المناصر منه لنظرية قانون التجار، ان تواتر العمل على اتباع العادات التجارية الدولية التي نشأت في مجتمع التجار ورجال الاعمال العابر للحدود – سواء تم تقنينها ام لم يتم بعد – قد ادى مع مرور الوقت الى تحويل هذه العادات من مجرد عادات اتفاقية الى اعراف ملزمة، فاضحت على هذا النحو ذات مضمون عام ومجرد، الامر الذي يضفي عليها في النهاية، الصفة القانونية[1].

بل واكثر من ذلك، فان انصار قانون التجار يذهبون الى القول بغياب التفرقة بين مصطلحي "العادات التجارية" و "الاعراف التجارية" ، فالمصطلحين يستخدمان بمعنى واحد تقريباً، ويؤكدون على ان العادات التجارية الدولية تتميز بذاتية خاصة من حيث اصل نشأتها عن العادات التجارية الداخلية. هذه الذاتية الخاصة تكسبها قيمة القواعد العرفية بالمعنى المعروف في نطاق القوانين الداخلية، أي تكسبها قيمة القواعد القانونية الملزمة[2].

فالاستاذ Goldman يعتقد ان عادات التجارة الدولية تتوافر فيها خصائص القاعدة القانونية العرفية التي تنطبق في حالة غياب أي احالة صريحة او ضمنية من جانب الاطراف، مادام انهم لم يستبعدوها صراحةً باتفاق خاص. وتُرد القوة الملزمة لهذه العادات الى شعور رابطة التجار داخل النطاق الذي تغطيه هذه العادات بأن لها قوة ملزمة[3].

كما ان هنالك العديد من التشريعات التي اظهرت الصفة القانونية لعادات التجارة الدولية وفرقتها عن الشروط العقدية، ومن ذلك على سبيل المثال، قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001، فبعد ان بينت المادة (36) منه القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، اضافت في الفقرة الثالثة قولها بانه : " في جميع الأحوال يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفيين"[4].

ثانياً : المبادئ الموحدة للعقود التجارية الدولية (يونيدروا)

[1] ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص321.

[2] وقد اعترفت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 2 يوليو 1952 للعادات في مجال الملاحة البحرية، بنفس القوة الملزمة للعرف. منشور في Droit Maritime Francais لسنة 1952 ص593. نقلاً عن عرب، سلامة فارس : مرجع سابق. ص393.

[3] مشار اليه لدى : المرجع سابق. ص393.

[4] تقابلها المواد (4/28) من قانون التحكيم النموذجي لعام 1985، والمادة (2/21) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام 2012.

لقد صدرت مبادئ اليونيديروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية عن معهد روما لتوحيد القانون الخاص، كوسيلة للتوحيد الدولي للقانون الذي يحكم التجارة الدولية[1]، وتعتبر هذه المبادئ، من ناحية، اعادة صياغة لما هو مستقر من اعراف في مجال التجارة الدولية، ومن ناحية اخرى، جاءت بحلول عادلة واكثر ملائمة لعقود التجارة الدولية[2]. وتهدف مبادئ اليونيديروا الى وضع مجموعة متوازنة من القواعد المعدة للتطبيق في جميع انحاء العالم بغض النظر عن التقاليد القانونية او الظروف الاقتصادية والسياسية للبلدان التي سوف تطبق فيها. وقد انعكس هذا الهدف في التقديم الرسمي للمبادئ وفي السياسة العامة التي قامت عليها[3]. ونظراً لأهمية هذه المبادئ وشمول نطاقها لسائر عقود التجارة الدولية، فقد ارتأينا تناولها بصورة مستقلة.

اصدر معهد روما في عام 1994 النسخة الاولى من هذه المبادئ بعد ان عمل على صياغتها منذ عام 1980 مجموعة من الاساتذة والخبراء، يمثلون الانظمة القانونية الاساسية في العالم. وقد جاءت النسخة الاولى من هذه المبادئ في ديباجة وسبعة فصول موزعة على (119) مادة، تنظم جوانب مختلفة للعقد، كالابرام والصحة والتفسير والتنفيذ والآثار التي تترتب على عدم التفيذ. ثم اصدر معهد روما نسخة اخرى عام 2004 تضمنت تعديلاً لديباجة النسخة الاولى ولبعض نصوصها، مع اضافة قسم جديد للفصل الثاني ينظم الوكالة، وقسم آخر للفصل الخامس ينظم حقوق الغير، وثلاثة فصول جديدة تنظم المقاصة وحوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن العقود والتقادم[4]. وفي عام 2010 صدرت النسخة الثالثة من مبادئ اليونيديروا، متضمنة تعديلاً لبعض نصوص نسخة 2004، مع اضافة قسم جديد الى الفصل الثالث يعالج الآثار المترتبة على عدم الشرعية (اي عند مخالفة العقد للقواعد ذات التطبيق الضروري التي تكون واجبة التطبيق بمقتضى المادة (4/1) من المبادئ)، وقسم آخر الى الفصل الخامس بعنوان (الشروط) يتحدث عن جواز تعليق العقد على شرط واقف او فاسخ، والآثار المترتبة على تحقق هذه الشروط، وفصل جديد ينظم مسألة تعدد المدينين والدائنين[5].

---

[1] مقدمة مبادئ يونيديروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لعام 1994.

[2] Frischkorn, Michael. Ibid, p.333.

[3] مقدمة مبادئ يونيديروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية لعام 1994.

[4] دواس، امين. ((نطاق تطبيق مبادئ اليونيديروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية)). مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة 32، 2006، ص391-392.

[5] نقلاً عن موقع انترنت www.unidroit.org تاريخ الدخول 2012/1/5 ساعة الدخول 10 مساءً.

ولم يشأ معهد روما ان يجعل من المبادئ اتفاقية تصادق عليها الحكومات وتلتزمها، او قانوناً نموذجياً تسير على هداه الدول المختلفة، وذلك اعترافاً منه بأن كلاً من هاتين الوسيلتين لا تحقق التوحيد المنشود للقواعد المعمول بها في مجال التجارة الدولية. فأما الاتفاقيات الدولية، فان بعض الدول لا تصادق عليها الا بعد التحفظ على تطبيق بعض نصوصها. واما القوانين النموذجية، فهي بطبيعتها تسمح للدول باجراء بعض التعديلات عليها حتى تكون منسجمة مع احتياجاتها ومصالحها[1]. وعليه، فقد اراد معهد روما، للمبادئ ان تطبق على عقود التجارة الدولية بطريقة اخرى، تستند الى قوة هذه المبادئ الاقناعية، ولتقبلها اختيارياً من قبل الاشخاص العاملين في التجارة الدولية[2].

وقد جاء في قرار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم 5199/7110 ما يؤكد اعتبار مبادئ اليونيديروا جزءاً اساسياً من قانون التجار، وقد ورد فيه : "تتمثل الاسباب التي لاجلها تعتبر هذه الهيئة مبادئ اليونيديروا جزءاً اساسياً من المبادئ والقواعد العامة الخاصة بالالتزامات التعاقدية الدولية والمتمتعة باجماع دولي واسع، والتي تشكل القانون الملائم لحكم العقد، فيما يلي :

1- تعتبر مبادئ اليونيديروا اعادة صياغة للمبادئ القانونية الدولية الواجبة التطبيق على عقود التجارة الدولية، تم وضعها من قبل مجموعة متميزة من الخبراء الدوليين الممثلين للانظمة القانونية الاساسية في العالم، ومن دون اي تدخل من قبل الدول او الحكومات، الامر الذي ادى الى الجودة العالية للمبادئ وحيادها والى كونها تعكس الاجماع الدولي الحالي على المبادئ والقواعد القانونية الناظمة للالتزامات التجارية الدولية في العالم، وذلك بالاستناد الى عدالتها وملائمتها للمعاملات التجارية الدولية التي تقع ضمن نطاقها.

2- وفي الوقت ذاته، فقد تأثرت مبادئ اليونيديروا – الى حد كبير – باتفاقية فيينا لعام 1980 حول عقود البيع الدولي للبضائع التي تم تصديقها من قبل نحو اربعين دولة، والتي بدورها تمثل قانوناً موحداً يتمتع باعتراف دولي واسع ويعكس – بوجه عام – الاعراف والعادات التجارية الدولية في مجال البيوع الدولية.

3- تنظم مبادئ اليونيديروا كلاً من العقود الدولية للبضائع والعقود الدولية لتزويد الخدمات، وهي من ثم تلائم العقود التي يجري التحكيم بخصوصها.

[1] دواس، امين. ((نطاق تطبيق مبادئ اليونيديروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية)). مرجع سابق. ص393.

[2] Bonn, Gesa Baron. Ibid, p.8.

4- وضعت مبادئ اليونيديروا (كما تقول ديباجتها) لتطبق على العقود الدولية في الحالة التي يتبين فيها ان الاطراف اتفقوا على سريان القواعد والمبادئ القانونية العامة على معاملتهم.

5- لم تتضمن مبادئ اليونيديروا مبادئ غامضة وتوجيهات عامة، وانما تضمنت في الغالب قواعد محددة تم وضعها بشكل منظم ومتجانس"[1].

وتوجد مبادئ اليونيديروا بعدة لغات، مما يجعل التعامل بها سهلاً لكل المشتغلين بالتجارة الدولية، خصوصاً انها صارت ركيزة اساسية للدراسات القانونية المقارنة في شتى انحاء العالم. وقد اظهرت الدراسات فعلاً ان اطراف العقد كثيراً ما يستخدمون مبادئ اليونيديروا للتغلب على الصعوبات اللغوية التي تواجههم[2].

ثالثاً : المبادئ القانونية المشتركة أو المبادئ العامة للقانون

يُقصد بالمبادئ القانونية المشتركة او المبادئ العامة للقانون، تلك المبادئ القانونية السائدة بين الدول في شأن تنظيم المعاملات الاقتصادية بين اشخاص القانون الخاص، او بينهم وبين اشخاص القانون العام، والتي يكشف عنها العقل المجرد، او تكشف عنها الدراسة المقارنة للنظم القانونية الوطنية. فصفة العمومية في هذا المقام، لا تنصب على ما تتضمنه هذه المبادئ من احكام – ضماناً لتوافر صفة القاعدة القانونية في شأنها – وانما تنصب على المدى الجغرافي الذي يتواجد فيه المبدأ، والذي يشمل غالبية الدول القائمة في المجتمع الدولي[3]. ولهذا السبب يطلق عليها البعض، "القواعد المتعارف عليها بين الدول"[4].

وتشكل المبادئ القانونية المشتركة او المبادئ العامة للقانون، قواعد كلية، يستمد منها القاضي او المحكم، القواعد الجزئية التي يتم تطبيقها على النزاع[5]. وتمارس هذه المبادئ القانونية المشتركة تأثيراً كبيراً على واضعي القواعد القانونية عند سنهم لهذه القواعد، بل وتمارس ذات التأثير على القضاة او المحكمين عند حسمهم للمنازعات التي تُعرض عليهم[6]. فكثيراً ما يتوجه القضاة والمحكمون اليها في تسبيب احكامهم، اما تفادياً لمشكلة تحديد القانون

[1] مشار اليه لدى دواس، امين. ((نطاق تطبيق مبادئ اليونيديروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية)). مرجع سابق. ص 415-416.

[2] المرجع السابق. ص399-400.

[3] عبد المجيد، منير : تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية. الاسكندرية : منشأة المعارف. 1992. ص54.

[4] الجمال، مصطفى و عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص744.

[5] عبد الباقي، مصطفى : مرجع سابق. ص77.

[6] عرب، سلامة فارس : مرجع سابق. ص405.

الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة، واما تفادياً لمشكلة اثبات مضمون هذا القانون في حال انعدام الصعوبة في تحديده[1].

ولا شك في ان هذا النوع من المبادئ العامة عالية التجريد، يجد سنداً له في المنطق العقلي، كما يجد العديد من التطبيقات في مختلف النظم القانونية[2]. ولكن يبقى التساؤل المطروح في هذا الصدد، هو هل تعتبر هذه المبادئ من العناصر المكونة لقانون التجار؟

يرى جانب من الفقه ان المبادئ العامة للقانون لا تعد من مكونات قانون التجار، فهي مجرد مبادئ مشتركة بين القوانين الداخلية المختلفة، لا تتمتع بخصوصية تجعلها مستقلة عن هذه القوانين، بل ان هذه المبادئ هي في حد ذاتها فكرة غامضة وغير محددة، لا تعبر عن قواعد قانونية محددة يمكن الكشف عن وجودها وعن مضمونها على نحو مؤكد ومأمون، الأمر الذي يتيح للقاضي او المحكم اتخاذها ستاراً يخفي وراءه حلولاً معينة لا تعبر الا عن هواه الشخصي[3].

ليس هذا وحسب، بل هذه المبادئ، قد تكون في حالات كثيرة غير كافية، ولا تقدم حلاً للنزاع، خذ مثلاً مدة تقادم الالتزام، والمدة التي يجب اعلان البائع فيها بالعيوب الخفية، وجزاء تخلف ركن التراضي في العقد، او مع وجود عيب في الرضا، فلا نكاد نجد اتفاقاً او اجماعاً حول تلك المسائل على نحو يمكن معه القول ان هناك مبادئ قانونية عامة بشأنها، الأمر الذي يتعين معه الرجوع في ذلك الى قواعد احد القوانين الداخلية التي تتصدى اصلاً بالتنظيم لمثل هذه المشكلة[4].

ومهما يكن من امر هذا الاتجاه المعارض، فان هناك عدة مبادئ عامة متعارف عليها في كل النظم القانونية، تلعب دوراً لا يستهان به في تسوية بعض منازعات العقود الدولية، من تلك المبادئ : مبدأ القوة الملزمة للعقد، ومبدأ توازن الأداءات التعاقدية، ومبدأ تنفيذ العقد بحسن نية، ومبدأ وجوب تفسير العقد وفقاً للارادة المشتركة للأطراف، ومبدأ عدم جواز الاثراء بلا سبب،

[1] الجمال، مصطفى و عبد العال عكاشة : مرجع سابق. ص745.

[2] الجمال، مصطفى و عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص745.

[3] ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص324.

[4] سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص296.

ومبدأ بقاء الشيء على حاله، ومبدأ احترام الحقوق المكتسبة، ومبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق[1].

ولئن كانت المبادئ السابقة تتسم بالعموم، مما يفرقها عن القواعد العرفية التي تواجه مسائل محددة، الا ان الملاحظ ان قضاء التحكيم – باعتباره القضاء المختص غالباً في منازعات التجارة الدولية – قد استطاع في التطبيق العملي ان يضفي على هذه المبادئ ذاتيتها المتفقة وطبيعة التجارة الدولية. فاذا كانت نظرية الظروف الطارئة في المبادئ العامة تخول للقاضي سلطة تعديل العقد رعاية للعدالة، فان اعمال قضاء التحكيم لهذه النظرية في المجال الدولي قد روعي فيه ان اطراف العقد في حالتنا من المهنيين والتجار المحترفين الذين يفترض توقعهم لمخاطر الاسواق، مما استوجب تقييد سلطان المحكم في تعديل العقد في اطار عقود الانتاج التي يتطلب تنفيذها امداً طويلاً، مثل عقود المفتاح في اليد او تسليم المفتاح، دون غيرها من العقود الجارية[2].

ومن ناحية اخرى، فان الزعم بأن تلك المبادئ تفتقد الى الاستقلال، حيث توجد في النظم القانونية الوطنية، واهن الأساس. ذلك ان نشأة تلك المبادئ العامة داخل تلك النظم لا تحول دون القول بأنها لا تستمد قوتها وسلطتها من هذه النظم، ولكن من الاعتقاد الراسخ لدى اعضاء المجتمع الدولي انفسهم من التجار والمهنيين ورجال الاعمال، بضرورتها واهميتها لتنظيم العلاقات القائمة بينهم.

وقد استندت العديد من احكام التحكيم على المبادئ القانونية المشتركة، باعتبارها احد مكونات قانون التجار، كما فعلت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في باريس في 16 اكتوبر عام 1979 في قضية Norsolor حيث طبقت مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، والذي اعتبرته من مبادئ قانون المحكم – وهو قانون التجار – الواجب تطبيقه في كل حال. فقد قضت بمناسبة عقد وكالة تجارية بين طرف تركي وآخر فرنسي، عدم الرجوع لا الى التشريع التركي ولا الى التشريع الفرنسي، وتطبيق قانون التجار. وقد جاء في الحكم : "ان

---

[1] المرجع السابق. ص296.

[2] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص176. ومما تجب ملاحظته ان نظرية الظروف الطارئة قد تم تقنينها ضمن مبادئ اليونيديروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية، منذ عام 1994 وذلك في المواد (1/2/6 – 3/2/6). وقد جاء في التعليق على المادة (2/2/6) من نسخة المبادئ لعام 2010 : "ان هذه المادة لا تستبعد صراحة امكان انطباق الظروف الشاقة على الانواع الاخرى من العقود. وان كانت عادة ما تنطبق على ***العقود طويلة المدة***، اي التي يكون فيها تنفيذ احد الاطراف لالتزاماته يمتد لفترة زمنية معينة". انظر : Unidroit : Ibid, p. 217.

احد المبادئ التي يستلهمها قانون التجار هو حسن النية، الذي يجب ان يهيمن على تكوين وتنفيذ العقود.... ووفقاً لمبدأ حسن النية الذي يستلهمه قانون التجار، فان المحكمة بحثت ما اذا كان انهاء الوكالة في القضية المعروضة، يرجع الى سلوك احد الاطراف، وما اذا كان قد سبب ضرراً للآخر، ويكون بذلك غير مبرر، والذي تفرض العدالة اصلاحه او تعويضه"[1].

رابعاً: قواعد العدالة

ان فكرة "العدالة" تعبر عما يسمى "بالقانون الطبيعي" ، وهو مصطلح ينصرف الى مجموعة القواعد الأبدية المثالية التي اودعها الله في الكون، ويكشف عنها العقل، وهو يعتبر اساساً للقانون الوضعي في كل جماعة من الجماعات. كما يعتبر مثلاً اعلى للعدالة، ويجب ان تتجه اليه القوانين الوضعية. وكلما قربت قواعد القانون الوضعي من قواعد القانون الطبيعي، كانت القواعد الوضعية اقرب الى المثالية والعدالة، وبالتالي اقرب الى الكمال[2].

وحينما قرر الفيلسوف "ارسطو" ان القانون الوضعي هو العدل، والعدل هو القانون الطبيعي، فقد اراد من بين ما اراده، ان يؤكد على ضرورة ان يسعى المشرع في أي مجتمع الى المطابقة قدر الامكان بين القانون السائد والعدل المطلق، وهو ما يسمح دائماً بتطوير القانون الوضعي وتعديله سعياً وراء الاقتراب من مطلق العدل او العدل في ذاته. ومن هنا كانت عبارة "ارسطو" الشهيرة : "نحن نبحث عن التفرقة بين العدل في ذاته (العدل المطلق) والعدل داخل المجتمع (العدل المصنوع)"[3].

وعلى هذا النحو، فاذا كان العدل في ذاته ثابتاً لا يتغير، فان "التعبير عنه يمكن ان يتغير من وقت لآخر ومن مجتمع الى آخر"[4]. بل ان القاعدة السائدة في مجتمع معين قد لا تعبر بالضرورة عن العدل في ذاته، وهو ما قد يبرر السعي الى تعديلها بما يتمشى مع مفهوم العدالة في هذا المجتمع. على انه الى ان يتم هذا التعديل بواسطة السلطة المختصة، تظل احكام القانون الوضعي محتفظة بصفتها القانونية الملزمة[5].

---

[1] مشار اليه لدى سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص300.

[2] فرج، توفيق حسن : مرجع سابق. ص17.

[3] مشار اليه لدى صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص179.

[4] تناغو، سمير : النظرية العامة للقانون. الاسكندرية : منشأة المعارف. 1974. ص139.

[5] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص179.

وتطبيق هذه الأفكار على مجتمع التجارة والاعمال العابر للحدود، يقتضي التسليم بأن قانون التجار هو تعبير عن العدل الذي صنعه هذا المجتمع، لا العدل المطلق الذي لا يتغير[1]. وكما يقرر الاستاذ Goldman فان قواعد قانون التجار تطبق كما هي، استقلالاً عن الصفة العادلة من عدمها للنتائج الملموسة والخاصة لهذا التطبيق، وفي هذا، تختلف عن العدالة، وتكون من قواعد القانون[2].

والاخذ بهذا النظر هو ما دفع البعض الى اخراج مفهوم العدالة من مكونات قانون التجار. على ان جانباً من الفقه يميل الى اعتبار "العدالة" جزءاً من قانون التجار[3].

ويبدو ان اساس هذا الاتجاه الأخير هو الحاجة الى فكرة العدالة لاستكمال النقص في هذا النظام القانوني الجديد. اذ يستطيع القاضي او المحكم دائماً وباسم العدالة – وهي لا تختلف كما بينا عن القانون الطبيعي – ان يستلهم الحلول للمسائل التي لم يتناولها قانون التجار بالتنظيم[4].

واذا كان قد نُعي على القضاء وفقاً لمبادئ العدالة، انه لا يتفق والامان القانوني، لانه يجرد المتعاقدين من العلم المسبق بما سينتهي اليه الحكم الصادر في النزاع، باسم العدالة، الا انه مما يقلل من خطورة هذا النقد، ان القضاة او المحكمين لا يلجأون الى خلق الحل الواجب الاتباع باسم العدالة عادة الا عند عدم وجود قاعدة موضوعية في المصادر الاخرى لقانون التجار[5].

واعمال العدالة ليس من خصوصيات قانون التجار، بل هو قائم حتى امام القضاء الوطني في المسائل الوطنية البحتة، اذ يعتبر التشريع الوطني في هذا المقام هو المصدر الاصلي العام للقانون، فاذا لم يتضمن حكماً لمسألة من المسائل التي تُعرض في العمل، فانه يتعين البحث عن مصادر اخرى، وهي المصادر الاحتياطية التي احال اليها المشرع بعد التشريع[6]. ذلك ان

---

[1] المرجع السابق. ص179.

[2] مشار اليه لدى سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص287.

[3] يسير في هذا الاتجاه الاستاذ Fouchard، مشار اليه لدى صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. هامش (165)، ص180. انظر كذلك سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص289 وما بعدها.

[4] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص180.

[5] المرجع السابق. ص180.

[6] حيث نصت المادة (1) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على انه : "..... اذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه، حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية، فاذا لم توجد فبمقتضى العرف، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".=

التشريع لا يمكن ان يحيط بكل شيء، فقد يغفل تنظيم امر من الامور، كما ان هناك من الامور ما قد يستجد، ولم يكن المشرع عند وضع النصوص التشريعية يدخلها في اعتباره.... الى غير ذلك[1].

والمراد بالعدالة في ميدان التجارة الدولية، هي مجموع الافكار والمفاهيم التي تسود في مجتمع التجارة الدولية وتستقر في ضمائر افراده، عما هو حق او عدل.... وليس هذا غريباً لأن لكل وحدة اجتماعية فكرتها الخاصة عن العدالة[2]. ومن الأمثلة الشهيرة للقواعد التي استلهمها التحكيم باسم العدالة في مجال التجارة الدولية، فكرة "التوزيع المتساوي للمخاطر الناتجة عن القوة القاهرة، رغم ان القوة القاهرة تعفي اصلاً المدين من التزامه"[3]. ومن هذه الامثلة كذلك، ما سبق ان اشرنا اليه في شأن اعادة التوازن الاقتصادي في العقود التجارية الدولية الممتدة لفترة طويلة، مثل عقود الانتاج، وذلك عند تغير الظروف على نحو يخل بهذا التوازن ويحمل احد اطراف العقد عبئاً باهظاً[4].

ولعل هذا المثال الأخير يبين بوضوح دقة التفرقة بين المبادئ العامة وفكرة العدالة او العدل المصنوع. فقد سبق ان رأينا ان سلطان المحكم في مراجعة العقد لتغير الظروف هو مبدأ مستمد من المبادئ القانونية المشتركة. على ان تطبيق هذا المبدأ قد اقتصر على عقود الانتاج طويلة المدة دون عقود المبادلة التجارية العادية، رعاية لظروف ومتطلبات المجتمع الدولي للتجارة، وهو ما دعانا من قبل الى تأكيد الطابع الخاص لفكرة المبادئ العامة لدى اعمالها في مجال التجارة الدولية. ومثل هذا التطبيق الخاص للمبادئ العامة في هذا المجال بواسطة قضاء التحكيم، قد تم رعاية لمبادئ العدالة كما استلهمها المحكمون من القانون الطبيعي[5].

وبناءً على ذلك، فان فكرة العدالة لا تختلط بالمبادئ العامة للقانون، لأن هذه المبادئ، وان كانت عالية التجريد وتتسم بالعموم الشديد، الا انها تبقى قواعد قانونية وضعية، لها ما لبقية قواعد القانون من خصائص، وبالتالي قد تعبر هذه المبادئ عن مفهوم العدالة السائد في مجتمع

=تقابلها المادة (1) من القانون المدني المصري، والمادة (2) من القانون المدني الاردني، والمادة (3) من قانون التجارة رقم (12) لسنة 1966 المطبق في الضفة الغربية.

[1] فرج، توفيق حسن : مرجع سابق. ص249-250.

[2] سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص291.

[3] سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص291.

[4] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص182.

[5] المرجع السابق. ص182.

معين، وقد لا تعبر بالضرورة عن هذه العدالة مما يبرر السعي الى تعديلها او تطويعها بما يتماشى مع مفهوم العدالة في هذا المجتمع.

واذا كان قضاء التحكيم قد استخدم فكرة العدالة احيانا لاستكمال النقص في قانون التجار، بل ولتطويره وتقدير مدى ملائمة قواعده في خصوص الدعوى المطروحة في احيان اخرى، فان المحكمين قد يذهبون الى القضاء وفقاً لمطلق العدالة دون التقيد باحكام قانون وضعي معين اذا فوضهم الاطراف في ذلك صراحةً. وهذا هو التحكيم مع التفويض بالصلح، او ما يسمى احياناً بتحكيم العدالة، حيث يفصل المحكم في النزاع وفقاً لمبادئ العدل والانصاف دون ان يلتزم بأي احكام وضعية اياً كان مصدرها[1]. وقد ذهب الاستاذ Derains الى القول بأن "شرط التحكيم مع التفويض بالصلح، قد سمح احياناً للمحكمين ان يعطوا للمنازعات التي تخضع لهم، حلولاً تقوم على العدالة، والتي ساهمت بتكرارها، في خلق قواعد تتساند في تكوين قانون التجار"[2].

خامساً : قضاء التحكيم الدولي

يكاد يُجمع الفقه اليوم على ان غالبية منازعات عقود التجارة الدولية يتم حسمها عن طريق اللجوء الى التحكيم، ويؤكد الاستاذ Goldman، على ان هيئات التحكيم الدولية تعد في الغالب هي القاضي الطبيعي للمنازعات التي تثار في نطاق عقود التجارة الدولية[3]. ويسعى محترفوا التجارة الدولية الى ادراج شرط التحكيم في عقودهم لأسباب متعددة، من بينها بصفة خاصة رغبتهم في تأكيد دولية هذه العقود وتحريرها من سلطان القوانين الداخلية – التي لا تتلائم في غالب الاحيان مع طبيعة العلاقات الدولية – وصولاً الى اخضاعها لقانون التجار بما يتضمنه من عادات واعراف مهنية استقر عليها العمل في الاسواق الدولية، حيث ان تطبيق مثل هذه العادات والاعراف، يشعر المتعاقدين بالامان ويصون توقعاتهم المشروعة، خاصة وان مهمة الفصل في المنازعات التجارية الدولية، تسند الى محكمين متخصصين في التجارة او المهنة التي ثار بشأنها النزاع، عارفين باللغات الاصلية التي تتم المعاملات على اساسها، ومحيطين

[1] حيث نصت المادة (36) من قانون التحكيم الفلسطيني على انه : "يحق لاطراف النزاع تفويض هيئة التحكيم باجراء الصلح بينهم وفقاً لقواعد العدالة، ويجوز لهيئة التحكيم ان تعرض بناءً على طلب احد الاطراف او من تلقاء نفسها تسوية ودية للنزاع". تقابلها المادة (4/39) من قانون التحكيم المصري، والمادة (36/د) من قانون التحكيم الاردني.

[2] مشار اليه لدى سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص293.

[3] عرب، سلامة فارس : مرجع سابق. ص415.

بالعادات والاعراف التجارية والمهنية التي تحكم هذه المعاملات، وهو ما يكفل لاطراف النزاع الاطمئنان المتطلب لحسن تطبيق القانون الذي تعاملوا على اساسه[1].

وتبدو اهمية هذه الملاحظة، نظراً للطابع المركب، بل والمعقد احياناً لعقود التجارة الدولية والتي تحكمها اعراف وعادات ذات طابع فني متخصص في معظم الاحيان[2].

ويشير الاستاذ Goldman الى انه، اذا كان قضاء التحكيم قد استطاع تفسير العادات والاعراف المهنية والتجارية السائدة في الاسواق الدولية بما يكفل لها ذاتيتها واستقلالها عن الانظمة الداخلية، واسهم بتطبيقه لهذه القواعد الموضوعية ذات النشأة التلقائية في استقرارها بما يزيد من احساس اعضاء هذا المجتمع بالزامها وضرورتها لتنظيم مجتمعهم هذا، فانه قد استطاع ايضاً – كما رأينا – استخلاص المبادئ القانونية المشتركة في الدول المختلفة، خاصة في المسائل التي لم تستقر في شأنها عادات واعراف معينة في الاسواق الدولية، على نحو اصبح معه لهذه المبادئ طابعها المميز الذي يتفق وطبيعة المجتمع الدولي للتجار ورجال الاعمال[3].

على ان دور قضاء التحكيم لم يقتصر عند هذا الحد، بل انه عمل جاهداً من ناحية اخرى على استكمال بعض اوجه النقص التي اتسمت بها قواعد قانون التجار، وذلك بخلقه لقواعد جديدة تسري على معاملات التجارة الدولية، والتي سيؤدي تواتر العمل بها امام التحكيم الى تحويلها من مجرد سوابق فردية الى قواعد تتسم بالعموم والتجريد[4]، في الوقت الذي لا تفتقر فيه الى عنصر الالزام النابع من احساس الكافة بالزامها، لعلمهم باستقرار قضاء التحكيم عليها والحكم بمقتضاها، مما يضفي عليها في النهاية، صفة القانون[5]، مثلها في ذلك مثل غيرها من القواعد القضائية، والتي يؤكد الفقه الراجح طبيعتها القانونية، حتى في بلاد القانون المكتوب مثل فرنسا ومصر. فالقضاء يعد مصدراً واقعياً للقانون يصعب انكاره ولو لم يكن كذلك من الوجهة الرسمية[6].

---

[1] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص188-189.

[2] المرجع السابق. ص189.

[3] ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص353.

[4] Baxter, Lan. F.G : international conflict of laws and international business. I.C.L.Q , 1985, p.560.

[5] رأي الاستاذ جولدمان، مشار اليه لدى صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص190.

[6] تناغو، سمير : مرجع سابق. ص498 وما بعدها.

وتتضح اهمية دور قضاء التحكيم في خلق قواعد قانون التجار، في حالات التحكيم مع التفويض بالصلح، حيث ان المحكمين المفوضين بالصلح هم الذين يستطيعون بصفة خاصة خلق قواعد قانون التجار بما ينسجم مع مفهوم العدالة السائد في مجتمع التجارة الدولية، نظراً لأن المتعاقدين لا يشيرون في هذه الحالة الى القانون الواجب التطبيق على عقدهم عملاً بقاعدة تنازع القوانين المستقرة في هذا المجال.

سادساً : العقود النموذجية والشروط العامة

يؤكد انصار قانون التجار، على ان العقود النموذجية والشروط العامة، تعد مصدراً من المصادر الاساسية التي يتكئ عليها هذا القانون[1]. ولا تشكل هذه العقود، عقوداً بالمعنى المعروف في النظرية العامة للالتزامات، فهي لا تعدو ان تكون سوى نموذج (او موديل) للعقود المستقبلية، تم اعدادها سلفاً بواسطة المنظمات المهنية الدولية المتخصصة[2].

اما الشروط العامة، فهي تختلط كثيراً عند تعريفها، مع تعريف العقود النموذجية، فهي تبدو في شكل قائمة من البنود او الشروط، مرفقة بالعقد او ملحقة به عن طريق الاحالة، ويسهر على اعدادها اما احد اطراف العقد، او جمعيات مهنية متخصصة في نوع معين من انواع التجارة، ليستعين بها المتعاملون في اتمام تعاقداتهم، ثم يكملونها بما يتفقون عليه من شروط تفصيلية[3].

لذلك فان العقد الدولي، كما قد يكون عقداً يتضمن صيغة معينة لنوع من الشروط العامة او يشير الى هذه الصيغة، فانه قد يتمثل في عقد من العقود النموذجية[4].

ومن اشهر المنظمات التي لعبت دوراً معتبراً في اعداد العديد من العقود النموذجية والشروط العامة، نشير الى جمعية لندن لتجارة الحبوب، والجمعية الامريكية لتجارة الحرير، واللجنة الاقتصادية الاوروبية للامم المتحدة بشأن توريد الادوات والآلات اللازمة لتجهيز المصانع[5]. كما نذكر ايضاً جهود مجلس المساعدة الاقتصادية المتبادلة (كوميكون)، التابع لدول

[1] مشار اليه لدى عرب، سلامة فارس : مرجع سابق. ص380.

[2] المرجع السابق. ص381.

[3] الشرقاوي، محمود : مرجع سابق. ص15.

[4] المرجع السابق. ص15.

[5] المرجع السابق. ص13.

اوروبا الشرقية (سابقاً)، واعداده للشروط العامة لتبادل السلع بين هيئات الدول الاعضاء في المجلس[1].

وقد اصبح للعقود النموذجية والشروط العامة، هيمنة شبه كاملة على المعاملات التجارية الدولية، وبصفة خاصة في نطاق عقود البيع والنقل والتأمين والمعاملات البنكية وعقود نقل التكنولوجيا، الامر الذي حدا بالبعض[2] الى القول بأن العقد التجاري الدولي، عادة ما يتخذ شكل شروط عامة او عقد نموذجي. وان كان يقرر مع ذلك، ان الشكل النموذجي للعقد، وان كان من خصائص العقد التجاري الدولي، الا انه ليس من مستلزماته[3].

اما عن محتوى العقود النموذجية والشروط العامة، فان البعض[4] يشير في هذا الصدد الى تأثير بعض القوانين الوطنية بطريق غير مباشر على عملية تحرير هذه العقود وتلك الشروط. ومن ذلك، ان العديد من العقود النموذجية والشروط العامة، قد تأثرت عند اعدادها بالقانون المدني الفرنسي، وقانون بيع البضائع الانجليزي الصادر عام 1893، وقانون البيع الاتحادي الامريكي الصادر عام 1906، وكذلك قوانين الدول الاسكندنافية الصادرة في عامي 1905 و1907[5].

ومن ناحية اخرى، تعتبر العقود النموذجية والشروط العامة، من اهم الوسائل المستخدمة في تقنين العادات السائدة في اوساط التجارة الدولية، لكن الذي يجدر التنويه اليه، ان هذه العقود وتلك الشروط، لا تقف عند مجرد كونها تدويناً لعادات سابقة الوجود في اوساط التجارة الدولية، فالاستاذ Goldman يؤكد على ان العقود النموذجية يمكنها ان تقرر قواعد جديدة مختلفة عن تلك العادات السائدة بالفعل في مجال المعاملات الدولية، ومختلفة كذلك عن القواعد الموجودة في القوانين الوطنية، فالعقود النموذجية واحدة من الوسائل الاساسية للتجديد القانوني في نطاق التجارة الدولية[6].

ويُراعى عادةً عند اعداد العقود النموذجية، حقائق الحياة العملية ويحاول رجال العمل البحث عن حلول للمشاكل العملية التى تصادفهم، ومراعاة مطابقة هذه الحلول لاحتياجات

[1] سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص57.

[2] الشرقاوي، محمود : مرجع سابق. ص17.

[3] المرجع السابق. ص17.

[4] عرب، سلامة فارس : مرجع سابق. ص383.

[5] عرب، سلامة فارس : مرجع سابق. ص383.

[6] المرجع السابق. ص384.

التجارة الدولية، والدخول بالتالى فى التفاصيل العملية التى يصعب على المشرع الدولى أو الوطنى أن يواجهها أو يضع يده عليها ، كما أن طبيعة القاعدة التشريعية بما تتصف به من عمومية لا يمكنها أن تواجه جميع الحالات المتصور وقوعها عملا ، لذلك كانت العقود النموذجية أكثر استجابة للواقع العملى وتتمتع بالمرونة اللازمة لمواجهة معظم المشاكل التى يمكن أن تحدث عملا[1].

وبناءً على ما تقدم، فان العقود النموذجية والشروط العامة، لها قوة قانونية ملزمة لكل من يتعامل في الميدان الذي تهيمن عليه. ذلك ان المتعاملين في اوساط التجارة الدولية – بالنسبة لهذه العقود وتلك الشروط – يعتقدون انهم امام مركز قانوني وليس امام مركز واقعي. ومن ثم، فان احكام العقود النموذجية والشروط العامة، تعد من قبيل القواعد القانونية المعيارية الواجبة التطبيق في حالة غياب الاختيار الصريح او الضمني لما يخالفها[2].

واخيراً ننوه الى ان العقود النموذجية والشروط العامة، بعضها من صياغة المشروعات العملاقة العاملة في مجال التجارة الدولية، اعدتها لاستخدامها في علاقتها بالمتعاملين معها، وبعضها الآخر من صياغة الجمعيات والهيئات المهنية الراعية للمعاملات الدولية في مجال او آخر من مجالاتها. وبديهي ان الاولى تعبر عادة عن مصالح الاطراف التي صاغتها، دون مراعاة لمصالح الطرف الآخر. لذلك فان العقود النموذجية والشروط العامة، التي يعول عليها كمصدر لقانون التجار، هي تلك التي تقننها الهيئات المهنية المعنية وحدها[3].

سابعاً : اتفاقيات التجارة الدولية

نعني بهذه الاتفاقيات، الاتفاقيات الدولية التي وضعت خصيصاً لتحكم روابط التجارة الدولية، وهي بهذا الوصف تختلف عن الاتفاقيات الدولية التي تهدف الى توحيد القوانين الداخلية في الدول المتعاقدة[4]. وتعتبر هذه الاتفاقيات مجالاً خصباً لتقنين عادات واعراف التجارة الدولية[5]. ومن امثلتها : اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع لعام 1980،

---

[1] الشرقاوي، محمود : مرجع سابق. ص17.

[2] رأي Goldman، مشار اليه لدى عرب، سلامة فارس : مرجع سابق. ص285.

[3] الجمال، مصطفى و عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص742-743.

[4] لايضاح التفرقة بين هذين النوعين من الاتفاقيات الدولية، راجع الفرع الاول من المطلب الثاني من المبحث الثاني من هذا الفصل وذلك تحت عنوان "القواعد المادية الوطنية ذات المصدر الدولي".

[5] عبد المجيد، منير : قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية. مرجع سابق. ص42.

واتفاقية معهد روما بشأن عقد الايجار التمويلي الدولي لعام 1988، وكذلك اتفاقية معهد روما بشأن عقد الفاكتورنج الدولي لعام 1988.

كما يخرج عن مفهومنا لهذه الاتفاقيات، الاتفاقيات الدولية التي قامت بتوحيد قواعد الاسناد في الدول المنضمة اليها، في صدد المسائل التي كانت محلاً للتنظيم الاتفاقي بين الدول المتعاقدة، كما هو شأن اتفاقية روما لعام 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في دول الاتحاد الاوروبي، والتي حل محلها التنظيم الاوروبي (Rome1). فمثل هذه الاتفاقيات تقتصر على بيان القانون الواجب التطبيق دون ان تتصدى للتنظيم المباشر للمسائل محل الاتفاق. فمضمون هذه الاتفاقيات الاخيرة يتعارض مع مضمون قانون التجار، اذ يتضمن هذا الاخير قواعد موضوعية تضع حلاً مباشراً للنزاعات المتعلقة بمعاملات التجارة الدولية، وهي بذلك تختلف عن قواعد الاسناد وهي قواعد غير مباشرة تهدف فقط الى تعيين القانون الواجب التطبيق على المسألة ذات العنصر الاجنبي.

ومن ناحية اخرى، فان اتفاقيات التجارة الدولية والتي تعد احد مصادر او مكونات قانون التجار، هي الاتفاقيات ذات الصفة الدولية، دون الاتفاقيات الاقليمية. اذ الامر يتعلق بالبحث عن القواعد السائدة في مجال التجارة الدولية في المجتمع الدولي. لكن من المتصور ان تقوم بعض الاتفاقيات الاقليمية بهذا الدور. وهذا ما يمكن ان يتحقق كلما زاد عدد الدول الموقعة على الاتفاقية وتنوعت نظمها القانونية، على نحو يمكن معه القول بأن القواعد التي تتضمنها، ذات مضمون عام لا يرتبط بنظام قانوني معين دون غيره[1].

وتطبيق احكام اتفاقيات التجارة الدولية في هذا الفرض، يختلف عن الفرض الذي تناولناه سابقاً في شأن اعتبار احكام هذه الاتفاقيات، من القواعد المادية الوطنية في القانون الدولي الخاص، في الدول المتعاقدة، مما قد يتيح تطبيقها تطبيقاً مباشراً ودون اللجوء الى منهج قواعد الاسناد[2]. فالفرض هنا يتعلق بتطبيق هذه الاتفاقيات بوصفها تعبيراً عن قانون التجار، ودون اشتراط ان يكون هذا التطبيق قد تم امام قضاء دولة متعاقدة.

ومن التطبيقات القضائية التي اعتدت باتفاقيات التجارة الدولية، باعتبارها تشكل جزءاً من قانون التجار، نشير الى حكم محكمة (بادوفا) الايطالية الصادر بتاريخ 2005/1/11 والذي جاء

[1] الجمال، مصطفى و عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص751.

[2] راجع الفرع الاول من المطلب الثاني من المبحث الثاني من هذا الفصل وذلك تحت عنوان "القواعد المادية الوطنية ذات المصدر الدولي".

فيه : "ان اشارة الاطراف الى قانون التجار، ومن ضمنه مبادئ اليونيديروا وكذلك اتفاقية فيينا (CISG) – عندما تكون هذه الاتفاقية بحد ذاتها غير واجبة التطبيق – باعتباره القانون الذي يحكم العقد، لا يعتبر اختياراً حقيقياً للقانون، وانما لا يعدو سوى ان يتم اندماج مثل هذه القواعد في العقد، والتي لا يجوز لها ان تخالف القواعد الآمرة في القانون المحلي الواجب التطبيق"[1].

وبالرغم من ان المحكمة اعتبرت اتفاقية فيينا ومبادئ اليونيديروا، جزءاً من قانون التجار، الا انها اعتبرت ان اختيار المتعاقدين لقانون التجار هو اختيار مادي تنزل بمقتضاه نصوص هذا القانون منزلة الشروط العقدية، التي لا يمكنها مخالفة القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الاسناد المطبقة عند سكوت الارادة عن الاختيار. ويعود السبب وراء ذلك، الى تأثير اتفاقية روما لعام 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في دول الاتحاد الاوروبي، والتي اشترطت في المادة الأولى منها ضرورة ان يكون القانون المختار قانون دولة معينة، وهو ما يعني استبعاد قانون التجار من مجال الاختيار. الا ان الوضع قد تغير في الوقت الحاضر، في ظل تنظيم (Rome1) الذي حل محل اتفاقية روما، والذي لم يرد فيه ما يمنع من اختيار قانون التجار باعتباره القانون الذي يحكم العقد[2].

ثامناً : القوانين النموذجية

هي القواعد التي تتولى بعض الجهات المختصة اعدادها باعتبارها قواعد نموذجية تُنصح الدول وبخاصة النامية منها بالاستعانة بها عند وضعها او تنقيحها لقوانينها ذات العلاقة، ويطلق الفقهاء على مجموع هذه القواعد تسمية "القوانين النموذجية"[3].

وينشأ القانون النموذجي كنمط مقترح على المشرعين الوطنيين للنظر في اعتماده كجزء من تشريعاتهم الداخلية، ويكون هذا القانون من الناحية الفعلية مثل أي مشروع قانون آخر يقره البرلمان. ولا يوجد قوائم "موقعين" او "مصدقين" على هذه القوانين، كالتي نجدها في حالة الاتفاقيات[4].

---

[1] نقلاً عن موقع انترنت www.unilex.info تاريخ الدخول 2011/12/25 ساعة الدخول 9 مساءً.

[2] انظر المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الثاني تحت عنوان "مدى حرية المتعاقدين في اختيار قانون التجار امام القضاء الوطني".

[3] موسى، طالب : قانون التجارة الدولية. عمان : دار الثقافة. 2008. ص36.

[4] نقلاً عن موقع انترنت : www.uncitral.org تاريخ الدخول 2011/10/15 ساعة الدخول 11 مساءً.

وتعتبر لجنة الامم المتحدة المعنية بالتجارة الدولية (اليونيسترال)، من ابرز الجهات التي تقوم باصدار مثل هذه القوانين، والتي من امثلتها : القانون النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1985، والقانون النموذجي بشأن التعاقد على السلع والانشاءات والخدمات لعام 1994، والقانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لعام 1996، والقانون النموذجي بشأن التحويلات الدائنة الدولية لعام 1992.

ومن الجهات الأخرى التي قامت بدور بارز في اعداد مثل هذه القوانين، معهد توحيد القانون الخاص المعروف باسم (يونيديروا)، والذي قام بإعداد القانون النموذجي بشأن امتياز الافصاح (الفرانشايز) لعام 2002، والقانون النموذجي بشأن التأجير التمويلي لعام 2008.

وقد تبنت العديد من الدول هذه القوانين النموذجية حرفياً، فيما قام بعضها الآخر بادخال تعديلات على هذه القوانين بما يتلائم وسياستها التشريعية[1]. وقد تأثر المشرع الفلسطيني بالقانون النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي الصادر عن اليونيسترال، عندما وضع قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000، كما تأثر بقانون اليونيسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، عندما قام بوضع مشروع قانون المعاملات الالكترونية لعام 2010، الا انه قام بادخال بعض التعديلات على هذه القوانين، بما يتلائم مع الواقع السياسي والاقتصادي والاجتماعي الفلسطيني. كما تأثر المشرع الفلسطيني كثيراً بالقانون النموذجي بشأن التأجير التمويلي الصادر عن معهد اليونيديروا، عندما وضع مشروع قانون التأجير التمويلي، لدرجة يمكن معها القول انه قد تبنى هذا القانون النموذجي حرفياً.

الفرع الثالث : الطبيعة القانونية لقانون التجار

يتناول هذا الفرع بالبحث، مدى تشكيل قانون التجار لنظام قانوني موازي للنظام القانوني الذي تضعه الدولة لتنظيم الروابط والعلاقات التي تتم بين افرادها. وهو ما يدفعنا في البداية الى ان نبين مفهوم النظام القانوني بوجه عام.

ان كل نظام قانوني يتكون من جانبين : الأول جانب عضوي أو نظامي، وهو وجود تنظيم لوحدة اجتماعية معينة، تنظيماً له وجود حقيقي وملموس. وهذا ما نطلق عليه : "institution". اما الجانب الآخر، فهو الجانب القاعدي، أي وجود القواعد القانونية. والجانب

[1] وعلى سبيل المثال فان كثيراً من الدول تأثرت عند وضعها لقوانين التحكيم فيها بقانون اليونيسترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي، ومن ذلك على سبيل المثال : قانون التحكيم المصري رقم (17) لسنة 1994، وقانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001.

الأول هو الاسبق في الوجود. بل يمكن القول بأن الجانب العضوي او التنظيم، هو القانون ذاته، بينما لا تكون القواعد الا تعبيراً عنه[1].

واذا كان هذا هو مفهوم النظام القانوني، فانه يمكن القول بأن هذا الأخير يمكن ان يوجد في كل جماعة منظمة على نحو كاف، ويتوفر لها اجهزة تمارس سلطة معينة على اعضاء تلك الجماعة بصدد العلاقات والروابط التي تنشأ بينهم، وحتى لو لم يتوفر لها وصف الدولة، لأن تلك الأخيرة لا تحتكر صناعة القانون[2].

وبالرغم من ان الفقه المعارض لقانون التجار، قد انكر وجود مجتمع متماسك للتجار الدوليين، نظراً لوجود تعددية كبيرة في اوساط (او في مجتمعات) التجار الدوليين، وأن هذه التعددية تقوم على التنافس الشديد بين اعضائه، اذ لكلٍ مصالحه الخاصة التي تختلف عن مصالح الآخرين بحيث لا يوجد ما يؤلف بينهم، وبعبارة اخرى، لا يوجد هدف مشترك لأعضاء هذا المجتمع المزعوم[3] على حد تعبيرهم. الا ان تعدد الجماعات العاملة في مجال التجارة الدولية، وبالتالي تعدد عاداتها واعرافها التي تعبر عن مصالحها المختلفة، لا يعني بالضرورة تعارض هذه المصالح – كما ذهب الى ذلك الرأي السابق – لأنه يوجد حد ادنى من المصالح المشتركة بين التجار ورجال الاعمال، تدفعهم الى التضامن سعياً لادراكها. وهو ما يعني وجود مجتمع مستقل للتجار ورجال الاعمال عبر الحدود، ولا ينقصه التنظيم الذاتي[4]. وقد جاء في حكم محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في القضية رقم 1975/2375 انه : "لابد من الاعتراف باستقلالية مجتمع التجار الدولي، وهو ما يترتب عليه ان يكون له قواعده الخاصة المنسجمة مع احتياجاته، فعلى سبيل المثال ان قانون الاستثمارات الدولية يفلت من تأثير القانون الوطني"[5].

---

[1] سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص314.

[2] المرجع السابق. ص314.

[3] عرب، سلامة فارس : مرجع سابق. ص454.

[4] ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص334.

[5] مشار اليه لدى :

Baddack, Frank. ((Lex mercatoria : Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration)). LL.M thesis, University of the Western Cape, Cape Town, South Africa, 2005, p.164.

وعند البحث عن مدى اتصاف قواعد قانون التجار بصفة القاعدة القانونية بخصائصها المعروفة في النظرية العامة للقانون[1]، فاننا نجد ان وجود هذه القواعد ما هو الا نتيجة لارادة الاطراف الفاعلة في مجال المعاملات التجارية الدولية لحاجاتهم المشتركة، وما يتطلبه تحقيقها من ضوابط. وهذا ما يكفي لتوافر صفة العمومية والتجريد اللازمة لاضفاء صفة القواعد القانونية على قواعد قانون التجار[2]. واذا كانت هذه القواعد تنشأ في كنف فرع من فروع التجارة الدولية او مهنة من مهنها، كل على حدة، وتختلف لذلك من فرع لآخر او من مهنة لأخرى، فان ذلك لا ينفي عنها صفة القاعدة القانونية، لما هو معروف من انه يكفي لتوافر صفة العمومية والتجريد في القاعدة القانونية ان تتوجه الى المخاطبين بها بصفاتهم، وليس بذواتهم، حتى ولو كانت قاصرة على فئة او اخرى من فئات المجتمع الكلي[3].

اما من حيث وجود جزاء ذاتي، له استقلاله، يضمن احترام تلك القواعد، كما هو الشأن بالنسبة لقواعد القوانين الوطنية، فقد اجمع الاتجاه المناصر لنظرية قانون التجار، على ان قواعد هذا القانون تتمتع بالجزاء الذي يكفل لها الطبيعة القاعدية، وهو جزاء يتأثر بطبيعة مجتمع التجارة الدولية، فهو جزاء من طبيعة خاصة[4].

وفي هذا الاطار يشير الاستاذ "Fouchard" الى تمتع قانون التجار بنوعين من الجزاءات: الجزاءات النقدية، والجزاءات المعنوية[5].

فالجزاءات النقدية تشمل : تقديم ضمانات لتغطية دفع مصاريف التحكيم، او مبلغ التعويض الذي قد يحكم به ذلك التحكيم. وتتضمن الجزاءات الادبية : نشر اسماء الاطراف المتخلفة عن تنفيذ احكام التحكيم، واسقاط العضوية او بعض حقوقها، وايقاف العضوية، وحرمان الطرف

---

[1] ينصرف اصطلاح القانون بصفة عامة، الى مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الافراد في الجماعة، والتي يتعين عليهم الخضوع لها ولو بالقوة اذا لزم الامر. وهذا التعريف يبين الخصائص الجوهرية للقاعدة القانونية، فهي قاعدة تحكم سلوك الافراد، وتتميز بالعموم والتجريد، ثم ان قواعد القانون هي قواعد اجتماعية، تفترض قيام مجتمع يأتمر افراده بأوامرها. وأخيراً فان هذه القواعد القانونية، انما هي قواعد ملزمة للافراد، مزودة بجزاء توقعه سلطة معينة في الدولة لكي يكفل لها احترامها. انظر فرج، توفيق حسن : مرجع سابق. ص15 وما بعدها.

[2] الجمال، مصطفى و عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص259.

[3] المرجع السابق. ص260.

[4] ابراهيم، نادر : مرجع سابق. ص237.

[5] المرجع السابق. ص237.

المتخلف عن تنفيذ الحكم من التمتع بخدمة التحكيم الطائفي في المستقبل، وكذلك حرمانه من الحصول على المنح او من العمل في الاسواق التي تتحكم فيها الطائفة[1].

وبناءً على ما تقدم، تعتبر هيئات التحكيم، بمثابة الاجهزة التي تسهر على العمل على احترام قواعد قانون التجار، فالتحكيم هو سلطة قضائية حقيقية تساعد على تقوية واستقلال المجتمع الدولي للتجار ورجال الاعمال[2].

ويمكننا القول ايضاً، ان اتجاه القضاء الحديث الى السماح بتنفيذ احكام التحكيم التي طبقت قانون التجار، يجعل من هذا القضاء سلطة اخرى تعمل على كفالة احترام قواعد هذا القانون وفرض الجزاءات على الاطراف المتخلفة عن تنفيذ احكام التحكيم[3].

بل ان انعدام هذا العامل الأخير، أي الجزاء، لا يقلل من القيمة القاعدية لقواعد قانون التجار، لأن الجزاء في القاعدة القانونية، ولزومه لها، امر ما زال محل نظر وخلاف في الفقه[4].

واذا كان معظم الفقه يؤكد على ان وجود أي نظام قانوني، يستلزم وجود بعض القواعد الآمرة التي لا يجوز مخالفتها، بحيث اذا انعدمت هذه القواعد من نطاق تنظيم معين، فلا يُقبل القول بأن هذا التنظيم يشكل في مجموعه نظاماً قانونياً[5]، فان وجود مثل هذه القواعد الآمرة في قانون التجار، هو حقيقة واقعية لا يستطيع احد انكارها، فعلى سبيل المثال، تحتوى اتفاقيات التجارة الدولية على العديد من القواعد الآمرة والتي يُنص صراحةً في الاتفاقية على عدم جواز مخالفتها[6]. كما ان كثيراً من القواعد المستمدة من عادات واعراف التجارة الدولية، ومن المبادئ

---

[1] المرجع السابق. ص237-238.

[2] سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق. ص326.

[3] بل ان هناك امكانية لأن يقوم القضاء الوطني ذاته بتطبيق قانون التجار على عقود التجارة الدولية المثار النزاع بشأنها امام القضاء الوطني. وهو ما سنتعرض له في المبحث الثاني من الفصل الثاني.

[4] انظر : سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق. ص328.

[5] عرب، سلامة فارس : مرجع سابق. ص456.

[6] مثال ذلك المادة (12) من اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، والتي تجعل الكتابة شرطاً لصحة عقد البيع او لاثباته بالنسبة الى الدول التي تعلن رغبتها في التمسك بالتحفظ المنصوص عليه في المادة (96) من الاتفاقية.

المبادئ القانونية المشتركة وقضاء التحكيم، تتصف بالطبيعة الآمرة[1]. كما ان مبادئ اليونيديروا تتضمن نصوصاً آمرة لا يمكن الاتفاق على خلافها[2].

ومن ناحية اخرى، فان اشارة البعض[3] الى كون قانون التجار غير كامل، لا يقلل من قيمته. لأن القانون الوطني في كل دولة يعتريه ايضاً بعض النقص. فكما يجوز للقاضي الذي يطبق القانون الوطني، ان يسد فجواته، فانه يجوز ايضاً للمحكم الذي يطبق قانون التجار ان يكمل ما فيه من نقص[4]. بل ان صدور مبادئ اليونيديروا، من شأنه ان يهدم هذه الفكرة، ذلك ان من قالوا قالوا بها قد عولوا في ذلك – بوجه خاص – على عدم وجود قواعد تتصدى بالحلول لمسائل الأهلية وصحة التراضي والتقادم المسقط والفوائد التأخيرية[5]. وقد جاءت مبادئ اليونيديروا بتنظيم شامل لجميع هذه المسائل[6]، باستثناء الاهلية والتي تخضع في جميع الانظمة القانونية للقانون الشخصي للأطراف.

أما ما ذهب اليه البعض[7]، من ان قواعد قانون التجار مائعة وغير محددة وغير كاملة، فانه فانه لم يعد مقبولاً مع تقنين معظم قواعد هذا القانون، ودليل ذلك، صدور مبادئ اليونيديروا وهي وثيقة مكتوبة شاملة لعدة نصوص تمت صياغتها كما القوانين الوطنية وبعدة لغات عالمية[8]، اضافةً الى المدونات الاخرى في مجال تنظيم التجارة الدولية والتي تقوم باعدادها مؤسسات مهنية متخصصة، كاتفاقيات التجارة الدولية (مثل اتفاقية فينا بشأن البيع الدولي للبضائع)، وتدوين عادات واعراف التجارة الدولية، واعداد القوانين والعقود النموذجية.

---

[1] مثل قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وقاعدة تنفيذ العقود بحسن نية، وقاعدة عدم جواز الاثراء بلا سبب وغيرها الكثير. انظر صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص176.

[2] ومن ذلك ما جاء في مبادئ اليونيديروا لعام 2010 في المادة (1-7) بخصوص حسن النية، والمادة (2/7-5) بخصوص انقاص السعر غير المعقول، والمادة (13/4-7) بخصوص التعويض الاتفاقي.

[3] انظر صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص217 وما بعدها. وانظر كذلك عرب، سلامة فارس : مرجع سابق. ص460 وما بعدها.

[4] دواس، امين. ((نطاق تطبيق مبادئ اليونيديروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية)). مرجع سابق. ص400.

[5] انظر : Mustill, Michael : Ibid, p.90.

[6] انظر المادة (3) بخصوص صحة التعاقد (التراضي)، والمواد 1/4/7 – 13/4/7 بخصوص التعويض، والذي يدخل ضمن اطاره الفوائد التأخيرية باعتبارها تعويضاً عن التأخر في التنفيذ، والمادة (10) بخصوص التقادم.

[7] Melkomian, Gayaneh Melkom. ((Choice of non-state law in international commercial contracts)). Published on the internet at : http://www.luys.am/images/scholars/attachments/Gayaneh_Melkom_Melkomian-IBL_paper_final.pdf, p.9.

[8] Bonn, Gesa Baron. Ibid, p.5

ومن ناحية اخرى، نشير الى تخوف البعض[1] من الالتجاء الى قانون التجار، باعتباره يعبر عن واقع فرضته الاسواق الدولية، التي تسيطر عليها الشركات التجارية والصناعية للدول الغربية المتقدمة، وهو ما يجعل احكام هذا القانون تعبر عن مصالح لا تتطابق بالضرورة مع مصالح الدول النامية ومواطنيها من التجار ورجال الاعمال. غير ان هذا القول لا يمكن التسليم به في ظل مبادئ اليونيديروا التي تم اعدادها من قبل لجنة خبراء محايدة تمثل اجزاء العالم المختلفة، وشملت ايضاً مراقبين من اليونيسترال، وقد سعت الى تقنين المبادئ القانونية العامة وافضل الحلول لعقود التجارة الدولية[2]. ومن ناحية اخرى، فان قانون التجار كما سبق واشرنا، يحتوي على قواعد آمرة لا يمكن الاتفاق على خلافها.

بالاضافة الى ذلك، فان قضاء التحكيم الدولي في الوقت الحاضر، اضحى يُعطي ظهره – في حالات ليست بقليلة – لمبدأ احترام قدسية العقد، ويعمل على مراعاة مبدأ حماية التوازن التعاقدي، بحسبان ان هذا المبدأ يتوافق بعمق مع الحاجات الخاصة للعلاقات الاقتصادية الدولية، والتي يتعين ان تستلهم عند اعداد قواعد قانون التجار. كما يؤكد الاستاذ Goldman، على ان مبدأ التوازن الاقتصادي للعقد، يشكل عصب قانون التجار[3].

وفي النهاية، واضافة الى كل ما تقدم، فان قانون التجار يستمد صفته الالزامية من تقبل سلطات الدولة والمجتمع التجاري الدولي له على انه قانون ذاتي ومستقل[4]، ولقناعتهم بجدواه في في نطاق معاملات التجارة الدولية.

الفرع الرابع : قانون التجار والقانون الدولي الخاص

مضت الاشارة الى ان الواقع القانوني الحديث، شهد بزوغ فرع جديد من فروع القانون، يتميز في مناهجه و اساليبه الفنية، ويسعى الى معالجة العلاقات الخاصة الدولية، اتفق اصطلاحاً على تسميته ب "القانون الخاص الدولي". والمثال الوحيد لهذا القانون في الوقت الحاضر، هو قانون التجار (lex mercatoria)، والذي يتضمن قواعد موضوعية تضع حلولاً مباشرة للنزاعات التي تثور بخصوص معاملات التجارة الدولية. وبذلك انحسر نطاق القانون الدولي الخاص، الى مسائل الاحوال الشخصية، من اهلية الى زواج او طلاق الى وصايا او ميراث

[1] انظر صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص174.

[2] دواس، امين. ((نطاق تطبيق مبادئ اليونيديروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية)). مرجع سابق. ص401.

[3] مشار اليه لدى عرب، سلامة فارس : مرجع سابق. ص417.

[4] دواس، امين. ((نطاق تطبيق مبادئ اليونيديروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية)). مرجع سابق. ص401.

وغيرها. وقد كان تعلق هذه المسائل الاخيرة بالنظام العام والمصلحة الاجتماعية العليا في كل دولة، يقف حائلاً امام ايجاد قواعد موضوعية دولية موحدة تطبق على هذه المسائل، على غرار ما هو عليه الحال في نطاق معاملات التجارة الدولية.

ويتناول هذا الفرع العلاقة بين قانون التجار – القانون الخاص الدولي – والقانون الدولي الخاص، باعتبار ان كلاً منهما يُعنى بحل النزاعات الناشئة عن العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الاجنبي. الا ان هذه الحقيقة لا تعني ان القانون الدولي الخاص يستوعب قانون التجار كما يقول بعض الفقهاء[1]، بل ان كلاً منهما يشكل فرعاً قانونياً مستقلاً عن الآخر. فالقانون المدني والقانون التجاري، يعالج كل منهما العلاقات القانونية بين الافراد داخل الدولة، ولم يقل احد بأن كلاهما واحد[2].

ان وجه الاختلاف البين الذي يُظهر بوضوح تميز كل من القانونين – قانون التجار والقانون الدولي الخاص – عن الآخر، يتجلى في اختلاف مصدر كل منهما. فالقانون الدولي الخاص، هو من نظم القانون الوطني، اي ان قواعده وطنية تصدر عن السلطة التشريعية في كل دولة. اما قانون التجار، فهو دولي المصدر، بمعنى انه خرج عن مجتمع التجارة الدولية. فهو لا ينبثق مباشرةً عن اي قانون وطني، اذ ان قواعده غالباً تمثل ما يتبعه المهنيون ويجري عليه التعامل في اوساط التجارة الدولية، لذلك تعد قواعده ذات نمو او خلق تلقائي[3].

كما يختلف قانون التجار عن القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين" ، في طبيعة قواعده. فقواعد قانون التجار، موضوعية، تضع حلولاً مباشرة للمسائل ذات العنصر الاجنبي، في حين ان قواعد تنازع القوانين، هي قواعد غير مباشرة تهدف فقط الى تعيين القانون الواجب التطبيق على المسألة ذات العنصر الاجنبي[4]. أما بالنسبة لما يُطلق عليه الفقه المعاصر تسمية "القواعد المادية في القانون الدولي الخاص"، فهي ورغم انها قواعد موضوعية تضع حلولاً مباشرة للنزاعات ذات الصفة الدولية، الا انها تبقى من نظم القانون الوطني، اي تابعة لدولة معينة – بخلاف قانون التجار الذي يعتبر مستقلاً عن الانظمة القانونية الوطنية – سواء كانت هذه القواعد ذات مصدر داخلي، كالقوانين التي تسنها الدولة بهدف التنظيم الموضوعي للعلاقات

[1] انظر مثلاً سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. مرجع سابق. ص346 وما بعدها. عشوش، احمد : مرجع سابق. ص18 وما بعدها.

[2] انظر في هذا الاتجاه دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص21-22. المغربي، محمود : مرجع سابق. ص66.

[3] المغربي، محمود : مرجع سابق. ص64.

[4] دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص21-22. الشرقاوي، محمود : مرجع سابق. ص5.

الخاصة الدولية، او ذات مصدر دولي، كالاتفاقيات الدولية المعنية بالتنظيم الموضوعي لعلاقات التجارة الدولية، والتي تصادق عليها الدولة وتصبح تبعاً لذلك جزءاً من قوانينها.

ويلاحظ انه كلما قل الفرق بين القوانين الخاصة في مختلف دول العالم، فان مجال تطبيق القانون الدولي الخاص يقل كذلك، بل ان هذا الأخير سيختفي اذا تشكل قانون خاص دولي (عالمي) يُعنى بتنظيم جميع العلاقات الخاصة الدولية وليس فقط العلاقات التجارية الدولية. ولكن وحيث انه لا يوجد حتى الآن قانون خاص دولي، ولا حتى قانون دولي خاص عالمي (موحد)، فان القانون الدولي الخاص سيظل قائماً الى جانب القانون الخاص الدولي[1].

[1] دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص22.

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي أمام القضاء الوطني

يتناول هذا الفصل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أمام القضاء الوطني في فلسطين. وحيث انه لا توجد قواعد اسناد خاصة بعقود التجارة الدولية، وسارية المفعول في فلسطين، فان ذلك يعني انه يتوجب على القاضي الفلسطيني الاجتهاد، واعطاء الحل في هذه المسألة التي لم تنظم تشريعياً. ويُأمل ان يكون اجتهاد القاضي في هذه الحالة موافقاً لأحدث واصلح الحلول التي توصل اليها فقه القانون الدولي الخاص في هذا المجال، والتي سنشير اليها عند تصدينا لتحليل نصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني المتعلقة بهذا الشأن.

وفي سياق تصدينا لتحديد القانون الواجب التطبيق امام القضاء الوطني الفلسطيني، فاننا سنتطرق لبيان مدى امكانية تطبيق قانون التجار، وكذلك مدى اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري امام هذا القضاء.

واستجابةً لهذا الغرض، فقد تم تقسيم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث على النحو التالي :

المبحث الأول : القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الاسناد التقليدية

المبحث الثاني : امكانية تطبيق قانون التجار امام القضاء الوطني

المبحث الثالث : مدى اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري أمام القضاء الوطني

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الاسناد التقليدية

يتناول هذا المبحث تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، في ضوء قواعد الاسناد ذات العلاقة في مشروع القانون المدني الفلسطيني، كونها تتقاطع مع النصوص المقارنة في هذا الشأن، كما انها تعتبر مرشداً للقاضي الفلسطيني في اجتهاده. وتتمثل هذه القواعد، بالمادة (1/25) التي تبين القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، وكذلك المادة (28) والتي تبين القانون الواجب التطبيق على شكل العقد.

وبناءً على ذلك، فقد تم تقسيم هذا المبحث الى المطلبين التاليين :

المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد

المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على شكل العقد

المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد

تنص المادة (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على انه : " يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، فان اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو المراد تطبيقه".

يتضح ان هذا النص يتفق مع ما أخذت به التشريعات المقارنة، من اسناد عقود التجارة الدولية الى القانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين، بوصفه القانون الاساسي الذي يحكم العقد من حيث المبدأ. فإن سكتت هذه الارادة عن اختيار قانون العقد، فقد تولى المشرع بنفسه عملية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في هذه الحالة، وذلك باسنادها الى القانون الاوثق صلة بها، والذي قام المشرع بتحديده من خلال ضابطي اسناد احتياطيين هما : الموطن المشترك للمتعاقدين، فاذا كان موطنهما مختلفاً، يطبق في هذه الحالة قانون محل ابرام العقد[1].

وبناءً على ما تقدم، فاننا سنتناول تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد في ضوء نص المادة (1/25)، وذلك في الفرعين التاليين :

[1] انظر المواد (1/20) من القانون المدني الأردني، و (1/19) من القانون المدني المصري، و (1/20) من القانون المدني السوري.

الفرع الأول : تطبيق قانون الارادة

الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق عند تخلف الارادة عن اختيار قانون العقد (التركيز الموضوعي للرابطة العقدية)

الفرع الأول : تطبيق قانون الإرادة

يُلاحظ ان نص المادة (1/25) حين قرر أن العقد يحكمه القانون الذي اختاره الاطراف، "..... ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن **قانوناً** آخر هو المراد تطبيقه"، قد رفض النظرية الشخصية والتي يندمج بمقتضاها القانون المختار في العقد. وهو على هذا النحو قد اتخذ موقفاً رافضاً لفكرة العقد المتحرر من سلطان القانون. وبهذه المثابة يمكن القول بأن مشروع القانون المدني الفلسطيني قد انحاز لفكر النظرية الموضوعية – القاضي بخضوع إرادة المتعاقدين للأحكام الآمرة في القانون المختار – والذي حددناه في الفصل الأول من هذه الدراسة.

وتناول موضوع، اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم عقدهم، يقتضي التطرق لعدد من المسائل الجوهرية المرتبطة بالقانون المختار، والتي سنتناولها فيما يلي :

أولاً : الاختيار الصريح لقانون العقد

سبق واشرنا الى ان الاختيار الصريح للقانون، يعبر عنه بالنص عليه صراحةً في العقد او في اتفاق مستقل او اثناء السير في اجراءات التقاضي. فإذا اتفق صراحةً على اخضاع العقد لقانون معين، وجب تطبيق هذا القانون[1].

ثانياً : الاختيار الضمني لقانون العقد

اذا سكت المتعاقدون عن الاختيار الصريح لقانون العقد، فانه يتوجب على القاضي ان يبحث عن ارادتهم الضمنية في هذا الصدد. وهذا ما قضت به صراحةً المادة (1/25) بقولها : "....او يتبين من الظروف ان قانوناً آخر هو المراد تطبيقه".

ويمكن الاستدلال على الارادة الضمنية من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد، بشرط ان يكون الوقوف عليها مؤكداً لا يترك مجالاً للشك في وجودها[1].

[1] انظر الفرع الاول من المطلب الاول من المبحث الثاني من الفصل الاول تحت عنوان "الاختيار الصريح لقانون العقد".

ثالثاً : تجزئة القانون المختار

ان تجزئة القانون المختار تعني، حرية المتعاقدين في اختيار اكثر من قانون لحكم عقدهم الدولي.

ومشكلة التجزئة في القانون الدولي الخاص، قد يكون موضوعها المركز او العلاقة القانونية محل الاسناد، مثل الرابطة العقدية الدولية التي ثار بشأنها النزاع (وهي تجزئة يتولاها عادة المشرع)[2]، وقد يكون موضوعها القانون الواجب التطبيق على هذا المركز او العلاقة (وهو ما قد تسعى اليه ارادة المتعاقدين عند اختيارها لأكثر من قانون لحكم العقد)[3].

وفي كل من الحالتين السابقتين، فان النتيجة النهائية المترتبة على التجزئة تبدو واحدة وان اختلفت المبررات القانونية في كل منها. فنحن في الحالتين امام ظاهرة التجزئة محل الدراسة، وهي ظاهرة تفيد في نهاية الامر، اخضاع المركز او العلاقة القانونية الواحدة لأحكام قانونية مختلفة تنتمي الى اكثر من نظام قانوني واحد[4].

ونظراً لكون تجزئة القانون المختار تتم بإرادة المتعاقدين، فان هذه المسألة هي التي ستكون محلاً لدراستنا في هذا المقام. وهنا يثور التساؤل عما اذا كانت ارادة المتعاقدين تقوى على هذا الاختيار المتعدد، فتملك التصدي لتجزئة القانون المختار في شأن الفكرة المسندة الواحدة، كما لو اختاروا قانوناً معيناً ليحكم شروط انعقاد العقد الموضوعية، وقانوناً آخر ليطبق على آثار العقد؟

يتجه الفقه الحديث الى تخويل المتعاقدين حق اختيار أكثر من قانون لحكم الرابطة العقدية، بشرط الا يؤدي هذا الوضع الى الاخلال بالانسجام المتطلب في الاحكام الواجبة التطبيق، خاصة بصدد المسائل التي تنفر بطبيعتها من تعدد هذه الاحكام، كما هو الشأن بالنسبة لآثار العقد والالتزامات المتقابلة للطرفين[5]. وهو ما يعني ان تكون هذه الجوانب العقدية نفسها تقبل

---

[1] لمزيد من التفصيل راجع ما تقدم في المبحث الثاني من الفصل الأول تحت عنوان "الاختيار الضمني لقانون العقد".

[2] تتعلق مشكلة تجزئة العقد، بالفكرة المسندة، حيث يفرق المشرع او القاضي في اسناد العقود مثلاً، بين فكرة الشكل وفكرة الموضوع وفكرة الاهلية.

[3] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص366.

[4] المرجع السابق. ص366-367.

[5] صادق، هشام : دروس في تنازع القوانين. مرجع سابق. ص347.

التجزئة، فلا يتصور مثلاً ان يكون انهاء العقد خاضعاً بالنسبة لاحد الطرفين لقانون دولة ما، وبالنسبة للطرف الآخر لقانون دولة اخرى، لان ذلك يؤدي الى نتائج متضاربة[1].

كما يذهب جانب من الفقه[2] الى اضافة شرط او قيد آخر على حرية المتعاقدين في تجزئة القانون المختار، وهو الا تؤدي هذه التجزئة الى افلات العقد من سلطان القانون. وبالتالي، فاختيار المتعاقدين لاكثر من قانون، يجب الا يؤدي الى اخراج المسائل التي تنظمها هذه القوانين تنظيماً آمراً، من سلطان القانون، بحيث يمكنهم بفضل ذلك الخليط القانوني من الافلات من الاحكام الآمرة في القوانين المختارة.

ويشير البعض كمثال لذلك، بعقد ايجار مبرم بين شركة تابعة للدولة (أ) ورجل صناعة مقيم في الدولة (ب)، استأجر بمقتضاه هذا الاخير من الشركة المذكورة، اجهزة صناعية لمدة معينة مقابل اقساط دورية. وقد تضمن العقد شرطين : الأول – شرط ربطت فيه الشركة مبلغ الايجار بسعر الذهب. والثاني – شرط جزائي يؤكد انفساخ العقد تلقائياً مع استحقاق الاجرة عن مدة العقد كاملة في حالة تأخر المستأجر في دفع اي قسط من اقساط الايجار في موعده.

فإذا فرض أن قانون الدولة (أ) كان يبطل شرط الذهب ولكنه يجيز الشرط الجزائي، في حين ان قانون الدولة (ب) على العكس كان يبطل هذا الشرط الاخير بينما يجيز الشرط الاول، فانه يمكن للشركة المؤجرة بالرغم من التنظيم القانوني الآمر للشروط العقدية، ان تتوصل لادراك غايتها فيما لو ضمنت العقد شرط يفيد اتفاق الطرفين على خضوع شرط الذهب لقانون الدولة (ب) والشرط الجزائي لقانون الدولة (أ). وهكذا يفلت العقد من الاحكام الآمرة التي يتضمنها قانون كل من الدولتين[3]، مما يتحتم معه على القاضي – وفقاً لهذا الرأي – الا يعتد بارادة المتعاقدين في التجزئة لما ادت اليه من افلات العقد من حكم القواعد الآمرة في القوانين التي تحكم الرابطة العقدية.

ومع ذلك يذهب اتجاه فقهي الى رفض الاعتداد بمبدأ احترام سلطان القانون كقيد على حرية الارادة في تجزئة العقد، ويشير الاستاذ "بول لاجارد" في هذا الصدد، الى ان تجزئة العقد في المثال السابق واخضاعه لاكثر من قانون لحكم شروطه المختلفة القابلة للانفصال، هو محض اعمال لمبدأ الاختيار الارادي لقانون العقد. اما النتيجة التي ادى اليها اعمال هذا المبدأ، وهي

---

[1] دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص141.

[2] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص370.

[3] المرجع السابق. ص377-378.

افلات العقد من الاحكام الآمرة في القوانين المتصلة به، فهي نتيجة يمكن للمتعاقدين مع ذلك التوصل اليها دون اللجوء لتجزئة العقد، اذ يكفيهم في المثال السابق مثلاً اختيار قانون آخر على صلة بدوره بالعقد، مثل قانون دولة انتاج الاجهزة الصناعية – قانون الدولة (ج) – والذي يجيز الشرطين المدرجين في العقد، مما يصعب معه بالتالي النعي على هذا الاختيار الاخير طالما كان القانون المختار على صلة بالعقد، رغم ما يؤدي اليه تطبيقه من ادراك لنفس النتائج التي حاول المتعاقدون التوصل اليها من خلال تجزئة العقد. فلماذا يعاب عليهم اذاً استخدام التجزئة كوسيلة لتحقيق اهدافهم، في الوقت الذي يسمح لهم بالتوصل لهذه الاهداف بوسيلة اخرى؟[1]

ومع ذلك، فالعقد لا يفلت في الواقع من نطاق تطبيق القواعد الآمرة في اي من قانون الدولة (أ) او الدولة (ب)، رغم خضوعه لقانون الدولة (ج)، في المثال السابق. اذا الغالب ان تأخذ هذه القوانين شكل القواعد ذات التطبيق الضروري، والتي سنرى فيما بعد ان على القاضي ان يراعي اعمالها اذا كانت على اتصال بالرابطة العقدية التي تدخل في نطاق تطبيقها كما حدده مشرعها – وفقاً للمنهج الاحادي المتبع عند اعمال هذه القواعد – ولو لم تكن جزءاً من قانون العقد[2].

ويهدف الاتجاه الفقهي الحديث الذي خول المتعاقدين حق تجزئة القانون المختار، الى ادراك الاحترام المتطلب لارادة المتعاقدين، فالسماح للاطراف باختيار قانون العقد ابتداءً، يقتضي ايضاً السماح لهم بتحديد اي جوانب العقد تخضع له.

ولا نرى في نص المادة (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، ما يمنع من الأخذ بهذا الاتجاه، بشرط ان لا تؤدي تجزئة القانون المختار الى الاخلال بالانسجام المتطلب في الاحكام الواجبة التطبيق. ومع ذلك، حبذا لو نص المشروع على ذلك صراحةً على غرار بعض الاتفاقيات الدولية والقوانين المقارنة.

وبالفعل فإن قوانين بعض الدول والاتفاقيات الدولية قد نصت صراحةً على حق المتعاقدين في تجزئة القانون المختار. فنجد المادة (1/27) من القانون الدولي الخاص الالماني الصادر سنة 1986 تنص صراحةً على حق المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد

[1] مشار اليه لدى ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص127-128.

[2] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص379.

في مجموعه أو على جانب منه فقط[1] ، وهو ما يفيد حق المتعاقدين في اختيار اكثر من قانون لحكم العقد.

وقد ذهبت المادة (1/3)[2] من تنظيم (Rome 1) في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في دول الاتحاد الاوروبي الى الاعتراف بحق المتعاقدين في اختيار القانون الذي سيحكم العقد في مجموعه او في جانب من جوانبه فقط. وهو الامر الذي ينبئ عن السماح للمتعاقدين باختيار اكثر من قانون ليحكم كل منها جانب من جوانب الرابطة العقدية.

كما تبنت المادة (1/7)[3] من اتفاقية لاهاي لعام 1986 في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع نفس الاتجاه السابق ايضاً.

رابعاً : الوقت الذي يعتد به في اختيار قانون العقد

الاصل ان يتم اتفاق المتعاقدين على اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم العقدية عند ابرام العقد، وذلك بمقتضى نص يُدرج في صلب العقد ذاته او في اتفاق مستقل. فاختيار قانون الارادة عند التعاقد، هو الذي يحقق للمتعاقدين العلم من البداية بالقانون الذي سيحكم علاقتهم، فيكفل لهم على هذا النحو الامان المنشود ويجنبهم بذلك مفاجآت المستقبل.

ومع ذلك، فقد يتم الاتفاق على هذا الاختيار في مرحلة لاحقة على ابرام العقد الاصلي، سواء تم هذا الاختيار استناداً الى اتفاق صريح لاحق على ابرام العقد، او تم بطريقة ضمنية يمكن للقاضي استخلاصها من دلائل تكشف عنها. بل ويمكن ايضاً ان يُثار هذا الاختيار لأول مرة عندما يطرح النزاع على القاضي[4].

---

[1] ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص128.

[2] Article (3/1) of Rome 1 regulation says : "A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract".

[3] Article (7/1) of Hague 1986 convention says : " A contract of sale is governed by the law chosen by the parties. The parties' agreement on this choice must be express or be clearly demonstrated by the terms of the contract and the conduct of the parties, viewed in their entirety. Such a choice may be limited to a part of the contract".

[4] ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص106.

وهذا القول يكون مقبولاً على الاقل ما دام ان مشرع دولة القاضي لم يحسم هذه المسألة المتعلقة بالتنازع المتحرك بنص صريح. ذلك ان الاتفاق على اختيار قانون العقد، هو اتفاق مستقل عن العقد الاصلي، ومن ثم فليس هناك ما يجبر المتعاقدين على اتمام الاختيار عند ابرام العقد الاصلي[1].

وقد اتجه القضاء السويسري الى الاعتراف بحق المتعاقدين في اختيار قانون العقد، ليس فحسب عند ابرام العقد، بل وفي اي وقت لاحق على التعاقد، وحتى لو اثير هذا الاختيار لاول مرة امام المحكمة التي طرح عليها النزاع، بشرط ان تكون هذه المحكمة من محاكم الموضوع، وان يكون كل من المتعاقدين على وعي ورغبة في الارتباط بهذا الاختيار اللاحق[2].

ويسود هذا الرأي ايضاً لدى قضاء دول شرق اوروبا واليونان، كما اعتنقته ايضاً المحكمة الفيدرالية العليا في المانيا في حكمها الصادر في 1970/5/25، وهو ما انتهى اليه ايضاً القانون الدولي الخاص الالماني الصادر عام 1986 (المادة 2/27)، والقانون الدولي الخاص السويسري الصادر عام 1987 (المادة 3/116)[3].

ويرتب الفقه على حق المتعاقدين في الاختيار اللاحق لقانون العقد نتيجة هامة، هي قدرتهم بذلك على تغيير القانون الذي كان مختصاً بحكم الرابطة العقدية عند التعاقد، وسواء كان هذا القانون هو الذي حدده المشرع عند سكوت الارادة عن الاختيار في البداية، او القانون الذي سبق للمتعاقدين انفسهم اختياره في ذلك الوقت. فالاعتراف للمتعاقدين بحق الاختيار اللاحق لقانون العقد، يتضمن التسليم بقدرتهم على تعديل اختيارهم السابق لهذا القانون، بشرط ان يتم هذا التعديل في مرحلة لا تتعدى الفصل في النزاع الذي قد يثور بينهم بمعرفة محكمة الموضوع.

وقد اعتنق تنظيم (Rome 1) صراحةً وفي المادة (2/3) منه هذا الاتجاه، فنصت المادة على انه : " يحق للمتعاقدين بأن يتفقوا في اي وقت على اخضاع عقدهم لقانون آخر غير القانون المحدد سابقاً لحكم العقد، وسواء كان هذا القانون الاخير قد تم تحديده بارادة الاطراف

[1] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص359.

[2] انظر ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص106.

[3] انظر صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص361.

او بأية طريقة اخرى وفقاً لاحكام التنظيم..."[1]. كما تبنت هذا الاتجاه ايضاً المادة (2/7) من اتفاقية لاهاي لعام 1986 في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع[2].

اما اساس اشتراط الا يتم الاختيار اللاحق لقانون العقد او العدول عن هذا الاختيار، لاول مرة امام محكمة النقض، هو كون اتفاق المتعاقدين على هذا الاختيار اللاحق لقانون العقد او تعديل اتفاقهم السابق، مسألة واقعية لا يجوز التمسك بها لاول مرة امام محكمة النقض. هذا بالاضافة الى ان تخويل المتعاقدين لحق الاختيار اللاحق او تعديل هذا الاختيار امام محكمة النقض، يعني اتاحة الفرصة للطعن على قضاة الموضوع بعدم تطبيقهم للقانون الذي اتفق المتعاقدون على تطبيقه لاحقاً أمام محكمة النقض، والحال ان اتفاقهم على هذا النحو لم يكن مطروحاً على محكمة الموضوع عند نظر الدعوى، وبالتالي فلا يتصور بداهةً ان يعاب عليها عدم اعتدادها به. وفي القول بغير ذلك تجاهل لمناط رقابة محكمة النقض في هذا الفرض وهو خطأ محكمة الموضوع في تطبيق القانون المختص عند نظر الدعوى او تجاهلها لهذا التطبيق.

ومن ناحية اخرى، فان الآثار المترتبة على تعديل القانون الذي كان مختصاً بحكم الرابطة العقدية، تنصرف الى تطبيق هذا القانون على العقد بأثر رجعي عادة[3]، ولكن لا شيء يمنع الاطراف من جعل اثره على العقد فورياً[4].

وعند تطبيق القانون على العقد بأثر رجعي، فانه يجب ان يُراعى تحفظان حتى يمكن الاعتداد بهذا التغيير : الأول – الا يؤدي هذا التغيير الى ابطال العقد الذي نشأ صحيحاً من حيث الشكل وفقاً للقانون المحدد عند التعاقد. والثاني – حماية حقوق الغير. وهذا ما قضت به صراحة

[1] Article (3/2) of Rome 1 regulation says : "The parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously governed it, whether as a result of an earlier choice made under this Article or of other provisions of this Regulation……".

[2] Article (7/2) of Hague 1986 convention says : "The parties may at any time agree to subject the contract in whole or in part to a law other than that which previously governed it, whether or not the law previously governing the contract was chosen by the parties……".

[3] ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص109.

[4] دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص141.

المادة (2/3)[1] من تنظيم (Rome 1) وكذلك المادة (2/7)[2] من اتفاقية لاهاي لعام 1986 في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع.

ويرجع اساس التحفظ الاول، الى رعاية الهدف الذي تسعى الى ادراكه القاعدة التي تحكم شكل التصرف – والتي سنعرض لها لاحقاً – وهو التيسير على المتعاقدين عند ابرام التصرفات القانونية. وانطلاقاً من اعتبارات التيسير على المتعاقدين، فانه اذا كان الاختيار اللاحق لقانون العقد سيؤدي الى صحة العقد الذي نشأ باطلاً من حيث الشكل وفقاً لاحكام القانون الذي تحدد عند التعاقد، فانه يتعين التسليم بصحة العقد تطبيقاً لاحكام القانون الذي اختير لاحقاً.

اما بالنسبة للتحفظ الثاني، فان اختيار المتعاقدين لقانون العقد عند التعاقد او تحديد المشرع لهذا القانون عند سكوتهم عن الاختيار، قد خلق وضعاً ظاهراً تتعلق به حقوق الغير، بحيث اذا تعارض هذا الاختيار اللاحق وحقوق هؤلاء، فان الحماية المقررة لهم تستوجب الا يسري في شأنهم التعديل الذي اجراه المتعاقدون لهذا القانون[3].

وبهذه المثابة، فاذا كان للمشتري في عقد البيع كفيلاً او ضامناً يتمتع ببعض الحقوق وفقاً لقانون العقد عند التعاقد، فانه يتعين الا يؤدي التغيير اللاحق لهذا القانون الى المساس بحقوقه السابق اكتسابها في ظله.

وليس في نص المادة (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، ما يمنع الاطراف من الاختيار اللاحق لقانون العقد او تغيير القانون المحدد ابتداءً. بل ان احترام ارادة المتعاقدين وهو الامر الذي اكدته المادة (1/25) ذاتها، يقتضي السماح لهم بهذا الأمر. ومع ذلك، حبذا لو نص المشروع على ذلك صراحةً على غرار القوانين والاتفاقيات الدولية المذكورة اعلاه.

خامساً : صلة القانون المختار بالعقد

[1] Article (3/2) of Rome 1 regulation says : "Any change in the law to be applied that is made after the conclusion of the contract shall not prejudice its formal validity under Article 11 or adversely affect the rights of third parties".

[2] Article (7/2) of Hague 1986 convention says : "Any change by the parties of the applicable law made after the conclusion of the contract does not prejudice its formal validity or the rights of third parties".

[3] ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص110.

اذا تكلمنا عن ضابط "الارادة" بوصفه ضابط اسناد في عقود التجارة الدولية، فانما يكون المقصود بذلك ان يكون لاطراف العقد اختيار القانون الذي يحكم روابطهم العقدية من حيث الموضوع. فهل حرية الاختيار هذه والمخولة للافراد بمقتضى قاعدة الاسناد (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني مطلقة ام مقيدة؟ بمعنى هل يشترط توافر صلة بين القانون المختار والعقد ام لا؟ وما هو نوع هذه الصلة في حال اشتراط توافرها؟

اثارت هذه المسألة في القانون المقارن اختلافات عديدة، فهناك جانب من الفقه يذهب الى ضرورة ان تكون ثمة "صلة" او "علاقة" او "رابطة" بين العقد والقانون المختار لحكمه. وهذا الاتجاه وان كان لا يسلم بما تذهب اليه نظرية التركيز الموضوعي التي يقول بها الاستاذ باتيفول، والتي تحصر دور الارادة في تركيز العقد في النظام القانوني الذي يعبر عن مركز الثقل الفعلي في الرابطة العقدية، نظراً لما سيؤدي اليه ذلك من اخلال بتوقعات الافراد وذلك بمفاجأتهم بتطبيق قانون غير ذلك الذي وقع عليه اختيارهم، الا ان هذا الاتجاه مع ذلك يعارض اطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد كما اراد انصار النظرية الشخصية. ويذهب هذا الاتجاه الى تقييد حرية المتعاقدين في هذا الاختيار، بضرورة ان يكون القانون المختار على صلة بالعقد بحيث يرتبط بعناصره على نحو او آخر، دون اشتراط ان يكون القانون المختار هو القانون الذي يعبر عن مركز الثقل في العلاقة العقدية[1].

ويؤسس هذا الاتجاه رأيه على كون اختيار المتعاقدين لقانون العقد يتم بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في قانون القاضي، حيث تعد الارادة ضابطاً للاسناد تتضمنه هذه القاعدة التي تسند الروابط العقدية الدولية الى القانون المختار. وبناءً على ذلك، فانه يتعين في هذه الحالة تقييد حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد، باقتضاء توافر صلة جادة وحقيقية بين هذا الاخير وبين العقد. لانه بقيام الارادة باختيار قانون على غير صلة بالعقد، فانها تكون بذلك قد تخطت دائرة تنازع القوانين التي تعمل هذه القاعدة في اطارها، مما يشكل خرقاً لاهداف تلك القاعدة والتي يتعين على الارادة عدم الخروج عليها حين اوكلت اليها قاعدة التنازع حق اختيار قانون العقد من بين القوانين التي تتزاحم لحكم الرابطة العقدية، وهي قوانين تتصل بالضرورة بهذه الرابطة[2].

---

[1] في هذا الاتجاه ديب، فؤاد : مرجع سابق. ص320 وما بعدها. صادق، هشام : دروس في تنازع القوانين. مرجع سابق. ص339 وما بعدها.

[2] ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق. ص114.

وبهذه المثابة، يستطيع المتعاقدون اختيار قانون جنسية احدهما او قانون موطنه، او قانون محل تنفيذ العقد، او قانون محل ابرام العقد، او قانون موقع المال محل التعاقد.... الخ.

غير ان قسماً كبيراً من المناصرين لهذا الاتجاه يرون ان القانون المختار يكون على صلة بالعقد ايضاً، ولو لم يكن احد هذه القوانين، وذلك فيما اذا كان هذا القانون هو قانون دولة اشتهرت بوضع عقود نموذجية تتصل بموضوع العقد. مثل القانون الانجليزي الذي ينظم بعض عقود النقل والتأمين البحري وتجارة الحبوب[1]. ويذهب هذا الاتجاه الى ان لجوء المتعاقدين الى مثل هذا القانون تبرره حاجة التجارة الدولية، وهي بحد ذاتها كافية لتبرير صلة هذا القانون بالعقد، ولو لم تكن له اية صلة اخرى بعملية التعاقد وعناصرها[2].

وعلى النقيض من الاتجاه المتقدم، يرى فريق آخر من الفقه – نؤيده في ذلك – ان حرية الافراد في اختيار قانون العقد، مطلقة تماماً، اذ لهم ان يختاروا القانون الذي يرتضونه دون قيد في هذا الشأن[3]. فالمشرع – او القاضي – حين يعول على الارادة كضابط للاسناد، فانما غايته تفويض الافراد بمقتضى قاعدة الاسناد، اختيار القانون الذي يحكم الرابطة العقدية بينهم، وهو تفويض على "بياض". وهذا هو وجه الخصوصية في قاعدة "قانون الارادة" التي لا تتطلب اية رابطة موضوعية في هذا الخصوص[4]. ويؤيد هذا النظر، ان اطراف العقد حين يضمنون عقدهم شرطاً بتطبيق قانون معين، فانهم لا يقصدون البتة تركيز عقدهم في كنف نظام قانوني معين، وانما يحددون من غير شبهة، القانون المختص[5].

ويضيف البعض قوله انه اذا كان من المسلم به، امكانية اختيار احد القوانين المتصلة بالعقد، وهو ما يعني التضحية بالقوانين الاخرى المتصلة بالرابطة العقدية، لمصلحة قانون واحد من بين هذه القوانين، فان المنطق ذاته يوجب التسليم بامكانية استبعاد كافة القوانين المتصلة بالعقد لحساب قانون آخر على غير اتصال به، متى لم يكن ثمة غش نحو القانون[6].

---

[1] ديب، فؤاد : مرجع سابق. ص320.

[2] المرجع السابق. ص321.

[3] انظر في هذا الاتجاه عرموش، ممدوح : القانون الدولي الخاص الاردني والمقارن. الجزء الاول. عمان : دار الثقافة. 1998. ص167. دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص 141- 142.

[4] رأي : Jacqet (G.M) و Deby Gerard مشار اليه لدى عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص49.

[5] عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص50.

[6] رأي : Rable مشار اليه لدى عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص50.

ونجد ان تنظيم (Rome 1) يتماشى مع هذا الاتجاه الاخير الذي يخول للارادة حرية مطلقة في اختيار قانون العقد، اذ جاءت المادة (1/3)[1] منه لتقرر ان العقد يخضع للقانون الذي يختاره الاطراف، دون ان تقيد هذا الاختيار بتطلب وجود صلة بين القانون المختار وبين العقد او الاطراف. وبهذه المثابة يصبح من حق المتعاقدين ان يختاروا قانوناً "محايداً" لحكم العقد، اي قانون لا يرتبط بالعقد او بالاطراف. وفي هذا الاتجاه ايضاً تسير كل من اتفاقيتي لاهاي لعام 1955 و1986 في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع، في المواد (1/2)[2] و (1/7)[3] منهما على التوالي.

كما ان المادة (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، قد سلكت مسلك كل من تنظيم (Rome1) وكذلك اتفاقيتي لاهاي، سالفي الذكر، فجاءت عامة ومطلقة لا تفرض قيداً او شرطاً بين القانون المختار وبين العقد، فلا يشترط ان يكون القانون المختار من قبل الاطراف معبراً عن مركز الثقل في الرابطة العقدية، ولا حتى متصلاً بأحد عناصرها.

ان هذا الاعتراف غير المحدود باختيار الاطراف للقانون، يساهم الى حد كبير في تحقيق احد اهم اهداف القانون الدولي الخاص، وهو توفير الامان واليقين القانوني للاطراف. وفي نهاية المطاف فإن المصالح العامة للدول المرتبطة بالعقد ارتباطاً فعلياً، يتم انفاذها ليس من خلال فرض قيود على القانون المختار، وانما من خلال تطبيق قوانين البوليس المرتبطة بالعقد. كما جاءت المادة (4/3) من تنظيم (Rome1) بوسيلة اخرى لحماية المصالح العامة لدول الاتحاد الاوروبي المتصلة بالعقد، فاذا كانت جميع عناصر العقد، وقت اختيار القانون، تقع في دولة او اكثر من دول الاتحاد، ومع ذلك قام الاطراف باختيار قانون دولة ثالثة (غير عضو)، فان هذا الاختيار صحيح، ولكن لا يمكنه ان يستبعد الاحكام الآمرة في قانون الاتحاد الاوروبي،

[1] Article (3/1) of Rome 1 regulation says : " A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract".

[2] Article (2/1) of Hague 1955 convention says : "A sale shall be governed by the domestic law of the country designated by the Contracting Parties".

[3] Article (7/1) of Hague 1986 convention says : "A contract of sale is governed by the law chosen by the parties. The parties' agreement on this choice must be express or be clearly demonstrated by the terms of the contract and the conduct of the parties, viewed in their entirety. Such a choice may be limited to a part of the contract".

والتي يكون من من الملائم تطبيقها في دولة القاضي[1]. ونعتقد ان هذا الحكم الأخير لا يتعارض مع ما سبق ان قلناه، حول عدم اشتراط التنظيم وجود صلة بين القانون المختار والعقد، لأن الحالة التي تتحدث عنها المادة (4/3) هي حالة خاصة، ينتمي فيها العقد بجميع عناصره الى الاتحاد الاوروبي، فلا مانع في هذه الحالة من حماية الاحكام الالزامية في الاتحاد وعدم السماح باستبعادها بواسطة قانون اجنبي.

ومع ان هذا الاتجاه الاخير يتفق مع فقه النظرية الشخصية في عدم تقييد حرية الارادة في اختيارها لقانون العقد، باشتراط توافر الصلة بين هذا الاخير وبين العقد، حفاظاً على توقعات الاطراف[2]، الا ان هذا الرأي لم يسلك منهج النظرية الشخصية الذي يرد حرية الاختيار الى مطلق مبدأ سلطان الارادة، مع ما يستتبعه ذلك من تحرر العقد من سلطان القانون، وانما يُرجع فقه النظرية الموضوعية، قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد، الى قوة القانون الذي منح الارادة هذا الحق بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي، الامر الذي يفضي الى خضوع العقد للقواعد الآمرة في القانون المختار.

الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق عند تخلف الارادة عن اختيار قانون العقد (التركيز الموضوعي للرابطة العقدية)

في حال لم يوجد اتفاق صريح بين المتعاقدين على القانون الذي يحكم عقدهم، ولم يكن بالامكان الكشف عن ارادتهم الضمنية المؤكدة في هذا الصدد، فقد تولى المشرع مباشرةً تحديد القانون الذي يحكم العقد في هذه الحالة، في المادة (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، بأن اولى الاختصاص الى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وفي حالة اختلاف موطن المتعاقدين، فيكون القانون المختص هو قانون محل ابرام العقد.

---

[1] Article (3/4) of Rome 1 regulation says : ""Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in one or more Member States, the parties' choice of applicable law other than that of a Member State shall not prejudice the application of provisions of Community law, where appropriate as implemented in the Member State of the forum, which cannot be derogated from by agreement".

[2] راجع الأثار المترتبة على اندماج القانون في العقد، في المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الأول.

أولاً : قانون الموطن المشترك للمتعاقدين

ان قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، هو قانون البلد الذي يوجد فيه موطن طرفي العقد[1]، وموطن الشخص الاعتباري هو المكان الذي يوجد فيه المركز الرئيسي للشركة[2].

ويرجع سبب اخذ المشرع بقانون الموطن المشترك للمتعاقدين وليس بقانون الجنسية المشتركة، الى اهمية الموطن في المعاملات المالية والعلاقات التعاقدية ولا سيما فيما يتعلق بتنفيذ العقود[3].

ونرجع في تحديد الموطن المشترك، الى وقت ابرام العقد وليس الى وقت تنفيذه او الى وقت المنازعة فيه. وهذا ما اكدته محكمة النقض السورية بشكل واضح وصريح في حكمها الصادر بتاريخ 1961/5/15 حيث قررت "ان حل التنازع على القانون الواجب تطبيقه يستتبع التحقق من اتحاد المتعاقدين في الموطن او اختلافه عند صدور الايجاب والقبول..."[4].

ثانياً : قانون بلد الابرام

اذا اختلف موطن المتعاقدين، كما لو كان موطن احدهما في دمشق والآخر في عمان، وكان العقد قد ابرم في تركيا، ففي هذه الحالة – اذا سكتت الارادة عن الاختيار – يطبق القانون التركي بوصفه قانون محل ابرام العقد. ويبرر الاخذ بهذا القانون، الرغبة في التيسير على المتعاقدين ومراعاة حاجة المعاملات الدولية. كما ان من مزايا الاخذ بهذا القانون في هذا الحالة، تحقيق وحدة القانون الذي يحكم العقد من حيث الشكل والموضوع[5].

غير ان تطبيق هذا القانون يصطدم بمشكلة تعيين مكان ابرام العقد، في حال التعاقد بين غائبين، اي حيث لا يقع الايجاب والقبول في مكان واحد. في مثل هذه الحالة لا بد من الرجوع الى قانون القاضي لتحديد مكان العقد وزمانه، وذلك بوصفه القانون المرجع في تكييف العلاقات القانونية.

---

[1] لقد حددت المادة (4) من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001 المعدل بالقانون رقم (5) لسنة 2005 المعنى المقصود من الموطن بالنسبة للشخص الطبيعي، فجاء فيها : "1. الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادةً... 2. يجوز ان يكون للشخص اكثر من موطن واكثر من محل عمل في آن واحد، وفي احوال التعدد يتساوى الجميع".

[2] الهداوي، حسن : مرجع سابق. ص153.

[3] ديب، فؤاد : مرجع سابق. ص322.

[4] مشار اليه : المرجع سابق. ص322-323.

[5] عرموش، ممدوح : مرجع سابق. ص172.

وفي هذا الصدد تنص المادة (86) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على انه : "يعد التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق او نص يقضي بغير ذلك. ويفترض ان الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل اليه فيهما هذا القبول".

يتضح من هذا النص انه لا بد من الرجوع أولاً الى اتفاق الطرفين، فاذا تضمن هذا الاتفاق ما يفيد تحديد مكان العقد وزمانه، يطبق قانون هذا المكان. وفي حال عدم وجود مثل هذا الاتفاق، فان مشروع القانون المدني يعتد بمحل علم الموجب بالقبول، بحيث يعتبر هو المكان الذي تم فيه العقد. وتعتبر المادة (86) ان وصول القبول الى الموجب قرينة على علمه بهذا القبول.

وبالعودة الى نص المادة (1/25) من مشروع القانون المدني، فاننا نجد ان التعليق عليها في المذكرة الايضاحية للمشروع كان انتقادياً كونها تتبنى منهج الاسناد الموضوعي الجامد للرابطة العقدية في حال تخلف الارادة عن اختيار قانون العقد، لكونها افترضت مسبقاً ان مركز الثقل في الرابطة العقدية هو بالضرورة الموطن المشترك للمتعاقدين او دولة ابرام العقد، في حين ان هذا المركز يختلف بالضرورة بحسب طبيعة العقد[1]. وبالاضافة الى ذلك، فان الوضع الغالب في عقود التجارة الدولية هو اختلاف موطن المتعاقدين، كما ان مكان ابرام العقد كثيراً ما يتحدد بناءً على اعتبارات تقوم على محض الصدفة، مما يقلل من قيمة هذا الضابط الى حد كبير عند تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد.

وعلى هذا الاساس، فان نص المادة (1/25) لا يتفق مع المبادئ التي استقر عليها الفقه والقضاء واخذت بها التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية في القانون الدولي الخاص، والمتمثلة بالاسناد المرن للروابط العقدية، بما يسمح باختلاف هذا الاسناد بالنسبة لكل طائفة من العقود ذات الطبيعة الواحدة[2].

الا ان هناك رأياً فقهياً مغايراً[3] للاتجاه السابق، بحيث يرى ان القاعدة العامة في المادة (1/25)، هي ترك الحرية للقاضي في البحث عن القانون الاوثق صلة بالعقد ليكون هو القانون

---

[1] انظر المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص33. موجودة على موقع انترنت www.dft.gov.ps تاريخ الدخول 2011/21/19 ساعة الدخول 10 مساءً.

[2] راجع الفرع الثاني من المطلب الاول من المبحث الثاني من الفصل الاول تحت عنوان " الاسناد المرن للرابطة العقدية".

[3] يتبنى هذا الرأي عرب، سلامة فارس : مرجع سابق. ص269 وما بعدها.

الواجب التطبيق عليه، دون التوقف الجامد عند مقتضى ضابطي الاسناد الواردين في صدر المادة (1/25). فهذا الضابطان لا يعدوان – من وجهة نظر المشرع – الا ان يكونا قرائن قانونية بسيطة على ان العقد يرتبط بصلة وثيقة مع القانون الذي يشير اليه اي من هذين الضابطين، وهذه القرائن يمكن اثبات عكسها.

اما سند هذا الرأي فيما ذهب اليه، فهو العبارة الاخيرة الواردة في المادة (1/25) **"او يتبين من الظروف ان قانوناً آخر هو المراد تطبيقه".**

ويذهب هذا الرأي الى ان التفسير السليم للعبارة الاخيرة، لا يذهب الى اعطاء القاضي سلطة البحث عن الارادة الضمنية للاطراف في ضوء ظروف التعاقد، كما يقول معظم الفقه، لأن هذه السلطة ببساطة معترف له بها من قبل في العبارة السابقة عليها مباشرةً[1]، وانما تفسر على اساس انها تمنح القاضي السلطة التقديرية الكاملة في البحث عن العنصر الذي يمثل مركز الثقل في العلاقة التعاقدية، ومن ثم تركيز العقد في نطاق القانون الذي يشير اليه هذا العنصر.

ولا تعتبر السلطة التقديرية التي يمارسها القاضي في هذه الحالة، قاعدة تنازع. وانما العنصر الذي يمثل مركز الثقل (اي ذلك الذي يربط بصلة وثيقة بين العقد واحد الانظمة القانونية) والذي يتوصل اليه القاضي من خلال بحثه للظروف المحيطة بالعقد، هو الذي يعد قاعدة تنازع[2].

ويذهب هذا الرأي الى ان عبارة "المراد تطبيقه" الواردة في آخر النص يتعين ان تفسر على اساس انها تعني "الواجب تطبيقه" او "المتعين تطبيقه" ، لان اخذ هذه العبارة على معناها الظاهر مفاده ليس البحث عن الاردة الضمنية للاطراف، وانما البحث عن ارادتهم المفترضة. اي ان القاضي في هذه الحالة سيجعل سكوت الاطراف يتكلم، ان لم نقل انه سيحل ارادته الخاصة محل ارادة الاطراف في هذا التحديد، وهذا ما لم يقل به احد في الفقه المعاصر[3].

---

[1] (ما لم يتفق المتعاقدان) لان اتفاق المتعاقدين يشمل الاتفاق الصريح والاتفاق الضمني، فالقواعد العامة في التعبير عن الارادة تسوي بينهما. انظر المادة (76) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، والتي جاء فيها : "التعبير عن الارادة يكون باللفظ، او بالكتابة، او بالاشارة المعهودة عرفاً، او باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود. ويجوز ان يكون التعبير عن الارادة ضمنياً اذا لم ينص القانون او يتفق الطرفان على ان يكون صريحاً".

[2] عرب، سلامة فارس : مرجع سابق. ص270.

[3] المرجع السابق. ص272-273.

ونعتقد من جانبنا ان هذا الرأي الاخير كان جديراً بالتأييد لو ان نص المادة (1/25) انتهى فعلاً بعبارة **"الواجب تطبيقه" او "المتعين تطبيقه"**، اما وقد جاء في نص المادة عبارة **"المراد تطبيقه"**، فان هذه العبارة بلا شك تنصرف الى ارادة المتعاقدين وليس الى القاضي، فهي في رأينا قد جاءت للتأكيد على ضرورة الاعتداد بالارادة الضمنية للمتعاقدين – وان كانت تؤكدها القواعد العامة في القانون والتي تسوي بين الارادة الصريحة والارادة الضمنية – والقول بخلاف ذلك يعتبر من باب الخطأ في تفسير القانون.

وعليه، ولكل ما تقدم، حبذا لو جاء نص المادة (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على النحو التالي : "يخضع العقد للقواعد القانونية التي يختارها الأطراف. وفي غياب هذا الاختيار يخضع العقد لقانون الدولة التي يوجد فيها للشخص الطبيعي المدين بالاداء المميز في العقد، محل الاقامة المعتادة أو مركز العمل الرئيسي اذا كان العقد قد ابرم في نطاق نشاط مهني او تجاري. وفي حالة الشخص المعنوي يخضع العقد لقانون الدولة التي يوجد فيها مركز الادارة الرئيسي، ما لم يتبين من الظروف ان العقد على صلة اوثق بقواعد قانونية أخرى، فتطبق عندئذ هذه القواعد".

المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على شكل العقد

يتناول هذا المطلب تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقد، وكذلك بيان المقصود من فكرة الشكل، وذلك في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقد

الفرع الثاني : المقصود بشكل العقد

الفرع الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقد

لقد عُرفت قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل ابرامه منذ نظرية الاحوال الايطالية القديمة، واطرد العمل بها حتى تم استقرارها في قضاء كثير من الدول، كما انها دخلت في

صلب تشريعات عدد كبير من دول العالم بما فيها الدول العربية كمصر وسوريا والاردن والجزائر والعراق وليبيا[1].

وقد اخذ مشروع القانون المدني الفلسطيني بقاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الابرام في المادة (28)، مع ملاحظة انه قد أجاز للمتعاقدين ان يخضعوا شكل التصرف ايضاً للقانون الذي يسري على احكامه الموضوعية، او لقانون موطنهما المشترك، او قانون جنسيتهما المشتركة، حيث نصت المادة (28) من المشروع على انه : "تخضع العقود ما بين الاحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه او للقانون الذي يسري على احكامها الموضوعية، او لقانون موطن المتعاقدين او قانونهما الوطني المشترك".

ويسري حكم المادة (28) على مختلف العقود والتصرفات الارادية اياً كان موضوعها، مثل عقد الهبة وعقد العمل وعقد الرهن.....الخ، باستثناء العقود التي خصها المشرع بقاعدة اسناد خاصة. ونقصد بذلك عقود الزواج، والوصية وغيرها من التصرفات المضافة الى ما بعد الموت[2].

ويرجع اتفاق معظم الدول على الاخذ بقاعدة خضوع الشكل لقانون محل ابرامه، الى سلامة الاعتبارات التي تقوم عليها هذه القاعدة، واتفاق الحكم الذي قررته مع حاجة المعاملات الخاصة الدولية. فاساس هذه القاعدة هو التيسير على المتعاقدين الذين قد يصعب عليهم العلم باحكام قانون غير قانون الدولة التي ابرم فيها العقد. بل حتى لو كانوا يعلمون بالشكل الذي يقرره قانون آخر، فانه قد لا يتسنى لهم استيفاءه في بلد الابرام لعدم معرفة قانون بلد الابرام لمثل هذا الشكل[3].

وما دام ان ذلك هو هدف القاعدة وتلك هي حكمتها، فان ذلك قد استتبع جعلها قاعدة اختيارية. والقول بغير ذلك اهدار لحكمة القاعدة، وهي التيسير على المتعاقدين خاصة في

---

[1] المادة (20) من القانون المدني المصري والقانون المدني الليبي، والمادة (21) من القانون المدني السوري والقانون المدني الاردني، والمادة (19) من القانون المدني الجزائري، والمادة (26) من القانون المدني العراقي.

[2] حيث نصت المادة (17) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على انه : "من حيث الشكل، يعد الزواج ما بين اجنبيين او بين اجنبي وفلسطيني صحيحاً اذا عقد وفقاً لقانون البلد الذي تم فيه او قانون كل من الزوجين". كما نصت المادة (2/24) من المشروع على انه : "يسري على شكل الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت، قانون دولة المتصرف او الدولة التي تم فيها التصرف".

[3] دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص151.

الفروض التي يبرم فيها المتعاقدون تصرفهم اثناء مرورهم العارض بدولة معينة قد يتعذر عليهم العلم باحكامها[1].

ويتضح ان مشروع القانون المدني الفلسطيني قد تبنى هذا النظر في المادة (28)، فلم يلزم المتعاقدين باتباع الشكل المقرر في قانون بلد الابرام، وانما اجاز اخضاع شكل التصرفات ايضاً للقانون الذي يسري على احكامها الموضوعية، لان في ذلك ما يحقق وحدة القانون الذي يحكم العقد من حيث شكله وموضوعه، وهذا اقرب ما يكون الى طبيعة الامور.

كما ان المادة (28) تعد العقد صحيحاً من حيث الشكل، اذا تمت فيه مراعاة الشكل الذي يقرره قانون موطن المتعاقدين المشترك، وذلك لما للموطن من اهمية في تنفيذ العقود.

كذلك اعترفت المادة (28) بصحة العقد من حيث الشكل اذا تم وفقاً للاوضاع المقررة في قانون جنسية الطرفين المشتركة. ولا يخفى ان الشكل الذي يقرره هذا القانون يسهل على الطرفين الالمام به.

وبناءً على الاعتبارات المتقدمة في التسهيل على المتعاقدين، فانه يجب على القاضي الفلسطيني اعتبار العقد صحيحاً من حيث الشكل اذا كان مطابقاً للشكل المعتمد في اي من القوانين الاربعة ولو كان مخالفاً للقوانين الاخرى.

كما ان الجزاء الذي يترتب على عدم مراعاة الاوضاع التي يقررها اي من هذه القوانين التي تحكم شكل العقد، يكون وفقاً للقانون الذي يقرر الجزاء الاخف. وعليه فالقانون الذي يقرر البطلان الجزئي او ينص على امكانية تدارك مخالفة العقد للنصوص الخاصة بالشكل، يقدم على القانون الذي يقرر البطلان الكامل للعقد، او الذي لا يتصور امكانية الاصلاح تلك[2].

ولهذا فان قاعدة الاسناد الخاصة بشكل العقود تعد من القواعد غير المحايدة، التي لا تسعى الى ادراك مجرد عدالة شكلية باختيار القانون الاوثق صلة بالعلاقة العقدية، انما هي تهدف ايضاً الى تحقيق نتيجة موضوعية محددة، وذلك باختيار القانون الذي يؤدي تطبيقه الى صحة العقد عملاً بحكمة الاسناد وهي التيسير على المتعاقدين[3].

---

[1] صادق، هشام : دروس في تنازع القوانين. مرجع سابق. ص231. وما بعدها.

[2] دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص152.

[3] صادق، هشام : دروس في تنازع القوانين. مرجع سابق. ص233.

وانطلاقاً من الاعتبارات المتقدمة، نعتقد من جانبنا انه كان من الاجدر بالمشروع الفلسطيني ان لا يشترط اتحاد المتعاقدين في الموطن او في الجنسية. فمن باب التيسير على المتعاقدين يجب ان يعتبر العقد صحيحاً متى استوفى الشكل المتطلب في قانون موطن اي من المتعاقدين او في القانون الذي ينتمي اليه احدهما بجنسيته.

ومن ناحية اخرى، فقد جاءت المادة (72) من قانون البوالس والشيكات رقم (17) لسنة 1929[1] والنافذ في قطاع غزة، تحت عنوان "تنازع القوانين" ، متضمنة تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات الصرفية التي تنشأ بموجب الاوراق التجارية. وفيما يتعلق بصحة الورقة من حيث الشكل، فقد اخضعتها المادة لقانون المحل، سواء تعلق ذلك بانشائها او قبولها او حوالتها (تظهيرها) او قبولها بعد الاحتجاج[2]. كما ان تفسير القبول او الحوالة او القبول بعد الاحتجاج الوارد في الورقة يتم – وفقاً للفقرة الثانية من المادة ذاتها – "بمقتضى احكام شرائع البلاد التي نظم فيها العقد"، الا ان تكون "الورقة المسحوبة في فلسطين والمستحقة الدفع فيها قد حولت في بلاد اخرى، فتفسر الحوالة بالنسبة الى الدافع وفقاً لاحكام شرائع فلسطين".

[1] منشور في الباب العاشر من مجموعة قوانين فلسطين (درايتون) ومعدل بالقوانين ذات الارقام : 21 لسنة 1930، 10 لسنة 1933، 29 لسنة 1934، 10 لسنة 1945.

[2] حيث نصت المادة (1/72) على انه : "تقرر صحة البوليسة من حيث مقتضيات صيغتها بمقتضى شرائع البلاد الصادرة فيها، وتقرر صحتها من حيث مقتضيات صيغة العقود المضافة اليها كالقبول او الحوالة او القبول بعد الاحتجاج بمقتضى شرائع البلاد التي وقع فيها القبول او الحوالة او القبول بعد الاحتجاج...".

الفرع الثاني : المقصود بشكل العقد

اما من ناحية المقصود من فكرة الشكل، فهي الاوضاع والوسائل التي تظهر فيها الارادة الى العالم الخارجي، كالكتابة وغيرها. فالشكل بالتالي فكرة مستقلة عن موضوع التصرف القانوني، والذي يتمثل بالارادة[1].

ومن المعلوم ان مسألة التمييز بين الشكل والموضوع في العقود الدولية، هي مسألة تكييف اولي يتوقف عليها تحديد القانون الواجب التطبيق، لذلك فانها تخضع لقانون القاضي، اي للقانون الفلسطيني[2].

وشكل التصرف قد يتطلبه المشرع كركن لانعقاد التصرف، وقد يكون مطلوباً لمجرد اثبات التصرف.

وبالنسبة للشكل الذي يعتبر ركناً لانعقاد التصرف، كشرط الرسمية في عقود بيع العقارات، فقد انقسم الفقه بشأنه الى قسمين : فهناك من يعتبره مسألة موضوعية يرجع في شأنها الى القانون الذي يحكم موضوع التصرف. فاذا تطلب هذا القانون شكلاً معيناً للانعقاد يترتب على تخلفه بطلان التصرف، فانه لا يجوز ان يفرغ التصرف الا في هذا الشكل المتطلب[3].

في حين يرى جانب آخر[4] ان الرسمية وان كانت ركناً للانعقاد، فانها تعتبر من قبيل الشكل، وتخضع بالتالي للقانون الذي يحكمه.

ونؤيد من جانبنا اتساع فكرة الشكل لتشمل مسألة لزومه او عدم لزومه لانعقاد التصرف، لان ذلك يتفق وغاية التسهيل على المتعاقدين واللذين قد لا يكونوا عند ابرام العقد، عالمين بالقانون الذي سيحكم موضوع العقد، ولا بالشكل الذي يتطلبه هذا القانون لصحة العقد.

كما ويعد من قبيل الشكل، كل اجراء يشبهه، مثل التسليم في هبة المال المنقول، ويخضع بالتالي للقانون الذي يحكم الشكل[5].

---

[1] صادق، هشام : دروس في تنازع القوانين. مرجع سابق. ص235.

[2] انظر مادة (14) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، والتي جاء فيها : "القانون الفلسطيني هو المرجع في تكييف العلاقات ذات العنصر الاجنبي عندما تتنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

[3] الهداوي، حسن : مرجع سابق. ص173. عبد الله، عز الدين : مرجع سابق. ص450.

[4] صادق، هشام : دروس في تنازع القوانين. مرجع سابق. ص238. ديب، فؤاد : مرجع سابق. ص341. دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص153.

[5] دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص153.

وفيما يتعلق بالاثبات فانه يرتبط بشكل العقد، ولذلك يخضع وفقاً للرأي السائد[1] للقانون الذي يحكم الشكل، فهذا القانون يحدد ما اذا كان يلزم للاثبات شكل او وسيلة معينة، ومدى قوة هذه الوسيلة. وقد نصت على ذلك صراحةً بعض القوانين، من ذلك ما جاء في المادة (13) من قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 حيث جاء فيها : "يسري في شأن ادلة الاثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني..."، والمادة (64) من القانون الكويتي الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي رقم (5) لسنة 1961، حيث جاء فيها : "يسري على الدليل الكتابي للتصرف، من حيث لزومه وقوته وثبوت تاريخه وطرق هذا الثبوت، القانون الذي يسري على شكل هذا التصرف".

وتجدر الاشارة الى وجود اشكال اخرى ترتبط بنظم قانونية اخرى وتخضع بالتالي لقانون آخر. مثل الشكل المطلوب للشهر والعلانية، ويشمل جميع المسائل اللازمة لشهر التصرفات، سواء كان الشهر لازماً لنشأة الحق، او كان الشهر مطلوباً لنفاذ الحق في مواجهة الغير. اذ تخضع احكام الشهر على هذا النحو لقانون موقع المال[2].

وكذلك الحال ايضاً بالنسبة للاشكال المتممة للاهلية، كضرورة حصول القاصر على اذن الوصي للقيام بتصرف معين، وضرورة حصول الزوجة على اذن من زوجها للقيام بتصرفات معينة والمقرر في بعض التشريعات. ولو تمعنا هذه الاشكال، لوجدنا انها جميعها تدخل في فكرة موضوع التصرف. اذ اننا بصدد تدخل ارادة من يصدر منه الاذن الى جانب ارادة المأذون له، في انشاء التصرف، وهي بالتالي تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع[3].

وغني عن البيان، ان شكل اجراءات التقاضي وسير الدعوى امام القضاء يخضع وفقاً للمادة (30) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، لقانون البلد الذي تباشر فيه هذه الاجراءات[4].

وتجدر الاشارة الى ان طبيعة عقود التجارة الدولية تقتضي تحريرها من الشروط الشكلية التي قد تثقلها وتعوق ابرامها بالسرعة التي يقتضيها التعامل التجاري الدولي. وقد ايدت اتفاقية فيينا لعام 1980 بخصوص عقد البيع الدولي للبضائع، هذا النظر فلم تشترط الاتفاقية اي شرط

---

[1] صادق، هشام : دروس في تنازع القوانين. مرجع سابق. ص240. ديب، فؤاد : مرجع سابق. ص341. الهداوي، حسن : مرجع سابق. ص175. دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص153.

[2] انظر صادق، هشام : دروس في تنازع القوانين. مرجع سابق. ص235 وما بعدها.

[3] المرجع السابق. ص236.

[4] حيث نصت المادة (30) على ما يلي : "يسري قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى او تباشر فيها الاجراءات على قواعد الاختصاص واجراءات التقاضي".

شكلي لصحة البيع او اثباته، وخصت شرط الكتابة بالذكر، فنصت في المادة (11) على انه : "لا يشترط ان يتم انعقاد عقد البيع او اثباته كتابة، ولا يخضع لأي شروط شكلية. ويجوز اثباته بأي وسيلة بما في ذلك الاثبات بالبينة"[1]. كما سارت مبادئ يونيديروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لعام 2010 في هذا الاتجاه، اذ نصت في المادة (2/1) منها على انه : "ليس في هذه المبادئ ما يتطلب في عقد او اقرار او اي تصرف آخر، ان يتم عمله او اثباته بشكل معين، حيث يمكن اثباته بأية وسيلة بما في ذلك شهادة الشهود (البينة)".

واضافةً الى ما تقدم، فان اتفاقية فيينا تتبنى مفهوماً واسعاً لمصطلح "الكتابة" بحيث لا يقتصر على المحررات التقليدية فحسب، وانما يشمل ايضاً "الرسائل البرقية والتلكس" بموجب نص المادة (13) من الاتفاقية. فإذا وقع الايجاب او القبول مثلاً بالتلكس، اعتبر مكتوباً في جميع دول الاتفاقية، بما فيها الدول المتحفظة على المادة (11). ويبدو هذا المبدأ ملائماً في نطاق علاقات التجارة الدولية، فبفضل وسائل الاتصال المتنوعة فان كثيراً من المعاملات تعقد بسرعة كبيرة من خلال هذه الوسائل، كالفاكس والبريد الالكتروني.

[1] لم يلق هذا النص قبولاً لدى بعض الدول التي تشترط تشريعاتها الوطنية الكتابة لصحة البيع او لاثباته، وتم حسم الخلاف بالسماح لهذه الدول بالتحفظ على تطبيق نص المادة (11)، بموجب المادة (96) من الاتفاقية وذلك اذا كان مكان عمل احد طرفي البيع يقع في اقليم هذه الدولة. ولم تقتنع هذه الدول بذكر هذا التحفظ في الباب الرابع الخاص بالاحكام الختامية، وانما اصرت على تأكيد مضمونه في المادة (12) (الواردة في باب الاحكام العامة)، كما اصرت على النص في هذه المادة على عدم جواز مخالفة احكامها او تعديل آثارها.

المبحث الثاني

امكانية تطبيق قانون التجار امام القضاء الوطني

يتناول هذا المبحث بيان مدى حرية المتعاقدين في اختيار قانون التجار باعتباره قانون العقد، وذلك امام القضاء الوطني الفلسطيني. ومن ناحية اخرى، بيان مدى امكانية قيام القاضي الوطني بتطبيق قانون التجار من تلقاء نفسه ودون الاستناد الى ارادة الاطراف.

وقد تم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول : مدى حرية المتعاقدين في اختيار قانون التجار امام القضاء الوطني

المطلب الثاني : التزام القاضي بتطبيق قانون التجار من تلقاء نفسه

المطلب الأول : مدى حرية المتعاقدين في اختيار قانون التجار امام القضاء الوطني

لا جدال في ان المتعاقدين يملكون الحق في اختيار احد مصادر قانون التجار (مثل عادات واعراف التجارة الدولية، احدى اتفاقيات التجارة الدولية، مبادئ اليونيديروا.... الخ) ليحكم عقدهم، استناداً الى قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، والتي يجوز للاطراف بموجبها ان يضمنوا عقدهم ما شاؤوا من الشروط التي لا تتعارض مع النظام العام، والتي لا تخالف نصاً آمراً. ويكون اختيارهم والحالة هذه، اختياراً مادياً تنزل بمقتضاه احكام هذا القانون منزلة الشروط العقدية التي لا تملك مخالفة القواعد اللآمرة في القانون الذي تشير قواعد الاسناد باختصاصه.

ولكن هل يملك المتعاقدون اختيار هذا القانون صراحةً باعتباره قانون العقد، استناداً الى قاعدة الاسناد التي تشير الى حق المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، والمتمثلة بالمادة (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني؟

يتجه الفقه التقليدي الى رفض اختيار قانون التجار امام القضاء الداخلي بوصفه قانوناً للعقد، تأسيساً على ان التنازع لا يتصور اصلاً الا بين قوانين دول تتمتع كل منها بصفة الدولة، وفقاً

لمبادئ القانون الدولي العام[1]. وهو ما دعى القضاء الداخلي الى تأكيد ضرورة خضوع العقد الدولي لقانون دولة معينة.

ويترتب على ما تقدم انه اذا قام المتعاقدون باختيار قانون العقد اعمالاً لقاعدة التنازع التي تجيز لهم هذا الاختيار في مجال عقود التجارة الدولية، فانه يتعين ان يكون هذا القانون الذي وقع اختيارهم عليه، هو القانون الداخلي لدولة معينة.

ويذهب هذا الاتجاه الى ان قاعدة الاسناد التي تخضع العقد لقانون الارادة - واسوة بقواعد الاسناد التي تحدد القانون المختص من خلال فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية عند سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد- لا تملك الا ان تشير باختصاص القانون الداخلي لدولة معينة. فاذا فضل المتعاقدون مع ذلك اختيار قانون التجار ليحكم عقدهم، فان مثل هذا الاختيار لا يعد وفقاً للفقه التقليدي اختياراً تنازعياً لقانون العقد، وانما هو مجرد اختيار مادي تنزل بمقتضاه احكام هذا القانون، منزلة الشروط العقدية وتنطبق على هذا الاساس. ويترتب على هذا النظر ان يبقى العقد، رغم الاختيار المادي لقانون التجار، خاضعاً للقانون الداخلي للدولة التي تشير قواعد التنازع باختصاص قانونها عند سكوت المتعاقدين عن الاختيار التنازعي لقانون العقد.

وعلى خلاف هذا الاتجاه التقليدي، يميل جانب من الفقه الحديث[2] الى تصور قيام التنازع بين شرائع لا تنتمي لسيادة اقليمية معينة، وهو ما ينبني عليه امكانية خضوع العقد التجاري الدولي لقانون لا ينتمي لدولة معينة، كقانون التجار. ولا يمكن التسليم بالقول بأن قانون التجار ليس قانوناً بالمعنى الدقيق بحجة انه لم يصدر عن جهة تشريعية ذات سيادة، وذلك لان هذا القانون – كما سبق واشرنا – انما يستمد صفته الالزامية، من تقبل سلطات الدولة والمجتمع التجاري الدولي له على انه قانون ذاتي ومستقل[3].

---

[1] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص271. وكذلك الاستاذ Batiffol مشار اليه في المرجع السابق وفي نفس الصفحة. انظر كذلك : . Melkomian, Gayaneh Melkom. Ibid, p.4

[2] دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص142. وانظر كذلك :

Baddack, Frank. Ibid, p.172-173.

Zhang, Mo. ((Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law)). Emory international law review, vol.20, no.2, 2006, p.522-523.

[3] دواس، امين. ((نطاق تطبيق مبادئ اليونيدروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية)). مرجع سابق. ص401.

ويرى استاذنا الدكتور امين دواس ان النصوص العربية تسمح للاطراف ان يختاروا نظاماً قانونياً ما ليطبق على العقد، ولو لم يكن تابعاً لدولة ما، كاختيار قانون التجار مثلاً[1]. وبناءً على هذا القول فان نص المادة (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، تسير ايضاً في هذا الاتجاه، فهي عندما نصت على حق المتعاقدين في اختيار قانون العقد، لم تربطه بدولة معينة.

وينبني على ذلك انه يصبح بامكان المتعاقدين اختيار قانون التجار ليحكم عقدهم امام القضاء الوطني الفلسطيني.

اما بالنسبة للوضع في ظل اتفاقية روما لعام 1980 (سابقاً)، فانه لم يكن يُسمح للأطراف في ظلها باختيار قانون التجار، ودليلنا على ذلك هو ما ورد في المادة الأولى من الاتفاقية تحت عنوان (نطاق الاتفاقية) حيث جاء فيها : "الاتفاقية تنطبق على الالتزامات التعاقدية في اية حالة تنطوي على اختيار بين قوانين الدول المختلفة"[2]. وهذا يعني ان القانون الذي يختاره الأطراف يجب ان يكون قانون دولة. وقد تأكد هذا النظر في قضية مصرف الشامل البحريني وشركة Beximco للادوية[3]، حيث رفع المصرف دعوى على العميل (الشركة) امام المحاكم الانجليزية للمطالبة بالدفعات المستحقة على الأخير بناءً على اتفاق المرابحة بينهما. ويتضمن هذا الاتفاق بنداً ينص على اخضاع الاتفاق لمبادئ الشريعة الاسلامية وكذلك للقانون الانجليزي. وقد رفض العميل الدفع بحجة ان العقد باطل لمخالفته احكام الشريعة الاسلامية (بدعوى انه يقوم على الربا). الا ان كل من محكمة لندن العليا وكذلك محكمة الاستئناف الانجليزية، قررتا ان القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون الانجليزي فقط. حيث قررت المحكمة وفقاً لاتفاقية روما ان القانون الواجب التطبيق على العقد يجب ان يكون قانون دولة. وبالتالي فان تقييم العقد وفقاً للقانون الانجليزي فقط – خاصةً ان مبادئ الشريعة الاسلامية وبخاصة حظر الربا لم تكن قد ادرجت في القانون البحريني – كان اساسه المادة (1) من الاتفاقية.

الا اننا نعتقد ان الوضع الآن قد تغير في ظل التنظيم الاوروبي (Rome 1) الذي حل محل اتفاقية روما. ونشير في البداية الى ان عملية إعداد هذا التنظيم قد صاحبتها بعض الخلافات

---

[1] دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص142.

[2] Article (1) of Rome convention says : “The rules of this Convention shall apply to contractual obligations in any situation involving a choice between the laws of different countries”.

[3] القضية رقم 1784 لسنة 2004، مشار اليها لدى : Melkomian, Gayaneh Melkom. Ibid, p.2. راجع ايضاً حكم محكمة بادوفا الايطالية الصادر بتاريخ 2005/1/11 والسابق الاشارة اليه في الفرع الثاني من المطلب الثالث من المبحث الثاني من الفصل الاول تحت عنوان "مصادر قانون التجار/ سابعاً : اتفاقيات التجارة الدولية".

حول مسألة اختيار قانون غير تابع لدولة معينة، اذ جاء في مشروع التنظيم الذي قدمته اللجنة المكلفة عام 2005، فقرة فرعية للمادة (3) جاء فيها : "يمكن للأطراف ايضاً ان تختار، باعتباره القانون الواجب التطبيق، مبادئ وقواعد القانون الموضوعي للعقود المعترف به عالمياً او في المجتمع المحلي. ومع ذلك، فان المسائل التي تحكمها هذه المبادئ او القواعد ولكن لم تتم تسويتها بشكل صريح، يجب ان تحكم بواسطة المبادئ العامة التي تقوم عليها هذه المبادئ والقواعد أو، اذا تعذر ذلك، فبواسطة القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الاختيار، بموجب هذا التنظيم"[1]. وفي هذا النص اعتراف صريح بامكانية اختيار قانون التجار، باعتباره قانون العقد.

الا انه قد تم اسقاط هذه الفقرة الفرعية عام 2007 في التعديل الذي طرأ على مشروع اللجنة، ولم يتم ادخالها في تنظيم (Rome 1) النهائي[2]. وقد تم تبرير رفض هذا النص، بالقول بأنه من المحتمل ان يؤدي الى عدم اليقين القانوني، لأن قانون التجار ليس دقيقاً بما فيه الكفاية، بالاضافة الى امكانية اثارة الشكوك، حول الجهات المؤهلة للاعتراف بهذه المبادئ والقواعد[3]. وقد سبق ان اشرنا الى ان هذه الصعوبات قد تم التغلب عليها فعلاً في واقع التجارة الدولية، ذلك ان هذه القواعد يتم اعداها وتدوينها من قبل جهات مهنية متخصصة في مجال التجارة الدولية، سواء كانت جهات حكومية مثل لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونيسترال)، او جهات غير حكومية مثل معهد روما لتوحيد القانون الخاص (يونيديروا)، ويتم الحرص عند اعدادها على اشباع اهم حاجيات مجتمع التجارة الدولية، وكذلك جعلها عالمية النطاق، اي قابلة للتطبيق على علاقات التجارة الدولية في شتى انحاء العالم. وعادةً ما يتم نشرها بعدة لغات

[1] Article (3/3) of proposal for Rome 1 regulation 2005 says : “The parties may also choose as the applicable law the principles and rules of the substantive law of contract recognized internationally or in the= =Community.However, questions relating to matters governed by such principles or rules which are not expressly settled by them shall be governed by the general principles underlying them or, failing such principles, in accordance with the law applicable in the absence of a choice under this Regulation”.

مشار اليها لدى : Behr, Volker. Ibid, p.241.

[2] Behr, Volker. Ibid, p.241.

[3] Gacimartin Alferez, Francisco J. ((The Rome 1 Regulation : Much do nothing?)). Published on the internet at : http://www.simons-law.com/library/pdf/e/884.pdf, p. 67.

عالمية، وهو ما ساهم فعلاً في انتشار هذه القواعد وقبولها من قبل المتعاملين في مجتمع التجارة الدولية، حتى اضحت بالفعل تمثل الممارسات السائدة في هذا المجتمع[1].

ان رفض الاقتراح المتقدم، لم يقيد من حرية الاطراف في الاختيار المادي لقانون التجار. فالبند رقم (13) من ديباجة تنظيم (Rome 1) ينص على ان : "التنظيم لا يمنع الاطراف من ان يُشيروا في عقدهم الى ادماج قانون غير تابع لدولة معينة، او اتفاقية دولية"[2]. فهذا النص يتحدث عن الاختيار المادي والذي تنزل بمقتضاه احكام القانون المختار منزلة الشروط العقدية لتصبح فقط جزءاً من العقد وتحل محل الاحكام غير الالزامية من القانون الواجب التطبيق، خلاف ذلك.

ونعتقد من جانبنا، ان تنظيم (Rome 1) وان لم ينص صراحةً على امكانية اختيار قانون التجار باعتباره القانون الذي يحكم العقد، الا اننا نلاحظ انه لم يرد بين نصوصه ما يقيد اختيار المتعاقدين لقانون العقد، بضرورة ان يكون قانون دولة، كما حصل في ظل اتفاقية روما. لذلك فاننا نرى ان هنالك امكانية لاختيار قانون التجار باعتباره قانون العقد في ظل تنظيم (Rome1)، بل لربما كانت هذه رغبة نسبة كبيرة من المشاركين في اعداده. والقول بخلاف ذلك يتضمن بعداً منتقداً عن واقع التجارة الدولية، كما انه يتعارض مع مبدأ حرية الأطراف في اختيار قانون العقد، بل ويتعارض مع قوانين التحكيم في العديد من الدول[3].

واذا كان للمتعاقدين حق اختيار قانون التجار باعتباره قانون العقد، فإن هذا الاختيار قد يكون اختياراً صريحاً او ضمنياً، يستفاد من الظروف المختلفة المحيطة بالتعاقد. ومن الدلائل التي يمكن ان تشير الى الاختيار الضمني لقانون التجار، تضمين عقدهم بنوداً تمثل احكام هذا القانون، كأن يضمنوا عقدهم احكام احدى اتفاقيات التجارة الدولية، او مبادئ اليونيديروا. ومن الدلائل التي تشير الى الارادة الضمنية ايضاً استخدام مصطلحات في العقد هي من اختصاص قانون التجار.

[1] راجع الفرع الاول من المطلب الثالث من المبحث الثاني من الفصل الاول تحت عنوان "مفهوم قانون التجار".

[2] Heading (13) of the preamble says : “This Regulation does not preclude parties from incorporating by reference into their contract a non-State body of law or an international convention”.

[3] Vernooij, Nils Willem. Ibid, p.1.

المطلب الثاني : التزام القاضي بتطبيق قانون التجار من تلقاء نفسه

على الرغم من النظرة التقليدية التي تسود لدى القضاء الداخلي في معظم الانظمة القانونية، والتي تؤكد ضرورة خضوع العقد التجاري الدولي لقانون ينتمي الى دولة ذات سيادة، الا ان القاضي الوطني قد يجد نفسه مضطراً الى تطبيق قانون التجار على العقد المنظور امامه، وذلك في الحالات التالية :

اولاً : تطبيق قانون التجار عند تعذر الوصول الى مضمون القانون الاجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الاسناد الوطنية : اما لأن ذلك مستحيلاً، واما لأن البحث عن مضمون هذا القانون يكلف كثيراً ويستغرق وقتاً طويلاً يتجاوز حدود الفصل في النزاع[1].

ولأن القاضي لا يمكنه ان ينفض يده من الفصل في النزاع حتى لا يكون منكراً للعدالة، ولا يمكنه – على الاقل – في النظام اللاتيني (المتبع في فلسطين)، والنظام الجرماني - ان يلزم الخصوم باثبات مضمون القانون الاجنبي المعين، فلا مجال امامه سوى ان يطبق قانوناً آخر غير القانون المعين الذي تعذر عليه الوصول الى مضمونه[2]. وقد قضت المادة (37) من مشروع القانون المدني الفلسطيني في هذه الحالة بتطبيق المبادئ الأكثر شيوعاً واستقراراً في القانون الدولي الخاص[3].

وقد اختلف الفقه حول القانون البديل الذي يطبقه القاضي في هذه الحالة، ولعل الرأي الغالب في هذا المجال هو القائل بتطبيق قانون القاضي[4].

غير ان هذا الرأي الغالب يظل محل نظر، وبخاصة في الحالات التي يكون فيها الارتباط بين دولة القاضي وبين النزاع المنظور ضعيفاً[5]. لذلك فان تطبيق قانون التجار – المختص اصلاً بتنظيم العلاقات التجارية الدولية – يعد الحل الامثل امام القاضي الفلسطيني، خاصة في ظل عدم وجود نص قانوني يلزمه بتطبيق قانونه في هذه الحالة، كون قانون التجار يعتبر اكثر ملائمة لحكم عقود التجارة الدولية من اي قانون داخلي.

---

[1] دواس، امين. ((نطاق تطبيق مبادئ اليونيديروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية)). مرجع سابق. ص431.

[2] الهداوي، حسن : مرجع سابق. ص211.

[3] تنص المادة (37) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على انه : " يطبق القانون الفلسطيني اذا تعذرت معرفة القانون الاجنبي الواجب تطبيقه او تعذر تحديد مدلوله اذا كان النزاع يتعلق بالاحوال الشخصية، اما اذا كان النزاع يتعلق بالمعاملات المالية فتطبق مبادئ القانون الدولي الخاص".

[4] الهداوي، حسن : مرجع سابق. ص215.

[5] دواس، امين. ((نطاق تطبيق مبادئ اليونيديروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية)). مرجع سابق. ص432.

ثانياً : في حال كان القانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة الاسناد الوطنية، مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي : ففي هذه الحالة يتعين على القاضي استبعاد تطبيق القواعد التي تتعارض مع فكرة النظام العام. وقد استقر الرأي الفقهي على احلال الاحكام الموضوعية في قانون القاضي بدلاً منها، وهذا ما اخذت به بعض التشريعات صراحةً[1].

الا انه لا يوجد نص قانوني يلزم القاضي الفلسطيني بتطبيق قانونه في هذه الحالة، وانما نصت المادة (36) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على انه : " لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي عينته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام تخالف النظام العام او الآداب في فلسطين، وفي حالة المخالفة تطبق مبادئ القانون الدولي الخاص". فالمادة لم تحدد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة، الا انها احالت الى المبادئ الاكثر شيوعاً واستقراراً في القانون الدولي الخاص. ومع ان الوضع المستقر هو تطبيق قانون القاضي، الا ان هذا الحل قد لا يكون الامثل، خاصة عندما يكون الارتباط بين دولة القاضي وبين النزاع المنظور ضعيفاً. وبما ان النزاع المنظور يتعلق بعقود التجارة الدولية، فان الحل الانسب في هذه الحالة هو ان يقوم القاضي بتطبيق احكام قانون التجار، كونها اكثر ملائمة من القوانين الداخلية لحكم هذا النوع من العقود.

ومن المستبعد تصور امكانية مخالفة احكام قانون التجار في هذه الحالة للنظام العام في دولة القاضي، فبما ان النزاع متعلق بأحد بعقود التجارة الدولية، فان القاضي سيلجأ في هذه الحالة الى تطبيق احدى الاتفاقيات الدولية او القوانين النموذجية المختصة بهذا النوع من العقود، او سيقوم بتطبيق مبادئ اليونيديروا. وجميع هذه المصادر تقوم على محاولة التوفيق بين اهم المبادئ القانونية المستقرة في الانظمة المختلفة.

ثالثاً : عدم ملائمة تطبيق الانظمة القانونية الداخلية، أو نقصها وغموضها : قد تكون القوانين الداخلية غير ملائمة لحكم العلاقات التعاقدية التجارية الدولية، فالمشرع الوطني في كثير من الدول لم يقحم نفسه في هذا المعترك، واكتفى بتنظيم العلاقات التعاقدية الداخلية. ازاء ذلك، فانه وعندما يكون قانون داخلي واجب التطبيق على عقد تجاري دولي ما، فاننا نتوقع عدم احتواء ذلك القانون الداخلي على بعض الاحكام المتعلقة بالعقد التجاري الدولي. لذلك فان حسن سير

[1] فالمادة (73) من القانون المدني الكويتي رقم (5) لسنة 1961 نصت على انه : " لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي عينته النصوص الواردة في هذا الباب، اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام والآداب في الكويت، ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي".

العدالة وما يقتضيه من فصل بالنزاع على اتم وجه، يقتضي من القاضي اللجوء الى قانون التجار، لاستكمال النقص في القانون الداخلي[1].

ونشير في هذا الصدد الى ان الفقرة السادسة من ديباجة مبادئ اليونيديروا لعام 2004 وكذلك لعام 2010 قد نصت صراحةً على انه : "يجوز ان تستخدم هذه المبادئ لتفسير او لإكمال القانون الوطني". وقد صدرت عدة تطبيقات قضائية في هذا الصدد، نذكر منها على سبيل المثال حكم محكمة الاستئناف الارجنتينية الصادر بتاريخ 2001/9/18[2]، حيث اعتمدت المحكمة على مبادئ اليونيديروا لتكملة القانون الواجب التطبيق وهو القانون الارجنتيني، وقد ايدت محكمة الاستئناف حكم محكمة الدرجة الاولى القاضي بتعويض المدعي عن الاضرار التي سببها له المدعى عليه، الا ان محكمة الاستئناف قامت بتخفيض مبلغ التعويض لأن المدعي فشل في الوفاء بواجبه المتمثل بالحد من الخسائر. وقد أحالت المحكمة الى المادة (7-4-8) من مبادئ اليونيديروا لتحديد طبيعة المسؤولية عن الاضرار الحاصلة (هل هي تعاقدية او تقصيرية)، وذلك في حال كان هناك التزام على الطرف الآخر بالحد من الخسائر.

ولكن يجدر التنويه الى انه من المعروف انه اذا ثبت وجود فجوة في القانون المعين فانه يجب سدها بالطريقة التي حددها المشرع في الدولة الواجب تطبيق قانونها[3]. وعادة ما يبين المشرع الوطني طريقة سد الفجوات في قانونه. فعلى سبيل المثال تنص المادة (1) من القانون المدني المصري على وجوب سد الفجوات في هذا القانون بالرجوع الى "العرف، فاذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية، فاذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

وامام ذلك لا يبقى ثمة مجال لاستخدام مبادئ اليونيديروا او غيرها من قواعد قانون التجار، وسيلة لسد الفجوات في القانون الوطني المعين، اللهم الا اذا توصل القاضي او المحكم الى ان نصاً من نصوص قانون التجار يعتبر ايضاً من مبادئ القانون الطبيعي او من قواعد العدالة. وكذلك اذا كان القانون الواجب التطبيق لا يتضمن طريقة لسد الفجوات، فانه يمكن استخدام قواعد قانون التجار – كملاذ اخير – لسدها، ولا سيما انها تراعي مصالح التجارة الدولية[4].

---

[1] يتبنى هذا الرأي ايضاً : Amissah, Ralph. Ibid, p.60.

[2] نقلاً عن موقع انترنت www.unilex.info تاريخ الدخول 2012/3/20 ساعة الدخول 12 صباحاً.

[3] دواس، امين. ((نطاق تطبيق مبادئ اليونيديروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية)). مرجع سابق. ص448.

[4] انظر دواس، امين. ((نطاق تطبيق مبادئ اليونيديروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية)). مرجع سابق. ص448-449.

وكذلك الحال ايضاً بالنسبة لاستخدام مبادئ اليونيديروا او غيرها من قواعد قانون التجار، وسيلة لتفسير القانون الوطني المعين، اذ يصعب ايضاً قبول ذلك. والسبب في ذلك ان كل قانون، وطنياً كان ام دولياً، يجب تفسيره تفسيراً ذاتياً، اي وفقاً لقواعد التفسير المستقرة في الدولة الواجب تطبيق قانونها[1]. فإذا كانت هذه الدولة تتبع النظام الانجلوسكسوني، التزم القاضي او المحكم مثلاً بالتعامل مع السوابق القضائية فيها على انها ملزمة، واما اذا كانت دولة تتبع النظام اللاتيني فلا يلتزم القاضي او المحكم باستخدام القرارات القضائية الا وسيلة استرشادية للوصول الى معنى النصوص في قانونها الواجب التطبيق[2].

يشار ايضاً الى ان الفقرة الخامسة من ديباجة مبادئ اليونيديروا لعام 1994 و 2004 و 2010 قد نصت على امكانية ان تستخدم هذه المبادئ "لتفسير او لإكمال القانون الموحد"[3]. بادئ ذي بدء، نشير الى ان توحيد القانون في مجال التجارة الدولية لن يتحقق بمجرد ابرام الاتفاقيات الدولية، بل يجب ايضاً ان يتم تفسير نصوص هذه الاتفاقيات بشكل موحد[4]. وعليه، يجب دائماً عند تطبيق هذه النصوص الموحدة مراعاة صفتها الدولية، وان يتم تفسيرها ذاتياً وفقاً لمعناها في الاتفاقية وليس وفقاً لمعنى النصوص المقابلة لها في القانون الوطني[5]. ونعتقد من جانبنا ان استخدام مبادئ اليونيديروا لتفسير نصوص اتفاقيات التجارة الدولية، هو أمر جيد كونه يحقق التوحيد في تفسيرها ويراعي صفتها الدولية. وفي هذا الصدد نصت المادة (1/7) من اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن عقد البيع الدولي للبضائع على انه : "يُراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها...". فمبادئ اليونيديروا هي ايضاً كما اتفاقيات التجارة الدولية، تعتبر وثيقة دولية تم عند وضعها مراعاة مصالح التجارة الدولية، وذلك خلافاً للقوانين الوطنية التي يراعي المشرع عند وضعها المصالح الداخلية بالدرجة الاساسية، كما ان مبادئ اليونيديروا تتضمن نصوصاً تفصيلية اكثر مما تتضمنه الاتفاقيات الدولية، لذلك نؤيد الاعتماد على مبادئ اليونيديروا في تفسير نصوص اتفاقيات التجارة

---

[1] المرجع السابق. ص450.

[2] المرجع السابق. ص451.

[3] يقصد بالقانون الموحد في هذا المجال، الاتفاقيات الدولية التي تعمل على توحيد القواعد القانونية الناظمة لبعض مسائل القانون الخاص.

[4] Gebauer, Martin. ((Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation)). Uniform law review (2000-4). Published on the internet at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gebauer.html, p.691.

[5] Gebauer, Martin. Ibid, p.686-687.

الدولية[1]. وفي هذا الشأن قررت محكمة Hof ‘S-Hertogenbosch في هولندا بتاريخ 2002/10/16 – بعد ان وجدت ان اتفاقية فيينا لا تتضمن نصاً خاصاً يبين اذا ما كانت شروط البائع النموذجية قد صارت جزءاً من العقد ام لا – تفسير اتفاقية فيينا على ضوء نص المادة (2 – 20) من مبادئ اليونيديروا، بحجة ان هذه المبادئ تنسجم ونص المادة (1/7) من الاتفاقية، القاضي بمراعاة الصفة الدولية للاتفاقية عند تفسيرها[2].

وفيما يتعلق بسد الفجوات، فانه لا بد من التمييز بين نوعين من الفجوات : الفجوات الخارجية والتي تشمل كل المسائل التي استبعدتها الاتفاقية من نطاق تطبيقها ولم تقم بتنظيمها نهائياً[3]، والفجوات الداخلية، وهي المسائل التي تم تنظيمها في الاتفاقية دون ان يتم التعرض لها بحكم مباشر وصريح[4].

بالنسبة للفجوات الخارجية، فاننا نرى ان العودة الى مبادئ اليونيديروا في شأنها افضل بكثير من اللجوء الى القانون الوطني، خاصة اذا لم يوجد في الاتفاقية ما يمنع من ذلك[5]. فمبادئ فمبادئ اليونيديروا منسجمة مع احتياجات التجارة الدولية اكثر من القوانين الوطنية، كما يؤدي هذا الامر الى تحقيق التوحيد في الحلول على الصعيد الدولي. وقد اشارت محكمة النقض البلجيكية في قرارها الصادر بتاريخ 2009/6/19 الى انه : "من اجل سد الفجوات في اتفاقية فيينا بطريقة موحدة، فانه يجب الاخذ في الاعتبار، المبادئ العامة في قانون التجارة الدولية، كمبادئ اليونيديروا..."[6].

أما بالنسبة لسد الفجوات الداخلية، فإننا نلاحظ ان اتفاقية فيينا وفي المادة (2/7) منها قد نصت صراحةً على الحل الواجب اتباعه في هذه الحالة : "المسائل التي تتعلق بالموضوعات

---

[1] ننوه في هذا الصدد الى اننا نؤيد الاعتماد على مبادئ اليونيديروا وذلك لتفسير الاتفاقيات الموحدة للقواعد الموضوعية التي وضعت خصيصاً لتنظيم علاقات التجارة الدولية، كاتفاقية فيينا على سبيل المثال، كون مبادئ اليونيديروا منسجمة مع هذه الاتفاقيات في تلبية احتياجات مجتمع التجارة الدولية بالدرجة الاولى. اما بالنسبة لباقي الاتفاقيات الدولية الموحدة للقواعد القانونية الناظمة لمسائل القانون الخاص، كالاتفاقيات الموحدة لقواعد الاسناد او قواعد الاختصاص القضائي الدولي على سبيل المثال، فاننا نتبنى في هذا المجال رأي الاستاذ الدكتور أمين دواس، وذلك بضرورة تفسير هذه النصوص ذاتيا، ايً وفقاً للاعمال التحضيرية وباعتبارها جزءاً لا يتجزأ من الاتفاقية ككل. انظر : دواس، امين : ((نطاق تطبيق مبادئ اليونيديروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية)). مرجع سابق. ص 242.

[2] مشار اليه لدى : دواس، امين. ((نطاق تطبيق مبادئ اليونيديروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية)). مرجع سابق. ص 436.

[3] فعلى سبيل المثال استبعدت اتفاقية فيينا من نطاق تطبيقها مسألة صحة العقد، والمقاصة.

[4] فعلى سبيل المثال نصت المادة (79) من اتفاقية فيينا على جواز المطالبة بفائدة دون ان تحدد سعرها.

[5] يعارض ذلك : دواس، امين. ((نطاق تطبيق مبادئ اليونيديروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية)). مرجع سابق. ص 441.

[6] القضية رقم C.07.0289.N نقلاً عن موقع انترنت : www.unilex.info تاريخ الدخول 2012/3/25 ساعة الدخول 12 صباحاً

التي تتناولها هذه الاتفاقية والتي لم تحسمها نصوصها، يتم تنظيمها وفقاً للمبادئ العامة التي اخذت بها الاتفاقية، وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ، تسري احكام القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص". ان هذا النص يستبعد صراحةً امكانية اللجوء الى مبادئ اليونيديروا لسد الفجوات الداخلية في الاتفاقية. ومع ذلك يرى البعض[1] انه بالامكان اللجوء الى مبادئ اليونيديروا لسد الفجوات الداخلية في القانون الموحد، وذلك عندما تكون نصوص مبادئ اليونيديروا تعبيراً عن المبادئ التي يقوم عليها القانون الموحد محل الاهتمام. وقد وُجدت بعض التطبيقات القضائية التي تؤيد هذا الرأي ومن ذلك قرار محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الاتحادية في فيينا رقم SCH-4318 الصادر بتاريخ 1994/6/15، والذي اكد تطبيق المادة (7/4/9) من مبادئ اليونيديروا لسد الفجوة القائمة في المادة (78) من اتفاقية فيينا بخصوص سعر الفائدة بحجة ان نص المادة (7/4/9) يعد انعكاساً لمبدأ التعويض الكامل الذي هو مبدأ عام تقوم عليه اتفاقية فيينا، وبخاصة المادة (74) منها[2].

رابعاً : اشارة القانون الواجب التطبيق في ذات الوقت الى قانون التجار : قد يحدث في الواقع العملي ان يشير التقنين التجاري الداخلي الذي يطبقه القاضي الوطني بموجب قاعدة الاسناد في دولته، الى الاعراف والعادات السائدة بين التجار، والتي قد يكون من بينها العادات والاعراف المتبعة في اسواق التجارة الدولية. وفي هذه الحالة يتم استقبال الاحكام الموضوعية لقانون التجار في النظام القانوني الداخلي للدولة التي ينطبق قانونها على العقد[3].

خامساً : تطبيق قانون التجار في حالة غياب اختيار القانون من قبل الاطراف : لقد كان لنا فيما سبق اقتراح بتعديل نص المادة (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وكان اقتراحنا بالتالي : "يخضع العقد للقواعد القانونية التي يختارها الأطراف. وفي غياب هذا الاختيار يخضع العقد لقانون الدولة التي يوجد فيها للشخص الطبيعي المدين بالاداء المميز في العقد، محل الاقامة المعتادة أو مركز العمل الرئيسي اذا كان العقد قد ابرم في نطاق نشاط مهني او تجاري. وفي حالة الشخص المعنوي يخضع العقد لقانون الدولة التي يوجد فيها مركز الادارة الرئيسي، ما لم يتبين من الظروف ان العقد ***على صلة اوثق بقواعد قانونية أخرى، فتطبق عندئذ هذه القواعد***". ان الاسناد على هذه الشاكلة، ودون اشتراط ان يكون القانون المسند اليه قانون دولة،

---

[1] رأي Bonell مشار اليه لدى : دواس، امين. ((نطاق تطبيق مبادئ اليونيديروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية)). مرجع سابق. ص 437.

[2] مشار اليه لدى : ((دواس، امين : نطاق تطبيق مبادئ اليونيديروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية)). مرجع سابق. ص 439.

[3] عبد الباقي، مصطفى. مرجع سابق. ص170.

يتيح للقاضي منذ البداية، اسناد العقد الى قانون التجار، على اعتبار ان العقد التجاري الدولي ينتمي الى مجتمع التجارة الدولية، وصلته بهذا المجتمع اوثق من سواها من الصلات، كما انه اكثر القوانين ملائمة لحكم علاقات التجارة الدولية. وبما انه لا يوجد في فلسطين قواعد اسناد سارية المفعول بخصوص عقود التجارة الدولية، مما يتوجب معه على القاضي الاجتهاد في هذه المسألة وخلق قاعدة الاسناد المناسبة، فإن اقتراحنا السابق يمثل فرصة كبيرة للقاضي الفلسطيني لتطبيق قانون التجار في حالة غياب اختيار القانون من قبل الاطراف.

المبحث الثالث

مدى اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري أمام القضاء الوطني

مضت الاشارة الى ان منهج القواعد ذات التطبيق الضروري يقوم الى جانب منهج التنازع التقليدي في فقه القانون الدولي الخاص المعاصر. فان كانت الرابطة العقدية ذات الطابع الدولي تخضع بحسب الاصل للقانون الذي تختاره ارادة المتعاقدين او للقانون الذي تعينه ضوابط الاسناد الاحتياطية بمقتضى منهج التنازع المزدوج، فان على القاضي مع ذلك ان يراعي اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري على المسائل التي تدخل في نطاق سريانها، وهو ما يؤدي بطبيعة الحال الى استبعاد قانون العقد في صدد هذه المسائل، مما يفضي في النهاية الى تجزئة الرابطة العقدية واخضاعها لأكثر من قانون واحد[1].

وقد اتجه الفقه الغالب في القانون الدولي الخاص الى اخضاع العقد للقواعد ذات التطبيق الضروري، ادراكاً منه لخطورة تخويل المتعاقدين حرية اختيار قانون العقد، لما قد يؤدي اليه ذلك من افساح المجال امامهم للتهرب من الاحكام الآمرة في القوانين الداخلية للدول الأخرى المرتبطة بالعقد برابطة وثيقة[2].

ولعل ذلك هو ما دفع هذا الفقه الى البحث عن نقطة توازن بين حق الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من ناحية، والاحترام المتطلب للأحكام الآمرة التي تحكم العقد من ناحية اخرى، وذلك بتخويل القاضي حق تقييد هذه الحرية من خلال سلطته في التطبيق المباشر لقواعد البوليس الآمرة في قوانين الدول المرتبطة بالعقد، وذلك تجنباً للغش نحو القانون وحماية للطرف الضعيف وإدراكاً للمصلحة التي تسعى هذه القواعد الآمرة الى تحقيقها[3].

ويقوم منهج القواعد ذات التطبيق الضروري على تحليل القوانين المتصلة بالرابطة العقدية بحثاً عن نطاق سريانها، بدلاً من تحليل الروابط القانونية وصولاً الى القانون الواجب التطبيق في شأنها، كما هو شأن منهج التنازع السافيني. وهذا يعني بالنتيجة ان فكرة القواعد ذات التطبيق الضروري، تعد انعكاساً لنظرية الاحوال التي سادت في بداية ظهور قواعد القانون الدولي الخاص في القرن الثالث عشر. الا ان بحث ارادة هذه القواعد في الانطباق من خلال تحليل مضمونها واهدافها في ضوء ارادة مشرعها، لا يكفي لإعمالها وانما يُشترط ان يكون ثمة

[1] التجزئة في هذا الفرض لا تتم احتراماً لإرادة المتعاقدين، وانما تتم بواسطة القاضي احتراماً لسلطان القانون.

[2] ياقوت، محمود : قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مرجع سابق. ص153.

[3] المرجع السابق. ص153.

صلة عقلانية بين مضمون القاعدة واهدافها وبين نطاق سريانها كما حدده مشرعها[1]، وذلك تجنباً لاعمال قواعد البوليس التي توسع مشرعها في نطاق سريانها على نحو يتجاوز اهداف القاعدة ومقاصدها.

وبناءً على ذلك، فان القواعد ذات التطبيق الضروري والتي تريد الانطباق على العلاقة العقدية المطروحة على القاضي، قد تنتمي الى قانون هذا الاخير او الى قانون دولة اجنبية، سواء كان هذا القانون هو المختص بمقتضى منهج التنازع المزدوج او قانون دولة ثالثة.

ولئن كان اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري يتم بناءً على ارادتها في الانطباق على المسألة المطروحة، فانه من المتصور ان يواجه القاضي اكثر من قاعدة بوليس تريد الانطباق على النزاع رغم انتماء كل منها لنظام قانوني مختلف، كما انه من المتصور ايضاً الا توجد اي قاعدة من قواعد البوليس تريد الانطباق على المركز المطروح. وهو ما يثير في النهاية مشكلة تنازع القواعد ذات التطبيق الضروري، تنازعاً ايجابياً او سلبياً.

وبناءً على ما تقدم فقد تم تقسيم هذا المبحث الى المطالب التالية :

المطلب الأول : إعمال القواعد الوطنية ذات التطبيق الضروري

المطلب الثاني : إعمال القواعد الاجنبية ذات التطبيق الضروري

المطلب الثالث : تنازع القواعد ذات التطبيق الضروري

المطلب الأول : إعمال القواعد الوطنية ذات التطبيق الضروري

إن اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية الى قانون القاضي، لا يثير مشكلة خاصة، بخلاف الأمر عند اعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري. اذ يرفض جانب من الشراح تطبيق قواعد البوليس الأجنبية من حيث المبدأ، على ما سنرى لاحقاً.

اما فيما يتعلق بقواعد البوليس الوطنية، فقد ذهب جانب من الفقه[2] الى القول بأنه يتعين على القاضي ان يُذعن لإرادة مشرعه في هذا الصدد دون ان تكون له سلطة التقدير في شأن مدى

[1] لمزيد من التوضيح حول الصلة العقلانية في قواعد البوليس راجع الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الاول تحت عنوان "معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري/ ثالثاً :المعيار العقلاني".

[2] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص675.

عقلانية الصلة بين مضمون هذه القواعد او اهدافها من ناحية، وبين نطاق تطبيقها من ناحية اخرى. فان كان القاضي يملك هذه السلطة التقديرية عند اعمال قواعد البوليس الاجنبية التي لا تنتمي للقانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد كما سنرى فيما بعد، فانه لا يتمتع بهذه السلطة أزاء القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي لقانونه، نظراً لالتزامه بالاذعان لارادة مشرعه.

ويساير هذا الرأي ما ذهب اليه بعض الفقه[1] من القول بأن القاضي ملزم باعمال كافة "القواعد ذات التطبيق المباشر" في قانونه، وان لم تكن من قواعد البوليس. ويدخل في مفهوم القواعد ذات التطبيق المباشر وفقاً لهذا الرأي، كافة القواعد التي حدد المشرع صراحةً نطاق تطبيقها المكاني، او كانت متعلقة بالنظام العام، بالاضافة الى قواعد البوليس الوطنية.

وان كنا لا نعارض في التطبيق المباشر للقواعد الوطنية التي حدد المشرع صراحةً نطاق تطبيقها المكاني[2]، وذلك في حال توافرت شروط انطباقها، احتراماً لارادة مشرع دولة القاضي الصريحة في تطبيقها، الا اننا لا نجد اساساً قانونياً للتطبيق المباشر للقواعد الوطنية المتعلقة بالنظام العام في دولة القاضي، على النزاع المتسم بالصفة الدولية. فمن ناحية، لا نستطيع القول بأن كل القواعد الوطنية التي تم الاستقرار على اعتبارها متعلقة بالنظام العام، هي من قواعد

[1] يتبنى هذا الاتجاه صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص619 وما بعدها. ياقوت، محمود : قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مرجع سابق. 56 وما بعدها. دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص231.

[2] تتمثل هذه القواعد فيما درج جانب من الفقه على تسميته بقواعد الاسناد الاحادية التي تهدف الى تحديد الاختصاص التشريعي لدولة القاضي فقط. ومن الامثلة على هذه القواعد المادة (1/3) من قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944 والمعدل بالقانون رقم (5) لسنة 1947، الساري في فلسطين، والتي جاء فيها : "..... يحق لكل من لحق به أذى او ضرر، بسبب مخالفة مدنية ارتكبت في فلسطين، ان ينال الصفة التي يخوله اياها هذا القانون، من الشخص الذي ارتكب تلك المخالفة، او المسؤول عنها". الا اننا لا نؤيد تسمية هذه القواعد "بقواعد الاسناد الاحادية" ونفضل تسميتها بالقواعد التي حدد المشرع صراحةً نطاق تطبيقها المكاني، نظراً لكون هذه القواعد لا تعتبر قواعد اسناد بالمعنى الفني الدقيق، ذلك ان أهم خصائص قاعدة الاسناد في الفقه المعاصر انها قاعدة مزدوجة الجانب قد تشير الى تطبيق قانون القاضي او القانون الاجنبي، وذلك بالاعتماد على ضابط اسناد محايد، دون انحياز لقانون دولة معينة. ونرى ان مثل هذه القواعد تختلف عن قواعد البوليس، في انها قواعد غير مباشرة تهدف فقط الى تحديد الاختصاص المطلق لقانون القاضي بغض النظر عن مضمون القاعدة التي ستحكم العلاقة. وذلك بخلاف قواعد البوليس التي تعتبر قواعد موضوعية تمتاز بالصلة العقلانية بين مضمونها واهدافها من ناحية، ونطاق تطبيقها من ناحية اخرى. كما ان لقواعد البوليس القدرة على جلب الاختصاص التشريعي للنظام القانون الذي تنتمي اليه سواء كان هذا النظام هو نظام القاضي او نظاماً اجنبياً، والامر على خلاف ذلك بالنسبة للقواعد التي حدد المشرع صراحةً نطاق تطبيقها المكاني، فالقاضي غير ملزم سوى باعمال هذه القواعد التي تنتمي لقانونه وليس هناك ما يجبره على اعمال القواعد المماثلة في القوانين الاجنبية.

البوليس[1]، وقد توصلنا في موضع سابق من هذه الدراسة الى ان فكرة النظام العام لا تصلح كمعيار لتحديد قواعد البوليس[2]. كما ان استناد الرأي السابق على فكرة "اقتصاد الامكانيات" التي قال بها الاستاذ فرانسيسكاكيس[3]، لا تصلح ايضاً كأساس للاعمال المباشر للقواعد الوطنية المتعلقة بالنظام العام. ومؤدى هذه الفكرة، ان يقوم القاضي بالتطبيق المباشر للقواعد المتعلقة بالنظام العام في دولته على العلاقة الخاصة الدولية المطروحة امامه بدلاً من الرجوع الى القانون الاجنبي المختص بمقتضى قواعد الاسناد، والذي سيضطر القاضي الى استبعاده باسم النظام العام فيما لو تضمن حكماً مخالفاً للحكم المقرر في القاعدة الوطنية. ونرى في هذه الفكرة خروجاً عن المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص، والتي يُعتبر بموجبها النظام العام أداة لاستبعاد تطبيق القانون الاجنبي الذي تشير قواعد الاسناد باختصاصه، فيما لو تبين للقاضي ان مضمون هذا القانون او آثار تطبيقه تتعارض مع النظام العام في دولته. اما فكرة "اقتصاد الامكانيات" فانها تجعل من النظام العام أداة لجلب الاختصاص لقانون القاضي، حتى قبل اعمال قاعدة الاسناد وتفحص مضمون القانون الاجنبي المعين بموجبها والذي قد لا يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي. فهي تكرس المفهوم التقليدي للنظام العام والذي كان سائداً منذ نظرية الأحوال القديمة[4]، مما يعني ان تطبيق هذه الفكرة يتضمن تراجعاً الى الوراء في القانون الدولي الخاص المعاصر.

كما لا يخفى ما يؤدي اليه التوسع في نطاق تطبيق قانون القاضي في هذه الحالة، من اخلال بالتنسيق المتطلب بين النظم القانونية المختلفة والتي تسعى قواعد الاسناد المزدوجة الى ادراكه. ويهدد على هذا النحو وحدة الحلول بوصفها هدفاً عزيزاً على فقه القانون الدولي الخاص.

وبناءً على ما تقدم، فاننا نصل الى نتيجة هامة مفادها انه لا يُسمح للقاضي الوطني باستبعاد القانون المختص وبالتالي قاعدة الاسناد التي تشير باعماله، باسم كافة القواعد الآمرة – بما فيها القواعد المتعلقة بالنظام العام – التي يتضمنها نظامه القانوني، انما يتم هذا الاستبعاد فقط باسم

---

[1] انظر عشوش، احمد : مرجع سابق، ص69. ياقوت، محمود : قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مرجع سابق. ص81.

[2] راجع الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الاول تحت عنوان "معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري".

[3] مشار الى هذه الفكرة لدى صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص649.

[4] ان المفوم التقليدي للنظام العام في القانون الدولي الخاص، يتمثل في اعتبار النظام العام اساساً لتطبيق قانون القاضي وليس اساساً لاستبعاد تطبيق القانون الاجنبي. انظر في هذا المفهوم معروضاً لدى دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص230 وما بعدها.

القواعد التي يُطلق عليها قواعد البوليس او القواعد ضرورية التطبيق وفقاً للمفهوم الذي حددناه في نطاق هذه الدراسة.

ونجد في المادة (9) من تنظيم (Rome 1) ما يؤيد وجهة نظرنا، اذ تضمنت هذه المادة وبخلاف ما كان عليه الامر في ظل اتفاقية روما، تعريفاً للقواعد ذات التطبيق الضروري، والتي اطلق عليها تسمية (overriding mandatory provisions) اي القواعد فائقة الالزام، وهو الأمر الذي سمح بالتمييز بين القواعد (الآمرة) البسيطة والقواعد (الآمرة) ذات التطبيق الضروري، بحيث يقتصر التطبيق المباشر على هذه الأخيرة دون غيرها من القواعد الآمرة، مراعاةً للأهداف الحيوية والضرورية التي تسعى الى تحقيقها[1].

ويتم اعمال قواعد البوليس المنتمية لقانون القاضي، بناءً على المنهج الأحادي في القانون الدولي الخاص والقائم على بحث ارادة هذه القواعد في الانطباق، من خلال تحليل مضمونها وأهدافها في ضوء ارادة مشرعها. الا ان ارادة القاعدة في الانطباق لا تكفي وحدها، انما يتعين لسلامة هذا الاعمال ان يتأكد القاضي من وجود صلة معقولة بين ارادة القاعدة في الانطباق والمستمدة من مضمون هذه القاعدة واهدافها، وبين المركز الذي تريد القاعدة المذكورة الانطباق عليه.

ان السلطة الممنوحة للقاضي في تقدير وجود الصلة العقلانية التي تربط اهداف قاعدة البوليس بنطاق سريانها، تُعطي للمنهج الاحادي خصوصية في هذا المقام. ذلك ان تطبيق هذه القواعد لم يتم فقط بناءً على ارادتها في الانطباق، وانما ايضاً على وجود صلة عقلانية تربط مضمون واهداف القاعدة بنطاق سريانها. وهو ما جعل البعض[2] يضفي على الاحادية في هذا المقام، الطابع الجزئي. ذلك ان ما يهم القاضي في حالتنا هو العنصر العقلاني في القاعدة وليس مجرد عنصر الأمر او ارادة الانطباق في ذاتها كما هو الشأن لدى فقه المدرسة الاحادية.

وبناءً على ما تقدم، فانه يصبح من البديهي اشتراط وجود معيار اتصال بين النزاع وقاعدة البوليس الوطنية، او بمعنى ادق بين النزاع ودولة القاضي، مثل ابرام العقد او تنفيذه في هذه الدولة او اتخاذ احد المتعاقدين لموطنه او محل اقامته فيها. لأن غياب هذا الاتصال يجعل تطبيق قواعد البوليس الوطنية على العلاقة المطروحة امام القاضي، فارغاً من اي معنى.

---

[1] انظر : .Behr, Volker. Ibid, p.258 ، وراجع ايضاً الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الاول تحت عنوان "مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري".

[2] انظر صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص729.

هذا وقد رفض جانب من فقه القانون الدولي الخاص[1] اعمال قواعد البوليس الوطنية بناءً على المنهج الاحادي، مؤكداً على العكس، ان اعمال هذه القواعد انما يتم من خلال فكرة الاسناد، مما يجرد هذه القواعد من اي طابع خاص يميزها عن غيرها من القواعد القانونية.

ويؤسس هذا الاتجاه رأيه على كون التطبيق المباشر لقواعد البوليس في قانون القاضي لا يتم بداهةً الا اذا كانت ثمة صلة بين القاعدة المذكورة والنزاع المطروح، وهي الصلة التي اتخذها مشرع هذه القاعدة اساساً لتحديد نطاق سريانها. وتتخذ هذه الصلة اشكالاً مختلفة، مثل ابرام العقد او تنفيذه في دولة القاضي او وجود موطن او محل اقامة احد المتعاقدين في هذه الدولة[2].

ولقد كانت هذه الاعتبارات فيما يبدو هي التي دفعت جانباً من انصار هذا الاتجاه الى اعمال معايير انطباق قواعد البوليس في دولة القاضي بطريقة مزدوجة بحيث تشير باختصاص قواعد البوليس الاجنبية كما سنرى فيما بعد.

ويتجاهل هذا الاتجاه طبيعة القواعد الموضوعية ذات التطبيق الضروري، والتي وان كان من الطبيعي ان يحدد المشرع نطاق سريانها من خلال اشتراط وجود صلة بينها وبين المسائل التي تدخل في هذا النطاق، الا ان خصوصية المنهج المتبع عند اعمالها تتركز بصفة خاصة في الربط بين معيار انطباقها على هذا النحو وبين وظيفة القاعدة والاهداف التي تسعى الى ادراكها[3].

وعلى هذا النحو، فان كان الاصل في معيار الاسناد الذي تنطوي عليه قواعد التنازع التقليدية، انه معيار محايد ومحدد على نحو مسبق، فان معيار انطباق قواعد البوليس مستمد من تحليل لاحق لمضمون القاعدة واهدافها[4].

---

[1] عشوش، احمد : مرجع سابق. ص100. وهو يشير في هذا الصدد الى رأي الاستاذ Maury الذي يرى ان قواعد البوليس هي قواعد اسناد ذات طابع استثنائي نظراً لطبيعتها المفردة الجانب. وهو ما حدا بجانب كبير من فقهاء هذا الاتجاه وعلى رأسهم الاستاذ فرانسيكاكيس الى رفض تطبيق القواعد الاجنبية ذات التطبيق الضروري، ما لم تكن هذه الاخيرة منتمية الى النظام القانوني المختص بمقتضى قواعد الاسناد.

[2] عشوش، احمد : مرجع سابق. ص100.

[3] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص683.

[4] المرجع السابق. ص684.

ولا شك ان هذا الفارق الجوهري بين المعايير المستخدمة لإعمال كل من قواعد الاسناد من ناحية، والقواعد ذات التطبيق الضروري من ناحية اخرى، يبرر بما فيه الكفاية الطابع الخاص لمنهج اعمال هذه القواعد الاخيرة.

وقد نصت صراحةً العديد من التشريعات على ضرورة التطبيق المباشر للقواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي بصرف النظر عن القانون الذي يحكم العقد. فالمادة (34) من القانون الدولي الخاص الالماني الصادر عام 1986 نصت على ان : " هذا الفصل [الخاص بالقانون الواجب التطبيق على العقد] لا يؤثر على تطبيق نصوص القانون الالماني التي وبغض النظر عن القانون الواجب التطبيق على العقد، تنظم الموضوع بشكل آمر"[1].

كما ان القانون الدولي الخاص السويسري الصادر عام 1987 قد تبنى هذا الحل في صياغة عامة لا تخص العقود وحدها، فنصت المادة (18) منه على ان : " اعمال القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد المقررة في القانون، لا ينال من مجال سريان القواعد الآمرة في القانون السويسري، والتي تفرض اهدافها الخاصة ضرورة تطبيقها على النزاع"[2].

ورغم ان النصوص السابقة تتحدث عن القواعد الآمرة في قانون القاضي، الا اننا ننبه على ان المقصود من ذلك هو القواعد الآمرة التي تدخل في فئة القواعد ذات التطبيق الضروري على النحو الذي حددناه.

وقد تأكد هذا الحل ايضاً في قوانين الدول الاوروبية المتبنية لتنظيم (Rome 1) والذي جاء في المادة (2/9) منه انه : " لا شيء في هذا التنظيم يعيق تطبيق القواعد فائقة الالزام (overriding mandatory provisions) المنتمية لقانون القاضي"[3]. كما تبنت هذا النظر ايضاً اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1986 وذلك في المادة (17) منها[4].

---

[1] دواس، امين : تنازع القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص31.

[2] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص678.

[3] Article (9/2) of Rome 1 regulation says : "Nothing in this Regulation shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum".

[4] Article (17) of Hague 1986 convention says : "The Convention does not prevent the application of those provisions of the law of the forum that must be applied irrespective of the law that otherwise governs the contract".

كما تبنى هذا الاتجاه العديد من احكام القضاء، نذكر مثالا عليها، حكم محكمة النقض الليبية الصادر في 1977/4/10[1] والذي جاء فيه : " إنه وإن كان الأصل أن موضوع العقد يخضع للقانون الذي يحدده المتعاقدان أو الموطن المشترك أو بلد الإبرام وذلك على نحو ما نصت عليه المادة 19-1 من القانون المدني مادام هذا العقد يتعلق بالمعاملات المالية، إلا أنه إذا كان العقد متعلقا بأمر من الأمور التي تمس نظام الدولة الإجتماعي أو الإقتصادي فإن العقد يخضع لقانون القاضي، ولا يجوز الرجوع إلى قواعد الإسناد ولا يطبق في شأنها أي قانون آخر، ومتى كان قانون الإشراف والرقابة على شركات التأمين رقم 131-1970م والذي بدأ سريانه بتاريخ 14-3-1971م ينص في مادته الأولى على - ولا يجوز التعاقد على أية عمليات تأمين مباشر على أموال أو ممتلكات أو إلتزامات داخل الجمهورية العربية الليبية إلا لدى شركات مسجلة طبقا لأحكام هذا القانون.

وكان مؤدى هذا النص أنه شرط لصحة عقد التأمين أن يبرم مع شركة مسجلة طبقا لأحكامه طالما كان المال موضوع التأمين داخل البلاد، وهو نص آمر متعلق ببناء الدولة الإقتصادي ونظم التأمين فيها لا يجوز الإتفاق على مخالفته وإلا كان العقد باطلا ولو إنعقد في دولة أجنبية".

ويلتزم القاضي الفلسطيني بإعمال قواعد البوليس المنتمية لقانونه على النحو السالف بيانه، متى توافرت صلة عقلانية بين مضمون واهداف هذه القواعد من ناحية والمركز القانوني المثار النزاع بشأنه امام القاضي. وذلك اذعاناً منه لإرادة مشرعه في تطبيق هذه القواعد على المسائل التي تدخل في نطاق سريانها (متى تأكد من وجود الصلة العقلانية)، ويبقى القاضي خاضعاً في ذلك لرقابة محكمة النقض.

المطلب الثاني : إعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري

قدر الفقه التقليدي ان من المحرمات ان يطبق القاضي الوطني قواعد القانون العام الاجنبية او قواعد البوليس الاجنبية، مستنداً في رفضه لهذا الاعمال الى طبيعة هذه القواعد التي وصفها حيناً بالاقليمية، ونعتها احياناً اخرى بكونها من القوانين السياسية التي لا يمتد سريانها الى خارج

[1] الطعن رقم 29 - لسنــة 22 - تاريخ الجلسة 10 \ 04 \ 1977 - مكتب فني 14 - رقم الجزء 2 - رقم الصفحة 53. نقلاً عن موقع انترنت www.eastlaws.com تاريخ الدخول2011/12/15، ساعة الدخول 10:30 مساءً.

اقليم الدولة التي اصدرتها[1]. وبهذه المثابة اتخذ الفقه التقليدي من قواعد البوليس الاجنبية، نفس الموقف الذي اتخذه من قواعد القانون العام الاجنبي[2]، والتي لم يتصور هذا الفقه امكان تطبيقها ولو كانت منتمية الى النظام القانوني المختص بمقتضى قواعد الاسناد.

وقد تعرض هذا الاتجاه لكثير من الانتقاد، فمن ناحية، ليس القانون الاقليمي هو القانون الذي يتعذر تطبيقه بواسطة القضاء الاجنبي، وانما هو القانون الذي ينطبق على الوقائع والتصرفات التي تقع في الاقليم. وليس هناك ما يمنع القاضي الاجنبي من تطبيق القانون الاقليمي وفقاً لهذا المعنى على كافة الوقائع و التصرفات التي حدثت في الاقليم[3].

ومن ناحية اخرى، فانه حتى بالنسبة لقواعد القانون العام الاجنبية، فليس هناك ما يمنع من تطبيقها. فإذا اشارت قواعد الاسناد بتطبيق قانون دولة معينة على العلاقة المطروحة على القاضي وهي بحسب الأصل من علاقات القانون الخاص، فليس هناك ما يمنع مع ذلك من الرجوع الى قواعد القانون العام الاجنبي التي تحكم مسألة فرعية يتوقف عليها الحكم في الدعوى. فالتمسك ببطلان العقد لعدم اختصاص الموثق الاجنبي بإبرامه، يقتضي الرجوع بالضرورة الى قواعد القانون العام في دولة بلد الابرام للتحقق من سلامة هذا الدفع[4].

---

[1] مشار اليه لدى : عبد المجيد، منير : تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية. مرجع سابق. ص141 وما بعدها.

[2] نشير في هذا الصدد الى ان كثيراً من الفقه والقضاء ذهب الى اتباع معاملة واحدة لكلا هذين النوعين من القواعد عند بحث المركز القانوني والاجرائي لها، لا سيما بشأن امكان تطبيقها امام القضاء الوطني اذا كانت صادرة عن دولة اجنبية. ويعتبر هذا الاتجاه ان كلا النوعين من القواعد تمثلان شيئاً واحداً. وما ذلك الا بسبب الصلة القوية والظاهرة بينهما. الا ان هناك حداً فاصلاً بينهما، فاذا كانت القواعد ذات التطبيق الضروري ترمي الى تحقيق المصالح الحيوية للجماعة اقتصادية كانت ام اجتماعية، فان قواعد القانون العام هي التي تنظم العلاقات التي يكون احد اطرافها الدولة او احد اجهزتها والتي تكون على اتصال مباشر بالمصالح العامة للجماعة. فالقواعد ذات التطبيق الضروري تقع في منطقة وسطى بين القانون العام والقانون الخاص نظراً لأن المصالح العامة والمصالح الخاصة تتداخل فيها. واذا كانت القواعد ذات التطبيق الضروري قد شرعت اصلاً لتنظيم روابط القانون الخاص بصفة اساسية، الا انها قد تنتمي الى القانون العام في بعض الفروض. بل لقد اصبح يجمع تلك القواعد ذات التطبيق الضروري فروع قانونية جديدة تختلط فيها قواعد القانون العام بقواعد القانون الخاص، مثل القانون الاقتصادي والقانون الاجتماعي. انظر سلامة، احمد عبد الكريم : القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق. ص105 وما بعدها.

[3] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص687.

[4] صادق، هشام : دروس في تنازع القوانين. مرجع سابق. ص19 وما بعدها.

وقد اقر مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده عام 1975 في مدينة "فايسبادن" هذا النظر، فأكد في توصياته أن " الصفة العامة لقاعدة اجنبية أشارت قواعد الاسناد باختصاص النظام القانوني الذي تنتمي اليه، لا تقف عقبة في سبيل تطبيقها، مع التحفظ الخاص بالنظام العام"[1].

وقد سلم الفقه الحديث بإمكان إعمال القواعد الاجنبية ذات التطبيق الضروري من حيث المبدأ، على اساس انه ليس في طبيعة هذه القواعد ما يحول دون تطبيقها امام قضاء دولة اخرى. بل واكثر من ذلك، فقد ادرك الفقه الحديث ان تجاهل تطبيق هذه القواعد قد يتعارض مع وحدة الحلول وضرورات التنسيق بينها على المستوى الدولي بوصفه من الاهداف الرئيسية للقانون الدولي الخاص المعاصر. كما ان عدم تطبيقها قد يقف عقبة في سبيل تنفيذ الاحكام القضائية خارج دولة القاضي الذي اصدرها، وهو ما يجرد هذه الاحكام من فاعليتها ويصطدم على هذا النحو بالاهداف سالفة البيان. اذ الغالب ان يمتنع القضاء الاجنبي عن الامر بتنفيذ الاحكام الصادرة بالمخالفة لقواعد البوليس الآمرة في دولته.

وقد تنتمي القواعد الاجنبية ذات التطبيق الضروري الى القانون المختص بحكم العقد وفقاً لقواعد الاسناد في دولة القاضي، سواء كان قانون الارادة او غيره. وقد تنتمي الى نظام قانوني لم تشر قواعد الاسناد في دولة القاضي باختصاصه.

وسنبحث في مدى اعمال كل من هذه القواعد الاجنبية وأساسه القانوني في الفرعين التاليين:

الفرع الأول : إعمال القواعد الاجنبية ذات التطبيق الضروري التي تنتمي الى القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد

الفرع الثاني : إعمال القواعد الاجنبية ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي الى القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد

الفرع الأول : اعمال القواعد الاجنبية ذات التطبيق الضروري التي تنتمي الى القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد

[1] سلامة، احمد عبد الكريم : القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق. ص174. ومع ذلك فقد يتعذر على القاضي اعمال قواعد القانون العام الاجنبية التي تنتمي للقانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد فيما لو كان اعمالها يقتضي تدخل اجهزة الدولة الاجنبية. اذ يرتبط الاختصاص القضائي بالاختصاص التشريعي في هذا الفرض على نحو قد يتعذر معه اعمال القانون العام الاجنبي. انظر عبد المجيد، منير : تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية. مرجع سابق. ص161.

بعد ان سلم الفقه الغالب كما بينا بإمكان اعمال القواعد الاجنبية ذات التطبيق الضروري من حيث المبدأ، فقد اصبح من الطبيعي ان يتصدى القضاء لاعمال هذه القواعد فيما لو كانت تنتمي للقانون الذي تشير قواعد الاسناد باختصاصه. فتطبيق القاضي لقواعد البوليس الاجنبية في هذا الفرض لا يثير مشكلة خاصة، والحال ان اختصاصها بحكم النزاع قد تقرر بمقتضى قواعد الاسناد في دولة القاضي.

واساس ذلك انه اذا اشارت قواعد الاسناد باختصاص نظام قانوني معين، فانه يتعين على القاضي ان يطبق هذا النظام في مجمله، بما في ذلك قواعد البوليس التي تنتمي اليه، وهذا هو المقصود بالاسناد الاجمالي[1].

ويتفق الاسناد الاجمالي مع طبيعة قاعدة الاسناد ذاتها، فهي كأي قاعدة قانونية اخرى لها خاصية التجريد، فعندما تسند العلاقة محل النزاع الى قانون دولة معينة، فهي لا تهتم مسبقاً بالطبيعة الداخلية او الحل الموضوعي لقواعده. فقاعدة الاسناد ليست الا وسيلة "لتعيين" او "اختيار" قانون معين، وليست معياراً للتفرقة بين قواعد ذلك القانون حسب طبيعتها : قواعد قانون عام ام قواعد قانون خاص ام قواعد بوليس[2].

لذلك فان قاعدة الاسناد المزدوجة الجانب، تقرر اسناداً اجمالياً او كلياً الى القانون المناسب والملائم لحكم النزاع، وهي لا تعطي الاختصاص لبعض قواعده دون البعض الآخر، بل له في مجموعه. وتترك لهذا القانون المختص مهمة تحديد القاعدة الداخلية التي يتعين تطبيقها، واستبعاد القواعد الاخرى التي لا يراها واجبة التطبيق[3].

فاذا تصدى القاضي لتطبيق قواعد القانون الخاص في النظام القانوني الاجنبي المختص بحكم الرابطة العقدية المطروحة عليه دون قواعد القانون العام او قواعد البوليس التي تنتمي

---

[1] انظر عبد المجيد، منير : تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية. مرجع سابق. ص161 وما بعدها. عشوش، احمد : مرجع سابق. ص107 وما بعدها. سلامة، احمد عبد الكريم : القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق. ص162 وما بعدها. تجدر الاشارة الى اننا نعني بالاسناد الاجمالي في هذا المقام، الاسناد الاجمالي من الناحية الموضوعية، اي تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المعين بمجملها دون تفرقة بين هذه القواعد. وبذلك يخرج عن حالتنا هذه، مسألة الإحالة والتي تعني الاسناد الاجمالي الى القانون الاجنبي المعين برمته، اي بما فيه من قواعد تنازع القوانين. وعملية الاسناد الاجمالي من الناحية الموضوعية – والتي نقصدها في هذا المقام – تتم بعد ان يحدد القاضي موقفه من القانون الاجنبي المعين، اي سواء كان سيأخذ بنظام الاحالة، ام لا، ثم ينصرف بعد ذلك الى تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي توصل اليه.

[2] سلامة، احمد عبد الكريم : القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق. ص162-163.

[3] ياقوت، محمود : قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مرجع سابق. ص135.

بدورها الى هذا النظام وتريد الانطباق على هذه الرابطة، فانه يكون بذلك قد "مسخ" القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد[1].

ولهذا فقد اقر القضاء الفرنسي هذا النظر، فلم يتردد في اعمال القواعد الاجنبية ذات التطبيق الضروري وكذلك قواعد القانون العام التي تنتمي للنظام القانوني المختص بمقتضى قواعد الاسناد. ويُمكن تبين فكرة الاسناد الاجمالي في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 25 يناير 1966 بمناسبة قضية "رويال دوتش"، حينما ثار الخلاف حول تطبيق القاضي الفرنسي للقواعد التي وضعها المشرع الهولندي والخاصة بمراجعة حقوق الاجانب حملة اسهم الشركات الهولندية، حيث يترتب على ذلك سقوط حقوق بعض هؤلاء الاجانب، ومن بينهم الفرنسيين. ورغم دخول تلك القواعد الهولندية ضمن نظم القانون العام، فقد رُفِض الادعاء بعدم تطبيقها خارج هولندا، بل قضت محكمة النقض بسريانها حتى على الفرنسيين[2].

ويمكن لنا ان نستشف من الحكم الصادر عن محكمة التمييز الاردنية[3] في الدعوى رقم (1990/158) تماشياً مع هذا الاتجاه، اذ جاء في منطوق الحكم : " من المتفق عليه أن نصوص أي قانون تعتبر وحدة متكاملة ، وعليه فيقتضى عند النظر في تطبيق أي قانون أن تراعى جميع الاحكام الواردة فيه اذ لا يجوز اجتزاء نص لاستخلاص حكم منه اذا كان في القانون نص اخر يقيده صراحة أو ضمنا. وسندا لهذا المبدأ فلا يطبق نص المادة 101 من القانون المدني على الكفالة لان نص المادة المذكورة نص عام على جميع العقود بل تطبق احكام المادة 951 مدني لانها نص خاص بالكفالة".

وبناءً على ما تقدم، فان القاضي يلتزم بإعمال كافة القواعد القانونية التي تحكم النزاع والتي تنتمي الى القانون الاجنبي الذي تُشير قواعد الاسناد باختصاصه، بما فيها بطبيعة الحال القواعد التي تكتسب وصف قواعد البوليس وفقاً للمعنى الذي حددناه في نطاق هذه الدراسة، ما لم يصطدم هذا الإعمال بفكرة النظام العام في دولة القاضي على النحو المعروف لهذه الفكرة في القانون الدولي الخاص المعاصر. فوضع قواعد البوليس في هذه الحالة يماثل وضع غيرها من القواعد القانونية التي تنتمي للقانون الاجنبي المختص بمقتضى قواعد الاسناد.

---

[1] عبد المجيد، منير : تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية. مرجع سابق. ص161.

[2] مشار اليها لدى سلامة، احمد عبد الكريم : القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق. ص167 وما بعدها.

[3] الطعن رقم 158 لسنة 1990 ، رقم الصفحة 1656. نقلاً عن موقع انترنت www.eastlaws.com تاريخ الدخول 2011/12/17 ساعة الدخول 4 مساءً.

ويقع على القاضي التزام آخر وبديهي عند اعماله للقانون الاجنبي المعين بمقتضى قواعد الاسناد في دولته، ويتمثل هذا الالتزام بضرورة احترام ارادة القواعد الموضوعية التي يتضمنها القانون الاجنبي المختص، في الانطباق، سواء كانت من قواعد البوليس او غيرها. فإذا حدد المشرع الاجنبي نطاق تطبيق بعض القواعد التي يتضمنها نظامه القانوني، وسواء كان هذا التحديد صريحاً ام ضمنياً، فعلى القاضي ان يحترم ارادة المشرع الاجنبي في هذا الصدد. لأن القول بغير ذلك مسخ للنظام وتطاول على احكامه الموضوعية وافساد لمفهوم الاسناد كما حدده مشرع القاضي نفسه. فإذا كان الامتناع عن تطبيق قاعدة قانونية تريد الانطباق هو خرق لهذه القاعدة، فإن الامر لا يختلف عند التصدي لتطبيق هذه القاعدة في فروض لا تريد فيها الانطباق. فنحن أزاء وجهين لعملة واحدة، هي ضرورة احترام القواعد القانونية التي يتضمنها النظام القانوني الاجنبي المختص بمقتضى قواعد الاسناد في قانون القاضي، والذي يتعين اعماله في مجموعه وفقاً لفكرة الاسناد الاجمالي سالفة البيان[1].

ونشير في هذا الصدد الى ان هناك اتجاهات من الفقه رفضت الاعتداد بإرادة القواعد الموضوعية الاجنبية في الانطباق من عدمه، بناءً على اسباب مختلفة – نراها واهية في مجموعها – فمنهم من أسس رفضه على اعتبار ان احترام ارادة القواعد الاجنبية في الانطباق على هذا النحو يعتبر اخذاً بالاحالة في مجال ينفر بطبيعته من هذه الفكرة. ومنهم من اسس رفضه على اعتبار ان هذا الوضع – بحث ارادة القواعد الاجنبية في الانطباق – سيخلق فراغاً تشريعياً. وبالنسبة للرأي الأول فاننا لا نرى في احترام ارادة القواعد الموضوعية الاجنبية في الانطباق، اخذا بفكرة الاحالة. ذلك ان القاضي في حالتنا لا يذعن لقواعد الاسناد في النظام الاجنبي المختص، والتي قد تشير باختصاص نظام قانوني آخر كما هو الشأن عند اعمال آلية الاحالة. اما بالنسبة للرأي الثاني، فاننا نرى ان استبعاد القاعدة الموضوعية التي لا تريد الانطباق، لن يؤدي – كما تصور هذا الرأي – الى فراغ قانوني، لأن الغالب انه توجد دائماً الى جانب القاعدة الاجنبية الآمرة التي لا تريد الانطباق، قاعدة أخرى مكملة تقوم على فكرة الاباحة او السماح للارادة بعدم الالتزام بالقيد المقرر في القاعدة الآمرة، وذلك في الفروض التي تخرج عن نطاق سريان هذه الاخيرة. وغالباً ما تكون هذه القواعد المكملة، قواعد ضمنية تقررها

[1] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص706.

الشريعة العامة وتفرض بمقتضاها الاصل المقرر في مجال العقود، وهو حرية التعاقد في المجال الذي تركته القاعدة الآمرة، وهي قاعدة تتضمن غالباً قيوداً على هذا الاصل[1].

الا ان تساؤلاً يطرح نفسه في هذا الصدد، وهو هل يكتفي القاضي ببحث ارادة قواعد البوليس في الانطباق من خلال تحليل مضمونها واهدافها في ضوء ارادة مشرعها، كما هو الحال بالنسبة لبقية القواعد القانونية التي يحتويها النظام المختص بمقتضى قواعد الاسناد، أم يجب اظهار خصوصية هذه القواعد من خلال قيام القاضي بتقدير الصلة العقلانية التي تربط مضمونها واهدافها بنطاق سريانها؟ بمعنى هل للقاضي ان يمتنع عن تطبيق هذه القواعد – رغم ارادتها في الانطباق – اذا رأى ان تطبيقها على المركز القانوني المطروح امامه لا يحقق اهدافها؟

اننا نعتقد انه يجب على القاضي عند اعماله لقواعد البوليس المنتمية للقانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد، ان لا يكتفي بارادتها في الانطباق وانما يجب عليه ان يقوم بتقدير الصلة العقلانية التي تربط مضمون واهداف هذه القواعد بنطاق تطبيقها. ذلك ان القاضي يقع عليه التزام بتطبيق قواعد البوليس المنتمية لكافة الدول التي ترتبط بالعلاقة المطروحة امامه برابطة وثيقة، بما فيها بطبيعة الحال قواعد البوليس المنتمية للقانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد. وتطبيق هذه الاخيرة بناءً على ارادتها في الانطباق فقط، ودون وجود صلة عقلانية تربط مضمون هذه القواعد بنطاق تطبيقها، يعني ترجيح هذه القواعد على بقية قواعد البوليس المنتمية للدول الاخرى، عند تنازعها – اي عند وجود اكثر من قاعدة بوليس منتمية لدول مختلفة تريد الانطباق على العلاقة المطروحة – وهو الأمر الذي سنرى لاحقاً رفض جانب كبير من الفقه له، لانه حل يتنافي مع طبيعة قواعد البوليس والهدف المراد ادراكه من خلال اعمالها.

ومع ذلك، فقد ذهب جانب من الفقه[2] الى القول بامكانية اعمال قواعد البوليس المنتمية الى القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد، ولو كان المركز المطروح لا يدخل في نطاق تطبيقها الضروري، وذلك على اساس ان معيار انطباقها على هذا النحو يكفل حداً ادنى لمجال سريانها، وهو ما لا يستبعد امكان اعمالها خارج هذا المجال.

---

[1] انظر في عرض هذه الاتجاهات والرد عليها لدى صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص706 وما بعدها.

[2] رأي الاستاذ Mayer، مشار اليه لدى صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص714.

فعلى سبيل المثال، قيام المتعاقدين باختيار القانون الفرنسي او مجرد تركيز العقد في فرنسا عند سكوت المتعاقدين عن الاختيار، يبرر تطبيق القواعد المقررة في القانون الفرنسي في شأن حماية المستهلك – وهي من قواعد البوليس – ولو لم يكن هذا الاخير مقيماً في فرنسا او لم يكن العقد قد ابرم هناك، ما لم يتم استبعاد هذه القواعد لصالح قوانين اخرى اكثر حماية للمستهلك.

وعلى العكس هناك قواعد للبوليس ذات تحديد تلقائي، تبرره اما المصالح الجماعية المحضة التي تقوم عليها والتي دعت الى التضحية بالمصالح الفردية، واما ارتباط مضمونها بظروف لا تتحقق الا في شأن المراكز المتصلة بالدولة التي اصدرت هذه القواعد. وعليه فانه لا يكفي لاعمالها مجرد اختصاص النظام القانوني الذي تنتمي اليه بمقتضى قواعد الاسناد، وانما يتعين لهذا الاعمال ان يدخل المركز القانوني محل النزاع في نطاق سريانها الذي تقتضيه اهدافها. ومثال ذلك، ان يتصدى المشرع لمحاربة التضخم في مجاله الاقتصادي من خلال بعض القواعد ذات التطبيق الضروري، او ان يتدخل المشرع لتحديد ايجار العقارات في بعض المدن وحظر اخراج المستأجر منها رعاية لازمة المساكن. فمثل هذه القواعد تعتبر ذات تحديد تلقائي، ويتعين اعمالها بمجرد ان يدخل المركز القانوني محل النزاع في نطاق سريانها الذي تقتضيه اهدافها[1].

ونشير في النهاية، الى ان بحث ارادة القواعد الاجنبية ذات التطبيق الضروري – المنتمية الى القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد – في الانطباق، لا يعني ان تطبيقها في هذه الحالة قد تم بناءً على المنهج الاحادي في القانون الدولي الخاص، والذي يقوم على تحليل القوانين المتصلة بالعلاقة القانونية المطروحة وبحث ارادتها في الانطباق. وانما يتم تطبيق قواعد البوليس في هذه الحالة بمقتضى قواعد الاسناد التي اشارت الى اختصاص النظام القانوني الذي تنتمي اليه هذه القواعد. كل ما في الامر ان احترام القانون المعين وكذلك احترام قاعدة الاسناد في دولة القاضي والتي تشير باختصاص هذا القانون، يقتضي احترام ارادة القواعد الموضوعية التي يحتويها هذا القانون، في الانطباق، بما فيها بطبيعة الحال القواعد ذات التطبيق الضروري.

الفرع الثاني : اعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي الى القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد

اشرنا سابقاً الى اتجاه الفقه الحديث نحو تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي الى دولة ثالثة. اي التي لا تنتمي لقانون القاضي ولا الى القانون المختص بمقتضى قواعد

[1] انظر صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص714.

الاسناد، وذلك تحقيقاً للتوازن المنشود مع الاتجاه التقليدي نحو التطبيق المباشر للقواعد المماثلة في قانون القاضي.

وصحيح ان نتيجة هذا التطبيق ستفضي الى احترام السياسة التشريعية للدولة التي تنتمي اليها هذه القواعد، ذلك ان تطبيقها سيحقق الاهداف الضرورية والحيوية التي تسعى هذه القواعد الى ادراكها في شأن المسائل التي تدخل في اطار سريانها الذاتي. الا ان الفقه الحديث في القانون الدولي الخاص يسعى من وراء هذا التطبيق الى اهداف اسمى وأعز، تتمثل بتحقيق وحدة الحلول والتنسيق بينها على المستوى الدولي بحسبان ذلك من الغايات التي يسعى الى ادراكها القانون الدولي الخاص[1]. زد على هذا، ان من شأن ذلك ان يحقق امكانية تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة من الدول الاجنبية، طالما قامت هذه الدول بتطبيق قواعد البوليس المنتمية للدولة التي سيتم تنفيذ الحكم فيها[2]. وهو ما يحفظ للاحكام الدولية فعاليتها وقيمتها على المستوى الدولي.

ومن المؤكد انه لا يوجد ما يدعو الى اعمال هذه القواعد، الا لو كانت هناك رابطة وثيقة بين النزاع المطروح والنظام القانوني الذي تنتمي اليه هذه القواعد، بحيث تبرر على هذا النحو انعقاد اختصاصه بحكم المسألة دون حاجة لقواعد الاسناد المزدوجة الجانب.

ويتناول هذا الفرع الأساس القانوني لإعمال هذه القواعد، وكذلك التنظيم القانوني لهذا الاعمال في التشريعات المقارنة، وذلك على النحو التالي :

أولاً : الأساس القانوني لإعمال القواعد الاجنبية ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي الى القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد

لقد اختلفت الآراء الفقهية حول الاساس القانوني لإعمال هذه القواعد، وانقسمت في هذا الشأن الى رأيين، سنتناولهما، ثم سنبين تقييم هذه الآراء وما نؤيده منها، وذلك على النحو التالي:

1- الآراء الفقهية حول الاساس القانوني لإعمال هذه القواعد

هناك جانب من الفقه وبالتحديد المعارض لاعتبار قواعد البوليس تشكل منهجاً مستقلاً ومتميزاً عن منهج التنازع التقليدي، والذي سبق واشرنا الى رأيه المتمثل في ان اعمال قواعد البوليس المنتمية لقانون القاضي، يتم من خلال قواعد اسناد استثنائية، قد ذهب في هذا المقام الى

[1] محمد، محمد ابراهيم : مرجع سابق. ص63.

[2] Lei, Wang. Ibid, p.169.

القول بان اعمال قواعد البوليس الاجنبية المنتمية لدولة ثالثة يجب ان يتم من خلال الاعمال المزدوج لمعايير انطباق مثيلاتها في قانون القاضي[1].

فقواعد البوليس في قانون القاضي – وفقاً لهذا الرأي – تمثل قواعد اسناد مفردة الجانب قابلة من حيث مضمونها للازدواج. وبهذه المثابة فان كان قانون القاضي يتضمن قاعدة من قواعد البوليس الآمرة التي تنطبق على العقود فيما لو كان تنفيذها يجري في الدولة، فان خضوع العقد في حالتنا لقانون اجنبي (قانون الدولة أ مثلاً) بمقتضى منهج التنازع المزدوج، لن يحول دون اخضاع المسألة التي كانت محلاً للتنظيم الآمر في قانون القاضي، لقاعدة البوليس سالفة الذكر. والاعمال المزدوج لمعيار انطباق قاعدة البوليس في دولة القاضي على هذا النحو – معيار محل التنفيذ – يؤدي، فيما لو كان العقد منفذاً في الدولة الاجنبية ب، الى اعمال قاعدة البوليس في هذه الدولة والتي تصدت لتنظيم المسألة المطروحة رغم خضوع العقد في جوانبه الاخرى لقانون اجنبي بمقتضى قواعد الاسناد (قانون الدولة أ)[2].

وعلى هذا النحو، يستعين هذا الاتجاه بمعايير انطباق قواعد البوليس الوطنية، في تحديد القواعد الاجنبية المماثلة الواجبة التطبيق على بعض جوانب الرابطة العقدية من خلال الاعمال المزدوج لهذه المعايير. وهذا ما يقصده انصار هذا الرأي حين يتحدثون عن اعمال القواعد الاجنبية ذات التطبيق الضروري من خلال قواعد الاسناد الاستثنائية او قواعد الاسناد الخاصة بكل قاعدة من قواعد البوليس في قانون القاضي.

ويرفض هذا الاتجاه ان يتم اسناد قواعد البوليس بمقتضى قاعدة موحدة، حيث ان انعدام التجانس بين قواعد البوليس المختلفة من ناحية، واختلاف الاهداف التي تسعى كل قاعدة من هذه القواعد الى ادراكها من ناحية اخرى، يمنع وجود قاعدة اسناد عامة تصلح لكل الحالات، الامر الذي يستوجب اختلاف معايير انطباق هذه القواعد من حالة الى اخرى[3].

---

[1] يذهب في هذا الاتجاه الاستاذة ديبي جيرارد والاستاذة توبيانا. مشار الى هذا الرأي لدى ياقوت، محمود : قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مرجع سابق. ص163.

[2] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص721.

[3] ياقوت، محمود : قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مرجع سابق. ص166.

ومن هنا كانت تسمية قواعد الاسناد في حالتنا بقواعد الاسناد الخاصة، اي التي تخص كل قاعدة من قواعد البوليس على حدة. وهي في جميع الاحوال قواعد اسناد استثنائية لانها تشكل خروجاً على قواعد التنازع العامة التي يضعها المشرع لكل فئة من الروابط القانونية[1].

الا ان هناك اتجاهاً فقهياً آخر، يرفض ان يتم إعمال قواعد البوليس الاجنبية من خلال الإعمال المزدوج لمعايير انطباق مثيلاتها في قانون القاضي، حيث يذهب هذا الرأي الى إعمال هذه القواعد بناءً على المنهج الاحادي في القانون الدولي الخاص[2]، والذي يقوم على بحث ارادتها في الانطباق على المركز القانوني المطروح امام القاضي، وذلك بتحليل مضمونها واهدافها في ضوء ارادة مشرعها، بشرط توافر الصلة العقلانية التي تربط مضمون واهداف هذه القواعد بنطاق تطبيقها.

وبالتالي فان القاضي لا يلتزم باعمال هذه القواعد حتى لو كانت تريد الانطباق، وذلك فيما لو قدر ان اعمالها غير ضروري لتحقيق الاهداف التي تسعى اليها، اذ تفتقر مثل هذه القواعد للصلة العقلانية التي تربط مضمونها واهدافها بنطاق سريانها.

وكما سبق واشرنا عند تصدينا لاعمال قواعد البوليس الوطنية، فان السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في تقدير وجود الصلة العقلانية التي تربط مضمون واهداف قاعدة البوليس بنطاق سريانها، تُعطي للمنهج الاحادي خصوصية معينة في هذا الصدد. ذلك ان تطبيق هذه القواعد لم يتم فقط بناءً على ارادتها في الانطباق، وانما ايضاً على وجود صلة عقلانية تربط مضمون واهداف القاعدة بنطاق سريانها. وهو ما جعل البعض يُضفي على الاحادية في هذا المقام الطابع الجزئي. حيث ان ما يهم القاضي في حالتنا هو العنصر العقلاني في القاعدة وليس مجرد عنصر الامر او ارادة الانطباق في ذاتها كما هو الشأن لدى فقه المدرسة الاحادية.

وبناءً على ما تقدم، فان اعمال قواعد البوليس الاجنبية المنتمية لدولة ثالثة، يتم بناءً على ارادتها في الانطباق وكذلك ارادة مشرع دولة القاضي في تطبيقها. ذلك ان مشرع دولة القاضي قد خوله سلطة تقدير الصلة العقلانية وذلك في ضوء مبادئ القانون الدولي الخاص في دولته، مع بقاؤه خاضعاً في ذلك لرقابة محكمة النقض[3].

---

[1] المرجع السابق. ص166.

[2] في هذا الاتجاه صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص728 وما بعدها. ياقوت، محمود : قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مرجع سابق. ص174 وما بعدها.

[3] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص728 وما بعدها.

الا ان تحقق القاضي من توافر الصلة العقلانية التي تربط مضمون واهداف قاعدة البوليس الاجنبية بنطاق سريانها، لا يكفي لاعمال هذه القاعدة، اذ يشترط بالاضافة الى ذلك، ان لا تتعارض قاعدة البوليس الاجنبية مع النظام العام في دولة القاضي.

على ان دور النظام العام في مجال قواعد البوليس الاجنبية المنتمية الى دولة ثالثة، يتمتع بطابع خاص. ذلك ان القاضي في هذه الحالة يبدأ بتحليل مضمون القاعدة الاجنبية المطروحة والكشف عن اهدافها، حتى يتيقن من توافر شروط انطباقها. فاذا تبين له عند اجراء هذا التحليل ان القاعدة المذكورة تتعارض مع النظام العام في دولته، فهو لا يثير مبدأ تطبيقها اصلاً. وبهذه المثابة فإن حديثنا عن الدفع بالنظام العام في هذه المرحلة هو من قبيل المجاز، لسبب بسيط، هو ان القاضي لم يكن قد توصل بعد الى قرار نهائي باختصاص القاعدة التي تصدى لتحليلها، بحكم المسألة المطروحة حتى نتحدث عن استبعادها[1].

اما اذا تبين للقاضي ان مضمون القاعدة محل البحث واهدافها لا تتعارض مع النظام العام في دولته، فانه يبدأ بالتساؤل حول مدى ملائمة تطبيقها على النزاع، وهو ما يدعوه في هذا الفرض الى تقدير مدى عقلانية الصلة بين مضمونها واهدافها من ناحية، ونطاق سريانها من ناحية اخرى، حتى يتمكن من اعلان اختصاصها بحكم المسألة التي تدخل في اطار سريانها.

2- تقييم الآراء الفقهية

لقد تعرض الاتجاه الفقهي القائل بان إعمال قواعد البوليس الاجنبية يتم من خلال الاعمال المزدوج لمعايير انطباق مثيلاتها في قانون القاضي، الى انتقادات لاذعة كونه يقوم على فكرة رئيسية مؤداها عدم اعتبار القواعد ذات التطبيق الضروري تشكل منهجاً مستقلاً ومتميزاً عن منهج التنازع التقليدي. وهو ما يخالف الحقائق الراهنة في القانون الدولي الخاص نحو تطبيق هذه القواعد بناءً على ارادتها في الانطباق، مراعاةً لطبيعة هذه القواعد التي وضعت لتحقيق اهداف اجتماعية واقتصادية ضرورية في شأن المسائل التي تدخل في نطاق سريانها. ومن هنا كان منطقياً اشتراط توافر صلة وثيقة بين المركز القانوني المطروح امام القاضي وبين هذه القواعد. ولا يعني ذلك اننا نقترب من فكرة الاسناد، فقد اشرنا سابقاً الى ان معيار الاسناد الذي تنطوي عليه قواعد التنازع التقليدية هو معيار محايد ومحدد على نحو مسبق. اما بالنسبة لمعيار انطباق قواعد البوليس، فهو مستمد من تحليل لاحق لمضمون القاعدة واهدافها.

[1] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص697.

وقد مضت الاشارة الى ان اهم ما يميز منهج القواعد ذات التطبيق الضروري هو الصلة العقلانية التي تربط مضمونها واهدافها بنطاق تطبيقها. واذ يرتبط مضمون واهداف قاعدة البوليس على هذا النحو بنطاق تطبيقها، فلم يعد من المتصور والحال كذلك ان يتم اعمال معيار انطباقها بطريقة مزدوجة. فهذا الازدواج يفترض اتحاد كل من مضمون واهداف قاعدة البوليس في دولة القاضي مع مضمون واهداف القاعدة الاجنبية، وهو افتراض لا يسانده الواقع بطبيعة الحال[1].

وبهذه المثابة، فان تطبيق قواعد البوليس الاجنبية وفقاً لمعايير اعمال نظيراتها في قانون القاضي، قد يؤدي الى احد امرين :

الأول، اما تطبيق قاعدة اجنبية لا تعد من قواعد البوليس في دولتها، مما تنتفي معه الحكمة من تطبيق هذه القاعدة بوصفها من قواعد البوليس، في الوقت الذي لا تعتبر كذلك بالنسبة للدولة التي سنتها.

اما الامر الثاني، فهو تطبيق قاعدة اجنبية، وان اتصفت بالصفة البوليسية في دولتها الا انها لا تريد الانطباق، بالنظر لاختلاف معيار انطباقها عن المعيار المتبع في دولة القاضي، الامر الذي يؤدي الى افساد مفهوم قاعدة البوليس الاجنبية ومخالفة نطاق تطبيقها الضروري الذي تقتضيه الاهداف التي يسعى مشرعها الى ادراكها. فعلى سبيل المثال قد تسعى قاعدتا البوليس الوطنية والاجنبية الى محاربة التضخم من خلال منع اداء الديون على اساس سعر الذهب، ولكن معيار انطباق قاعدة البوليس الوطنية يتخذ من محل اداء الدين اساساً لاعمالها، في حين ان معيار انطباق مثيلتها الاجنبية يتخذ من توطن المدين في الدولة سبباً لانطباقها وبصرف النظر عن محل اداء الدين.

وعلى هذا النحو، فان تطبيق قواعد البوليس الاجنبية بناءً على معايير انطباق نظيراتها الوطنية، يخالف منهج هذه القواعد الآمرة، باعتباره منهجاً يقوم على الصلة التي تربط مجال تطبيق هذه القواعد بمضمونها واهدافها كما حدده المشرع الاجنبي الذي وضعها.

كما ان من اهم اوجه النقد التي يمكن توجيهها ايضاً الى منهج الإعمال المزدوج لمعايير انطباق قواعد البوليس في دولة القاضي، هو عجز هذا المنهج عن مواجهة الفرض الذي لا توجد فيه أصلاً في قانون القاضي قاعدة من قواعد البوليس في شأن المسألة المطروحة، بينما

[1] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص724.

توجد قواعد بوليس اجنبية تريد الانطباق على المركز محل النزاع. اذ كيف يتم تطبيق هذه الاخيرة من خلال الاعمال المزدوج لمعيار انطباق قواعد البوليس في دولة القاضي والفرض ان هذا القانون يخلو من قواعد مماثلة في صدد المسألة المطروحة[1].

وقد تصدى جانب من انصار الاعمال المزدوج لمعايير انطباق قواعد البوليس في دولة القاضي، للرد على ذلك بالقول بأن عدم وجود قاعدة من قواعد البوليس في دولة القاضي لا يمنع من تكييف القاعدة الاجنبية على انها من قواعد البوليس، وفقاً للمبادئ السائدة في قانون القاضي[2].

ولكن حتى لو سلمنا بامكان اجراء تكييف القاعدة الاجنبية وفقاً لقانون القاضي، فان التساؤل يظل قائماً حول المعيار الواجب الاتباع لتحديد نطاق تطبيق هذه القاعدة، والحال ان قانون القاضي لا يملك قاعدة بوليس في صدد المسألة المطروحة. اذ كيف يتم الاعمال المزدوج لمعيار انطباق قاعدة البوليس في قانون القاضي والحال ان هذا القانون لا يتضمن مثل هذه القاعدة.

ولعل الانتقادات السابقة هي التي تدفعنا الى تأييد الاتجاه الفقهي الذي يذهب الى إعمال هذه القواعد بناءً على المنهج الاحادي في القانون الدولي الخاص، والذي يقوم على بحث ارادتها في الانطباق، وهو ما يتناسب مع طبيعة هذه القواعد ويحقق الهدف من تطبيقها. ذلك ان هذه القواعد كما سبق واشرنا وضعت لتحقيق اهداف سياسية اجتماعية واقتصادية ضرورية في الدولة التي تنتمي اليها، وبالتالي فلا يتصور تطبيقها في غير الحالات التي حددها لها مشرعها.

وبناءً عليه، فان اعمال قواعد البوليس الاجنبية المنتمية لدولة ثالثة، يتم من خلال بحث ارادتها في الانطباق على المركز القانوني المطروح امام القاضي، وذلك بتحليل مضمونها واهدافها في ضوء ارادة مشرعها، بشرط توافر الصلة العقلانية التي تربط مضمون واهداف هذه القواعد بنطاق تطبيقها.

ثانياً : التنظيم القانوني لإعمال القواعد الاجنبية ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي الى القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد

لقد تأكد إعمال هذه القواعد في القوانين الاوروبية منذ نفاذ اتفاقية روما في نوفمبر 1991، حيث نصت في المادة (1/7) منها على اعمال القواعد الاجنبية ذات التطبيق الضروري المنتمية

[1] المرجع السابق. ص727.

[2] رأي الاستاذة توبيانا. مشار اليه لدى عبد العال، عكاشة. مرجع سابق. ص179.

لدولة ثالثة، بشرط توافر صلة وثيقة بين المركز المطروح وبين هذه الدولة[1]. وقد استمر هذا الوضع ايضاً في ظل تنظيم (Rome 1) الذي حل محل اتفاقية روما، فقد نصت المادة (3/9) منه على ان : " التأثير الذي سيمنح للقواعد فائقة الالزام (overriding mandatory provisions) في قانون الدولة التي ستنفذ او نفذت فيها الالتزامات الناشئة عن العقد، يكون بقدر ما تجعل هذه القواعد أداء العقد غير شرعي. وللاعتراف بمدى الآثار التي ستمنح لهذه القواعد، فانه يجب الاعتداد بطبيعتها واهدافها وكذلك الآثار المترتبة على تطبيقها او عدم تطبيقها"[2].

ويعتبر نص المادة (3/9) من تنظيم (Rome 1) الزامياً لجميع الدول الاعضاء، وذلك بعكس اتفاقية روما التي كانت قد سمحت للدول الاعضاء بالتحفظ على تطبيق المادة (7) منها، وهو ما فعلته المانيا وعدد كبير من الدول الاعضاء في الاتفاقية[3].

ويتضح ان المادة (3/9) من التنظيم قيدت تطبيق قواعد البوليس المنتمية الى دولة ثالثة : 1- بضرورة ان تكون هذه القواعد منتمية الى الدولة التي ستنفذ او نفذت فيها الالتزامات الناشئة عن العقد. 2- يكون تطبيق هذه القواعد بالقدر الذي يجعل اداء العقد غير شرعي. 3- ضرورة ان يؤخذ في الاعتبار طبيعة هذه القواعد واهدافها والنتائج المترتبة على تطبيقها او عدم تطبيقها[4].

---

[1] Article (7/1) of Rome 1 convention says : "When applying under this Convention the law of a country, effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a close connection, if and in so far as, under the law of the latter country, those rules must be applied whatever the law applicable to the contract. In considering whether to give effect to these mandatory rules, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application."

[2] Article (9/3) of Rome 1 regulation says : " effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application".

[3] Volker Behr. Ibid, p.258.

[4] Ibid,p.258.

فالنسبة للقيد الاول، حصرت المادة نطاق الصلة التي تربط قواعد البوليس الاجنبية بالعلاقة العقدية المطروحة، "بمعيار تنفيذ العقد". اي لا يطبق من قوانين البوليس الاجنبية التي لا تنتمي للقانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد، الا تلك المنتمية الى دولة التنفيذ. وبالنسبة للقيد الثاني، فاننا نعتقد ان المادة قد اشترطت لتطبيق قواعد البوليس الاجنبية، ان يكون العقد مخالفاً لهذه القواعد. فاذا تأكد القاضي من عدم وجود ما يخالف هذه القواعد ضمن حيثيات العلاقة العقدية المطروحة امامه، فانه يكتفي باخضاع هذه العلاقة للقانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد، بالاضافة الى اخضاعه لقواعد البوليس المنتمية لقانون القاضي اذا وجد منها ما يريد الانطباق. اما بالنسبة للقيد الثالث، فهو لا يخرج عن مفهوم شرط الصلة المتطلبة بين مضمون واهداف القاعدة من ناحية ونطاق تطبيقها من ناحية اخرى.

ان ما ورد في القيد الأول والثاني من المادة (3/9) من التنظيم الاوروبي، يضيق من نطاق تطبيق المادة الى ابعد حد ممكن، رغم ما قد ينشأ من مشاكل بسبب غموض مصطلح "اداء العقد غير شرعي"، الا ان هذا التضييق لنطاق تطبيق المادة، يقلل الكثير من الغموض او عدم اليقين القانوني الذي كانت تشعر به كثير من الدول في ظل المادة (1/7) من اتفاقية روما، كما يؤدي الى تطبيق هذه القواعد بطريقة موحدة في جميع انحاء الاتحاد الاوروبي[1].

وقد اتجهت احكام القضاء الى اخضاع بعض جوانب الرابطة العقدية لقواعد البوليس الاجنبية التي لا تنتمي الى القانون المختص بحكم هذه الرابطة بمقتضى قواعد الاسناد. ولعل من اهم الاحكام الرائدة في هذا الشأن، حكم المحكمة العليا الهولندية الصادر في 1966/5/13[2]، حيث نقضت المحكمة العليا حكم محكمة استئناف لاهاي، على اساس ان القواعد البلجيكية التي طبقها الحكم المطعون فيه لا تعد من قواعد البوليس التي تلزم القاضي الهولندي بتطبيقها، رغم عدم انتمائها للقانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد (ذلك ان المتعاقدين كانوا قد اتفقوا على اخضاع العقد للقانون الهولندي).

ورغم ان الحكم على هذا النحو لم يطبق القواعد البلجيكية التي لا تنتمي لقانون العقد لكونها لم تكتسب صفة قواعد البوليس، الا ان الواضح من حكمها انها كانت ستطبق هذه القواعد فيما لو اكتسبت القواعد المذكورة هذه الصفة.

---

[1] Lei, Wang. Ibid, p.169-170.

[2] مشار اليه لدى صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص737.

وبالنسبة للوضع في فلسطين، فان إعمال قواعد البوليس الاجنبية المنتمية لدولة ثالثة مسكوت عنه في المشروع الفلسطيني. الا ان على القاضي الفلسطيني استخلاصه من المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، والتي نصت المادة (35) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على اتباعها في حالات تنازع القوانين التي لم يرد بشأنها نص في المشروع. فمتى توافرت شروط إعمال قواعد البوليس الاجنبية، فانه ليس للقاضي الفلسطيني ان يرفض تطبيق هذه القواعد دون تبرير، لأن مهمة القاضي – من ناحية اولى – تتمثل في تطبيق القانون متى توافرت شروط تطبيقه وليس له خيار في ذلك. والثابت – من ناحية ثانية – وفقاً للمبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص، ان قوانين البوليس الاجنبية المنتمية لدولة ثالثة، متى توافرت شروط تطبيقها، تعد جزءاً من القانون الذي يخضع له القاضي اثناء حسمه للنزاع. ويبقى القاضي خاضعاً في تطبيقها لرقابة محكمة النقض بحسبان هذه المسألة، مسألة قانونية تخضع لرقابتها.

المطلب الثالث : تنازع القواعد ذات التطبيق الضروري

لقد توصلنا فيما سبق الى ان اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري، وطنية كانت ام اجنبية، يتم بناءً على بحث ارادتها في الانطباق، وما ذلك الا سعياً وراء تحقيق الاهداف الحيوية والضرورية التي تسعى هذه القاعدة الى ادراكها. واذا كان الحال كذلك فانه من المتصور ان يواجه القاضي أكثر من قاعدة بوليس تريد الانطباق على المسألة المطروحة، رغم انتماء كل منها الى نظام قانوني مختلف. كما يتصور ايضاً الا توجد قاعدة من قواعد البوليس تريد الانطباق على المسألة المطروحة. وبذلك تبرز لدينا مشكلة تنازع القواعد ذات التطبيق الضروري سواء كان تنازعاً ايجابياً ام سلبياً، والتي سنتناولها في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : التنازع الايجابي للقواعد ذات التطبيق الضروري

الفرع الثاني : التنازع السلبي للقواعد ذات التطبيق الضروري

الفرع الاول : التنازع الايجابي للقواعد ذات التطبيق الضروري

لا تثور مشكلة التنازع الايجابي لقواعد البوليس، فيما اذا كان هناك أكثر من قاعدة بوليس واحدة تريد كل منها الانطباق على جانب مختلف من جوانب الرابطة العقدية المطروحة. اذ

يخضع كل جانب من هذه الجوانب للقاعدة التي تريد الانطباق عليه. كذلك لا تثور هذه المشكلة فيما لو كانت قواعد البوليس التي تريد الانطباق، تقرر حلاً واحداً للمسألة المطروحة.

وانما تثور المشكلة في الفرض الذي تتنازع فيه اكثر من قاعدة واحدة للبوليس، تنتمي كل منها الى نظام قانوني مختلف، ويكون لكل منها ارادة الانطباق على جانب واحد من جوانب الرابطة العقدية محل النزاع، وتقرر كل منها حلاً يختلف عن الحل الذي تقرره الأخرى.

ان هذه الصورة من التنازع الايجابي، تختلف اختلافاً بيناً عن ذلك التنازع الحادث في ظل منهجية قواعد الاسناد العادية. ففي ظل هذه المنهجية الاخيرة، يكون المطروح هو اختيار القانون الانسب لحكم العلاقة القانونية محل النزاع، وهو اختيار يجريه المشرع الوطني بوضع قاعدة الاسناد التي تشير الى القانون الذي يرتبط بمركز الثقل في العلاقة. ففي هذه الفرضية لا يوجد من الناحية الواقعية اي تنازع، وانما المعروض هو مجرد اختيار متاح يحسمه المشرع بواسطة قاعدة الاسناد التي يخصصها للمسألة المطروحة[1].

على النقيض من ذلك تماماً الوضع في ظل التنافس او التزاحم بين عدة قوانين هي من قوانين البوليس المنتمية لانظمة قانونية مختلفة، والتي يكون لكل منها ارادة الانطباق. فنحن هنا امام تزاحم حقيقي بين اكثر من قانون لكل منها سند للانطباق : ثمة دولتان – او اكثر – تتنازعان – بمعنى الكلمة – حقاً معيناً، حيث ترى كل منهما ان قوانين البوليس فيها هي التي يجب اعمالها على المسألة المتعلقة بها المنازعة[2].

والسؤال كيف يكون الحل في مثل هذه الحالة؟

في البداية، يمكن القول بأن هذا التنازع يمكن التخفيف منه في بعض الحالات، وذلك عندما يحقق تطبيق اياً من القواعد المتنافسة، الغرض الذي تسعى الى تحقيقه كافة هذه القواعد[3]. على سبيل المثال اذا كانت القواعد المتنازعة تهدف الى تحديد مقدار الفوائد الاتفاقية، فان اعمال القاضي للقاعدة التي تقرر حداً اقصى للفائدة يقل عن الحد المقرر في القواعد الاخرى، يحقق ما تصبوا اليه جميع هذه القواعد. لأن التطبيق الضروري لقاعدة البوليس ينصب على جانبها الآمر وليس على جانبها المكمل والذي يجوز دائماً استبعاده[4]. وذات الامر يحدث كذلك فيما لو كانت

[1] عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص190.

[2] عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص190.

[3] محمد، محمد ابراهييم : مرجع سابق. ص100.

[4] ياقوت، محمود : قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مرجع سابق. ص189.

قواعد البوليس المتنازعة تهدف الى حماية المستهلك، من خلال منع الشروط التعسفية، فانه يكفي تطبيق القانون الذي يُعطي مفهوماً واسعاً لتلك الشروط[1].

أما لو كانت هناك اكثر من قاعدة للبوليس تريد الانطباق على جانب معين من الرابطة العقدية، وكانت كل قاعدة من هذه القواعد تتصدى لتنظيم هذا الجانب بطريقة تتعارض وباقي القواعد الاخرى، كما لو رفضت احدى القواعد سلوكاً معيناً توجبه قاعدة اخرى، فاننا في هذه الحالة نواجه تنازعاً ايجابياً حقيقياً بين هذه القواعد، لا يجد معه مناص من تفضيل احداها على حساب باقي القواعد الاخرى المتنازعة.

فإلى اي معيار يمكن ان يستند القاضي في اجرائه لهذه المفاضلة؟

في هذا الشأن نلاحظ، انه اذا كان احد هذه القوانين المتنازعة هو قانون دولة القاضي، فإن شراح القانون الدولي الخاص يعطون الاولوية لهذا القانون الاخير[2]. وهذا هو الحل الذي اعتنقه جانب من الفقه الاحادي عند وجود أكثر من قاعدة قانونية تريد الانطباق، فيما لو كانت احداها تنتمي لقانون القاضي[3].

الا اننا نرى ان الأولوية المعطاة لقواعد البوليس الوطنية، لا يمكن القبول بها، خاصة في الاحوال التي تقرر فيها قواعد البوليس الاجنبية حمايةً افضل لاطراف العقد، بالمقارنة مع الحماية التي يقررها النظام القانوني لدولة القاضي. فالتنازع بين قواعد البوليس يجب ان يفض على اساس عادل. فلماذا نقرر الاولوية لقواعد البوليس الوطنية لمجرد انها تنتمي للنظام القانوني لدولة القاضي؟ ولماذا لا يحل التنازع بنفس الطريقة التي يحل بها عندما يتضح ان قواعد البوليس الواجبة الاعمال تنتمي جميعها لانظمة قانونية مختلفة؟[4]

فكما تتصل الرابطة العقدية بدولة القاضي، فهي تتصل ايضاً بالدول الاجنبية الاخرى التي تم ترجيح قواعد البوليس فيها للتطبيق. فعلى اي اساس اذاً تُعطى الاولوية لقواعد البوليس في قانون القاضي؟

---

[1] محمد، محمد ابراهيم : مرجع سابق. ص101.

[2] انظر في هذا الاتجاه : صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص748. ياقوت، محمود : قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مرجع سابق. ص190. سلامة، احمد عبد الكريم : القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق. ص193.

[3] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص749.

[4] انظر محمد، محمد ابراهيم : مرجع سابق. ص102 وما بعدها.

نحن نرى ان اعطاء الاولوية لقواعد البوليس في قانون القاضي لا يمكن القبول به الا في احدى الحالات الآتية :

- اذا كانت قاعدة البوليس في قانون القاضي متعلقة بالنظام العام.
- اذا كان من المتوقع تنفيذ الحكم الصادر عن القاضي في دولة هذا الأخير. ونشير في هذا الصدد، الى انه غالباً ما يكون اختصاص القاضي بالنزاع قائماً على اساس ان حكمه هو الاكثر قابلية للتنفيذ من الحكم الصادر عن قضاء اية دولة اخرى، اي متوقع تنفيذه في الدولة التي سيصدر الحكم عن محاكمها. وهذا هو المقصود بمبدأ قوة النفاذ في الاختصاص القضائي الدولي، والذي يقوم بدوره على فكرة الفعالية[1].
- اذا كانت قاعدة البوليس في قانون القاضي ذات تحديد تلقائي، تبرره اما المصالح الجماعية المحضة التي تقوم عليها والتي دعت الى التضحية بالمصالح الفردية، واما ارتباط مضمونها بظروف لا تتحقق الا في شأن المراكز المتصلة بالدولة التي اصدرت هذه القواعد. ذلك ان هناك قواعد بوليس غير ذاتية التحديد، مثل قواعد البوليس التي تهدف الى حماية المصالح الخاصة التي لا ترتبط بطبيعتها بوسط اجتماعي او اقتصادي معين. ومثال ذلك القواعد الخاصة بحماية المستهلك. فاعطاء الاولوية لمثل هذه القواعد عند تنازعها مع قواعد البوليس الاجنبية، لا يبرره اي منطق سليم.

ومن امثلة قواعد البوليس ذات التحديد التلقائي، ان يتصدى المشرع لمحاربة التضخم في مجاله الاقتصادي من خلال بعض القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري التي اصدرها لهذا الهدف. او ان يتدخل المشرع لتحديد ايجار العقارات في بعض المدن وحظر اخراج المستأجر منها رعاية لازمة المساكن. فمثل هذه القواعد تعتبر ذات تحديد تلقائي، ويتعين اعمالها بمجرد ان يدخل المركز القانوني محل النزاع في نطاق سريانها الذي تقتضيه اهدافها.

اما خارج اطار هذه الحالات، فاننا نرى ان يتم حل التنازع بين قواعد البوليس الوطنية والاخرى الاجنبية، بنفس الطريقة التي يتم بها حل التنازع فيما لو اتضح أن قواعد البوليس المتنازعة جميعها اجنبية.

وفي هذا الصدد، فاننا نجد تبايناً بين مناهج الفقه في التصدي بالحلول لهذه المسألة.

[1] صادق، هشام : تنازع الاختصاص القضائي الدولي. الاسكندرية : دار المطبوعات الجامعية. 2002. ص21.

فقد ذهب جانب من الفقه الى ضرورة العودة في هذا الفرض الى القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد[1]، وهو حل يتنافى مع طبيعة قواعد البوليس والهدف المراد ادراكه من خلال اعمالها[2].

ويذهب جانب حديث من الفقه الاحادي في سبيله لحل هذا التنازع الايجابي، الى الاستناد لمعيار الفعالية الذي يعد في رأيه اساساً للفكر الاحادي الحديث الذي يسعى الى اخضاع الافراد للقانون الذي يتمتع بالفعالية الاقوى في مواجهتهم[3].

وعلى هذا النحو يرى هذا الفقه تطبيق قاعدة البوليس التي تكون اكثر ارتباطاً بالمتعاقدين من حيث الواقع، والتي يصعب عليهم استبعادها او الافلات من احكامها. وغالباً ما يؤدي معيار الفعالية على هذا النحو الى ترجيح تطبيق قاعدة البوليس التي تنتمي للدولة التي يتوقع القاضي تنفيذ حكمه فيها، والتي سترفض تنفيذ الحكم فيما لو صدر بالمخالفة لقاعدة من قواعدها الآمرة ذات التطبيق الضروري[4].

على ان الغالب – وكما اشرنا سابقاً – ان يكون اختصاص القاضي بالنزاع قائماً على ان حكمه هو الاكثر قابلية للتنفيذ من الحكم الصادر عن قضاء اية دولة اخرى، اي متوقع تنفيذ هذا الحكم في دولة القاضي. وما دام الامر كذلك، فلم يعد من المجدي ان يعتنق القاضي معيار الفعالية كأساس للترجيح بين قواعد البوليس المتنازعة، فهو سيقوم باعمال قواعد البوليس المنتمية لقانونه تلقائياً باعتبارها تتمتع بالفعالية الاقوى في مواجهتهم.

ومن ناحية اخرى، وعلى فرض ان الحكم الصادر لن يتم تنفيذه في دولة القاضي، فان اعطاء الاولوية لقواعد البوليس المنتمية الى الدولة التي يُرجح تنفيذ الحكم فيها، يتضمن مصادرة على المطلوب في بعض الحالات. ذلك ان تحديد هذه الدولة يتوقف على معرفة الطرف الذي سيصدر الحكم في مواجهته (المحكوم ضده). ومعرفة هذا الاخير قد تتوقف على معرفة قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري التي يتعين اعمالها، والتي قد يؤثر هذا الاعمال على تحديد الطرف الذي سيحكم لصالحه والطرف الذي سيصدر الحكم في مواجهته، والذي

[1] رأي الاستاذ لوسوران، مشار اليه لدى محمد، محمد ابراهيم : مرجع سابق. ص 101.

[2] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص749.

[3] ياقوت، محمود : قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مرجع سابق. ص193.

[4] محمد، محمد ابراهيم : مرجع سابق. ص 110.

سينفذ الحكم غالباً في الدولة التي يتوطن فيها او الدولة التي توجد له فيها اموال يمكن التنفيذ عليها استيفاءً لحقوق من سيصدر الحكم لصالحه[1].

كما ان الاستناد الى معيار الفعالية لحل التنازع بين قواعد البوليس، وان كان يكفل الى حد ما تحقيق الامان القانوني للمتعاقدين، الا ان ادراكه لهذا الهدف قد لا يتحقق على الوجه المطلوب، وذلك لاضطرار القاضي الى البحث عن القانون الاكثر فاعلية من خلال الظروف الملابسة في كل حالة على حدة، وهو امر تبدو مخاطره بصفة خاصة فيما لو تم الاستناد الى المذهب الاحادي كأساس عام لحلول تنازع القوانين، لا سيما وقد عجز هذا المذهب عن تحديد منضبط لفكرة الفعالية[2].

ولعل ذلك ما دفع جانباً آخر من الفقه – وهو ما نؤيده – الى تفضيل حل التنازع بين قواعد البوليس، في ضوء معيار مستمد من العناصر التي تسمح للقاضي بأن يتخذ قراره في شأن تطبيق هذه القواعد حتى لو لم يكن هناك تنازع بينها[3].

نخلص من ذلك الى انه يتعين على القاضي عند اجرائه للمفاضلة بين قواعد البوليس المتنازعة، ان يعتد بطبيعة كل قاعدة وموضوعها ودرجة ارتباطها بالمنازعة والنتائج المترتبة على تطبيقها او عدم تطبيقها ومشروعيتها، حتى يستطيع في ضوء هذه العناصر اتخاذ قراره في شأن اختيار قاعدة البوليس الواجبة التطبيق[4].

الفرع الثاني : التنازع السلبي للقواعد ذات التطبيق الضروري

اذا كانت المسألة المطروحة على القاضي لا تدخل في اطار سريان قاعدة من قواعد البوليس، اي لا توجد قاعدة من هذه القواعد تريد الانطباق في شأنها، فاننا نكون بصدد ما يسمى بالتنازع السلبي لقواعد البوليس.

ولا ينطوي هذا الفرض على صعوبة خاصة، اذ يمكن للقاضي عند عدم وجود قاعدة من قواعد البوليس تريد الانطباق على المسألة العقدية المطروحة، ان يرجع في شأنها الى القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد، وهو قانون الارادة او القانون الاوثق صلة بالرابطة العقدية عند سكوت الارادة عن هذا اختيار قانون العقد.

---

[1] الجمال، مصطفى و عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص 342.

[2] ياقوت، محمود : قانون الاردة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مرجع سابق. ص193-194.

[3] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص750.

[4] عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص191.

والوضع يختلف لدى فقه المدرسة الاحادية، والذين يرفضون حلول التنازع من خلال قواعد الاسناد المزدوجة. ولهذا فقد اضطر هؤلاء الى تلافي الفراغ التشريعي الناجم عن رفض القوانين المختلفة للانطباق على المسألة المطروحة، بالالتجاء الى قانون القاضي باعتباره حلاً احتياطياً، او للقانون الذي يعتقد الاطراف انهم خاضعون لاحكامه وفقاً لفكرة الاستمرارية التي تعد محوراً اساسياً للفقه الاحادي[1].

وقد انتقد البعض بحق هذه الحلول. فاعمال قانون القاضي لمجرد انه لا توجد قاعدة اخرى تريد الانطباق، هو حل غير ملائم في كثير من الفروض، خاصة ان هناك قانون آخر اكثر اتصالاً بالنزاع، وهو في حالتنا القانون الذي تشير قواعد الاسناد باختصاصه[2].

ومن جهة اخرى، فوفقاً لأي معيار سيحدد القاضي القانون الذي اعتقد الاطراف انهم خاضعون لاحكامه، لا شك ان هذا التحديد يتضمن قدراً كبيراً من التحكم، مما يؤدي الى الاخلال بتوقعات الأطراف انفسهم، وهو ما يخالف الهدف الذي يسعى انصار هذا الرأي الى ادراكه[3].

وايا ما كان الامر، فلا محل لكافة الحلول المتقدمة في الانظمة التي تحتفظ لمنهج التنازع التقليدي بمكان الصدارة، ولا تلجأ الى المنهج الاحادي الا في صدد قواعد البوليس، حيث يطبق القاضي عند التنازع السلبي بين القواعد ذات التطبيق الضروري، احكام القانون الذي تشير قواعد الاسناد باختصاصه، وهو في حالتنا قانون العقد.

[1] مشار اليه لدى ياقوت، محمود : قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مرجع سابق. ص187.

[2] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص746.

[3] المرجع السابق. ص746.

الفصل الثالث

القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي أمام قضاء التحكيم

يتناول هذا الفصل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، سواء من حيث الموضوع أو الشكل، وذلك امام قضاء التحكيم الدولي، في ضوء نصوص قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000. وفي اطار تحديدنا للقانون الواجب التطبيق، فاننا سنعرض ايضاً مدى امكانية تطبيق قانون التجار، وكذلك مدى إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري امام قضاء التحكيم الدولي.

وقد تم تقسيم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث على النحو التالي :

المبحث الأول : القانون الواجب التطبيق عند اعمال قواعد التنازع في قانون التحكيم

المبحث الثاني : امكانية تطبيق قانون التجار امام قضاء التحكيم

المبحث الثالث : إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري امام قضاء التحكيم

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق عند اعمال قواعد التنازع في قانون التحكيم

يتناول هذا المبحث تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، في ضوء قواعد الاسناد ذات العلاقة في قانون التحكيم الفلسطيني. ونشير في هذا الصدد الى ان قانون التحكيم الفلسطيني يتضمن قاعدة اسناد تشير الى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح امام قضاء التحكيم الدولي، وتتمثل هذه القاعدة بالمادة (19) من قانون التحكيم. ولكن لا يتضمن القانون المذكور قاعدة اسناد تشير الى القانون الواجب التطبيق على شكل التصرف، مما يعني انه يجب على المحكم الاجتهاد في هذه الحالة وتطبيق قاعدة الاسناد المناسبة، خاصة وانه لا يوجد في فلسطين حتى الآن اي نص يتضمن هكذا قاعدة.

وبناءً على ما تقدم، فقد تم تقسيم هذا المبحث الى المطلبين التاليين :

المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد

المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على شكل العقد

المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد

تنص المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني على انه : "1- يجوز للاطراف في التحكيم الدولي الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فان لم يتفقوا تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني. 2- اذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين ولم يتفق الاطراف على القانون الواجب التطبيق، فتطبق القواعد الموضوعية التي تشير اليها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني، مع عدم تطبيق قواعد الاحالة الا اذا ادت الى تطبيق احكام القانون الفلسطيني، وفي جميع الاحوال تراعي هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين اطراف النزاع".

بدايةً وقبل الخوض في تحليل هذا النص لبيان القانون الذي يحكم موضوع النزاع المتعلق بعقود التجارة الدولية امام قضاء التحكيم الدولي، فانه يجدر بنا الاشارة الى ما يعتري هذا النص من خلل واضح للعيان، يجعل القارئ وللوهلة الأولى غير قادر على التفريق بين شقي هذه

المادة. فالفقرة الأولى منها تنص على انه : "يجوز للاطراف في التحكيم الدولي....." ، والفقرة الثانية تنص على انه : "اذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين.....".

وقراءة هذين الشقين، تجعل المنطق السليم يقتضي استبعاد احدهما من المادة، واقتصارها على شق واحد. ونعتقد ان نص المادة (19) بهيئته هذه، يحتمل قرائتين، كلتاهما لا تصح، الأولى : انه اذا كان الشق الثاني من المادة (19) قد تضمن حالة (كون التحكيم دولياً ويجري في فلسطين) ، فمن الممكن ان نتوقع ان المشرع قد قصد في الشق الاول (حالة التحكيم الدولي الذي يجري في الخارج)، وهو ما يشكل صدمة لكل قارئ للنص عالم بأبجديات التحكيم الدولي. فاذا كان المحكم الدولي غير ملزم بالتقيد بقواعد الاسناد في الدولة التي يُنظر فيها النزاع[1]، فما بال المحكم الدولي خارج هذه الدولة؟ وما علاقة قانون التحكيم الفلسطيني بأي تحكيم دولي يجري خارج فلسطين؟ بل والادهى من ذلك ان ينص هذا الشق على تطبيق القانون الفلسطيني على موضوع النزاع المطروح امام التحكيم الدولي الذي يجري خارج فلسطين. واذا كان ظاهر النص – بما يتضمنه من خلل في الصياغة – قد يوحي بالتفسير الذي اوردناه، الا انه قد يكون تفسيراً بعيداً عن ارض الواقع، لعدم تصور ان يقع المشرع بهذا الخطأ الفادح. ونعتقد من جانبنا ان القراءة الأخرى لظاهر نص المادة (19) هي الأكثر ترجيحاً لتفسير قصد المشرع : وتقوم هذه القراءة على ان ما ورد في الفقرتين (1 و 2) يعالج التحكيم التجاري الدولي الذي يجري في فلسطين. وان المقصود من الفقرة الأولى هو :

- للأطراف الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع؛
- وإلا يطبق القانون الفلسطيني، اي قواعد الاسناد فيه.

والمقصود من الفقرة الثانية :

- تكرار حكم الفقرة الاولى بطريقة او بأخرى.
- رفض الإحالة الا اذا كانت من الدرجة الأولى.
- ضرورة ان تراعي هيئة التحكيم الاعراف المطبقة على العلاقة بين اطراف النزاع.

[1] فقد مضت الاشارة الى ان المحكم ليس له نظام اسناد معين او قانون لتحديد الاختصاص التشريعي، يستمد منه قواعد تنازع القوانين. راجع المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الاول تحت عنوان "تزايد دور التحكيم في عقود التجارة الدولية".

وهذه القراءة الاخيرة منتقدة ايضاً، لما في النص على ضوئها، من غموض وتكرار وعدم دقة في الصياغة. فقد كان يمكن الدمج بين حكم الفقرتين (1 و 2) معاً فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، امام التحكيم التجاري الدولي الذي يجري في فلسطين.

وسواء سلك القارئ الطريق الأولى ام الطريق الثانية في تفسير المادة (19)، فان النتيجة التي نصل اليها في الحالتين هي : ان المبدأ في التحكيم الدولي هو حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فاذا تخلف هذا الاختيار، تطبق هيئة التحكيم القواعد الموضوعية التي تشير اليها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني، مع الاخذ بالاحالة من الدرجة الاولى فقط. اي ان المحكم لا يأخذ بقواعد الاسناد في النظام القانوني المعين، الا اذا اشارت بتطبيق القانون الفلسطيني. وفي جميع الاحوال يجب على هيئة التحكيم ان تراعي الاعراف المطبقة على العلاقة بين اطراف النزاع[1].

وقد تم تقسيم هذا المطلب الى الفرعين التاليين :

الفرع الأول : تطبيق قانون الإرادة

الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق عند تخلف الإرادة عن اختيار قانون العقد

الفرع الأول : تطبيق قانون الإرادة

ان الإعتداد بإرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد، هو مبدأ مستقر في القانون الدولي الخاص المعاصر، سواء طرح النزاح امام القضاء الداخلي ام امام قضاء التحكيم التجاري الدولي، وذلك اعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقاً للأمان القانوني الذي ينشده الأطراف في تعاملاتهم الدولية. وقد ايدت الأعمال التشريعية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي – بما فيها قانون التحكيم الفلسطيني – هذا النظر. ومن ذلك ما جاء في المادة (1496) من تقنين المرافعات الفرنسي لعام 1981[2] وما جاء في المادة (1/39) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994[3]، وما جاء في المادة (1/7) من الاتفاقية الاوروبية للتحكيم التجاري الدولي

[1] سوف نعالج التزام هيئة التحكيم بمراعاة الاعراف المطبقة على العلاقة بين اطراف النزاع في المبحث الثاني من هذا الفصل تحت عنوان "امكانية تطبيق قانون التجار امام قضاء التحكيم".

[2] حيث جاء فيها "يحسم المحكم النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي اختارتها الاطراف....." ، نقلاً عن عرب، سلامة فارس. مرجع سابق، ص373.

[3] جيث جاء فيها : "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان.....".

المعقودة في جنيف عام 1961[1] ، وما جاء في المادة (1/42) من اتفاقية واشنطن لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الاخرى لعام 1965[2] ، وما جاء في المادة (1/21) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام 2012[3]، وما جاء في المادة (1/28) من قانون التحكيم النموذجي لعام 1985[4].

ان تناول موضوع قانون الإرادة أمام قضاء التحكيم الدولي، يقتضي التطرق لعدد من المسائل الجوهرية المرتبطة بهذا الموضوع والتي سنتناولها تباعاً فيما يلي :

أولاً : الاختيار الصريح لقانون العقد

ان تعيين القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف، قد يكون صريحاً وذلك بذكره في اتفاق التحكيم، سواء اكان ذلك شرط تحكيم، او مشارطة تحكيم[5]، كما وقد يقع اثناء السير في اجراءات التحكيم[6]. ومن امثلة الحالة الأخيرة، ما صدر عن محكمة تحكيم خاصة في باريس بتاريخ 1997/4/21[7]، حيث دخلت منظمة التجارة الروسية في عقد قرض مع شركة امريكية، ولم يتضمن العقد بنداً بخصوص القانون الواجب التطبيق، ولكن عندما نشأ النزاع وبدأت اجراءات التحكيم، اتفق الاطراف امام هيئة التحكيم على تطبيق القانون الروسي، وتكملته اذا لزم الامر بواسطة مبادئ اليونيديروا. وبالفعل قامت هيئة التحكيم بتطبيق القانون الروسي،

---

[1] حيث جاء فيها : "ان الفرقاء أحرار في تحديد القانون الذي يقتضي على المحكمين تطبيقه بصدد اساس النزاع.....".

"The parties are free to determine the law which requires judges to apply on the basis of the dispute…".

[2] حيث جاء فيها : "يجب على هيئة التحكيم ان تفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الاطراف.....".

"The tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties…….".

[3] حيث جاء فيها : "يكون للاطراف حرية اختيار القواعد القانونية التي يجب على هيئة التحكيم تطبيقها على موضوع النزاع.....".

=

="The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute…..".

[4] حيث جاء فيها : "يجب على هيئة التحكيم ان تفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف لتطبق على موضوع النزاع.....".

"The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the disbute……".

[5] سامي، فوزي : مرجع سابق. ص180.

[6] دواس، امين. ((نطاق تطبيق مبادئ اليونيديروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية)). مرجع سابق. ص408.

[7] نقلاً عن موقع انترنت www.unilex.info تاريخ الدخول 2012/4/2 ساعة الدخول 8 مساءً.

وحكمت بعدم احقية المدعي في الاحتجاج ببطلان العقد، واستندت في ذلك الى المواد (82،78) من القانون المدني الروسي لعام 1964. كما اضافت الهيئة ان طلب المدعي مراراً وتكراراً من المدعي عليه، اداء التزاماته العقدية، يمنعه بعد ذلك من الاحتجاج ببطلان العقد. ودعماً لهذا الاستنتاج الاخير، اشارت هيئة التحكيم الى المواد (12.3) و (3.4) من مبادئ اليونيديروا.

ثانياً : الاختيار الضمني لقانون العقد

بالرغم من ان نص المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني، لم يقض صراحةً بضرورة تبين الإرادة الضمنية للأطراف، الا ان ذلك يُفهم بناءً على عمومية النص : "اذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين ولم يتفق الاطراف على القانون الواجب التطبيق....."، فالنص جاء مطلقاً وبالتالي فانه يجري على اطلاقه، ذلك ان القواعد العامة تسوي بين الإرادة الصريحة والارادة الضمنية[1]. وهذا التفسير ينطبق ايضاً على جميع قواعد التحكيم التي تناولناها، فرغم ان اياً منها لم يقض صراحةً بضرورة تبين الارادة الضمنية للأطراف، الا ان ذلك يفهم بناءً على عمومية النص[2].

وبناءً على ما تقدم، فانه في حالة انتفاء الارادة الصريحة، يجب ان تتجه هيئة التحكيم الى الكشف عن الارادة الضمنية، والتي تستخلصها من ظروف النزاع وواقع الحال، بشرط ان يكون الوقوف عليها مؤكداً لا يترك مجالاً للشك في وجودها. ذلك ان الاختيار الضمني، متى لم نتطلب فيه قيوداً تكشف عنه، انما يعتمد في نهاية المطاف على تفسير المحكم وسلطانه المطلق، وهو ما قد يُفضي الى نتيجة معكوسة تعصف بهدف قاعدة الاسناد، حيث يؤدي ذلك الى تطبيق قانون يخل بتوقعات الاطراف غير ذلك الذي قصدوا اليه[3].

واذا كان المحكم يتمتع في هذا الصدد بقدر من السلطة التقديرية، الا انها على كل حال، سلطة تقف عند ضرورة استظهار المحكم لمؤشرات موضوعية ومعقولة لهذه الارادة الضمنية،

---

[1] اذ تنص المادة (76) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على انه : ".....يجوز ان يكون التعبير عن الارادة ضمنياً، اذا لم ينص القانون او يتفق الطرفان على ان يكون صريحاً".

[2] راجع المواد : (1/39) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، والمادة (36/أ) من قانون التحكيم الاردني رقم(31) لسنة 2001، والمادة (1496) من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد لعام 1981، والمادة (1/7) من الاتفاقية الاوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف عام 1961، والمادة (1/42) من اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الاخرى لعام 1965، والمادة (1/28) من قانون التحكيم النموذجي لعام 1985، والمادة (1/21) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام 2012.

[3] راجع المطلب الاول من المبحث الثاني من الفصل الاول تحت عنوان "الاختيار الضمني لقانون العقد".

في كل حالة على حدة ووفقاً لظروف الحال، بحيث تصبح ارادة الاطراف هي في الواقع ارادة مفروضة من واقع ظروف الحال، وليست ارادة مقنعة للمحكم نفسه[1].

وبناءً على ما تقدم، فان تجاهل المحكم لواقع المنازعة المطروحة على التحكيم، عند استخلاصه للارادة الضمنية، او عدم ابداء الاسباب التي عول عليها في الكشف عن هذه الارادة، يجعل قرار التحكيم عرضة للطعن، بناءً على نص المادة (5/43) من قانون التحكيم الفلسطيني، والتي اجازت الطعن في قرار التحكيم، اذا خالفت هيئة التحكيم ما اتفق عليه الاطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع.

ومن المؤشرات او الإمارات التي يمكن ان تكشف عن الإرادة الضمنية في اخضاع العقد لقانون ما، ما يلي : قانون مكان الابرام، وقانون مكان تنفيذ العقد[2]. وقد استخلصت هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية في حكمها الصادر في القضية رقم 1717 لسنة 1972[3]، ان القانون الايراني هو الواجب التطبيق على عقد البيع المبرم بين ايراني ويوغسلافي، استنادا الى ان ايران هي مكان تسليم البضاعة (اي مكان تنفيذ العقد)، ومن ثم، فان قانون هذا المكان هو قانون الارادة الضمنية.

كما ان استخدام اصطلاحات مقررة في قانون معين، يدل على اتجاه ارادة المتعاقدين الضمنية نحو تطبيق هذا القانون على العقد في مجموعه[4]. ومن المؤشرات او الإمارات التي تكشف عن الارادة الضمنية ايضاً، اللغة المستخدمة في العقد مثار المنازعة، ومحل اقامة المتعاقدين، والعملة الواجب الدفع بها، والمكان الذي اختاره اطراف المنازعة لإجراء التحكيم[5]. الا ان هذه المؤشرات في الغالب ليس لها وحدها اي صدى تقريباً في قرارات التحكيم، الا اذا اعتمد عليها مع مؤشرات اخرى لتكون دليلاً على اتجاه نية المتعاقدين على اختيار قانون معين ليحكم موضوع النزاع. وقد قضت محكمة السين المدنية في 7 يونيو 1956[6] – وهي تنظر الطعن في قرار تحكيم – بتطبيق القانون الفرنسي استناداً الى عدة قرائن، وهي ان العقد قد تم

[1] رضوان، ابو زيد : مرجع سابق. ص20-21.

[2] عبد المجيد، منير : قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية. مرجع سابق. ص182.

[3] مشار اليه لدى : المرجع السابق. ص182.

[4] صادق، هشام : دروس في تنازع القوانين. مرجع سابق. ص347.

[5] رضوان، ابو زيد : مرجع سابق. 23.

[6] مشار اليه لدى عبد المجيد، منير : قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية. مرجع سابق. ص184.

توقيعه بين فرنسي واجنبي متوطنين في باريس، وكان الوفاء قد تم بالعملة الفرنسية ومن الخزانة العامة الفرنسية، وكان شرط التحكيم ينص على التحكيم في باريس.

كما يمكن ان تستخلص الإرادة الضمنية، من التجاء الاطراف الى مركز تحكيم يعتنق لائحة معينة[1].

ثالثاً : تجزئة القانون المختار

سبق ان تناولنا موضوع تجزئة القانون المختار، وما يعنيه ذلك من حرية المتعاقدين في اختيار اكثر من قانون لحكم عقدهم الدولي[2]. ونكتفي هنا بالقول انه لا يوجد في قانون التحكيم الفلسطيني ما يمنع من الأخذ بهذا النظر، كأن يقوم المتعاقدان بالاتفاق على تطبيق قانون بلد الابرام على شروط انعقاد العقد، وتطبيق قانون بلد التنفيذ على آثار العقد، بشرط ان لا يؤدي هذا الوضع الى الاخلال بالانسجام المتطلب في الاحكام الواجبة التطبيق.

وتسير التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية واللوائح المتعلقة بالتحكيم الدولي في هذا الاتجاه، وان كان ظاهر نصوصها اكثر وضوحاً في تخويل المتعاقدين حق اختيار اكثر من قانون لحكم الرابطة العقدية، اذ تنص في معظمها على ان هيئة التحكيم تطبق على موضوع النزاع "القواعد القانونية التي يتفق عليها الاطراف"[3]، دون تحديد لما اذا كانت هذه القواعد تنتمي لقانون واحد او اكثر. بل انه من المتصور وفقاً لهذا النص ان يتفق الأطراف على قواعد يتم اختيارها من عدة قوانين داخلية، بالاضافة لما قد يتم اختياره من قواعد مستمدة من اتفاقيات دولية او عقود نموذجية جرى عليها العمل في المجال الذي تم التعاقد في اطاره[4].

رابعاً : الوقت الذي يعتد به في اختيار قانون العقد

لقد مضت الاشارة الى ان الاتفاق على اختيار قانون العقد، هو اتفاق مستقل عن العقد الاصلي، ومن ثم فليس هناك ما يجبر المتعاقدين على اتمام الاختيار عند ابرام العقد الأصلي. وبناءً على ذلك، فقد يتم هذا الاختيار استناداً الى اتفاق صريح لاحق على ابرام العقد، او تم

---

[1] المرجع السابق. ص182.

[2] راجع المطلب الأول من المبحث الاول من الفصل الثاني تحت عنوان "تجزئة القانون المختار".

[3] انظر المادة (1/39) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، والمادة (1/42) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الاخرى، والمادة (1/21) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام 2012، والمادة (1/28) من قانون التحكيم النموذجي لعام 1985.

[4] انظر صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص795.

بطريقة ضمنية يمكن استخلاصها من دلائل تكشف عنها. بل ويمكن ان يتم هذا الاختيار اثناء السير في اجراءات التحكيم.

ويترتب على حق المتعاقدين في الاختيار اللاحق لقانون العقد، نتيجة هامة، هي قدرتهم بذلك على تغيير القانون الذي كان مختصاً بحكم الرابطة العقدية عند التعاقد. وليس في نصوص قانون التحكيم الفلسطيني ما يحول دون الأخذ بهذا الحل الذي استقرت عليه التشريعات الحديثة، بشرط حماية الغير حسن النية الذي تعامل مع المتعاقدين على اساس القانون الذي كان مختصاً بحكم علاقتهم العقدية عند ابرام العقد[1].

خامسا : صلة القانون المختار بالعقد

ان الطابع الاتفاقي للتحكيم، وما يقتضيه ذلك من ضرورة سعي المحكم الى احترام توقعات الاطراف، جعل احكام المحكمين تتجه الى منح المتعاقدين حرية واسعة في اختيار قانون العقد، حتى لو ادى ذلك الى تطبيق قانون لا تربطه بالعقد اي علاقة معقولة، وذلك خشية ان يؤدي تصحيح المحكم لهذا الوضع الى مفاجأة الأطراف بما لم يتوقعوه[2].

وفي الحكم الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في القضية رقم 1581 لسنة 1971[3]، انتهت المحكمة الى تطبيق القانون الفرنسي الذي اختارته ارادة المتعاقدين، رغم ما ذكرته المحكمة من ادراكها لكون الرابطة العقدية تتصل بعناصرها الرئيسية بالقانون السويسري. وجاء في الحكم "ان المحكمين وخلافاً للقاضي الوطني، ملتزمون بارادة الاطراف. ولهذا فعلى المحكمين تطبيق القانون الفرنسي المختار رغم اتصال النزاع بعناصره الغالبة بسويسرا. وهذه النتيجة التي انتهت اليها المحكمة تبدو ضرورية للمحكم رغم مخالفتها لمبادئ القانون الدولي الخاص".

سادساً : مبدأ سلطان الإرادة بين الاختيار المادي والإختيار التنازعي

ان الاختيار المادي لقانون العقد يؤدي الى انزال القانون المختار منزلة الشروط العقدية، مما يعني بالنتيجة الخروج عن الأحكام الآمرة في القانون المختار، وبالتالي تحرير العقد من سلطان القانون. ولا يتم هذا الاختيار بناءً على قاعدة من قواعد تنازع القوانين، وانما بناءً على

[1] لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع راجع المطلب الاول من المبحث الاول من الفصل الثاني تحت عنوان "الوقت الذي يعتد به في اختيار قانون العقد".

[2] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص765.

[3] مشار اليه لدى صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص765، هامش (594).

مطلق مبدأ سلطان الارادة. وقد مضت الاشارة الى ان القضاء الداخلي وحتى قضاء التحكيم الدولي يرفضان فكرة العقد الطليق او المتحرر من سلطان القانون.

اما الاختيار التنازعي لقانون العقد، فهو الذي يتم بناءً على قاعدة الاسناد التي تتضمن ضابط الاسناد المتمثل بالارادة. وعلى هذا النحو ينحصر دور الارادة بوصفها مجرد ضابط للاسناد يشير الى القانون الواجب التطبيق في شأن الرابطة العقدية، ومتى ما تم تحديد هذا القانون، وجب الخضوع له دون ان يكون للمتعاقدين الخروج عن احكامه الآمرة.

ورغم ان جميع نصوص التحكيم التي تناولناها تشكل قواعد اسناد بمعنى الكلمة، وتتبنى ضابط الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح امام قضاء التحكيم الدولي، وهو ما يعني في نهاية المطاف خضوع العقد للاحكام الآمرة في القانون المختار. الا ان ما يدعونا الى تناول موضوع (مبدأ سلطان الارادة بين الاختيار المادي والإختيار التنازعي)، هو ان كل النصوص المتناولة والمتعلقة بالتحكيم الدولي – عدا نص المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني – توجب على هيئة التحكيم ان تراعي احكام العقد الى جانب القانون المختار[1]، رغم ان واجب القاضي الوطني او المحكم الدولي في مراعاة احكام وشروط العقد تفرضه قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" ، وهي قاعدة تأخذ بها جميع النظم القانونية، كما تعتبر هذه القاعدة ايضاً جزءاً من قانون التجار الذي يعتبر قانون اختصاص المحكم[2]. ومؤدى هذه القاعدة، تخويل المتعاقدين القدرة على وضع الشروط العقدية التي يلتزمون باحكامها، بما لا يتعارض مع النظام العام او يخالف نصاً آمراً.

وبناءً على ما تقدم، فان التزام المحكم بمراعاة احكام العقد هو التزام بديهي تفرضه المبادئ القانونية العامة، ولكن ان يرد النص على هذا الالتزام بصورة صريحة وضمن قاعدة قانونية تعتبر قاعدة اسناد بمعنى الكلمة، هو امر مثير للحيرة. فهل الزام المحكم باصدار قراره بمقتضى الشروط التعاقدية في جميع الاحوال يعني انه ينبغي عليه ان يحترم هذه الشروط حتى لو كانت باطلة في القانون الذي اختاره الاطراف؟

[1] انظر المادة (3/39) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، والمادة (1/7) من الاتفاقية الاروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف عام 1961، والمادة (2/21) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام 2012، والمادة (4/28) من قانون التحكيم النموذجي لعام 1985.

[2] راجع المطلب الثاني من المبحث الاول من الفصل الاول تحت عنوان "تزايد دور التحكيم في عقود التجارة الدولية".

ان المحكم لا يستطيع من خلال النصوص القانونية المشار اليها، ان يحسم او يسوي مسألة التعارض المحتمل لشرط من شروط العقد مع الاحكام الآمرة في القانون المختار. ومع ذلك نعتقد انه يجوز للاطراف استبعاد النصوص القانونية في القانون المختار، والتي تجعل بعض الشروط العقدية باطلة، بشرط ان يظهروا ارادتهم في هذا الامر بصورة صريحة وواضحة[1]. وعلى سبيل المثال، فان العقد اذا تضمن شرطاً ينص على ما يلي : (في المسائل التي لا يشملها العقد، فان القانون الهولندي هو الواجب التطبيق)، فالمحكم في هذه الحالة يلتزم باعطاء اثر او فاعلية لكل الشروط العقدية حتى لو كانت باطلة بموجب القانون الهولندي[2].

وعلى العكس، فاذا تضمن العقد شرطاً ينص على اخضاع العقد للقانون الفرنسي، فان هذا يعني انه يوجد تسلسل او (تدرج) بين القانون الفرنسي والشروط التعاقدية. ويكون الاطراف قد اختاروا اعطاء ارادتهم الآثار التي خولها لهم القانون الفرنسي، فالشرط الذي يعتبر باطلاً طبقاً للقواعد الآمرة في القانون الفرنسي، ينبغي على المحكم استبعاده[3].

ومع ذلك، فاننا نعتقد ان الأمر في الحالة التي يستبعد فيها المتعاقدون الاحكام الآمرة في القانون المختار، لا يعدو سوى ان يكون اختياراً مادياً للقانون، بحيث تندمج احكامه في العقد وتصبح بمثابة الشروط العقدية، مما يعني انه يجب على المحكم في هذه الحالة ان يتصدى الى اخضاع الرابطة العقدية للقانون الواجب التطبيق في شأنها عند تخلف الارادة عن الاختيار[4]. وعند قيام المحكم بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، في حالة تخلف الارادة عن الاختيار، فإنه ينبغي على المحكم في هذه الحالة ان يطبق القانون المعين كما هو، ودون ان يقوم باستبعاد هذا النص او ذاك بسبب تعارضه مع شروط العقد، لان القول بغير ذلك يتضمن مخالفةً لقاعدة الاسناد التي يتبعها المحكم والقاضية باخضاع العقد لقانون الارادة، أو للقانون الواجب التطبيق عند تخلف الإرادة عن الاختيار.

وبناءً على ما تقدم، فانه لم يكن هناك داع لايراد مثل هذا النص القاضي بالزام هيئة التحكيم بمراعاة شروط العقد. لذلك فان نص المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني كان افضل من غيره في هذا الصدد.

---

[1] انظر الرفاعي، اشرف عبد العليم : القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية. الاسكندرية:دار الفكر الجامعي. 2003. ص55.

[2] المرجع السابق. ص56.

[3] المرجع السابق. ص56.

[4] انظر الفرع الثاني من هذا المطلب تحت عنوان "القانون الواجب التطبيق عند تخلف الارادة عن اختيار قانون العقد".

الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق عند تخلف الارادة عن اختيار قانون العقد

يتناول هذا الفرع تحديد القانون الواجب التطبيق عند تخلف الارادة عن اختيار قانون العقد، وذلك وفقاً لقانون التحكيم الفلسطيني، بالاضافة الى مقارنة الحل الوارد في قانون التحكيم الفلسطيني بالحلول المتبعة في وثائق التحكيم الأخرى، وذلك فيما يلي :

أولاً : تحديد القانون الواجب التطبيق عند تخلف الارادة عن اختيار قانون العقد، وفقاً لقانون التحكيم الفلسطيني

عرضت المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني، لحالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وقد اوجبت المادة على هيئة التحكيم في هذه الحالة، تطبيق القواعد الموضوعية التي تشير اليها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني، مع عدم تطبيق قواعد الاسناد الا اذا ادت الى تطبيق احكام القانون الفلسطيني (اي انها اخذت بالاحالة من الدرجة الاولى).

بدايةً نشير الى ان نص المادة (19) بهذا الخصوص، هو موضع انتقاد، لان الزام هيئة التحكيم بالرجوع الى قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني، يتضمن ربط التحكيم الدولي بنظام جامد للاسناد، وهو ما يخالف واقع التحكيم الدولي. فقد اشرنا في اكثر من موضع، الى ان المحكم ليس له نظام اسناد معين او قانون لتحديد الاختصاص التشريعي يستمد منه قواعد تنازع القوانين، وهو الأمر الذي ايدته وثائق التحكيم الأخرى على نحو ما سنرى.

وبالرغم من أن المادة (19) تحيل المحكم الى قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني، الا انه لا توجد في فلسطين قواعد تنازع سارية المفعول، بخصوص عقود التجارة الدولية. مما يعني انه ينبغي على المحكم الاجتهاد وخلق قاعدة الاسناد المناسبة في هذا الخصوص. وافضل ما يمكن ان يقوم به المحكم في هذه الحالة، هو اعتماد ما استقر في التشريعات الحديثة من اسناد العقد – عند غياب قانون الارادة – للقانون الاكثر اتصالاً به[1]. وقد كان لنا في موضع سابق، اقتراح بتعديل نص المادة (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، ودون ان نربط القانون المسند اليه عند غياب الاختيار بدولة معينة[2]، وهو ما يتيح للمحكم في هذه الحالة تطبيق

[1] راجع المطلب الاول من المبحث الثاني من الفصل الاول تحت عنوان "الاسناد المرن للرابطة العقدية".

[2] وكان النص المقترح هو : "يخضع العقد للقواعد القانونية التي يختارها الأطراف. وفي غياب هذا الاختيار يخضع العقد لقانون الدولة التي يوجد فيها للشخص الطبيعي المدين بالاداء المميز في العقد، محل الاقامة المعتادة أو مركز العمل الرئيسي اذا كان العقد قد

قانون التجار، على اعتبار ان العقد التجاري الدولي ينتمي الى مجتمع التجارة الدولية، وصلته بهذا المجتمع اوثق من سواها من الصلات، كما انه اكثر القوانين ملائمة لحكم علاقات التجارة الدولية.

ثانياً : المقارنة بين قانون التحكيم الفلسطيني ووثائق التحكيم الأخرى

يبدو ان نص المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني تسير في هذا الصدد (ربطها للتحكيم، بنظام جامد للاسناد)، على نهج المادة (1/42) من اتفاقية واشنطن لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الاخرى لعام 1965 والتي نصت على انه : "يجب على هيئة التحكيم ان تفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الاطراف. وفي حالة غياب الاختيار، يجب على هيئة التحكيم ان تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع (بما في ذلك قواعد تنازع القوانين) وكذلك قواعد القانون الدولي التي قد تكون واجبة التطبيق"[1].

ويتضح من النص الأخير ان المادة الزمت هيئة التحكيم في حالة غياب اختيار القانون من قبل الاطراف، بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بما في ذلك ما يشتمل عليه من قواعد تنازع القوانين، حتى ينتفي عن هذا القانون شبهة الجمود. فإذا ما وجد ان قانوناً آخر هو القانون الذي تشير اليه قواعد الاسناد، فان هذا القانون يصبح هو القانون الواجب التطبيق، وان كان ذلك امراً نادر الحدوث[2]. ومن ثم فإن القواعد الموضوعية في القانون الوطني للدولة المتعاقدة ستكون هي الواجبة التطبيق في معظم الاحوال.

ابرم في نطاق نشاط مهني او تجاري. وفي حالة الشخص المعنوي يخضع العقد لقانون الدولة التي يوجد فيها مركز الادارة الرئيسي، ما لم يتبين من الظروف ان العقد على صلة اوثق بقواعد قانونية أخرى، فتطبق عندئذ هذه القواعد".

[1] Article (42/1) of Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States 1965 says : "The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable".

[2] لأن قواعد تنازع القوانين في الغالب ستشير الى تطبيق قانون مكان الابرام او التنفيذ، وبديهي انه في حالة ابرام عقود التنمية الاقتصادية التي ينتج عنها نشاط للمستثمر في الدولة المضيفة، سيؤدي كلا التفسيرين لصالح قانون الدولة المضيفة، حيث يغلب ان يبرم العقد فضلاً عن تنفيذ ما يرتبه من التزامات في اقليم تلك الاخيرة.

ولكن نص المادة (1/42) من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، له ما يبرره في نظر الفقه – بخلاف ما هو عليه الحال بالنسبة للمادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني – ذلك ان تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار سيكون اكثر القوانين ملائمة في تسوية النزاع بينها وبين المستثمر الاجنبي الناشئ عن عقد من عقود التنمية الاقتصادية، وذلك بناءً على سببين :

الأول : انه القانون الاكثر صلة بالعلاقة التعاقدية، كون الاستثمار وما ينتج عنه، يتواجدان تواجداً مادياً على اقليم الدولة المضيفة. فضلاً عن دخوله وارتباطه بوسائل النمو الاقتصادي في هذه الدولة[1].

الثاني : الموافقة المفترضة للمستثمر على الخضوع لهذا القانون. ذلك انه من المنطقي ان يكيف المستثمر الاجنبي نفسه مع قوانين الدولة التي يرغب في الدخول معها في علاقة تعاقدية. اذ ان له حرية كاملة في قبول التعاقد، فإذا ما اقدم على ذلك فإنه يرضى في ذات الوقت بقبول الخضوع للقوانين الوطنية في هذه الدولة وقت ابرام العقد[2].

وإذ ان معظم النظم القانونية الوطنية لا تخلو من قصور في القواعد اللازمة لتنظيم موضوعات عقود الدولة للتنمية، وكانت الاتفاقية قد حظرت على المحكمين انكار العدالة[3]، فقد اضافت المادة (1/42) قواعد القانون الدولي (المقصود بذلك قواعد القانون الدولي العام) المناسبة للتطبيق لترجع المحكمة اليها بعد البحث في قانون الدولة الطرف في النزاع، لتكمل منها ما قد يوجد في الأخير من اوجه نقص او قصور[4].

---

[1] محمد، صلاح الدين جمال الدين : نظرات في القانون الواجب التطبيق وفقاً للمادة (1/42) من اتفاقية مركز تسوية منازعات الاستثمار. القاهرة : دار النهضة العربية. 1995-1996. ص51 وما بعدها.

[2] المرجع السابق. ص53-54.

[3] حيث نصت المادة (2/42) منها على انه : "لا يجوز لهيئة التحكيم ان تحكم بعدم اختصاصها على اساس سكوت او غموض القانون"

"The Tribunal may not bring in a finding of *non liquet* on the ground of silence or obscurity of the law".

[4] انظر : محمد، صلاح الدين جمال الدين : مرجع سابق. ص48.

وقد حدد تقرير مجلس المحافظين بشأن اتفاقية انشاء المركز، ان مفهوم القانون الدولي يجب ان يفسر بالمعنى الوارد في نص المادة (1/38) من ميثاق انشاء محكمة العدل الدولية. وهو ما يقتضي ان يؤخذ في الاعتبار ان هذه المادة قد وضعت لتطبق بشأن العلاقات بين الدول باعتبارها اشخاص القانون الدولي. وتنص المادة (1/38) على ان للمحكمة تطبيق القانون الدولي لتسوية النزاع ويتضمن ذلك تطبيق :

أ- المعاهدات الدولية.

ب- العرف الدولي.

وبعيداً عن المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني، وكذلك المادة (1/42) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار، فقد ايدت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية واللوائح المتعلقة بالتحكيم الدولي انعدام وجود نظام جامد للاسناد في ميدان التحكيم الدولي، فعلى سبيل المثال تنص المادة (1/7) من الاتفاقية الاوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف عام 1961 على انه : "..... وفي حال اغفال الاشارة من قبل الفرقاء الى القانون الذي يقتضي تطبيقه، يعمد المحكمون الى تطبيق القانون المحدد بموجب قاعدة الاسناد التي يرون انها مناسبة في هذا الصدد....."[1]. فهذا النص لم يحدد الدولة او النظام القانوني الذي يتعين الالتجاء الى قواعد الاسناد فيه، وهنا تبدو مرونة النص. ولذلك تتمتع هيئات التحكيم بحرية واسعة في شأن تعيين قاعدة الاسناد التي تحكم موضوع النزاع، ذلك ان نظم الاسناد المختلفة لا تؤدي الى نفس القانون[2].

وقد اتجهت بعض احكام التحكيم في هذا الخصوص، الى فكرة التطبيق الجامع للمبادئ المشتركة لقواعد التنازع التي تهم النزاع، او تكون على صلة به، او ينتمي اليها طرف او آخر، وعن طريقها يتم استخلاص القانون الاكثر ملائمة لحل النزاع. ومن ذلك الحكم الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في القضية رقم 5118 لعام 1986، وكان النزاع يتعلق بعقد بيع دولي، رأت المحكمة ان التطبيق الجامع ينحصر في معاهدة لاهاي لعام 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للبضائع، وقواعد تنازع القانون التونسي والقانون الايطالي، وخلصت المحكمة الى تطبيق القانون التونسي[3].

كما ان هناك نصوصاً للتحكيم خولت المحكم صلاحية تطبيق القانون الاكثر اتصالاً أو ارتباطاً بالنزاع، وذلك عندما لا يكون الاطراف قد اختاروا القانون الواجب التطبيق. فالمادة (2/39) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 مثلاً تنص على ما يلي : "اذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه الاكثر اتصالاً بالنزاع"[4]. وفي مثل هذه الحالة،

ج- المبادئ العامة للقانون المعترف بها من الامم المتمدينة.

د- القواعد التي تضمنتها احكام المحاكم وآراء الفقهاء باعتبارها مصادر احتياطية لتحديد قواعد هذا القانون.

انظر : محمد، صلاح الدين جمال الدين : مرجع سابق. ص89-90.

[1] تقابلها المادة (2/28) من قانون التحكيم النموذجي لعام 1985.

[2] عبد المجيد، منير : قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية. مرجع سابق. ص197.

[3] مشار اليه لدى : المرجع السابق. ص200، هامش (3).

[4] تقابلها المادة (36/ب) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001.

فان اختيار هيئة التحكيم يكون مناطه مركز الثقل في العلاقة محل النزاع. فمركز الثقل في العلاقة هو الذي يحدد اكثر القوانين المتنازعة اتصالاً بهذا المحل. وقد تلجأ هيئة التحكيم في سبيل تحديد هذا القانون الى اجراء تركيز موضوعي للعلاقة محل النزاع، وفقاً لاحد المعايير المقترحة للتركيز، كمكان انعقاد العقد، او محل تنفيذه. والغالب ان تكون فكرة الاداء المميز، التي سبق بيانها، هي انسب الفكر لتحديد القانون الاكثر اتصالاً بالعلاقة محل النزاع[1].

على ان حرية هيئة التحكيم في تقصي القانون الاكثر اتصالاً بالنزاع تخول لها اعتماد غير ذلك من المناهج، كأن ترى مثلاً اعتماد القانون الذي كان النزاع ليخضع له فيما لو تخلف اتفاق التحكيم وعرض الامر على القضاء، او ترى اعتماد قانون جنسية الطرفين او قانون موطنهما المشترك، او حتى قانون موطن احدهما، أو قانون البلد الذي يكون فيه تنفيذ حكم التحكيم اكثر احتمالاً[2]. ونرى ايضاً، انه بامكان هيئة التحكيم ان تطبق قانون التجار، على اعتبار ان العقد التجاري الدولي ينتمي الى مجتمع التجارة الدولية، وصلته بهذا المجتمع اوثق من سواها من الصلات، كما انه اكثر القوانين ملاءمة لحكم علاقات التجارة الدولية.

واضافة الى ما تقدم، فقد تضمنت بعض نصوص التحكيم مرونة اكبر، عندما نصت صراحةً على صلاحية المحكم في تطبيق القواعد القانونية التي يراها ملائمة، وذلك عندما لا يكون الاطراف قد اختاروا القانون الواجب التطبيق. فالمادة (1/21) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام 2012 مثلاً تنص على ما يلي : "يكون للاطراف حرية اختيار القواعد القانونية التي يجب على هيئة التحكيم تطبيقها على موضوع النزاع، وفي غياب مثل هذا الاتفاق تطبق هيئة التحكيم القواعد القانونية التي تعتبرها ملائمة"[3].

ولا شك ان مثل هذا الاتجاه، يفتح الباب واسعاً امام المحكم لتطبيق قانون التجار، باعتباره اكثر ملائمة من القوانين الداخلية لحكم معاملات التجارة الدولية.

وعند قيام المحكم بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حالة عدم تعيينه من قبل الاطراف، فانه ينبغي على المحكم في هذه الحالة ان يطبق القانون المعين كما هو، وليس له ان يقرر استبعاد هذا النص او ذاك بسبب تعارضه مع شروط العقد، لأن في ذلك مخالفة لقاعدة الاسناد التي يتبعها المحكم والتي تقضي باخضاع العقد للقانون (سواء قانون

[1] الجمال، مصطفى و عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص276.

[2] المرجع السابق. ص276-277.

[3] تقابلها المادة (1496) من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد لعام 1981.

الارادة او القانون الواجب التطبيق في حالة تخلف الارادة عن الاختيار).ولكن كون المحكم يسعى دائماً الى مراعاة توقعات الاطراف، لانه يستمد سلطته القضائية من ارادتهم، فان هذا الامر يوجب على المحكم قبل تحديد القانون الواجب التطبيق، ان يقوم باستخلاص النتائج المترتبة عن عدم التطابق الموجود بين نصوص العقد ومضمون القانون المحتمل تطبيقه، وعدم التطابق هذا يكون قرينة سلبية على ان الاطراف لا يريدون وضع علاقتهم التعاقدية داخل نظام قانوني ليس مستعداً لاستقبال هذه العلاقة كما تصوروها[1]. وتبقى امكانية مراعاة توقعات الاطراف في هذه الحالة، متوقفة على مدى مرونة النصوص التي يتبعها المحكم. فالمادة (1/21) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام 2012، والمادة (1496) من تقنين المرافعات الفرنسي الجديد على سبيل المثال، واللتين تقضيان بتطبيق القواعد القانونية الاكثر ملائمة لحكم النزاع، عند عدم اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الاطراف، هما اكثر مرونة من غيرهما من النصوص، وتمنحان المحكم فرصة كبيرة لمراعاة توقعات الاطراف عند تحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة.

المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على شكل العقد

لم تعرض التشريعات الوطنية – بما فيها قانون التحكيم الفلسطيني – والاتفاقيات الدولية، واللوائح المتعلقة بالتحكيم الدولي لموضوع القانون الواجب التطبيق على شكل العقود. ونشير في هذا الصدد الى ان جانباً من الفقه[2] يذهب الى اعطاء مفهوم واسع لحرية الاطراف في اختيار القانون الذي يطبق على موضوع النزاع امام قضاء التحكيم الدولي، بحيث يشمل هذا المفهوم كلاً من القواعد الموضوعية وقواعد الاسناد في القانون المختار، على نحو يكون معه اعمال قواعد الاسناد في القانون المختار مستنداً الى ارادة الطرفين ذاتها. ويكون اعمال قواعد الاسناد في القانون المختار، في شأن ما يخرج عن سلطان قانون الارادة من مسائل، مثل مسألة الاهلية، ومسألة الشكل اللازم افراغ العقد فيه، وغيرها من المسائل التي تخرج بطبيعتها عن نطاق قانون الارادة[3].

[1] الرفاعي، اشرف عبد العليم : مرجع سابق. ص58.

[2] رأي Fouchard، مشار اليه لدى الجمال، مصطفى و عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص252.

[3] سامي، فوزي : مرجع سابق. ص181-182.

ولا يسلم الرأي السابق من الانتقاد، خصوصاً ان نصوص التحكيم التي يتبعها المحكم قد تمنع صراحةً اللجوء الى قواعد الاسناد في القانون المختار، ومثال ذلك المادة (36/أ) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001 والتي تنص على انه : "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي اتفق عليها الطرفان، واذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين". اما المادة (1/39) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 فقد نصت على انه : "تطبق هيئة التحكيم على ***موضوع*** النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، واذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك". واذا كان هذا النص الاخير قد خول لارادة المتعاقدين اختيار قواعد تنازع القوانين في القانون المختار، الا انه ينبغي ان يفهم ان هذا الاختيار لقواعد التنازع محصور فقط في مجال موضوع النزاع، ولا يجوز ان يُفهم ان اختيار قواعد التنازع في هذه الحالة، يقصد به اعمالها في شأن المسائل التي تخرج عن نطاق قانون الارادة.

بالاضافة الى ان هذا الرأي يحمل ارادة الطرفين اكثر مما يجب، ذلك ان الطرفين عندما يختاران قانون بلد معين لتطبيقه على موضوع النزاع امام قضاء التحكيم، لا يعني ذلك انصراف ارادتهما ايضاً الى تطبيق قواعد تنازع القوانين لذلك البلد. يضاف الى ذلك ان الاطراف قد لا تختار قانوناً معيناً وانما ينصب اختيارها على تطبيق قواعد من قوانين متفرقة، او قد تختار قانون التجار.

ولا يبقى امام المحكم في هذه الحالة الا الاجتهاد وخلق قاعدة الاسناد المناسبة، ولا بد ان يكون اجتهاده وفق ما هو مستقر في القانون الدولي الخاص المعاصر، من اسناد شكل التصرف لقانون بلد ابرامه، وهي قاعدة اختيارية هدفها التيسير على المتعاقدين[1].

وننوه في هذا الصدد الى ما سبقت الاشارة اليه، من سيادة مبدأ الرضائية في عقود التجارة الدولية، وتحررها من الشروط الشكلية التي تعوق ابرامها بالسرعة التي يقتضيها التعامل التجاري الدولي، وهو الأمر الذي ايدته اتفاقية فيينا لعام 1980، وكذلك مبادئ اليونيدروا[2].

[1] راجع المطلب الثاني من المبحث الاول من الفصل الثاني تحت عنوان "القانون الواجب التطبيق على شكل العقد".

[2] راجع المطلب الثاني من المبحث الاول من الفصل الثاني تحت عنوان "القانون الواجب التطبيق على شكل العقد".

المبحث الثاني

امكانية تطبيق قانون التجار امام قضاء التحكيم

يتناول هذا المبحث بيان مدى الحرية الممنوحة للمتعاقدين في اختيار قانون التجار بوصفه قانوناً للعقد، امام قضاء التحكيم الدولي، وكذلك مدى التزام هيئة التحكيم بتطبيق قانون التجار من تلقاء نفسها، وذلك في ضوء نصوص قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000. وقد تم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول : مدى حرية المتعاقدين في اختيار قانون التجار امام قضاء التحكيم

المطلب الثاني : مدى التزام هيئة التحكيم بتطبيق قانون التجار من تلقاء نفسها

المطلب الأول : مدى حرية المتعاقدين في اختيار قانون التجار أمام قضاء التحكيم

لقد اكدت المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني على مبدأ "سلطان الارادة" امام قضاء التحكيم الدولي، والذي مؤداه منح الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. ونعتقد ان هذا النص لم يربط القانون المختار بدولة معينة، وبالتالي فليس هناك ما يمنع الاطراف من اختيار قانون التجار ليحكم عقدهم. الا ان نصوص التحكيم الأخرى التي تناولناها في المبحث السابق مثل المادة (1/42) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الاخرى لعام 1965[1]، والمادة (1/21) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام 2012[2]، والمادة (1/28) من قانون التحكيم النموذجي لعام 1985[3]، والمادة (1/39) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994[4]، والمادة (36/أ) من قانون التحكيم

[1] حيث جاء فيها : "يجب على هيئة التحكيم ان تفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الاطراف.....".

"The tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as mau be agreed by the parties…….".

[2] حيث جاء فيها : "يكون للاطراف حرية اختيار القواعد القانونية التي يجب على هيئة التحكيم تطبيقها على موضوع النزاع.....".

"The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute…..".

[3] حيث جاء فيها : "يجب على هيئة التحكيم ان تفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف لتطبق على موضوع النزاع.....".

"The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the disbute……".

[4] جيث جاء فيها : "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان.....".

الاردني رقم (31) لسنة 2001[1]، كانت صياغتها اكثر وضوحاً في منح الاطراف حرية اختيار قانون التجار، فجميعها تقرر ان هيئة التحكيم تطبق على موضوع النزاع "القواعد القانونية" او "قواعد القانون" او "القواعد" التي يتفق عليها الطرفان. ويتجه الفقه الى تفسير هذه النصوص بأنها تخول المتعاقدين الحق في اختيار (القواعد) التي يرونها مناسبة لعقدهم دون ان يشترط انتماء هذه القواعد لقانون دولة معينة، بل يمكن ان تكون قواعد قانونية غير وطنية مثل قواعد قانون التجار[2].

والشيء نفسه يفهم من قراءة المادة (5/43) من قانون التحكيم الفلسطيني، حيث جاء فيها : "يجوز لكل طرف من اطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على ... اساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم او مخالفتها لما اتفق عليه الاطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع". وكان الاولى بالمشرع ان ينص على ذلك في المادة (19) من القانون ذاته التي تمنح الاطراف صلاحية اختيار القانون الواجب التطبيق.

ان الأطراف عندما يرغبون في تفادي تطبيق قانون وطني على النزاع، فانهم نادراً ما يستعملون مصطلح قانون التجار (lex mercatoria)، اذ انهم عادةً ما يشيرون الى المبادئ العامة في القانون، أو عادات واعراف التجارة الدولية، أو القانون العابر للحدود الوطنية وما شابه ذلك. ومن خلال صياغة عقدهم بهذه الطريقة او تضمينه هذه العبارات، فانهم يخولون او يأذنون لهيئة التحكيم بتطبيق قانون التجار. وهذا الأمر ناتج عن الطابع المرن لقانون التجار، والتنوع الكبير في مصادره وعناصره ومفاهيمه، فيترتب على ذلك ان يصبح نادراً ما يسمى باسمه[3]. وفي الحكم الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في القضية رقم 12111 بتاريخ 2003/1/6[4]، وكان النزاع يتعلق بعقد بيع تضمن بنداً ينص على ان هذا العقد يخضع لأحكام "القانون الدولي"، قررت هيئة التحكيم ان الاشارة الى "القانون الدولي" تعني ان الأطراف قد اعلنوا بوضوح انهم لا يريدون تطبيق اي قانون وطني، وان مصطلح "القانون الدولي" يجب ان يُفهم على انه اشارة الى قانون التجار (lex mercatoria) والمبادئ العامة

[1] حيث جاء فيها : "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي اتفق عليها الطرفان...".

[2] انظر دواس، امين : نطاق تطبيق مبادئ اليونيديروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص408. صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص790.

[3] Baddack, Frank : Ibid, p.157-158.

[4] نقلاً عن موقع انترنت www.unilex.info تاريخ الدخول 2012/4/15 ساعة الدخول 11 مساءً.

للقانون المطبقة على العقود الدولية، ولأن مثل هذه المبادئ العامة تنعكس في مبادئ اليونيديروا، فقد انتهت هيئة التحكيم الى ان النزاع يجب ان يخضع لمبادئ اليونيديروا.

وتعتبر مبادئ اليونيديروا من اهم اجزاء قانون التجار، ويمكن ان تستوعب العديد من مكوناته، مثل المبادئ العامة للقانون، وعادات واعراف التجارة الدولية. وفي هذا الصدد نصت ديباجة مبادئ اليونيديروا لعام 2010 على انه : "يجوز تطبيق هذه المبادئ عندما يتفق الأطراف على ان عقدهم يخضع للمبادئ العامة للقانون او لقانون التجار او ما شابه ذلك". فمثل هذا الاختيار، يؤكد استعداد الاطراف المبدئي لتطبيق قواعد قانونية غير وطنية[1]. وفي الحكم الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في القضية رقم (13012) عام 2004[2]، وبعد ان اتفق الاطراف على تطبيق المبادئ العامة للقانون، جاء في قرار الهيئة : "ان العديد من قضايا محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، تعتبر ان مبادئ اليونيديروا هي افضل طريق للحصول على المبادئ العامة للقانون...". وكذلك قررت الهيئة الاستناد الى قاعدة تنفيذ العقود بحسن نية، وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، باعتبارهما قاعدتين اساسيتين في قانون التجار. وفي النهاية قررت الهيئة ان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع سيكون المبادئ العامة للقانون الناجمة عن مبادئ اليونيديروا (طبعة 2004)، وكذلك القاعدتين المشار اليهما اعلاه، وبالمثل العادات التجارية السائدة في قطاع النشاط الذي يتعلق باتفاق الاطراف.

وفي الحكم الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في باريس، في القضية رقم 8502 بتاريخ 1996/11[3]، وكان النزاع يتعلق بعقد توريد الأرُز، وكان العقد صامتاً فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، الا انه تضمن بنوداً تنص على تطبيق قواعد الانكوتيرمز (فيما يتعلق بالسعر)، والاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية / النشرة 500 (فيما يتعلق بالقوة القاهرة). ذهبت هيئة التحكيم الى ان الاشارة الى قواعد الانكوتيرمز والاعراف والممارسات الموحدة للاعتمادات المستندية يدل على نية الطرفين لأن يُحكم العقد المبرم بينهما بواسطة الاعراف التجارية والمبادئ المقبولة عموماً في التجارة الدولية. لذلك قررت الهيئة ان تطبق فيما يتعلق بالمسائل التي لا تنظمها قواعد الانكوتيرمز او الاعراف الموحدة للاعتمادات المستندية، اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، وكذلك مبادئ اليونيديروا، حيث تُثبت او تبرهن الممارسات المعترف بها بموجب قانون التجارة الدولية.

---

[1] دواس، امين. ((نطاق تطبيق مبادئ اليونيديروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية)). مرجع سابق. ص 418.

[2] نقلاً عن موقع انترنت : www.unilex.info تاريخ الدخول 2012/4/20 ساعة الدخول 11 مساءً.

[3] نقلاً عن موقع انترنت : www.unilex.info تاريخ الدخول 2012/4/15 ساعة الدخول 2:30 صباحاً.

كما يرى البعض[1] ان مجرد الاتفاق بين المتعاقدين على اللجوء الى التحكيم، يعد اختياراً ضمنياً لقانون التجار، على اساس ان قانون التجار هو قانون اختصاص المحكم (على غرار قانون القاضي)، فمن يختار المحكم يختار قانونه اسوةً بالخضوع الاختياري لقضاء دولة معينة والذي يستشف منه عادةً ارادة المتعاقدين الضمنية في اختيار قانون هذه الدولة لحكم العقد المبرم بينهم. علاوةً على ذلك، فان مجرد إدخال شرط التحكيم الدولي يعتبر في كثير من الاحيان كأداة لتدويل العقد، وبالتالي اشارة ضمنية الى المبادئ العامة والعادات والاعراف المتبعة في التجارة الدولية، حتى لو لم يُنص على ذلك صراحةً[2]. وفي الحكم الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في القضية رقم 1569 لسنة 1973، انتهت هيئة التحكيم الى انه : "طالما ان الاطراف قد قرروا اخضاع النزاع الناتج عن العقد لنظام التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية، فانهم قد ارادوا في الحقيقة ان يروا هذا النزاع يسوى على اساس شروط العقد ووفقاً للعادات والاعراف الدولية دون اشارة الى اية قانون داخلي"[3].

وقد قيل ايضاً ان الاطراف في عقود التجارة الدولية عندما يتجاهلون تسمية قانون وطني معين ليحكم علاقتهم، فانهم بذلك قد ارتضوا مجموعة قواعد غير وطنية مثل قانون التجار. ولدعم هذا القول يمكن طرح وجهة النظر التالية : "وهي ان الاطراف يدركون تماماً حقيقة انهم لم يختاروا قانون وطني، وان قانون التجار يمكن ان يطبق في هذه الحالة من قبل هيئة التحكيم. فالعلاقات التجارية الدولية قد تكون اكثر صلة بالقواعد والعادات المتبعة في التجارة الدولية من اي قانون وطني"[4]. وفي الحكم الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في القضية رقم 1969/1641 ذهبت هيئة التحكيم الى ان عدم اشارة الطرفين الى تطبيق قانون وطني معين على علاقتهم او النزاع الناشئ بينهم، يعني تخويل ضمني للمحكم بتطبيق القواعد القانونية، وفي حال عدم وجودها، الاعراف التجارية المتعلقة بالعلاقة[5].

---

[1] ابراهيم، نادر : مرجع سابق. ص440.

[2] رأي Goldman مشار اليه لدى : Baddack, Frank : Ibid, p. 167.

[3] مشار اليه لدى ابراهيم، نادر : مرجع سابق. ص368.

[4] Baddack, Frank : Ibid,p. 166.

يعارض الاستاذ Mustill تطبيق قانون التجار امام التحكيم عند عدم اختيار الاطراف لقانون وطني معين. ويذهب الاستاذ Mustill الى ان تجاهل الاطراف الاشارة الى تعيين قانون وطني معين هو بسبب انهم يعتقدون ان هذا القانون واضح جداً ولا يستحق ان يُذكر ان القانون الوطني هو الذي سيحكم العقد. او ربما ان الاطراف لم تفكر في هذه المشكلة، او ربما ارادت من المحكم ان يختار واحد من القوانين الوطنية المحتملة التطبيق. انظر : Mustill, Michael : Ibid,p. 101.

[5] مشار الى هذا الحكم لدى : Baddack, Frank : Ibid, p. 158.

المطلب الثاني : التزام هيئة التحكيم بتطبيق قانون التجار من تلقاء نفسها

هناك حالات تكون فيها هيئة التحكيم ملزمة بتطبيق قانون التجار من تلقاء نفسها، وتتجلى هذه الحالات فيما يلي :

أولاً : التطبيق الجامع[1] لكل من قانون العقد وقانون التجار، فقد نصت المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني على انه : "... وفي كل الاحوال تراعي هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين اطراف النزاع"[2]. وهو ما يمكن ان يستنتج منه، الزام القانون لهيئة التحكيم بضرورة مراعاة قواعد قانون التجار، والذي اشار اليه باستخدام احد مصادره او مكوناته وهي الاعراف المطبقة على العلاقة بين اطراف النزاع، والتي تكون سائدة في اسواق التجارة الدولية. ونحن نذهب في هذا الصدد الى عدم اعطاء مصطلح "الأعراف" الوارد في المادة (19)، المعنى الحرفي لهذا المصطلح والمعروف في الأنظمة الداخلية، خاصةً وان هنالك من قواعد التحكيم التي تناولناها من يستخدم مصطلح "العادات المتبعة"[3]، وقد سبق ان اشرنا في موضع سابق الى ان انصار قانون التجار يذهبون الى القول بغياب التفرقة بين مصطلحي "العادات التجارية" و "الاعراف التجارية" على صعيد التجارة الدولية ، فالمصطلحين يستخدمان بمعنى واحد تقريباً[4]، لذلك فاننا نذهب الى اعطاء مصطلح "الأعراف" معنى واسع، يشمل جميع قواعد قانون التجار بالمعنى الذي حددناه سابقاً (وقد اكدنا على كون هذه القواعد مقبولة ومعروفة في مجتمع التجارة الدولية)[5].

وما دام قانون التجار هو قانون المحكم، فيبدو من الطبيعي اذن ان تنطبق احكامه الموضوعية التي نشأت لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، على المنازعات التي تثور بشأنها امام المحكمين، تطبيقاً مباشراً ودون حاجة للالتجاء الى منهج قواعد الاسناد. ومثل هذا الوضع كمثل القواعد المادية في القانون الدولي الخاص التي وضعها المشرع الداخلي في دولة معينة. فمثلما يطبق القضاء الوطني هذه القواعد المادية التي تتصدى لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية تطبيقاً

[1] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص139.

[2] تقابلها المادة (3/39) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، والمادة (36/ج) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001، والمادة (4/28) من قانون التحكيم النموذجي لعام 1985، والمادة (2/21) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام 2012، والمادة (1/7) من الاتفاقية الاوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف عام 1961.

[3] ومن ذلك المادة (36/ج) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001، والمادة (2/21) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام 2012، والمادة (4/28) من قانون التحكيم النموذجي لعام 1985.

[4] راجع الفرع الثاني من المطلب الثالث من المبحث الثاني من الفصل الأول تحت عنوان "عادات واعراف التجارة الدولية".

[5] راجع المطلب الثالث من المبحث الثاني من الفصل الاول تحت عنوان "مفهوم قانون التجار".

مباشراً على المنازعات التي تثور في هذا الصدد دون حاجة للالتجاء لمنهج التنازع، فان المحكمين بالمثل يطبقون القواعد المادية في قانون التجار، بوصفه قانون اختصاصهم، عملاً بالمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص[1].

ويتم تطبيق احكام قانون التجار في هذه الحالة، في صدد المسائل الفنية التي تثور في اطار العقد الذي ثار النزاع بشأنه والذي يتناوله قانون التجار بالتنظيم. وبهذه المثابة تتم تجزئة الرابطة العقدية، حيث تخضع في جانب منها لاحكام قانون التجار، بينما ينطبق في جانبها الآخر احكام القانون الواجب التطبيق بمقتضى منهج التنازع[2].

ومسلك المحكمين على هذا النحو لا ينطوي على أي تناقض او تعارض كما قد يبدو لاول وهلة، لان تطبيقهم المباشر لاحكام قانون التجار قد تم على غير المسائل التي تناولها القانون الواجب التطبيق بمقتضى منهج التنازع.

على ان الامر قد يدق فيما لو كان ثمة تعارض بين احكام القانون الواجب التطبيق بمقتضى منهج التنازع من ناحية واحكام قانون التجار من ناحية اخرى. هل يطبق المحكم في هذا الفرض القانون الواجب التطبيق بمقتضى منهج التنازع، ام انه يتعين في هذه الحالة تطبيق احكام قانون التجار تطبيقاً مباشراً بوصفها من قواعد القانون الدولي الخاص المادي لقضاء التحكيم؟

نرى في هذه الحالة ان الغلبة تكون لقواعد قانون التجار، ونجد سنداً لنا في ذلك، ما ورد في المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني والتي تنص على انه : "... وفي جميع الاحوال تراعي هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين اطراف النزاع". ونذهب الى تفسير هذا النص، بأنه يجب على هيئة التحكيم ان تراعي عند تطبيقها للقانون الواجب التطبيق بمقتضى هذه المادة، الأعراف المطبقة على العلاقة بين اطراف النزاع (اي قانون التجار)، وتقتضي هذه المراعاة ان لا يتعارض القانون الواجب التطبيق مع قانون التجار.

ولا نرى ان التفسير الأخير يؤدي الى حصول تعارض بين نص المادة (19) والمادة (5/43) من قانون التحكيم الفلسطيني والتي نصت على انه : "يجوز لكل طرف من اطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على ... اساءة السلوك من هيئة التحكيم او مخالفتها لما اتفق عليه الاطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع".

[1] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص205.

[2] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص207.

فنحن نعتقد ان الطعن في قرار التحكيم، يكون في جميع الحالات التي تخالف فيها هيئة التحكيم ما اتفق عليه الاطراف من قواعد قانونية، باستثناء الحالة التي تقوم فيها هيئة التحكيم بتغليب قواعد قانون التجار على القواعد القانونية المتفق عليها بين الأطراف، وذلك استناداً الى نص المادة (19) والتي تلزم هيئة التحكيم بمراعاة احكام قانون التجار.

ويشهد واقع التحكيم العديد من القضايا التي تستند فيها هيئات التحكيم الى قواعد قانون التجار لتأكيد معنى نص في القانون الوطني الواجب التطبيق او وجود مبدأ عام معين فيه، ونعتقد ان هذا النهج الذي تسير عليه هيئات التحكيم، يرتكز على النصوص القانونية التي تلزم هيئات التحكيم بضرورة مراعاة الاعراف والعادات المطبقة في اسواق التجارة الدولية الى جانب القانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الاسناد. ونرى ان مسلك هيئات التحكيم في هذا الصدد، ما هو الا تأكيد على التزامها بهذه النصوص، فهي تريد ان تبرهن على ان القانون الواجب التطبيق كان منسجماً مع ما يجري عليه التعامل في اسواق التجارة الدولية. ومن التطبيقات القضائية في هذا الخصوص، الحكم الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في بروكسل في القضية رقم 8240 بتاريخ 1995/7، ورغم ان الاطراف قد اشاروا الى القانون السويسري باعتباره القانون الذي يحكم العقد، الا ان هيئة التحكيم وفي تحديدها لسعر الصرف الذي يجب ان يتم اختياره للدفع بالعملة المحلية، اشارت الى المادة (9/1/6(3)) من مبادئ اليونيديروا لتأكيد انه على المستوى الدولي هناك قاعدة مماثلة لما هو عليه الحال في القانون السويسري[1]. وكذلك في الحكم الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في القضية رقم 9994 بتاريخ 2001/12، وبعد ان حكمت هيئة التحكيم لصالح المدعي، بررت ذلك بقولها "ان القانون الفرنسي – وهو القانون الواجب التطبيق على العقد – يتطلب من كل طرف ان ينفذ العقد بحسن نية (وفقاً للمواد 2/1134 و 3/1134 من القانون المدني الفرنسي) وحسن النية يفرض على الطرفين واجب السعي الى تكييف اتفاقهم مع الظروف الجديدة التي من الممكن ان تحدث بعد التنفيذ، وذلك من اجل ضمان ان لا يؤدي تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، خاصة عندما يكون العقد طويل المدى، الى إضرار بأحد الطرفين." كما اضافت الهيئة "ان هذا المبدأ ايضاً سائد في القانون التجاري الدولي (وبالتحديد المواد 2/2/6 و 3/2/6 من مبادئ اليونيديروا لعام 1994"[2].

[1] نقلاً عن موقع انترنت : www.unilex.info تاريخ الدخول 2012/4/18 ساعة الدخول 11 مساءً.

[2] نقلاً عن موقع انترنت : www.unilex.info تاريخ الدخول 2012/4/18 ساعة الدخول 1:30 صباحاً.

ثانياً : اذا كان القانون الواجب التطبيق مخالفاً للنظام العام عبر الدولي، والذي يمثل المصالح العليا لمجتمع التجارة الدولية. وبما ان المحكم ينتمي الى هذا المجتمع فهو ملزم بحماية المصالح الاساسية له، لذلك يصبح مبرراً للمحكم استبعاد تطبيق اي قاعدة تتعارض مع النظام العام عبر الدولي[1].

ثالثاً : تعذر الوصول الى مضمون القانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الاسناد، اما لان ذلك مستحيلاً، واما لان البحث عن مضمون القانون يكلف كثيراً ويستغرق وقتاً طويلاً يتجاوز حدود الفصل في النزاع، فيكون الحل الامثل في هذه الحالة هو تطبيق قانون التجار لإيجاد حل للنزاع.

رابعاً : عدم ملائمة تطبيق الانظمة القانونية الداخلية، أو نقصها وغموضها : قد تكون القوانين الداخلية غير ملائمة لحكم العلاقات التعاقدية التجارية الدولية، فالمشرع الوطني في كثير من الدول لم يقحم نفسه في هذا المعترك، واكتفى بتنظيم العلاقات التعاقدية الداخلية. ازاء ذلك، فانه وعندما يكون قانون داخلي واجب التطبيق على عقد تجاري دولي ما، فاننا نتوقع عدم احتواء ذلك القانون الداخلي على بعض الاحكام المتعلقة بالعقد التجاري الدولي. لذلك فان حسن سير العدالة وما يقتضيه من فصل بالنزاع على اتم وجه، يقتضي من القاضي اللجوء الى قانون التجار، لاستكمال النقص في القانون الداخلي[2].

ونشير في هذا الصدد الى ان الفقرة السادسة من ديباجة مبادئ اليونيديروا لعام 2004 وكذلك لعام 2010 قد نصت صراحةً على انه : "يجوز ان تستخدم هذه المبادئ لتفسير او لإكمال القانون الوطني". وهناك العديد من التطبيقات القضائية في مجال التحكيم الدولي، والتي استندت الى قانون التجار (وبالتحديد مبادئ اليونيديروا) لسد النقص في القانون الوطني الواجب التطبيق او لتفسيره، نذكر منها على سبيل المثال، ماصدر عن محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة والصناعة الروسية، في القضية رقم 64 بتاريخ 2008/4/9[3]، وكان النزاع يتعلق بعقد بناء مبرم بين المدعي وهو شركة بولندية والمدعى عليه وهو شركة روسية. وقد نشأ النزاع عندما طلب المدعي من المدعى عليه تسليمه المجموعة الكاملة من الوثائق الفنية. وقد كان العقد محكوماً بالقانون الروسي، لكن هيئة التحكيم لم تجد تنظيم خاص او قواعد محددة في

---

[1] Baddack, Frank : Ibid, p. 169.

انظر كذلك المطلب الثاني من المبحث الثالث من هذا الفصل تحت عنوان "النظام العام عبر الدولي كمانع من اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري".

[2] يتبنى هذا الرأي ايضاً : Amissah, Ralph : Ibid, p.60.

[3] نقلاً عن موقع انترنت www.unilex.info تاريخ الدخول 2012/4/18 ساعة الدخول 8 مساءً.

هذا القانون الأخير تعالج مسألة الالتزام بتسليم الوثائق الفنية المطلوبة، لذلك قررت الهيئة اللجوء الى مبادئ اليونيديروا التي توصف بأنها وثيقة موصى بها تتضمن القواعد العامة بشأن اداء الالتزامات العقدية ذات الطابع الدولي، وقامت هيئة التحكيم بتطبيق المادة (2/2/7) من مبادئ اليونيديروا لتأكيد حق المدعي في مطالبة المدعى عليه بتسليم الوثائق المطلوبة.

وفي الحكم الصادر عن محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة والصناعة الروسية في القضية رقم 2006/91 بتاريخ 2007/3/27، وكان النزاع يتعلق باحتساب الكميات الفردية من البضائع المسلمة بموجب اوامر منفصلة وباسعار مختلفة، وكان العقد ينص على ان القانون الروسي هو الذي يحكم العقد. قامت هيئة التحكيم بتطبيق المادة (522) من القانون المدني الروسي والتي تتضمن القواعد المطبقة في حالة احتساب اداء الالتزامات غير النقدية. ودعماً لتفسيرها للمادة (522) اشارت هيئة التحكيم الى التعليق على المادة (13/1/6) من مبادئ اليونيديروا[1].

وقد سبق ان قمنا ببيان رأينا في مسألة سد الفجوات في القانون الوطني وتفسيره، عند تناولنا لموضوع التزام القاضي الوطني بتطبيق قانون التجار من تلقاء نفسه. ومنعاً للتكرار فاننا نحيل في هذا الشأن الى ما سبق ان بيناه من قبل[2].

يشار ايضاً الى ان الفقرة الخامسة من ديباجة مبادئ اليونيديروا لعام 1994 و 2004 و 2010 قد نصت على امكانية ان تستخدم هذه المبادئ "لتفسير او لإكمال القانون الموحد". وقد اشرنا سابقاً الى ضرورة التمييز بين الفجوات الداخلية والفجوات الخارجية في الاتفاقيات، وانه لا مجال للجوء الى مبادئ اليونيديروا او غيرها من قواعد قانون التجار الا لسد الفجوات الخارجية في الاتفاقية او لتفسيرها[3]. وفي الحكم الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في زيوريخ في القضية رقم 8769 عام 1996، وكان العقد مثار النزاع خاضعاً للقانون الفرنسي واتفاقية فيينا، وقد اشارت المحكمة الى ان المادة (78) من اتفاقية فيينا لا تحدد سعر الفائدة، لذلك قررت تطبيق سعر الفائدة الذي يعتبر معقولاً تجارياً، وأحالت في ذلك الى المادة (9/4/7(2)) من مبادئ اليونيديروا[4].

---

[1] نقلاً عن موقع انترنت : www.unilex.info تاريخ الدخول 2012/4/18 ساعة الدخول 11:30 مساءً.

[2] راجع المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الثاني تحت عنوان "التزام القاضي بتطبيق قانون التجار من تلقاء نفسه".

[3] راجع المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الثاني تحت عنوان "التزام القاضي بتطبيق قانون التجار من تلقاء نفسه".

[4] نقلاً عن موقع انترنت : www.unilex.info تاريخ الدخول 2012/4/18 ساعة الدخول 11:30 مساءً.

خامساً : تطبيق قانون التجار في حالة غياب اختيار القانون من قبل الاطراف : فالمادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني، تحيل المحكم في هذه الحالة الى قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني، وحيث انه لا يوجد في فلسطين قواعد تنازع سارية المفعول بخصوص عقود التجارة الدولية، فان ذلك يعني انه ينبغي على المحكم الاجتهاد وخلق قاعدة الاسناد المناسبة. وقد كان لنا فيما سبق اقتراح في هذا الشأن يتمثل بقاعدة الاسناد التالية : "يخضع العقد للقواعد القانونية التي يختارها الأطراف. وفي غياب هذا الاختيار يخضع العقد لقانون الدولة التي يوجد فيها للشخص الطبيعي المدين بالاداء المميز في العقد، محل الاقامة المعتادة أو مركز العمل الرئيسي اذا كان العقد قد ابرم في نطاق نشاط مهني او تجاري. وفي حالة الشخص المعنوي يخضع العقد لقانون الدولة التي يوجد فيها مركز الادارة الرئيسي، ما لم يتبين من الظروف ان العقد ***على صلة اوثق بقواعد قانونية اخرى، فتطبق عندئذ هذه القواعد***". ان الاسناد على هذه الشاكلة، ودون اشتراط ان يكون القانون المسند اليه قانون دولة، يتيح للمحكم منذ البداية، اسناد العقد الى قانون التجار، على اعتبار ان العقد التجاري الدولي ينتمي الى مجتمع التجارة الدولية، وصلته بهذا المجتمع اوثق من سواها من الصلات، كما انه اكثر القوانين ملائمة لحكم علاقات التجارة الدولية.

المبحث الثالث

مدى إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري امام قضاء التحكيم

يتسم اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري أمام قضاء التحكيم الدولي، بطابع خاص، يرتد بصفة اساسية الى سببين رئيسيين :

السبب الأول : أن المحكمين ليس لهم قانون اختصاص داخلي وفقاً للرأي السائد في قضاء التحكيم الدولي المعاصر. ويترتب على ذلك ان تصبح كافة القواعد ذات التطبيق الضروري لدى المحكمين في حكم القواعد الاجنبية، وتعامل على هذا الاساس[1]. وبالرغم من ان قانون التجار يُعتبر وفقاً لأرجح الآراء، هو قانون المحكم، على غرار قانون القاضي، الا ان لقانون التجار خصوصية معينة في هذا المجال. فهو اولاً ذو طبيعة دولية، نشأت احكامه بطريقة تلقائية في مجتمع التجارة الدولية، ثم ان هذا القانون لا يحتوي على قواعد اسناد يمكن ان يرجع اليها المحكم لتحديد القانون المختص بحكم علاقات التجارة الدولية، كما هو الحال في القوانين الداخلية، فقواعد قانون التجار هي قواعد موضوعية تضع حلولاً مباشرة للنزاعات المتعلقة بمعاملات التجارة الدولية. واخيراً، فان قانون التجار لا يحتوي على قواعد ذات تطبيق ضروري او ما يسمى بقواعد البوليس، وفقاً للمعنى الذي حددناه في نطاق هذه الدراسة. فهذه القواعد الاخيرة هي بطبيعتها من قواعد القانون الداخلي لدولة معينة، وتسري بصفة اساسية على العلاقات الداخلية، وان كان من المتصور ان يمتد تطبيقها الى الروابط الخاصة الدولية[2].

السبب الثاني : الطابع الاتفاقي للتحكيم، فالمحكمون يستمدون سلطتهم القضائية، وعلى خلاف القاضي، من ارادة الاطراف، وهو ما يدفعهم الى الحرص على احترام هذه الارادة وكفالة حقها في اليقين القانوني حتى عند التصدي لاعمال قواعد البوليس ذات التطبيق الآمر[3]. وهذا الاعتبار على اهميته، يناقض اهداف القواعد ذات التطبيق الضروري والتي تسعى الى ادراك مصالح جماعية او مصالح خاصة قدر المشرع اهميتها الجوهرية، مثل حماية الطرف الضعيف، وذلك بصرف النظر عن توقع الاطراف لتطبيق هذه القواعد من عدمه.

وقد تم تقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب على النحو التالي :

---

[1] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص753.

[2] المرجع السابق. ص756-757.

[3] المرجع السابق. ص764.

المطلب الأول : إعمال هيئة التحكيم للقواعد ذات التطبيق الضروري بين الرخصة والالزام

المطلب الثاني : النظام العام عبر الدولي كمانع من اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري امام قضاء التحكيم

المطلب الثالث : تنازع القواعد ذات التطبيق الضروري أمام قضاء التحكيم

المطلب الأول : إعمال هيئة التحكيم للقواعد ذات التطبيق الضروري بين الرخصة والالزام

يُفرق اغلب الفقه بين موقف المحكم من القواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية الى قانون العقد، وتلك الاجنبية عنه، وهو ما سنتناوله في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : القواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية الى قانون العقد

لا تثور مشكلة خاصة عند اعمال المحكمين للقواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي الى القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد التي يعتنقها المحكمون (سواء كان القانون المختص هو قانون الارادة، او القانون الداخلي الذي يحدده المحكم عند سكوت الارادة عن الاختيار). اذ يتعين اعمال كافة القواعد المنتمية الى قانون العقد، بما فيها القواعد ذات التطبيق الضروري، وذلك وفقاً لفكرة الاسناد الاجمالي التي سبق الاشارة اليها[1].

ولم تتردد غالبية احكام التحكيم في اعمال قواعد البوليس التي تنتمي الى قانون العقد، ونشير في هذا الصدد الى حكم محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في القضية رقم 2826 والصادر سنة 1978[2]، والذي قام بموجبه المحكمون بابطال الشرط العقدي الذي حدد سعر الفائدة بما يزيد عن الحد المقرر في قاعدة البوليس التي تنتمي الى القانون الواجب التطبيق.

الفرع الثاني : القواعد ذات التطبيق الضروري الاجنبية عن قانون العقد

ان الامر يدق امام المحكمين بالنسبة لاعمال قواعد البوليس التي لا تنتمي الى قانون العقد، والتي يكون السبيل الوحيد لاعمالها هو اعتناق المنهج الاحادي واحترام ارادتها في الانطباق، بشرط ان تكون هناك صلة معقولة بين مضمون هذه القواعد واهدافها من ناحية، ونطاق تطبيقها

[1] راجع المطلب الثاني من المبحث الثالث من الفصل الثاني تحت عنوان "اعمال القواعد الاجنبية ذات التطبيق الضروري التي تنتمي للقانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد".

[2] مشار اليه لدى صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص767.

كما حدده مشرعها من ناحية اخرى. ولا يكون لقواعد البوليس الاجنبية عن قانون العقد، اية اعتبار ما لم تكن بين تلك القواعد والمنازعة، صلة وثيقة، كما هو الحال في مكان اداء الالتزامات العقدية ودولة مكان اجراء التحكيم، وكذلك في دول التنفيذ المتوقع لذلك الحكم. ويلجأ المحكمون الى اعمال هذه القواعد، فيما لو قدروا ضرورة ذلك لفاعلية احكامهم، او للحرص على وحدة الحلول في اطار معاملات التجارة الدولية[1]. الا ان هناك تبايناً في فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي حول إعمال هذه القواعد، فهناك اتجاه معارض واتجاه آخر مؤيد لهذا الاعمال :

أولاً : الإتجاه المعارض لإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية عن قانون العقد

ان تردد المحكمين في تطبيق قواعد البوليس الاجنبية عن قانون العقد، ينبع من كون هذا التطبيق يجعله مثل قاضي الدولة عند حمايته للمصالح العامة، في حين ان مهمته هي رعاية المصالح الخاصة للاطراف[2]. وبناءً على ذلك، رفضت العديد من احكام التحكيم تطبيق قواعد البوليس التي لا تنتمي الى قانون العقد، وان كانت بعض هذه الاحكام قد وضعت القواعد المذكورة في اعتبارها، اخذاً بالتفرقة التي يراها البعض بين تطبيق القاعدة القانونية من ناحية، واخذها في الاعتبار من ناحية اخرى[3]. وغالبية الاحكام التي اتجهت الى وضع قواعد البوليس التي لا تنتمي الى قانون العقد في اعتبارها، قد ارادت بذلك ان تصل الى اعفاء المدين من التزامه العقدي الذي يفرضه قانون العقد، على اساس القوة القاهرة المترتبة على اعمال هذه القواعد[4]. ففي الحكم الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية عام 1974 في

---

[1] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص781.

[2] الرفاعي، اشرف عبد العليم : مرجع سابق. ص85.

[3] ان تطبيق القاعدة القانونية يعني انزال ما تتضمنه من "حكم" على المسألة المطروحة، اذا توافرت شروط هذا التطبيق المقررة في "الفرض" الذي تواجهه القاعدة. فتطبيق القاعدة التي تقرر ان كل من تسبب بخطئه في الاضرار بالغير (الفرض) يلتزم بالتعويض (الحكم) يعني ترتيب الاثر القانوني او الحكم (الالتزام بالتعويض) على الفرض الذي تحكمه (ارتكاب شخص لخطأ سبب ضررا للغير). والامر يختلف بالنسبة للاخذ في الاعتبار، حيث تتم استشارة القاعدة القانونية دون التصدي لتطبيقها من الناحية الفنية، اي دون ان يُعمل القاضي المختص عنصر الحكم او الاثر القانوني الذي تتضمنه. ويحدث ذلك بصفة خاصة عندما يضع القاضي في اعتباره قاعدة من قواعد القانون العام الاجنبي بوصفها شرطاً لتطبيق القاعدة الوطنية. ومثال ذلك في القانون المصري المادة (3) من قانون العقوبات والتي تنص على ان : "كل مصري ارتكب وهو خارج القطر فعلاً يعتبر جناية او جنحة في هذا القانون، يعاقب بمقتضى احكامه اذا عاد الى القطر وكان الفعل معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذي ارتكب فيه". ففي هذه الحالة يتعين على القاضي ان يضع قانون العقوبات الاجنبي في اعتباره ليتأكد من ان الفعل المرتكب معاقب عليه وفقاً لهذا القانون، دون ان يطبق مع ذلك حكم القانون الاجنبي على المركز المطروح عليه، وانما هو سيطبق في نهاية الامر حكم القانون الوطني. انظر سلامة، احمد عبد الكريم : القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق. ص133 وما بعدها. صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص691 وما بعدها.

[4] الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص292.

القضية رقم 2216[1]، تسائل المحكمون حول ما اذا كان رفض السلطات النقدية في بلد المشتري السماح بتنفيذ العقد الخاضع لقانون دولة البائع، يعد قوة قاهرة تسمح باعفاء المشتري من التزامه المقرر بمقتضى قانون العقد من عدمه. وبهذه المثابة لم يطبق المحكمون قاعدة البوليس الاجنبية التي تخول للسلطات النقدية رفض السماح للمشتري باداء الثمن بعملة قابلة للتحويل الى البائع، وانما هم قد وضعوا هذه القاعدة في اعتبارهم وصولاً الى القضاء بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ.

ويشير البعض[2] الى ان اكتفاء غالبية احكام المحكمين بفكرة وضع قواعد البوليس التي لا تنتمي الى قانون العقد في الاعتبار دون التصدي لتطبيق هذه القواعد، قد قُصد به عدم الاصطدام بمصالح الاطراف على نحو سافر، وهو ما يكشف مرة اخرى عن خصوصية اعمال قواعد البوليس امام قضاء التحكيم، والذي يعد اقل حرصاً من القضاء الداخلي على رعاية المصالح العامة التي تسعى القواعد ذات التطبيق الضروري الى ادراكها[3].

ثانياً : الإتجاه المؤيد لإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية عن قانون العقد

يرى هذا الاتجاه ان تطبيق المحكم لقوانين البوليس يبدو وكأنه الضريبة التي يدفعها المحكم لضمان تنفيذ حكمه، اذ كيف يمكن للدولة ان تقبل الاعتراف بعدالة خاصة دون ان تفرض في الوقت نفسه على اولئك الذين يطبقونها مراعاة المصالح العامة التي تدافع عنها الدولة؟[4] ويرى احد الفقهاء في تقريره المقدم لدورة معهد القانون الدولي سنة 1989 "بانه ينبغي على المحكم ان يطبق قوانين البوليس، لانه اذا لم يطبق المحكم القواعد التي تحمي المصالح الاساسية للدولة، فان قاضي الدولة يمكن ان يعتبر المنازعات التي تمس هذه الموضوعات غير قابلة للتحكيم"[5].

وقد ذهبت بعض احكام المحكمين الى تطبيق قواعد البوليس التي لا تنتمي الى قانون العقد، وان كانت قد حرصت على ربط هذا التطبيق بالاحترام المتطلب لتوقعات الاطراف. من ذلك وعلى سبيل المثال، الحكم الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية عام 1973 في القضية رقم 1859، والذي طبق قواعد البوليس السائدة في قانون دولة تنفيذ العقد رغم خضوع الرابطة العقدية لقانون آخر بمقتضى قواعد الاسناد. وقد جاء في الحكم : "ان كل تاجر

[1] مشار اليه لدى الرفاعي، اشرف عبد العليم : مرجع سابق. ص125-126.

[2] رأي Pommier، مشار اليه لدى صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص769.

[3] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص769.

[4] الرفاعي، اشرف عبد العليم : مرجع سابق. ص85.

[5] رأي A. von Meher ، مشار اليه لدى الرفاعي، اشرف عبد العليم : مرجع سابق. ص86.

يبيع منتجاته في دولة اخرى، عليه ان يحترم قواعد الامن المدني السارية في هذه الدولة الاخيرة. وهو لا يملك الادعاء بجهل هذه القواعد الاخيرة او عدم الخضوع للقواعد الخاصة بالاستيراد في هذه الدولة، خاصة لو كانت هذه القواعد سارية عند ابرام العقد"[1].

ويمكن ان تقوم هيئة التحكيم بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري، باعتبار ذلك تطبيقاً للمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، ذلك ان تعدد المناهج في هذا الاخير، قد اصبح حقيقة وضعية يصعب انكارها، وقد ايدتها الاتفاقيات الدولية مثل تنظيم (Rome1) على نحو ما مضت الاشارة اليه[2]. كما ان هيئة التحكيم قد تكون ملزمة باعمال هذه القواعد، وذلك وفقاً لقواعد التنازع التي تتبعها، كأن تستند الهيئة الى تنظيم (Rome 1) مثلاً، والذي يقبل كما اشرنا سابقاً، بأن تتجاوز القواعد ذات التطبيق الضروري، القانون المختار من قبل الاطراف، وكذلك القانون المطبق خلاف ذلك. كما نصت المادة (6) من الملحق الثاني لقواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام 2012 على انه : "عند دراستها المسبقة لمشاريع التحكيم طبقاً للمادة (33) من القواعد، تراعي هيئة التحكيم بقدر الامكان النصوص الآمرة المتعلقة بمقر التحكيم"[3]. بل ان بعض النظم الموضوعية التي يمكن ان يتم اختيارها من قبل الاطراف او من قبل المحكم، تسمح بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري، من ذلك المادة (4/1) من مبادئ اليونيديروا لعام 2010 والتي نصت على انه : "ليس في المبادئ ما يقيد تطبيق القواعد الآمرة سواء أكانت وطنية ام دولية ام فوق قومية، ما دامت تطبق اعمالاً للقواعد واجبة التطبيق في القانون الدولي الخاص"[4].

على ان التساؤل يثور حول نص المادة (5/43) من قانون التحكيم الفلسطيني، والتي اجازت الطعن في قرار التحكيم اذا خالفت هيئة التحكيم ما اتفق عليه الاطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع. فهل يؤدي هذا الوضع الى جواز رفع دعوى بطلان الحكم

---

[1] مشار اليه لدى الجمال، مصطفى و عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص292.

[2] اذ تنص المادة (2/9 و3/9) من التنظيم على إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري سواء المنتمية الى قانون القاضي او الى قانون الدولة التي نفذت او ستنفذ فيها الالتزامات الناشئة عن العقد، وذلك بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق بموجب هذا التنظيم.

[3] Article (6) of APPEN DIX II – Internal rules of the International Court of Arbitration says : "When the Court scrutinizes draft awards in accordance with Article 33 of the Rules, it considers, to the extent practicable, the requirements of mandatory law at the place of the arbitration".

[4] Article (1.4) of Unidroit principles 2010 says : "Nothing in these Principles shall restrict the application of mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law".

التحكيمي، عند اعمال المحكمين لقواعد البوليس التي لا تنتمي الى القانون المختار؟ ذلك ان تصدي المحكمين لاعمال هذه القواعد قد يؤدي الى استبعاد قاعدة اخرى يتضمنها القانون الذي اختاره المتعاقدون.

يبدو ان تفسير نص المادة (5/43) على هذا النحو، يؤدي الى تقييد سلطة المحكمين في اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي لقانون الارادة. وهي نتيجة مؤسفة تبدو خطورتها بصفة خاصة على الطرف الضعيف في التعاقد والذي تسعى قواعد البوليس عادة الى حمايته. ولهذا فانه يُفضل تفسير نص المادة (5/43) على اساس ان قبول دعوى بطلان الحكم التحكيمي لا يتأتى الا اذا استبعد الحكم المذكور "القانون" الذي اتفق الاطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، وليس مجرد استبعاده لقاعدة من القواعد التي ينطوي عليها هذا القانون لصالح قاعدة البوليس التي يتضمنها قانون دولة اخرى والتي قدر المحكمون ضرورة اعمالها. فمثل هذا التفسير، الذي يتفق وظاهر النص، هو الذي يمكن المحكمين من الاعمال الاحادي لقواعد البوليس الآمرة التي ترتبط بالعقد حمايةً للطرف الضعيف[1].

ويؤيد هذا النظر، ان الاساس الاتفاقي للتحكيم وان كان يفرض على المحكمين الا يفاجئوا المتعاقدين بما لم يتوقعوه، الا انه لا يجوز ان يفرض عليهم الاذعان دائماً لما يريده الاطراف. فارادة الاطراف لا يصح ان تعلو فوق ارادة المشرع الآمرة. والقول بغير ذلك يعني ببساطة افلات العقد من دائرة القانون وهو ما لا يجوز[2].

المطلب الثاني : النظام العام عبر الدولي كمانع من اعمال القواعد ذات التطبيق الضروري امام قضاء التحكيم

ان الفقه الحديث وبالاخص المناصر منه لنظرية قانون التجار، يرصد ظهور قواعد عبر دولية آمرة تشكل ما يصفه Goldman : "بالنظام العام لقانون التجار"، او ما يصفه المحامي والمحكم الدولي السويسري Pierre Lalive : "بالنظام العام عبر الدولي"[3]. كما ان البعض يحث التحكيم

[1] انظر صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص802.

[2] المرجع السابق. ص802.

[3] نقلاً عن :

Waincymer, Jeff. ((International commercial arbitration and the application of mandatory rules of law)). Asian international arbitration journal, vol. 5, no. 1, 2009, p.35.

التجاري الدولي على خلق قواعد عبر دولية آمرة في بعض المجالات، كما هو الحال في مجال ضمان حرية المنافسة على المستوى الدولي[1].

ويتميز النظام العام عبر الدولي عن النظام العام في الانظمة القانونية الداخلية، سواء الداخلي منه او الدولي. فالنظام العام الداخلي يتعلق بالمبادئ الاساسية والعليا في المجتمع والتي لا يجوز للعلاقات الوطنية ان تخالفها[2]. اما النظام العام الدولي بمفهومه في الانظمة القانونية الوطنية، فهو يعبر عن الخط الاحمر الذي لا يجوز للعلاقات التجارية الدولية ان تتعداه[3]. وبالتالي فانه يمكن لكل دولة ان تحتفظ بمفهومها الخاص للنظام العام الدولي. فعلى سبيل المثال في فرنسا، يعتبر الاتفاق على الوفاء مقوماً بالذهب مخالفاً للنظام العام الداخلي على انه لا يخالف النظام العام الدولي بمفهومه الفرنسي[4].

ويجب تفسير النظام العام عبر الدولي بالاستقلال عن الانظمة القانونية الداخلية. ولذلك فانه لا يُفضل وصف النظام العام عبر الدولي بكونه (النظام العام الدولي المشترك)، او بكونه (مأخوذ به في الجزء الاعظم من دول المجموعة الدولية)[5].

ووفقاً للاستاذ Lalive فإن النظام العام عبر الدولي يتضمن "السياسات التي تعكس القيم الاساسية والمعايير الاخلاقية الأساسية والتوافق الاخلاقي الدائم لمجتمع التجارة الدولية"[6].

ويلاحظ ان القواعد عبر الدولية الآمرة يغلب ان يكون مصدرها المبادئ العامة عبر الدولية[7]، ويستقر الفقه على ان اهم القواعد عبر الدولية الآمرة، والتي تشكل النظام العام عبر الدولي، تتمثل في القواعد التالية[8] :

1- حسن النية،

---

[1] ابراهيم، نادر : مرجع سابق. ص325.

[2] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص761.

[3] ابراهيم، نادر : مرجع سابق. ص325.

[4] راجع المطلب الثاني من المبحث التمهيدي تحت عنوان "معيار الصفة الدولية في العقد".

[5] ابراهيم، نادر : مرجع سابق. ص328.

[6] مشار اليه لدى : Waincymer, Jeff . Ibid, p.35.

[7] ابراهيم، نادر : مرجع سابق. ص328.

[8] انظر : المرجع السابق. ص329-330.

2- بطلان او على الاقل عدم نفاذ العقود التي تم الحصول عليها عن طريق الرشوة والطرق غير الشريفة، وكذلك العقود الصورية التي قُصد منها تحقيق غرض غير مشروع،
3- بطلان العقد المخالف للآداب العامة،
4- عدم جواز امتناع الهيئات التابعة للدول عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية بادعاء امتيازات السلطة العامة او بالقيود الواردة على سلطاتها والموجودة في القانون الداخلي،
5- الالتزام بالتعويض عن نزع الملكية الخاصة،
6- احترام المبادئ الاساسية في التقاضي،
7- مبدأ سلطان الارادة.

ولا يخفى دلالة النظام العام عبر الدولي على وجود مجتمع الاعمال عبر الدولي (مجتمع التجارة الدولية). ففكرة النظام العام تعبر بطبيعتها عن المصالح الاساسية للمجتمع الذي تنتمي اليه. وناهياً عن الذكر ان ظهور مصالح اساسية لمجتمع التجارة الدولية يفترض سبق وجود ذلك المجتمع. كما يعد النظام العام عبر الدولي دليلاً على تمتع المحكم الدولي بقانون اختصاص "lex fori" خاص به.

وبما ان المحكمين مكلفون بحماية المصالح العليا لمجتمع التجارة والاعمال العابر للحدود، اي بحماية النظام العام عبر الدولي، فان ذلك يوجب على المحكم ان يقوم باستبعاد تطبيق قواعد البوليس المنتمية لقانون العقد اذا وجد انها تتعارض مع النظام العام عبر الدولي. وكذلك الحال ايضاً بالنسبة لقواعد البوليس الاجنبية عن قانون العقد. وقد سبق ان بينا الطابع الخاص لآلية تدخل النظام العام عند اعمال القواعد الاجنبية ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي للقانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد[1].

وفي الحكم الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية عام 1983 في القضية رقم 3916[2]، امتنع المحكمون عن تطبيق القانون السوري الذي يقضي بمقاطعة الشركات التي تتعامل مع اسرائيل رغم انه يعد من قوانين البوليس التي تتصل بصميم النظام العام السوري،

[1] راجع الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الثالث من الفصل الثاني تحت عنوان "اعمال القواعد الاجنبية ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي للقانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد".

[2] مشار اليه لدى صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص762.

وذلك لتعارضه مع حرية التجارة ومبادئ عدم التمييز التي تتعلق في تقدير المحكمين بالنظام العام عبر الدولي.

المطلب الثالث : تنازع القواعد ذات التطبيق الضروري امام قضاء التحكيم

مضت الاشارة الى الحلول التي اقترحها الفقه لمواجهة التنازع الايجابي بين القواعد ذات التطبيق الضروري التي تريد الانطباق على العلاقة العقدية المطروحة على القضاء الوطني. ونحن نحيل في شأنها الى ما سبق ان بيناه من قبل[1] مقتصرين هنا على ايضاح الطابع الخاص لهذه المشكلة فيما لو طرحت على قضاء التحكيم[2].

ولعل اول مظاهر خصوصية المشكلة امام المحكمين، ان هؤلاء لا ينتسبون الى قانون دولة معينة كما رأينا من قبل، ومن ثم فهم لا يستطيعون اعتناق الحل الذي قال به كثير من الفقه، في شأن ترجيح قاعدة البوليس التي تنتمي لقانون القاضي فيما لو كانت تريد الانطباق على المسألة المطروحة، في الفروض التي توجد فيها قاعدة او قواعد اجنبية اخرى مماثلة تريد الانطباق بدورها على النزاع.

وتميل بعض احكام المحكمين الى حسم هذه المشكلة في ضوء مبدأ الفعالية السابق الاشارة اليه[3]. ويؤدي هذا المعيار غالباً الى ترجيح اعمال قاعدة البوليس التي تنتمي للدولة التي يتوقع المحكم تنفيذ حكمه فيها، ضماناً لفعالية حكم التحكيم[4]. لكن الامر ليس دائماً بالبساطة التي يمكن معها مقدماً معرفة بلد التنفيذ على نحو يمكن معه اعمال قواعد البوليس في قانونها. فقد تكون هناك اكثر من دولة واحدة يمكن السعي الى تنفيذ حكم التحكيم بها، ثم ان تحديد بلد التنفيذ يتوقف في النهاية على معرفة من يُحكم له ومن يُحكم عليه من طرفي التحكيم[5].

---

[1] راجع المطلب الثالث من المبحث الثالث من الفصل الثاني تحت عنوان : "تنازع القواعد ذات التطبيق الضروري".

[2] وقد سبق ان اشرنا الى ان التنازع السلبي بين قواعد البوليس لا يؤدي الى مشكلة خاصة، ما دام المنهج الاحادي يعمل في القانون الدولي الخاص المعاصر الى جانب منهج التنازع المزدوج. ذلك ان عدم وجود قاعدة بوليس تريد الانطباق على النزاع لن يؤدي الى فراغ تشريعي والحال ان هناك قانون واجب التطبيق بمقتضى قواعد الاسناد. اما التنازع الايجابي، وحيث توجد اكثر من قاعدة بوليس تريد الانطباق على المسألة المطروحة، فهو يؤدي الى المشكلة التي نعرض لها الآن فيما لو طرحت على قضاء المحكمين.

[3] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص771.

[4] الجمال، مصطفي و عبد العال، عكاشة : مرجع سابق. ص293.

[5] المرجع السابق. ص293-294.

ولهذا يميل جانب كبير من احكام المحكمين الى ترجيح اعمال قواعد البوليس السائدة في الدولة التي يتوقع الاطراف تطبيق قانونها[1]. فاذا تبين للمحكم ان اعمال قاعدة من قواعد البوليس التي تريد الانطباق سيؤدي الى مفاجأة للاطراف، فانه يتجاهل اعمالها مفضلاً الرجوع الى القاعدة التي لا تناهض توقعاتهم. وعلى هذا النحو تبدو اهمية احترام توقعات الاطراف كأساس لاعمال القواعد ذات التطبيق الضروري امام قضاء التحكيم.

ولعل هذا الاعتبار الاخير والمتمثل في احترام توقعات الاطراف عند اعمال قواعد البوليس، هو ما دفع بالبعض[2] الى القول بأن قواعد البوليس المنتمية لقانون العقد، تحتل مركزاً اعلى من غيرها من قواعد البوليس التي تريد الانطباق على الرابطة العقدية امام المحكمين، لأن اعمال قواعد البوليس المنتمية لقانون العقد[3] لن يشكل مفاجأة للمتعاقدين ولن يخل بتوقعاتهم المشروعة.

وفي دعوى طرحت على قضاء التحكيم[4]، كان الامر يتعلق بعقد ابرم بين بنك باكستاني وشركة هندية، تعهد فيه الاول بضمان المدفوعات المستحقة للشركة في باكستان. وقد امتنع البنك عن تنفيذ التزامه بالضمان، الذي يعد صحيحاً وفقاً للقانون الهندي الذي يحكم العقد، وذلك استناداً الى المراسيم الباكستانية التي حظرت الدفع لاي طرف هندي (بسبب الخلافات السياسية بين الهند وباكستان في ذلك الوقت)، وهي تعد من قواعد البوليس التي تريد الانطباق على الرابطة العقدية المطروحة. وقد حكمت هيئة التحكيم لصالح الطرف الهندي عملاً بقانون العقد، وتجاهلوا قواعد البوليس الباكستانية التي يؤدي اعمالها الى مفاجأة للمتعاقدين وهو ما لا يجوز.

---

[1] صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص772.

[2] رأي Pommier ، مشار اليه لدى : المرجع السابق. ص766، هامش (597).

[3] سواء كان قانون الارادة او القانون الذي يحدده المحكم عند سكوت الارادة عن الاختيار. وقد سبقت الاشارة، الى انه في حال سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد، فان غالبية احكام المحكمين تفضل تطبيق القانون الذي يتوقعه الاطراف.

[4] الحكم التحكيمي الصادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 1512 لسنة 1974. مشار اليه لدى الرفاعي، اشرف عبد العليم : مرجع سابق. ص130-131.

الخاتمة

لقد توصلت هذه الدراسة الى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي وذلك في ظل النظام القانوني الفلسطيني، سواء كان النزاع مطروحاً على القضاء الوطني ام على قضاء التحكيم التجاري الدولي. كما بينت الدراسة وفي اطار تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مدى تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري او ما يسمى بقواعد البوليس، وكذلك مدى تطبيق قانون التجار (lex mercatoria). ولا نسعى في هذه الخاتمة الى تلخيص ما جاء في مضمون الدراسة، وانما سنورد أهم ما توصلنا اليه من نتائج، ثم نعقبها بالتوصيات، وذلك على النحو التالي :

النتائج :

1. ان فكرة العقد الطليق او المتحرر من سلطان القانون، هي فكرة يرفضها كل من القضاء الوطني وكذلك قضاء التحكيم الدولي. ذلك ان اختيار قانون العقد من قبل الاطراف امام القضاء الوطني، يتم بناءً على قاعدة من قواعد التنازع التي تجعل من الارادة ضابطاً للاسناد، اي ان دور الارادة يقتصر على اختيار القانون الذي ترغب في اخضاع العقد له، ومتى ما تم هذا الاختيار وجب الخضوع للأحكام الآمرة في القانون المختار. وبالنسبة للحال امام قضاء التحكيم الدولي، فان المحكم ليس له قانون اختصاص داخلي، وبالتالي ليس ملزماً بالتقيد بقواعد الاسناد في اية دولة كانت، فلو قام الاطراف باختيار قانون العقد امام قضاء التحكيم بناءً على مبدأ حرية التعاقد، وقاموا تبعاً لذلك بإدماج احكام القانون المختار في العقد، والخروج على احكامه الآمرة، فإن العقد يبقى بحاجة الى قانون يستمد منه قوته الملزمة، وبما ان قانون التجار يعتبر وفقاً لأرجح الآراء، قانون المحكم، فإن هيئة التحكيم ستتجه على الأرجح الى تطبيقه تطبيقاً مباشراً على منازعات التجارة الدولية المطروحة امامها، باعتباره القانون الاكثر ملائمةً لحكم هذه المنازعات.

2. يشكل قانون التجار (lex mercatoria) نظاماً قانونياً بمعنى الكلمة، يختص بتنظيم علاقات مجتمع التجارة الدولية. ويستقل قانون التجار عن كل من القوانين الوطنية وكذلك عن القانون الدولي العام، لذلك يعتبر قانون التجار نظام ثالث للقانون يسمى بالنظام القانوني عبر الدولي او العابر للحدود الوطنية، على قدم المساواة مع كل من النظام القانوني الداخلي والدولي. وقد انبثقت قواعد قانون التجار عن الأعراف والممارسات السائدة في مجتمع التجارة الدولية، بالاضافة الى ما تثمر عنه جهود الجهات المهنية المتخصصة في مجال التجارة الدولية، من

قواعد، كما في حالة العقود النموذجية والقوانين النموذجية والاتفاقيات الموحدة للقواعد الموضوعية المطبقة على علاقات التجارة الدولية ومبادئ اليونيديروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية.

3. أنه بإمكان المتعاقدين ان يختاروا قانون التجار بوصفه قانوناً للعقد، امام القضاء الوطني، وذلك اذا كانت قاعدة الاسناد لا تربط القانون المختار بدولة معينة، كما هو الحال في قواعد الاسناد العربية (ومن ضمنها المادة (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني)، وكذلك الحال ايضاً في ظل المادة (1/3) من التنظيم الأوروبي (Rome 1).

4. ان ما قيل في النتيجة السابقة، يسري ايضاً امام قضاء التحكيم الدولي، فجميع نصوص التحكيم التي تناولناها (من ضمنها المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني) لا تربط القانون المختار بدولة معينة، كما ان معظمها جاءت بصياغة واضحة في الدلالة على ذلك، كأن تنص على ان هيئة التحكيم تطبق على موضوع النزاع "القواعد القانونية" او "قواعد القانون" او "القواعد" التي يتفق عليها الطرفان. ويتجه الفقه الى تفسير هذه النصوص بأنها تخول المتعاقدين الحق في اختيار القواعد التي يرونها مناسبة لعقدهم دون ان يشترط انتمائها لقانون دولة معينة، وهو ما يعني امكانية اختيار قواعد قانونية غير وطنية مثل قواعد قانون التجار. وبالاضافة الى ذلك، فان هيئة التحكيم ملزمة من تلقاء نفسها بتطبيق قانون التجار الى جانب قانون العقد، ذلك ان نصوص التحكيم تلزم هيئة التحكيم بمراعاة الاعراف والعادات المطبقة على العلاقة محل النزاع، وهي بلا شك الاعراف والعادات المتبعة في اسواق التجارة الدولية، والتي يمثلها قانون التجار.

5. ان اسناد العقد عند غياب الاختيار من قبل الاطراف، يقوم على مبدأ الصلة الأوثق، اي اسناد العقد الى القانون الأوثق صلة به، ويعتبر الاسناد المرن الذي يعتد بالطبيعة الذاتية للرابطة العقدية، وهو ما يسمح بالاسناد المستقل لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة، خير تجسيد لمبدأ الصلة الأوثق. وعادةً ما يقيم هذا الاتجاه قرائن على القانون الأوثق صلة بالعقد، تجسدها في الغالب فكرة محل الأداء المميز، أي المكان الذي يتم فيه تنفيذ الالتزام الرئيسي، الذي يتميز على هذا النحو عن غيره من الالتزامات التي يفرضها العقد.

6. اعترف الفقه الحديث بوجود بعض القواعد القانونية التي تنتمي الى قانون القاضي او الى قانون اجنبي، شرعت اصلاً لتنظيم الروابط الداخلية، وان كانت مراعاة طبيعتها الآمرة تقتضي امتداد تطبيقها ايضاً الى العلاقات الخاصة الدولية التي تدخل في نطاق تطبيقها، وذلك بصرف

النظر عن أي حكم مخالف قد يتضمنه القانون المختص بحكم العلاقة العقدية بمقتضى قواعد الاسناد. وهذا هو التطبيق المباشر لما يُطلق عليه تسمية القواعد ذات التطبيق الضروري او قواعد البوليس. ويقوم منهج القواعد ذات التطبيق الضروري على تحليل القوانين المتصلة بالرابطة العقدية بحثاً عن نطاق سريانها، بدلاً من تحليل الروابط القانونية وصولاً الى القانون الواجب التطبيق في شأنها، كما هو شأن منهج التنازع السافيني. وهذا يعني بالنتيجة ان فكرة القواعد ذات التطبيق الضروري، تعد انعكاساً لنظرية الاحوال التي سادت في بداية ظهور قواعد القانون الدولي في القرن الثالث عشر. بناءً على ما تقدم، فان تعدد المناهج في القانون الدولي الخاص اصبح حقيقة واقعية، وقد ايدتها الاعمال التشريعية مثل التنظيم الاوروبي (Rome 1).

7. ان بحث ارادة هذه القواعد في الانطباق من خلال تحليل مضمونها واهدافها في ضوء ارادة مشرعها، لا يكفي لإعمالها وانما يُشترط ان يكون ثمة صلة عقلانية بين مضمون القاعدة واهدافها وبين نطاق سريانها كما حدده مشرعها، وذلك تجنباً لاعمال قواعد البوليس التي توسع مشرعها في نطاق سريانها على نحو يتجاوز اهداف القاعدة ومقاصدها.

8. يهدف فقه القانون الدولي الخاص من وراء إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الى جانب القانون المعين بموجب قواعد الاسناد، الى تحقيق الاهداف الحيوية والضرورية التي تسعى هذه القواعد الى تحقيقها، وهي اهداف تتعلق بالمصلحة العامة للدولة التي تنتمي اليها هذه القواعد، وكذلك تحقيق وحدة الحلول والتنسيق بينها على المستوى الدولي بحسبان ذلك من الغايات التي يسعى الى ادراكها القانون الدولي الخاص، اضافةً الى تحقيق امكانية تنفيذ الاحكام الاجنبية، طالما قامت هذه الاحكام بتطبيق قواعد البوليس المنتمية للدولة التي سيتم تنفيذ الحكم فيها . وهو ما يحفظ للاحكام الدولية فعاليتها وقيمتها على المستوى الدولي.

أما اهم ما نوصي به من خلال هذه الدراسة فيتمثل بالآتي :

1. ضرورة اللجوء الى قواعد الاسناد بالدرجة الأولى، عند التعرض لحل منازعات التجارة الدولية، وعدم اللجوء الى سن ما يسمى بالقواعد المادية الوطنية (ذات المصدر الداخلي) في القانون الدولي الخاص، ذلك انها تعصف بأهم اهداف القانون الدولي الخاص، وهو حماية توقعات الاطراف وتحقيق الأمان القانوني لهم، كما انها سوف تؤدي الى تعميق الخلاف بين الانظمة القانونية الداخلية في شأن الحلول الواجبة الاتباع على علاقات التجارة الدولية، وهو ما يؤدي في نهاية المطاف الى اخلال بالانسجام الدولي للحلول والذي قد تدركه قواعد الاسناد على

نحو افضل. وبدلاً من اللجوء الى القواعد المادية الوطنية في القانون الدولي الخاص، بحجة مراعاة متطلبات التجارة الدولية، فانه يُفضل الزام القاضي رسمياً بتطبيق القواعد المادية الدولية وبالاخص مبادئ اليونيديروا، وكذلك اتفاقيات التجارة الدولية ذات العلاقة (او بمعنى آخر قانون التجار)، في حالة عدم اتفاق الاطراف على القانون الواجب التطبيق، وبالمثل تقبل اختيار الاطراف لهذه القواعد باعتبارها قانوناً للعقد.

2. نقترح عند وضع الاتفاقيات الدولية المختصة بحكم روابط التجارة الدولية – القواعد المادية الوطنية ذات المصدر الدولي، في القانون الدولي الخاص – ان يتم النص عند تحديد نطاق تطبيقها، على ان يتم هذا التطبيق في الحالة التي لا يوجد فيها اختيار للقانون بمقتضى قواعد القانون الدولي الخاص. والهدف من ذلك، هو تحقيق الأمان القانوني الذي ينشده الأطراف في تعاملاتهم الدولية، وعدم حرمانهم من اختيار قانون آخر لحكم عقدهم.

3. ضرورة ان يتقبل القضاء الفلسطيني فكرة اختيار قانون من قبل الاطراف، دون ان يشترط فيه ان يكون معبراً عن مركز الثقل في الرابطة العقدية، او حتى متصلاً بأحد عناصرها، اذ يجب تقبل اختيارهم، حتى لو كان ينصب على قانون دولة محايدة طالما مصلحتهم تقتضي ذلك. وغالبية النصوص القانونية (ومن ضمنها المادة (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني)، جاءت عامة ومطلقة لا تفرض قيداً او شرطاً بين العقد والقانون المختار لحكمه.

4. ضرورة ان يتبنى المشرع الفلسطيني منهج الاسناد الموضوعي المرن للرابطة العقدية في حال تخلف الارادة عن اختيار قانون العقد، كونه يحقق المرونة المتطلبة لادراك العدالة، لكونه يفرق في الاسناد بين طوائف العقود ذات الطبيعة المتنوعة، ودون ان يؤدي ذلك الى الاخلال بتوقعات الافراد، كون الاسناد يقوم دائماً على افتراضات مسبقة للقانون الأوثق صلة في كل طائفة من العقود ذات الطبيعة الواحدة، وغالباً ما تتجسد هذه الافتراضات بفكرة محل تنفيذ الأداء المميز.

5. لا بد للقضاء الوطني من اتاحة الفرصة للمتعاقدين لاختيار قانون التجار باعتباره قانون العقد، وذلك بناءً على كون معظم قواعد الاسناد (ومن ضمنها المادة (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني وكذلك المادة (1/3) من تنظيم (Rome 1)) لا تربط القانون المختار بدولة معينة، والقول بخلاف ذلك يتضمن بعداً منتقداً عن واقع التجارة الدولية، كما انه يتعارض مع مبدأ حرية الأطراف في اختيار قانون العقد، بل ويتعارض مع قوانين التحكيم في العديد من الدول.

6. نقترح تعديل المادة (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني لتكون منسجمة مع ما أيدناه من اتجاهات وآراء خلال هذه الدراسة، وذلك على النحو التالي :

"1- يخضع العقد للقواعد القانونية التي يختارها الأطراف. وفي غياب هذا الاختيار يخضع العقد لقانون الدولة التي يوجد فيها للشخص الطبيعي المدين بالاداء المميز في العقد، محل الاقامة المعتادة أو مركز العمل الرئيسي اذا كان العقد قد ابرم في نطاق نشاط مهني او تجاري. وفي حالة الشخص المعنوي يخضع العقد لقانون الدولة التي يوجد فيها مركز الادارة الرئيسي، ما لم يتبين من الظروف ان العقد على صلة اوثق بقواعد قانونية أخرى، فتطبق عندئذ هذه القواعد.

أ- يجوز ان يختار الاطراف اكثر من قانون ليحكم كل منها جانباً معيناً من جوانب العقد.

ب- يجوز للاطراف العدول عن القانون المختار وتحديد قانون غيره ليكون واجب التطبيق على العقد.".

7. نقترح تعديل نص المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني لتكون كالآتي : "للأطراف حرية الاتفاق على القواعد القانونية الواجب على هيئة التحكيم تطبيقها على موضوع النزاع. فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق، طبقت هيئة التحكيم القواعد القانونية التي تراها ملائمةً في هذا الخصوص. وفي كل الأحوال تراعي هيئة التحكيم العادات المطبقة على العلاقة بين اطراف النزاع".

المصادر والمراجع

أولاً : المصادر

* القانون المصري رقم (131) لسنة 1948 بإصدار القانون المدني، والمعدل بالمرسوم بقانون رقم (106) لسنة 2011، الجريدة الرسمية – العدد 28 (مكرر) في 16 يولية سنة 2011.

* الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف عام 1961، موجودة على موقع انترنت : http://www.drmmahran.com/pix/document_103.htm

* اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام 1965، موجودة على موقع انترنت :

http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf

* قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966 المطبق في الضفة الغربية، الجريدة الرسمية – العدد 1910 في 1966/3/30.

* القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976، الجريدة الرسمية – العدد 2645 في 1976/8/1.

* اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع (فيينا) لعام 1980، موجودة على موقع الاونيسترال : www.uncitral.org

* قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 والمعدل عام 2006، موجود على موقع الأونيسترال : www.uncitral.org

* قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، الجريدة الرسمية – العدد (تابع) في 1994/4/21.

* مجلة القانون الدولي الخاص التونسية رقم (97) لسنة 1998، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية – 1998/12/1.

* قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، المنشور في الوقائع الفلسطينية – العدد 33 في 2000/6/30.

* قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001، الجريدة الرسمية – العدد 4496 في 2001/7/16.

* التنظيم الأوروبي رقم 2008/593 الصادر عن المجلس والبرلمان الأوروبي في 2008/6/17 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وقد حل هذا التنظيم محل اتفاقية روما اعتباراً من تاريخ 2009/12/17. موجود على موقع انترنت :

http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07/st03/st03691.en07.pdf

* مبادئ يونيديروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية لعام 2010، موجودة على موقع اليونيديروا : www.unidroit.org

* قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام 2012، موجودة على موقع غرفة التجارة الدولية :

www.iccwbo.org

* مشروع القانون المدني الفلسطيني، موجود على موقع انترنت : www.dft.gov.ps.

* المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، موجودة على موقع انترنت : www.dft.gov.ps

ثانياً : المراجع

باللغة العربية :

* الكتب :

1. إبراهيم، نادر : مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي. الاسكندرية : دار الفكر الجامعي. 2002.

2. البارودي، علي : العقود وعمليات البنوك التجارية. الاسكندرية : دار المطبوعات الجامعية. 2001.

3. تناغو، سمير : النظرية العامة للقانون. الاسكندرية : منشأة المعارف. 1974.

4. الجمال، مصطفى و عبد العال، عكاشة : التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية. الاسكندرية : الفتح للطباعة والنشر. 1998.

5. خالد، هشام : ماهية العقد الدولي. الاسكندرية : منشأة المعارف. 2007.

6. دواس، أمين : تنازع القوانين في فلسطين. عمان : دار الشروق. 2001.

7. ديب، فؤاد : القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين. الطبعة الخامسة. دمشق : جامعة دمشق. 1995.

8. الرفاعي، اشرف عبد العليم : القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية. الاسكندرية : دار الفكر الجامعي. 2003.

9. سامي، فوزي : التحكيم التجاري الدولي. عمان : دار الثقافة. 2008.

10. سلامة، احمد عبد الكريم : القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص. القاهرة : دار النهضة العربية. 1985.

سلامة، احمد عبد الكريم : نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. القاهرة : دار النهضة العربية. 1989.

11. الشرقاوي، جميل : محاضرات في العقود الدولية. القاهرة : دار النهضة العربية. 1996-1997.

12. الشرقاوي، محمود : العقود التجارية الدولية "دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع". القاهرة : دار النهضة العربية. 1992.

13. شفيق، محسن : اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع. القاهرة : دار النهضة العربية. 1988.

شفيق، محسن : نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية. القاهرة : مطبعة جامعة القاهرة. 1984.

14. صادق، هشام : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. الاسكندرية : منشأة المعارف. 1995.

صادق، هشام : دروس في تنازع القوانين. الاسكندرية : دار المطبوعات الجامعية. 2003.

صادق، هشام : تنازع الاختصاص القضائي الدولي. الاسكندرية : دار المطبوعات الجامعية. 2002.

15. طه، مصطفى كمال : اصول القانون التجاري – مقدمة الاعمال التجارية والتجار والمؤسسة التجارية والشركات التجارية. بيروت : الدار الجامعية. 1993.

16. عبد العال، عكاشة : قانون العمليات المصرفية الدولية. الاسكندرية : دار المطبوعات الجامعية. 1994.

17. عبد الله، عز الدين : القانون الدولي الخاص. الجزء الثاني، الطبعة الثانية. القاهرة : دار النهضة العربية. 1974.

18. عبد المجيد، منير : قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية. الاسكندرية : دار المطبوعات الجامعية. 1995.

عبد المجيد، منير : تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية. الاسكندرية : منشأة المعارف. 1992.

19. عرب، سلامة فارس : وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية. القاهرة : دار الكتاب الحديث. 1999.

20. عرموش، ممدوح : القانون الدولي الخاص الاردني والمقارن. الجزء الأول. عمان : دار الثقافة. 1998.

21. عشوش، احمد : تنازع مناهج تنازع القوانين. الاسكندرية : مؤسسة شباب الجامعة. 1989.

22. فرج، توفيق حسن : النظرية العامة للقانون. القسم الاول. دون ذكر بلد النشر : الدار الجامعية. 1993.

23. محمد، صلاح الدين جمال الدين : نظرات في القانون الواجب التطبيق وفقاً للمادة (1/42) من اتفاقية مركز تسوية منازعات الاستثمار. القاهرة : دار النهضة العربية. 1995-1996.

24. محمد، محمد ابراهيم : القواعد عبر الدولية الآمرة. الاسكندرية : دار الفكر الجامعي. 2001.

25. المغربي، محمود : في اشكالية تقنين القانون الدولي الخاص. طرابلس : المؤسسة الحديثة للكتاب. 2007.

26. الهداوي، حسن : القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني. عمان : دار الثقافة. 1997.

27. ياقوت، محمود : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. الاسكندرية : منشأة المعارف. 2000.

ياقوت، محمود : قانون الارادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. الاسكندرية : دار الفكر الجامعي. 2003.

28. ياملكي، اكرم : القانون التجاري – في الاعمال التجارية والتاجر والمتجر والعقود التجارية. عمان : دار الثقافة. 1998.

*** الدوريات :**

1. دواس، امين. ((نطاق تطبيق مبادئ اليونيديروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية)). مجلة الحقوق، جامعة الكويت. العدد الثاني. السنة 32.

2. رضوان، ابو زيد. ((الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي – القسم الرابع – القانون او القواعد التي تحكم موضوع النزاع)). مجلة الحقوق، جامعة الكويت. العدد 1-3. السنة الرابعة.

3. القشيري، احمد صادق. ((الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية)). المجلة المصرية للقانون الدولي. المجلد 21. لسنة 1965.

*** الأطروحات والرسائل الجامعية :**

1. عبد الباقي، مصطفى. ((مدى حرية المتعاقدين في اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق على عقود التجارة الدولية)). رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة بيرزيت. فلسطين. 2004.

باللغة الانجليزية :

*** Books :**

1. Nygh, Peter : Autonomy in international contracts. Oxford : Oxford University Press. 1999.

2. Unidroit : Unidroit principles of international commercial contracts 2010. Rome : Unidroit. 2010.

*** Academic theses :**

1. Baddack, Frank. ((Lex mercatoria : Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration)). LL.M thesis, University of the Western Cape, Cape Town, South Africa, 2005.

*** Published researches :**

1. Amissah, Ralph. ((The autonomous contract – Reflecting the borderless electronic – commercial environment in contracting)). Published on the internet at : http://www.cisg3.law.pace.edu/cisg/piblio/amissah2.html.

2. Behr, Volker. ((Rome 1 Regulation – A mostly unified private international law of contractual relationships within most of the European Union)). The journal of law and commerce. Vol.29, no.2, 2011.

3. Bonn, Gesa Baron. ((Do the unidroit principles of international commercial contracts form a new lex mercatoria?)). Published on the internet at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/piblio/baron.html.

4. Frischkorn, Michael. ((Definitions of the lex mercatoria and the effects of codifications on the lex mercatoria's flexibility)). European Journal of Law Reform, Vol. 7, no. 3/4, 2005.

5. Gacimartin Alferez, Francisco J. ((The Rome 1 Regulation : Much do nothing?)). Published on the internet at : http://www.simons-law.com/library/pdf/e/884.pdf.

6. Gebauer, Martin. ((Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation)). Uniform law review (2000-4). Published on the internet at : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gebauer.html.

7. Hazboun, George . ((Autonomy in choice of law)). Journal of law, Faculty of law – Kuwait University, Vol.9, no.2, June 1985.

8. Lei, Wang. ((Mandatory rules of the Rome 1 Regulation : Not "Old wine in new bottles")). Canadian social science journal, Vol. 7, No. 2, 2011.

9. Marrella, Fabrizio and Yoo, Christopher S. ((Is open source software the new lex mercatoria?)) Virginia journal of international law. Vol. 47, no. 4, 2007.

10. Mustill, Michael. ((The new lex mercatoria : The first twenty five years)). Published on the internet at : http://www.trans-lex.org/126900.

11. Sweet, Alec Stone. ((The new lex mercatoria and transnational governance)). Journal of European public policy, vol.13, no.5, 2006.

12. Travnickova, Simona. ((Limitations of the choice of law – Mandatory rules and internationally mandatory rules)). Published on the internet at : http://www.muni.cz/iips/research/publications/824196 .

13. Vernooij, Nils Willem. ((Rome I: An update on the law applicable to contractual obligations in Europe)). Published on the internet at : http://www.cjel.net/online/15_2-vernooij.

14. Waincymer, Jeff. ((International commercial arbitration and the application of mandatory rules of law)). Asian international arbitration journal, vol. 5, no. 1, 2009.

*** Essays :**

1. Melkomian, Gayaneh Melkom. ((Choice of non-state law in international commercial contracts)). Published on the internet at : http://www.luys.am/images/scholars/attachments/Gayaneh_Melkom_Melkomian-IBL_paper_final.pdf.

ثالثاً : شبكة المعلومات العالمية

1. www.eastlaws.com

2. www.unidroit.org

3. www.unilex.info

Applicable law to the International Commercial Contract in Palestine

by :

Rund Harb

Supervisor :

Prof. Amin Dawwas

Abstract

The subject of this study concerns the science of conflict of laws in international commercial contracts, and the aim of this study is to determine the law applicable to the merits and form of these contracts, whether the dispute relating thereto, before the national courts or international arbitration in Palestine.

It is known that the principle of autonomy, of the parties in choose the contract law , is a common principle in the doctrine of international private law, but this principle is represented by two theories, namely: the subjective theory and the objective theory. The standard distinction between the concept of party autonomy principle, according to each of the two theories is, the situation of the will in the face of the law of contract.

If the origin is, subjection the international contractual relationships, to the rule of law by the choice of law rules, according to the traditional approach of conflict, which dates back to the doctrine of Savigny in the nineteenth century, which is based on the analysis of the international

private relationships, to research on the law applicable in the matter, but it is not the only approach prevailing to determine the applicable law in the scope of international relationships. The doctrine of private international law, acknowledged, the need for a unilateral approach that prevailed in the thirteenth century, which is based on the analysis of competing laws to govern the legal relationships after the disclosure of the content of these laws and determine the scope of application. This led to the phenomenon of the multiplicity of approaches in contemporary private international law.

The realization of a unilateral approach, reflected in subjection the international commercial contracts to so- called the national material rules in international private law, which designed specifically to regulate these contracts in response to international consideration necessitated by the nature of the private international law relationships. Similarly, the contracts subject to so-called overriding mandatory rules, to protect the best interests of the Community.

On the other hand, it was necessary in this study, to exposure to the possibility of subjection the international commercial contracts to so-called "lex mercatoria", a separate section of the law for the organization of international commercial relationships. This law derives its provisions from multiple sources including: usages and customs established in the international markets, international trade conventions, model laws, model contracts, the awards of international commercial arbitration and others.

Arab American University – Jenin

Deanship of Postgraduate Studies

Applicable law to the International Commercial Contract in Palestine

by :

Rund Harb

Supervisor :

Prof. Amin Dawwas

This thesis was submitted in partial fulfillment of the requirements for the master's degree in Commercial law

August 2012

© Arab American University – Jenin 2012. All rights reserved.