مجلة
كلية التــراث الجامعة

مجلة علمية محكمة
متعددة التخصصات نصف سنوية
العدد الأربعون
30 آب 2024
ISSN 2074-5621

رئيس هيئة التحرير
أ.د. جعفر جابر جواد

مدير التحرير
أ.م. د. حيدر محمود سلمان

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق 719 لسنة 2011

مجلة كلية التراث الجامعة معترف بها من قبل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بكتابها المرقم (ب 3059/4) والمؤرخ في (2014/ 4/7)

اثر الارادة المنفردة على الإعمال بمنهج قواعد الاسناد

م.م علي عبدالستار ابوكطيفة

كلية مدينة العلم الجامعة – قسم القانون

المستخلص:

قد أدى بنا هذا التراكم المذهل والسريع بكم هائل من القواعد التي تجد مصدرها من المعاهدات الثنائية والجماعية في إرشاد دعائم قانونية لخلق قواعد موضوعية موحدة لتحكم وتنظم المعاملات العابرة للدولية دون الرجوع لعدة قوانين ترشد بها قواعد الإسناد التقليدية , قد لا تتناسب قواعدها الموضوعية مع طبيعة العلاقة الدولية محل النزاع وبالتالي تؤدي لضياع الحقوق المتنازع عليها. مما دفع بالمجتمع الدولي للدخول في معاهدات لتذليل الفوارق والبحث عن امكانية تكوين قواعد تكون اكثر تطوراً من سابقتها لتنظم العلاقات الدولية الخاصة مستندة بالإساس على ارادة الافراد سواء كانت الارادة باختيار قانون معين او مجموعة قواعد من قوانين مختلفة او عدم اختيار قانون معين بالذات.

Summary:

This amazing and rapid accumulation has led us to a huge number of rules that find their source in bilateral and collective treaties in guiding legal foundations to create unified objective rules to govern and regulate trans-international transactions without referring to several laws that guide the traditional attribution rules, whose objective rules may not be appropriate to the nature of the international relationship. The subject of the dispute and thus leads to the loss of the disputed rights. Which prompted the international community to enter into treaties to overcome differences and search for the possibility of forming rules that are more developed than the previous ones to regulate private international relations based primarily on the will of individuals, whether the will is to choose a specific law or a set of rules from different laws or not to choose a particular law in particular.

مقدمة:

على الرغم من استقرار مبدأ (قانون الارادة) بوصفه ضابطاً للإسناد في مجال التعاملات الدولية الخاصة , الا ان النقاش لم يحسم بشأن العديد من المسائل الخلافية التي اثارت حفيظة الفقه ولا يزال النقاش مستمراً فيها. وهذا ما سنحاول بحثه وتسليط الضوء على اهم ما تناوله الفقه والقضاء حول مسالة تطبيق القواعد الارادية على التعاملات الدولية الخاصة.

مشكلة البحث:

يعالج البحث مشكلة ليس وليدة اللحظة ولكنها في نمو مستمر الا وهي مشكلة القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات العنصر الاجنبي وامكانية ايجاد حلول تقلل من المنهج التقليدي في حل المشكلات التي تنشئ نتيجة علاقات خاصة عابرة للحدود. ومن هذه المسائل ما يتعلق بضابط الاسناد الارادي من كيفية التعبير عن الارادة في اختيار قانون العقد وهل ان هذه الارادة مطلقة ام مقيدة وما هو نطاقها؟ وكيف يتحدد القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الاختيار الصريح او الضمني لقانون العقد.

منهجية البحث:

طبيعة البحث تقيدنا باتباع اكثر من منهج بحثي، حيث اتبعنا أولاً المنهج التحليلي في تناول هذا النوع من القواعد الارادية في بيان حالاتها وكيفية تطبيقها على عقود الدولية الخاصة أو كيفية حلها للمنازعات ، ثم استعنا بالمنهج التاريخي في دراسة التطور التاريخي للقواعد الارادة، كما اعتمدنا المنهج المقارن من خلال المقارنة بين عدد من قوانين الدول التي تمثل مدارس فقهية مختلفة، كالمدرسة اللاتينية ومدرسة القانون العام مع تسليط الضوء توجه القضاء والاتفاقيات الدولية في هذا المجال.

هيكلة البحث:

سوف نحاول في بحثنا هذا القاء الضوء على اثر الارادة كضابط اسناد ارادي وذلك من خلال بيان البحث في المطلب الاول بعنوان اختيار قانون معين من قبل طرفي العلاقة. اما في حالة لم يحدد الاطراف أي من القوانين ذات الصلة فسيكون موضوع المطلب الثاني بعنوان عدم اختيار قانون معين من قبل طرفي العلاقة.

المطلب الاول

اختيار قانون معين من قبل طرفي العلاقة

تثير مسألة إسناد العقد الى القانون المختار من قبل الأطراف العديد من التساؤلات ولعل اهمها ما مدى نطاق تلك الارادة . هل يمكن للأطراف إخضاع الرابطة العقدية لأي قانون يتم اختياره إم لا . وهل يمكن للأطراف تجزئة العقد وإخضاع كل جزء لقانون معين(1) إم لا . كل هذه المسائل سنحاول الاجابة عليها من خلال دراسة هذا المطلب. لذا سنقسم البحث في هذا المطلب الى فرعين -:

الفرع الاول: اختيار الاطراف لقانون معين برمته ليحكم العقد

ظهر في اوساط الفقه اتجاهات مختلفة في بيان دور ارادة الاطراف في اختيار قانون العقد (2) اذ يرى أن دور ارادة الاطراف هو ليس اختيار للقانون الواجب التطبيق على العقد , وانما مقتصر على تركيز الرابطة العقدية في دولة معينة , ومن خلال هذا التركيز يستخلص القاضي القانون الواجب التطبيق ليطبقه على اساس انه القانون الاوثق صلة بالرابطة العقدية الذي يشكل مركز الثقل فيها(3).

ويترتب على القول المتقدم نتائج عدة اهمها , ان هذا الاتجاه يرى فيما يذهب اليه ان فيه توحيداً للإسناد في مجال الروابط العقدية الدولية وكذلك لأنه يساوي بين حالة الاختيار وحالة عدم الاختيار, اذ في كلتا الحالتين يتم تحديد القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدولية من خلال فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية(4).

ومن ناحية اخرى فان مقتضيات هذا الرأي المساواة بين الارادة الصريحة والارادة الضمنية , اذ في جميع فروض الاختيار فان الكشف عن عملية التركيز لتحديد القانون الواجب التطبيق يخضع لتقدير القاضي (5) , الامر الذي يترتب عليه ان يكون دور الارادة في هذا المجال هو دور ثانوي او احتياطي طالما كان القاضي هو من يحدد القانون الواجب التطبيق في نهاية الامر.

ان الاتجاه المتقدم على الرغم من محاولته ابراز المزايا التي يترتب على إعمال ما ذهب اليه الا انه لم يستطيع انكار الصعوبات التي تنطوي عليها الفكرة التي قال بها , الامر الذي دفع جانب اخر الى تبنى فكرة اخرى مؤداها التمييز بين حالتين , حالة وجود الاختيار الصريح لقانون العقد وحالة تخلف الاختيار من قبل اطراف العقد.

ففي الحالة الاولى يجب احترام اختيار الاطراف للقانون الواجب التطبيق وتطبيقه ويجب على القاضي احترامه وعدم تجاهله, اذ ان وجود الاختيار الصريح يعني ان الاطراف كانوا على علم بالمشكلة وانهم قصدوا حلها بمقتضى اختيارهم المعلن عنه(6), وان عدم احترام هذا الحق لهم , وان عدم احترام هذه القاعدة من قبل القاضي وتجاهلها يضر بالتنظيم القانوني في العلاقات التجارية الدولية(7).

اما الحالة الثانية وهي حالة انعدام الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد(8) , فعندها فقط يمكن قبول فكرة توطين أو تركيز العقد , حيث يعهد الى القاضي الكشف عن عملية التركيز لاستخلاص القانون الواجب التطبيق على العقد وذلك لأنه عند انتفاء الاختيار الصريح يكون ثمة محل لافتراض ارادة لا وجود لها , فالإرادة الضمنية خيال أو سراب على وفق ما يراه البعض(9) , وان الكشف عنهما يتضمن نوعاً من التحكم ممن يقوم باستظهارها.

ويلاحظ على هذا الاتجاه انه يساوي بين الارادة الضمنية وحالة عدم الاختيار من جهة وبين حالة الارادة الضمنية والارادة المفترضة من جهة اخرى, في حين ان الارادة الضمنية هي ارادة حقيقية وموجودة الا انها تحتاج الى الكشف عنها , ومسلك هذا الاتجاه في ما ذهب اليه هو الذي ادى الى انتقاده من قبل الجانب الثالث من الفقه (10), الذي يرى ضرورة التفرقة بين الارادة الضمنية من جهة والارادة المفترضة وعدم وجود الاختيار من جهة اخرى اذ يجب في الحالة الاولى ان يتم احترام الارادة الضمنية وان تعامل معاملة الارادة الصريحة ويلتزم القاضي باستظهار هذه الارادة من خلال ظروف التعاقد وملابساته ان يكون هذا الاستظهار على نحو مؤكد ولا يدع مجالا للشك في وجودها.

اما في الحالة الثانية اي عند غياب الاختيار , فعدها يجب على القاضي ان يلجأ الى تركيز الرابطة العقدية دون الاعتماد على فكرة الارادة المفترضة كأساس مبرر في الوصول الى القانون الواجب التطبيق . وهذا الراي الاخير يرجح على ما تقدم من

1- الدكتور اشرف وفا محمد, استبعاد تطبيق قاعدة تنازع القوانين بواسطة اتفاق الاطراف, دار النهضة العربية, الطبعة الاولى , 2005, ص 533

2- احمد عبد الكريم سلامة , قانون العقد الدولي , دار النهضة العربية , القاهرة , 2000 , ص 119.

3- الدكتور عكاشة محمد عبد العال , قانون العمليات المصرفية , دار المطبوعات الجامعية , الاسكندرية , 1994، ص16.

4- الدكتور احمد عبد الكريم سلامة, قانون العقد الدولي , مرجع سابق, ص170.

5- الدكتور محمد خالد الترجمان , تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد القرض الدولي , بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي , المجلد التاسع والاربعون , لعام 1993, ص90 وما بعدها.

6- الدكتور عكاشة محمد عبد العال , قانون العمليات المصرفية , المرجع السابق , ص26.

7- الدكتور احمد عبد الكريم سلامة , قانون العقد الدولي , المرجع السابق ص 172.

8- الدكتور اشرف وفا محمد , تنازع القوانين في مجال العقود الدولية أمام القضاء الوطني وهيئات التحكيم الدولية , مرجع سابق , ص38.

9- الدكتور عكاشة عبد العال , قانون العمليات المصرفية , المرجع السابق, ص36.

10- الدكتور عكاشة محمد عبد العال, المرجع نفسه, مرجع سابق , ص36.

اراء واخذت به غالبية التشريعات الوطنية الخاصة بالقانون الدولي الخاص(11), وقد كرست الاتفاقيات الدولية المنظمة لعقود التجارة الدولية الاتجاه الاخير, حيث نجد ان هذه الاتفاقيات لم تسلب الارادة دورها في الاختيار لقانون العقد ولم تجعل منها مجرد عنصر من عناصر توطين او تركيز الرابطة العقدية كما فعل الاتجاه الاول(12), وانها من جانب اخر لم تساوي بين الارادة الضمنية والارادة المفترضة من حيث عدم الاعتداد بها , بل على العكس من ذلك نجد ان هذه الاتفاقيات قد اعترفت بالإرادة الضمنية للأطراف وساوت بينها وبين الارادة الصريحة من حيث فعالية كل منهما في تحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية.

الفرع الثاني : مدى قدرة الاطراف في الاختيار اللاحق و تجزئة الرابطة العقدية

يتم الاتفاق على تطبيق قانون معين عادة عند ابرام العقد الاصلي بأدراج شرط في العقد يقتضي بإخضاعه الى قانون دولة معينة , الا أنه قد يتم الاتفاق على تعديل اختيارهم الذي اتفقوا علية ابتداء عند ابرام العقد , فهل يتم الاعتداد بهذا الاتفاق؟ هذا ما سنبينه في النقطة اولاً. ومن ناحية اخرى فان اختيار الاطراف لقانون العقد عادة ما يكون منصباً على اختيار قانون واحد بحكم الرابطة العقدية في مجملها الا ان الاطراف عادة قد تقوم بتجزئة الرابطة العقدية واخضاع كل جزء منها الى نظام قانوني مختلف وقد يتم الاتفاق على قانون معين يخضع له جزء من العقد فقط دون بقية الاجزاء فهل يتم الاعتداد بمثل هذا الاختيار؟ وهذا ما سنبينه في بحث النقطة الثانية من هذا الفرع.

اولاً : حق الاطراف في الاختيار اللاحق او تعديل الاختيار

اذ كان من المسلم به ان من حق الاطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم, فان الامر مختلف بعض الشيء بالنسبة لتوقيت ذلك الاختيار, فهل يتعين عليهم اختيار ذلك القانون قبل او وقت ابرام العقد فقط؟ ام يمكن الافصاح عن رغبتهم بعد الابرام او وقت نشوء النزاع؟(13).

فيما يتعلق بحق الاطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم في مرحلة لاحقه على ابرام العقد , نجد ان هناك اتجاه يقضي بالاعتراف بحق الاطراف في اختيار قانون العقد ليس فقط عند ابرام العقد بل في اي وقت لاحق على ابرامه , حتى لو كان ذلك الاختيار قد تم لأول مرة امام المحكمة التي طرح عليها النزاع شرط ان تكون تلك المحكمة محكمة موضوع , وان يكون كل من المتعاقدين على وعي تام وراغبين بهذا الاختيار(14).

وهناك اتجاه اخر, رفض الاعتراف بهذا الحق لأطراف الرابطة العقدية , وذلك على اساس ان تخويل المتعاقدين لحق الاختيار اللاحق لقانون العقد يعني الاعتراف لهم بسلطة غير قانون العقد(15) , كما وان اختيار المتعاقدين لقانون العقد لا يستند الى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص , بل الى قاعدة من قواعد تنازع القوانين الامر الذي يقضي ان تمارس الارادة وضيفتها بوصفها ضابطاً للإسناد ومن ثم اختيار قانون العقد , عند التعاقد وليس بعد ذلك(16).

اما فيما يتعلق بحق الاطراف في تعديل اختيارهم السابق لقانون العقد واختيار قانون اخر غير القانون الذي تم الاتفاق علية عند ابرام العقد , فنجد ان هناك جانباً من الفقه رفض الاخذ بفكرة تعديل اختيار قانون العقد والاعتراف بهذا الحق لأطراف الرابطة العقدية , وذلك على اساس ان دور الارادة ينتهي بمجرد الاختيار الاول لقانون العقد , وان السماح للأطراف بتعديل اختيارهم الاول يؤدي الى انشاء التنازع مرة اخرى واعادة اعمال قاعدة التنازع من جديد(17).

وقد تبنت هذا الاتجاه محكمة النقض الايطالية في حكمها الصادر في 28يونيو 1966 , حيث قضت بان "اختيار الاطراف للقانون الواجب التطبيق لم يكون مقبولاً في الحالة التي يتبين فيها ان هذا الاختيار قد تم في تاريخ لاحق للعقد" (18).

ويرى جانب اخر(19) , للأطراف حق تحديد القانون واجب التطبيق في وقت لاحق لأبرام العقد. الا ان حريتهم تخضع لقيدين:

11- الدكتور احمد عبد الكريم سلامة , قانون العقد الدولي , مرجع سابق 174 وما بعدها.

12- انظر المادة الثانية من اتفاقية لاهاي لعام 1955 , والمادة الخامسة من اتفاقية لاهاي لعام 1978 , والمادة الثالثة من اتفاقية روما لعام 1980 , والمادة السابعة من اتفاقية لاهاي لعام 1986 , والمادة السابعة من اتفاقية مكسيكو 1994.

13- الدكتور أشرف وفا محمد , استبعاد تطبيق قاعدة تنازع القوانين بواسطة اتفاق الاطراف, دار النهضة العربية, الطبعة الاولى , 2005, ص 92.

14- الدكتور محمود محمد ياقوت , الروابط العقدية , مرجع سابق , ص85.

15- الدكتور محمود محمد ياقوت, حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف الاسكندرية ، 2000, ص 107 وما بعدها .

16- الدكتور هشام علي صادق, هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , ط2, دار الفكر الجامعي , الاسكندرية , 2001 ,ص 359.

17- الدكتور احمد عبد الكريم سلامة, قانون العقد الدولي , المرجع السابق , ص188.

18- الدكتور أشرف وفا محمد , استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الاطراف, مرجع سابق ص 93, 94.

19-, أشرف وفا محمد, المرجع ذاته , ص182

أ - ينبغي ان لا يؤثر الاختيار الاحق للقانون الواجب التطبيق على سلامة العقد من حيث الشكل , لان لا يعقل ان تتجه ارادة الاطراف بعد ابرام العقد والبدء في تنفيذه الى اختيار قانون ما يؤدي تطبيقه الى بطلان العقد.
ب - ينبغي على الاطراف عدم المساس بحقوق الغير حسنى النية. فالغير الذي يستفيد مثلاً من اشتراط لمصلحة وفقاً للقانون المختار وقت ابرام العقد , لا يجوز المساس بحقة اذا قام الافراد بتعديل القانون الواجب التطبيق في وقتاً لاحق.
الا ان الراجح هو ما انتصرت له الاتفاقيات الدولية المنظمة لعقود التجارة الدولية حيث انه يعترف بحق الاطراف في اختيار قانون العقد في مرحلة لاحقة على ابرام العقد ومن حقهم ايضاً تعديل اختيارهم السابق الذي تم الاتفاق علية عند ابرام العقد(20).
ولما كان الاثر المترتب على الاعتراف للأطراف بحق تعديل اختيارهم والاعتراف بحقهم في الاختيار اللاحق لقانون العقد(21), هو سريان هذا التعديل باثر رجعي الى لحظة ابرام العقد , الامر الذي قد يثير بعض المشاكل الخاصة بصحة العقد من الناحية الشكلية او قد يؤدي الى المساس بحقوق الغير فقد تم تقرير استثناءات لتدارك تلك النتائج السلبية , حيث يستثنى من مبدأ الاثر الرجعي ما يتعلق بصحة العقد من حيث الشكل , وما يتعلق باحترام الحقوق المكتسبة للغير(22). فلا يؤدي تعديل الاختيار لقانون العقد من قبل الاطراف الى بطلان العقد من حيث الشكل , اذ يبقى العقد صحيحاً وفقاً للشكل الذي تم استيفاؤه عند ابرام العقد, وان هذا التعديل لا يمكن باي حال من الاحوال ان يؤدي الى المساس بحقوق الغير حماية للأوضاع الظاهرة واستقراراً للتعامل وحماية لليقين القانوني(23).
ثانياً: حق الاطراف في تجزئة العقد
تجزئة العقد le depecage du contrat تعني قيام الأطراف بتجزئة عناصر العقد واخضاع كل عنصر الى قانون مختلف عن القانون او القوانين التي تخضع لها بقية العناصر , يطلق على هذه التسمية "تجزئة العقد بالمعنى الضيق" . حيث تختلف عن نوع اخر من التجزئة للعناصر المكونة للعقد حيث يضع كل عنصر من عناصر العقد في طائفة اسناد خاصة به . وهكذا فان كل عنصر يخضع لعدة قوانين خاصه به في الوقت نفسه , ويطلق على هذا النوع من التجزئة بالمعنى الواسع depecage lato sensu اصطلاح التكييف في القانون الدولي الخاص(24).
ترتبط فكرة تجزئة العقد بمسالة قدرة الاطراف على اختيار اكثر من قانون او مجموعة قواعد من قوانين مختلفة ,اذ ان تجزئة العقد تعني اخضاع الرابطة العقدية الواحدة لأكثر من نظام قانوني واحد(25). وهذه التجزئة ليست على نوع واحد , فهي اما ان تكون تجزئة قانونية تتم بمعرفة المشرع كما هو الحال بالنسبة لإخضاع الاهلية الى قانون الشخصي للمتعاقدين , وكذلك شكل العقد الى قانون محل ابرامه والاثر العيني لعقود نقل الملكية الى قانون موقع المال , وإجراءات التنفيذ لقانون القاضي, وهذه التجزئة انما يقوم بها المشرع تحقيقاً لاعتبارات الملاءمة(26).
وقد تكون التجزئة بمعرفة القاضي , وذلك عند قيامه بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية ويجد ان هناك جزءاً منها يتصل اتصالاً وثيقاً مع القواعد الامرة الوطنية أو الاجنبية او هناك قاعدة من قواعد التطبيق الضروري الامر الذي يقتضي احترامه وتطبيقه جنباً الى جنب مع القانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الاسناد (قانون الارادة)(27).
وقد تتم التجزئة بمعرفة المتعاقدين وذلك عند قيامهم بتحديد القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية اعمالا لقاعدة قانون الارادة , اذ يقومون بإخضاع العقد من حيث التكوين الى قانون بلد الابرام , وآثاره الى قانون الدولة المراد تنفيذ العقد فيها(28).

20- من الاتفاقيات الدولية التي اقرت حق الاطراف في اختيار قانون العقد في مرحلة لاحقة على ابرامه اتفاقية روما 1980 , حيث نصت على ذلك في المادة (3\2) حيث جاء فيها " the parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously governed it"
وكذلك الحال ما نصت علية اتفاقية لاهاي لعام 1986 حيث جاء في المادة (7\2) منها بانه " 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…"
21- ان حق الاطراف في اختيار قانون العقد في مرحلة لاحقة على ابرامه يؤدي ايضاً الى تعديل قانون العقد , حيث ان هذا الاختيار يؤدي الى تعديل القانون الذي كان سوف يطبق بموجب قاعدة الاسناد المقررة في قانون القاضي عند غياب الاختيار .
22- انظر المادة (3\2) من اتفاقية روما لعام 1980, والمادة (7\2) من اتفاقية لاهاي لعام 1986, والمادة الثامنة من اتفاقية مكسيكو لعام 1994.
23- الدكتور طرح البحور حسن علي فرج , المرجع السابق ص 59.
24- الدكتور أشرف وفا محمد , تنازع القوانين في مجال العقود الدولية أمام القضاء الوطني وهيئات التحكيم الدولية , مرجع سابق ,ص 58.
25- الدكتور محمود محمد ياقوت , حرية المتعاقدين , المرجع السابق ,ص 271.
26- الدكتور احمد عبد الكريم سلامة , قانون العقد الدولي , المرجع السابق ,ص 187.
27- الدكتور احمد عبد الكريم , مرجع سابق , ص 178.
28- الدكتور محمود محمد ياقوت , حرية المتعاقدين, مرجع سابق ,ص287,

وقد اختلف الفقه حول فكرة تجزئة العقد ومدى قدرة الاطراف على ممارسة هذا الدور, فذهب جانب من الفقه (29) الى رفض فكرة حق الاطراف في تجزئة الرابطة العقدية واخضاعها الى اكثر من قانون , وذلك لان العقد يمثل وحدة واحدة من الناحيتين النفسية والاقتصادية مما ينبغي معه الحفاظ على هذه الوحدة واخضاعه لقانون واحد بدلا من تقطيع اوصاله واخضاعه الى قوانين عدة يترتب عليها الاخلال بالتوازن العقدي والاستقرار اللازم للرابطة العقدية.

فيما يذهب جانب اخر(30) الى الاعتراف بحق الاطراف في تجزئة الرابطة العقدية انطلاقاً من الفكرة التي تقضي بان العقد رابطة متعددة الجوانب ومن ثم يمكن تجزئة عناصره واخضاع كل عنصر منها الى قانون يختلف عن الاخر, بحيث تتعدد القوانين التي تحكم العقد بالنظر الى كل عنصر من عناصره واثارة, طالما كانت هناك صلة بين هذا العناصر والقانون الواجب التطبيق.

واذا كان منطق هذا الراي الاخير يتفق مع فكر النظرية الشخصية , اذ تعد مسألة تجزئة العقد من النتائج التي تترتب على هذه النظرية, فان النظرية الموضوعية لم ترفض هذه الفكرة طالما كان القانون الواجب التطبيق على صلة بالعنصر الذي يراد تطبيق ذلك القانون علية , اضافة الى ذلك ان هذه النظرية قد اشترطت ان لا تؤدي تجزئة العقد الى الاخلال بالانسجام المتطلب في الرابطة العقدية ولا تؤدي الى افلات العقد من سلطان القانون بحيث يتمكن الاطراف من خلال هذا الخليط القانوني المترتب على تجزئة العقد من الافلات من احكام الامرة في القوانين المختارة(31).

أما على صعيد الاتفاقيات الدولية فنجد ان هذه الاتفاقيات قد اقرت مبدأ تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانوناً واحداً, ومن الاتفاقيات الدولية التي اعترفت بحق الاطراف في تجزئة الرابطة العقدية واخضعها لأكثر من قانون ,لائحة البرلمان والاتحاد الاوربي 2008 اذ ان هذه اللائحة بعد ان اقرت حق الاطراف في اختيار قانون العقد في مادتها (3\1) عادت واقرت حق الاطراف في ان ينصب اختيارهم لقانون العقد على جميع العقد او على جزء منه(32).

ويشترط لاعتبار جانب من العقد قابل للانفصال عن باقي جوانبه الاخرى ان يكون لهذا الجانب القدرة على انه يصبح موضوعاً لحل مستقل للنزاع يختلف عن الحل المقرر عن باقي جوانب الروابط العقدية الاخرى, وتعد العقود المركبة مثل عقود التعاون الصناعي والمتضمنة لمجموعة من الالتزامات المستقلة, كالالتزام بأنشاء مصنع , وبتوريد الآلات وصيانتها ونقل التكنلوجيا وتدريب الفنين , مثلاً للعقود التي تتضمن التزامات عديدة يمكن ان يستقل كل منها بحل منفرد.

ويذهب البعض (33) الى ان حق الاطراف في تجزئة العقد وفقاً لما قررته الاتفاقيات الدولية سالفة الذكر هو حق مقيد بقيد المعقولية ومراعاة حكم القانون سواء كانت التجزئة تتم بمعرفة الاطراف لرابطة العقدية ام بمعرفة قاضي الموضوع.

وبدورنا ننتصر لقول البعض(34) الذي يرى ان قيد المعقولية يرتبط وفقاً لتوجيهات الاتفاقيات الدولية المعروضة في النصوص التي تناولت هذه الفكرة بفكرة القانون الاوثق صلة عند غياب الاختيار, الامر الذي يؤدي الى ان يعد قيد المعقولية قيداً خاصاً يرد على سلطة القاضي في تجزئة العقد دون ان يمتد ليشمل قدرة المتعاقدين على تجزئة العقد , وذلك لان هذا القول الاخير يتعارض مع توجيهات هذه الاتفاقيات الدولية في اطلاق الحرية لا رادة الاطراف في تحديد قانون العقد دون تقيدها بقيد او شرط سوى مراعاة القواعد الأمرة في القوانين الوطنية والاجنبية التي تكون على صلة بالرابطة العقدية.

ومن الملاحظ انه لا يوجد في القوانين العربية الصادرة في مجال التحكيم اي نص صريح بخصوص أمكانية الاطراف بتجزئة الرابطة العقدية واخضاعها الى اكثر من قانون الا ما ندر . ومع ذلك يرى جانب من الفقه (35) ان ذلك يستفاد بصورة ضمنية من النصوص , ذلك ان نصوص هذه القوانين تمنح للأطراف سلطة اختيار قواعد قانونية للانطباق على موضوع النزاع وليس اختيار قواعد قانون ليطبق على المسألة . وبما ان للأطراف الحق في اختيار قواعد قانونية غير وطنية كذلك يسمح لهم باختيار أكثر من قانون واحد للانطباق على ذات النزاع. الا انه ينبغي ألا تؤدي التجزئة الى عدم توازن العقد , وكذلك الامر اذا كانت القوانين المختارة متعارضة في فلسفتها وأحكامها(36).

29- الدكتور عز الدين عبد الله , المرجع السابق ص 257.

30- الدكتور محمود محمد ياقوت , حرية المتعاقدين, المرجع السابق ,ص 274.

31- الدكتور محمود محمد ياقوت , حرية المتعاقدين , مرجع سابق , ص121.

32- نصت المادة (3\1) بانه:

"By their choice the parties can select law applice to the whole are part only of the contract".

انظر في شرح تلك المادة : استاذنا الدكتور اشرف وفا محمد , تنازع القوانين في مجال العقود الدولية أمام القضاء الوطني وهيئات التحكيم الدولية , مرجع سابق , ص59 وما بعدها.

33- الدكتور طرح البحور حسن علي فرج , مرجع سابق , ص63

34- الدكتور فراس كريم شيعان, مرجع سابق , ص137.

35- الدكتور أشرف وفا محمد , تنازع القوانين في مجال العقود الدولية أمام القضاء الوطني وهيئات التحكيم الدولية , مرجع سابق ,ص 65.

36- استاذنا الدكتور أشرف وفا محمد , المرجع نفسه , ص62.

وبالتالي هذه الحرية التي منحت للأفراد في المعاملات الدولية الخاصة لا نجد لها مثيل في القوانين الوطنية أو في المعاملات الداخلية . هذه القواعد هي الاكثر ملاءمة وأكثر مرونة لتتماشى مع متطلبات التجارة الدولية وبالتالي توحيد ضابط الاسناد في المعاملات التجارية الدولية , واعطاء الافراد الحرية الكاملة لاختيار القانون الواجب التطبيق أو القواعد القانونية التي تنظم الرابطة العقدية بين اطراف العقد.

المطلب الثاني

عدم اختيار قانون معين من قبل طرفي العلاقة

لم تغفل الاتفاقيات الدولية المنظمة للتعاملات الدولية , معالجة حالة عدم قيام اطراف الرابطة العقدية بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد صراحة عند ابرام العقد أو في فترة لاحقة على ابرامه , ولم يستطيع قاضي الموضوع أن يستخلص اختيارهم الضمني لذلك القانون , اذ أن مثل هذه الحالة الاخيرة لا يعقل ان يكون الحل هو تخلي القاضي عن نظر الدعوى والفصل فيها بحجة عدم الاستدلال على القانون الواجب التطبيق لان الفعل ذلك يعد انكاراً للعدالة, الامر الذي دفع الى تخويل القاضي سلطة تعين القانون الواجب التطبيق على العقد ليتسنى له الفصل في النزاع المعروض امامة .

لكن ما هي حدود سلطة القاضي التقديرية في مثل هذه الحالة ؟ هل هي سلطة مطلقة حيث تخوله تعين قانون العقد كيف ما يشاء أم هي سلطة مقيدة؟

استقر الراي على أن يتم تقيد سلطة القاضي التقديرية في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الاختيار وذلك لان اطلاق سلطة القاضي امر غير مرغوب فيه ولا ينسجم مع مقتضيات العلاقات الدولية الخاصة وذلك لأنه يفضي الى الاخلال لتوقعات الاطراف واهدار الامان القانوني الذي يجب ان يسود المعاملات الدولية(37).

وهذا الحل ان كان السائد فقهاً وتشريعاً(38), ويوحي بالسهولة والفاعلية الا انه لا يخلو من المثالب ولم يسلم من سهام النقد وذلك نتيجة للجمود الي يتصف به(39).لذا سنقسم البحث في هذا المطلب الى فرعين -:

الفرع الاول : فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية

اقتضى التطور الحديث في التعاملات الدولية ومبادلاتها , وما نتج عنه من تعدد العقود وتنوعها ,ان يكون هناك تجاوب نحو تحقيق المرونة في اسناد الروابط العقدية في حالة غياب الاختيار من قبل الاطراف وهجر فكرة الاسناد الجامد السائد لدى الفقه التقليدي وما تبناه من قبل التشريعات الحديثة.

ان فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية اما ان تكون عن طريق ظروف التعاقد وملابساته وهذا ما سنبحثه في اولاً , او التركيز الموضوعي وفقاً لطبيعتها الذاتية وهذا سيكون ثانياً:

اولاً: التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وفقاً لظروف التعاقد وملابساته

تحولت انظار الفقه نحو فكرة اسناد الرابطة العقدية في حالة غياب الاختيار الى القانون الاوثق صلة بتلك الرابطة , وذلك بتركيز الرابطة العقدية في إطار نظام قانوني معين من خلال ظروف التعاقد وملابساته, ومن ثم اسناد الى القانون الذي يشكل مركز الثقل في هذه الرابطة(40).

وفكرة الاسناد المرن للرابطة العقدية في حال غياب اختيار الأطراف , ترجع في أصولها الى القضاء الانكليزي في تفضيله اعتناق معيار مرن للإسناد يقوم على البحث في كل حالة عن اقرب القوانين صله بالنزاع حسبما تشير الى ذلك ظروف التعاقد وملابساته , وقد عبر عنها بفكرة القانون الملائم للعقد . وعملية التوصل الى القانون الاوثق صلة هي عملية فكرية يقوم بها القاضي للبحث عن مركز الثقل في الرابطة العقدية , تمهيداً لأسنادها الى قانون ذلك المكان , وفي كل حاله على حدة , وذلك يكون من خلال البحث في الظروف الموضوعية والشخصية التي احاطت عملية التعاقد(41), اذ يستند القاضي الى العلامات الخارجية للاستدلال على مركز الثقل على الرابطة العقدية كمفاوضات التي جرت بين الطرفين أو اجراءات تنفيذ العقد أو مكان ابرام العقد (42).

37- الدكتور هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , مرجع سابق, ص527.

38- انظر في ذلك المادة (25) مدني عراقي, المادة (20) مدني سوري , المادة (19) معاملات المدنية الاماراتي , المادة (19) مدني ليبي , المادة (20) مدني يمني المادة (20) مدني اردني , المادة (19) مدني مصري .

39- انظر في ذلك: الدكتور هشام علي صادق , مرجع سابق , ص372, ص 416. الدكتور احمد عبد الكريم سلامة , قانون العقد الدولي, مرجع سابق, ص198 . الدكتور عكاشة محمد عبد العال , قانون العمليات المصرفية , مرجع سابق , ص 59. الدكتور عز الدين عبد الله , مرجع سابق , ص44. الدكتور احمد عبد الكريم عشعوش , قانون العقد الدولي , مرجع سابق, ص 113. الدكتور محمود محمد ياقوت , مرجع سابق , ص 153. الدكتور خالد عبد الفتاح مراد , حماية المستهلك , ص141,

40- الدكتور باسم سعيد , اطروحة دكتوراه , مرجع سابق , ص 122.

41- الدكتور حفيظة السيد الحداد عقود الدولة , مرجع سابق , ص 507.

42- الدكتور عكاشة محمد عبد العال , قانون العمليات المصرفية , مرجع سابق , ص61.

وعموماً فان تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وفقاً لظروف التعاقد وملابساته وان كان يتم من قبل القاضي الا ان ارادة الاطراف لها دور هام في تجميع الاحداث المادية للعملية التعاقدية في دولة معينة وفقاً لما يلائمهم (43).

ومن ثم يقوم بالموازنة فيما بينها ويرجح اخرها على ما عداها من العناصر وفقاً لأهمية ذلك العنصر وصلته بالعقد ومدى ثقلة في ميزان العملية التعاقدية , وله في سبيل تحقيق ذلك ان يمازج بين عنصرين او اكثر من عناصر العلاقة العقدية ليتوصل الى القانون الاوثق صلة بها ومن ثم اسنادها الى هذا القانون , والقاضي عند قيامة بعملية

ثانيا: التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وفقاً لطبيعتها الذاتية

يعد اسناد العقد للقانون الاوثق صلة به من خلال نظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وفقاً لطبيعتها الذاتية من اهم الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب الاختيار الذي قننته الاتفاقيات الدولية كاتفاقية لاهاي لعام 1955 واتفاقية لاهاي لعام 1978 , ولائحة البرلمان الاوربي 2008.

تقوم هذه النظرية على اساس استعمالها لضابط موضوعي يتمثل بالأداء المميز في الرابطة العقدية , وهو معيار يتصف بالمرونة ويؤدي الى تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد حسب اهمية الالتزام الاساسي وثقله , فاذا كان العقد يتضمن أداءات عدة فلا شك أن هناك اداءً جوهرياً يميز العقد عما سواه ويكشف عن خصائصه الذاتية , لذلك يجب ان يتم الاستناد الى هذا الاداء في تحديد القانون الواجب التطبيق(44).

تعتمد هذه النظرية لتحليلها للرابطة العقدية على العناصر الموضوعية دون الشخصية المستمدة من ارادة الاطراف , حيث يتم تحليل هذه العناصر بالوصول للالتزام الرئيسي الذي يمثل محور الرابطة العقدية والعنصر الأكثر أهمية فيها الذي عن طريقه يمكن تميز العقد عن غيرة من العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق طبقاً لخصوصية العلاقة المتنازع عليها(45).

يتم تقدير الأداء المميز أو الالتزام الرئيسي في العقد , ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق بالنظر الى وقت إبرام العقد وتصرف الاطراف لذلك القانون وفي ذلك الوقت , حتى لو لم يتم تنفيذ العقد أو لم يقم المدين بالوفاء بالالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتقه بموجب العقد ضماناً لعدم الاخلاء بتوقعات الاطراف وحماية لحقهم المشروع في تحقيق الامان القانوني لمعاملاتهم عبر الحدود (46).

ومن اهم النتائج التي افضى اليها استعمال نظرية الأداء المميز هو تحقيقها لهدفين ضروريين لاستقرار التجارة الدولية : اولهما تحقيقها لمرونة الاسناد, وثانيهما الحفاظ على التوقعات المشروعة للمتعاقدين وذلك لأنها تعتمد على التحليل الموضوعي للرابطة العقدية من خلال طبيعتها الذاتية وصولاً الى تحديد الالتزام الرئيسي دون النظر الى الظروف الخارجية المحيطة بالعملية التعاقدية, وبذلك يتحقق الامان القانوني الذي ينشده اطراف الرابطة العقدية , من خلال علمهم المسبق بقانون الواجب التطبيق على العقد, خلاف لما هو متبع في سابقتها التي تعتمد على ظروف التعاقد وملابساته(47).

يحسب لهذه النظرية اعتمادها على التحليل القانوني والاقتصادي في الوقت ذاته للوصول الى الاداء المميز اذ ان التحليل القانوني للعقد بحثاً عن الاداء المميز فيه يوفر فرصة معرفة جوهر العقد المتميز بين المتعاقدين (دائن, مدين), اما التحليل الاقتصادي فانة يفيد في الكشف عن طرف واحد هو الذي ابرم العقد ومارس وظيفته في الحياة الاقتصادية في حين ان الطرف الاخر لا يعدو عن كونه عميله , الامر الذي يؤدي الى وحده القانون المطبق على العقد(48).

ان المزايا التي تتمتع بها هذه النظرية جعلها محل تقدير وترحيب من جانب كبير من الفقه والقضاء والتشريعات الحديثة , اضافة الى تبنيها من قبل الاتفاقيات الدولية (49).

43- الدكتور صفوت احمد عبد الحفيظ , مرجع سابق, ص 189.

44- الدكتور احمد عبد الكريم سلامة , قانون العقد الدولي , مرجع سابق , ص199.

45- الدكتور اشرف وفا محمد , تنازع القوانين في مجال العقود الدولية أمام القضاء الوطني وهيئات التحكيم الدولية , مرجع سابق , ص77 وما بعدها؛ الدكتور عصام الدين القصبي , مرجع سابق , ص54.

46- الدكتور بشار الاسعد , مرجع سابق , ص261.

47- الدكتور صفوت احمد عبد الحفيظ , مرجع سابق , 197.

48- الدكتور عادل ابو هشيمة حوته , مرجع سابق , ص 98.وانظر في قيام نظرية الاداء المميز بالاعتماد الاساس الوظيفي للإسناد , دكتور صفوت احمد عبد الحفيظ , مرجع سابق, ص 197 وما بعدها. دكتور خالد محمد الترجمان , مرجع سابق, ص116وما بعدها.

49- انظر :

" Francisa Gabor , op cit , no VI" .

كذلك انظر:

Gabor peter palasti , the future impact of the Rome convention on Hungarian conflict rules , no . 3.5 , P7, 8

فلائحة البرلمان اقرت مبدأ الصلة الوثيقة كمبدأ عام في تحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب الاختيار(50), ثم بعد ذلك وضعت قرينة قانونية تفيد بان العقد يكون له صلة وثيقة بقانون الدولة التي يوجد فيها محل اقامة المدين بالأداء المميز وقت ابرام العقد , وذلك عندما يكون هذا الشخص طبيعياً , او قانون الدولة التي يوجد بها مركز ادارته الرئيسي , اذا كان شخصاً معنوياً(51).

ومن خلال ما تقدم يتضح ان الاتفاقية قد جمعت بين منهجين متغايرين في اسناد الروابط العقدية عند غياب الاختيار: فإقرار الاتفاقية لمبدأ القانون الاوثق صلة بالرابطة العقدية كمبدأ عام ينبئ عن تبنيها لمنهج يتسم بالطابع الشخصي وذلك من خلال ظروف التعاقد وملابساته , وفي مقابل ذلك نجدها قد تبنت في الفقرة (2) من المادة الرابعة منهجاً يتسم بالموضوعية باعتبارها فكرة الاداء المميز كقرينة للكشف عن القانون الاوثق صلة , لكون هذه النظرية لا تلقى اعتباراً لأي عناصر واقعية خارجة عن طبيعة العقد وذاتيته (52).

ولكي نرفع التعارض بين المنهجين السابقين يمكننا القول بان القاضي مقيد ابتداء في تحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب الاختيار من خلال رابط الصلة الوثيقة , اي من خلال التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وفقاً لطبيعتها الذاتية اعتماداً على فكرة الاداء المميز فان لم يستطع القاضي ان يهتدي للقانون الواجب التطبيق من خلال فكرة الاداء المميز رجع للمبدأ العام المقرر في الفقرة (1) من المادة الرابعة ليقوم بالبحث عن اقرب القوانين صلة من خلال ظروف التعاقد وملابساته وهو ما يمثل تقويماً للإسناد في حالة عدم التوصل الى القانون الاوثق صلة عن طريق قرينة الاداء المميز .

الفرع الثاني: فكرة استثناءات تقويم الاسناد وفقاً للاتفاقيات الدولية

اقر انصار نظرية الاداء المميز وجود استثناء يرد على معيار الاداء المميز يقضي بالاعتداد , وفي حالات معينة , بالقانون الاوثق صلة بالرابطة العقدية , فان وجد القاضي ان محل الاداء المميز لا يعد ذا صلة وثيقة بالعقد , جاز له ان لا يعتد به كأساس في اسناد الرابطة العقدية ليرجع عند هذا القانون الذي يراه اكثر تعبيراً عن الصلة الوثيقة (53), وهذا الامر تفتضيه اعتبارات المرونة المتطلبة في الاسناد نتيجة لتنوع العقود الدولية وتعدد صورها الامر الذي يستحيل معه الاعتماد على معيار محدد مهما كانت درجة مرونته(54).

اذا كانت فكرة الاداء المميز تمثل جانب من التطور في مجال اسناد العقود الدولية , فان فكرة تقويم الاسناد وجدت لها مجالاً رحب في إطار هذا الاسناد واصبحت تمثل جانب اخر من التطور الحاصل في مجال العقود الدولية.

وقد اقرت العديد من الاتفاقيات الدولة بفكرة تقويم الاسناد وضمنتها في طيات نصوصها كما هو الحال بالنسبة لاتفاقية لاهاي 1955 المتعلقة بتسوية الاختلافات بين قانون الجنسية وقانون مكان الاقامة , واتفاقية لاهاي 1978 والخاصة بالقانون الواجب تطبيقه على الوكالة , واتفاقية لاهاي لعام 1986 والخاصة بالقانون الواجب تطبيقه على عقود البيع الدولي , واخرها اتفاقية مكسيكو لعام 1994 والخاصة بأنشاء منطقة تجارة حرة في امريكا الشمالية , حيث تمارس فكرة تقويم الاسناد في ضل هذه الاتفاقيات دور الرقيب على قاعدة الاسناد الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق في حال غياب الاختيار, كما تمارس هذه الفكرة دوراً تصحيحياً في تعديل الاسناد نحو استبعاد القانون الذي لا يعبر عن الصلة الاوثق أو مركز الثقل في العلاقة العقدية محل النزاع وعقد الاختصاص للقانون الأوثق صلة من خلال ظروف التعاقد وملابساته(55).

الا ان الاتفاقيات الدولية ذات الصلة لم تترك امر تحديد الاستثناءات التي يأخذ بها في تقويم الاسناد الى مطلق سلطان القاضي , بل حددت الحالات التي يتم فيها اعمال هذه الفكرة التي يمكن اجمالها بالاتي :

اولاً: الحالات التي يتبين فيها أن هناك قانون اخر اشد وثوقاً واقوى ارتباطاً بالعلاقة العقدية من قانون محل الاقامة المعتاد للمدين بالأداء المميز. وهذا ما تبناه جانب من الفقه(56).

وقد نصت لائحة البرلمان الاوربي في الفقرة (5) من المادة الرابعة حيث جاء فيها " يستبعد تطبيق الفقرة الثانية في الحالات التي لا يمكن فيها تحديد الاداء المميز كما يمتنع اعمال القرينة المنصوص عليها في الفقرات (4,3,2) عندما يتبين من مجموع الملابسات المحيطة بالعملية التعاقدية ان العقد يرتبط بصلات اكثر وثوقاً مع قانون دولة اخرى"(57).

50- انظر نص الفقرة (1) من المادة الرابعة من اتفاقية روما لعام 1980 المعدلة بموجب لائحة البرلمان الاوربي 2008.

51- انظر نص الفقرة (2) من المادة الرابعة من اتفاقية روما لعام 1980 المعدلة بموجب لائحة البرلمان الاوربي.

52- انظر الدكتور سلامه فارس عرب, مرجع سابق ص69.

53- الدكتور اشرف وفا محمد , تنازع القوانين في مجال العقود الدولية أمام القضاء الوطني وهيئات التحكيم الدولية , مرجع سابق ,ص 78 وما بعدها.

54- الدكتور صفوت احمد عبد الحفيظ , مرجع سابق , ص82.

55- الدكتور هشام علي صادق , عقود التجارة الدولية , مرجع سابق ,ص470.

56- استاذنا الدكتور أشرف وفا محمد , حوالة الحق في نطاق العلاقات الدولية الخاصة , المجلة المصرية للقانون الدولي , العدد التاسع والخمسون , 2003 , ص192.

57- الفقرة (5) من المادة الرابعة من لائحة البرلمان الاوربي .

وكذلك الحال بالنسبة لاتفاقية مكسيكو لعام 1994 اذ جاء في مادتها التاسعة الفقرة الاخيرة " ومع ذلك , اذا كان جزء من العقد ممكن فصلة عن بقية العقد وكان يرتبط بصلة وثيقة بدولة اخرى , فان قانون هذه الدولة ممكن ان يطبق على سبيل الاستثناء على ذلك الجزء من العقد "(58).

والامر ذاته نصت علية اتفاقية لاهاي لعام 1978 بشان عقود الوكالة والوساطة حيث جاء في العبارة الثانية من المادة السادسة منها " ومع ذلك يطبق القانون الداخلي للدولة التي يجب ان ينفذ فيها الوسيط نشاطه الرئيسي متى كان له في هذه الدولة مؤسسة مهنية , او كان له محل اقامة معتاد في هذه الدولة "(59).

ثانياً: يتم تطبيق فكرة تقويم الاسناد في الحالات التي يتعذر فيها تحديد الاداء المميز او الالتزام المحوري في العقد , اذ توجد بعض انواع العقود التي تتساوى فيها الالتزامات المتقابلة بحيث يعد كل اداء او التزام فيها رئيسياً أو محورياً ولما كان الاداء المميز شانها شان اي فكرة قانونية لا تستطيع ان تواجه الا الغالب من الفرض , لذلك كان لا بد من تقرير مثل هذا الشرط الاستثنائي الذي يعيدنا الى الاصل العام في تطبيق القانون الاوثق صلة تحقيقاً لمتطلبات العدالة (60).

كما نصت على هذه الحالة ايضا اتفاقية روما لعام 1980 اذ اشارت الفقرة الخامسة من المادة الرابعة من هذه الاتفاقية الى ان " يستبعد تطبيق الفقرة الثانية في الحالات التي لا يمكن فيها تحديد الاداء المميز " (61).

ثالثاً: واخيراً يتم اللجوء الى تقويم الاسناد كاستثناء على تطبيق مبدا الاداء المميز وذلك في الحالات التي يتخذ فيها المدين بالأداء المميز من التصرفات التي تؤكد عدم حرصه ورغبته في تركيز العلاقة العقدية في إطار قانون محل اقامته المعتاد أو مركز نشاطه المهني أو مركز ادارته الرئيسي ، وذلك بان يبادر المدين بالأداء المميز ويسعى الى محل اقامة الدائن ويبرم مع العقد في محل اقامة هذا الاخير ، أو اذا كان هذا المدين شخصا معنوياً واتخذ له فرعاً في محل إقامة من تعاقد معه (62) ، وهذه الحالة قد نصت عليها كل من اتفاقية لاهاي لعام 1955 (63) وكذلك اتفاقية لاهاي عام 1986(64).

هذه الحالة وان كانت تتفق مع سابقتها في ان الاسناد لا يكون الى قانون المدين بالأداء المميز الا انها تختلف عنها في ان الاسناد يكون فيها الى قانون الدائن بالأداء وليس القانون الاوثق صلة بالرابطة العقدية ومن ثم فان هذه الحالة تمثل اختلافاً في الاساس الذي بنيه علية الاسناد في سابقتها , اذ أن في ضوء الحالات السابقة فان منهج الاسناد يقتضي الانتقال من الخاص الى العام اي من القاعدة الخاصة التي تقضي بخضوع العقد الى قانون المدين بالأداء المميز بوصفه ضابط للإسناد يتولى تركيز العلاقة العقدية من خلال النظر الى الطبيعة الذاتية للرابطة العقدية وصولاً الى القانون الاكثر صلة , الى القاعدة العامة التي تقضي بإخضاع العقد ابتداء في حالة غياب لاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد من قبل الاطراف الى القانون الاوثق صلة .

في حين أن الاسناد في الفرض الاخير وفقاً للحالة الثالثة يؤدي الى الانتقال من الخاص الى الخاص فبدل من ان يتم تطبيق قانون المدين بالأداء المميز يصار الى تطبيق قانون الدائن بهذا الاداء , ويبرر الفقه هذا التغير في الاسناد على اساس حماية توقعات الاطراف المشروعة (65).

وخلاصة ما تقدم نجد ان اللجوء الى فكرة تقويم الاسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب اختيار قانون العقد من قبل الاطراف وفقاً لرابط الاداء المميز لا يتوقف على طبيعة العقد فقط وانما على طرف الذي اتخذ مبادرة التعاقد ايضاً, ومن جانب اخر نجد ان إعمال هذه الفكرة يمثل تحول هام وتطور في مجال الاسناد عند غياب اختيار الاطراف لقانون العقد وتحقق

58- نصت الفقرة الاخيرة من المادة (9) من اتفاقية مكسيكو لعام 1994 على انه:
"…. Never the less . if a part of the contract were separable from the rest and if it had a closer tie with another state , the law of that state could , exceptionally , apply to that part of contract".

59- نصت المادة السادسة في فقرتها (2) من اتفاقية لاهاي لعام 1978 على انه :
" However , the internal law of the stat where the agent is primarily to act shall apply if the principal has his business establishment or if he has none , habitual residence in that state "

60- الدكتور هشام علي صادق ، مرجع سابق ، ص463.

61- نصت الفقرة (4) من المادة الخامسة من اتفاقية روما لعام 1980 على انه:
" Paragraph 2 shall not apply if the characteristic performance con not be determined , and the presumptions in paragraphs 2,3 and 4 shall be disregarded if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country".

62- الدكتور هشام علي صادق, عقود التجارة الدولية , مرجع سابق , ص473.

63- انظر المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي لعام 1955.

64- كذلك المادة (8) فقرة (2) من نفس الاتفاقية.

65- الدكتور هشام علي صادق, عقود التجارة الدولية , مرجع سابق , ص473 وما بعدها.

مرونة كبيرة في الاسناد تمكنها من استيعاب أخر التطورات على صعيد المعاملات الدولية بما يستجيب للتطور الحاصل على صعيد التجارة الدولية ويحقق حماية لمصالح الافراد.

الخاتمة:

بينت الصفحات السابقة من دراستنا انها تهدف الى ابراز الدور الذي يؤديه المجتمع الدولي في تطور قواعد تنازع القوانين وبروز دور ارادة الافراد كضابط اسناد او كقانون موحد مستقل من خلال اختيارنا موضوع من اهم الموضوعات القانون الدولي الخاص.

وقد خلصنا من خلال بحثنا هذا الى مجموعة من النتائج والتوصيات التي تتمثل بالتالي:

النتائج:

1- بينت الدراسة ومن خلال تحليل الاتفاقيات الدولية الخاصة بتوحيد قواعد القانون الخاص , امكانية وضع قواعد موضوعية موحدة اكثر مرونة وانسجام من تلك القواعد الوطنية لتحكم المعاملات الدولية , ولعل من اهم ما يدعم حديثنا هو ما تم اعداده من مشاريع قوانين مثل (المصطلحات التجارية الدولية "الانكلوترم , Incoterms "قانون اليونسترال Uncitral للتحكيم التجاري الدولي , عقد البيع الدولي النموذجي , واخيرها مبادئ "اليونيدروا Unidroit "

2- قد ابرزت الدراسة ان قاعدة الاسناد الخاصة بالتجارة الدولية (قانون الارادة) لم تعد محايدة ومجردة , تختار القانون الذي يبدو اكثر ملائمة من بين القوانين المتزاحمة للانطباق على العلاقة القانونية محل التنازع بغض النظر عن مضمون ذلك القانون والنتائج التي تترتب على تطبيقه.

3- فقد كشف لنا التنظيم البحث عن جانب آخر من جوانب هذه القاعدة وهو الجانب المادي , فاختيار الاطراف لقانون العقد انما يتم وفقاً لاعتبارات خاصة يقدرها الاطراف ويعبرون عنها باختيار قانون معين , وهم بذلك يضعون بالحسبان مضمون هذا القانون ويبحثون في نتائج تطبيقه قبل الاختيار له , وبالتالي يؤدي ذلك الى تغلب اللجوء الى النظرية الشخصية على النظرية الموضوعية.

4- على صعيد مفهوم القانون المسند اليه فقد تبين لنا من خلال هذه الدراسة ان هناك تطوراً حاصل في مفهوم القانون المسند اليه , اذ لم يعد هذا المفهوم مقتصراً على القواعد القانونية التي تتضمنها القوانين الداخلية بل اتسع نطاقه ليشمل عادات التجارة الدولية واعرافها والمبادئ العامة في قانون التجارة الدولية او ما يعبر عنها بقواعد "Lex mercatoria"وذلك لأهمية هذه القواعد في ميدان التجارة الدواية وما تحققه من امان قانوني للأطراف المتعاقدة والعلم المسبق لمضمون القانون الذي سوف يطبق على علاقتهم التعاقدية.

5- كما ابرزت لنا هذه الدراسة ان تحديد القانون الواجب على الرابطة العقدية يكون بمقتضى قاعدة قانون الارادة التي تمنح هذا الحق وان هذا الاختيار يكون ملزماً للقاضي سواء كان هذا الاختيار صريحاً ام ضمنياً اذا ساوت الاتفاقيات الدولية بين الارادة الصريحة والارادة الضمنية من حيث الاثر في اختيار قانون العقد , وقد وضعت هذه الاتفاقيات موجهات عامة يستطيع القاضي من خلالها الكشف عن الارادة الضمنية للأطراف في حال غياب الاختيار الصحيح .

6- ما بينت لنا هذه الدراسة ان الدور الممنوح لأراده الاطراف في اختيار قانون العقد هو دور كبير اذ ان هذه الاتفاقيات قد اطلقت دور ارادة الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ولم تقيد هذا الاختيار بقيد او شرط ولم تشترط ايضاً توافر الصلة بين القانون المختار والصلة العقدية , اذ يستطيع الاطراف اختيار قانون منبت الصلة بالرابطة العقدية طالما كان هذا الاختيار يتلاءم مع متطلبات العلاقات الدولية .

7- على صعيد منهج الاسناد , نجد القواعد الامرة لم تعد مجرد قيد يحد من ارادة الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق او يعطل عمل القانون الاجنبي الذي اشارة قاعدة الاسناد بتطبيقه , بل اصبح يشكل جزءاً من القانون الواجب التطبيق , وهي بهذا تقوم بدور بارز في تطوير نظام الاسناد الى القانون الواجب التطبيق واعادة تشكيلة داخل نظرية التنازع , كل ذلك تحت تأثير عودة النزعة الاحادية التي تحترم ارادة الانطباق لدى القواعد الامرة والاحادية هنا هي الاحادية الجزئية او العكسية التي تؤدي الى اقصاء المنهج التقليدي بل تعمل معه جنباً الى جنب بما يضمن ملاءمة القانون الواجب التطبيق على العلاقة المطروحة وتلبي مستجدات المعاملات الخاصة التوصيات:

1- ندعو المشرع العربي الى اعادة النظر في قواعد تنازع القوانين القائمة وذلك للنقص الموجود في هذه القواعد ولتخلفها عن مسايرة الفكر القانوني المعاصر وعجزها عن مسايرة واستيعاب مستجدات المعاملات الخاصة الدولية .

2- ضرورة توسيع نطاق عمل منهج قاعدة الاسناد بما يفسح المجال امام القاضي الوطني بتطبيق القواعد الامرة الاجنبية تلك القواعد التي انتهى تطور الفكر الحديث الى قبول تطبيقها , سواء أكانت تشكل جزءاً من القانون الواجب التطبيق او لم تكن كذلك الا انها على صلة قوية ووثيقة بالعلاقة القانونية وكانت لتلك القواعد أرادة حقيقية في التطبيق.

3- على كبار التجار والمتعاملين بعلاقات عابرة الحدود , الوثوق في المبادئ والقواعد القانونية حديثة النشأة وتنظيم التزاماتهم وفق تلك المفاهيم الحديثة , والابتعاد قدر المستطاع من القواعد التقليدية التي قد تشير بالأخير لقوانين لم تلبي طموحهم او الامان القانوني لنشاطاتهم الدولية.
4- على مشرعي الدول وخاصة النامية منها عدم المبالغة والافراط وراء فكرة التحرر من سلطان القوانين الوطنية , ذلك ان قواعد القانون الدولي الخاص لم توصف لغاية الآن بالكمال , هذا وان اغلب القواعد الدولية وضعت من قبل دول متحكمة في التجارة الدولية وهذا قد يجر بالدول الضعيفة للإذعان لما تملية تلك الدول من قواعد تلاءم مصالحها الخاصة.

1. - الدكتور محمد خالد الترجمان , تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد القرض الدولي , بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي , المجلد التاسع والاربعون , لعام 1993.
2. - الدكتور أشرف وفا محمد , استبعاد تطبيق قاعدة تنازع القوانين بواسطة اتفاق الاطراف, دار النهضة العربية, الطبعة الاولى , 2005.
3. اتفاقية روما لعام 1980
4. اتفاقية لاهاي لعام 1986.
5. اتفاقية مكسيكو لعام 1994.
6. احمد عبد الكريم سلامة , علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولا ومنهاجا, مكتبة الجلاء المنصورة , الطبعة الاولى 1996.
7. احمد عبد الكريم سلامة , قانون العقد الدولي , دار النهضة العربية , القاهرة , 2000.
8. عكاشة محمد عبد العال , قانون العمليات المصرفية الدولية , دار المطبوعات الجامعية , الاسكندرية , 1994.
9. محمود محمد ياقوت،حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق،منشأة المعارف الاسكندرية،2000.
10. هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , ط2, دار الفكر الجامعي , الاسكندرية , 2001.
11. حسام فتحي ناصف , الموطن في علاقات القانون الدولي الخاص , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية , العدد الثاني , 1994