

القانون الواجب التطبيق على منازعات العقود الدولية

البيات

محمد خليفة عبدالله عبدالعال

باحث دكتوراه

كلية الحقوق – جامعة أسيوط

الملخص

من المعلوم أن العقد يجب أن يستند إلى قانون معين يحكم شروط انعقاده ويهيئ له السبل لإجبار المتعاقدين على احترام ما يتولد عنه من الإلتزامات ، ولا يختلف اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن هذا الأمر وإن كان هناك من الفقهاء من ينادى بضرورة عزله عن كل قانون وإسناده بكليته إلى إرادة المتعاقدين لتكون هي المصدر الوحيد للإلتزام الذي ينظمه.

ويرى البعض أن مسألة القانون واجب التطبيق على العقود الدولية بصفة عامة هي مسألة نظرية ليس لها أى قيمة عملية ، ولكن فى الواقع عند حدوث نزاع بين أطراف العقد يحال إلى المحكمة العادية أو محكمة التحكيم فإن المسألة تصبح هامة من الناحية العملية.

المقدمة

من المعلوم أن العقد يجب أن يستند إلى قانون معين يحكم شروط انعقاده ويهيئ له السبل لإجبار المتعاقدين على احترام ما يتولد عنه من الإلتزامات ، ولا يختلف اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن هذا الأمر وإن كان هناك من الفقهاء من ينادى بضرورة عزله عن كل قانون وإسناده بكليته إلى إرادة المتعاقدين لتكون هي المصدر الوحيد للإلتزام الذي ينظمه.

ويرى البعض أن مسألة القانون واجب التطبيق على العقود الدولية بصفة عامة هي مسألة نظرية ليس لها أى قيمة عملية ، ولكن فى الواقع عند حدوث نزاع بين أطراف العقد يحال إلى المحكمة العادية أو محكمة التحكيم فإن المسألة تصبح هامة من الناحية العملية^(١).

أهمية البحث:

تأتى أهمية الدراسة من خلال البحث فى تحديد القانون الواجب التطبيق والتحكيم وإشكاليات شروط التحكيم فى عقود الإنشاءات الدولية ومن كونه أحد أهم الوسائل لفض المنازعات التجارية الدولية.

وتبرز أهمية اختيار القانون بشكل خاص فيما يتعلق بالآثار المترتبة على العقد وما يتعلق بتنفيذه أو الإخلال بشروطه وعدم تنفيذه، وكذلك بكل ما يتعلق بحقوق الطرف

(١) - د/ محمد عبد العزيز بكر : فكرة العقد الإدارى عبر الحدود ، رسالة دكتوراه ، جامعة حلوان ، ٢٠٠٠ ،

المضرور من فسخ العقد في حالة الفسخ للرابطة العقدية، وكذلك أهميته تكمن فيما يخص التعويض المستحق للمضرور وكيفية تحديده^(١).

ويرى جانب من الفقه أن التجربة تكشف على أن هذا يشكل أهمية كبيرة بالنسبة للطرف الخاص الأجنبي المتعاقد مع الدولة أكثر مما يشكله بالنسبة للدولة نظراً للمخاطر الجسيمة التي يتحملها هذا الطرف نظراً لهذا الإختيار^(٢).

وهناك اتجاهان يبرزان في هذا الشأن : تجاه الإسناد التقليدي يرى بأنه ليس هناك حاجة للبحث عن قانون يحكم العقد الدولي حيث يمكن لإرادة الأطراف اختيار القانون الذي يحكمهم ، أو الرجوع إلى القانون الوطني ، والاتجاه الثاني يرى الإتجاه الى العقود النموذجية التي هي عبارة عن عقود نمطية مكتوبة في صيغ معدة مسبقاً يحتوى على مجموعة من الشروط والضوابط كما يمكننا وفقاً لهذا الإتجاه إلى الأعراف والعادات الدولية.

إشكالية البحث وتساؤلاته:

تبرز إشكالية الدراسة في تحديد القانون الواجب التطبيق في عقود الإنشاءات وفي تحديد إشكاليات التحكيم في عقود الإنشاءات من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود وأيضاً الآثار المترتبة على شرط التحكيم وامتدادها إلى الأطراف الأخرى وذلك من خلال الإجابة عن تساؤلات الدراسة التالية:

- ١- ما هو القانون الواجب التطبيق على العقد في حالة عدم تحديده من الأطراف؟
- ٢- ما مدى إمكانية تمسك دولة بحصانتها أمام هيئات التحكيم؟

(١) - د/ صلاح على حسين : الوجيز في تحديد قانون العقد التجاري الدولي ، من غير ناشر ٢٠١٦م ،

ص٣٧

(٢) - د/ حفيظة الحداد : العقود المبرمة بين دولة والأشخاص الأجنبية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٦م ، ص٤٠٨.

٣- ما هو دور المهندس الاستشاري في هذه العقود؟

٤- إمكانية امتداد شرط التحكيم إلى الغير؟

منهجية البحث:

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

خطة البحث:

المبحث الأول : اتجاهات الإسناد التقليديّة.

المطلب الأول : مبدأ سلطان الإرادة

المطلب الثاني: قاعدة قانون بلد التنفيذ

المبحث الثاني: اتجاهات الإسناد الحديثة.

المطلب الأول : العقود النموذجية.

المطلب الثاني : الأعراف والعادات الدولية.

المبحث الأول

قواعد الإسناد التقليديّة

يرى أصحاب هذا الإتجاه بأن العقود الدولية تقوم على أساس الحرية التامة المعبر عنها عادة بمبدأ سلطان الإرادة التي تمنح للمتعاقدين حرية اختيار القانون المطبق على العقد الدولي وفي حالة غفل الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق فإنه يتم اللجوء إلى قانون بلد تنفيذ العقد باعتباره القانون الأقرب لتطبيقه على العقد وبناءً عليه سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى :

المطلب الأول : مبدأ سلطان الإرادة

المطلب الثاني: قاعدة قانون بلد التنفيذ

المطلب الأول

مبدأ سلطان الإرادة

في مجال العقود التجارة الدولية تلعب إرادة المتعاقدين دوراً بارز الأهمية بشأن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهما ، وقد ثار خلاف في الفقه حول ما إذا كانت قدرة الإرادة على اختيار قانون العقد الدولي ترتد إلى مطلق سلطان الإرادة بما يعنى تحرر الإرادة من سلطان القانون أن مرجعه إلى إرادة المشرع الذي منحها القدرة على الإختيار^(١).

(١) - د/ صلاح على حسين: مرجع سابق ، ص ٣٩

ويستند أصحاب الرأي الذى ينادى باستقلال العقود الدولية عن أى نظام قانونى هو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، فتلك العقود تنشأ مستقلة عن أى قواعد وضعية موجودة من قبل وجودها ، فالعقد يخضع للقانون الذى يحدده الأطراف بإرادتهم ، تلك القاعدة الأصلية التى تقرها النظرية العامة لتنازع القوانين فى مجال العقود الدولية ، نتائج تلك النظرية الأولى أنه ليس هناك قانون قد تم تحديده سلفاً لحكم العقد ، وإنما إرادة المتعاقدين هى التى تحدد أى قوانين هو أقرب صلة بالرابطة التعاقدية التى تربطهم ، والثانية هى أن لإرادة المتعاقدين قوة تعادل القوة الملزمة للقانون ، فاتفقهم وآثاره يكونان محكومين بإرادتهم ، بالرغم من التفاوت فى العلاقة بين الأطراف : دولة وشخص خاص^(١).

يثار التساؤل حول ما ذكر حول نطاق عمل الإرادة بهذا الصدد ؟ أو ما هى الضوابط التى تحكم الإرادة فى الإختيار ؟ فسوف نحاول الإجابة عن ذلك أولاً من خلال أثر النظرية الشخصية على مبدأ سلطان الإرادة ثانياً أثر النظرية الموضوعية على مبدأ سلطان الإرادة.

أولاً : النظرية الشخصية فى تطبيق مبدأ سلطان الإرادة:

أنصار النظرية الشخصية يردون قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد إلى مبدأ حرية التعاقد الذى يخول للإرادة سلطان مطلق فى هذا الصدد يرتفع صوت القانون وفى هذه الحالة يندمج القانون المختار فى العقد لتصبح أحكامه مجرد شروط عقدية ملك المتعاقدين بين الإتفاق على ما يخالفها ، ولو اتسمت بطابع الأمر ، وعلى ذلك يسمى العقد

(١) - د/ محمد عبد العزيز بكر : مرجع سابق ، ص ٢٧٤

الدولى طليقا أى بلا قانون يحكمه ، فالأطراف أحرار فى القانون الذى يحكم العلاقة التعاقدية فيما بينهما^(١).

هكذا تكون إرادة المتعاقدين الصريحة فى أن النظرية الشخصية قادرة على التنظيم للرابطة العقدية ، اما إذا لم يقم المتعاقدون بتعيين قانون العقد صراحة كان على القاضى أن يستظهر فى هذه الحالة إرادتهم الضمنية فى ذلك فإن لم يستطع الكشف عنها فهو يملك تحديد إرادتهم المفترضة فى اختيار قانون العقد ، مالم يكن المشرع قد حدد بنفسه هذه الإرادة من خلال قرائن تختلف حسب الأحوال^(٢).

ولا شك أن اندماج القانون المختار فى العقد الدولى على هذا النحو سيؤدى إلى نتائج هامة من بينها عدم إبطال العقد وفقا لأحكام هذا القانون والذى فقد قوته الملزمة وصفة الأمر بعد أن اصبحت أحكامه مجرد شروط تعاقدية اتفقت عليها أطراف العقد واندماج قانون الإرادة فى العقد الدولى وفقا للنظرية الشخصية وما يترتب عليها من نتائج وآثار متعددة أكدها أنصار هذه النظرية سوف نوضحها لاحقا.

فاندماج قانون الإرادة فى العقد هو نظام بمقتضاه يصبح القانون المختار لحكم العقد الدولى مجرد شرط أو حكم تعاقدى لا تكون له إلاقوة وقيمة شروط أو بنود العقد ، بحيث يكون للأطراف أن يجروا عليه ما يجرونه على باقى الشروط التعاقدية ويفقد بالتالى صفته كقانون أو قاعدة نظامية^(٣).

(١) - د/ زياد محمد فالح بشابشة ، د/ أحمد الحرايك ، عماد قطان : دور إرادة أطراف التعاقد فاختيار القانون الواجب التطبيق فى الإلتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردنى " دراسة مقارنة " مجلة جامعة القدس للأبحاث والدراسات العدد ٣٠ ، الجزء الأول ، حزيران ٢٠١٣م ، ص ٣٦١

(٢) - د/ محمود محمد ياقوت : مدى حرية المتعاقدين فى اختيار القانون الذى يحكم العقد الدولى ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، ١٩٩٨م ، ص ٧٣

(٣) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١م ، ص ٣٤٧.

واندماج القانون على هذا الوجه يعد وكأن القانون قد انصهر في العقد وصار جزءاً منه ولا يبدو كأمر خارجي عن الأطراف المتعاقدة ، يفرض عليهم بقوة القانون بل يصبح وكأنه من عمل الأطراف مستندين على سلطان الإرادة باعتبارها الأداة الخلاقة للقانون ، حيث أن مبدأ سلطان الإرادة في مجال القانون الدولي الخاص يعنى قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد الذى لا يتم بناء على قاعدة من قواعد تنازع القوانين وإنما تستند للقوة الملزمة لإتفاق الأطراف على اختيار أحكام العقد لتنظيم الرابطة العقدية ، بدمج القانون المختار فى العقد لتصبح أحكامه مجرد شروط عقدية يستطيع المتعاقدون الإتفاق على ما يخالفها حتى ولو اتسمت بالطابع الأمر ، وهو ما يعنى أن يصبح العقد الدولي بلا قانون يحكمه ، حيث أن اتصاله بأكثر من نظام قانوني واحد يعنى أنه لا يوجد قانون يملك الإدعاء بأنه صاحب الإختصاص بحكم العلاقة العقدية ، بالتالى يخرج بذلك من مجال تنازع القوانين ولا يخضع إلا لمطلق سلطان الإرادة^(١).

ويتضح مما سبق أنه لا يتصور اندماج القانون المختار فى العقد لدى فقه النظرية الشخصية إلا فى حالة اختيار المتعاقدين لقانون العقد صراحة أو ضمناً ، أما فى حالة سكوت الإرادة عن تعميم قانون العقد فيصعب تصور الإندماج ، لأننا نكون فى الواقع أمام قانون عينه المشرع أو حدده القاضى ليحكم الرابطة العقدية وليس أمام قانون اختارته إرادة المتعاقدين بحيث تملك الإفلات من أحكامه وإنزاله منزلة الشروط العقدية^(٢).

وقد يعتقد البعض أن فكرة اندماج القانون المختار فى العقد بتعريفها وماهيتها المذكور أعلاه لم تكتشف إلا حديثاً بعد أن تبلورت فكرة التحديد الموضوعى لقانون العقد الدولي عن طريق تركيزه مكانياً على يد الفقيه (Batiffol) الذى بين أن إعطاء الأفراد حق

(١) - د/ محمود محمد ياقون : الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية ، الطبعة

الأولى ، دار الفكر الجماعى ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤م ، ص ٢٢

(٢) - حواء فرج محمد الجبرى : مدى كفاية الإرادة فى تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية ،

رسالة ماجستير ، جامعة بنغازى ، ٢٠٠٠ ، ص ٤٣

تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عملاً بمبدأ سلطان الإرادة يقود إلى نتائج غير مقبولة منها اندماج القانون في العقد^(١).

لكن بالرجوع إلى كتابات الفقه في نهاية القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين يتبين أن فكرة الإندماج لم تغب عن فكرة ذلك الفقه فقد أوضح الفقيه (Weiss) أنه " إذا كان القانون الأجنبي يحكم الرابطة الناشئة عن العقد ليس باعتباره قانوناً ، فالأطراف إرادياً قد جعلوه خاصاً بهم بإدماجه في الإشتراطات التي تمت بينهم فقد غير صفته وضحى اتفاقاً " وصيرورة القانون اتفاقاً يعنى أنه لا يطبق على العقد باعتباره قانوناً بل يندرج فيه كشرط تعاقدى ليس إلا.

لكن فكرة اندماج القانون في العقد فكرة نظرية ، بل وجدت لها تطبيقات قضائية ويعقد أنها فكرة استمدت أساساً من أحكام القضاء وولدت منه وحاول الفقه صياغتها وتأصيلها ، فنجد أن محكمة النقض الفرنسي باركت الإتجاه نحو إخضاع العقد الدولي لمطلق سلطان الإرادة وهو ما يخول للمتعاقد حق اختيار قانون معين يندمج في العقد وتنزل أحكامه منزلة الشروط التعاقدية وذلك في حكمها الشهير الصادر في ٥ ديسمبر سنة ١٩١٥ بخصوص شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل وإيجار سفينة بين شاحن أمريكي ومجهز كندى قررت المحكمة في حيثيات حكمها أمرين:

- ١- " أن القانون الواجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو فيما يتعلق بآثارها أو شروطها هو ذلك الذى تبنته الأطراف".
- ٢- " أنه ينتج من روح ونصوص الإتفاق ذاتها ومن نيتهم المشتركة (الأطراف) أنهم لم يقصدوا الخضوع للقانون الأمريكي إلا بالنسبة لما يكونوا قد اتفقوا عليه صراحة في مشاركة الإيجار"^(١).

(١) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، مرجع سابق ، ص ٣٤٩

بالنظر في أول هذه الأمور يتضح بجلاء أن المحكمة قد تحدثت بشكل صريح عن أن قانون العقد هو ذلك الذي (تبناه الأطراف) واصطلاح التبنى يعنى صيرورة القانون شيئاً مملوكاً للأطراف والأمر الثانى أن المحكمة انتهت إلى إقرار صلاحية شرط الإعفاء من المسؤولية ؛ لأنه طالما اتفق وتراضى الأطراف عليه صراحة فهو " يلزم الأطراف بذاته ، والرجوع إلى القانون الأمريكى يجب أن يحمل على أنه مضاف إلى الشروط المكتوبة صراحة فى العقد"^(٢).

وتفاعل هذين الأمرين يقضى إلى أن القانون الذى اختاره الأطراف قد اندمج فى العقد واضحى شرطاً من شروطه ، وإن كانت تلك الشروط قد انطوت على إعفاء من المسؤولية ، فيجب أن يحترم ذلك الإشتراط التعاقدى أو كما علق الفقيه (باتيفول) على الحكم بقوله " أن تعيين القانون ينحصر فى اندماج أحكام القانون المعين فى العقد دون أن يعنى ذلك ، أن القانون محل المسألة يكسب سلطة حقيقية على العقد على نحو يقود إلى إعلان بطلان الشروط المخالفة لنواهيه"^(٣).

وقد أكدت محكمة النقض البلجيكية هذا المعنى أيضاً فى حكمها الصادر فى ٢٤ فبراير ١٩٣٨ ، والذى قررت فيه ان رجوع المتعاقدين للقانون الأمريكى يجعل "

(١) - نقض فرنسي ٥ ديسمبر ١٩١٥ (American TRADING) منشور فى ١٩١١ SIRYAY ج ١ ص ١٢٩ مع تعليق LAYON CAEN ١٩١١ REV. CRIT ص ٣٩٥ و ١٩١٢ Cluent ص ١١٥٦ أشار

إليه الدكتور هشام على الصادق . المرجع السابق ، ص ١٠٩

(٢) - حواء فرج محمد المجرى : المرجع السابق ، ص ٣٦

(٣) - د/ محمد ياقوت حرية المتعاقدين فى اختيار قانون العقد الدولى ، مرجع سابق ، ص ٨٠

الفوائد الإتفاقية " ، وهو ما يستفاد منه اندماج القانون المختار فى العقد ونزول نصوصه منزلة الشروط التعاقدية^(١).

إن إمتلاك المتعاقدين حرية اختيار قانون العقد عملاً بمبدأ سلطان الإرادة من شأنه أن يؤدي إلى اندماج هذا القانون فى العقد وتجريده من سلطانه الأمر ، سواء من حيث إثباته أو من حيث امتداد رقابة المحكمة العليا على تفسيره وبذلك لا يلتزم القاضى بإقامة الدليل على أحكام القانون الأجنبي المختار والبحث عن مضمونه من تلقاء نفسه إنما يتعين على الخصم المتمسك بتطبيق هذا القانون إثبات أحكامه وتقديم الدليل على حقيقة مضمونه^(٢).

ومن ناحية أخرى يترتب على اندماج القانون الأجنبي المختار فى العقد تجريد القانون من سلطانه ، حيث من طبيعة القاعدة القانونية الأمر والجبر ولكن باندماج القانون المختار فى العقد أصبح شيئاً خاصاً بالمتعاقدين ، وانتزعت منه صفة الجبر والإلزام ، وأخذ القانون حكم الشرط التعاقدى ، بحيث يجوز استبعاد أحكامه الأمرة حيث أضحى كل شئ فى هذا المجال مسألة واقع ولم تعد هناك مسائل قانون ، وبناء على هذه الأفكار ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من تجزئة العقد واختيار أكثر من قانون واحد لتلائم جوانبه المختلفة ، بحيث ينتفى المتعاقدين مثلاً بعض أحكام القانون اليونانى لتنظيم جانب من المسائل محل إنفاقهم بينما يتولى القانون الليبي تنظيم جوانب أخرى من العقد^(٣).

(١) - راجع الحكم المنشور فى ١٩٣٨ Rev.crit ص ٦٦١ مع تعليق wigny المشار إليه لذى د/ هشام على الصادق ، المرجع السابق ، ص ١١٠

(٢) - سالم إرجيعه : القانون الدولى الخاص الليبي ، تنازع القوانين من حيث المكان ، الجزء الأول ، الطبعة

الرابعة ، المركز القومى للبحوث والدراسات العلمية ، ٢٠٠١م ، ص ١١٩٠

(٣) - حواء فرج محمد المجبرى : مرجع سابق ، ص ٤١

ويترتب على اندماج قانون الإرادة فى العقد إلى تجميد هذا القانون على حالته التى كان عليها وقت إبرام العقد ، ومن ثم فإن أى تعديلات تشريعية لاحقة تطرأ على القانون المختار لا تندمج فى العقد ولا تعد جزءا من الشروط التعاقدية ، ولو كانت متعلقة بالنظام العام واساس ذلك ، أن المتعاقدين طالما انهم اختاروا أحكام قانون معين لتصبح جزءا من العقد المبرم بينهم ، فإن اختيارهم قد وقع على القواعد التى كانت سارية وقت الإختيار ، وليس فى تاريخ لاحق على هذا الإختيار ، مالم يرتض المتعاقدان صراحة قبول التعديلات التى تطرأ على ذلك القانون فى وقت لاحق على الإختيار^(١).

وإذا كان سلطان الإرادة هو اختيار المتعاقدين لقانون العقد وفقا للنظرية الشخصية فيبدو من الطبيعى أن يرفض أنصار هذه النظرية فكرة الإحالة من قانون الإرادة إلى قانون آخر ، والتى تقوم على اساس أن القانون المختار لا يريد الإنطباق ويرفض على هذا النحو الإختصاص المعروض عليه ، فأختيار المتعاقدون لأحكام قانون معين لتصبح جزءا من شروطهم التعاقدية يتنافى فى ذاته مع فكرة الإحالة التى تقترض آليتها أن اختصاص قانون الإرادة قد تم أساسا بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين ، وليس استنادا على مطلق مبدأ سلطان الإرادة^(٢).

وأكد أنصار النظرية الشخصية على حق المتعاقدين فى انتقاء الأحكام التى يريدونها من القانون أو القوانين التى تم اختيارها لتصبح جزءاً من شروطهم التعاقدية ، وسنرى فيما بعد أنصار النظرية الموضوعية قد أعطوا للمتعاقدين أيضا الحق فى تجزئة

(١) - د/ صلاح على حسين : مرجع سابق ، ص ٤٣

(٢) - د/ هشام على الصادق : المرجع السابق ، ص ١١٤.

العقد وإخضاعه لأكثر من قانون لكن وضعوا قيوداً على حرية المتعاقدين في هذا الصدد خلافاً لأنصار النظرية الشخصية^(١).

كما أن منطق النظرية الشخصية يناهض صحيح القانون ، فإرادة المتعاقدين ليست طليقة ، وإنما هي مقيدة بنصوص القانون الأمرة التي تهدف إلى حماية المصالح العليا للجماعة ، فالعقد ليس مسألة خاصة بأطرافه فقط ، وإنما هو اجتماعي يخضع للقانون الذي تفرضه الجماعة التي ينشأ في رحابها ، ومن تم آثاره في الحدود التي يسمح بها القانون^(٢).

ثانياً : النظرية الموضوعية في تطبيق سلطان الإدارة:

أدت النظرية الشخصية إلى المغالاة وتقديس مبدأ سلطان الإرادة إلى إفلات العقد من حكم القانون حيث انكمش دور القاعدة القانونية وتضاءل تدخل الدولة سواء لحماية الطرف الضعيف أو لتحقيق المصلحة العامة، وأضحت إرادة الفرد هي روح القاعدة القانونية وجوهرها حيث سمت فوق القانون الذي استمد منه القانون قوته الملزمة واقتصر دوره على حمايتها ولم يكن من الطبيعي أن يستمر رواج هذه الأفكار التي ولدت في ظل تعاليم المذاهب الفردية في القرن الماضي ، حيث تدخل المشرع لتنظيم العملية التعاقدية بفرضه للعديد من القواعد الأمرة التي لا يجوز الخروج عليها وذلك بهدف حماية المصالح العليا للجماعة^(٣).

(١) - محمود محمد ياقوت : الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية ، مرجع سابق ، بند ٢٤ ، ص ٢٤

(٢) - صلاح على حسين : مرجع سابق ، ص ٤٣

(٣) - د/ محمود محمد ياقوت : مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي ، مرجع سابق ، ص ٨٦ ،

ويترتب على هذه النظرية أن ممارسة الإرادة لحقها فى الإختيار الذى خوله له القانون لا يعنى قدرتها على إخراج العقد من دائرة القانون ، فإذا نص المتعاقدين فى اتفاقهم على أن هذا الإتفاق لا يخضع إلا لما يتضمنه من شروط عقدية ، على سند بأنها كافية فى ذاتها لحكم الرابطة التعاقدية ، فإن مسلك هذا المسلك لا يمنع القاضى من إخضاع الرابطة للقانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد الإحتياطية التى يتعين أعمالها عند سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد ذلك أن الإرادة لا تقوى على تحرير العقد من حكم القانون ، وإنما يختصر دورها فى اختيار القانون الذى يخضع العقد لإحكامه^(١).

كما يترتب على هذه النظرية فرض قيود على حرية الإختيار وبالتالي يترتب عنها نتائج تختلف عما انتهى إليه فقه النظرية الشخصية سواء من حيث احتفاظ القانون المختار بصفته القانونية هذه أمام القضاء الوطنى وعدم اندماجه فى العقد ، وبالتالي خضوع المتعاقدين لأحكامه الأمرة وما تؤدى إليه مخالفة هذه الأحكام من إبطال العقد ، أو من حيث إمكان التجميد الزمنى لأحكامه عند إبرام العقد ، واقتضاء توافر الصلة بين هذا الأخير وأحكام القانون المختار ، وما يقيد حرية المتعاقدين فى اختيار أكثر من قانون فى إطار التصرف القانونى الواحد وحتى لا تؤدى هذه التجزئة إلى إفلات العقد من حكم القانون^(٢).

كما يرفض أصحاب النظرية الموضوعية التسليم بأن دور إرادة المتعاقدين ينصب على اختيار قانون العقد كما أوضحنا فى النظرية الشخصية ، وإنما يروى على العكس ، أن دور الإرادة يقتصر على تركيز الرابطة العقدية فى مكان معين فإذا تم تركيزها على

(١) - د/ هشام على صادق : مرجع سابق ، ص ٢٨٠

(٢) - د/ محمود محمد ياقوت : مدى حرية المتعاقدين فى اختيار القانون الذى يحكم العقد الدولى ، مرجع سابق ،

هذا النحو فإن على القاضى أن يطبق على العقد قانون المكان الذى اختاره المتعاقدون مركزا للرابطة العقدية^(١).

هكذا استقر فقه النظرية الموضوعية الغالب فى جميع الأحوال على ضرورة خضوع العقد للقانون الداخلى لدولة معينة عملا بقواعد تنازع القوانين فى دولة القاضى.

ثالثاً : صور التعبير عن الإرادة فى اختيار القانون الواجب التطبيق :

فى مجال العقود الدولية بصفة عامة يثور الحديث عن اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق الذى يحكم العلاقة الناشئة بينهم كما أن العديد من التشريعات وجانباً من الفقه يذهب إلى الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق وكما اشارت أيضاً إلى قرائن وظروف ملابسة للعقد فى حالة أغفل المتعاقدون مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق فيما يلى سوف نوضح الإختيار الصريح وأيضا الإرادة الضمنية.

١- اختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق:

أثناء إبرام العقد الدولى يعبر المتعاقدون عن اختيارهم لقانون معين فما مدى إلتزام القاضى أو المحكم الذى يعرض عليه النزاع وما ينشأ عليه من إشكاليات؟

ويبرز هذا خصيصا عندما يطرح أمام المحكم عن نظيره القاضى، لأنه مطالب بالإلتزام واحترام إرادة المتعاقدين.

ونجد أن القانون الليبى أخذ بمبدأ سلطان الإرادة فى نطاق العقود مثله مثل معظم القوانين العربية فنصت المادة ١٩ الفقرة ١ من القانون المدنى الليبى على (يسرى على الإلتزامات التعاقدية، قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا

(١) - د/ هشام على صادق : المرجع السابق ، ص ٣٧٩

موطناً ، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما يتفق عليه المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى أراد تطبيقه) . ويتضح من النص قانونا أنه يخضع العقد أولاً للقانون الذى يختاره المتعاقدون صراحة فإن لم يتفقا على اختيار قانون معين رجع القاضى إلى الإرادة الضمنية والتي تستخلص من ظروف العقد^(١).

وتعد إرادة المتعاقدين أفضل وسيلة لتسوية تنازع القوانين فى مجال عقود التجارة الدولية ولذلك من خلال الإختيار الصريح للقانون العقد ، وفى هذه الحالة تعد الإرادة هى الوسيلة المثلى لتحديد القانون الذى يطبق على عقود التجارة الدولية ؛ لأنها تهدف أساسا إلى تحقيق منافع للمتعاقدين ، ومن ثم يكون من حق المتعاقدين اختيار القانون الذى يسهل عليها تحقيق الغايات التى يسعى المتعاقدون إليها من وراء العقد^(٢).

كما أن القاضى يلتزم بإعمال هذا الإختيار الذى قال به الأطراف نزولاً على حكم المشرع الذى منحهم هذه الرخصة فكل اختيار صريح من الإراد يقابله التزام على القاضى بان يحترم هذا الإختيار ولا يكون فى مقدور القاضى عندئذ الرجوع إلى أى عناصر أخرى للوقوف على قانون الإرادة^(٣).

أما فيما يتعلق باتفاق التحكيم فىكون تحديد القانون الواجب تطبيقه صريحا ، حيث يعلن الأطراف إرادتهما صراحة على التحكيم كالمشروط أو مشاركة وقد يتم الإعلان الصريح عن الإرادة باتحاد موقف لا تدع الظروف شكاً فى دلالاته على المقصود ويجب أن تكون إرادة الخصوم صريحة واضحة ؛ لتقوم بوظيفتها فى تحديد القانون الواجب التطبيق.

(١) - د/ على على سليمان : شرح قانون الدولى الخاص الليبي ، دار صادر بيروت ، بدون نشر ، ص ١٥٠

(٢) - د/ صلاح على حسين : مرجع سابق ، ص ٤٧

(٣) - د/ عكاشة محمد عبد العال : القانون الدولى الخاص فى دولة الإمارات العربية المتحدة ، الجزء الأول ، فى

تنازع القوانين ، كلية شرطة دبی ، ١٩٩٧م ، ص ٧١٨

كما نجد العديد من التشريعات الوطنية أجازت لطرفي الخصومة التحكيمية إخضاع علاقتهما العقدية لقانون آخر غير قانون بلد إبرام واجب التطبيق وفقا لقواعد الإسناد ومن القوانين الوطنية التي تبنت ذلك قانون التحكيم المصري الجديد فقد نصت المادة (٣٩) من قانون اتحكيم المصري رقم (٢٧) سنة ١٩٩٤ " الهيئة تلتزم عند الفصل فى موضوع النزاع بالنزول على إرادة الأطراف وإعمال القواعد التى ارتضوا إخضاع علاقتهم لها " كما نصت الفقرة الأولى من المادة نفسها على أن " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التى يتفق الطرفان على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على ذلك " ويلاحظ على هذه الفقرة أنها تتطابق مع ما تنظمه الفقرة الأولى من المادة ٢٨ من القانون النموذجي المعد بواسطة اليونسترال بشأن التحكيم الدولي مع الإختلاف الطفيف فى الصياغة.

كما نصت المادة ١٤٩٢ فقرة أولى من قانون المرافعات الفرنسي الحالى والتي تحيل إلى مبدأ سلطان الإرادة مباشرة والتي نصت على أن " يفصل المحكم فى النزاع طبقا لأحكام القانون الذى اختارته الأطراف ، وفى غياب هذا الإختيار ، يطبق أحكام القانون الذى يجده ملائما للتطبيق"^(١).

كما نصت المادة ٨٢١ من قانون الفرنسي الجديد للتحكيم على أن " تفصل محكمة التحكيم فى النزاع طبقا لقواعد القانون التى اختارها الأطراف ، إذا لم يكن هناك اختيار تفصل طبقا للقواعد التى ترى أنها ملائمة ، تراعى فى جميع الأحوال عادات التجار " وهم وفقا للنص يتمتع الأفراد بالحرية فى اختيار القانون الموضوعى حيث نصت المادة السابقة يكون للأطراف اختيار مجموعة من القواعد القانونية التى لا تتكون فى القانون ، والواقع أن

(١) - د/ صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن : التحكيم وتنازع لقوانين فى عقود التنمية والتكنولوجيا ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ١٩٩٣م ، ص٤٩٨

النص جاء بالقول (قواعد قانونية) وذلك يعنى أن الخيار يجوز أن ينصب على قانون محدد أو مجموعة نصوص قانونية مختارة من عدة قوانين^(١).

وفى نفس الإتجاه الذى أخذ به القانون المصرى فى الإختيار الصريح للقانون ذهبت فى الإتجاه نفسه العديد من الإتفاقيات الدولية منها الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولى والموقعة فى جنيف ١٩٨١ حيث نصت فى المادة السابعة يحق للأطراف حرية تحديد القانون الذى يتعين على المحكمتين تطبيقه على موضوع النزاع وكما أن اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ سارت على النهج نفسه لتسوية الإستثمار حيث نصت المادة (١/٤٢) على أنه تفضل محكمة التحكيم فى النزاع وفقا لقواعد القانون المختار بواسطة الأطراف^(٢). وقد أخذت اتفاقية روما بمبدأ سلطان الإرادة حيث نصت فى المادة ١/٣ يخضع العقد للقانون الذى يختاره الأطراف ، كما أن الإتفاقية تطلق حرية الأطراف فلا يشترط أن يكون هناك أى رابطة بين القانون المختار وبين العقد ، بالإضافة إلى ذلك فإن الإتفاقية تجيز تجزئة العقد ونصت فى المادة ١/٣ يجوز للأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على كل العقد أو جزء فقط من العقد ، وهذه التجزئة يمكن أن تتم فى شرط بشرط أو التزام بالتزام^(٣).

القانون النموذجى الذى وضعته الأمم المتحدة لقانون للتجارة الدولية لعام ١٩٨٥ وأونسترال : الذى تبينى نظرية استقلال شرط التحكيم حيث نص على أنه " تفصل المحكمة التحكيم فى النزاع طبقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف بوصفها واجبة التطبيق على النزاع ، وأى اختيار للقانون دولة ما أو لنظامها القانونى يجب أن يؤخذ على أنه

(١) - Thomas clay, liberte; E'galite ' Efficavite ; la devise du noveanu droite francais de l'arbitrage commentaire article par article , journal du Droit Interntional ,2012,nol.p815

(٢) - د/ عصام أحمد البهجى : التحكيم فى عقود البوت ، دار الجامعة لنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨ م ،

(٣) - R.David , l'originalite' du commerce international L.GOJ.2010.P20.21

اختيار مباشر للقواعد القانونية الموضوعية لهذه الدولة ليس لقواعدها الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الأطراف صراحة على خلاف ذلك".

وتنص المادة ٣ من لائحة روما لسنة ٢٠٠٥ التي خلت محل اتفاقية روما للقانون الواجب التطبيق (حرية الإختيار) على ما يلي ويخضع العقد للقانون الذي يختاره الطرفان ويجب التعبير عن الإختيار أو إثباته بدرجة معقولة من اليقين بموجب شروط العقد أو ظروف القضية . ويمكن للطرفين ، باختيارهما ، أن يختارا القانون الواجب التطبيق على العقد بكامله أو على جزء منه فقط وبموجب عقد الفيديك ، يختار الطرفان عادة القانون المنطبق على العقد . وهذا ما يقترحه البند الفرعي ١.٤ وما يحدث عادة بالاشارة إلى القانون ذى الصلة فى ملحق المناقص^(١).

خلاصة القول أن طرفى العقود الدولية إذا اختاروا قانونا معيناً لى يكون هو القانون الواجب التطبيق على عقدهم يلزمون بذلك المحكمة التى يعرض عليها النزاع بتطبيق ذلك القانون كما يلتزم المحكم أيضا بتطبيق اختيارات الأطراف عندما يكون التعبير صريحا لإختيار قانون معين.

وتوجد عديد من الأمثلة من العقود الدولية للإنشاءات على اختيار قانون ما ليحكم العلاقة التعاقدية بين الطرفين مثال على ذلك عقد إنشاء التجمع السكنى بالمرج (عقد رقم ١١ سنة ٢٠٠٧) بين الدولة الليبية وشركة البناء والتشييد أرسيل التركية حيث نص فى الفقرة الأولى من المادة (٥٣) من العقد على أن " يخضع العقد فى كل ما يتعلق بتفسيره وتنفيذه لإحكام القوانين واللوائح المعمول بها فى الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الإشتراكية العظمى ويختص القضاء الليبى بنظر المنازعات التى قد تنشأ على العقد".

(١) - Axel-Volkmar jaeger Go"tz-sebastian Ho"k FIDIC-A Guide for practitioners , springer Heidelberg Gordrecht London,2010.p85

وكما جاء أيضا في المادة ١٨-٣ من اتفاقية إنشاء محطة كهرباء العلمين سيدي كزير حيث ذهب النص إلى انه يسرى القانون المصرى على النزاع وايضا جاء فى نص المادة ٢ من عقد إنشاء مطار العلمين إلى ان يخضع هذا العقد لقوانين الجمهورية مصر العربية وأيضا جاء نص عقد إنشاء الحاويات بميناء العين السخنة على خضوع هذه العقود لأحكام قانون ٢٢ لسنة ١٩٩٨ وأحكام القانون المعمول بها^(١).

وهكذا عندما يتفق المتعاقدون فى العقود الدولية بصفة عامة والإنشاءات بصفة خاصة على تطبيق قانون معين فإن هذا القانون هو القانون الواجب التطبيق دون الخضوع فى القواعد المتعلقة بتنازع القوانين.

٢- الإرادة الضمنية:

نقطة البدء تكمن فى حالة عدم نص العقد صراحة على القانون الواجب التطبيق فى هذه الحالة هل يمكن للقاضى أو المحكم يتصدى بنفسه لمثل هذا الإختيار عن عرض النزاع عليه تحت ما يعرف بالكشف عن إرادة المتعاقدين الضمنية أو المفترضة؟ أم يطبق مباشرة ضوابط الإسناد الإحتياطية فى قانون القاضى المطروح عليه النزاع كقانون بلد التنفيذ أو الموطن المشترك للمتعاقدين أو بلد إبرام العقد.

اختلفت التشريعات فى هذا اخصوص فمنها من أجاز اللجوء لتحديد قانون العقد فى حالة سكوت المتعاقدين عن الإختيار الصريح إلى الإدارة الضمنية للمتعاقدين ، وعلى خلاف ذلك سكتت بعض التشريعات عن النص على إمكانية اللجوء إلى الإرادة الضمنية ونصت صراحة على أنه فى حالة عدم الإختيار الصريح يطبق قانون الموطن المشترك

(١) - د/ عصام أحمد البهجي : مرجع سابق ، ص ١٢٢

للمتعاقدين أو بلد الإبرام^(١) ومثال ذلك السودان^(٢) وسلطنة عمان^(٣) والأردن^(٤) حيث حصر المشرع ضوابط الإسناد في تلك الدول في قانون بلد المواطن المشترك للمتعاقدين أو بلد التنفيذ ما لم يتفق المتعاقدون خلاف ذلك ولم يتطرق الأمر في تلك التشريعات إلى الإشارة إلى الظروف الملايئة التي يمكن من خلالها معرفة القانون المختار في حالة عدم الإختيار الصريح لقانون العقد كما هو نهج المشرع في كل من مصر وقطر وليبيا والعراق.

وإذا لم تكن هناك إرادة صريحة في إختيار قانون معين فعلى القاضى أن يبحث عن إرادة المتعاقدين الضمنية وهي التي تستخلص من الملايسات والقرائن المحيطة بالعقد كما إختيار اللغة مثلاً فرنسية أو إنجليزية أو مثلاً إختيار عملة دولة معينة للوفاء فهذا يدل على إختيار قانون دولة معينة أو اتفاقهما على تنفيذ العقد في محل معين هذه حزة من الفرائض يمكن الكشف عن هذه الإرادة. وفي حالة خلو اتفاق التحكيم من القانون الواجب التطبيق وعدم اتفاق اطراف العقد عليه فإنه يتم تحديده وفقاً للمقر التحكيم وبذلك سوف ينطبق هذا القانون على الإجراءات^(٥).

(١) - د/ صلاح على حسين : مرجع سابق ، ص ٤٩

(٢) - نصت المادة (١٣/أ) من قانون المعاملات السودانية لعام ١٩٨٤ على أنه يسرى على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدين على غير ذلك.

(٣) - نصت المادة (١/٢٠) من قانون المعاملات المدنية سلطنة عمان على أنه " يسرى على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد مالم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك".

(٤) - نصت المادة (١/٢٠) من نصوص قانون المدنى الأردنى " يسرى على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين ، إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك"

(٥) - ELLIS BAKER DEN MELLORS SCOTT CHALMERTHONY LAVERS ,
fidic contract law and practice , Routledge taylor London,2009.p154

ويرى بعض الفقه أن الإرادة الضمنية هي إرادة موجودة ولكن الكشف عنها هو الذى يحتاج إلى ضبط ، لذلك يرى من الضروري أن تكون هذه الإرادة واضحة أو مؤكدة من خلال الشواهد الدالة عليها^(١).

واشترطت اتفاقية روما الموقعة فى ١٩ يونيو ١٩٨٠ أن يتم استخلاص الإرادة الضمنية بصورة مؤكدة على أن يتم ذلك من خلال ظروف التعاقد أو من نصوص العقد فقط ويمكن استخلاص إرادة الأطراف الضمنية على نحو مؤكد من ظروف التعاقد كما هي الحال فى الفروض التى يستخدم فيها أشكال معينة بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى نظام قانونى محدد من تلك الحالة التى يكون فيها العقد من العقود النموذجية ينتمى إلى قانون معين مثل وثيقة التأمين التى تنتمى إلى تجمع اللويدز الدولية المعروفة التى تخضع للقانون الإنجليزى ، أو استخدام صيغة الشروط العامة للعقد المعروفة فى القانون الألمانى ويخرج من نطاق الإرادة الضمنية المؤكدة بعض الأحوال منها لغة العقد أو مكان إبرامه أو الوفاء به أو جنسية المتعاملين أو نوع العملة المختارة لأداء الثمن فهذه العناصر لا تحمل فى ذاتها اليقين اللازم لتحديد قانون العقد^(٢). أما لائحة روما لسنة ٢٠٠٥ فقامت بتحويل القرائن القديمة إلى قواعد قطعة ومحددة مع توسيع هذه القواعد فى الإستقرار القانونى وهذه القواعد تتعلق بالعقود الأكثر أهمية فى التجارة الدولية فإن الحلول مثلا فى عقد البيع بصفة عامة هو قانون البائع (١/٤) هذا وفقا لاتفاقية روما إلا أن لائحة روما قامت بتعديل فى عقد بيع الأموال بالمزاد فلا يخضع هذا العقد لقانون البائع ولكن لقانون المكان الذى تم فيه البيع إذا أمكن تحديد هذه الدولة أما فى عقد أداء الخدمات فتستند عقود أداء الخدمات

(١) - د/ عكاشة محمد عبد العال : مرجع سابق ، ص ٧١٠

(٢) - د: طرح بحور : تدويل العقد الدولى ، دراسة تحليلية على ضوء الإتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ٢٠٠٦م ، ص ٥١ وما بعدها

بصفة رئيسية إلى قانون الدولة التي يوجد فيها محل الإقامة المعتادة لمؤدى الخدمة وفى العقود الواردة على العقارات فتخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها العقار⁽¹⁾.

وكذلك ما ورد فى الفقرة الأولى المادة ٢٧ من القانون النموذجى للتحكيم والتي نصت فى المادة ٢١ الفقرة الأولى على أنه (تفضل الهيئة وفقا للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذى اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا أن وجد ، وأحكام القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع على أن يراعى القواعد والأعراف التجارية الدولية) ، ويتضح من خلال النص أن اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري ١٩٨٧ قد اعتدت بإرادة الأطراف الصريحة والضمنية فى تحديد هذا القانون وتمتد حرية طرفى العقد فى اختيار القانون لأى قانون ولو لم يكن ذا صلة بالعقد أو قانونا وطنيا معيناً ووفقاً للمادة ٢١ الفقرة ٢ فإن الهيئة تفضل فى النزاع وفق قواعد العدالة إذا اتفق الطرفان صراحة على ذلك.

أما بالنسبة لإتفاقية واشنطن ١٩٦٥ التى تعرضت للقانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار فقد نصت المادة ٢٠ منها وفى فقرتها الأولى على أنه (تفصل هيئة التحكيم فى النزاع طبقاً لقواعد القانون التى يتفق عليها أطراف المنازعة) ، ويلاحظ من هذا النص أنه لم يحدد إذا كانت الإرادة ضمنية أو يجب أن تكون صريحة ، وقد اختلف الفقه على ذلك بينما ذهب بعض الفقه إلى وجوب أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا ليتم إعمال قانون الإرادة ، ذهب بعض آخر من الفقه إلى أن اتفاق الأطراف قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، ومتى توفر ذلك وجب أعمال قانون الإرادة ويبقى الرأى الراجح هو أن اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق قد يكون صريحا وقد يوكن ضمنيا ، ومرد ذلك أن تنص المادة ١/٤٢ قد ورد بصفة عامة ، ومن ثم لا يمكن قصره على الإختيار

(1) – R.David l'originalite du droit du commerce interntional GDJ.2010.p,25

الصريح دون الإختيار الضمنى إذا أن الإختيار الضمنى يعبر عن إرادة حقيقية طالما كانت هناك قرائن مؤكدة تدل على ذلك^(١).

المطلب الثانى

قاعدة قانون بلد التنفيذ

يكشف لنا الواقع العلمى بأن أغلب العقود الدولية قد تم اختيار القانون الوطنى لدولة التنفيذ ليكون هو القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد وهذا ما تؤكدته الإحصائيات التى أوردها الفقه المهتم بالعقود الدولية ، ويوجد عديد من العقود التى تم فيها اختيار صريح لقانون بلد التنفيذ مثل ما نصت عليه المادة ٢٥ من العقد المبرم بين الحكومة السريلانكية مع الشركة اليابانية Elcricco Nippon للإنشاء محطة أرضية للإتصالات التجارية بالأقمار الصناعية التى جاءت على نحو الآتى (تخضع المناقصة وما ينشأ عنها من عقود تحرر وفقا للقوانين السريلانكية) وايضا الإتفاق بين إحدى الشركات الإنجليزية وإحدى الشركات العمانية فى عقد التوريد وتشيد وتصميم وتشغيل مصنع لإنتاج الجير المائى والجبر المحروق لفائدة الشركة العمانية والذى أبرم والذى أبرم سنة ١٩٧٨ وكان مضمون العقد ، شرط يقضى لاتفاق المتعاقدين على إسناد موضوع النزاع إلى القانون العمانى باعتباره القانون الواجب التطبيق^(٢) ، وتم التعاقد أيضا على عقدين (يحكمها القانون الرومانى) بين شركة فرنسية وشركة رومانية حكومية لأعمال الترميم على الطريق السريع رومانيا.

(١) - د/ بشار محمد الأسعد : عقود الإستثمار فى العلاقات الدولية الخاصة ، رسالة دكتوراه ، كلة الحقوق ،

جامعة عين شمس ، القاهرة ، ٢٠٠٤م ، ص ١٠٠

(٢) - صلاح الدين حمال عبد الرحمن : المرجع السابق ، ٢٠٥.

كما نص الفيديك على أن يكون دائما القانون السارى هو قانون البلد الذى سيتم تنفيذ العقد فيه بالنسبة لجميع العقود ، وعندما يكون صاحب العمل منظمة حكومية أو هيئة عامة أخرى ، فمن المحتمل أن يكون استخدام القانون المحلى إلزاميا ، بشكل استثنائي وبشكل خاص ، عندما يكون كل من صاحب العمل والمقاول غير مقيمين فى بلد التنفيذ وحيث لا يتم تعديل وتطوير القوانين التجارية لبلد التنفيذ بشكل جيد.

كما أن قانون بلد التنفيذ هو الذى سيحدد صحة ونفاذ العقد وشروطه وحقوقه والتزامات الأطراف وطرق التعويض القانونية نتيجة لخروقات العقد وسوف يوفر أيضا مبادئ لتفسير العقد لتحديد النطاق الدقيق للأطراف.

الأمثلة التى ذكرت سابقا لا توجد فيها إشكالية ؛ لأن العقد نص صراحة على قانون بلد التنفيذ لكن الإشكالية تكمن فى عدم اختيار القانون الواجب التطبيق هنا اختلف الفقه حول تطبيق قانون بلد التنفيذ ، حيث هناك من يرى بتطبيق القانون الوطنى على النزاع ومستندا على تكييف عقد الإنشاءات من العقود الإدارية أما الرأى الآخر فيطالب تطبيق قاعدة بلد تنفيذ وفقا لمبادئ العامة للقانون الدولى الخاص.

أولاً: الطبيعة الإدارية للعقد كأساس لتطبيق قانون بلد التنفيذ:

يرى البعض بأن القانون الوطنى لبدأ التنفيذ هو القانون الطبيعى الواجب التطبيق على العقود الدولية للإنشاءات الدولية ، وذلك لتكييفها بأنها عقود إدارية واستند أصحاب هذا الرأى على فكرة السيادة التى تقضى عدم خضوع الدولة إلى قانون غير قانونها.

وبما أن الدولة ذات سيادة لايمكن أن تخضع فى التزاماتها لقانون آخر غير قانونها وأن العقود التى تبرمها مع الأشخاص الخاصة الأجنبية فهى تعد من عقود القانون العام وفى حالة عدم الإتفاق على كيفية تسوية المنازعات التى ينشأ عنها تطبيق القواعد العامة

التي تتفق مع طبيعة العقود كما يمكن تعديل هذه العقود وفقا للمصالح التي تستلزم تسير المرافق العام لدولة^(١).

فوفقا لهذا الرأي فإن الدولة الذي يقام عليها المشروع على ارضها يرتبط ارتباطا وثيقا بسيادة الدولة ، فحضانة الدولة التشريعية تحول بينها وبين خضوع الدولة لقانون أجنبي عنها كما تطبيق هذا القانون الأجنبي يعنى الإنتقاص من سيادتها^(٢).

ويذهب أصحاب هذا الرأي لتكييف عقد الإنشاءات كعقد إدارى لتمائل القائم بينهما وبين العقود الإدارية حيث تتوفر فيها المعايير أو الشروط المميزة للعقد الإدارى والمتمثلة فى كون أن الدولة طرف فى العقد حيث الغاية من العقد هو تحقيق أحد وظائف الدولة ؛ لأن عقود الإنشاءات الدولية غالبا ما تكون خاصة بمشروعات البنية الأساسية للدولة ولأن هذه المشروعات فى الأصل من وظائف الدولة فإن الشروط المطلوبة لتطبيق قانون الدولة متوفرة^(٣) أو بعبارة أخرى يمكن القول أن الدولة تمارس سلطة أكبر على المتعاقد الآخر وعلى نحو أقوى مما يمارسه شخص آخر ، وبالتالي تطبيق قانون الدولة يعد مظهر أمن من مظاهر سلطتها.

كما استند أصحاب هذا الرأي بأن تطبيق قانون الدولة المتعاقدة أمر مفترض وضرورى فى حالة إذا ما لم تقوم كل من الدولة المضيفة و الطرف الأجنبي بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولى المبرم بينهما مستنديين إلى الحكم الصادر من قبل محكمة العدل الدولية فى قضيتى القروض الصربية والبرازيلية سنة ١٩٢٩ ، حيث ذهبت

(١) - د/ يوسف عبد الهادى الأكيابى : النظام القانونى لعقد النقل والتكنولوجيا فى مجال قانون الدولى الخاص ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، دون سنة نشر ، ص ٣٠٠

(٢) - د/ عصام البهجى : التحكيم فى عقود البوت ، مرجع سابق ، ص ١٣٧

(٣) - د/ حمادة عبد الرازق حمادة : التحكيم فى عقود البوت ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٢ م ، ص ٢٣٣

الى أنه (كل عقد لا يكون بين دولتين باعتبارهما من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطنى لدولة ما)^(١).

بالإضافة إلى ذلك فقد أكدت محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر في ١٢ يوليو ١٩٢٩ على أنه (لا يمكن أن نفترض مخالف لقانونها الخاص أن بإمكان الدولة أن تختار قانونا آخر غير قانونها بشرط أن يثبت هذا الإختيار ..) ، ويتضح من خلال هذا الحكم أنه في حالة عدم اختيار قانون ليكون واجب التطبيق على موضوع العقد يكون قانون الدولة المتعاقدة المضيفة هو القانون الواجب التطبيق، ويتضح من هذه الأحكام أن محكمة العدل الدولية قد جعلت أن هناك قرينة مفترضة تشير دائما إلى خضوع العقود الدولية المبرمة من طرف الدولة إلى القانون الوطنى للدولة المتعاقدة.

وقد أخذت بهذه الفكرة محكمة استئناف باريس فقد قضت في حكم له كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لهذا السبب وحده لقوانين هذه الدولة كما ذهب لذلك أيضا محكمة النقض الفرنسية حيث أقرت أن كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لقوانين هذه الدولة ، كما ذهب محكمة التحكيم أرامكو في تبنى الإتجاه السابق حيث أقرت أن القانون الواجب التطبيق هو القانون السارى في المملكة العربية السعودية إذ أنه من المفترض أن العقود التى تبرمها الدولة ذات السيادة تخضع لقانونها حتى يتم إثبات العكس^(٢).

كما ذهب بعض الفقهاء إلى أن اتجاه الطرف الأجنبي للدولة المضيفة يتضمن في العادة رضاه بالإختصاص القضائي للدولة المضيفة وبتطبيق قانونها الوطنى فيما يخص العقد بما في ذلك تسوية ما ينشأ عنه من المنازعات مبرزين ذلك على أنه من المنطقى أن

(١) • علاء محى الدين مصطفى أبو أحمد : مرجع سابق ، ص ٣٦٥

(٢) - علاء محى الدين مصطفى أبو أحمد : مرجع سابق ، ص ٣٦٦

يكيف الطرف الأجنبي نفسه مع قوانين الدولة التي يرغب في الدخول معها في علاقة تعاقدية^(١).

أى أن الإختيار الإرادى من قبل الطرف الأجنبي الخاص لأن يكون طرفا فى عقد من عقود الإنشاءات يؤدى إلى أفتراض أنه أخضع نفسه لإختصاص قانون الدولة المضيفة للإنشاء فيما يرتبط بكل المسائل التعاقدية إلا إذا تضمن العقد أو المشاركة التحكيمية بندا يقضى بأن قانونا آخر كان واجب التطبيق أى على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الوطنى للدولة المضيفة دون أن يكون مسموحاً لها تطبيق أى قانون آخر مادام العقد لم يتضمن اتفاقا يسمح لها فعل واحد^(٢).

الانتقادات الموجهة إلى هذا الإتجاه:

- ١- أن تكيف عقود الإنشاءات بأنها عقود إدارية يضع عقبة أمام الطرف الأجنبي ، حيث يرغب دائما فى عدم قبول تطبيق القوانين الوطنية بصدد المنازعات التى تنثور حول العقد^(٣).
- ٢- إن الربط بين الطبيعة العامة للعقود الدولية للإنشاءات وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها سيجعل تحديد هذا القانون مرتبطا بعنصر غير موضوعى ، إلا وهو السياسة الإدارية للشخص العام الطرف فى العقد^(٤).
- ٣- كما ذهب جانب من بعض الفقه إلى انتقاد الإتجاه الذى أرسته محكمة العدل الدولية حيث إنه لم يعد مواكبا للتطورات التى لحقت بالتجارة العالمية وأوضح أنه إذا كان من غير المفترض أن الدولة تقبل إخضاع العقد المبرم بينها وبين

(١) - علاوة الصادق: مرجع سابق ، ص ٩٩

(٢) - صلاح الدين محى : دور أحكام التحكيم فى حلول مشكلة تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص ٢٢

(٣) - د/ حمادة عبد الرزاق : مرجع سابق ، ص ٢٣٣.

(٤) - د/ بشار محمد الأسعد : مرجع سابق ، ص ٢١٣

الأطراف الأجنبية لقانون دولة أخرى أو لمبادئ القانون الدولي العام فإنه من غير المفترض أيضا أن تقبل الشركة الأجنبية التي تتعاقد مع الدولة إخضاع عقدها لقانون الدولة المتعاقدة والذي قد يعرضها لمخاطر السيادة^(١)؟

ثانياً : الطبيعة الدولية للعقد كاساس لتطبيق قانون بلد التنفيذ:

لقد أوضحنا وجهة نظر الإتجاه الأول الذى يرى بضرورة تطبيق قانون الدولة مستندا إلى تكيف هذه العقود بأنها عقود إدارية وكما أستند أيضا على قرينة بأن تطبيق قانون الدولة المضيفة مفترض وهذا ما ذهبت إليه محكمة العدل الدولية.

أما أصحاب هذا الإتجاه الذين يعتبرون عقد الإنشاءات عقدا دوليا فإنهم يفضلون الرجوع فى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الإنشاءات إلى المبادئ العامة لتنازع القوانين الواردة فى القانون الدولي الخاص. فهذه العقود وإن إتسمت بطبيعة خاصة بسبب ارتباطها بخطط التنمية فى الدولة المضيفة والى كون الدولة أحد أطرافها ، فإنها لاتخرج عن كونها عقودا دولية تدخل فى إطار القانون الدولي الخاص المعاصر ، فالدولة عندما تتعاقد مع متعاقد خاص اجنبي فإنها تبرم العقد فى الظروف ذاتها التى يجرى فيها ذات التعاقد العادى ، فالأمر يجرى كما لو كان التعامل يتم بين أفراد القانون الخاص ، ونتيجة لذلك يجب تطبيق قواعد تنازع القوانين المقبولة فى مجال الروابط بين أشخاص القانون الخاص^(٢).

(١) - د/ علاء محى الدين مصطفى أبو أحمد : التحكيم فى المنازعات العقود الإدارية الدولية ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٢م ، ص ٣٥٥
(٢) - بشار محمد الأسعد : مرجع سابق ، ص ٢٥١

الأداء المميز كأساس لتطبيق قانون بلد التنفيذ:

إن ظروف وملابسات التعاقد يختلف تفسيرها من قاض إلى آخر ومن حالة إلى أخرى ، فإنه يصعب القول بتوافر العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف إذا لا يتحقق لهم ذلك إلا بعد عرض النزاع على القاضى أو المحكم مما يتسبب فى الغالب إلى إختلال توقعاتهم المشروعة كما أن منهج الإسناد الجامد لا يعبر عن الإرادة الحقيقية للأطراف ولا يتماشى مع خصوصية وطبيعة عقد الإنشاءات ، لذلك نادى جانب من الفقه بتطبيق نظرية الأداء المميز لتجنب هذه الإشكاليات كلها ، ونظرية الأداء المميز نظرية سويسرية المنشأ حيث اعتمدها القضاء السويسرى ولقيت تأييدا كبيرا من الفقه كما تأثرت بها العديد من النظم القانونية والقضائية والاتفاقيات الدولية.

وتقوم فكرة الأداء المميز فى العقد تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد فى كل فئة من العقود المتماثلة ، وذلك حسب الوزن القانونى وأهمية الأداء الواقعية أو الإلتزام الرئيسى أو الأساسى فى العقد ومكان الوفاء به أو تقديمه ، حيث يتميز كل عقد بأداء يحدد خصائصه ويميزه عن بقية العقود مما يؤدى إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق فى كل عقد على حدة^(١).

وبمعنى أنه عند انتقاء الإرادة يتوجب على القاضى من أجل تحديد القانون الذى يحكم العقد أن يقوم بالتركيز الموضوعى لرابطة العقدية فى ضوء طبيعتها الذاتية والتي يمكن من خلالها أن نحدد من البداية الأداء المميز فيها ، أى الإلتزام الجوهرى الذى يفرضه العقد . حيث يتم إسناد العقد فى مجموعة إلى محل التنفيذ المفترض لهذا الأداء الرئيسى والذى يعد على هذا النحو مركزا للرابطة العقدية فى مجموعها^(٢).

(١) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولى ، مرجع سابق ، ص ٢٥٩

(٢) - د/ بشار محمود الأسعد : مرجع سابق ، ص ٢٥٩

فقد افترض القضاء السويسرى أن محل التنفيذ المفترض الأداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء فقد ذهبت المحكمة الفيدرالية السويسرية فى الحكم الصادر فى ١١ مايو ١٩٦٦ إلى أنه وفقاً لقواعد القانون الدولى الخاص وعند سكوت المتعاقدين عند اختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة التعاقدية تخضع هذه الرابطة للقانون الذى يرتبط بالعقد بأوثق صلة إقليمية وهو بصفة عامة محل إقامة الطرف الذى يعد أدائه مميزاً فى العقد محل النزاع^(١).

وفى فرنسا تبنت محكمة الإستئناف Grenoble ضابط الأداء المميز فى حكمها الصادر فى ٣١ سبتمبر ١٩٩٥ وذلك بصدد عقد مبرم بين شركة إيطالية يوجد مركزها الرئيسى فى إيطاليا ومشتري فرنسي ، حيث قررت المحكمة تطبيق القانون الإيטالى بصفته قانون المدين بالأداء المميز فى العقد ، واستندت المحكمة فى ذلك إلى المادة ٤ فقرة ٢ من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ والتي تطبق فى حالة عدم وجود اختيار صريح أو ضمنى من جانب الأطراف للقانون الذى يحكم العقد ، فيكون العقد خاضعاً هنا للنصوص العامة فى اتفاقية روما ، كما أنه وفقاً لاتفاقية روما فإن الأداء الرئيسى أو الجوهرى أو المميز هو الذى يكون الوفاء واجبا كمقابل له وهو الذى يعطى لمعظم العقود الملزمة للطرفين طابعها أو وصفها ويكون من السهل تحديدها فى بعض العقود مثل عقد البيع والخدمات^(٢).

وفيما يتعلق بالعقود الدولية للإنشاءات فإن المميز يتجسد فى مكان تنفيذ العقد الدولى للإنشاءات مما يجعل قانون الدولة المضيفة هو القانون الواجب التطبيق على العقد ومما يفرض هذا الحل هو أن الشخص العام الطرف فى العقد غالباً ما يكون خاضعاً لبعض اللوائح والتنظيمات التى تصدرها الدولة لأشخاصها العامة.

(١) - د/ بلاق محمد : قواعد التنازع والقواعد المادية فى منازعات عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعى ،

الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٦م ، ص ٨٤

(٢) - د/ محمد عبد المحيد إسماعيل : عقود الأشغال العامة ، مرجع سابق ، ص ٣٦١

وتعد مشاريع التشييد والبناء فريدة من نوعها من حيث أنها مرتبطة فعليا بالموقع ، وعادة ما تتضمن العديد من العقود الأخرى ، مثل التمويل ، والخدمات الهندسية ، واستئجار المعدات ، وبدونها سيخفق المشروع بأكمله فى تحقيقها وهذا ما يفرض علينا خضوع العقود لقانون بلد التنفيذ فمثلا بناء سد على النهر فى مكان ما فى أفريقيا ، على سبيل المثال ، ليس مثل بناء سد على نهر آخر فى مكان ما فى آسيا . فالعوامل الجغرافية والإقتصادية والسياسية التى تحيط بطل مشروع يختلف اختلافا كبيرا بكل مشروع على حدا . وهذا ما يبرر نص الفيديك قانون بلد التنفيذ العقد . وأكدت محكمة النقض تمسكها بتطبيق القانون الفرنسى باعتباره قانون دولة المنشآت العقارية محل النزاع^(١)، وايضا ذهبت أحد الهيئات التحكيم المشكلة فى إطار نظام التحكيم المشكلة فى إطار نظام التحكيم فى غرفة التجارة الدولية فى حكمها الصادر ١٨ ديسمبر بشأن النزاع الذى ثار بين الحكومة الجزائرية وشركة أمريكية والمتعلق بإنشاء خط سكك الحديدية وفى غياب قانون الواجب التطبيق فقامت بتطبيق القانون الجزائرى على النزاع واستندت أن تركيز العقد فى القانون الجزائرى وأبرم فى الجزائر وتم تنفيذه فيها أيضا^(٢). كما قام المركز الإقليمي بالقاهرة لتعين محكم فى ١٩٨٤/٩/٩ ولقد قام المحكمة بالبحث عن القانون الواجب التطبيق فلاحظ عدم اتفاق الطرف المصرى والشركة النمساوية على عدم تحديد القانون فقام بتطبيق ١٩ من القانون المصرى عملا للمادة ١/٣٣ من قواعد التحكيم التى وضعتها لجنة الأمم المتحدة الأونسترال والتى تفوضه وانتهى الحكم إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة والذى يعد أكثر صلة بالنزاع المستوحى أيضا من عدة قرائن منها إبرام العقد قد تم فى مصر وأيضا هى محل التنفيذ للعقد المتنازع بشأنه^(٣).

(١) - د/ محمد عبد العزيز بكر : فكرة العقد الإدارى عبر الحدود ، مرجع سابق ، ص ٣٦٥

(٢) - د/ أحمد البهجي : التحكيم فى العقود البوت : مرجع سابق ، ص ١٣٩

(٣) - د/ إبراهيم أحمد أبراهيم : التحكيم الدولى الخاص ، مرجع سابق ، ص ٩٧-١٠٢

أما الباحث يؤيد الرأى الذى تلتزم فيه المحكمة أو هيئة التحكيم بتطبيق القانون الوطنى لبلد التنفيذ على اعتبار أنه أكثر صلة بالنزاع

المبحث الثانى

الاتجاهات الحديثة لقواعد الإسناد

بعد أن تطرقنا فى المبحث الأول للاتجاهات التقليدية ودورها فى تحديد القانون الواجب التطبيق والتى تتمثل فى مبدأ سلطان الإرادة وقانون بلد التنفيذ ، سوف نتناول فى هذا المبحث الإتجاهات الحديثة التى حاولت معالجة إشكالية القانون الواجب التطبيق وتتمثل فى الآتى:

المطلب الأول : العقود النموذجية.

المطلب الثانى : الأعراف والعادات الدولية.

المطلب الأول

العقود النموذجية

تعد العقود النموذجية نتيجة من نتائج النظرية الشخصية في رد حق المتعاقدون في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي إلى مطلق سلطان الإرادة يؤدي إلى تحرر العقد من سلطان القانون ، وبالتالي إخراجها من مجال تنازع القوانين ، وفقا للمعنى المقصود لهذه الفكرة في فقه القانون الدولي الخاص ، فقد رأينا أن اختيار المتعاقدين لقانون دولة معينة وفقا لهذا المنطق سيؤدي إلى إندماج القانون المختار في العقد وتنزل من أحكامه منزلة الشروط التعاقدية به ومعاملتها بالتالي على هذا النحو سواء من حيث إثباتها وتفسيرها^(١).

وما دام اختيار القانون وفقا للنظرية الشخصية يستند إلى مطلق سلطان الإرادة فإن البعض من أنصار النظرية الشخصية يرى عدم الحاجة إلى اختيار قانون ليحكم العقد لأن العقد متحرر من سلطان القانون وشريعة المتعاقدين ويتسم بالإكتفاء الذاتي فهو يتضمن تنظيماً اتفاقياً مفصلاً فإذا كان العقد الدولي مفصلاً ومحبوكاً في صياغته القانونية فإنه يوجد التزامات بإمكانها أن تلزم بذاتها الأطراف وتعنى المحكمة عن الإستعانة بقواعد القانون التي لا تلائمه^(٢).

و رغم ارتباط العقود النموذجية بنظرية الشخصية التقليدية إلا أنها تختلف في نقطة مهمة حيث لا يستند انصار العقود النموذجية على مطلق سلطان الإرادة الذي يعلو على حكم القانون كما ذهب انصار النظرية الشخصية التقليدية وإنما يستند على سلطان الإرادة الذي اساس قوته الملزمة للأطراف من قاعدة قانونية تخول للإرادة القدرة على وضع

(١) - د/ هشام على الصادق: القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية ، مرجع سابق ، ص ١٢٧

(٢) - د/ محمود محمد ياقوت : الروابط العقدية الدولية ، مرجع سابق ، ص ٥

الشروط العقدية التي يلتزمون بأحكامها^(١). ومثال على هذا ما نص عليه قانون التحكيم المصري في المادة ١/٣٩ (تطبق هيئة التحكيم على الموضوع النزاع التي يتفق عليها الطرفان وإذا إتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك).

وعلى ذلك فإن العقود النموذجية وأن كانت تتحرر من فكرة إسنادها إلى نظام قانوني وطني ، فإنه يتم إسنادها إلى نظام قانوني غير وطني هو قواعد الموضوعية التجارة الدولية ، سواء أكانت تجد مصدرها في المبادئ القانونية المشتركة للأمم المتعدنة ، أم اعراف وعادات التجارة الدولية ، ومن ثم فهي تتمشي مع الرأي الراجح في الفقه والقضاء وهو ضرورة إسناد العقد الدولي إلى قواعد التجارة الدولية التي تشكل نظاما قانونيا له صفة الإلزام^(٢).

والعقود النموذجية هي عبارة عن مجموعة الشروط العامة متداولة ومستقرة من عادات وواقع التجارة الدولية ومعدة مسبقا كما صيغ مطبوعة وتستعمل كنماذج يتم إبرامها في المستقبل ، كما أن العقود النموذجية جسدت مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وعن طريقها سهلت التبادل التجاري للسلع والخدمات العابرة الحدود^(٣)؛ لأنها تشتمل على أحكام تفصيلية تتعلق بتحديد التزامات وحقوق الأطراف وكيفية تنفيذها وكيفية الوفاء بها وجزاء التأخير في الدفع وتأثير القوة القاهرة على العقد ، وشروطها وآثارها ولا شك في أن العقود تعمل على اقتصاد الكثير من الوقت والنفقات ، حيث لا تستغرق المفاوضات في إبرام العقد الدولي غير الوقت القصير ، فمجرد ملء بعض الفراغات والبيانات ، في النمط المعد وتمام توقيع

(١) - د/ هشام على الصادق : القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية ، مرجع سابق ، ص ١٣٤

(٢) - د/ منير عبد المجيد : الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص ، ٢٠٠٥ م ، ص ٢٨٥

(٣) - د/ حسين منصور : العقود الدولية ، بدون ناشر ، ٢٠١٤ م ، ص ٢٧٤

الأطراف ، أو من ينوب عنهم قانوناً ، ينعقد العقد بل بمجرد اتصال تلفونى ، أو إشارة بالتلكس إلى عقد نمطى معين يكفى حتى يعرف كل طرف متعاقد حقوقه والتزاماته^(١).

ويقرر البعض^(٢) أن أسباب انتشار هذه العقود النموذجية فى مجال العقود الدولية قصد به تحقيق بعض الأهداف:

- ١- توفير الوقت والجهد فى صياغة العقود ، ذلك أنهم يستفيدون من خبرات من قبلهم عند إبرامهم لعقودهم ، فالعقود النموذجية لا تستقر فى مجال المعاملات القانونية إلا بعد وقت طويل.
- ٢- قصور التشريعات عن خلاف المشكلات القانونية كلها المتعلقة بالعقود ولا سيما العقود المدنية والتجارية التى تنصب موضوعاتها على أمور فنية وتقنية تتطور بسرعة كبيرة ولا تستطيع التشريعات ملاحقة هذا التطور .
- ٣- الإتجاه نحو توحيد القواعد القانونية التى تحكم المعاملات المالية حتى تتجنب مشكلات تنازع القوانين.

فالعقد لا يستلزم لوجوده أو خلقه وعلى العكس من الكثير من النظم القانونية يحتاج الى تدخل سلطة خارجية أو نظامية هو كصرف إرادى يمكن أن يتمتع بتنظيم ذاتى مرده إرادة الأطراف وحدها ودورها فى وضع الإشتراطات الكفيلة بقيام هذا التنظيم الذاتى ودون رجوع إلى اية قواعد قانونية فهو نظام قانونى ذاتى له القدرة باعتراف المشرع نفسه منذ اعتماد قاعدة أو مبدأ سلطان الإرادة على خلق قواعد قانونية وإن كانت فردية^(٣).

(١) - د/ أحمد عبد الكريم السلامة : نظرية العقد الدولى الطليق ، مرجع سابق ، ص ٥٥

(٢) - د/ أيمن سعد : العقود النموذجية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ١٥

(٣) - د/ أحمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولى ، مرجع سابق ، ص ١٢٨

كما أن هذه القواعد تستمد قوتها الملزمة من إرادة الأطراف ، فإن هذه الإرادة بوسعه أن تستجد ما شاء من هذه القواعد نطبقها جزئياً أم كلياً وتتحدد القواعد التي تحكم العقد تبعاً لصيغة الإتفاق من بين الأطراف فإذا اتفق في عبارة عامة على إخضاع العقد لقواعد الإتحاد الدولي للمهندسين الإستشاريين دون تحديد لهذه القواعد طبيعة عليه القواعد القائمة ومن اتفاق وما يطرأ من تعديلات حتى انقضاء العقد أما إذا كانت طبيعة الإتفاق قاطعة ، فإن حدد القواعد الحاكمة للعقد لتلك القائمة وقت الإبرام أو بعضاً منها يجب احترام هذه الإرادة ولا يسرى كل تعديل لاحق على الإتفاق^(١).

كما أن هذا العقد يعد قانون المتعاقدين الذي تنشئه اتفاقية شبه دولية هو نظام قانون مستقل ينظم العلاقة بين الطرفين تنظيمياً شاملاً ، وبطبيعة الحال أن قانون المتعاقدين هذا قد يشير لغرض تفسيره أو لغرض سد الثغرات التي تنشأ في المستقبل إلى النظام القانوني للدولة المتعاقدة أو للطرف الآخر أو للقانون الدولي ، ولكن هذه القوانين لا تطلق إلا بقدر ما يفوضه قانون المتعاقدين ، ذلك أن هذا القانون بما له من سيادته هو الذي ينص على حقوق الطرفين وواجباتهما.

والذي يقوم على إعدادها ، الجمعيات والهيئات المهنية ، المشتغلة بتجارة نوع من السلع أو الخدمات كما أن أهم مجهود يذكر في هذا الصدد هو الذي بذلته اللجنة الإقتصادية لأوروبا (C.E.E) فقد قامت بإعداد كثير من العقود النمطية الدولية مثل العقد النموذجي لتصدير المصانع والآلات والعقد النموذجي لتصدير المصانع والآلات مع تركيبها والعقد النمطي للإستيراد وتصدير الخشب ، وتوجد أيضاً العقود النموذجية لجمعية لندن لتجارة الحبوب والقواعد والعادات المتعلقة بإعتمادات المستندية^(٢).

(١) - د/ محمد محسن النجار: مرجع سابق ، ص ١٥

(٢) - د/ أحمد عبد الكريم السلامة : نظرية العقد الدولي الطليق ، مرجع سابق ، ص ٥٥

كما دفعت أهمية عقود الإنشاءات الدولية لتنظيمات عديدة لإعداد نماذج مسبقة لها ، منها الدليل الإرشادي الصادر سنة ١٩٨٨ عن لجنة القانون التجاري الدولية التابعة للأمم المتحدة حول كيفية صياغة عقد الإنشاءات الصناعية ، يضاف لذلك الشروط التعاقدية النموذجية التي تسمى بالعقود النموذجية (FIDIC) وهي الإختصار الفرنسي للإتحاد الدولي للمهندسين الإستشاريين ويضم هذا الإتحاد مجموعة من جمعيات وغرف المهندسين فى الدولة المتقدمة خاصة ، ويعد نماذج فى مجالات مختلفة متصلة بالعمال المدنية^(١).

والشروط النموذجية النمطية الواردة فى عقد المشروعات الانشائية الصادرة عن الإتحاد الدولي للمهندسين الإستشاريين (فيديك) هى صياغة مسبقة لمجموعة من البنود التعاقدية التى تندمج فى عقد ينصب فى موضوع يرغب الأطراف فى التعاقد بشأنه وهى عقود محكمة بمبادئ القانون الخاص السارى المفعول فى الدولة^(٢).

وتقود العقود النموذجية إلى تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي ، على نحو يجعل الرجوع إلى قاعدة تنازع القوانين أمر نادر فالشروط العديدة والأحكام التفصيلية التى تحتويها تكاد تجعل مشكلة تنازع القوانين والقانون الواجب التطبيق غير قائمة^(٣).

وعلى الرغم من المزايا التى تتمتع بها العقود النموذجية باعتبارها أهم وسائل توحيد قانون التجارة الدولية إلا أنها تواجه انتقادات ناجمة عن المشكلات التى تصادفها عند وضع الشروط العامة لهذه العقود ، فعلى الرغم من أن الهيئات المعنية بوضع الشروط تحاول أن تضع صيغا للعقود النموذجية تلائم احتياجات ومتطلبات الحياة التجارية ، إلا أن

(١) - خالد مفتاح زغنين : التنظيم القانوني لعقود الأشغال ذات الطابع الدولي ، الأكاديمية الليبية ، طرابلس ،

رسالة ماجستير ، ٢٠١٣م ، ص ٨٩

(٢) - محمد سمير عبد الله : مرجع سابق ، ص ٣٧

(٣) - د/ احمد عبد الكريم سلامة : العقد الدولي الطليق ، مرجع سابق ، ص ٦٠

هذه الصيغ توضع بنماذج مطولة وغامضة فقد لا يتسنى لبعض المتعاقدين من الإطلاع عليها وإذا اطلعوا عليها يصعب فهمها إلا من قبل المتخصصين في التجارة فضلاً عن أنها توضع من قبل جهات ترعى مصالحها عند وضعها ومما يزيد من صعوبة استخدامها تعدد الصيغ للموضوع الواحد حيث غالباً ما يؤدي إلى إيجاد المتعاقدين في مواقع غير متوقعة أو غير متكافئة ، فضلاً عن الصيغ التي كتبت بها تبعاً لإختلاف الجهات التي أعدتها والإختلاف في ترجمتها ؛ لأنها تكتب عادة بلغة واحدة^(١).

أثبتت التجربة والواقع أنه يستحيل وجود عقد يحتوى على شروط تكفى بذاتها لحكم العقد ، فالعقد الذى يكفى بذاته هو خيال وليس حقيقة ، فالنقض والقصور فى بنود العقد وأحكامه أمر قائم ، فالأطراف مهما كانت خبرتهم وتوقعاتهم لأحداث المستقبل لا يمكنهم الإحاطة بكل جوانب العملية التعاقدية ، وهذا الأمر غير مستغرب حيث أن النقص يلحق حتى القانون فكيف بالعقد ؟ فهناك استحالة عملية فى خلق مجموعة من الإشتراطات التعاقدية التى يمكن أن تكون كافية بذاتها وتستبعد الحاجة إلى اللجوء للقانون^(٢).

(١) - د/ نغم حنا رؤوف : العقود النموذجية للجنة الإقتصادية الأوروبية ، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية

، المجلد ١٤ ، العدد ٦ ، ٢٠٠٧م يونيو ، ص ٣٣٢

(٢) - حواء فرج محمد المجبرى : مرجع سابق ، ص ٦٣

المطلب الثانى

العادات والأعراف الدولية

تعد الأعراف والعادات الدولية التى استقر عليها العمل فى إطار مجتمع التجارة ورجال الأعمال العابرة للحدود مصدراً هاماً من مصادر القوادى المادية التى وضعت خصيصاً لتوائم متطلبات التجارة الدولية الحديثة وإدارة أهدافها ، والتى جرى التحكيم التجارى الدولى على تطبيقها تطبيقاً مباشراً حسب ما يرى البعض دون حاجة لأعمال منهج التنازع^(١).

فأطراف العقد الدولى يبرمون تعاملاتهم المألوفة ضمن النشاط التجارى الدولى بقصد الحصول على سلعة معينة أو تحقيق خدمة معينة ولكونهم ينتمون إلى جماعات مهنية معينة توافقوا على تحديد منهاج التعامل فى الشروط عامة أو عقود نموذجية أو عادات عامة للمهنة حيث نجد انهم ينشئون تعاملهم على أساس هذه العادات والنماذج التعاقدية^(٢).

أولاً : تعريف العادات وأعراف التجارة الدولية:

تتميز الأعراف التجارية الدولية بالعديد من الخصوصيات التى فرضت تواجد حلول معينة لمواجهة مختلف المشكلات التى ترتبت عن هذه العلاقات . ويمكن تعريف العادات والأعراف التجارية بأنها مجموعة من القواعد الناتجة عن التعاملات التجارية الدولية التى

(١) - محمود محمد ياقوت : مدى حرية المتعاقد فى اختيار القانون ، مرجع سابق ، ص ٢٤٩

(٢) - د/ ثروت حبيب : دراسة فى قانون التجارة الدولية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون تاريخ نشر ،

استمر عليها حتى أصبح من الصعب وغير المألوف الخروج عليها ومخالفتها حتى أصبح لها هيبة القواعد القانونية الملزمة في المجتمعات التجارية الدولية^(١).

وقد عرف البعض الآخر عادات التجار هي القواعد التي يكونها أشخاص التجارة المهنية وأجهزتهم في التبادلات الاقتصادية الدولية خاصة في المجالات المهنية والتي يطبقها المحكمون المعينون بواسطتهم لحل المنازعات الناشئة بينهم.

تعد العادات والأعراف المصدر الأول لقانون التجارة الدولية كما أنها مصدر بطيء التكوين لا ينشأ في عادة في فترة وجيزة وإنما يجب إتباع قواعدهما بصورة منتظمة وعلى سبيل التكرار ، حتى يثبت لها الإستقرار في الأوساط المهنية والتجارية ويستقر إيمانهم في نفوسهم حتى تكتسب الإلزام كما لا توجد مدة معينة حتى يتم إتباع هذه القواعد بل تختلف باختلاف الظروف^(٢).

وقد استطاعت بعض الهيئات الدولية لتقنين بعض هذه العادات والأعراف التجارية السائدة في أنشطة معينة وهذه العادات والأعراف التجارية قد تكون في صورة عقود

(١) - د/ أحمد حسنى سليم : تطبيق المحكم الدولي للعادات والإعراف التجارية الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧م ، ص ٣٢

(٢) - جميلة مشنان : القيمة القانونية للعادات والأعراف التجارية ، رسالة ماجستير ، كلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية ، جامعة الحسن الأول ، المغرب ، ٢٠١٦م ، ص ١٦. منشور في موقع مجلة القانون والأعمال ، جامعة الحسن الأول على الموقع:

<http://www.droitentreprise.cim>

تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٣/٩

نموذجية وهذه العقود معدة سلفاً ، وتتطوى على جميع القواعد التى تحكم الرابطة العقدية ، وأسباب المسؤولية والإعفاء منها^(١).

كما أوضحنا سابقاً بأن العقود والشروط التى أعدتها الهيئات المختصة أصبحت عرفاً واستمر العمل عليها.

ثانياً : مدى إمكانية تمتع العادات والأعراف التجارية بصفة القانونية:

يثور خلاف بين الفقه حول القيمة القانونية للأعراف والعادات وما مدى تمتعهم بالقيمة القانونية وهل تعد منهاجاً يمكن الإعتماد عليه فى حل المنازعات التجارية الدولية كما لا يمكن لنا الجزم بذلك إلا إذا اعترفنا مقدماً بأن القواعد العرفية تشكل فى مجموعها نظاماً قانونياً وهذا ما ذهب إليه بعض الفقه.

انقسم الفقه حول تمتع الأعراف والعادات التجارية بصفة القانونية إلى اتجاه منكر وآخر مؤيد.

١- الإتجاه المنكر الصفة القانونية على العادات والأعراف التجارية الدولية:

يرى هذا الإتجاه بأن العادات التجارية لا تشكل قواعد قانونية بالمعنى المعروف وإنما هى مجرد عادات ذات صفة تعاقدية ؛ لأنها لا تستمد قوتها الملزمة إلا من اتفاق الأطراف عليها ، كما أن لا يمكن تصور وجود قاعدة قانونية بعيداً عن سلطان الدولة أيضاً هذه القواعد تفتقر إلى عنصر الجزاء ، ولا ترتقى إلى مرتبة العرف الملزم^(٢).

(١) - أ.د/ أحمد محمد الهوراي : عقود التجارة الدولية بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد ، مجلة الأمن

والقانون ، أكاديمية الشرطة دى الإمارات ، مجموعة ٢٠ ، العدد ٢ ، ٢٠١٢.

(٢) - د/ أحمد محمد الهوراي : مرجع سابق ، ص ٢١

كما أن تكرار الأخذ بهذه العادات لا يؤدي إلى منحها صفة العموم التي تتمتع بها القواعد العرفية نظراً لإختلاف الصيغ المستخدمة في هذا الشأن حسب نوع العقد الذي أدرجت به على نحو يصعب منه التسليم بتحول العادات إلى قواعد عامة^(١).

ويرون أيضاً أنه حتى لو قبل بخضوع العقد لعادات وأحكام وسط معين ، فثمة معاملات قد تكون من قبيل العقود الفردية التي لا تنشر في الوسط المهني ، ومن ثم القانون المهني لا يغطيها وهذا يجعل الطرف القوي اقتصادياً يتغلب على طرف الضعيف ويستغله حتى في الأوساط المهنية الدولية يوجد الأقوياء ربما يستغلونه غيرهم أي أنه بوجه عام في مصالح لابد من مراعاتها ويرون الضمان الوحيد الحقيقي لتحقيق التعامل السليم هو خضوع العقد للقانون الوضعي المعين هو القادر على تنظيم الرابطة القانونية^(٢).

أيضاً أن هذه العادات تختلف من عقد إلى عقد حسب صيغة العلاقة التعاقدية . بل أيضاً من مهنة إلى أخرى مما يفقدها إلى صفة العموم والتجريد ويصعب معه التسلم بكون هذه العادات قواعد قانونية.

كما لابد من توضيح بأن العقود النموذجية والشروط العامة وسائل العادة المهنية هي مجرد اقتراحات أو صيغ قانونية معروضة على رجال التجارة الدولية الذي يتمتعون بكامل الحرية في تبنيها أو رفضها ؛ لأنهم يعلمون بأنها غير ملزمة إلا لو اختاروها صراحة أو ضمناً وفي هذه الحالة يعتبر مصدر الإلزام ؛ لأنها صارت جزءاً من العقد وتتمتع كسائر بنوده بالقوة الملزمة لا تأتي من ذاته وإنما من العقد.

وهناك من يرى أن عادات التجارة يمكن أن تكون تهديداً للنظام القانوني الوطني من ناحيتين:

(١) - د/ محمد ياقوت : نحو جديد للقانون التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص ٥٥

(٢) - د/ ثروت حبيب : مرجع سابق ن ص ٢٤٦

- تقود عادات التجار إلى إنشاء نظام قانونى آخر خاص بالعلاقات الإقتصادية ، نظام قانونى مختلف ، يعمل بطريقة مستقلة وله مصادر خاصة وهذا تطور يهدد النظام القانونى الدولة وحدته.
- كما أن تطور عادات التجار يمكن أن يغير بالنظام القانونى الوطنى وذلك من مجاله ونزع جزء منه فكلما اتسعت عادات التجار كلما ضاق مجال القانون الدولى والوطنى.

٢-الرأى المؤيد لإضفاء الصفة القانونية على العادات والأعراف التجارية الدولية:

يرى هذا الإتجاه أن قواعد قانون التجارة الدولية هى قواعد قانونية بالمفهوم المتعارف عليه حيث تشكل نظاما قانونيا مستقلا قائما بذاته وبما أن العادات وأعراف التجارة الدولية وهى من عناصر قانون التجارة الدولية ، ولم تعد مجرد عادات اتفاقية وإنما تحولت مع مرور الوقت إلى اعراف العقود النموذجية والشروط العامة أدت إلى تكرار إتباعها واستقرار العمل بمقتضاها ، فأصبحت ذات مضمون عام ومجرد ، وأنا المتعاملين فى التجارة الدولية يشعرون بأهميتها وضرورتها وهذا سببا أضفى عليها الصفة القانونية^(١).

وإذا كان الفقه التقليدي رأى أن قاعدة السلوك التى لا تقتزن بوسائل القهر العام الذى تباشره الدولة لا تعد قانونية فإن هذا الرابط بين القانون والجزاء غير المادى غير متطلب ، إذ يكتفى جانب من الفقه للأعتراف بالصفة القانونية لقاعدة السلوك الإجتماعى أن يشعر الآخر بأهميتها وضرورية لتنظيم مجتمعهم^(٢).

كما رد أيضا على عدم تمتعها بالجزاءات هذا يتعارض ومخالف لأحكامها ؛ لأن هذه الجزاءات لها صفة تتلاءم مع طبيعة الاشخاص التجارية الدولية حيث تقوم بها

(١) -د/ محمود محمد ياقوت : مدى حرية المتعاقدين فى اختيار القانون الذى يحكم العقد الدولى ، ص ٣٠٦

(٢) - د/ هشام صادق : مرجع سابق ، ص ٥٩٠

المؤسسات التي تتولى شؤون هذا المجتمع العابر للحدود كالنقابات الخاصة ومؤسسات التحكيم التجارة الدولية مثل غرفة التجارة الدولية في باريس ومثال لهذه ، الجزاءات المالية كأيداع أطراف النزاع لضمان مالي مسبق يتحملة الطرف الذى يرفض تنفيذ حكم المحكمين طواعية ، كما يوجد أيضا جزاءات أدبية كنشر أسماء التجار والشركات التي ترفض تنفيذ حكم المحكمين الأمر الذى يؤثر على سمعة هؤلاء فى السوق الدولية وأيضاً يوجد جزاءات أخرى تشمل حرمان المقصر من بعض لحقوق العضوية فى الإتحادات الدولية والمهنية^(١).

وقد جرى العمل أيضا فى إطار التحكيم الدولى على أن هناك صورا معينة من الجزاء تتمثل فى نشر الحكم عند عدم التنفيذ المحكوم ضده لحكم التحكيم وقد يظهر هذا الجزاء فى صورة حرمان هذا الطرف من الإلتجاء مستقبلا إلى التحكيم ، كما تقوم بعض هيئات التحكيم بإلزام الأطراف سلفا بتقديم كفالة لضمان تنفيذ حكم التحكيم ، ومن ناحية أخرى بتدخل الدولة فى التنفيذ الجبرى لحكم المحكمين^(٢).

وأخيرا يرى أصحاب هذا الإلتجاه بأنه لا يمكن تجاهل حقيقة الدول الذى تقوم به العادات التجارية سواء فى مرحلة إبرام العقود الدولية أو التفاوض بشأنها أو فى مرحلة تنفيذ العقود وجزاء الإخلال بالتزامات التعاقدية والحلول التى قدمتها العادات التجارية التى تعمل على معالجة التخلف وعدم ملاءمة القوانين الوضعية ، والتى وضعت فى الأصل للمعاملات التجارية الداخلية ، وأن كل هذه الأسباب تتظافر فى سبيل الإعتراف بقوة الإلتزام الذاتى لها.

ثالثاً: تطبيق الأعراف والعادات الدولية أمام القضاء الوطنى:

(١) - د/محمود محمد ياقوت : نحو مفهوم لقانون عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص ٥٩

(٢) - د/ منير عبد المجيد : الأسس العامة للتحكيم الدولى والداخلى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ ،

قد أوضحنا فيما سبق أن المحاكم تطبق مباشرة القانون المنصوص عليه فى العقد مباشرة دون اللجوء إلى قواعد التنازع وفى حالة عدم النص عليه يلجأ إلى تطبيق قواعد التنازع والبحث عن الإرادة الضمنية للإفراد إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للعادات والأعراف التجارية ، لأنه من المستقر عليه فى فقه القانون الدولة الخاص التقليدي بأنه لا يتصور قيام التنازع إلا بين قوانين دولة كاملة السيادة وعلى هذا الأساس يستبعد تطبيق هذه العادات والأعراف التجارية أمام القضاء الوطنى وذلك لكون هذه القواعد لا تقضى عن سيادة دولة ما ، حتى إذا كان اختيار القاعدة كان من طرفى العقد إلا أن هذه القاعدة منبثقة من القانون الوطنى.

حتى فى الأحوال التى يختار فيها المتعاقدون هذه الأعراف والعادات الدولية لحكم علاقاتهم العقدية ذات الطابع الدولى فإن هذا الإختيار لا يعدو أن يكون اختياراً مادياً أو موضوعياً ، وليس تنازعيًا تنزل بمقتضاه العادات والأعراف التجارية منزلة شروط التعاقدية التى لا يجوز لها أن تخالف القواعد الإمرية فى القانون الداخلى التى تشير إليه قاعدة التنازع فى دولة القاضى عند سكوت الإرادة عن الإختيار ألتنازعى لقانون العقد^(١).

ومع أنه من المتصور تطبيق العادات والأعراف التجارية الدولية أمام القضاء الوطنى لا يكون إلا بطريقة غير مباشرة عندما تحيل بعض القوانين نصوصها إلى العادات والأعراف التجارية الدولية السائدة والتى قد تتطابق مع عادات وأعراف التجارة الدولية مثل فيما لو خضع العقد للقانون الفرنسى مثلاً تحيل المادة ١١٣٥ من القانون المدنى إلى عادات التجارة الدولية وبالتالي لا يتم تطبيق هذه الأعراف بوصفها القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد وإنما تم تطبيقها بناء على إحالة النصوص الداخلية فى قانون الدولة الذى أشارت هذه القواعد باختصاصه^(٢).

(١) - د/ أحمد محمد الهوراي : مرجع سابق ، ص ٢٤

(٢) - د/ هشام الصادق : مرجع سابق ، ص ٥٩١

والقضاء الفرنسي سنة ١٩٢٠ والإعتراف بصحة شرط التحكيم فى العقود التى تبرمها الدولة مع الأشخاص الخاصة الأنبية نقض فرنسي سنة ١٩٢٣ فى قضية Galakiss وكذلك مبدأ استقلالية شرط التحكيم نقض فرنسي سنة ١٩٣٣ بمناسبة قضية Gosset²⁰ بالرغم من اعتراف القضاء بالقيمة القانونية لعادات التجارة الدولية وإنكاره صفة الإلزام ، مع ذلك فهى تشكل مصدرا أساسيا للقانون بمفهومه الواسع وجب تطبيقها ولو فى حالة عدم وجود إشارة إرادة الأطراف إليها^(١).

إن فتطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية عن طريق آليات وبشكل غير مباشر من طرف القضاء ، ومن خلال اعترافها بقيمة قانونية ، قد أفسح المجال أمام المحاكم الوطنية لتطبيقها مباشرة.

وقد استقر القضاء الفرنسي أيضا على الإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية الصادرة بالتطبيق لعادات وأعراف التجارة الدولية وخروج القواعد التى يطبقها المحكم على الموضوع عن رقابة القضاء الفرنسي وهذا ما أكده القضاء وأيدته محكمة النقض الفرنسية بمناسبة الطعون التى طرحت عليها بشأن أحكام المحكمين بشأن أحكام المحكمين ، حين قضت بأن : (الأعراف التجارية هى قواعد قانونية لا يتوقف تطبيق المحكمين لها على إرادة الأطراف ، ومن ثم فلا يجوز لهؤلاء المتعاقدين الإحتجاج بجهلهم لها ، لأنه لا عذر بجهل القانون)^(٢).

كما أن المحاكم الوطنية عندما تقبل تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية التى تستند إلى الأعراف والعادات التجارية تقبل فى الوقت نفسه تطبيق الأعراف والعادات التجارية بطريقة

(١) - د/ سعد البكور : مرجع سابق ، ص ٦٨

(٢) - د/ أحمد محمد أمين الهوراي : مرجع سابق ، ص ٢٦.

غير مباشرة من خلال (عباءة الحكم التحكيمي) وهذا لا يتعارض مع رفض القضاء الوطنى لتطبيق التنازع المزدوج لهذه الأعراف والعادات التجارية^(١).

ومع ذلك فإن إضافة العادات والأعراف التجارية إلى قانون القاضى يمكن أن يمنحها فرصة للتطبيق على النزاع العقدى ، فى حالة إذا كان هذا القانون هو المختص وفقا لقاعدة الإسناد أو إذا كان القانون الأجنبي المسند إليه حكم العلاقة العقدية يتضمن العادات والأعراف التجارية.

والجدير بالذكر ، أن التطبيق المباشر لعادات وأعراف التجارة الدولية أمام القضاء الوطنى لايعنى بالضرورة استبعاد إسناد العقد إلى قانون أجنبي ، فلا يتعارض هذا التطبيق مع التزام القاضى الوطنى بأعمال قواعد الإسناد فى قانونه وتطبيق القانون الأجنبي الذى تشير إليه ، فأعمال القواعد الآمرة فى القانون الأجنبي الواجب التطبيق يحقق معنى أو جوهر هذا الإلتزام ، فالمرونة التى تتسم بها عادات التجارة والناشئة عن طبيعتها العرفية المحايدة ، والتي تمكن القاضى من تطبيقها فى الأحوال كلها ، دون توقف على إحالة من جانب الأطراف أو القانون الواجب التطبيق ، وتجدر الإشارة على أن بعض المحاكم الفرنسية فى بعض أحكامها ، اعتمدت على الشروط التعاقدية الواردة فى العقد ، وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين للوصول إلى تطبيق قواعد التجارة الدولية المستقرة وخاصة عادات التجارة الدولية^(٢).

لذلك يبغي فقه الطبيعة القانونية للعادات وأعراف التجارة الدولية على الحكم الصادر من محكمة نانت التجارية فى حكمها الصادر بتاريخ ١١ يونيو ١٩٩١ وتتلخص وقائع هذه الدعوى إلى أنه وبمقتضى عقد الوكالة تجارية ضمنت إحدى الشركات السعودية لشركة فرنسية الحصول على عقد المقاوله من الباطن داخل المملكة العربية السعودية ،

(١) - د/ طرح البحور : مرجع سابق ، ص ١١٨

(٢) - د/ سعد البكورى : مرجع سابق ، ص ٦٩

تحدد أجر هذه الوساطة بنسبة ٧٠% من قيمة يؤديها المقاول الأصلي الى المقاول من الباطن إلا أن الشركة الفرنسية توقفت عن الوفاء لهذه القيمة وذلك بعد سداد ٧٥% منها وذلك بعد نشؤ خلافات بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن " الشركة الفرنسية " كما أن الطرف السعودي الوكيل لم يقيم بدوره في حل هذه الخلافات ، مما يعد معه إخلالا بالتزامات التي يفرضها عليه العقد ، الأمر الذي دفع الطرف السعودي إلى رفع الدعوى أمام المحكمة نانت الفرنسية " موطن الشركة الفرنسية المدعى عليها " وذلك للمطالبة بباقي القيمة المستحقة له ، فقضت المحكمة باستحقاقه للكامل و القيمة المنفق عليها وقد استندت المحكمة في قضائها إلى شروط العقدية وطبقت قواعد العادات والأعراف التجارية دون اللجوء إلى قاعدة الإسناد^(١).

ومن وقائع القضية السابقة بأن القاضى قد يعتمد على القواعد والعادات التجارية الدولية بشكل مباشر متجاهلا بذلك تطبيق ضوابط الإسناد التي تحيل إلى تطبيق القانون الوطنى لدولة ما خصوصا وأن العادات التجارية الدولية هي القواعد غير المنتمية لنظام قانونى معين مما يعنى عدم وجود تطبيق التنازع بين القانون الوطنى وقواعد وعادات التجارة الدولية وبالتالي مناهضا لإلتزام القاضى بأعمال قواعد الإسناد الوطنية الذى أمره مشرعه بضرورة أعمالها على كل نزاع يحتوى على عنصر أجنبي وهو ما لا يجوز قانونا^(٢).

بعد ما وضحنا إمكانية تطبيق العادات والأعراف الدولية أمام القضاء الوطنى ورأينا بأن يمكن تطبيقها بصورة غير مباشرة كما أن معظم المتعاملين فى التجارة الدولية يسعون إلى الهروب من القواعد القانونية الوطنية ولعله هذا يعد السبب الرئيسى فى اللجوء إلى التحكيم التجارى الدولى الذى يجدون فيه قضاء أصيل لتجارتهم الدولية فما هو مركز العادات وأعراف التجارة الدولية أمام المحكم؟

(١) - د/ أحمد امين الهوراي : مرجع سابق ، ص ٢٧

(٢) - د/ طرح الجور على حسن فرج : مرجع سابق ، ص ١٢٥

رابعاً : تطبيق العادات والأعراف أمام هيئة التحكيم:

وإذا كان الدافع الأساسي لإلتجاء أطراف العقود التجارية الدولية إلى التحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم هو تحرير هذه العقود من سلطان القوانين الوطنية وإخضاعها للقواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية كما أن المحكمين يتجهون إلى تدويل عقود التجارة الدولية.

كما ان قضاء التحكيم يقوم بتطبيق العادات والأعراف التجارية من تلقاء نفسه حتى لو لم تتجه إرادة الأطراف في العلاقة العقدية صراحة ويستند قضاء التحكم في ذلك إلى الإرادة الضمنية للمتعاقد والتي تشمل في اللجوء إليه للفصل في المنازعة دون اللجوء إلى القضاء الداخلي.

كما أن المحكم يجد نفسه مضطراً إلى حل النزاع بالاسناد إلى عادات وأعراف التجارة الدولية حتى تكون أكثر مواءمة للنزاع المطروح أمامه وتطبيق المحكم للأعراف الدولية أن يكون أساس حكم التحكيم للعرف بعيدا كل البعد عن القوانين الوطنية أن تكون العادات والأعراف المقابلة قانون القاضى بنسبة للمحكم.

ويحصل المحكمون على عادات التجار من تقنيات المنظمات المهنية والتقنيات الخاصة المختلفة للمنظمات المهنية الكبرى في الشروط العامة المطبقة في قطاعات التجارة والعادات غير المقننة ولكنها المعتادة في الشروط العامة في قطاعات التبادل والإنتاج والتوزيع التي يعرفها المحكمون جيداً من خلال الخبرة.

ويختلف تطبيق المحكم للعرف عن القضاء الوطنى حيث المحكم لا يعد حارساً ضمناً لنفاذ الأنظمة القانونية الوطنية وطالما أن قضاء التحكيم لا يصدر باسم السيادة الوطنية فإنه ليس للمحكم قانون اختصاص فلا يتعين عليه أن يعتد بقاعدة تنازع القوانين

المقررة فى القوانين الوطنية عكس القضاء الوطنى الذى يعتمد بطبيعته للعرف على قاعدة تنازع القوانين حيث إنه لا يصح إلا إذا أجازته قانون الدولة الذى تحدده^(١).

وقد حثت عديد من الاتفاقيات وأنظمة هيئات التحكيم على تطبيق العادات والأعراف التجارية وأمثلة على ذلك المادة (١/٧) من الإتفاقية الدولية للتحكيم التجارى الدولى المبرمة عام ١٩٦١ التى تنص على " الأطراف يكونون أحراراً فى تحديد القانون الذى يجب على المحكمين أن يطبقوه على موضوع النزاع ، وفى حالة انعدام إشارة الأطراف إلى القانون الواجب التطبيق ، يطبق المحكمون قاعدة التنازع الذى يقدرون ملامتها للنزاع ، وفى حالتين ، يأخذ المحكمون فى الحسبان اشتراطات العقد والعادات التجارة" والمادة (٣/٣) من نظام التحكيم الذى أعدته لجنة القانون التجارى الدولى التابعة للأمم المتحدة فى ١٥ ديسمبر ١٩٧٥ التى تنص على " يتعين على المحكمة التحكيم فى كل الحالات أن تأخذ فى الحسبان عادات التجارة الواجبة التطبيق على النزاع " النزاع كما نصت أيضا المادة (١/٢١) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجارى الدولى المبرمة فى ١٤ أبريل ١٩٨٧ والتى تنص على (تفصيل الهيئة فى النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذى اتفق عليها الطرفان صراحة أو ضمناً أم وجد وإلا فوفق أحكام القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع على أن تراعى قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقلة) وايضا المادة (٥/١٢) من لائحة غرفة التجارة الدولية الصادرة فى ١٩٧٥ التى تقضى (يجب على المحكم فى كل الحالات أن يأخذ فى الحسبان اشتراطات العقد والعادات التجارية الدولية).

على المنول نفسه سارت التشريعات الوطنية مثال ذلك المادة ٣٩ من قانون التحكيم المصرى رقم ١٩٩٩/٢٧ التى تقضى الفقرة التالية " يجب أن تراعى هيئة التحكيم

(١) - د/ مصطفى ثروت : سلطة المحكم الدولى فى تعيين القواعد القانونية على موضوع النزاع ، بدون ناشر ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٢م ، ص ١٦٩

عند الفصل فى الموضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف التجارية فى نوع المعاملة " كما نصت الفقرتان بأن (١،٢) من المادة نفسها سالفة الذكر (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التى يتفق عليها الطرفان . وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع المختلفة سوى أمام القضاء والتحكيم ، باعتبارها القواعد المادية منها قد وضعت خصيصاً لتنظيم عقود التجارة الدولية على نحو يقضى تطبيقها تطبيقاً مباشراً دون حاجة إلى الأعمال منهج التنازع(١) أما لو طرح النزاع أمام اللقاء الداخلى فإن المثال الوحيد يتجسد فى أعمال هذه القواعد وفى نهاية نصل إلى حقائق فإنه لا يتصور أن تلقى الأعراف والعادات الدولية تطبيقاتها يكون بمناسبة المعاهدات الدولية التى تصدت لتحديد القواعد الخاصة بالروابط العقدية الدولية ، بالإضافة القواعد التى وضعها المشرع أو القضاء لتنظيم هذه العقود ، والتى هى تطبق الأخرى مباشرة ما إذا شكلت جزءاً من النظام القانونى لدولة القاضى المطروح أمامه النزاع(٢)

(١) - د/ محمود محمد ياقوت : مدى حرية المتعاقدين فى اختيار القانون الذى يحكم العقد الدولى ، مرجع سابق

، ص ٣١١

(٢) - د/ بلاق محمد : مرجع سابق ، ص ١٥٤

الخاتمة

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

أولاً: النتائج:

- ١- تعتبر قاعدة قانون بلد التنفيذ أكثر ملائمة لعقود الإنشاءات وذلك لأنها تعد أكثر ارتباطاً بعقد الإنشاءات على عكس القواعد الأخرى.
- ٢- عدم ملائمة التشريعات الداخلية الحالية لمتطلبات عقود الإنشاءات الدولية ذلك لأن هذه القوانين وجدت أصلاً لحكم الروابط العقدية الدراخلية.

ثانياً: التوصيات:

- ١- توصى الدراسة بالحد من التمسك بالحصانة القضائية للدولة في مواجهة التحكيم حتى يحقق التحكيم الهدف الذي يسعى إليه على أكمل وجه.
- ٢- نقترح على أطراف عقود الإنشاءات الدولية أن يضمنوا العقد نصاً صريحاً يتضمن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، حتى لا يتسبب إغفالهم لهذا النص الصريح البحث عن الإرادة الضمنية أو اللجوء لضوابط إسناد احتياطية لا يرتضونها ولا تتناسب معهم.
- ٣- توصى الدراسة الدول النامية عموماً والدولة المصرية خصوصاً عند إبرامها لعقود الإنشاءات الدولية إلا ترسخ لضغوط الأجنبي في تطبيق قانون آخر غير قانونها الوطني.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب العامة والمتخصصة:

د/ أحمد حسنى سليم : تطبيق المحكم الدولى للعادات والإعراف التجارية الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧م .

د/ أحمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١م .

د/ بلاق محمد : قواعد التنازع والقواعد المادية فى منازعات عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعى ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٦م .

د/ ثروت حبيب : دراسة فى قانون التجارة الدولية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون تاريخ نشر .

د/ حفيظة الحداد : العقود المبرمة بين دولة والأشخاص الأجنبية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٦م .

د/ حمادة عبد الرازق حمادة : التحكيم فى عقود البوت ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٢م .

د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل: دورة إرادة الأطراف فى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون سنة نشر .

د/ صلاح على حسين : الوجيز فى تحديد قانون العقد التجارى الدولى ، من غير ناشر ٢٠١٦م .

د/ عانيت عبد الحميد: أساليب فض تنازع القوانين ذى الطابع الدولى فى الإسلام،
دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م.

د/ عصام أحمد البهجى : التحكيم فى عقود البوت ، دار الجامعة لنشر ،
الإسكندرية ، ٢٠٠٨م.

د/ عكاشة محمد عبد العال : القانون الدولى الخاص فى دولة الإمارات العربية
المتحدة ، الجزء الأول ، فى تنازع القوانين ، كلية شرطة دبی ، ١٩٩٧م.

د/ علاء محى الدين مصطفى أبو أحمد : التحكيم فى المنازعات العقود الإدارية
الدولية ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٢م .

د/ على على سليمان : شرح قانون الدولى الخاص الليبى ، دار صادر بيروت ،
بدون نشر .

د/ عنايت عبد الحميد ثابت: إطرار فكرة الدفع بالنظام العام فى نطاق القانون
الدولى الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م.

د/ محمود محمد ياقون : الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية
الموضوعية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجماعى ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤م .

د/ محمود ياقوت: حرية المتعاقدين فى اختيار قانون العقد الدولى، منشأة
المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.

د/ مصطفى ثروت : سلطة المحكم الدولى فى تعيين القواعد القانونية على موضوع
النزاع ، بدون ناشر ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٢م .

د/ منير عبد المجيد : الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ .

د/ طرح بحور : تدويل العقد الدولي ، دراسة تحليلية على ضوء الإتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ٢٠٠٦ م .

د/ عكاشة محمد عبد العال: القانون التجاري ادلولى، العمليات المصرفية الدولية، طبعة ٢٠٠٢م.

ثانياً: الرسائل العلمية:

أ- رسائل الدكتوراه:

د/ بشار محمد الأسعد : عقود الإستثمار فى العلاقات الدولية الخاصة ، رسالة دكتوراه ، كلة الحقوق ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، ٢٠٠٤ م .

د/ صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن : التحكيم وتنازع لقوانين فى عقود التنمية والتكنولوجيا ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جمعة عين شمس ، ١٩٩٣ م .

د/ محمد عبد العزيز بكر : فكرة العقد الإدارى عبر الحدود ، رسالة دكتوراه ، جامعة حلوان ، ٢٠٠٠ .

د/ محمود محمد ياقوت : مدى حرية المتعاقدين فى اختيار القانون الذى يحكم العقد الدولى ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، ١٩٩٨ م .

د/ يوسف عبد الهادى الأكياى : النظام القانونى لعقد النقل والتكنولوجيا فى مجال قانون الدولى الخاص ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، دون سنة نشر .

ب- رسائل الماجستير:

حواء فرح محمد المجرى : مدى كفاية الإرادة فى تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية ، رسالة ماجستير ، جامعة بنغازى ، ٢٠٠٠ .

خالد مفتاح زغنين : التنظيم القانونى لعقود الأشغال ذات الطابع الدولى ، الأكاديمية الليبية ، طرابلس ، رسالة ماجستير ، ٢٠١٣ م .

ثالثاً: الأبحاث والدوريات:

أ.د/ أحمد محمد الهوراي : عقود التجارة الدولية بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد ، مجلة الأمن والقانون ، أكاديمية الشرطة دى الإمارات ، مجموعة ٢٠ ، العدد ٢ ، ٢٠١٢ .

د/ أحمد قسمت الجداوى: نظرية القوانين ذات التطبيق الضرورى ومنهجية تنازع القوانين، بحث منشور فى مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، السنة الرابعة والعشرون، العدد الأول والثانى، يناير ١٩٨١ .

د/ زياد محمد فالح بشابشة ، د/ أحمد الحريك ، عماد قطان : دور إرادة أطراف التعاقد فاختيار القانون الواجب التطبيق فى الإلتزامات التعاقدية الدولية وفقاً للقانون الأردنى " دراسة مقارنة " مجلة جامعة القدس للأبحاث والدراسات العدد ٣٠ ، الجزء الأول ، حزيران ٢٠١٣ م .

د/ عنایت عبد الحمید: ذاتية وعد ذاتية قواعد تأمين المجتمع " فى نطاق فض تداخل مجالات انطباق القوانين ذات الطابع الدولى، بحث منشور فى المجلة المصرية للقانون الدولى، العدد ٤٨ ، ١٩٩٢ م .

د/ فوزى قدور نعيم: منهج التنازع فى عقود التجارة الدولية والمتغيرات الإقتصادية العالمية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجموعة ٢، ٢٠١٢م.

د/ محمد السيد عرفة: الأهمية الأمنية للحدود الدولية، الناحية القانونية، ندوة مهام حرس الحدود فى الدول العربية، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، والتي نظمتها أكاديمية نايف للعلوم الأمنية والمنعقدة فى الرياض، يونيو ١٩٩٩م.

د/ نغم حنا رؤوف : العقود النموذجية للجنة الإقتصادية الأوروبية ، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية ، المجلد ١٤ ، العدد ٦ ، ٢٠٠٧م يونيو .

فوزى قدور نعيم: منهج التنازع فى عقود التجارة الدولية والمتغيرات الإقتصادية العالمية، بحث منشور فى مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجموعة الثانية، ٢٠١٢م.

رابعاً: المراجع الأجنبية:

Jaeger Axel-Volkmar Go"tz-sebastian Ho"k FIDIC-A Guide for practitioners , springer Heidelberg Gordrecht London,2010.

DEBY Gerard: le role deregle de conflit dans le reglement des rapports internationaux, paris, 1973. P46

LOUSSOUAM: YVON RT BOUREL pierre : Droit intemational pwive , paris , Dallize,1993.

.DAVID , R: l'originalite' du commerce international
L.GOJ.2010.

MAYER ,S: les lois de police etrangeres. JDI.1981.

CLAY Thomas, L'arbitre; E'galite ' Efficavite ; la devise du
noveanu droite francais de l'arbitrage commentaire article par articl