

**قانون الإرادة في عصر التحول الرقمي نحو
إعادة تشكيل قواعد القانون الدولي
الخاص دراسة تحليلية قانونية مقارنة**

الدكتورة

نادية إسماعيل محمود محمد

مدرس القانون الدولي الخاص بكلية الحقوق

جامعة الزقازيق

ملخص البحث

يشهد القانون الدولي الخاص تحوُّلاً جوهرياً في بنيته التقليدية، بفعل تطورات العصر الرقمي وتنامي الطابع العابر للحدود للعلاقات القانونية. لم تعد قواعد الإسناد الكلاسيكية وحدها كافية لتنظيم هذه العلاقات، بل برز قانون الإرادة كأداة مركزية لتحديد القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي، بما يعكس احترام حرية الأفراد وخصوصيات المعاملات الدولية في بيئة رقمية متسارعة.

يتناول هذا البحث دراسة تطور دور إرادة الأطراف كوسيلة لتحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة في النزاعات الخاصة الدولية، مع تحليل امتداد هذا الدور في مجالات متعددة، بدءاً من قانون الأسرة (كالزواج والتركات) وصولاً إلى المعاملات التجارية الرقمية، ثم مسائل المسؤولية المدنية، وانتهاءً بالاختصاص القضائي الدولي، وذلك في ضوء التشريعات الوطنية المقارنة والاتفاقيات الدولية الحديثة.

وقد كشف البحث أن الإرادة لم تعد مقصورة على المجال التعاقدي فحسب، بل امتدت لتشمل ميادين لم تكن تقليدياً خاضعة لها، مثل المسؤولية المدنية وأحكام التركات، خصوصاً بعد ظهور الأطر التشريعية الأوروبية الحديثة التي كرّست حرية الأطراف في اختيار القانون (كما في التنظيم الأوروبي رقم ١٢٥٩ لسنة ٢٠١٠).

كما ناقش البحث التحديات العملية التي تفرضها العقود الرقمية، والتجارة الإلكترونية، والعلاقات القانونية غير المادية، مما يطرح تساؤلات جديدة

حول مدى فعالية قانون الإرادة في ضبط تلك العلاقات. وتم التركيز على مدى قدرة الإرادة على تجاوز قواعد الإسناد التقليدية، من خلال استبعادها باتفاق الأطراف واختيار قانون أكثر اتصالاً أو اتفاقية قريبة من إرادتهم. في سياق الاختصاص القضائي، تطرق البحث إلى مبدأ الخضوع الإرادي للمحاكم، وفعالية اختيار المحكمة في إطار العقود الرقمية، وتطوره من إنكار السيادة إلى اعتراف التشريعات الحديثة، مع دراسة مقارنة للقانون المصري والأنظمة القانونية الأخرى. يخلص البحث إلى أن قانون الإرادة يمثل أداة حيوية لتكييف القانون الدولي الخاص مع متطلبات العصر الرقمي، شرط أن يُمارس في إطار يوازن بين حرية الأطراف ومتطلبات النظام العام، مع ضرورة تحديث التشريعات لمواكبة التحولات الرقمية المعاصرة.

Abstract

The principle of jurisdiction in private international law determines which court has authority to resolve disputes involving foreign elements. Traditionally, jurisdiction was based on national sovereignty, where states exercised exclusive legal power within their territories, relying on factors such as the domicile of the parties or place of contract performance.

With the growth of global commerce and digital connectivity, party autonomy has become a transformative legal principle. It allows parties to pre-select the competent court and governing law through contractual agreements, shifting from rigid territorial rules to more flexible, party-driven mechanisms, offering greater freedom in international disputes.

This research explores the rising influence of party autonomy, especially in international contracts, civil liability, family matters, and cross-border disputes. It examines how legal systems, including Egypt's, have adapted to this shift, with a focus on international conventions like the Hague and Brussels instruments. The study also addresses the scope, conditions, and limitations of party autonomy in court selection and choice-of-law agreements.

Additionally, the research analyzes challenges from digital transformation, such as the legal status of electronic contracts, enforceability of jurisdiction clauses in online agreements, and decentralized transactions. It critically examines public policy

exceptions and potential imbalances in bargaining power.

The study concludes that while party autonomy is essential for legal certainty in cross-border transactions, it must be accompanied by safeguards to ensure fairness, protect weaker parties, and respect public interest rules, maintaining a balanced international legal framework

مقدمة

في ظل التحولات الرقمية المتسارعة التي يشهدها العالم، وتزايد التفاعلات العابرة للحدود بين الأفراد والدول، أصبح قانون الإرادة من الموضوعات القانونية الأكثر تعقيداً وإثارة للجدل. هذا المفهوم يتسم بأهمية خاصة في زمن العولمة، حيث تتداخل المعاملات الدولية والتجارية والشخصية، ويبرز تأثير التجارة الإلكترونية والتقنيات الحديثة على القوانين المنظمة لهذه المعاملات.

يُعتبر قانون الإرادة أداة قانونية تسمح للأطراف بتحديد القواعد القانونية التي تحكم العلاقات بينهم في السياقات الدولية، سواء كان ذلك في مجال الاختصاص القضائي أو في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل مثل الزواج، التركات، أو المسؤولية المدنية. ومع ذلك، يثير استخدام الإرادة في السياقات الدولية العديد من التساؤلات حول مدى توافق هذا المبدأ مع الأنظمة القانونية الحديثة والتحديات التي تطرأ في ظل التحولات الرقمية.

في هذا البحث، سنتناول دور الإرادة كوسيلة لتحديد المحكمة المختصة دولياً، حيث نناقش تأثير الإرادة في اختيار المحكمة المختصة وأثاره القانونية. بداية من دراسة تطور الاعتراف بالإرادة في الاختصاص القضائي، وصولاً إلى تأثير الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقيات "لاهاي" و"بروكسل" و"ليجائو"، بالإضافة إلى تسليط الضوء على موقف التشريعات المقارنة في هذا الصدد.

كما سنتطرق إلى شروط الاعتراف باتفاق اختيار المحكمة من خلال التأكيد على الطبيعة الدولية للنزاع، التراضي بين الأطراف، وشرط مشروعية السبب والرابطة الجدية. ثم ننتقل إلى دراسة آثار الاتفاق على اختيار المحكمة، من حيث استبعاد المحاكم الأخرى وتأكيد اختصاص المحكمة المختارة.

في المبحث الثاني، سنغطي دور قانون الإرادة في مسائل الأسرة والقانون الدولي الخاص. سنناقش تأثير الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج، ومدى إمكانية الاتفاق على القانون في قضايا الأحوال الشخصية. كذلك، سنبحث دور الإرادة في تحديد القانون الذي يطبق على مسائل التركات عبر الحدود، مع دراسة تأثير التحولات الرقمية على عمليات الإرث، خاصة في المجتمعات التي تتمتع بخصائص قانونية وعادات ثقافية متعددة. سيشمل هذا المبحث أيضاً التنظيم الأوروبي رقم ١٢٥٩ لسنة ٢٠١٠ كنموذج لتكريس إرادة الأطراف في مسائل التركات عبر الحدود.

أما في المبحث الثالث، فسوف نناقش تبني قانون الإرادة في المعاملات الدولية المعاصرة، مع التركيز على تطبيق هذا القانون في العقود الدولية الرقمية. سنقوم بدراسة مدى ملاءمة قانون الإرادة في سياق التجارة الإلكترونية الحديثة، كما سنبحث التحديات التي تطرأ عند تحديد القانون الواجب تطبيقه في العقود التي تُبرم عبر الإنترنت. بالإضافة إلى ذلك، سنتطرق إلى التحديات المتعلقة بإثبات الإرادة في البيئات الرقمية، ودور الإرادة في المسؤولية المدنية عبر الحدود، وكيفية امتداد هذا المبدأ إلى

مصادر الالتزام غير التعاقدية، مع مراعاة الموازنة بين الاختصاص الإلزامي و الاختصاص الإرادي.

في الختام، سنستعرض نماذج من التشريعات الحديثة التي تدعم قانون الإرادة، مثل القانون السويسري لعام ١٩٨٧، القانون الألماني لعام ١٩٩٩، والقانون الهولندي لعام ١٩٨١. سنحلل كيفية تطبيق هذه التشريعات على المعاملات الدولية المعاصرة، وما تعكسه من اتجاهات تشريعية تؤيد هذا المبدأ.

تهدف هذه الدراسة إلى تقديم تحليل قانوني مقارن حول قانون الإرادة في العصر الرقمي، مع إعادة تشكيل قواعد القانون الدولي الخاص بما يتناسب مع التحولات الرقمية، والتحديات القانونية المتعلقة بالاختصاص والإثبات، وتحديد القوانين الواجب تطبيقها في البيئة القانونية المعاصرة التي يفرضها التحول الرقمي والتجارة الإلكترونية.

إشكالية الدراسة:

تتمحور إشكالية الدراسة حول تسليط الضوء على دور إرادة الأطراف في تحديد الاختصاص القضائي و اختيار القانون الواجب التطبيق في النزاعات الدولية، وما يترتب على ذلك من تحديات قانونية، خاصة في ظل التطورات التكنولوجية و التحولات الرقمية التي تؤثر بشكل كبير على المعاملات العابرة للحدود. تتعلق هذه الإشكالية بعدد من الأسئلة الفرعية التي تنبثق منها، والتي تشمل:

١. كيف يمكن تحديد العلاقة بين إرادة الأطراف ومبادئ النظام العام في القضايا الدولية؟

إذ يتم التعامل مع إرادة الأطراف في اختيار المحكمة المختصة و القانون الواجب التطبيق على أنها حق مكفول، ولكن هذا الاختيار يواجه أحياناً معارضة من قبل بعض القوانين الوطنية والدولية، خاصة إذا تعارض مع مبادئ النظام العام.

٢. ما هو الدور الذي تلعبه الاتفاقيات الدولية (مثل لاهاي، بروكسل، وليجائو) في تقنين مبدأ إرادة الأطراف؟

تتناول الدراسة تأثير الاتفاقيات الدولية على حرية الإرادة في تحديد الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق، ومدى تأثير تلك الاتفاقيات في تقييد هذه الحرية، خاصة فيما يتعلق بحالات تنازع القوانين التي قد تحدث بين الأطراف.

٣. هل تتوافق الأنظمة القانونية المختلفة مع إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق في القضايا المرتبطة بالأحوال الشخصية أو المعاملات الرقمية؟

تبرز هذه الإشكالية في ظل تزايد المعاملات الرقمية والعابرة للحدود التي تتطلب تحديد القانون المختص وحل تنازع القوانين بين أنظمة قانونية مختلفة، مما يثير تساؤلات حول مدى صلاحية القوانين الوطنية التقليدية في معالجة هذه القضايا في العصر الرقمي.

٤. ما هي التحديات التي يواجهها الأطراف في إثبات الإرادة في العقود الرقمية عبر الإنترنت؟

تطرح الدراسة التساؤلات حول إثبات الإرادة في العقود الرقمية، وهل تتطلب بيئة التجارة الإلكترونية اليوم تطوير قواعد قانونية جديدة تتجاوز القيود التقليدية لإثبات الإرادة في المعاملات القانونية التقليدية؟
٥. كيف يمكن لقانون الإرادة أن يتأقلم مع التحولات الرقمية ويدعم التجارة الإلكترونية الدولية؟

مع تزايد أهمية التجارة الرقمية في الاقتصاد العالمي، تبرز الحاجة إلى تحديث قواعد القانون الدولي الخاص لتوفير إطار قانوني فعال يلئم التطورات التكنولوجية ويضمن حقوق الأطراف في المعاملات العابرة للحدود.

إذن، تتركز إشكالية الدراسة في إيجاد التوازن بين حرية إرادة الأطراف في اختيار المحكمة والقانون الواجب التطبيق من جهة، والقيود القانونية التي تفرضها القوانين الوطنية والدولية، بما يضمن في النهاية حماية حقوق الأطراف في السياقات القانونية المعاصرة، لا سيما في ظل التحولات الرقمية.

أهمية البحث

تتمثل أهمية هذا البحث في تسليط الضوء على مفهوم إرادة الأطراف في تحديد الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق في النزاعات الدولية، في ضوء التحولات القانونية الحديثة التي يشهدها العالم في ظل التطورات الرقمية و العولمة القانونية. يعالج البحث قضية ذات أهمية بالغة في ظل تزايد المعاملات الإلكترونية عبر الحدود، والتحديات التي تطرأ على الأنظمة القضائية العالمية نتيجة لهذه التطورات.

١. الأهمية النظرية والتطبيقية:

يتمثل الجانب النظري لهذا البحث في التأصيل القانوني لمفهوم إرادة الأطراف، وتحليل دور هذه الإرادة كأداة رئيسية لتحقيق المرونة القضائية في تحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب تطبيقه في النزاعات الدولية.

كما يتناول البحث تطور هذا المبدأ في ظل التغيرات القانونية الحديثة، وكيف أصبح أداة فعالة لإدارة العلاقات القانونية بين الأطراف عبر الحدود. أما في الجانب التطبيقي، يعرض البحث التحديات التي تواجه الدول والمحاكم في تطبيق هذا المفهوم في ظل التجارة الإلكترونية و العولمة القانونية. يتناول كيفية تحديث الأنظمة القانونية بما يتوافق مع التحولات الرقمية لضمان تطبيق مبدأ إرادة الأطراف بفعالية، وبالتالي تعزيز قدرة النظام القضائي على التكيف مع التغيرات المستمرة.

٢. معاصرة الموضوع:

يرتبط البحث ارتباطاً وثيقاً بالتطورات المتسارعة في التجارة الرقمية و العولمة القانونية، التي أفرزت تحديات جديدة في مجال الاختصاص القضائي واختيار القانون الواجب التطبيق. يعالج البحث تأثير هذه التحولات على مفاهيم الاختصاص القضائي التقليدية ويستعرض كيف أن قانون الإرادة قد أعاد تشكيل هذه المفاهيم. كما يُبرز البحث ضرورة إعادة النظر في قواعد الاختصاص التقليدية التي قد تكون غير ملائمة في سياق المعاملات الرقمية، ويعرض سبل تكيف النظام القضائي مع هذه

التطورات لضمان فعالية إرادة الأطراف في تحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب تطبيقه.

٣. سد الفراغ التشريعي:

تتجلى أهمية هذا البحث بشكل خاص في الدول النامية مثل مصر، التي تشهد تحولاً رقمياً سريعاً في المجالات الاقتصادية والاجتماعية. مع زيادة المعاملات التجارية الدولية و النزاعات العابرة للحدود، يبرز الحاجة الماسة إلى تحديث التشريعات الوطنية لتواكب التطورات الرقمية في الاختصاص القضائي الدولي. يسعى البحث إلى سد الفراغ التشريعي من خلال استعراض التشريعات المحلية والدولية وتحليل الإصلاحات القانونية التي من شأنها توسيع نطاق إرادة الأطراف في تحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب تطبيقه، بما يتناسب مع التحولات السريعة في التجارة الدولية.

٤. تحقيق التوازن القانوني:

يهدف هذا البحث إلى تحقيق توازن دقيق بين سيادة الدولة وحماية حقوق الأطراف المتقاضين في النظام القضائي الدولي. في حين توفر إرادة الأطراف قدراً كبيراً من المرونة في اختيار المحكمة المختصة والقانون الواجب تطبيقه، إلا أن هذه الحرية قد تتعارض مع مبادئ النظام العام و سيادة الدولة. يسعى البحث إلى تقديم حلول قانونية تضمن العدالة الدولية وتحترم السيادة الوطنية، بحيث يتمكن النظام القضائي من التعامل مع النزاعات العابرة للحدود بفعالية دون الإخلال بالمبادئ الأساسية التي تحكم النظام الدولي.

أهداف البحث

١. دراسة الأساس القانوني لإرادة الأطراف في تحديد الاختصاص القضائي الدولي:

تحليل الإطار القانوني والنظري الذي يستند إليه حق الأطراف في اختيار المحكمة المختصة في النزاعات الدولية، والتأثيرات القانونية لهذه الإرادة على النظام القضائي الدولي والمحلي.

٢. مراجعة التشريعات المقارنة، مع التركيز على القانون المصري: استكشاف كيفية تعامل التشريعات المختلفة مع مبدأ إرادة الأطراف في تحديد المحكمة المختصة واختيار القانون الواجب التطبيق، مع إلقاء الضوء على موقف القانون المصري وتحليل التحديات القانونية التي تطرأ في السياقات التقليدية والرقمية.

٣. دراسة فعالية إرادة الأطراف في التعاقدات الإلكترونية والبيئة الرقمية الحديثة:

تقييم تطبيق إرادة الأطراف في التعاقدات الإلكترونية عبر الإنترنت، واستكشاف التحديات التي تواجه تحديد الاختصاص القضائي واختيار القانون في ظل المعاملات الرقمية والعالم الافتراضي.

٤. تحليل الإشكاليات القانونية والقضائية التي تؤثر على حرية الأطراف في اختيار المحكمة والقانون:

دراسة القيود القانونية التي قد تحد من حرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة واختيار القانون الواجب التطبيق، مثل التضارب بين القوانين المختلفة، والمبادئ القانونية المتعلقة بالنظام العام.

٥. اقتراح حلول تشريعية لتعزيز دور إرادة الأطراف في تحديد الاختصاص القضائي واختيار القانون:

تقديم مقترحات تشريعية تهدف إلى تعزيز دور إرادة الأطراف في تحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب تطبيقه، مع ضمان إيجاد توازن بين حرية التعاقد وحماية سيادة الدولة والنظام العام.

منهج البحث

يعتمد البحث على المنهج التحليلي المقارن الذي يتسم بالعمق والدقة في دراسة وتفسير الجوانب القانونية المتعلقة بإرادة الأطراف في تحديد الاختصاص القضائي الدولي. يتضمن المنهج المطبق في هذا البحث مجموعة من الأدوات التحليلية التي تهدف إلى فحص النصوص القانونية المختلفة، وتحليل التشريعات المقارنة، وتقييم الفقه والاجتهادات القضائية في سياق المعاملات الدولية. ويشمل هذا المنهج مجموعة من المحاور الأساسية:

١. دراسة وتحليل النصوص القانونية الوطنية والدولية:

يتم تحليل النصوص القانونية الخاصة بالاختصاص القضائي الدولي، خاصة تلك التي تركز على إرادة الأطراف في تحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق، مثل اتفاقية لاهاي ٢٠٠٥ المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي، واتفاقية بروكسل واتفاقية لوجانو. سيتم دراسة النصوص القانونية وتفسيرها بما يساهم في فهم كيفية تنظيم وتطبيق مبدأ إرادة الأطراف في هذه الاتفاقيات الدولية، وكذلك دور هذه

النصوص في تطوير القواعد القانونية المتعلقة بالاختصاص القضائي في البيئات القانونية المتعددة.

٢. مقارنة التشريعات القانونية في نظم قانونية متعددة:

يتم إجراء مقارنة شاملة بين التشريعات القانونية في عدة نظم قانونية دولية، بما في ذلك النظام القانوني المصري، الفرنسي، السويسري، والروماني. تهدف هذه المقارنة إلى الكشف عن كيفية تعامل كل نظام مع إرادة الأطراف في تحديد الاختصاص القضائي واختيار القانون الواجب التطبيق، بالإضافة إلى فهم كيفية تكامل هذه الأنظمة القانونية مع المبادئ الدولية والإقليمية المتعلقة بالاختصاص القضائي.

٣. تحليل الاتجاهات القضائية والفقهية:

يتم تحليل الاتجاهات القضائية والفقهية التي تتعلق باتفاقات الاختصاص الدولي واختيار القانون الواجب التطبيق. يشمل هذا التحليل استعراض القرارات القضائية البارزة في محاكم مختلفة، مع التركيز على كيفية تفسير القضاء للاتفاقات بين الأطراف المتعلقة بالاختصاص القضائي. كما سيشمل البحث دراسة آراء الفقهاء وعلماء القانون في هذه القضايا، وأثر هذه الآراء على تطور مفهوم إرادة الأطراف في النزاعات الدولية.

٤. استخدام المنهج التطبيقي:

سيتم استخدام المنهج التطبيقي من خلال دراسة حالات قضائية فعلية تتعلق بتطبيق إرادة الأطراف في تحديد المحكمة المختصة واختيار القانون الواجب تطبيقه. تهدف هذه الدراسة التطبيقية إلى توضيح كيفية تأثير إرادة الأطراف في الواقع الفعلي لفض المنازعات الدولية، وكيفية

تعاطي المحاكم مع هذه الإرادة في سياقات قانونية معقدة مثل التجارة الدولية، التعاقدات الإلكترونية، أو النزاعات عبر الحدود.

خطة الدراسة

يتناول البحث موضوع "قانون الإرادة في عصر التحول الرقمي نحو إعادة تشكيل قواعد القانون الدولي الخاص" في إطار دراسة تحليلية قانونية مقارنة. ويهدف البحث إلى استكشاف دور الإرادة في تحديد المحكمة المختصة دولياً من خلال ثلاث مباحث رئيسية.

المبحث الأول يعالج موضوع الإرادة كوسيلة لتحديد الاختصاص القضائي الدولي، حيث يبدأ بتناول دور الإرادة في تحديد هذا الاختصاص، من خلال دراسة التحولات التي شهدتها النظريات القانونية من إنكار الإرادة إلى الاعتراف بها كعنصر حيوي في تحديد الاختصاص. كما يتم في هذا المبحث التطرق إلى تأثير الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية لاهاي واتفاقية بروكسل واتفاقية ليجانو في تعزيز تطبيق قانون الإرادة، بالإضافة إلى دراسة موقف التشريعات المقارنة من هذه المسألة.

وينتقل البحث بعد ذلك إلى شروط الاعتراف باتفاق اختيار المحكمة، فيناقش الطبيعة الدولية للنزاع وتراضي الأطراف وكذلك مشروعية السبب والرابطة الجدية. وأخيراً، يتناول المبحث آثار الاتفاق على اختيار المحكمة، سواء من حيث الأثر السلبي المتمثل في استبعاد المحاكم الأخرى، أو من حيث الأثر الإيجابي المتمثل في تأكيد اختصاص المحكمة المختارة.

أما المبحث الثاني، فيتناول الاختصاص القضائي وقانون الإرادة في إطار مسائل الأسرة والقانون الدولي الخاص، حيث يدرس دور قانون الإرادة في آثار الزواج من خلال تحديد القانون الواجب تطبيقه على الآثار الشخصية للزواج ومدى إمكانية الاتفاق على القانون في مسائل الأحوال الشخصية.

كما يتناول المبحث دور الإرادة في مسائل التركات عبر الحدود، بدءاً من الإرادة في تحديد القانون الواجب تطبيقه على التركات، وصولاً إلى دور الإرادة في تنظيم الإرث في المجتمعات الرقمية والعابرة للحدود. ويتضمن هذا المبحث أيضاً دراسة التنظيم الأوروبي رقم ١٢٥٩ لسنة ٢٠١٠ كنموذج لتكريس إرادة الأطراف في مسائل الأحوال الشخصية.

في المبحث الثالث، يستعرض البحث تبني قانون الإرادة في المعاملات الدولية المعاصرة، حيث يبدأ بدراسة تطبيق قانون الإرادة في العقود الدولية الرقمية. يتم مناقشة مدى ملاءمته لمعاملات التجارة الإلكترونية الحديثة، وتحديد القانون الواجب تطبيقه في العقود المبرمة عبر الإنترنت، بالإضافة إلى تحديات إثبات الإرادة في البيئات الرقمية.

كما يتناول المبحث الإرادة في نطاق المسؤولية المدنية عبر الحدود، مع التركيز على امتداد سلطان الإرادة إلى مصادر الالتزام غير التعاقدية، وكذلك الموازنة بين الاختصاص الإلزامي والاختصاص الإرادي. وأخيراً، يتناول هذا المبحث نماذج من التشريعات الحديثة المؤيدة لقانون الإرادة مثل القانون السويسري ١٩٨٧ والقانون الألماني ١٩٩٩ والقانون الهولندي ١٩٨١.

وتختتم الدراسة بتقديم دراسة تحليلية قانونية مقارنة تهدف إلى تقييم دور قانون الإرادة في التحولات القانونية المعاصرة، بالإضافة إلى تقديم مقترحات تشريعية تسهم في إعادة تشكيل قواعد القانون الدولي الخاص بما يتلاءم مع التحديات الناتجة عن التحول الرقمي والعولمة. من خلال هذا المنهج التحليلي المقارن، يهدف البحث إلى تقديم تحليل دقيق وشامل لجميع الجوانب المتعلقة بتطبيق إرادة الأطراف في القضايا الدولية، مع التركيز على التحديات القانونية التي تطرأ في ظل التحولات الرقمية والعولمة القانونية.

تمهيد

يشهد العالم اليوم تحولات جذرية في جميع المجالات بفعل التحول الرقمي الذي غير الكثير من البنى التقليدية، ولا سيما في المجال القانوني. من بين هذه التحولات، تبرز قضية قانون الإرادة باعتبارها واحدة من أبرز القضايا التي تستحق الدراسة العميقة، خاصة في إطار القانون الدولي الخاص. ففي ظل العولمة وانتشار التكنولوجيا الرقمية، أصبح من الضروري إعادة تقييم القواعد القانونية المتعلقة بتحديد الاختصاص القضائي و القانون الواجب التطبيق على المعاملات العابرة للحدود، بحيث أصبح قانون الإرادة أداة محورية في تحديد هذه القواعد.

لطالما كانت القواعد التقليدية للاختصاص القضائي الدولي تعتمد على معايير جامدة كالمكان أو الجنسية أو مكان تنفيذ العقد. غير أن المتغيرات المعاصرة، المتمثلة في تزايد التجارة الإلكترونية، والعقود الرقمية، والتعاملات عبر الإنترنت، قد جعلت من إرادة الأطراف معياراً أساسياً

في تحديد المحكمة المختصة والقانون الذي يحكم النزاع. وهذا يحتم على التشريعات والقضاء مراجعة الكثير من المبادئ التقليدية وتبني نهج أكثر مرونة وقابلية للتكيف مع الواقع الجديد.

ويُعد التحول الرقمي في التجارة الإلكترونية من أبرز المظاهر التي أثرت في قواعد القانون الدولي الخاص، حيث فرض تحديات جديدة تتعلق بكيفية تحديد الاختصاص القضائي في سياق المعاملات التي تتم عبر الإنترنت ومنصات رقمية تتجاوز الحدود الجغرافية التقليدية. وقد أفرز هذا التحول تساؤلات حول كيفية إثبات الإرادة في بيئة رقمية تفتقر أحياناً إلى الضمانات التقليدية للإرادة المكتوبة أو المادية.

وعليه، يتطلب الأمر تطوير القواعد التقليدية لاستيعاب إرادة الأطراف كعنصر رئيسي في تحديد الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق في النزاعات الدولية. هذا البحث يتناول دراسة التحولات التي شهدتها قانون الإرادة في العصر الرقمي، وكيفية تكيفه مع متطلبات العصر الحالي، وكذلك كيفية إعادة تشكيل قواعد القانون الدولي الخاص لتواكب هذه التحولات.

وسيتم التركيز في البحث على تحليل دور الإرادة في تحديد المحكمة المختصة، وآليات اختيار القانون الواجب التطبيق في المعاملات الرقمية، بما في ذلك الاتفاقيات الدولية المختلفة مثل اتفاقية لاهاي، و اتفاقية بروكسل، و اتفاقية ليجانو.

كما سيتناول البحث دراسة التشريعات المقارنة، مثل التشريعات السويسرية، الألمانية، والهولندية، التي تؤكد على إرادة الأطراف كأداة

محورية في تحديد القواعد القضائية الدولية في مسائل مثل العقود الرقمية و المسؤولية المدنية عبر الحدود. هذا إلى جانب تسليط الضوء على الإشكاليات القانونية الناشئة عن التحول الرقمي في مجالات مثل الزواج، و التركات عبر الحدود، وكيفية تأثير إرادة الأطراف في تحديد القوانين التي تحكم هذه المسائل في ظل التحولات المعاصرة.

المبحث الأول

دور إرادة الأطراف في تحديد الاختصاص الدولي

تمهيد:

إعتمدت قواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانون المرافعات المصري

الصادر عام ١٩٦٨ ما كان سائداً في ظل قانون المرافعات الملغى عام ١٩٤٩ والذي إقتصرت دوره علي تقنين ما إستقر عليه القضاء لا سيما المحاكم المختلطة وما كان مقررراً في التشريعات المختلطة والأهلية إبان حقبة الإمتيازات الأجنبية، بشأن مدى الإعتراف للإرادة بدور في مجال الاختصاص القضائي الدولي، وعلي الرغم من مرور نحو ستة وأربعين عاماً علي إصدار قانون المرافعات الحالي ١٩٦٨ : ٢٠١٤ لم يشأ المشرع المصري أن يتدخل لتعديل أحكام هذا القانون، للتماشي مع التغيرات والتطورات التي لحقت بأكثرية التشريعات المقارنة، وما شهدته الفكر القانوني بوجه عام وفقه القانون الدولي الخاص بوجه خاص من تغير موقفها وتعديل مسلكها من المسألة محل البحث^(١).

ذلك أن هذه التطورات قد كشفت عن دور الإرادة في تحديد الاختصاص الدولي للوصول إلى فكرة تحقيق المحكمة الملائمة، فالإرادة تلعب دوراً

(١) د/أحمد عبد الكريم سلامة: "الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق.. " المرجع السابق، ص ٦٠ ومايليها.

كبيراً في فروع القانون الدولي الخاص سواء في مجال الجنسية ^(١) من ناحية فقدتها أم إستردادها، أو في مجال تنازع القوانين، فكما نعلم أن الإرادة هي ضابط الاختصاص التشريعي الأصل الذي يتحدد علي أساسه القانون الواجب التطبيق في مجال العقود ^(٢)، ونجدها أيضاً كأحد ضوابط الاختصاص القضائي التي إعتد بها المشرع في نصوصه لتحديد المحكمة المختصة.

فالخضوع الإرادي لولاية القضاء لوصول الأطراف إلى المحكمة المناسبة لهم من وجهة نظرهم يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار من قبل كل من المشرع والقاضي الذي ينظر النزاع، حتى لا يتم إهدار أو تجاهل اتفاق الأطراف علي اختيار القاضي المختص، لما لهذه الإرادة من اعتبار من وجهة نظر أصحابها، خاصة في مجال العقود - مدنية كانت أم تجارية - وهذا من الأمور المستقرة لدى كل التشريعات الحديثة، وأقرته العديد من الاتفاقيات الدولية، وأيده

(١) راجع في ذلك: " La Place de la volonté individuelle dans le droit Français de la nationalité" , Travaux du la comité Francais de droit international privé ,1998 - 2000, P. 175 - 199.

مشار إليه في د/ محمد الروبي، المرجع السابق ، هامش رقم ٤ ص ٨ ، وفي التفاصيل عن اختبار الجنسية:

JOSEPH L.KUNZ: "L'option de nationalité" Recuil des cours , -1930. 107 - 176

(٢) راجع لاحقاً الباب الثاني ، وفي ذلك انظر:

THIERRYVIGNAL: "La part de la volonté dans les conflits de lois hors des contracts" Thèse dacty .Paris II, 1993.

جانب كبير من فقه القانون الدولي الخاص المقارن، وإيضاح هذه المعانى يقتضى منا التعرض في مطلبين إلى:

المطلب الأول : الخضوع الإرادى لولاية القضاء والبحث عن المحكمة الملائمة .

المطلب الثانى : إرادة الأطراف وتحقيق فكرة الملائمة في الاختصاص القضائى .

المطلب الأول

الخضوع الإرادي لولاية القضاء والبحث عن المحكمة الملائمة

تمهيد:

ونستعرض تطور العلاقات الدولية بصفة عامة سواء علي مستوى الدول أم علي مستوى الأفراد وأثره علي موقف الفكر القانوني بوجه عام، وفكر القانون الدولي الخاص علي وجه الخصوص من دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي ^(١) ومدى تجاوب التشريعات العربية والمقارنة والاتفاقيات الدولية بهذا الخصوص في فرعين متتاليين :

الفرع الأول: دور الإرادة الفردية في مجال الاختصاص القضائي الدولي من الإنكار إلى الإقرار.

الفرع الثاني: اختيار الأطراف للمحكمة المختصة في الاتفاقيات الدولية.

الفرع الأول

دور الإرادة الفردية في مجال الاختصاص القضائي الدولي

من الإنكار إلى الإقرار ^(٢)

أولاً: دور فكرة السيادة وتراجع دور الإرادة .

^(١) تفصيلاً في الخضوع الاختياري كضابط للاختصاص القضائي الدولي: راجع د/ أحمد عبد الكريم سلامة " فقه المرافعات...." ، المرجع السابق، ص ١٣٤ وما يليها.

^(٢) راجع في تفصيلات عدة في :

-H.GAUDMET -TALLON: "la prorogation volontaire de jurisdiction en droit international privé. Thèse Paris Dalloz, 1965 , no 207 ets.

ويراجع في الفقه المصري د/ عز الدين عبدالله : المرجع السابق ، ص ٧٣٩

لم يعترف للإرادة بأى دور في هذا المجال فكان منكوراً في الغالب من الفقه والقضاء والتشريعات المقارنة، وذلك انسجماً مع الفلسفات والمفاهيم التي كانت سائدة والتي كان من أهمها المغالاة في مبدأ السيادة الذي أُعتبر هو الأساس الفلسفي للقانون الدولي الخاص ومبرر وجود جميع مناهجه وموضوعاته ^(١) ، فساد خلال الفترة من القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين ما يعرف بنظرية السيادة المطلقة *Souveranté absolue* فسيادة الدولة وفقاً لهذه النظرية هي السلطة *Le pouvoir* غير المحدودة وغير المشروطة للدولة في تحديد وممارسة اختصاصاتها الداخلية والخارجية بغض النظر عن إمكانية إصطدام ذلك بسيادة غيرها من الدول.

وترتب علي ما سبق أن كان القانون الدولي الخاص ما هو إلا مظهر من مظاهر التنازع بين السيادات *conflit de souverainetés* فقواعد التنازع وقواعد الاختصاص القضائي ما هي إلا قواعد لحل تنازع بين سيادات الدول المختلفة ^(٢) ، فالطبيعة الأمرة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي والدور الحيوى الذي تلعبه في تعبيرها عن سيادة الدولة في

(١) وتفصيلاً:

-R.POLIN : "Le concept de souveraineté et ses Conséquence international les in suoverainté de L'Etat et intervention internationaux ouvrage publié par L'Académe de scinces morales et politiques" Dalloz 1996, P.5 ets Spéc P.6 ets.

(٢) راجع رسالتها المشار إليها سابقاً H.GAUDMET .TALLON بند ٢١١ ص ١٣٩ وذات المعنى:

-P.LAGARDE: "le principe de proximité dans le droit international privé contemporain", R.C.A.D.I 1986 .Tom.1, n.15, P.150 .

مواجهة الدول الأخرى كل ذلك يتنافى مع الإعراف للإرادة بأى دور في هذا المجال^(١).

ثانياً : تراجع فكرة السيادة وتعظيم دور الإرادة.

لم يعد يتلاءم مع تعايش الدول وعلاقاتها المتنامية مع بعضها البعض والتطورات التي شهدتها العلاقات الاقتصادية عبر الحدود التمسك بأهداف إقليمية بحتة أو السيادة المطلقة والتزمت الوطنى، مما أدى إلى هجر النظرية التقليدية للسيادة وتبنى النظرية الحديثة لها فلم تعد هى الأساس الفلسفي لهذا الفرع من فروع القانون بل انحسرت مثل هذه الأفكار وأفسحت مكانها لأفكار أخرى، لتتفق وتتلاءم والتطورات التي لحقت بالعلاقات الدولية الخاصة^(٢).

إن سيادة الدولة لا يجب أن تكون تحكمية أو تعسفية ولكن يجب أن تقتصر على المفهوم الوظيفي لها بحيث تلتزم كل دولة بأن تستعمل سلطاتها من أجل الصالح العام للشعب وبقصد تلبية رغبات الجماعة الوطنية^(٣)، وذلك تحقيقاً للتعايش المشترك بين الدول، ودعماً للتواصل الإنساني ووصولاً

(١) انظر:

-E.BARTAIN: "Etudes sur les effets internationaux des jugements" Paris L.G.D. 1907, P.57 ets.

(٢) انظر :

-P. MAYER: "le mouvement des idées dans le droit de conflits de lois" Revue droits, n. 2, 1985 , Spec P.142.

(٣) انظر :

-MOHAMED SALAH MOHAMED: "mondialisation et souveraineté de l'Etat" J.dr.I Thèse 1996 P.611 spéc p. 620.

للمحماية المشروعة للأفراد وتغليباً لمصالحهم بوصفها هدف القانون الدولي الخاص الأول علي اعتبارات السيادة السابق الإشارة إليها. فأصبح هدف القانون الدولي الخاص يتمثل في تنظيم العلاقات الدولية الخاصة وتذليل ما قد يعترضها من عقبات من أجل الاستجابة لمقتضيات المعاملات والتجارة الدوليين وتحقيق الأمان القانوني لها عبر الحدود. وعلي ذلك فلم يعد هدف هذا القانون هو حماية سيادة الدولة في مواجهة سيادات الدول الأخرى فالخلط بين سيادة الدولة وقواعد الاختصاص القضائي الدولي الذي ساد في المرحلة السابقة هو أمر لا يصح القول به وهذه الوجهة غير دقيقة وغير ملائمة للتطورات السابقة ^(١) ، كل ذلك أدى إلى تغيير العديد من المفاهيم والتي كان لها أكبر الأثر في تعديل الموقف من دور إرادة الأفراد في مجال الاختصاص القضائي الدولي، والإقرار بالآثر المزدوج للإرادة سالباً كان أم جالباً ^(٢) ، بما يمثل الاتجاه نحو التأكيد علي معايير هي قوام فكرة الملاءمة، والتي نجد فيها الأساس

(١) انظر:

-FRAGISTAS (CH): "La compétence internationale en droit privé" R.C.A.D 1961, T 3 . P.159 ets. محاضرات لاهي

(٢) راجع في ذلك: HELEN.GAUDMET – TALLON ، رسالتها المشار إليها سابقاً ، خاصة بند ٢٢٥ ، ص ١٤٧ وما بعدها ، وانظر أيضاً:

-B.AUDIT: "droit international privé" 2 éd .Economica , 1992. P275 , et ss ,et

-MAYER (P): "droit international privé " .6 édition , Paris , Montchrestien, 1998 , P.218.

الفلسفي لكل قواعد الاختصاص القضائي الدولي خاصة فيما يتعلق بالإقرار
بالإقرار
الدور للإرادة للوصول إلى نظرية المحكمة الملزمة والتي يتغياها الأفراد
لحماية
مصالحهم
الخاصة الدولية.

واستقر الأمر خلال النصف الثاني من القرن العشرين بصفة نهائية علي قبول مثل هذا الدور للإرادة بعدما كان لا يعترف لها بأى دور في هذا المجال، خاصة لو أدى اتفاق الأطراف إلى سلب اختصاص المحاكم الوطنية لصالح محكمة أجنبية.

ولعل الاعتبار السابقة هي التي حدثت بالتشريعات المقارنة، والاتفاقيات الدولية وأعمال الهيئات العلمية إلى اللحاق بركب الفقه الحديث في الاعتراف بالأثر المزدوج للإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي وهو ما نعالجه في الفرع الثاني من هذا المطلب تحت عنوان "اختيار الأطراف للمحكمة المختصة في الاتفاقيات الدولية".

الفرع الثاني

اختيار الأطراف المحكمة المختصة في الاتفاقيات الدولية

وقد أقرت العديد من الاتفاقيات الدولية الدور الثنائي أو المزدوج للإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي لاعتبارات هي من دواعي تحقيق نظرية الملاءمة، فالقول بالاعتراف للإرادة بدورها الإيجابي في منح الاختصاص دون الاعتراف لها بدورها السلبي يعصف بمقتضيات التعاون القضائي الدولي بين الدول، ويهدد الفعالية الدولية للأحكام ويجافي اعتبارات نمو وإزدهار المعاملات والتجارة الدوليين، بل يتعارض مع الهدف الأصيل للقانون الدولي الخاص من وجوب حماية المصالح المشروعة للأفراد عبر الحدود، ومقارنته بما هو مستقر من الاعتراف لها بنفس الدور في مجال التحكيم والذي من أخص خصائصه أنه قضاء خاص ^(١)، مما دفع كثيراً من التشريعات المقارنة إلى الاعتراف بمثل هذا الدور وطبقت أفضيته عديد من الدول.

(١) راجع في الطبيعة القانونية للتحكيم: د/أحمد عبدالكريم سلامة: "قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي" الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ٢٠٠٤، ص ٤٠ ومابعدهما، د/ حفيظة حداد: "الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، د/عكاشة محمد عبدالعال: "التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية"، مجلد ١، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ١٩٩٨، د/ فتحي والي: "قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق"، الطبعة الأولى، منشأة المعارف ٢٠٠٧، د/ أحمد أبو الوفا "التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، بدون تاريخ نشر، وللتقريب بين الاتفاق علي التحكيم والاتفاق علي اختيار المحكمة:

H.GAUDEMET -TALLON: "Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres", Mélanges G.Marty, Toulouse 1978, P.531. ets.

ونتناول لموقف هذه الاتفاقيات والتي نبدأها باتفاقيات لاهاي ثم نستعرض الاتفاقيات والأعمال السارية في الحيز الأوروبي والمتعلقة بهذا الشأن. أولاً: مبدأ اختيار الأطراف للمحكمة.

١- اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٨: والتي تم الاتفاق عليها بشأن القاضي المختار في حالة

البيع الدولي للأشياء المادية والمنقولة "la compétence du for contractual en cas de vent à caractère internationale d'objets mobiliers corporels" سواء أكان هذا الاتفاق بخصوص نزاعات نشأت فعلاً أو نزاعات يمكن أن تنشأ في المستقبل، وترتب الاتفاقية علي مثل هذا الاتفاق أن تكون المحكمة التي تم اختيارها تختص وحدها

في هذه المنازعات دون غيرها من محاكم الدول الأخرى، والتي يجب عليها أن تحكم بعدم الاختصاص، ولم تدخل هذه الاتفاقية حيز النفاذ حيث لم يوقع عليها سوى أربع دول فقط هي ألمانيا، والنمسا، وبلجيكا، واليونان، وحتى هذه الدول توقفت عند حد التوقيع ولم تصدق عليها، في حين أن الاتفاقية تنص علي دخولها حيز النفاذ بعد مرور ستين يوماً علي تصديق الدول عليها^(١).

(١) راجع حالة الاتفاقية علي الموقع الإلكتروني السابق، نص وحالة الاتفاقية علي: The website of the Hague. Conference.Hett//www.hcch.net.

٢- اتفاقية لاهاي ٢٥ نوفمبر ١٩٦٥ بشأن اختيار المحكمة les accords

(١) délection de for

رغبة من الدول الموقعة علي هذه الاتفاقية في وضع الأحكام المشتركة بشأن صحة

وآثار الاتفاقات علي اختيار المحكمة، فقد قررت عقد اتفاقية في هذا الشأن حيث تطبق علي اتفاقيات اختيار المحكمة سواء في المسائل المدنية أو التجارية في الحالات التي لها طابع دولي، وبخصوص المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بصدد علاقات قانونية محددة، فيجوز للأطراف - طبقاً للمادة الأولى من هذه الاتفاقية - " أن يعينوا عن طريق اتفاق اختيار القاضى

إما: (١) المحاكم التابعة لإحدى الدول المتعاقدة ولا سيما المحكمة المختصة التي تحدد وفقاً للنظام القانوني الداخلي، وفي حالة عدم القيام بهذا التعيين فتكون المحكمة التي يحددها النظام القانوني لتلك الدولة.

(٢) محكمة تم تسميتها صراحة - واحدة من الدول المتعاقدة - شريطة أن تكون هذه المحكمة هي المختصة وفقاً للنظام القانوني الداخلي أو نظم تلك الدولة " (٢).

(١) التفرقة بينها وبين اتفاقية ١٥ نوفمبر ١٩٦٥ بشأن الاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف بالمراسيم المتعلقة بالتبني وفقاً للمادة ٣٢ ، فإن هذه الاتفاقية لم يعد لها أثر في ١٢ أكتوبر ٢٠٠٨.

(٢) راجع التقرير التفسيري الصادر حولها وتفصيله:

-Rapport . explicitif sur la convention élection de for de 1965, Parl. Welamson, tiré à part des actes et documents de la dixième session 1964, tome. IV.

٣- اتفاقية بروكسل ١٩٦٨ Convention de Bruxelles "بشأن الاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية".

تم إقرار هذه الاتفاقية من جانب ممثلي الدول الأعضاء في المجموعة الأوروبية

في بروكسل عام ١٩٦٨ ^(١)، وعرفت فيما بعد باسم اتفاقية بروكسل ١٩٦٨ ودخلت في حيز النفاذ فعلاً في ١/٢/١٩٧٣ ^(٢) وأُعتبرت هي باكورة توحيد الأحكام القانونية والتنسيق بين التشريعات الأوروبية ثم تلاها العديد من الأعمال ^(٣)، التي أبرمت لتدعيم الوحدة الأوروبية وتوحيد قواعد الاختصاص القضائي في الدول الأعضاء وتيسير إجراءات التقاضي

(١) حول التطورات التي مر بها الاتحاد الأوروبي بصفة خاصة:

-LIVE BINO et GIACONE ALESSANDRO: " l'Europe difficile histoire politique de la construction européenne". 3éd Gallimard , Paris 2007.at,

علي الموقع الإلكتروني: [www.amazon.fr / l'Europ-difficile politique- construction-europ](http://www.amazon.fr/l/Europ-difficile-politique-construction-europ)

(٢) راجع تفصيلاً د/ محمد الروبي: "الدفع بالإحالة..."، المرجع السابق، ص ٢٦٦ بند ٣٢٢ وما يليه.

(٣) راجع تفاصيل ذلك، وما طرأ من تعديل علي قواعد الاتفاقية الأصلية ، بمناسبة انضمام كل من انجلترا والدانمارك وأيرلندا عام ١٩٧٨ واليونان عام ١٩٨٢ وأسبانيا والبرتغال عام ١٩٨٩:

-DROZ : "Entrée en vigueur de la convention de Bruxelles révisée sur la compétence judiciaire et l'exécution de jugement" , Rev. Crit 1987, P. 25 etss.

-DROZ: "la convention de san. Sebastian aligant la convention de Bruxelles sur la convention de lugano" , Rev. Crit 1990, P.1.

والقضاء علي كل خطر من شأنه الإفضاء إلى تناقض الأحكام الصادرة من محاكم دول الاتحاد.^(١)

وجاءت المادة ١٧ من هذه الاتفاقية تحت عنوان (إمتداد الاختصاص "Prorogation de compétence" ونصت علي أنه :

"١- إذا إتفق الأطراف الذين يوجد موطن أحدهم علي الأقل في دولة متعاقدة علي اختصاص محكمة أو محاكم دولة متعاقدة بالفصل في المنازعات الناشئة أو تلك التي يمكن أن تنشأ بمناسبة علاقة قانونية معينة فإن هذه المحكمة أو المحاكم تكون هي الوحيدة المختصة...".

٤ - اتفاقية ليجانو Convention de lugano

رغبت الدول أعضاء الجماعة الاقتصادية الأوروبية C.E.E في تكريس مبدأ التعاون القضائي بين الدول الأطراف فيها وتعميمه علي أوسع نطاق في أوروبا، فعمدت إلى إبرام معاهدة خاصة بالاختصاص القضائي والاعتراف بالأحكام بينها وبين الدول الأوروبية الأخرى أعضاء الجماعة الأوروبية للتبادل الحر Association européenne de libre "échange" المعروفة باختصار بدول A.E.L.E وذلك في ليجانو عام ١٩٨٨ وتكون موازية لتفسير علي إثر ما حققته بروكسل من نتائج

(^١) انظر:

-DROZ (G.A.L.): "La compétence judiciaire et l'effet des jugement dans la communauté européenne selon la convention de Bruxelles .thèse dacty 1971. n.11, P.11.

إيجابية، فقد أتت هذه الاتفاقية في جل أحكامها وقواعدها شبه متطابقة مع اتفاقية بروكسل ١٩٦٨ ، ودخلت حيز النفاذ في ١/١/١٩٩٢^(١). ونقلت الأحكام المتعلقة بدور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي حرفياً عن المادة ١٧ من اتفاقية بروكسل، وأخذت نفس الرقم في اتفاقية ليجانو^(٢).

(^١) راجع في ذلك:

-DROZ: "la convention de lugano. Parallele à la convention de Bruxelles concernant de la compétence judiciaire et l'exécution de décisions en matière civile, et commerciale" منشور في: Rev crit 1989. P.1 et ss ، وانظر نصوص هذه الاتفاقية منشورة في نفس العدد من المجلة ص ١٤٩ ، وراجع ايضاً: H.Gaudmet – Tallon الباب الرابع من مؤلفها المخصص لدراسة هذه الاتفاقية

- Les conventions de Bruxelles et de lugano: compétence international, reconnaissance et exécution des jugement en Europe, 2 édition, L.G.D.J Paris 1996. P.313.et ss .

(^٢) راجع:

Article 17" 1-Si les parties ,dont l'une que moins a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant ,sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un Etat contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit determine , ce tribunal ou ces tribunaux de cet Etat sont seuls compétents . cette convention attributive de juridiction est conclue:

- a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite , soit
- b) sous une form qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies enter elles , soit
- c) dans le commerce international , sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient cenées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.

وبانضمام الدول أعضاء الجماعة الأوروبية للتبادل الحر إلى الاتحاد الأوروبي، يتعين عليهم الالتزام باتفاقية بروكسل علي إثر هذا الإنضمام، وأصبحت اتفاقية بروكسل تحل محل اتفاقية ليجانو مما أدى إلى تقليص تطبيق هذه الأخيرة^(١).

٥- التنظيم الأوروبي بروكسل ١ رقم ٤٤ لسنة ٢٠٠١ "بشأن الاختصاص القضائي والإعتراف وتنفيذ الأحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية"^(٢).

أ - تعارض الاتفاقيات مع أهداف الاتحاد والعمل علي تقليص اللجوء إليها:

بحلول الاتحاد الأوروبي محل الجماعة الأوروبية في أواخر القرن العشرين عمل علي استيعاب ما كان يعرف بدول أوروبا الشرقية التي سعت معظمها إلى نيل عضوية هذا الاتحاد، وترتب علي هذا الانفتاح أن الاتفاقيات السابقة بدت آليتها عقيمة في سبيل تحقيق الهدف المنشود منها

Lorsqu'un telle convention est conclue par des parties dont aucune n'a Son domicile sur le territoire d'un Etat contractant , les tribunaux des autres Etats contractants ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence.....

(١) في الدول التي انضمت إلى الاتحاد الأوروبي: د/ محمد الروبي، بحثه حول "دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي"، المرجع السابق، ص ٧٤، بند ٦٩ هامش ١٣٢.

(٢) وهذا التوجيه ينظم المسائل المدنية والتجارية، ويسمى "لائحة نطاق الاختصاص القانوني"، وقد أصبح واجب التنفيذ منذ الأول من مارس لعام ٢٠٠٢ كلائحة قانونية ملزمة ومطبقة بصورة مباشرة علي الدول الأعضاء بالاتحاد الأوروبي، فيما عدا الدنمارك التي اختارت ألا تنبناها.

والعمل علي توحيد قواعد الاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية والتي سعى الاتحاد الأوروبي إلى تحقيقها. ومن المستقر عليه أن الاتفاقية تبرم بين عدة دول ولكل دولة أهدافها التي تسعى لتحقيقها حتى ولو علي حساب باقى الدول الأعضاء في الاتفاقية، ولاشك أن كل ذلك يتصادم مع الطابع الفيدرالى الذي يعمل الاتحاد الأوروبي علي تكريسه من أجل تنمية الشعور الاتحادى وتحقيق المصالح الأوروبية المشتركة والتي يجب إعلاؤها علي المصالح الذاتية لكل من الدول الأعضاء فيه وإخفاء صورة الدولة داخل الاتحاد وإعلاء اسم الإتحاد.

ومن المستقر عليه أيضاً أن أية اتفاقية تتطلب خطوات قانونية ودستورية متعددة والتي تكون معقدة في بعض الأحيان، فتمر الاتفاقية بالتفاوض بين الدول الأعضاء فيها ثم إقرار مشروع الاتفاقية من خلال التوقيع، ثم التصديق، ثم مرور فترة من الزمن بين التصديق ودخولها طور النفاذ في مواجهة الدول الأعضاء، كل هذه الخطوات قد تطول، وقد تكون هناك بعض التحفظات من قبل الدول الأعضاء، والتي فيها تحتفظ هذه الدول علي بعض نصوص الاتفاقية وعدم تطبيقها عليها حال توافر شروط هذا التحفظ.

ب - وسائل تلافي عيوب الاتفاقيات:

كل هذه الأسباب السابقة (العيوب) أدت إلى تقليص اللجوء إلى الاتفاقيات وإعتماد وسائل أخرى تركز الطابع الفيدرالى للاتحاد الأوروبي والاستعاضة عنها بالقرارات والتنظيمات

والتوجيهات التي تصدر من المؤسسات الفيدرالية داخل الاتحاد - والتي تسرى قراراتها بأثر فوري عقب إقرارها من المؤسسات الاتحادية - فتدخل حيز النفاذ - ويتم بذلك تلافي العيوب التي تنجم عن إبرام المعاهدات والتي لا تتفق مع أهداف الاتحاد.

فأصدر مجلس الاتحاد الأوروبي " Le conseil de L'union Européene " التنظيم الأوروبي تنظيم بروكسل (١) Réglement Bruxelles مجسداً لأحدث الإتجاهات الفقهية والتشريعية والقضائية، ومتماشياً مع التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي حدثت علي الصعيد الأوروبي، وتضمن العديد من التغييرات الموضوعية التي عملت علي تحقيق هدف الاتحاد، من أجل التوحيد الإقليمي للقواعد القانونية والتنسيق بين النظم القانونية وتطوير قواعد القانون الدولي الخاص بصفة عامة، ودخل هذا التنظيم حيز التنفيذ بتاريخ ٢٠٠٢/٣/١ ولم يتبق لاتفاقية بروكسل سوى مجال تطبيق محدود (١).

ج - موقف التنظيم الأوروبي بروكسل (١) من دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي.

اعترف التنظيم الأوروبي للإرادة بهذا الدور مسائراً ما عليه الوضع في اتفاقية بروكسل فجاء النص التشريعي في المادة ٢٣ من التنظيم الأوروبي بعنوان "إمتداد الاختصاص" ونصت علي أنه "١- في حالة اتفاق الأطراف الذين يكون أحدهم علي الأقل متوطناً في دولة عضو علي أن تختص محكمة أو محاكم دولة عضو بالفصل في المنازعات الناشئة أو

(١) راجع تفصيلاً: د/ محمد الروبي، المرجع السابق، ص ٧٧ وما بعدها.

تلك التي يمكن أن تنشأ بمناسبة علاقة قانونية معينة، فإن محكمة أو محاكم الدولة العضو هذه تكون مختصة ما لم يوجد اتفاق مغاير من قبل الأطراف فإن هذا الاختصاص يكون قاصراً عليها.

ويجب أن يكون هذا الاتفاق علي إمتداد المحكمة ثابتاً:

(أ) بالكتابة أو شفويّاً مع تأكيد كتابي، أو

(ب) وفقاً للشكل الذي يكون متبعاً في سلوك الأطراف ومستقراً بينهم.

(ج) وفي مجال التجارة الدولية، وفقاً للشكل المطابق للعادات التي يكون الأطراف علي إحاطة بها، أو يفترض أنهم علي إحاطة بها، ويكون مستقراً ومتبعاً بانتظام من قبل أطراف العقود في نفس هذا النوع من العقود من الفرع التجاري المقصود.

٢ - كل إرسال بالطريق الالكتروني يسمح بالإثبات المستقر للاتفاق واعتباره مكتسباً الشكل الكتابي.

٣ - عندما يكون مثل هذا الاتفاق مبرماً بين أطراف لا يوجد لأيهام موطن علي إقليم دولة عضو، فإن محاكم الدول الأعضاء لا يمكنها الفصل في المنازعة، طالما أن المحكمة أو المحاكم المختارة لم تقرر رفض اختصاصها^(١).

٦ - اتفاقية لاهاي ٢٠٠٥ "والمعلقة باتفاقات اختيار القاضى"

(١) راجع نصوص هذا التنظيم في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي بتاريخ Journal Officiel des Communautés Européenne du 16-1-2001, pp :

رقم وثيقة: L 12 / 1 - L 12 / 23

علي موقع شبكة المعلومات الدولية التالي :

http://ec.europa.eu/justice_hom/judicialatlascivil/rc_information_fr.htm

أ - ظروف وضع الاتفاقية وأهدافها:

في أوائل عام ١٩٩٠ وضعت علي جدول أعمال مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص وضع اتفاقية جديدة تتعلق بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية وتنسيق قواعد الاختصاص القضائي الدولي، لمراعاة نوع من المرونة عند وضع الدول لمثل هذه القواعد والمتعلقة بالولاية للدولة في مواجهة الدول الأخرى، ومع ظهور شبكة الإنترنت ومع نتائج كل هذه التطورات بما في ذلك المسائل القانونية المتعلقة بالملكية الفكرية والتجارة الإلكترونية، ومع التزايد العالمي للعضوية في مؤتمر لاهاي "وهو المؤتمر المتخصص بشأن القانون الدولي الخاص" والذي رأى أنه من الضروري إعادة النظر في مشروع نص اتفاقية لاهاي ١٩٦٥ السابقة، وضرورة

نصوص تغطي جميع قواعد الاختصاص بدءاً من المسائل المتعلقة بالعقود بأنوعها حتى مسائل المسؤولية التقصيرية، فأجريت دراسة استقصائية بين أعضاء المؤتمر علي استخدام مصطلح "اختيار المحكمة" ببند وشروط التحكيم مكتملة بأحكام الاتفاقية التي نالت قصب السبق في تسليط الضوء علي المسألة محل البحث "اتفاقية لاهاي ١٩٥٨" السابق تناولها واتفاقية لاهاي ١٩٦٥ ، فتأتى هذه الاتفاقية بتنظيم قانوني معاصر، ذى طبيعة تراكمية استفادت من جميع الاتفاقيات السابقة عليها في مجالها، مع الوضع في الاعتبار أن هذه الاتفاقية تستثنى المستهلك وعقود العمل

وغيرها من الموضوعات المحددة، ومحددة أيضاً أسباب هذه الاستثناءات.^(١)

وتبدو أهمية هذه الاتفاقية في أن معظم نصوصها كرسّت أحدث الاتجاهات الفقهية والتشريعية والقضائية بصدد موضوعها، وتعتبر هذه الوثيقة نظاماً قانونياً دولياً متكاملاً تكفل فاعلية الاتفاقات الحصرية لاختيار القاضى من قبل أطراف العلاقة العقدية، لضمان الوصول إلى أحكام قضائية معترف بآثارها التنفيذية دولياً.

ب - مجال سريان الاتفاقية ومداها :

جاء في ديباجة هذه الاتفاقية "أن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية رغبة منها في تشجيع التجارة والاستثمار الدوليين من خلال تعزيز التعاون القضائي، خاصة في المسائل المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المسائل المدنية والتجارية، وإيماناً منها بأن مثل هذا التعاون المعزز يتطلب علي وجه الخصوص في النظام القانونى الدولى ما يوفر هذا التعيين، ويضمن فعالية اتفاقيات الاختيار الحصرى للمحكمة بين أطراف المعاملات التجارية..."^(٢)

(١) تحت عنوان اتفاقيات - جميع اتفاقيات - رقم ٣٧ من اتفاقية ٣ يونيو ٢٠٠٥ علي اختيار المحكمة.

وراجع في التقرير التفسيري الصادر حولها وتفاصيله علي الموقع السابق، ويقصد بالتقرير التفسيري التعليق علي المادة محل الاتفاقية ويعكس وجهات النظر والدور الدبلوماسي الذي اعتمدته الاتفاقية.

(٢) راجع نصوصها علي شبكة المعلومات الدولية علي الموقع التالي:

[http://www.Hcch.net/index_Fr.php?act=convnctions.Text
&Cid=98](http://www.Hcch.net/index_Fr.php?act=convnctions.Text&Cid=98)

وتضمنت المادة الأولى فقرة ١: تحديد مداها أو مجال سريانها فنصت علي أن: "تطبق هذه الاتفاقية في القضايا الدولية والاتفاقات الحصرية لاختيار المحكمة في المسائل المدنية والتجارية"، وحددت المقصود بمعيار الدولية سواء في مجال الاختصاص القضائي أو الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها في الفقرة ٣ ، ٢ ثم إستعرضت المادة الثانية المسائل التي نقلت من مجال سريان الاتفاقية.

ج - مضمون الاتفاقية:

جاءت تحت عنوان الاتفاقات الحصرية لاختيار المحكمة (القاضي) ونصت المادة الثالثة علي أنه: " أ) اتفاق الاختيار الحصري للمحكمة يعنى اتفاق مبرم من قبل إثنين أو أكثر من الأطراف طبقاً للشروط المحددة في الفقرة (ج) التالية ، فيعين - بغرض البت في المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن العلاقة القانونية - محاكم دولة متعاقدة واحدة أو أكثر من محكمة دولة متعاقدة مع استبعاد اختصاص محاكم دولة أخرى.

ب) اتفاق اختيار القاضي الذي يعين محاكم دولة متعاقدة أو محكمة بعينها أو أكثر في دولة متعاقدة يعتبر حصرياً، إلا إذا اتفق الأطراف صراحة علي غير ذلك.

وفي هذه الحالة يتم تعيين محكمة مخصوصة داخل دولة متعاقدة كمحكمة باريس

أو محكمة لشبونة الكلية أو غير ذلك، خلافاً للمادة الأولى التي نصت علي

أن الاتفاق يحدد قضاء دولة معينة بصورة إجمالية للفصل في المنازعات التي تم الاتفاق عليها كالقضاء المصري أو الفرنسي أو السويسري^(١).

(ج) الاتفاق الحصري لاختيار القاضى ينبغى أن يكون مبرماً أو ثابتاً:

١ - بالكتابة
٢ - بأى وسيلة اتصال أخرى يمكن الرجوع إليها لاحقاً.

(د) الاتفاق الحصري لاختيار القاضى المدرج في عقد يعامل بوصفه اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ، ولا تجوز المنازعة في صحة الاتفاق الحصري لاختيار القاضى لمجرد أن العقد غير صحيح.

وتضمن الفصل الثانى في المادة (٥) اختصاص المحكمة المختارة

فقرة (١) لمحكمة أو محاكم الدولة المتعاقدة المعينة في اتفاق الاختيار الحصري اختصاص البت في المنازعات التي ينطبق الاتفاق عليها ما لم يكن الاتفاق لاغياً أو باطلاً وفقاً لقانون تلك الدولة.

فقرة (٢) لا يجوز للمحكمة المعينة طبقاً للفقرة الأولى الامتناع عن ممارسة الولاية القضائية علي أساس أن النزاع من اختصاص محكمة دولة أخرى.

والمادة (٦) تضمنت التزامات المحاكم غير المختارة.

وفيها "يجب عليها تعليق أو رفض الدعوى ما لم تكن هذه الاتفاقية لاغية أو باطلة وفقاً لقانون دولتها، وإذا قررت المحكمة المختارة عدم النظر في

(١) راجع التقرير التفسيري المشار إليه سابقاً خاصة بند ١٢ ص ٢٣ وبند ١٠٢ وما يليه، ص ٣٩ .

Rapport Explicatif , op cit P.23: 39.

القضية لأي سبب كأن يكون أحد الأطراف يفتقر القدرة علي إبرام مثل هذه الاتفاقات والذي يكون من شأنه أن يؤدي إلى إظهار الظلم بشكل واضح أو يعكس الرأي العام لسياسة الدولة المختصة أو لأسباب استثنائية خارجة عن إرادة الطرفين فلا يمكن لهما إتمام تنفيذ هذا الاتفاق".

المادة (٧) وتضمنت الاختصاص في حالة الأمور المستعجلة والتدابير الحمائية - فلا تخضع تدابير الحماية المؤقتة لهذه الاتفاقية ولا تستبعد من قبل محكمة دولة متعاقدة غير مختصة طبقاً للاتفاق^(١).

د - الالتزامات المترتبة علي أحكام هذه الاتفاقية:

ورد في التقرير التفسيري حول نصوص هذه الاتفاقية أنه "لكي تؤتي الاتفاقية أكلها في جعل اتفاقات اختيار القاضى ممكنة وفاعلة كان ينبغي ضمان تحقيق ثلاثة عناصر.

١- تلتزم المحكمة المختارة بالفصل في الدعوى متى رفعت أمامها.

٢- يجب أن تمتنع أى محكمة أخرى ترفع أمامها الدعوى عن الفصل فيها.

٣- يجب أن يحظى الحكم عند صدوره من المحكمة المعينة بالاعتراف به وتنفيذه.

(١) راجع في نصوص هذه الاتفاقية علي موقعها علي شبكة المعلومات الدولية السابق ، والمراجع الوفيرة حولها والتي تعبر عن مختلف النظم القانونية، وأيضاً الانتقادات التي وجهت إلى هذه الاتفاقية، مشار إليها في بحث، د/ محمد الروبى، " دور الإرادة" ، المرجع السابق ، ص ٦٤-٦٥ ، هامش ١١٨-١٢١.

وهذه الالتزامات الثلاثة نجحت الاتفاقية في أن تتضمنها^(١).

ثانياً: أشكال الاختيار في الاتفاقيات الدولية.

أ - الاختيار الصريح: قد يتفق الأطراف على المحكمة المختصة بشكل صريح في الوثيقة التي تبين حدود ولاية القاضي المختص (القاضي المختار) ، وقد يأتي هذا الاتفاق في صورة ضمنية "التمديد الضمني"، فتنتج صلاحية محكمة دولة معينة من مثول المدعى عليه، مضاف إليه عدم إحتجاجة على الصلاحية، ولا يقوم فقط بوجه هذه الموافقة الضمنية الجهل بإحدى قواعد الصلاحية أو الاختصاص القاصر، وعندما يمثل المدعى عليه لكى ينازع في الصلاحية لا تحدث الموافقة ويكون الحال هذا حتى ولو ناقش في أساس الدعوى شرط أن يقوم بذلك بطريقة استطرادية^(٢)،

وتضمنت الاتفاقيات الدولية السابقة أشكال هذا الاختيار على النحو التالى:

حيث نصت المادة الثانية من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٨ على أنه:

" ١ - إذا اختار أطراف عقد البيع بطريقة صريحة محكمة أو محاكم دولة متعاقدة لتكون مختصة بالفصل في المنازعات الناشئة أو تلك التي تنشأ عن عقد البيع، فإن هذه المحكمة أو المحاكم تغدو مختصة حصرياً ويجب

Rapport

(١) راجع:

-Explicatif, op.cit , P:21

(٢) انظر في ذلك:

Cjce 22 oct-1981, Ets Rohrc. ossberger, Rev.crit. D.I.P. 1982.

143,2e esp. note GAUDMET-TALLON: J.D.I. 1982.482. obs.

Huet: 14 juill. 1983, Gerling , J.D.I. 1983, obs. HUET, Rev. crit

DIP. 1984, note. GAUDEMET -TALLON.

علي كل محكمة أخرى أن تحكم بعدم اختصاصها وذلك مع عدم الإخلال
بنص المادة الثالثة.

٢ - إذا انعقد البيع بطريقة شفوية وتضمن اختيار محكمة معينة فإن هذا
الاختيار لا يكون مقبولاً
إلا إذا كان معبراً عنه صراحة أو تم تأكيده بواسطة إعلان كتابي صادر
عن
أو عن الوسيط دون أن يعترض عليه^(١).

ويتضح من نص المادة الثانية من الاتفاقية محل الدراسة أنها إشتطت أن
يكون الاتفاق علي اختيار القاضى بطريقة صريحة وواضحة، سواء كان
هذا الاتفاق ضمن بنود العقد المبرم بينهما - المنشئء للالتزام - أو كان في
صورة عقد أو اتفاق مستقل لاحق علي العقد الأصلي مقارنة بمشارطة
التحكيم.

(١) نص المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي ١٩٥٨

"toutefois, si un défendeur comparait devant un tribunal d'un Etat contractants qui est incompétent par suite d'un designation de for vise à l'article 2 , mais au quel sa proper loi permet de se reconnaitre compétent , il sera avoir accepté la compétence de ce contester cett competence. soit pour sauvegarder des objets saisis , soit pour faire lever un saisie".

وراجع نص الاتفاقية علي الموقع التالي:

[Http://hcch.e-vision-n1/indix-fr.php?act=conventions.text & cid=34](http://hcch.e-vision-n1/indix-fr.php?act=conventions.text & cid=34)

وراجع أيضاً حالة الاتفاقية علي موقع شبكة المعلومات الدولية

<http://hcc.e-vision-n1/indix-fr.php?act=convention.status & cid=34>

ولقد ذكرنا سلفاً أن نص المادة الأولى من اتفاقية ٢٥ نوفمبر ١٩٦٥
إشترط
تسمية المحكمة المعينه من قبل الأطراف فيها بشكل صريح كما فعلت
الاتفاقية السابقة.

كما جاء في نص المادة ١٧ من اتفاقية بروكسل ١٩٦٨ وليجانو " فقرة
١- ... ويجب أن يكون هذا الاتفاق علي إمتداد الاختصاص ثابتاً:

أ - بالكتابة أو شفويّاً مع تأكيد كتابي وإما

ب - وفقاً للشكل الذي يكون متبعاً في سلوك الأطراف ومستقراً بينهم وإما
ج - في مجال التجارة الدولية وفقاً للشكل المطابق للعادات التي يكون
الأطراف علي إحاطة بها أو يفترض أنهم علي إحاطة بها، ويكون مستقراً
ومتبعاً بانتظام من قبل أطراف العقود في نفس النوع من الفرع التجاري
المقصود ".

٢ - وعندما يكون مثل هذا الاتفاق مبرماً بين أطراف لا يوجد لأيهام
موطن علي إقليم دولة متعاقدة فإن محاكم الدولة المتعاقدة لا يجوز لها
الفصل في المنازعة طالما أن المحكمة أو المحاكم المختارة لم تقرر
رفض اختصاصها" (١).

وجاء في نص المادة ٢٣ من التنظيم الأوربي ٤٤ لسنة ٢٠٠١ " ١ -
ويجب أن يكون هذا الاتفاق علي إمتداد ولاية المحكمة ثابتاً:

(١) يراجع في تفاصيل اتفاقية بروكسل ١٩٦٨:

-H.GAUDMET-TALLON: "les convention de Bruxelles et de
lugano. Compétence internationale , reconnaissance et l'exécution
des jugements en Europe" 2éd .L.G.D.J 1996.

وراجع نص الاتفاقية علي الموقع الالكتروني السابق .

أ - بالكتابة أو شفويًا مع تأكيد كتابي أو

ب - وفقاً للشكل الذي يكون متبعاً في سلوك الأطراف أو مستقراً بينهم أو
ج - في مجال التجارة الدولية وفقاً للشكل المطابق للعادات التي يكون
الأطراف علي إحاطة بها، أو يفترض أنهم علي إحاطة بها، ويكون
مستقراً ومتبعاً بانتظام من قبل أطراف العقود في نفس النوع من الفرع
التجاري المقصود.

٢ - كل إرسال بالطريق الإلكتروني يسمح بالإثبات المستقر للاتفاق
واعتباره مكتسباً الشكل الكتابي.

٣ - عندما يكون مثل هذا الاتفاق مبرماً بين أطراف لا يوجد لأيهم موطن
علي إقليم لدولة عضو فإن محاكم الدول الأعضاء لا يمكنها الفصل في
المنازعات بما أن المحكمة أو المحاكم المختارة
لم تقرر رفض اختصاصها".

ونص المادة ٢٣ السابق تضمن وأقر في جوهره ما ورد باتفاقية بروكسل
السابق تناولها بصدد إمتداد الاختصاص، فأوضحت أنه يمكن اختيار
المحكمة من قبل الأطراف والتعبير عن هذه الإرادة ببند في العقد وأنها
تظهر في سلوك الأطراف أثناء المحاكمة.

ب - التمديد الضمني:

قلنا بأنه تنتج صلاحية محكمة دولة معينة من مثول المدعى عليه مضاف
إليه عدم دفعه بعدم الاختصاص، ولا يقوم فقط بهذه الموافقة الضمنية
والتي نصت عليها المادة ٢٤ من التنظيم الجهل بإحدى قواعد الصلاحية
أو الاختصاص القاصر والتي نصت عليها المادة ٢٢ من التنظيم.

ويتضح من نص المادة ٢٣ السابق شرحه أن التنظيم الأوروبي (بروكسل) قد أقر جوهر ما ورد باتفاقية بروكسل ١٩٦٨ بصدد دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي وقد ميزه باعتداده بالدليل الالكتروني في الإثبات "إثبات اتفاق اختيار القاضى".

وقد نصت اتفاقية لاهاي ٢٠٠٥ في المادة الثالثة منها علي أن "... ج - اتفاق الاختيار الحصرى للمحكمة يجب أن يكون مبرماً أو ثابتاً: ١- بالكتابة.

٢- بأى وسيلة أخرى يمكن الوصول بها إلى المعلومات الخاصة بالاتفاق بحيث يمكن استخدامها بالرجوع إلى بياناتها.

ثالثاً: شروط اختيار الأطراف للمحكمة

الشرط الأول: أن تكون المحكمة المعنية بالشرط هي محكمة إحدى الدول الأعضاء هذا من جهة ومن جهة أخرى أن يكون أحد الأطراف علي الأقل متوطناً. أثناء إبرام العقد- في أراضى دولة عضو

وعندما يعين الشرط محاكم دولة عضو ويكون الطرفان متوطنين في دولة ثالثة تقدر صحة الشرط من قبل محاكم الدولة المعنية (والتي تم الاتفاق علي انعقاد الاختصاص لها) وفقاً لقوانينها الداخلية، ومحاكم الدول الأخرى الأعضاء لا يمكنها النظر في الخلاف مادامت محاكم الدول المعنية لم تنف صلاحيتها، وعندما يعين الشرط محاكم دولة غير عضو فلا تطبق المادة ٢٣ ، وقد يحدد الشرط محكمة بعينها أو يحدد عموماً محاكم دولة معينة أو يحدد محاكم دولتين أو أكثر وقد يكتفي الشرط باستبعاد بعض المحاكم من نظر النزاع،

إلا أن هذا الشرط لا يمكن أن يرد علي الاختصاص الحصري أو المتعلق بالنظام العام للدولة التي يستبعد اختصاصها (طبقاً لنص المادة ٢٢ من نفس الاتفاقية) ، كما أنه لا يجوز أن يلغى صلاحية حمائية لطرف ضعيف (م ١٣ ، ١٧) من ذات الاتفاقية^(١)، مع مراعاة أن نص المادة ٢٣ من التنظيم لم يضع أى شرط فيما يتعلق بالصفة الدولية للعلاقة الخلافية إلا أنه يبدو من غير الطبيعي تطبيق المادة ٢٣ علي علاقات داخلية في حين أن القانون الداخلي في معظم الدول الأعضاء وهو قانون تضيقى تجاه الشروط التي تعدل في الصلاحية الإقليمية^(٢).

الشرط الثاني: يوضح النص (٢٣) من التنظيم الأوروبي الشروط التي تعتبر فيها موافقة الأطراف حاصلة بطريقة قانونية وتقدر المحاكم الوطنية بحرية إذا كان الشرط قد قدم بشكل واضح وكاف للطرف الذي لم يكن أخذ المبادرة بشأنه^(٣).

^(١) راجع في ذلك PIERRE MAYER et VINCENT HEUZÉ ، المرجع السابق خاصة بند ٣٥١ ص ٣٢٧ حيث أشار إلى أنه لا يمكن استبعاد اختصاص محكمة عندما يكون هذا الاختصاص الثابت لها مقررأ لصالح طرف معين من أطراف الدعوى ، وأكد علي أن تأويل هذا الشرط لصالح واحد من الأطراف يجب أن يتجلى بوضوح من عبارات النص أو من مجمل الدلائل المستقاه من العقد أو من ظروف وحيثيات الاستنتاج.

^(٢) راجع في هذا المعنى: H.GAUDEMET –TALLON, oP.cit, no 114.

^(٣) فقد فرضت محكمة النقض الفرنسية أن يكون الشرط مكتوباً بحروف مقروءة بما فيه الكفاية ولكن لم تفرض أن تكون اللغة المستعملة مفهومة من الشخص المرسل إليه العرض.

واعتبرت المادة ٢٣ أن الشرط يعتبر قائماً ضمن أربع فرضيات.

" - عندما توجد اتفاقية خطية.... تشبه المذكرة بها (كل نقل بالطريقة الالكترونية والتي تتيح التكريس الدائم للإثبات المستقر واعتباره مكتسباً الشكل الكتابي).

وإذا ظهر الشرط ضمن "شروط عامة" فلا بد من إحالة خطية علي هذه الشروط تظهر في المستند الموقع والمتعاقد الثانوى ملزم بالإطلاع عليها قبل أن يضع امضاءه^(١).

- إذا كانت هناك موافقة شفوية تؤكدتها كتابة (أو عن الطرق الإلكترونية) ويتوجب أن تتناول الموافقة الشفهية الشرط.

فمنذ أن يتم ذلك يمكن التأكيد الكتابي أن لا يكون موقعاً من قبل أحد الأطراف شرط أن لا يكون الطرف الآخر قد أعرب عن إعتراضه في الوقت المناسب.

- عندما يكون الشرط قد أبرم بالشكل المطابق للعادات التي أقرها الأطراف فيما بينهم.

- عندما يكون الشرط قد أدرج في عقد تجارى دولى وفقاً لشكل مقبول من الأعراف الملزم بها عادة في مثل هذا النمط من العقود وفي الفرع

(Com.27.fevr-1996,Rev.Crit.DIP,1996.731.not.H.G-T)

P.MAYER et V.HEUZÉ:

(^١) راجع:

- op cit, n.352, p.328.

التجاري المعتبر وأن يكون الأطراف علي علم بها أو يفترض أنهم علي علم بها" ^(١).

(١) ومثل هذه الأعراف قد عمل علي استنتاج أن الشرط المدموج في مستند صادر عن أحد الأطراف كان قد قُبل من الطرف الآخر، لأن هذا الطرف قد ظل ساكناً، أو أنه قد نفذ العقد بدون احتجاج.

-LcjcE 20 Févr -1997, les Gravières Rhénanes, J. D. I. 1997 . 625, obs . Huet, Rev. Crit. DIP 1997 563 . note:" GAUDEMET –TALLON" .v. aussi cjcE, 16 Mars 1999, Rev.Crit .DIP 1999 – P559.note "GAUDMET –TALLON" , JDE 2000.P528 , obs.HUET, DMF 2000.n II . note . Delebecque.

الفرع الثالث

اختيار الأطراف في التشريعات المقارنة

تمهيد:

إن ما يشهده العالم من تحولات كبيرة ولا سيما في المجال الاقتصادي وما استتبعه ذلك من إقدام مشرعي الدول علي تعديل من التشريعات القائمة حتى تتوافق مع المرحلة الجديدة وتساير التغيرات التي طرأت علي المجتمع الدولي، والعمل علي إصدار تشريعات جديدة تهدف إلى تشجيع الإستثمار والمستثمرين وتقديم الدول للعديد من الضمانات والحوافز وتهيئة المناخ القانوني لهذه الإستثمارات، كل هذه التطورات كانت دافعاً لأن تعترف التشريعات الحديثة والمقارنة للإرادة بدورها الثنائي أو المزدوج في مجال الاختصاص القضائي الدولي قياساً علي ما هو معترف به من دور في المجالين التشريعي والإداري، حتى تتلاءم مع مقتضيات وحاجات التعامل والتعاون القضائي الدوليين، فنصت علي هذا الدور نصوصها صراحة وفصلت أحكامه، من ذلك بعض التشريعات المعاصرة التي نذكر منها:

أولاً: القانون الدولي الخاص السويسري.

تضمن القانون الدولي الخاص السويسري الجديد الصادر عام ١٩٨٧ والذي دخل حيز التنفيذ منذ بداية عام ١٩٨٩ نصاً صريحاً بخصوص

إمكانية سلب الاختصاص من المحاكم السويسرية لصالح محكمة أجنبية^(١).

فنصت المادة الخامسة منه علي أنه: "١ - في مجال المعاملات المالية يجوز للأطراف أن يتفقوا بمناسبة منازعة قائمة أو يمكن أن تنشأ بصدد علاقة قانونية معينة علي تعيين محكمة أخرى للفصل فيها، ويجوز أن يكون الاتفاق ثابتاً بالكتابة أو في صورة برقيات أو رسائل متبادلة بين الطرفين، أو بالتلكس، أو غير ذلك من وسائل الاتصال التي يمكن الاستناد إليها لإثبات النص، ويكون اختصاص القاضى المختار استثنائياً مالم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك.

٢ - يكون اختيار القاضى المختار عديم الأثر إذا كان ينجم عنه حرمان أحد الأطراف بطريقة تعسفية من الحماية التي يكفلها له القاضى المختص وفقاً للقانون السويسرى"^(٢).

وأهم ما يميز هذا التشريع إقراره للوسائل الحديثة في الإثبات، فالاتفاق يكون ثابتاً بالكتابة أو برقيات أو رسائل متبادلة عبر وسائل الاتصال

(١) انظر نصوص هذا القانون منشورة في: Rev crit.1988. P.409. etss.

(٢) يراجع في التفاصيل:

A.EVON OVERBECK: "les élection de for selon la loi intenational privé du 18 décembre 1987 " -fédérale. Sur la droit Festschrift M.Keller, Zurich , 1989 P.609

وراجع تفصيلاً في حق إنتخاب القاضى في القانون الدولى الخاص رسالة دكتوراه بعنوان

- "L'élection de for en droit international privé" , thèse. op.cit Phippe Gue:

www.glose.org : علي الموقع الإلكتروني . arrêté du 30 mars 1992 .

الحديثة كالإنترنت أو بالتلكس، وتركها مفتوحة لأي وسيلة تستجد يمكن من خلالها التوصل إلى مثل هذا الاتفاق، ليحقق بذلك نوعاً من الملاءمة والإنسجام مع التطورات المعاصرة في وسائل الاتصال ووسائل المعلومات المتعددة والحديثة.

ثانياً: القانون الدولي الخاص الروماني لعام ١٩٩٢.

حيث تنص المادة ١٥٤ علي أنه "إذا اتفق الأطراف بمتقضى محرر مبرم بينهم علي اختصاص محكمة بعينها بالفصل في منازعاتهم الناشئة أو تلك التي يمكن أن تنشأ فتكون تلك المحكمة مختصة قضائياً فيما عدا الحالات الآتية:

- ١- إذا كانت المحكمة المختارة أجنبية وكان النزاع يدخل في إطار الاختصاص القاصر أو المانع لمحكمة رومانية.
 - ٢- إذا كانت المحكمة المختارة هي محكمة رومانية وأثبت أحد الأطراف أن النزاع يندرج ضمن الاختصاص القاصر علي محكمة أجنبية " (١).
- ومن هذا النص يتضح أن المشرع الروماني أقر بالدور المزدوج للإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي وذلك حرصاً منه علي مراعاة مصلحة الأطراف وتيسير المعاملات التجارية واعتبارات الملاءمة ومواكبة التطورات التي لحقت بهذا العصر، واتفاقاً مع فلسفة المشرع الروماني في تقرير قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم الرومانية.

(١) راجع الترجمة الفرنسية لنصوص هذا القانون في Rev. Crit ١٩٩٤، ص ١٧٢ وما يليها، وتقديم لهذا القانون لـ Octavian Capatina، منشور في نفس العدد من المجلة، ص ١٦٧ وما بعدها، د/ أحمد عبد الكريم: " فقه المرافعات ... " ، المرجع السابق، ص ١٣٧ وما بعدها، بند ١٠٨

ثالثاً: القانون البيروني "القانون المدني الجديد عام ١٩٨٤".

أورد المشرع البيروني تقنياً لكافة قواعد القانون الدولي الخاص ضمنه المواد من ٢٠٤٦ إلى ٢١١١ من هذا القانون الجديد اشتملت قواعد الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين، وهو تقنين وإن يكن قد ورد في صلب القانون المدني إلا أنه يتماشى في جملته مع الإتجاهات والتطورات الحديثة التي شهدها القانون الدولي الخاص والعلاقات الدولية الخاصة^(١).

وبخصوص قبول الاختصاص في المجال الدولي نصت المادة (م ٣/٢٠٥٨ مدني) علي أن "تختص المحاكم البيرونية بالفصل في المنازعات المالية حتى بين أشخاص متوطنين بالخارج وذلك عندما يخضع الأطراف صراحة أو ضمناً لقضائها، وما لم يوجد اتفاق معاصر أو سابق علي الاتفاق يقضى بغير ذلك، فإن اختيار المحكمة يكون مانعاً" ^(٢).

كما نص في المادة (٢٠٦٠) علي أنه "يجوز اختيار محكمة أجنبية أو مد ولايتها القضائية عن طريق الاتفاق وتعيين الفصل في المنازعات المتعلقة بالمعاملات المالية شريطة أن لا ينصب هذا الاختيار علي منازعات تدرج ضمن حالات الاختصاص القاصر علي المحاكم البيرونية ولا يشكل تعسفاً في استعمال الحق ولا يخالف النظام العام في بيرو".

(١) راجع الترجمة الفرنسية لنصوص هذه المواد في: Rev-

-Crit. 1986. P.192 ets

(٢) راجع د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ١٣٧.

رابعاً: مجموعة القانون الدولي الخاص المجرى لعام ١٩٧٩.

وقد ورد بها المادة ٦٢ بعنوان "اختيار القاضى" ونصت علي أن: "١ - للأطراف في علاقة اقتصادية ذات طابع دولى مكنة الاشتراط كتابة علي اختصاص هيئة تحكيم، أو محكمة مجرية، أو محكمة أجنبية بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن هذا العقد.

٢ - وفي حالة أن يمنح الشرط هذا الاختصاص بطريقة استثنائية، لا يجوز رفع الدعوى لأى محكمة أو هيئة تحكيم غير تلك الواردة بالشرط" (١).

ويبين هذا النص أيضاً أن المشرع المجرى لم يتخلف عن نظيره في التشريعات المقارنة فاعترف بهذا الدور للإرادة في منح الأطراف حرية اختيار القاضى الذي ينظر النزاع القائم بينهم شرط الإستدلال علي هذا الاتفاق بطريقة واضحة من خلال الكتابة، واعتبار هذا الشرط واجب إعماله بطريقة استثنائية فلا يجوز رفع الدعوى أمام أى محكمة أو هيئة تحكيم غير تلك التي تم الاتفاق عليها.

خامساً: القانون الدولي الخاص التركى: لعام ١٩٨٢ (م ٣١).

جاءت هذه المادة تحت عنوان (الشرط المانح للاختصاص) ونصت علي أنه:

"عندما لا يكون الاختصاص الإقليمى محدداً بطريقة استثنائية أو بناء

(١) راجع الترجمة الفرنسية لهذا القانون منشورة في: Rev. Crit, -1891, p. 161 et ss.

علي مقتضيات النظام العام، يجوز للأطراف الاتفاق علي اختصاص محكمة أجنبية بالفصل في منازعات ناشئة عن علاقة تعاقدية تتضمن عنصراً أجنبياً، غير أنه إذا قررت هيئة المحكمة عدم اختصاصها ترفع الدعوى أمام المحكمة التركية المختصة^(١).

سادساً : القانون الدولي الخاص الفنزويلي لعام ١٩٩٨.

نص علي حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة في المادة الأربعين الفقرة الرابعة، وأقرها بمفهوم المخالفة في المادة ٤٧ التي نصت علي أن: "الاختصاص الدولي الثابت للمحاكم الفنزويلية وفقاً للمواد السابقة لا يمكن استبعاده باتفاق الأطراف لصالح محكمة أجنبية أو محكمين يعملون في الخارج عندما تنصب القضية علي حقوق عينية علي عقارات كائنة في إقليم الجمهورية أو عندما تكون متعلقة بمسائل لا يجوز فيها الصلح أو تمس المبادئ الأساسية في النظام العام الفنزويلي"^(٢).

وأخيراً نشير إلى أن الدور المزدوج لإرادة الأفراد في مجال الاختصاص القضائي الدولي هو أمر مقرر في **هولندا والولايات المتحدة الأمريكية** منذ عام ١٩٧٢ ومستقراً عليه في **بريطانيا** انطلاقاً من نظرية المحكمة غير الملائمة والتي نتناول شرحها بالتفصيل في

(١) راجع الترجمة الفرنسية لنصوص هذا القانون في: Rev.crit, 1983, p.141 ets.

(٢) راجع الترجمة الفرنسية لنصوصه في: Rev. Crit, 1999, p.392. ETS. ، ونظر دراسة حول مجمل نصوص القانون لـ Gonzalo Parra Arannguren في نفس العدد من المجلة، ص ٢٠٩ وما بعدها .

الفصل الثاني في نطاق البحث عن فكرة المحكمة الملائمة في القانون
الأنجلو
أمريكي
ومضمون هذه النظرية في القوانين التي تعرفها.

الفرع الرابع

اختيار الأطراف في القانون المصري^(١)

أولاً: مدى إمكانية تحقيق فكر المحكمة الملائمة من خلال تبني ضابط الإرادة:

يبدو أن هذا الضابط متوافق مع اعتبارات الملاءمة لعدة اعتبارات منها:

أ - مراعاة المصالح الخاصة وتيسير علاقات الأفراد، وبالتالي إمكانية تنفيذ الحكم الصادر وفعاليته، وكلاهما هدف أصيل من أهداف القانون الدولي الخاص، وذلك لعدم تعلق بعض قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام، مما يحقق فكرة الملاءمة هذه لأنه يتفق مع التوسع المنشود في أعمال مبدأ سلطان الإرادة في المعاملات الدولية، وتيسير المعاملات الدولية للأفراد طالما خلا من الغش والتحايل، وذلك بتوافر شروط أعمال هذا الضابط من وجود رابطة جدية فيما بين النزاع والمحكمة المختارة حتى لا تكون هذه المحكمة منبئة الصلة عن النزاع، ولسد باب التحايل علي الاختصاص القضائي، ولتتمكن من أن تحقق في الدعوى بسهولة والعمل علي ضمان المستقبل التنفيذ للحكم الصادر.

ب - مراعاة مبدأ المساواة بين الخصوم، حيث يقرر جانب من الفقه انعقاد الاختصاص للمحاكم المصرية بناء علي ضابط الخضوع الاختياري لولاية القضاء المصري ذلك تحقيقاً لمبدأ المساواة بين الخصوم، موضحاً

(١) انظر دراسة نظيره في التشريع الأردني للدكتور/ نور حمد الحجايا: "الإتفاق علي اختيار المحكمة في المنازعات ذات الطابع الدولي"، مجلة حقوق الكويت، العدد ٢ السنة ٣٣ رجب ١٤٣٠ هـ، يونيو ٢٠٠٩ م، ص ٢٨١ - ٣٤١.

ذلك بأنه إذا كان المشرع يراعى عادة جانب المدعى عليه ويستلزم كونه وطنياً أو أجنبياً متوطناً في الإقليم الوطنى لرفع الدعوى عليه بحسبانه الطرف الضعيف في الدعوى أى أنه في وضع يستحق الحماية ولذلك أقر عقد الاختصاص طبقاً للضابطين السالف ذكرهما فى نص المادة (٢٨) - (٢٩)، فيأتى تقرير مبدأ آخر يقضى بعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية حال اتفاق الأطراف وإتجاه إرادتهم للخضوع إليها، تحقيقاً لمبدأ المساواة بين الخصوم في الإعراف لها بهذا الدور أسوة بما هو مقرر في مجال تنازع القوانين^(١).

ج - توسيع سلطان الدولة وسيادتها القضائية، طبقاً لرأى فقهي فإن اتفاق الأطراف علي الخضوع للقضاء الوطنى يعكس صفات النزاهة والكفاءة فيه بالإضافة إلى الثقة والطمأنينة في عدالة أحكامه ويثبت ثقة الأطراف في كفاءة هذا القضاء لتنفيذ الأحكام الصادرة عنه لتيسير سبل وإجراءات التقاضى والفصل في النزاع^(٢).

ثانياً: موقف القانون المصرى من ضابط الإرادة ومبدأ الاتفاق علي رفع النزاع إلى محكمة معينة.

(١) راجع بالتفصيل: د/أحمد عبد الكريم سلامة: " فقه المرافعات..." ، المرجع السابق، ص ١٣٤ .

(٢) انظر في هذا التبرير: د/عنايت عبد الحميد ثابت في " مستحدث القول في مجال ولاية القضاء المصرى بالفصل في المنازعات ذات الطابع الدولى " ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ ، ص ٢٠٧ ، وفيه لم يشترط حتى توافر رابطة جدية بين النزاع والمحكمة المختارة ، تحقيقاً للاعتبارات السابقة ، وراجع في الرد علي هذا الاتجاه ودحض حججه د/ أحمد عبد الكريم سلامة "فقه المرافعات المدنية الدولية"، المرجع السابق، ص ١٤٩ بند ١١٨ وما بعدها.

جاءت المادة ٣٢ معبرة عن تبني المشرع المصري لضابط الخضوع الإرادي في عقد الاختصاص لمحاكمه، إذ نصت علي أن: "تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً"^(١)، وفي تفسير هذا النص تفرق الرأي إلى عدة اتجاهات:

الإتجاه الأول: عدم جواز إعمال مبدأ سلطان الإرادة للخروج من الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية.

١ - مضمون هذا الإتجاه.

إنسجماً مع الفلسفات والمفاهيم التي سادت أكثرية النظم القانونية حتى النصف

من القرن العشرين - والتي سبق بيانها - اتفق رأى الرعيل الأول من فقهاء القانون الدولي الخاص في مصر علي أن "يبدأ الخضوع الاختياري

(١) وتبنت تشريعات عربية وغربية نفس الضابط تقريباً، منها علي سبيل المثال المادة ٢٠ من القانون المدني السوري، وكذا المادة ١/١٩ ليبي، والفقرة الثانية من المادة ٢٧ من القانون الأردني، ومن الدول الأوروبية جاء نص المادة ١/٣٥ من القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩، وكذلك المادة ٢٤ من القانون التركي الصادر عام ١٩٨٢، والمادة ٧٣ من القانون الروماني الصادر عام ١٩٩٢، فضلاً عن العديد من الاتفاقيات الدولية كما هو الحال في اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق علي الالتزامات التعاقدية فيما بين دول السوق الأوروبية م١/١٣، وهو ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة المعمول به في مجال الاختصاص التشريعي وإنتاج آثاره في مجال الاختصاص القضائي كذلك، وفي التشريعات الغربية علي سبيل المثال راجع: نص المادة ٤٨ مرافعات فرنسي لعام ١٩٧٥، وفي مجموعات القانون الدولي الخاص الأجنبية، راجع نص المادة ١٥٢ روماني لعام ١٩٩٢، م٤/٤ من القانون الإيطالي لعام ١٩٩٥.

لولاية المحكمة يعمل به في نطاق الاختصاص العام المباشر لصالح اختصاص المحاكم المصرية فحسب، بمعنى أنه يترتب عليه إمتداد اختصاص المحاكم المصرية إلى منازعات لا تدخل في اختصاصها الأصلي، ولكن قبول اختصاص محكمة أجنبية لا يسلب المحاكم المصرية اختصاصها في أيه حالة يثبت لها فيها سبب من أسباب الاختصاص^(١).
فالقاعدة هي (عدم جواز الخروج من الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية)^(٢)، ويثير أصحاب هذا الإتجاه التساؤل الآتي - بعد أن بينا فيما تقدم الضوابط التي ينعقد عليها الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية - هل يجوز الخروج عن هذا الاختصاص بإرادة الأطراف؟!^(٣).

(١) عن د/ محمد كمال فهمي: "أصول القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق بند ٤٤٤ ص ٥٠٠.

وحول حكم الشرط السالب للاختصاص عموماً: د/ هشام محمد خالد "الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية"، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٦، ولذات المؤلف بحث بعنوان: "طبيعة قواعد الاختصاص الدولي وأثرها علي تنفيذ الأحكام الأجنبية"، مجلة روح القوانين ، حقوق طنطا ، العدد ١٤ يناير ١٩٩٨ ص ١٨١ وما بعدها. وفي الفقه الفرنسي انظر:

-GAUDMET-TALLON (H.):OP.Cit, p.116. ets.

(٢) د/عز الدين عبدالله، من الطبعة الأولى، لمؤلفه في القانون الدولي الخاص، عام ١٩٥١ حتى آخر طبعاته "الطبعة التاسعة" ١٩٨٦، المرجع السابق، بند ١٩٦ ص ١٣٤ - ٧٤٠، ويتزعم هذا الاتجاه: د/محمد كمال فهمي "أصول القانون الدولي الخاص" الطبعة الأولى للدار المصرية للطباعة عام ١٩٥٥ بند ٤٥٧ ص ٥١٢، د/ محمد مصطفى منصور "مذكرات في القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين"، المعارف ١٩٥٧ بند ٨٨

ص ٣٥٢ وما بعدها، كذلك ص ٣٦٨ ، وانظر في سبق تأييد اقتصار دور الإرادة علي جلب الاختصاص للقضاء المصري دون سلبه: د/ محمد عبد المنعم رياض "مبادئ القانون الدولي الخاص"، الجزء الثاني ١٩٣٣، بدون ناشر بند ١٧١ ومإيليه، ص ٢٤٨ وما بعدها، د/ محمد حامد زكي: "أصول القانون الدولي الخاص المصري"، الطبعة الرابعة ١٩٤٦ ، مكتبة عبد الله وهبه ، ص ٧٣٨ بند ٢٦٧.

(٣) د/ عز الدين عبدالله ، المرجع السابق ، ص ٧٣٨.

ونصوص التشريع المصرى لا تجيب علي هذا التساؤل صراحة بالسلب أو بالإيجاب مقارنة بما عليه الوضع في القانون المقارن السابق الإشارة إليه.

ويقوم هذا الإتجاه علي حجة أساسية مفادها أن أداء العدالة هي وظيفة من وظائف الدولة تباشرها بواسطة سلطة من سلطاتها هي محاكمها، وإن كانت الدولة تركت بيد الأفراد وسيلة تحريك هذه السلطة لمباشرة تلك الوظيفة، ألا وهي "وسيلة الدعوى" فليس معنى هذا أن القضاء يؤدي أولاً وآخراً لصالح الأفراد، بل إنه في الحقيقة يؤدي لتحقيق مصلحة عامة وهي إقرار النظام والسكينة في إقليم الدولة منذ أن حلت الدولة محل الفرد في إقرار حقه وحمايته.

وإذا كانت الدولة قد تركت للفرد اختيار الظروف التي يحرك فيها السلطة القضائية كذلك الظروف التي يباشر فيها الدعوى فما ذلك إلا حملاً علي التقاء المصلحة الخاصة "مصلحة الفرد" مع المصلحة العامة، ولكن ليس للفرد أن يذهب إلى أبعد من هذا، فيمتنع عن تحريك هذه السلطة ويحرك بدلاً منها سلطة قضائية في دولة أجنبية أو محكمين يباشرون وظيفتهم في دولة أجنبية، والدولة هي التي ترسم حدود القضاء فيها مقدرة في رسمها ما يلزم لتحقيق المصلحة العامة الهامة وهي أداء العدالة، وهي لا ترى أية سلطة أخرى أجنبية تصلح لأدائها^(١).

(١) راجع في ذلك د/ عز الدين عبدالله : المرجع السابق، ص ٧٤٠، وراجع تفصيلاً شرح فقه هذا الاتجاه وتقديرها: د/ هشام محمد خالد "الشرط السالب للاختصاص القضائي"، المرجع السابق، ص ٨٣: ١١٧.

وفي ضوء ما تقدم يقرر أصحاب هذا الإتجاه قاعدة مفادها: "عدم جواز الخروج

عن الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية" ، ويدعم بعض أصحاب هذا الإتجاه رأيهم المائل لمقررين أن المحاكم المختلطة قد تواترت علي اعتناق هذا الرأي وذلك في العديد من الأحكام الصادرة عنها، وذلك في ظل المادتين ١٣، ١٤ مدنى مختلط ^(١)، وثبته الدوائر المجتمعية لمحكمة الإستئناف المختلطة، فقد تبنت وجهة النظر المعروضة في العديد من الأحكام الصادرة عنها ^(٢)، حتى ينتهى بعض أصحابه إلى القول بأن الاختصاص المعقود للمحاكم المصرية في المادة ١٤ مدنى مختلط "يتعلق بالنظام العام" ، فلا يجوز الاتفاق علي الخروج عليه لصالح محكمة أجنبية وحجتهم في هذا أن الاختصاص المقرر في هذه المادة مبنى علي أسباب إقليمية وهى وجود المدعى عليه في مصر، أو اتصال المنازعة بمال في مصر، أو بمصر، أو بعقد تم أو اتفق علي تنفيذه فيها ومن ثم فهو يتعلق بالسيادة ^(٣)، وعلي ذلك فكل اتفاق يقضى

بجعل الاختصاص في هذه الأحوال لمحكمة أجنبية هو اتفاق باطل، فإذا

(١) راجع في ذلك د/ عز الدين عبدالله، المرجع السابق ، ص ٧٤١ هامش رقم ٢ ، والذي يشير فيه إلى العديد من الأحكام القضائية في هذا الصدد.

(٢) المرجع السابق ، ص ٧٤١ هامش رقم ٣ ، ٤ ، ٥ .

(٣) راجع د/ عز الدين عبد الله ، حيث أشار سيادته في تأييده لوجه النظر هذا، إلى د/ عبد الحميد أبوهيف: "القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر" ، الطبعة الثانية، سنة ١٩١٧ ، فقرة ٣٣٩ ، د/ عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ، فقرة ٥٩٤ ، د/ حامد زكى، المرجع السابق، فقرة ٢٦٧.

رفع النزاع أمام المحكمة المختلطة مع وجود هذا الاتفاق فإنها تكون مختصة بنظره، وهذا لا يمنع طبعاً من اختصاص المحكمة الأجنبية وفقاً لتشريعها إذا رفع المدعى النزاع إليها^(١).

ويرى بعض أنصار هذا الإتجاه المعروض^(٢)، أن أحكام الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية لم تتغير طبيعتها بصور قانون المرافعات الجديد ١٩٤٩ ، وينبغي الأخذ به حتى بعد العمل بقانون المرافعات الصادر سنة ١٩٦٨^(٣) ، ويناشد هذا الفريق الفقه والقضاء بعدم التأثير البتة بأحكام المادتين ١٤، ١٥ من القانون المدنى الفرنسى، وذلك لاختلاف فلسفتها عن تلك التي تقوم عليها أحكام الاختصاص القضائي الدولي في قانون المرافعات المصرى الجديد، سيما وأن صياغة أحكام هذه الأخيرة قد (صدرت بكلمة "تختص" المحاكم المصرية بالدعاوى الواردة بها)^(٤).

وهناك فريق ثان من أنصار الإتجاه المائل، والذي يرى أنه "إذا كانت قواعد الاختصاص الوظيفي تحدد ولاية جهات القضاء المختلفة داخل

(١) انظر: د/عبد المنعم رياض "مبادئ القانون الدولي الخاص"، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر الطبعة الثانية ١٩٤٣ ، ص ٥٢١ ، مشار إليه في د/هشام محمد خالد ، المرجع السابق، ص ٨٤ ، ٨٥ هامش رقم ١٠٤ .

(٢) د/عز الدين عبدالله: المرجع السابق، ص ٧٤٢ والأحكام التي أشار إليها في هامش رقم ٢، ٣ من ذات الصفحة

(٣) المرجع السابق، ص ٧٤٣.

(٤) معروض في د/ هشام محمد خالد، المرجع السابق ص ٥٨ عن د/ عز الدين عبدالله، المرجع السابق، ذات الموضوع

الدولة تتسم بالصفة الأمرة فإن القواعد التي تحدد اختصاص القضاء الوطني في مواجهة المحاكم الأجنبية تتعلق هي الأخرى - ومن باب أولى - بالنظام العام" ^(١).

ويوضح هذا الرأي من الفقه أنه لا ينال مما تقدم سماح الدولة أحياناً بتنفيذ الأحكام الأجنبية فيها لأن ذلك إنما يرجع إلى عدم اختصاص محاكم الدولة التي سيتم التنفيذ فيها بنظر النزاع المحسوم، أما إذا كان النزاع المحسوم داخلاً في اختصاص محاكم الدولة التي سيتم التنفيذ علي أرضها فمرجع السماح بالتنفيذ - وفقاً للفقه المعروض - هو اعتبارات الملاءمة. فمادام أن النزاع عرض في الخارج أمام محكمة مختصة دولياً وفقاً لضابط اختصاص دولي، ومعتزف به في الدولة التي سيتم التنفيذ علي ترابها، وصدر فيه حكم نهائي، فمن الملائم السماح بتنفيذ هذا الحكم لدواعي "التعاون بين الدول والتعامل بالمثل ومنع المحكوم عليهم سيئى النية من الإفلات من العدالة" ^(٢).

٢ - تقويم هذا الإتجاه

(١) صاحب هذا الرأي د/هشام على صادق في: "تنزع الاختصاص القضائي الدولي"، دار المطبوعات الجامعية ص ١٥٥ لسنة ٢٠٠٢، وتناوله بالشرح والتوضيح د/هشام محمد خالد: "الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية"، المرجع السابق ص ٩٠، ٩١، وأشار إلى ما ذهب إليه فريق ثالث والذي أكد علي الطبيعة الأمرة المطلقة لكافة قواعد الاختصاص القضائي الدولي ص ٩٢، وغيره من الآراء حتى ص ١٠٦، مستعرضاً لتقدير هذا الاتجاه فيما يليها.

(٢) راجع د/عز الدين عبدالله، المرجع السابق ص ٧٤٤، هامش ٢ في نظرة تأمل لتفسير كيف تجيز الدولة مد اختصاص محاكمها علي أساس الإرادة، ولا تجيز الخروج عليه علي أساس نفس الضابط.

يعاب علي الرأي السابق عرضه عدم تسليمه بإمكان اتفاق الخصوم علي اختصاص محكمة أجنبية في أى حالة من حالات الاختصاص الجوازى بالرغم من سبق تسليمه بعدم تعلق حالات الاختصاص الجوازى بالنظام العام، وبما يفيد إمكان قيام الخصوم بالاتفاق علي ما يخالفها، وما يستتبعه ذلك من إمكان عقد الاختصاص - في حالات الاختصاص الجوازى - لمحكمة أجنبية مختصة دولياً وفقاً لقانونها^(١)، وإزاء ذلك ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه "يبدو تحت ناظرينا مثل هذا القول منطقياً علي تعارض وتناقض يتعذر موافقته"^(٢).

فطبقاً لما أشار إليه أصحاب الإتجاه السابق "الفقه التقليدي" أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي هي قواعد ثابتة لا تتغير طبيعتها من منازعة لأخرى، ولا تتغير أيضاً بمرور الزمن "منذ عهد المحاكم المختلطة حتى بعد صدور قانون المرافعات الحالي ١٩٦٨"، فكأن أصحاب

هذا الرأي ينكرون فكرة الملاءمة في ميدان الاختصاص القضائي الدولي بصفة عامة وينكر من ثم كل تطور قد يصيب الحياة الدولية، ونكران هذه

(١) راجع تقرير هذا الاتجاه بكل شعبه: د/ هشام محمد خالد ، " الشرط السالب للاختصاص ... " ، المرجع السابق ص ١٣٤ ومابعدھا، والذي أشار في عرضه لتصدير هذا الاتجاه وتقديره إلى، د/ عكاشة محمد عبد العال: "دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة"، دار الجامعة الجديدة للنشر ١٩٩٨، ص ٢٥٠: ١٩٨.

وحول الشرط السالب للاختصاص عموماً ولذات المؤلف: "طبيعة قواعد الاختصاص الدولي وأثرها علي تنفيذ الأحكام الأجنبية ، مجلة روح القوانين، حقوق طنطا ، العدد ١٤، يناير ١٩٩٨، ص ١٨١ وما بعدها.

(٢) د/ عكاشة محمد عبدالعال : " الإجراءات " ، المرجع السابق ، ص ١٩٨.

المعاني نقرأه - كما يقول بحق جانب من الفقه (١) - مسجلاً في انتقاده لحكم محكمة النقض المصرية لسنة ١٩٦٤ حين عاب عليها استخدام عبارات علي درجة كبيرة من المرونة مثل (مقتضيات الملاءمة وحاجة المعاملات الدولية) وتلك العبارات المرنة لا تتسق مع ما يجب أن تتصف به قواعد الاختصاص القضائي من ضبط وتحديد.

فالتسليم بوجهة النظر التقليدية يعنى إغلاق باب الاجتهاد، ومصادرة حق كل مجتهد في المستقبل علي نحو يساير حركة التطور ويكفل ازدهار العلاقات الخاصة الدولية وإضطرادها وهو - كما يقول الرأي الراجح في الفقه - الهدف الذي يقوم القانون الدولي الخاص علي تحقيقه بأقصى درجة ممكنة (٢)، ويضيف بعض الفقه إلى ما تقدم أن مجال الاختصاص القضائي هو مجال قائم أساساً علي اعتبارات الملاءمة العملية ومدى الرابطة الفعلية بين النزاع والمحكمة (٣).

الإتجاه الثاني: الاعتراف بدور للإرادة في منح ومنع الاختصاص للمحاكم المصرية

انحاز فقه القانون الدولي الخاص الحديث والمعاصر في مصر للإتجاه المعاصر في الفقه المقارن، والذي يرى بوجوب الاعتراف للإرادة بالدور الثنائي أو المزدوج - أى في جلب الاختصاص وسلبه - والذي قننته

(١) راجع في هذا النقد د/عكاشة محمد عبدالعال: المرجع السابق ص ٢٥١، د/محمد كمال فهمي، المرجع السابق ص ٦٨٠-٦٨١ حيث أن العبارة الأخيرة قال بها ومشار إليها في بحث د/هشام محمد خالد، المرجع السابق، ص ١٣٧.
(٢) د/عكاشة محمد عبدالعال: المرجع السابق، ص ٢٥١.
(٣) د/ فؤاد رياض ود/ سامية راشد: "الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي" القاهرة ١٩٩٢، دار النهضة العربية، ص ٤٤٥.

التشريعات الحديثة، وكرسته الاتفاقيات والأعمال الدولية، وشددت عليه الهيئات العلمية الدولية، وذلك استناداً للاعتبارات التالية:

من ناحية، يرى الفقه المصرى المعاصر والمؤيد لهذا الدور المزدوج للإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي أن جميع المبررات التي تقف وراء تقرير هذا الدور في القانون الداخلي تتوافر أيضاً في الإطار الدولي تحقيقاً لمبدأ المساواة بين الخصوم، من خلال مراعاة كلا طرفي الدعوى فلا ينظر إلى طرف ويهمل الطرف الآخر فيعقد الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه (م ٢٩) مرافعات للتيسير علي المدعى عليه الذي هو هدف القانون المحلي، فيقرر من ناحية أخرى - ونظراً لعدم تعلق قواعد الاختصاص المحلي بالنظام العام إمكان الخروج عليها - في المادة ١/٦٢ مرافعات أنه " إذا اتفق علي اختصاص محكمة معينة يكون الاختصاص لهذه المحكمة أو للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه" ، وهذا النص يجيز اتفاق أطراف الدعوى علي جعل الاختصاص لمحكمة ما عدا الحالات التي ينص فيها القانون علي تخويل الاختصاص لمحكمة معينة^(١).

ومن ناحية ثانية، يرى أنصار هذا الإتجاه أن المشرع المصرى لم يأت في قانون المرافعات الحالي بأى نص يحول دون قبول اختيار الأطراف لمحكمة أجنبية حال توافر إحدى ضوابط الاختصاص القضائي المصرى

(١) راجع في عرض ذلك: د/ أحمد عبد الكريم سلامة "فقه المرافعات" ، المرجع السابق، ص ١٣٤-١٣٥ بند ١٠٥.

"سلب الاختصاص لصالح محكمة أجنبية" فهو لم يمانع كما لم يقر الاعتراف للإرادة بهذا الدور.

كما تبنى المشرع المصرى ذات الحل المقرر في نطاق الاختصاص الداخلى مع بداية تقنيته لقواعد المرافعات المدنية، فقرر في المادة ٨٦٢ مرافعات سنة ١٩٤٩ م علي إمكان الخضوع الإرادى للمحاكم المصرية في غير الأحوال التي تكون مختصة فيها أصلاً، إلا أنها وردت بشأن الاختصاص الدولى في مواد الأحوال الشخصية، كما أنه في قانون المرافعات الحالي لعام ١٩٦٨ جاءت صياغة النص عامة وكما تقول المذكرة الإيضاحية " بحيث تشمل المنازعات في مواد الأحوال العينية وفي مواد الأحوال الشخصية علي السواء ".

ولقد راعى المقتن هدف تلك القواعد والذي يتمثل في النهاية في حماية المصالح الخاصة للأفراد وتيسير معاملات التجارة الدولية، وكلاهما هدف أصيل من أهداف القانون الدولى الخاص في عمومه ^(١)، ولذلك يجدر بالمشرع المصرى أن يعدل من هذا النص ويعترف أيضاً بالأثر السلبي للإرادة في عقد الاختصاص لمحكمة أجنبية حتى ولو توافر أحد الضوابط السابق بيانها، حتى يستطيع مسايرة التطور الدولى في هذا المجال طالما قد توافرت شروط هذا الاختيار - والتي نتناولها فيما بعد - تحقيقاً للاعتبارات السابق بيانها.

ومن ناحية ثالثة، فإن الإعراف للإرادة بدور مزدوج في منح أو سلب الاختصاص ليس بغريب في نطاق القانون الدولى الخاص، فلقد سبق

(١) المرجع السابق، ص ١٣٦ بند ١٠٧.

للمقنن أن جعل من إرادة الأطراف منوطاً للاختصاص التشريعي فقرر في المادة ١٩ من القانون المدني أن للأطراف المتعاقدة في نطاق العقود الدولية حرية اختيار القانون الذي يحكم النظام القانوني للعقود المبرمة بينهم^(١).

ومن ناحية رابعة، فإن الرأي المناهض لهذا الدور لم يعد يتماشى مع التطورات التي حدثت في فقه القانون الدولي الخاص، فقد بدأ انحسار فكرة السيادة الإقليمية للدولة في نطاقه لتفسح مجالاً لأفكار أخرى أكثر تفتحاً مثل فكرة التعاون الدولي بين الأنظمة القضائية المختلفة ومراعاة مصالح الأفراد وتيسير معاملاتهم عبر الحدود^(٢).

وتقريباً علي ذلك فإن اعتبارات الملاءمة هي التي يجب أن تسود في تحديد المحكمة المختصة، فلا يجب علي المشرع أن ينطلق من فكرة

(١) راجع د/ أحمد عبد الكريم سلامة : "المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية"، دار النهضة العربية ١٩٩٨ ص ٤٣٠ وما بعدها ، وانظر في تأييد حق الأفراد في سلب الاختصاص الثابت بداءة للمحاكم المصرية لمصلحة قضاء دولة أجنبية، د/ عكاشة محمد عبد العال في مؤلفه مع د/ هشام علي صادق المرجع السابق ص ٧٣، ٧٤ خاصة هامش رقم ١، مؤكداً علي أنه يتم وضع الأمور في نصابها الصحيح ، وحتى لا يكون للأفراد حرية سلب الاختصاص في كافة الأحوال "يجب ترك لقاضي الموضوع مدى ملاءمة الاعتداد بإرادة الخصوم في جانبها السالب، ويكون القاضي في تقديره لهذه الملاءمة محكوماً بالظروف الموضوعية التي تحيط بكل حالة علي حدة، ومشيراً في هذا المعنى للدكتور/ أحمد قسمت الجداوى بند ١٢٠ ص ١٣٨، وبندى ١٤٨، ١٤٩ ص ١٥٨ وما بعدها، وراجع ذات المعنى ذلك في الفقه الفرنسي:

باتيغول وفرانيسيسكاكيس ، وليجالشين بارون، موسوعة القانون الدولي، الاختصاص المدني والتجاري بند ٣٣ ومابعده، و مايير ، في الوجيز ، ص ٢٢٦، لوسوان وبوريل الوجيز، ص ٥٧٤.

(٢) د/ هشام علي صادق و د/ عكاشة محمد عبد العال "الإجراءات المدنية الدولية"، المرجع السابق، ص ٧٧ .

السيادة، أى سيادة دولته ليقدر الاختصاص لمحاكمه الوطنية وإلا كان الحكم الذي سيصدره سيكون مستقبلاً للتنفيذ غير مضمون.... وذلك في حالة كون هذه المحكمة محكمة غير ملائمة لنظر النزاع، فالاعتراف للإرادة بدورها السلبي في عقد الاختصاص للمحاكم الأجنبية قد ينفي نزعة الأنانية والإيثار من المشرع الوطنى لتقريره هذا الدور في الصورة الإيجابية فقط لكفالة آثار الحكم الصادر بالتالى تأمين مصالح الخصوم، والتي تشكل هدفاً رئيسياً للتنظيم القضائى عموماً.

ومن ناحية أخيرة، فإن إعمال الأثر المزدوج للإرادة في مجال الاختصاص القضائى الدولى يجنب القضاء المصرى أن يصدر أحكاماً عديمة القيمة الفعلية أو غير مكفولة النفاذ، إذ أنه لا مصلحة للدولة في أن تصدر أحكاماً عديمة القيمة من الناحية العملية، ومن ثم فالأولى الاعتداد بهذا الاختيار، وعقد الاختصاص للمحكمة المتفق عليها من قبل الأطراف حيث هى المحكمة الأكثر ملاءمة، والأكثر قدرة على كفالة آثار الحكم الصادر عنها على الأقل من وجه نظر أصحابها^(١).

وهكذا انتهى الفقه المصرى الغالب إلى تأييد الاعتراف للإرادة بالأثر المزدوج في مجال الاختصاص القضائى الدولى، ويرى أن إجازة جلب

(١) د/ فؤاد رياض ود/ سامية راشد: المرجع السابق، في شأن قبول الدفع بالإحالة أمام القضاء المصـــــــرى، ص ٤٠٨، وانظر في ذات المعنى، د/ هشام على صادق: "الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية"، الإسكندرية ١٩٩٠، بدون ناشر، ص ١٥، وراجع له أيضاً: "دروس في تنازع الاختصاص القضائى الدولى"، طبعة عام ١٩٩٥، ص ١٤٣ وما بعدها.

الاختصاص للمحاكم المصرية إنما يقتضى أيضاً القول بجواز سلب الاختصاص من هذه المحاكم، نظراً لعدم وجود نص قانونى صريح وقاطع يحظر مثل هذا الوضع^(١).

أضف إلى ذلك، أن المشرع عندما يجيز للخصوم تسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم

- كقضاء خاص - داخل البلاد أو خارجها ولا يضع قيد علي حرية الأفراد في عقد جلسات التحكيم وحسم الخصومة التحكيمية خارج مصر، ومثل هذا النظر يمكن أن يساعدنا في فهم طبيعة قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية^(٢).

وفي ضوء ما تقدم:

يحق لنا أن نقترح مادة مضافة لأحكام الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية من شأنها في رأينا أن تحل المشكلة المثارة وتضع الحل المناسب والذي يرفع كافة الاعتبارات السابقة والمادة المقترحة يجرى نصها علي النحو التالي:

"يكون الشرط السالب للاختصاص صحيحاً إذا كانت المحكمة الأجنبية المختارة أقدر علي الفصل في النزاع المعنى، ويكون هذا الشرط باطلاً

(١) د/ فؤاد رياض ود/ سامية راشد: المرجع السابق ، ص٤٤٦، د/عنايت عبد الحميد: المرجع السابق ، ص١٠٢، د/ عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق ، ص١٩٥-٢٠٥، د/ حفيظة السيد الحداد: " الموجز في القانون الخاص الدولي، الكتاب الثانى الاختصاص القضائى الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم " ، الطبعة الأولى ٢٠٠٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية، ص١٣٦ وما بعدها .

(٢) د/ إبراهيم أحمد إبراهيم: "القانون الدولي الخاص" ، الكتاب الأول ، الاختصاص القضائى الدولي والآثار الدولية للأحكام ، ١٩٩٦ ، بدون ناشر، ص ٥٩ وما يليها .

إذا كانت المحاكم المصرية أقدر علي الفصل فيه، أو كان لا يحقق الحماية للشخص المحتاج إليها".

المطلب الثاني

إرادة الأطراف وتحقيق فكرة الملاءمة في الاختصاص

تمهيد:

انتهينا في موضع متقدم من هذه الدراسة إلى أنه قد بات راسخاً في الفقه المقارن^(١) والتشريعات الحديثة والاتفاقيات الدولية وأعمال الهيئات العلمية أمر مشروعية اتفاقات اختيار القاضى بما يتفق مع التوسع المنشود في أعمال مبدأ سلطان الإرادة في المعاملات الدولية كمبدأ ملائم بالنسبة لتيسير علاقات الأفراد وتنفيذ الحكم الصادر وفعاليته طالما خلا من الغش والتحايل، إلا أن ذلك لا يعنى أن سلطان الإرادة في مجال الاختصاص القضائى الدولى غير مقيد أو متحرر من الضوابط بحيث يتمتع الأفراد بالحرية المطلقة في اختيار المحكمة التي تتولى الفصل في منازعاتهم، فالقول بذلك يمكن أن يفضى إلى نقيض الأهداف التي بُنى علي أساسها مبدأ مشروعية اتفاقات اختيار القاضى علي الصعيد الدولى. فلا بد من تصور مجموعة من الشروط والضوابط التي تكفل تكريس هذه الأهداف

وتعمل علي تحقيقها من خلال وضع هذه الإرادة في إطار نظام قانونى يضبطها ويقيم توازناً دقيقاً بين حق الأطراف في اختيار المحكمة التي تتولى الفصل في منازعاتهم، وحق الدول في ألا يتخذ من اتفاق اختيار

(١) انظر :

- BERNARD AUDIT: "droit international privé 2em édition , P.334, no.385 . Economica" , 1998 ,

القاضي وسيلة للتحايل علي قواعد الاختصاص القضائي الدولي والتهرب من أحكامها الأمرة، ويتضح ذلك من خلال بحثنا لهذه المسألة في:

الفرع الأول: شروط اختيار الأطراف للمحكمة المختصة.

الفرع الثاني: فعالية اختيار الأطراف للمحكمة المختصة .

الفرع الثالث: آثار الاتفاق علي اختيار المحكمة .

الفرع الأول

شروط اختيار الأطراف للمحكمة المختصة

بداية إن اختيار الأطراف للمحكمة التي تنظر النزاع القائم بينهم يعتبر كأي اتفاق "عقد" يستلزم أن يكون مستوفياً لشروط صحته الموضوعية منها والشكلية المتطلبة لقبوله في المجال الداخلي، كأن يكون هذا الاتفاق مبنياً على رضا صحيح سليم خالٍ من عيوب الإرادة، وأن ينصب على محل متوافره شروطه القانونية ويتجه لتحقيق سبب مشروع، أي يقره القانون بالإضافة إلى مراعاة أننا بصدد اتفاق الأطراف على اختيار المحكمة المختصة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، أي استلزام صفة خاصة في هذا النزاع، وكون هذا النزاع ذا صبغة دولية، وتوافر الشروط الشكلية أي الشكل الذي يتطلبه القانون لعقد مثل هذا الاتفاق، سواء أكان في صورة اتفاق مستقل أو في صورة مشاركة أو بند في العقد الأصلي، وذلك على النحو التالي.

الشرط الأول : دولية موضوع المنازعة محل اتفاق اختيار القاضى^(١).

توصلنا فيما عرضنا له آنفاً إلى أن الفصل بين ما يدخل في الاختصاص الداخلي للمحاكم الوطنية وما يخرج عن هذا الاختصاص يخضع بالتالي لقواعد ومعايير الاختصاص الدولي لها هو اشتغال العلاقة على عنصر

(١) راجع في هذا الشرط MAYER et HEUZÉ المرجع السابق بند ٣٠٤ ص ٢٠٠ وما بعدها ، وبشأن مفهوم ومعايير الصفة الدولية ، د/ أحمد عبد الكريم سلامة " علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع " الطبعة الأولى ١٩٩٦ ، المنصورة ، مكتبة الجلاء الجديدة ، ص ١١٣ وما بعدها ، وراجع لذات المؤلف "فقه المرافعات" المرجع السابق، بند ١٢٠ ص ١٥١ وما بعدها، د/ حفيظة السيد الحداد : " الموجز" المرجع السابق، ص ٩٢ وما بعدها.

أجنبي واتصافها بالتالي بالصفة الدولية، وتضفي هذه الصفة - كما سبق الذكر- علي المنازعة خصوصية فنية وتتطلب بالتبعية مراعاة اعتبارات الملاءمة Opportunité بشأنها واستقرار العلاقات القانونية للأفراد عبر الحدود^(١).

لذلك فليس هناك مجال للحديث عما يسمى بتنازع الاختصاص القضائي الدولي

"Conflit juridictions" إلا إذا ما اتسمت العلاقة أو الرابطة القانونية محل المنازعة بالصفة الدولية بالمعنى المعروف في فقه القانون الدولي الخاص أي اشتملت علي عنصر أجنبي^(٢) "Relation a élément d'extranété"، أما لو كانت العلاقة في جميع عناصرها مرتبطة بدولة واحدة لما ثار التساؤل حول محاكم أية دولة مختصة بحكم المنازعة المعروضة، إذ ينعقد الاختصاص دون جدال لمحاكم تلك الدولة التي تركزت فيها كل عناصر العلاقة باعتبارها علاقة وطنية أو داخلية بحتة، مع الأخذ في الاعتبار أن مجرد طرح النزاع علي قضاء الدولة التي تم اختيارها بموجب اتفاق الأطراف لا يؤثر علي انتماء العلاقة القانونية لنظام قانوني واحد، لأن هذه العلاقة لم ترتبط بهذه الدولة من خلال عناصرها الذاتية حتى يتعين القول بأنها ارتبطت بأكثر من نظام قانوني

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة : "تأملات في ماهية قاعدة التنازع"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٥١، لسنة ١٩٩٥، ص ٩٥ وما بعدها.

(٢) راجع في آراء هذا الاتجاه في الفقه المصري د/ عكاشة محمد عبدالعال "الإجراءات المدنية....." المرجع السابق، ص ٦٣ وما بعدها، وفي الفقه الفرنسي H.GRUDMET –TALLON رسالتها المشار إليها سابقاً من ص ١٨٧ : ١٩٧، راجع آراء الفقه والأحكام التي أوردتها خاصة بند ٣٠١ وما يليه ص ١٨٩ وما بعدها

واكتسبت بذلك الصفة الدولية ^(١)، فرفع النزاع أمام قضاء دولة أجنبية لا يكفي في حد ذاته لإضفاء الصفة الدولية علي العلاقة القانونية بصفة عامة ^(٢).

والمأمل في بعض النصوص التشريعية المقارنة المعاصرة يلحظ أن أغلبها لم يفصح عن شرط دولية المنازعة صراحة واعتبار أن دولية المنازعة شرطاً مفترضاً ومتطلباً دون الحاجة إلى نص ^(٣)، إلا أن التشريعات المقارنة الأخرى قد سعت لتأكيد هذا الشرط، فاستلزمت لتطبيق وسريان نصوصها أن تكون بصدد موضوع نزاع ذات طابع دولي،

من ذلك القانون الدولي الخاص المجري (م ٦٢) ، والقانون الدولي الخاص الفنزويلي (م ٤٧) ، وفي فرنسا وحول مدى جواز الشروط المانحة للاختصاص الواردة في علاقات قانونية ذات طابع دولي - كما سبق وبيننا - قطعت محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٨٥ في المسألة بحكم

(^١) راجع في ذلك :

- PIERRE MAYER et V. HEUZÉ, " droit international privé" 7^e édition, Paris , montchrestien , 2001, P. 200.

(^٢) راجع:

-Cass.Civ , 1 chammmbre, 17 decembre 1985, Revue Citique de droit international privé , P.537.

وانظر في رفض هذا المعيار "رفع النزاع أمام قضاء دولة ما": د/ هشام علي صادق: "القانون الواجب التطبيق علي عقود التجارة الدولية" طبعة ١٩٩٧ ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، ص ٧١ وما بعدها.

(^٣) انظر: د/ محمود محمد ياقوت: "حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق" ،

رسالة دكتوراه، حقوق إسكندرية ، ١٩٩٨، ص ٣٧ وما بعدها.

يقضى علي الخلاف ويحسم الشك، فقضت بأن الشروط المتعلقة بمنح الاختصاص الدولي هي شروط مشروعة كمبدأ عام وذلك متى تعلقت بنزاع ذي صبغة دولية، وطالما أن الشرط لا يتصادم مع الاختصاص المحلي لمحكمة فرنسية^(١).

أما اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٨ والسابق تناولها، فنصت مادتها الأولى علي أن: "الاتفاقيات الحالية واجبة التطبيق علي البيوع ذات الطابع الدولي المنصبة علي أشياء مادية منقولة" ، كما أن اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٥ نصت في مادتها الثانية علي أن: "الاتفاقية الحالية تسرى - في العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي - علي اتفاقات اختيار القاضى المبرمة في المجال المدني أو التجارى".

فشرط دولية المنازعة قد ورد النص عليه بطريقة مجملة ولكنه ورد بطريقة أكثر تفصيلاً في اتفاقية لاهى لسنة ٢٠٠٥ علي النحو التالي:

فقد نصت اتفاقية لاهى لعام ٢٠٠٥ بشأن اتفاقات اختيار القاضى في مادتها الأولى علي أن: "١- الاتفاقية الحالية تسرى - بصدد المراكز القانونية ذات الطابع الدولى - علي الاتفاقات الحصرية لاختيار القاضى المبرمة في المجال المدنى أو التجارى.

٢ - يطبق الفصل الثاني من هذه الاتفاقية عندما تكون بصدد مركز قانوني ذي طابع دولي،

(¹) انظر: حكم محكمة النقض الفرنسية ١٧/١٢/١٩٨٥، منشور في: Rev.Crit.1986.P.538.

تعليق H.GAUDMET- TALLON الحكم منشور أيضاً في Dalloz عام
1986 information rapide ، تعليق Audit ، ص ٢٦٥.

إلا إذا كان الأطراف يقيمون في نفس الدولة المتعاقدة، أو كانت العلاقات بينهم وجميع العناصر الأخرى المتعلقة بالمنازعة متركزة فقط في هذه الدولة، وذلك أيّاً كانت المحكمة المختارة" ^(١).

وقريباً من النص الوارد في اتفاقية لاهاى لعام ١٩٥٨ والثانية لعام ١٩٦٥ ورد في

مبادئ المرافعات عبر الوطنية الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص ومعهد القانون الأمريكى عام ٢٠٠٤ والتي نصت في مادتها التمهيدية علي أن: "المبادئ الحالية مخصصة لتسوية المنازعات ذات الطابع الدولي في المسائل التجارية وتصلح أيضاً لحل معظم المنازعات ذات الطبيعة المدنية....." ^(٢).

ويتضح من ذلك أن الاتفاقيتين "لاهاى ١٩٥٨ ، ١٩٦٥" السابقتين، ومبادئ المرافعات عبر الوطنية قد اشترطت دولية المنازعة بهذه الطريقة المجملة، إلا أن اتفاقية لاهاى لعام ٢٠٠٥ قد ورد النص فيها علي هذا الشرط بطريقة أكثر تفصيلاً، في الفصل الثانى من الاتفاقية والذي ينظم اختصاص المحكمة المختارة والتزامات المحاكم غير المختارة والاختصاص بالأمور المستعجلة، وفقد عرفت الصفة الدولية لموضوع

^(١) راجع نصوصها علي شبكة المعلومات الدولية علي الموقع التالى:

[Http://www.hcch.net/index-fr.PHP?act=conventions-Text&cid=98](http://www.hcch.net/index-fr.PHP?act=conventions-Text&cid=98).

وراجع تفصيلاً حول معيار الدولية وفقاً لهذه الاتفاقية، وتقييم هذا المعيار، والمعيار المقترح في هذا المقتراح
د/ محمد الروبى: " دور الإرادة...." ، المرجع السابق، ص ١١٩ بند ١١٤ وما يليه.
^(٢) راجع تفصيلاً د/ محمد الروبى: دراسته فى "مبادئ المرافعات عبر الوطنية" ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٧.

النزاع بطريقة سلبية، فذكرت أن موضوع النزاع يكون ذو طبيعة وطنية خالصة إذا اجتمع له شرطان - وما عداهما يكون النزاع ذا صبغة دولية - وهما، الأول: أن تكون إقامة الأطراف في دولة واحدة. الثاني: أن تكون العلاقات بين الطرفين وسائر العناصر الأخرى المرتبطة بالنزاع

- بخلاف المحكمة المختارة - لا ترتبط إلا بهذه الدولة^(١).

كما أن نص المادة ٢٣ من التنظيم الأوربي بروكسل رقم ٤٤ لسنة ٢٠٠١ لم يضع أى شرط فيما يتعلق بالصفة الدولية للعلاقة محل النزاع، إلا أنه يبدو من غير تطبيق نص هذه المادة علي علاقات داخلية في حين أن القانون الداخلي في معظم الدول الأعضاء في هذا التنظيم هو قانون "تضييقي" أى أنه قانون يميل إلى التشدد بالنسبة للشروط

(١) راجع التقرير التفسيري للاتفاقية المشار إليه سابقا ، الوارد به نص المادة الأولى من الفصل الثاني في الفقرة الثانية التي نصت علي أن:

L'article 1 (2) définit le terme "international" aux fins des règles de compétence.11 indique qu'une situation est internationale sauf si les deux conditions suivantes sont réunies : premièrement , les parties résident dans le même Etat contractant et deuxièmement , les relations entre les parties et tous les autres éléments pertinents du litiges (quel soit le lieu du tribunal élu) ne sont liés qu'à cet Etat . Cela signifie que les règles de compétence de la convention s'appliqueront soit si les parties ne sont pas résidentes du même Etat, soit si un autre élément pertinent du litige (autre que la situation du tribunal élu) a un lien avec un autre Etat".

التي تعدل من الاختصاص الدولي للمحاكم الذي يستند لضوابط إقليمية^(١)، بينما وضع شروط لاختيار المحكمة منها:

أن تكون المحكمة المختارة بالشرط هي محكمة إحدى الدول الأعضاء هذا من جهة،

ومن جهة أخرى أن يكون أحد الأطراف علي الأقل متوطناً - أثناء إبرام العقد - في أراضي دولة عضو، وعندما يعين الشرط محاكم دولة عضو ويكون الطرفان متوطنان في دولة تالئة تقدر صحة الشرط من قبل محاكم الدولة المختارة (والتي تم الاتفاق علي انعقاد الاختصاص لها) وفقاً لقوانينها الداخلية، ومحاكم الدول الأخرى الأعضاء لا يمكنها النظر في الخلاف مادامت محاكم الدول المختارة لم تنف صلاحيتها،

وعندما يعين الشرط محاكم دولة غير عضو فلا تطبق المادة ٢٣ ، وقد يحدد الشرط محكمة بعينها أو يحدد عموماً محاكم دولة معينة أو يحدد محاكم دولتين أو أكثر وقد يكتفى الشرط باستبعاد بعض المحاكم من نظر النزاع، إلا أن هذا الشرط لا يمكن أن يرد علي الاختصاص الحصري أو المتعلق بالنظام العام للدولة التي يستبعد اختصاصها (طبقاً لنص المادة ٢٢ من نفس الاتفاقية) ، كما أنه لا يجوز أن يلغى صلاحية حمانية لطرف ضعيف (م ١٣، ١٧) من ذات الاتفاقية^(٢).

(١) راجع في هذا المعنى: H.GAUDEMET – TALLON, oP.cit, n. 114.

(٢) راجع في ذلك PIERRE MAYER ET VINCENT HEUZÉ ، المرجع السابق ، خاصة بند ٣٥١ ص ٣٢٧ حيث أشار إلى أنه لا يمكن استبعاد اختصاص محكمة عندما يكون هذا الاختصاص الثابت لها مقررأ لصالح طرف معين من أطراف الدعوى، وأكد علي أن تأويل هذا الشرط لصالح واحد من الأطراف يجب أن يتجلى

ومن هنا كانت دولية العلاقة شرط أساسى لوجود القانون الدولى الخاص و حدوث تنازع

في الاختصاص القضائى الدولى بشأنها^(١)، ولكن السؤال المطروح متى يعتبر العقد الذي ورد فيه شرط تعيين المحكمة المختصة عقداً دولياً ؟

لقد اختلف الفقهاء بصدد معيار تحديد دولية العقد إلى ثلاثة آراء، الرأى الأول يرجح المعيار القانونى، والثانى يقول بالمعيار الاقتصادى، فالمعلوم من فقهاء هذا الفرع من فروع القانون وبحسب القواعد العامة فيه أن صفة الدولية هذه تثبت للعلاقة وفقاً لأحد معيارين^(٢) ،

الأول: المعيار القانونى "Critère juridique" ووفقاً له تكون العلاقة القانونية دولية فيما لو كان أحد عناصرها الثلاثة "الأطراف - المحل - السبب" علي الأقل أجنبياً، وذلك بأن تختلف جنسية أطراف العلاقة أو تقع مواطنهم في دول مختلفة أو يبرم العقد أو ينفذ في إقليم دولة أجنبية^(٣).

بوضوح من عبارات النص، أو من مجمل الدلائل المستقاه من العقد، أو من ظروف وحيثيات الاستنتاج.

(١) بشأن العنصر الأجنبى أساس وجود القانون الدولى الخاص راجع:

-ZEDZIC (M.): "L'élément étranger l'etendu du droit international privé", mélanges Kollwisch et Offerhaus, 1962.

(٢) د/ محمود محمد باقوت: "حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولى"، منشأة المعارف الإسكندرية ٢٠٠٠ م، ص ٣٧ : ٦٥ .

(٣) حول المعيار القانونى لدولية العقد د/ أحمد عبد الكريم سلامة: في كتاب "علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع"، المرجع السابق، طبعة مؤسسة دار النهضة العربية ٢٠٠٩، ص ١١٣ وما بعدها، د/ عادل أبو هشيمة "عقود وخدمات المعلومات....."، المرجع السابق، ص ٣٥ وما بعدها .

الثاني: المعيار الاقتصادي: "Critère économique" وبموجبه تعد العلاقة دولية كلما تعلقت بمصالح التجارة الدولية، ويحدث ذلك إذا ترتب علي العقد تدفق للسلع والخدمات عبر الحدود^(١).

وقد اقتضت اعتبارات الملاءمة وجوب تبني حل توفيقى بين المعيارين السابقين وذلك لتحقيق سعة ومرونة تتفق مع واقع التجارة الدولية، بما يحقق نوع من الملاءمة في التطبيق مع ما يستجد من مشكلات وعلاقات حديثة في القانون الدولى الخاص " كأن تكون العلاقة في أحد عناصرها أجنبية، أو كانت علاقة تعاقدية ينتج عنها تدفق للسلع والخدمات عبر الحدود"،

ومع ذلك نؤيد مع الرأى الثالث والراجح الذي ينادى بتطبيق المعيار القائم علي ارتباط العناصر الذاتية للعقد بأكثر من نظام قانونى واحد خاصة إذا تعلقت هذه

(١) لمزيد من التفاصيل حول المعيار الاقتصادي لدولية العقد: د/ عادل أبو هشيمة، المرجع السابق ، ص٤١ وما بعدها، د/ أشرف وفا "المنافسة غير المشروعة في القانون الدولى الخاص" طبعة ٢٠٠٠ ، دار النهضة العربية ، ص٢٠٧. ود/ جمال محمود الكردى في كتاب "حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية" الطبعة الأولى دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٢ ص١٣٦ وما بعدها ، د/ محمد الروبى قطب عطا الله: "دور الإرادة....." المرجع السابق بند ١١٥ ص١٢٠ هامش ٢١ في عرضه للمعيار المتبنى من قبل اتفاقية لاهاي ٢٠٠٥ لصبغ موضوع النزاع بالصبغة الدولية، وما يقترحه في هذا المعيار خاصة ص١٢١ وما بعدها، والذي يقترح أن يستخلص معيار دولية المنازعة علي النحو التالى: "يكتسب موضوع المنازعة الصفة الدولية ، إذا كان محل الإقامة المعتاد للطرفين، أو مركز إدارتهما الرئيسى- إذا تعلق الأمر بشخصين اعتباريين- يوجد في دولتين مختلفتين وقت نشوء العلاقة بينهما أو حدث اختلاف الإقامة بعد نشوء العلاقة القانونية، بناء علي مبررات مشروعة وجدية يستخلصها القاضى، أو وجود عنصر مؤثر - علي الأقل - من عناصر العلاقة التي نشأ عنها النزاع في دولة أخرى غير تلك التي يوجد بها بقية العناصر".

المنازعة بمصالح

التجارة الدولية^(١).

الشرط الثاني : تراضى الطرفين علي تسوية منازعاتهما عن طريق قضاء دولة معينة:

ويقصد بالتراضى "Consentément" انصراف إرادة الطرفين إلى الفصل في منازعاتهما الناشئة أو تلك التي يمكن أن تنشأ من علاقاتهما القانونية علي قبول قضاء دولة معينة أو محكمة ما ضمن هذا القضاء دون المحكمة أو المحاكم المختصة أصلاً بالفصل فيه^(٢).

ولقد أوضحنا عند الكلام عن القبول كضابط من ضوابط الاختصاص القضائي للمحاكم المصرية وفي مجمل دراستنا لنص المادة "٣٢" من قانون المرافعات الحالي ١٩٦٨ مفهوم الخضوع الإرادى لولاية القضاء المصرى ، وبيننا صور التراضى علي اتفاق اختيار القاضى كأحد الشروط الموضوعية لصحة هذه الاتفاقات وفقاً لمعيار دولية المنازعة السابق الحديث عنه، ويمكننا أن نؤكد علي أن التراضى في كل الاتفاقات واحدة، سواء أكان هذا التراضى لجلب الاختصاص لولاية القضاء المصرى طبقاً لنص المادة ٣٢ السابق الحديث عنها أو حتى لسلب هذا

(١) ولمزيد من التفاصيل حول المعايير الثلاثة، راجع د/ محمود محمد ياقوت: "حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولى بين النظرية والتطبيق" ، المرجع السابق ، ص ٣٠ وما بعدها.

(٢) راجع في هذا الشرط بصفة عامة د/ عبد الرازق أحمد السهورى: "الوسيط في شرح القانون المدنى"، الجزء الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام، تنقيح المستشار/ أحمد المراعى، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٤ ص ٢٩٨ وما يليها.

الاختصاص والعهدة به إلى محاكم دولة أخرى أجنبية لم تكن مختصة لولا هذا الاتفاق.

فيجب أن يكون هذا التراضي صحيحاً، بأن تكون إرادة كل من الطرفين سليمة

من العيوب التي تفسد التراضي - كالغلط والإكراه والتدليس والاستغلال والأهلية المتطلبة - وفقاً

لما هو مستقر عليه في القواعد العامة في القانون المدني، وذلك لأن القاضي في تقديره لصحة هذا الاتفاق وصحة التراضي وبطلانه لا يأتمر إلا بأوامر مشرعه الوطني فيحددها طبقاً لما هو معمول به في القانون الوطني المدني الذي ينظم العلاقات الخاصة فيما بين الأفراد مع مراعاة دولية العلاقة القانونية محل المنازعة، لذلك فإننا نكتفي بذلك والرجوع بشأن التفاصيل إلى المراجع العامة في نظرية العقد ^(١) ، خاصة وأن شرط التراضي الصادر ممن يملكه لا يتميز بصدد اتفاق اختيار القاضي بخصوصية عما هو مقرر في القواعد العامة من أحكام.

الشرط الثالث: أن تكون المسألة محل النزاع مما يجوز بشأنه جعل الاختصاص لمحكمة أجنبية (الاختصاص الأمر - الاختصاص الجوازي) .

محل اتفاق اختيار القاضي هو الالتزام بعدم طرح منازعة ناشئة أو قد تنشأ عن علاقة قانونية معينة علي المحكمة أو المحاكم المختصة بها أصلاً وعرضها عند نشؤها علي قضاء

(١) د/عبد الرزاق السنهوري "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد"، الجزء الأول "مصادر الالتزام" بوجه عام ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ نشر، ص ٨٢٨ .

دولة أخرى، أو محكمة معينة بداخله، وذلك في صورة التزام الأطراف بعرضه علي المحكمة التي اتفقوا علي انعقاد الولاية لها للفصل في هذا النزاع رغم أنها لم تكن مختصة لولا هذا الاتفاق - كما سبق القول - أو تحديد محكمة معينة من بين عدة محاكم مختصة وبذلك يستبعد باقي المحاكم الأخرى عن نظر النزاع .

ويجب أن ينصب هذا الاتفاق علي مسألة مما يجوز الاتفاق عليها بأن "يكون محل اتفاق الأطراف ممكناً" ^(١)، أى أنه إذا ما صادف هذا الاتفاق مسألة من المسائل المتعلقة بالاختصاص الحتمى أو الأمر والتي لا يجوز الاتفاق علي ما يخالفها، وقع هذا الاتفاق باطلاً، لعدم قدرة إرادة الأفراد علي مخالفة قواعد الاختصاص المباشر ^(٢) "عند رفع الدعوى" والتي يقرر لها الصفة الآمرة والعهد به إلى محكمة دولة أخرى، وتطلب هذا الشرط - عدم جواز نزع الاختصاص الأمر أو القاصر - لتحقيق نوع من الملاءمة في عقد الاختصاص للمحكمة التي تم الاتفاق عليها باعتباره شرطاً ضرورياً لتنفيذ الأحكام الأجنبية بناء علي هذا الاتفاق،

(١) د/ أحمد محمد الهوارى: "القانون الدولي الخاص"، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين"، طبعة ١٩٩٢ بدون ناشر، ص ١٩٣ وما يليها .

(٢) وفي التفرقة بين الاختصاص القاصر والحتمى المباشر - والاختصاص المشترك غير المباشر الذي يجوز الخروج منه باتفاق الأطراف "الاختصاص الاختياري للخصوم" أو ما يعرف بجواز ابرام اتفاقات اختيار القاضى بصدده، راجع في ذلك: BATIFFOL HENRI: droit international privé, 5 édition , Tome II ,Paris 1971, n 718 , p.424.

وعلي ذلك نصت المادة ٢٨٩ في فقرتها الأولى من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الحالي علي أنه "لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي: ١- أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها"^(١).

وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر - بخصوص مدى جواز الشروط المانحة للاختصاص في علاقة ذات طابع دولي - عام ١٩٨٥ فجاء في منطوق الحكم بأن "الشروط المتعلقة بمنح الاختصاص الدولي هي شروط مشروعة كمبدأ عام، وذلك متى تعلقت بنزاع ذي صبغة دولية، وطالما أن الشرط لا يتصادم مع الاختصاص الإقليمي الأمر لمحكمة فرنسية"^(٢)،

(١) ونفس الشرط منصوص عليه في قانون المرافعات الملغى ١٩٤٩ بنص المادة ٤٩٣ راجع في ذلك: د/ محمد عبد المنعم رياض : في " مبادئ القانون الدولي الخاص " الطبعة الثانية ١٩٤٣ ، دار النهضة العربية، ص ٥٧٨ بند ٦٤٠ وما يليه، د/عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص ٩٠٠ وما بعدها، د/ محمد كمال فهمي "أصول القانون الدولي الخاص" الطبعة الثانية، ١٩٨٠، ص ٦٧٥.

(٢) انظر الحكم الصادر في ١٧ / ١٢ / ١٩٨٥ منشور في: Rev.Crit. 1986 p. 537.

وراجع في الفقه الفرنسي :
-MAYER PIERRE : " droit inter national privé " 1995 , p. 268 etss.
-MAYER PIERRE et VINCENT HEUZÉ : "droit international privé", 7édition Montchrestien ,2001, P. 200 etss.

وذلك لأن القانون الفرنسي في المادة ٤٨ مرافعات لا يسمح بإعطاء أي دور لإرادة الأفراد في المجال الداخلي بصدد تحديد الاختصاص القضائي - باستثناء العقود فيما بين التجار- ولكن هذه المادة لا تطبق في خصوص المنازعات ذات الطابع الدولي^(١)، وهو ما جعل محكمة النقض الفرنسية تكرر مبدأ "صحة شرط الاتفاق علي الاختصاص القضائي الدولي، التي لا تدخل في الاختصاص القاصر للمحاكم الفرنسية"^(٢).

وتثور المشكلة بصدد تحديد المسائل التي يجوز للأطراف الاتفاق علي ما يخالفها "الاختصاص الجوازي" ، وتلك التي لا يجوز الاتفاق علي مخالفتها^(٣)، فإذا ما اضطلع المشرع في الدولة بتحديد الحالات التي يجوز الاتفاق علي مخالفتها وتلك التي لا يجوز

بصددها فلا توجد مشكلة، فالأمر أصبح قاطعاً بمقتضى هذه النصوص

وراجع في هذا الشرط تفصيلاً خاصة في تحديد مفهوم الاختصاص الحتمي أو الأمر، والتفرقة بينه وبين الاختصاص المانع أو القاصر: د/ محمد الروبي ، المرجع السابق ، ص ١٣١.
(١) انظر:

-LOUSSOUARN YVON et BOUREL PIERRE et DE VARELLES.- SOMMIERES PASCAL: droit international privé, 8 édition , Dalloz, 2004 , P.612.ets

(٢) راجع:

Cass.Civ 25 novembre 1986, Rev.Crit 1987, P.396 . not .Hélène.gaudemet- tallon.

(٣) د/عكاشة محمد عبد العال: " تنفيذ الأحكام الأجنبية بين فكرتي الاختصاص القاصر والاختصاص المشترك " ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ١٩٩٢ ، ص٢١٨ ومابعد، وفي " الإجراءات المدنية والتجارية الدولية " المرجع السابق، ص٣٠٤ وما يليها

التي تعتبر حدود وقيود علي إرادة الأطراف في إبرام اتفاقاتهم المتعلقة بالاختصاص القضائي مثال هذه التشريعات:

"القانون الدولي الخاص (السويسري م ٥ ، المجرى م ٦٢ ، الفنزويلي م ٤٧ ، والروماني م ١٥١ ، والتونسي م ٥ ، والمادة الثانية من اتفاقية لاهاي لعام ٢٠٠٥)^(١) ، والتي قصرت جواز اتفاق اختيار القاضى علي مسائل المعاملات المالية، وأجازت الاتفاق علي اختيار المحكمة في مسائل الأحوال الشخصية بشرط أن يكون هذا الاتفاق لصالح محاكمها الوطنية ولو علي حساب أفضية الدول الأخرى، متأثرة هذه التشريعات في موقفها هذا بأهداب السيادة الإقليمية البحتة والتزمت الوطنى والأفكار التقليدية القديمة والتي تم تجاوزها وإهمالها كما سبق وأشرنا من قبل.

إلا أن الشائبة تكون في المسائل التي لا يتناولها المشرع بالتنظيم، تاركاً الأمر لاجتهاد من الفقه والقضاء - كما ذكرت المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصرى - يواجهان به تطور المعاملات الدولية، فما هو معيار تحديد حالات هذا الاختصاص الحتمى أو الأمر حتى لا يقدم الأطراف علي إبرام مثل هذه الاتفاقات بعقد الاختصاص لمحاكم دولة أخرى مخالفاً بذلك هذا الاختصاص الأمر؟

(١) راجع نصوص جميع هذه القوانين: د/ محمد الروبى، المرجع السابق، في الفصل الأول من الدراسة في المواضيع التي ذكرت فيها.

فهل يمكننا القول بأن المسألة ممكن أن تندرج تحت ما يسمى بفكرة النظام العام كميّار للاختصاص الحتمي أو الأمر؟ أم يمكن القول بجواز قياس مسألة الاختصاص الأمر والحتمي والاختصاص الجوازي القابل للاتفاق المانع للاختصاص علي المسائل القابلة للتحكيم وتلك التي لا يجوز فيها التحكيم ؟ ، أم أن الأمر يخضع لاعتبارات ولتكييف من نوع خاص بما أننا نتحدث عن الدور الذي يمكن أن تلعبه إرادة الأطراف باتفاقات اختيار القاضي في تحقيق فكرة الاختصاص الملائم، إذا ما اعتبرناها اتفاقات أو "شروط إستثنائية" بخصوص عقد الاختصاص للمحكمة الملائمة، كما عرفته النظم الأنجلو أمريكية؟! وفي سبيل التوفيق بين اختصاص المحكمة المصرية بنظر النزاع وفي الوقت نفسه اختصاص المحكمة الأجنبية، وجدت معايير لإجراء عملية التفضيل هذه ، وبصدد شرط إمكانية إجراء هذا الاتفاق اختلف الفقهاء إلى ثلاثة آراء:

الرأى الأول: ينادى بضرورة إجراء التفرقة بين الاختصاص المشترك والاختصاص القاصر للمحاكم الوطنية ،

والثاني: يرجع هذا الشرط إلى طبيعة التفرقة بين الاختصاص الأمر والاختصاص الجوازي ، **والثالث:** يرجعها إلى فكرة الرابطة الوثيقة بين المحكمة الأجنبية

"المتفق عليها" والمنازعة أى يرجعها إلى فكرة مدى تعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام من عدمة (فكرة النظام العام الإجرائي)، إلا أن الإتجاه الراجح في الفقه يرى - وبحق - أن هذا الشرط

"إمكانية إبرام الاتفاق علي اختيار محكمة معينة للفصل في النزاع" ، يستند إلى اعتبارات هي قوام فكرة الملاءمة في عقد الاختصاص لمحكمة هي الأقر علي الفصل في هذا النزاع علي النحو السابق ذكره ^(١).

الشرط الرابع: أن يكون سبب الاتفاق علي اختيار المحكمة مشروعاً.

فيما يتعلق بسبب Cause اتفاق اختيار القاضي فهو رغبة الأطراف في تنحية

أو المحاكم المختصة بالفصل في النزاع والعهدة به إلى المحكمة المختارة والتأكد من إنعدام التحايل علي الاختصاص القضائي الدولي، فيتعلق السبب هنا بالبائع الذي دفع الأطراف إلى إبرام هذا الاتفاق أو عقد هذا الالتزام وبه يتم الاجابة عن التساؤل لماذا أبرم الأطراف هذا الاتفاق؟! وهذا السبب يفترض دائماً أنه مشروع إلا إذا قام الدليل علي عكس ذلك، وأثبت أن البائع الدافع لهذا الاتفاق "اختيار القاضي" هو الغش أو التحايل نحو القانون أو الاختصاص أو نحوهما معاً "Forum shopping" ⁽²⁾.

ويرد الفقه الغالب إلى أن حرية الأطراف في اختيار محكمة ما للفصل في النزاع القائم بينهما مقيدة بضرورة وجود رابطة جدية بين النزاع وبين

^(١) لمزيد من التفاصيل حول هذا الشرط ، راجع: د/ ناصر عثمان: في بحثه حول " الاتفاق علي اختيار المحكمة المختصة في المنازعات الدولية الخاصة " ، المرجع السابق ، ص ١٢١ : ١٥٤ .

⁽²⁾ راجع حول فكرة تسوق المحكمة بصفة عامة. PASCAL DE VAREILLES –SOMMIERE: "le forum shopping devant les juridictions Françaises", fravavaux du comité français de droit international privé, 1998-2000 p.49

محكمة الدولة التي تم اختيارها ^(١) وعلي الأقل وجود مصلحة مشروعة لهم في هذا الاختيار ^(٢).

ومشروعية السبب كشرط لاتفاق اختيار القاضى ليس له خصوصية تميزه عما هو مقرر في القواعد العامة ومن ثم نكتفي بالإحالة إليها في هذا الصدد حتى لا نطيل في هذه الدراسة ^(٣).

خامساً: شرط الرابطة الجدية "Lien serieux"

وبعد توافر الشروط الموضوعية العامة من رضا صحيح سليم وصادف هنا

محلاً مستوفياً لشروطه القانونية ويتجه لتحقيق سبب مشروع ، كان - طبقاً للرأى الفقهي الغالب - لابد من توافر رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحاكم التي تم الاتفاق علي انعقاد الاختصاص لها بنظر هذا النزاع ، تحقيقاً لمبدأ الفاعلية السابق الإشارة إليه، حتى لا يتم إطلاق عنان تلك

(١) راجع د/ أحمد عبد الكريم سلامة: "فقه المرافعات...."، المرجع السابق ، ص١٤٧ بند ١١٦ وما يليه، د/هشام على صادق: "تنازع الاختصاص القضائي الدولي"، المرجع السابق ، ص ١٠٣ وما بعدها .

(٢) راجع د/ حسام أسامة محمد رسالته السابقة "الاختصاص الدولي....." ص٧٣، ٧٤ بند ٨٣ .

(٣) راجع في ذلك: د/عبد الرازق السنهورى: "الوسيط في شرح القانون المدنى الجديد، نظرية الالتزام المجلد الأول، مصادر الالتزام" ص ٨٣٤ وما يليها، ويراجع في التفاصيل: د/ محمود جمال الدين زكى "الوجيز في النظرية العامة للالتزامات" بحث د/ منصور مصطفى "السبب في الالتزامات الإرادية" مطبوعات كلية شرطة دبی ١٩٩٨ - ١٩٩٩ أشار إليه د/ محمد الروبى، المرجع السابق، ص ١١٢ هامش رقم ٤.

الإرادة، ولضمان فعالية الحكم الصادر عنها فيما بعد ^(١) ، وكفالة آثاره التنفيذية، فيلزم أن يكون مصالح الخصوم أو أحدهم علي الأقل مرتبطة بإقليم الدولة التي انعقد الاختصاص لمحاكمها مما يسهل معه مهمة اتخاذ إجراءات التنفيذ اللازمة ^(٢)، فضابط إرادة الأطراف قد لا يصلح بذاته ضابطاً مستقلاً للاختصاص القضائي الدولي بل لابد من تقييده بغيره من ضوابط الاختصاص الشخصية كالجنسية للمدعى أو توطن أو إقامة المدعى في مصر "بلد المحكمة المختارة" ، أو ضوابط ذات طابع موضوعي كتطبيق الالتزام بمصر وهو أمر تتطلبه كثير من التشريعات المقارنة،

ويأخذ بهذا الرأي أغلب أحكام القضاء الإنجليزي وبعض أحكام القضاء الفرنسي والألماني والهولندي والإيطالي ^(٣) ، وتبدو أهمية هذا الشرط في مواد الأحوال الشخصية وبصفة خاصة في مسائل الطلاق حيث يعتمد

(١) انظر: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ١٤٧ بند ١١٦، د/ فؤاد رياض ود/سامية راشد، المرجع السابق، ص ٤٤٦ ، د/ هشام محمد خالد "الشرط السالب" المرجع السابق، ص ١٥٢ ومابعداها .

(٢) انظر :

-MAYER PIERRE : " droit inter national privé ", 1995, n.293, P.225-226.

وكذلك LOUSSOUARN et BOUREL في المختصر طبعة ١٩٧٨ بند ٤٥٤ ص ٥٧٣-٥٧٤ ، وأيضاً: H.GAUDMET –TALLON في رسالتها السابق الإشارة إليها ، ص ١٩٧ وما يليها، بند ٣١٣ ومابعداها .

(٣) يراجع في تفاصيل ذلك الأحكام والمراجع التي أوردها ANCEL et LEQUETTE في مؤلفهما المشار إليه سابقاً ص ٥٥٣ وما بعدها ، Audit المرجع السابق ، ص ٣٣٧ هامش رقم ١ .

الخصوم إلى الالتجاء لمحاكم الدولة التي يعلمون مقدماً أنها ستحكم علي النحو الذي يتفق ومصلحهم^(١).

وقريب من فكرة الرابطة الوثيقة فكرة أخرى أكثر اتساعاً يتحقق معها - في رأيهم - الهدف المتوخى من وراء هذا الضابط ، وهى فكرة "المصلحة المشروعة للخصوم"^(٢)، وتقدر تلك المصلحة بمدى ما يحققه اختصاص تلك المحكمة بالفصل في النزاع من مصالح للخصوم^(٣).

ويبدو أن التعويل علي فكرة المصلحة المشروعة بدلاً من فكرة الرابطة الجدية

أن يرفع التناقض الذي يقع فيه الفقه حين يتطلب هذه الرابطة إذا تعلق الأمر بفكرة الخضوع الاختياري كسبب لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية دون أن يتطلبها في الحالات التي يتفق فيها الخصوم علي العهده بنزاعهم لمحكمين أجنب، علي الرغم من أن قرارات المحكم تعتبر قرارات وطنية^(٤)،

وفي تقييم شرط الرابطة الجدية يمكن القول أن تطلب توافر الرابطة الجدية

(١) د/ هشام على صادق المرجع السابق بند ٢٢٦ وما يليه ص ١٦٦ وما بعدها. وانظر كذلك:

ANCEL et LEQUETTE , op. cit, P.553.

(٢) انظر في الفقه المصرى د/عكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق، ص ٧٨ وما بعدها ، د/ حفيزة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص ١٢٦ وما بعدها.

(٣) راجع في الفقه الفرنسى H.GAUDEMET –TALLON الرسالة السابقة ، ص ٢٠١ وما بعدها بند ١١٩ وما بعدها ، MAYER et HEUZÉ ، المرجع السابق ، بند ٣٠٤ ص ٢٠٠ وما بعدها.

(٤) انظر: د/ عكاشة محمد عبد العال : "الإجراءات المدنية"، المرجع السابق، ص ٦٦ وما بعدها.

بين النزاع والمحكمة المختارة لصحة اختيار القاضى فيه تناقض مع اعتبار إرادة الأطراف ضابطاً مستقلاً للاختصاص القضائى الدولى كما هو مقرر فى مختلف الدول، وكما يرى البعض "أنه من الصعب إن لم يستحيل توافر تلك الرابطة الجدية أو الوثقى بين المحكمة المختارة والنزاع دون أن ينعقد لتلك المحكمة الاختصاص بالفصل فى الدعوى بموجب قانونها دون حاجة إلى اتفاق يبنى عليه هذا الاختصاص"^(١)، ومع ذلك فإنه يكفي توافر الشروط الذاتية لاتفاق اختيار القاضى بدلاً من الأفكار المطاطة كالرابطة الجدية والمصلحة المشروعة.

(١) د/ حفيظة السيد الحداد: المرجع السابق، بند ١٤٢ ص ١٣٦.

الفرع الثاني

فعالية اختيار الأطراف للمحكمة المختصة

لكي يكون الاتفاق فعالاً ومنتجاً لآثاره يلزم التأكيد علي مبدأ استقلال الاتفاق علي اختيار المحكمة عن العقد الأصلي.

مبدأ استقلال الاتفاق عن العقد الأصلي المنشئ للعلاقة القانونية:

من الممكن أن يدرج الشرط المانع للاختصاص في التصرف القانوني أو العقد الأصلي المبرم بين الأطراف، فما هو وضع هذا الاتفاق إذا كان ذلك التصرف أو العقد باطلاً وفقاً للقانون الواجب التطبيق عليه، فهل يمتد أثر هذا البطلان إلى الشرط المانع للاختصاص القضائي، بحيث لا ينتج أثره في عقد الاختصاص بنظر هذا النزاع للمحكمة المتفق عليها في الشرط المانع للاختصاص المدرج في العقد الباطل؟

اختلف الفقهاء في الاجابة علي هذا التساؤل، تبعاً لاختلافهم في مدى الاعتراف باستقلالية الاتفاق علي الخضوع للمحاكم، ويمكننا توضيح هذه المسألة من خلال حديثنا حول، ماهية الاستقلال وعناصره وآثاره.

ماهية مبدأ استقلال الاتفاق عن العقد الأصلي:

يستقل اتفاق الأطراف علي اختيار المحكمة المختصة عن العقد الأصلي^(١) وذلك لإختلاف محل كل منهما أو السبب الذي إبتنى عليه العقد أو الاتفاق، فالاتفاق السابق ينصب علي الالتزام بعدم طرح النزاع ناشئ

(١) راجع في ذلك: د/ أحمد عبد الكريم سلامة "فقه المرافعات" المرجع السابق، ص ١٤٢ بند ١١٢ في تبريره لهذا الاتجاه رداً علي الاتجاه المناهض الذي يقرر بطلان هذا الاتفاق وذلك "لبطلان السند الذي يشكل منه ثبوت الولاية الوحيد لها"، وراجع أيضاً: د/ عنايت عبد الحميد ثابت، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

أو قد ينشأ في المستقبل علي محكمة معينة يحددها الأطراف، أما العقد الأصلي المنشئ للعلاقة القانونية فمحله مختلف عن الاتفاق حيث يتنوع المحل هنا بتنوع موضوع العقد، فقد ينصب العقد علي موضوع بيع أو قرض أو رهن أو زواج أو هبة أو وصية.. وغير ذلك من العقود المعروفة في مجال علاقات القانون الدولي الخاص سواء التقليدية منها أو الحديثة والتي أسفر عنها التطبيق الحديث في العلم والعمل هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن سبب كل منهما مختلف، فالأطراف في اتفاق اختيار المحكمة المختصة كان سببه رغبتهم في تنحية المحكمة أو المحاكم المختصة عن الفصل في هذا النزاع والعهدة به إلى المحكمة المختارة، أما العقد الأصلي المنشئ للعلاقة الأصلية فيختلف سببه باختلاف الدافع علي انعقاده.

ويستقل الاتفاق السابق عن العقد الأصلي وذلك علي غرار ما هو مستقر عليه

إستقلال (شرط) أو اتفاق التحكيم "La clause compromissoire" (١) عن العقد الأصلي المنشئ للعلاقة القانونية وذلك من عدة نواحي،

(١) قارن في ذلك: د/ أحمد عبد الكريم سلامة "التحكيم التجاري الدولي"، مجلة التعاون الصادرة من الأمانة العامة لمجلس التعاون لدول الخليج العربية، ١٩٩٨، العدد ٤٨ ص ١٥-٦٤. وراجع تفصيلاً: د/ سامية راشد: "التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية"، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم"، القاهرة ١٩٨٤، دار النهضة العربية، ص ٧٨ وما بعدها، د/ ناريمان عبد القادر "اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٤"، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، خاصة ص ٢١٩ وما بعدها، مع ملاحظة أن اتفاق التحكيم يختلف عن اتفاق الأطراف علي اختيار المحكمة المختصة من حيث الأوجه التالية:

فمن ناحية المعطيات التي يتأسس عليها القول بمشروعية اتفاق التحكيم واتفاق اختيار القاضى واحدة، ومن ناحية ثانية فالمبررات التي تساق عادة لتبرير هذه المشروعية لا تختلف عن الاتفاق الأول وكذلك عن الاتفاق الثانى، والآثار التي تترتب عليهما والغاية التي يسعى الأطراف لتحقيقها من ورائهما تكاد تتطابق، وذلك حتى تتمكن المحكمة المتفق عليها من الاتصال بالنزاع والفصل فيه، خاصة لو كان القانون الذي يحكم الاتفاق علي قبول ولايتها لا يقر هذا البطلان^(١).

وعلي ذلك إذا زال العقد الأصلي لأى سبب كالفسخ أو البطلان أو الانقضاء أو الانهاء فلا تأثير لذلك علي بقاء اتفاق الأطراف علي اختيار المحكمة صحيحاً منتجاً لآثاره في المستقبل، وذلك في عرض ما قد ينشأ

- ١- الاتفاق علي المحكمة المختصة ينقل الاختصاص إلى محكمة تابعة لدولة ما، في حين أن التحكيم يحل هيئة التحكيم محل المحكمة في نظر النزاع .
 - ٢- يجوز للأفراد في التحكيم الاتفاق علي اختيار الإجراءات التي تخضع لها الخصومة، بينما في الاتفاق علي اختيار المحكمة المختصة تظل الإجراءات القضائية هي الواجبة التطبيق، راجع تفصيلاً في ذلك: د/ محمد السيد عرفه " إحالة النزاع بين القضاء والتحكيم في ضوء قواعد القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٧ م ، د/ حفيظة السيد الحداد "الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجارى الدولي" الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٤ .
- (^١) راجع في الفقه الفرنسى:

-H.GAUDMET-TALLON: "Réflexions comparatives sur certaines tenances nouvelles en matière de compétence international des juges et des arbitres" Melanges G.Marty, toulouse 1978, P.531 ets.

وفي تفاصيل هذا المبدأ ، و تطوره في القانون الفرنسى والمقارن وحدوده وآثاره راجع:

-P.MAYER: "les limites de la Stabilité de la clause compromissoire" Reuve de l'arbitrage, 1998 , P.359 ets. et Jean Robert et Bertrand Mareau "L'arbitrage Droit interne , Droit international privé" 6 édition Dalloz 1993, n.283, P.249 ets .

بينهما من منازعات علي قضاء دولة معينة حتى ولو لم تكن مختصة، كل ذلك ما لم يتوفر سبب متعدد للبطلان، أى لا يقتصر أثره علي العقد الأصلي، كأن يدفع أحد الأطراف ببطلان العقد الذي احتوى شرط الاختيار وذلك لإنعدام إرادته عند التوقيع عليه أو لفقدان أهليته أو نقصانها، وهنا فقط لا يقتصر البطلان علي العقد الأصلي بل يتعداه إلى اتفاق اختيار القاضى أسوة باستقلال شرط التحكيم السابق، إذ لا مبرر للفرقة بينهما في

هذا الصدد ^(١). وأقرت اتفاقية لاهى لعام ٢٠٠٥ بشأن اتفاق اختيار القاضى مسألة (استقلال اتفاق اختيار الأطراف للمحكمة المختصة عن العقد العقد الأصلي) فنصت المادة ٢/٣ علي أن: "الاتفاق الحصرى لاختيار القاضى الوارد في عقد يعتبر اتفاقاً مستقلاً عن الشروط الأخرى لهذا العقد، وصحة الاتفاق الحصرى لاختيار القاضى يمكن المجادلة

(١) راجع في استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي د/ أحمد مخلوف، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٠ ، خاصة بند ١٢٩ وما يليه، ص ١١٧ وما بعدها، والمراجع العديدة التي أشار إليها، وأيضاً: د/ سامية راشد "التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة" الكتاب الأول "اتفاق التحكيم"، دار النهضة العربية ١٩٨٤ من ص ٦٩ : ١٦٥ وفي الفقه الفرنسى راجع: MAYER et HEUZÉ مؤلفهما المشار إليه سابقاً بند ٣٠٢ ص ١٩٩ ، وراجع في استقلال اتفاق اختيار القاضى عن العقد الأصلي:

-BLANNCHIN (C.): "L'autonomie de la clause compromissoire un modèle pour la clause attributive de juridiction" Paris – L.G.D.J, 1995.

بشأنها
لمجرد
أن
يكون
العقد غير صحيح" ^(١).

(١) راجع في نصوص الاتفاقية السابقة، وفي التعليق علي هذه المادة في التقرير التفسيري للاتفاقية علي الموقع السابق الإشارة إليه.

الفرع الثالث

آثار الاتفاق علي اختيار المحكمة المختصة أولاً: الأثر السلبي لاتفاق اختيار المحكمة.

١- مضمون هذا الأثر.

يعنى الأثر السلبي لاختيار المحكمة، سلب اختصاص كان ثابتاً لمحكمة دولة ما، والعهدة به إلى المحكمة المختارة والتي اتفق الأطراف علي انعقاد الاختصاص لها بالفصل في هذا النزاع، في حالات لم يكن فيها هذا الاختصاص ثابتاً لها ابتداءً، وذلك مالم يتنازل الطرفان صراحة أو ضمناً عن هذا الاتفاق^(١).

ويتمثل الأثر السلبي محل الحديث في صورة إمتناع الأطراف عن عرض هذا النزاع علي المحكمة المختصة به أصلاً لولا هذا الاتفاق، بما يعنى أنه لا يجوز لأحد الأطراف أن يرفع هذه الدعوى إلى غير المحكمة المختارة، ولكن من الجائز أن يتنازلا أو يُعدلا عن هذا الاتفاق باتفاق لاحق صريح أو ضمني، ونوضح هذا الأثر من خلال التعليق عليه في مجموعة من النقاط.

٢- الاعتراف بالأثر السلبي.

ويعنى مدى جواز الاعتراف للإرادة بقدرتها علي سلب اختصاص المحاكم الوطنية والعهدة به إلى محاكم دولة أجنبية.

(١) د/ عكاشة محمد عبد العال : الإجراءات المدنية التجارية الدولية ، المرجع السابق ، ص ٨١، ٨٢.

ورأينا ما كان سائداً في الفقه التقليدي من جواز الاعتراف بالأثر السلبي في الفرض الذي ينعقد فيه الاختصاص للمحاكم الوطنية دون الفرض الذي ينعقد الاختصاص للمحاكم الأجنبية^(١)، بمعنى عدم قدرة الأطراف علي تعديل ما ينظمه القانون من اختصاص للقضاء الوطني بالمنازعات الداخلة في اختصاصه أصلاً^(٢)، وتعرضنا لتقييم هذه الوجهة وهذا الرأي الإنتقائي المطفف الذي ملؤه الإثارة والأناية بتقريره هذا الدور فقط إذا نتج عن هذه الاتفاقات المانحة للاختصاص جلب الاختصاص للمحاكم الوطنية وإنكار أى أثر لها إذا سلبت هذا الاختصاص من المحاكم الوطنية لصالح قضاء دولة أجنبية لاعتبارات وحجج ساقها الكثيرون في فترة كان من الممكن قبولها، ولكن مع تغير هذه الظروف وما نتج عن تطور العلاقات الدولية الخاصة بين الأفراد، تغيرت كثير من المفاهيم كان من بينها الاعتراف بالأثر السلبي لاتفاقات اختيار القاضى حتى لو نتج عنها سلب الاختصاص الثابت للمحاكم الوطنية لصالح قضاء دولة أجنبية^(٣).

٣ - الأساس القانوني:

(١) د/هشام على صادق "دروس في القانون الدولي الخاص"، الكتاب الأول، طبعة ١٩٨٤، ص ٥٦ ومابعدها.

د/ عز الدين عبدالله، المرجع السابق ، ص ٧٣٩ - ٧٤٠ .

(٢) راجع في هذا الاتجاه تفصيلاً: د/ إبراهيم أحمد إبراهيم " القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام" طبعة ١٩٩٦ ، ص ٥٤ ومابعدها.

(٣) د/ فؤاد رياض ود/ سامية راشد "الوسيط في القانون الدولي الخاص"، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٢، دار النهضة العربية، ص ٤٤٦ وما يليها ، وفي أثر الخضوع الإردى راجع: د/ ناصر عثمان محمد عثمان "الإتفاق علي اختيار المحكمة المختصة في المنازعات الدولية الخاصة" الطبعة الأولى ٢٠١٠ ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ص ١٥٧ وما بعدها.

ينتج عن الاعتراف بالأثر السلبي لاتفاقات اختيار القاضى علي النحو السابق بيانه التزام بالامتناع، من ناحية أولى تجاه طرفي الاتفاق، يمتنع أيّاً منهما من عرض النزاع أمام أى محكمة غير تلك المتفق عليها، والأساس القانوني لهذا الامتناع هو إعمال مبدأ القوة الملزمة للاتفاقات، ووجوب تنفيذها بحسن نية من الطرفين، تطبيقاً للمبدأ المتعارف عليه من أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز الإخلال بهذا الاتفاق ورفع الدعوى أمام محكمة غير تلك المتفق عليها، حتى لو كانت هي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي فيها، والتي كان الاختصاص معقود لها لولا هذا الاتفاق.

ومن ناحية أخرى عندما يُعرض هذا النزاع من جانب أحد الأطراف علي هذه المحكمة المختصة بداءةً، وغير المتفق عليها - في حالة عدم التنازل عن الاتفاق السابق بعقد الاختصاص لمحكمة معينة - كان علي هذه المحكمة أن تمتنع عن نظر الدعوى، إذا ما دفع أمامها بوجود هذا الاتفاق، وتوافرت فيه كافة شروطه، ومتى انصب علي مسألة يجوز بشأنها هذا الاتفاق،

علي النحو السابق .

والأساس القانوني لامتناع المحكمة عن نظر الدعوى لا يكون - طبقاً للرأى الراجح في الفقه - أساسه القوة الملزمة للاتفاق السابق، وذلك لأن القاضى لا يأتمر إلا بأوامر مشرعه الوطنى لا بإرادة الأفراد، كما أن الدولة بأجهزتها القضائية ليست طرفاً في هذا الاتفاق حتى تلتزم به

"وفقاً لمبدأ نسبية أثر الاتفاقات" ^(١) ، ولكن هذا الامتناع أساسه القانوني هو الامتنال لإرادة المشرع الذي أباح لإرادة ذوى الشأن الاتفاق علي تسوية بعض المنازعات عن طريق غير طريق محكمة وذلك سواء أكان عن طريق محكمة دولة أخرى أو عن طريق التحكيم.

٤ - طبيعة الدفع بوجود اتفاق اختيار المحكمة.

ينتج الاتفاق أثره إذا ما توافرت شروطه السابقة من وجود اتفاق اختيار القاضى قائماً وقبول المحكمة المختارة الفصل في الدعوى، ففي حالة رفض هذه المحكمة انعقاد الاختصاص الموكل إليها بموجب هذا الاتفاق طبقاً لتشريعاتها الداخلية لا يرتب هذا الالتزام أثره السالب في مواجهة المحاكم المختصة به بداءةً، لأنه قد ترفض المحكمة المختارة من قبل الأطراف انعقاد الاختصاص لها، كما في حالة عدم دخول هذه المنازعة في ولايتها القضائية، أو في حالة عدم وجود صلة كافية استلزماتها هذه المحكمة لعقد الاختصاص بهذا النوع من الدعاوى حال وجود مثل هذا النوع من الاتفاقات، ففي هذه الحالة لا يرتب هذا الاتفاق أى أثر في مواجهتها، ولا في مواجهة المحكمة المختصة أصلاً بنظر الدعوى واعتبار هذا الاتفاق كأن لم يكن أى هو والعدم سواء .

وإذا ما خالف أحد الطرفين هذا الاتفاق وقام برفع النزاع إلى محاكم دولة غير المختارة، كان للطرف الآخر أن يدفع بوجود اتفاق اختيار القاضى، وعلي المحكمة المرفوع إليها النزاع حال مخالفة الالتزام السابق من قبل أحد الأطراف أن تمتنع عن نظره،

(١) راجع في تفصيلات عدة د/ محمد الروبى، المرجع السابق ، ص ١٦٩ وما بعدها.

وإن كان هناك اختلاف حول مبنى هذا الإمتناع، وهل هو نوع من عدم الاختصاص، أم عدم قبول، أم بطلان المطالبة القضائية، أم انتفاء الولاية، أم بناء علي دفع ذى طبيعة خاصة أم غير ذلك من الدفوع المعروفة في قانون المرافعات؟! ^(١).

ونتفق مع رأى الفقه الغالب ^(٢) الذي اعتبر هذا الدفع دعاً بعدم قبول، وذلك نظراً لما يترتب عليه هو فقط منع المحكمة المختصة أصلاً من سماع الدعوى فالمحكمة المرفوع أمامها النزاع لا تحكم بعدم الاختصاص وذلك لأنها مختصة فعلاً وينعقد الاختصاص القضائي لولايتها طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي الوطنية فيها والتي تحدد مجال ولايتها، كما لا يعتبر هذا الدفع "انتفاء ولاية"،

وذلك لأنه في حالة عدم قبول المحكمة المختارة الفصل في الدعوى كان علي المحكمة المختصة أصلاً أن تفصل في الموضوع وينعقد الاختصاص بها من جديد، وذلك لانتفاء المانع المؤقت الذي كان يحول بينها وبين نظر النزاع، ولتلافي إنكار العدالة واحترام إرادة الأطراف، وهو دفع لا يخوض في موضوع الدعوى حتى يطالب بدفع أحد الأطراف ببطلان المطالبة القضائية فيه، ولم يقرر مشرنا الوطني طبيعة خاصة لهذا الدفع، ويؤكد علي ذلك من جواز تنازل الأطراف أو عدولهم عن هذا الاتفاق ورفع النزاع إلى المحكمة المختصة أصلاً، سواء أكان هذا التنازل

(١) راجع د/ أحمد أبو الوفا: "نظرية الدفوع في قانون المرافعات" الطبعة التاسعة، منشأة المعارف، ١٩٩١ ص ١١ ومابعداها، المستشار/ محمد عزمى البكرى: "الدفوع في قانون المرافعات فقهاً وقضاء"، دار محمود للنشر والتوزيع ١٩٩١.
(٢) وحول الاتجاه الغالب في الفقه: د/ ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص ١٦١ وما يليها.

في صورة صريحة أو ضمنية بالسير في إجراءات الدعوى والمرافعة القضائية وعدم إبداء هذا الدفع قبل الحديث في الموضوع.

٥ - آثار الدفع بوجود اتفاق اختيار المحكمة

أشرنا إلى أن هذا الأثر "السلبى" يرتب مجموعة من الالتزامات علي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع والمحكمة المختارة، ففي حالة وجود هذا الدفع وترتيب أثره في منع المحكمة المختصة من سماع الدعوى يكون مقيداً بقيددين حتى ينتج هذا الأثر:

بالنسبة للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع:

إذا قام أحد الأطراف برفع الدعوى أمام المحكمة المختصة بداءً بنظر الدعوى ودفع الطرف الآخر أمامها بوجود اتفاق بعقد الاختصاص بها لمحاكم دولة أخرى، ومتوافرة كافة شروطه السابق بيانها، كان عليها أن تتحقق من هذا الدفع، فإذا ما ثبت صحته تفرق بين أمرين: ١ - إذا كانت الدعوى رفعت فعلاً أمام المحكمة الأجنبية المختارة وقبلت هذه الأخيرة الفصل فيها كان عليها أن تحكم بعدم قبول الدعوى.

٢ - إذا لم تكن الدعوى قد رفعت بعد أمام هذه المحكمة المختارة الأجنبية كان علي هذه المحكمة والتي تنتظر في هذا الدفع أن تؤجل الفصل في الدعوى لحين رفعها أمام المحكمة المختارة، وتنتظر هل ستفصل هذه الأخيرة في الدعوى أم ترفض، هذا فإذا ما قبلت هذه الأخيرة الاختصاص

كان علي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أن تحكم بعدم القبول لوجود شرط اتفاق اختيار القاضى ممكناً وصحياً وانعقاد الاختصاص

بالفعل للمحكمة التي اختارها الأطراف للفصل في مثل هذا النزاع، أما إذا لم تقبل المحكمة الأجنبية المختارة الفصل في النزاع فلا تحكم المحكمة المختصة بعدم القبول، وإنما تمضى بالسير في الدعوى، وذلك حتى لا من حالات التنازع السلبي في الاختصاص التي تؤدي إلى إنكار العدالة وهو مالا يمكن قبوله علي الإطلاق^(١).

كل ذلك تحقيقاً لما يسمى بمبدأ التعايش المشترك بين الدول وتأكيداً علي مبدأ الملاءمة فيما يؤدي إليه هذا التطبيق من تلافي لإنكار العدالة واحترام لإرادة الخصوم، التي تستدعي من المحكمة المختصة أصلاً أن لا تحكم بعدم القبول، إلا بعد التأكد من دخول هذا النزاع بموجب الاتفاق السابق في اختصاص قضاء الدولة المختارة محاكمها، والتيقن من سلامة هذا الخضوع

وفقاً للقانون الأجنبي وقبولها هذا الاختصاص، وإلا فعليها أن تؤجل هذا الحكم، وفي هذا خير معين للتأكيد علي الاعتراف بالدور المزدوج للإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، سواء أكان مانحاً للاختصاص أم سالباً له، ورداً علي مخاوف الفقه التقليدي من هذا الدور السلبي للإرادة في

(١) انظر في هذا المعنى MAYER et HEUZÉ المرجع السابق بند ٣٠١ ص ١٩٨ وما بعدها.

المحكمة المختارة - وعندما يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق اختيار القاضى

أن تؤجل الفصل في الدعوى أو تتخلى عن نظرها، ماعدا في الحالات التالية:

أ- إذا كان الاتفاق باطلاً وفقاً لقانون المحكمة المختارة.

ب- إذا كان أحد الأطراف لا تتوافر لديه أهلية إبرام هذا الاتفاق وفقاً لقانون المحكمة المرفوع إليها النزاع.

ت- متى تبين للمحكمة المرفوع إليها النزاع أن الاتفاق سيترتب عليه ظلم صارخ "injustice manifeste" أو يخالف بطريقة سافرة مقتضيات النظام العام في الدولة المرفوع إليها النزاع".

ث- إذا وجدت ظروف استثنائية خارجة عن إرادة الأطراف وسيطرتهم تحول دون أعمال الاتفاق بطريقة معقولة.

ج- إذا قررت المحكمة المختارة عدم الفصل في النزاع" (١).

بالنسبة للمحكمة المختارة:

(١) وتبين من نص المادة أنها تقرر مبدأ عام يجب علي محاكم الدول المتعاقدة المختصة بالفصل في نزاع معين حال تواجد اتفاق اختيار القاضى أن تؤجل الفصل في الدعوى أو تتخلى عن الاختصاص متى توافر أحد الاستثناءات الخمسة التي وردت في الاتفاقية ، راجع نصوص هذه المادة علي الموقع الإلكتروني الخاص بالاتفاقية سابق الذكر، والتقارير التفسيرية حول المقصود بهذه الاستثناءات وأساسه القانوني وأمثلة للحالات التي تمثل تطبيقاً له، بنود ١٤١ : ١٤٥ من التقرير السابق، وراجع في الملاحظات علي هذه الاستثناءات والتعليق عليها د/ محمد الروبى، المرجع السابق، ص ١٧٧ - ١٨٣ بند ١٧٤ ومايلي.

تقرر المحكمة المختارة انعقاد الاختصاص لقضائها من عدمه طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي فيها مراعاة للاعتبارات السابق توضيحها باعتبارها قواعد أحادية الاتجاه، فقد تقرر عدم اختصاصها بمثل هذا النوع من المنازعات لأسباب تتعلق بها، وقد تقرر عقد ولايتها بنظره، وهنا تفصل فيه طبقاً لقواعدها بحكم قضائي صحيح منتج لآثاره القانونية في مواجهة جميع الدول، ومنها دول محكمة الدولة المختصة أصلاً بنظر النزاع، فيعترف لهذا الحكم بأثره فيها، ويكون له قوة نفاذ لأنه صادر من محكمة مختصة قانوناً.

ثانياً: الأثر الإيجابي لاتفاق اختيار القاضي.

ويقصد به "انعقاد الاختصاص بالفصل في المنازعات الناشئة عن العلاقة الأصلية للأطراف وأبرم بشأنها اتفاق اختيار القاضي للمحكمة المختارة" ، فإذا اتفق الأطراف في العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي علي اللجوء بشأن المنازعات التي تنشأ بينهم إلى قضاء دولة معينة فإن مقتضى هذا الاتفاق هو "تقديم السند القانوني لاختصاص ذلك القضاء وصيرورته مختصاً بعدما كان فاقداً سبب الاختصاص" ^(١).

وقد يختار الأطراف إحدى المحاكم المختصة أصلاً بالفصل في المنازعة بحيث تستأثر به دون بقية المحاكم الأخرى المختصة، وفي هذه الحالة يكون الاختصاص كاشفاً لا مقررأ لاختصاص المحكمة وليس منشأً له، إلا أنه يترتب عليه نشوء مركز قانوني ممتاز لهذه المحكمة بحيث تستأثر

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة: "فقه المرافعات" ، المرجع السابق، بند ١٢٧ وما يليه ص ١٦٢.

بالفصل في المنازعات المتفق علي حسمها دون بقية المحاكم المختصة، وقد يأتي هذا التحديد بطريقة إجمالية.... أى يحدد الاتفاق السابق انعقاد ولاية دولة معينة للفصل في هذا النزاع دون تحديد محكمة معينة من بين محاكمه، وهنا ينعقد الاختصاص لقضاء هذه الدولة، ومن ثم يتولى قانونها الداخلي تحديد المحكمة التي يجب رفع الدعوى إليها أو "التوزيع المكانى" ، ومتى تم تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع فإنه يتعين علي الأطراف طرح منازعاتهم علي هذه المحكمة دون غيرها، ويجب علي تلك المحكمة أن تفصل في المنازعة المذكورة وذلك إذا توافرت مجموعة من الشروط:

أ - إذا كان قانونها الداخلي يجيز لها ذلك.

ب - متى توافرت شروط صحة هذا الاتفاق طبقاً للتوضيح السابق بيانه، من رضا صحيح سليم غير مشوب بعيوب الإرادة وباعث مشروع ، ومحل مستوفي لشروطه، ولا يدخل النزاع في المجال القاصر أو المحجوز للدولة.

وقد اعترفت اتفاقية لاهاي بمسألة الأثر الإيجابي لاتفاق اختيار القاضى في مادتها الخامسة

والتي جاءت تحت عنوان "اختصاص المحكمة المختارة Compétence du tribunal élu" ونصت على أن:

١ - محكمة أو محاكم الدولة المتعاقدة التي تم تعيينها في اتفاق حصري لاختيار القاضى تكون مختصة بالفصل في النزاع الذي ينطبق عليه هذا الاتفاق وذلك ما لم يكن هذا الاتفاق باطلاً وفقاً لقانون هذه الدولة.

٢ - لا يجوز للمحكمة التي انعقد لها الاختصاص بموجب الفقرة الأولى أن ترفض ممارسة هذا الاختصاص استناداً إلى وجوب الفصل في الدعوى من قبل محكمة كائنة في دولة أخرى.

٣ - الفقرتان السابقتان لا تخلان بالقواعد المتعلقة بـ

- الاختصاص النوعي أو الاختصاص المستند إلى قيمة الطلب.

- التوزيع الداخلي للاختصاص بين محاكم دولة متعاقدة، ومع ذلك إذا

كانت المحكمة المختارة

تملك السلطة التقديرية لإحالة القضية فإن اختيار الأطراف يجب أن يؤخذ

في الاعتبار على الوجه المقرر قانوناً^(١).

(١) راجع في شرح نص هذه المادة والملاحظات عليها: د/ محمد الروبي، المرجع السابق، بند ١٨٧ وما يليه، ص ١٩٢ وما بعدها.

المبحث الثاني

ظهور قانون الإرادة في مجال قانون الأسرة

يذهب الفقه الحديث ^(١) وخاصة الألمانى والهولندى إلى تقرير أنه يجب أن يكون منهج قواعد الإسناد محصوراً في الروابط العائلية ^(٢)، نظراً لما تعرض له منهج قواعد الإسناد من انتقادات دعت لهجره لصالح مناهج أخرى يأتى في مقدمتها منهج القواعد الموضوعية ^(٣) - علي ما بينا سلفاً - لكن ثمت تطوراً في منهج قاعدة الإسناد منح الإرادة دوراً لا يمكن تجاهله في تحديد القانون الواجب التطبيق علي العلاقات غير العقدية، حيث يعترف حديثاً للإرادة بدور هام في مجال تنازع القوانين في إطار المسائل المرتبطة بالأحوال الشخصية والحالة، حيث تلعب الإرادة دوراً في تحديد جنسية الفرد وموطنه، كما أنها تقوم بدور متعاظم الأهمية في مسائل الطلاق بالرضا

(١) -VAN-HECKE (G): principes et méthodes de souldution des conflit de lois, Rec. Cours- La haye, T.126, 1968-1970, P.456.

(٢) انظر: د. حسام الدين فتحى ناصف "مركز قانون القاضى في حكم المنازعات الخاصة الدولية"، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٣٠.

(٣) راجع: د. محمد عبد الله المؤيد: "منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولى" دراسة تأصيليه، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

المتبادل بين الزوجين، وفي مجال النظام المالي للزوجين، وتنظيم التركة^(١).

**ولنا أن نتساءل عن إمكانية إعمال قانون الإرادة في مجال قانون الأسرة
!؟**

ويمكننا الإجابة عن هذا التساؤل ونستعرض هذه الفكرة من خلال ثلاث نقاط رئيسية:

١- دور قانون الإرادة بشأن آثار الزواج.

٢- دور الإرادة في مسائل التركات.

٣- التنظيم الأوروبي الجديد رقم ١٢٥٩ لسنة ٢٠١٠.

أولاً: دور قانون الإرادة بشأن آثار الزواج

المعروف أن نص المادة ١٩ مدنى مصرى لا تعمل بالنسبة لكل أنواع العقود الدولية - على ما يتم توضيحه فى المبحث الثانى من هذا الفصل - وإنما هى خاصة بطائفة المعاملات المالية، ولا تنصرف إلى العقود المسماة بعقود الأحوال الشخصية كعقود الزواج وعقود التوريث وعقود التبنى مثلاً، إذ كرس المشرع قواعد إسناد خاصة لحكم هذه المسائل^(٢)،

(١) راجع تفصيلاً في ذلك: د. محمد حمدي بهنسى "دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية"، دراسة تحليلية تأصيلية في مجال القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٥، ص ٦.

(٢) اقرأ في الدور الإرادى في مسائل الأسرة في الأنظمة القانونية الحديثة:

فتندرج هذه العقود في أفكار مسندة أخرى مثل فكرة الزواج أو النسب أو التبني^(١).

وحيث يعتبر الزواج من أهم مسائل الأحوال الشخصية التي تختلف فيها النظم القانونية، وعلة ذلك في الواقع هي اختلاف الفكرة الاجتماعية التي تقوم عليها هذه العلاقة من دولة لأخرى ومن مجتمع لآخر، وكذلك الاختلاف في المبادئ الأخلاقية والاعتبارات الدينية فيما بين تلك الدول والمجتمعات^(٢)،

ولعل هذا الاختلاف بين النظم القانونية مرجعه فكرة الزواج في حد ذاتها، باعتبارها تتصل بالدين إن لم تكن ترتبط به في كثير من المجتمعات، وهو ما يتجلى من المقارنة بين قوانين الدول الغربية التي تسودها المسيحية والمدنية الأوروبية وبين بعضها البعض، وكذلك مقارنة قوانين تلك الدول بقوانين بلاد الشرق التي يسودها الإسلام^(٣)، هذا الاختلاف الذي تجاوز فكرة الزواج كفكرة في حد ذاتها، إلى كل جوانب العلاقة منذ نشأتها وحتى نهايتها.

-GANNAGE(P.): "Le penetration de l'autonomie de la volonté dans le droit imterntional privé de la famille, Rev Crit 1992. P.425. etss.

(١) د. هشام على صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، بند ١٢٦ وما بعده.
(٢) راجع: د. عز الدين عبدالله "القانون الدولي الخاص.. المرجع السابق، ص ٢٤٦

(٣) انظر في ذلك تفصيلاً: د. هشام محمد خالد: "القانون الواجب التطبيق علي شكل الزواج"، دراسة مقارنة بين بعض الدول العربية والأوروبية، منشأة المعارف، بالإسكندرية، ٢٠٠٦.

وننتج عن ذلك في تشريعات بعض الدول المقارنة الاعتراف للإرادة بدور لا يمكن أن ننكر أهميته خاصة فيما يتعلق بآثار الزواج^(١)، والذي يقود إلى تخفيف الجمود الذي يعترى قاعدة التنازع التقليدية، فالإرادة تقوم بدور الشرط الاستثنائي الذي يسمح لاستبعاد قاعدة التنازع الجامدة، وبذلك يحقق نوعاً من الملاءمة فيما بين العلاقة والقانون المختار، وإذا اختار قانوناً معيناً يتضمن نصوصاً غير عادلة يمكن استبعاده باسم النظام العام، وفي هذا الدور ما يؤدي إلى تحقيق الأمن واليقين القانوني لطرفي العلاقة القانونية بتطبيق قانون هم علي دراية وإمام كافٍ بأحكامه^(٢).

وعلي ذلك فقد نصت المادة ١٤ من القانون الدولي الخاص الألماني الصادر عام ١٩٨٦ "بخصوع آثار الزواج لقانون الجنسية المشتركة وإلا فللقانون الموطن المشترك للزوجين، وفي حالة تمتع أحد الزوجين بأكثر من جنسية فلزوجين اختيار أحد هذه القوانين شريطة أن يكون هذا القانون هو القانون الوطني للطرف الآخر"، أي أنه يطبق قانون الجنسية المشتركة سواء كانت هي الجنسية الفعلية من عدمه، ويعد ذلك استثناء

(١) انظر: د. محمد حمدي بهنسي "دور الإرادة..." المرجع السابق، ص ٣٨ وما بعدها.

(٢) انظر في ذلك: د. أحمد عبد الحميد عشوش "قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة"، بحث منشور في المجلة القانونية الاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الزقازيق، العدد الأول، سنة ١٩٨٦، ص ١٠٩.

علي القاعدة العامة التي تقضى بأنه عندما تتعدد جنسيات الشخص يتعين الإعتداد بالجنسية الفعلية، وهى الجنسية التي يرتبط بها بروابط أكثر وثوقاً من غيرها ^(١)، وبمقتضى هذا النص يجوز للزوجين اختيار قانون الجنسية حتى ولو لم تكن هى الجنسية الفعلية طالما هى الجنسية التي يحملها الطرف الآخر.

ولما كانت القوانين المقارنة تقر هذا الدور للإرادة في مثل هذه العقود لاختلاف طبيعتها

أو الاختلاف في تكييفها من نظام قانونى لآخر، كالقانون الدولى الخاص السويسري الذي يعترف للإرادة بدور في تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال الأنظمة المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية والتي يقصد بها "مجموعة القواعد القانونية أو الاتفاقية التي تبين حقوق وواجبات الزوجين، من حيث ملكية الأموال وإيرادتها والإنتفاع بها، ومن حيث الديون الثابتة قبل الزواج وأثنائه وبعد إنحلاله، وتسوية حقوق كلا الزوجين بعد انقضاء رابطة الزوجية" ^(٢) ،

(١) راجع في المبادئ العامة: د. إبراهيم أحمد إبراهيم ود. أحمد قسمت الجداوي "القانون الدولي الخاص - الجنسية"، الجزء الأول، دار النهضة العربية ١٩٩٧، ص ٢٢٦ وما بعدها.

(٢) نص القانون السويسري في المادة ٥٢ منه علي أن النظام المالى للزوجين يكون محكوماً بالقانون المختار من قبل الزوجين، ويكون الاختيار قاصرا علي موطنهما الحالى أو المستقبلى أو القانون الوطنى لأحدهما، وفي حالة غياب الاختيار يكون القانون واجب التطبيق هو قانون الموطن المشترك وإلا يطبق القانون الوطنى المشترك أو يطبق النظام السويسري الذي يقضى بانفصال أموال الزوج عن الزوجه وإذا اختلفت جنسية كل من الزوجين وشاركا في موطن واحد يمكنهما اختيار قانون من بين هذه القوانين الثلاثة، إما قانون جنسية أحدهما أو الآخر أو قانون موطنهما المشترك، وإذا حمل الزوجان جنسية واحدة وتوطنا في دولة أخرى يمكنهما إختيار قانون هذا الموطن (م ٥٢)، وأخيراً عندما

وهو نظام معروف في فرنسا - وبعض الدول الأوروبية - ويلحقه بنظام العقود ويخضعه لقانون إرادة المتعاقدين^(١).

وبالإضافة الى نص المادة ١٥ من القانون الدولي الخاص الألماني التي تنص علي أن "النظام المالي للزوجين يكون محكوماً بالقانون المختص بتنظيم آثار الزواج إلا إذا كان هناك اختيار للقانون الوطني لأحد الزوجين أو قانون محل إقامته العادية أو قانون موقع العقار ولا يخضع هذا الاختيار لأية شروط ويمكن تقريره في أية لحظة".

ولا أدل على ذلك من أن القانون الألماني يعترف بدور كبير للإرادة ويعطيها الأولوية علي قواعد الإسناد الموضوعية، فللزوجين دائماً حق اختيار القانون الذي يحكم النظام المالي لهما، استثناء علي قانون آثار الزواج، ويمتد الاختيار إلى كافة القوانين التي ترتبط بالعلاقة بما فيها

يختلف الزوجان في الجنسية والموطن يجوز لهما إختيار احد القوانين الوطنييه لكليهما ، بموجب شرط في عقد الزواج.

ونص في المادة ٥٣ علي أن يكون الاتفاق علي إختيار القانون مكتوباً أو يستخلص من نصوص العقد بصفة مؤكدة ، كما يجوز تعديل الاختيار في أى وقت وإذا تم في تاريخ لاحق علي إشهار الزواج يمتد أثره إلى تاريخ الزواج إلا إذا كان هناك إتفاق يخالف ذلك .

كما نصت المادة (٥٥) بأنه في حالة تغير موطن الزوجين بالانتقال إلى دولة أخرى، يكون قانون هذه الدولة واجب التطبيق بأثر رجعي ، ويجوز للزوجين استبعاد هذا الأثر باتفاق صريح ويظل تغيير الموطن دون أثر علي القانون الواجب التطبيق عندما يتفق الزوجان صراحة علي ثبات واستمرار القانون المختار سلفاً، راجع في ذلك تفصيلاً: د. محمد حمدي بهنسي "دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية"، المرجع السابق ، ص ٤٣:٥٩ .

(١) د. محمد كمال فهمي: "أصول القانون الدولي الخاص" ١٩٩٢، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ص ٥٤٥ .

قانون موقع المال ^(١)، ولم يتضمن النص حالة اشتراك الزوجين في الجنسية أو الموطن أو محل الإقامة المعتادة، فهناك من يرى أنه "إذا اتحدت جنسية الزوجين أو اتحدا في الموطن لم يعد لهما حق الاختيار ومن ثم يطبق موضوعياً القانون الذي يسرى علي آثار الزواج والذي نصت عليه المادة ١٤،

أما إذا اختلف موطن الزوجين المشترك عن جنسيتهما المشتركة يجوز لهما اختيار أحد هذين القانونين فالزوجان اللذان يحملان جنسية واحدة يمكنهما إخضاع نظامهما المالي لقانون موطنهما المشترك أو قانون محل إقامتهما العادية المشتركة....." ^(٢).

ولا يعرف هذا النظام في مصر ^(٣)، حيث تطبق الشريعة الإسلامية التي هي المصدر الأساسي للتشريع والتي ترتب علي عقد الزواج آثاراً

(١) انظر في ذلك:

-VIGNAL (T.): "La part de la volonté dans les règles de conflit de lois hors des contrats", thèse Paris, 1993, P. 224.

(٢) د. محمد حمدي بهنسي، المرجع السابق ، ص ٥١ ، إلا إننا قد لا نتفق مع هذه الوجه وذلك لأن المشرع الألماني في نص المادة ١٥ سألقة البيان يقرر قاعدة إسناد مطلقة غير مقيدة أو خاضعة لأية شروط وهذا ما ورد النص عليه صراحة، كما أنه يقرر امكانية هذا الاختيار للقانون الوطني لأحد الزوجين، فعندما تكون هناك جنسية مشتركة بينهما فهي أيضاً جنسية لكل واحد منهما وبالتالي يطبق نص المادة ١٥ بخصوص النظام المالي ولا يطبق أحكام المادة ١٤ التي تطبق الأحكام الموضوعية للقانون الذي يسري علي آثار الزواج ، وذلك لتعاطف أهمية دور إرادة الزوجين في السماح لهما باختيار قانون ينظم أموالهما بالطريقة التي يرونها تحقق مصالحهم الخاصة إعمالاً لقاعدة من يملك الأكثر يملك الأقل .

(٣) انظر تفصيلاً: د. ياسر عبد العزيز هنا: "القانون الواجب التطبيق علي إنقضاء عقد الزواج"، دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية والقانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الزقازيق ٢٠٠٢، ص ١٤٣ وما بعدها.

شخصية وأخرى مالية وليس من بينها
هذا النظام المالي، لأنها تقرر انفصال في الذمة المالية بين كلا الزوجين
وإلزام الزوج بالنفقة
علي زوجته بمقتضى عقد الزواج مقابل الحل والإستمتاع واعتبرتها من
الأحوال الشخصية كما فعل المشرع الإيطالي^(١).

كما يقضى القانون الدولي الخاص الأسباني المعدل الصادر عام ١٩٩٠
بخضوع

آثار الزواج للقانون الوطنى المشترك للزوجين، وفي غياب الجنسية
المشتركة يسمح للزوجين بإخضاع آثار الزواج للقانون الوطنى لأحدهما،
أو لقانون محل الإقامة المعتادة لأحد الزوجين
دون تطلب شروط خاصة، ويتعين أن يكون هذا الاختيار موثقاً، وهو ما
يؤكد هذا الدور لقانون الإرادة في مجال علاقات الأسرة المتعلقة بآثار
الزواج^(٢).

ونظراً لتطور دور الإرادة في مجال القانون الداخلى، بحيث إنه من
الممكن

يحدث الطلاق بالرضا المتبادل بين الزوجين، فقد أقر مجمع القانون
الدولى - في دورة انعقاده بالقاهرة سنة ١٩٨٧ بشأن اذواجية معايير
الجنسية والمواطن في القانون الدولي الخاص

(١) د. جابر جاد عبد الرحمن: "تنازع القوانين"، ١٩٧٠، دار النهضة العربية، ص ٣٢٩.

(٢) راجع النص منشور في: Rev. Crit. 1991, P.628. ومشار إليه في بحث د. محمد حمدي بهنسى، المرجع السابق، ص ٣٩، هامش رقم ٢.

- بدورٍ محدودٍ أو ضيقاً للإرادة في مجال آثار الزواج، واقترح تقرير حق الزوجين - في مجال آثار الزواج والطلاق والانفصال الجسماني - في اختيار القانون الوطني المشترك أو قانون موطنهما المشترك إذا وقع هذا الموطن في دولة أخرى، وذلك لتجنب التطبيق المطلق لأحد المعيارين إذا فقد الزوجان كل صلة بدولتهما الوطنية، واقتصر حق الاختيار على هذين القانونين فقط ، دون التعويل على إرادة الأطراف عند اختيار قانون معين اختياراً صريحاً، فهي لا تعطى تلك الإرادة كامل هذه الحرية وقيدتها بالاختيار من بين هذين القانونين فقط - وهو ما يتفق في مع نظرية وحدانية التحديد أو نظرية التركيز - وتقرير هذا الحق للزوجين يؤدي كما يرى البعض ^(١) إلى تحقيق الأمان القانوني، كما قد يقلل هذا الاختيار من حالات أعمال الدفع بالنظام العام، فإذا أراد الزوجان مثلاً الطلاق أمام محكمة محل إقامتهما، فلهما اختيار قانون هذه المحكمة، التي لا يجوز لها تطبيق قانونهما الوطني المشترك إذا كان مخالفاً للنظام العام، وبذلك تقوم الإرادة بدور الشرط الاستثنائي في تقويم قاعدة الإسناد الجامدة المخالفة لتحقيق فكرة القانون الملائم دون الحاجة لإعمال هذا الدفع.

(١) انظر: د. محمد حمدي بهنسي "دور الإرادة..." المرجع السابق، ص ٤١.

ثانياً: دور الإرادة في مسائل التركات

لقد حددت النظم الداخلية قواعد التنازع واجبة التطبيق علي الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت^(١)، إلا أن الإرادة تلعب دوراً لا يمكن إنكاره في مجال الأحوال الشخصية خاصة في المسائل المتعلقة بالتركات طبقاً لبعض النظم والتشريعات المقارنة، ونحن بصدد البحث عن هذا الدور في مجال علاقات الأسرة نتساءل عن الإرادة الفردية لكل من المورث أو الموصى أو الواهب في اختيار القانون المطبق علي مسائل التركات لتحقيق التوقع للحلول وكذا اليقين القانوني للمورث^(٢).

فنجد بعض الاتفاقيات الدولية وكذلك بعض النظم القانونية الوضعية أعطت المورث الحق في إخضاع تركته لنظام قانوني معين تسمح له بمعرفة أحكام هذا القانون الذي سيطبق علي تركته بعد وفاته ليحقق نوعاً من اليقين القانوني بخصوص هذه المسألة، حتى لا يتركها لنظم مختلفة يطبقها القضاء المختص^(٣)، فنجد علي سبيل المثال القانون الدولي

(١) راجع ما سبق ذكره عن القانون المصري بخصوص المادة ١٧ من القانون المدني .

(٢) راجع تفصيلاً: LAGEARDE (P.): "le principe de proximité" - op.cit, P.116 ets.

(٣) في تفصيلات عدة حول دور الإرادة في مسائل التركات كأحد صور اختيار القانون خارج ساحة القضاء: محمد حمدي بهنسي ، المرجع السابق ، ص ٦٠ - ٧٠.

الخاص السويسري الصادر سنة ١٩٨٧ م "المعدل" توسع في حالات اختيار قانون التركة، ومنح حق هذا الاختيار في المادة ٢/٩٠ منه " للأجانب المتوطنين في سويسرا الحق في إخضاع تركتهم لقانونهم الوطني" ^(١).

كما نص في المادة ٢/٨٧ بأنه " ويجوز للسويسرين المتوطنين في الخارج اختيار تطبيق قانونهم الوطني على تركاتهم" ، علي أن هذا القانون هو القانون الوطني دون سواه، ولا يجوز اختيار أي قانون آخر، لتحقيق الانسجام بين قانون الميراث والقانون الذي يحكم النظام المالي للزوجين، وذلك لأن الاسناد الأساسي في الميراث يتم لصالح قانون الموطن بصفة أساسية طبقاً لنص المادة ١/٩٠ من هذا القانون، فلا يتدخل اختيار الأطراف إلا لتصحيح هذا الإسناد الأساسي ليكون دائماً هو

(١) راجع:

Art. 90 II. Applicable law, 1. Last domicile in Switzerland

1- The estate of a person last domiciled in Switzerland shall be governed by Swiss law.

2- A foreigner may, however, submit his estate by will or by testamentary contract to the law of the States of which he is a citizen. The choice shall be void if the decedent was no longer acitizen of the chosen State at his death or if he had acquired Swiss citizenship.

"غير أنه يجوز للأجنبي تقديم ممتلكاته عن طريق وصية رسمية أو عقد وصائي وفقاً لقانون الدول التي يقطن بها، علي أن يكون هذا الخيار لاغياً إذا لم يعد المتوفي مواطناً بالدولة التي اختارها عند وفاته، أو في حالة حصوله علي الجنسية السويسرية".

القانون الوطني^(١)، بالإضافة الى نص المادة ٢/٢٥ من القانون المدني الألماني الصادر سنة ١٩٨٦ م، حيث أعطى القانون للشخص الذي يملك عقارات في ألمانيا إمكانية في اختيار القانون الألماني، رغم استبعاد دور الإرادة في اختيار قانون الميراث كقاعدة عامة، ويرجع ذلك لملاءمة قانون موقع المال لحكمه وإحترام حرية المورث^(٢)، وأخيراً القانون الدولي الخاص الإيطالي "الخاص بالأسرة والأنظمة المالية والتركات" والصادر في ٣١ مايو ١٩٩٥ في (المادة ٢/٤٦) أعطى المورث الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق علي تركته، وحصر حق الاختيار في قانونه الوطني أو قانون دولة محل إقامته، بشرط ألا يمس هذا الاختيار بالحقوق

التي يقرها القانون الإيطالي للورثة الشرعيين المقيمين بإيطاليا لحظة وفاة المورث وذلك بهدف حماية الأسرة^(٣).

ثالثاً: التنظيم الأوروبي الجديد رقم ١٢٥٩ لسنة ٢٠١٠م بشأن القانون الواجب
علي إنحلال الزواج^(٤).

(١) د. محمد حمدي بهنسي، المرجع السابق، ص ٦٨، حيث أشار سيادته في خصوص هذه النصوص إلى:
-OVERBECK (A.E): Rev.Crit.1988, P.258.

(٢) المرجع السابق، ص ٦٩.

(٣) المرجع السابق، ذات الموضوع.

(٤) فهذا المشروع به خلاصة للجهود الفقهية والقضائية والتشريعية المطبقة داخل الاتحاد الأوروبي، وهو مجرد حلقة في سلسلة من الاتفاقيات والقرارات والمبادئ

وعن قواعد تنازع القوانين الخاصة بإحلال الزواج الواردة في التنظيم الأوروبي الجديد رقم ١٢٥٩ لسنة ٢٠١٠ فقد تناولت المادة الأولى من قواعده مجال تطبيقه من الناحية الموضوعية ^(١)، حيث حددت المسائل التي تخضع لقواعد القانون المختص طبقاً لنصوص التنظيم، من حيث طرق انحلال رابطة الزوجية والتي تشمل كلٍ من "الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني"، ويندرج في مضمون الفكرة المسندة أمران، وهما الشروط المطلوبة لإنحلال رابطة الزوجية والآثار التي تترتب علي

والتنظيمات والتوجيهات والقواعد التي يصدرها الاتحاد الأوروبي في المسائل المدنية والتجارية بصفة عامة، وفي المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية بصفة خاصة، وقد سبق هذا التنظيم في ذلك المجال الكثير من الجهود، مثل التنظيم الأوروبي رقم ٦٦٤ لسنة ٢٠٠٩، والصادر في ٧ يوليو ٢٠٠٩، والخاص بإجراءات التقاوض وإبرام الاتفاقيات بين الدول الأعضاء والدول الغير فيما يتعلق بالاختصاص والاعتراف وتنفيذ الأحكام والقرارات في مجال الأسرة والمسؤولية المدنية والالتزام بالنفقة، وكذلك فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق في مجال الالتزام بالنفقة، وكذلك تنظيم بروكسل ٢ الصادر في ٣٠ يونيو ٢٠٠٠ بشأن الاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في بعض مسائل الأحوال الشخصية، وعن ظروف وضع هذا التنظيم وأهدافه، وفي التعليق علي هذا التنظيم وعلاقته بغيره من الوثائق ذات الصلة بموضوعه، وكذلك الاتفاقيات الدولية المطبقة والمتعلقة بنفس موضوع التنظيم، راجع في ذلك تفصيلاً: د. ناصر عثمان محمد عثمان "القانون الواجب التطبيق علي انحلال الزواج" طبقاً لقواعد التنظيم الأوروبي رقم ١٢٥٩ لسنة ٢٠١٠ م، الطبعة الأولى، ٢٠١٣، القاهرة، دار النهضة العربية.

(١)

- Article premier,

Champ d'applicatio

1- Le présent règlement s'applique, dans les situations impliquant un conflit de lois, au divorce et à la séparation de corps.

إنحلال تلك العلاقة^(١)، ويخرج منها مسائل لا تخضع لقواعده ولا يطبق عليها قواعد هذا التنظيم، حتى وإن لم يتم إثارة تلك المسائل إلا بسبب إجراءات إنهاء رابطة الزوجية عن طريق الطلاق أو التفريق الجسماني، وهي متعددة ومن هذه المسائل، الأهلية القانونية للزوجين، ووجود وصحة الاعتراف بالزواج، بطلان الزواج، اسم الزوجين، الآثار المالية لعلاقة الزوجية، المسؤولية الأبوية، الالتزامات المتعلقة بالنفقات، المواريث والوصايا^(٢).

وبصدد القانون الواجب التطبيق على إنحلال الزواج فنجد أن قواعد هذا التنظيم الأوروبي قد نظمتها في مادتين هما المادة الخامسة والمادة الثامنة، واللذان تتناولان بصفة أساسية كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على

(١) انظر في نطاق تطبيق القانون المختص طبقاً لقواعد هذا التنظيم تفصيلاً في: د. ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص ١٠٣ ومابعداها.
(٢) راجع ما قرره الفقرة الثانية من المادة الأولى من قواعد هذا التنظيم حيث نصت على أنه:

2 - Le présent règlement ne s'applique pas aux questions suivantes, même si elles ne sont soulevées qu'en tant que questions préalables dans le cadre d'une procédure de divorce ou de séparation de corps;

- (a) La capacité juridique des personnes physiques;
- b) L'existence, la validité ou la reconnaissance d'un mariage;
- c) L'annulation d'un mariage;
- d) Le nom des époux;
- e) Les effets patrimoniaux du mariage;
- f) La responsabilité parentale;
- g) Les obligations alimentaires;
- h) Les trusts et successions.

sur l'Internet à l'adresse suivante:

http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexpus!prod!docNumber&type.

إنحلال الزواج، كما توجد بجانبها مواد أخرى مكملة لهاتين المادتين من حيث تنظيم هذا التحديد أو ضبطه^(١).

مبدأ قانون الإرادة طبقاً لقواعد هذا التنظيم:

وبخصوص دور قانون الإرادة في مسائل الأسرة، فقد أعطى هذا التنظيم دوراً للإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على إنحلال الزواج - وفي حالة عدم وجود تلك الإرادة يتم اللجوء لمعايير بديلة - بنص صريح في مادته الخامسة، والتي جاءت تحت عنوان "اختيار القانون المطبق بواسطة الأطراف"، لكن تلك المادة لم تترك إرادة الأطراف خالية من كل قيد عند تحديد ذلك القانون، فقد قيدتها بأن يكون الاختيار من بين قوانين أربعة حددتها، والتي رأت أنصوص التنظيم وجود رابطة بينها وبين إنحلال علاقة الزوجية، مما يحقق نوعاً من الملاءمة في اختيار القانون الواجب التطبيق عليها وهو ما يصب في النهاية في مصلحة الأسرة، فجاء نصها على النحو التالي:

" للزوجين تعيين القانون المطبق على إنحلال رابطة الزوجية على أن يكون هذا الاختيار الصريح واحداً من بين القوانين التالية: قانون الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتاد للزوجين لحظة الاتفاق على تحديد القانون، ويليه قانون الدولة التي كان يوجد بها آخر محل إقامة معتاد للزوجين، ثم يأتي قانون بلد جنسية أيٍّ من الزوجين لحظة إبرام الاتفاق، ويأتي أخيراً قانون دولة القاضى ليحكم المنازعة أو إنحلال الزواج"^(٢).

(١) وبشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج تفصيلاً: د.ناصر عثمان، المرجع السابق، ص ٢٢ ومابعداها.

(٢) جاءت المادة الخامسة من التنظيم الأوروبي ١٢٥٩ لسنة ٢٠١٠ تحت عنوان:

وباستقراء نص هذه المادة نجدها قد عولت فقط علي إرادة الزوجين "الصريحة" - ولم تعد بالإرادة الضمنية - وجعلتها تختار القانون الواجب التطبيق علي إنحلال رابطة الزوجية، ولكنها قيدتها بأن يكون هذا الاختيار من بين قوانين أربعة حددتها علي سبيل الحصر، وهي بالترتيب "قانون بلد محل الإقامة المعتاد للزوجين لحظة إبرام الاتفاق، وقانون بلد آخر محل إقامة معتاد للزوجين، وقانون بلد جنسية أحد الزوجين في لحظة إبرام الاتفاق، وقانون القاضي"، فما هي حقيقة دور قانون الإرادة من خلال هذا النص، وهل فعلاً تتوافر مقومات مبدأ سلطان الإرادة بعد هذا التقييد؟

يظهر مما سبق أن هذا التقييد معناه إيجاد نوع من الحلول مكان إرادة الأطراف، فإرادة الأطراف في ظل نصوص هذا التنظيم ليست هي

"Choix de la loi applicable par les parties"

حيث نصت في فقرتها الأولى علي أنه:

1 -Les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes:

- a) la loi de l'Etat de la residence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou
- b) la loi de l'Etat de la dernière residence habituelle des époux , pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention; ou
- c) la loi de l'Etat de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou
- d) la loi du for.

sur l'Internet à l'adresse suivante:

http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexpus!prod!docNumber.....&type.

وفي: المرجع السابق ، ص ٢٥ ، هامش رقم ١ .

العنصر الرئيسى في الاختيار، وهو ما يتفق في جانب منها مع نظرية وحدانية التحديد أو نظرية التركيز - والتي تقوم علي أن الموضوع الحقيقى لإرادة المتعاقدين هو تركيز أو توطين العقد في دولة معينة، وليس اختيار القانون الواجب التطبيق ^(١) - إلا أنها تختلف مع هذه النظرية في الجانب الآخر منها، حيث لا يقتصر دور الإرادة هنا فقط علي فكرة التوطين بل تعول نصوص التنظيم علي الإرادة الصريحة للزوجين، مع تقييدها بالأربعة قوانين المحددة تختار من بينها، وهو من ناحية أخرى ما يتفق في جزء منها مع نظرية ازدواجية التحديد، والتي تستوجب التعويل علي إرادة الأطراف عند اختيار قانون معين اختياراً صريحاً ^(٢)، لكنها لا تعطى تلك الإرادة كامل هذه الحرية وقيدتها بالاختيار من بين تلك القوانين الأربعة كما سبق وبيننا، وبذلك فإن نصوص هذا التنظيم قد وضعت القواعد التي تراها محققة لمصالح الزوجين، حيث أخذت من كلا النظريتين الاتين ظهرت في الفقه والقضاء لتحديد حقيقة ومضمون فكرة

(١) انظر: د. السيد عبد المنعم حافظ: عقد التأجير التمويلي الدولي، رسالته للدكتوراه، جامعة حلوان، ٢٠٠٦،

وتم إعادة نشرها من خلال، مؤسسة دار الفكر الجامعى، الإسكندرية ٢٠١٠، بالتفصيل في هذه النظرية خاصة ص ٧٩ وما بعدها.

(٢) انظر: د. محمود محمد ياقوت" الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية " دراسة تحليلية مقارنة، دار الفكر الجامعى ، الإسكندرية، ٢٠٠٤ ، ص ٢١ وما بعدها .

قانون الإرادة والدور الحقيقي الذى يمكن أن تقوم به إرادة المتعاقدين بما يتلاءم مع مصلحة الأسرة فقط^(١).

ولكن ماذا عن القانون الواجب التطبيق عند غياب قانون الإرادة ؟

طبقاً لنص المادة الثامنة من مواد التنظيم وعند غياب إرادة الأطراف يكون القانون الواجب التطبيق واحداً من قوانين أربعة يمكن للقاضى أن يلجأ إليها على التوالى وهى "قانون الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتاد للزوجين وقت رفع الدعوى، أو قانون الدولة التي يوجد بها آخر محل إقامة معتاد بالنسبة للزوجين، أو قانون بلد الجنسية المشتركة للزوجين لحظة رفع الدعوى، وأخيراً قانون القاضى"^(٢).

ويتضح من نص هذه المادة أنها تبنت اسلوباً جامداً يتم من خلاله ترتيب القوانين حسب صلتها بالعلاقة، أى تطبيقاً لفكرة خضوع العلاقة لأكثر

(١) راجع في ذلك: د. ناصر عثمان محمد عثمان " القانون الواجب التطبيق على إنحلال الزواج " ، المرجع السابق، خاصة ص ٤٤ .
(٢) تنص المادة الثامنة من مواد التنظيم على أنه:

- A- défaut de choix conformément à l'article 5, le divorce et la separation de corps sont soumis à la loi de l'Etat:
- a) de la residence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction, ou à défaut
 - b) de la dernière residence habituelle des époux , pour autant que cette résidence n'ait pas Paris fin plus d'un au avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux reside encore dans cet Etat au moment de la saisine de la juridiction; au, à défaut .
 - c) de la nationalité des deux époux au moment de la saisine de la juridiction, ou , défaut.
 - d) don't la juridiction est saisie.

راجع نص هذه المادة على الموقع الإلكتروني لهذا التنظيم السابق الإشارة إليه ، وفي: د. ناصر عثمان محمد عثمان ، المرجع السابق ، خاصة ص ٤٧ ، هامش رقم ١ .

القوانين صلة بها، ثم الأقل صلة بالأقل وهكذا ^(١)، وعلي ذلك إذا لم يتفق الزوجان علي القانون الواجب التطبيق بشأن انحلال رابطة الزوجية القائمة بينهما، يتم اللجوء للمعايير البديلة التي حددتها تلك المادة من الموطن المشترك للزوجين، أو قانون الجنسية المشتركة للزوجين، وفي حالة عدم توافر ذلك يطبق قانون محل الإقامة المشترك للزوجين، وإلا فيطبق قانون القاضى "تطبيقاً احتياطياً" الذي ينظر دعوى انحلال رابطة الزوجية.

علة الاختصاص وهل ضابط قانون الإرادة فى هذا النص يحقق هذه العلة من عدمه؟!

يبدو الضابط فى نصوص هذا التنظيم متوافقاً مع اعتبارات الملاءمة ذلك أنه: يكفل هذا التنظيم مبدأ المساواة فى حقوق الزوجين وواجباتهما عند الزواج وأثناء قيامه ولدى انحلاله، كما أنه يكفل تحقيق فكرة التوقع المشروع من جانب الأطراف "الأمان القانونى" التي هى من أهم أهداف القانون الدولى الخاص، لعدم مفاجأة أحد الزوجين بالقانون الواجب التطبيق على انحلال رابطة الزوجية القائمة بينهما، وإنما يبدو ذلك القانون وكأنه معد مسبقاً ليحكم تلك العلاقة، وذلك من منطلق أن الزواج عقد كغيره من العقود يقوم علي رضا طرفيه، بل وعلي وجه الخصوص فان عقد الزواج لا ينشأ من الأساس ولا ينعقد صحيحاً إلا برضاء طرفيه، فما المانع من تحديد القانون الواجب التطبيق عليه فى كل جوانبه بإرادة

(١) راجع تفصيلاً: فى تحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب قانون إرادة الزوجين، وضوابط هذا التحديد، المرجع السابق، ص ٤٨ وما بعدها.

أصحابه، وتفعيل مبدأ سلطان الإرادة المعمول به في نطاق المعاملات العقدية وغير العقدية، وهذا ما أكدت عليه نصوص هذا التنظيم.

المبحث الثالث

تبنى قانون الإرادة في مسائل المعاملات المالية مقدمة:

الإتجاه المتزايد لدور قانون الإرادة باعتباره قانوناً ملائماً يتفق وتوقعات الأطراف المشروعة.

ومع بداية القرن التاسع عشر إلا وقد إزدهرت فكرة قانون الإرادة Lex Voluntatis وساعد علي ذلك انتشار أفكار مذهب الحرية الفردية، ونظام الاقتصاد الراسمالي أو الليبرالي، والنظر إلى حرية التعاقد وتقديس سلطان الإرادة علي أنهما من عوامل سيادة ذلك النظام عبر الحدود الدولية، وترسيخه داخل الحدود الوطنية^(١)، فأصبحت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة من أعمدة القانون الدولي الخاص المعاصر حيث كرستها القوانين المقارنة ونصت عليها غالب التشريعات بما فيهم المشرع المصري في المادة ١٩ مدني^(٢).

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ١٠٦٠ بند ٧٧٤.

(٢) راجع علي سبيل المثال: والقانون المدني البيروني لعام ١٩٨٤ والذي نص صراحة علي أن: "تخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة" (م ٢٠٩٥)، والقانون الدولي لما كان يسمى ببيوجوسلافيا لعام ١٩٨٣ (م ١٩)، وجاء بالنص: "يسرى علي العقد القانون الذي اختاره الأطراف المتعاقدة، مالم يوجد حكم يخالف هذا القانون أو في اتفاق دولي"، والقانون المدني الألماني في أحكامه المتعلقة بالقانون الدولي الخاص لعام ١٩٨٦ (مادة ١/٢٧) والذي نص علي أن: "يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف..."، والقانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧، الذي أورد المادة (١/١١٦) ذات الصيغة الواردة في القانون الألماني، مشار إليها في: د. أحمد عبد الكريم سلامة "علم قاعدة التنازع" المرجع السابق، ص ١٠٦١ - ١٠٦٢ بند ٧٧٤.

ولقد استقر هذا المبدأ في القضاء الفرنسي منذ ٥ ديسمبر ١٩١٠، من خلال الحكم الذي يعتبره البعض ^(١) بمثابة دستور قانون الإرادة ومقتنه، والذي قررت فيه المحكمة أن: "القانون واجب التطبيق علي العقود سواء من حيث تكوينها أو من حيث آثارها وشروطها هو ذلك القانون الذي يتبناه الأطراف...." ^(٢)، وبهذا الحكم أصبحت الأولوية في تحديد القانون واجب التطبيق علي العقود الدولية للقانون المختار من جانب الأطراف، ويؤكد جانب من الفقهاء ^(٣)، أن هذا المبدأ أصبح عالمياً بل وأغلق باب المناقشة والجدل الفقهي حول إقراره ^(٤)، ولذا نجد أن معظم التشريعات

(١) حول تطور القضاء الفرنسي في الاخذ بمبدأ قانون الارادة ، راجع :

-JACQUET (J- M): " Princip d'autonomie et contracts internationaux, Economica, Paris, 1983.P.38. et ss.

-B. A.NCEL et Y.LEQUETTE: "Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international Privé", Paris éd. sirey 1987, p.66, n.9.

-H. BATIFFOL et P.LAGARDE: T.11., Op.Cit P.278, et ss.

(٢) وكان منطوق حكمها كالتالي:

" La loi applicable aux contrats, soi en ce qui concerne leur formation, soi quant à leurs effets et conditions, est celle que les Parties ont adoptée.....".

(٣) راجع في ذلك: د. جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٥٣٦، بند ١٦٤، د.حفيظة السيد الحداد : "العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية – تحديد ماهيتها – والنظام القانوني لها"، الإسكندرية ٢٠٠١، دار الفكر الجامعي، ص ٤٨٤ – ٤٠٩.

-HEUZÉ (V.): "La réglementation français de contrats internationaux", étude critique des méthodes, G.L.N. Paris, 1990.P.414.et s.

(٤) انظر في ذلك:

الوطنية المقارنة الحديثة قد قننت هذا المبدأ، بالإضافة إلى إقراره من قبل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتنازع القوانين في موضوع العقود الدولية، فمن التشريعات الوطنية المقارنة التي أكدته نذكر منها، القانون الدولي الخاص الأسباني لعام ١٩٧٤ (م ٥/١٠)^(١)، والتي تقضى بأن: "... ٥ - تخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يريد الأطراف أن يخضعوا له صراحة"^(٢)، والقانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩ (م ١/٣٥)^(٣)، والتي تقضى أيضاً بأن: "تخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يعينه الأطراف صراحة أو ضمناً"^(٤)، والقانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢ (م ٢٤)^(٥) ،

-JACQUET (J- M): " Princip d'autonomie et contracts internationaux, Economica, Op cit. p.33.

(١) حول هذا القانون:

-J.LIGLESLAS BULGUES: Le nouveau Système de règles de conflit du droit international privé Espagnol. Rev Crit. D.I.P.1976. P.397 ets...spéc. P.414.

(٢) النص باللغة الفرنسية :

-(Art.10)....5- Les obligations contractuelles sont raégies par la loi à laquelle les parties se sont soumises expressément....". Rev. Crit. D.I.P.1979, P.176 ets.

(٣) راجع النص باللغة الفرنسية منشوراً في: Rev. Crit, D.I.P.1979, P.176 et ss.
(٤) النص باللغة الفرنسية :

والقانون الدولي الخاص لجمهورية ألمانيا الفيدرالية (سابقاً) والصادر في ٢٥ يوليو عام ١٩٨٦ (م١/٢٧)^(١)، والقانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٧٨ (م١/١١٦)^(٢)، والقانون الدولي الخاص الروماني لعام ١٩٩٢ (م٧٣)^(٣)، والقانون الإيطالي لعام ١٩٩٥ (م٥٧)^(٤)، والقانون الدولي الخاص الفنزويلي لعام ١٩٩٨ النافذة من عام ١٩٩٩ (م ٢٩ وما

(Art. 35): " 1- Les obligations contractuelles sont régies par le droit que les parties désignent explicitement ou implicitement.....".

Rev. Crit (٥) راجع النص باللغة الفرنسية منشوراً في:
D.I.P.1983, P. 141 ets.

Rev. Crit (١) راجع النص باللغة الفرنسية منشوراً في:
D.I.P.1987, P. 170 ets.

Rev. Crit (٢) راجع النص باللغة الفرنسية منشوراً في:
D.I.P.1988, P. 409 ets.

Rev. Crit (٣) راجع النص باللغة الفرنسية منشوراً في:
D.I.P.1994, P. 167 ets.

Rev. Crit (٤) راجع النص باللغة الفرنسية منشوراً في:
D.I.P.1996, P. 174 ets. وفي التعليق عليه:

- "Le droit des obligations dans le nouveau droit international privé Italien. Rev. Crit.D.I.P.1996, P.41 ets.

بعدها) ^(١)، ومجموعة القانون الدولي الخاص التونسي السارية من عام ١٩٩٩ (م ٦٢ وما بعدها) ^(٢)، وكذلك القانون الصيني الجديد الخاص بالعقود الدولية والصادر في ١٥ مارس ١٩٩٤ والمعمول به من أول أكتوبر عام ١٩٩٩ (م ١/١٢٦) ^(٣)، بالإضافة إلى الكثير من التشريعات الوطنية للدول العربية التي تأثرت بالمادة ١٩ من القانون المدني المصري ^(٤)، ولم يقتصر الأمر على التشريعات الوطنية المقارنة، وإنما تناولته بالتقنين العديد من الاتفاقيات الدولية الحديثة والتي نذكر منها: اتفاقية لاهاي المبرمة في ١٥ يونيو ١٩٥٥ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة المادية، والتي نصت في

(١) راجع النص باللغة الفرنسية منشورا في:

Rev. Crit D.I.P.1999, P. 392 ets..note G.P.ARANGREV,
P.209 etss.

النص باللغة الفرنسية :

(Art 29): Les obligations conventionnelles sont régies par le droit
indique par les parties.

(٢) راجع النص باللغة الفرنسية منشورا في:

Rev.Crit D.I.P.1999, P.382 ets. Note. M.E.HACHEM. P.227ets.

(٣) حول هذا القانون راجع :

X.Y.LI.KOTOVTCHIKHLNF: Le nouveau droit chinois des contrats
internationaux clunet. 2002; P.113 ets.

(٤) كالقانون المدني الاردني (م٥٩) والسوري (م١/٢٠)، والليبي (م ١٩) والكويتي الخاص بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي (م٥٩)، حول تلك التشريعات راجع: د.عز الدين عبد الله: "القانون الدولي الخاص"، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٩٩٤ وما بعدها .

مادتها (١/٢) علي أن "يسرى علي البيع القانون الداخلي للبلد الذي يحدده الأطراف المتعاقدة" ^(١)، واتفاقية لاهاي المبرمة في ١٤ مارس ١٩٧٨ ^(٢) والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق علي النيابة عقود الوساطة والتمثيل التجاري حيث نصت في (المادة ١/٥) منها علي "أن يسرى علي روابط الوكالة أو النيابة بين الموكل والوكيل القانون الداخلي الذي يختاره الأطراف"، واتفاقية روما المبرمة بين دول السوق الأوروبية المشتركة في

١٩ يونيو ١٩٨٠ ^(٣) والتي دخلت حيز التنفيذ في الأول من أبريل عام

Rev. Crit (١) راجع النص منشورا في :
D.I.P. 1965, P.205 ets.

Rev. Crit (٢) راجع النص منشورا في :
D.I.P.1992, P.541 ets.

(٣) راجع النص في :المجلة الانتقادية ١٩٨٠، ص ٨٧٥ وما بعدها، وفي التعليق عليها ، راجع :

-LAGARDE (P.) : "Le nouveau droit international privé des contrats abès l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980, Rev.Crit. D.I.P.1991 .P.287ets

-FOYER (J.) : " Entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Clunet 1991. P.60l etss.

-LESGUILLONS (H.) : " Loi applicable aux opligations contractuelles, Entéer en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980, Rev.D.aff. Inter. N.2. 1991, P.267etss.

د. طرح البحور علي حسن فرج: "تدويل العقد"، دراسة تحليلية علي ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق علي الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما ١٩ يونيو ١٩٨٠، الإسكندرية، منشأة المعارف ٢٠٠٠.

١٩٩١ والخاصة بالقانون واجب التطبيق علي الالتزامات التعاقدية والتي نصت في مادتها (١/٣ منها) علي أن "يسرى علي العقد القانون الذي اختاره الأطراف" ^(١)، وكذلك اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦ ^(٢) والخاصة بالقانون واجب التطبيق علي البيوع الدولية للبضائع، وذلك في (م ١/٧)، واتفاقية مكسيكو والمبرمة بين دول الاتحاد الأمريكي عام ١٩٩٤ (م ٧) ^(٣)، كما أكدت المادة الثانية من قرار مجمع القانون الدولي في دور انعقاده بمدينة Bâle السويسرية عام ١٩٩١ أن " للأطراف الحرية في اختيار القانون واجب التطبيق علي عقدهم " ^(٤).

ورغم الاعتراف بأهمية هذا الدور للإرادة من المؤيدين والمناصرين ^(٥) إلا أنه لم يسلم من النقد وقد تركزت هذه الانتقادات حول القيمة القانونية لاتفاق الأطراف في هذا الصدد،

^(١) وتأكد تطبيق قانون الإرادة بحيث أصبح معمولاً بحكمه لدى التشريعات التي إنضمت إلى هذه الاتفاقية مثل فرنسا وإنجلترا.
^(٢) وضعت هذه الاتفاقية لكي تحل محل اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥، ولكنها لم تدخل حيز التنفيذ بعد لعدم إكمال عدد الدول المصدقة عليها، المرجع السابق، ص ٥٨ وما بعدها.

^(٣) حيث تقضى بأن: "العقد يخضع للقانون المختار من قبل الأطراف"، راجع النص منشور في:

-Rev. Droit Uniforme, 1994 - 1995. P.188 ets.

-Rev.Crit.

^(٤) النص منشور في:

D.I.P. 1992. P.178 ets.

^(٥) راجع حجج المؤيدين والمعارضين بالتفصيل في رسالة: د. محمد خالد الترجمان: "النظام القانوني للقروض الدولية للتنمية في الدول العربية" ١٩٨٨، جامعه عين شمس، ص ٣١٦ وما بعدها ولذات المؤلف: "القانون الدولي الخاص" المرجع السابق، ص ٣٥٣-٣٥٧ والمراجع العديدة التي أشار إليها في هذا الخصوص.

فهو من وجهة نظرهم ليس له في حد ذاته قوة أو قيمة قانونية ملزمة.... وغيرها من الانتقادات التي لم تستطع أن تنال من قيمة مبدأ "سلطان الإرادة"، فقد شهدت السنوات الماضية من هذا القرن تحولاً فقهياً ملموساً في صالح هذا المبدأ وجعله بمنأى عن هذه الانتقادات ومنحته أساساً جديداً أكثر قبولاً وذلك وفق ضوابط إعماله والتي استقر العمل بها في التشريعات الوطنية والمقارنة والاتفاقيات الدولية.

فتتفق غالبية التشريعات الحديثة - مهما كان الخلاف بينها في التفاصيل - على الاعتداد أساساً بالإرادة كضابط للإسناد بالنسبة للعقود الدولية، فالمستقر عليه فقهاً^(١) وقضاءً^(٢) وتشريعاً^(٣) واتفاقاً^(٤) هو أن إرادة

(١) LOUSSOUARN et BOUREL, op. cit., no.176 et no. 374;

-BATIFFOL et LAGARDE, op.cit. T.II, no 284 et no 565.

Cass. 5/12/1910 S. 1911-129 not Lyon Caen, Clunet (٢) 1912-1156, Rev.crit.

1911-395 où la Cour a énoncé "que la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée.

وراجع أيضاً علي سبيل المثال من الأحكام اللاحقة التي روجت لفكرة قانون الإرادة:

Cass.6/7/1959 Rev. crit. 1959- 708 note BATIFFOL; Cass.

6/2/1973 Clunet 1975-66 note AUDIT.

(٣) من ذلك أيضاً القانون المدني السوري (مادة ٢٢) والقانون المدني الجزائري لسنة ١٩٧٥ (مادة ١٨) والقانون المدني الأرنى لسنة ١٩٧٦ (مادة ٢٠) والقانون المدني اليوناني لعام ١٩٤٠ والنافذ من عام ١٩٤٦ (مادة ٢٥) والقانون المدني والقانون المجري الدولي الخاص البولندي لسنة ١٩٦٥ (مادة ٢٥) والقانون المدني والقانون المجري لسنة ١٩٧٩ (مادة ٢٤)، ويعترف النظام القانوني في كلاً من إنجلترا وكندا وأستراليا والولايات المتحدة الأمريكية بقاعدة قانون الإرادة، وغيرها من التشريعات في الدول الأخرى التي أصدرت تقنينات لقواعد تنازع القوانين والنظم القانونية المقارنة، والتي كرس قاعدة قانون الإرادة، وفي تفصيلات لنصوص هذه القوانين راجع:

الأطراف تمثل ضابط الإسناد الأصل في شأن العقود الدولية، فالاعتراف بقانون الإرادة تظل هي القاعدة العامة، باعتبارها أولى وأهم معيار يتحدد علي أساسه القانون الواجب التطبيق علي العقود الدولية باعتباره قانوناً ملائماً يتفق وتوقعات الأطراف المشروعة ^(١)، مع إحاطته بالضوابط الكفيلة بمنع إنفلاته، والتي توازن بين ما للأطراف من حق أصيل في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم وبين اعتبارات العدالة ومقتضيات المصلحة العامة، وهو ما يسوغ إيراد بعض القيود على هذه القاعدة، يتم فيها الحيلولة بين الإرادة وممارسة دورها في تحديد قانون العقد الدولي والتي تصحح مسار تلك القاعدة وتضفي عليها الاعتدال والتوازن ^(٢).

وأجمع فقه القانون الدولي الخاص ^(٣) علي إسناد الإرادة فيما يتعلق بالمسائل الموضوعية في العقد، مع تخصيص شكل العقد وأهلية التعاقد بقاعدة إسناد مستقلة تختلف عن تلك التي تحكم موضوع العقد، ويستوى أن يعبر عن إرادة المتعاقدين - في اختيار القانون الواجب التطبيق علي

د/ أحمد عبد الكريم سلامة " قانون العقد الدولي... " ، المرجع السابق، ص ١٦٠ وما يليها.

^(٤) (المرجع السابق ، ص ١٦٢ .

^(١) راجع في ذلك: H.BATIFFOL et P.LAGARDE;

T.II., Op. Cit P.275, n.1.

وانظر في ذلك: د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع ، المرجع السابق، ص ١٠٥٩ ، بند ٧٧٣، ولذات المؤلف ، قانون العقد الدولي، المرجع سابق ، ص ١٦٠ بند ١١٦.

^(٢) وحول الوضع الحالي لدور الإرادة في تحديد قانون العقد الدولي انظر: د. محمد الروبي قطب عطا الله "عقد الامتياز التجارى في القانون الدولي الخاص" القاهرة ، دار النهضة العربية، ٢٠١٣ ، ص ١٨٧ .

^(٣) انظر: د. محمود محمد ياقوت "حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي"، الإسكندرية ٢٠٠٠، منشأة المعارف ، ص ١٣- ١٧.

العقد - في شكل صريح أو بشكل ضمني ^(١) واستتباط هذه الإرادة عند غياب إرادة المتعاقدين، وذلك بالرجوع إلى اللغة التي حرر بها العقد، والعملية التي اتفق علي استخدامها في الوفاء، أو أية مؤشرات يرتئها القاضى، حيث ذهب أغلب الفقه إلى تطبيق أي من القوانين المستمدة من ظروف التعاقد "كموطن المتعاقدين أو جنسيتها أو محل إبرام العقد" فيرجع القاضى إلى هذه المعايير لاستخلاص القانون الملائم والأنسب من خلالها ^(٢).

وأياً ما كان الأمر فإن المنهجية السائدة في القانون الدولي الخاص في شأن العقود أو التصرفات القانونية تضع قاعدة عامة وهى حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق علي العقد الدولي - وهذه القاعدة التي ورد النص عليها في المادة ١٩ من القانون المدنى المصرى -

(١) راجع:

-H.BATIFFEL et P.LAGRDE: " traité de droit international privé " T.I, 8^e édition, Paris, 1993, P. 468.

- P. MAYER: " droit international privé " 4^e édition, Montcherstien, Paris, 1991 P.438. René et Jean Savatier .Jean. Marie leloup; " droit des affaires " 6^e édition, Sirey, 1980, P.233.

-YVON LOUSSOUARN et PIERRE BOUREL: " droit international privé " 6^e édition, Dalloz, 1999, p. 433.

- VINCENT HEUZÉ " la reglementation francaise des contracts internationaux " Paris.1990, P.61.

(٢) د. منير عبد المجيد "حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف في العقود الخاصة الدولية"، مجلة المحاماه، السنة ٧١، العددان السابع والثامن - سبتمبر- أكتوبر ١٩٩١، ص ٤٢ وما بعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم: "تنازع القوانين"، المرجع السابق، طبعة ١٩٩٠، ص ٢٢٦ - ٢٢٧، د.محمود محمد ياقوت "تعيين القانون الواجب التطبيق علي العقد الدولي في حالة سكوت الإرادة عن الاختيار" مجلة روح القوانين، كلية الحقوق، جامعة طنطا، العدد التاسع عشر، الجزء الأول، لسنة ٢٠٠٠، ص٤٦٥ وما بعدها .

وهي قاعدة عريقة تستند إلى عرف دولي عتيق تمتد جذوره إلى ما قبل الميلاد، لتسهيل المعاملات التعاقدية في التجارة الدولية، وللمحافظة على التوقعات المشروعة للمتعاقدين حول مضمون التزاماتهم^(١).

وقد قيل في تبرير مبدأ سلطان الإرادة أنه " ما دامت للأطراف الحرية في تنظيم الالتزامات التعاقدية مباشرة بوضع شروط معينة داخل عقدهم فهم يستطيعون كذلك القيام بطريقة غير مباشرة باختيار القانون واجب التطبيق علي هذا العقد، والذي سوف يتم عن طريقة تنظيم تلك الالتزامات فمن يملك الأكثر يملك الأقل، والمتعاقدون هم أولى من غيرهم في تقدير ما إذا كان قانوناً معيناً يصلح للتطبيق علي عقدهم أو لا يصلح، حيث يسعى الفرد دائماً إلى تحقيق مصلحته وتحقيق العدالة بالنسبة لنفسه " ^(٢).
والمتمعن فيما مر به مبدأ سلطان الإرادة من تطورات في ميدان القانون الدولي الخاص يلحظ أن هذه التطورات دائماً تجيء بمثابة رد فعل للموقف من الإرادة في المجالات الاقتصادية والفلسفية والسياسية والاجتماعية بوجه عام وصدى لما يشهده مبدأ سلطان الإرادة من تطورات علي ساحة القوانين الموضوعية بوجه خاص ^(٣)، وحتى تكتمل الصورة نرى تقسيم هذا المبحث إلى:

(١) راجع: د. أبو العلا علي النمر " الالتزام بالمحافظة علي الأسرار في عقود نقل التكنولوجيا " مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ٢٠٠٦ العدد الأول، سنة ٤٨، ص ٧٣ وما بعدها.

(٢) راجع تفصيلاً: د. السيد عبد المنعم حافظ " عقد التأجير التمويلي الدولي " رسالته للدكتوراه، جامعة حلوان ٢٠٠٦، ص ٤٨ وما بعدها.

(٣) RANOUIL – L'autonomie de la volonté: Naissance et évolution d'un concept, presse universitaire de France, 1980, p.29.

المطلب الأول : قانون الإرادة في مجال العقود الدولية.

المطلب الثاني : قانون الإرادة في مجال المسؤولية المدنية.

المطلب الثالث: استبعاد قاعدة الإسناد باتفاق الأطراف

مشار إليه في رسالة د. محمود محمد ياقوت : "حرية المتعاقدين " ، المرجع السابق ، ص ٧ ، هامش رقم ١ .

المطلب الأول

قانون الإرادة في مجال العقود الدولية

مدى ملائمة قانون الإرادة لمعاملات التجارة الدولية الحديثة:

تعد قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة من أهم القواعد المستقرة في فقه القانون الدولي الخاص وأكثر شيوعاً^(١)، علي أن تخلف التوازن العقدي - في بعض أنواع العقود - بين طرفي العقد يثير جملة من التساؤلات، يأتي في طليعتها، مدى ملائمة التعويل علي إرادة الطرفين كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق، فهل هذا الضابط ملائم بالنسبة

لتيسير علاقات الأفراد، وتنفيذ الحكم الصادر من عدمه؟! وفي حالة عدم الملاءمة

هل يكفي تقييد ضابط إرادة الأطراف لمنع انفلاته، وإحاطته بالضمانات التي تحد من إطلاقه وتقيه الشطط، وتوجهه الوجه السليمة التي تراعى فكرة الملاءمة في عقد الاختصاص للقانون الأكثر ملاءمة؟.

(١) حول التطور التاريخي: د. جاد عبد الرحمن "تنازع القوانين" . القاهرة، دار النهضة العربية ، ١٩٦٦،

ص ٥٣٤ وما بعدها ، د. عز الدين عبد الله، الجزء الثاني، المرجع السابق ، ص ٥١٨ وما بعدها ، د. هشام علي صادق " القانون واجب التطبيق...."، المرجع السابق ، ص ١٩ وما بعدها ، بند ١٠ ومابعده ، د. محمود محمد ياقوت "التطور التاريخي لقاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة " ، مجلة روح القوانين - كلية الحقوق - جامعة طنطا ، العدد الثاني والعشرون ، يناير ٢٠٠١ ، ص ٦١٣ وما بعدها .

ولما كانت فكرة قانون الإرادة لا تعنى غير اختيار المتعاقدين في العقد الدولي لقانون وطنى لدولة معينة إن بدا لهم أكثر ملاءمة ومناسبة^(١)، فلم يخرج القانون المصرى عما هو سائد في سائر النظم القانونية المقارنة المذكورة آنفاً، حيث أقر صراحة حق الأطراف في العقود الدولية في اختيار القانون الواجب التطبيق عليها، فقد نصت المادة ١/١٩ من القانون المدنى على أنه:

" يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك
إذا إتحدوا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد،
هذا ما لم يتفق المتعاقدين أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي
يراد تطبيقه "

وبناء على هذا النص فإن مبدأ سلطان الإرادة Le Principee d'autonomie de la Volonté يجد القاضى أساساً له عندما يعرض النزاع عليه، وهذه المادة تفسح المجال لإرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يرغبون في إعماله من بين القوانين المحددة، وهى التي تشكل الأساس القانونى لمبدأ اختيار القانون واجب التطبيق بواسطة الارادة " (2)
."La Clause d'élection

(١) تفصيلاً : أحمد عبد الكريم سلامة، "علم قاعده التنازع" المرجع السابق ، ص ١٠٧٤ .

(2) يراجع في التفاصيل في الفقه العربى: المرجع السابق، ص ١٠٥٨ وما بعدها، د. أشرف وفاء، الوسيط، المرجع السابق، ص ٤٩١ وما بعدها، د. هشام على صادق ود. عكاشه عبد العال:

وإذا كانت النظم القانونية لمختلف الدول قد أقرت هذا المبدأ ونصت عليه صراحة في تشريعاتها وصدق عليه الفقه والقضاء، إلا أن أعمال هذا الضابط يثير العديد من المشاكل عند التطبيق - خصوصاً مع ظهور العديد من أنواع العقود الحديثة التي قد يتعذر معرفة القانون واجب التطبيق عليها بأمان - ومنها من الناحية الفنية ^(١)، إذا كان للمتعاقدين حرية اختيار قانون العقد فمتى يمكنهم ممارسة هذا الحق..... قبل إبرام العقد أم عنده أم وقت المنازعه فيه ؟ وهل يمكنهم اختيار قانون ليس له صلة بالعقد ؟ وهل هذا الاختيار متاح في كافة أنواع العقود ؟

"الإجراءات...." المرجع السابق، ص ٣٧٧ وما بعدها ، د. محمد خالد الترجمان "القانون الدولي الخاص" المراجع السابق، ص ٤٠٩ وما بعدها، د. هشام علي صادق: "القانون الواجب التطبيق علي عقود التجارة الدولية" المرجع السابق، ص ٥٠٤ وما بعدها، د. محمود محمد ياقوت: "حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد" المرجع السابق ، ص ١٣ - ١٧ ، د. عز الدين عبد الله: "القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - تنازع الاختصاص القضائي الدوليين"، الجزء الثاني، القاهرة ١٩٧٩، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ص ٤٢١ وما بعدها ، د. إبراهيم أحمد إبراهيم: "القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين" الجزء الثاني ، القاهرة ، ١٩٩٧، دار النهضة العربية، ص ١٥٣ وما بعدها، طبعة ١٩٩٠، ص ٢٢٦ - ٢٢٧ .

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق ، ص ١٠٨٥ ، خاصة بند ٧٨٨.

ونحاول في الصفحات المقبلة الاجابة علي هذه التساؤلات للوصول إلى مدى ملائمة هذا الضابط من عدمه وفقاً للمحددات التي ذكرناها في أول البحث:

إشكاليات حول تطبيق قانون الإرادة ومراعاة اعتبارات الملاءمة

١- هل هذا الاختيار متاح في كافة أنواع العقود ؟ وما مدى

سريان قانون الإرادة علي عقود العقارات ؟.

٢- مشكلة هل يلزم صلة بين القانون المختار والعقد ؟.

٣- وما هو الوقت الملائم للاختيار ؟.

الإشكالية الأولى: هل هذا الاختيار متاح في كافة أنواع العقود ؟

تتفق غالبية التشريعات الحديثة علي الإعتداد بالإرادة كضابط الإسناد الأساسي بالنسبة للعقود الدولية، وهو الأمر الذي يقتضى من القاضى المطروح عليه النزاع أن يحدد طبيعة هذا العقد لمعرفة ما إذا كان أمام عقد وطنى أم عقد دولى، فمشكلة تنازع القوانين لا تثور أصلاً في مجال العقود الوطنية والتي تخضع بداهة للقانون الداخلى، أما العقود الدولية فنتيجة لاتصالها بأكثر من نظام قانونى فهى تثير التساؤل عن القانون الواجب التطبيق في شأنها، حيث أن دولية العقد تعد مسألة أولية لازمة لإعمال قواعد القانون الدولى الخاص^(١) ، ولذلك نؤكد بداية أن دولية المركز القانونى أو دولية العلاقة هى الشرط الرئيسى والأساسي

(١) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ، بند ١٨١ .

لخضوعها للقانون الدولي الخاص بصفة عامة ^(١) ، وفي مجال العقود بصفة خاصة ^(٢) .

وعلي ذلك فتطبيق قانون الإرادة يقتضى أن يتعلق الأمر بعقد من عقود المعاملات ذات الطبيعة الدولية وتحديد ما يعد عقداً له صفة الدولية هي مسألة تكليف أولى يرجع فيها إلى القانون المصرى باعتباره قانون القاضى (م ١٠ مدنى) ^(٣)، وعلي ذلك إذا ما تبين أن الأمر يتعلق بعقد

^(١) إذ يعرف هذا الفرع من فروع القانون لدي غالبية الفقه علي أنه :

"L'ensemble des règles applicables aux undividus dans les relations internationals" , LOUSSOURAN (Y.) et BOURL (P.): " Droit international privé" 4^e édition. Dalloz, Paris 1993, P.1.

-MAYER (P.): " Droit international privé" 5^e édition Montchrestien, Paris, 1994, P.1.

^(٢) وراجع بشأن العقد الدولي في مصر مؤلفات القانون الدولي الخاص بصفة عامة وبخاصة: د. أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق، المرجع السابق، د. هشام علي صادق: " القانون الواجب التطبيق ... " ، المرجع السابق . وانظر أيضاً في الفقه الفرنسى:

-EL-KOCHERI (A.S.): "La notion du contrat unternational" thèse rennes 1962.

- HEUZÉ (V.): "La réglementation francaise des contrats internationaux" Thèse GLN; éd joly.

- LEREBOURS - PIGEONNIERE (P.): "Apropos dy contrat international", Clunet 1951.

- MARTIN (E.): " La notion du contrat international", thèse, poitiers, 1983.

- RIGAUX (F.): L'évolution du droit et de la pratique des contrats internationaux en Belgique, essai de synthèse, in la contrate économique internationale, Bruxelles 1975 P.433. et ss.

- SCHNITZER (A): Les contrats internationaux en droit international privé suisse, R.C.D.I, 1968, V.123, P. 541 et s.

^(٣) انظر في هذا المعنى في الفقه الفرنسى:

داخلي، فلا يكون ثمة محل لإعمال قانون الإرادة^(١)، وأن اتفاق الأطراف علي

إخضاع عقدهم لقانون دولة أجنبية لا يضيف علي العقد وصف الدولية^(٢)، وإذا كان من المتفق عليه أن قواعد الإسناد تقضى بخضوع العقود الدولية لقانون الإرادة، فإنه يتعين طرح التساؤل الآتي: هل يسرى هذا الحل بالنسبة لكافة العقود أياً كان نوعها، أم أن هناك عقوداً تقتضى طبيعتها الخاصة استثناءها من مجال تطبيق هذه القاعدة وإسنادها لقانون آخر يختلف

قانون الإرادة ؟

-VINCENT HEUZÉ : La Réglementation Française des contrats, OP.Cit No. 256.

(١) وهذا المعنى ما استظهره القضاء الفرنسي، انظر نقض فرنسي ١٩ يناير ١٩٧٦، في المجلة الانتقادية ١٩٧٧ مع تعليق للاستاذ Batifol ص ٣ - ٥ ومابعداها، وفيه أكدت المحكمة أن تحديد القانون الواجب التطبيق أمر يتعلق وحسب بطائفة العقود الدولية.

(٢) وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها، انظر: نقض تجارى في ١٩ يناير ١٩٧٦ المجلة الانتقادية ١٩٧٧، ص ٥٠٣ Clunet ١٩٧٧ ص ٦٥١، تعليق Alyon-Cean - ، وانظر أيضاً : استئناف ليون في ١٩ إبريل ١٩٧٧ المجلة الانتقادية ١٩٧٩ ص ٧٨٨ مع تعليق B Ancel. وفيه قالت المحكمة "إن إعمال قواعد التنازع يفترض أن العقد الدولي، ذلك العقد الذي يبرره بالنظر إلى عناصره، تطبيق التشريعات المترجمة"، وإشارة اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ في المادة ١/١ - والمتعلقة بتحديد نطاق تطبيق الاتفاقية - حيث قالت: "إن نصوص الاتفاق تنطبق علي المراكز المنطوية علي تنازع القوانين بخصوص الالتزامات العقدية"، وفي المعايير التي قبلت في تحديد ما يعد من العقود الدولية التي تحرك قاعدة الإسناد الوارد النص عليها في المادة ١٩ محل الدراسة، د. عكاشة محمد عبد العال، في التنظيم الموضوعي الاجرائي، المرجع السابق، ص ٣٨٠ ومابعداها، د.أحمد صادق القشيري: "الاتجاهات الحديثة تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية"، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٢١ لسنة ١٩٦٥، ص ٦٣: ص ٧٥.

ومن أجل تحديد نطاق تطبيق قانون الإرادة كانت الاجابة علي التساؤل المطروح تشكل أهمية قصوى، إذ أن هناك العديد من العقود الدولية لا تخضع لقانون الإرادة، وهو ما يدفعنا إلى إقصائها من إطار فكرة العقد الدولي، كما أن المادة ١٩ مدنى مصرى لا تعمل بالنسبة لكل العقود الدولية وإنما هى خاصة بطائفة المعاملات المالية ولا تنصرف إلى العقود:

- ١ - المسماه بعقود الأحوال الشخصية وهو ما تناولناه عند حديثنا عن ظهور قانون الإرادة في مجال علاقات الأسرة، في المطلب السابق.
- ٢ - كما يتعين استبعاد عقد العمل من مجال تطبيق نص المادة ١٩ مدنى مصرى من مضمون الفكرة المسندة فيها على الأقل بالنسبة لجانبه التنظيمى، بالنظر لكونه من العقود الهامة التي ترتبط بالأهداف العليا للمجتمع، وهو ما حدا بالمشرعين في مختلف دول العالم إلى تنظيمه بقواعد أمره تحقيقاً للسياسة الاجتماعية المستهدفة من ورائه، مما تبين معه عدم صلاحية قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية بالنسبة للمسائل المتعلقة بعلاقات العمل، وذلك لأنه قد تجاوزت هذه العقود فكرة العقد الحر المبني علي إرادة الأطراف، وارتبطت بأهداف عليا للمجتمع تنظمها تشريعات أمره ، والتي تؤدي الإرادة دورها من خلالها، والتي تستهدف بها إنشاء علاقات متعادلة بقدر ما تبتغيه من أهداف اقتصادية واجتماعية محددة، وهو الأمر الذي دفع مختلف التشريعات والفقهاء الراجع لإخضاعه لقانون الدولة التي ينفذ فيها العمل - عند النظر في صحة ما يقرره قانون الإرادة من أحكام حتى لو كان أصلح للعامل - حيث تسود

فيها قواعد القانون العام والقواعد المتعلقة بالنظام العام والتي يتعذر الاتفاق علي ما يخالفها، فانحصر هذا الدور للإرادة في جانبه غير التنظيمي^(١).

هذا ويتفق الفقه علي الإعتداد بالإرادة كضابط للإسناد بالنسبة للعقود الدولية،

فإن نطاق تطبيق هذا القانون يقتصر علي المسائل الموضوعية في العقد، حيث أجمع الفقه علي استبعاد مسألتين من نطاق تطبيق هذا القانون، وذلك بالنظر لاختصاص كل فكرة منهما بقاعدة إسناد مستقلة، وهما المسائل المتعلقة بشكل العقد - والذي يخضعه عادة لقانون محل الإبرام لاعتبارات عملية تتلخص في التيسير علي المتعاقدين عند إبرام التصرفات القانونية، لسهولة تعرفهم علي أحكام هذا القانون وما يؤدي إليه من تشجيع للمعاملات الخاصة الدولية - والمسائل المتعلقة بأهلية التعاقد والتي تخضع لقاعدة إسناد تستمد من ضابط جنسية الأطراف باعتبارها مركز الثقل في مسائل الأحوال الشخصية علي النحو السابق توضيحه في الباب الأول^(٢).

وعلي هذا النحو يقتصر مجال نطاق تطبيق قانون الإرادة - وفقاً لما تقضى به قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص - علي عقود المعاملات المالية الدولية غير العقارية، أو العقود المتعلقة بالعلاقات

(١) د. منير عبد المجيد "تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية"، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الإسكندرية، ١٩٩٢، منشأة المعارف .

(٢) راجع في تفصيلات أكثر في هذا الخصوص : د. محمود محمد ياقوت "حرية المتعاقدين..."، المرجع السابق، ص ١٨ وما بعدها .

الاقتصادية الدولية والتي يفضل البعض تسميتها بعقود التجارة الدولية^(١)، وذلك على ما يلي:

٣ - العقود التي ترد علي عقار، حيث تذهب غالبية التشريعات لإخضاعها لقانون موقعها^(٢).

فطبقاً لنص المادة ٢/١٩ مدنى مصرى "قانون موقع العقار هو الذي يسرى
العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار"، ويمثل هذا استثناء علي قاعدة
قانون الإرادة،

ويعطل الأعمال بها، هذا وإن اختلفت مناهج الفقه حول تبرير هذا
الاستثناء إلا أن الفقه التقليدى والمعاصر يجتمع علي مبدأ عام يقضى
بوجوب إخضاع المال لقانون موقعه^(٣)، ففضلاً عما يحققه إخضاع
العقار لقانون موقعه من سلامة للمعاملات التي تستلزم وحدة القانون الذي
يخضع له العقار، فهذا القانون يكفل في نفس الوقت الحماية للغير أيضاً،
حيث يتم بمقتضاه
شهر الحقوق العينية الواردة علي العقار، ومن ناحية أخرى فإن

(١) د. هشام على صادق، المرجع السابق، ص ١٣، د. عكاشة محمد عبد العال في
قانون العمليات المصرفية الدولية، ١٩٩٤، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية،
ص ١٣.

(٢) راجع:

- BATIFFOL: " traité.... ", op.cit. 2^e éd., Paris, Sirey, T.IV,
1947, no.1147.

(٣) راجع:

- VINCENT HEUZÉ : La réglementation française des contracts
internationaux, étude critique des, méthodes, op. cit. , n. 623 etss,
P. 277 etss.

اختصاص هذا القانون من شأنه تحقيق التلازم أيضاً بين كل من الاختصاصين التشريعي والقضائي في شأن المنازعات المتعلقة بالعقار، حيث تختص محاكم الدولة التي يوجد في إقليمها هذا العقار بنظر المنازعات المتعلقة به^(١).

ولكن مع الاعتراف للإرادة بهذا الدور في مجال العقود الدولية، ومع هذا الإجماع لقانون الموقع وكل هذه الاعتبارات لنا أن نتساءل... ماذا عن سريان قانون الإرادة على عقود العقارات؟!

مبدأ قانون الإرادة في العقارات:

تطبيقات خاصة بشأن عقود الانتفاع بنظام اقتسام الوقت "عقد المشاركة الزمنية الدولي" (٢)

ويبدو أنه مع كل هذا الإجماع إلا أن هناك بعض التشريعات الحديثة تقرر أن ذلك الاختصاص يجب قصره على الأثر العيني ونقل الملكية فقط ، وفيما عدا ذلك، يجب أن يخضع تكوين وأثار وانقضاء العقود التي تبرم في شأن العقار للقاعدة العامة - "في حل تنازع القوانين بشأن العقود الدولية عموماً" - في اختصاص قانون الإرادة، وعند غياب الاختيار الصريح، أو تعذر الوصول إلى الإرادة الضمنية، يكون قانون الدولة الكائن بها موقع العقار هو الواجب التطبيق بشأن عقود الانتفاع بنظام اقتسام الوقت، خاصة إذا توافر بجانبه قرائن

(١) د. هشام على صادق ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص ٦٩٤ وما بعدها ، خاصة بند ٢٠٩ .

(٢) انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة "القانون الدولي الخاص النوعي، الالكتروني- السياحي- البيئي" الطبعة الأولى ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠.

أخرى،

كوجود مركز الإدارة أو مقر الشركة أو الجهة القائمة علي شئون استغلال الوحدات السكنية السياحية في ذات الدولة الكائن بها موقع تلك الوحدات، أو كان موطن أو محل إقامة الطرف الآخر يقع في تلك الدولة.

ونذكر من هذه التشريعات، مجموعة القانون الدولي الخاص التونسي النافذة من أول مارس ١٩٩٩، والتي نصت في المادة ٦٢ منها علي القاعدة العامة في اختصاص القانون المختار من قبل الأطراف بحكم العقد الدولي، إلا أنها أضافت في المادة ٦٣ نصاً صريحاً علي أنه: "عند انعدام تحديد الأطراف القانون الواجب التطبيق، فإن العقود المتعلقة باستغلال العقارات يحكمها من ناحية الشكل والموضوع قانون موقع العقار"، وفي ذات الإتجاه نصت المادة ٣٠ من مجموعة القانون الدولي الخاص الفنزويلي النافذ من فبراير ١٩٩٩ الذي قرر أنه "عند انعدام التحديد الإرادي لقانون العقد، فإنه يجب تطبيق القانون الذي ترتبط به الالتزامات التعاقدية بأوثق الروابط"، فهذا النص العام يعنى طبقاً لهذا الجانب الراجح من الفقه ^(١) خضوع العقود العقارية لقانون الإرادة المختار، فإذا إنعدم الاختيار سري قانون موقع العقار باعتباره هو القانون الأكثر وثوقاً بالرابطة الناشئة عن الالتزامات التعاقدية المترتبة عن العقد.

ومن التشريعات المقارنة الحديثة التي أقرت هذا الدور للإرادة في نطاق قانون موقع العقار خاصة بشأن حل تنازع القوانين في عقود اقتسام الوقت السياحية "عقود المشاركة الزمنية الدولي"، وإمكانية الخروج علي

(١) انظر: المرجع السابق، خاصة ص ١٧٨ بند ١٠٠.

القاعدة العامة من اختصاص قانون موقع العقار، نذكر منها القانون الدولي الخاص الأسباني لعام ١٩٧٤ حيث نصت المادة ١/١٠ من البند ٥ مدنى

علي أن

"تخضع العقود الدولية للقانون الذي يختاره الأطراف"، ثم أضافت (المادة ٢/١٠) علي أن:

"يحكم العقود الواردة علي أموال عقارية، وعند انعدام الخضوع الصريح، قانون موقعها...."

فهذا النص يقرر إعمال مبدأ قانون الإرادة بشأن العقود العقارية، ولا يطبق قانون موقع العقار إلا إذ إنعدم اختيار المتعاقدين لقانون العقد^(١)، والقانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦ نص البند الأول من المادة ٢٧ مدنى علي أن يخضع العقد للقانون الذي اختاره الطرفان، ثم أضاف البند الأول من المادة ٢٨ علي أنه "عند غياب الاختيار يكون واجب التطبيق قانون الدولة التي يكون للعقد معها أكثر الروابط وثوقاً"، وهو في شأن العقود العقارية كما ينص البند الثالث، قانون موقع العقار.

فكأن الأصل في العقود العقارية عموماً تطبيق قانون الإرادة المختار إن وجد اتفاقاً عليه، فإن إنعدم الاختيار طبق قانون الموقع في المرتبة الثانية^(٢)، ويكون

للقانون الإرادة

(١) راجع النص والتعليق عليه منشور في: Rev.Crit. 1976, P. 397 etss.

(٢) "القانون الدولي الخاص النوعي"، المرجع السابق، ص ١٧٦ وما يليها.

الأولية في التطبيق علي قانون موقع العقار، وفي ذلك نص كل من،
القانون الدولي

الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ في (المادة ١١٩) علي أن: "١- يحكم
العقود المتعلقة

بالعقارات أو باستعمالها قانون مكان وقوعها ٢ - يكون مقبولا اختيار
القانون واجب التطبيق عليها"، والقانون الدولي الخاص الروماني لعام
١٩٩٢ نصت (المادة ٧٣) علي أن: "يخضع العقد للقانون الذي يختاره
الأطراف باتفاق مشترك"، ثم أضافت في (المادة ٧٧) أنه: "عند غياب
القانون المختار طبقاً للمادة ٧٣ يخضع العقد لقانون الدولة التي يكون بها
أكثر الروابط توثقاً..... ويكون للعقد المتعلق بحق عقارى أو حق الانتفاع
المؤقت علي عقار أكثر الروابط وثوقاً مع قانون الدولة التي يقع فيها هذا
العقار".

وبالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية التي أقرت هذا الدور للإرادة في نطاق
العقود الدولية بشكل عام، حتى ما كان منها متعلق بعقار، وذلك عند انعدام
الاختيار الصريح من جانب الأطراف بتعيين قانون يحكم العقد، وأول ما
ينبغى الإشارة إليه في هذا الصدد، هو الأعمال الصادرة عن الاتحاد
الأوروبى - لما لها من دور رائد وأثر متعدي بصدد ما تقرره من أحكام -
كاتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق علي الالتزامات
التعاقدية بين دول الاتحاد الأوروبى، حيث نصت المادة ١/٣ علي أن
"يحكم العقد القانون المختار من الأطراف صراحة أو ضمناً"، إلا أنها
نصت في البند (١) من المادة ٤ علي أن "يحكم العقد قانون الدولة التي

يكون له بها أكثر الروابط وثوقاً في الحدود التي لم يختر فيها القانون واجب التطبيق علي العقد طبقاً للمادة ٣، وقد أضاف البند (٣) من ذات المادة أنه: "..... بالنسبة للعقد يكون موضوعه حقاً عينياً عقارياً أو حق استعمال عقار، فيفترض أن العقد يكون له أكثر الروابط وثوقاً بدولة العقار".

كما أكد على على هذا الدور التنظيم الأوروبي رقم ٥٩٣ الصادر بتاريخ ١٧ يونيو ٢٠٠٨ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، المعروف بتنظيم روما ١^(١)، والذي حل محل اتفاقية روما السابقة لعام ١٩٨٠، والتي تعد أحكامه بمثابة القانون الوضعي للعقود الدولية في سائر دول الاتحاد الأوروبي في الوقت الحالي، فجاءت المادة (٢٢ منه) في فقرتيها الأولى والثانية^(٢) مؤكدة على ما نصت عليه

(^١) راجع نصوص هذا التنظيم في:

Journal Officiel des Communautés Européennes du 17 Juin 2008 , L 177: 0006:006.

على الموقع الإلكتروني: [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.douri=OJ:L:2008:177:0006:0016:FR: HTML)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.douri=OJ:L:2008:177:0006:0016:FR: HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.douri=OJ:L:2008:177:0006:0016:FR: HTML)

(^٢) راجع :

- Article 22 Systèmes non unifiés: 1. Lorsqu'un à unitats comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière d'obligations contractuelles, chaque unité territoriale est considérée comme un pays aux fins de la détermination de la loi applicable selon le présent règlement. 2. Un à unitats membre dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles juridiques en matière d'obligations contractuelles n'est pas tenu d'appliquer le présent règlement aux conflits concernant uniquement les lois de ces unités.

اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ وذلك تكتفى تقنيات القانون الدولي الخاص الأوروبية الحديثة بالإحالة في خصوص هذه المسألة إلى اتفاقية روما - الأصل التاريخي لهذا التنظيم - دون إيراد قواعد إسناد بشأن العقود الدولية^(١).

كما يؤكد القضاء المقارن اختصاص قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية "القاعدة العامة في حل تنازع القوانين بشأن العقود الدولية عموماً" بحكم عقود الانتفاع بالمساكن السياحية المخصصة لقضاء العطلات، واستغلالها بنظام اقتسام الوقت، مفضلة القانون الذي اختاره الأطراف في العقد الوارد علي تلك الوحدات السكنية، وترفض صراحة تطبيق قانون موقع العقار الكائن به تلك الوحدات^(٢)، إلا عند تخلف هذه الإرادة ، فيأتي قانون الموقع في المرتبة الثانية بعد قانون الإرادة .

الإشكالية الثانية: ماذا عن الوقت الملائم للاختيار^(٣) ؟.

(١) بل وتشير الفقرة ١١ من ديباجة هذا التنظيم إلى أن حرية الأطراف في اختيار قانون العقد تمثل أحد الركائز الأساسية لقواعد تنازع القوانين ، حيث جاء بها :
" La liberté des parties de choisir le droit applicable devrait constituer l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de loi en matière d'obligations contractuelles"

(٢) انظر في ذلك حكم المحكمة الفيدرالية العليا في ألمانيا الصادر في ١٢ أكتوبر ١٩٨٩ المشار إليه تفصيلاً في ، المرجع السابق ، ص ١٨٠ - ١٨١ .

(٣) و تفصيلاً حول الوقت الذي يعتد به في إختيار قانون العقد ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ وما يليها ، خاصة بند ١٥٧ ، والأحكام القضائية ، والمراجع الوفيرة المشار إليها في هذا المؤلف .

الوضع الطبيعي أن يختار الأطراف قانون العقد عند إبرامه حيث يتم تضمين بنود العقد بنداً يحدد فيه القانون الواجب التطبيق، إلا أنه قد توجد العديد من الأسباب التي قد تدفع الأطراف إلى تأخير تحديد القانون واجب التطبيق إلى وقت لاحق علي إبرام العقد في اتفاق مستقل عن العقد، مكتوب أم شفهي^(١) ، فقد يحدث ألا يتفق الأطراف علي هذا الاختيار وقت إبرام عقدهم ويتحقق هذا الاختيار في وقت لاحق علي ذلك، وقد ثار الجدل في فقه القانون الدولي الخاص حول مدى إمكانية التحديد اللاحق للقانون واجب التطبيق علي موضوع النزاع، أو إمكانية تعديل اختيار قانون العقد وجعل الاختصاص لقانون آخر.

فوفقاً للإتجاه الأول، ليس من حق الأطراف اختيار القانون واجب التطبيق في وقت لاحق علي إبرام العقد، فإذا لم يقدموا علي هذا الاختيار عند إبرامهم للعقد فلا يستطيعون تحديده بعد ذلك ويتولى القاضى مهمة تحديده، ويترتب علي ذلك أن اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق عند إبرام العقد يعتبر تحديداً نهائياً فلا يملكون تعديله في وقت لاحق، وقد تبنت هذا الإتجاه محكمة النقض الايطالية في حكمها الصادر في ٢٨ يونيه ١٩٦٦ حيث قضت بأن: "اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق لن يكون مقبولاً في الحالة التي يتبين فيها أن هذا الاختيار قد تم في تاريخ لاحق لإبرام العقد"^(٢).

(١) انظر:

M.TOMASZEWSKI: la désignation, postérieure à la conclusion du contrat, de la loi qui le régit, Rev. crit. 1972 , p.567.

(٢) انظر في تفصيل ذلك:

إلا أنه قد تم هجر هذا الإتجاه السابق وأصبح الإتجاه الراجح - وفق اعتبارات الملاءمة السابقة - والرائج في مختلف القوانين المقارنة هو إطلاق الحرية للأطراف في تحديد وقت اختيار القانون واجب التطبيق سواء تم هذا الاختيار لحظة إبرام العقد أو تحديده في وقت لاحق، كما لهم الحق في أن يقوموا بتعديل الاختيار السابق لهم في حالة تحديده من قبل، وهذا هو الحل الذي أخذت به اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية فيما بين دول السوق الأوروبية المشتركة في المادة (٢/٣) من الاتفاقية حيث نصت على أنه "يجوز للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون غير ذلك الذي كان يحكمه سابقاً..."، كما ورد النص عليه في التنظيم الأوروبي رقم ٥٩٣ لسنة ٢٠٠٨ ونقل الأحكام المتعلقة بدور الإرادة في مجال العقود، وأخذت نفس الرقم في اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ فكانت المادة (٢/٣) والتي جاءت تحت عنوان " حرية الاختيار " لكنها أضافت شرط "... ألا ينتهك ذلك حقوق أطراف ثالثة" (١) .

-TOMAS ZEWSKI , op cit, P. 569 etss

وفي تفسير ذلك انظر: د. أشرف وفا محمد "الوسيط..."، المرجع السابق ، ص ٥٥٥ والمراجع التي أشار إليها، خاصة هامش رقم ٤٣٨ .

(١) راجع المادة ٢/٣ من الاتفاقية ، والتي نصت على أنه " يجوز للأطراف أن تتفق في أي وقت على إخضاع العقد لقانون آخر غير ذلك الذي كان يحكمه سابقاً، وإجراء أي تغيير في تحديد القانون الواجب تطبيقه بعد إبرام العقد لا يؤثر في صحة العقد الرسمي كما هو محدد في المادة ١١ بشرط ألا ينتهك حقوق أطراف ثالثة" .
على الموقع الإلكتروني للتنظيم السابق الإشارة اليه.

-Article 3 "Liberté de choix"

حيث اقتفى هذا التنظيم أثر اتفاقية روما من حيث اعتناق هذا المبدأ "سلطان الإرادة" كآلية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي سواء أكان هذا الاختيار قد تم بطريقة صريحة أو ضمنية، بل ولم يضع أدنى قيد على حرية الأطراف في تحديد قانون العقد - مع أفراد عقود الاستهلاك وعقود العمل الفردية بقواعد إسناد حمائية خاصة (م٦ و م٨) ،

1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.
2. Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions du présent règlement. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers.
3. Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord.
4. Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs à unitats membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un à unitat membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en Àuvre par l'à unitat membre du for.
5. L'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable sont régies par les dispositions établies aux articles 10, 11 et 13.

على غرار ما فعلت اتفاقية روما - وذلك مراعاة لخصوص هذه العقود - بل أضاف قواعد إسناد خاصة بعقود النقل المتنوعة (م٥) وعقود التأمين - وطور حلوله بما يتناسب مع تطور المعاملات والتجارة الدولية وما تفرزه من أنماط عقدية جديدة، وأدخل تعديلات جوهرية على (م٤) من الاتفاقية ، خاصة في فقرتها الأولى والتي اضطلع فيها بتحديد القانون الواجب التطبيق على بعض العقود عند تخلف الاختيار الصريح والضمني المؤكد لقانون العقد من قبل الأطراف، ولم يترك ذلك لتقدير القاضي، أو المحكم، كما تفعل اتفاقية روما " وذلك لخصوصية هذه العقود ، وتقديراً لطبيعتها الذاتية، ودعماً للوظيفة التي تؤديها في وسط معين " (١).

وقال بهذا الحل - "إطلاق الحرية للأطراف في تحديد وقت اختيار القانون واجب التطبيق سواء تم هذا الاختيار لحظة إبرام العقد أو تحديده في وقت لاحق" - المشرع السويسري لعام ١٩٨٧ (م ٣/١١٦ من التقنين) (٢)، والقانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦ (م ٢/٢٧) (٣)، وهو المعمول به في الفقه والقضاء والتشريعات المقارنة (٤)، وهو الذي يجب

(١) راجع نص المادة ١/٤ من لائحة التنظيم في الجريدة الرسمية على الموقع الإلكتروني السابق.

وتفصيلاً: د. محمد الروبي قطب عطا الله "عقد الامتياز التجاري في القانون الدولي الخاص"، دار النهضة العربية، ٢٠١٣ م، خاصة ص ٣١٢، هامش ٢٠٩.

(٢) حيث نص على أنه "اختيار القانون يمكن إجراؤه أو تعديله في أي وقت، وإذا كان لاحقاً على إبرام العقد، فيرتد أثره إلى لحظة إبرام العقد....."

(٣) تنص صراحة على أنه "يجوز للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون غير ذلك الذي كان يحكمه سابقاً...."

(٤) فهذا هو الحل الذي أخذ به القضاء في فرنسا وألمانيا وسويسرا ورومانيا وبولندا، وتوشيكوسلوفاكيا (سابقاً)، وقرأ في التشريعات الحديثة التي صرحت بهذا، القانون الدولي

إعتماده في مصر نزولاً علي حكم المادة ٢٤ من القانون المدني، ويؤكد ذلك أن حكم المادة ١/١٩ محل الدراسة قد جاء عاماً لم يحدد الوقت الذي يعتد فيه باختيار القانون واجب التطبيق، وفي القول بغير ذلك ما يقوض الغاية من قاعدة الإسناد في المادة ١/١٩ مدني مصرى ويناقض الهدف منها ويجرد الأفراد من المكنة التي خولهم إياها دونما سند من القانون، وإذا كان للأطراف حرية تحديد القانون واجب التطبيق في وقت لاحق إلا أن هذا التحديد ينبغي أن يكون حقيقياً^(١).

الخاص المجرى (م ٢٤) والتي تنص علي أنه: "يسرى علي العقود القانون الذي يختاره الأطراف وقت إبرام العقد أو بعده"، هو الذي أخذت به اتفاقية روما، ومعمول به – بطبيعة الحال- في الدول التي انضمت إليها (م ٢/٣)، وأقرأ أيضاً الاستاذ Tomaszewski : "التعيين اللاحق لقانون العقد علي وقت إبرامه"، المرجع السابق الإشارة إليه، المجلة الانتقادية، ١٩٧٢، ص ٥٦٧ ومابعده.

(١) لذلك نجد أن المحكمة الفيدرالية قد اشترطت ذلك:

V. tribunal federal Suisse, 5 octobre 1965, cite par Lalive, clunet, 1970, P.42,

Arret du 15 aout 1962, cite par Tomaszewski, op cit, P.74 et ss,

كما أن المحكمة الفيدرالية السويسرية قد أكدت علي ضرورة الالتزام بقانون الإرادة طالما أنه لم يتغير من جانب الأطراف :

" Tant qu'elle n'a pas ete annulée ou modifiée, l'élection de droit détermine le droit applicable au contrat, jusqu'a l'extinction de la totalité des obligations qui en sont issues ".

وقررت المحكمة كذلك أن :

" Lorsque les parties ont fait élection de d'un précédent procès sans la limiter à ce proces, seule ou une modification

وأخيراً، فالإتجاه الراجح والمعمول به في التشريعات المقارنة سابقة الإشار إليه يتفق واعتبارات الملاءمة من التيسير على المتعاقدين، وتحقيق فعالية قاعدة التنازع المقررة لاختصاص قانون الإرادة، فإذا كان المسلم به أن لطرفي العقد الحق في اختيار القانون واجب التطبيق فمما لاشك فيه أن بإمكانهم تبعاً لتطور العلاقات التجارية بينهم اختيار القانون الملائم لعملياتهم التعاقدية حتى ولو كان هذا الاختيار لاحق لإبرام العقد أو حتى التعديل اللاحق للاختيار، إلا أن هذا التعديل يكون مقيداً بأمرين يجب مراعاتهما^(١).

الأول: ألا يضر هذا التعديل بحقوق الغير الذين رتبوا معاملتهم وبنوا توقعاتهم وأقاموا حساباتهم علي القانون السابق الذي يراد العدول عنه^(٢).

الثاني: ألا ينال هذا التعديل اللاحق من صحة العقد الذي نشأ صحيحاً من حيث الشكل وفقاً للأوضاع المعمول بها في هذا القانون السابق، وهو ما أقرته اتفاقية روما - والتنظيم الأوروبي روما ١ الذي حل محلها - في المادة ٢/٣ والتي نصت علي أنه "يمكن للأطراف الاتفاق في أى وقت علي استبدال القانون الذي يخضع له العقد بقانون آخر، ولا يؤثر أى تغيير

contractuelle pourrait donc modifier la situation juridique créée par cet accord".

v. tribunal federal Suisse ,18 mai 1965, cite par Lalive, clunet 1970. P.417.

(١) راجع في ذلك: د. عكاشة محمد عبد العال: "التنظيم الموضوعي"، المرجع السابق، ص ٤٠١.

(٢) انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة "قانون العقد الدولي..."، المرجع السابق، خاصة ص ١٨١، بند ١٢٨.

للقانون واجب التطبيق بعد إبرام العقد علي سلامة العقد من حيث الشكل وفقاً للمادة التاسعة كما لا يؤثر علي حقوق الغير"، ونفس السياق أقره مجمع القانون الدولي في نص (المادة ٦) من قرار المجمع الصادر سنة ١٩٩٢^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن قيام الأطراف باختيار قانون ما في وقت لاحق لإبرام العقد لا ينتج عنه إلا أن يكون هذا القانون هو المختص بحكم عقدهم بأثر رجعي - أي منذ لحظة إبرام العقد - ويتفق هذا الحل مع مبدأ أثر وحدة النظام القانوني للعقد، كما أنه يعتبر نتيجة منطقية لقبول الاختيار اللاحق للقانون واجب التطبيق^(٢)، وتوجد من القوانين الوطنية ما تنص صراحة علي الأثر الرجعي للاختيار اللاحق من قبيل ذلك القانون الدولي الخاص السويسري (م ١١٦/٣) التي تنص علي أنه "يمكن أن يتم اختيار القانون واجب التطبيق أو تعديله في أي وقت وفي حالة الاختيار، في وقت لاحق لإبرام العقد، فإن هذا الاختيار يرتد إلى وقت إبرام العقد مع عدم المساس بحقوق الغير"^(٣).

(١) راجع نص المادة في مؤلف د. أشرف وفا محمد: "الوسيط"، المرجع السابق، ص ٥٥٧ د. محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص ١١٠.

v. les travaux preparatoires, Annuaire de l'institut, 1991, vol. 64, tom 1, p.43 et 74

et la resolution vol 64, tom II, 1992, P.382.

(٢) د. أشرف وفا، المرجع السابق، ص ٥٥٩.

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ذات الموضوع.

الإشكالية الثالثة: مدى اشتراط توافر صلة بين القانون المختار والعقد
(١) "وإعمال فكرة القانون الملانم".

لابد من التأكيد علي دور العناصر الشخصية في العقد (٢)، أي عنصر الأطراف بالاختيار المباشر للقانون الذي يحكم العقد، إلا أنه أثير التساؤل حول إمكانية اختيار قانون لا صلة له بالعقد؟! (٣)، أو يكون هناك عقد لا يوجد له قانون يحكمه؟! (٤).

الملاءمة والقانون المختار: ولنا أن نتساءل أولاً عن مدى هذه الحرية.... فهل حرية الأطراف في اختيار قانون معين ليطبق علي العلاقة التعاقدية حرية مطلقة، حتى ولو لم توجد أية صلة فيما بين هذا القانون والعقد المتنازع فيه أم هي حرية مقيدة بقيد معين؟

بالرجوع إلى أحكام القضاء في القانون المقارن والآراء الفقهية بخصوص الصلة المطلوبة ما بين القانون المختار والرابطة العقدية نجد أن هناك إتجاهين: الإتجاه الأول، والذي لا يرى ضرورة في تقييد حرية

(١) تفصيلاً: د. محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص ١١٤ وما بعدها.

(٢) انظر في ذلك:

-PIERRE MAYER: "Droit international privé", 4 éd, Paris 1991, P. 437.

(٣) انظر في ذلك:

-HAZBOUN (G.); "Autonomy in choice of law Principle prospective, journal of law Kuwait, vol. 9, no.2, p. 20.

(٤) انظر في ذلك:

- "Le droit international privé": Suisse, Lausanne, 1988 P. 87
FRANCOIS Dessementet:

الأفراد في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، فلم الحرية المطلقة من منطلق أن هذا هو وجه الخصوصية في قاعدة "قانون الإرادة" أو ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة، ولا تتطلب أي رابطة موضوعية في هذا الخصوص، ونجد هذا الاتجاه في فرنسا وغيرها من الدول التي أصبحت فيها اتفاقية روما ١٩٨٠ (الخاصة بالعقود) - ومن بعدها تنظيم روما ١ ٢٠٠٨ - نافذة المفعول ، فالمادة الثالثة من هذه الاتفاقية لم تورد أي قيد علي حرية الأفراد في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم^(١)، وتناصره في ذلك القانون النموذجي

الصادر عن الأمم المتحدة سنة ١٩٨٥، والذي منح لهيئة التحكيم الحرية في اختيار القانون

(١) راجع تفصيلا د. عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٣٩٥ ، وانظر فيما يتعلق باستقلال الإرادة في معاهده روما:

-ANTIONE KASSIS : " Le nouveau drit européen des contrats internationaux ",

L.G.D.J, Paris 1993.

-JACQUES FOYER: " Le contrat d'élection juris a la lumière de la convention de Rome du 19 juin 1980 ", in, Melanges Yvon Loussouam, Dalloz, Paris, 1994, p.169-178.

-Rapport Gauliano-Lagarde sur la convention de Rome, Journal officiel des communautés europeenes, no. 282.

- H. GAUDMET- TALLON: " Le nouveau droit international privé européen des contrats ", Revue trimestrielle de droit européen, 1981, P. 241 et s.

الذي ترى ملائمة تطبيقه علي النزاع وذلك في المادة ٢/٢٨^(١)، وهو نفس الحل الذي أخذ به القانون الفرنسي ١٩٩٦ (المادة ١٤٩٦)^(٢)، وعلي النقيض من الإتجاه المتقدم يذهب الإتجاه الثاني في الفقه ومعه بعض التشريعات في القانون المقارن إلى ضرورة أن تكون هناك ثمة "صلة" أو "علاقة" أو "رابط" بين العقد والقانون المختار لحكمه^(٣).

الوضع في القانون المصري: الملاحظ أن نص المادة ١٩ مدني جاء عاماً ومطلقاً ودون قيد

(١) انظر: د. أشرف وفا محمد "الوسيط" المرجع السابق، ص ٥١١، هامش رقم ٣١٦، حيث ذكر سيادته بأنه:

" وجدت عدة آراء أثناء الإعداد للقانون النموذجي للأمم المتحدة، فيما يتعلق بالقانون الذي يتعين علي هيئة التحكيم تطبيقه في حالة غيبة قانون الإرادة : فوفقاً لرأى البعض يجب تبني الحل الذي سبق أن أقرته الأمم المتحدة في لائحة التحكيم الصادر سنة ١٩٧٦ والذي يقضي بأن "تقوم هيئة التحكيم بتطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة تنازع القوانين المنصوص عليها في القانون الذي يرى المحكم ملائمة تطبيقه علي النزاع"، بينما يرى آخرون ضرورة أن يترك للمحكم تطبيق القانون الذي يراه ملائماً كما هو الحال في القانون الفرنسي . وقد تم إقرار الرأى الأول مع الإشارة إلى أن كل من هذين الاتجاهين يؤديان إلى نفس النتيجة من الناحية العملية"، وأشار في ذلك إلى :

- Rapport du groupe de travail des pratiques en matiere de contrats internationaux sur les travaux de sa quatorzieme session (Vienne 4-15october 1982) Annuaire de la CNUDCI, 1983, vol XIV, p52-53.V.egalement troisieme session, 1982 vol XIII, P.321, swixieme session, 1984.

(٢) انظر في ذلك: د. هشام علي صادق "عقود التجارة الدولية.."، المرجع السابق، ص ٣٥٤، خاصة بند ٢٤، د. أشرف وفا محمد: " الوسيط"، المرجع السابق، ص ٥١١ خاصة هامش رقم ٣١٦.

(٣) في تفاصيل هذا الاتجاه د. عكاشة عبد العال وهشام علي صادق، "التنظيم القانوني..."، المرجع السابق، ص ٣٩٦، باتيفول ولاجارد، المرجع السابق، فقرة ٧٥٤.

أو شرط فهل يعنى ذلك إمكانية اختيار الأطراف لقانون منبث الصلة
بالرابطة العقدية ليحكمها ؟

علي عكس التشريعات المقارنة لم يُسلم الفقه في التشريعات العربية بهذه
الحرية المطلقة^(١) بل تطلب وجود رابطة أو صلة بين القانون المختار
والعلاقة العقدية الدولية، فمنهم من يتطلب هذه الصلة الموضوعية
المادية، وأقر الآخر بأنه يكفي أن تنبع هذه الصلة من حاجة المعاملات
الدولية، بل إن هناك جانباً آخر من الفقه المصري لا يشترط فقط ضرورة
توافر هذه الصلة، بل يرى حصر نطاقها في إطار القوانين المتزامنة
لحكم الرابطة^(٢).

رأينا في الموضوع :

جاء المشرع الوطنى بنص المادة ١/١٩ لتحديد القانون الواجب التطبيق
علي العقود الدولية وعهد إلى الأفراد حرية اختيار القانون المطبق علي
عقدتهم، وذلك لاعتبارات إرتأى المشرع المصرى أهميتها ومنها حماية

(١) د.عز الدين عبد الله: "القانون الدولي الخاص"، الجزء الثانى، الطبعة التاسعة ١٩٨٦،
ص٤٤٣،

د. فؤاد رياض: "الوسيط"، الجزء الثانى ، ١٩٩٢ ، ص٣٢٧ ، د. منصور مصطفى
منصور: "مذكرات في القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين" ١٩٥٦ - ١٩٥٠، ص٣٠٩ ،
د. هشام على صادق: "تنازع القوانين" الطبعة الثالثة، ١٩٧٤ فقرة ١٨٥، ص٦٦٠ وما
بعدها، د. ماهر إبراهيم السداوى: "القانون الدولي الخاص"، الجزء الأول ١٩٧٩، فقرة
٣٥٢، ص٣٦٠، د. بدر الدين عبد المنعم شوقي: " الوسيط في القانون الدولي الخاص
المصرى" ١٩٩١، ص١٨٥، د. منير عبد المجيد: حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة
الأطراف في العقود الخاصة الدولية، مجلة المحاماة - السنة الحادية والسبعون ، ص ٤٢.

(٢) الاتجاهات الفقهية وترجيحها تفصيلاً: د. محمود محمد ياقوت ، المرجع السابق ،
ص ١١٤ ، بند ١٧٨ .
، د. هشام على صادق ، الموجز ، ص٣٠٦.

التوقعات المشروعة للأطراف في العلاقة التعاقدية، بتمكينهم من اختيار قانون يعرفون حكمه ويطمنون إليه وهو ما يعمل علي دفع حركة التجارة عبر الحدود وتسيير المعاملات الدولية للأفراد والحفاظ علي استقرارها ودوامها^(١).

كما أن نص المادة ١/١٩ مدنى لم يتطلب وجود أية صلة موضوعية بين العقد والقانون الذي يحكمه، وهذا الخروج الاستثنائي مبرر من وجهة نظر بعض الفقه - نتفق معه من حيث المبدأ- علي مراعاة اعتبارات خاصة بالعقود الدولية^(٢)، فإذا كان المشرع قد تطلب في شأن قواعد الإسناد الأخرى أن تكون متصلة بمركز الثقل في العلاقة، فإنه قدر في خصوص العقود الدولية أن: "ثمة اعتبارات أقوى تبرر عدم اقتضاء هذه الصلة الموضوعية ولا خشية في ذلك"^(٣).

ويتأكد هذا القول ولا نخالفه في نطاق بحثنا عن القانون الملائم - الذي يقتضى أن يعقد الاختصاص التشريعى لقانون الدولة التي يرتبط معها بروابط أكثر وثوقاً من غيرها من باقى القوانين الأخرى التي تتزاحم علي الفصل في العلاقة والأقوى ارتباطاً بالعقد - والذي لا يمكن الوصول إليه من خلال ضابط الإسناد الذي يعقد الاختصاص للقانون الذي يتم الاتفاق

(١) في هذا المعنى انظر:

-P.MAYER: " Le doit international privé " op.cit. T.4 P. 442, T.5, P.356.

(٢) تفصيلاً: د. هشام على صادق ود. عكاشة محمد عبدالعال "التنظيم الموضوعى" المرجع السابق، ص ٣٩٥ وما بعدها

(٣) د. هشام على صادق ، في المرجع السابق ، خاصة ص ٣٩٧.

عليه من جانب الأطراف المتعاقدة إذا كان هذا القانون منبث الصلة عن النزاع الذي يحكمه، ولكن بتطبيق مفهوم الرابطة الأكثر وثوقاً بشكل أكثر مرونة .

وعلي ذلك فالقانون المختار يجب أن يكون علي صلة بالرابطة العقدية، ولا يشترط في هذا الاختيار أن ينصب علي القانون الأوثق صلة موضوعية بهذه الرابطة، كما لا يشترط في هذه الصلة أن تكون ذات طابع مكانى أو مادي، وإنما يمكن أن تكون صلة ذهنية "صلة فنية معينة" تكشف عن ارتباط العقد بنظام قانونى معين، ويؤكد ذلك أن أغلب الفقه المقارن يرى أن

للأطراف كامل الحرية في تحديد القانون واجب التطبيق علي العقد، حتى ولو كان هذا القانون

لا يرتبط بأية علاقة مادية مع موضوع النزاع ، وذلك لأنه حتى في الحالات التي يشترط فيها وجود علاقة بين العقد والقانون فإنه توجد معايير مرنة بالنسبة لهذه العلاقة المطلوبة، حيث يمكن الإكتفاء علي سبيل المثال بإحالة الأطراف علي نصوص عقد نمطى، أو نموذجى، متعارف عليه فى مجال تجارة سلعة معينة، وتقبله أوساط التجارة الدولية، تم اعداده طبقاً لنصوص قانون

معين - بحسبان تقدمه فى هذا المجال بالمقارنة بغيره - حتى ولو كان هذا الأخير "لا يرتبط مع

العقد بعلاقة ما" ^(١)، أو لم يكن لإبرام العقد أو لتنفيذه روابط واقعية معه

(١) انظر في هذا المعنى وفي فكرة القانون الملأئم تفصيلاً:

(١)، وذلك علي

التوضيح التالي:

فحتى يصبح القانون المختار قانوناً ملائماً يعتد أو يقره القاضي المختص، من خلال تحقيقه فكرة الملاءمة في مجال فض تنازع القوانين، بعقد الاختصاص للقانون المختار الأقوى ارتباطاً بالعقد يساعده في ذلك أدوات تحقيق فكرة الاختصاص الملائم، ويعضدها إعمال فكرتي الدفع بالنظام العام - أي استبعاد هذا القانون عند مخالفة النظام العام في دولة القاضي المختص بنظر النزاع وفق ضوابط الاختصاص القضائي الدولي - والدفع بالغش نحو القانون إذا كان هناك نوع من التحايل أو الغش في اختيار هذا القانون، والذي يؤكد عدم اشتراط الرابطة المادية إمكانية استعمال هذا الدفع الأخير عندما يستظهر القاضي بجلاء أسباب هذا الغش أو التحايل، أو لأن القانون المختار يتعذر إعماله، فلا يوجد قلق من إطلاق الحرية للأفراد في اختيار القانون الملائم من وجهه نظرهم لحكم العلاقات التعاقدية الخاصة بهم، سواء أكان هذا الاختيار لأحد القوانين المختصة بحكم العلاقة التعاقدية ومرتبطة بالنزاع برابطة مادية، أو اختيارهم قانون لا يكون من بين القوانين المتصلة مادياً بها علي السواء . ويؤكد ذلك أيضاً ضرورة خضوع العقد للقواعد الأمرة في القانون المختار بالإضافة إلى خضوعه للقواعد الأمره، أو ضرورة التطبيق في

-H.BATIFFOL: "la Loi appropriée au Contrat", mélanges Goldman 1982 P.4.ets.

(١) وفي اتجاه ثالث للتخفيف من غلواء الرأي الثاني، انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة "قانون العقد الدولي"، المرجع السابق، ص ١٩٢ - ١٩٣ .

القوانين الأخرى التي لها مصلحة في أن تطبق على العقد لتحقيق أهدافها، وفي إمكانية أن يطبق القاضى الوطنى قواعد البوليس الأجنبية، ولتعدد هذه القوانين في دولة القاضى يمكن القول بأنها كلها تعتبر قيوداً تحد من حرية الأفراد من إطلاق قانون الإرادة واختيارهم لقانون ليس علي ارتباط بعلاقتهم التعاقدية، فليس من الضروري أن يكون القانون المختار متصلاً بالعلاقة برابطة أو أن يكون من بين القوانين المتصلة مادياً بها.

وعلي ذلك يكفي لوجود هذه الرابطة أن يكون للأطراف " مصلحة مشروعة حقيقية وجدية "

- باعتبار أن هذه المصلحة هي مناط الاختصاص لهذا القانون المختار وليس الرابط المادى - في اختيار هذا القانون ليحكم عقدهم والتي يتم تحديدها من جانب القاضى الوطنى المختص بنظر المنازعة، علي أن يضع في اعتباره الهدف النهائى من حماية مصالح التجارة الدولية.

وهذه المصلحة المشروعة هي التي تدفع عن هذا الاختيار القول بالتحايل والغش في الاختصاص التشريعى، حتى يتسنى للقاضى أن يسترد مهمة تحديد القانون واجب التطبيق علي ضوء فكرة "الرابطة الوثيقة" التي هي مناط قواعد الاختصاص التشريعى عامة، كما أن تطلب البحث عن الصلة بالمعنى المعروف حال اختيار الأطراف لقانون معين يجب أن يحدده القاضى بنوع من المرونة في تقدير المسألة دون التقيد بالقوالب الجامدة في قانونه الوطنى وهذا ما كان من بعض التشريعات المقارنة، كالقانون البولندى لسنة ١٩٦٦م الذي تطلب أن يكون هناك علاقة Relation بين

العقد والقانون المختار (م ١/٢٥) ^(١)، بينما يتطلب القانون البرتغالي الصادر سنة ١٩٦٧م في المادة (٢/٤١) ^(٢) أحد أمرين: أن يحقق القانون المختار "مصلحة جدية" لأطراف العقد أو يكون علي صلة بأحد عناصر الرابطة العقدية، وفي القانون المدني الأسباني ١٩٧٤م ^(٣) يتعين أن يكون هناك صلة بالعقد أياً كانت هذه الصلة بشرط أن يكون اختيار العقد قد تم "بحسن نية" أو "بطريقة معقولة" أو أن يكون من شأنه تحقيق "مصلحة مشروعة"، واقتضاء هذا القيد المرن مأخوذ به في القضاء الأمريكي والسويسري والألماني .

وقيد المصلحة الجدية الحقيقة المشروعة يكاد يكون محل إجماع في القانون المقارن الحديث فهو الذي يقول به الفقه المعتمد في فرنسا، كما لم تورد اتفاقية روما ١٩٨٠م الخاصة بتنازع القوانين في مسائل العقود والتي أصبحت نافذة المفعول من أول أبريل ١٩٩١م أى قيد بخصوص القانون المختار ^(٤)،

(١) راجع نصوص هذا القانون باللغة الفرنسية في المجلة الانتقادية ١٩٦٦، ص ٣٢٣ وما بعدها .

(٢) راجع نصوص هذا القانون باللغة الفرنسية في المجلة الانتقادية ١٩٦٨، ص ٣٧٣ وما بعدها .

(٣) راجع نصوص هذا القانون باللغة الفرنسية في المجلة الانتقادية ١٩٧٦، ص ٣٩٧ وما بعدها .

(٤) راجع في ذلك:

-PAUL LAGARD; "Le nouveau droit international privé des Contrats après L'entre en vigueur de la Convention de Rom du 19 juin 1980" Revue Critique 1991, P.287 ets. V.No 20, P.301.

وطبقاً لاتفاقية التعهدات التعاقدية للدول الأوروبية في مادتها (١/١) والتي نصت علي أن "تطبق نصوص هذه الاتفاقية في المنازعات التي تثار بشأن أي عقد يتضمن اختياراً بين قوانين تابعة لدول مختلفة" ، عليه فالاتفاقية تتيح للأطراف حرية الاختيار بين قوانين دول مختلفة ولو كانت غير عضو فيها ^(١)، ومعاهدة مكسيكو بين دول الأمريكتين لعام ١٩٩٤م بشأن القانون الواجب التطبيق علي العقود الدولية والتي تقرر حرية الأطراف في اختيار قانون العقد الدولي المبرم بينهما، حيث تنص المادة السابعة من الاتفاقية علي أن "العقد سوف يخضع للقانون الذي اختاره الأطراف....." ، كما نصت المادة (١/٩) منها علي أنه "إذا لم يتم الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق أو إذا ثبت أن اختيارهم غير فعال، فإن العقد سوف يحكم بواسطة قانون الدولة التي يكون العقد أكثر ارتباطاً بها" ^(٢)، كما تشير اتفاقية روما لعام ١٩٨٠م في مادتها (١/٤) إلى أنه "حينما لا يتم اختيار القانون الواجب التطبيق علي العقد تبعاً للمادة

وحول هذا القيد في مبدأ سلطان الإرادة، راجع بالتفصيل:

-P.OMMIER (J.C): " Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé Conventionnel", Economica, 1992.

مشار إليه في د. محمد حمدي بهنسي: "دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية" المرجع السابق ، ص ٤ ، هامش رقم ١.

(١) د. إبراهيم أحمد بن سعيد زمزمي: " القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية" ، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩ ، ص ٢٢٢ .

(٢) المرجع السابق ، ذات الموضوع.

(٣) فإن العقد سوف يحكم بموجب قانون الدولة الأكثر صلة بالعقد" (١)، أى بقانون "الأداء المميز"، وهو ما تم النص عليه صراحة في تنظيم روما ١ الصادر عام ٢٠٠٨ السابق الإشارة إليه في مادته (٤/٣)، وهذا الحل مأخوذ به في اتفاقيات لاهاي لعام ١٩٥٥م، ١٩٨٦م "بشأن القانون الواجب التطبيق علي المبيعات الدولية للبضائع" حيث لم تتضمن أى بنود بخصوص القواعد الإجبارية الواجبة للتطبيق، وأتاحت للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق، بشرط أن يتم التعبير عن هذا الاختيار كتابة (٢).

وأخيراً فالاستناد إلى المفاهيم الشخصية للعقد (٣) - خصوصاً في نظرية اندماج القانون في العقد - لم يعد مأخوذاً بها في القانون الوضعي كمفهوم لتحديد القانون المناسب، فالقانون الملائم طبقاً للمفهوم الموضوعي يعنى القانون الأفضل لتنظيم العلاقة القانونية محل النزاع، وفي اختيار الأطراف لا يتطلب أية رابطة موضوعية، وإنما يسعى أطراف العلاقة القانونية إلى تحديد قانون مناسب علي هذه العلاقة، ولا يقصدون في ذلك

(١) هذه الاتفاقية التي أصبحت جزءاً لا يتجزأ من التشريعات الوطنية للعديد من دول أوروبا، ورغم أن نطاق تطبيقها محدود للدول الأعضاء بالاتحاد الأوروبي مما يشكك من عالميتها فالأمل معقود علي وجود قانون دولي عام موحد حمائي يبرم بخصوص هذه المسألة في نطاق الأمم المتحدة.

(٢) انظر نصوص هذه الاتفاقية علي الموقع الإلكتروني:

Convention on the law Applicable to International sale of goods - The Hague, 1955, (Hague Convention on privat international Law), www.lexmercatoria.org. -

<http://hcch.net/f/conventions.index.html>

(٣) انظر في موقف الفقه والتشريعات المقارنة وأحكام القضاء والاتفاقيات الدولية من هذه الإشكالية، تفصيلاً:

د. محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص ١١٥ وما يليها.

تركيزها في كشف نظام قانوني معين وإنما اختيار قانون ملائم ليحكم علاقتهم التعاقدية ^(١)، بمعنى أن مفهوم القانون الأكثر ملاءمة للعقد لا يشترط أن يستمد من أطراف الرابطة العقدية، مثل اختيار قانون الجنسية أو الموطن، فالقانون الأكثر ملاءمة هو القانون الذي يحترم عدالة القانون الدولي الخاص "العدالة الموضوعية لا عدالة الإسناد فيه".

(١) انظر في انتقاد فكرة إدماج القانون في العقد: د.أحمد عبد الكريم سلامة " نظرية العقد الدولي الطليق " ، المرجع السابق، ص١٥٦ ومابعدا .

المطلب الثاني

قانون الإرادة في مجال المسؤولية المدنية

يشهد العالم حالياً تزايداً مطرداً للعلاقات الخاصة الدولية، وليست فحسب الأعمال التعاقدية الدولية بين الدول المختلفة من أسباب ودلائل نمو العلاقات الاجتماعية والمبادلات الاقتصادية للأفراد عبر الحدود، بل توجد إلى جوارها الأعمال الضارة التي تستوجب المساءلة المدنية لمن أتاها، وتنظم مختلف النظم القانونية المسؤولية المدنية للأشخاص عما يحدثونه من ضرر بأعمالهم الشخصية أو بأعمال من هم مسئولون عنهم، وذلك فضلاً عن المسؤولية عن الأشياء التي في حراستهم، وتثير المسؤولية عن الأعمال الضارة مشكلة تنازع القوانين، إذا تطرق إلى أحد عناصرها العنصر الأجنبي أو الطابع الدولي، وتتطلب بالتالي تحديد القانون واجب التطبيق عليها^(١)، وبحث مدى ملاءمة هذا القانون، وتزداد

(١) بشأن قاعده الإسناد الخاصة بحل تنازع القوانين، وتحديد القانون واجب التطبيق علي الالتزامات غير التعاقدية في الفقه المصري: د. هشام على صادق "تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية" دروس علي الآله الكاتبة ملقاة علي طلبة الدكتوراة، بحقوق عين شمس ١٩٦٩-١٩٧٠، وبصفة عامة أيضاً: د. أحمد عبد الكريم سلامة، في بحثه بعنوان: "الدعوى المدنية الناشئة عن جريمة بين قانون العقوبات الدولي والقانون الخاص" الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٨٥، وقد نال هذا المؤلف جائزة الدولة في القانون الدولي الخاص لعام ١٩٨٦، وفي الفقه الفرنسي راجع عموماً:

-B. BOUREL: " Les conflits de loi en matière d'obligations extracontractuelles ", Thèse Rennes, éd, L.G.D.J. 1961.

- L.FORGET: " Les conflits de Loi en matière d'accidents de la circulation routière, Thèse Paris, éd, Dalloz, 1973.

-F.MONEGER: " Réflexins sur le Compétence de la loi lcale en matière de responsabilité délictuellé ", Thèse, Paris, 1974, dacty.

أهمية تحديد هذا القانون مع تزايد عدد دعاوى المسؤولية ذات العنصر الأجنبي وتنوع أنماطها بتنوع مظاهر المدنية الحديثة، وتنوع العلاقات التي تتم عبر الحدود، ونعرض ذلك في فرعين:

الفرع الأول: امتداد قاعدة قانون الإرادة إلى مجال المسؤولية المدنية

الفرع الثاني: موقف التشريعات الحديثة من قانون الإرادة في مجال المسؤولية المدنية

الفرع الأول

امتداد قاعدة قانون الإرادة إلى مجال المسؤولية المدنية

أولاً: هل للإرادة دور في مجال المصادر غير الإرادية للالتزام؟!.

وكما تلعب الإرادة دوراً جوهرياً في مجال العقود الدولية طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة السابق، فهل يمكنها أن تلعب أيضاً دوراً بصدد العلاقات غير العقدية، إذا ما توافرت مجموعة من الضوابط التي تضمن فعالية هذا الاختيار؟!، أى أنه إذا ما اتفق الأطراف صراحة وبملاء إرادتهم علي تطبيق قانون دولة معينة علي الالتزامات غير التعاقدية، وذلك إقتناعاً منهم أن تطبيق هذا القانون يحقق مصالحهم الخاصة "التي هم أقدر من غيرهم علي تقديرها حق قدرها"، ويحفظ حقوقهم

- MOREAU. BOURIES: " Structure de rattachement et conflits de lois en matière de responsibilite Civile délictuelle ", thèse, Paris, 1985 dacty.

كل هذه الرسائل مشار إليها ونقلًا عن الدكتور: أحمد عبد الكريم سلامة "علم قاعدة التنازع"، المرجع السابق،

ص ١١٦٧ ، هامش رقم (١) .

بما يحقق الأمان القانوني لهم الذي هو من الأهداف الرئيسية للقانون الدولي الخاص بوجه عام - وعلي غرار ماهو متبع في الالتزامات التعاقدية - فيصل بالمسألة إلى حل عادل وفعال، ويساعد في ذلك تأكد القاضى من أن هذا الاختيار لا يخالطه التحايل، ولا يداخله التعسف بحيث لا يمس بحقوق الغير، كما لا يفتنت علي النطاق الاستثنائي للقوانين الأخرى ذات الصلة بالمسألة، فيجب إقرارهم علي هذا الاختيار وموافقتهم علي هذا التعيين^(١).

ويبدو أن التشريعات الحديثة على ما سوف ما نرى في الفرع الثاني، قد أعطت دوراً هاماً لإرادة المضرور في اختيار تطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار، أو قانون محل حدوث الضرر، طبقاً لما يتوافق مع مصالحه الخاصة^(٢)، من ذلك القانون الدولي الخاص السويسري (م١٣٣/٤)، والقانون الدولي الخاص التونسي (م٧١)، والقانون الألماني الصادر عام ١٩٩٩م بشأن الالتزامات غير التعاقدية والأموال في القانون الدولي الخاص (م٤٢)، والقانون الدولي الخاص الروسي الصادر أواخر عام ٢٠٠١ (م ٣/١٢١٩ مدنى)، ومشروع الاتفاقية التي أعدتها المجموعة الأوروبية للقانون الدولي الخاص بشأن القانون الواجب التطبيق علي الالتزامات غير التعاقدية (م ٨)، كما اعتنقه مشروع التنظيم

(١) راجع حول هذه المسألة بصفة عامة:

T.VIGNAL " La part de la volonté dans les conflits de lois hors des contrats " thèse dacty Paris II, 1993.

(٢) راجع تفصيلاً: الدكتور محمد حمدي بهنسي " دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية"، المرجع السابق، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.

الأوروبي (روما ٢) بشأن القانون الواجب التطبيق علي الالتزامات غير التعاقدية في المادة ١١ منه ^(١)، والتي جاءت تحت عنوان "حرية الاختيار" "Liberté de choix" ^(٢)،

ويظهر الاختصاص الإرادي في تعيين قانون الإرادة Lex Voluntatis والذي تتجه إليه إرادة الأفراد لاختيار القانون واجب التطبيق علي التزاماتهم غير التعاقدية الناتجة عن العمل الضار في مسائل المسؤولية التقصيرية، حيث أعطت التشريعات الحديثة له دوراً مهماً في الاختيار بين تطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار أو قانون محل حدوث أو تحقق الضرر، واختيار هذا القانون يهتم في الأصل طرفي المسؤولية "المسئول والمضرور"،

وبالتالي ينعقد الاختيار بإرادتهما فيتفقان علي اختيار هذا القانون أو ذاك مقارنة بما عليه الوضع في الالتزامات العقدية، إلا أنه قد يتم هذا الاختيار من جانب واحد "المضرور" الذي هو الطرف الضعيف في العلاقة والأولى بالرعاية، وهذا هو الحل الذي تبناه القانون الدولي الخاص السويسري بشأن التعويض عن الأضرار التي تلحق بشخصية الفرد عبر وسائل الإعلام - الصحافة والتلفزيون والراديو- فنصت المادة ١٣٩ علي أن يكون للمضرور حق الاختيار من بين القوانين التالية: "قانون محل

(١) هذه التشريعات مشار إليها في د. محمد الروبي قطب عطا الله "تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية" دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة وفقاً لمشروع التنظيم الأوروبي (روما ٢) بشأن بشأن القانون الواجب التطبيق علي الالتزامات غير التعاقدية ، وعلم تنازع القوانين ، والاتفاقيات الدولية " دار النهضة العربية ، ٢٠٠٥ ، ص ٩٠ بند ٧٧.

(٢) انظر تفصيلاً حول هذا التنظيم: المرجع السابق ، خاصة بند ٢٠٣ ص ٢٠٨ وما بعدها .

إقامة العادية، قانون محل الإقامة العادية لمحدث الضرر أو محل نشأته، قانون الدولة التي تحقق فيها الضرر المطلوب التعويض عنه" ^(١) .

كما تجرى بعض النظم القانونية التي تعترف بإمكانية اختيار القانون الذي يحكم المسؤولية إلى قصر الاختيار علي قانون القاضى وحده، من ذلك مجموعة القانون الدولي الخاص السويسرى لعام ١٩٨٧ في المادة ١٣٢ من المجموعة التي نصت علي أن "يكون للأطراف الاتفاق في أى وقت بعد الحادث الضار علي تطبيق قانون القاضى" ^(٢) .

وحالة استبعاد القانون الواجب التطبيق باتفاق الأطراف (مرتكب الخطأ والمضرور)

وردت في قضية روو الشهيرة، والتي أيدت فيها محكمة النقض الفرنسية قيام قاضى الموضوع بتطبيق القانون الفرنسى، وذلك لأن الأطراف طالبوا صراحة بتطبيق هذا القانون، وهو قانون الجنسية المشتركة لكلا الطرفين، وفي هذه القضية كان القانون الجيبوتي هو واجب التطبيق وفقاً للقواعد العامة في تنازع القوانين، استناداً إلى أنه قانون محل وقوع الإعتداء، إلا أن

الأطراف إتفقوا صراحة علي تطبيق القانون الفرنسى مع علمهم الكامل بقابلية تطبيق القانون الجيبوتى إذا لم يبرم الاتفاق الإجرائى والذي يعنى "استبعاد القانون المختص أصلاً" ، وقد أدى تطبيق القانون الفرنسى إلى

(١) راجع نص المادة ١٣٩ من القانون الدولي الخاص السويسرى لعام ١٩٨٧ ، د. أحمد عبد الكريم سلامة : " علم قاعدة التنازع " ، المرجع السابق ، ص ١١٧١ .

(٢) المرجع السابق ، ذات الموضوع .

إعفاء السيد "روو" من المسؤولية عن الحادث نظراً لوجود حالة قوة قاهرة *La force majeure* .

ويستفاد من حكم محكمة النقض الفرنسية في هذه القضية أن المجال الأصيل للاتفاق علي استبعاد القانون الواجب التطبيق هو الالتزامات غير التعاقدية، ووضعت القاعدة علي أنه يمكن للأطراف استبعاد قاعدة التنازع التي تعقد الاختصاص بنظر النزاع إلى قانون محل وقوع الاعتداء *la lex Loci delicti* والاتفاق علي تطبيق قانون آخر .

ويتفق مسلك القضاء الفرنسي مع الإتجاه السائد في قوانين الدول الأخرى من منح الأطراف خاصة الضحية أو الطرف الضعيف في العلاقة بعض الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال الالتزامات غير التعاقدية، علي أن القضاء الفرنسي في أعمال قاعدة "قانون الإرادة في مجال الالتزامات غير التعاقدية" يعمل خارج إطار قواعد تنازع القوانين، أى لا يجد له سند قانونى أو نص تشريعى، فحكم محكمة النقض يرسى مبدأً جديداً ويضع قاعدة تنازع تخييرية.

أما في قوانين الدول الأخرى فإنها تتبنى أسلوباً يعمل من خلال قاعدة التنازع ذاتها، كما هو الحال بالنسبة لقواعد التنازع الإستثنائية، فتتص علي قاعدة التنازع التخييرية التي تترك للضحية الاختيار بين عدة قوانين، من قبيل ذلك نص المادة ١٣٢ من القانون الدولى الخاص السويسرى التي تمنح للأطراف إمكانية الاتفاق علي تطبيق قانون القاضى في أى وقت بعد وقوع الضرر^(١).

(١) نص المادة ١٣٢ من القانون الخاص السويسري:

بل إن مجمع القانون الدولي لم يتوان عن التأكيد هو الآخر على الدور الجوهري لمبدأ سلطان الإرادة بصدد العلاقات غير العقدية، وذلك في دورة انعقاده بمدينة "ادنبرة" عام ١٩٦٩م ، بمناسبة بحث القانون الواجب التطبيق علي الالتزامات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية، كما تأكد الأخذ بقانون الإرادة في مجال المسؤولية المدنية في العديد من الاتفاقيات الدولية، ولا يوجد من يجادل في إعمال هذا المبدأ في حكم المسؤولية المدنية ذات الطابع الدولي، ومع وجود رأى يجادل في مدى ملاءمة إعمالها في كل الفروض^(١).

وتأسيساً على ما تقدم قامت الإرادة بدور هام في تخفيف جمود قاعدة التنازع التي تخضع المسؤولية عن الفعل الضار لقانون مكان وقوعه وجعلها أكثر مرونة طبقاً لظروف كل قضية علي حدة، وهو ما قاد إلى سن قواعد تنازع تتضمن النص علي هذه

"حق الاختيار"^(٢)، إلا أن هذه الإرادة ليس طليقة من كل قيد، إذ ترد عليها قيود تحد من سلطانها مثل النظام العام والذي يشكل قيداً رئيسياً علي حرية الإرادة، إذ لا يجوز لها أن تختار قانوناً يصطدم مع الأسس

" Les Parties peuvent, après l'événement dommageable, Convenir à tout moment de l'application du droit du for "

(١) راجع تفصيلاً في هذا الرأي الفقهي: د. أحمد عبد الكريم سلامة: "القانون الدولي الخاص النوعي"، القاهرة، دار النهضة العربية ، ص ٢٧٢ .

(٢) راجع في ذلك: د. محمد حمدي بهنسي ، المرجع السابق ، ص ٦ ، خاصة هامش رقم ١.

والمبادئ العليا التي يقوم عليها نظام المجتمع في دولة القاضى، وإلا تم استبعاده وتطبيق قانون القاضى^(١)، كما لا يجوز لهذه الإرادة أن تختار قانوناً يتعارض والقواعد الأمرة ضرورية التطبيق.

ثانياً: المسؤولية المدنية بين الاختصاص الأمر والاختصاص الإرادى.

الالتزامات غير التعاقدية إصطلاح من العموم بحيث يشمل الالتزامات الناشئة عن العمل الضار أى المسؤولية المدنية بالمعنى الضيق وكذلك الالتزامات الناشئة عن العمل النافع أو الإثراء بلا سبب علي حساب الغير^(٢)، وقد نحى المشرع المصرى في الفقرة الأولى من المادة ٢١ من القانون المدنى باسناد الإلتزامات غير التعاقدية "لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام"، أى للقانون المحلى Loi Locale ويحقق هذا الضابط اعتبار ملاءمة..... قوامه إن اختصاص القانون المحلى يتفق ومقتضيات حماية التوقعات المشروعة لأطراف المسؤولية المدعى والمدعى عليه "فمن يوجد علي إقليم دولة معينة ويقوم بتصرف أو يرتكب عملاً يلتزم باحترام قوانينها"^(٣)، ومن ثم فهو يتوقع تطبيق هذه القوانين عليه، دون أى قانون آخر لا سيما إذا كانت من القوانين الأمرة " كالقوانين المنظمة للمسؤولية عن الأضرار"، وبالتالي يؤدى تطبيق القانون المحلى إلى حفظ التوازن بين مصالح الأطراف.

(١) د. محمد حمدي بهنسي، المرجع السابق، ص ٧.

(٢) انظر تفصيلاً: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، خاصة ص ١١٧٠ وما بعدها.

(٣) في مبررات هذا الضابط، المرجع السابق، ص ١١٧١- ١١٧٤.

وفي محاولات للخروج علي هذا المبدأ ظهرت بعض الإتجاهات الفقهية والقضائية التى تنادى بإمكانية إعطاء الاختصاص بحكم المسؤولية المدنية لقوانين أخرى لا تقل أهمية في منطقتها عن منطق القانون المحلى، فاتجه فريق من الشراح إلى تطبيق "قانون الإرادة" علي الالتزامات غير العقدية لتحقيق مصالحهم في اختيار القانون الذي يحكمها ولحفظ التوازن المطلوب بينهما.

وذلك لأنه إذا كان القانون هو الذي يرتب الآثار علي هذه الالتزامات غير التعاقدية لاعتبارات عامة فإن إرادة الأفراد في اختيار القانون واجب التطبيق هي التي ترسم آثارها، ومهما كان الأمر فالملاحظ أن القضاء في معظم دول العالم وإن كان حريصاً علي تأكيد خضوع المسؤولية عن الالتزامات غير التعاقدية - وخاصة الفعل الضار - للقانون المحلى، إلا أنه يفسح مع ذلك مجاًلاً لانطباق قانون القاضى في مراعاته للنظام العام^(١)، مع الأخذ في الاعتبار أن النظام العام في مجال تنازع القوانين ينظر إليه بوصفه دفعاً استثنائياً، يلزم التقيد في استعماله بصورة تتلاءم مع هدف القانون الدولى الخاص في تحقيق التعايش المشترك مع الأنظمة القانونية المختلفة^(٢).

(١) د. هشام على صادق و د. عكاشة عبد العال: " التنظيم الموضوعى " ، المرجع السابق ، ص ٤٣١.

(٢) انظر في ذلك: د. أحمد قسمت الجداوى "نظرية القوانين ذات التطبيق الضروى، ومنهجية تنازع القوانين"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الأول والثانى، يناير، يوليو ١٩٨١ ، س٢٣ ، مطبعة عين شمس، ١٩٨٥م ، ص ٤٧.

وهكذا فهذه الإرادة ليست طليقة وإنما ثمة قيد أساسي وهو النظام العام يرد عليها وهناك قيد آخر يرد علي حرية الأفراد في اختيار القانون واجب التطبيق يتمثل في القوانين الأمر التي يجب علي القاضي الوطني تطبيقها علي النزاع المطروح أمامه لكونها تتميز بطابع خاص فتشكل قيداً علي حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، ولأنها تتمتع بالصفة الملزمة فلا يجب أن تصبح هذه القوانين اختيارية بموجب انتقالها من النظام الداخلي إلى النظام الدولي، وأساس ذلك هو "صدارة القانون علي إرادة أطراف العلاقة" ^(١)، فمن غير المقبول أن يطبق القاضي الوطني القانون المختار علي دعوى المسؤولية المدنية إذا كان يتعارض مع المبادئ الاقتصادية والاجتماعية والخلقية التي يقوم عليها مجتمع دولته، فهو يستبعده بناء علي الدفع بالنظام العام، من ذلك حالة إذا ما اختار الأطراف قانوناً لا يعترف بمسؤولية الأشخاص الاعتبارية أو مسؤولية التابع عن أعمال تابعه، فيتعين في ذلك إهدار أى دور للإرادة في هذا الصدد لمخالفة قاعدة من قواعد النظام العام في دولة القاضي ^(٢).

(١) راجع في ذلك: د. محمد حمدي بهنسي: "دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير التعاقدية"، المرجع السابق، ص ١٤١، خاصة هامش رقم ١.

(٢) استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لأنه يجهل فكرة مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع غير المشروعة، واعتبرت محكمة النقض المصرية هذا الحكم مخالف للنظام العام في مصر، راجع في ذلك، حكم الدائرة المدنية في ٧ نوفمبر ١٩٦٧، القضية رقم ٢٢ لسنة ٣٤ قضائية،

مع ملاحظة أنه لا يعد مخالفاً للنظام العام المصرى القانون الذي لا يعترف بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي يمس الجانب النفسي والاجتماعى من الذمة الأدبية للمرء، فالأمر يتعلق بالتنظيم القانونى لإطار المسؤولية في خصوص العلاقات ذات العنصر الأجنبى، وهو ما يدخل

في النطاق الفني لاختصاص القانون واجب التطبيق، وإذا كان عدم التعويض عن الضرر الأدبي لا يتصل بالنظام العام فمن باب أولى لا يعد من النظام العام مدى التعويض الذي يحدده القانون المحلى للضرر الناشئ عن العمل الضار "هذا ما لم يكن مقدار التعويض تافهاً بما يعد انكاراً لحق المضرور في الحصول علي اصلاح ما أصابه من ضرر" (١)

مجلة المحاماة السنة ٤٨ العدد ١٠، ص ٨٣، فقضت محكمة النقض المصرية في حكمها بأنه: "متى كان مقتضى المادة ٢١٧ فقرة ٣ من القانون المدنى هو عدم جواز الاتفاق سلفاً علي الإعفاء من المسؤولية عن العمل غير المشروع، واذ يهدف المشرع من تقرير مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة إلى سلامة العلاقات في المجتمع مما يعد من الأصول العامة التي يقوم عليها النظام الاجتماعى والاقتصادى في مصر، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون إذ اعتبر القاعدة المقررة لمسؤولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة من المسائل المتعلقة بالنظام العام في المادة ٢٨ من القانون المدنى، ورتب علي ذلك استبعاد تطبيق القانون الأجنبى الذي لا تعرف نصوصه هذه المسؤولية ويطبق أحكام القانون المصرى في هذا الخصوص". انظر هذا الحكم المشار إليه في: د. عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدوليين، المرجع السابق، ص ٥١٥، د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، المرجع السابق، ص ١١٨٠ رقم ٤٣.

(١) انظر في ذلك: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ١١٨٠، وأشار إلى نفس المعنى في القضاء الفرنسى: نقض مدني في ٣٠ مايو ١٩٦٧ قضية KIEGER منشورا في ١٩٦٧ Rev crit تعليق BouRel، داللو ١٩٦٧ ص ٦٢٩، تعليق MALAURIE

فيستبعد القانون الأجنبي الذي تم الاتفاق عليه في مجال المسؤولية المدنية إما بتطبيق القواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام التي يتعين تطبيقها علي العلاقات الدولية، وإما بالدفع بالنظام العام إذا اصطدم القانون الأجنبي بمبدأ أساسي في قانون القاضى، علي أن إعمال القواعد الأمرة دولياً يتم تطبيقها مباشرة علي النزاع الذي يرتبط بها دون حاجة لإعمال قاعدة التنازع وإشارتها لقانون أجنبي يختلف والمبادئ الأساسية في قانون القاضى،

وبالتالى يكفل تطبيق القواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام حداً أقصى من الحماية بخلاف الدفع بالنظام العام الذي يكفل حماية أقل للنظام القانونى للقاضى ^(١)، ونظراً لأن النظام العام لا يتجسد في مجموعة قوانين أو نصوص محددة تطبق بصفة مطلقة في دولة القاضى، فلم يعد للنظام العام صفة مطلقة وغدا فكرة نسبية، إذ يتعلق ببعض المبادئ الأساسية التي تترك حيزاً لتطبيق القوانين الأجنبية التي تتضمن حلولاً لا تختلف عن قانون القاضى ^(٢).

ويتعين لاستبعاد قانون الإرادة في مجال المسؤولية المدنية إعمالاً للدفع بالنظام العاموما يعرف بالقواعد الأمرة في دولة القاضى أن يكون النزاع مرتبطاً بهذا النظام القانونى بروابط وثيقة، أما إذا لم يكن النزاع مرتبطاً بهذه الدولة فلا مجال لتطبيق قواعد النظام العام فيه، ذلك أن الأصل هو

(١) راجع: د. هشام علي صادق " القانون الواجب التطبيق علي عقود التجارة الدولية " ، المرجع السابق، ص ٦٤٤

(٢) د. محمد حمدي بهنسي: " النظام العام..... " ، المرجع السابق ، ص ٢٧٦ وما بعدها .

تطبيق قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية كما تقضى به كافة الدول بخصوص العلاقات التعاقدية وتطبق هنا أيضاً في نطاق المسؤولية غير العقدية أو المدنية^(١).

(١) ويعترف العالم حديثاً بالدور الهام الذي تقوم به الإرادة في مجال اختيار القانون في مجال الأحوال الشخصية والحالة السياسية للفرد ، فالإرادة لها دور كبير كما هو معلوم في تغيير الجنسية باكتساب جنسية ثانية شريطة موافقة السلطة المختصة التي تصدر القرار بمنحها، كما يكون لها دور أيضاً في تحديد الموطن وكل منهما (الجنسية والموطن) ضابط إسناد في قاعدة التنازع واجبة التطبيق علي الأحوال الشخصية كما أشرنا فيما سبق، كما لهذه الإرادة دور هام في مسائل الطلاق الذي يقع بالرضا المتبادل بين الزوجين، واختيار القانون الواجب التطبيق علي النظام المالي للزوجين، كما أعطت العديد من التشريعات دوراً هاماً لإرادة المورث في تنظيم تركته ، د. محمد حمدي بهنسي ، المرجع السابق ، ص ٥ وما بعدها.

الفرع الثاني

موقف التشريعات الحديثة من قانون الإرادة

في مجال المسؤولية المدنية

تمهيد:

ولما كانت للمسؤولية المدنية ذاتية كغيرها من سائر النظم القانونية كنظام الملكية والتأمين، ذات وظيفة اجتماعية بالدرجة الأولى "تلك الوظيفة الاجتماعية Fonction Sociale تجد أساسها في أمرين الأول: أنه مع التطور الصناعي المعاصر تزايدت الأنشطة الخطرة التي يجب وقاية الأفراد منها، الثاني: أن الإنسان المعاصر لم يعد كما كان من قبل يكتفى أو يسلم بحكم القضاء والقدر Les arrêts du destin فهو دائما إن أصابه ضرر يبحث عن مسئول يعوضه بل إن الخطر الذي يتهده لم يعد ذلك الخطر الفردي، بل الخطر المشترك المتأتى من الظروف التي يفرضها المجتمع ذاته" ^(١).

بيد أن كل هذه التطورات الحديثة وغيرها كانت تدعو إلى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها انطلاق من فكرة "التركيز الاجتماعي" لوقائعها وظروفها وملابساتها المحيطة، دون التعويل على تركيز مادي أو جغرافي ، فقد يكون من المناسب طرح القانون المحلي أو الجغرافي

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص ١١٨٢ - ١١٨٣ وقال بأن هذا ما أسماه الفقه:

"Collectivisation et Socialisation du risqué" ، وأشار في ذلك إلى:

-F.CHABAS: Responsabilité Civile et Responsabilité pénale, Paris 1975, P.12.

وإعمال قانون دولة الموطن أو محل الإقامة أو الجنسية المشتركة للأطراف أو حتى القانون المختار من قبل الأطراف أو علي الأقل الطرف الضعيف أو حتى الاختيار من بين أكثر من قانون بما يعد متفقاً ومصالحهم الخاصة فيه، من ذلك نجد مبدأ الاعتراف للإرادة بدور في مجال المسؤولية المدنية معروف في الأنظمة القانونية الحديثة ونصت عليه صراحة نصوصها ومنها:

- القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧.
- القانون الدولي الخاص الألماني الجديد الصادر في ٢١ مايو سنة ١٩٩٩.
- القانون الهولندي الصادر سنة ١٩٨١ م .

أولاً: القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ .

أعاد هذا القانون النظر في قاعدة اختصاص القانون المحلي - في مسائل المسؤولية التقصيرية -

أي قانون المكان أو المحل الذي وقع أو تم فيه العمل الخاطئ "Lex loci delicti commissi" المنشىء للالتزام بالتعويض وفي محاولة للخروج علي هذا المبدأ تقضى المادة ١٣٢ من القانون الدولي الخاص السويسري ١٩٨٧ أنه "يكون للأطراف في أى وقت، بعد وقوع الحادث الضار الاتفاق علي تطبيق قانون القاضى".

ويتضح من هذا النص أن الاختيار لا يكون صحيحاً إلا بشرطين أولهما: أن يتم أو يقع الاختيار بعد وقوع الفعل الضار، والثاني أن يكون القانون المختار هو قانون القاضى وليس أى قانون آخر، فهذا النص كالشرط الاستثنائي الذي يستخدم لتقويم قاعدة التنازع للوصول بها إلى القانون الملائم لحكم العلاقة، إلا أنه في هذه الفرضية يستخدم هذا الاستثناء من جانب الأفراد وليس من جانب القاضى كما هو المعتاد، فيتفق الأطراف على الخضوع استثناءً لقانون القاضى وذلك لأنه يرتبط بالنزاع بروابط أكثر وثوقاً^(١)،

كما يترتب على ذلك إن اختيار الأطراف قانوناً معيناً غير القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد وغير قانون القاضى يعد مقبولاً تطبيقاً للشرط الاستثنائي، وعلى الرغم من الشرط الذي ورد بالنص من ضرورة أن يكون الاتفاق على الخضوع لقانون القاضى وليس لأى قانون آخر، طالما كان على علاقة وثقى بالنزاع أو يحقق مصالح الأطراف، وتجدر الإشارة إلى أنه طبقاً لنص المادة ١٢٨ من القانون السويسرى ذاته يكون باب الاختيار مفتوحاً للأطراف فيما يتعلق بمسألة الإثراء بلا سبب^(٢).

ويكون اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية ليحل محل قانون محل وقوع الضرر في حالة ما إذا كان هذا القانون

(١) انظر في ذلك: د. أحمد محمد الهوارى "نظرات في استثناءات تقويم الإسناد"، المرجع السابق، ص ١٧-٢١.

(٢) انظر في ذلك: د. محمد حمدي بهنسي " دور الإرادة.... " المرجع السابق ، ص ٢٣-٢٤.

الأخير ليس هو القانون الملائم أو المناسب بالنظر إلى ظروف وواقع الحال أو إذا كان ضعيف الصلة بالوضع الناشئ عن الواقعة الضارة وذلك بالنظر إلى المركز القانوني للخصوم المدعى والمدعى عليه أى بالنظر إلى جنسيتهم أو محل إقامتهم، بحيث يبدو اختصاصه وكأنه مبنى علي أمر عارض أو مصادفة وقوع العمل الضار أو تحقق الضرر في إقليم الدولة التي يسرى فيها^(١).

وكان القانون السويسري رأى الحاجة إلى تطويع القانون المحلي بحيث لا يلتزم القاضي المختص بالطاعة العمياء لمبدأ اختصاص القانون المحلي، وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها انطلاقاً من فكرة التركيز الاجتماعي التي تقوم علي فكرة إفساح المجال لتطبيق قانون آخر أكثر ارتباطاً بعناصر الوضع الناشئ عن العمل الضار، وهو ما عرف بفكرة القانون المحلي الاجتماعي الذي لا ينافي فكرة التوقع المشروع للأفراد، بل علي العكس يحقق نوعاً من التوازن أكثر بعقد الاختصاص لقانون الإرادة بما يحقق لهم مصالحهم التي يعلمون بها أكثر من غيرهم.

وقد خول ذات القانون الشخص المضرور (إمعانا منه في تقدير هذا الطرف باعتباره الضعيف والأولى بالرعاية) الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق بشأن بعض المسائل ذات الأهمية (كما هو الحال فيما يتعلق بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بشخصية الفرد عبر وسائل الإعلام في نص المادة ١٣٩ سالف الذكر، كما تعطي المادة ١٤ منه

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص ١١٨١ وما بعدها.

للقاضي سلطة استبعاد القانون الواجب التطبيق عادة وتطبيق قانون آخر يرتبط بالنزاع بروابط أكثر وثوقاً.

وعلي ذلك فإن المادة ١٣٢ سالفه البيان من القانون السويسري، تمنح الأطراف ميزة مبررة إذا أن علاقات الحياة الدولية تتميز بطبيعتها الخاصة، التي تتطلب تنظيمًا خاصاً، إذ تأخذ في الاعتبار الصفة الدولية للعلاقة، ومن الضروري أن يكون لهذه الإرادة دورٌ بارزٌ فيها، لأنها ليست علاقات داخلية بحتة "لذا كان من الملائم إعطاء أكبر قدر من المرونة، لتنظيم هذه العلاقات التي ترتبط بأكثر من نظام قانوني" ^(١).

وفي نطاق المسؤولية عن أضرار المنتجات جعل القانون الدولي الخاص السويسري في المادة ١٣٥ من المجموعة للمضرور حق اختيار إما قانون مركز أعمال مرتكب الفعل الضار أو قانون مكان تملك المنتج، وبناء على ذلك يكون حق الإسناد الرئيسي في يد المضرور فقط وعلي القاضي أن يتأكد من حرية اختيار المجنى عليه للقانون الواجب التطبيق علي ذلك الفعل الموجب للمسئولية، وإذا لم يختار المجنى عليه أي قانون كان علي القاضي أن يختار القانون الأكثر ملاءمة له أي بما يحقق مصلحة المجنى عليه باعتباره هو الطرف الضعيف في الواقعة المنشئة أو الموجبة

(١) انظر في هذه الوجهة:

-MAURY (J.): " Règles générales de conflits de loi ", R.C.A.D.I, 1936, P.368.

مشار إليها: د. محمد حمدي بهنسي ، المرجع السابق ، ص ٢٥ ، هامش رقم ٢ .

للمساءلة المدنية^(١)، والقاضي في اختيار هذا القانون الملائم أو المناسب للمجنى عليه أن يختار من بين قانون مركز أعمال مرتكب الفعل الضار أو مكان اكتساب ملكية المنتج .

وللمدعى عليه أن يثبت أنه تم تسويق هذا المنتج في دولة مكان اكتساب ملكية المنتج دون رضاه "دون علمه"، فلم يكن يتوقع أن المنتج سوف يتم تسويقه في الدولة المعنية، حتى لا يفاجأ بتطبيق قانون غير متوقع أو يجهله ولا يأخذه في الاعتبار، وفي هذه الحالة قضت المادة السابقة بأن القاضي لا يستطيع أن يطبق أحكام قانون مكان اكتساب ملكية المنتج لعدم الإخلال بتوقعات المنتج المشروعه.

وباستقراء ما عليه وضع النص سالف البيان يتضح أن المادة تعطي حق المضرور في الاختيار من بين قانونين فقط هما مركز أعمال مرتكب الفعل الضار أو مكان الشراء الذي تملك فيه المدعى المنتج ، إلا أن قصر النص حق الاختيار علي هذين القانونين فقط فيه نوع من التضيق علي المضرور وعدم مراعاة حاجته أو ضعفه كما تقرر هذه المادة.

ويلاحظ أن النص لم يحقق الغاية المرجوه منه علي أكمل وجه وذلك لأن المدعى قد لا يعلم بأحكام هذين القانونين ويجهلها تماماً فيصعب عليه هذا الاختيار حتى أن القاضي في حالة عدم الاختيار من جانب المضرور قد يصعب عليه تحديد أيهما أصلح له، ولماذا لم ينص علي قانون محل إقامة المجنى عليه من بين القوانين المعروضة للاختيار ، فمن الناحية الواقعية هو القانون الأكثر ملاءمة في هذه الحالة لأن المضرور يكون علي علم

(١) راجع في ذلك: المرجع السابق ، ص ٣٢ هامش رقم ١ .

تام به، بالإضافة إلى أنه مكان حدوث الضرر لأنه غالباً ما يصاب بالضرر في مكان محل إقامته هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يذهب رأى ^(١) إلى القول "بضرورة تطبيق القانون الأفضل للمضرور خصوصاً في حالة المسؤولية عن الأضرار الجسمية التي تعد من قبيل الكوارث ومن ثم تبرر اختيار القانون الأنسب للمضرور".

وفي رأى آخر ^(٢)، يرى أنه في مجال المسؤولية عن فعل المنتجات يجب أن يعطى المضرور مكنة اختيار قانون محل إقامته أو مركز أعمال مرتكب الفعل الضار أو قانون مكان انتقال ملكية المنتج كما فعلت اتفاقية لاهاي ^(٣) في هذا الشأن، ونحن نتفق مع هذا الرأى للأسباب السابق توضيحها .

(١) انظر في ذلك:

-BALLARINO (T.): "Droit international privé et dommages catastrophiques. R.C.A.D.I, 1990 T.I, P.289 ets.

(٢) أنظر: د. محمد حمدي بهنسي " دور الارادة ..." المرجع السابق ، ص ٣٣ .

(٣) المرجع السابق، خاصة ص ٣٠ في موقف اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق علي المسؤولية عن أضرار المنتجات، حيث تضمنت المواد من ٤-٧ من الاتفاقية المذكورة والموقعة في ٢ أكتوبر سنة ١٩٧٣، النص علي القانون الواجب التطبيق علي المسؤولية عن أضرار المنتجات، إذ تقضي المادة ٤ بتطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضار إذا كان هذا المكان هو مقر الإقامة العادية للمجني عليه، أو مكان مركز الأعمال الأعمال الرئيسي للمدعي عليه ، أو مكان اكتساب ملكية المنتج .

وتقضي المادة الخامسة: بتطبيق قانون دولة محل الإقامة المعتاده للمضرور إذا كانت هذه الدولة هي أيضا دولة مركز أعمال المدعي عليه ، أو دولة اكتساب ملكية المنتج، وإذا اختلف مكان وقوع الفعل الضار عن مكان الإقامة العادية للمجني عليه، يستطيع الأخير الاختيار بين تطبيق المادة الرابعة والخامسة .

وعن المسؤولية عن الإضرار بالحقوق اللصيقة بالشخصية والتي يقصد بها: "حق الفرد الطبيعي في حماية اسمه وصورته واحترام حياته الخاصة وسرية خطاباته" ^(١)، فحماية الحقوق الشخصية تعنى علي وجه خاص احترام الحياة الخاصة للفرد ^(٢)، وتناولها القانون الدولي الخاص السويسري الصادر عام ١٩٨٧ بالتنظيم حال ارتباط العلاقة غير المشروعة بأكثر من دولة وأعطى في المادة ١٣٩ منه للمجنى عليه حق اختيار التشريع الذي يريد تطبيقه

وعندما تتوزع روابط النزاع بين أنظمة قانونية مختلفة، يتعذر التوصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق بموجب المادتين الرابعة والخامسة، يطبق قانون مركز الأعمال الرئيسي لصاحب المصنع بصفة إحتياطية، شريطه ألا يختار الطرف المضرور تطبيق قانون الدولة التي حدث فيها الفعل الضار (م ٦) .

وتقضي المادة (٧) بأنه لا يكون القانون الذي حددته قواعد الإسناد مطبقاً إذا أثبت المدعي عليه أنه لم يكن يتوقع أن المنتج سوف يتم تسويقه في الدولة المعنية، حتي لا يفاجأ بتطبيق قانون غير متوقع، راجع هذه المواد في د. محمد حمدي بهنسي ، المرجع السابق - أصحاب هذا الرأي- ص ٣٠- ٣١ وأشار في ذلك إلى:

-Doc-de-travail N.2. ACtes et document, 95 C.F.L internation de M.Reese, Rapporteur, Actes et document 169, et de M.valladao, 171.

(١) انظر في ذلك: د. محمد حمدي بهنسي ، المرجع السابق ، ص ٣٣ وما بعدها.

(٢) وهذا هو ما أكدته المادة ٩ من القانون الفرنسي الصادر في ٩ يناير ١٩٧٠، راجع حكم محكمة النقض الفرنسية في:

Civ- Iere-ch., 13 Avril 1988, Rev. Crit 1988, p.54 6, note P. Bourel.

" في حكم فرح ديبا Farah Diba بإسناد آثار المساس بالحياة الخاصة لإمبراطورة إيران القديمة لقانون المكان الذي وقعت فيه الأعمال الضارة، ومن ثم يمكننا القول بأن المحكمة كيفت الأفعال التي أضرت بالحياة الخاصة للمدعى عليه أنها أفعال ضاره تخضع لقاعدة التنازع التي تقضي بخضوع الأعمال غير المشروعة لقانون محل وقوع الفعل الضار" نقلاً عن: د. محمد حمدي بهنسي ، المرجع السابق ، ص ٣٤ ، هامش رقم ١ .

- دون تدخل من القاضي - من بين قانون كل من "محل إقامة المجنى عليه العادية أو قانون مركز أعمال مرتكب الفعل الضار أو قانون مكان تحقق الضرر، شريطه أن يكون ذلك القانون متوقعاً من قبل مرتكب الفعل الضار".

وعلي ذلك فقد خول المشرع السويسري حق اختيار القانون المطبق في مجال المسؤولية المدنية المتعلقة بحرمة الحياة الخاصة للمضروور فقط علي أن يختار من بين هذه القوانين الثلاثة، علي أنه لا يستطيع أن يختار قانون محل إقامته العادية، إلا إذا تحقق الضرر فيه كشرط أساسي أقره المقنن وذلك لحماية التوقعات المشروعة للأطراف وخاصة مرتكب الفعل الضار الذي يستطيع أن يدفع بعدم علمه أو توقعه في التجريم ، وبالتالي عدم توقعه في تطبيق هذا القانون عليه حتي لا يفاجأ بتطبيق قانون هو لا يعلمه حال ثبوت هذا الأمر المجرم من قبل المشرع السويسري وقانون محل إقامة المجنى عليه^(١).

ثانياً: الاختيار المقرر لأحد الأطراف في القانون الألماني الجديد الصادر في

٢١

مايو

سنة ١٩٩٩ م .

صدر القانون الألماني الجديد في ٢١ مايو ١٩٩٩ بشأن الالتزامات غير العقدية، وقضت المادة ٤٠ منه في فقرتها الأولى: "بخضوع الفعل الضار لقانون مكان حدوثه"، وجاءت في الفقرة الثانية لتتنص على: "السماح للمجنى عليه في طلب تطبيق قانون الدولة التي تحقق فيها الضرر إذا

(١) المرجع السابق ، ص ٣٤.

اختلفت عن دولة محل وقوع الفعل الضار"، وفي الفقرة الثالثة وضعت قيداً علي حرية المجنى عليه باشتراطها ضرورة اختيار المجنى عليه قانوناً بعد تحقق الضرر.

على أنه قبل نفاذ ذلك القانون كان القاضي المختص بنظر النزاع ملتزماً بأن يقارن من تلقاء نفسه بين قانون الفعل الضار وقانون حدوث الضرر إذا اختلفت أحكامها الموضوعية، وتطبيق القانون الأفضل للمجني عليه". ثم جاء بنص المادة ٤١ منه ليقرر استثناء يقضى بأنه: " من حق القاضي تغليب قانون الدولة التي ترتبط بها العلاقة بروابط أكثر وثقاً " (١)، فالقضاء الألماني عمد إلى تطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار إلا أنه أعطى منذ وقت طويل للمجني عليه - في جريمة مدنية - الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق علي التعويض كطرف ضعيف يستحق الحماية، وعندما يقع الفعل الضار في دولة ويتحقق الضرر في دولة أخرى يكون من حق المضرور اختيار القانون الأفضل له من بين قانون الدولة التي وقع فيها الفعل الضار وقانون الدولة التي تحقق فيها الضرر (٢)،

(١) إنظر في ذلك:

-HANSJURGEN SONNENBERGER: "La loi allemande du 21 mai 1999 sur le droit privé international de obligations non contractuelles et de biens", Rev.crit, 1999, P. 954.

(٢) إنظر في ذلك:

-B.BOUREL: "Les conflict de lois en matière d'obligations extra – contractuelles", thèse Rennes èd: L.G.D.J, 1961, P.260 ets.

وعلى ذلك يكون اختيار المجنى عليه الذي أقره القانون الألماني لا يشكل نظام الإسناد الأساسي، وإنما يعتبر اسناداً احتياطياً مصححاً للإسناد العادي في مسائل الالتزامات غير التعاقدية، شريطة أن يتم ذلك بعد وقوع الضرر، واستثناء من الحكم السابق "يجوز للقاضي تغليب القانون الذي ترتبط به العلاقات بروابط أكثر وثوقاً"، ولذا ذهب رأي إلى حصر الاختيار المقرر للمجنى عليه في قانون مركز نشاط المدعى عليه أو محل وقوع الضرر^(١).

وفي مجال حماية الحقوق اللصيقة بالشخصية: يقرر القانون الألماني للمجنى عليه الذي انتهكت حياته الخاصة الحق في حق اختيار "إما قانون مكان حدوث الفعل الضار، أو قانون مركز أعمال مرتكب الفعل الضار، أو قانون محل تحقق الضرر المتوقع، ويستطيع المضرور اختيار أفضل القوانين له من بين القوانين المتصلة بالنزاع باعتباره الطرف الضعيف الذي تجب حمايته".

وبمقتضى هذا النص يحق للمضرور الذي انتهكت حياته الخاصة الاختيار من بين القوانين السابقة ليصل إلى أفضل حماية مقررة له بموجب أحد هذه القوانين وتعتبر هذه القاعدة قاعدة إسناد ذات طبيعة موضوعية، لأنها تهدف إلى غاية مادية وهى الحصول

(١) إنظر في ذلك:

-MOREAU-BOURLES: "Structure de rattachement et conflits de lois en matière de responsabilité délictuelle", thèse Paris T.II, 1985, dacty, P.707.

علي أقصى تعويض بموجب اختيار القانون الأفضل للمضرور، وذلك عن طريق تحليل المضمون الموضوعي للقوانين المتصلة بالنزاع واختيار الأفضل والمناسب للمضرور خاصة في إمكانية الوصول لهذه الحماية في مواجهة وسائل الإعلام التي تبث أو تنقل إرسالها عبر الحدود، ومختلف المسائل التي تثيرها المسؤولية المدنية عن الأعمال الضارة بالحقوق الشخصية تلقتها المقنن الألماني وأورد لها قاعدة إسناد احتياطية بمقتضى هذه النصوص تعطى حق الاختيار ونتيح للإرادة دورها في أعمال قواعد الإسناد بما يتفق ومصالح الأطراف الخاصة، خاصة الطرف الضعيف فيها وهو المضرور^(١).

ثالثاً: القانون الهولندي الصادر سنة ١٩٨١ م .

وباستعراض ما عليه بعض التشريعات المقارنة الحديثة يتبين لنا أن هناك مجال لاختيار الطرفين للقانون الواجب التطبيق والمقرر في القانون الهولندي علي العلاقات غير العقدية أو المسؤولية في مسائل الطلاق مع قصر هذا الاختيار علي قانون القاضي وحده ، وفي تطبيق القانون الهولندي باعتباره قانون القاضي ما يحقق النتيجة المرجوه في الحصول علي الطلاق ويقتضى أن هذا القانون "الهولندي" هو القانون الملئم .

فالمادة ٨١٤ من تقنين الإجراءات المدنية الهولندي المتعلقة بالاختصاص القضائي للمحاكم تقضي "باختصاص المحاكم الهولندية إذا كان الزوجان

(١) د. محمد حمدي بهنسي ، المرجع السابق ، ص ٣٥ .

يحملان الجنسية الهولندية، أو إذا كان أحدهما مقيماً بهولندا منذ ستة أشهر علي الأقل " ، وبمقتضى هذا النص وحال انعقاد الاختصاص للمحاكم الهولندية تتوافر الرابطة الجدية أو الملازمة بهولندا ويجوز بالتالي اختيار قانون القاضى أو قانون الموطن أو القانون الوطني لأحد الزوجين^(١). وعندما لا توجد بين الزوجين لا جنسية مشتركة ولا موطناً مشتركاً وأحدهما متوطن في هولندا، يكون له اختيار قانون موطنه في هذه الحالة شريطة أن تربطه بالنزاع رابطة ملازمة، وبالتالي يسمح له بحق الاختيار في تذليل هذه العقبات وينتج هذا الاختيار آثاره في مواجهة القانون المختص أصلاً بحكم النزاع ، أما عندما لا يحمل الزوجان جنسية مشتركة ولا يكون لهما موطن مشترك تطبق المحاكم الهولندية القانون المختص بموجب قاعدة التنازع .

ففي غياب هذه الرابطة الاجتماعية الفعالة لا تقوم الإرادة بتدعيم هذه الإسناد الضعيف، إلا أنها تقوم بدور فعال في حسم موضوع الطلاق وفي تحديد القانون الواجب التطبيق^(٢) وحل تنازع القوانين بشأنها، وعلي ذلك فالقانون الهولندي من بين النظم القانونية التي تعترف بإمكانية اختيار

(١) إنظر في ذلك:

-LAGARDE (P.): "Aspects de l'autonomie de la volonté en droit international privé", cours inedit DEA, Paris, T. I, 1989 – 1999.

(٢) المرجع السابق ، ص ١٧.

القانون الذي يحكم المسؤولية في مسألة الطلاق مع قصر هذا الاختيار على قانون القاضى وحده .

وخلاصة القول، ينعقد الاختصاص بمسائل المسؤولية المدنية للقانون المختار أي قانون الإرادة *Lex voluntatis* بمقتضى هذه النظم إلا أن هذه التطبيقات محدودة ، وعلى ذلك فإن المبدأ التقليدى في اختصاص قانون محل إرتكاب العمل الضار مازال متربعا على عرش إسناد مشكلات المسؤولية المدنية في كل النظم القانونية المعاصرة ^(١) ، إلا أننا

مع جانب من الفقه لمد العمل بقانون الإرادة المعمول به في شأن العقود الدولية

إلى مجال المسؤولية المدنية والاستفادة في هذا الصدد بما حققه قانون الإرادة في مجال المعاملات المالية والتجارية عبر الحدود من إزدهار في العلاقات الاقتصادية ونمو التجارة الدولية فيما بين مختلف الدول.

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: "علم قاعدة التنازع" المرجع السابق ، ص ١١٧٥ - ١١٧٧.

(٢) راجع في ذلك:

-POMMIER (J.ch): "principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international privé conventionnel", thèse, Paris, 1992.

د. محمود محمد ياقوت: "مدي حرية المتعاقدين في إختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي"، رسالة دكتوراه، حقوق إسكندرية ، ١٩٩٨.

ففي مجال المسؤولية المدنية يحقق قانون الإرادة بعض الاعتبارات أهمها أنه يستجيب في ذلك إلى إقامة نوع من التوازن المطلوب بين مصالح طرفي المسؤولية ، حيث سيختار دون شك القانون الذي يقرر أنه أكثر ملاءمة ومناسبة لتحقيق التوازن فيما بينهما ويحمي مصالحهما المشروعة بشأن التعويض^(١).

فإذا كان للأطراف أن يختاروا القانون الذي يحكم التزاماتهم غير التعاقدية وباعتبار أن الأمر يهم خاصة في مسائل الالتزامات التقصيرية كلا الطرفين، المسئول والمضروب فلهما الاتفاق علي القانون الذي يحقق لهم مصالحهم من وجهة نظرهم ، وعلي ذلك ورد في التنظيم الداخلي لدول الاتحاد الأوروبي والصادر عنه مشروع الاتفاقية الأوروبية روما ٢ بشأن القانون واجب التطبيق علي الالتزامات غير التعاقدية النص علي إمكانية اختيار طرفي المسؤولية للقانون الواجب التطبيق بشأنها، فقد جاء بالمادة ٨ منه النص صراحة علي أنه "يستطيع الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق علي الالتزامات غير التعاقدية وذلك باتفاق لاحق علي نشأة النزاع ، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحاً ولا يضر بحقوق الغير".

(١) انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة "القانون الدولي الخاص النوعي" القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٢٨٣ ومابعدا

المطلب الثالث

استبعاد قاعدة الإسناد باتفاق الأطراف

إذا كانت قاعدة التنازع الوطنية تحقق عدالة توزيع الاختصاص التشريعي بين القانون الوطني والقوانين الأجنبية "عدالة إسناد" إلا أن النقد ما لبث أن وجه إليها بدعوى أنها لا تكفل تحقيق عنصرى الأمان واليقين القانونيين *La Sécurité juridique* في بعض الأحوال التي يؤدي فيها إعمال قاعدة التنازع المعدة سلفاً إلى نتائج غير مرغوب فيها من قبل الأطراف، ويرجع ذلك إلى وظيفة قاعدة التنازع التي تتوقف عند مجرد الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق، دون أن تلقى بالاً بالنتائج المترتبة على تطبيق هذا القانون علي هذه الرابطة القانونية بالذات، هذا المنهج التجريدي الذي يحدد مسبقاً القانون الواجب التطبيق مفترضاً أن هذا القانون هو الأكثر صلة بالرابطة ولو لم يكن كذلك من حيث الواقع، فقاعدة التنازع كما نعم قاعدة مجردة حيادية مرنة تضع قاعدة محددة لا تنظر إلى كل حالة علي حدة، تضع قواعد لا تهتم فيها بالحل الذي يُفضى إليه تطبيق القانون المشار إليه قدر اهتمامها بتركيز العلاقة أو الرابطة القانونية من الناحية الموضوعية في دولة ما وتطبيق قانون هذه الدولة، وأكدنا على أنه مع ظهور ما يسمى بأزمة تنازع القوانين لم تعد هذه القواعد ملائمة لحاجة التجارة الدولية المتطورة والتي لا تلائمها قواعد منهج تنازع القوانين التقليدية .

فظهرت مناهج وطرق جديدة إلى جوار منهج تنازع القوانين لعلاج عيوب هذه المناهج التي ظهرت لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية منهج من أهم هذه المناهج التي ظهرت لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية منهج القواعد والمادة، ومنهج القواعد ضرورية التطبيق، وما عرف باسم الشروط الاستثنائية والتي نص عليها القانون الدولي الخاص السويسري الصادر عام ١٩٨٨ في المادة ١٥ منه، والتي وضعت مبدأ عاماً مؤداه "إمكانية العدول عن تطبيق القانون المشار إليه من قاعدة التنازع، إذا تبين للقاضي أن الرابطة القانونية تتصل بصلة أكثر وثوقاً من قانون آخر،

ومن ثم يمكن له تطبيق هذا القانون الآخر"، علي أن هذه الوسيلة "الشروط الاستثنائية Les clauses d'exception متروكة عادة للقاضي الذي يتولي الفصل في النزاع وليس لأطراف الرابطة القانونية، ولذلك وجدت وسيلة أخرى لكن لا توضع بيد القاضي وإنما توضع بيد الأفراد وعرفت باسم نظام الاتفاق الإجماعي، لتحقيق نفس الهدف في علاج العيوب التي تنطوي عليها قاعدة التنازع، للوصول بالأطراف إلى تطبيق القانون الملائم على علاقتهم محل النزاع، ونتولى توضيح هذه الفكرة "استبعاد تطبيق قاعدة الإسناد باتفاق الأطراف" على الترتيب التالي:

الفرع الأول : الاستبعاد الاتفاقي لقاعدة الإسناد.

الفرع الثاني: فكرة قابلية الحقوق للتصرف ومشروعية الاستبعاد الاتفاقي.

الفرع الثالث: تقييم الاستبعاد الاتفاقي ومفهوم القانون الملائم.

الفرع الأول

الاستبعاد الاتفاقي لقاعدة الإسناد

أولاً: مفهومه

الاستبعاد الاتفاقي لقاعدة الإسناد أو ما يسمى بالاتفاق الإجرائي L'accord Procedural يتميز عن الاتفاق الذي يعقد بين الأطراف لتحديد القانون الذي يطبق علي موضوع النزاع وفقاً لقواعد تنازع القوانين أو ما يعرف بالاتفاق الموضوعي^(١)، فالاتفاق الإجرائي لا يتفق الأطراف فيه علي تحديد قانون معين يفصل في نزاعهم وإنما موضوعه "اتفاق الأطراف علي استبعاد قاعدة التنازع الواجبة التطبيق"، ولذلك فهو مرتبط بفكرة مدى إلزامية قاعدة التنازع بالنسبة للأطراف، واعطاء هذا الدور للإرادة لا يعنى تعديل لقاعدة التنازع وإنما إمكانية مخالفتها من قبل الأطراف أو بالمعنى الأصح تعطيل العمل بها، إذا ما سمحت القواعد الإجرائية في قانون القاضى بهذا الاتفاق، حيث يتم الرجوع إلى النظام القانوني في دولة القاضى للتأكد من إمكانية إبرام مثل هذا الاتفاق الإجرائي من عدمه، فإذا لم يقره..... فلا يكون لهذا الاتفاق أى أثر، أى هو والعدم سواء ويطبق القاضى قاعدة التنازع المعنيه.

(١) انظر في هذا المعنى:

- DOMINIQUE BUREAU: " l'accord Procédural à l' épreuve ", Revue critique de droit international privé, 1996, P.589.

ولكن كيف ينعقد هذا الاتفاق للوصول الى القانون الملزم الذي يتفق وتسيير علاقات الأفراد؟! ، وما مدى أهميته بالنسبة لتحقيق نظرية الملاءمة في الاختصاص التشريعي؟! .

ولما كان هذا الاتفاق يدور وجوداً وعدمياً في نطاق الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها فمن ناحية أولى، وفي ظل القوانين التي تأخذ بمبدأ الطابع الإلزامي لقاعدة التنازع بالنسبة للقاضي وفي تحديد طبيعة ومجال هذا الالتزام نجد أن القاضي يلتزم بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته إذا كان منصوباً عليها في المعاهدات الدولية، ولا يسمح للأطراف باستبعاد القانون المشار إليه من قبل المعاهدة، وبمفهوم المخالفة يمكنهم استبعاد قواعد التنازع الأخرى التي لا تجد مصدرها في معاهدة دولية، ومن حيث موضوع العلاقات يلتزم القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته على المسائل التي لا يملك الأطراف حرية التصرف فيها، أى أن هناك مجاًلاً يمكن فيه للأطراف استبعاد قاعدة التنازع، ومجاًلاً آخر لا يمكنهم فيه القيام بذلك^(١)، وتلك هى فكرة قابلية الحقوق للتصرف أساس مشروعية الاتفاق الإجرائى والتي نتناولها بالتوضيح في الفرع الثانى من هذا المطلب.

ومن ناحية ثانية، في ظل النظم التي لا تنص على إلزامية قاعدة التنازع بالنسبة للقاضي "الطابع الاختيارى لقاعدة التنازع" وتعطى له سلطة تقديرية في إعمالها من عدمه، فالوضع

(١) راجع تفصيلاً: د. أشرف وفا محمد : استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف، المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد ٦٠، لعام ٢٠٠٤، ص ١١٨ .

إما أن القاضى يقرر تطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته، وبالتالي يقوم بتطبيق قانونه الوطنى أو القانون الأجنبى حسبما تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية واجبة التطبيق - إلا أنه يحول القاضى في تطبيقه للقانون المحدد من قبل قاعدة التنازع الوطنية وجود اتفاق بين الأطراف علي تطبيق قانون آخر "علي فرض الاعتراف لهم بهذا الحق" - وإما أن يمتنع القاضى عن تطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته، فإن معنى ذلك أنه لن يطبق القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد ويقوم بتطبيق القانون الوطنى في دولته، إلا إذا تمسك الأطراف بتطبيق قاعدة التنازع والتي تشير إلى تطبيق قانون أجنبى، إذا قدروا أن من مصلحتهم تطبيق هذا القانون على نزاعهم، أما إذا لم تكن لهم مصلحة في تطبيقه، وإنما تتحقق مصلحتهم بتطبيق قانون أجنبى آخر، فإن عليهم الاتفاق علي تطبيق هذا القانون الآخر، حتي يحولوا دون قيام القاضى بتطبيق قانونه الوطنى أو القانون الأجنبى الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد، وهذا ما يطلق عليه اصطلاح "الاتفاق الإجرائي"، ويجب علي القاضى في هذه الحالة إحترام هذا الاتفاق باستبعاد تطبيق القانون المختص بمقتضى قاعدة التنازع، وعقد الاختصاص للقانون الذي يتم تحديده من قبل الأطراف مراعاة لاعتبارات أهمية هذه الاتفاقات، خصوصاً في مجال عقود التجارة الدولية، كما سبق وأوضحنا.

ثانياً : شروط انعقاد الاتفاق الإجرائي

وفقاً لما تقضي به المادة ١٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد يتعين أن يكون الاتفاق الإجرائي اتفاقاً صريحاً وليس ضمناً^(١)، حتى يلتزم القاضى بهذا الاتفاق الإجرائي لاستبعاد قاعدة الإسناد واجبة التطبيق وإحلال القانون الذي تم الاتفاق عليه على النزاع، فطبقاً لهذا النص لا يكفي أن تكون الإرادة غير معلنة، أى لا يعتد في هذا الصدد بالإرادة الضمنية، وهو ما أقرته وأكدت عليه أيضاً الأحكام الصادرة من القضاء الفرنسي - تطبيقاً لهذا النص - حيث قررت محكمة النقض الفرنسية أنه "لا يعد التوافق الضمني من قبل الأطراف على النتائج التي يتوصل إليها كلٌ منهم دليلاً على وجود اتفاق إجرائي"^(٢).

(١) راجع نص المادة ١٢ من القانون الفرنسي:

" Toutefois, le juge ne peut changer la dénomination ou le Fondement juridique Lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquelles elles entendent limiter le débat ".

(٢) ففي حكم لها بتاريخ ٢٧ أكتوبر ١٩٩٢ قضت محكمة النقض الفرنسية برفض الطعن المقدم من صاحب الشأن والذي انتقد قاضى الموضوع في عدم تطبيقه القانون المتفق عليه بين الأطراف وهو القانون المغربي باعتباره قانون الجنسية المشتركة للأطراف، وقام بتطبيق قانون الموضوع وهو القانون الفرنسي، واستندت محكمة النقض في ذلك على أنه لا يكفي في هذا الصدد مجرد وجود توافق ضمني بين الأطراف على النتائج المتبادلة بينهما لتكوين الاتفاق الإجرائي، وجاء حكمها على النحو التالي:

" Une simple concordance entre Les conclusions des Parties ne constitue pas l'accord exprès par Lequel celles-ci peuvent, en vertu de l'article 12 du nouveau code de Procédure civile, lier Le Juge par les qualifications et point de droit auxquelles entendent limiter le débat ".

انظر هذا الحكم مشاراً إليه في :

وتطبيقاً لنص المادة ٥/١٢ من تقنين الإجراءات المدنية الفرنسية الجديد، قررت محكمة النقض الفرنسية بأن للطرفين أن يقيدا القاضى باتفاق صريح علي تطبيق قانون آخر غير القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد، ويحددا فيه نطاق الحقوق فيما بينهما .

ويعترض البعض من الفقه علي هذا الموقف المتشدد للقضاء الفرنسي ويرون - وبحق - أنه ^(١) كان يكفي النص علي إمكانية استبعاد قاعدة التنازع من قبل الأطراف إذا وجد اتفاق بين الأطراف علي تطبيق قانون آخر، دون اشتراط أن يكون هذا الاتفاق صريحاً، طالما أنه اتفاق مؤكد وإن كان ضمنياً، حيث يقوم القاضى بتقدير توافر هذا الاتفاق من عدمه، وعلي ذلك فالقاضى يلتزم بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة

- BENEDICTE FAUVARQUE-COSSON: " Libre disponibilité des droits et conflits de lois" L G D J, Paris, 1996. P.251.

<http://www.institutidef.org/contrefacon-sur-internet.html>

(١) "علي الرغم من وجود اتفاق بينه وبين ما يقضي به نص المادة ١٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية فإنه يتعارض مع مبدأ آخر علي قدر كبير من الأهمية، الذي وفقاً له لا يجوز للقاضى تعديل موضوع ومحل النزاع، بأن يتعرض لمسألة لا يوجد محل للنزاع فيها بين الأطراف، ولذا إذا توافق الأطراف علي نتائج معينة أو علي وسيلة قانونية محددة فإنه من الطبيعي أن يتقيد بذلك بسبب بسيط وهو أنه لا يوجد تنازع بين الأطراف حولها، كما لوحظ أن اشتراط الاتفاق الصريح من قبل القانون الفرنسي في الاتفاق الإجرائي يعد أمراً غير مبرر، وذلك أن القانون الفرنسي يقوم وفقاً للقواعد العامة علي مبدأ الرضائية Le Principe du Consensus ومن ثم كان يكفي أن يقوم القاضى بالتحقق من وجود توافق بين الأطراف علي تطبيق قانون ما، مع إدراكهم بوجود قانون آخر قابل للتطبيق وفقاً للقواعد العامة لتنازع القوانين إذا لم يوجد الاتفاق الإجرائي....."

انظر في توضيح هذا الرأي: د/ أشرف وفا ، المرجع السابق ، ص ١٣٤ - ١٣٥ .

التنازع الوطنية، وهو يلتزم بهذا التطبيق طالما لم يتفق الأطراف على تطبيق قانون آخر ^(١).

ثالثاً: نطاق أعمال الاتفاق الإجرائي

حيث أن المجال الأصيل للاتفاق الإجرائي هو الالتزامات غير التعاقدية - والذي يرجع إلى حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية "روو" الشهيرة ، والذي يعتبر الحكم الأساسي والمنشئ للفكرة ^(٢) - لكن من المتصور إعمال مثل هذا الاتفاق في مجالات أخرى لقواعد تنازع القوانين، حتى أن

(١) ويؤكد صاحب هذا الرأي علي أنه في حاله الشك يوجه السؤال التالي إلى الأطراف : هل يوجد لديهم - مع علمهم بأن النزاع ذو طابع دولي وأن هناك قانون تشير إليه قواعد التنازع - الرغبة نحو تطبيق قانون آخر غير القانون الواجب التطبيق أصلاً علي النزاع أم لا ؟ ، فإذا كانت الاجابة بالإثبات أمكن للقاضي التحقيق من وجود الاتفاق الإجرائي، والذي ثبت لديه بطريقة مؤكده علي الرغم من عدم وجود اتفاق صريح بذلك، وإذا كانت الإجابة بالنفي ، تحقق القاضي من عدم وجود اتفاق إجرائي، ومن ثم فإنه يرجع إلى الأصل، وهو تطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع "، انظر لصاحب هذا الرأي: المرجع السابق، ص ١٣٥ - ١٣٦.

(٢) ففي قضية روو الشهيرة - "والتي ثار فيها نزاع بين شخصين من أفراد القوات المسلحة الفرنسية المرابطة في جيبوتي، لتسبب أحدهما في حادث للآخر في تلك الدولة، وكان القانون الواجب التطبيق عادة هو القانون الجيبوتي طبقاً لاتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق علي حوادث الطرق، المبرمة في ٤ مايو سنة ١٩٧١م" - حيث لم تتوافر شروط تطبيق القانون الفرنسي، ومع ذلك أيدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩ أبريل سنة ١٩٨٨م قيام قاضي الموضوع بتطبيق القانون الفرنسي وذلك لأن الأطراف طالبوا صراحة بتطبيق هذا القانون، وهو قانون الجنسية المشتركة لكلا الطرفين وكان القانون الجيبوتي هو الواجب التطبيق في هذه القضية وفقاً للقواعد العامة في تنازع القوانين استناداً إلى أنه قانون محل وقوع الإعتداء، إلا أن الأطراف إتفقوا صراحة علي تطبيق القانون الفرنسي مع علمهم الكامل بقابلية تطبيق القانون الجيبوتي إذا لم يبرم الاتفاق الإجرائي، وقد أدى تطبيق القانون الفرنسي إلى إعفاء السيد (روو) من المسؤولية عن الحادث نظراً لوجود قوة قاهرة "La Force majeure" ، راجع: د.محمد حمدي بهنسي "دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية"، المرجع السابق، ص ٢٠ .

البعض يقبل أعمال قانون الإرادة بالنسبة لكل الروابط القانونية وليس فقط في المجال العقدي^(١)، كأن يرد هذا الاتفاق الإجرائي علي قواعد تنازع في مجال الأحوال الشخصية والمتعددة علي النحو السابق الإشارة إليه. كما يتحدد مجال هذا الاتفاق الإجرائي من حيث موضوع قاعدة التنازع المراد الاتفاق

علي استبعادها - وفقاً للاتجاه الراجح في الفقه - ليس بنوع معين من القواعد كذلك المتعلقة

بقواعد التنازع الخاصة بالمسؤولية التقصيرية^(٢)، وإنما يتحدد مجال هذا الاتفاق بالحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها، أى بالحالات التي يجوز للأطراف فيها الاتفاق علي اختيار القانون واجب التطبيق، فإذا كان لهم الحق في ذلك أى تعلق الأمر بحق يملك الأطراف التصرف فيه

(١) من ذلك نص المادة التاسعة من القانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي القديم الصادر بتاريخ ١١ مارس ١٩٤٨ والتي تنص علي أن:

" Les Parties sont autorisées à soumettre leur rapport de droit à une législation déterminée, pourvu que ce rapport ait des relations significatives avec la législation choisie et que le choix ne soit pas contraire aux règles impératives des législations auxquelles le rapport de droit dont il s'agit est soumis d'après les dispositions du present chapitre ".

مشار إليها في بحث د. أشرف وفا "استبعاد....."، المرجع السابق، ص ١٣٩ .

(٢) وفقاً لأحكام القضاء الفرنسي لا يرد الاتفاق الإجرائي في جميع المجالات، بل إنه يرد فقط من حيث موضوع قواعد التنازع علي قواعد التنازع الواجبة التطبيق في مجال المسؤولية التقصيرية، راجع في خصوص هذه المسألة تفصيلاً: د. أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص ١٣٦ وما بعدها .

أمكنهم إبرام الاتفاق الإجرائي، واستبعاد قاعدة التنازع المعتادة أياً كانت هذه القاعدة .

وبالإضافة إلى إمكانية أن يمتد مجال هذا الاتفاق الإجرائي إلى قواعد التنازع المنصوص عليها في المعاهدات الدولية، فهي لا تمثل قيداً يحول دون إعمال الاتفاق الإجرائي، فالإتجاه الحديث لمحكمة النقض الفرنسية يذهب إلى تقرير إعمال هذا الاتفاق حتى إذا ما صادف قاعدة تنازع منصوص عليها في معاهدة دولية، خاصة في مجال الالتزامات التعاقدية، وهذا الإتجاه الراجح والرائج في الفقه والقضاء الفرنسي يعضده أن قواعد التنازع التعاقدية تهدف إلى تنظيم العلاقات الخاصة بالأفراد أى تهدف إلى إشباع وتحقيق منافع خاصة، ومن ثم يمكن الخروج عليها من قبل هؤلاء الأفراد إذا ما قدروا أن من مصلحتهم تطبيق قانون آخر غير القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع التعاقدية ^(١)، ولهذا يمكن وضع

(١) هذا ولقد أجازت المحكمة للأطراف في قضية "روو" الاتفاق علي تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون الجنسية المشتركة بدلاً من تطبيق القانون الجبوتي - قانون محل وقوع الحادث الذي وقع خارج فرنسا - الواجب التطبيق طبقاً لاتفاقية لاهاى المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق علي حوادث الطرق، المبرمة في ٤ مايو سنة ١٩٧١م

" Les Parties peuvent, pour les droits dont elles ont la libre disposition, demander l'appliation d'une loi différente de celle désigne par une convention internationale ",

Cour de cassation, 19 avril 1988, Revue critique de droit internationale privé, 1989, P.68, note HENRI BATIFFOL.

انظر في التفاصيل:

-H.BATIFFOL : " La loi appropriée au contrat ", Mélanges Goldman, Librairies Techniques, Paris, 1982, P.4.ets.

القاعدة التي تقضي بوجود التزامات علي القاضي بتطبيق قواعد التنازع ذات المصدر التعاهدي فيما عدا الحالة التي يتفق فيها الأطراف علي تطبيق قانون آخر، حيث يلتزم بتطبيق هذا القانون الأخير، بشرط ألا يتعلق الأمر بإحدى قواعد التنازع التعاهدية ذات الطابع الأمر، أى تلك التي تتعلق بالنظام العام، والذي يشكل قيداً على حرية الإرادة، خاصة فى مجال "المسؤولية التقصيرية" ^(١).

رابعاً : الاتفاق الاجرائي والوصول للقانون الملئم

وهكذا تظهر أهمية هذه الاتفاقات - والتي لم يقتصر أثرها على استبعاد قاعدة الإسناد فحسب بل امتد أثر هذا الاتفاق إلى أبعد من ذلك فى إمكانية الاتفاق على قانون معين لحكم علاقاتهم - فى إمكانية مراعاة اعتبارات الملاءمة السابقة، فمن خلال هذا الاتفاق الإجرائي يمكننا الوصول إلى تحقيق فكرة القانون الملئم بعقد الاختصاص لقانون الدولة الذى يرتبط به المركز القانوني بروابط أكثر وثوقاً.

وبالتالى تتوافر بينه وبين المسألة روابط متينة وصلات وثقي، حتى لا يكون قانوناً ضعيف الصلة عرضى العلاقة واهى الارتباط بهذه العلاقة، ليعمل على احترام توقعات الأفراد فيضمن تحقيق الأمان القانوني لهم عبر الحدود الهدف الرئيسى لقاعدة التنازع، وأخيراً بتلبية المصالح مشروعة لأطراف العلاقة القانونية في حالة اختيارهم للقانون الواجب التطبيق سواء في مجال الالتزامات العقدية وغير العقدية.

(١) انظر: د. محمد حمدي بهنسى "دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية"، المرجع السابق، ص ٢١ وما بعدها.

ويتأكد ذلك من خلال الأثر الأوحد لهذا الاتفاق باستبعاد تطبيق قاعدة التنازع الواجبة التطبيق والتي تشير إلى تطبيق قانون غير ملائم لأطراف الرابطة العقدية، وإحلال القانون المناسب لهم من وجهة نظرهم والذي تم الاتفاق عليه، سواء أكان هذا الاستبعاد - طبقاً للرأى الراجح - قد تم لصالح قانون القاضى أو لأى قانون أجنبى آخر غير الذى أشارت إليه قاعدة التنازع، ذلك لأن الاتفاق الإجرائي لا يهدف فقط إلى التنازل عن قاعدة التنازع حتى يمكن القول بقصر هذا الاتفاق علي السماح بتطبيق قانون القاضى وإنما يهدف إلى إحلال قانون آخر محل القانون المحدد من قبل قاعدة التنازع ، فلا يجوز قصر هذا الحق علي قانون القاضى فحسب^(١).

(١) المرجع السابق ، ص ٢٣ ، ولم يكن هذا الأمر مستقر عليه من قبل ، فكان الإتجاه السائد هو استبعاد تطبيق قاعده التنازع وتطبيق قانون القاضى، ويؤدى تبني هذا الاتجاه إلى قصر الاتفاق الاجرائي علي قانون القاضى فقط، فيصير بالتالى اتفاقاً قاصراً علي القاضى وليس اتفاقاً لاختيار القانون الواجب التطبيق، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ الأول من يوليو ١٩٩٧ بأن :

" L'application de la loi étrangère désidne Pour régir des droits dont les Parties n'ont pas la libre disposition impose au juge français de rechercher la teneur de cette loi. Pour les droits dont elles ont la libre disposition, les parties peuvent s'accorder pour demander l'application de la loi français du for, malgré l'existence d'une convention international désignant la loi compétente et un tel accord peut résulter des conclusions des parties invoquant une loi autre que cette qui est désigne par le traité ". V.Cour de cassation, ler juillet 1997, Revue critique de droit international privé. 1998, P.60,Note PIERRE MAYER. et,

- Cour de cassation, 6 mai 1997, Clunet, 1997, P. 804, note Dominique Bureau.

ولا أدل على أهمية هذا الدور المزدوج للاتفاق الإجرائي - "أى إمكانية اختيار الأطراف ليس فقط لقانون القاضى وإنما كذلك لأى قانون أجنبى آخر غير التى أشارت إليه قاعدة الإسناد" - لتحقيق فكرة القانون الملائم، من التأكيد عليه فى بعض الأحكام الحديثة لمحكمة النقض الفرنسية من قبيل ذلك يمكن أن نذكر الحكم الصادر بتاريخ ٢٦ مايو ١٩٩٩ ^(١)، والذي قضت فيه بأن

"من حق الأطراف فى نطاق الحقوق التي يملكون التصرف فيها الاتفاق على تطبيق قانون معين"، وبهذا الحكم وضعت محكمة النقض الفرنسية

Revue critique de droit international prive, 1997, P.514, note
Bénédicite Fauvarque-Cosson.

وفى حكمها الصادر بتاريخ ٢٣ مارس ٢٠٠٠ قضت محكمة النقض الفرنسية بأن:

" L'équivalence entre la loi appliquée et celle désignée par la conflit - en ce sens que situation de fait constatée par le juge aurait les mêmes conséquences juridiques en vertu de deux lois – justifie la décision qui fait application d'une loi autre que la loi compétente"
.V. Eric Agostini : Equivalence et conflit de lois, Recueil le Dalloz, no12, 23 mars 2000, P.268

(١) قضت محكمة النقض الفرنسية فى هذا الحكم بأن:

" Pour les droits dont elles ont la libre disposition, les Parties peuvent s'accorder sur l'appliation d'une loi autre que celle désignée par une Convention international ou une clause contractuelle désignant la loi compétente; un tel accord peut résulter des conclusions des Parties".

أشار إليه: د. أشرف وفا "استبعاد" المرجع السابق ، ص١٥٤ ، هامش ١٥٦ .

مبدأ عام مؤداه "إمكانية اختيار تطبيق قانون آخر غير القانون الأصلي
المحدد من قبل قاعدة التنازع " ^(١).

(١) تفصيلاً: -H.BATIFFOL : " La loi approprié au contrat, op
cit 1982, P.44.ets.

الفرع الثاني

فكرة قابلية الحقوق للتصرف ومشروعية الاستبعاد الاتفاقي

من خلال العرض السابق لفكرة الاتفاق الإجرائي الذي لم يتقيد فيه الأطراف إلا بقيد واحد فقط وهو أن يأتي هذا الاتفاق في نطاق الحقوق التي يملك الأطراف حرية التصرف فيها Le droit disponibles وتظهر أهمية هذه الفكرة "قابلية الحقوق للتصرف" كأساس يبنى عليه مشروعية الاتفاق الإجرائي، خاصة وأن القضاء الفرنسي يتبنى هذه التفرقة بين الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها وتلك الحقوق غير قابلة للتصرف Les droits non disponibles ويمكن توضيح ذلك من خلال حديثنا عن:

أولاً: كيفية ظهور الفكرة

أسهمت الانتقادات التي وجهت إلى فكرة النظام العام كأساس لتبرير الطابع الاختياري وعدم ملزومية قاعدة التنازع إلى ظهور فكرة قابلية الحقوق للتصرف والتي تبناها القضاء الفرنسي في تقرير قاعدة التزام القاضى بتطبيق قاعدة التنازع عندما تشير إلى تطبيق قانون أجنبي لتحل

محل فكرة النظام العام كأساس لهذا التبرير^(١)، وعليه أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً بتاريخ ٩ مارس ١٩٨٣ قضت فيه بالربط بين مسألة إلزامية قاعدة التنازع وبين المصدر والمجال الذي تتعلق به قاعدة التنازع "قابلية الحق للتصرف"^(٢)، ووفقاً لهذا الحكم تكتسب قاعدة التنازع الطابع الإلزامي بالنسبة للقاضي إذا كان مصدرها معاهدة دولية أو كانت قاعدة التنازع تتعلق بإحدى القواعد الأمرة، وبمفهوم المخالفة في حالة ما تتعلق قاعدة التنازع بقاعدة غير أمره والتي يكون للأطراف حرية التصرف في الحقوق لا تكون قاعدة التنازع ملزمة للقاضي، كما هو الحال في المجال التعاقدى حيث يمكن للأطراف فيها الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق، وإذا وجد هذا الاتفاق يلتزم القاضي به، ولا يطبق القانون التي تشير إليه قاعدة التنازع^(٣)

هذا بخصوص الإلزام بالنسبة للقاضي فما هو الشق الثاني المتعلق بالأطراف؟.

(١) راجع تفصيلاً حول مفهوم فكرة حرية التصرف في الحقوق: د. أشرف وفا "استبعاد" المرجع السابق، ص ٦٦ وما بعدها.

(٢) د. أشرف وفا "الوسيط...." المرجع السابق، ص ١٧٥ وما بعدها.

(٣) وهذه الفكرة غير مقبولة في مجال تحديد مدى إلزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء نفسه وذلك لصعوبة التفرقة بين نوعي هذه الحقوق، فالأمر قد يختلف على القاضي بل قد يعتمد إلى تطبيق قانونه لصعوبة هذه التفرقة، انظر في هذا المعنى :

-BATIFFOL et LAGARDE "Droit international privé", tome I, 8^e édition, L.G.D, Paris. P.535.

فكما سبق وتناولنا فكرة الاتفاق الإجرائي علي استبعاد تطبيق قاعدة التنازع ذاتها وإحلال قانون آخر يتفق عليه الأطراف كوسيلة لعلاج منهج عيوب قاعدة التنازع التقليدية التي تتسم بالتجريد، وذلك لعدم كفاية الوسائل التي قيل بها لتلافي عيوب قاعدة التنازع من ذلك "حرية تحديد القانون الواجب التطبيق أو الاتفاق الموضوعي، وقواعد التنازع ذات الغاية المادية، أو منهج تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة"،

فهذه الوسائل تقود إلى إمكانية تلافي بعض عيوب قاعدة التنازع المزدوجة الجانب، إلا أنها وسائل تنتمي إلى قاعدة التنازع ذاتها، أي أن قاعدة التنازع هي التي تقررهما، أما في الاتفاق الإجرائي فإن الأمر يتعلق باستبعاد قاعدة التنازع ذاتها من قبل الأطراف ذوى المصلحة في ذلك والمطالبة بتطبيق قانون آخر، وبالتالي يمكن للأطراف استبعاد تطبيق قاعدة التنازع في مجال الحقوق التي يملكون التصرف فيها، ولذا نتعرض لفكرة قابلية الحقوق للتصرف باعتبارها - وكما يقول البعض ^(١) - "مفتاح باب الدخول إلى نظام الاتفاق الإجرائي"، أو كأساس يبنى عليه مشروعية الاتفاق الإجرائي أو شرط أعمال هذا الاتفاق كما تتفق علي ذلك التشريعات التي نصت عليه وأجمع عليه الفقه.

ثانياً: أصل الفكرة وتطورها:

ظهرت فكرة قابلية الحقوق للتصرف في تطبيقات القضاء الفرنسي كأساس لتحديد التزام القاضى بتطبيق قاعدة التنازع ، فتكون ملزمة للقاضي عندما يتعلق الأمر بقاعدة أمرة والتي

(١) راجع: د. أشرف وفاء، المرجع السابق، ص ٦٥.

لا يملك الأطراف التصرف في الحقوق التي تنظمها تلك القاعدة، فلا يمكنهم التنازل عن تطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع والتمسك بتطبيق قانون آخر لأن الأمر يتعلق بقاعدة أمرة ، وعلى الوجه الآخر يكون لقاعدة التنازع طابع اختياري بالنسبة للقاضي إذا تعلقت بمسألة يمكن للأطراف فيها التنازل عن تطبيق القانون المشار إليه والمطالبة بتطبيق قانون آخر، ومعني ذلك أن فكرة قابلية الحقوق للتصرف ومشروعية الاستبعاد الاتفاقي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالطابع الاختياري وليس الإلزامى لقاعدة التنازع .

وما لبثت محكمة النقض الفرنسية أن عدلت عن موقفها السابق - من تقرير الطابع الاختياري لقاعدة التنازع - إلى إلزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته، إلى أن حلت فكرة قابلية الحقوق للتصرف محل فكرة النظام العام كأساس لتبرير هذا الإلزام، بمقتضي حكم أصدرته محكمة النقض الفرنسية - حكم COVECO - في ٤ ديسمبر ١٩٩٠ حكماً يعتبر هو الأساس في تبني هذه الفكرة ^(١).

^(١) وتتلخص وقائعها في أن " قيام شركة كوفيكو الفرنسية بالاتفاق مع شركة فيسول الفرنسية أيضاً علي قيام هذه الأخيرة بنقل شحنة من اللحوم إلى أسبانيا، ولم تستطع هذه الأخيرة تنفيذ العقد نظراً لرفض السلطات الأسبانية دخول الشحنة إليها بسبب عدم صلاحيتها بعد أن تلفت نتيجة سوء التخزين والحفظ في الشاحنات الخاصة بالشركة الناقلة لهذه اللحوم .

وقد قامت شركة كوفيكو برفع الدعوي للحصول علي التعويض من الشركة الناقلة، إلا أن محكمة بيزانسون الفرنسية رفضت هذه المطالبة لأن الشركة المدعية قد حصلت علي التعويض من شركة التأمين علي البضاعة .

وقد طعنت شركة كوفيكو في الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية وطالبت بتطبيق القانون الهولندي وهو القانون واجب التطبيق علي عقد التأمين بغية التوصل إلى تأكيد صفتها في الحصول علي التعويض نيابة عن شركة التأمين، وقد رفضت المحكمة

ولا أدل على ذلك من اشترط الفقه لانعقاد صحة هذا الاتفاق أن يرد علي حق قابل للتصرف فيه، فالحقوق غير القابلة للتصرف - كالحقوق الواردة في مسائل الأسرة - لا يملك الأطراف التصرف في الحقوق المتعلقة بها، ومن ثم يلتزم القاضى والأطراف بتطبيق قاعدة الإسناد المتعلقة بها حتى لو أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي من تلقاء ذاتها، والعكس إذا ما صادف هذا الاتفاق أياً من الحقوق القابلة للتصرف والتي يملك الأطراف فيها استبعاد قاعدة التنازع واجبة التطبيق وإحلال قانون آخر يحقق مصلحتهم محل القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع، وهو ما يأخذنا الى نقطة خلافية فى الفقه تدور حول كيفية تحديد مدى تعلق الأمر بحق من الحقوق التى يملك الأطراف التصرف فيها أو تلك التى لا يملك الأطراف التصرف فيها على التوضيح الآتى:

ثالثاً: القانون الواجب التطبيق لتحديد مدى قابلية الحقوق للتصرف أو عدم قابليتها

ولتحديد مدى تعلق العلاقة القانونية بحق من الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها أو علي العكس بحق غير قابل للتصرف فيه لا بد من الرجوع إلى قانون معين لتحديد طبيعة هذه المسألة، والتي هى محل خلاف فقهي واسع، يرجع في الأصل إلى الخلاف حول مدى قبول تطبيق هذه الفكرة أصلاً، واعتمادها لتحديد مدى

العليا الفرنسية المطالبة بتطبيق القانون الهولندي لأن الشركة المدعية لم تتمسك أمام قاضي الموضوع بهذا القانون في حين أن كان يمكنها التمسك بتطبيقه لأن الأمر يتعلق بحق من الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها " نقلاً عن: د. أشرف وفا ، المرجع السابق ، ص ٧٤ .

التزام القاضى بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته باعتبار أن هذا هو أصل الفكرة.

ويمكن أن نقرر أن تحديد مضمون حقيقة الحق وهل هو قابل للتصرف فيه أم لا ، يتنازعه كل من القانون الموضوعي الذي يحكم الرابطة القانونية محل النزاع - باعتبار المسألة تتعلق بجوهر الحقوق التي تخضع للقانون الواجب التطبيق - علي أن هناك اعتبارات أخرى تقود إلى تطبيق قانون القاضى لتحديد طبيعة هذه المسألة، استناداً إلى أننا إزاء عملية تكييف تخضع أولاً وأخيراً لقانون القاضى الذي يفصل في النزاع فلا يتصور من الناحية المنطقية أن يطبق قانون آخر غير قانون دولة القاضى علي مسألة يتوقف عليها مدى إلزام القاضى بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته^(١).

وعلي كل الأحوال فالقضاء الفرنسي الذي عرفت هذه الفكرة من خلال أحكامه القضائية استقر علي اعتبار القانون الأجنبي هو مجرد واقعة يتعين إقامة الدليل عليها، لكن الفقه الفرنسي يستند إلى موقف القضاء الفرنسي من أجل البحث عن تفسير وتبرير نظري لهذه الحلول العملية القضائية^(٢)، ولتحديد القانون الذي يتم الرجوع إليه في تحديد هل الحقوق قابلة للتصرف

(١) انظر تفصيلاً حول هذه التفرقة ورفض تبني فكرة قابلية الحقوق للتصرف كأساس لتحديد مدى الزامية قاعدة التنازع، لتعرضها مع قواعد الاختصاص القضائي الأوروبية في مجال الالتزامات التعاقدية وغيرها من الحجج والأحكام القضائية التي تدعم وجهة نظره: د. أشرف وفا "استبعاد"، المرجع السابق ٧٨ وما بعدها

(٢) راجع في تفاصيل عده ، المرجع السابق ، ص ٩٥ وما بعدها .

أم غير قابلة، فلم يتعرض أى نص قانونى لهذه المسألة ولذا فإنه يمكن الإستعانة في هذا الشأن بموقف الفقه بخصوصها والذي تنوعت اتجاهاته على النحو التالى:

الإتجاه الأول : تطبيق قانون القاضى لتعيين مدى قابلية الحقوق للتصرف "الرأى الراجح".

يستند هذا الإتجاه إلى أن قانون القاضى يحكم المسائل الإجرائية وفكرة قابلية الحقوق للتصرف منصوص عليها في المادة ٣/١٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية فإن هذا يدل على أن الأمر يتعلق بمسألة إجراءات ومن ثم تخضع لقانون القاضى ^(١)، كما أن تحديد مدى قابلية الحقوق للتصرف يعد من قبيل التكييف الذي يأتى في مرحلة سابقة على تحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة لموضوع النزاع، وبالتالي لا يمكن إخضاعه لقانون الموضوع، والراجح لديهم هو خضوع هذه التفرقة لقانون القاضى للتيسير على كل من القاضى والأطراف ^(٢).

الإتجاه الثانى: تطبيق قانون الموضوع لتحديد الحقوق القابلة للتصرف.

بمناسبة الحديث عن القوة الإلزامية لقاعدة التنازع يتجه الفقه في كل من ألمانيا وفرنسا إلى المناداة بتطبيق قانون الموضوع لتحديد الحقوق القابلة للتصرف، ووفقاً للفقه الألماني تعد قاعدة التنازع ذات طابع أمر ولا يمكن أن يكون تطبيقها اختيارياً، فعندما تشير قاعدة التنازع

(١) وفي نقد هذا الاتجاه: د. أشرف وفا ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ .

(٢) انظر تفصيلاً ، المرجع السابق ، ص ١٠٧ .

إلى تطبيق قانون أجنبي فإن ما يمكن استبعاده هو القانون الأجنبي التي تشير إليه قاعدة الإسناد "القواعد غير الآمرة فيه، وليس قاعدة التنازع في ذاتها" ^(١)، فالقاضي الألماني ينظر إلى قواعد التنازع على أنها قواعد أمرة يقوم بتطبيقها في كل الحالات سواء أشارت إلى تطبيق قانون وطني أم قانون دولة أجنبية، وفي الفقه الفرنسي يقول البعض أنه يتعين أن تخضع مسألة تحديد الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها إلى القانون الذي يحكم الموضوع وليس قانون القاضي لأن الأمر يتعلق بجوهر الحقوق وليس بتحديد الطائفة القانونية ^(٢) .

(١) المرجع السابق ، ص ١٠٨ في عرض هذا الرأي ، وفي تقديره راجع ، ص ١١٠ .

(٢) يضيف البعض مع ذلك أن تطبيق قانون الموضوع على قابلية الحقوق للتصرف أمر غير عملي ويجعل مهمة القاضي عسيرة ، لأن عليه قبل أي شئ أن يرجع إلى القانون الأجنبي للتعرف على الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها ، راجع في ذلك:

- MAYER (P): Droit international privé ,5 édition, Paris, Montchrestien,1994, P.132.

الفرع الثالث

تقييم الاستبعاد الاتفاقي

يستخدم الاستبعاد الاتفاقي من جانب الأطراف في الحقوق التي يملكون التصرف فيها من أجل تلافي العيوب الناتجة عن تطبيق قاعدة التنازع الجامة - على النحو السابق بيانه - والوصول بالأطراف والرابطة القانونية إلى تطبيق القانون الملئم، ويتضح ملائمة ذلك من خلال دور هذا الاتفاق الإجرائي في مجال تنازع القوانين فيقوم الاتفاق الإجرائي على تحقيق عدة مهام ضرورية في نطاق بحثنا عن فكرة القانون الملئم في مجال تنازع القوانين وهذا الدور يتمثل في:

١- مساندة منهج قاعدة التنازع والإبقاء عليه وعدم العودة إلى هجره كما قال به فقهاء الدول الأنجلو أمريكية:

ولعله قد إتضح ذلك من خلال محاولة علاج بعض عيوب منهج التنازع وتلافي بعض الانتقادات التي وجهت إليه ومن أهم هذه الانتقادات - علي النحو السابق بيانه - اعتباره منهج تجريدي، وإكتفاء قاعدة التنازع فيه بمجرد الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق دون أن تلقى بالأى إلى النتائج المترتبة علي هذا التطبيق، فقد يقود تطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع

في دولة القاضى إلى نتائج غير مرغوب فيها وغير متوقعة بالنسبة للأطراف أصحاب النزاع المراد الوصول إلى حل فيه.

فمن خلال الاعتراف للإرادة بهذا الدور في الاتفاق الإجرائي يمكن استبعاد الأطراف تطبيق قاعدة التنازع ذاتها والتي تشير إلى تطبيق قانون

لا يرغبون في تطبيقه لأنه لا يتفق مع مصالحهم وعلائقهم التبادلية، والسماح لهم بإحلال قانون آخر يتفوقا عليه صراحة أو ضمناً طبقاً لأرجح الأقوال، ليكون أكثر استجابة لتوقعاتهم المشروعة وأكثر تلبية لمصالحهم سواء أكان هو قانون القاضى أو قانوناً أجنبياً آخر، وترك مساحة من الحرية للأطراف في اختيار هذا القانون وهو ما يتفق مع الهدف من الاتفاق الإجرائى ذاته في تقوية مبدأ سلطان الإرادة، وبما يتفق مع الغرض من قاعدة التنازع ذاتها والتي تهدف إلى إسناد الروابط القانونية إلى أنسب القوانين وأوثقها ارتباطاً من الناحية الموضوعية مع العلاقة القانونية دون التقيد باختيار قانون معين تكون بينه وبين الرابطة القانونية صلة مادية ما .

٢ - وجود نظام الاتفاق الإجرائى من شأنه التغلب ولو جزئياً علي مشكلة رفض فكرة الإحالة:

ولبيان ذلك نقول إن من شأن أعمال قاعدة التنازع تطبيق قانون دولة ما، إما أن يكون دولة القاضى أو قانون دولة أجنبية، ويقصد بقانون الدولة الأجنبية القواعد الموضوعية المطبقة في هذه الدولة دون تلك المتعلقة بقواعد التنازع فيها، ومن المستقر عليه - خاصة قواعد التنازع الوارد النص عليها في المعاهدات الدولية - النص علي استبعاد أعمال الإحالة، ومعني هذا تطبيق القواعد الموضوعية فقط، وذلك يفسر علي أن المعاهدة أو القانون الوطنى ترى أن قانوناً معيناً بالذات هو الأنسب والأكثر ملاءمة في التطبيق علي هذه العلاقة القانونية، فيطبق هذا القانون بالذات أى "قواعده الموضوعية" ولا يمكن تطبيق

قواعد التنازع المنصوص عليها في هذا القانون المشار إليه، لأنه قد يكون من شأن أعمالها احتمال الأخذ بفكرة الإحالة، وهو ما لا تتجه إليه إرادة المقتن في المعاهدة أو التشريع الوطني من تطبيق هذا القانون بالذات، أي من شأنه تطبيق قانون آخر غير القانون المشار إليه من قبل قاعدة التنازع التعاهدية أو قاعدة التنازع الوطنية .

هذا الاستبعاد المطلق لفكرة الإحالة قد يقود إلى نتائج غير مرغوب فيها من قبل الأطراف بتطبيق قانون غير ملائم لهم، وغير مرغوب فيه أيضاً بصفة عامة لتعارض ذلك مع الهدف الرئيسي لقواعد القانون الدولي الخاص في "العمل علي التنسيق بين أنظمة تنازع القوانين في مختلف الدول، وتحقيق نوع من التعايش المشترك فيما بينهما وعدم التمسك بالهداب السيادة المطلقة".

كما أنه يتنافي مع اعتبارات الملاءمة الواجب إتباعها في نطاق أعمال قواعد التنازع الوطنية فمن غير الملائم الإصرار علي تطبيق قانون دولة ما إذا كان هذا القانون لا يعقد لنفسه الاختصاص بحكم المسألة المعروضة، بمجرد أنه هو القانون المشار إليه من قبل قاعدة تنازع معمول بها في قانون دولته، ولنا مثال في إمكانية التغلب علي هذه المشكلة ولو نسبياً من خلال أعمال مثل هذا الاتفاق الإجمالي، فلو عرض علي القاضي المصري نزاع يتعلق بتحديد أهلية شخص إنجليزي الجنسية متوطناً في مصر، فنجد أنه وفقاً لقاعدة التنازع المصرية يتعين تطبيق قانون الجنسية وهو القانون الإنجليزي في هذا الفرض، وعند التطبيق

والبحث في مضمون أحكام هذا القانون الأجنبي نجد أن قاعدة التنازع الواجبة التطبيق على الأهلية تقرر تطبيق قانون الموطن أى ترجع النزاع إلى القانون المصري، ولما كان القانون المصري يرفض الأخذ بفكرة الإحالة

فلا مجال لتطبيق قانون الموطن، ويمكن تلافي هذا العيب "رفض فكرة إعمال الدفع بالإحالة"

إذا ما سمح النظام القانوني في دولة القاضى المصرى بإعمال مثل هذا الاتفاق الإجرائى والذي يتفق فيه الأفراد على إحلال قانون آخر محل القانون الواجب التطبيق من قبل قاعدة التنازع الوطنية، وليكن قانون الموطن "القانون الإنجليزي فى هذا الفرض"، هنا فقط ومن خلال هذا الاتفاق نعود إلى إعمال فكرة الدفع بالإحالة والتي تم استبعادها من قبل أحكام القانون المصرى الحالى.

٣ - التقليل من حالات إعمال الدفع بالنظام العام :

ولأن قاعدة التنازع قد تؤدي إلى إعمال قانون أجنبى يتعارض مع المبادئ الأساسية في دولة القاضى ومن ثم يستبعد طبقاً للدفع بالنظام العام، فبمقدور الأطراف من البداية الاتفاق على استبعاد قاعدة التنازع التي تشير إلى تطبيق هذا القانون المخالف للنظام العام وإحلال قانون آخر غير متعارض معه، وتبدو فائدة هذا الاتفاق الإجرائى الذي يسمو حتى علي إعمال هذا الدفع المتعلق بالنظام العام في أن الاتفاق الإجرائى يكون بيد الأطراف وليس القاضى، يستبعدون به قاعدة التنازع المخالفة ويطالبون بتطبيق قانون آخر ولا يتقيدون في هذا الاختيار بقانون معين، فقد يتفقون

علي عقد الاختصاص لقانون القاضى أو قانون أية دولة أخرى عكس الدفع بالنظام العام الذي يحل فيه قانون القاضى محل القانون المختص أصلاً وما يقود في ذلك إلى نتائج غير مقبولة لدى الأطراف^(١).

وعلي كل حال يلزم للإعتراف بقيمة هذا الاتفاق الإجماعي عدم تقييد حرية الأطراف فيه والسماح لهم باختيار القانون الملزم ليحل محل القانون المنصوص عليه في قاعدة التنازع أصلاً سواء أكان هو قانون القاضى أم قانوناً آخر، وفي هذا تحقيق نوع من الملاءمة في التطبيق، حيث يستطيع الأطراف من خلال هذا الاتفاق الإجماعي الوصول إلى القانون الذي يحقق مصالحهم من وجهة نظرهم، وتحقيق نوع من التناسق والتعايش المشترك فيما بين الدول، من خلال السماح للقاضي بتطبيق قانون أجنبي علي قدم المساواة مع القانون الوطني، مع إلزام القاضى بإثبات محتوى هذا القانون الأجنبي بمساعدة الأطراف، مع عدم تحميلهم عبء إثبات هذا القانون لأنهم قد لا يستطيعون إقامة الدليل علي مضمونه،

ولهذا لا يمكن الفصل بين المسألتين لأن هناك ارتباط وثيق بينهما ويمكن اعتبارهما وجهان لعملة واحدة للوصول إلى فكرة القانون الملزم من خلال هذا الاستبعاد الاتفاقي فلا بد من مراعاة الاعتبارات السابقة حتى يحقق هذا الاتفاق الإجماعي غايته كاملةً.

(١) راجع في خصوص هذه المسألة تفصيلاً : د/ محمد حمدي بهنسى "النظام العام والبعد الاجتماعي للقوانين الوطنية في مجال القانون الدولي الخاص، المجلة الوطنية الاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الزقازيق ٢٠٠٠.

الخاتمة

أولاً: مدخل تأملی – تحوّل المفاهيم القانونية

في ظل التحولات المتسارعة التي يشهدها العالم نتيجة العولمة والتقدم التكنولوجي، يُطرح تساؤل جوهري: هل لا يزال القانون الدولي الخاص قادراً على مواكبة هذا العصر المتحول، أم أنه بحاجة إلى إعادة صياغة القواعد القانونية بما يتماشى مع الواقع الجديد؟

هذا البحث تناول أبرز مظاهر التحولات القانونية الراهنة، المتمثلة في تصاعد دور إرادة الأطراف في تحديد الاختصاصين القضائي والتشريعي الدوليين ، حيث أصبح اختيار المحكمة و القانون الواجب التطبيق أداة مركزية لإعادة تشكيل خريطة الاختصاص القضائي والتشريعي في عصر العولمة والرقمنة. هذا التحول يطرح تحديات قانونية تتطلب إعادة نظر في كيفية تنظيم هذه الإرادة، خاصة في العقود الرقمية عبر الإنترنت، حيث بات الفعل القانوني يتجاوز الحواجز الجغرافية.

ثانياً: تحوّل في مركز الثقل – من السيادة إلى الإرادة

يُظهر البحث كيف أن إرادة الأطراف في تحديد المحكمة المختصة أصبحت محوراً رئيسياً في التنظيم القانوني الدولي. بينما كانت السيادة الوطنية في السابق هي العنصر الأساسي لتحديد الاختصاص القضائي، أصبحت إرادة الأطراف الخيار المفضل في العديد من الأنظمة القانونية. هذا التحول يعكس الانتقال من نموذج قانوني تقليدي يعتمد على حدود

الدولة إلى نموذج مرن يعتمد على حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة.

ثالثاً: تنازع القوانين – اختيار القانون الواجب التطبيق في العصر

الرقمي

يُعد موضوع تنازع القوانين أحد أبرز التحديات في مجال القانون الدولي الخاص، خاصة في العلاقات القانونية العابرة للحدود التي تتم في البيئة الرقمية. ففي السياقات التقليدية، كان النزاع حول تطبيق القانون في المعاملات الدولية يتم تحديده بناءً على معايير الإقليم و الجنسية و مركز النشاط. لكن في ظل التحول الرقمي والعولمة، بات من الصعب تحديد الاختصاص القضائي أو التشريعي وتحديد القانون الواجب التطبيق استناداً إلى هذه المعايير التقليدية فقط.

لقد أظهرت الدراسة أن إرادة الأطراف تلعب دوراً محورياً في تحديد القانون الواجب التطبيق في العقود الرقمية، وهو ما يفرض ضرورة إعادة النظر في كيفية تنظيم هذه الإرادة. ففي ظل البيئات الرقمية التي يتم فيها إبرام العقود عبر الإنترنت، قد تختار الأطراف قانوناً معيناً لحل النزاعات، ما يجعل النظام القضائي الدولي أكثر مرونة لكنه أيضاً يعرض القواعد القانونية للضغط التي قد تهدد العدالة في حال كانت الاتفاقات غير متوازنة أو غير مفهومة بشكل صحيح من قبل الأطراف الضعيفة.

أظهرت الاتفاقيات الدولية الحديثة مثل اتفاقية لاهاي ٢٠٠٥ بشأن اختيار المحكمة و اتفاقية بروكسل و اتفاقية ليجانو أن إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق لم تعد تقتصر على محكمة واحدة فقط، بل يمكن أن تشمل تطبيقات متعددة للقانون بناءً على الاتفاقات التي يتم التوصل إليها بين الأطراف. هذا الوضع يوفر مرونة كبيرة ولكنه يحتاج إلى تنظيم دقيق لضمان التوازن وحماية الحقوق الأساسية للأطراف.

رابعاً: حدود الحرية – الضوابط والتحديات العملية

رغم الاعتراف المتزايد بإرادة الأطراف في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة. من الضروري وجود ضوابط قانونية تحمي الأطراف الضعيفة من الإكراه أو التلاعب بشروط الاتفاق، خاصة في الحالات التي تندرج تحت العقود الاستهلاكية أو عقود العمل. علاوة على ذلك، تظل هناك إشكاليات عملية تتعلق بإثبات الرضا و الإرادة القانونية للأطراف في البيئة الرقمية، حيث لا يكفي في كثير من الحالات الضغط على زر "أوافق" لتأكيد الاختيار الحر للمحكمة أو القانون. إن القضايا المرتبطة بالاعتراف بالأحكام القضائية وتنفيذها عبر الحدود تُظهر تعقيدات إضافية تتعلق بموافقة الأطراف ومدى انساقها مع الواقع الرقمي.

خامساً: التحدي الرقمي – العقود الإلكترونية ومآزق الرضا

تطرح العقود الإلكترونية إشكاليات قانونية جديدة خاصة في ما يتعلق بتحديد الإرادة في البيئة الرقمية. هل يُعتبر الضغط على زر "أوافق" في

العقود الإلكترونية دليلاً كافياً على الإرادة القانونية؟ في العديد من الحالات، لا يُتوقع من الأطراف أن يكون لديهم فهم كامل أو حتى القدرة على تعديل شروط الاتفاقات التي يوقعون عليها. أظهرت الدراسة أن هذه العقود، رغم كونها قد تؤدي إلى تحديد القانون الواجب التطبيق والموافقة على اختصاص المحكمة، إلا أنها قد تخلق فرصاً للطرف الأقوى (مثل الشركات الكبرى) للسيطرة على الشروط و القوانين المختارة، مما يستدعي الحاجة إلى حماية أفضل للأطراف الأضعف (مثل المستهلكين).

سادساً: المآزق الوطني – الحالة المصرية

فيما يتعلق بالتشريع المصري، أوضح البحث أن هناك فجوة تشريعية في تنظيم العقود الإلكترونية و اتفاقات الاختصاص القضائي الرقمي. لا يزال النظام القضائي المصري يواجه تحديات في الاعتراف بإرادة الأطراف في هذه الاتفاقات، خاصة في العقود التي تتضمن شروطاً قد تكون غير متوازنة.

من هنا، يظهر الضرورة الملحة لتطوير تشريعات جديدة في القانون الدولي الخاص المصري، تُنظم بشكل صريح الاتفاقات الإلكترونية و اختيار القانون الواجب التطبيق عليها. على المشرع المصري أن يعترف رسمياً بإرادة الأطراف في اختيار المحكمة القضائية و القانون الواجب التطبيق، بما يتماشى مع التطورات الرقمية.

سابعاً: رؤى مستقبلية – نحو نمط قضائي عالمي جديد

في الختام، يمكن القول إن إرادة الأطراف في تحديد الاختصاص القضائي الدولي و اختيار القانون الواجب التطبيق تمثل خطوة أساسية نحو إعادة تشكيل النظام القضائي الدولي في عصر العولمة والرقمنة. فإن المستقبل القضائي الدولي يتجه نحو نموذج قانوني مرن يعتمد على حرية التعاقد و الاختيار الحر للمحكمة والقانون، مع مراعاة الضوابط التي تحمي الحقوق الأساسية للأطراف الضعيفة.

ولتحقيق هذا النموذج، يجب أن تواكب النظم القانونية هذا التحول بتطوير تشريعات مرنة، مع توفير حماية قضائية فعالة لجميع الأطراف، بما يضمن العدالة والمساواة في التعاملات الدولية المعاصرة.

النتائج

- ١- تأكيد دور إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق :
أظهر البحث أن إرادة الأطراف أصبحت عنصرًا محوريًا في تحديد القانون الواجب التطبيق في النزاعات الدولية. حيث لم يعد الاختيار مقتصرًا على القوانين المحلية أو الإقليمية، بل أصبح الأطراف في مختلف الأنظمة القانونية الدولية يمتلكون حرية اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم القانونية، سواء كان ذلك من خلال الاتفاقات المباشرة بين الأطراف أو من خلال شروط عامة كالعقود الإلكترونية. هذا التوجه يعكس تحولًا جذريًا في القانون الدولي الخاص، حيث تُمكن إرادة الأطراف من تجاوز القوانين التقليدية القائمة على المبادئ الإقليمية أو الوطنية
- ٢- التحديات المرتبطة بإرادة الأطراف في اختيار القانون :
رغم أهمية إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أن البحث أظهر وجود تحديات عملية تتمثل في صعوبة إثبات الإرادة، خاصة في العقود الإلكترونية التي يتم إبرامها عبر الإنترنت. ففي كثير من الحالات، يكون الطرف الأضعف في العقد (مثل المستهلك أو الموظف) قد يوقع على عقود من خلال شروط استخدام قد تكون غير واضحة أو يتم إبلاغه بها بطريقة غير شافية. وبالتالي، فإن الإرادة الفعلية قد تكون غير متوفرة أو غير مدركة بشكل كامل من قبل الأطراف، مما يجعل حماية الطرف الأضعف في التعاقدات الرقمية ضرورة ملحة

- ٣- تأثير الاتفاقيات الدولية على اختيار القانون الواجب التطبيق :
سلط البحث الضوء على الدور المتزايد الذي تلعبه الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية لاهاي ٢٠٠٥، اتفاقية بروكسل، و اتفاقية لوجانو في تحديد الاختصاص القضائي و اختيار القانون الواجب التطبيق. إذ أن هذه الاتفاقيات تمكّن الأطراف من الاتفاق على القانون الذي يحكم النزاع، شريطة أن تتوفر الشروط الشكلية اللازمة. كما أن هذه الاتفاقيات تساهم في توحيد قواعد اختيار القانون في النزاعات الدولية، مما يسهل فض النزاعات عبر الحدود ويزيد من الاستقرار القانوني في المعاملات الدولية
- ٤- تعدد أشكال اختيار القانون :تبين من خلال الدراسة أن إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق تتخذ أشكالاً متعددة. فمن الممكن أن يتم الاختيار بشكل صريح ومباشر من خلال الاتفاقات التعاقدية، أو يمكن أن يتم ذلك ضمناً من خلال الممارسات التجارية، خاصة في المعاملات الإلكترونية حيث تُدرج شروط الاختصاص والقانون الواجب التطبيق ضمن شروط الاستخدام أو الاتفاقات العامة. ولكن يجب أن يتم هذا الاختيار بشروط محددة تضمن الرضا الكامل للأطراف، وأن يكون الاختيار في إطار منظم بما يتفق مع قواعد العدالة الدولية
- ٥- التوافق بين إرادة الأطراف والقوانين الإلزامية :على الرغم من أهمية إرادة الأطراف في اختيار القانون، إلا أن البحث كشف عن وجود قيود قانونية مفروضة من قبل القوانين الإلزامية في بعض

الدول أو الاتفاقيات الدولية. فعلى سبيل المثال، بعض الأنظمة القانونية قد تفرض قوانين إلزامية في حالات معينة، مثل قوانين حماية المستهلك أو قوانين العمل التي قد لا يمكن تجاوزها باتفاقات الأطراف. هذا يعكس أهمية وجود توازن بين حرية الإرادة للأطراف و الحماية القانونية للأفراد الضعفاء

٦- تأثير التحول الرقمي على اختيار القانون: تمثل البيئة الرقمية تحديًا كبيرًا في تحديد القانون الواجب التطبيق في العقود الإلكترونية، حيث أن إرادة الأطراف قد لا تكون دائمًا واضحة أو يمكن إثباتها بسهولة. كما أن انتشار العقود الإلكترونية يعزز من سلطات الأطراف الأقوى (مثل الشركات الكبيرة) في فرض شروطها على الأطراف الضعيفة (مثل المستهلكين أو الأفراد). من هنا تظهر الحاجة إلى ضوابط قانونية واضحة لضمان حماية الأطراف الضعيفة ومنع الاستغلال الذي قد ينجم عن شروط غير متوازنة أو غير شفافة

٧- التحديات المتعلقة بتطبيق إرادة الأطراف في قوانين التركات والعلاقات الأسرية: كشف البحث أيضًا عن أهمية إرادة الأطراف في مسائل مثل الزواج و التركات عبر الحدود. في هذه الحالات، يُظهر البحث أن إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج أو على التركات يمكن أن تكون حلاً مثاليًا لتفادي النزاعات، لكن يجب أن يتم وفقًا لضوابط

وشروط قانونية تحمي حقوق الأطراف وتوازن بين مصالح الدول المتعددة

٨- التأثيرات الاجتماعية والقانونية للاختيارات القانونية عبر الحدود: تعكس الدراسة أن اختيار القانون الواجب التطبيق في المعاملات الدولية، وخاصة في البيئة الرقمية، قد يؤدي إلى تحديات قانونية كبيرة إذا لم يتم تنظيمه بشكل دقيق. فعلى سبيل المثال، قد يؤدي قبول شروط استخدام غير واضحة إلى فقدان العدالة في العلاقات الدولية، لا سيما إذا كانت الأطراف غير مدركة تمامًا لآثار اختياراتها. وتبرز الحاجة إلى مراجعة التشريعات لضمان أن إرادة الأطراف في اختيار القانون لا تؤدي إلى تهديد حقوق الأفراد ولا تتعارض مع المبادئ الأساسية للعدالة. الخلاصة: يركز البحث على التأكيد على إرادة الأطراف كأداة حاسمة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي و القانون الواجب التطبيق في العلاقات القانونية العابرة للحدود. إلا أن تطبيق هذه الإرادة يواجه تحديات عدة تتعلق بالتحول الرقمي، التباين بين التشريعات الوطنية، وحماية الأطراف الأضعف.

التوصيات لتطوير آليات تعزيز إرادة الأطراف في تحديد الاختصاصين القضائي والتشريعي الدوليين

١. تعزيز حرية الإرادة في اختيار المحكمة والقانون الواجب التطبيق:

توسيع نطاق حرية الاختيار: من المهم تعزيز دور إرادة الأطراف في اختيار المحكمة المختصة وتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع الدولي. يجب أن تكون التشريعات الوطنية والدولية أكثر مرونة لتسمح للأطراف بحرية اختيار المحكمة والقانون، مع ضمان احترام المبادئ الأساسية للنظام العام.

تطوير قوانين مرنة ومتجددة: ينبغي تحديث القوانين الوطنية لتواكب التحولات الرقمية والعولمة، بما يتيح للأطراف تحديد القانون والمحكمة المناسبة في المعاملات العابرة للحدود.

٢. حماية الأطراف الضعيفة في عقود الاختصاص الدولي:

فرض رقابة على الاتفاقات غير المتوازنة: يجب فرض ضوابط قوية لضمان حماية الأطراف الضعيفة، مثل المستهلكين أو العمال، في العقود التي تتضمن اختيار المحكمة أو القانون. يجب أن تكون هناك آليات رقابية تضمن العدالة وعدم استغلال الطرف الأقوى.

إجراءات حماية للمستهلكين: إنشاء إجراءات حماية قانونية تحمي المستهلكين من الشروط المجحفة في العقود الرقمية والعقود الدولية، مع تشديد الرقابة على العقود الإلكترونية لضمان أن الأطراف قد وافقوا عليها بحرية ووعي.

٣. تعزيز الشفافية في العقود الرقمية:

إيضاح شروط الاختيار في العقود الإلكترونية: يجب أن تضمن العقود الإلكترونية شفافية كاملة فيما يتعلق بالاختيار بين المحكمة والقانون الواجب التطبيق. ينبغي توفير آليات واضحة تتيح للطرف الأضعف فهم حقوقه وواجباته.

تقنيات موثوقة لإثبات الإرادة: تطوير أدوات تكنولوجية تحسن من إثبات الإرادة في العقود الرقمية، بما يضمن أن الأطراف قد اختاروا المحكمة والقانون بوعي كامل، مما يقلل من فرص الاستغلال.

٤. التوسع في الاتفاقيات الدولية المتعلقة باختيار المحكمة والقانون: تطوير اتفاقيات دولية شاملة: يُوصى بتوسيع نطاق الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية لاهاي ٢٠٠٥، اتفاقية بروكسل، واتفاقية لوجانو لتشمل أطر قانونية واضحة لتعزيز دور إرادة الأطراف في تحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق.

إيجاد توافق بين الأنظمة القانونية: يجب أن تتعاون الدول لتطوير معايير دولية لتوحيد قواعد الاختصاص القضائي واختيار القانون بما يتوافق مع خصوصيات كل نظام قانوني.

٥. تعزيز التعاون القضائي الدولي لتسهيل تنفيذ الأحكام عبر الحدود: تسهيل الاعتراف والتنفيذ المتبادل للأحكام القضائية: تعزيز التعاون بين الدول لتسهيل تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية عبر الحدود، خاصة في

القضايا التي تشمل نزاعات دولية. يجب وضع آليات قانونية تسهل الاعتراف بالأحكام وتنفيذها دون تعقيدات كبيرة.

تأسيس شبكة تعاون قضائي دولي: يُوصى بتأسيس شبكة قضائية دولية لتبادل المعلومات حول الأحكام القضائية وتنظيم إجراءات التعاون بين المحاكم الوطنية والدولية.

٦. تطوير آليات فعالة لحل النزاعات عبر التحكيم والوساطة:

تشجيع الحلول البديلة للنزاعات: ينبغي تعزيز استخدام آليات التحكيم والوساطة في النزاعات الدولية بدلاً من اللجوء إلى المحاكم التقليدية. من خلال منصات إلكترونية مؤمنة، يمكن تسوية النزاعات بطريقة مرنة وسريعة، مما يساهم في تخفيف العبء عن الأنظمة القضائية الوطنية.

تطوير أدوات تقنية لدعم ADR: يجب تطوير منصات إلكترونية متكاملة توفر وسائل حديثة لتسوية النزاعات عبر التحكيم والوساطة، مما يساهم في تسريع الإجراءات وتقليل التكاليف.

٧. تحقيق التوازن بين حرية الإرادة وحماية النظام العام:

مراجعة الضوابط القانونية: يُوصى بتطوير آليات قانونية توازن بين احترام إرادة الأطراف وحماية النظام العام في الدولة. يجب أن تكون هناك قيود قانونية تحمي حقوق الأفراد والمجتمع، خاصة في القضايا التي قد تتعارض فيها الإرادة الفردية مع المصلحة العامة.

تطوير معايير دولية للعدالة: يجب أن تضع الدول معايير دولية لضمان أن اختيار المحكمة والقانون يتم وفقاً لآليات شفافة ومتوافقة مع قواعد العدالة الدولية.

٨. تحسين الوعي القانوني حول الاختصاص القضائي الدولي: التثقيف القانوني للأطراف المتعاقدة: من المهم تكثيف حملات التوعية للقانونيين والمستهلكين والشركات حول حقوقهم وواجباتهم في اختيار المحكمة والقانون في العقود الدولية. يجب أن تشمل هذه الحملات معلومات مفصلة عن كيفية تأثير هذه الاختيارات على النزاعات القانونية الدولية.

إدخال مقررات قانونية حديثة في التعليم الجامعي: ينبغي تحديث المناهج الدراسية في الجامعات والكليات لتشمل مقررات متخصصة في قانون الاختصاص القضائي الدولي والعقود الدولية في العصر الرقمي.

٩. تطوير التشريعات الوطنية لدعم التحول الرقمي في المعاملات الدولية:

مواكبة التحولات الرقمية: من الضروري أن تتكيف التشريعات الوطنية مع التغيرات التكنولوجية والعالمية، وذلك من خلال تحديث القوانين لدعم التعاقدات الرقمية وتعزيز الحماية القانونية للأطراف في المعاملات الدولية الرقمية.

توفير أطر قانونية مرنة: يجب أن يكون هناك مرونة في التشريعات لتلبية الاحتياجات القانونية المتجددة في العصر الرقمي، خاصة فيما يتعلق بال عقود الإلكترونية التي تتيح للأطراف اختيار المحكمة والقانون بطرق أكثر كفاءة وأماناً.

ختاماً: تتطلب قضايا الاختصاص القضائي الدولي واختيار القانون في العصر الرقمي تطوير آليات قانونية متكاملة تضمن تعزيز إرادة الأطراف في تحديد المحكمة والقانون المناسبين، مع حماية حقوق الأطراف الضعيفة وضمان العدالة. من خلال تحديث التشريعات الوطنية والدولية، تعزيز التعاون القضائي الدولي، وتحقيق التوازن بين الحرية التعاقدية والنظام العام، يمكن تحسين النظام القضائي الدولي في ظل التحديات الرقمية والاقتصادية المتزايدة.

مقترح مشروع لتطوير آليات تعزيز حرية الأطراف في اختيار المحكمة

والقانون في النزاعات الدولية

الهدف العام:

تطوير إطار قانوني وإجرائي متكامل يعزز حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة واختيار القانون الواجب التطبيق في النزاعات الدولية، مع ضمان التوازن بين احترام الإرادة التعاقدية وحماية النظام العام والسيادة الوطنية، بالإضافة إلى تعزيز فاعلية آليات الاعتراف بالأحكام القضائية وتنفيذها عبر الحدود.

الأهداف الفرعية:

١. تعزيز حق الأطراف في تحديد الاختصاص القضائي الدولي.
٢. تكريس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في القضايا الدولية.
٣. حماية حقوق الأطراف الضعيفة، مثل المستهلكين أو العمال، في الاتفاقات الدولية.
٤. تطوير أنظمة قانونية تواكب البيئة الرقمية وتدعم التعاقدات الإلكترونية.
٥. تحسين التعاون القضائي الدولي لتعزيز الاعتراف والتنفيذ المتبادل للأحكام القضائية عبر الحدود.
٦. ضمان التوازن بين الحرية التعاقدية ومبادئ النظام العام للدول.

الخطوات التنفيذية للمشروع:

١. صياغة مشروع قانون نموذجي لتنظيم الاختصاص القضائي الدولي

واختيار القانون:

تحديد الاختصاص القضائي: وضع قواعد تشريعية دقيقة لتنظيم اتفاقات اختيار المحكمة، مع التأكيد على أهمية الرضا الحر للأطراف والارتباط الموضوعي بالنزاع.

تحديد اختيار القانون: إضافة نصوص قانونية تضمن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع الدولي، مع مراعاة عدم مخالفة الاختيارات للنظام العام للدولة.

حماية الأطراف الضعيفة: إدراج أحكام خاصة لحماية الأطراف الضعيفة مثل المستهلكين أو العمال في الحالات التي يتم فيها فرض اختيار المحكمة أو القانون من قبل الأطراف الأقوى. انسجام مع الاتفاقيات الدولية: ضمان توافق هذه التشريعات مع الاتفاقيات الدولية الحالية، مثل اتفاقية لاهاي ٢٠٠٥، اتفاقية بروكسل، واتفاقية لوجانو.

٢. إنشاء منصة إلكترونية لتسجيل اتفاقات الاختصاص القضائي الدولي:

منصة رسمية لتسجيل الاتفاقات: تطوير منصة إلكترونية موثوقة لتسجيل اتفاقات اختيار المحكمة والقانون بين الأطراف. على أن تكون المنصة مؤمنة باستخدام تقنيات تشفير عالية لضمان حماية البيانات. تسهيل إجراءات التحقق والتنفيذ: ربط المنصة بقاعدة بيانات محاكم دولية ووطنية لتسهيل التحقق من صحة الاتفاقات والإجراءات القانونية المرتبطة بها. دعم قانوني وتقني: تقديم خدمات الدعم القانوني والفني عبر المنصة لضمان أن الأطراف يفهمون بشكل كامل الآثار القانونية لاختيار المحكمة والقانون.

٣. تعزيز التعاون القضائي الدولي وتنسيق الإجراءات بين المحاكم:

إنشاء شبكة تعاون قضائي دولي: تأسيس شبكة تعاون بين الهيئات القضائية في الدول المختلفة لتبادل المعلومات القانونية وتنظيم التعاون في تنفيذ الأحكام القضائية عبر الحدود.

تعليم وتدريب القضاة: تنظيم ورش عمل وبرامج تدريبية دورية للقضاة والمحامين في مجالات الاختصاص القضائي الدولي وإرادة الأطراف. حل النزاعات القضائية الدولية: تطوير آليات لحل النزاعات القضائية بين الدول من خلال لجان قضائية مشتركة أو هيئات تحكيم متخصصة في مسائل الاختصاص الدولي.

٤. تطوير آليات لحماية الأطراف الضعيفة في العقود الدولية:

إجراءات حماية للمستهلكين والعمال: وضع إجراءات تشريعية وقانونية تحمي المستهلكين والعمال من الاستغلال في العقود الإلكترونية والعقود الدولية، مع ضمان أن تكون هذه العقود متوازنة وتراعي حقوقهم. مراجعة العقود الإلكترونية: فرض ضوابط لشفافية العقود الرقمية بما يضمن أن الأطراف قد وافقوا على الشروط القانونية عن علم ووعي.

٥. إطلاق حملات توعية قانونية وتنقيفية:

التثقيف القانوني في الاختصاص القضائي: إطلاق حملات توعية تستهدف المجتمع القانوني والتجاري، وخاصة الشركات والمستهلكين، حول حقوقهم وواجباتهم في تحديد الاختصاص القضائي واختيار القانون. تدريب ممارسي القانون: تحديث المناهج القانونية في الجامعات والكليات وإدخال مقررات خاصة في مجالات الاختصاص القضائي الدولي وعقود التجارة الدولية.

إنتاج مواد تعليمية: نشر محتوى تعليمي مبسط مثل الكتيبات والفيديوهات التثقيفية التي تشرح آليات الاختصاص القضائي وحرية الإرادة في تحديد المحكمة والقانون.

٦. تطوير آليات الاعتراف بالأحكام القضائية الأجنبية عبر الحدود:

تسهيل الاعتراف والتنفيذ عبر الحدود: وضع آليات قانونية مبسطة لتعزيز الاعتراف بالأحكام القضائية الأجنبية وتنفيذها عبر الحدود، خاصة في القضايا الدولية التي تتعلق بالعقود والحقوق عبر الحدود. تعزيز التعاون بين المحاكم: دعم الجهود الرامية إلى توحيد القواعد الإجرائية لتعزيز الاعتراف المتبادل بالأحكام القضائية عبر الدول.

٧. استراتيجية شاملة لتفعيل وسائل التسوية البديلة للنزاعات

:(ADR)

التحكيم والوساطة الإلكترونية: تنفيذ برامج تجريبية للتحكيم والوساطة في النزاعات الدولية عبر منصات إلكترونية مؤمنة. دعم بيئة قانونية لتسوية النزاعات: توفير بيئة قانونية ملائمة لدعم تسوية المنازعات عبر التحكيم والوساطة، مما يوفر تكلفة ووقت الأطراف. تقييم فاعلية ADR: رصد فعالية تسوية النزاعات عبر الوسائل البديلة مقارنة بالقضاء التقليدي، وتقييم الآثار القانونية للمشروع التجريبي.

٨. وضع آليات للمراقبة والتقييم المستمر:

اللجنة المستقلة لمتابعة تنفيذ المشروع:

تشكيل لجنة متابعة مستقلة تضم قضاة وخبراء قانونيين لمراقبة سير تنفيذ المشروع وتقديم التوصيات اللازمة. التقارير الدورية: إعداد تقارير مرحلية ونهائية لتقييم الأثر القانوني والإجرائي للمشروع، وقياس مدى تحقيق الأهداف المتوخاة.

فتح قنوات تواصل تفاعلية: فتح قنوات تفاعل مع الأطراف المعنية مثل المؤسسات القانونية والشركات والمستهلكين لجمع الملاحظات وتلقي الاقتراحات.

المخرجات المتوقعة:

إطار قانوني متكامل يضمن حرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة واختيار القانون في النزاعات الدولية.
منصة إلكترونية مؤمنة لسهولة تسجيل وإثبات اتفاقات الاختصاص القضائي الدولي.

حماية حقوق الأطراف الضعيفة في العقود الرقمية والعقود الدولية.
تعاون قضائي دولي محسّن يضمن تسهيل إجراءات الاعتراف وتنفيذ الأحكام القضائية عبر الحدود.
محتوى توعوي قانوني يعزز الوعي بحقوق الأطراف وواجباتهم في القضايا الدولية.

التقييم والقياس:
مؤشرات كمية ونوعية لتقييم فعالية الإجراءات القانونية المتبعة في تحديد الاختصاص القضائي واختيار القانون.

استطلاعات آراء للأطراف المتعاقدة حول مدى تأثير هذا المشروع على ضمان حقوقهم وحمايتهم.

تقارير سنوية لتقييم التقدم في تطبيق المشروع على مستوى التشريعات الوطنية والدولية.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب والمراجع العامة

١. د. أحمد عبد الكريم سلامة، أصول المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.
٢. د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم التجاري الدولي، مجلة التعاون، الأمانة العامة لمجلس التعاون لدول الخليج العربية، العدد ٤٨، ١٩٩٨.
٣. د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي – الإلكتروني – السياحي – البيئي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
٤. د. أحمد عبد الكريم سلامة، المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.
٥. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٨٦.
٦. د. هشام علي صادق، تنازع القوانين – دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣.
٧. د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية – اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٨٤.
٨. د. فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

٩. د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.

١٠. د. ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الدولي الخاص المصري – الكتاب الثاني – الاختصاص القضائي – تنازع القوانين وآثار الأحكام الأجنبية والتحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.

١١. د. إبراهيم أحمد بن سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.

ثانياً: الرسائل الجامعية

١٢. د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٩٨.

١٣. د. محمد عبد الله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي – دراسة تأصيلية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨.

١٤. د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠.

١٥. د. محمد الروبي قطب عطا الله، الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، ٢٠٠٠.

ثالثاً: البحوث والدراسات والمقالات المتخصصة

١٦. د. أحمد عبد الحميد عشوش، "قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة"، المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، العدد الأول، ١٩٨٦.
١٧. د. أحمد عبد الكريم سلامة، "الدفع الإجرائية في المرافعات الدولية"، المجلة المصرية للقانون المقارن، المجلد ٦٥، ١٩٩٩.
١٨. د. أحمد عبد الكريم سلامة، "تأملات في ماهية قاعدة التنازع"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٥١، ١٩٩٥.
١٩. د. أحمد عبد الكريم سلامة، "الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية"، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.
٢٠. د. أحمد صادق القشيري، "الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية"، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٢١، ١٩٦٥.
٢١. ناصر عثمان، الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة في المنازعات الدولية الخاصة. دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
٢٢. أشرف وفا، "استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف". المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٦٠، ٢٠٠٤.
٢٣. محمد حمدي بهنسي، الإرادة في العلاقات غير العقدية - دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين. دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
٢٤. محمود محمد ياقوت، "التطور التاريخي لقاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة". مجلة روح القوانين، جامعة طنطا، العدد ٢٢، ٢٠٠١.

٢٥. محمود محمد ياقوت، "تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في حالة سكوت الإرادة." مجلة روح القوانين، جامعة طنطا، العدد ١٩، ٢٠٠٠.

٢٦. محمد الروبي قطب عطا الله، دور الإرادة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي. دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.

٢٧. منير عبد المجيد، "حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف في العقود الخاصة الدولية." مجلة المحاماة، العدد ٧-٨، ١٩٩١.

٢٨. أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص. دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

٢٩. أحمد محمد الهواري، "عقود التجارة الدولية بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد." مجلة الأمن والقانون، السنة ٢٠، العدد ٢، يوليو ٢٠١٢.

٣٠. هشام علي صادق، نظرات انتقادية في نصوص تنازع القوانين من حيث المكان. بحث مقدم إلى وزارة العدل المصرية، ١٩٩٨.

ثانياً - باللغة الفرنسية:

١-: Ouvrages Généraux -

Principes d'autonomie et contrats internationaux, Thèse
Strasbourg, 1980, éd. Economica, 1983

JACQUET (J-M) :

La loi appropriée au contrat, Mélanges B.Goldman,
Librairies Techniques, Paris, 1982

BATIFFOL (H) :

.Droit internationale privé, 8 édition, Dalloz, 2004

(SOMMIERES (P- DE VAREILLES :

Le pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la Famille, Rev Crit 1992.

.P.425 et ss

(.GANNAGE (P :

L'autonomie de la volonté en droit Musulman,

.R.Algerienne, 1958

(.Linant de Bellefonds (Y :

Thèses - ٢

L'autonomie de la clause compromissoire un modèle pour la clause attributive de juridiction, Paris – L.G.D.J.

.1995

.BLANNCHIN (C) :

Principes d'autonomie et contrats internationaux, Thèse

.Strasbourg, 1980, éd. Economica, 1983

JACQUET (J-M) :

Principes d'autonomie et la loi du contrat en droit internationale privé conventionnel, Thèse, Paris, 1992,

at: [http://www.droit-

(technologie.org)](http://www.droit-technologie.org

POMMIER (J.CH) :

Ouvrages Spéciaux, Communications et Articles - ٣

Le choix par les parties du Tribunal compétent ; à propos du principe d'autonomie de la volonté en matière de compétence judiciaire internationale, Dar El-Nahda .El-Arabia, Le Caire, Première édition, 2006

ASHRAF WAFA MOHAMED :

Vers l'adoption de la méthode des intérêts Réflexions à la lumière des codifications récentes, Trav. com. fr. dr. .int. Privé, 1994–1995 P.215

ANDREAS BUCHER :

La loi appropriée au contrat, le droit Relation Economiques internationales, Études offertes Berthold .Goldman P.1 et s

BATIFFOL HENRI :

La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la Famille, Rev Crit 1992. .P.425 et s

.GANNAGE (P) :

Aspects de l'autonomie de la volonté en droit
international privé, cours inédit de Paris, T.I, 1989–
1999.

(auteur non précisé) :