سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي
(دراسة مقارنة)

The Silence of Will on Determining the Law Applicable on the International Contract

(A comparative Study)

أعداد

أحمد حميد الأنباري

إشراف

الدكتور محمد أبراهيم أبو الهيجاء

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير

في القانون الخاص

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

كانون الأول/2017

بسم الله الرحمن الرحيم

{ وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ *النَّاسِ* أَنْ تَحْكُمُوا *بِالْعَدْلِ* }

صدق الله العظيم

سورة النساء–الآية (58)

ب

تفويض

أنا الطالب **أحمد حميد الأنباري** أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي ورقياً وإلكترونياً المعنونة بـ" سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي (دراسة مقارنة) " للمكتبات الجامعية أو المؤسسات أو الهيئات أو الاشخاص المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الأسم: أحمد حميد الأنباري

التاريخ: 2018/1/8

التوقيع

ج

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها " سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي (دراسة مقارنة) "

وأجيزت بتاريخ: 30/12/ 2017

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم	الصفة	التوقيع
1- الدكتور محمد إبراهيم أبو الهيجاء	مشرفاً ورئيساً	.....
2- الدكتورة تمارا ناصر الدين	عضواً داخلياً	.....
3- الدكتور اسيد حسن الذنيبات	عضواً خارجيا	.....

الشكر والتقدير

الحمد لله الذي أسبغ علينا نعمه التي لا تعد ولا تحصى، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى إله وصحبه اجمعين.

أتقدم بخالص الشكر والامتنان الى مشرفي واستاذي الدكتور "محمد إبراهيم أبو الهيجاء" على جهوده الطيبة التي بذلها وملاحظاته القيمة، التي لولاها لما ظهرت هذه الرسالة الى حيز الوجود.

ولن أنسى كل الدعم الذي قدمه لي، ليس فقط في مرحلة اشرافه على هذه الرسالة، وانما من اول يوم لي في جامعة الشرق الأوسط.

وكذلك أتقدم بجزيل الشكر الى كل اساتذتي الافاضل في جامعة الشرق الأوسط، على ما قدموه من عطاء ليكون نورا نسير فيه على خطى النجاح.

وكذلك اشكر كادر جامعة الشرق الأوسط على ما قدموه من تفاني في عملهم لتسهيل كل خطوة لإتمام هذه الرسالة.

شكرا لكم

الاهداء

الى من امر الله ببرهم ..... ابي العزيز وامي العزيزة حفظكم الله لنا

الى سندي في الحياة ..... اخواني واخواتي

الى بلدي العظيم..... العراق

الى بلدي الثاني بلد الجود والكرم .... الاردن

الباحث

احمد حميد الانباري

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
العنوان.....	أ
التفويض	ب
قرار لجنة المناقشة	ج
شكر وتقدير	د
الإهداء	هـ
قائمة المحتويات	و
الملخص باللغة العربية	ط
الملخص باللغة الإنجليزية	ك
الفصل الأول: **مقدمة عامة: خلفية الدراسة وأهميتها**	
أولاً: المقدمة:	1
ثانياً: مشكلة الدراسة:	3
ثالثاً: هدف الدراسة:	4
رابعاً: أهمية الدراسة:	4
خامساً: أسئلة الدراسة:	5
سادساً: حدود الدراسة:	6
سابعاً: محددات الدراسة:	6
ثامناً: مصطلحات الدراسة:	6
تاسعاً: الادب النظري للدراسة:	7
عاشراً: الدراسات السابقة:	8
أحد عشر: منهج الدراسة:	9
الفصل الثاني: **ماهية العقد الدولي**	
المبحث الأول: مفهوم العقد الدولي.	11
المطلب الأول: تعريف العقد الدولي.	12
المطلب الثاني: معيار دولية العقد.	18

الموضوع	الصفحة
الفرع الأول: المعيار القانوني.....	19
الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي.....	22
الفرع الثالث: المعيار المزدوج.....	23
المبحث الثاني: عقود الدولة التجارية.	24
المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقود الدولة التجارية.....	27
الفرع الأول: اعتبارها معاهدات دولية.....	28
الفرع الثاني: اعتبارها عقود إدارية.....	29
الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة لعقود الدولة التجارية.....	32
المطلب الثاني: أهم الشروط التي ترد في عقود الدولة التجارية.....	33
الفرع الأول: شرط إعادة التفاوض.....	34
الفرع الثاني: شرط الثبات التشريعي.....	36
المطلب الثالث: أشكال العقود الدولية وخصائصها.....	38
الفرع الأول: العقود الدولية التقليدية.....	39
الفرع الثاني: العقود الدولية الخاصة.....	44
الفصل الثالث: **خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة**	48
المبحث الأول: قانون الإرادة.	49
المطلب الأول: ظهور مبدأ قانون الإرادة.....	49
المطلب الثاني: أساس قانون الإرادة	52
الفرع الأول: النظرية الشخصية.....	53
الفرع الثاني: النظرية الموضوعية.....	59
الفرع الثالث: النظرية الازدواجية.....	64
المبحث الثاني: غياب الإرادة.	67
المطلب الأول: الإرادة الضمنية.	67
أولاً: الاتجاه الرافض للإرادة الضمنية.....	68
ثانياً: الاتجاه المؤيد للإرادة الضمنية.....	68
المطلب الثاني: مؤشرات الإرادة الضمنية.	71
أولاً: مكان تنفيذ العقد	71

الموضوع	الصفحة
ثانياً: الجنسية المشتركة لأطراف العقد.....	73
ثالثاً: الاختصاص القضائي	74
رابعاً: لغة العقد.....	75
خامساً: تحرير العقد لدى موثق رسمي	76
سادساً: عملة الوفاء.....	77
سابعاً: وجود ارتباط بين عقدين أو أكثر.....	78
ثامناً: مبدأ التصحيح.....	79
الفصل الرابع **التعين التشريعي والقضائي لقانون العقد**	80
المبحث الأول: الاسناد الجامد للعملية التعاقدية.....	81
المطلب الأول: قانون الموطن المشترك لأطراف العقد.....	82
المطلب الثاني: قانون بلد ابرام العقد.....	84
المطلب الثالث: قانون بلد التنفيذ.....	87
المبحث الثاني: الاسناد المرن للعملية التعاقدية.....	94
المطلب الأول: نظرية الأداء المميز.	95
المطلب الثاني: خضوع العقود الدولية الى القواعد الخاصة.....	106
الفصل الخامس **النتائج والتوصيات**	116
النتائج.....	116
التوصيات.....	117
قائمة المصادر والمراجع.....	119

سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق

على العقد الدولي

إعداد:

أحمد حميد الأنباري

إشراف:

الدكتور محمد أبراهيم أبو الهيجاء

الملخص

إن ثبوت الصفة الدولية للعقد، ينشئ حقاً للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، الا انه في بعض الحالات لا يتم اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف، الأمر الذي يثير إشكالية عند تحديد القانون الواجب التطبيق، باعتبار ان الاختيار الصريح لأطراف العقد يمثل الاسناد الأول في ما يخص القانون الواجب التطبيق، اذ ان متى وجد الاختيار الصريح من قبل الأطراف كان ملزمً للقاضي، اذ لا يمكن تطبيق قانونا اخر غير القانون الذي اختاره الأطراف، الا اذا كان مخالفا للنظام و الآداب العامة، و من جهة اخرى يجب ان يأخذ بالاعتبار عند تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة سكوت إرادة الأطراف عن ذلك، الامان القانوني لأطراف العقد و باعتباره اكثر القوانين ارتباطاً بالعقد.

وتوصلت الدراسة الى أن على القاضي أن يبحث أولاً عن الارادة الضمنية لأطراف العقد من خلال مؤشرات تؤكد اتجاه ارادة الأطراف ضمناً الى اخضاع عقدهم إلى قانون معيين، الأمر الذي

يدعو المشرع الأردني الى اضافة نص يؤكد فيه ضرورة البحث عن هذه الارادة وان يتم الكشف عنها بصورة مؤكدة.

كما و توصلت الدراسة إلى عدم فاعلية الاسناد المسبق لعملية التعاقد التي تبناها المشرع الأردني وكذلك التشريعات المقارنة التي تناولتها الدراسة والتي تتمثل في الموطن المشترك لأطراف العقد وقانون بلد الابرام في تحقيق الامان القانوني أو في اعتبارها ضوابط اسناد تمثل مركز ثقل العقد الأمر الذي يدعو المشرع الأردني و المشرع العراقي بالتخلي عن هذ الاسناد المسبق واعطاء بعض الحرية إلى القاضي وذلك بتبني ما يعرف بالأداء المميز الذي من خلاله يتم اسناد العقد إلى قانون موطن المدين بالأداء المميز كونه القانون الذي يؤدي فيه العقد وظيفته الاساسية وفي حالة عدم قدرة القاضي عن الكشف عن هذا الاداء يتم تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال ظروف وملابسات التعاقد للكشف عن أكثر القوانين ارتباطاً بالعقد.

كلمات مفتاحية: العقد الدولي، القانون الواجب التطبيق، غياب اختيار القانون.

The Silence of Will on Determining the Law Applicable on the International Contract

By:

Ahmed Hameed Al-Anbari

Supervisor:

Dr. Mohammed Ibrahim Abu el Haija

Abstract

If the contract is classified as being an international contract, it shall grant both of its parties the right to choose the law that shall be applicable to it by themselves. However, in some cases, the international contract parties may not specify the law that shall be applicable to their contract. This is considered as a problematic issue when determining the law to be applicable on the international contract. This is considered so because choosing the applicable law explicitly represents a "primary" rule of attribution that governs the process of determining the applicable law to the contract. When the parties determine the applicable law explicitly, the judge is obliged to enforce that determined law. In such a case, the judge will not be able to enforce any law other than the one that has been determined by the contract parties, unless that law violates the public morals and order. However, the contract parties may not express their will about which law shall be applicable to their contract. The law determined in such a case should provide both parties with legal security. In such a case, the judge shall chose the law that is relevant the most to the concerned contract.

It was concluded that judges must seek first identifying both parties' wants that have been expressed implicitly and willingly. Such implicit wants must be identified through examining specific indications that can confirm both parties' wants in relation to the law they want their contract to be governed by. Thus, it is

necessary to enact a Jordanian article that illustrates the significance of identifying both parties' wants that have been expressed implicitly and willingly in relation to the law they want their contract to be governed by. Such an article should require examining the relevant indications and proofs to verify such wants.

It was also concluded that the prior attribution rules governing the contractual process and adopted by the Jordanian legislator and the other legislations that the researcher compared the Jordanian legislations - are unable to provide parties with legal security. Such rules include the rules of the law of the common homeland of both parties and the law of the country in which the contract was concluded in.

In addition, it is not recommended to consider the prior attribution rules as the basis that govern the contract. Thus, it is necessary for the Jordanian and Iraqi legislators to stop implementing the prior attribution rules and provide judges with more freedom in determining the applicable law to the contract. That should be done through adopting the distinguished performance principle which is represented in applying the law of the debtor's homeland to the contract. That is because through the latter law, the concerned contract shall fulfill its main function. In case the judge isn't able to identify such a performance, the applicable law to the contract shall be determined in accordance with the circumstances and details that concern the contract conclusion. The applicable law is chosen in accordance with such circumstances and details in order select the law that is relevant the most to the concerned contract

Keywords: International contracts, applicable law, silence of will

الفصل الأول

خلفية الدراسة وأهميتها

أولاً: المقدمة

ان موضوع سكوت إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي. من المواضيع المعقدة في نطاق القانون الدولي الخاص، والتي ابدى فقهاء القانون والمجمع الدولي للقانون أهمية بالغة لما لها من اثار قانونية مهمة.

اذ ان العقد الدولي يتصل بأكثر من نظام قانوني بسبب تطرق الصفة الأجنبية الى احد عناصره، وهذه القوانين المتعددة تتزاحم وتتنازع فيما بينها في اختصاصها للعلاقة القانونية محل النزاع[1].

ولا يمكن تصور حدوث تنازع قانوني، لولا التطور السياسي والاجتماعي والاقتصادي والقانوني، الذي أدى الى امكانية تطبيق قانون أجنبي امام قاضي وطني، حيث كانت المجتمعات في السابق مجتمعات منغلقة.

وبسبب هذا التطور الحاصل والانفتاح العالمي الذي يسهل من تنقل الأفراد بين الدول وعقد الصفقات والعقود التجارية، ظهرت العلاقات الدولية الخاصة، التي تكون مشوبة بعنصر أجنبي وبالتالي ظهرت هذه النزاعات امام القاضي الوطني.

([1])الداودي، غالب علي؛ الهداوي، حسن محمد، ((ب.ت)). *القانون الدولي الخاص*. القاهرة: العاتك لصناعة الكتاب، ص11.

فظهرت الحاجة الى قانون ينظم هذه العلاقة، وهو ما أدى الى ظهور القانون الدولي الخاص من اجل تنظيم هذه العلاقات بين الافراد، ويتم هذا التنظيم من خلال إرساء قواعد تعرف بقواعد الاسناد هذه القواعد تضطلع بالدور الأساسي العام لحل مشكلة تنازع القوانين، فهي تقوم بتحديد القانون الأنسب والاجدر بحكم العلاقة ذات الطابع الدولي والتي يتزاحم على حكمها أكثر من قانون.

وتماشيا مع قوله تعالى ***{وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ }*** [1]

وحرصا من المشرع الوطني في تنظيم هذه العلاقات وضمان حقوق الافراد في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي، شرع الى تنظيم هذه القواعد في التشريع الوطني كقواعد اسناد يستند اليها القاضي في تعين القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المعروضة امامه.

ان المشرع الأردني قد نظم في المادة (20) الفقرة (1) من القانون المدني الأردني التي تنص على (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فان اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك).

ان المشرع الأردني قد نظم قواعد الاسناد على نوعين:

قاعدة الاسناد الأساسية: وهي قائمة على إرادة الافراد.

قاعدة اسناد ثانوية: والتي يعمل بها في حالة سكوت إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق.

فيُلاحظ ان المشرع قد اورد قواعد اسناد مسبقة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات العقدية، وقد يظهر التساؤل في مدى ملائمة هذه القواعد في التطبيقات التجارية الدولية الحديثة واستناد

([1])سورة النساء، اية رقم (58)

المشرع على معايير فردية في تحديد القانون الواجب التطبيق، وأيضا في إمكانية تطبيق هذه القواعد على جميع أنواع العقود الدولية.

اما في ما يخص التشريعات الغربية، و منها التشريع الفرنسي ف قد تبنى ما يعرف بالأسناد المرن للعملية التعاقدية الذي بموجبه يتيح للقاضي بعض المرونة في تحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك من خلال اسناد العملية التعاقدية على أساس اداء الطرف المميز في العقد او في بعض الحالات يتم تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال ظروف التعاقد وملابساته التي تشير الى ان العقد مرتبط بشكل اوثق مع قانون اخر و هذا المبدأ تبنته اتفاقية روما لسنة 1980 التي عدلت بموجب للائحة التنفيذية رقم 2008/593 للبرلمان الأوروبي والمجلس المؤرخ 17 يونيو 2008 بشأن القانون المنطبق على الالتزامات التعاقدية النافذة في فرنسا والتي تثير نفس التساؤل في مدى فاعلية الاسناد المرن في تحديد القانون الواجب التطبيق.

هذا ما سيتم بحثه في ضوء القانون المدني الأردني والتشريعات العربية المقارنة واتفاقية روما لسنة 1980.

ثانياً: مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة والتي يثيرها سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، في بيان قواعد الاسناد المتبعة لهذه الصورة و الأسس التي تبناها المشرع في موقفه التشريعي، اذ انه قد يطبق القاضي الوطني المعروض امامه النزاع قانوناً لا يمُت أي صلة بالعقد الدولي موضع النزاع ، مما يؤدي الى اخضاع العقد لقانون غير مناسب لحكم العلاقة التعاقدية فضلا عن الاخلال بالأمان القانوني وتوقعات الأطراف وكذلك في القيد الذي يرد على سلطة القاضي

التقديرية في تعيين القانون الذي يراه مناسباً او الاوثق صلة للعلاقة التعاقدية المعروضة امامه، بسبب تبني المشرع قواعد اسناد مسبقة على هذه العلاقة القانونية، بالإضافة الى ان هذه القواعد قد لا تتناسب مع متطلبات التجارة الدولية الحديثة، اذ ظهرت في الآونة الأخيرة عقود تكون الدولة احد أطرافها الامر الذي يتطلب دقة اكثر في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود. ومن جانب اخر ان إطلاق سلطة القاضي التقديرية للتصدي لتحديد القانون الواجب التطبيق قد يؤدي الى نفس النتيجة اذ سيخضع هذا التحديد لأهواء وتوجهات القانونية والفقهية للقاضي.

ثالثاً: هدف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة الى بيان دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق والاثار التي تترتب على غيابها، وكذلك بيان مدى فاعلية قواعد الاسناد المكرسة في القانون المدني الأردني والتشريعات المقارنة في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، ومدى إمكانية تطبيقها على جميع أنواع العقود الدولية ومنها عقود الدولة، وكذلك بيان إيجابيات وسلبيات إطلاق او تقييد سلطة القاضي في التصدي لتحديد القانون الواجب التطبيق، وكذلك كيف نظمت الاتفاقيات الدولية هذه الصورة.

رابعاً: أهمية الدراسة:

ان أهمية هذه الدراسة تكمن في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد من قبل القاضي الذي قد يؤدي الى اهدار حقوق أطراف العقد، وخاصة في حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الذي سيطبق على عقدهم حيث قد يتم تعيين قانون لم يكن ضمن توقعات الأطراف، او قانون خارج إطار العلاقة القانونية بسبب قواعد الاسناد المكرسة لهذه الصورة وكذلك الكشف عن كفاءة هذه القواعد لتطبق على جميع أنواع العقود الدولية المتعددة.

ومن خلال هذه الدراسة يمكن الاستفادة منها من قبل الجهات الأتية:

- واضعو التشريعات.
- العاملون في مجال التجارة الدولية.
- المحامون والقضاة.
- الباحثون.

خامساً: أسئلة الدراسة:

1. ما هو معيار التفرقة بين العقد الوطني الداخلي والعقد الدولي؟
2. ما هي الطبيعة القانونية للعقود الدولية التي تكون الدولة أحد أطرافها؟
3. ما هي الوسائل القانونية التي تحد من التفاوت القانوني بين الدولة والمستثمر الأجنبي؟
4. ما دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق والاثار المترتبة على سكوتها؟
5. هل يطبق القاضي قواعد الاسناد الاحتياطية مباشرة عند سكوت إرادة الأطراف ام يجب البحث عن الإرادة الضمنية؟
6. ما مدى فاعلية الاسناد المسبق للعملية التعاقدية المتمثل بقانون الموطن المشترك للأطراف العقد وقانون بلد الإبرام؟ وهل تصلح لتطبق على جميع أنواع العقود الدولية؟
7. مدى فاعلية الاسناد المرن في اسناد العلاقة القانونية من خلال الأداء المميز او من ظروف وملابسات التعاقد في تحديد القانون الواجب التطبيق؟

سادساً: حدود الدراسة:

تتمثل حدود الدراسة في تحديد سكوت الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق وقواعد الاسناد المكرسة لهذه الصورة في التشريعات الداخلية والإشكالية التي قد تثيرها هذه القواعد.

الحدود الزمانية: تتناول دراسة القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، وبالمقارنة مع القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 والقانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، اتفاقية روما لسنة 1980 المعدلة للائحة التنفيذية رقم 2008/593 للبرلمان الأوروبي والمجلس المؤرخ 17 يونيو 2008 بشأن القانون المنطبق على الالتزامات التعاقدية.

الحدود المكانية: تتثمل في دراسة هذ الموضوع في ضمن نطاق التشريعات نافذة المفعول.

سابعاً: محددات الدراسة:

لا توجد أي قيود تحد من تعميم هذه الدراسة في الأردن والعراق ومصر وباقي الدول العربية.

ثامناً: مصطلحات الدراسة:

العقد الدولي: وهو العقد غير الداخلي الناظم لعلاقات الأفراد على الصعيد الدولي، وهو يستمد صفته الدولية من طبيعة العلاقة التي يحكمها[1].

سكوت الإرادة: وهو غياب الاتفاق بين أطراف العقد على اختيار القانون الذي يجب اعماله من قبل القاضي على النزاع المعروض امامه.

---

(1) http://arab-ency.com/law/detail/163930

القانون الواجب التطبيق: وهو القانون الذي سيطبق على التصرفات القانونية التي تكون محلا للتنازع القوانين والتي تشتمل على عنصر أجنبي كمحل الابرام او التنفيذ او الموضوع او أطراف العلاقة القانونية[1]

تاسعاً: الادب النظري للدراسة:

ينصب الادب النظري للدراسة على البحث في تنازع القوانين في العلاقات القانونية الدولية الخاصة بشكل عام، والبحث في القانون الواجب التطبيق على التعاقدات الدولية بشكل خاص، والقواعد العامة المكرسة في القانون الدولي الخاص في حالة غياب إرادة الطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق، والاثار المترتبة على ذلك.

وسيتم بحث كل ذلك ضمن خمسة فصول يتناول الفصل الأول مقدمة عامة للدراسة والفصل الثاني ماهية العقد الدولي والفصل الثالث يتناول خضوع العقد الدولي لقانون الارادة والفصل الرابع يتناول التعيين التشريعي والقضائي لقانون العقد اما الفصل الخامس يتناول الخاتمة والنتائج والتوصيات.

([1]) http://www.droit-dz.com/forum/threads/407/

عاشراً: الدراسات السابقة:

1- عبابنة، علاء الدين محمد ذيب، (2004). **القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي، دراسة مقارنة**، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الاردن

تتناول هذه الدراسة موضوع القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي، وتهدف هذه الرسالة الى بيان دور العقد الالكتروني في التأثير على القانون الدولي الخاص، وما مدى كفاية قواعد الاسناد التقليدية الواردة في القانون المدني في حكم العقد الالكتروني الدولي، وهل هناك ما يدعو الى الخروج على المنهج التقليدي من خلال وضع قواعد قانونية لحكم العقد الالكتروني الدولي تتناسب مع طبيعته.

وتختلف الدراسة عن البحث المذكور حيث تتركز الدراسة في سكوت إرادة الأطراف في تحديد القانون الذي سيطبق على العقد الدولي في النزاعات الناشئة بينهم، والاثار المترتبة على ذلك، وسيتم بحث النقاط السابقة ضمن نطاق العقود التي تعقد بالصورة التقليدية.

2- العليمات، حسن عواد الحسن، (2010). **تنازع القوانين في الروابط العقدية الدولية الخاصة**، رسالة ماجستير، جامعة جرش، الأردن.

تتناول هذه الدراسة دراسة تفصيلية للقانون الواجب التطبيق من بين القوانين التي تتنازع او تتزاحم في التطبيق على الروابط العقدية الدولية الخاصة. وتناولت الدراسة الى كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على الروابط العقدية الدولية الخاصة شكلا وموضوعا وتناولت دراسة مناهج الاسناد العقد عند سكوت الإرادة عن الاختيار بموجب ضوابط الاسناد الاحتياطية وتناولت القانون الواجب

التطبيق من حيث الشكل وتناولت كيفية تطبيق القانون المختص إذا ما تبين انه قانون أجنبي عن القاضي وكيفية اثبات مضمونه وتفسيره وموانع تطبيق القانون الأجنبي.

وتختلف الدراسة عن البحث المذكور حيث تتركز الدراسة في سكوت الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، والاثار المترتبة على ذلك بصورة تفصيلية.

أحد عشر: منهج الدراسة:

ستعتمد الدراسة على منهج تحليل المحتوى ضمن المنهج الوصفي من خلال التعرض للنصوص التشريعية في القانون الأردني والتشريعات المقارنة والآراء الفقهية المتعلقة بموضوع الدراسة وكذلك القرارات القضائية.

الفصل الثاني

ماهية العقد الدولي

العقد هو الوسيلة القانونية التي منحها القانون للأفراد من أجل ضمان حقوقهم والتزاماتهم فيما يخص التبادل التجاري والخدمي بينهم على الصعيد الداخلي والدولي، إذ تعاظم دور العقد في تسيير التجارة الداخلية والدولية والتنمية الاقتصادية ليس للأفراد فقط وإنما للدول أيضاً وخاصةً الدول النامية منها.

حيث أنه في الآونة الأخيرة بدأ ازدياد ظهور الدولة كأحد أطراف العقد الدولي التجاري، الأمر الذي أدى إلى الانقسام داخل فقه القانون الدولي الخاص فيما يخص الطبيعة القانونية للفئة الأخيرة من العقود، وكذلك إلى تقسيم العقود الدولية إلى عقود دولية تقليدية كعقد البيع الدولي وعقد النقل الدولي وعقد التأمين الدولي وغيرها من العقود، وإلى عقود دولية خاصة كعقد القرض الدولي وعقد نقل التكنولوجيا الدولي وعقود بناء المصانع وعقود التعاون الصناعي وغيرها من العقود التي تكون الدولة أحد أطرافها، ويثار التساؤل في هذا الصدد ما المقصود بالعقد الدولي؟ وما هو المعيار المتبع في تحديد دولية العقد؟ وطبيعة القانون لهذه العقود وخاصةً العقود التي تكون الدولة أحد أطرافها هل هي عقود ادارية تقع ضمن نطاق القانون العام أم عقود ضمن نطاق القانون الخاص؟ وبذلك تخضع لأحكام قانون الدولي الخاص، وعليه ستتم الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال تقسيم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: مفهوم العقد الدولي.

المبحث الثاني: عقود الدولة التجارية

المبحث الأول

مفهوم العقد الدولي

تنقسم العقود إلى قسمين العقود المسماة والغير مسماة، والعقود موضوع الدراسة أغلبها تقع ضمن الفئة الأخيرة من العقود لذا تعددت الآراء الفقهية والمضامين المعطاة للعقد الدولي وذلك يعود في الأصل إلى فكرة العقد الدولي، إذ يرى فقهاء القانون أن فكرة العقد الدولي فكرة وصفية تنطبق على مجموعة واسعة من العقود والتي تتوافر فيها خصائص معينة الأمر الذي أدى إلى صعوبة وضع تعريف موحد للعقد الدولي والذي أدى إلى اختلاف فقهي في وضع تعريف للعقد الدولي والمعيار المتبع الذي من خلاله يضفي الصفة الدولية.

كل هذه النقاط تطرح تساؤلات بخصوصها وعليه للإجابة عنها لابد البحث ضمن التعريفات المختلفة التي وضعت للعقد الدولي من خلال التشريعات الوطنية والتعريفات الفقهية للعقد الدولي والبحث في المعيار الذي يضفي الصفة الدولية للعقد إذ أن ثبوت الصفة الدولية للعقد يضفي أهم حق لأطراف العقد وهو تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف العقد الدولي.

المطلب الثاني: معيار دولية العقد.

المطلب الأول

تعريف العقد الدولي

عرف القانون المدني الأردني رقم (40) لسنة 1976 العقد ضمن المادة (87) بأن (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود وعليه يترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر). وعرفه القانون العراقي (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)[1]. وعرفه القانون الفرنسي (العقد اتفاق يلزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو امتناع عنه)[2]. وعرفه القانون اللبناني بأنه(الاتفاق هو كل التئام بين مشيئة وأخرى لإنتاج مفاعل قانونية وإذا كان يرمي إلى إنشاء علاقات إلزامية سمي عقداً)[3].

بينما بعض التشريعات امتنعت عن تعريف العقد باعتبار أنّ هذه المسألة هي مسألة فقهية، وأنه من الأفضل تركها للاجتهاد ومن هذه التشريعات التشريع المصري حيث تم حذف تعريف العقد في المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري الحالي المادة (122) منه التي كانت تقضي "العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها"[4] الأمر الذي يقودنا إلى الاتجاهات الفقهية التي عرفت العقد والتي تنقسم إلى مذهبين المذهب الشخصي والمذهب المادي، فأصحاب المذهب الشخصي يرون بأن العقد هو "وليد الإرادة الباطنة أو الحقيقية، وبالتالي فإن العبرة في العقد تكون

---

(1) المادة (73) من القانون المدني العراقي رقم (40) لعام 1951.

(2) المادة (1101) من القانون المدني الفرنسي.

(3) المادة (165) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(4) ابو مغلي، مهند عزمي، (2005). القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.**اطروحة دكتوراه** ، القاهرة، جامعة عين شمس، ص37.

بإرادة المتعاقدين وإن التعبير عن هذه الإرادة ما هو إلّا مجرد دليل يكُشف عنها، فإذا اتفق هذا التعبير مع الإرادة الحقيقية أُخذ به وإلا فالعبرة للمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني"[1]. ومثاله قول أحدهم للآخر – أنا أُهديك هذا الشيء على أن تنقدني ألف دينار– فالقصد هنا ينصرف إلى عقد بيع وليس إلى هبة.

أما أصحاب المذهب المادي فيرون أن "العقد وليد الإرادة الظاهرة أو الإرادة المادية التي يعبر عنها المتعاقدان بالألفاظ أيْ التعبير المادي عن هذه الإرادة" ويرى أنصار هذا المذهب بأنه التعبير عن الإرادة لا شأن له بالإرادة الحقيقة حيث الوقوف عند المظهر المادي فقط وعدم تجاوزه والبحث في أعماق النفس عن الإرادة التي تنطوي عليها النفس[2].

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه المذهب المادي، إذ يجب الاعتداد فقط بما يعبر عنه بصورة ظاهرية كون أن ما في النفس كامن ولا يمكن الوصول إليه أو معرفته.

---

(1) الحكيم، عبد المجيد، (1967). الوسيط في نظرية العقد. بغداد، (ب د)، ص64 ومابعدها.

(2) السنهوري، عبد الرزاق، (1952). الوسيط في شرح القانون المدني،ج1،. بيروت، داراحياء التراث العربي، ص 39 وما بعدها.

وبالنظر إلى هذه التعريفات التي وضعها التشريع والفقه نجد أنه لغايات إنعقاد العقد ضرورة وجود إرادتين متقابلتين، إذ أن الإرادة ركن أساسي لأي تصرف قانوني ومن غيرها لا يحصل الرضا اللازم لقيام تصرفها[1].

وأيضاً ان لا يكون التعاقد مخالفا للنظام و الآداب العامة اذ يجب ان يتم بما يجيزه القانون حتى يصبح انعقاده صحيحا، فضلاً عن اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين وعليه "إن الرضا بالشيء في نطاق المجاملات والأخلاق لا يعتبر رضا يتكون فيه العقد وكذلك إرادة الهزيل لا يعتبرها أو يعتد بها القانون"[2].

ويرى الدكتور السنهوري "ليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني يكون عقداً، بل يجب أن يكون هذا الاتفاق واقعاً في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية فالمعاهدة اتفاق بين دولة ودولة، والنيابة اتفاق بين النائب وناخبيه، وتولي الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة والموظف. ولكن هذه الاتفاقات ليست عقوداً، إذ هي تقع في نطاق القانون العام: الدولي والدستوري والإداري والزواج اتفاق بين الزوجين، والتبني في الشرائع التي تجيزه اتفاق بين الوالد المتبني والولد المتبني. ولكن يجوز ألّا تدعى هذه الاتفاقات عقوداً وإن وقعت في نطاق القانون الخاص، لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية فإذا وقع اتفاق في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية فهو عقد"[3].

وفي مجال العقود الدولية نجد أن التشريعات لم تؤل اهتماماً كبيراً لتعريف العقود الدولية أو تحديد مضمونها فالقانون المدني الأردني لم يتطرق إلى هذه المسألة وكل ما جاء بهذا الصدد نص

---

(1) عبد الله، فتحي عبد الرحيم، (1979). العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري والانكليزي المقارن. كلية الحقوق جامعة المنصورة مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية، ص 23.

(2) قرار محكمة النقض المصرية رقم 323، بتاريخ 19 يونيه 1969.

(3) السنهوري، عبد الرزاق، مصدر سابق.بند رقم 39.

المادة (24) من القانون المدني الأردني التي بينت القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية إذ تنص (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحدا موطناً فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك) ونفس النص ورد في القانون المدني العراقي[1] والقانون المدني المصري[2].

وكذلك في قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966 لم يرد أي تعريف للعقد الدولي وكذلك قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999، أما قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 فقد أورد تعريفاً للبيع الدولي في المادة (294) إذ تنص "البيع الدولي هو بيع يكون محله بضاعة منقولة أو معدة للنقل بين دولتين أو أكثر" ولم يضع المشرع العراقي أحكاماً خاصة يخضع لها البيع الدولي وإنما تخضع أحكام البيع الدولي إلى الأحكام العامة التي وضعت في قانون التجارة أو من قبل الأطراف وذلك وفقاً للمادة (295) منه إذ تنص "تسري الأحكام العامة الواردة في هذا الفصل على البيوع الدولية المنصوص عليها في هذا الباب. وللطرفين أن يتفقا على أحكام غيرها إذا اقتضت ذلك ظروفهما الخاصة أو متطلبات التعامل الدولي".

الا ان يجب الإشارة الى ان وضع التعريفات ليست من اختصاص المشرع و انما انيطت بالفقه، وعليه فيما يخص تعريف العقد الدولي نبحث في التعريفات التي وضعها شراح القانون حيث نجد محاولات لهم في وضع تعريف للعقد الدولي، حيث عرفه البعض بأنه "العقد الذي يشتمل على عنصر أجنبي"[3]. وهناك من عرفه بأنه "العقد الذي اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام

---

(1) المادة (25) من لقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

(2) المادة (19) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

(3) رياض، فؤاد عبد المنعم، (1979). الوسيط في القانون الدولي الخاص. القاهرة، دار النهضة العربية، ص381.

قانوني"[1] كما عرفه جانب آخر بأنه "العقد الذي يتضمن عنصر أجنبي سواء تعلق العنصر بمحل إبرامه أو بمكان تنفيذه أو بموضوعه أو بأطرافه"[2] وعرفه البعض أن العقد الدولي "هو العقد الذي يمكنه أن يفلت من نطاق تطبيق القواعد الآمرة في قانون القاضي"[3] ومن خلال ما ذكر نجد الخلاف الواضح في التعريفات التي وضعها شراح القانون، بل إن بعض الشراح قد عرف العقد الدولي استناداً إلى مطلق سلطان الإرادة التي جاءت به للنظرية الشخصية في العقود الدولية[4]، الأمر الذي يقودنا في الرجوع إلى مفهوم العقد بصورة عامة والذي بدوره ينطبق على العقد الدولي باعتباره هو أيضاً توافق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني، وأيضاً لابد من أن يعتد نظام قانوني بهذا الأثر ولكنه يتمتع بالصفة الدولية والتي تجعل من تعريفه وتحديد المقصود به أمراً صعباً وهو ما أكده فقهاء القانون الدولي الخاص.

حيث يرى الأستاذ (بومر) (Pommer) "أنه من شبه المستحيل تحديد المقصود بالعقد الدولي، أما الأستاذ (جاكيت) (Jacquet) فيشدد على أنه من "المثالي التشبث بتعريف جامد يشير إلى عناصر محددة في العقد الدولي"، وعلى نفس النسق من الفكر يشير العميد(باتيفول) (Batiffol) إلى هذه الصعوبة سواء على "مستوى تنازع القوانين أم على مستوى القواعد المادية في القانون الدولي الخاص"، كما أن الأستاذ (لاغارد) (Lagarde) يذهب إلى أن "أي محاولة لوضع تعريف محدد للعقد الدولي

---

(1) راشد، سامية، (بدون سنة نشر). الاحكام الوضعية في تنازع القوانين. القاهرة، دار النهضة العربية، ص133.

(2) صادق، هشام، (1974). تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادء العامة و الحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري. الاسكندرية، منشأة المعارف، ص665.

(3) المجاهد، طارق عبد الله عيسى؛. (2001). تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية. اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد،

بغداد، ص14.

(4) لتفاصيل أكثر انظر فيما تقدم ص 52 وما بعدها.

ستفتح الباب للعديد من المناقشات المتباينة ويعود ذلك إلى تعذر الوصول إلى تعريف موحد ينطبق على مختلف أنواع العقود الدولية"، ومن ناحية أخرى فإن وضع معيار جامد لتحديد الصفة الدولية في العقد يتعين الأخذ بعين الاعتبار تعدد وتعقد أشكال وأنماط هذه العقود [1]، و هو ما أكده المشرع العراقي في الشطر الأخير من الأسباب الموجبة للقانون التجارة رقم (30) لسنة 1984 "وحيث أن التطورات التجارية العالمية قد أفضت إلى توسيع دائرة البيوع الدولية، ونظراً لارتباط العراق بعلاقات تجارية دولية، فإن الضرورة تملي عليه أن يتعامل بمختلف عقود البيوع الدولية. وبما أن القانون النافذ لا يستوعب هذه البيوع ويعالجها معالجة ناقصة فقد اقتضى صياغة أحكام هذه البيوع وتأصيلها في أحكام قانونية واضحة ودقيقة ينتفع من وضوحها ودقتها من يتعامل في هذه البيوع في القطر"[2].

وبذلك نجد تباين في وضع تعريفاً موحداً للعقد الدولي ما بين التشريعات المقارنة والاختلاف الظاهر في التعريفات التي ذهب إليها شراح القانون بل تعدت أكثر من ذلك عن امتناع بعض الفقهاء بوضع تعريف للعقد الدولي بما يعتريه من الصعوبات حسب رأي الفقه، الأمر الذي يقودنا إلى المعيار الذي على أساسه يتصف العقد بالدولية، والذي من خلاله يتبين لنا هل نحن أمام عقد دولي وبذلك يحق للأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق أم أمام عقد داخلي يخضع إلى سلطان القانون الوطني.

---

(1) عرب، سلامة فارس، (2010). العقود الدولية. مصر، جامعة المنوفية، ص13.

(2) الأسباب الموجبة للقانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984.

المطلب الثاني

معيار العقد الدولي

إن اتصاف العقد بالصفة الدولية يترتب عليه نشأة حق الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وبذلك يخرج العقد من نطاق القانون الوطني إلى نطاق القانون الأجنبي وبالتالي إلى إعمال نظرية تنازع القوانين وتحريك قواعد الإسناد[1] وعليه ظهر أكثر من معيار في الفقه لتحديد الصفة الدولية.

المعيار الأول: "وهو الذي يؤدي إلى اعتبار العقد دولياً عند اختلاف جنسية أطرافه وموطنهما وكان معداً في قسمه الأعظم للتنفيذ في دولة غير التي أبرم فيها وهذا ما يسمى بالمعيار القانوني"[2].

المعيار الثاني: "وبموجبه يعتبر العقد دولياً إذا كان ذا صلة وثيقة بمصالح التجارة الخارجية وبعبارة أخرى عندما تكون منشأ توريد بالنسبة لأحد أطراف العقد أجنبياً ويستتبع بالتالي انتقال المواد والخدمات والنقود عبر الحدود ولا يقتصر أثره على السوق الوطنية أيّاً كانت جنسية أطرافه وأيّاً كانت موطنهما وهذا المعيار الاقتصادي"[3]

---

(1) خالد، هشام، (2007). ما هيه العقد الدولي. الاسكندرية، منشأة المعارف، ص283.

(2) سركس، سامي، (1984). مجلة المحامون السورية، العدد 6، ص604.

(3) سركس، سامي، مصدر سابق. ص604

المعيار الثالث: والذي من خلاله يعتبر العقد دولياً، اذا اتصل بأحد عناصره الأجنبية المؤثرة بأكثر من نظام قانوني لدول مختلفة و يهدف الى الربح او نقل الخدمات غبر الحدود او تحقيق مصالح التجارة الدولية، وهو ما يعرف بالمعيار المزدوج[1].

وعليه من أجل البحث أكثر ضمن المعايير سالفة الذكر، سيتم تقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: المعيار القانوني

وفقاً لهذا المعيار فأن ارتباط عناصر العقد بأكثر من نظام قانوني هو الذي يضفي الصفة الدولية للعقد، وبعبارة أخرى يعتبر العقد دولياً متى تطرقت الصفة الأجنبية إلى أي عنصر من عناصر العقد المتمثلة بجنسية أطراف العقد أو محل إبرام العقد أو مكان تنفيذ العقد أو موطن المتعاقدين[2] وبصورة أخرى لا يعتد هذا المعيار بفاعلية أو عدم فاعلية عناصر العقد المختلفة فمجرد تطرق الصفة الأجنبية لأحد عناصر العقد يعد كافياً بإضفاء الصفة الدولية على العقد[3]، الأمر الذي أدى إلى حدوث خلاف بين أنصار المعيار القانوني في مدى فاعلية أو ثقل العنصر الأجنبي في العقد ومدى إمكانية هذا العنصر في إضفاء الصفة الدولية للعقد والذي بدوره له القدرة على تحريك قواعد القانون الدولي الخاص[4].

---

(1) عبد العظيم، علي، (2017). دور قانون الإرادة في عقد الاعتماد المستندي الدولي. مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ص395.

(2) صادق، هشام، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري. مصدر سابق، ص645

(3) صادق، هشام، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. الاسكندرية، منشاة المعارف. ص60.

(4) حافظ السيد، السيد عبد المنعم، (2010). عقد التأجير التمويلي الدولي. الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ص38

وعليه أدى هذا الخلاف الى ظهور المعيار القانوني المضيق حيث يرى هذا الجانب من الفقه، أنه لابد من تحليل عناصر الرابطة القانونية من أجل الوصول إلى العنصر الأجنبي الأكثر تأثيراً في إضفاء الصفة الدولية على العقد[1] "فمثلاً يعد عقداً داخلياً عقد البيع الذي يشتري بموجبه سويسري يقيم في سويسرا سيارة إنجليزية الصنع من بائع سويسري آخر مقيم في سويسرا ويمتهن هذه التجارة وذلك لأن العنصر الأجنبي المتمثل في جهة صنع السيارة هو عنصر غير مؤثر في العقد ولا يضفي الطابع الدولي على النزاع الذي قد يثور بين المتعاقدين بشأن مسؤولية البائع بينما لو تعلق هذا النزاع بمسؤولية الشركة الأجنبية المنتجة للسيارة بسبب ظهور عيب من عيوب الصناعة فإن العنصر الأجنبي المتمثل في جنسية هذه الشركة يعد عنصراً فعالاً ومؤثراً مما يضفي على الرابطة العقدية طابعها الدولي"[2].

ومن التطبيقات القضائية التي تبنت المعيار القانوني نشير إلى قضية Hechet والتي تدور احداثها في أنه في السابع من ديسمبر 1967 تم إبرام عقد في هولندا بين الشركة الهولندية Buismans ومركزها الرئيسي في هولندا، والسيد Hechet الفرنسي الجنسية بمقتضاه تم اعتبار هذا الأخير الوكيل الوحيد لمدة ثلاث سنوات لبيع منتجات غذائية في فرنسا باسم ولحساب الشركة المتعاقدة وقد أدرج في العقد ذاته شرط خاص بالتحكيم مفاده العهدة بالمنازعات التي تنشأ عن هذا العقد من حيث تفسيره وتنفيذه إلى غرفة تجارة الدولة بباريس[3].

---

(1) ياقوت، محمود محمد ،(2000). معايير دولية العقد. مجلة روح القوانين، ص 501.

(2) ياقوت، محمود محمد، المصدر السابق 502.

(3) المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص،1971، ص692.

وفي السادس من فبراير 1969 وعلى إثر خلاف بين الطرفين رفع Hechet دعوى على الشركة مطالباً بفسخ العقد وتعويضه عما لحق به من أضرار نتيجة تكبده من خسارة وذلك أمام محكمة باريس التجارية حيث دفعت الشركة المذكورة بعدم قبول الدعوى أمام المحكمة فأجابتها إلى طلبها، وقد طعن Hechet على هذا الحكم استئنافاً متذعراً بأنه وإن كان صحيحاً فإن ثمة اتفاق تحكيم بين الطرفين إلّا أنّ هذا الاتفاق موصوم بالبطلان لكونه لا يكتسب صفة التاجر وفقاً للقانون الفرنسي.

لم تلتفت محكمة استئناف باريس لهذا الدفع وقدرت في حكم لها في 19 يونيو 1970 أن العقد المبرم بين الطرفين والمتعلق به شرط التحكيم هو عقد دولي وذلك بحسبان أن العقد قد أبرم في هولندا وأن أحد طرفي العقد وهي الشركة التي تتمتع بالجنسية الهولندية فوق أن موضوع العقد يتعلق بوكالة يجب تنفيذها في فرنسا موضوعها بيع منتجات غذائية باسمه ولحساب الشركة الهولندية بعبارة أخرى رأت المحكمة أن الأمر يتعلق بعقد دولي وعلى اتصال بأكثر من نظام قانوني صادر من عدة دول[1].

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا النظر في حكم لها 4 يويو 1972 مؤكدة بدورها على دولية العقد ومن ثم على صحة شرط التحكيم[2]، وكذلك قضية Berlaty والتي أيضاً اعتنقت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في التاسع من نوفمبر 1984 المعيار القانوني لإضفاء الصفة الدولية على العقد.

إذ يتعلق النزاع بعقد أبرم في السويد بين شركة سويدية وفرنسي موضوعه قيام الطرف الفرنسي بصفته وكيلاً تجارياً عن الشركة السويدية بتسويق منتجاتها والترويج لها في فرنسا وقد أورد الطرفان عقدهما شرطاً خاصاً بالتحكيم للنظر في المنازعات التي تتولد عن تفسير العقد وتنفيذه.

---

(1) المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، 1971، ص 692.

(2) المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، 1974، ص 82.

وحين بلغت المنازعات بين الطرفين ساحة القضاء فقد استندت المحكمة على مجموعة عناصر في قرارها، وهي العقد الذي أبرم في السويد وأحد أطرافه شركتان سويديتان وموضوع العقد توكيل فرنسي الجنسية بصفته وكيلاً بأعمال القانونية باسم ولحساب الشركة الأجنبية في فرنسا بقصد تنشيط الاستيراد بضائع منتجة في الخارج إلى فرنسا، وخلصت محكمة استئناف باريس إلى أنه لما كان الأمر يتعلق بعقد دولي فإن شرط التحكيم المدرج في العقد يكون صحيحاً[1].

الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي

ظهرت فكرة المعيار الاقتصادي على يد المحامي العام الفرنسي P. MATER في قضية Pelissier du Besset والتي طرحت أمام محكمة النقض الفرنسية في السابع عشر من شهر مايو عام 1927 حيث قضت المحكمة بأن العقد الدولي هو ذلك العقد الذي "يرتبط بحركة المد والجزر للأموال والبضائع عبر الحدود".

وعليه تأسس هذا المعيار على أساس المتطلبات الاقتصادية حيث يعتمد هذا المعيار بموضوع العقد ومحتواه الاقتصادي، ومدى تعلقه بمصالح التجارة الدولية وما إن كان ينتج عن العقد في انتقال لرؤوس الأموال عبر الحدود أم لا[2].

وبعبارة أخرى لا يعتد هذا المعيار باختلاف جنسية أطراف العقد أو اختلاف موطنهم أو غير ذلك من العناصر الأجنبية في العقد[3].

---

(1) عبد العال، عكاشة محمد، مصدر سابق، ص99.

(2) ياقوت، محمود محمد، مصدر سابق، ص511.

(3) حافظ السيد، السيد عبد المنعم، (2010). عقد التأجير التمويلي الدولي. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، ص38.

وقد استند القضاء الفرنسي على أساس هذا المعيار إلى إقراره بصحة اتفاق الأطراف على شرط الوفاء بالذهب في العقد الدولي تجنباً إلى التغيّر الذي قد يطرأ على سعر العملة[1]، ويرى الدكتور عكاشة "أن هذا المعيار يمكن إعماله على بعض أنواع العقود وليس جميعها حيث من السهولة إعماله على عقود البيع الدولي وعقد القرض الدولي والعمليات المصرفية الدولية إلا أنه ليس بالسهولة إعماله لعقود تقديم الخدمات كما أن هذا المعيار يكون قاصراً من حيث تنوع طرق الوفاء فمثلاً الوفاء بالمقاصة حيث أن ذهاب البضائع لا يقابلها إياب متمثل بمبلغ من النقود"[2].

وكذلك يرى البعض "أن العقد قد يكتسب صفته الدولية طبقاً للمعيار القانوني دون أن يتحقق معه المعيار الاقتصادي كما لو تطرقت الصفة الأجنبية إلى عنصر غير مؤثر في العقد مثل عنصر الجنسية حيث أن هذا العنصر لا يؤدي إلى إنتقال لرؤوس الأموال مما يؤدي إلى عدم إضفاء الصفة الدولية للعقد وفقاً للمعيار الاقتصادي"[3].

ولعل هذا هو ما دفع جانب من الفقه والقضاء الفرنسي إلى الجمع بين المعيارين الاقتصادي والقانوني عند تقدير دولية العقد.

الفرع الثالث: المعيار المزدوج

يرى هذا الجانب من الفقه أنه لا يتم التوصل إلى دولية العقد من خلال تحليل مختلف عناصر العقد ضمن معيار واحد دون الاعتداد بالمعيار الآخر[4] بل لابد من تحليل عناصر العقد من خلال

---

(1) Cass. 21/6/1950 G.P 1950-2-141. Rev. Crit مشار اليه في الهوامش ياقوت، محمود محمد؛ (2000). حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. الاسكندرية، دارة منشاة المعارف، ص55.

(2) عبد العال، عكاشة محمد، مصدر سابق، ص101.

(3) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص92.

(4) عبد العال، عكاشة محمد، مصدر سابق، ص103.

المعيارين القانوني والاقتصادي ويستند هذا الجانب إلى وظيفة وهدف كل معيار في تحديد الصفة الدولية.

"فالمعيار الاقتصادي هدفه هو تحقيق التوازن بين مصالح التجارة الدولية وذلك بالسماح بإدراج شروط نقدية في العقود الدولية بغرض إيجاد نوع من التوازن بين أداء أطراف العقد وبين مصالح الدولة في الحفاظ على الثقة في عملتها، إذ أن هذا الأمر يشجع على حركة رؤوس الأموال وهو الأمر الذي يعجز عن تحقيقه المعيار القانوني وحده إذ أن المعيار القانوني يهدف إلى مجرد تحديد مجال تطبيق قاعدة التنازع في المسائل التعاقدية وبالتالي معرفة نطاق قانون الإرادة"[1].

وعليه يعتبر العقد الدولي وفقاً لهذا المعيار "بأنه العقد الذي يرتبط بأنظمة قانونية لدول مختلفة ويهدف إلى الربح أو نقل الخدمات عبر الحدود أو تحقيق مصالح التجارة الدولية".[2]

ومن القرارات القضائية التي تبنت الجمع بين المعيارين نشير إلى حكم محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 26 أكتوبر 1982 حيث أكدت فيه ضرورة توافر المعيارين في قرارها "أن المعيارين يستعصي الفصل بينهما واجتماعهما معاً هو الذي يجسد العنصر الأجنبي في العقد بما يضفي عليه الصفة الدولية"[3].

---

(1) ياقوت، محمود محمد، مصدر سابق، ص517.

(2) عبد العظيم، علي، دور قانون الإرادة في عقد الاعتماد المستندي الدولي. مصدر سابق، ص395.

(3) عبد العال، عكاشة محمد، مصدر سابق، ص103.

إلا أنّ الرأي الراجح في الفقه يميل إلى تبني المعيار القانوني المضيق والذي من خلاله يعتبر العقد دولياً متى تطرقت الصفة الأجنبية وبصورة مؤثرة على أحد عناصره[1]، وهو الأمر الذي أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قراراها الصادر في 4 أكتوبر سنة 2005، إذ جاء قرارها "إذا وقع العقد من الباطن مع شركة مقرها في ألمانيا والتي تشكل العنصر الأجنبي الوحيد، فإن عملية التشييد في فرنسا، لصالح الشركات الفرنسية ومن خلال إنشاء شركة كيلر في فرنسا، التي أصبحت شركة بموجب القانون الفرنسي لمواصلة أنشطتها حيث لا تكون هذه الحالة وفقاً للإرادة المشتركة للأطراف ذات طابع دولي"[2].

إلا أن يبدو في الآونة الأخيرة هناك اتجاه يدعو بتحديث المعيار المتبع في تحديد دولية العقد وهو ما جاء في المبادئ الغير ملزمة التي أصدرها مؤتمر لاهاي لسنة 2015 إذ جاءت الفقرة الأولى من المادة الأولى "يعتبر العقد دولياً إذ تحقق شرطان يجب توافرهما مجتمعين، أولاً: أن لا تقع في دولة واحدة مؤسسات أطراف العقد، والثاني: أن لا ترتبط جميع عناصر العلاقة التعاقدية في تلك الدولة دون سواها".

إلا أنه وفقاً لمؤتمر لاهاي دولية العقد ليست كافية للعمل بالمبادئ التي جاء بها المؤتمر وإنما اشترط أن يرتبط العقد بالتجارة أو ممارسة مهنة حيث قضت الفقرة الأولى من المادة الأولى: "لا تطبيق

---

(1) ومن أنصار هذا الاتجاه القشيري، احمد صادق، (1965). الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية. المجلة المصرية للقانون الدولي، 75. صداق، هشام؛ عبد العال، عكاشة؛ حداد، حفيظة السيد، (2006). تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي. الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ص47.

(2)https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007048979.

للمبادئ إلّا إذا كان العقد دولياً أو يتعلق بالتجارة أو في ممارسة المهنة".[1] ومما يبدو أن هناك دعوات من مؤتمر لاهاي لسنة 2015 بتبني المعيار المزدوج والتي حظيت بتأييد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونيسترال) [2].

ويرى الباحث أن تحديد دولية العقد لا يكون عن طريق تبني معيار واحد أو اشتراط الجمع بين المعيارين وإنما يكون بصورة مدى إتصاف العقد بالدولية على أساس أحد المعايير فأي المعيارين يتصف العقد بموجبه بالصفة الدولية بصورة جوهرية يعمل به وإتصاف العقد بالدولية على أساس المعيارين معاً ما هو إلّا تأكيد على دولية العقد. حيث أن كلاً من المعيارين يصلح كمعيار كاشف عن الصفة الدولية في العقد، إلّا أن محاولة الفقه بتبني معياراً واحداً أو الجمع بينهما جعل كل من المعيارين يتصف بالقصور في إضفاء الصفة الدولية.

(1) العنزي، زياد خليف، (2016). مبدأ حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقا لمبادئ مؤتمر لاهاي (2015). مجلة جامعة الشارقة للعوم الشرعية والقانونية، ص373-367.

(2) اقرتها اللجنة في جلستها رقم 1010 المعقودة في 8 تموز /2015.

المبحث الثاني

عقود الدولة التجارية

تسعى الدول وخاصةً الدول النامية منها إلى جلب الاستثمارات الأجنبية إليها مما يتيح استغلال مواردها الطبيعية بالاستعانة بالخبرات الفنية الأجنبية وتنمية اقتصادها الداخلي عن طريق رؤوس الأموال الأجنبية وهذا النوع من العقود والذي أطلق عليه الفقه العقود الدولية الخاصة والتي تكون الدولة أحد أطراف العقد ظهر تساؤل بشأنها بين الفقه عن الطبيعة القانونية لهذه العقود هل هي عقود إدارية ضمن نطاق القانون العام أم عقود ضمن نطاق القانون الدولي الخاص وهو ما سيتم الإجابة عليه في المطلب الأول كما ظهر تساؤل عن كيفية التسوية بين المراكز القانونية للأطراف كون الدولة أحد أطراف العقد وذات سيادة تشريعية مما يجعل التفاوت بين مراكز القانون شاسع وهو ما سيتم الإجابة عليه في المطلب الثاني، أما المطلب الثالث فسيتم عرض أشكال العقود الدولية للتعرف على خصائص هذه العقود وخاصة العقود التقليدية وعقود الاستثمار.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقود الدولة التجارية.

المطلب الثاني: أهم الشروط التي ترد في عقود الدولة التجارية.

المطلب الثالث: أشكال العقود الدولية وخصائصها.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لعقود الدولة التجارية

إن عقود الدولة تبرم بين طرفين ينتمي كل منهما لنظام قانوني مختلف عن الآخر لدولة من جهة، والشخص الخاص الأجنبي التابع لدولة أخرى من جهة ثانية، مما يجعل الاختلاف شاسعاً بين

المراكز القانونية بين الأطراف باعتبار أن الدولة تتمتع بالسيادة التشريعية والتنفيذية والقضائية[1]، وعلى هذا الأساس ظهر جانبان من الفقه في محاولة لوضع طبيعة قانونية خاصة لهذا النوع من العقود، الجانب الأول من الفقه والذي بدوره يدافع عن مصالح الأفراد والشركات الأجنبية يركز على الصفة الدولية التي تتمتع بها هذا العقود فيتم تكيفها على أنها معاهدات دولية، أما الجانب الآخر من الفقه والذي بدوره يدافع عن مصالح الدول فيتم تكيفها على أنها عقود ادارية[2].

الفرع الأول: اعتبارها معاهدات دولية

يرى هذا الجانب من الفقه أن العقود التجارية الدولية التي تبرمها الدولة مع أشخاص القانون الخاص عبارة عن معاهدات دولية، وغاية هذا الجانب الفقهي إلى تكيف العقود الدولية التجارية التي تكون الدولة احد اطرافها الى اعتبراها معاهدات دولية هو الحد من قدرة الدولة على نزع الملكية المستثمرة إلى المنفعة العامة وكذلك مصادرة وتأميم المشاريع المستثمرة داخل الدولة لصالحها، وعليه ستترتب المسؤولية الدولية متى قامت الدول المستضيفة للاستثمار بنزع الملكية، مصادرة، أو تأميم المشروع وبذلك تضاف حصانة دولية للاستثمارات الأجنبية.

إلّا أن هذا الرأي الفقهي لم يجد له حيزاً في الفقه بسبب التكيّف غير السليم للعقد الدولي، فالمعاهدة الدولية تنعقد بين أشخاص القانون الدولي العام، الأمر الذي لا يمكن تصوره في عقود الدولة وخاصة إذا كان التعاقد بين الدولة وأحد أشخاص القانون الخاص[3]. وعلى هذا الأساس جاء قرار

---

(1) الاسعد، بشار، (2006). عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة. بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ص22.

(2) شلتاغ، شيماء محمد، (2005). القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة مع الاشخاص الاجنبية. رسالة ماجستير بغداد، جامعة بغداد، ص16.

(3) علوان، محمد يوسف، (1980). القانون الدولي للعقود. مجلة الحقوق والشريعة العدد الثاني، ص299.

محكمة العدل الدولية الصادر سنة 1952 في قضية تأميم الحكومة الإيرانية لشركة Anglo–Iranian Oil Company "أن عقد الإمتياز المبرم بين الحكومة الإيرانية وشركة النفط البريطانية ليست معاهدة دولية لذلك لا يمكن اعتبار النزاع المثار أساساً لتطبيق اختصاصها القضائي"[1].

الفرع الثاني: اعتبارها عقود إدارية

ظهرت فكرة تكييف العقود التي تكون الدولية أحد أطرافها إلى عقود إدارية على أساسين الأول متثمل في دور الدولة بصفتها سلطة عامة تعمل بالنيابة عن الشعب في استغلال الثروات الطبيعية وهو الأمر الذي نادت به منظمة الدول المصدرة للنفط OPEC على اعتبار أن هذه الثروات الطبيعية تمثل عصب الحياة الاقتصادية[2].

أما الأساس الثاني والذي استند إليه الفقه متمثل في الشروط الاستثنائية التي ترد على العقود المبرمة والتي تكون الدولية أحد أطرافها حيث أن شرط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد والإعفاء من الضرائب ومنح الأراضي لقيام المشاريع عليها وجميع الاستثناءات والمزايا التي تطرحها الدولة من أجل تشجيع الاستثمار كلها شروط لا يمكن تصور ورودها ضمن العقود التي تعقد بين الأفراد أي العقود الخاصة فضلاً عن أن هذه العقود تتصل بمرفق عام الأمر الذي يؤكد إدارية هذه العقود من وجهة نظر هذا الاتجاه[3].

---

(1) شلتاغ، شيماء محمد، مصدر سابق، ص17.

(2)علوان، محمد يوسف، مصدر سابق، ص302.

(3) الشيخ، عصمت عبد الله، (2000). التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي. القاهرة، دار النهضة العربية. ص 89. وعلي بكر، محمد عبد العزيز، (2000). فكره العقد الاداري عبر الحدود. القاهرة، دار النهضة العربية، ص.227

وهو ما أكدته محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر سنة 1999 الذي جاء فيه "لما كان من غير المتنازع فيه بين الطرفين أن القانون المصري هو المتفق بينهما على تطبيقه على النزاع وكان من الغير المتنازع فيه أن العقد محل التداعي مبرم بين هيئة النقل العام بالقاهرة وهي من المرافق العامة وبين الشركة المدعى عليها وهي إحدى شركات القطاع الخاص الإيطالية، ولما كان من المقرر أن العقود الإدارية التي تعقدها الإدارة مع الأفراد لا تعتبر عقود إدارية إلا إذا تعلقت بتسيير مرفق عام أو تنظيمه وأظهرت الإدارة نيتها في الأخذ بشأنها بأسلوب القانون العام وأحكامه واقتضاء حقوقها بطريق التنفيذ المباشر بتضمين العقود شروطاً استثنائية غير مألوفة بمنأى من أسلوب القانون الخاص، وعلى هدى ما تقدم وكان من الثابت للمحكمة أن العقد محل المنازعة هو عقد إداري"[1].

ومن جانب آخر هناك من الفقه يرى أن بعض الشروط الخاصة التي ترد في العقود الدولية في الأصل تمثل تقيداً صريحاً إلى سلطة الدولية التشريعية ومنها شرط الثبات التشريعي[2] والذي بموجبه لا يتأثر العقد بالتشريعات اللاحقة الجديدة منها أو التي تعدل إذ يبقى العقد خاضعاً للتشريع الذي بموجبه انعقد العقد[3].

كما أن من أبرز سمات العقد الإداري هو سلطة الإدارة بتعديل أو إنقاص التزاماتها بإرادتها المفردة وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر، إذ أكدت "أن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية، ومقتضى هذه السلطة أن جهة الإدارة تملك

---

(1) الاسعد، بشار، (2006). عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة مرجع سابق. ص218.

(2) شلتاغ، شيماء محمد، القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة مع الاشخاص الاجنبية. مرجع سابق، ص19.

(3) لتفاصيل أكثر راجع فيما يتقدم ص 35 وما بعدها.

من جانبها وحدها وبإرادتها المفردة وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدة التزامات المتعاقد معها وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد".[1]

بينما لا نجد هذه السلطة الإدارية في عقود الدولة وذلك بتنازل الدولة عن هذا الحق عن طريق شرط عدم المساس بالعقد، الأمر الذي يعتبر إنكاراً صريحاً لأحد الخصائص الأساسية في العقد الإداري[2]، وإضافة لما ذكر يرى هذا الأجانب أن فكرة العقد الإدارية ظهرت في الأواسط الفقهية الفرنسية من أجل التفرقة بين عقود القانون العام وعقود القانون الخاص، وعليه تطبيق هذه الفكرة على عقود الدولية يؤدي خللاً قانونياً كونها تطبيق على فرض لم تخلق لها، كما أن العديد من التشريعات لا تتضمن هذه النظرية، وعلى هذا الأساس جاء في قرار تحكيم Aramco إذ رفضت هيئة التحكمي تكييف العقد بأنه عقد إداري استناداً إلى أن السعودية وهي طرف في العقد لا تأخذ في نظامها الداخلي مبادئ القانون الإداري الفرنسي[3].

كذلك في قضية Aminoil ضد الحكومة الكويتية فقد رفضت هيئة التحكيم "تطبيق نظرية العقد الإداري بالرغم من أن القانون الكويتي يأخذ بها صراحة مستندة إلى أن الإجراء الذي اتخذته الحكومة الكويتية هو من قبيل التأميم الذي لا تتسع له نظرية العقد الإداري فضلاً عن أن نظرية العقد الإداري غير معروفة في القانون الدولي ولا ترقى إلى مرتبة المبادئ القانونية العامة"[4].

---

(1) شنجار، محمد عامر، احمد، علي غسان، (2016). الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار. مجلة كلية الحقوق/جامعة النهرين، 27- 72.

(2) علي بكر، محمد عبد العزيز، مرجع سابق. ص230.

(3) الاسعد، بشار، (2006). عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص213.

(4) الاسعد، بشار، (2006). عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص214.

الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة لعقود الدولة التجارية

يرى هذا الجانب من الفقه أن عقود الدولة ذات طبيعة مختلطة "إذ أنها تقع على حدود كل من القانون الخاص والقانون العام وكذلك القانون الدولي الخاص والقانون الدولي العام على نحو يؤدي إلى تصارع كافة هذه الأنظمة القانونية من أجل تنظيمها إذ أنها تتصل بجميع هذه الأنظمة بسبب أطراف العقد"[1].

كما ذهب الأستاذ شارل روسو بشأن طبيعة عقد الإمتياز إذ يرى "أنها طبيعة مختلطة إذ تتصف بصفة القانون العام بالنسبة للسلطة المانحة للإمتياز كما تتصف بصفة القانون الخاص بالنسبة لصاحب الإمتياز"[2]. وعلى هذا الأساس جاء قرار التحكيم في قضية Sapphire الذي أقر بالطبيعة الخاصة المختلطة للعقد محل النزاع [3].

إلّا أن جانب آخر يرى في تحديد طبيعة العقد يختلف من عقد إلى آخر ومن نظام قانوني إلى آخر إذ أنه "يلتمس عناصر القانون الخاص في الطبيعة العقدية والتجارية للعقد والتي تتمثل بمناقشة بنود العقد بين الأطراف ولا تفرض من قبل طرف واحد كما تتضمن هذه العقود الاتفاق على القانون الواجب التطبيق وتسوية المنازعات عن طريق التحكيم بينما يلتمس عناصر القانون العام في العقود التي قد تتطلب المصادقة التشريعية مثل عقود النقط والاستثمار والقروض"[4] وهو ما أكدته

---

(1) الحداد، حفيظة السيد، (2007). العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجانب. الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ص10.

(2) روسو، شارل، (1987). القانون الدولي العام. بيروت، الاهلية للنشر، ص178.

(3) شلتاغ، شيماء محمد، مرجع سابق، ص22.

(4) شلتاغ، شيماء محمد، المرجع السابق، ص22.

المادة(117) من الدستور الأردني إذ تنص على "كل امتياز يعطى لمنح أي حق يتعلق باستثمار المناجم والمعادن أو المرافق العامة يجب أن يصدق عليه بقانون".

إلّا أن شراح القانون لا ينكرون الطبيعة المختلطة لهذه العقود فتارة تكون عقوداً إدارية وتارة أخرى تكون عقود عادية إذ يرون أن الأمر يتوقف على السياسة الإدارية التي تتبعا الدول في تعاقدها فقد تستخدم في تعاقدها وسائل القانون العام فيعد العقد إداريا أو تستخدم وسائل القانون الخاص فيعد العقد من عقود القانون الخاص.[1]

ويؤيد الباحث فيما ذهب إليه شراح القانون باعتبار ان عقود الدولة التجارية ذات طبيعة مختلطة، إذ لابد من البحث عن الصفة التعاقدية التي ظهرت فيها الدولة كأحد أطراف العقد لمعرفة العقد ما إذا كان من العقود الإدارية وبذلك تخضع لأحكام القانون العام أم عقد من العقود الخاصة تخضع لأحكام القانون الخاص.

المطلب الثاني

أهم الشروط التي ترد في عقود الدولة التجارية

تبرم العقود الدولية بين الدولة والتي تتمتع بالسلطة التشريعية والتنفيذية مع طرف من أشخاص القانون الخاص شخص طبيعي أو اعتباري الأمر الذي يؤدي إلى حدوث فجوة في التوازن القانوني ما بين الطرفين، الأمر الذي دعي إلى خلق مفاهيم قانونية تحد من هذا التفاوت القانوني بين الطرفين

---

(1) انظر: حلمي، عمر، (1993). معيار تمييز العقد الاداري. القاهرة: دار النهضة العربية. ص65، الاكايبي، يوسف عبد الهادي؛. (1999). النظام القانوني لعقود نقل التكنلوجيا في مجال القانون الدولي الخاص.**اطروحة دكتوراه**، جامعة الزقازيق، ص311 ، علي بكر، محمد عبد العزيز، مرجع سابق، ص260.

والذي يتمثل في الشروط التي ترد في هذه العقود والتي تمثل أهمها إعادة التفاوض وشرط الثبات التشريعي وعليه من أجل البحث في هذين الشرطين ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: شرط إعادة التفاوض

يمكن تعريف شرط إعادة التفاوض بأنه "شرط يدرجه الأطراف في العقد يتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم بقصد تعديل أحكام العقد عندما تقع أحداث معينة يحددها الأطراف من شأنها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر جسيم" أو "تلك الشروط التي بمقتضاها يتعهد الأطراف في حالة تغيير الجوهري للظروف التي تم التعاقد على أساسها بالتفاوض مرة أخرى من أجل خلق التوازن التعاقدي الجديد ومن ثم إعادة تكييف أو إقليمية إتفاقهم المبدئي الذي فقد مبرراته التعاقدية"[1].

ومن خلال هذه التعاريف نجد أن شرط إعادة التفاوض من الشروط الإتفاقية والذي بموجبه يحدد الأطراف مضمون هذا الشرط وعليه لا يمكن للقاضي أو المحكم المعروض أمامه النزاع تحديد مضمون الشرط من تلقاء نفسه، إذ يخضع مفهوم الشرط ومضمونه والأحداث التي بموجبها يتم العمل بشرط إعادة التفاوض التي قد تطرأ على تنفيذ العقد والحلول المتبعة في هذه الأحداث وفقاً لإرادة أطراف العقد[2].

---

(1) كوجان، لما، (2008). التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الاجنبي وقال لأحكام المركز الدولي لمنازعات الاستثمار في واشنطن. بيروت، منشورات زين الحقوقية. ص85. جاسم، اسيل باقر، (2011). النظام القانوني لشرط اعادة التفاوض. بغداد، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية. ص117.

(2) شنجار، محمد عامر؛ احمد، علي غسان، (2016). الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار. مجلة كلية الحقوق/جامعة النهرين، ص52.

وعليه إن مضمون شرط إعادة التفاوض ليس واحداً وإنما مختلف من عقد إلى آخر حسب اتفاق الأطراف فقد يواجه الشرط في عقد ما ظروفاً اقتصادية، بينما يواجه في عقد آخر ظروفاً سياسياً أو مالية[1].

وقد تبنى قانون الاستثمار الأردني رقم (30) لسنة 2014 هذا المبدأ في المادة (42) إذ تنص "تسوى نزاعات الاستثمار بين الجهات الحكومية والمستثمر وديّاً خلال مدة أقصاها ستة أشهر وبخلاف ذلك لطرفي النزاع اللجوء إلى المحاكمة الأردنية أو تسوية النزاعات وفقاً لقانون التحكيم الأردني أو اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل النزاعات باتفاق الأطراف" والتي تقابلها المادة (82) من قانون الاستثمار المصري التي تنص "مع عدم الإخلال بالحق في التقاضي تجوز تسوية أي نزاع ينشأ بين المستثمر وأي جهة أو أكثر من الجهات الحكومية يتعلق برأسمال المستثمر أو بتفسير أحكام هذا القانون أو تطبيقه وديّاً دون تأخير من خلال المفاوضات بين الأطراف المتنازعة"[2] بينما لم يرد مثل هذا النص في قانون الاستثمار العراقي[3].

كما تبنت لجنة الشركات عبر الدولية المشكلة في إطار الأمم المتحدة هذا الشرط ضمن مشروع مدونة السلوك الخاص بالشركات عبر الدولية، إذ نص المشروع على "العقود والإتفاقات المبرمة بين الدول والشركات عبر الدولية يتعين التفاوض بشأنها وتطبيقها في ظل اعتبارات حسن النية كما أن

---

(1) ناجي عبد المؤمن، (1994). عقود التجارة الدولية طويلة المدة، حدود مبدأ القوة الملزمة للعقد، دروس ألقيت على طلبة الدراسات العليا، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص٩٧.

(2) قانون الاستثمار المصري رقم (72) لسنة 2017.

(3) قانون الاستثمار العراقي رقم (2) لسنة 2010.

هذه العقود والإتفاقات ولا سيما التي يتعين تنفيذها في إطار فني طويل الأجل يجب أن تتضمن شروطاً لإعادة مراجعة بنودها لإعادة التفاوض بشأنها".[1]

ومن تطبيقات شرط إعادة التفاوض نشير إلى نص المادة (19) من العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية وشركة (ريسول اكسبلور ايجبتد اس.ايه) وشركة (موبيل اكسبلوريشن ايجيبت انك) "أنه في حالة حدوث أي تعديل تشريعي أو لأحي يؤدي إلى انتقاص أو زيادة حقوق أحد الأطراف فإنه يسمح بتسعين يوماً للتفاوض ويجوز بعدها إحالة الموضوع إلى التحكيم إذا لم تنجح المفاوضات".[2]

وبذلك نجد أن شرط إعادة التفاوض من الشروط الاستباقية التي تحول دون نشوء أي نزاع فيما يخص تنفيذ العقد كما أن هذا الشرط من الشروط التي تحد من التفاوت بين المراكز القانونية لأطراف العقد.

الفرع الثاني: شرط الثبات التشريعي

يأخذ شرط الثبات التشريعي صورتان إتفاقية وتشريعية، الصورة الاتفاقية والتي بمقتضاها "ينص الأطراف صراحة على أن القانون الذي عينه الأطراف وقت التعاقد هو الذي يسري على العقد عند المنازعة بأحكامه وقواعد النافذة فقط وقت إبرام العقد مع استبعاد أي تعديل يطرأ عليه وقت لاحق".[3]

---

(1) الشديفات، فيصل عليان، (2010). دور العقود الادارية في جذب الاستثمارات الاجنبية. اطروحة دكتوراه. دمشق: جامعة دمشق.

(2) الاسعد، بشار، (2006). عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة. بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية. ص305.

(3) سلامة، احمد عبد الكريم، (1989). شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية. مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، مصر، 63.

وكذلك يمكن تحقق هذا الشرط بصورة تشريعية وخاصة في العقود بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية إذ ترد في النصوص التشريعية للدولة والذي بمقتضاه تتعهد الدولة بألّا تعدل أو تلغي قانونها الواجب التطبيق على العقد وإن حدث أي تعديل أو إلغاء فلا يكون لذلك أثر على العقد[1].

وعلى هذا الأساس جاء قانون الاستثمار الأردني رقم 30 لسنة 2014 إذ تنص المادة (9) الفقرة (أ) على (مع مراعاة ما ورد في هذا القانون، تبقى الأنشطة الاقتصادية التي تتمتع بمزايا أو إعفاءات جمركية أو ضريبية بمقتضى أي تشريعات سابقة للاستثمار وأي قرارات صادرة بموجبها والنافذة قبل سريان هذا القانون مستفيدة من تلك الإعفاءات والمزايا حتى نهاية مدة الإعفاء الممنوح لها بموجب تلك التشريعات وبالشروط الواردة فيها، ولا تستفيد الأنشطة الاقتصادية التي تمتعت بحوافز مرتبطة بضريبة الدخل بموجب تشريعات سابقة من الحوافز والمزايا الواردة في المادة (5) من هذا القانون، ولهذه الغاية تمارس الهيئة مهام الجهات واللجان المختصة وفقاً لتلك التشريعات).

كما جاء قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة (2006) المعدل في المادة (13) إذ تنص على (أي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه أي أثر رجعي يمس الضمانات والإعفاءات والحقوق المقررة بموجبه).

كما جاء قانون الاستثمار المصري الجديد رقم (72) لسنة 2017 في المادة (2) منه " لا تخل أحكام هذا القانون والقانون المرافق له بالمزايا والإعفاءات الضريبية وغيرها من الضمانات والحوافز المقررة للشركات والمنشآت القائمة وقت العمل به، وتظل هذه الشركات والمنشآت محتفظة بتلك المزايا والإعفاءات والضمانات والحوافز إلى أن تنتهي المدد الخاصة بها وذلك طبقاً للتشريعات والإتفاقيات

(1) سلامة، احمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص67.

المستمدة منها." إذ بموجب هذا الشرط يتم الحفاظ على توقعات الأطراف في العقد واحترام إرادتهم وتطبيق القانون الذي عينته إرادتهم وليس قانون آخر[1].

إلّا أن الأمر يختلف فيما لو كان التعديل التشريعي اللاحق على إبرام العقد ناجماً في تغيير في السيادة الإقليمية "كما حدث في الجزائر بعد استقلالها عن فرنسا حيث أن إبرام العقد في الجزائر قبل استقلالها واختيار المتعاقدين للقانون الفرنسي لا يبيح سريان القانون الجزائري بعد ذلك على العلاقة العقدية الممتدة لأن مثل هذا التغيير في السيادة لم يكن داخلاً في توقعات المتعاقدين، أما لو لم يتم اختيار قانون العقد عند إبرامه وثار بشأنه النزاع بعد الاستقلال فإن تركيز القاضي للعقد يستوجب تطبيق القانون الجزائري على العلاقة العقدية الممتدة اعتباراً من تاريخ سريان القانون وبأثر فوري عملاً بالقواعد العامة في تنازع القوانين من حيث الزمان".[2]

المطلب الثالث

أشكال العقود الدولية وخصائصها

تتميز العقود الدولية بكثرتها وتنوعها في أن واحد نتيجة لطبيعتها ومواضيعها وخصائصها[3]، فتوجد العقود الدولية التقليدية كعقد البيع الدولي وعقد النقل الدولي وعقد الفرانشايز ومن جانب آخر توجد عقود تكون الدولة أحد أطرافها مثل عقود إمتياز البترول وعقد المشاركة وعقد المقاولة.

---

(1) سلامة، احمد عبد الكريم. الاصول في التنازع الدولي للقوانين. مرجع سابق، ص1078.

(2) ياقوت، محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. الاسكندرية، مصدر سابق، ص90.

(3) الحداد، حفيظة السيد، مرجع سابق، ص174.

الفرع الأول: العقود الدولية التقليدية

1- عقد البيع الدولي

لا يختلف البيع الدولي بشكل أساسي عن البيع الداخلي في الوظيفة الأساسية لكل منهما[1] فقد عرفه قانون التجارة العراقي "البيع الدولي هو بيع يكون محله بضاعة منقولة أو معدة للنقل بين دولتين أو أكثر"[2] ولم تورد التشريعات المقارنة و منها القانون الأردني و المصري تعريفاً لعقد البيع الدولي الا انها عرفت البيع، فقد عرفه القانون الأردني البيع (تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض)[3] وعرفه القانون المصري (عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن)[4].

من خلال تعريف عقد البيع الدولي للبضائع وعقد البيع الداخلي يتضح لنا بعض الخصائص والتي تتمثل في:

عقد من العقود الملزمة للجانبين: " لأنه يولد التزامات متقابلة في ذمة كلا العاقدين حيث يصبح كل واحد منهما دائناً ومديناً في نفس الوقت من ذلك مثلاً البيع الذي يلتزم معه البائع بنقل ملكية المبيع في مقابل التزام المشتري بدفع الثمن"[5]

---

(1) سيدة، ريتا سايد، (2014). العقود التجارية الدولة والعمليات المصرفية. لبنان، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، ص80.

(2) المادة (294) من القانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984.

(3) المادة (465) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

(4) المادة (418) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

(5) http://www.mohamah.net. البيع الدولي للبضائع

عقد من العقود الرضائية: العقد الرضائي "هو العقد الذي ينعقد مرتباً لكافة أثاره القانونية بمجرد تراضي إرادتين أو أكثر بحيث لا يتطلب المشرع لانعقاده شكلاً معيناً وإنما يكفي تراضي الطرفين المتعاقدين على عناصر العقد أي يكفي التعبير عن الإرادة لأجل إنعقاد العقد أيّاً كان شكل هذا التعبير سواء كان شفهياً أو كتابة أو بالإشارة الدالة على الموافقة على العقد"[1].

عقد معاوضة: "كل من طرفيه يأخذ مقابلاً لما يعطي فالمبيع من جهة البائع يقابله الثمن من جهة المشتري"[2]

عقد محدد القيمة: "يجب أن يكون محدد القيمة لأن كل من الطرفين المتعاقدين وهما البائع والمشتري يعلم أو يستطيع أن يعلم في لحظة إبرام العقد مقدار ما يأخذ ومقدار ما يعطي"[3].

عقد ناقل للملكية: يلتزم البائع في عقد البيع "بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر والالتزام بنقل الملكية يعد أثراً مباشراً لعقد البيع فالعقد بذاته لا ينقل الملكية مباشرة وإنما يتم نقل الملكية بناء على التزام البائع بنقلها وهذا الالتزام يتولد عن عقد البيع وقد صار الالتزام ينقل الملكية في القوانين الحديثة ليس من طبيعة البيع فحسب بل من مستلزماته أيضاً فكل عقد بيع لا بد أن ينشأ إلتزاما في ذمة البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري تنفيذاً لالتزامه بذلك أي قيامه بالأعمال اللازمة لذلك"[4].

---

(1) http://www.mohamah.net. البيع الدولي للبضائع

(2)http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/lecture.aspx?fid=7&lcid=22793

(3)http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/lecture.aspx?fid=7&lcid=22793

(4) http://www.mohamah.net البيع الدولي للبضائع .

2- عقد الاعتماد المستندي

عرف قانون التجارة العراقي الاعتمادي المستندي وفق المادة (273) "الاعتماد المستندي عقد يتعهد المصرف بمقتضاه بفتح اعتماد لصالح المستفيد بناءً على طلب الأمر بفتح الاعتماد بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل"[1] وتقابلها المادة (341) من قانون التجارة المصري والتي أوردت نفس التعريف[2] أما قانون التجارة الأردني فلم يورد تعريفاً للاعتماد المستندي[3].

خصائص عقد الاعتماد المستندي:

أولاً: من العقود الملزمة للجانبين: إن عقد الاعتماد المستندي من "العقود التي تنشأ التزامات متقابلة في ذمة عاقديه فلمصرف المصدر للاعتماد يلزم بتسديد مبلغ الاعتماد واستلام وثائق البضاعة ويقابله التزام عميل المصرف اتجاه المصرف بتسديد مبلغ الاعتماد إضافة إلى العمولات التي قد يفرضها المصرف"[4].

ثانياً: من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي: إن علاقة المصرف بعميله تقوم على "أساس الاعتبار الشخصي كون المصرف يمنح الائتمان والتسهيلات المصرفية للعميل دلالة على منح الثقة بعميل المصرف لما وجد فيه من الأمانة والسمعة وسرعة تنفيذ إلتزاماته المالية وقدرته على سداد مبلغ الاعتماد"[5].

---

(1) قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984.

(2) قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999.

(3) قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966.

(4) الكيلاني، محمود،(2008). الموسوعة التجارية المصرفية. عمان، دار الثقافة للنشر. ص170.

(5)عبد العظيم، علي، دور قانون الإرادة في عقد الاعتماد المستندي الدولي. مصدر سابق، ص384.

ثالثاً: عقد الاعتماد المستندي مستقل عن عقد البيع: يعد عقد الاعتماد المستني "مستقلاً عن عقد البيع الذي أبرم عقد الاعتماد المستندي من أجله ويعتبر المصرف أجنبياً عن عقد البيع"[1]، ويكون التزام المصرف في عقد الاعتماد المستندي "مستقلاً عن كل الالتزامات التعاقدية خارج نطاق عقد الاعتماد وهو مستقل عن علاقة المصرف فاتح الاعتماد بالمشتري ومستقل أيضاً عن علاقة البائع بالمشتري"[2].

رابعاً: من العقود المستمرة: يتميز عقد الاعتماد المستندي بأنه "من العقود المستمرة كونه ليس فوري التنفيذ وإنما يتطلب عنصر الزمن ويعتبر عنصر الزمن جوهرياً إذ يرتبط الزمن فيه بالوقت اللازم لتنفيذ البائع والمشتري التزاماتهم المقررة في عقد البيع الدولي الذي أنشا الاعتماد من أجله سواء كان الاعتماد مفتوحاً لعمليات مختلفة أو عمليه واحدة"[3].

خامساً: من العقود التجارة الدولية: يعقد عقد الاعتماد المستندي في "بلد ويتم تنفيذه في بلد آخر وعليه اعتبر عقد الاعتماد المستندي من أهم وسائل تنفيذ عقود التجارة الدولية إذ يلعب عقد الاعتماد المستندي دوراً أساسياً وفعالاً في توفير الضمان لأطراف البيوع الدولية حيث يوفر الاعتماد المستندي الثقة والمطمئنة في الحصول على البضائع وقبض الثمن وهو الأمر الذي يمثل أهم مستلزمات التجارة الدولية"[4].

---

(1) عبد العظيم، علي، دور قانون الإرادة في عقد الاعتماد المستندي الدولي. المصدر السابق، ص385.

(2) محمد، امال نوري،(2007). اجراءات الاعتماد المستندي في العراق. مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، ص9.

(3) عبد العظيم، علي، (2017). دور قانون الإرادة في عقد الاعتماد المستندي الدولي، مرجع سابق، ص385.

(4) الراوي، خالد وهيب، (2000). العمليات المصرفية التجارية. عمان، دار المناهج للنشر، ص170.

2- عقد الفرانشايز

الفرانشايز نشاط جديد ظهر في "الولايات المتحدة الأمريكية وانتشر إلى العالم والغاية من هذا النشاط هو قيام شخص أو مؤسسة على تطوير نشاط تجاري أو صناعي وإطلاقة بشكل مزدهر بعد إتباع أساليب ووسائل وطرق سرية جديدة التي تمثل أساس تقدم هذا المشروع، وعقد الفرانشايز من العقود ذات الطابع الدولي"[1]، إذ يهدف إلى إيجاد مناطق جغرافية لينتشر فيها والتي تتمثل في الاسم التجاري والطرق والأساليب السرية التي تم اكتشافها من قبل المؤسسة وإطلاقها ليس فقط في مؤسسة وإنما ضمن شبكة خاصة بها في البلد الواحد وفي بلدان أخرى مثل Pizza Hut،Nestle ، Pepsi Cola، MacDonald وغيرها[2].

و يمكن تعريف عقد الفرانشايز بأنه "عقد بين طرفين مستقلين قانونيا واقتصاديا يقوم بمقتضاه أحد طرفيه والذي يطلق عليه مانح الامتياز (Franchisor) بمنح الطرف الأخر والذي يطلق عليه ممنوح الامتياز(Franchisee) الموافقة على استخدام حق أو أكثر من حقوق الملكية الفكرية والصناعية أو المعرفة الفنية لإنتاج سلعة أو توزيع منتجاته أو خدماته تحت العلامة التجارية التي ينتجها أو يستخدمها مانح الامتياز ووفقا لتعليماته وتحت إشرافه حصريا في منطقة جغرافية محددة ولفترة زمنية محددة مع التزامه بتقديم المساعدة الفنية وذلك مقابل مادي أو الحصول على مزايا أو مصالح اقتصادية"[3].

---

(1) مغبغب، نعيم، (2006)، الفرانشايز. بيروت، منشورات زين الحقوقية، ص31.

(2) سيدة، ريتا سايد، مرجع سابق، ص107.

(3) https://ar.wikipedia.org/wiki/الامتيازحق

ومن خصائص عقد الفرانشايز:

عقد تعاون: إذ "يلتزم بموجبه المرخص للإمتياز والمرخص بالإمتياز بالتعاون بينهما لتنفيذ المشروع المشترك ويندرج هذا التعاون ضمن الخطة الهادفة إلى تطبيق نظام المرخص للإمتياز".

عقد يقوم على الاعتبار الشخصي: الفرانشايز عقد تجاري "يبرم بالاستناد إلى الاعتبار الشخصي أي تؤخذ مميزات وخصائص الشخص المتعاقد بعين الاعتبار إذ بموجبه يعطي المرخص للإمتياز الحق في استعمال العلامة التجارية العائدة له وعن سرية المعرفة وبالمقابل يقدم المرخص له بالإمتياز رأس المال اللازم لإتمام المشروع ويلتزم بالشروط المحددة بالعقد"[1].

الفرع الثاني: العقود الدولية الخاصة

أولاً: عقد إمتياز البترول

يعتبر هذا العقد من أبرز عقود الامتياز في التجارة الدولية[2] ويعرف "عقد يبرم بين الدولة المنتجة للنفط وشركة أجنبية تعطى بموجبه هذه الأخيرة حق استثمار النفط لحسابها الخاص مع حق التملك للنفط الذي تكتشفه مقابل بعض الأموال التي يجب عليها دفعها للدولة"[3].

وتعتبر عقود البترول من "أهم العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الخاصة الأجانب نظراً لأنها كانت مسرحاً لكثير من النزاعات في قضاء التحكيم بين الدول المنتجة للبترول وشركات استخراج النفط الأجنبية"[4].

---

(1) سيدة، ريتا سايد، المرجع السابق، ص 111.

(2) سيدة، ريتا سايد، مرجع سابق، ص 134.

(3) علوان، محمد يوسف، (1982). النظام القانوني لاستغلال النفط في الاقطار العربية. الكويت، جامعة الكويت، ص175.

(4) سيدة، ريتا سايد، مرجع سابق، ص 134.

إذ اتسمت هذه العقود بصورتها التقليدية "باختلال التوازن لصالح شركات تنقيب النفط حيث تضمنت في تفصيلاتها الكثير من الإجحاف بحقوق ومصالح الدول المتعاقدة"[1]، إلّا أن التطور السياسي والاجتماعي والاقتصادي الذي حصل في الدول المنتجة للنفط ما كان لهذه الصورة التقليدية لعقود امتياز البترول أن تستمر[2] إذ أدى هذا التطور إلى ظهور اتجاهات جديدة في عقود البترول وأهمها عقود المشاركة والمقاولة[3].

ثانياً: عقود المشاركة

بموجب هذا العقد "تشترك الدولة المنتجة للنفط بجزء من رأس مال الشركة التي تقوم باستثمار البترول فتصبح الدولة مساهمة في هذه الشركة مما يترتب عليها مسؤوليات إدارية والمشاركة في توجيه المؤسسة مما أدى هذا النوع من العقود إلى توجه الدول المنتجة للنفط إلى إنشاء مؤسسات نفطية عامة"[4].

وتحقق عقود المشاركة العديد من المزايا للطرفين" فهي تسمح للدول المضيفة بالسيطرة على ثرواتها الوطنية عن طريق الممارسة الداخلية للمشروع وكذلك اكتساب الخبرات الفمية في مجال البترول وكما توفر الاستقرار والاطمئنان للشركات الأجنبية إذ أنها تصبح شريكاً في العملية وليست مجرد صاحب إمتياز"[5].

---

(1) رباح، غسان، (1988). العقد التجاري الدولي. القاهرة: دار الفكر العربي، ص 33.

(2) الاسعد، بشار، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص58.

(3) الاسعد، بشار، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المصدر السابق، ص59.

(4) رباح، غسان، مرجع سابق، ص 36.

(5) عشوش، احمد عبد الحميد؛ بأخشب، عمر ابو بكر، (1990). النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي. الاسكندرية، مؤسسة شباب الجامعية، ص 242.

ويمكن أن تتخذ عقود المشاركة إلى ثلاث صور:

الصورة الأولى: وهي "أن يبرم العقد بين الدولة المنتجة للنفط ذاتها والشركة الأجنبية على أن يتم تأسيس شركة تساهم الدولة فيها أو إحدى مؤسساتها بحصة رأسمالها وذلك بعد اكتشاف البترول بكميات تجارية ووجدت هذه الصورة في عقد المشاركة المبرم بين السعودية والشركة الفرنسية اوكسيراب عام 1965".

الصورة الثانية: هو أن "يبرم العقد بين الدولة من ناحية وبين إحدى مؤسساتها الوطنية والشركة الأجنبية من ناحية أخرى وهذه الصورة وجدت في عقد المشاركة التي أبرمتها جمهورية مصر مع المؤسسة المصرية العامة للبترول وشركتي بان أمريكان وفيلبس عام 1993".

الصورة الثالثة: أن" يبرم بين عقد المشاركة بين إحدى شركات الوطنية التابعة للدولة والشركة المنتجة للنفط كما في عقد المشاركة السعودي بين ترومين وشركتي سنكلير وايني"[1].

ثالثاً: عقد المقاولة

ويقصد به "العقد الذي بموجبه تخول شركة وطنية لدولة منتجة للبترول مشروع أجنبي القيام بالأعمال اللازمة للبحث عن حقول البترول واستغلالها وذلك لحساب الشركة الوطنية مع بقاء الملكية التامة للدولة"[2].

---

(1) الاسعد، بشار، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص60.

(2) الحداد، حفيظة السيد، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجانب. الاسكندرية، مصدر سابق. ص187.

ومن أمثلة هذه العقود "العقد الذي أبرمته الحكومة العراقية مع شركة ايراب الفرنسية عام 1968 فقد حددت مدة البحث عن البترول بست سنوات كحد أقصى ومدة الاستغلال 20 عام تبدأ من تاريخ الاستغلال التجاري"[1].

وكذلك العقد المبرم "بين الهيئة المصرية العامة للبترول وشركة اموكو للزيت في مصر بشأن البحث عن البترول واستغلاله في منطقة السلوم بالصحراء الغربية سنه 1991 فقد حددت مدة البحث بثلاث سنوات ومدة الاستغلال 20 سنة من تاريخ الاكتشاف الجاري"[2].

وتتميز هذه العقود "بقصر مدتها بالمقارنة بالمدد التي كانت عليها عقود الاستثمار وأن دور الشركة المستثمر لا يتعدى دور المقاول بمواصفات محددة بينما تبقى ملكية الإمتياز والنفط المستخرج للدولة وتتحمل الشركة وحدها تكاليف المقاولة بالإضافة إلى مخاطر المشروع إلى حين اكتشاف كميات تجارية والتي عن طريقها تستطيع الشركة شراء نسبة معينة من الإنتاج بأسعار خاصة"[3].

---

(1) رباح، غسان، مرجع سابق، ص42.

(2) منشور في الجريدة الرسمية، ال عدد11، في 14 مارس 1991، ص 28-30.

(3) الاسعد، بشار، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مصدر سابق، ص62.

الفصل الثالث

خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة

أقرت معظم التشريعات العربية والغربية مبدأ خضوع العقد الدولي لإرادة الأطراف ومنها القانون الأردني وذلك بموجب المادة (20) من القانون المدني الأردني[1] التي تتيح لأطراف العقد باختيار القانون الذي سيحكم إلتزامهم التعاقدي التي تنص على "يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذ إتحدا موطناً فإذا اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك" وتقابلها المادة (25) من القانون المدني العراقي[2] والمادة (19) من القانون المدني المصري[3].

إلّا أن التساؤل الذي يثار ما هو أساس إرادة الأطراف في اختيارها لقانون العقد ومن الأسئلة التي تطرح أيضاً بهذا الخصوص فيما لو لم يختر الأطراف قانون ليحكم عقدهم، فكيف يتم تحديد القانون الواجب التطبيق؟ وهل توجد إرادة ضمنية يمكن أن يستدل القاضي بها للوصول إلى القانون الذي سيحكم النزاع أم يتصدى قاضي النزاع بنفسه لتحديد القانون الواجب التطبيق وللإجابة عن هذه الأسئلة سيكون ضمن المباحث التالية:

المبحث الأول: قانون الإرادة.

المبحث الثاني: غياب الإرادة.

---

(1) رقم (43) لسنة 1976.

(2) رقم(40) لسنة، 1951.

(3) رقم (131) لسنة 1948.

المبحث الأول

قانون الإرادة

يعتبر قانون الإرادة الإسناد الأول في تحديد القانون الواجب التطبيق للالتزامات التعاقدية في أغلب التشريعات، إلّا أن فقه القانون الدولي الخاص يحمل في طياته اختلافات فقهية فيما يخص هذه الإرادة وخاصة فيما يتعلق في الأساس الذي بموجبه تختار إرادة الأطراف القانون الذي سيحكم العقد، ويبقى السؤال ما هو أساس قاعدة قانون الإرادة وعلى ماذا يستند؟ ومن أجل البحث عن الإجابة لهذا السؤال لابد أولاً من البحث في بدايات ظهور مبدأ قانون الإرادة والمراحل التي مر بها وهو ما سيتم بحثه في المطلب الأول من هذا المبحث، أما المطلب الثاني فسيتم البحث في أساس قانون الإرادة.

المطلب الأول: ظهور مبدأ قانون الإرادة.

المطلب الثاني: أساس قانون الإرادة.

المطلب الأول

ظهور مبدأ قانون الإرادة

بدأت ملامح فكرة قانون الإرادة في بدايات القرن الثالث عشر وفي ظل مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة، حيث كانت العقود تخضع لقانون الدولة التي أبرمت فيه سواء من حيث موضوعها أو من حيث شكلها حيث اعتبر شراح المدرسة الإيطالية القديمة القوانين المتعلقة بالعقود "من القوانين الإقليمية التي تسري على كافة التصرفات القانونية التي تتم في هذا الإقليم" وذلك لسهولة تعرف جميع

الأطراف على أحكام هذا القانون[1]، إلّا أنه وفقاً لفقه المدرسة الإيطالية القديمة يعتبر إسناد العقود لقانون المحل إبرامه بمثابة إسناد أمر لا تملك الإرادة تغيره[2]، إذ كانت فكرة سلطان الإرادة لم تتضح بعد في ذلك الوقت[3].

وفي القرن الخامس عشر حاول الفقيه الإيطالي (Rocha's Curtius) الخروج عن طابع الأمر لتلك القاعدة بقوله أن أساس خضوع العقد لقانون محل إبرامه هو إرتضاء المتعاقدين ضمناً لتطبيق قانون بلد الإبرام[4].

وفي القرن السادس عشر تبلورت فكرة سلطان الإرادة على يد الفقيه الفرنسي (ديمولاند) إذ رأى أنه "ما دام العقد يخضع لقانون محل إبرامه باعتبار ذلك تعبيراً عن رضا المتعاقدين الضمني فيجب الاعتراف بحق المتعاقدين في اختيار قانون آخر غيره ليحكم العقد" وتأكد هذا المبدأ بعد الفتوى الشهيرة للفقيه ديمولاند في قضية الزوجين الشهيرة (دوجاني) إذ أكد أن شكل العقود والتصرفات القانونية تخضع لقانون بلد الإبرام، أما موضوع العقد فيخضع للقانون الذي يحدده أطراف العقد صراحةً أو ضمناً.[5]

وفي نهايات القرن التاسع عشر جاء الفقيه البلجيكي (لوران) ليؤكد أن حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد باعتباره حقاً من حقوق الإنسان[6]، وفي بدايات القرن العشرين تأكدت قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة أمام القضاء الفرنسي في قضية (Cquebec

---

(1) صادق، هشام، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري. مرجع سابق بند 182.

(2) ياقوت، محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق، ص26.

(3) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص20.

(4) سلامة، احمد عبد الكريم. الاصول في التنازع الدولي للقوانين. المرجع سابق، ص1059.

(5) عبد الله، عز الدين، (1967). تنازع القوانين في العقد من حيث الموضوع. مجلة الشرق الادنى، 874.

(6) ياقوت، محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق، ص32.

(Steamship والذي يعتبر قرار المحكمة كدستور لقانون الإرادة، إذ أكدت محكمة النقض الفرنسية بصورة قاطعة "أن القانون الواجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو بآثارها أو بشروطها هو القانون الذي تبناه الأطراف" الأمر الذي أدى تبني هذا المبدأ في مشروع القانون الدولي الخاص الفرنسي لسنة 1967 والذي يقضي "يخضع العقد ذو الطابع الدولي والالتزامات الناشئة عنه للقانون الذي قصد الأطراف الخضوع له"[1] وكذلك بالنسبة للتشريعات الغربية الأخرى فقد تبنت هذا المبدأ[2].

أما على صعيد التشريعات العربية فقد قنن المشرع الأردني هذه القاعدة كما ذكرنا في المادة (20) من القانون المدني والتي تنص على "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدى موطناً فإذا اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك "[3] ويقابل هذا الحكم نص المادة (19) من القانون المدني المصري[4] والمادة (25) مدني عراقي[5].

وكما اعتمدت العديد من الإتفاقيات الدولية هذه القاعدة ونشير إلى اتفاقية لاهاي لسنة 1955م بشأن القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية إذ تنص المادة (2) من الإتفاقية "يخضع البيع للقانون الداخلي الذي يختاره الطرفان".

---

(1) سلامة، احمد عبد الكريم. الاصول في التنازع الدولي للقوانين. مرجع سابق. ص1060.

(2) للمادة (35) من القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1979م، للمادة (24) القانون الدولي الخاص المجري لسنة 1979م، للمادة (24) القانون الدولي الخاص التركي لسنة 1982م، للمادة (27) القانون المدني الألماني لسنة 1986م.

(3) رقم (43) لسنة 1976.

(4) رقم (40) لسنة 1951.

(5) رقم (131) لسنة 1948.

واتفاقية روما لسنة 1980م والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية إذ تنص المادة (3) من الاتفاقية "يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف هذا الاختيار يتعين أن يكون صحيحاً، ويجوز أن يستخلص بطريقة مؤكدة من شروط العقد أو من الظروف المحيطة به ويمكن للأطراف اختبار القانون الواجب التطبيق على العقد أو على جزء منه".

وكذلك اتفاقية لاهاي لسنة 1985م والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع وذلك ضمن الشطر الأول من للمادة (7) والتي تقضي "يخضع العقد للقانون الذي اختاره طرفا العقد على أن يكون هذا الاختيار قد صدر بصورة صريحة أو يستنتج من عبارات العقد"، وبذلك نجد أن مبدأ قانون الإرادة قد استقر في مختلف التشريعات القانونية والاتفاقيات الدولية.

المطلب الثاني

أساس قانون الإرادة

يختلف الأساس القانوني لمنح إرادة الاطراف حق اختيار القانون الواجب التطبيق باختلاف النظرة الى دور هذه الارادة

حيث ظهرت اختلافات فقهية بهذا الخصوص، وأشهر هذه المذاهب مذهب النظرية الشخصية ومذهب النظرية الموضوعية فالأولى ترى أن أساس قانون الإرادة هو مطلق سلطان إرادة الأطراف وعليه تعلو إرادة المتعاقدين على القانون فتصبح حاكمة مجرد شروط تعاقدية، لهم أن يجروا عليها من التعديلات ما يجرونه على باقي شروط العقد، أما أصحاب المذهب الموضوعي فينكرون هذه الإرادة إذ يرون أن إرادة الأطراف تخضع لسلطان القانون الذي يتيح هذا الحق وليس العكس وبذلك لا تستطيع

إرادة الأطراف أن تخرج عن نصوصه الآمرة في القانون وللبحث أكثر في النظريتين ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: النظرية الشخصية.

الفرع الثاني: النظرية الموضوعية.

الفرع الأول: النظرية الشخصية

أسندت النظرية الشخصية مفاهيمها إلى مطلق سلطان الإرادة فيما يخص إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، إذ يعتبر العقد الدولي وفقاً لهذه النظرية "تصرفاً قائماً بذاته متمثلاً بنظام قانوني مستقل عن أي قانون وطني أو دولي حيث يكفي بذاته بيان حقوق والتزامات الأطراف وإقرارها من دون الحاجة إلى تدخل أي نظام قانوني معين"[1] أي بمعنى أن إرادة الأطراف هي القانون ولا حاجة إلى الإستناد لقانون ما ليبرر وجودها[2] وعليه يرد أنصار النظرية الشخصية، وعلى رأسهم الفقيه البلجيكي (لوران) قدره المتعاقدين على اختيار قانون العقد إلى مطلق سلطان الإرادة فيكون اختيار المتعاقدين للقانون في هذه الحالة إختياراً مادياً حيث يندمج القانون المختار في العقد لتصبح أحكامه مجرد شروط عقدية يملك المتعاقدون الاتفاق على ما يخالفها ولو اتسمت بالطابع الأمر وعلى هذا النحو يبقى العقد الدولي طليقاً أي بلا قانون يحكمه وهو ما يعني في نهاية الأمر إخراج العقود الدولية من مجال تنازع القوانين[3].

---

(1) سلامة، احمد عبد الكريم، (1988). نظرية العقد الدولي الطليق. القاهرة، دار النهضة العربية، ص47.

(2) عبد المجيد، منير، (1991). مفهوم القانون المحدد في العقود الخاصة الدولية. مجلة المحاماة، 44.

(3) ربا، رائد سامر، (2012). القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في فلسطين. رسالة ماجستير، جنين، الجامعة العربية الامريكية، ص32.

فوفقا للنظرية الشخصية "أن العقد المبرم بين شخصين أحدهما فرنسي والآخر إنجليزي لتصدير بضاعة من فرنسا لإنجلترا هو عقد دولي لا يثير مشكلة تنازع القوانين إذ أن أي من القانونين لا يدعي خضوع العقد لسلطانه وعليه يفلت العقد الدولي من أحكام القانون ليخضع لسلطان الإرادة"[1]

ومن أهم النتائج التي تترتب على اندماج القانون في العقد وفقاً للنظرية الشخصية تتمثل في أن القانون الأجنبي المختار يندمج في العقد ويأخذ حكم الشرط التعاقدي الأمر الذي يخول الخصوم استبعاد أحكامه الآمرة[2].

وكذلك من النتائج التي تترتب على إرادة الأطراف وفقاً للنظرية الشخصية أن لا يتقيد اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد بضرورة توافر صلة بينه وبين العقد، إذ يمكن لأطراف العقد اختيار قانون اشتهر بوضع شروط نموذجية لنوع معين من العقود مثل القانون الإنجليزي الذي ينظم بعض عقود النقل والتأمين البحري حتى وإن لم تتوافر تلك الصلة حيث أن اشتراط مثل هذه الصلة يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة[3]، كما يمكن لأطراف العقد اختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في الرابطة العقدية مستخلصين من كل منها النصوص التي تحقق مصالحهم[4]، كما يؤدي اندماج القانون في العقد الدولي إلى عدم الخضوع لأي تعديلات تشريعية قد تطرأ على القانون الواجب التطبيق

---

(1) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص104.

(2) ياقوت، محمود محمد، (2004). الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية. الاسكندرية، دار الفكر العربي، ص57.

(3) رياض، فؤاد؛ راشد، سامية، (1974). الوسيط في القانون الدولي الخاص تنازع القوانين. القاهرة، دار النهضة العربية، ص374.

(4) صادق، هشام، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري. مرجع سابق، ص650.

بعد إبرام العقد إذ يطبق القانون طبقاً لمضمونه وقت إبرام العقد وهو ما يعرف بالتجميد الزمني للعقد أو شرط الثبات التشريعي[1].

وأيضاً يترتب على اندماج القانون في العقد في الفرض الذي تقضي القواعد الامرة في القانون المختار من قبل الأطراف ببطلان العقد، كما لو اتفق الأطراف في عقد العمل على حرمان العامل من التامين ضد الإصابات اثناء أداء العمل، إذ وفقاً للنظرية الشخصية أن اندماج القانون المختار في العقد يجرده من عناصره الآمرة التي تؤدي إلى بطلان العقد ويصبح مجرد شرط من شروط التعاقد، وبذلك لا يؤدي إلى بطلان العقد[2].

أما في حالة لو لم تكن إرادة الأطراف صريحة في تحديد القانون الذي سيحكم العقد فوفقاً للنظرية الشخصية إن على القاضي أن يبحث عن إرادتهم الضمنية فإن لم يتيسر له الكشف عنها فهو يملك سلطة تقديرية في تحديد القانون الذي سيحكم العقد، كما أن قد يحدد المشرع بموجب قواعد اسناد مسبقة القانون الواجب التطبيق [3].

وعليه يندمج القانون المختار في العقد لدى أنصار النظرية الشخصية فقط في حالة اختيار الأطراف لقانون العقد صراحة أو ضمناً[4]، إذ يرى جانب من الفقه صعوبة اندماج القانون في العقد في الفرض الذي تنعدم الإرادة الصريحة أو الضمنية إذ يكون القانون الذي سيحكم عقدهم قد عين من قبل قاضي النزاع أو المشرع وليس قانوناً اخترته إرادة الأطراف[5].

---

(1) ياقوت، محمود محمد،الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية. مرجع سابق، ص39.

(2) ياقوت، محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق، ص87.

(3) التفاصيل أكثر من الاسناد المسبق انظر فيما سيتقدم في الفصل الرابع.

(4) ياقوت، محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق، ص81.

(5) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، بند 86.

ومن أشهر التطبيقات القضائية التي تبنت النظرية الشخصية فنشير إلى القضية الشهيرة (American Trading Company) التي عرضت على القضاء الفرنسي والتي تدور حول عقد مشارطة إيجار سفينة ابرم في نيويورك بين شاحن أمريكي ومجهز كندي موضوعه نقل بضاعة من أمريكا إلى فرنسا، وقد تضمن العقد شرطاً يقضي بإعفاء المجهز من المسؤولية وعند وصول البضاعة إلى الميناء الفرنسي تبين وجود تلف فيها عند عرض النزاع على القضاء الفرنسي تمسك المجهز بشرط عدم المسؤولية المنصوص عليه في العقد بينما دفع الشاحن بأن العقد يخضع صراحةً للقانون الأمريكي والذي بدوره يحظر الإعفاء من المسؤولية، ومن ثم يبطل شرط عدم المسؤولية إلّا أن محكمة النقض لم تستجب لهذا الدفع وأقرت "أن القانون الواجب التطبيق على العقود سواء من حيث تكوينها أو بآثارها أو شروطها هو ذلك القانون الذي تبناه الأطراف"[1]، وانتهت المحكمة بذلك إلى إنزال أحكام القانون الأمريكي المختار منزلة الشروط التعاقدية حين رفضت الاستناد إليه في إبطال شرط الإعفاء من المسؤولية المنصوص عليه صراحة في العقد[2].

وجاء في تعليقها على الحكم الصادر "أن اختيار المتعاقدين للقانون الأمريكي لا يعني الأخذ بأحكامه التي تبطل شرط الإعفاء من المسؤولية المنصوص عليها صراحة في العقد فما دام هذا الشرط محلاً لتراضي الطرفين فهو ملزم لهما إما الرجوع إلى القانون الأمريكي فيجب أن يفهم على أنه يضيف إلى الشروط المدرجة بالعقد ما عسى أن يتضمنه هذا القانون من شروط أخرى لم يتناولها العقد".

---

(1) سلامة، احمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق. مرجع سابق، ص147.

(2) ياقوت، محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مرجع سابق، ص80.

إلّا أن هذه النظرية لم تلبث طويلاً إذ وجهت إليها العديد من الانتقادات على الصعيد الفقهي بما تحمله من السلبيات المترتبة على إخضاع العقد لمطلق سلطان الإرادة كما تم رفضها في مختلف التشريعات العربية والغربية.

فعلى الصعيد الفقهي أكدت الأستاذة (Deby Gerard) "أن العقد الدولي لا يمكن أن يولد أو يعيش في فراغ قانوني بل يجب أن يكون محكوماً بقانون"[1].

كما ذهب الدكتور هشام صادق على فكرة العقد بدون قانون "إن إرادة المتعاقدين ليست مطلقة بل هي مقيدة بنصوص القانون وأن العقد ليس مسألة خاصة بأطرافه فقط وإنما هو قبل كل ذلك واقع اجتماعي يخضع للقانون ولا يترتب آثاره إلّا في حدود ما يسمح به هذا القانون وأن فكرة العقد بدون قانون يناهض صحيح الواقع"[2]، ويرى الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة "أن فكرة العقد بدون قانون هي خيال وليس حقيقة"[3].

كما يذهب الدكتور منير عبد المجيد "أن عدم خضوع العقد لأي قانون يعد أمراً غير مألوف والقول بأن العقد يستمد قوته من نصوصه وبنوده يؤدي إلى عدم الاستقرار ولا يمكن تصور عقد بدون قانون يحكمه"[4].

أما على صعيد التشريعات العربية والغربية تأكد رفضها لهذه النظرية وخاصة فكرة اندماج القانون مع العقد وإفلاته من القواعد الآمرة، حيث جاءت المادة (29) من القانون المدني الأردني التي

---

(1)المجاهد، طارق عبد الله عيسى، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص65.

(2) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص267.

(3) سلامة، احمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق. مرجع سابق، ص66.

(4) عبد المجيد، منير، (1991). تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية. الاسكندرية، منشأة المعارف، ص55.

تنص على "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية" والتي تقابلها المادة (25) من القانون المدني العراقي والمادة (19) من القانون المدني المصري، الأمر الذي أكدته محكمة التميز الأردنية في قرارها الذي ينص على "إذا كان من شروط عقد العمل أن القانون الواجب التطبيق في تفسير العقد وتنفيذه، هو القانون البرمودي، وجاءت نصوص وأحكام قانون العمل الأردني بقواعد آمرة لا يجوز الإتفاق على ما يخالفها، بما يسلب من العامل حقوقه أو ينتقص منها، فهي لذلك من متعلقات النظام العام"[1].

وفي فرنسا وجميع دول الإتحاد الأوروبي تم رفض مبادئ النظرية الشخصية وذلك بموجب المادة (7) من إتفاقية روما لسنة 1980 والتي تنص على (أن أحكام هذه الإتفاقية لا يمكن أن تؤثر في تطبيق القواعد الإلزامية في قانون للقاضي والتي تحكم الحالة بغض النظر عن القانون المنطبق على العقد" والتي عدلت بموجب المادة (9) الفقرة (1) من اللائحة التنفيذية رقم 593/2008 للبرلمان الأوروبي والمجلس المؤرخ 17 يونيو 2008 بشأن القانون المنطبق على الإلتزامات التعاقدية والتي تنص على "إن قانون الشرطة شرط حتمي يعتبره بلد ما أمراً حاسماً بالنسبة لصون مصالحه العامة، مثل منظومته السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، إلى درجة اشتراط تطبيقه على أي حالة واردة ضمن نطاقه بصرف النظر عن القانون المنطبق على العقد وفقاً لهذه اللائحة".

وهو ما أكدته محكمة الاستئناف الفرنسية أيضاً في قرارها الصادر في 30 يونيو 2007 والذي جاء فيه "فيما يتعلق بتشييد مبنى في فرنسا، وقانون 31 ديسمبر 1975 بشأن التعاقد من الباطن وبخصوص الاستعانة بمصادر خارجية والأحكام الوقائية للمتعاقد من الباطن، هو قاعدة إلزامية ضمن

(1) قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 1999/1835 (هيئة خماسية) تاريخ 2000/1/31.

معنى المادة 3 من القانون المدني والمادة 7 من إتفاقية روما المؤرخة 19 حزيران / يونيو 1980 بشأن القانون المنطبق على الإلتزامات التعاقدية"[1].

ويؤيد الباحث ما ذهب اليه شراح القانون بأن أصحاب النظرية الشخصية ينكرون نظريتهم في الأصل خاصة في الصورة التي لا يتم بها اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف إذ لا يمكن تصور أن يطبق القاضي شروطاً عقدية تخالف القواعد الآمرة في قانونه، إذ أن القاضي مقيد بنصوص القانونية التي شرعها المشرع والذي بدوره أعطاها القوة الإلزامية في التطبيق.

إلا أن من الملاحظ أن التشريعات المقارنة قد أخذت بعض مبادئ النظرية الشخصية مثل شرط الثبات التشريعي، إلّا أن هذا الحق ليس مستند إلى مطلق سلطان الإرادة وإنما بموجب القانون الذي يتيح لأطراف العقد شرط الثبات التشريعي.

الفرع الثاني: النظرية الموضوعية

تعتبر النظرية الموضوعية أساس القانون الثاني لمبدأ قانون الإرادة والتي يرجع أصلها إلى الفقيه الألماني سافيني إلا أنها تطورت وتبلورت على يد الفقيه باتيفول، والتي بدورها "ترفض هذه النظرية رد إرادة الأطراف إلى مطلق سلطان الإرادة التي جاءت به النظرية الشخصية"[2]، فإرادة المتعاقدين وفق النظرية الموضوعية تستند إلى قوة القانون الذي منح هذه الإرادة حق اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد بمقتضى قاعدة من قواعد التنازع في دولة القاضي، الأمر الذي يؤدي إلى

---

(1)Chambre mixte, 30 novembre 2007 (pourvoi n° 06-14.006, en cours de publication)
www.courdecassation.fr المنشور في الموقع الالكتروني لمحكمة النقض الفرنسية

(2) خليل، خالد عبد الفتاح، (2002). حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص. دار النهضة العربية، القاهرة، ص126.

بطلان أي شرط يخالف القاعدة الآمرة في هذا القانون[1] وعلى هذا الأساس تترتب عدة نتائج وفقاً للنظرية الموضوعية والتي تتمثل في عدم هيمنة أطراف العقد على قانون العقد وتحويله إلى مجرد شرط تعاقدي وإدماجه في بنود العقد إذ يبقى القانون محتفظاً بصفته[2] الأمر الذي يؤدي إلى احترام النصوص الأمر في قانون القاضي، إذ لا تقوى الإرادة على مخالفة هذه النصوص كما أن العقد الدولي يخضع للتعديلات التشريعية التي تطرأ على القانون المختار إذ لا يمكن لأطراف العقد اشتراط الثبات التشريعي أو التجميد الزمني للقانون ضمن شروط العقد، كما أن وفقاً للنظرية الموضوعية لا يمكن لأطراف العقد اختيار قانوناً لا يمت بأي صلة بالعقد إذ يجب أن يكون القانون المختار ذا صلة بالعقد، وكذلك لا يمكن لأطراف العقد اختيار أكثر من قانون ليحكم العقد وبذلك تقيد إرادة الأطراف في محاولة الإفلات من القواعد الآمرة[3].

إلا أن أهم ما يترتب على إرادة الأطراف وفقاً للنظرية الموضوعية هو حقيقة إرادة الأطراف، إذ بموجب هذه النظرية لأطراف العقد مجرد تركيز العقد في دولة معينة، وليس حق اختيار القانون الواجب التطبيق، فالمتعاقدان لا يختاران قانوناً معيناً ملزم للقاضي وإنما يركزان عقدهما في مكان معين باعتبار ان هذا التركيز يمثل مركز ثقل العقد، أي أن إرادة الأطراف وإن كانت قد اختارت القانون الواجب التطبيق باعتباره القانون الذي يمثل مركز ثقل العقد، إلا أنها مجرد إرادة توطين للعقد أو ارادة كاشفة للمكان الذي يتركز فيه العقد التي تشير اليه ظروف و ملابسات التعاقد، ومتى كان اختيار أطراف العقد للقانون الواجب التطبيق لا يتطابق مع التركيز الحقيقي للعقد كان للقاضي أن يهمل هذا

---

(1) ياقوت، محمود محمد، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية. مرجع سابق، ص58.

(2) سلامة، احمد عبد الكريم. الاصول في التنازع الدولي للقوانين. مرجع سابق، ص1070.

(3) فتحي، حسام الدين، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين. مرجع سابق، ص27.

الاختيار ويسعى هو إلى البحث عن التركيز الحقيقي للعقد الذي يمثل مركز الثقل في العقد من خلال ظروف التعاقد و ملابساته لاستخلاص القانون الواجب التطبيق[1]، لذا نجد أن إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية وفقاً لهذه النظرية لا تقوى على اختيار القانون الواجب التطبيق بصورة مباشرة وإنما يقتصر دورها في تركيز العقد في مكان محدد أي أن دورها ثانوي أو احتياطي وعلى القاضي أن يستخلص في ضوء عناصر العقد وظروفه المحيطة به القانون الواجب التطبيق إذ يجب وفقاً لهذه النظرية أن القانون المختار من قبل الأطراف والتركز الموضوعي للعقد متوافقين وهذا الشرط أساسي والوحيد لفعالية دور الإرادة في الاختيار[2].

وعلى هذا الأساس تبنت محكمة النقض الفرنسية في قراراها الصادر بتاريخ 9 ديسمبر 1960 هذا المعيار في قضية تتلخص وقائها في عقد تمثيل تجاري أبرم في فرنسا بين شركة تشيكوسلوفاكية وشخص فرنسي وقد تضمن العقد أن يقوم الأخير بتمثيل مصالح الشركة وبيع منتوجاتها في فرنسا، وقد أدرج في العقد أيضاً نص صريح يُحيل الاختصاص التشريعي للقانون التشيكوسلوفاكي، إلّا أنّ محكمة النقض الفرنسية قد استبعدت القانون الذي اختاره أطراف العقد وطبقت القانون الفرنسي المتمثل في مكان التنفيذ بوصفه القانون الذي تركزت فيه العناصر المهمة المتصلة بالعقد.

وكذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 25 مارس 1980 والتي أيدته محكمة استئناف "Douai" إذ قررت المحكمة تطبيق القانون الفرنسي في النزاع المعروض أمامها بصفته قانون تنفيذ العقد وكذلك موطن المندوب التجاري إذ جاء قرارها "إذا كان التركيز العقد يستند إلى إرادة

(1) سلامة، احمد عبد الكريم. الاصول في التنازع الدولي للقوانين. مرجع سابق، ص1070.

(2) المجاهد، طارق عبد الله عيسى، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص70.

الأطراف المتعاقدة فإنه يعود للقاضي أن يكشف بحرية عن تفسيره لهذه الإرادة فيما يخص تركيز العقد ليستخلص من القانون الأجدر بحكم النزاع"[1].

إلّا أن هذه النظرية لم تسلم أيضاً من الانتقادات وأهمها أنها تلغي أي دور لإرادة الأطراف إذ وفقاً لهذه النظرية لا تملك الإرادة حق اختيار إنما مجرد تركيز العقد في مكان معين وبذلك يكون دور إرادة الأطراف مجرد دوري ثانوي أو مجرد أداة لتوطين العقد وعليه لا عبرة بالتفرقة ما بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية كون إرادة الأطراف لا تملك حق الاختيار في الأصل وإنما حق تركيز العقد فقط.[2] وأيضاً يعاب على هذه النظرية إطلاق سلطة القاضي وحقه في تعديل اختيار الأطراف متى كان هذا الاختيار لا يتلاءم مع التركيز الحقيقي للعقد والذي يؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف.[3] ويؤيد الباحث الانتقادات التي وجهت للنظرية الموضوعية حيث ان النظرية لا تتناول اساس إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، وانما تناولت حق القاضي في التصدي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، اذ ان النظرية الموضوعية تنكر أي حق لإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، وكل ما جاءت به هذه النظرية هو عملية تركيز العقد من خلال البحث التي تناط بالسلطة التقديرية للقاضي، اذ غالى الفقيه باتيفول بمحاولة توحيد عملية الاسناد مما أدى الى انكار أي وجود لإرادة الاطراف وعليه كانت هذه النظرية الفضل بظهور فكرة تركيز العقد من خلال ظروف العقد و ملابساته والتي أصبحت من الاسانيد التي تطبق عند سكوت إرادة الأطراف.

---

(1) المجاهد، طارق عبد الله عيسى، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص75.

(2) عبد المجيد، منير، (1991). تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية. الاسكندرية، منشأة المعارف، ص86.

(3) ياقوت، محمود محمد، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية. مرجع سابق، ص11.

وعليه نجد ان القضاء الفرنسي اخذ بهذه النظرية فقط في حالة سكوت الإرادة وذلك قبل نفاذ اتفاقية روما وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في ذلك الوقت اذ جاء في احدى قراراتها "اذا لم يقم المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحتا فعلى قضاة الموضوع ان يتصدوا لتحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء ظروف التعاقد و ملابساته"[1] الا ان هذه النقطة أيضا محل نظر فمن خلال القرارات السابقة نجد ان القضاء منقسم في ما بينه بشان اعتماد النظرية في تطبيق القانون عند سكوت الإرادة فقط ام مع وجود الاختيار.

الا ان هذا الامر قد تغير بعد اتفاقية روما لسنة 1980 النافذة في فرنسا حيث اعتمد الاتفاقية نظرية الأداء المميز التي يتم تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال الطبيعة الذاتية للعقد وليس من خلال ظروف التعاقد وملابساته الا في بعض الحالات الاستثنائية.

وذلك بموجب الفقرة (4) من المادة (4) التي تنص " عندما لا يمكن تحديد القانون المنطبق على أساس الفقرة 1 أو 2، يخضع العقد لقانون البلد الذي يرتبط به على نحو أوثق"[(2)]

اما المشرع الأردني و التشريعات المقارنة فانه لم يأخذ بفكرة التركيز الموضوعي عند سكوت الإرادة وانما اخذ بالإسناد المسبق للعملية التعاقدية متمثلة بالموطن المشترك لأطراف العقد او بلد أبرام العقد[(3)].

[(1)] عبد الحفيظ، صفوت احمد، (2005). دور الاستثمار الاجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ص190.

[(2)] Lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2, le contrat est régi per la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits.

[(3)] المادة (20) من القانون المدني الأردني.

الفرع الثالث: النظرية الازدواجية

ظهرت النظرية الازدواجية على يد الأستاذة "Deby Gerard" والتي ترى أن "الحق الممنوح للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم هو حق اختيار وليس حق تركيز العقد في مكان معين"[1] فإذا وجد الاختيار الصريح من قبل الأطراف وجب احترام هذا الاختيار والحفاظ على توقعاتهم إذ أن قاعدة قانون الإرادة هي قاعدة موضوعية خاصة بالعقود الدولية وواجبة الاحترام من قبل القاضي وضعت لتنظيم العلاقات التجارية وحماية توقعات الأطراف حول مضمون التزاماتهم[2]، كما يؤكد أنصار النظرية الازدواجية أن حق الاختيار لإرادة الأطراف حق مطلق فلا يمكن تقييدها في اختيار قانون معين، إذ يمكن لأطراف العقد اختيار أي قانون ليحكم عقدهم، وإن كان لا يمت أي صلة بالعقد.[3]

أما في حالة انعدام الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف فيرى أصحاب النظرية الازدواجية أنه يمكن إعمال فكرة تركيز العقد وقيام القاضي بدوره في استخلاص القانون الواجب التطبيق على العقد[4].

وفي نظرة للقضاء المؤيد للنظرية الازدواجية فنشير إلى الحكم الصادر من محكمة الاستئناف الفرنسية في 10 نوفمبر 1970 والتي أكدت بأن "القاعدة في القانون الدولي الخاص الفرنسي هو

---

(1) سلامة، احمد عبد الكريم. الاصول في التنازع الدولي للقوانين. مرجع سابق، ص1072.

(2) سلامة، احمد عبد الكريم. الاصول في التنازع الدولي للقوانين. المرجع السابق، ص1072.

(3) العزاوي، ايمان ناجي، (2007). القانون الواجب التطبيق على عقد المنظمة الدولية مع شخص القانون الداخلي. بغداد، **اطروحة دكتوراه** جامعة بغداد، ص177.

(4) العزاوي، ايمان ناجي، (2007). القانون الواجب التطبيق على عقد المنظمة الدولية مع شخص القانون الداخلي. المرجع سابق، ص177.

إخضاع العقود لمبدأ قانون الإرادة، وإن للأطراف المتعاقدة الحق في تعيين قانون وطني معين ليحكم علاقاتهم وفي حالة تعذر التعيين الصريح عن الإرادة فإن الكشف عن هذا القانون يجب أن يحدد من بين ثنايا الأمارات التي يتضمنها العقد والتي تسمح بتركيز العلاقة العقدية[1].

إلّا أن الانتقاد الوحيد الذي وجه إلى النظرية الإزدواجية هو "تجاهلها للإرادة الضمنية لأطراف العقد واعتبار أنها تتساوى مع إنعدام إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق بينما هي إرادة حقيقية لها وجودها وقرائنها اليقينية التي تدل عليها والتي ينبغي احترامها وعلى القاضي المعروض أمامه النزاع البحث عن هذه الإرادة"[2].

أما فيما يخص موقف التشريعات العربية والغربية من النظرية الإزدواجية فنجد المشرع الأردني قد اعترف لإرادة الأطراف بحق الاختيار وذلك بموجب الشطر الأخير من المادة(20) من القانون المدني التي تنص "هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك" وكذلك اعترف المشرع الأردني بالإرادة الضمنية لأطراف العقد حيث أن عبارة "الإرادة" وفق المشرع الأردني مطلقة أي تشمل الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية[3]وكذلك موقف المشرع العراقي والمشرع المصري بالإرادة وذلك في الشطر الأخير من المادة (25) مدني عراقي والمادة (19) مدني مصري التي تنص "هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبقه"

وبالنظر إلى النصوص التشريعية المقارنة نجد أنها لم تقيد إرادة الأطراف باختيار قانون ذو صلة بالعقد وإنما أتاحت لأطراف العقد حرية اختيار أي قانون يراه الأطراف مناسباً لحكم التزامهم

---

(1) المجاهد، طارق عبد الله عيسى، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص83.

(2) سلامة، احمد عبد الكريم. الاصول في التنازع الدولي للقوانين. مرجع سابق، ص1073.

(3) الداودي، غالب علي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين. مرجع سابق، ص217.

التعاقدي، أما التشريعات الغربية ومنها القانون الفرنسي، فنجد أن المادة (3) من اتفاقية روما السارية المفعول في فرنسا تنص "يخضع العقد للقانون الذي يختاره الطرفان، ويكون الخيار صريحاً أو مؤكداً نتيجة أحكام العقد أو من ظروف القضية، وبموجب هذا الاختيار، يمكن للأطراف أن تعيين القانون المنطبق على كل أو جزء من العقد فقط" قد اعترفت بحق إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وذلك تماشياً مع النظرية الازدواجية إلّا أنها اختلفت معها فيما يخص الإرادة الضمنية حيث ساوت ما بين الإرادة الضمنية والإرادة.

ويرى الباحث أن النظرية الازدواجية تمثل أقرب النظريات إلى الواقع القانوني فإنها تعترف بإرادة الأطراف في اختيار القانون كما أنها تخضع إرادة الأطراف للقواعد الآمرة في قانون الواجب التطبيق، كما أنها لا تقيد إرادة الأطراف وهو الأمر الذي يؤيده الباحث كون هناك قوانين أنسب لتحكم العلاقة التعاقدية من قوانين غيرها، إلا أن السلبية الوحيدة التي ترد على النظرية الازدواجية تتمثل بحقيقة الارادة الضمنية لأطراف العقد و التي يمكن اعتبارها سلبية قاصرة إذ أن النظرية الازدواجية و النظريات الاخرى المقارنة ركزت في الأصل على أساس الاختيار الصريح لأطراف العقد القانون الواجب التطبيق وعليه هناك قصور نسبي من قبل النظريات سالفة الذكر فيما يخص حقيقة الإرادة الضمنية لأطراف العقد.

المبحث الثاني

غياب الإرادة

إن البحث عن إرادة أطراف العقد فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق لا يثير الأشكال عندما يكون التعبير عن الإرادة صريحاً بمعنى عندما يكون الأطراف قد نصوا صراحة في العقد على القانون الذي يحكم عقدهم في المنازعات المستقبلية، ففي هذه الحالة يعد هذا القانون المختار هو المختص بحكم العلاقة القانونية، إلا أنه تثار مشكلة القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في حالة عدم وجود إرادة صريحة لأطراف العقد بخضوع عقدهم لقانون معين والذي بدوره يثار التساؤل عن كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال الإرادة الضمنية لأطراف العقد وما هي حقيقة الإرادة الضمنية لأطراف العقد؟ حيث أن النظرية الموضوعية والشخصية تناولت الإرادة الصريحة بصورة رئيسية وعليه لابد من البحث في الفقه الذي تناول الإرادة الضمنية، وكذلك من الأسئلة التي تطرح ماهي مؤشرات هذه الإرادة؟ وهذا هو ما سيتم الإجابة عنه ضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول: الإرادة الضمنية.

المطلب الثاني: مؤشرات الإرادة الضمنية.

المطلب الأول

الإرادة الضمنية

بينا فيما سبق أن هناك قصور في النظريات الفقهية التي تناولت إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق فيما يخص الإرادة الضمنية لأطراف العقد وعليه من أجل بيان رأي الفقه الذي تناول الإرادة الضمنية لأطراف العقد نستعرض الاتجاهات المؤيدة والرافضة للإرادة الضمنية.

أولاً: الاتجاه الرافض للإرادة الضمنية

ينكر هذا الجانب من الفقه وجود إرادة ضمنية لأطراف العقد، إذ يرى هذا الجانب الفقهي لابد من ظهور إرادة اطراف العقد بصورة صريحة لكي يعتد بها، في ما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق، إذ وفقاً لهذا الاتجاه أن فكرة الإرادة الضمنية ما هي إلا وهم وتصور يستند اليها القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق، ويستند هذا الاتجاه إلى عدة فروض قد تعتري العملية التعاقدية، والتي تتمثل في تطرق الصفة الأجنبية على العقد بصورة لاحقة على التعاقد، كما لو طلب المشتري من البائع بعد إبرام العقد تسليم البضاعة في الخارج، أي أن تحديد القانون الواجب التطبيق لم يظهر لأطراف العقد في وقت التعاقد، كذلك في بعض الحالات التي قد يعمد فيها اطراف العقد بعدم تحديد القانون الواجب التطبيق كونها محل خلاف بين اطراف العقد، وخشية الأطراف من عدم إتمام العملية التعاقدية، فيتم التعاقد من دون الإشارة الى القانون الواجب التطبيق.[1]

وعلى هذا الأساس يبرر هذا الجانب أن أطراف العقد لم يكن في الأصل لديهم أي نية في تحديد القانون الواجب التطبيق وعليه لا يمكن لقاضي النزاع البحث عن هذه الإرادة، إذ أنها إرادة مفترضة تخضع لأهواء القاضي، وبذلك يكون القانون الواجب التطبيق الذي يستخلصه القاضي ليطبق على العقد لا يتناسب مع حقيقة إرادة الأطراف ويؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف.[2]

ثانياً: الاتجاه المؤيد للإرادة الضمنية

يرفض هذا الجانب من الفقه الفروض التي يستند إليها الاتجاه السابق إذ يرى هذا الجانب أن هناك فروض أخرى يتخلف فيها أطراف العقد عن تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أن إرادتهم

(1) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. المرجع سابق، ص338.

(2) الروبي، محمد، (2004). عقود التشييد والاستغلال والتسليم .BOT القاهرة، دار النهضة العربية، ص238.

الضمنية قد اتجهت إلى قانون معين ليحكم العقد، وإن على القاضي أن يبحث عن هذه الإرادة من أجل الوصول إلى القانون الواجب التطبيق، ويرى هذا الجانب أن إلحاق إرادة الأطراف بالعدم يتنافى مع المنطق السليم والذي بدوره يتجاهل قواعد الإسناد في قانون القاضي بخضوع العقد لقانون الإرادة.[1]

ويشترط هذا الجانب من الفقه أن البحث عن الإرادة الضمنية يكون عن طريق قرائن يستدل بها قاضي النزاع للوصول إلى القانون الواجب التطبيق والذي يكون بصورة مؤكدة تمثل حقيقة إرادة الأطراف الضمنية وعلى هذا الأساس اعتبر الفقه أن تحرير عقد من العقود النموذجية ينتمي إلى نظام قانوني محدد مثل وثيقة التأمين التي تنتمي إلى هيئة اللودز الدولية والمعروف أنها تخضع للقانون الإنجليزي إلى اتجاه إرادة الأطراف الضمنية إلى اختيار هذا القانون، كما أن استخدام صيغة الشروط العامة للعقد المعروفة في القانون الألماني يفيد إلى ارتضاء إرادة الأطراف الضمنية للخضوع لأحكام القانون الألماني [2].

وعلى هذا الأساس اعترفت أغلب الإتفاقيات الدولية بوجود إرادة ضمنية لأطراف العقد ومنها اتفاقية لاهاي لسنة 1955 في شأن القانون الواجب التطبيق على البيع الدولية للمنقولات المادية والتي نصت على ضرورة أن يكون اختيار الأطراف لقانون العقد صريحاً أو "مستخلصاً على سبيل الحتم من نصوص العقد" [3].

كما أن إتفاقية لاهاي لسنة 1978 في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية اتجهت نفس الاتجاه إلا أنها خففت من القيود التي ترد على القاضي لاستخلاص الإرادة الضمنية لأطراف

---

(1) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص341.

(2) فرج، طرح البحور، (ب د س). تدويل العقد. الاسكندرية: منشأة المعارف، ص51-52.

(3) المادة (2) الفقرة (2) من اتفاقية لاهاي لسنة 1955.

العقد بقولها على وجوب أن يكون اختيار القانون صريحاً أو "يمكن استخلاصه بتأكد معقول من نصوص العقد وظروف الحال"[1] وهذا التخفيف جاء "استجابة لانتقادات الفقه التي وجهت اتفاقية لاهاي لسنة 1955 بشأن استخلاص الإرادة الضمنية لأطراف العقد من نصوص العقد ذاتها فقط" [2].

أما اتفاقية روما لسنة 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية فقد إتخذت نفس المنحى فيما يخص الإرادة الضمنية لأطراف العقد إلا أنها لم تتح للقاضي في استخلاصه للإرادة الضمنية الجمع بين نصوص العقد وظروف التعاقد، كما ذهبت اتفاقية لاهاي لسنة 1978 بل قيدت سلطة القاضي أن يكون استخلاصه للإرادة المضنية، إما من نصوص العقد أو ظروف التعاقد إذ نصت المادة (3) من الاتفاقية "يحكم العقد القانون المختار من جانب الأطراف ويجب أن يكون هذا الإختيار صريحاً أو مستخلصاً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد"[3] وبمعنى آخر "أن القاضي لا يجمع بين نصوص العقد وظروف التعاقد لاستخلاص إرادة الأطراف الضمنية وإنما الإستناد إلى أي منهما فيمكن للقاضي استخلاص إرادة الأطراف الضمنية من ذات نصوص العقد وإن لم يتيسر ذلك للقاضي يمكن له استخلاصها من الظروف المصاحبة لإبرام العقد"[4].

كما أقر المجمع القانون الدولي في دورة انعقاده في مدينة "بال" بسويسرا عام 1991 بالإرادة الضمنية لأطراف العقد إذ جاءت المادة 2/3 من المشروع: عند عدم وجود اختيار صريح لقانون العقد

---

(1) المادة (5) الفقرة (2) من اتفاقية لاهاي لسنة 1978.

(2) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص342.

(3) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. المرجع السابق، ص343.

(4) فرج، طرح البحور. تدويل العقد. مرجع سابق، ص51.

فإنه يتعين أن يستخلص الاختيار الضمني لهذا القانون من ظروف معبرة تكشف بوضوح عن إرادة المتعاقدين بهذا الشأن" [1].

وبذلك نجد أن أغلب الإتفاقيات الدولية قد أقرت بوجود إرادة ضمنية لأطراف العقد إلا أن الخلاف الذي ظهر متمثل في سلطة القاضي في استخلاص هذه الإرادة ما بين استخلاصها من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد مجتمعة أو متفرقة.

المطلب الثاني

مؤشرات الإرادة الضمنية

إن مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق هي مهمة أطراف العقد بالدرجة الأولى وفي الحالات التي لا يتم تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف بصورة صريحة تناط مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق إلى القاضي فيسعى إلى البحث عن هذه الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال أي تعبير ضمني عنها[2]، وللكشف عن هذه الإرادة الضمنية يكون عن طريق عدة مؤشرات متمثلة في الآتي:

أولاً: مكان تنفيذ العقد

يعد الفقيه الألماني سافيني من أبرز المدافعين عن اختصاص قانون مكان التنفيذ العقد إذ يرى "أن كل التزام ما هو إلا نتاج عوامل واضحة ويجري تنفيذه في مكان معين وثم يمكن تركيز العقد في

---

(1) مصطفى، ابو احمد علاء محي الدين،(2008). التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية. الاسكندرية، دارة الجامعة الجديدة، ص353.

(2) الداودي، غالب علي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين. مرجع سابق، ص217.

محل التنفيذ"[1] وعلى هذا الأساس يعد مكان تنفيذ العقد من المعايير الثابتة الذي يقوم على صفة جوهرية بين العقد ومكان تنفيذه الذي يمثل الأساس الذي يسعى الأطراف إلى تحقيقه من وراء إبرام العقد، كما أن مصالح الأطراف ومصالح الغير تتأثر بهذا التنفيذ[2] كما أن قانون مكان التنفيذ من القوانين التي تناط به عملية تنظيم إجراء وإمكانية التنفيذ وعلى هذا الأساس يرى جانباً فقهياً أنه من المرجح أن تتجه إرادة الأطراف إلى إخضاع العقد للقانون الذي يقوم بتنظيم تنفيذه [3].

إلا أنه من جانب آخر يرى البعض أن قانون تنفيذ العقد من الصعوبة تطبيقه في بعض الحالات وخاصة تلك التي يكون فيها تعدد مكان التنفيذ فنجد أن عقد البيع الدولي عادة ما "يتضمن شرطاً يشير إلى أن تسليم المبيع يكون في موطن المشتري وأن يتم الوفاء بالثمن في موطن البائع ومن ثم فإن الاستناد على ضابط محل التنفيذ بصورة قطعية في الفرض السابق من شأنه أن يؤدي إلى إخضاع البائع والمشتري لقوانين مختلفة فكل التزام سيحكمه قانون مكان التنفيذ الخاص به الأمر الذي يؤدي إلى نتيجة غير متوقعة وهي تجزئة العقد ذي الطبيعة الواحدة".[4]

ويؤيد الباحث ما ذهب اليه الاتجاه الأول باعتبار ان مكان تنفيذ العقد يمثل غاية التعاقد التي يرجوها الأطراف من تعاقدهم، وعليه يعد مكان التنفيذ العقد من المؤشرات التي تؤكد اتجاه إرادة الأطراف ضمناً بإخضاع عقدهم الى قانون مكان تنفيذ العقد.

---

(1) عشوش، احمد عبد الحميد، (1990). قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة. الاسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، ص113.

(2) عبد الله، عز الدين،(1969). القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين. ص428.

(3) منصور، سامي، عبد العال، عكاشة، (1995). القانون الدولي الخاص. بيروت، الدار الجامعية، ص390

(4) القصبي، عصام الدين،(1993). النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية. القاهرة، دار النهضة الجامعية، ص50.

ثانياً: الجنسية المشتركة لأطراف العقد

تعد الجنسية المشتركة لأطراف العقد إحدى الضوابط التي سبق للقضاء الفرنسي اعتمادها في تحديد القانون الواجب التطبيق عندما قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 2 نوفمبر 1937 "القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون الدولة التي يتبعها المتعاقدان بجنسيتها"[1] كما أن بعض التشريعات قد تبنت هذا الاتجاه في تحديد القانون الواجب التطبيق عند سكوت إرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق كما فعل المشرع الإيطالي في المادة (25) من القانون المدني الإيطالي لسنة 1942 إذ تنص "في حالة غياب إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقودهم فإن الالتزامات الناشئة من هذه العقود تكون محكومة بقانون الجنسية المشتركة للطرفين إذا اتحدى جنسية أما إذا اختلفا جنسية فإن هذه الالتزامات تكون محكومة بقانون دولة محل إبرام العقد"[2].

إلا أنه من جانب آخر نجد أن القضاء الفرنسي الحديث قد هجر الجنسية المشتركة لأطراف العقد كمعيار أساسي لتحديد القانون الواجب التطبيق بل اشترط توافر عناصر أخرى من عناصر الكشف عن هذه الإرادة[3]، وهو ما أكدته محكمة الاستئناف فرساي الفرنسية في 23 أبريل 2013، الذي جاء فيه "أن عقد العمل الذي تم فسخة من قبل شركة إستيريل تكنولوجيز تم كتابته باللغة الفرنسية وأن كلا الطرفين لهما جنسية فرنسية، ولهذا السبب يرتبط عقد العمل بعلاقات أوثق مع فرنسا فإن هذا العقد يخضع للقانون الفرنسي"[4].

---

(1) المجاهد، طارق عبد الله عيسى، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية. المرجع سابق، ص138.

(2) عشوش، احمد عبد الحمد، النظام القانوني لعقد القرض الدولي. مرجع سابق، ص129.

(3) صادق، هشام؛. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص333.

(4)https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000029682378.

ويرى البعض أن الجنسية المشتركة لأطراف العقد كقرينة أساسية يستدل بها قاضي النزاع للقانون الواجب التطبيق يعتريه الكثير من الصعوبات كون أن معيار الجنسية المشتركة لأطراف العقد يؤدي دوره الأساسي ويصوره جوهرية في مسائل الأحوال الشخصية بينما تنعدم هذه الصفة في مجال العقود الدولية[1].

ويؤيد الباحث باعتبار ان الجنسية المشتركة لأطراف العقد من المؤشرات التي يمكن أن يستدل بها القاضي بصورة تكميلية لباقي العناصر للكشف عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد.

ثالثاً: الاختصاص القضائي

في بعض الحالات يشترط أطراف العقد باختصاص محكمة معينة للنظر في النزاعات التي قد تنشأ بينهم، وعليه يعتبر الاختصاص القضائي من المؤشرات التي تدل على إرادة الأطراف بالخضوع لقانون دولة المحكمة إلا أن هناك اختلاف فقهي بهذا الخصوص والذي يستند على أساس استقلال قواعد الاختصاص التشريعي عن قواعد الاختصاص القضائي في فقه القانون الدولي الخاص حيث يرى الفقيه "Niboyet" "أنه بالإمكان الخروج عن تلك القواعد العامة في العلاقة بين كل من الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي فانعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة معينة يعد مؤشراً على رغبة الأطراف الضمنية في إسناد الاختصاص التشريعي لقانون دولة المحكمة المثار أمامها النزاع"[2].

---

(1) المجاهد، طارق عبد الله عيسى، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص139.

(2) عبد الله، عز الدين، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين. مرجع سابق، ص423.

بينما يرى الأستاذ باتيفول "أن تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع لا يعد مؤشراً قطعياً لتحديد القانون الواجب التطبيق ومن ثم يجب البحث في حالة عدم الاختيار الصريح للقانون المختص عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد وذلك بالنظر إلى القانون الذي استند إليه المدعي في دعواه إذا كان هو القانون ذاته الذي أسس المدعي عليه دفاعه فإذا استند الأطراف في نزاعهم إلى قانون المحكمة كان ذلك مؤشراً قوياً في رغبتهم لتطبيق قانونها"[1].

ويؤيد الباحث ما ذهب اليه الاتجاه الأول باعتبار أن الاختصاص القضائي يعد مؤشراً قوياً لإرادة الأطراف الضمنية لإخضاع عقدهم لقانون دولة المحكمة إذ يعد هذا الاختيار دليلاً على ثقة الأطراف بالنظام القانوني لدولة المحكمة المختصة بالنظر في النزاع أو كما يقول الأستاذ أحمد سلامة "من يختار القاضي يختار قانونه" [2].

رابعاً: لغة العقد

يمكن أن يستدل قاضي النزاع من اللغة التي حرر بها العقد إرادة الأطراف الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع إلا أنه وفقاً للفقه الغالب أن اللغة التي حرر بها العقد لا يعد مؤشراً حاسماً في تحديد القانون الواجب التطبيق[3] فقد يختار الأطراف لغة عالمية لتسهيل إجراءات التفاوض دون أن تتجه نواياهم إلى إخضاع عقدهم لقانون دولة اللغة[4] أو كما يختار

---

(1) لمجاهد، طارق عبد الله عيسى،تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص137.

(2) سلامة، احمد عبد الكريم. الاصول في التنازع الدولي للقوانين. مرجع سابق، ص1100.

(3) المجاهد، طارق عبد الله عيسى، (2001). تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، بغداد، ص140.

(4) عشوش، احمد عبد الحمد، النظام القانوني لعقد القرض الدولي. مرجع سابق، ص142.

الأطراف اللغة الإنجليزية التي عادة تستخدم في تحرير سندات الشحن وغاية أطراف العقد هو التيسير للغير بما تحتويه من شروط[1].

وقد أكد القضاء الفرنسي في هذا الخصوص إذ جاء في إحدى قرارتها "أن صياغة العقود باللغة الإنجليزية لا يعني مطلقاً اتجاه إرادة إلى تطبيق القانون الإنجليزي وذلك لانعدام الصلة بين العقد والنظام القانون الإنجليزي"[2].

ويؤيد الباحث الفقه الغالب باعتبار أن اللغة وإن كانت لا تعد مؤشراً جوهرياً يمكن الاستناد إليه للكشف عن إرادة الأطراف الضمنية إلا أنها عنصراً مسانداً للعناصر الأخرى.

خامساً: تحرير العقد لدى موثق رسمي

قد يعمد الأطراف في سبيل تأكيد التزاماتهم العقدية إلى توثيقه لدى الموثق الرسمي في دولة معينة وفي بعض الحالات يعمدون إلى توثيق التزامهم العقدي أمام أحد قناصل دولة معينة وعليه يرى جانب من الفقه أن تحرير العقد لدى موثق رسمي في دولة معينة أو أمام أحد القناصل يفيد برضا الطرفين بتطبيق قانون الدولة التي يتبعها الموثق الرسمي أو القنصل.[3] إلا أن يرى البعض أن مجرد تحرير العقد بمعرفة موثق تابع لدولة معينة لا يعد سوى مؤشراً بسيطاً وتأثيره محدود للدلالة على رغبة الأطراف في الخضوع لقانون الدولة لذا يرى هذا الجانب أنه يجب توافر عناصر أخرى كجنسية أطراف العقد أو عنصر المكان الذي أجريت فيه المفاوضات[4].

---

(1) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص334.

(2) المجاهد، طارق عبد الله عيسى، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص140.

(3) عبد الله، عز الدين، (1969). القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين. مرجع سابق، ص423.

(4) المجاهد، طارق عبد الله عيسى، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص141.

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه الاتجاه الأول باعتبار أن توثيق العقد أمام موثق رسمي أو أمام أحد القناصل يعد مؤشراً قوياً لإرادة الأطراف الضمنية بإخضاع عقدهم لقانون دولة الموثق الرسمي أو كونهما من الجهات الرسمية للدولة المعنية وهو دلالة ضمنية يمكن أن تؤكد إرادة الأطراف الضمنية في خضوع عقدهم لقانون الموثق أو القنصل التابعين للدولة.

سادساً: عملة الوفاء

عمله الوفاء تعتبر أيضاً من القرائن التي يستدل بها قاضي النزاع إرادة الأطراف الضمنية فاتفاق الأطراف على أن يتم الدفع بعملة معينة يعد من المؤشرات التي تكشف عن الرابطة القائمة بين التزامات الأطراف ودولة معينة وبذلك يكونوا قد ارتضوا ضمناً بإخضاع عقدهم لقانون دولة العملة.

إلا أنه لا يمكن اعتماد عنصر (عملة الوفاء) في تحديد القانون الواجب التطبيق إذ أنه قد يكون اتفاق الأطراف نابعاً من اعتبارات الثقة والطمأنينة لنوع العملة من حيث ثباتها واستقراراها وقابليتها للتحويل والصرف[1]، كما لو اتفق أطراف العقد أن يكون الدولار الأمريكي كعملة للوفاء كونه عملة مستقرة ومتعامل بها دولياً إذ لا يمكن بهذه الحالة أن يكون مؤشراً لإخضاع العقد للقانون الأمريكي.

ومن جهة أخرى يشير الدكتور عبد الحميد عشوش بأن "عقد القرض قد يتضمن السداد بعملات مختلفة وفقاً لخيار الدائن" الأمر الذي يشكل سبباً للقول بعد اعتبار العملة كقرينة أساسية

(1) لمجاهد، طارق عبد الله عيسى، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص141.

للكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف[1]، كما أن قد يشترط أطراف العقد أن يكون الوفاء بالذهب وبذلك تنتفي صفة عملة الوفاء كقرينة على الإرادة الضمنية.

ويرى الباحث أن يمكن اعتبار عمله الوفاء كعنصر كاشف عن الإرادة الضمنية للأطراف فيما لو كانت عملة الوفاء عملة نادرة وقليلة التداول على المستوى الدولي.

سابعاً: وجود ارتباط بين عقدين أو أكثر

يرى جانب من الفقه أن ارتباط العقد موضوع النزاع بعقد آخر يفيد اتجاه إرادة الأطراف ضمناً إلى خضوعه لقانون العقد الأصلي فيما لو قام أطراف العقد بإخضاعه لقانون معين[2] "فعقد الكفالة الذي يعد ضماناً للدين المقرر بمقتضى العقد الأصلي يطبق عليه قانون العقد الأصلي، وكذلك فيما لو اتفق الأطراف على تعديلات على العقد الأصلي فيطبق في هذه الحالة قانون الذي يحكم العقد الأصلي[3].

ويؤيد الباحث هذا الجانب الذي يرى أن عدم حصول خلافات بين الأطراف بشأن القانون الذي يحكم العقد الأصلي يعد مؤشراً قوياً من ارتضاء الأطراف بتحديد نفس القانون على العقد الاحق للعقد الأصلي أو مرتبط به بشكل وثيق.

---

(1) عشوش، احمد عبد الحمد، النظام القانوني لعقد القرض الدولي. مصدر سابق، ص146.

(2) لمجاهد، طارق عبد الله عيسى، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص142.

(3) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص333.

ثامناً: مبدأ التصحيح

يعتبر مبدأ التصحيح من القرائن التي يمكن من خلالها التوصل إلى نية الأطراف في الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق[1] حيث قدر القضاء الأمريكي بهذا الخصوص أنه لو كان أحد القوانين المرتبطة بالعقد يؤدي إلى إبطاله على خلاف القانون الآخر فإنه يفترض أن إرادة الأطراف الضمنية قد اتجهت ضمناً إلى تطبيق القانون الأخير بوصفه القانون المصحح للعقد إذ لا يمكن تصور أن يختار المتعاقدين قانوناً يبطل عقدهم[2].

ويؤيد الباحث الفقه الغالب بأن القرائن التي يستدل بها قاضي النزاع للوصول إلى القانون الواجب التطبيق متباينة في قوتها وبدلالتها على الإرادة الضمنية الأمر الذي يثير أكثر من إشكالية في تحديد القانون الواجب التطبيق إذ على القاضي أن يضع جميع هذه القرائن بعين الاعتبار للوصول إلى القانون الواجب التطبيق إذ لا يمكن اعتماد عنصر واحد يستخلص منه القانون الواجب التطبيق، إذ لا بد من الإستناد إلى العناصر الأخرى التي تشير إليها ظروف التعاقد وملابساته إلا أنه من جهة أخرى لاحظنا أن هناك من المؤشرات التي يمكن اعتبارها مؤشرات جوهرية تكفي بحد ذاتها للكشف عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد ومنها شرط الاختصاص التشريعي كذلك توثيق العقد لدى موثق رسمي أو أحد ممثلي الدولة من القناصل.

---

(1) الفخري، عوني محمد، (2012). ارادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية. بيروت، منشورات زين الحقوقية، ص145.

(2) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص335.

الفصل الرابع

التعيين التشريعي والقضائي لقانون العقد

عند غياب الإرادة الصريحة لأطراف العقد في تحديدهم للقانون الواجب التطبيق على نزاعاتهم المستقبلية يبحث القاضي عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد و ذلك من خلال شروط التعاقد او ظروفه من اجل الحصول على مؤشرات يستدل بها القاضي للوصول الى القانون الواجب التطبيق والذي يمثل الإرادة الضمنية لأطراف العقد، الا انه قد لا يتيسر الى القاضي الوصول الى الإرادة الضمنية لأطراف العقد وعليه قد يحيل المشرع الى اسناد مسبق يخضع له العقد في حالة غياب إرادة الأطراف الصريحة والضمنية والتي تتمثل بالموطن المشترك لأطراف العقد أو بلد ابرام العقد واحيانا بلد التنفيذ وهو ما يعرف بالإسناد الجامد للعملية التعاقدية وهو النظام المتبع في القانون الأردني، وكذلك القانون العراقي والمصري او قد يعمد قاضي النزاع الى التصدي بنفسة لتحديد القانون الواجب التطبيق وهو ما يعرف بالإسناد المرن للعملية التعاقدية والذي اخذت به اتفاقية روما لسنة 1980 المعدلة بموجب اللائحة التنفيذية رقم 2008/593 للبرلمان الأوروبي والمجلس المؤرخ 17 يونيو 2008 بشأن القانون المنطبق على الالتزامات التعاقدية ومن الأسئلة التي تطرح بهذا الخصوص مدى فاعلية الاسناد المسبق في تحديد القانون الواجب التطبيق وكذلك من الأسئلة التي تطرح بهذا الخصوص ما هي الالية التي يتبعها قاضي النزاع في تحديد القانون الواجب التطبيق ومدى فاعليه هذه الالية للإجابة عن هذه الأسئلة فارتأينا تقسيم هذا الفصل الى المباحث التالية:

المبحث الأول: الاسناد الجامد للعملية التعاقدية.

المبحث الثاني: الاسناد المرن للعملية التعاقدية.

المبحث الأول

الاسناد الجامد للقانون العقد

ذكرنا فيما سبق أن المشرع قد يتبنى بنفسه عملية الاسناد للعقد عند سكوت إرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق والذي يعرف بالإسناد المسبق للعملية التعاقدية وهو ما اخذ به المشرع الأردني وذلك بموجب المادة (20) من القانون المدني والتي تنص " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذ اتحدا موطناً فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد " وعليه يتقيد القاضي بموجب هذا الاسناد عند سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق وذلك بتطبيق الموطن المشترك لأطراف العقد وان لم يتحدا موطنا يطبق القاضي قانون بلد الإبرام وهذه القاعدة مكرسة أيضا في المادة(25) من القانون المدني العراقي والمادة (19) من القانون المدني المصري.

وعليه من الأسئلة التي تطرح بهذا الخصوص في مدى فاعلية اسناد العقد للموطن المشترك لأطراف العقد في وكذلك بخصوص قانون بلد الابرام وقانون بلد التنفيذ وذلك ضمن المطالب التالية:

المطلب الأول: قانون الموطن المشترك لأطراف العقد

المطلب الثاني: قانون بلد ابرام العقد.

المطلب الثالث: قانون بلد التنفيذ.

المطلب الأول

قانون الموطن المشترك لأطراف العقد

عرف المشرع الأردني الموطن في الفقرة (1) من المادة (39) من القانون المدني الأردني "الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة" وتنص الفقرة (2) من نفس المادة "ويجوز ان يكون للشخص أكثر من موطن" كما أوردت الفقرة (3) أيضا من نفس المادة "وان لم يكن للشخص مكان يقيم فيه عادة يعتبر بلا موطن" ويقترب من هذا التعريف ما ورد ضمن المادة (42) من القانون المدني العراقي والمادة (40) من القانون المدني المصري.

و يعتبر الموطن المشترك لأطراف العقد الاسناد الأول عند سكوت إرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على التزامهم التعاقدي بموجب النص المادة (20) من القانون المدني الأردني التي تنص في شطرها الأول "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذ اتحدى موطناً " والتي تقابلها المادة (25) مدني عراقي والمادة (19) مدني مصري ويمثل قانون الموطن المشترك للمتعاقدين من وجهة نظر المشرع انسب القوانين لحكم العلاقة التعاقدية[1].

ويرى الفقه المناصر لهذا الاسناد ان قانون الموطن المشترك لأطراف العقد يتصف بالإيجابيات التي تؤكد على فاعلية تطبيقه عند سكوت الإرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق، ومنها ان تطبيق قانون الموطن المشترك للأطراف من القوانين التي يتوقع الأطراف تطبيقه عند سكوتهم عن تحديد القانون الواجب التطبيق، وبذلك لا يخل هذا الاسناد بتوقعات الأطراف كما ان احكام قانون

([1]) الاسعد، بشار، (2006). عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة. مرجع سابق، ص 256.

الموطن متعارف عليها من قبل الأطراف وعليه لا يتفاجأ اطراف العقد بتطبيق احكام مختلفة على عمليتهم التعاقدية[1].

فضلا عن ان قانون الموطن المشترك لأطراف العقد يمثل الموطن الذي اختاره اطراف العقد للإقامة المعتادة او موطن ممارسة أعمالهم، وعليه يمثل هذا القانون مصالح الأطراف المشتركة[2].

ومن التطبيقات القضائية لقانون الموطن المشترك لأطراف العقد نشير الى قرار محكمة التمييز الأردنية الذي جاء فيه يستفاد من المادة 20 من القانون المدني انه يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين أو اتحدا موطنا وعليه فإن القانون الأردني هو الواجب التطبيق طالما اتحد الطرفان في الموطن المشترك في المملكة الأردنية الهاشمية في عمان" [3].

الا ان من جانب اخر هناك من السلبيات التي يراها جانب من الفقه التي ترد على تطبيق القانون الموطن المشترك لأطراف العقد التي تؤكد على عدم فاعلية هذا الاسناد ومنها انه ليس بالضرورة ان يشترك أطراف العقد في موطن مشترك واحد فقد يختلف الموطن في عقود التجارة الدولية وعليه يعتبر قانون الموطن المشترك غير قادر على حكم علاقات التعاقد الا اذ اتحد الموطن لأطراف العقد فقط فضلا عن ان قواعد كسب وفقدان الموطن تختلف من دولة الى أخرى والتي قد يكون من السهل تغيير الموطن بموجبها الامر الذي يمثل صعوبة على المحكمة في تحديد او اثبات الموطن، كما ان اعتبار الموطن المشترك يمثل مركز الثقل لجميع أنواع العقود امرا يثير التساؤل حيث ان مركز

([1])ابراهيم، احمد ابراهيم، (1992). القانون الدولي الخاص تنازع القوانين. القاهرة: دار النهضة العربية. ص555.

([2])المجاهد، طارق عبد الله عيسى، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص146.

([3])قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 2006/2149 (هيئة خماسية) تاريخ 2006/8/21.

الثقل للعملية التعاقدية قد يختلف من عقد الى اخر[1]، كما ان قانون الموطن المشترك لأطراف العقد من القوانين المحلية بالنسبة لأطراف العقد وعليه قد يرغب اطراف العقد بتطبيق قانونا اجنبيا بالنسبة لهم[2].

ويرى الباحث ان قانون الموطن المشترك لأطراف العقد وان كان لا يمثل مركز الثقل لجميع أنواع العقد وهي سلبية ترد عليه كونه واجب التطبيق بصورة عامة على جميع أنواع العقود، الا انه من القوانين التي تحقق الأمان القانوني لأطراف العقد، باعتباره من القوانين المتعارف عليها من قبل الأطراف، اذ انه قانون الموطن الذي اتخذه الأطراف للإقامة المعتادة، او ممارسة أعمالهم فلو تم عقد ما بين مواطن عراقي الجنسية مقيم في الأردن و مواطن اردني وأيضا مقيم في الاردن لتصدير بضاعة الى العراق ولم يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد فتطبيق القانون الأردني كونه قانون الموطن المشترك لأطراف العقد، يحقق الأمان القانوني لأطراف العقد.

المطلب الثاني

قانون محل ابرام العقد

اسند المشرع الأردني و التشريعات المقارنة عند سكوت إرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق الى قانون محل ابرام العقد باعتباره الواجب التطبيق عند عدم وجود موطن مشترك لأطراف العقد أي ان القاضي لا يستطيع تطبيق قانون محل ابرام العقد اذا وجد موطن مشترك لأطراف

([1]) صادق، هشام، (1997). الموجز في القانون الدولي الخاص. الاسكندرية: الفنية للطباعة والنشر، ص310.

([2]) العيسى، طلال ياسين، (1996). العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي. اطروحة دكتوراه. بغداد: جامعة بغداد، ص117.

العقد اذ لابد من التزام القاضي بالتدرج الذي وضعه المشرع[1] وذلك بموجب الشطر الثاني من المادة (20) من القانون المدني الأردني فاذا اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد "والتي تقابلها المادة (25) من القانون المدني العراقي والمادة (19) من القانون المصري.

ويرى جانب من الفقه ان تطبيق قانون محل ابرام العقد له عدة إيجابيات، باعتبار محل ابرام العقد يمثل الميلاد الأول للعقد وعليه لا يمكن فصل العقد عن قانون ميلاده اذ انه يمثل اقوى الصلات به وكذلك ان بلد الإبرام في العادة لا يتعدد اذ يجري عقد الاتفاق ضمن مجلس واحد وعليه لا يطبق أكثر من قانون على العقد بل يحفظ قانون بلد الإبرام وحدة القانون المطبق على العقد وعليه يرى هذا الجانب ان هذه الإيجابيات تؤكد فاعليه تطبيق قانون بلد الإبرام[2].

ومن التطبيقات القضائية لقانون محل الابرام نشير الى قرار محكمة التمييز الأردنية الذي جاء فيه " يستفاد من المادة 20 من القانون المدني انه في الالتزامات التعاقدية يطبق قانون الدولة التي يوجد فيها موطن مشترك لكلا المتعاقدين كقاعدة رئيسية فان اختلف المتعاقدان في الموطن سرى على العقد قانون الدولة التي تم فيها التعاقد وحيث أن المتعاقدين ليس لهما موطن مشترك فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الكويتي قانون الدولة التي تم فيها التعاقد وبالتالي فان تطبيق محكمة الاستئناف لقانون التجارة الكويتي على الدعوى يكون متفقاً والقانون [3].

([1]) الاسعد، بشار، (2006). عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة. مرجع سابق، ص 256.

([2]) المجاهد، طارق عبد الله عيسى، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص147.

([3]) قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 2004/3210 (هيئة خماسية) تاريخ 2005/1/16.

الا ان هذا المعيار لم يسلم من الانتقادات أيضا اذ اول انتقاد الذي وجه اليه ان التقاء الأطراف في بلد الابرام قد يكون مجرد ظرفٍ عارضٍ التقى به المتعاقدين صدفةً ومن ثم لا قد يكون قانون بلد الإبرام يمثل مصالحهم الحقيقية[1].

كما يرى هذا الاتجاه ان التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية والتطور التكنلوجي فتح الباب امام تعاقدات لا تتم بموجب بلد واحد، اذ يحدث التعاقد ما بين بلدين مختلفين كون التعاقد يحصل عن طريق الهاتف او البريد الالكتروني وغيرها من وسائل الاتصال الالكترونية، وعليه سيتم صعوبة تحديد قانون بلد لأبرام لاختلاف مكان الايجاب عن القبول وعلم الموجب كون ان التشريعات تختلف بهذا الخصوص[2]. ومنها القانون الأردني والعراقي حيث تنص المادة (87) من القانون المدني العراقي "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان و في الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق او نص قانوني يقضي بغير ذلك" و التي تقابلها المادة (97) من القانون المدني المصري اما المادة (101) من القانون المدني الأردني تنص على " اذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول مالم يوجد اتفاق او نص قانوني يقضي بغير ذلك" هذا الخلاف التشريعي يمثل صعوبة في تحديد مكان أبرام العقد فضلا عن صعوبة تحديد مكان الإبرام الكترونيا لان "بروتوكولات نقل رسائل البيانات بين نظم

([1]) عبد الحفيظ، صفوت احمد، (2005). دور الاستثمار الاجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص. مرجع سابق، ص185.

([2]) عبد الحفيظ، صفوت احمد، (2005). دور الاستثمار الاجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص. مرجع سابق. ص184

معلومات مختلفة عادة تسجل اللحظة التي تكون فيها رسالة البيانات مسلمة او مقروءة من جانب المرسل اليه لكنها لا تشير الى الموقع الجغرافي لنظم الاتصال"[1].

ويؤيد الباحث الانتقادات التي وجهت الى قانون بلد الابرام التي تفقد أهميته في تحديد القانون الواجب التطبيق كون اعتبار بلد الابرام حدثا عارضا في العملية التعاقدية وارد جدا كما ان التطور الحاصل في الوسائل التعاقدية الالكترونية يجعل تحديد قانون بلد الابرام صعبا.

كما ان فكرة الاسناد المسبق في الأصل تحاول تحقيق غايتان الأولى باعتبار هذه الضوابط المسبقة تمثل مركز الثقل في العقد وعليه سيكون القانون الذي يحدده ضابط الاسناد الاجدر بحكم العلاقة التعاقدية وهو الامر الذي لا يتمثل بقانون بلد الإبرام والغاية الثانية تتمثل في حماية توقعات ومصالح الأطراف وهو امرا لا يقدمه قانون بلد الابرام وعليه يرى الباحث ان قانون بلد الإبرام يفقد أهميته في تحديد القانون الواجب التطبيق.

المطلب الثالث

قانون بلد التنفيذ

لم يأخذ المشرع الأردني وكذلك التشريعات المقارنة ومنها القانون العراقي والمصري بالإسناد المسبق لقانون بلد التنفيذ في حالة سكوت إرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق.

الا ان فقه القانون الدولي الخاص يعول كثيرا على قانون بلد التنفيذ في تحديده للقانون الواجب التطبيق بدأ من اعتباره من اهم مؤشرات الإرادة الضمنية لأطراف العقد الى القانون الذي يحكم

([1]) الباني، نافع بحر، (2004). تنازع القوانين في منازعات التجارة الالكترونية. **اطروحة دكتوراه**. بغداد: جامعة بغداد. ص72.

النزاعات التعاقدية في حالة سكوت إرادة الأطراف، وذلك بعدما أكد الفقيه سافيني على أهمية هذا القانون و تبناه الفقيه الفرنسي ديمولاند في نظرية التركيز الموضوعي باعتباره يمثل مركز الثقل[1].

ويرد أنصار قانون بلد التنفيذ أهميته الى عدة اسباب ومنها ان بلد التنفيذ يمثل الغاية التي يرجونها من تعاقدهم فالتنفيذ يمثل الغرض الرئيسي من العقد وعليه ترتبط جميع مصالح أطراف العقد في بلد التنفيذ، كما ان قانون بلد التنفيذ يمثل الوجهة الأخيرة للعقد وعليه سيخضع العقد لأحكام قانون واحد وبذلك تحفظ وحدة العقد.

فضلا عن انه في حالة اخلال احد الأطراف العقد بتنفيذ التزامه فقانون بلد التنفيذ هو الاجدر بحكم هذه العلاقة، وعليه تحفظ حقوق وتوقعات اطراف العقد من خلال تطبيق قانون بلد تنفيذ العقد[2]

هذه الإيجابيات التي يعول عليها مناصرو تطبيق قانون بلد التنفيذ لم تكن كافية لجانب اخر من الفقه الذي يرى ان تنفيذ العقد ليس بالضرورة مرتبط بمكان واحد فعقد النقل الدولي قد يتم تنفيذه في أكثر من دولة وبذلك تتعدد قوانين بلد التنفيذ[3] او في عقد البيع الدولي "الذي قد ترد به شروط التسليم متعددة حيث تسليم البضاعة في موطن المشتري ووفاء الثمن في موطن البائع وعليه سيتم اخضاع كل

([1]) حافظ السيد، السيد عبد المنعم، (2010). عقد التأجير التمويلي الدولي. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي. ص185.

([2]) عبد الحفيظ، صفوت احمد، (2005). دور الاستثمار الاجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص186.

([3])حافظ السيد، السيد عبد المنعم، عقد التأجير التمويلي الدولي، مرجع سابق، ص186.

التزام لقانون بلد تنفيذه" كما ان النزاعات لا تحدث فقط عند تنفيذ العقد وانما قد تحدث قبل تنفيذه وعليه سيتعذر تطبيق قانون بلد التنفيذ[1].

ويرى الباحث أنهّ سواء كان قانون بلد التنفيذ غير قادر على حكم العلاقة التعاقدية في حالة تعدد أماكن التنفيذ الا انه في حالة اتحاد مكان التنفيذ او تم تحديد مكان التنفيذ الرئيسي سيكون قانون هذا المكان هو الاجدر بحكم العلاقة التعاقدية كون ان جميع عناصر تنفيذ العقد تقع ضمن مكان واحد وعليه يصون قانون بلد التنفيذ حقوق والتزامات أطراف العقد.

كما ان قانون بلد التنفيذ يمثل الوجهة الأخيرة للعقد وعليه لا حاجة الى اسناد العقد الى قانون اخر اذ ان العقد عند وصوله مرحلة التنفيذ قد تجاوز جميع مراحل التعاقد وعليه يعتبر قانون بلد التنفيذ الاجدر بحكم العلاقة كونه من القوانين المعاصرة للعملية التعاقدية.

وبذلك نجد ان ضوابط الاسانيد المسبقة متباينة في قوتها فنجد قانون الموطن المشترك لأطراف لا يمثل مركز الثقل في العقد الا انه يحقق مصالح وتوقعات الأطراف، وبالنسبة لقانون بلد الابرام يفقد أهميته في تحديد القانون الواجب التطبيق بسبب عدم فاعليته في تحقيق مصالح أطراف العقد او باعتباره مركز الثقل للعقد اما قانون بلد التنفيذ يحمل في طياته الغايتين حيث يمكن اعتباره ممثلا لمصالح وحقوق الأطراف وكذلك باعتباره ممثلا عن مركز الثقل العقد في بعض الحالات.

الا ان هناك سلبيات من وجهة نظر الباحث ترد على الاسانيد المسبقة للعملية التعاقدية وهي شرط التدرج في تطبيقها وتطبيقها بصورة عامة على جميع أنواع العقود.

([1]) عبد الحفيظ، صفوت احمد، (2005). دور الاستثمار الاجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص. مرجع سابق. ص187.

فلو كنا على سبيل المثال اما عقد لنقل التكنلوجيا وليس بالضرورة ان تكون الدولة احد أطرافها وانما عقد خاص بين الافراد ولم يتفق الأطراف عن تحديد القانوني الواجب التطبيق وعرض النزاع على احد محاكم التشريعات المقارنة، عقد نقل التكنلوجيا من العقود المسماة في القانون المصري[1]. الا انه من العقود الغير مسماة في القانون العراقي و الأردني فلو كانت مصر هي بلد ابرام العقد والأردن الموطن المشترك لأطراف العقد والعراق بلد التنفيذ العقد او أي بلد اخر فعند عرض النزاع على القاضي فهو مقيد بتطبيق قانون الموطن المشترك لأطراف العقد وهو قانون غير قادر على حكم عقد نقل التكنلوجيا اذ سيخضع للقواعد العامة وليس لقواعد خاصة التي نظمت عقد نقل التكنلوجيا ضمن القانون المصري أي ان تنقيد سلطة القاضي بالاختيار من احد القوانين المسندة يمثل اكبر سلبية في عملية الاسناد وليس على ضوابط الاسناد المسبقة التي تبناها المشرع لان كما راينا انها متفاوتة في فاعليتها.

وعليه ان تقيد سلطة القاضي من خلال ضابط اسناد مسبق وكذلك اشتراط التدرج في الاسناد يمثل سلبية كبيرة على عملية تحديد القانون الواجب التطبيق.

الامر الذي دفع جانب من الفقه في إيجاد مخرج لعملية الاسناد وذلك باستنادهم الى نص المادة (25) من القانون المدني الأردني التي تنص على "تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم

([1]) المادة (73) من القانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999 التي تنص على " عقد نقل التكنولوجيا اتفاق يتعهد بمقتضاه (مورد التكنولوجيا) بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى (مستورد التكنولوجيا) لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب او تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات ولا يعتبر نقلاً لتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع. ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل تكنولوجيا ، أو كان مرتبطاً به.

يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين" والتي تقابلها المادة (30) من القانون المدين العراقي وكذلك المادة (24) من القانون المدني المصري.

ويرى جانب من الفقه ان نص المادة يتيح للقاضي بالخروج من قواعد الاسناد المسبقة و تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص والبعض يرى ان هذه المادة لا تتيح لمثل هذا الخروج كون ان هذه المادة تطبق في الحالات التي لم ترد بها أي نص تشريعي و كون ان الالتزامات التعاقدية تناولها المشرع و وضع لها قواعد اسناد خاصة فلا يمكن للقاضي بالاستناد على هذه النص بتطبيق قانون غير قانون الموطن المشترك او بلد الإبرام[1].

ويرى الباحث ان نص المادة يحمل معنيين اذ يحكم القاضي بمبادئ القانون الدولي خاص في الحالات التي لم يرد بها نص وكذلك في حالة صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق وذلك في حالة عدم وجود موطن المشترك لأطراف العقد ولم يتيسر للقاضي تحديد بلد ابرام العقد لأي سبب من الأسباب وعليه يستند القاضي الى القواعد العامة في القانون الدولي الخاص وذلك بتحديد القانون الواجب التطبيق من خلال تركيز العقد من خلال ظروف وملابسات التعاقد او بموجب الأداء المميز كما سنرى لاحقا و هذا الخروج بالأصل لا يمثل للقاضي مرونة في تحديد القانون الواجب التطبيق اذ انه حالة استثنائية يعمد اليها القاضي من اجل الفصل في النزاع المعروض امامه، اذ لا يمكن ان يرفض القاضي الفصل بالنزاع او اصدار حكم بسبب عدم قدرة تحديد القانون الواجب التطبيق بموجب

([1]) عبد العال، عكاشة محمد، (2012). القانون التجاري الدولي العمليات المصرفية الدولية. الاسكندرية: دار الجامعة الجديد. ص81. elwan, omia; (1998). la loi applicable à la garantie bancair a permit demand. paris p186.وكذلك أشار اليه عبد العال، عكاشة محمد، المصدر السابق. ص81.

الاسناد المسبق للعملية التعاقدية. اما السلبية الاخرى التي ترد على الاسناد المسبق للعملية التعاقدية هو تطبيقها على مختلف العقود الدولية ومنها عقود الدولة.

حيث ان عقود الدولة وان كانت تخضع للمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، الا انها تحمل خصوصية أخرى ليست كونها عقد اداري او معاهدة وغيرها من التسميات التي قد تطلق عليها.

اذ ان خصوصيتها الجوهرية متمثلة في تفاوت المراكز القانونية بين الأطراف المتعاقدة فضلا عن طول الفترة الزمنية التي تتمتع بها هذه العقود والأموال الضخمة التي تصرف على المشاريع المستثمرة فضلا عن ارتباطها باقتصاد الدولة وايضا كونها عقود مركبة ومتنوعة واغلبها من العقود الغير مسماة.

وعليه تحمل هذه العقود هذه الخصائص وهذه الامكانيات لا يمكن باي شكل من الاشكال اخضاعها الى اسناد مسبق متمثل بالموطن المشترك لأطراف العقد، وهو الامر الذي لا يتوافر في عقود الدولة وكذلك اخضاعها الى قانون بلد الإبرام، الذي قد يكون اما قانون الدولة المستضيفة للاستثمار او بلد المستثمر الأجنبي شخص معنوي كان او طبيعي اذ جرى التعاقد في بلده او دولة محايدة يتفاوض بها الطرفين ويتم ابرام العقد فيها.

وبهذه الصورة سيخضع العقد بالصورة الأولى الى قانون الدولة وهو امر يتخوف منه المستثمر وفي الصورة الثانية سيتم تطبيق قانون المستثمر وهو امر تخشاه الدولة كونه قد لا يحقق مصالحها الاقتصادية اما في الصورة الثالثة فسيتم تطبيق قانون دولة اخرى التي تم فيها التعاقد وهو قانون دولة

عارضة في العملية التعاقدية وبذلك نجد ان قانون بلد الابرام لا يحقق التوازن المطلوب في تحديد القانون الواجب التطبيق.

وعليه نجد عدم كفاءة الاسناد المسبق للعملية التعاقدية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة.

المبحث الثاني

الاسناد المرن لقانون العقد

ذكرنا فيما سبق ان المشرع قد يسند العقود الى ضوابط محددة مسبقا والتي بموجبها يتقيد بها قاضي النزاع في تحديد القانون الواجب التطبيق الى ان الامر يختلف في الاسناد ألمرن للعملية التعاقدية حيث ان قاضي النزاع غير مقيد في اسناد مسبق وانما له سلطة تقديره في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الإرادة الصريحة والضمنية لأطراف العقد.

واول من دعي الى إطلاق سلطة القاضي التقديرية في تحديد القانون الواجب التطبيق الفقيه الفرنسي باتيفول الذي ظهر بنظرية التركيز الموضوعي للعقد والتي بموجبها يطبق القانون الذي يمثل مركز الثقل في العقد من خلال ظروف التعاقد وملابساته.

ومن جانب اخر ظهرت نظرية الأداء المميز على يد الفقيه السويسري شنايتزر والذي دعا الى تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال الطبيعة الذاتية للعقد.

وهذه النظريتين تم تبنيها من قبل اتفاقية روما لسنة 1980 التي اخذت بنظرية الأداء المميز كمبدأ عام في تحديد القانون الواجب التطبيق ونظرية التركيز الموضوعي في بعض الحالات الاستثنائية وعليه من أجل التعرف على نظرية الأداء المميز واليه تحديد القانون الواجب التطبيق ارتأينا تخصيص المطلب الأول للبحث في نظرية الأداء المميز لمعرفة المقصود بتحديد القانون من خلال الطبيعة الذاتية للعقد ومدى فاعلية هذه النظرية في تحديد القانون الواجب التطبيق وهل ستحقق مصالح الأطراف وتكشف بنفس الوقت عن مركز الثقل الحقيقي في العملية التعاقدية.

اما المطلب الثاني فسيكون أيضا ضمن نطاق نظرية روما بشأن العقود التي تخضع لقواعد خاصة في تحديد القانون الواجب التطبيق لمعرفة مدى اشتراك هذه العقود مع القواعد الخاصة للتشريعات العربية المقارنة وماهي هذه الاحكام الخاصة

وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث الى المطالب التالية:

- المطلب الأول: نظرية الأداء المميز.
- المطلب الثاني: خضوع العقود الدولية الى القواعد الخاصة.

المطلب الأول

نظرية الأداء المميز

ظهرت نظرية الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق على يد الفقيه السويسري (شنايتزر) والذي يرى "ان التركيز السليم للعقد يكمن في البحث عن الروابط المتصلة به بالنظر الى وظيفة العقد في الحياة الاقتصادية فكون العقد فرنسيا او المانيا لا ينبغي ان يكون تركيز العقد بالمعنى الجغرافي او الإقليمي للكلمة وانما تحديده لأي مجال قانوني وطني ينتمي اليه العقد بطبيعته" ويتم هذا التحديد من خلال البحث في اداء اطراف العقد لمعرفة أي طرف من اطراف العقد هو صاحب الأداء المميز وبمعنى اخر الأداء الذي يشكل الوظيفة الرئيسية في العقد[1].

فوفقا للفقيه شنايتزر في كل عقد هناك طرف واحد يتميز بأدائه عن الطرف الاخير الذي عادا لا يتغير أدائه بتغير نوع العقد وهو أداء متمثلا بالتزامات ماليه اتجاه الطرف الاخر الذي يعد الاخير أدائه متميزا من عقد الى اخر.

([1])عبودي، نورس عباس، (2016). الاداء المميز وأثره على عملية الاسناد. بيروت: دار السنهوري، ص20.

ففي عقد البيع الدولي يكون أداء المشتري متمثلا في التزامه بدفع المبلغ الملزم بيه اتجاه البائع ولو اخذنا أداء هذا الطرف في غير عقد من العقود مثل عقد التامين فان أدائه لا يتغير اذ يبقى التزامه ماليا متمثلا بدفع أقساط التأمين.

الا ان أداء البائع مختلف عن أداء المؤمن في عقد التامين او أداء الناقل في عقد النقل، وعليه يعتبر أداء الطرف الاخير هو المميز في كل عقد ويعتبر اداءه جوهريا في العقد وعليه يطبق قانون موطن (المدين بالأداء المميز) كونه القانون الذي يرتبط به العقد وظيفيا[1]، اذ يرى الفقيه شنايتزر ان الطرف الأول بالعقد كان يكون مشتري او مقترض او المؤمن له مجرد عميل وعليه يعتبر العقد بالنسبة له حدثا عارضا ولا يؤدي ادائه الى أي وظيفة رئيسة في العقد سوى التزامه بدفع مبلغ مالي، بينما الوظيفة الأساسية لصاحب الأداء المميز تقع ضمن وظيفته الأساسية وعليه يمس القانون الواجب التطبيق وظيفته الأساسية ولذلك من الغير مناسب اخضاع كل تعاقد يجريه الى قانون مختلف [2].

الا ان قد يتبادر الى الذهن كيف يتم تحديد أداء المميز في كل عقد من العقود؟

ان تحديد الأداء المميز لا يتم بصورة عشوائية وانما ضمن مؤشرات يستدل بها قاضي النزاع لتحديد الأداء المميز في العقد هذه المؤشرات بينتها المادة 4 من اتفاقية روما لسنة 1980 حيث انها تعتبر دليل لقاضي النزاع بتحديد الأداء المميز على مختلف العقود وذلك بموجب الفقرة (1) من المادة (4) من الاتفاقية التي تنص على "في حالة عدم إجراء انتخابات وفقا للمادة 3 ودون الإخلال بالمواد من 5 إلى 8، يحدد القانون المطبق على العقد على النحو التالي:

([1]) محمد، خالد عبد الفتاح،(2002). حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص. الاسكندرية: دار النهضة العربية، ص153.

([2]) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مصدر سابق، ص472.

أ. فإن عقد بيع البضائع يخضع لقانون البلد الذي يقيم فيه البائع بصفة اعتيادية.

ب. يخضع عقد تقديم الخدمات لقانون البلد الذي يقيم فيه مقدم الخدمة محل إقامته المعتاد.

ج. يكون عقد الحق العقاري أو عقد إيجار المبنى محكوما بقانون البلد الذي يقع فيه المبنى.

د. بصرف النظر عن النقطة (ج)، فإن إيجار الممتلكات غير المنقولة التي تم الدخول فيها لأغراض شخصية مؤقتة لمدة أقصاها ستة أشهر متتالية يخضع لقانون البلد الذي يقيم فيه المالك اقامته المعتادة، شريطة أن يكون المستأجر وهو شخص طبيعي، وأن يكون مقر إقامته المعتاد في ذلك البلد نفسه.

هـ. تخضع اتفاقية الامتياز (Franchising) لقانون البلد الذي يقيم فيه الحاصل على الامتياز بصفه اعتيادية.

و. تخضع اتفاقية التوزيع لقانون البلد الذي يقيم فيه الموزع بصفة اعتيادية.

ز. فإن عقد بيع السلع بالمزاد يخضع لقانون البلد الذي يجري فيه المزاد، إذا أمكن تحديد ذلك المكان وكما أوردت في الفقرة (2) من نفس المادة "وفي الحالات التي لا يشمل فيها العقد الفقرة 1 أو عندما تكون عناصر العقد مشمولة بأكثر من نقطة من النقاط (أ) إلى (ح) من الفقرة 1، يكون العقد محكوما بقانون البلد الذي يقيم فيه طرف الأداء المميز عادةً.

وبذلك نجد ان تحديد الأداء المميز يتم على جميع طوائف العقود وبذلك يتيسر للقاضي تحديد القانون الواجب التطبيق مهما اختلفت طبيعة العقد محل النزاع كما ان لو كان العقد من العقود المركبة فان قانون موطن المدين بالأداء المميز هو الواجب التطبيق.

ومن التطبيقات القضائية لموطن المدين بالأداء المميز نشير الى قرار محكمة النقض الفرنسية حيث طبقت قانون موطن المدين بالأداء المميز وذلك في النزاع ما بين شركة JFA Chantier naval الفرنسية لصناعة اليخوت الفاخرة وشركة Kerstholt VOF الهولندية لصناعة الاخشاب التي بموجب العقد تلتزم بتزويد و بناء الاسطح الخشبة لقاربين في فرنسا وعند حدوث نزاع ما بين الطرفين طالبت الشركة الفرنسية بتطبيق القانون الفرنسي باعتباره القانون الاكثر صلة للعقد حيث ان مقر الشركة في فرنسا وان توفير وبناء الاسطح الخشبة تم في فرنسا وان المناقصة تم اعلانها في فرنسا وان ارتباط العقد بهولندا يتم من خلال عنصر واحد وهو مقر الشركة المتعاقدة.

الا ان محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الطلب وطبقت القانون الهولندي باعتباره قانون موطن المدين بالأداء المميز[1].

الا ان من جهة أخرى يجب ان لا يفهم ورود القرائن التي من خلالها يعتمد القاضي عليها في تحديد الأداء المميز للعقد قرائن يتقيد بها قاضي النزاع او باعتبارها سنادا جامدا للعملية التعاقدية.

اذ ان للقاضي الخروج عن هذا المبدأ العام فيما لو وجد ان مؤشرات العقد تشير الى ان قانون دولة أخرى يرتبط بها العقد بصورة أوثق من قانون الأداء المميز او لم يستطع التوصل الى الأداء المميز بصورة عامة وذلك بموجب الفقرة (3) و (4) من المادة (4) من الاتفاقية والتي تنص على.

3 – عندما يبدو من جميع ظروف القضية أن العقد يقترب بوضوح من بلد غير تلك المشار إليها في الفقرة 1 أو 2، يطبق قانون ذلك البلد الآخر.

([1]) قرار منشور في موقع الرسمي لمحكمة النقض الفرنسية

https://www.courdecassation.fr/publications_26/arrets_publies_2986/chambre_commerciale_financiere_economique_3172/2010_3324/octobre_3694/1017_19_17959.html

وقد تحدث هذه الصورة فيما " لو توجه مصري للحصول على قرض مصرفي من بنك (الكريدي ليونيه) في باريس الذي كلف فرعه في القاهرة بان يدفع له هذا القرض فاذا كان القرض بالفرنك الفرنسي واتفق على ان يتم دفع الفوائد مباشرة في البنك الام في باريس وكان المال سوف يستثمر فيها واتفق على تضمنين العقد شرطا يمنح الاختصاص القضائي بالفصل في المنازعات التي قد تثور عن العقد للقضاء الفرنسي فانه يبدو ان تطبيق القانون الفرنسي على هذا العقد بدلا من قانون المصري قانون المقر يبد حلا له ما يبرره"[1].

وعليه إذا وجد القاضي ان العقد مرتبط بصلة أوثق من قانون الأداء المميز طبق القانون الاوثق صلة.

وهو امر اكتدته محكمة النقض الفرنسية في قضية مصرف Banca di Credito و تدور احداث القضية ان شخص فرنسي الجنسية مقيم في ايطاليا قدم على طلب قرض من مصرف (Banca di Credito) في إيطاليا وتم ضمان عقد القرض بكفالة شخص فرنسي مقيم في فرنسا وعند تخلف الطرف الأول عن سداد قيمة القرض عرض النزاع على محكمة الاستئناف الفرنسية لمطالبة الكفيل بدفع قيمة القرض الا ان عقد الضمان لم يتم تحديد القانون الواجب التطبيق عليه وعند تحديد القانون الواجب التطبيق رات المحكمة ان عقد الكفالة عقد مستقل و عليه يطبق قانون الفرنسي باعتباره قانون موطن المدين بالأداء المميز.

([1]) عبد العال، عكاشة محمد، (2012). القانون التجاري الدولي العمليات المصرفية الدولية. الاسكندرية: دار الجامعة الجديد. ص77.

الا ان محكمة النقض الفرنسية قد نقضت هذا الحكم اذ اعتبرت ان عقد الضمان مرتبط بشكل اوثق مع إيطاليا كون ان المصرف مقدم القرض مقره في إيطاليا وان طالب القرض مقيم في إيطالية وكذلك العقد كتب بالغة الإيطالية وعليه يطبق القانون الايطالي[1].

ويرى الباحث ان محكمة النقض الفرنسية رأت ان من الضروري اخضاع عقد الكفالة الى قانون المصرف كونه يمثل عقد جوهريا بالنسبة لعقد القرض اذ اغلب العقود الأخيرة لا تتم الا بعد تقديم ضمانات الى المصرف من اجل استيفائها في حالة تخلف المقترض عن سداد القرض.

بينا لا نجد مثل هذه الضرورة في قضية بناء السفن الفرنسية سالفة الذكر بالرغم من ان العقد يرتبط بشكل وثيق بفرنسا الى ان ليس هناك ضرورة تستوجب الخروج عن المبدأ العام.

ومن جهة أخرى قد لا يتيسر للقاضي الكشف عن الأداء المميز للعقد جاز له البحث عن القانون الواجب التطبيق من خلال ظروف التعاقد وملابساته وذلك بموجب نص الفقرة الرابعة التي تنص "عندما لا يمكن تحديد القانون المنطبق على أساس الفقرة 1 أو 2، يخضع العقد لقانون البلد الذي يرتبط به على نحو أوثق.

وتحدث هذه الصورة في عقود "انشاء المشروعات المشتركة الموقعة بين شركتين من دولتين مختلفتين بهدف انشاء شركة جديدة في دولة ثالثة فالتزامات كل من الشركتين تكاد تكون متماثلة من حيث الالتزام بالتمويل ونقل التكنلوجيا وعدم المنافسة كلها تشكل صعوبة في تحديد الأداء المميز"

([1]) منشور في موقع الرسمي لمحكمة النقض الفرنسية
https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/842_16_32542.html.

وعليه لا يستطيع القاضي تحيد القانون استنادا الى مبدأ الأداء المميز فله السلطة بتطبيق القانون الاوثق صلة من خلال ظروف التعاقد و ملابساته[1].

وبذلك نجد ان عملية الاسناد وفق نظرية الأداء المميز وبالصورة التي تنبتها اتفاقية روما انها تتميز بالمرونة عند تحديد القانون الواجب التطبيق وهي نقطة يعول عيلها مناصرة النظرية اذ يرون انها تمثل الحل الوسط ما بين الاسناد الجامد والاسناد المرن او ما يعرف بتركيز العقد من خلال ظروف و ملابسات التعاقد و يرى انصار النظرية انها حدت من سلبيات الاسنادين و أصبحت عملية الاسناد متمثلة بالسهولة و الوضوح من خلال المؤشرات التي يستدل بها القاضي التي من خلالها يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على مختلف العقود من دون الاخلال بتوقعات الأطراف كون ان قانون موطن المدين بالأداء المميز من القوانين المتوقعة للأطراف، كما ان تحديد موطن المدين بالأداء المميز لا يمثل أي إشكالية في ما لو قام المدين بالأداء المميز من تغير موطنه اذ سيعتد بالموطن وقت انعقاد العقد فضلا عن سهولة تحديد مركز الثقل عند عملية الانسداد المتمثل بموطن المدين بالأداء المميز اذ ان القاضي لا يضطر الى البحث عن مركز الثقل من خلال ظروف التعاقد وملابساته[2].

وهي نقطة شكلت انتقاد بالنسبة الى اتجاه اخر من الفقه الذي يرى ان اعتبار موطن المدين بالأداء المميز يمثل مركز الثقل امر يثير التساؤل كون ان النظرية بذاتها لم تعترف بالأداء المميز كمركز الثقل الوحيد بل وجدت ان مع وجود الأداء المميز الا ان مركز ثقل العقد متمثل في مكان

([1]) المجاهد، طارق عبد الله عيسى، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص91.

([2]) العبودي، نورس عباس، الاداء المميز وأثره على عملية الاسناد. مصدر سابق. ص30.

الاخر وهو الامر يمثل الخلط ما بين تحديد القانون الواجب التطبيق على أساس الأداء الوظيفي للعقد وبين الأداء المكاني للعقد[1].

ويرى البعض " ان هذه العودة الاستثنائية للمعيار العام لإسناد العقود للقانون الاوثق صلة تستلزمه اعتبارات المرونة المتطلبة في الاسناد إزاء تنوع الروابط العقدية وتعدد صورها في الواقع العملي على نحو قد يستحيل معه احيانا مواجهته بمعيار محدد مهما كانت درجة مرونته" كما "ان فكرة الأداء المميز مثلها في ذلك مثل أي فكرة قانونية أخرى لا تستطيع ان تواجه الا الغالب من الفروض"[2].

وهو امر أيضا أكدته محكمة النقض الفرنسية وكذلك محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوربي "من الضروري البدء من الافتراض بأن القانون الواجب التطبيق هو قانون والمكان الذي يكون فيه المدين للأداء المميز، ثم يجب على القاضي، قبل اتخاذ قرار، مقارنة المرفقات الملموسة للعقد مع القانون الذي يحدده الافتراض وتلك التي قد تكون موجودة مع قانون آخر"[3].

كذلك من الانتقادات التي وجهت لنظرية الأداء المميز ان تهميش الأداء المالي لاحد الأطراف العقد واخراجه من عملية تحديد القانون الواجب التطبيق يمثل انحيازا للأحد أطراف العقد دون الاخر.

([1]) العبودي، نورس عباس، الاداء المميز وأثره على عملية الاسناد. مصدر سابق. ص37.

([2]) صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مصدر سابق. ص481.

([3]) مشار اليه في مدونة للسيد جان لويس نافارو الحقوقية.

http://blogonsdroit.blog.free.fr/index.php?post/2010/12/22/Contrat-international-%3A-la-oi-du-si%C3%A8ge-du-d%C3%A9biteur-de-la-prestation-caract%C3%A9ristique-r%C3%A9vaut.

ويرد انصار نظرية الأداء المميز بهذا الخصوص ان أداء المالي لاحد اطراف العقد لا يختلف من عقد الى اخر وعليه يفقد صفة التميز بالعقد كما ان النظرية لم تحصر تطبيق قانون موطن المدين بالأداء المميز في كل الحالات بل اذا تبين ان العقد مرتبط بشكل اكثر من قانون الاخر جرى تطبيق ذلك القانون والذي قد يكون في بعض الأحيان موطن المدين بالأداء المالي وعلية لم تقصي النظرية صاحب الأداء المالي من عملية تحديد القانون الاوثق صلة[1].

ويؤيد الباحث ان تحديد القانون الواجب التطبيق على أساس الأداء المميز في العقد من انسب الحلول في تحديد القانون الواجب التطبيق، بما يتم به هذا الاسناد من الوضوح وسهولة الية تحديد القانون الواجب التطبيق فضلا عن توحيد الاسناد بالنسبة للعقود من الطائفة الواحدة وكذلك إمكانية تطبيقها على مختلف أنواع العقود.

الا ان الباحث يرى اذا وجد الأداء المميز وجب احترامه شانه شان إرادة الأطراف الصريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق وان كان الخروج عن هذا المبدأ له إيجابية في بعض الفروض مثلما رأينا في قضية مصرف Banca di Credito الإيطالي، الا ان اتاحة المجال امام القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على اساس ارتباطه بشكل اوثق من قانون الأداء المميز سيؤدي الى حالة عدم الاستقرار في القرارات القضائية اذ ان اختيار القانون بهذه الصورة سيخضع بالضرورة الى خبرة القاضي وكذلك توجهاته القانونية والفقهية وعليه سيحصل تفاوت ما بين القوانين الواجبة التطبيق والذي بدوره يؤدي الى الاخلال بتوقعات الأطراف فضلا عن عدم إضفاء نوع من الاستقرار القضائي في عملية الاسناد وعليه يمكن ان يتم تطبيق القانون الاوثق صلة من خلال ظروف وملابسات التعاقد في

([1]) العبودي، نورس عباس، الاداء المميز وأثره على عملية الاسناد. مصدر سابق، ص38.

حالة عدم قدرة القاضي على تحديد الأداء المميز في العقد وهو الامر الذي يحفظ توقعات الأطراف بتوفير الأمان القانوني لهم و كذلك الى وضع منهج موحد ليستقر عليه القضاء.

كما ان من السلبيات التي وجهت الى نظرية الأداء المميز في ما لو طبقت على عقود الدولة حيث ان بموجب نظرية الأداء المميز سيخضع العقد الدولة الى قانون موطن المستثمر او الى قانون موطن المؤسسة المستثمرة وعليه سيؤدي هذا الاخضاع الى اخراج عقود الدولة من القانون الوطني للدولة المستضيفة للاستثمار وهو جانب مدافع عن مصالح الدولة لارتباط هذه العقود باقتصاد الدولة ويرى البعض "ان تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار بوصفه قانون مكان الأداء المميز في العقد حيث ان مصادر النفط والتي تمثل العنصر الأساسي لهذه العقود تقع في أراضي الدولة المضيفة وتخضع لحقوقها العينية فضلا عن ان مكان الأداء يقع في أراضي الدولة المضيفة حيث ان عملية الاستغلال للبترول تتم على أراضيها مما يجعل أراضي الدولة هي المكان الذي يترتب فيه اثار العقد وتتبدى في منافع الاقتصادية لأطرافه" [1].

ويرى الباحث ان أداء الطرف المميز في عقود الدولة التجارية قد تكون متشابهة في ما بينها او بمعنى أخرى متساوية في ما بينها لكون ان اداء الأطراف سيختلف من عقد الى اخر فأداء الدولة سيختلف باختلاف محل الاستثمار مثل عقد استخراج النقط يختلف أداء الدولة في عقد نقل التكنلوجيا او أي عقد استثماري اخر كما ان أداء الشركة سيختلف من عقد الى اخر حيث ان أداء الشركة في عقد استخراج النفط يختلف عن أداء الشركة في نقل التكنلوجيا وعليه يرى الباحث ان من الأفضل التخلي عن فكرة تبني قانون واحد ليطبق على عقود الدولة اذ ان الفقه منقسم في ما بينة في تطبيق اما

([1]) الاسعد، بشار، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة. مصدر سابق. ص273.

قانون الدولة او قانون المستثمر وهو يجعلنا في حلقة مفرغة وكذلك لا يؤدي الى التسوية بين اطراف العقد اذ ان يجب ان تكون غاية الحل الذي يوضع لمثل هكذا عقود هي الحد من التفاوت بين مراكز الأطراف مثلما راينا في شرط الثبات التشريعي وكذلك شرط إعادة التفاوض اذ انها حلول قدمت محاولات الحد من التفاوت بين المراكز القانونية لأطراف العقد كما ان انشاء المركز الدولي لمنازعات الاستثمار احد هذه الوسائل التي حدت من الفجوة ما بين المراكز القانونية للأطراف في مجال التقاضي، وعليه لا بأس بتبني هذا الحل في تحديد القانون الواجب التطبيق، وعليه من اجل التوصل الى قاعدة اسناد تحقق هذه الغالية يمكن ان يعتبر قانون الوطني للدولة واجب التطبيق كمبدأ عام مكملا بالقانون المستثمر في الحالات التي يعجز عليها القانون الوطني او في الحالات باعتباره اكثر تناسبا مع العملية التعاقدية وهو معنى قريب من المادة (42) من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 التي تنص "وعند غياب مثل ذلك الاتفاق على الهيئة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع بما في ذلك قواعدها في شأن تنازع القوانين وكذلك قواعد القانون الدولي واجبة التطبيق" [1] الا ان هذا النص لا يقدم حل وسطي.

وعليه من الأفضل اخضاع عقود الدولة التجارية الى قانون الدولة الوطني كمبدأ عام مكملا بقانون المستثمر الأجنبي وان كان هذا الحل لا يثل حلا يسيرا الى قاضي النزاع او المحكم الا ان عقود الدولة ليست عقود تقليدية وعليه تتطلب خبرة عميقة من قبل القاضي او المحكم من اجل الفصل فيها.

([1]) الاسعد، بشار، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة. مصدر سابق. ص 275.

المطلب الثاني

العقود الدولية الخاضعة للقواعد الخاصة

بعض العقود الدولية تخضع لقواعد خاصة والغاية من هذه القواعد الخاصة هو توفير حماية أكثر لاحد الأطراف العقد لكون ان موقفه من التعاقد قد يكون ضعيفا، وبعض العقود ترتبط بشكل وثيق مع النظام الاقتصادي للدولة الامر الذي يؤدي الى وضع قواعد خاصة من اجل الحفاظ على سياسة الدولة الاقتصادية[1] وهذه القواعد واردة في مختلف التشريعات الدولية ومنها التشريع الأردني والتشريعات المقارنة، التي بدورها تحد من حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

كما أوردت اتفاقية روما لسنة 1980 بعض العقود التي تستثنى المبدأ العام المتمثل بتطبيق قانون موطن المدين بالأداء المميز عند سكوت الإرادة عن ذلك واخضاعها الى قواعد خاصة عند تحديد القانون الواجب التطبيق وذلك ضمن المواد 5، 6، 7، 8 من الاتفاقية.

1-عقد العمل الدولي:

يعرف العقد العمل على انه "اتفاق بين العامل و صاحب العمل يلتزم فيه العامل بأداء عمل معين لصاحب العمل تبعا لتوجيهاته وادارته و يلتزم فيه صاحب العمل بأداء الاجر المتفق عليه"[2]

([1]) الفخري، عوني محمد، ارادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية. مرجع سابق. ص195.

([2]) المادة (29) من القانون العمل العراقي رقم (71) لسنة 1987 وكذلك في نفس المعنى ورد في نص المادة (2) من القانون العمل الأردني رقم (8) لسنة 1996 والمادة (1) الفقرة (أ) من القانون العمل المصري رقم (12) لسنة 2003.

عقد العمل الدولي من العقود التي تتمتع بخاصية تختلف عن باقي العقود كونها متعلقة بحقوق العامل التي قد تستغل من قبل ارباب العمل ومن اجل الحفاظ على حقوقه وتوفير اقصى حماية له أوردت مختلف التشريعات قواعد خاصة تطبيق على عقد العمل[1].

وعلى صعيد اتفاقية روما 1 نصت المادة (8) من الاتفاقية "يخضع عقد العمل الفردي للقانون الذي يختاره الطرفان وفقا للمادة 3. بيد أن هذا الخيار لا يجوز أن يؤدي إلى حرمان العامل من الحماية المنصوص عليها في الأحكام بموجب القانون المتفق عليه".

اما في حالة سكوت إرادة الأطراف فوفقا لاتفاقية روما خرجت عن المبدأ العام الأداء المميز ونصت في الفقرة (2) من المادة (8) من الاتفاقية على " وفي حالة عدم وجود خيار من جانب الطرفين، يخضع عقد العمل الفردي لقانون البلد الذي يؤدي فيه العامل عمله، ولا يعتبر البلد الذي يجري فيه العمل عادة قد تغير عندما يقوم العامل بعمله بصفة مؤقتة في بلد آخر.

كما ان في حالة تعذر تحديد هذا المبدأ نصت الفره (3) من نفس المادة على " إذا تعذر تحديد القانون المنطبق على أساس الفقرة 2، يخضع العقد لقانون البلد الذي توجد فيه المؤسسة التي استأجرت العامل.

ومن التطبيقات القضائية بهذا الخصوص نشير الى قرار محكمة النقض الفرنسية في قضية تتلخص احداثها تم ابرام عقد عمل في فبراير / شباط 2007 ما بين شخص فرنسي الجنسية وشركة Sisu Capital limited التي يقع مقرها الرئيسي في لندن وبموجب عقد العمل يعمل الموظف كمدير للاستثمار في مركز الرئيسي للشركة في لندن وفي تاريخ تموز / يوليه 2009 تم تعديل العقد الذي

([1]) الفخري، عوني محمد، ارادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية. مرجع سابق. ص198.

بموجبه تغير مكان عمل الموظف ليصبح في فرنسا و في تاريخ 15 يوليو / تموز 2011 تبلغ الموظف انه تم انهاء عقده وعند عرض النزاع على محكمة استئناف باريس رأت المحكمة ان الموظف ليس لديه مكان عمل اعتيادي حيث ان الموظف يؤدي عملة في اكثر من مكان ما بين المانيا وبولندا ولندن وكذلك لايزال عملة مرتبط بشكل كبير في لندن كونه مكان اتخاذ القرارات الرئيسية وانه لا يزال باتصال مباشر مع مشرفية في لندن وكذلك حضوره الى اغلب الاجتماعات المهمة وعليه رأت المحكمة ان تعدد أماكن العمل يثير اشكالة عدم قدرة المحكمة على تحديد مكان العمل الاعتيادي وعليه طبقت المحكمة القانون البريطاني باعتباره قانون مكان المؤسسة التي استأجرت الموظف.

الا ان محكمة النقض الفرنسية لم تؤيد هذا القرار و رات ان مكان العمل الاعتيادي مشار اليه في العقد بصورة رئيسية وهو فرنسا وعليه يطبق القانون الفرنسي باعتبار قانون مكان العمل الاعتيادي[1].

كما أوردت في الفقرة (4) من نفس المادة "وإذا ما استنتج من جميع الظروف أن للعقد صلة أوثق ببلد غير تلك المشار إليها في الفقرة 2 أو 3، فإن قانون ذلك البلد الآخر يكون واجب التطبيق".

اما على صعيد التشريعات العربية المقارنة نجد المادة (7) من قانون العمل الأردني " كل عقد او اتفاق سواء ابرم قبل نفاذ هذا القانون او بعده يتنازل بموجبه أي عامل عن حق من حقوقه التي يمنحها إياه القانون يعد باطلا" والتي تقابلها المادة (14) من القانون العمل العراقي[2] وكذلك المادة(5)

([1]) منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية

https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000033905104&fastReqId=1791284813&fastPos=1

([2]) رقم (37) لسنة 2015.

من القانون العمل المصري[1]وعليه يخضع عقد العمل الى قواعد امرة لا يمكن لأطراف العقد مخالفتها الا ان في حالة غياب مثل هذا الاختيار لم تخضع التشريعات المقارنة عقد العمل الى قواعد خاصة و انما تخضع الى عملية الاسناد المسبق المتمثلة بالموطن المشترك لأطراف العقد.

2-عقد النقل الدولي:

يمكن تعريف عقد النقل (هو عقد بمقتضاه يلتزم شخص في مقابل اجر بان ينقل بنفسه شخصا او بضاعة من مكان لأخر) [2].

وقد نصت المادة (5) من اتفاقية روما " وفي حالة عدم إجراء انتخابات وفقا للمادة 3، فإن القانون المنطبق على عقد نقل البضائع هو قانون البلد الذي يقيم فيه الناقل بصفة اعتيادية، شريطة أن يكون مكان التحميل أو مكان التسليم أو مكان الاقامة المعتاد للمرسل موجودا أيضا في ذلك البلد. وفي حالة عدم استيفاء هذه الشروط، يطبق قانون البلد الذي يقع فيه مكان التسليم الذي يتفق عليه الطرفان وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قضية تتلخص احداثها تم ابرام عقد نقل بين شركة Solvin Franceوالتي مقرها في فرنسا مع شركة GRP multi-logistics والتي مقرها في سويسرا والذي بموجب العقد تلتزم الأخيرة بنقل حاويات من مدينة Chalon-sur-Saone الفرنسية الى مدينة Tavazzano Con Villavesco الإيطالية واناطت الشركة عملية نقل أخرى داخلية الى شركة Sobotram transports and logisticsالتي تلتزم بنقل البضاعة ما بين مدينة-Chalon-sur Saôneومدينة Tavauxالفرنسية.

([1]) قانون رقم (12) لسنة 2003.

([2]) المادة (5) من قانون النقل العراقي رقم (80) لسنة 1983 ونفس المعنى ورد في المادة (5) من قانون نقل البضائع على الطرق الاردني رقم (46) لسنة 2002 وكذلك المادة (208) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999.

الا ان شركة GRP multi-logistics لم تدفع فواتير الشحن الى شركة Sobotram ومن اجل استيفاء حقوقها رفعت الشركة دعوى ضدSolvin Franc لمطالبتها بدفع المبالغ المستحة مباشرة لها وطالبت الشركة بتطبيق القانون الفرنسي كون ان مقر الشركة Sobotram في فرنسا وان عملية النقل تمت أيضا في فرنسا وعليه يعتبر العقد عقدا داخليا.

الا ان محكمة النقض رأت ان عملية النقل الذي انيط بشركة Sobotram أنها تعمل في إطار عقد نقل واحد كان تنفيذه مكلفا بالعديد من شركات النقل المتعاقبة وعليه لا يمكن اعتبار عقد النقل منفصلا وكون ان العقد محل النزاع عقد دوليا فيخضع الى الفقرة (1) من المادة (5) من اتفاقية روما لسنة 1980 و من خلال النظر ان عملية النقل الرئيسية عهدت إلى ناقل مقر إقامته في سويسرا، وأن أماكن التحميل أو التسليم ومكان إقامة المرسل لم تكن موجودة في ذلك البلد فيطبق القانون الإيطالي كونه قانون مكان التسليم[1].

كما نصت الفقرة (2) " فإن القانون المنطبق على عقد نقل الركاب هو قانون البلد الذي يقيم فيه الراكب عادتا، شريطة أن يكون مكان المغادرة أو مكان الوصول في هذا البلد. وفي حالة عدم استيفاء هذه الشروط، يطبق قانون البلد الذي يقيم فيه الناقل بصفة اعتيادية.

وأوردت الفقرة (2) في الشطر الثاني منها "ولا يجوز للطرفين أن يختارا إلا قانونا يطبق على عقد نقل الركاب، وفقا للمادة 3 من قانون البلد الذي.

---

[1] Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 1 mars 2016, 14-22.608, Inédit.
منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية
https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000032159281.

أ. مكان اقامة المسافر المعتادة.

ب. مكان إقامة الناقل الاعتيادية.

ج. مكان الإدارة المركزية للناقل.

د. قانون مكان المغادرة.

هـ. قانون مكان المقصد.

وعليه نجد ان في عقد نقل الركاب لا تكون إرادة الأطراف حرة في اختيار القانون الواجب التطبيق وانما مقيدة بقيود حسبما رسمته الفقرة (2) من المادة (5) من اتفاقية روما.

كما أوردت وإذا ما استنتج من جميع ظروف القضية أن العقد يقترب بوضوح من بلد غير تلك المشار إليها في الفقرة 1 أو 2، يطبق قانون ذلك البلد الآخر.

اما على صعيد التشريع الأردني تنص المادة 215 من قانون التجارة البحرية الأردني "بالرغم مما ورد في أي قانون اخر يعد باطلا كل شرط او اتفاق ينزع اختصاص المحاكم الأردنية بالنظر في الخلافات الناشئة عن وثائق الشحن او النقل البحري. [1]

ويعقب البعض عن ذلك "وهنا يستتبع اختصاص المحاكم الأردنية بالضرورة اختصاص القانون الأردني حيث ان منح القانون الأردني اختصاصا حصريا للقضاء الأردني تم بناء على طبيعة النزاع فهو يتعلق بالاقتصاد الوطني مما يدخله ضمن نطاق القوانين الأردني ذات التطبيق المباشر "[2].

([1]) قانون رقم (12) لسنة 1966.

([2]) المصري، محمد وليد، (2016). الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ص69.

3- **عقود المستهلكين:**

عقود الاستهلاك أيضا من العقود التي تعتبر قواعدها من القواعد الامرة التي لا يجوز اتفاق الأطراف على ما يخالفها لارتباطها بالنظام الاقتصادي للدولة وكذلك حمي المستهلك من السلع المشوشة والفاسدة وغيرها[1].

الا ان "تعدد هذه العقود و تنوعها يصعب وضع تعرف محدد لها اذ ان موضوعها متعدد كونها مرتبطة بعمليات توريد البضائع او تقديم أشياء منقولة مادية او خدمات للأفراد التي يتلقاها الفرد وهو المستهلك"[2] الذي عرفه القانون حماية المستهلك الأردني رقم (7) لسنة 2017 ضمن المادة(2) التي تنص "الشخص الطبيعي او الاعتباري الذي يحصل على سلعة او خدمة بمقابل او بدون مقابل اشباعا لحاجته الشخصية او لحاجات الاخرين ولا يشمل ذلك من يشتري السلعة او الخدمة لإعادة بيعها" ويقترب من هذا التعريف في القانون حماية المستهلك العراقي مادة(1) الفقرة (5) [3]والقانون حماية المستهلك المصري مادة(1) [4].

ونجد اتفاقية روما 1 قد أوردت تعريفا عاما لعقد الاستهلاك وذلك في الشطر الأول من الفقرة (1) من المادة (6) التي تنص يكون العقد الذي يبرمه شخص طبيعي (يشار إليه فيما يلي باسم "المستهلك")، للاستخدام الذي يمكن اعتباره أجنبيا في نشاطه المهني، مع شخص آخر (يشار إليه فيما

([1]) المصري، محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص68.

([2]) سلامة، احمد عبد الكريم. الاصول في التنازع الدولي للقوانين. مرجع سأبص 1111.

([3]) قانون رقم (1) لسنة 2010.

([4]) قانون رقم (67) لسنة 2006.

يلي باسم "المهني")، الذي يتصرف في ممارسته لنشاطه المهني يخضع العقد لقانون مكان الإقامة الاعتيادية للمستهلك بشرط ان يكون المهني.

أ- يمارس نشاطه المهني في مكان إقامة المستهلك الاعتيادية.

ب-بأي وسيلة، بتوجيه هذا النشاط إلى هذا البلد أو إلى عدة بلدان، بما في ذلك هذا البلد، وأن العقد يندرج في نطاق هذا النشاط.

وأوردت الفقرة (2) من نفس المادة "وعلى الرغم من احكام الفقرة 1، يجوز للأطراف اختيار القانون المنطبق على عقد الذي يستوفى شروط الفقرة 1 وفقا للمادة 3. ومع ذلك، لا يجوز أن يؤدي هذا الخيار إلى حرمان المستهلك من الحماية التي يوفرها له قانون اقامته المعتادة وفي حالة عدم وجود خيار، يتم الاستناد الى الفقرة 1.

وكذلك في الفقرة (3) إذا الشروط لم تتحقق في الفقرة 1(أ) أو (ب) لم تتحقق، يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بين المستهلك والمهني وفقا للمادتين 3 و4.

4- **عقود التامين**

يعرف عقد التامين "التأمين عقد يلتزم به المؤمن ان يؤدي الى المؤمن له او الى المستفيد الذي اشترط التامين لصالحه مبلغا من المال او ايرادا مرتبا أي عوض مالي اخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده او تحقق الخطر المبين في العقد و ذلك مقابل مبلغ محدد او أقساط دورية يؤديها المؤمن له للمؤمن"[1].

([1]) المادة (920) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

وأوردت اتفاقية روما لسنة 1980 في المادة (7)[1] على:

1–تسري هذه المادة على العقود المشار إليها في الفقرة 2 ما إذا كانت المخاطر المشمولة مشمولة في دولة عضو أو لا وجميع عقود التأمين الأخرى التي تغطي المخاطر الواقعة داخل أراضي الدول الأعضاء. ولا تطبق على عقود اعادة التامين.

2 – عقود التأمين التي تغطي المخاطر الرئيسية، على النحو المحدد في المادة 5 (د) من توجيه المجلس الأول 239/73 / إيك المؤرخ 24 تموز / يوليه 1973 بشأن تنسيق القوانين والأنظمة والأحكام الإدارية بشأن الحصول على نشاط التأمين المباشر غير التأمين على الحياة، وممارسته تخضع للقانون الذي يختاره الطرفان وفقا للمادة 3 من هذه اللائحة.

وفي حالة عدم وجود خيار من جانب الأطراف للقانون المعمول به، يخضع عقد التأمين لقانون البلد الذي يقيم فيه المؤمن بصفة اعتيادية. وإذا كان واضحا من جميع الظروف أن العقد يقترب بوضوح من بلد آخر، فإن قانون ذلك البلد الآخر ينطبق.

3 – في حالة عقد التأمين بخلاف العقد المندرج تحت الفقرة 2، يجوز للطرفين أن يختاروا فقط القانون الواجب التطبيق وفقا للمادة 3:

(أ) قانون أي دولة عضو يقع فيها الخطر وقت إبرام العقد.

(ب) قانون البلد الذي يقيم فيه صاحب الوثيقة محل إقامته المعتاد؛

(ج) في حالة التأمين على الحياة، قانون الدولة العضو التي يكون حامل البوليصة من مواطنيها؛

([1]) للاطلاع على نص المادة في اللغة الفرنسية

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:32008R0593

(د) في حالة عقد تأمين يشمل المخاطر التي تقتصر على المطالبات التي تحدث في دولة عضو غير تلك التي يقع فيها الخطر، وقانون الدولة العضو التي تحدث فيها؛

هـ) حيث صاحب عقد التأمين بموجب هذه الفقرة يتابع نشاط تجاري أو صناعي أو مهني ويغطي عقد التأمين اثنين أو أكثر من المخاطر المتعلقة بهذه الأنشطة وتقع في مختلف الدول الأعضاء، وقانون واحدة من الدول الأعضاء المعنية أو قانون بلد الإقامة المعتاد لصاحب البوليصة.

وفي الحالات المشار إليها في النقاط (أ) أو (ب) أو (هـ) والدول الأعضاء المدرجة التي تمنح حرية أكبر في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التأمين، يمكن للأطراف الاستفادة من هذه الحرية.

وفي حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق وفقا لهذه الفقرة، يخضع العقد لقانون الدولة العضو التي يقع فيها الخطر وقت إبرام العقد[1].

ويرى الباحث ان بالرغم من خضوع بعض العقود التقليدية التي تتطلب توفير حماية أكثر الى أحد أطراف العقد الى بعض القواعد الخاصة التي تكون في بعض الأحيان قواعد تفصيلية تغطي جميع الاحتمالات، الا ان عملية الاسناد من خلال ارتباط العقد بشكل أوثق من القانون الذي تحدده قاعدة الاسناد امر إيجابي اذ ان في الغالب يرتبط العقد بشكل وثيق مع مصلحة الطرف الضعيف في العملية التعاقدية.

([1]) منشور في الموقع http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:32008R0593 الرسمي لقانون الاتحاد الأوربي

الفصل الخامس

الخاتمة والنتائج والتوصيات

وبعد ما تناولنا عنوان البحث " سكوت الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي" لبحث قواعد الاسناد المكرسة لهذه الحالة ومدى فاعلية هذه القواعد في تحقيق الأمان القانوني لأطراف العقد والكشف عن مركز الثقل الذي من خلاله يرتبط العقد بشكل وثيق، توصلت الدراسة الى عدة نتائج وتوصيات.

اولاً: النتائج

1- ان المعيار القانوني المضيق، والذي من خلاله يتم الكشف عن دولية العقد بتحليل العناصر الأجنبية التي تطرقت على العقد من اجل تحديد ما إذا كانت هذه العناصر مؤثرة في إضفاء الصفة الدولة على العقد ام لا، والمعيار الاقتصادي الذي من خلاله يتم البحث عن موضوع العقد، وما إذا كان يؤدي الى حركة رؤوس الأموال ويخدم مصالح التجارة الدولية، يصلح كليهما كمعيار كاشف عن دولية العقد.

2- ان الطبيعة القانونية لعقود الدولة في المسائل التجارية، ما إذا كانت عقود إدارية تخضع لأحكام القانون العام ام من العقود الخاصة فتخضع لأحكام القانون الخاص، توصلت الدارسة بهذا الخوص بأن عقود الدولة في المسائل التجارية عقود خاصة وبذلك تخضع لأحكام القانون الخاص.

3- ان شرط إعادة التفاوض الذي من خلال يلتزم الأطراف بإعادة النظر في الخلافات الناشئة بينهم وحلها ودياً قبل عرضها على القضاء الوطني او جهات التحكيم، وشرط الثبات التشريعي الذي

بموجبه لا يتأثر العقد باي تعديل تشريعي لاحق، تعد من اهم الوسائل القانونية التي تحد من التفاوت القانوني بين الدولة والمستثمر الأجنبي.

4- ان أساس حق إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي، يتم بموجب قاعدة اسناد يوردها المشرع تتيح لهم مثل هذا الاختيار بشرط ان لا يكون مخالفاً للنظام العام.

5- في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الاطراف للقانون الواجب التطبيق يبحث قاضي النزاع عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد من خلال مؤشرات تشير اليها شروط وظروف التعاقد على ان يكون الكشف عن هذه الارادة بصورة مؤكد.

6- عدم فاعلية ضوابط الاسناد المسبقة عند تحديد القانون الواجب التطبيق المتمثلة بالموطن المشترك لأطراف العقد وقانون بلد ابرام العقد، في تحقيق الأمان القانوني لأطراف العقد او باعتبار ضوابط اسناد تمثل مركز ثقل العقد.

7- ان تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال البحث عن الأداء المميز في العقد من انسب الحلول لتحديد القانون الواجب التطبيق بما يحققه من وضوح في عملية الاسناد.

ثانياً: التوصيات

1- قيام التشريعات المقارنة باعتماد كل من المعيار القانوني المضيق والمعيار الاقتصادي في تقرير دولية العقد وتقترح الدراسة التعريف التالي للعقد الدولي (هو العقد الذي يتجاوز حدود الدولة الواحدة بأحد عناصره المؤثرة).

2- نتمنى من المشرع العراقي باعتماد الوسائل الودية في فض المنازعات الناتجة عن عقد الاستثمار، عن طريق اعادة التفاوض في حالة حدوث أي خلاف بين الطرفين خلال مدة أقصاها (3) أشهر قبل عرض النزاع على القضاء الوطني او هيئات التحكيم.

3- نتمنى من المشرع الأردني ادخال إضافة على نص المادة (20) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 يقضي بالبحث عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد من خلال المؤشرات التي تكشف عن هذه الإرادة وبصورة مؤكدة، كذلك بالنسبة للمشرع العراقي والمشرع المصري فيما يخص الكشف المؤكد لهذه الإرادة.

4- تحديث قواعد اسناد العقود الدولية للتشريعات العربية المقارنة التي تناولتها الدراسة وذلك بتبني عملية الاسناد من خلال الكشف عن الأداء المميز في العقد او من خلال البحث من ظروف التعاقد وملابساته لتحديد القانون الاوثق صلة بالعقد، إذا لم يتيسر للقاضي الكشف عن الأداء المميز.

قائمة المصادر والمراجع

اولاً: الكتب

1. ابراهيم، احمد ابراهيم، (1992). **القانون الدولي الخاص تنازع القوانين**. القاهرة: دار النهضة العربية.
2. ابو مغلي، مهند عزمي، (2005). **القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي**، اطروحة دكتوراه القاهرة: جامعة عين شمس.
3. الاسعد، بشار الاسعد، (2006). **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
4. الاسعد، بشار، (2010). **عقود الدولة في القانون الدولي**. بيروت، منشورات زين الحقوقية.
5. حافظ السيد، السيد عبد المنعم، (2010). **عقد التأجير التمويلي الدولي**. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.
6. حافظ، ممدوح عبد الكريم، (1973). **القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن**. بغداد: دار الحرية للطباعة.
7. الحداد، حفيظة السيد، (2007). **العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجانب**. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.
8. حسني، احمد محمود، (1998). **التعليق على نصوص اتفاقية هامبورك الخاصة بنقل البضائع بحرا**. الاسكندرية: منشاة المعارف.

9. حسين، مظفر ناصر، (1998). **القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية**. محاضرات غير مطبوعة ألقيت على طلبة الدكتوراه في قسم القانون الدولي العام.

10. الحكيم، عبد المجيد، (1967). **الوسيط في نظرية العقد**. بغداد: (ب د)

11. حلمي، عمر، (1993). **معيار تمييز العقد الاداري**. القاهرة: دار النهضة العربية.

12. خالد، هشام، (2007). **ما هيه العقد الدولي**. الاسكندرية: منشأة المعارف.

13. خليل، خالد عبد الفتاح، (2002). **حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص**. دار النهضة العربية: القاهرة.

14. الداودي، غالب علي، (2013). **القانون الدولي الخاص تنازع القوانين**. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

15. الراوي، خالد وهيب، (2000). **العمليات المصرفية التجارية**. عمان، دار المناهج للنشر.

16. رباح، غسان، (1988). **العقد التجاري الدولي**. القاهرة: دار الفكر العربي.

17. الرفاعي، بدران شكيب، (2011). **عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص**. مصر، دار شتات للنشر والبرمجيات.

18. الروبي، محمد، (2004). **عقود التشييد والاستغلال والتسليم BOT**، القاهرة، دار النهضة العربية.

19. روسو، شارل، (1987). **القانون الدولي العام**. بيروت: الاهلية للنشر.

20. رياض، فؤاد؛ راشد، سامية، (1974). **الوسيط في القانون الدولي الخاص تنازع القوانين**. القاهرة: دار النهضة العربية.

21. سلامة، احمد عبد الكريم، (1988). **نظرية العقد الدولي الطليق**. القاهرة: دار النهضة العربية.

22. السنهوري، عبد الرزاق، (1952). **الوسيط في شرح القانون المدني**، ج1، القاهرة: (ب د).

23. سيدة، ريتا سايد، (2014). **العقود التجارية الدولة والعمليات المصرفية**. لبنان: شركة المؤسسة الحديثة للكتاب.

24. الشقراوي، جميل، (1997). **محاضرات في العقود الدولية**. القاهرة: دار النهضة العربية.

25. الشمري، راشد صادق، (2014). **الصناعة المصرفية الاسلامية**. عمان، دار اليازوري العلمية للنشر.

26. شنجار، محمد عامر؛ احمد، علي غسان، (2016). **الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار**. جامعة النهرين، 27-72.

27. الشيخ، عصمت عبد الله، (2000). **التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي**. القاهرة: دار النهضة العربية.

28. صادق، هشام؛ عبد العال، عكاشة؛ حداد، حفيظي السيد، (2006). **تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي**. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

29. صادق، هشام، (1997). **الموجز في القانون الدولي الخاص**. الاسكندرية: الفنية للطباعة والنشر.

30. عبد الحفيظ، صفوت احمد، (2005). **دور الاستثمار الاجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص**. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

31. عبد العال، عكاشة محمد، (2012). **القانون التجاري الدولي العمليات المصرفية الدولية.** الاسكندرية: دار الجامعة الجديد.

32. عبد الله، عز الدين، (1969). **القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين .**

33. عبد المجيد، منير، (1991). **تنازع القوانين في علاقات العمل الفردي**ة. الاسكندرية: منشأة المعارف.

34. عبد المجيد، منير، (1992). **تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية.** الاسكندرية: منشاة المعارف.

35. العبودي، نورس عباس، (2016). **الاداء المميز وأثره على عملية الاسناد.** بيروت: دار السنهوري.

36. عشوش، احمد عبد الحمد، (1990). **النظام القانوني لعقد القرض الدولي.** الاسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة.

37. عشوش، احمد عبد الحميد؛ بأخشب، عمر ابو بكر، (1990). **النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي.** الاسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة.

38. عشوش، احمد عبد الحميد، (1990). **قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة.** الاسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة.

39. علوان، محمد يوسف، (1982). **النظام القانوني لاستغلال النفط في الاقطار العربية.** الكويت: جامعة الكويت.

40. علي بكر، محمد عبد العزيز، (2000). **فكره العقد الاداري عبر الحدود**. القاهرة: دار النهضة العربية.

41. فتحي، حسام الدين، (2004). **حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين**. القاهرة: دار النهضة العربية.

42. الفخري، عوني محمد، (2012). **ارادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية**. بيروت: منشورات زين الحقوقية.

43. فرج، طرح البحور، (ب د س). **تدويل العقد**. الاسكندرية: منشأة المعارف.

44. القصبي، عصام الدين، (1993). **النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية**. القاهرة: دار النهضة الجامعية.

45. كوجان، لما، (2008). **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الاجنبي وفقاً لأحكام المركز الدولي لمنازعات الاستثمار في واشنطن**. بيروت: منشورات زين الحقوقية.

46. الكيلاني، محمود، (2008). **الموسوعة التجارية المصرفية**. عمان: دار الثقافة للنشر.

47. محمد، خالد عبد الفتاح، (2002). **حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص**. الاسكندرية: دار النهضة العربية.

48. المصري، محمد وليد، (2016). **الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص**. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

49. مصطفى، ابو احمد علاء محي الدين، (2008). **التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية**. الاسكندرية: دارة الجامعة الجديدة.

50. مغبغب، نعيم، (2006). **الفرانشايز**. بيروت: منشورات زين الحقوقية.

51. منصور، سامي بديع؛ عبد العال، عكاشة، (1995). **القانون الدولي الخاص**. بيروت: الدار الجامعية.

52. ياقوت، محمود محمد، (2000). **حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي**. الاسكندرية: دارة منشاة المعارف.

53. ياقوت، محمود محمد، (2004). **الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية**. الإسكندرية، دار الفكر العربي.

ثانيا: الرسائل الجامعية

1. احمد، ماهر محمد حامد، (2004). **النظام القانوني لعقود البوت**. اطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، بنها.

2. الاعرجي، امير صلاح، (2013). **عقود التجارة الدولية في الماهية والمعايير**. رسالة ماجستير، لبنان، الجامعة الإسلامية.

3. الأكايبي، يوسف عبد الهادي، (1999). **النظام القانوني لعقود نقل التكنلوجيا في مجال القانون الدولي الخاص**، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق.

4. الباني، نافع بحر، (2004). **تنازع القوانين في منازعات التجارة الالكترونية**، رسالة ماجستير، بغداد، جامعة بغداد.

5. حداد، ايمان نبيل، (2016). **القانون الواجب التطبيق على العلامات التجارية**. رسالة ماجستير، عمان، جامعة الشرق الاوسط.

6. حرب، رائد سامر، (2012). **القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في فلسطين**. رسالة ماجستير، جنين، الجامعة العربية الامريكية.

7. السيد، عوض الله الحمد، (1993). **النظام القانوني لعقود المنشأة الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية**، أطروحة دكتوراه، جامعة أسيوط، مصر.

8. الشديفات، فيصل عليان، (2010). **دور العقود الادارية في جذب الاستثمارات الأجنبية**، اطروحة دكتوراه. دمشق. جامعة دمشق.

9. شلتاغ، شيماء محمد، (2005). القا**نون الواجب التطبيق على عقود الدولة مع الاشخاص الاجنبية**. أطروحة دكتوراه، بغداد: جامعة بغداد.

10. العزاوي، ايمان ناجي، (2007). **القانون الواجب التطبيق على عقد المنظمة الدولية مع شخص القانون الداخلي**. اطروحة دكتوراه، بغداد. جامعة بغداد.

11. العيسى، طلال ياسين، (1996). **العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي**، اطروحة دكتوراه. بغداد، جامعة بغداد.

12. المجاهد، طارق عبد الله عيسى، (2001). **تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية**. اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، بغداد.

ثالثا: المجلات والبحوث

1. جاسم، اسيل باقر، (2011). النظام القانوني لشرط اعادة التفاوض. بغداد: م**جلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية**.

2. سركس، سامي، (1984). العقد الخارجي. **مجلة المحامون السورية**، 604.

3. سلامة، احمد عبد الكريم، (1989). شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية. **مجلة البحوث القانونية والاقتصادية**، جامعة المنصورة، مصر، 63.

4. عبد العظيم، علي، (2017). دور قانون الإرادة في عقد الاعتماد المستندي الدولي. **مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية**، 377-444.

5. عبد الله، عز الدين، (1967). تنازع القوانين في العقد من حيث الموضوع. **مجلة الشرق الادنى**، 874.

6. عبد المجيد، منير، (1991). مفهوم القانون المحدد في العقود الخاصة الدولية. مجلة المحاماة، ال عدد827، ص 44.

7. علوان، محمد يوسف، (1980). القانون الدولي للعقود. **مجلة الحقوق والشريعة** العدد الثاني، 140.

8. العنزي، زياد خليف، (2016). مبدأ حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقا لمبادئ مؤتمر لاهاي (2015). مجل**ة جامعة الشارقة للعوم الشرعية والقانونية**، 317-397.

9. محمد، امال نوري، (2007). اجراءات الاعتماد المستندي في العراق. مجل**ة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية**، 1-33.

10. ياقوت، محمود محمد، (2000). معايير دولية العقد. **مجلة روح القوانين**، 469.

خامساً: القرارات القضائية

1. قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 1999/1835 (هيئة خماسية) تاريخ 2000/1/31

2. قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 2006/2149 (هيئة خماسية) تاريخ 2006/8/21

3. قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم 2004/3210 (هيئة خماسية) تاريخ 2005/1/16

4. القرارات القضائية الفرنسية:

1. Arrêt n° 1017 du 19 octobre 2010 (09-69.246) - Cour de cassation - Chambre commerciale, financière et économique
2. Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 28 octobre 2014, 13-20.025, Inédit
3. Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 1 mars 2016, 14-22.608, Inédit
4. Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 19 janvier 2017, 15-22.835, Inédit.
5. Chambre mixte, 30 novembre 2007 (pourvoi n° 06-14.006, en cours de publication)
6. Arrêt n° 842 du 16 septembre 2015 (14-10.373) - Cour de cassation - Première chambre civile ECLI:FR: CCASS:2015:C100842

سادساً: القوانين والاتفاقيات الدولية

- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976
- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951
- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948
- قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966
- قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984
- قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999
- قانون تشجيع الاستثمار الأردني رقم (30) لسنة 2014
- قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006
- قانون الاستثمار المصري رقم (72) لسنة 2017
- معاهدة روما لسنة 1980 المعدلة بموجب للائحة التنفيذية رقم 2008/593 للبرلمان الأوروبي والمجلس المؤرخ 17 يونيو 2008 بشأن القانون المنطبق على الالتزامات التعاقدية
- اتفاقية لاهاي لسنة 1955 في شان القانون الواجب التطبيق على البيع الدولية للمنقولات المادية.
- اتفاقية لاهاي لسنة 1978 في شان القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية.

رابعاً: المصادر الالكترونية

- http://arab-ency.com/law/detail/163930
- http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:32008R0593
- http://www.droit-dz.com/forum/threads/407/
- https://ar.wikipedia.org/wiki/حق الامتياز
- http://blogonsdroit.blog.free.fr/ Contrat international
- http://www.mohamah.net البيع الدولي للبضائع
- http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/lecture.aspx?fid=7&lcid=22793