

جامعة بني سويف
كلية الحقوق

الاختصاص القضائي بدعاوى
عقود الاستخدام الدولية

دكتور . هشام أحمد محمود عبد العال
أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد
حقوق بني سويف

٢٠٢٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ
وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عِلْمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ
تَعْمَلُونَ

سورة التوبة الآية " ١٠٥ "

مقدمة

نظراً لما ساد العالم من تطور في وسائل الانتقال ، شهدت الفترة الأخيرة تزايداً ملحوظاً في حركة الأيدي العاملة عبر الحدود ، سواء تمثل ذلك في انتقال العمال المصريين والعرب بين الدول العربية وبعضها البعض ، أو السفر إلى الدول الأوروبية أو انتقال العمال الأجانب إلى الدول العربية أو بين الدول الأوروبية وبعضها ، أو كان ذلك بين دول العالم الثالث والدول الصناعية الكبرى . فقد أسفرت العولمة عن التوسع في فتح الحدود أمام الأجراء الراغبين في العمل وأصحاب العمل ممتلكي رؤوس الأموال للاستثمار خارج النطاق الوطني والإقليمي وأضحت علاقات العمل متبادلة بين الأفراد في الدول المختلفة مثلها في ذلك مثل علاقات التجارة الدولية حيث بات مجال الاستخدام جزء من البنيان الاقتصادي في أي دولة لاسيما دول العالم الثالث.

وقد أدى ذلك إلى ظهور العديد من المشكلات المتعلقة بالمركز القانوني للمستخدم وبصفة خاصة للمستخدم المتنقل من دولته إلى دولة أخرى ، ومدى استفادته من تلك النظم في دولته أو الدولة المنتقل إليها ، وما قد يؤدي إليه هذا الانتقال من فقدانه لحقوقه المكتسبة. ومما زاد الوضع تعقيداً تلك الاختلاف بين التشريعات القانونية بين الدول المختلفة ، فضلاً عن غياب التنظيم التشريعي لبعض العقود ومنها علي سبيل المثال عقد الاستخدام في صورته الدولية وعدم توفير الحماية القانونية للمستخدم باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة ، فالدولة ملزمة من حيث المبدأ بتوفير الحماية للأفراد وتقديم المستلزمات الأساسية للحياة المجتمعية ، وفي نفس الوقت تحقيق العدالة لهم سواء أكانوا وطنيين أم أجانب ، وهذا يعني أن من واجبها أن تؤمن لهم محاكم يمكن الوصول إليها بسهولة ويسر ، لاسيما أن العقود الدولية عامة ترتكز علي اتصالها بأكثر من نظام قانوني يعود إلى دول متعددة ، فالعقد الدولي يتضمن عناصر اتصال تشير إلى أكثر من نظام يصلح إلى أن يطبق علي أحكامه ، وقد تكون عناصر الاتصال شخصية مثل "جنسية المتعاقدين أو محل

إقامتهم " ، وقد تكون موضوعية مثل "مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه " ولم يكن عقد الاستخدام الدولي ببعيد عن هذه المسائل ، حيث يرتبط بين المستخدم وصاحب العمل بعنصر اجنبي من شأنه أن يمنح الصلاحية لأكثر من نظام قانوني يسمح بتدخل أكثر من قاعدة سواء كانت وطنية أو أجنبية لحل النزاع وان الأمر غالباً ما يؤدي إلى تنازع بصدد القوانين التي تحكم العقد ، وتنازع آخر بصدد المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن هذه العقود.

وغني عن البيان أن مشكلة تنازع الاختصاص القضائي وتعدد أساليب فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي تقع في الوقت الحاضر في قلب مشاكل القانون الدولي الخاص ، وأن البحث في تنازع الاختصاص القضائي في عقود الاستخدام الدولي يعد من أدق موضوعات القانون الدولي الخاص والمثال الأبرز اليوم يظهر علي مستوي العقود التي يجريها المستخدمين المصريين مع شركات أجنبية لتنفيذ عقد الاستخدام في دولة أجنبية ثالثه أو أن تكون الشركة المستخدمة مصرية وعقد العمل ينفذ في دولة أجنبية يختلف نظامها القانوني عن نظام دولة المستخدم ودولة صاحب العمل .

- خطة الدراسة

الباب الأول : التنظيم القانوني لعقد الاستخدام الدولي

الفصل الأول : ماهية عقد الاستخدام الدولي.

المبحث الأول : تعريف عقد الاستخدام.

المبحث الثاني : خصوصية عقد الاستخدام

الفصل الثاني : الطبيعة الدولية لعقد الاستخدام.

المبحث الأول : الدولية القانونية.

المبحث الثاني : الدولية الاقتصادية.

الباب الثاني : المحكمة المختصة بدعاوى عقد الاستخدام الدولي.

الفصل الأول : الاتجاهات التقليدية في تحديد المحكمة المختصة.

- المبحث الأول : الضوابط الشخصية في تحديد المحكمة المختصة.
- المبحث الثاني : الضوابط الموضوعية في تحديد المحكمة المختصة.
- الفصل الثاني : الاتجاهات الحديثة في تحديد المحكمة المختصة.
- المبحث الأول : التحديد الإرادي للمحكمة المختصة.
- المبحث الثاني : المجال المحجوز لقانون القاضي.

الباب الأول

التنظيم القانوني لعقد الاستخدام الدولي

تمهيد وتقسيم

لم يضع المشرع المصري عقد الاستخدام ضمن طائفة العقود المسماة ، وبما أنه لا يوجد تنظيم خاص لهذا العقد سوف نعتمد علي أسس النظرية العامة للعقود لبيان التنظيم القانوني لعقد الاستخدام . ولكن لعبت المعاهدات الدولية دوراً هاماً في خلق القواعد القانونية ، فهي تعتبر المصدر الرئيسي الأول من حيث الترتيب الوارد في المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ، حيث أنها تعالج العديد من القضايا المهمة على المستوى الدولي وتوفر العديد من الاتفاقيات الحماية القانونية والقضائية للمستخدم الدولي استناداً إلى حقوق الإنسان . فصدرت العديد من الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي تعمل على توفير الحماية القانونية للمستخدم الدولي مثل اتفاقية الحد الأدنى لسن الاستخدام ، واتفاقية حقوق الطفل واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام ١٩٧٦ واتفاقية إلغاء العمل الجبري في عام ٢٠٠٧ ، كما عقدت مصر العديد من الاتفاقيات الثنائية مع العديد من الدول لتنظيم وضع العمالة المصرية مثل السعودية والأردن وغيرها من الدول ، فعقدت مصر اتفاقية بين حكومة مصر والمملكة الأردنية بشأن التعاون في مجال القوى العاملة فصدرت اتفاقية التعاون في مجال القوى العاملة بين وزارة المملكة الأردنية ووزارة القوى العاملة بجمهورية مصر العربية لعامي ٢٠٠١٤ ، ٢٠٠١٥ . وإذا كان الهدف الذي تسعى إليه جميع الدول هو توفير الحماية القانونية للعديد من الفئات التي تحتاج لهذه الحماية على المستويين الداخلي الدولي ، فيجب أن نتعرض في ذلك لاتفاقية هامة تعالج موضوع من أهم الموضوعات الدولية في توفير الحماية القانونية لهؤلاء الأشخاص تلك الاتفاقية المتعلقة بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة . فهذه الاتفاقية تعد

نموذجاً هاماً نظراً لما تتضمنه من حقوق ومزايا للأشخاص ذوي الإعاقة. وهي أول معاهدة شاملة لحقوق الإنسان في القرن الحادي والعشرين التي فتحت باب التوقيع عليها لمنظمات إقليمية ، فهذه الاتفاقية تشكل تحولاً مثالياً في المواقف والنهج تجاه الأشخاص ذوي الإعاقة. ولتفصيل ذلك نقسم هذا الباب إلى فصلين ، نخصص الأول منهما للوقوف على ماهية عقد الاستخدام من حيث تعريفه وخصائصه التي تميزه عن غيره من العقود المتشابهة ، ثم نعرض في الفصل الثاني لبيان كيفية تطرق الصفة الأجنبية إليه وتدخله في نطاق القانون الدولي الخاص ، وذلك على النحو التالي .

الفصل الأول : ماهية عقد الاستخدام الدولي.

الفصل الثاني : الطبيعة الدولية لعقد الاستخدام.

الفصل الأول

ماهية عقد الاستخدام الدولي

تقسيم

أن عقد الاستخدام له أهمية كبيرة في إطار القانون الداخلي ولكن تتعاضم هذه الأهمية في إطار القانون الدولي الخاص ، نظراً لما يثيره من مشكلات أخصها غياب التنظيم القانوني لهذا العقد على الرغم من الأهمية الاجتماعية واقتصادية التي يتمتع بها المتمثلة في رعاية مصلحة طبقة اجتماعية بأكملها ، ففي ظل هذا الغياب التشريعي الناتج عن حدثه حيث يرجع ظهوره إلى أوائل القرن التاسع عشر ، فلم يتبلور بشكل واضح إلا في أوائل القرن العشرين خاصة عقب الحرب العالمية الأولى ، فالعمل ليس حديث النشأة فقد عرفت البشرية العمل منذ العصور الأولى ، لكنها لم تعرف تنظيماً قانونياً يحكمه ، وإنما عرفت أعراف مهنية تولت تحديد العلاقات بين أطرافه تبعاً للظروف الاقتصادية والاجتماعية السائدة آنذاك¹. ومن هذا المنظور نحاول في هذا الفصل الوقوف على التنظيمات القانونية الداخلية لعقد الاستخدام من حيث تعريفه وبيان خصائصه الذاتية التي تميزه عن غيره من

¹ ففي المجتمعات القديمة لم توجد علاقة عمل بالمعنى المعروف التي تقتضي وجود طرفين أحدهما يقوم بعمل نظير أجر تحت رقابة وإشراف الطرف الآخر ، فقد كان نظامها الاقتصادي يقوم على الرق ، فكان الرقيق يعتبر من الأشياء المملوكة ويقوم بكافة الأعمال المادية أما الأعمال غير المادية فكانت تدخل في القانون الروماني تحت عقد الوكالة وهو عقد تفضلي لا يتقاضى فيه الوكيل أجراً وكان ما يقدمه له الموكل مقابل خدماته يعتبر نوعاً من الهدية لا أجراً . ومع ذلك فقد كانت هناك صورة نادرة يقوم فيها الشخص بعمل مادي لحساب آخر تحت إشرافه ورقابته ، هذه الصورة كانت النواة الأولى لعقد إجارة الأشخاص الذي نظمه القانون المدني الفرنسي والقانون المصري القديم ، وكان تنظيم العمل - كما هو واضح - يتأسس على اعتبارات اقتصادية ينظر فيها إلى العمل كسلعة من السلع شأنه في هذا شأن الأشياء التي يرد على الإيجار بما يفسر معه تسمية هذا العقد بعقد " إجارة الأشخاص.

العقود المتشابهة معه لاسيما عقد العمل ، وذلك من خلال تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي .

المبحث الأول : تعريف عقد الاستخدام.

المبحث الثاني : خصوصية عقد الاستخدام.

المبحث الأول

تعريف عقد الاستخدام

تقسيم

يتعين علينا في مستهل هذه الدراسة أن نتعرف بداية على مفهوم عقد الاستخدام حتى يتسنى لنا الوقوف على المعنى المحدد لهذا العقد ، ليس في القوانين الداخلية فحسب بل في القوانين المقارنة والاتفاقات الدولية ذات الصلة ، ولذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نتولى في الأول منهما بيان تعريف عقد الاستخدام في التشريعات الداخلية ، ونخصص المطلب الثاني للحديث عن مفهوم هذا العقد في التشريعات المقارنة ، وذلك على النحو التالي.

المطلب الأول : مفهوم عقد الاستخدام في القوانين الداخلية.

المطلب الثاني : مفهوم عقد الاستخدام في التشريعات المقارنة.

المطب الأول

مفهوم عقد الاستخدام في القوانين الداخلية

إن المتأمل في التشريع المصري والتشريعات المقارنة المختلفة يجد أن المشرع قد اغفل وضع تعريف محدد لعقد الاستخدام² على الرغم من الأهمية البالغة التي يحظى بها هذا العقد أسوة ببعض العقود الأخرى التي تناولتها نصوص القانون والقوانين ذات الصلة ، بوضع تعريف لها ومنها علي سبيل المثال عقد البيع وعقد الإيجار وعقد التامين وغيرها من العقود التي افرد المشرع لها تنظيمًا خاصاً ، ويرجع هذا الإغفال إلي أن المشرع ليس من اختصاصه وضع تعريف للأشياء ، وإنما ترك هذا الأمر لاجتهادات الفقه والقضاء في تعريف هذا النوع من العقود. ولذلك تباينت المواقف بصدد تعريف عقد الاستخدام ، نظرا لعدم وجود تعريف محدد له ، إلا أن الفقه في تعريفه لعقد الاستخدام لم يخرج عن الإطار العام للعقود فهو عقد كغيره من العقود الأخرى مع مراعاة الخصوصية التي يتمتع بها هذا العقد .

بيد أن مفهوم عقد العمل قد اختلف عما كان عليه في القانون الروماني القديم الذي كان يعرفه بعقد إجارة الخدمات ، وقد انحصر هذا الاختلاف في العناصر الطبيعية والقانونية وفي كيفية انعقاده التي تعمل علي خدمة مصالح الأطراف المتعاقدة ، فقد ظهرت تسمية عقد العمل في أواخر القرن التاسع عشر حيث وردت تسميته في بعض التشريعات

² انظر في ذلك المادة الرابعة من قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ حيث نص المشرع على أنه " لا تسري أحكام هذا القانون على " خدم المنازل ومن في حكمهم " .

المقارنة بعقد إجارة الخدمات كالقانون الفرنسي القديم الذي تأثر بالقانون الروماني والسويسري تلك التسمية التي تعطي للعامل صفة البضاعة القابلة للبيع والإيجار .
وقد سبقت الشريعة الإسلامية سائر النظم بالتنظيم الدقيق والكامل لعلاقات العمل الخاص وتحديدًا عقد العمل الفردي ، سواء على مستوى النصوص التي وضعت مبادئ عامة والكثير من التفاصيل بصدد تنظيم علاقات العمل الخاص ، فعقد العمل الفردي يطلق عليه في اصطلاح الفقه الإسلامي " عقد إجارة الأشخاص " . وانتقالاً مما هو معمول به قديماً إلي التطور الذي لحق بعقد العمل الآن ، فقد عرّفت المشرع المصري في المادة ٦٧٤ من القانون المدني على أن عقد العمل هو العقد " الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته وإشرافه في مقابل أجر يتعهد بيه المتعاقد الآخر " . كما تنص المادة (٣١) من قانون العمل على أن " تسري أحكام هذا الباب "عقد العمل الفردي " على العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إدارته أو إشرافه لقاء أجر " .

يتضح من تلك التعريفات السابقة وجود تطابق كامل بينها متمثلاً في أن عقد العمل يشتمل على عناصر ثلاثة هي ، عنصر العمل وعنصر التبعية وعنصر الأجر ، فالعمل هو محل التزام أحد المتعاقدين ، والأجر وهو محل التزام المتعاقد الآخر ، والتبعية تمثل العلاقة التي ينشئها العقد بين طرفيه . وعلى هذا يجب لقيام عقد العمل توافر هذه العناصر الثلاثة

³ قضت محكمة النقض المصرية بأن عقد العمل هو " العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل ، بأن يعمل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه ، مقابل أجر وتحديد نطاق العقد منوط بما اتجهت إليه إرادة عاقيه ، وما يعتبر من مستلزماته وفقاً للقوانين المكملة والمفسرة والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام " ، نقض مدني طعن رقم (٩٩) ٣١٠ سنة ٥٣ ق جلسة ٥ / ٣ / ١٩٨٤ .

⁴ وكانت المادة (٢٩) من قانون العمل الملغي رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ تنص على " أن تسري أحكام هذا الباب " عقد العمل الفردي " على العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إدارته أو إشرافه لقاء أجر أيّاً كان نوعه " . الجريدة الرسمية ، قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ م ، العدد (١٤) مكرر ، ٧ أبريل سنة ٢٠٠٣ م .

، فلا يقوم العقد إذا أدى العاقد عملاً بدون أن يتقاضى عليه أجراً ، أو إذا قبض مبلغ ولو سمي أجراً ، دون أن يؤدي في مقابله عملاً^٥. وفي نفس السياق فقد عرفت الفقرة الأولى من قانون العمل العامل بأنه " كل شخص طبيعي يعمل لقاء أجر لدي صاحب عمل وتحت إدارته أو إشرافه ". ويستفاد من هذا التعريف أن العامل لا بد وأن يكون شخصاً طبيعياً ذكراً أو أنثى، فلا يمكن أن يكون شخصاً معنوياً. ذلك أن موضوع قانون العمل الإنساني يستوي أن يكون هذا العمل متمثل في مجهود عضلي أو ذهني ، فلا يتصور أن ينسب " العمل " بهذا المعنى إلى شخص اعتباري ، حيث إن المجهود الإرادي يعزي إلى الأشخاص الطبيعيين العاملين فقط. وقد قصد المشرع ، بتنظيمه لأحكام العمل حماية العامل في إنسانيته^٦.

ويلاحظ أن المشرع قد أطلق لفظ " العامل " ولم يقيده بأي وصف ، فكل من يعمل مقابل أجر في خدمة صاحب العمل وتحت رقابته وإشرافه فهو عامل بغض النظر عن العمل الذي يقوم به ، فيستوي أن يكون العمل مادياً أو ذهنياً أو فنياً . ولا يؤثر في صفة العامل ارتباطه بأكثر من عقد عمل أو قيامة بعمل مستقل إلى جانب ارتباطه بعقد العمل. ولا يفرق قانون العمل بين العامل والمستخدم أو الموظف ، فيكفي فقط توافر التبعية والأجر للخضوع لقانون العمل دون النظر لنوع العمل أو تسمية من يقوم به . وقد لجأ المشرع إلى إطلاق لفظ العاملين على من يعمل في الحكومة والقطاع العام ، أي أنه أفلح عن استعمال لفظ موظف أو مستخدم سواء في قوانين العاملين المدنيين بالدولة المتعاقبة أو قانون العمل ، فقد كانت التفرقة بين العامل والمستخدم تجري وفقاً لمعايير تختلف باختلاف الآراء^٧. فيرى البعض أن العامل هو الذي يؤدي أعمالاً يدوية ، أما المستخدم أو

⁵ راجع د . جمال الدين ذكي ، قانون العمل الطبعة الثالثة ، القاهرة ، ١٩٨٣ ، ص ١٠٤ .

⁶ راجع د . رجب صميذة " أحكام عقد العمل الفردي " دار النهضة العربية ، ٢٠١٢ ، ص ٨٨ .

⁷ يرى البعض أنه لازالت للتفرقة بين العامل والمستخدم أهميتها من الناحيتين الاجتماعية والقانونية . فمن الناحية الاجتماعية يلاحظ أن المستخدم يكون في مركز اجتماعي أرقى من المركز الاجتماعي للعامل . ولا يرجع ذلك إلى اختلاف المستوى المادي فقط نتيجة لزيادة دخل الأول عن دخل الثاني . وإنما أيضاً إلى اختلاف المستوى الثقافي بينهما .

الموظف فهو الذي يؤدي عملاً عقلياً أو بعضها عقلي والبعض الآخر يدوي تغلب عليه الصفة الأولى ، كالمهندس والمحاسبين والكتابة^٨.

وقد انتقد هذا المعيار لعدم اتفاهه مع الواقع في كثير من الحالات ، فالملاحظ أن المجهود الذهني الذي يتطلبه عمل بعض العمال الفنيين يفوق كثيراً ما يتطلبه عمل الكتابة ، ومع ذلك يطلق عليهم لفظ مستخدمين^٩. كما يرى البعض أن العامل هو الذي يحسب أجره على أساس الإنتاج أو على أساس وحدة زمنية تقل عن شهر كالساعة أو اليوم أو الأسبوع . أما المستخدم فهو الذي يحسب أجره على أساس وحدة زمنية قدرها شهر .

والتفرقة على هذا الأساس غير صحيحة لأن هناك من العمال من يتقاضون أجرهم بالشهر، فمواعيد دفع الأجر لا أثر لها على صفة العامل أو المستخدم . ويرى البعض أن العامل هو من يتصل عمله بالإنتاج ، أما المستخدم فهو من يتصل عمله بإدارة المشروع أكثر من اتصاله بالإنتاج . ولكن هذه التفرقة ليست بدورها حاسمة لأن معنى هذا اعتبار المهندس عاملاً لأن عمله يتصل بالإنتاج في حين أن رؤساء العمال الذين يتصل عملهم بالإدارة يعتبرون وفقاً لهذا المعيار من المستخدمين رغم أنهم في الأصل عمال .

ويرى جانب من الفقه أن المستخدم هو من يكون أكبر أجراً في العادة من العامل ويكون الطابع الغذائي لأجره أقل ظهوراً منه في أجر أو العامل ، الأمر الذي يستوجب دفع أجر العامل في مواعيد دورية أكثر تقارباً ، كما أن مهمة المستخدم في المشروع تضعه عادة في علاقات مع إدارة المشروع أو عملائه ، وهو ما يتطلب فيه زيادة على قدرته الفنية صفات تتصل بالأخلاق أو تتعلق بالثقافة . وكثيراً ما تكون حياته الخاصة تبعاً لذلك ذات

ومن الناحية القانونية تبدو أهمية التفرقة بين العامل والمستخدم في بعض القوانين التي تفرق بينهما في أحكامها ، من ذلك ما ورد في القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن بعض الأحكام الخاصة بشركات المساهمة وبعض شركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة ، حيث يفرق القانون بين المستخدمين والعمال من حيث النسبة الجائر استخدامها من الأجانب ...، راجع د . عبد الودود يحيى " شرح قانون العمل " دار الفكر العربي ، ١٩٨٦ ، ص ١٣ .

^٨ راجع د محمد حلمي مراد " شرح قانون العمل " دار النهضة العربية ، ١٩٨٥ ، ص ٢٣٦ .

^٩ راجع د . عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٧١ .

أثر على علاقات العمل ، ويمكن أن تعتبر مبرراً مشروعاً لفصله وذلك على نقيض العامل ، كما أن لأقدمية المستخدم في المشروع أهمية لصاحب العمل وتوفر للمستخدم من ثم زيادة في الأجر أو تهيباً له الفرصة للتقدم ، في حين أن العامل يتمتع نفسياً بحرية أوسع في الانتقال من مشروع إلى آخر ويؤدي عمله على الدوام بذات القيمة¹⁰ .

على أن التفرقة بين العامل والمستخدم ليست تفرقة صناعية - كما يقال - بل تتأسس على اعتبارات فنية واجتماعية ، لا يمكن إنكار أثرها على القواعد القانونية ، لذلك تظل التفرقة بين الفئتين قائمة رغم جمعها في التشريع تحت اصطلاح واحد.

كما يمكن تعريفه أيضاً تعريفاً مماثلاً مع اختلاف بسيط في الألفاظ بأنه " العقد الذي يتعهد بمقتضاه المستخدم بان يعمل لدي صاحب العمل وتحت إدارته وإشرافه لقاء اجر أيا كان نوعه " . ونلاحظ من خلال هذه التعريفات أن عقد الاستخدام الدولي لا يختلف عن سائر العقود لاسيما فيما يتعلق بإبرامها وتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه ، فمن حيث الإبرام يحتاج إلي كافة الشروط التي يجب توافرها عند إبرام أي عقد مثل الأهلية ألزمه للمتعاقدين والرضا والمحل والسبب ومن حيث الالتزامات المترتبة عليه فهو يلقي بالعديد من الالتزامات علي كل طرف من أطرافه فيلقي علي صاحب العمل العديد من الالتزامات أهمها المقابل المادي .

¹⁰ راجع د. جمال الدين نكي ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ ، د . رجب صميده ، المرجع السابق ، ص ١٠٠ ، د. أحمد شوقي عبد الرحمن " الدراسات البحثية في نظرية العقد " منشأة المعارف ، ٢٠٠٩ ، ص ١٦ .

المطب الثاني

مفهوم عقد الاستخدام في التشريعات المقارنة

تقسيم

للقوف على التنظيمات القانونية لعقد الاستخدام في القانون المقارن ودور الاتفاقات الدولية في هذا الصدد ، نقسم هذا المطلب إلى فرعين ، نخصص الأول منهما لبيان التنظيم القانوني لعقد الاستخدام في القانون المقارن ، ونتعرض في الفرع الثاني لموقف الاتفاقات الدولية من هذا العقد ، وذلك على النحو التالي.

الفرع الأول

تعريف عقد الاستخدام في القانون المقارن

في حين نجد إن القانون الفرنسي قد ترك مهمة تعريف عقد الاستخدام للفقهاء والقضاء إذ لم يرد في القانون المدني ولا في قانون العمل الفرنسيين أي تعريف لعقد الاستخدام بشكل يسمح بتحديد معالمه أو إظهار عناصر وخصائصه ، مما أدى إلى كثرة تعاريف هذا العقد.

فقد عرف جانب من الفقه الفرنسي عقد الاستخدام بأنه " الاتفاق الذي يلتزم بموجبه شخص - المستخدم - بوضع نشاطه تحت تصرف وتوجيه شخص آخر - صاحب العمل - مقابل دفع مبلغ من المال" و أشاروا بأن هناك علاقة من ثلاثة عناصر لعقد الاستخدام مثل عقد العمل يمكن استخلاصها من التعريف وهي : أن يكون هناك عمل بشري ، وأن يكون هذا العمل مقابل دفع مبلغ من المال ذلك لأن عقد الاستخدام من عقود المعاوضة الملزم للجانبين ، والعنصر الثالث يتمثل في الإشراف والخضوع الذي يمتاز بأنه ذو صفة شخصية ، فالعامل يضع نفسه تحت إشراف شخص آخر، الأمر الذي يبرر التدخل الضروري للمشرع بالأحكام الآمرة لتنظيم هذا العقد لضمان احترام حقوق وأمن وكرامة العامل. في حين تذهب الأستاذة (Boulanger)¹¹ إلى إدخال فكرة الزمن في تعريفها لعقد الاستخدام مثل عقد العمل وتعدده من العناصر الأساسية في هذا العقد . بينما يؤكد الفقهاء (Rivero) و (Savatier)¹² علي فكرة التبعية أو الخضوع عند تعريفهم لعقد الاستخدام ، حيث يعدون هذا العنصر هو الأساسي في تعريف هذا العقد ، بل هو الذي يميزه عن باقي العقود الأخرى . هذا علي صعيد الفقه في فرنسا، أما القضاء فقد اكتفي بتعريف عقد الاستخدام عن العقود الشبيهة به بتطبيق معايير التعريف السابقة عليه والتي بوجودها تعد الرابطة عقد استخدام.

أما في إنجلترا فإن المشرع لم يتول مهمة تعريف عقد الاستخدام بل ترك مهمة التعريف إلي القضاء ، الذي عرفه بأنه "عقد لإجارة الخدمات يتعهد بمقتضاه شخص بالاشتغال مقابل أجر تحت أوامر شخص آخر يتعهد بتشغيله"¹³. كما عرفه المشرع السوري في المادة ٨١ من قانون العمل السوري بأنه "اتفاق بين رب العمل والعامل يشتغل بموجبه

¹¹ راجع Ripert Et Boulanger " Traite de droit civil" Tome. 3 1968 NO 1994 .

¹² راجع Rivero Et Savatier " Droit Du Travail pres Univ De France" , 19975 p . 60 .

¹³ راجع د . أحمد صبحي النقاش " تنازع القوانين في عقد العمل الفردي ، دراسة مقارنة " رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق

لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي سنة ٢٠٠٣ ، ص ٨ - ٩ .

العامل لصالح صاحب العمل ولو كان بعيداً عن نظارته مقابل اجر محدد حسب مدة العمل وحسب مقدار الإنتاج^{١٤} . وعرف نظام العمل السعودي عقد العمل الفردي ، في المادة ٥٠ منه بأنه : " عقد مبرم بين صاحب العمل وعامل ، يتعهد الأخير بموجبه أن يعمل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه مقابل الأجر^{١٥} " . وعرفه المشرع الجزائري حسب نص المادة ١٨ بأنه " تنشأ علاقة العمل بعقد كتابي أو غير كتابي ، وتقوم هذه العلاقة على أنه حال بمجرد العمل لحساب مستخدماً وتنشأ عنها حقوق المعنيين وواجباتهم وفق ما يحدده التشريع والتنظيم والاتفاقيات الجماعية وعقد العمل .

ومن خلال هذه النصوص التي وردت في تشريعات الدول المختلفة ، تأكد بما لا يدع مجالاً للشك الأخذ بالفكرة الحديثة لعلاقة العمل المتمثلة في تكريس الاهتمام بالجانب الموضوعي للعمل وتوسيع دائرة وسائل طرق حماية المستخدم ، ومن الممكن من خلال هذه التعريفات المتباينة أن نستخلص تعريفاً لعقد الاستخدام بقياسه على عقد العمل على اعتبار أنه صورته من صور عقود العمل الدولية ، على الرغم من تشكيك البعض في أن هناك فارق كبير بينهما متمثل في انتفاء صفة التبعية في عقد الاستخدام التي تعتبر ركيزة أساسية من ركائز وخصائص عقد العمل ولكن يمكن تعريف عقد الاستخدام الدولي رغم ما يتمتع به من خصوصية وذاتية خاصة به بأنه " عقد يلتزم بمقتضاه العامل بالعمل لصالح المستخدم وتحت إشرافه وتوجيهه مقابل اجر محدد ولمده محدد أو غير محدد " . وقد شمل هذا التعريف العناصر الأساسية لهذا العقد المتمثلة في العمل والأجر والتبعية والمدة.

¹⁴ راجع نص المادة ٨١ من قانون العمل السوري رقم ٢٧٩ .

¹⁵ فقد قررت اللجنة العليا لتسوية الخلافات العمالية بوزارة العمل السعودية في قرارها رقم (٩٠٠ / ٤٢٤) وتاريخ ٤ / ٦ / ١٤٢٤ هـ : (إن عقد العمل هو الرابطة العقدية بين العامل وصاحب العمل ، حيث يوضح فيه شكل العلاقة وبالذات مدة العقد ، والنظام وضع لعقد العمل من حيث عقداً محدد وعقداً غير محددة المدة) . راجع: قرارات اللجنة العليا لتسوية الخلافات العمالية بوزارة العمل السعودية لعام ١٤٢٤ هـ بخصوص نظر استئناف قرار اللجنة الابتدائية لتسوية الخلافات العمالية في جدة رقم (٨٧٨) وتاريخ ٧ / ٩ / ١٤٢٣ هـ .

الفرع الثاني

موقف الاتفاقات الدولية

العمل كما هو أساس الحياة وركيزة استقرارها ، فهو أيضاً أحد أهم العناصر الحاكمة بالنسبة إلى أي تقدم يرجى بلوغه في مجتمع من المجتمعات ، فبدونه تصير هذه الحياة هي والعدم سواء ، لذا فقد أضحى العمل ليس مجرد وسيلة من وسائل البقاء وحفظ النوع الإنساني فحسب ، وإنما هو وسيلة أيضاً لإحداث التطوير المستمر لحياتنا وفي مختلف نواحيها ، وحتى يكون العمل مثمراً وذا عائد إيجابي سواء بالنسبة إلى طرفي علاقات العمل المباشرين ، أي العامل وأصحاب العمل أو بالنسبة إلى أعضاء الجماعة المعنية ككل ، وكثيراً ما كان يحدث التعارض بين طرفي علاقة العمل المشار إليها أو بين أي منهما من جهة وبين السلطة العامة في المجتمع من جهة أخرى ، وكثيراً أيضاً ما كانت

تعجز النظم الاقتصادية السائدة في بعض الدول خاصة الرأسمالية منها ، التي عولت كثيراً على مبدأ حرية المتعاقدين وسلطان الإرادة كضمانة أساسية لحماية حقوق العمال ، عن طريق تحقيق الموائمة اللازمة بين مصالح العمال ومصالح أصحاب العمل ، وقد ترتب على هذا العجز أن تعرضت طوائف من العمال كالنساء والأطفال لأوضاع غير إنسانية وللاستغلال دون رحمة ، سواء من حيث ظروف التشغيل غير العادلة أو من حيث الافتقار إلى الشروط الصحية وطول ساعات العمل ، أو من حيث عدم وجود جهة معينة تستطيع الدفاع عنهم.

لذلك فقد تطلب تصحيح مثل هذه الأوضاع غير العادلة من خلال وضع ضوابط معينة تحول دون قيام أصحاب العمل بفرض شروطهم على العمال بزعم حرية التعاقد ، لذلك كانت هناك ضرورة في المبادرة إلى إنشاء القواعد القانونية التي تنظم ظروف العمل لتحقيق الاستقرار والعدالة الاجتماعية ، من جهة وللحيلولة دون اضطرار بعض الطوائف العمالية إلى اللجوء إلى العنف أو الثورة من جهة أخرى .

وعلى هذا كان أول دافع إلى ظهور قانون دولي للعمل دافعاً إنسانياً مفاده تحسين الوضع المادي والنفسي للعمال حيث إن الحرمان الاقتصادي يؤدي حتماً إلى الإحباط الروحي للشخص أما الدافع الثاني فهو متعلق بالمجال السياسي ، حيث كان التشريع الدولي للعمل يقدم إجراء يحول دون حصول مشاكل اجتماعية في الوقت الذي يصعب فيه على الكتل العمالية تحمل الظروف القاسية للعمل .

- حقوق العمال بحماية القانون الدولي :

منذ أمد بعيد يحاول المجتمع الدولي التصدي لمسألة تقنين المشاكل المرتبطة بقطاعات العمل بهدف وضع تنظيم قانوني لهم ، ومحاولة حمايتهم من الانتهاكات والظلم الذي يلحق بهم على كل المستويات في الكثير من المسائل والقضايا¹⁶.

¹⁶ راجع د . أحمد محمد رفعت " القانون الدولي لحقوق الإنسان في عالم متغير " دار النهضة العربية ٢٠١٣ ، ص ٤٥ .

وعلى الرغم من أن حقوق العمال ، باعتبارها جزء من تراث حقوق الإنسان المعروف ، لا يتم حمايتها بصورة فعالة في القانون الدولي ، ولكن في نفس الوقت لا ننكر أن القانون الدولي بلغ مرحلة تطور كبيرة وحقق نتائج مشجعة ، فقد بلغ عدد المعاهدات ما يقرب من مائتي معاهدة تشمل كل الجوانب التي تحفظ حقوق هذه الطبقة المهمشة . وكانت أولى هذه المحاولات لحماية حقوق العمال من خلال دور القانون الدولي بدأت في منتصف القرن التاسع عشر ، ولكن هذه المحاولات لم تتخذ شكلاً منظماً إلا في عام ١٨٩٠ ، حيث تم عقد أول مؤتمر حول هذه المسألة في مدينة بيرن السويسرية ولكن القفزة النوعية في هذا المجال جاءت بعد الحرب العالمية الأولى ، حيث نص القسم الثامن من معاهدة فرساي ١٩١٩ على تأسيس منظمة العمل الدولية .

- دور منظمة العمل الدولية في حماية حقوق العمال والمستخدمين.

عندما وضعت الحرب العالمية الأولى أوزارها تم وضع معاهدات فرساي للسلام عام ١٩١٩ ، وقد نصت هذه المعاهدة على تأسيس منظمة العمل الدولية ، وكان من مهامها اقتراح وصياغة مشاريع المعاهدات الدولية لحماية حقوق العمال وإصدار التوصيات. وظل نشاط هذه المنظمة في إغناء التراث القانوني والتنظيمي المتعلق بحماية العمال حتى الآن ، فهي تصدر التوصيات وتوجهها للدول الأعضاء لحثها على الاهتمام بحماية حقوق العمال وتصدر هذه التوصيات عادةً ، في مؤتمراتها السنوية ضمن عناوين كبيرة منها الحماية الفعالة لحقوق العمال ، وحرية التنظيم ، وحق التفاوض الجماعي ، وحظر منع عمل الأطفال ، وكذلك حظر التمييز في مجال العمل ، وقضايا الأجور والضمان الاجتماعي . كما تقوم المنظمة بإعداد مشاريع المعاهدات الدولية العمالية ثم تدعو الأعضاء للتوقيع عليها^{١٧} .

¹⁷لقد بلغ عدد هذه المعاهدات قد بلغ ٨٨ معاهدة دولية تظال معظم قضايا العمال من الأجور إلى الضمان الاجتماعي والحق في الإجازات وتكريس المساواة وحظر عمل الأطفال ، إضافةً إلى معاهدات ومواد ترتبط بحقوق المرأة العاملة ، وينظر القانون الدولي إلى هذا العدد الكبير من الاتفاقيات العمالية من زوايا مختلفة .

وعلى الرغم من كثرة عدد المعاهدات التي تتطلب بحماية هذه الفئة ، ظلت الأصوات تتعالى ولا تهدأ في التشكيك على فاعلية القانون الدولي ، نظراً لعجزه عن وقف الانتهاكات المتفاقمة لحقوق العمال والمستخدمين . وفي ذلك يقول أحد الفقهاء " أن مشكلة فاعلية القانون الدولي هي مشكلة عامة وليست محصورة بحقوق العمال باعتبارهم طبقه مهمة يصعب عليها الدفاع عن حقوقها ، ويعود سبب العجز إلى ضعف الآليات المستخدمة لحماية حقوق العمال والمستخدمين ، فالاتفاقيات الدولية والتوصيات تفتقر إلى آلية تنفيذية فعالة في وجود محكمة خاصة بها تصدر قرارات ملزمة للدول الأعضاء ، تستطيع العمال اللجوء إليها في حالة خرق حقوقهم . لهذا فالاتفاقيات الدولية والتوصيات الموجودة في إطار منظمة العمل الدولية يمكن اعتبارها من ضمن ما يعرف بالقانون الناعم أي القانون غير الملزم مادياً بل أخلاقياً لضعف آلية تنفيذه ."

بيد أن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل مكرسة في دستور منظمة العمل الدولية¹⁸ ، وكما جرى التشديد عليه في الأعمال التحضيرية لإعلان ١٩٩٨ ، الحقوق الأساسية فهي ليست أساسية لان الإعلان يقول ذلك فقط وإنما لكونها أساسية فعلاً. وهذه الحقوق والمبادئ مصنفة على أنها أساسية ليس لإنشاء تسلسلات هرمية وليس استخفافاً بمعايير العمل الدولية الأخرى بل لان المبادئ والحقوق الأساسية في العمل كما يشير إليه في إعلان العدالة الاجتماعية ، أساسية في تعزيز معايير العمل الدولية بشكل عام ، باعتبارها وسيلة رئيسية لتحقيق جميع الأهداف الدستورية للمنظمة¹⁹ ، و يعترف بالمبادئ والحقوق الأساسية في العمل على أنها من حقوق الإنسان في مصادر أخرى للقانون الدولي .

¹⁸ راجع : مكتب العمل الدولي /إعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل / مؤتمر العمل الدولي الدورة ٨٦ جنيف ١٨ حزيران /يونيه ١٩٩٨ ، المرفق في ١٥ حزيران / يونيه ٢٠١٠ .

¹⁹ راجع مكتب العمل الدولي إعلان منظمة العمل الدولية بشأن العدالة الاجتماعية من أجل عولمة عادلة ، مؤتمر العمل الدولي ، الدورة ٩٧ ، جنيف ، ١٠ حزيران يونيه ٢٠٠٨ .

والمبادئ والحقوق الأساسية في العمل مرسخة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان^{٢٠}، وفي العديد من معاهدات الأمم المتحدة الأساسية المتعلقة بحقوق الإنسان^{٢١}، بما فيها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية^{٢٢} والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية^{٢٣}، بالإضافة إلى سلسلة من الصكوك الإقليمية^{٢٤}، وقائمة حقوق الإنسان في العمل المعترف بها في صكوك الأمم المتحدة ولاسيما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية تتخطى المبادئ والحقوق الأساسية في العمل وتشمل حقوق أخرى مثل الحق في ظروف عمل آمنة وصحية والحق في الضمان الاجتماعي والحق في تحديد معقول لساعات العمل^{٢٥}، والحق في أجر منصف.

- صور من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالعمال .

²⁰ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، ١٩٤٨ ، المادة ٤ ، المادة ٢٠ حرية تكوين الجماعات ، المادة ٢٣ (٤) حق إنشاء النقابات والانضمام إليها والمادة ١٧ مبدأ عدم التمييز ، المادة ٢٣ (٢) الحق دون أي تمييز في أجر متساوي على العمل المتساوي المادة ٢٥ (٢) حماية خاصة للأطفال والمادة (٢٦) الحق في التعليم .

²¹ تشمل هذه المعاهدات الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ، ١٩٦٥ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ١٩٧٩ ، واتفاقية حقوق الطفل ، ١٩٨٩ ، والاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم ، ١٩٩٠ ، اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة ٢٠٠٦ .

²² العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦ المادة ٨ حظر السخرة أو العمل الجبري أو الإلزامي المادة ٢٢ (الاعتراف بالحق في الحرية النقابية ، بما في ذلك حق إنشاء النقابات والانضمام إليها) ، والمادة ٢٦ (الحق لجميع الأشخاص في الحصول على حماية فعالة من التمييز) .

²³ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، ١٩٦٦ ، المادة (٢) (الحق في التمتع بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من دون تمييز) . المادة ٦ (الحق في اختيار العمل أو قبوله بحرية) . المادة ٨ (الحق في تكوين النقابات بما في ذلك الحق في الإضراب) المادة (١٠) حماية الأطفال من الاستغلال الاقتصادي والاجتماعي .

²⁴ راجع : على سبيل المثال الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب ١٩٨١ ، و الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان ١٩٦٩ ، الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ١٩٥٠ ، الميثاق الاجتماعي الأوروبي ، ١٩٦١ .

²⁵ راجع : الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المواد من ٢٢ ، ٢٤ والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المادة (٧) .

إذا كانت منظمة العمل الدولية قد أسهمت على مدى العقود الماضية في إرساء وصياغة القانون الدولي للعمل في أصوله وفروعه وتفصيلات قواعده وأحكامه ، ومن خلال العدد الهائل من الاتفاقيات الدولية للعمل التي أبرمتها ، إضافة إلى التوصيات العديدة التي صدرت من خلال مؤتمر العمل الدولي ، وأسهمت أيضاً في تحسين أوضاع القوى العاملة . فإن المتابع لمسيرة منظمة العمل الدولية منذ نشأتها، يدرك بأنها كانت نقطة تحول في مسيرة العمل العربي المشترك حيث واصلت المنظمة جهودها في سبيل تحقيق أهدافها القومية المرسومة لها في الدستور والميثاق العربي. من خلال إصدار العديد من اتفاقيات وتوصيات العمل العربية فقد صدر عنها العديد من الاتفاقيات والتوصيات المتعلقة بعقود العمل الدولية ومنها :

أولاً : اتفاقية العمل اللائق للعمال المنزليين

الحماية الفعالة للعمال المنزليين .

إن المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية وجه الدعوة إلى مجلس إدارة العمل الدولي للانعقاد في جنيف ، حيث عقد دورته المائة في الأول من حزيران / يونيه ٢٠١١ ، وقد تبنى المؤتمر مقولة أن العمل المنزلي هو من أقدم المهن في العالم ويستطيع عمال المنازل الطبخ والتنظيف ورعاية الأطفال و كبار السن و المعوقين ، وهي مهام كانت تسند تقليدياً إلى النساء في الغالبية العظمى من المجتمعات ، ودون مقابل في أغلب الأحوال ، ومع ذلك قد يشمل العمل المنزلي أيضاً أعمال السواقة أو الخدمات الأمنية وهي مهام يقوم بها الرجال في كثير من الأحيان.

ويستوعب قطاع العمل المنزلي أعداداً كبيرة من العمال المنتمين إلى المجتمعات الأكثر فقراً وذات الفرص المحدودة للحصول على عمل آخر أو وظيفة أخرى ، نتيجة للفرص التعليمية المحدودة ، وفي كثير من البلدان يؤدي العمل المنزلي العمال المهاجرين الأجانب

، ومعظمهم من النساء الذين يهاجرون من أجل كسب المال لإعالة أسرهم ، كما يعتبر العمل المنزلي مصدراً هاماً للعمالة بالنسبة للنساء²⁶.

ويرجع ترسيخ العمل المنزلي في الاقتصاد غير المنظم إلى حد كبير إلى الطبيعة الخاصة لهذا النوع من العمل الذي يغيب فيه وجود عقد عمل مكتوب أو أي إشراف خارجي في أحيان كثيرة ، لأنه ينظر إلى العمل المنزلي على أنه خارج نشاط سوق العمل المنتج فهو يستبعد غالباً من تشريعات العمل والتوظيف سواء بشكل واضح أو ضمني، ومع ذلك هناك مهام مماثلة تنفذ خارج المنزل وتعامل بشكل أفضل²⁷.

وتجدر الإشارة هنا إلى التزام منظمة العمل الدولية بتعزيز العمل اللائق للجميع من أجل تحقيق أهداف إعلان منظمة العمل الدولية فيما يتعلق بالمبادئ والحقوق الأساسية في العمل وكذلك إعلان المنظمة فيما يتعلق بالعدالة الاجتماعية لتحقيق عولمة عادلة . وفي المقابل لا يمكن إنكار المساهمة المهمة التي يقدمها العمال المنزليون في الاقتصاد العالمي والوطني بسبب تحويلات الدخل الكبيرة داخل بلدانهم .

ولا يفوتنا هنا التنويه على أن العمل المنزلي لا يزال منتقص القيمة بسبب عدم توفير الحماية المطلوبة للقائمين به ، فهم معرضون للتمييز فيما يتعلق بظروف الاستخدام والعمل ، وفي ذلك انتهاكات لحقوق الإنسان ، ويرجع ذلك إلى أنه في البلدان النامية التي تشهد على مر التاريخ ندرة في فرص العمل في الاستخدام المنظم . كما لا يفوتنا أيضاً أن اتفاقيات وتوصيات العمل الدولية تنطبق على جميع العمال بما فيهم العمالة المنزلية ما لم يكن منصوص في التشريعات الداخلية على خلاف ذلك ، ونشير هنا إلى الأهمية الخاصة التي التي أقرتها اتفاقية العمال المهاجرين بصدد العمالة المنزلية في ظل الظروف

²⁶ انظر : ILO : Report of the committee on Domestic worker s provisional Record NO .12 In ternational.

²⁷ راجع مكتب العمل الدولي : العمل اللائق للعمال المنزليين التقرير الرابع (1) ، ومؤتمر العمل الدولي الدورة 99 ، جنيف 2010 .

التي يؤدون فيها عملهم ، مما يجعل من المرغوب فيه استكمال المعايير العامة بمعايير خاصة بالعمال المنزليين ، بحيث يتمكنون من التمتع بحقوقهم بشكل كامل²⁸ . وقد أكد مؤتمر العمل الدولي التحدي المتمثل في تقليل أوجه العجز في العمل اللائق ، ليصبح أكثر تأثيراً حين يتم أداء العمل خارج نطاق الأطر القانونية والمؤسسية²⁹ . ومن ثم تشكل التشريعات والسياسة التنظيمية أدوات أساسية للقضاء على الجوانب السلبية للصفة غير المنظمة في قطاع العمل المنزلي ، وتضمن في الوقت نفسه إن فرص العمل اللائق والعمالة التي يوفرها العمل المنزلي غير مهددة ، هذا من ناحية. كما يشكل توسيع نطاق تطبيق قانون العمل على العمال المنزليين وسيلة هامة في إدراجهم ضمن الاقتصاد المنظم ، على الرغم من وجود هذه الحماية من خلال قوانين أخرى مثل القانون المدني والقانون الجنائي أو قانون حقوق الإنسان ، ولكنها لا تستطيع أن تحل محل التشريعات التي تعالج على نحو أكثر تحديداً ظروف العمل والحماية الاجتماعية لهم³⁰ .

المبحث الثاني

خصوصية عقد الاستخدام

²⁸ راجع : اتفاقية العمال المهاجرين ، ١٩٤٩ (رقم ٩٧) واتفاقية العمال المهاجرين (أحكام تكميلية) ، ١٩٧٥ (رقم ١٤٣) ، واتفاقية العمال ذوي المسؤوليات العائلية ، ١٩٨١ (رقم ١٥٦) واتفاقية وكالة الاستخدام الخاصة ، ١٩٩٧ (رقم ١٨١) ، وتوصية علاقة الاستخدام ، ٢٠٠٦ (رقم ١٩٨) ، فضلاً عن الإطار متعدد الأطراف لمنظمة العمل الدولية بشأن هجرة اليد العاملة .

²⁹ راجع : مكتب العمل الدولي قرار بشأن العمل اللائق والاقتصاد غير المنظم ، معتمد في الدورة ٩٠ مؤتمر العمل الدولي جنيف ٢٠٠٢ ، الفقرة رقم (٢) .

³⁰ ففي يولييه عام ٢٠١١ ، في مؤتمر العمل الدولي السنوي الذي عقدته منظمة العمل الدولية ، اعتمد المندوبون اتفاقية العمالة المنزلية بأغلبية ٣٩٦ صوتاً مقابل ١٦ صوتاً وامتناع ٦٣ عضواً عن التصويت واعترفت الاتفاقية بأن العمال المنزليين هم عاملون لهم نفس الحقوق التي يتمتع بها العمال الآخرون وفي ٢٦ ابريل ٢٠١٢ ، كانت الأرجواي أول بلد يصدق على الاتفاقية .

تقسيم

يتميز عقد الاستخدام ببعض الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود الأخرى المتشابهة معه ، مما أدى ذلك إلى أن أصبح لهذا العقد ذاتية خاصة سواء من حيث أطرافه ونطاق تطبيقه ، فكان من الضروري الوقوف على هذه الخصائص لكي نتبين هذه الخصوصية التي يتميز بها ، وذلك من خلال تقسيم ثنائي لهذا المبحث إلى مطلبين ، نعرض في الأول منهما للخصائص التي يتميز بها عقد الاستخدام ، ونخصص المطلب الثاني للحديث عن القواسم المشتركة والحدود الفاصلة مع العقود الأخرى ، وذلك على النحو التالي.

المطلب الأول

خصائص عقد الاستخدام

لم يضع المشرع المصري عقد الاستخدام ضمن طائفة العقود المسماة ، مما يستوجب ذلك الاعتماد على أسس النظرية العامة للعقود لبيان خصائصه. حيث يتميز عقد الاستخدام بعدة خصائص يتشابه في بعضها مع أغلب العقود وأخري تعكس ذاتيته الخاصة ، فأما الخصائص العامة فهي تتمثل في انه عقد رضائي وعقد ملزم للجانبين وعقد من عقود المعاوضة وأخيراً عقد زمني ، أما عن الخصائص الخاصة به فهو يتسم بأنه عقد إذعان وأيضاً من العقود غير المسماة . وبحث خصائص عقد الاستخدام تساهم بصورة كبيرة في تقرير مدى مناسبة خضوع المنازعات الناشئة عنه لقواعد الاختصاص التقليدية القائمة على ضوابط ومعايير مستمدة سواء من أطراف العلاقة أنفسهم أو موضوع العلاقة ، أم أنه يستلزم قواعد خاصة به كالخضوع الإرادي لقضاء معين بناءً على الاتفاق المسبق على الخضوع له قبل نشوء الخصومة . فنتولى تفصيل هذه الخصائص على النحو التالي.

أولاً : الخصائص العامة لعقد الاستخدام

- عقد الاستخدام عقد رضائي :

تقضي القاعدة العامة بان الأصل في العقود الرضائية إلا ما استثني بنص خاص ، ولم يخرج المشرع عقد الاستخدام من هذا الأصل العام ، ومن ثم يظل عقداً رضائياً لا يستلزم لإبرامه شكل خاص يفرغ فيه. وإذا كانت هناك شكليه متطلبه كتحريره في شكل مكتوب ، فهي للإثبات فقط وليست للانعقاد³¹. وهذا الأصل مستفاد من نص المادة ٨٩ من القانون المصري حيث نصت علي أنه " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد" ، فليس هناك ما يبرر أن يستثني عقد الاستخدام من العقود الرضائية ، فهو ينعقد بمجرد رضاء الأطراف واقتران الإيجاب بالقبول ، كما يلاحظ أن اغلب العقود في القانون الحديث هي عقود رضائية بحيث أصبحت العقود الرضائية هي القاعدة العامة، وعليه يجوز لطرفي العقد أن يتفقا علي أن لا ينشأ العقد بينهما إلا إذا اتخذ شكلاً خاصاً كالكتابة ، وهنا يظل العقد رضائياً فالكتابة تكون ضرورية لبيان حقوق ووجبات الأطراف فقط³².

- عقد الاستخدام عقد ملزم للجانبين

ويقصد بذلك أن كل متعاقد يجد سبب التزامه في التزام الطرف الأخر³³. فالعقد الملزم للجانبين تكون فيه الالتزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين كعقد العمل والبيع وعقد المقاوله، ومن هنا وصفت العلاقة بينهما بأنها تبادلية . وقياساً على ذلك يعتبر عقد الاستخدام عقداً ملزماً للجانبين حيث يولد منذ انعقاده التزامات وحقوق متبادلة لكل من المستخدم ورب العمل الطرفين ، وعند إخلال أي طرف بالتزاماته ، جاز للطرف الآخر

³¹ راجع د . عبد الرازق السنهوري " الوسيط في القانون المدني " دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ ، ص ١١٣٩ .

³² راجع : د منذر الفضل - الوسيط في شرح القانون المدني ، ص ٥٠ ، لسنة ٢٠٠٦ .

³³ راجع : د . رجب صميده ، أحكام قانون العمل ، مرجع سابق الإشارة إليه ، ص ٣٢١ وما بعدها .

عدم تنفيذ التزامه أو طلب فسخ العقد ، حيث إن التزام كل طرف هو مقابل لالتزام الطرف الآخر ومرتببط به³⁴.

- عقد الاستخدام من عقود المعاوضة

إذا كان عقد الاستخدام من العقود الملزمة للجانبين وان كل متعاقد يجد سبب التزامه في التزام المتعاقد الآخر ، فهذا يعني أن التزامات الطرفين متقابلة فكل طرف يأخذ مقابل لما يعطي وهذه من أهم السمات التي أدرج تحت طائفتها عقد الاستخدام ، فالمستخدم يأخذ الأجر أو المقابل المستحق مقابل العمل الذي يؤديه ، وصاحب العمل يحصل علي العمل المطلوب من المستخدم مقابل الأجر الذي يدفعه له . فعلي سبيل المثال في القانون العراقي جعل المشرع الأجرة المستحقة للخدم من ضمن الحقوق الممتازة وأوردها في المرتبة الرابعة من حقوق الامتياز حيث تنص المادة (١٣٧٢) في الفقرة ١ من القانون المدني العراقي علي ذلك فحصول كل طرف علي ما يستحقه هو مقابل لما يعطيه للطرف الآخر من جراء الالتزام بتنفيذ العقد ، حيث جاء نصها علي أن يكون " للديون الآتية بقدر ما هو مستحق منها في الستة الشهور الأخيرة حق احتجاز علي جميع أموال المدين من منقول وعقار وهي:

- المبالغ المستحقة للخدم والكتابة وكل أجير آخر من أجرهم ومرتباتهم من أي نوع ما كان .

- المبالغ المستحقة عما صرف للمدين بقوله من مأكّل و ملبس ودواء³⁵.
ووفقاً لذلك فإن المبالغ المستحقة في ذمة المدين تجب نفقتهم عليّة ، وذلك لاعتبارات إنسانية حيث إن هذه الفئة تعتمد في معيشتها علي هذه الأجرور ، كما إن هذه الأجرور عادة

³⁴ راجع د. أحمد شرف الدين " أحكام التأمين في القانون والقضاء " دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، ص ١١٦ ، د . منير عبد المجيد " تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية " منشأة المعارف - ١٩٩١ ، ص ١١٥ .

³⁵ راجع د عبد الرازق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ١١٢ .

تكون تافهة ، ومنها حق الامتياز ولا تؤثر علي بقية الدائنين كما أن هذا الامتياز يمنح المستخدم حق التقدم دون حق التتبع ويرد علي جميع أموال المدين لا صاحب المنزل سواء من العقارات أو المنقولات . وعلى هذا يكون عقد الاستخدام من عقود المعاوضة بالنسبة للطرفين ، لأن هناك عوضاً وفائدة لطرفي العقد.

- عقد الاستخدام من عقود المدة

تنقسم العقود من حيث مدة تنفيذها إلى عقود فورية وهي التي يتم تنفيذها فور الانتهاء من إبرام العقد ، وأخرى يمتد تنفيذها مدة طويلة وتسمى عقود مدة أو زمنية ، حيث إن الزمن يلعب دوراً أساسياً في تنفيذ التزامات أطرافها^{٣٦} . وينتمي عقد الاستخدام إلى الطائفة الثانية من هذا التقسيم ، أي يعد عقداً زمنياً لأن تنفيذ التزامات كل من المستخدم ورب العمل يمتد طوال فترة سريان العقد . فعقد العمل فيه التزامين رئيسيين وهما الخدمة والأجرة ، فأن خدمة المستخدم يدخل الزمن فيها كعنصر جوهري بحيث لا يمكن تصور استيفاء الخدمة المطلوبة إلا بمرور زمن معين إذا كان الأجر حسب الزمن ، أما الأجر فلا يحتاج إلى مرور زمن وإنما يرجع لهذا التنفيذ إلى إرادة المتعاقدين ، فهما اللذان يحددان كيفية دفع الأجر واجب عليهما دفعة ، مقدماً أو مؤخراً أو على شكل أقساط متعاقبة^{٣٧} . فعقد الاستخدام ما هو إلا نوع من عقود العمل لكنه يتميز بخصوصية العلاقة التي تنشأ بين المتعاقدين بسبب أنه يمكن أن يكون العمل في منزل صاحب العمل أو إحدى ملحقاته وأن العقد يتضمن التزامين رئيسيين هما الخدمة والأجر^{٣٨} . فقياساً على عقد العمل فإن عقد الاستخدام يحتوي التزاماً زمنياً .

³⁶ راجع د. أحمد شرف الدين ، المرجع السابق ، ص ١١٧ ، د. جلال إبراهيم جلال محمد إبراهيم " التأمين - دراسة مقارنة " دار النهضة العربية ، ١٩٧٥ ، ص ٤٣٢ . د. محمد عبد الظاهر حسين " الوجيز في عقد البيع والتأمين " دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ ، ص ٢٢٣ .

³⁷ راجع د. منذر الفضل " الوسيط في شرح القانون المدني " لسنة ٢٠٠٦ ، ص ٦٨ .

³⁸ راجع د. مالك دوهان " مصادر الالتزام - ج ١ " مطبعة الجامعة ، ١٩٧٣ - ص ٩٥ .

- عقد الاستخدام من العقد المحددة

عقد الاستخدام عقد من العقود المحددة ، لأن كلا من المستخدم ورب العمل يكونان على علم عند إبرام العقد بمقدار الأداء الذي يؤديه تجاه الآخر ، فالمستخدم يعلم ما يقدمه من عمل ونوع العمل وكذلك ما يحصل عليه بالمقابل من أجر^{٣٩}. والحال كذلك بالنسبة للمخدوم أو رب العمل فهو على علم بما يعطيه من أجر ومتطلبات أخرى للمستخدم^{٤٠}، وما يحصل عليه من عمل مقدم من قبل هذا المستخدم عند إبرام العقد ، فالمراد بالعقد المحدد ، هو العقد الذي يتم فيه تحديد المركز المالي للمتعاقدين عند التعاقد ، أي يستطيع كل من المتعاقدين أن يحدد وقت إبرام العقد المقدار الذي سيأخذه والمقدار الذي سيعطيه ، فيتحدد مقدماً ما في العقد وقدر الأداء الذي يلتزم به كل متعاقد تجاه الآخر ، فيعرف من خلاله كل عاقد ما يحص عليه وما عليه من خلال تعيين حقوق وواجبات كلا الطرفين في العقد^{٤١}.

ثانياً : النقص الخاصة بعقد الاستخدام :

- عقد الاستخدام عقد إذعان

من المعلوم لدينا أن صفة الإذعان تقسم طرفي العقد إلي طرف قوي وآخر ضعيف ، فالطرف القوي يفرض شروطه علي الطرف الضعيف وليس أمام هذا الأخير إلا الرضوخ والتسليم بشروط الطرف الأول ، ويترتب علي ذلك أن القبول في هذه العقود ما هو إلا مجرد تسليم بالشروط التي يضعها الموجب ولا يقبل مناقشتها أو التفاوض بشأنها من جانب القابل. وبالنظر إلى عقد الاستخدام نجد أن رب العمل يقوم بوضع الشروط التي

³⁹ راجع د. يحي عبد الودود ، المرجع السابق ، ص ٧٢.

⁴⁰ راجع د . عبد الرازق السنهوري - نظرية العقد - المصدر السابق - ١١٢.

⁴¹ راجع د . منذر الفضل - الوسيط في شرح القانون المدني - لسنة ٢٠٠٦ - ص ٥٠ .

يراها مناسبة له ويحقق مصلحته دون النظر إلى مصلحة المستخدم ، وعلى هذا الأخير التسليم بالشروط التي يحتويها عقد العمل فإما أن يقبلها أو يرفضها ولا يسمح له بمناقشة هذه الشروط والبنود الواردة في العقد ، ومن هنا نعت عقد الاستخدام بصفة الإذعان ويعد رب العمل هو الطرف القوي في العقد والمستخدم هو الطرف الضعيف أو المذعن^{٤٢} .

ومما لا شك فيه أن احتلال رب العمل للمركز القوي في العقد يأتي نتيجة لعدم التقابل في القوة الاقتصادية بينه وبين المستخدم الذي احتل المركز الضعيف في هذه العلاقة، وبناء على ذلك فإن القوة الاقتصادية هي إذن المعيار الفاصل في نعت عقد الاستخدام بالإذعان من عدمه ، ومما يؤكد ذلك انتفاء هذه الصفة عن العقد عند تساوي الطرفين في القوة الاقتصادية وقد اتخذ المشرعون والقضاة في الدول المختلفة صفة الإذعان التي نعت بها عقد الاستخدام لتوفير أكبر قسط من الحماية للمستخدم ضد تعسف أصحاب العمل سواء على المستوى الوطني أو الدولي.

ومن أمثلة الحماية على المستوى الوطني أو الداخلي ما أتى به المشرع المصري في القانون المدني ضمن أحكام تعطي الحق للقاضي في التدخل ، إذا ما وجد تعسفا بأحد المتعاقدين للتخفيف من حدة الشروط التعسفية المدرجة في العقد أو إلغائها إذا وجد مقتضي لذلك ، فقد نصت على ذلك المادة ١٤٩ من هذا التقنين على أنه " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل من هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ،ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " . أما الحماية على المستوى الدولي فقد تمثلت في إخراج عقد الاستخدام من التنظيم العادي أو التقليدي للعقود بصدد تحديد القانون واجب التطبيق عليه ، وأدخلته في زمرة قواعد الإسناد الخاصة وذلك من اجل حماية المستخدم.

- عقد الاستخدام عقد غير مسمى :

⁴² راجع د. أحمد شرف الدين ، المرجع السابق ، ص ١١٩ .

يعتبر عقد الاستخدام من العقود غير المسماة في القانون المدني وقوانين العمل ويخضع للمبادئ العامة في نظرية العقد ، وإن المشرع في القانون المدني قام بتنظيم بعض العقود على سبيل الحصر كعقد البيع وعقد الإجارة وعقد الوكالة ، فهي تعتبر من العقود المسماة أما الطائفة الأخرى من العقود التي لم يفرد لها المشرع تنظيمًا خاصاً ، تكون من العقود غير المسماة . فضروريات الحياة العملية تأتي كل يوم بعقد جديد فيتعذر على المشرع تنظيمه أو وصفه بأسم معين ، لذلك اقتصر تنظيم المشرع للعقود الأكثر أهمية وتداولاً وشيوعاً وقت صدور التشريع وهي العقود المسماة ، وقد يرقى بعض العقود غير المسماة إلى درجة من الأهمية والتداول قريبة أو مماثلة للعقود المسماة ، مما يبرر معه تنظيمها تشريعياً لتدخل بذلك ضمن طائفة العقود المسماة^{٤٣} . ومن هنا كلما كان موضوع العقد هو الاستخدام أو الخدمة منظمة في إطار عدم مخالفة النظام العام والآداب ، فيمكن قياسها على العقود المسماة أي أن العقد يكون خاضعاً للنظرية العامة والمبادئ العامة للعقد ، ومن ثم يعتبر عقد الاستخدام من طائفة العقود غير المسماة لأنه لم ينظم من قبل المشرع المصري^{٤٤} .

- العمل كحق من حقوق الإنسان:

إن حقوق الإنسان هي مجموعة من الحقوق الأساسية الغير قابلة للتصرف ، والضرورية لحياته باعتباره إنسان . فحقوق الإنسان بذلك هي مجموعة من الحقوق والحريات تثبت له بمجرد ميلاده لتحدد وتحمي كرامته وسلامته ضد اعتداء الأفراد أو تعسف الدولة فهي غير قابلة للتصرف فيها أو التنازل عنها لا تمييز بين الناس على أي أساس ، فهذه الحقوق العالمية متأصلة في جميع البشر أياً ما كانت جنسيتهم أو نوعهم الاجتماعي أو

⁴³ راجع د . ياسين محمد الجبوري " الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية العقد - ج ١ " دار وائل للنشر والتوزيع - لسنة ٢٠٠٢ - ص ١١٠ .

⁴⁴ راجع د . أحمد شوقي محمد عبد الرحمن " الدراسات البحثية في نظرية العقد " منشأة المعارف ، ٢٠٠٩ ، ص ١٦ .

أصلهم الوطني أو العرقي أو لونهم أو دينهم أو لغتهم ، أو أي وضع آخر ، وتجد مصدرها في عدد من الإعلانات والمعاهدات الدولية وغيرها من المصادر الأخرى ومحاظة بمجموعة من القيود والضمانات لحمايتها⁴⁵ .

فحقوق الإنسان هي ضمانات قانونية تحمي الأفراد والجامعات من كل فعل أو امتناع يشكل تدخلاً في حرياتهم الأساسية واستحقاقاتهم وكرامتهم الإنسانية ، وهي حقوق متأصلة في البشر كافة وأساسها احترام كرامة كل شخص وقيمه . فتلك الحقوق تتبع من القيم الإنسانية المشتركة بين جميع الثقافات والحضارات ، وتم أدرجها في صلب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، وتم تدوينها في سلسلة من المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان وصدقت عليها الدول ، وفي صكوك أخرى اعتمدت بعد الحرب العالمية الثانية . كما توجد أيضاً صكوك إقليمية لحقوق الإنسان واعتمدها دساتير وقوانين أخرى الدول المختلفة حتى توفر الحماية للإنسان .

ومما لا شك فيه أن الحق في العمل يعتبر مكوناً أساسياً من حقوق الإنسان المكفولة في المواثيق والمعاهدات الدولية لحقوق الإنسان ، إذ ينص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة (٢٣) على أنه لكل شخص " الحق في العمل ، وفي حرية اختيار عمله ، وفي شروط عمل عادلة ومرضية ، وفي الحماية من البطالة " . بل ويندرج حق العمل في مقدمة الحقوق التي يقرها العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

⁴⁵ أن حقوق الإنسان ليس لها تعريف محدد بل هناك العديد من التعريفات التي قد يختلف مفهومه من مجتمع إلى آخر فقد عرفها " رينيه كاسان " وهو أحد واضعي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بأنه (فرع خاص من الفروع الاجتماعية يختص بدراسة العلاقات بين الناس استناداً إلى كرامة الإنسان وتحديد الحقوق والرخص الضرورية لازدهار شخصية كل كائن إنساني ، ويرى البعض أن حقوق الإنسان تمثل رزمة منطقية متضاربة من الحقوق والحقوق) . ونهم من يذهب إلى القول بأن حقوق الإنسان هي الحقوق التي تكفل للكائن البشري والمرتبطة بطبيعته كحقه في الحياة والمساواة وغير ذلك من الحقوق المتعلقة بالذات البشرية التي ذكرتها المواثيق والإعلانات العالمية . راجع د . أحمد محمد رفعت ، المرجع السابق ، ص ٢٢ .

الصادر عام ١٩٦٦^{٤٦} ، فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة ٦ منه أن " الحق في العمل الذي يشمل ما لكل شخص من حق في أن تتاح له إمكانية كسب رزقه بعمل " . كما تنص المادة ٦ (٢) على أن تتضمن " الممارسة الكاملة لهذا الحق توفير برامج التوجيه والتدريب التقنيين والمهنيين " . والذي يعرف مركبات الحق في العمل على النحو التالي : حق الإنسان في تقاضي أجر للعيش بكرامة مقابل العمل الذي سيختاره أو سيتلقاه بصورة حرة ، الحق في ظروف عمل عادلة " في الأجر ، وفي الشروط الاجتماعية ، وفي الأمان " وذلك دون تمييز من أي نوع كان . كما تنص المادة ١ (٢) من اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم ١٢٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن سياسة العمال ؛ على واجب الدول الأطراف على العمل على توفير فرص عمل لجميع المحتاجين للعمل والباحثين عنه^{٤٧} . وتنص كذلك المادة الأولى من الميثاق الاجتماعي الأوروبي على ما يلي: " تتعهد الدول الأطراف بقصد ضمان ممارسة فعلية للحق في العمل " :

- ١ - بالإقرار بأن أحد أهدافهم ومسؤولياتهم الأساسية هو تحقيق واستمرار أعلى مستوى للعمل وأفضله استقرار بهدف تأمين الشغل للجميع .
- ٢ - بتوفير حماية فعالة لحق العامل، في كسب معيشته من عمل يختاره بحرية .
- ٣ - بإنشاء خدمات عمل مجانية لكل العمال أو بعدم استمرارها .
- ٤ - بتأمين أو تشجيع التوجيه والتعليم والتأهيل المهني المناسب^{٤٨} .

⁴⁶ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٢٠٠ ألف (د - ٢١) المؤرخ في ١٦ كانون الأول / ديسمبر ١٩٦٦ ، تاريخ بدء النفاذ : ٣ كانون الثاني / يناير ١٩٧٦ ، وفقاً لأحكام المادة ٢٧ . لمراجعة نص العهد انظر ملحق الوحدة ٣ من الدليل .

⁴⁷ اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم ١٢٢ بشأن سياسة العمالة لسنة ١٩٦٤ ؛ ودخلت حيز النفاذ في ١٥ يوليو / تموز ١٩٦٦ .

⁴⁸ الميثاق الاجتماعي الأوروبي ، دخل حيز النفاذ في ٢٦ فبراير / شباط ١٩٦٥ . وعدل في ١٩٩٦ ، ليُدخل بصيغته المعدلة حيز النفاذ في ٧ يناير / كانون الثاني ١٩٩٩ . لمراجعة نص الميثاق في صيغته المعدلة انظر : بسيوني ، محمد شريف ، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان ، المجلد الثاني : الوثائق الإقليمية ، القاهرة ، دار الشروق ٢٠٠٤ ، ص ١٤٣ - ١٦٩ .

ويقع على عاتق الدول واجب تطبيق المعايير المنصوص عليها في الاتفاقيات والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان كحد أدنى ، وعدم تجاوزها بحكم يعلوها في القوانين المحلية . وتحت اللجان والمنظمات الدولية لحقوق الإنسان جميع الدول على تطوير تشريعاتها المحلية والارتقاء بها بشكل مستمر ، وتضمينها حقوقاً وامتيازات أوسع من المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية بشأن الحق في العمل ، بما لا يتناقض مع ما هو منصوص عليه في هذه الاتفاقيات .

ومن هذا المنطق ينص القانون الساري على حق الأشخاص في الارتزاق من المهن والإشغال والأعمال التي يزاولونها، وذلك وفق قدراتهم وكفاءتهم ويحظر على السلطات منع الناس من العمل والاكنتساب في المجال الذي اختاروه ، ويحظر عليهما أن تملي عليهم انشغالات معينة ، أو أن تقلص حرية اختيارهم إلا بحسب المبادئ التي تحددت في القوانين الأساسية .

المطب الثاني

تميز عقد الاستخدام عن غيره

إذا كان مفهوم علاقة العمل في ظل التشريعات الوطنية يرتبط بوجود عقد صحيح تتوافر فيه الأركان المنصوص عليها قانوناً ، فإن مفهوم عقد العمل مفهوم مرن يتسع ليشمل كافة العلاقات بين العامل وصاحب العمل حتى خارج إطار العلاقة التعاقدية متى وجدت علاقة تبعية بين العامل ورب العمل وذلك بغرض حماية طبقة تكاد تكون ضعيفة في بعض الحالات التي لا تأبى العمل في أدنى شروط الإنسانية .

واستقر الفقه على ضرورة توسيع مفهوم علاقة العمل الفردية بدون اقتصارها على عقد العمل الفردي بالمعنى الدقيق كما هو الحال عليه في التشريعات الداخلية ، حيث يكفي لقيام علاقة عمل وجود علاقة يتحقق فيها عنصر التبعية حتى ولو كانت العلاقة ناشئة عن عقد باطل أو دون عقد أصلاً ، وذلك بهدف توسيع نطاق الحماية في ظل تدخل تشريعات الدول المختلفة بقواعد توجيهية وتنظيمية لحماية شريحة العمال⁴⁹ ، التي دفعتها الحاجة للعمل تحت مختلف الظروف وطنياً ودولياً مقابل أزهـد الأثمان دون اعتداد بوجود عقد يحمي مصالحهم من عدمه .

⁴⁹ راجع : د . همام محمد محمود زهران ، قانون العمل (عقد العمل الفردي) ، دار الجامعة الجديدة ، لسنة ٢٠٠٣ ، ص

٢٨ وما بعدها .

ولقد أدى التطور الحديث لتشريعات العمل واتساع مجالات تدخل الدولة في تنظيم العمل إلى شمول نطاق تطبيق هذا القانون لبعض الفئات من العمال في المنزل كالخدم والصحفيين وباعة الجرائد والممثلين التجاريين ، رغم اختلاف طبيعة علاقة عملهم . ومن ثم ذهب فقهاء القانون إلى تطوير الأساس التقليدي لقانون العمل الذي يركز على عقد العمل وإحلال مفهوم علاقة العمل ، إذ لاحظوا أن هذا المفهوم الجديد يرتبط بالمؤسسة ، تنتج عنه حقوق والتزامات متقابلة تستند للأحكام القانونية والتنظيمية والاتفاقية⁵⁰ .

وقد ترتب على الأخذ بالمفهوم الموسع لعلاقات العمل ينتج عنه ضرورة تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود فأمام التطور الحديث لتشريعات العمل على المستوى الوطني والدولي تغيرت النظرة إلى عقد الاستخدام لما يقوم عليه من اعتبارات اجتماعية واقتصادية والعديد من المميزات التي أكسبته خصوصية انفرد بها عن باقي العقود . فعقد الاستخدام يتميز عن العقود التي تقترب منه في الطبيعة القانونية والخصائص التي تتمتع بها كعقد العمل وعقد المقاولة والشركة والوكالة وغيرها من العقود التي نظمها المشرع ، إلا أنه توجد فوارق بينة وبين هذه العقود نسردها على النحو التالي :

أولاً : عقد الاستخدام وعقد العمل

تنص المادة ٦٧٤ من القانون المدني على أن عقد العمل هو العقد " الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" . كما عرفته المادة ٣١ من قانون العمل على أنه " العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إدارته أو إشرافه لقاء أجر " .

ومن خلال هذا التعريف لعقد العمل يتبين لنا أن هناك أوجه تشابه بينه وبين عقد الاستخدام تتمثل في أن عقد العمل يرد بدوره على عمل يؤديه شخص لحساب آخر لقاء

⁵⁰ راجع : بشير هدي ، الوجيز في شرح قانون العمل (علاقات العمل الفردية) ، الطبعة الثانية ، جسور للنشر والتوزيع

، ٢٠٠٣ ، ص ٦٢ - ٦٣ .

أجر مما يقرب كثيراً بينة وبين عقد العمل . وعلى الرغم من التقارب بين العقدين إلا أنه توجد فوارق بينهما تتمثل في أن العامل وحدة هو الذي يخضع لقانون العمل ويستفيد من مزاياه ، أما العامل في عقد الاستخدام لا يخضع لقانون العمل . كما أن عقد العمل من العقود المسماة التي نظمها المشرع بتنظيم خاص بها على عكس عقد الاستخدام الذي استثناءه المشرع من التنظيم في قانون العمل حيث تنص المادة الرابعة من قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ على أنه " لا يسري أحكام هذا القانون على : ب (خدم المنازل ومن في حكمهم) . ويتمتع العامل بحماية قانونية أكثر من المستخدم في عقد الاستخدام حيث يعد الطرف الضعيف اقتصادياً في العقد . وتبدو هذه الحماية من خلال الأحكام القانونية المنظمة لعقد العمل والمتعلقة بساعات والإجازات والعطل والتسريح والحد الأدنى للأجور ...، ولا يتحمل العامل مخاطر العمل .

واستقر الفقه والقضاء على أن رابطة التبعية هي معيار التمييز بين عقد العمل وعقد الاستخدام فتوافر رابطة التبعية بين العامل وصاحب العمل بحيث يلتزم العامل بأن يخضع لإشراف صاحب العمل وإدارته في الدوام وطريقة العمل والابتعاد عن كل المحظورات التي يفرضها القانون أو نظام العمل . في حين أن هذه الرابطة لا تتوافر في حال قيام العلاقة بين الطرفين على أساس عقد الاستخدام. المستخدم في عقد الاستخدام يمكن أن يؤدي عملة في المنزل بعيداً عن صاحب العمل ولا يكون تحت إشرافه كالتأجير والسائق وغيرهم من المستخدمين .

وبالتالي عندما تتوافر رابطة التبعية بين من يقوم بالعمل ومن يؤدي العمل لحسابه يكون العقد عقد عمل ، وعندما لا تتوافر هذه الرابطة يكون العقد استخدام . وهذا المعيار هو منطقي ، ولكن على الرغم من ذلك قد يصعب في بعض الأحيان رسم الحدود الفاصلة بين عقد العمل وعقد الاستخدام بالاستناد إلى معيار التبعية وذلك يعود إلى سببين : وهما عدم وضوح حدود التبعية بذاتها ، إذ إنها على درجات متفاوتة من حيث شدتها وضعفها ؛

وممارسة صاحب العمل في عقد العمل حق الرقابة على العامل لمعرفة مدى مطابقة هذا العمل لشروط العقد .

ثانياً : عقد الاستخدام وعقد المقاولة

قد نظم المشرع عقد المقاولة في المواد من (٦٤٦-٦٧٧) من القانون المدني وقد عرفت المادة ٦٤٦ منه عقد المقاولة بأنه (عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر)^{٥١} والعمل الذي يرد عليه عقد المقاولة قد يكون عملاً مادياً أو عملاً ذهنياً أو عملاً فنياً . ويتشابه عقد المقاولة مع عقد الاستخدام في أن كل منهما يرد بدوره على عمل يؤديه شخص لحساب آخر لقاء أجر مما يقرب كثيراً بينه وبين عقد المقاولة . ويتضح من ذلك أن هناك شبهة بين العقدين ، غير أن النظام القانوني الذي يخضع له كل منهما يختلف عن الآخر ، ويقتضي ضرورة التفرقة بينهما فقد تعددت المحاولات للتفرقة بين العقدين :

- ١ - فذهب رأي إلى أن معيار التفرقة بين العقدين يكمن في اختلاف طبيعة المحل في كل منهما . فبينما يضع العامل في عقد الاستخدام كل قوته وجهده تحت تصرف صاحب العمل ، نجد أن عمل المقاول ليس هو موضوع التزامه ، وإنما يلتزم بتحقيق نتيجة معينة كبناء منزل مثلاً . أو بمعنى آخر يلتزم العامل في عقد الاستخدام ببذل عناية ، فإن المقاول يلتزم بتحقيق نتيجة .
- ٢ - والمعيار الثاني لا يعدو أن يكون مستمداً من المعيار الأول وهو طريقة تحديد الأجر ، فذهبوا إلى أنه في عقد الاستخدام يتحدد أجر العامل على أساس زمني كالיום أو الأسبوع أو الشهر ، أما عن عقد المقاولة ، فإن أجر المقاول يتحدد وفقاً لأهمية لنتيجة التي يحققها .

⁵¹ / انظر في ذلك : نص المادة ٦٧٤ من القانون المدني ، - المادة (٣١) من قانون العمل .

ولكن هذين المعيارين لا يصدقان في كل الصور ، فقد يلتزم العامل بتحقيق نتيجة معينة ويتحدد أجره على أساس هذه النتيجة لا على أساس زمني ، كما أن بعض من يعتبرون مقاولين ، قد لا يلتزمون بتحقيق نتيجة وإنما ببذل عناية ، دون أن يعتبروا بذلك عملاً .

٣ - وحاول فريق ثالث التفرقة بين العقدين على أساس النظر إلى شخص من يؤدي العمل لمصلحته ، فإذا وجه من يؤدي العمل ، إيجابه إلى الجمهور ، كنا بصدد عقد مقولة ، أما إذا الإيجاب إلى شخص معين ، كنا بصدد عقد استخدام ووفقاً لذلك العامل الذي يعمل لدي شخص في المنزل مرتبطاً بعقد استخدام وأما إذا كان طبيبياً وقدم عمله للجمهور في عيادة خاصة ، فإنه مرتبطاً بمرضاه بعقد مقولة^{٥٢} .

ولكن هذا المعيار بدوره ليس دقيقاً ، فقد يؤدي العمل لمصلحة شخص معين ، ولا يؤثر في اعتبار من يقوم به مقولاً . ومثال ذلك مقاول الأعمال الصحية أو التوصيلات الكهربائية ، إذ يقتصر خدماته على شركة من شركات البناء والإسكان ، دون أن يكون خاضعاً لرقابة وإشراف هذه الشركة ، وبالعكس فقد يؤدي العمل إيجابه إلى الجمهور مثل عمل الشحن والتفريغ في المواني . وقد حاول البعض أنصار هذا الرأي إضافة عنصر آخر إليه هو استمرار الروابط بين من يقوم بالعمل ومن يؤدي العمل لحسابه ، فإذا استمرت هذه الرابطة بين من يقوم بالعمل ومن يؤدي العمل لحسابه ، فإذا استمرت هذه الرابطة بين الطرفين كنا بصدد عقد استخدام ، وأما إذا انتهت بعد أداء العمل المتفق عليه ، فإن العقد يكون عقد مقاول .

وقد استقر الفقه والقضاء على الأخذ بمعيار التبعية للتفرقة بين عقد الاستخدام وعقد المقولة فحيث تتوافر رابطة التبعية التي مقتضاها الإشراف والرقابة والتوجيه بين من يقوم بالعمل ، ومن يؤدي العمل لحسابه كان العقد عقد استخدام، وحيث تتخلف التبعية يكون العقد مقولة .

⁵² راجع د . رجب صميده ، المرجع السابق ، ص ١٣٠ . وما بعدها .

وهذا المعيار هو الذي أخذ به القانون فلو تمعنا في تعريف المشرع لعقد المقاوله في القانون المدني السابق الإشارة إليه ، وتعريف عقد الاستخدام نجد أن الفارق بينهما يتمثل فقط في أن المشرع أغفل عنصر التبعية في تعريف عقد المقاوله وأكدته في عقد الاستخدام . وعلى الرغم من عدم تنظيم المشرع لعقد الاستخدام ، إلا أن هذا لا يعني العدول عن حكمة لسهولة استخلاصه من مقارنة تعريف عقد العمل والمقاوله .

ثالثاً : عقد الاستخدام وعقد الوكالة

عرفت المادة ٦٩٩ من القانون المدني المصري عقد الوكالة بأنه "عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل"^{٥٣}.

فالوكالة عقد رضائي عقد لأنه يلزم لإبرامها قبول الوكيل ، كما لا يشترط فيها أي شكل خاص ، إلا إذا كان محلها تصرفاً شكلياً ، حيث يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل واجب توافره في العمل القانوني محل الوكالة ، مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك^{٥٤} . فضلاً عن

⁵³ كانت الوكالة تدرج في القانون الروماني بين العقود الرضائية ، وكانت خاصة في بعض الحالات ، وأحياناً عامة ، وكان ينظر إلي الوكيل على أنه يؤدي خدمة لصديقه ، فالوكالة كانت بمثابة خدمة بين الأصدقاء ، ومن ثم كانت في الأصل مجانية ، ومع ذلك سمح للوكلاء أو للبعض منهم بالمطالبة بأجورهم بصفة استثنائية وذلك في عصر الإمبراطورية السفلى ، وكانت للقاضي سلطات واسعة في تقدير الأجر ، إلا أن الوكيل لم يكن ينوب عن الموكل أو يمثله ، وإنما كانت آثار العقد الذي يبرمه الوكيل مع الغير تنصرف إلى ذمة الوكيل شخصياً ولا تنصرف مباشرة إلى ذمة الموكل استناداً إلى المبدأ الذي يقضي بعدم انصراف آثار العقد إلى ذمة الغير ولكي يستفيد الموكل من آثار العقد الذي أعطى للوكيل مهمة إبرامه ، فإن الوكيل كان عليه أن ينقل للموكل الحقوق التي اكتسبها ، وعلى الموكل أن يقبل تحمل الالتزامات التي تحمل بها الوكيل ، ومع ذلك يظل الوكيل ملتزماً تجاه الغير الذي تعاقد معه . راجع د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني - ج ٧ المجلد الأول : العقود الواردة على العمل - الطبعة الثانية - تنقيح المستشار مصطفى محمد الفقي - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٩ - ص ٤٧٩ وما بعدها ، د. مصطفى عبد الجواد حجازي " الوكالات الغير قابلة للعزل " دار النهضة العربية ، ٢٠١٣ ، ص ٢ .

⁵⁴ راجع : مادة ٧٠٠ مدني مصري ، ويترتب على رضائية الوكالة أنه لا يشترط شكل خاص في إبرامها ، فيمكن أن يتم التعبير عن إرادة الأطراف بأي وسيلة ، وقد يكون صريحاً أو ضمناً ، انظر المادة / ١٩٨٥ مدني فرنسي .

ذلك فإن الوكالة عقد ملزم للجانبين ، حيث تلقي على عاتق كل طرف مجموعة من الالتزامات وتقرر له بعض الحقوق في مواجهة الطرف الآخر⁵⁵.

ويقتررب عقد الاستخدام من عقد الوكالة في عدة وجوه ، منها أن محل كلاً من العقدين يرد على عمل ، الذي يلتزم به أحد الطرفين بعمل معين لمصلحة الطرف الآخر ، كما أن العامل في عقد الاستخدام والوكيل يتقاضيان أجراً مقابل العمل رغم أن الوكالة في الأصل تقوم على التبرع إلا أن الوكيل يتقاضى في الغالب أجراً كذلك فإن الوكيل في عقد الوكالة يعمل طبقاً لتوجيهات الموكل في حدود الوكالة . في حين أن المشرع لم يحدد طبيعة العمل الذي يلتزم العامل بتقديمه في عقد الاستخدام.، وبالتالي يمكن أن يكون عملاً مادياً أو عملاً قانونياً⁵⁶ .

والتمييز بين عقد الاستخدام وعقد الوكالة له أهمية عملية ، نظراً لاختلاف النظام القانوني لكل من العقدين ، ومعيار التمييز هنا أيضاً هو رابطة التبعية والخضوع، فالعامل في عقد الاستخدام يخضع في تقديم عمله لسلطة صاحب العمل وإشرافه ورقابته ، في حين أن الوكيل لا يخضع لسلطة الموكل لتنفيذ عمله وإنما يتقيد بحدود وكالته المرسومة في عقد الوكالة . وبالتالي فإن الوكيل يتمتع بحرية أوسع في تنفيذ عمله ، ويترتب على ذلك أيضاً نتيجة أخرى مهمة وهي أن الغاية الأساسية من عقد الاستخدام عمل العامل ، في حين أن هذه الغاية في عقد الوكالة هي الإنابة والتمثيل .

كما أن الوكالة تنتهي بموت الموكل⁵⁷ ، بينما الأصل لا ينتهي عقد الاستخدام قياساً على عقد العمل في ظل الغياب التشريعي له باعتباره عقد من عقود العمل بل يسري العقد في

⁵⁵ راجع : د . مصطفى أحمد عبد الجواد ، المرجع السابق ، ص ١٢ فهرس رقم ٢ .

⁵⁶ راجع : د. رجب صميده ، المرجع السابق ، ص ١٣٦ - ١٣٧ .

⁵⁷ فقد نصت المادة ٧١٤ من التقنين المدني المصري على أن " تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة وتنتهي أيضاً بموت الموكل أو الوكيل " . كما نصت المادة ٧١٥ في فقرتها الأولى على حق الموكل في إنهاء الوكالة أو تقييدها بإرادته المنفردة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك ، مع حق الوكيل المعزول - إذا كانت الوكالة بأجر - في التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء عزلة في وقت غير مناسب أو يعزر غير مقبول .

مواجهة خلفه . وعقد العمل لا يجوز إنهاؤه إذا كان محدد المدة قبل بلوغ اجله ، أو قبل إخطار الطرف الآخر ومنحه مهلة ، إذا كان العقد غير محدد المدة ، بينما يجوز للموكل عزل الوكيل في أي وقت ، وللوكيل الحق في أن يتنازل عن الوكالة قبل الفراغ من تنفيذها.

وفضلاً عن ذلك فإن الوكالة عقد ملزم للجانبين ، حيث تلقي على عاتق كل طرف مجموعة من الالتزامات ، وتقرر له بعض الحقوق في مواجهة الطرف الآخر⁵⁸ . كما أن الوكالة من العقود المسماة ، أي التي أفرد المشرع لها تنظيمًا خاصاً بها على عكس عقد الاستخدام الذي لم يقر المشرع بتنظيمه واستثناءه من الخضوع لقانون العمل حيث تنص المادة الرابعة من قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ على أنه (لا تسري أحكام هذا القانون على : " خدم المنازل ومن في حكمهم " . ونظراً لتشابه عقد الاستخدام مع عقد الوكالة ، واختلاف النظام القانوني لكل من العقدين فقد تعددت المحاولات للتفرقة بين العقدين . فقد حاولوا التفرقة بين العقدين على أساس أن الوكالة تبرعية والعمل بأجر . وكان لهذا الرأي ما يبرره وقتئذ ، أما وقد أصبحت الوكالة في العصر الحديث مأجورة فقد أضحي هذا المعيار غير صالح للتفرقة بين العقدين⁵⁹ . وقيل بمعيار آخر يقوم على أساس أن الوكالة لا ترد إلا على العمل العقلي أو الذهني ، وأن عقد الاستخدام يرد على الأعمال اليدوية . وهذا المعيار غير كافي ، فلم تعد النظرة إلى العمل تقصر عقد الاستخدام على العمل اليدوي ، بل أصبح عقد الاستخدام يرد على كل أنواع العمل سواء اليدوي أو العقلي . وذهب البعض إلى أن الأجر في عقد الاستخدام ثابت ، في حين أنه في عقد الوكالة متغير باعتبار أن الوكيل غالباً ما يحصل على عمولة . وهذا المعيار لا يصلح أساساً للتفرقة بين

⁵⁸ راجع د. السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٤٦٥ ، ٤٦٦ حيث يذهب سيادته إلى أن الوكالة تعد كذلك حتى ولو كانت تبرعية ، لأن الموكل يلتزم في جميع الأحوال برد ما صرفه الوكيل في تنفيذ الوكالة ، وبتعويض الضرر الذي أصابه ، وهذان التزامان ينشأن من عقد الوكالة ذاته .

⁵⁹ تنص المادة ٧٠٩ من القانون المدني على أن الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص من حالة التوكيل .

العقدين فليس صحيحاً أن المستخدم يتقاضى دائماً أجراً ثابتاً لاحتمال اتفائه على عمولة ، كما قد يتفق الوكيل على تقاضي أتعاب محددة فيكون أجره ثابت غير متغير .

وذهب جانب من الفقه إلى أن التفرقة بين العقدين تقوم على أساس اختلاف طبيعة العمل في كل منهما ، إذ يكون موضوع الوكالة تصرفات قانونية في حين أن موضوع الاستخدام يكون عملاً مادياً أو عقلياً ، تأسيساً على نص المادة (٦٩٩ من القانون المدني)^{٦٠} التي تعرف عقد الوكالة بأنه العقد الذي يلتزم الوكيل فيه بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل .

وهذا المعيار بدوره غير منضبط في كل الأحوال ، فهو يصلح من ناحية ولا يصلح من ناحية أخرى ، فهو يصلح من ناحية لاستبعاد عقد الوكالة إذا كان موضوع العقد عملاً مادياً وليس تصرف قانونياً ، لأن الوكالة لا ترد إلا على التصرفات القانونية دون المادية ، ولكنه يصبح قاصراً عن إقامة التفرقة السليمة إذا كنا بصدد تصرف قانوني ، ذلك أن هذا التصرف قد يكون موضوع عقد الوكالة ، كما قد يكون موضوعاً لعقد الاستخدام ، فليس هناك ما يمنع أن يكون التصرف القانوني موضوعاً لعقد الاستخدام .

لذلك فإن الرأي الراجح والمعيار القانوني السليم الذي استقر عليه الفقه هو توفير عنصر التبعية للتمييز بين عقد الاستخدام وعقد الوكالة فإذا خضع أحد طرفي العقد ، لرقابة وإشراف الطرف الآخر كان العقد استخدام بصرف النظر عن طبيعة العمل قانونياً أو مادياً ، أما إذا كان العقد محله عمل قانوني وكان المكلف به يقوم بأدائه مستقلاً دون خضوع أو رقابة أو إشراف من جانب من سيتم العمل لحسابه كان العقد عقد وكالة^{٦١} .

⁶⁰ فقد نظم المشرع المصري أحكام عقد الوكالة في الفصل الثالث من الباب الثالث من الكتاب الثاني الخاص بالعقود المسماة ، وذلك في المواد من ٦٩٩ وحتى ٧١٧ من التقنين المدني ، وهو تنظيم منطقي عالج فيه المشرع عيوب التقنين القديم .

⁶¹ راجع د . رجب صميده ، المرجع السابق ، ص ١٤٠ .

ولا يعترض على هذا بأن الوكالة تتضمن في طبيعتها تبعية بين الوكيل والموكل لأنها تقتض خضوع الأول للأوامر والتوجيهات التي تصدر له من الثاني ، ذلك أن الوكيل رغم خضوعه لهذه الأوامر والتوجيهات يحتفظ بحريته واستقلاله في قيامه بالمهمة الموكول إليه أداؤها فالموكل لا يصدر إلا توجيهات عامة بخصوص هذه المهمة ، وهذا على خلاف ما هو مقرر في عقد الاستخدام إذ يخضع العامل في عقد الاستخدام لرقابة وإشراف صاحب العمل ، لا من حيث الأشراف العام فقط ، وإنما من حيث التنفيذ كتحديد طريقة العمل ، وزمانه ومكانه .

رابعاً : عقد الاستخدام وعقد لشركة .

عرفت المادة ٥٠٥ من القانون المدني المصري عقد الشركة بأنه "عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي ، بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة " فحصة الشريك في الشركة تكون إما بتقديم حصة من مال أو بتقديم عمله . ويتبين من ذلك أنه يمكن أن تقتصر حصة أحد الشركاء في رأس مال الشركة على تقديم عمله ، وهنا يقترب عقد الشركة كثيراً من عقد الاستخدام وقد يثير هذا التقارب الالتباس بينهما ، وخاصة عندما تكون أجرة العامل في عقد الاستخدام حصة من الأرباح . ويقوم التمييز بين عقد الاستخدام وعقد الشركة على معيارين : وهما معيار رابطة التبعية والخضوع التي تكون عنصراً من عناصر عقد الاستخدام ، في حين أنها تنتفي في عقد الشركة ؛ ومعيار اقتصادي ، حيث لا يتحمل العامل في عقد الاستخدام مخاطر العمل ، في حين أن الشريك يتحمل مخاطر المشروع وهذا ما يتبين من نص المادة (٥٠٥) التي تعرف عقد الشركة . وعلى هذا فإن العنصر الأساسي في التفرقة بين عقد الاستخدام وعقد الشركة هو عنصر التبعية ، فأساس عقد الشركة هو تحقيق نية المشاركة مما يستلزم المساواة بين جميع الشركاء ، أما عقد الاستخدام فهو يقوم على تبعية العامل لصاحب العمل . ولا يمكن الاحتجاج في

حالة تقاضي الشخص أجره نسبة مئوية من الأرباح بأنه معرض لتحمل الخسارة ، وأن المساهمة في الخسارة أو عدم المساهمة فيها يمكن أن يكون معياراً للتمييز بين العقدين استناداً إلى أن عقد الشركة يستلزم الاشتراك في الخسارة (٥٠٥ مدني) ، ذلك لا يوجد ما يحول دون تحمل العامل بنصيب من الخسارة ، كما لو كان متفقاً على حصول العامل بالإضافة إلى أجره المحدد نسبة مئوية من الأرباح ثم لا يحقق المشروع أرباحاً . ذلك أنه إذا كان الإعفاء التام من الخسارة ينفي فكرة الشركة ، فإن الاشتراك الجزئي في الخسارة لا يستبعد تكييف العقد بأنه عقد عمل^{٦٢} .

ويمكن القول أنه إذا انتفي عنصر المشاركة في الخسارة انتفي معه وصف العقد بأنه شركة . وليس ثمة ما يمنع من أن يجمع الشخص بين عقد الشركة وعقد عمل خاص بالشركة في نفس الوقت ، إذ لا يوجد تعارض بين نية المشاركة التي تقوم على فكرة المساواة وبين رابطة العمل التي تقوم على فكرة التبعية ، ذلك أن الشريك الذي يتعاقد على العمل لحساب الشركة لا يعتبر عاملاً لدى شركائه إذ هم جميعاً على قدم المساواة وإنما يعتبر عاملاً لدى الشركة وهي شخص معنوي اعتباري مستقل عن أشخاص الشركاء^{٦٣} . ولكن علاقة المدير الشريك المتضامن في شركة التوصية ليست علاقة شركة وإن ما يحصل عليه من الشركة هو مقابل إدارته وليس أجراً^{٦٤} .

وقد قضت محكمة النقض بأن " المناط في تكييف العقود وإعطائها الأوصاف القانونية الصحيحة هو ما عناه العاقدان منها، إذا كان ما انتهت إليه المحكمة من تكييف العقد بأنه عقد عمل وليس شركة لا خروج فيه على نصوص العقد وتؤدي إليه عباراته ، وما استخلصته المحكمة منها من قيام عنصر التبعية الذي يتمثل في خضوع المطعون ضده (صيدلي) لإشراف النقابة (صاحب الصيدلية) ورقابتها مما يتعارض وطبيعة عقد الشركة

⁶² راجع د . همام محمد محمود زهران ، " قانون العمل " دار الجامعة الجديدة ، لسنة ٢٠٠٣ ، ص ٢٨ وما بعدها

⁶³ راجع د . جلال إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ٤٣٥ .

⁶⁴ نقض مدني ١٦ / ٦ / ١٩٦٥ الهواري ج ١ ، ص ٦٥ ، ٦٦ .

وكان لا يتنافى مع هذا التكييف تحديد أجر المطعون ضده بنسبة من الأرباح ، أو أن النقابة قد خولته الحق باعتباره مديراً للصيدلية في تعيين العمال الازمين لها وتأديبهم وفصلهم لأن ذلك كله لا يغير من طبيعة عقد العمل ، فإن النعي على الكم بالخطأ في تطبيق القانون والفساد والاستدلال - إذا قضي بعدم خضوع المطعون ضده لضريبة الأرباح التجارية استناداً إلى تكييف العقد بأنه عقد عمل لا شركة - يكون على غير أساس⁶⁵ .

وبعد إن عرضنا للعقود التي تقترب من عقد الاستخدام في بعض الخصائص وانتهينا ، إلى أنه رغم هذا التشابه بينه وبين تلك العقود إلا أن هناك فوارق بينهما تمثلت في ما تم ذكره ، ونخلص مما سبق إلى أن عقد الاستخدام عقداً ذو طبيعة خاصة واستقلالية كاملة ، ونهيب بالمشرع أن يجعل له تنظيم مستقل يشمل كل جوانبه سواء على المستوى الداخلي أو الدولي فيما يتعلق بقواعد الإسناد الخاصة به التي يكون من شأنه تحقيق التوازن العقدية وحماية الطرف الضعيف (المستخدم) . وإلى حين أن يستجيب المشرع لهذا التنظيم القانوني نظل في مرحلة القياس على عقد العمل باعتبار أنه العقد الأقرب إليه في كل جوانبه .

الفصل الثاني

الطبيعة الدولية لعقد الاستخدام

تمهيد وتقسيم

⁶⁵ نقض مدني ١٩ / ٢ / ١٩٧٦ مشار إليه لدى د. رجب صميذة ، المرجع السابق ، ص ١٤٤ .

إن دولية العلاقات القانونية هي المفترض الضروري لدخولها في دائرة القانون الدولي الخاص. أو بمعنى أكثر دقة إن تطرق الصفة الدولية إلي علاقة ما تعد بوابة عبورها إلي قواعد القانون الدولي الخاص ودخولها في مشكلتي تنازع القوانين والاختصاص القضائي. وقد تباينت الآراء الفقهية في مصادر الصفة الدولية لعلاقة معينة . حيث اعتبر جانب من الفقه أن مجرد تطرق الصفة الأجنبية إلى أي عنصر من عناصر العلاقة يجعلها ذات طابع دولي ومن ثم تخضع لقواعد القانون الدولي الخاص . في حين ذهب اتجاه آخر إلى منظور اقتصادي بحث بعيداً في دولية العلاقة ، فتكون العلاقة دولية لدى هذا الاتجاه عندما تتعلق بمصالح التجارة الدولية أو بانتقال للخدمات عبر الحدود الإقليمية للدولة فتصبح العلاقة واقعياً تتعلق بأكثر من نظام قانوني ، ومن ثم تدخل بشكل مباشر في إطار القانون الدولي الخاص ، وهذا أطلق عليه المعيار الاقتصادي⁶⁶ .

ولكن نتيجة لقصور الاتجاهين سواء المعيار القانوني الذي اعتمد على عنصر العلاقة مجتمعة في إضفاء الصفة الدولية للعلاقة ، أو المعيار الاقتصادي الذي اعتمد على موضوع العلاقة فقط في منح الدولية ، في أعقاب ذلك ظهر اتجاه ثالث حاول التوفيق أو المزج بين المعيارين السابقين أو بمعنى أدق جمع بينهما وأطلق عليه المعيار المختلط . فقد تلمس أنصار هذا المعيار المزدوج نقاط القوة في كل معيار ليعتمدوا عليها في منح الدولية ، فتكون العلاقة دولية متى تطرقت الصفة الأجنبية إلى أحد عناصرها وفي ذات الوقت يكون موضوع العلاقة انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود .

Loussouarn et Bredin Droit du commerce international op . cit, p 593 .

⁶⁶ راجع

Vinnnnncent Heuzer, La reglementation Francais des contrats internationaux, paris 1989, p. 265

وفي الفقه المصري د. هشام صادق " عقود التجارة الدولية " منشأة المعارف ، ١٩٩٥ ، ص ٨٢ .

إذا كانت هناك معايير معتمدة لتحديد دولية العقود على النحو السابق بيانه فإن خصوصية عقد الاستخدام تطرح تساؤلاً عن مدى إمكانية إعمال هذه المعايير لإضفاء الصفة الدولية على عقد الاستخدام على نحو لا يخالف هذه الخصوصية؟

إن الحديث عن المعيار واجب اعتماده في تحديد الصفة الدولية لعقد الاستخدام يقودنا للرجوع إلى المعايير التي اعتمدت فقهاً وقضاءً في تحديد الصفة الدولية للعقود.

بيد أن عقد الاستخدام ليس بمنأى عن هذا التباين الفقهي في إضفاء صفة الدولية عليها ، فهو عقد دولي عندما تتطرق الصفة الدولية لأحد عناصره ، وكذلك يكتسب الصفة الدولية أيضاً عندما تقم في إطار العلاقات التجارية الدولية أي تؤدي إلى انتقال أموال وخدمات عبر الحدود الإقليمية للدولة . ولكن هذا العموم والإجمال ينقصه التفصيل ومناقشة دولية عقد الاستخدام وعلى كل معيار من هذه المعايير وفقاً لتقسيم ثنائي لهذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي.

المبحث الأول الدولية القانونية

تقسيم

إن الكشف عن دولية العلاقة القانونية مسألة أولية وضرورية تقع علي عاتق القاضي المطروح عليه النزاع حتى يستطيع تحديد النظام القانوني واجب التطبيق علي العقد وهي مسألة تكييف تخضع في تحديدها لقانون القاضي ، فهو الذي يحدد دولية أو وطنية العلاقة القانونية مستعيناً في ذلك بالمعايير الفقهية التي تناولت هذه المسألة . وأول هذه المعايير هو المعيار القانوني الذي يعتمد في إضفاء الصفة الدولية علي علاقة معينة من خلال عناصر هذه العلاقة⁶⁷ . ولتوضيح ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نتعرض في الأول منهما لمضمون المعيار القانوني ، ونخصص الثاني لتقدير هذا المعيار بصدد عقد الاستخدام ، وذلك على النحو التالي.

P. Mayer droit international prive, paris 1991, p11 et ss .

⁶⁷ راجع :

ويقول الأستاذ Mayer أن العلاقة يمكن نعتها بالدولية من منظورين أحدهما شخصي يضيفي الدولية على العلاقة متى احتوت على عنصر أجنبي فيجد القاضي الوطني نفسه على اتصال بنظام قانوني أجنبي . والمنظور الآخر موضوعي يضيفي الدولية على العلاقة متى اتصلت عبر عناصرها الذاتية بدولتين أو أكثر بصرف النظر عن الدولة التي يعرض النزاع أمام محاكمها .

المطب الأول

مضمون المعيار القانوني

يعتمد المعيار القانوني في إضفاء الصفة الدولية على علاقة معينة من خلال عناصر هذه العلاقة ، فهو يقوم على فكرة أساسية مفادها أن العقد يعد عقداً دولياً متى ما اتصل بعنصر أو أكثر من عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد ، سواء تعلق هذا العنصر بإبرامه ، أو تنفيذه ، أو من حيث جنسية أطرافه أو موطنهم ، أو محل إقامتهم يرتبط بأكثر من نظام قانوني ، فالعقد الدولي هو العقد الذي يشتمل على عنصر أجنبي بصرف النظر عن ماهية العنصر الأجنبي أي حتى لو تمثل ذلك في جنسية المتعاقدين ، أو أحدهما .

فعلى سبيل المثال العقد المبرم في فرنسا بين مصريين لضمان تنفيذ التزام في مصر ، يعتبر عقداً دولياً لتطرق الصفة الأجنبية إليه بسبب محل الإبرام ، وكذلك العقد المبرم في مصر بين مصريين لضمان عقد قرض حصل عليه أحد أطراف العقد من فرع بنك فرنسي في مصر واشترط أطرافه تطبيق القانون الفرنسي . فإنه يعد دولياً لتطرق الصفة الأجنبية إليه وفقاً للمفهوم العام لهذا المعيار القانوني⁶⁸ . ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا ، هل جميع عناصر العلاقة المطروحة علي درجة واحدة من الأهمية في اعتبار العقد دولياً من عدمه أم أن هناك عناصر لها ثقلها في هذا الخصوص ؟

لاحظ فريق من أنصار هذا الاتجاه أن تطرق الصفة الأجنبية لهذا العقد قد تم بشكل عرضي وقد يكون بمحض صدفة فهو لا يعبر عن مضمون الصلة الحقيقية للعقد بالأنظمة القانونية المتصل بها فالتصال بالعقد بالنظام القانوني قد يكون اتصال شكلي وليس موضوعي وليد الصدفة المحضة ولا يعبر عن مضمون الصلة الحقيقية بالعقد وهذا ما دفع بعض أنصار هذا الفريق إلي المناداة بضرورة التفرقة بين عناصر العلاقة القانونية

⁶⁸ راجع د. إبراهيم أحمد إبراهيم " القانون الدولي الخاص " ١٩٩١ - ص ٥٤٨ ، د. منير عبد المجيد " تنازع القوانين

في علاقات العمل الفردية " منشأة المعارف ١٩٩١ ، ص ٢٢ .

ومدي تأثيرها في إضفاء الصفة الدولية علي العلاقة فليس كل عناصر هذه العلاقة صالحة لإضفاء الصفة الدولية عليها ، وقد اختلف الفقه بشأن هذه المسألة إلي اتجاهين اتجاه أخذ بتوسيع دولية العقد ، واتجاه آخر أخذ بالتضييق على العقد الدولي ، نعرضهما علي النحو التالي :

الاتجاه الأول : يمثل هذا الاتجاه الفقه التقليدي، فقد ذهب أنصاره⁶⁹ إلي أن جميع عناصر العقد على درجة واحدة من الأهمية في إضفاء الصفة الدولية على تلك الرابطة العقدية ، فتطرق الصفة الأجنبية لأي عنصر من عناصر هذه العلاقة كفيل بإضفاء الصفة الدولية عليها دون الكشف عن أهمية هذا العنصر فكل العناصر على درجة واحدة في اكتساب العلاقة العقدية للصفة الدولية. وعلى هذا إذا تطرق العنصر الأجنبي إلي أطراف العلاقة أو موضوعها أو سببها فأنها تصبح ذات طابع دولي وبالتالي تخضع لقواعد التنازع في القانون الدولي الخاص .والواضح من هذا المنظور المطلق أن الصفة الدولية تصبغ على العقد بمجرد تطرق الصفة الأجنبية إلي عناصره الموضوعية أو الشخصية .فالتعادل والتساوي في التأثير هو السمة الغالبة على عناصر العقد، فيصبح دولياً متى تطرقت الصفة الأجنبية إلى أي من عناصره . ومن ثم يعد العقد دولياً في مفهوم هذا الرأي إذا كان أحد أشخاص العلاقة متمتع بجنسية أجنبية أو مقيم في دولة أجنبية ، وأيضاً تعد العلاقة دولية إذا كان المال محل التعاقد كائن في دولة غير دولة القاضي ، وكذلك إذا كان محل إبرام العقد في دولة أجنبية اكتسبت العلاقة صفة الدولية.

ولكن يؤخذ علي هذا المعيار القانوني انه بدأ منتقدا لما يتسم بيه من الجمود وعدم المرونة علي أساس انه يترتب عليه إعمال قواعد القانون الدولي الخاص لمجرد تطرق العنصر الأجنبي إلي الرابطة العقدية دون النظر لأهمية هذا العنصر وهل هو مؤثر أم لا⁷⁰ .

BATIFFOL ET LAGARD " traite ... " P. 575 .

⁶⁹ راجع تفصيل ذلك.

⁷⁰ راجع د .هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٦٢ ، ٦٣ .

فمن أهم الانتقادات التي طالت هذا الاتجاه أنه مساوي بين جميع عناصر الرابطة العقدية من دون تمييز بين أهمية هذه العناصر ومدى تأثيرها في العملية التعاقدية ، والتي يترتب على تطرق الصفة الأجنبية لأي عنصر من عناصر العقد يؤدي هذا إلى اكتسابه طابعاً دولياً ، إلا أن الواقع يشير إلى خلاف ذلك ، كون عنصر الجنسية يعتبر عنصراً ضعيفاً وغير مؤثر في عقود التجارة الدولية ، إلا في الحالات التي يجتمع فيها العنصر مع عناصر أخرى⁷¹.

فمن خلال هذا المنطق نجد أن اختلاف جنسية المتعاقدين لا تكفي لإضفاء الصفة الدولية على عقود التجارة الدولية ، كذلك الحال بالنسبة إلى عنصر المحل ، فهو لا يختلف كثيراً عن عنصر الجنسية لكونه لا يكفي بمفرده لأن يكون أساساً لإضفاء الطابع الدولي على العقد ، وذلك لأن مكان إبرام العقد قد يكون عرضياً أو تم التعاقد فيه على سبيل الصدفة أو قد يكون اختياره قد تم بصورة عشوائية ، ولكن يعتبر عنصر المحل مؤثراً في حالة إسناد العقود من حيث الشكل وفقاً لمبدأ خضوع العقد لمحل إبرامه.

بالإضافة إلى ذلك نجد أن هذا الاتجاه يساوي بين الصفة الأجنبية والصفة الدولية ، إذ أن الصفة الأجنبية قد تكون عارضة وغير مؤثرة ، فالعقد قد يكون مشوباً بالعنصر الأجنبي ، ولكن ليس بالضرورة أن يكون عقداً دولياً . فاختياراً لأطراف لقانون أجنبي ليحكم عقدهم أو طرحهم النزاع أمام قضاء أجنبي لا يعد دليلاً على توافر صفة الدولية في العقد⁷².

واستناداً لهذه المعطيات فإننا نتفق مع الرأي المعارض لهذا الاتجاه ، لأسباب كونه يتسم بالجمود في التطبيق ، بالإضافة إلى أنه يؤدي إلى أعمال القانون الدولي الخاص ، وبخاصة قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة لمجرد تطرق الصفة الأجنبية إلى أي عناصر

⁷¹ راجع د. هشام أحمد محمود " القانون واجب التطبيق على الكفالة الشخصية " دار النهضة ، ٢٠١٥ ، ص ٥٩

⁷² راجع : بلاق محمد ، " قواعد التنازع والقواعد الموضوعية في عقود التجارة الدولية " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص ، جامعة أبو بكر سنة ٢٠١٠ / ٢٠١١ ، ص ١٣ - ١٤ . فراس كريم شعبان ، مرجع سابق ، ص ١١ .

الرابطة العقدية من دون النظر لأهمية هذا العنصر الأجنبي ومدى تأثيره على العقد . فكانت هذه الانتقادات هي السبب الذي دفع جانب من أنصار هذا الاتجاه إلى التفرقة بين العناصر المؤثرة وغير المؤثرة التي تتطرق إليها الصفة الأجنبية ، وهذا ما اعتبره الفقه الحديث تطبيقاً لمفهوم دولية العقد.

الاتجاه الثاني : نتيجة لما تعرض له أنصار الاتجاه الأول من نقد، فقد ذهب الفقه المعاصر⁷³ إلى التفرقة بين عناصر العلاقة في اكتسابها للصفة الدولية . فهناك عناصر مؤثرة وفعالة إذا تطرقت الصفة الأجنبية إليها تكون من شأنها إضفاء الصفة الدولية عليها ، وفي المقابل هناك عناصر سلبية غير مؤثرة لا يؤدي وجودها بأي حال من الأحوال جعل العقد دولياً⁷⁴ . وبناء على ذلك فإن هذا الاتجاه يضيق من نطاق العناصر المتصلة بالرابطة العقدية ، ولا يعتد بها جميعاً في إضفاء الصفة الدولية على العقد . ويرى أنصار هذا الاتجاه ضرورة التفرقة بين العناصر المؤثرة في العقد والغير مؤثرة فيه لتحديد مدى اتصافه بالصفة الدولية ، فمتى تطرقت الصفة الأجنبية إلى العناصر المؤثرة في العقد عد العقد دولياً أما إذا تطرقت الصفة الأجنبية إلى العناصر الغير مؤثرة في العقد تبقى خاضعة للقانون الوطني على الرغم من تطرق الصفة الأجنبية إلى عناصر الرابطة ، طالما عدت هذه العناصر غير مؤثرة عليها⁷⁵ . ولما كان النحو علي هذا الأمر ثار التساؤل حول ماهية العنصر المؤثر وغير المؤثر في إضفاء الصفة الدولية علي العقد ؟

وعلى هذا فإنه في مجال عقود التجارة الدولية نجد أن عنصر الجنسية الأجنبية للمتعاقدین عنصر غير مؤثر لاكتساب تلك العقود السمة الدولية ، ومن ثم فإن توافره منفرداً في

⁷³ راجع

DOMINOUE HOLLEX ET JAQUES FOYER " droit international prive " Paris 1987, p 590.

⁷⁴ راجع : د. هشام على صادق ، المرجع السابق ، ص ٦٤ .

⁷⁵ راجع د. أحمد عبد الكريم سلامة " قاعدة علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع ، دار النهضة ، ص ١٠٨٩ .

علاقة معينة لا يؤدي ، عند أنصار هذا الاتجاه ، إلى إضفاء صفة الدولية على تلك العلاقة .

مثال ذلك إذا أبرم عقد استخدام بين أجنبي يقيم في مصر وعامل مصري فإن العقد في هذه الحالة يخضع للقانون المصري رغم تطرق العنصر الأجنبية إليه ، حيث أن هذا العنصر الأجنبي "جنسية الشخص الأجنبي" غير مؤثر في هذه الحالة في إضفاء الصفة الدولية على العقد ، ومن ثم يخرج عن نطاق قواعد القانون الدولي الخاص^{٧٦} . ونلاحظ أيضاً أن ضابط محل إبرام العقد يعد عنصراً غير ذي أثر في إضفاء الدولية على العقد، فهو لا يكفي بذاته لهذا الغرض لا سيما إذا كان إبرام العقد قد تم في دولة أجنبية بمحض الصدفة^{٧٧} .

وعلى عكس ذلك فإن ضابطي محل التنفيذ والموطن المشترك للمتعاقدين - إذا اتحدت جنسيتهم - يعدان من العناصر المؤثرة والفعالة في اكتساب العقود المالية للصفة الدولية . فعلى سبيل المثال، نجد أن عقد الاستخدام وفقاً لهذا المنظور يعد دولياً لاختلاف محل إقامة كل من المتعاقدين . فمحل التنفيذ هنا عنصر مؤثر لكون محل التنفيذ يعبر عن مركز الثقل في الرابطة العقدية كونه يعد أداة لتركيز العقد تركيزاً مكانياً ، بوصفه المكان الذي يتحقق فيه الأداء المميز للعقد^{٧٨} . يضاف لهذا اختلاف موطن المتعاقدين أيضاً ، حيث يعتبر كلاً منهما عنصراً فعالاً ومؤثراً في إضفاء الطابع الدولي على العلاقة التعاقدية ولا سيما عقود المعاملات المالية وعقود التبادل التجاري ، كما في حال إبرام العقد بين وطنيين يقيم أحدهما في الخارج ، فالعقد يعتبر هنا عقداً دولياً نتيجة لاختلاف محل إقامة أطرافه^{٧٩} .

⁷⁶ راجع د. هشام أحمد محمود ، المرجع السابق ، ص ٦٠ .

⁷⁷ راجع د. هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٦٢ .

⁷⁸ راجع د. هشام صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق الإشارة إليه ، ص ٣٣٩ .

⁷⁹ راجع د. عكاشة عبد العال " قانون العمليات المصرفية الدولية " دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٧ ، ص ٨٨ .

هذا الحل بالنسبة لما اخذ بيه الفقه والتشريع أما ما تم الأخذ بيه من قبل الاتفاقيات الدولية ، فقد تبنت اتفاقية الأمم المتحدة والمتعلقة بالبيع الدولي للبضائع (فينا ١٩٨٤) هذا المنحى وذلك بنصها على أن " لا تؤخذ بعين الاعتبار جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية والتجارية لهم ولا للعقد في تحديد تطبيق هذه الاتفاقية " كما تبنت اتفاقية التحكيم العربي والتي أبرمت في عمان عام ١٩٧٨ هذا النهج ، كما تبنت اتفاقية هامبورج بشأن عقود النقل البحري هذا النهج أيضاً ، فاستناداً لهذه الاتفاقيات ، ليس لرابطة الجنسية وحدها فاعلية في تحديد الصفة الدولية ، وإنما ينطبق نفس الحكم على محل الإبرام الذي وأن كان مؤثراً عند إسناد العقود من حيث الشكل وفقاً لمبدأ " خضوع شكل العقد لمحل إبرامه " إلا أنه لا ينهض أساساً لإضفاء الصفة الدولية على العقد في كل الحالات .

فقد يبرم العقد في دولة أجنبية بشكل عرضي أو بمحض الصدفة مما جعل محل الإبرام غير مؤثر في كل الأحوال^{٨٠} .

أما العناصر المؤثرة حسب هذا الاتجاه والتي نصت عليها عدة اتفاقيات دولية ومنها اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع ، واتفاقية لاهاي لسنة ١٩٦٤ بشأن البيع الدولي للأشياء المنقولة المادية ، فهي أخذت بمحل التنفيذ ، وكذلك بموطن الأطراف حيث اعتبرت هذه الاتفاقيات هذه العناصر فعالة في رسم العلاقة بالصفة الدولية خصوصاً في عقود المعاملات المالية وعقود التبادل التجاري. فعلى الرغم من كل ما تم ذكره من مميزات لهذا الاتجاه إلا أنه لم يخل من النقد الموجه إليه في أنه ترك مسألة تحديد الصفة الدولية ومدى فاعلية وتأثير عناصر الرابطة العقدية للسلطة التقديرية للقاضي الذي ينظر في النزاع ، الأمر الذي قد يدفعه إلى تطبيق قانونه الوطني في أغلب الأحيان ، وهذا نابع من كون القاضي الوطني يحرص على تطبيق قانونه الوطني في حالة ما إذا أثير النزاع أمام قضاء الدولة التي ينتمي إليها^{٨١} .

⁸⁰ راجع د. هشام على صادق - القانون واجب التطبيق" المرجع السابق ، ص ٣٢ .

⁸¹ راجع د. هشام على صادق - القانون واجب التطبيق" المرجع السابق ، ص ٦٦ .

المطب الثاني

المعيار القانوني وعقد الاستخدام

يمكننا القول بأن معيار دولية العقد من عدمه هي مسألة نسبية تختلف باختلاف طبيعة العقد نفسه فتتحقق هذه النسبية في حالة أن ضابطا معين يكون مؤثر وفعال بالنسبة لرابطة معينه وغير مؤثر في رابطة أخرى بمعنى أن معيار الدولية يتوقف علي طبيعة العلاقة المطروحة كما تتحقق النسبية باختلاف النظم القانونية المعمول بها علي المستوي الدولي ففي نظام قانوني معين نجد انه يعتد بضابط الجنسية في بعض أنواع العقود لأعمال قواعد الإسناد بشأنها مثال ذلك المادة (١٤) من القانون المدني المصري التي تعول علي جنسية احد المتعاقدين لعقد الاختصاص للقانون المصري بالعلاقة التي يكون احد أطرافها مصرية . وأخيراً فإن اكتساب الصفة الدولية للعقد قد يطرأ عليه في مرحلة لحقه علي إبرامه وهو ما يحدث غالباً عند تنفيذ العقد ، ومن أمثلة ذلك ، إذا كان العقد ابرم بين شخصين يقيمان في مكان واحد ومحل التعاقد كائن في نفس المكان المتواجد بيه المتعاقدان فمثل هذا العقد قد ابرم داخليا أي لم يكتسب الصفة الدولية حتى ولو كان احد المتعاقدين أجنبياً . فإذا قام بعد ذلك احد المتعاقدين بتغيير محل إقامته فإن العقد حينئذ

يكتسب الصفة الدولية وذلك لتطرق العنصر الأجنبي المؤثر علي العقد في مرحلة لاحقه علي إبرامه . ومما سبق يتضح لنا مسالة تكييف العلاقة المطروحة في كونها دولية أم وطنية هي مسالة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض .

وتبدو الأهمية واضحة في إخضاع هذه المسألة لرقابة محكمة النقض خاصة بعد أن رفض الفقه المعاصر التسوية بين عناصر العقد في إضفاء الصفة الدولية عليها ، بل تم تقسيم هذه العناصر إلى عناصر غير مؤثرة ، وآخري مؤثرة ومنح هذه الأخيرة حق إضفاء صفة الدولية على العلاقة المطروحة إذا توافرت⁸² .

أياً ما كان الأمر فإن إضفاء الصفة الدولية علي عقد الاستخدام الدولي وفقاً للمعيار القانوني الذي يعتمد علي تقسيماً ثنائياً لعناصر هذا العقد أحداها تكون مؤثرة وإيجابية وتطرق الصفة الأجنبية إليها يضيء الدولية علي العقد ، والثانية لا تملك إضفاء هذه الدولية لو تطرقت الصفة الأجنبية إليها . وقد حظي هذا المعيار بتأييد قضائي في العديد من الدول كان في مقدمتها القضاء الفرنسي فقد صدر العديد من الأحكام التي تبنت المعيار القانوني بشكل عام علي كل علاقة يتطرق العنصر الأجنبي إلي عناصرها الإيجابية المؤثرة . ومن هذه الأحكام الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في ٧ ديسمبر ١٩٦٧ وكذلك الحكم الصادر عن نفس المحكمة في ٤ يوليو ١٩٧٢ ولم يختلف الأمر بصدد عقد الاستخدام فإذا تأملنا الأحكام القضائية الصادرة في مجال هذا العقد نجد أن هذه الأحكام تؤكد علي دولية عقد الاستخدام وفقاً لهذا المنظور السابق .

ومن خلال ما تم ذكره يتضح لنا أن المعيار القانوني باتجاهه الموسع والمضيق ، وإن كان قادراً على تحديد إطار للعقد الدولي وذلك من خلال إضفاء الصفة الأجنبية فيه ، إلا أنه مع ذلك ظل قاصراً بسبب إغفاله جوانب أخرى ومهمة لتحديد الصفة الدولية لذلك فهو بحاجة إلى معيار آخر ، لإعماله كونه يفتقد للدقة حتى يمكن عده معياراً لدولية العقد ، ومن ثم فقد تراجع هذا المعيار ليفسح المجال أما ظهور المعيار الاقتصادي .

⁸² راجع د. هشام أحمد محمود " عقد التأمين في إطار القانون الدولي الخاص " دار النهضة ، ٢٠٠١ ، ص ٦٣ .

المبحث الثاني الدولية الاقتصادية

تقسيم

نقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نتعرض في الأول منهما لمضمون المعيار الاقتصادي ، ونخصص الثاني لتقدير هذا المعيار بصدد عقد الاستخدام ، وذلك على النحو التالي.

المطلب الأول

مضمون المعيار الاقصادي

دفعت الانتقادات الموجهة للمعيار القانوني في تحديد دولية العقد ، إلى البحث عن معيار آخر لإضفاء الصفة الدولية علي الرابطة العقدية ، ونتيجة لهذا الانقسام اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى البحث عن معيار آخر يتلافى الغموض الذي يتسم بيه معيار العنصر المؤثر والفعال فقضت في احد إحكامها بأن العقد الدولي "هو العقد الذي يرتبط بمصالح التجارة الدولية والمرتبطة بحركة المد والجزر للبضائع والأموال عبر الحدود"⁸³.

⁸³ راجع د. أحمد إبراهيم موسى - انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية - دار الجامعة الجديد للنشر والإسكندرية -

لسنة ٢٠٠٧ ، ص ٥٣ .

ومن خلال هذا التعريف يمكننا أن نستخلص أن دولية العقد تتحقق وفقاً لهذا المعيار لمجرد تعلق هذا العقد بمصالح التجارة الدولية. ومن هنا جاءت تسمية هذا المعيار بالمعيار الاقتصادي حيث يعتمد في إضفاء الصفة الدولية بصدد علاقة معينة علي ارتباطها بمصالح التجارة الدولية.

أن فكرة هذا المعيار قد ظهرت في أواخر العشرينيات من القرن العشرين ، في مجال ما يعرف بقانون النقد والمدفوعات الدولية ، وهنا يقول استاذنا الدكتور احمد عبد الكريم سلامة ، أن هذه الفكرة ظهرت لدى القضاء الفرنسي في تلك الفترة على يد النائب العام الفرنسي (جول ماتير - P . Matter) أمام محكمة النقض الفرنسية ، بحكمها الصادر في ١٧ مايو ١٩٢٧^{٨٤} . وقد جاء المعيار الاقتصادي لتبرير القواعد القانونية التي قام القضاء الفرنسي بخلقها بناء على مقتضيات التجارة والتي من نتائجها التحايل على إقرارها لبعض الشروط التي يحكم بطلانها إذا ما وردت في عقد داخلي مثل شرط التحكيم ، وأيضاً شرط الدفع بالذهب ومثله من الشروط الأخرى التي تهدف إلى توقي مخاطر تغيير العملة فمثل فهذه الشروط إذا ورد في عقد داخلي أو وطني تكون صحيحة إذا ضمنها عقد وصف بالدولية رغم بطلانها في العقود الداخلية لتعلقها بالنظام العام^{٨٥} .

كما أن ظهور بعض العقود الجديدة غير التقليدية مثل عقود نقل التكنولوجيا وعقود التعاون الاقتصادي والعقود التي تتم من خال وسائل الاتصال الحديثة التي تفتقد عنصراً من عناصرها التي تساعد في اعتبارها دولية إذا ما تطرقت الصفة الأجنبية إليها. فظهور هذه العقود كان سبباً في التشجيع إلي الوصول لتنظيم قانوني يتناسب والطبيعة الخاصة

⁸⁴ راجع د. أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص ١٠٨٩ .

⁸⁵ راجع د. أحمد صادق القشيري " الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية " المجلة المصرية

للقانون الدولي ، لسنة ١٩٦٥ - ص ٧٠ ، د. عكاشة عبد العال " العمليات المصرفية .." المرجع السابق - ص ١٠١ .

لهذه العقود بعيداً عن جمود التنظيم الداخلي ، فلم يكن هناك سبيلاً إلا بإضفاء الدولية على هذه العقود من خلال تعلقها بمصالح التجارة الدولية^{٨٦} .

إذاً وفقاً لهذا المعيار يمكننا القول أن تحديد الصفة الدولية للعقد تكون من خلال تحليل الرابطة العقدية والنظر إلى موضوعها ومدى تعلقها بمصالح التجارة الدولية ، وذلك عن طريق تركيزها على عمليات تبادل الأموال عبر الحدود أو من خلال تجاوزها للنطاق الإقليمي الداخلي للدول ، أي بمعنى يعد العقد دولياً متى نتج عنه انتقال للبضائع والأموال من بلد إلى آخر وبصرف النظر عن جنسية المتعاقدين ، أو غيرها من عناصر الصفة الأجنبية ولذلك فإن العقد إن لم يؤدي إلى حركة تبادل الأموال والبضائع عبر الحدود لا يعد دولياً حتى لو تطرقت إليه الصفة الأجنبية^{٨٧} .

وقد عاب البعض^{٨٨} على هذا المعيار في تحديده لدولية العقد أنه ينتابه الغموض وعدم التحديد ، وذلك لأنه يقيم دولية العقد على ارتباط الأخير بمصالح التجارة الدولية وهي بدورها مصطلحاً غير منضبطاً ينتابه القصور في بعض المجالات لا سيما في مجال تقديم الخدمات ومن ناحية أخرى يتصف بالغموض في تحديد المقصود بمصالح التجارة الدولية فهي عبارة فضفاضة تحتاج إلى التوضيح .

وهذا على عكس المعيار القانوني بمعناه المضيق الذي يتسم بالدقة والوضوح ، فهذا المعيار في تحديده لدولية العلاقة يتسم بالشكلية أكثر من الموضوعية. ورغم ما قرره بعض الفقهاء^{٨٩} من عدم ملائمة هذا المعيار في مجال عقود تقديم الخدمات ، إلا أن محكمة النقض الفرنسية اعتمدت عليه في أحكام كثيرة لإضفاء الدولية على العقد نذكر

⁸⁶ راجع د. هشام أحمد محمود ، المرجع السابق ، ص ٤٥ .

⁸⁷ راجع د. هشام خالد - المدخل للقانون الدولي الخاص العربي ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، ط ١ ، ٢٠٠٣ .

⁸⁸ راجع د. عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ١٠١ .

⁸⁹ راجع د. هشام أحمد ، المرجع السابق ، ص ٦٥ .

منها الحكم الصادر في ١٩ فبراير ١٩٣٠، وكذلك الحكم الصادر في ١١ مايو ١٩٧١^{٩٠}، فمن خلال هذين الحكمين استطاعت المحكمة أن تضيء الدولية على العقدين محل النزاع لارتباطهما بمصالح التجارة الدولية .

وعلى هذا يعتبر عقداً دولياً كل عقد يستتبع حركة مد وجزر للبضائع ورؤوس الأموال عبر الحدود سواء كانت لدولتين أو أكثر ، لكون العبرة هنا بالمضمون الاقتصادي للعقد حيث يكون كل عقد لا يستتبع ذهاب وعودة ، أو تصدير واستيراد للقيم الاقتصادية في ما بين الدول هنا لا يعتبر هذا عقداً دولياً ، حتى ولو انطوى على عنصر أجنبي أو أكثر .

وهذا ما أخذ به الفقه على يد القضاء الفرنسي لتفادي الجمود الذي يعتري تطبيق المعيار القانوني ، فالعقد يعد دولياً متى ما نتج عنه انتقال رؤوس الأموال من بلد إلى آخر وبصرف النظر عن جنسية المتعاقدين أو غيرها من الصفة الأجنبية ، مخالفة بذلك للاتجاه القانوني ، فالعقد الذي لم يؤدي حركة تبادل تجاري لا يعد دولياً ، حتى ولو انصرفت إليه الصفة الأجنبية . فقد اكتفى الفقه هنا بحركة هذه الأموال في اتجاه واحد ، أي سواء أكانت هذه الحركة هي (مد أو جزر) أو (تصدير أو استيراد) للقيم الاقتصادية عبر الحدود الدولية^{٩١} . وهذا ما سار عليه القضاء المصري في هذه الفترة في قضية مشهورة تعرف بقضية (فرحات ليفي) حيث حكم محكمة جنوب القاهرة المختلطة في ٢٥ مارس ١٩٣٥ ، ضد البنك الزراعي المصري^{٩٢} . وهذا ما أخذت به اتفاقية النقل الدولي للبضائع بطريق البر أو ما يعرف بقواعد هامبورج ١٩٧٨ في مادتها الأولى في هذا الاتجاه ، بحيث تعتبر عقد النقل البحري للبضائع يعد عقداً دولياً ويخضع لقواعد هذه الاتفاقية إذا توافر له معيار أساسي وهو كون النقل يقع بين دولتين مختلفتين مهما كانت صفة أو جنسية طرفي العقد .

JDI 1972 P 62, note appetit .

^{٩٠} راجع الحكم منشور في

^{٩١} راجع د. أحمد عبد الكريم سلامة - القانون الدولي الخاص - المرجع السابق ، ص ٩٦١ .

^{٩٢} هذا الحكم منشور في جريدة المحاكم المختلفة في العدد ٢، ٣، أبريل ١٩٣٥ .

في حين ذهب اتجاه آخر إلى اعتباراً دولياً كل عقد يتصل بمصالح التجارة الدولية أو تعدى بتبعاته وأثاره الاقتصاد الداخلي للدولة فالصفة الدولية للعقد تعتمد على كل العناصر التي يجب أن تؤخذ في الاعتبار لتقدير مدى خروج اقتصاديات العقد من نطاق الاقتصاد الوطني⁹³ . حيث تجدر الإشارة إلى أن المادة (٣) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والتي جاء فيها " يعتبر التحكيم دولياً إذا كان موضوع النزاع متعلق بالتجارة الدولية ، وهذا دليل على أن قانون التحكيم المصري قد أخذ بالمعيار الاقتصادي لكونه قد صدر مفهوم التحكيم الدولي باعتباره التحكيم الذي يمس مصالح التجارة الدولية.

المطب الثاني

المعيار الاقليمي وعقد الاستخدام

يمكن القول بأن كل عقد يمس حاجات ومصالح التجارة الدولية ، يمكن إخضاع ما ينشأ عنه من منازعات لقضاء التحكيم ، والإفلات من القضاء الوطني ، ويقول الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة ، أن مثل هذا الاتفاق يكون صحيحاً دون الحاجة عن بحث القانون واجب التطبيق على العقد⁹⁴ . وبإمعان النظر نجد أن هناك ارتباطاً وثيقاً بين المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني فتطبيق الأول سيؤدي إلى تطبيق المعيار القانوني لكون العقد الذي يترتب عليه انتقال الأموال من دولة إلى أخرى وارتباط هذا العقد بمصالح التجارة

⁹³ راجع د.أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص ٩٦٢ .

⁹⁴ راجع : د.أحمد عبد الكريم سلامة ، " علم قاعدة تنازع والاختيار بين الشرائع " ، مرجع سابق ، ص ١٠٩٠ .

الدولية ، يكون في حقيقته هذا العقد متصل بأكثر من نظام قانوني واحد وهذا ما يفد توافر المعيار القانوني في الوقت ذاته⁹⁵ .

ومن خلال ما تم طرحه يتعين ملاحظة ، أن الانتقال المعول عليه لرؤوس الأموال عبر الحدود يجب أن يكون انتقالاً فعلياً وليس انتقالاً افتراضياً أي أن هذه الأموال يتم حركتها من دولة إلى أخرى عبر الحدود وليس كما يحدث في العالم الإلكتروني . ولا يختلف الأمر بصدد عقد الاستخدام الدولي فيمكن القياس علي نفس الوضع باعتبار عقد الاستخدام الدولي عقداً د ولياً وفقاً لهذا المعيار وان كان عقد من عقود تقديم الخدمات إلا انه في نهاية الأمر هو تبني للمفهوم العام للمعيار الاقتصادي الذي يعتمد في إضفاء دولية العقد علي انتقال لحركة الأموال عبر الحدود فهذه الخدمات في النهاية تترجم إلي أموال وانتقال هذه الأموال عبر الحدود يضفي عليها الصفة الدولية بناء علي هذا المعيار .

فعلى الرغم من هذه المميزات لهذا المعيار إلا أنه اعتراه النقص ، ووجهت إليه سهام النقد حيث أخذ عليه الغموض وعدم التحديد بالإضافة إلى قيامه على فكرة اقتصادية لا قانونية لكونه يعتمد على فكرة موضوع العقد دون ظروفه ، والأهم من هذا أن المعيار لم يضيف جديداً بل هو مجرد تطبيق للمعيار القانوني ، لكون تبادل السلع والخدمات بين أكثر من دولة يسبغ الصفة الدولية على العقد لوجود عنصر أجنبي فيه والمتمثل في آثار العقد أو حتى تنفيذه والتي هي تكون ممتدة خارج الحدود التي نشأ فيها العقد

كما أن اشتراط تعلق العلاقة التعاقدية بمصالح التجارة الدولية من شأنه أن يؤدي إلى إخراج الكثير من العقود ذات الطابع الدولي من نطاق تنازع القوانين على الرغم من توافر العنصر الأجنبي لكونه لا يتصل بمصالح التجارة الدولية⁹⁶ . وفي هذا المجال يقول الفقيه (باتيفول) أن المعيار الاقتصادي لا يتلاءم مع التوسع الذي طرأ في مجال العقود ،

⁹⁵ راجع : د هشام علي صادق - القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - ص ٨٤ .

⁹⁶ راجع د . حسام الدين ناصيف ، المرجع السابق ، ص ١٨ .

وأنة لن يصلح لمواجهتها وتحديد نطاق تطبيقها كما أن نظرية تنازع القوانين سيظل لها مستقبل الصدارة في حل مشكلات القانون الدولي الخاص كما كانت من قبل⁹⁷ .
وكما يضيف إلى ذلك الأستاذ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامه لا يبدو دقيقاً أن نطلق على المفهوم الاقتصادي للعقد الدولي " اصطلاح معيار "بل الأمر يتعلق بمجرد شروط لتطبيق حلول موضوعية معينه يعرفها القانون الفرنسي كصلاحية الدفع بالذهب ، أو بأي عمله أجنبية أخرى أو علي أساس قيمتها ، أو حتى صلاحية اتفاق التحكيم واستقلاله عن العقد المتصل به ، هذا من جانب أما من جانب ثاني فإن المفهوم الاقتصادي للعقد الدولي يبدو قاصراً لكون هناك من العقود والاتفاقيات الدولية ما لا يستتبع انتقال للقيم الاقتصادية ورؤوس الأموال عبر الحدود ، أما من جانب ثالث فإنه ليس من اليسير في اغلب الأحيان تحديد المقصود " بحركة المد أو الجزر للقيم الاقتصادية عبر الحدود ، أو المساس بمصالح التجارة الدولية"⁹⁸ .

ورغم هذا الغموض الذي ينتاب تحديد المعيار الاقتصادي ، إلا أن له مناصرة فقهية كانت داعمة للموقف القضائي فقد اعتمد هذا المعيار الكثير من فقهاء القانون الدولي الخاص في فرنسا ومصر⁹⁹ كما أكدته أحكام القضاء الحديثة ، وهذا التأييد الفقهي والقضائي للمعيار الاقتصادي جاء في تحديد مضمونه علي مرحلتين الأولى منها توضيحية بأن المعيار الذي يضيف الدولية علي العقد عندما يتعلق بحركة انتقال الأموال عبر الحدود أو ما يسمى بحركة مد وجزر الأموال وذهابها وإيابها عبر الحدود الإقليمية. وثانيهما يري أن المعيار الاقتصادي الذي يضيف الصفة الدولية علي العقد هو الذي ينظر إلي موضوع العقد ومدى اتصاله بمصالح التجارة الدولية ويستند علي فكرة توازن الأداءات المتبادلة بين الأطراف .

⁹⁷ راجع د. منير عبد المجيد " الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي " منشأة المعارف الإسكندرية ، ٢٠٠٠ - ص ٢٨ .

⁹⁸ راجع د. أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص ١٠٩١ .

⁹⁹ راجع د. أحمد صادق القشيري ، المرجع السابق ، ص ٧٠ ، د. منير عبد المجيد ، المرجع السابق ، ص ٣٦ .

وقياسا علي ذلك فأن عقد الاستخدام ليس بعيدا عن هذا المعيار الاقتصادي عندما يتعلق هذا العقد بمصالح التجارة الدولية فيعتبر عقد الاستخدام دوليا متى جاء مرتبطاً بالتزام يتعلق بمصالح التجارة الدولية فيعد عقدا دوليا.

الباب الثاني

المحكمة المختصة بدعوى عقد الاستخدام الدولي

تمهيد وتقسيم

إن الاعتراف للفرد بحق معين يقتضي وجوب السماح لصاحبه بالدفاع عنه والتمسك به أمام ، القضاء . فلا جدوى من أن يقرر المشرع للفرد حقاً إذا لم يكفل له حماية هذا الحق عند الاقتضاء . وتتكفل المحاكم الوطنية في كل دولة بفض كافة المنازعات التي تنشأ بين الأفراد سواء أكانت منازعات وطنية بحتة أم كانت مشتملة على عنصر أجنبي ، فلا توجد حتى الآن هيئة قضائية دولية تتكفل بحل المنازعات ذات الطابع الدولي . وتتولى كل دولة تحديد الحالات التي تختص فيها محاكمها الوطنية بالمنازعات ذات الطابع الدولي ، وذلك من خلال وضع قواعد يطلق عليها قواعد الاختصاص القضائي الدولي .

بيد أن قواعد الاختصاص القضائي في كل دولة هي التي تنظم كيفية فض المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي . فإذا طرحت منازعة مشتملة على عنصر أجنبي أمام القضاء الوطني ، فإن أول ما ينبغي على القاضي عملة هو البحث عما إذا كانت هذه المنازعة تدخل ضمن ولاية محاكم دولته أم لا . وهو في ذلك يستعين بقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانون دولته ، والتي تحدد الحالات التي تختص فيها محاكم الدولة بنظر المنازعات ذات الطابع الدولي¹⁰⁰ . أما إذا تم طرح المنازعة ذات الطابع الدولي على محاكم دولة أجنبية وأصدرت فيها حكماً وأراد المحكوم له الاحتجاج بهذا الحكم أمام المحاكم الوطنية أو تنفيذه ، فهنا يثور التساؤل عن مدى إمكان الاحتجاج بهذا الحكم أمام المحاكم الوطنية وعن مدى إمكان تنفيذ هذا الحكم في الدولة .

وقد أقامت تشريعات الدول المختلفة قواعد اختصاصها القضائي على ثلاث ضوابط لكي تتمكن من إحكام السيطرة على كل المنازعات التي ترتبط بها وتخضعها لمحاكمها .

¹⁰⁰راجع: د . هشام أحمد محمود ، القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ

الأحكام الأجنبية ، دار الثقافة العربية بني سويف . ٢٠١٨ .

وتمثلت هذه الضوابط الثلاثة في ضوابط شخصية ينعقد الاختصاص وفقاً لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته أو بتوطنه بها ، وضوابط موضوعية تركز على موضوع النزاع نفسه كاختصاص محكمة موقع المال بما يثور بشأنه من منازعات ، وأخيراً ضوابط إرادية تستند على إرادة الأطراف أنفسهم . ولتفصيل ذلك نقسم هذا الباب إلى فصلين ، وذلك على النحو التالي

الفصل الأول : الاتجاهات التقليدية في تحديد المحكمة المختصة .

الفصل الثاني : الاتجاهات الحديثة في تحديد المحكمة المختصة .

الفصل الأول

الاتجاهات التقليدية في تحديد المحكمة المختصة

تقسيم

المبحث الأول

اضوابط لخصية في تحديد المحكمة المختصة

تقسيم

استندت التشريعات المختلفة في عقد الاختصاص لمحاكمها بنظر المنازعات على ضوابط مستمدة من عناصر العلاقة ، وأول ما ذهب النظر إليه في هذه العناصر هو عنصر الأشخاص . فكان بناء قواعد الاختصاص القضائي القائمة على هذا العنصر متمثلة في ضابطين هما جنسية الشخص أو موطنه^{١٠١} . ولكن من المعلوم أن أي علاقة لا بد لها من طرفين ، فأى هذين الطرفين تستمد منه الضوابط . كان من الممكن أن تكون الإجابة حاسمة في هذا الشأن لصالح المدعى عليه لو لم ينفرد المشرع الفرنسي بموقفه الذي سوى فيه بين المدعي والمدعى عليه . فقد وجد مشرعو الدول المختلفة أن أداء العدالة واجب على الدولة تحقيقه على إقليمها بصرف النظر عن كون الشخص وطنياً أو أجنبياً وأن مصلحة المدعى عليه هي الأولى بالرعاية من مصلحة المدعى^{١٠٢} . ولكن كانت نظرة المشرع الفرنسي على خلاف ذلك فهو يرى أن تحقيق العدالة واجب على الدولة نحو مواطنيها يتكفل مشرعهم بتحقيقها أينما كانوا ، وكان تساوي مصلحة الطرفين وفقاً لذلك

101

PIERRE MAYER / راجع في هذا

"droit international"p 186

BERNARD AUDIT "droit international"p 290 .

مشار إليه لدى د/ هشام أحمد محمود ، مرجع سابق ص ٣١٣ ، د/ إبراهيم أحمد ، د/ أحمد قسمت الجداوي ، المرجع ، ص ٢٠٩ .

/ راجع في ذلك دكتور هشام أحمد محمود . في عقد التأمين في إطار القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ص 102

٣١٤ .

د/ عز الدين عبدا لله القانون الدولي الخاص ، ص ١٦ .

د / هشام صادق ، ود / حفيظة الحداد " دروس في القانون الدولي الخاص " دار المطبوعات الجامعية ، طبعة ٢٠٠٠ ،

ص ١٦ . .

تبدو أمراً طبيعياً . وأياً ما كان الأمر ، فإن هذا الموقف المنفرد للمشرع الفرنسي لا يلزمنا بشيء في دراسة قواعد الاختصاص القضائي المبنية على الضوابط الشخصية وأن تجري تقسيماً ثنائياً لهذه الدراسة ، وفقاً للاتجاه الغالب ، على النحو التالي .

أولاً : بناء الاختصاص على جنسية المدعى عليه .

ثانياً : بناء الاختصاص على موطن المدعى عليه .

أولاً : بناء على جنسية المدعى عليه :

استقر الأمر في مجال تنازع الاختصاص القضائي على قاعدة يتلخص مضمونها في أن المدعى يتبع المدعى عليه "actor sequitur forum rie"¹⁰³ ، وذلك لعدم إرهاب هذا الأخير بتكاليف انتقال يتكبدها قد تسفر في النهاية عن عدم إدانته ، كما أنه ليس من المنطقي أيضاً إجبار المدعى عليه على الانتقال إلى محكمة المدعى وهو برئ الذمة ، فالمفروض أن المدعى يبحث عن إثبات حق له يكون هو وحده المتكفل بالإفناق عليه وتتبعه .

ولكن هذا الاستقرار لم يأت إلا بعد خلافات دامت زمناً طويلاً بين فقهاء القانون الدولي الخاص حتى كتب لهم هذا الاستقرار¹⁰⁴ . ولم يشذ عن هذه القاعدة سوى المشرع الفرنسي كما ذكرنا سابقاً ، الذي منح الحق للمدعي الفرنسي أن يقيم دعواه أمام المحاكم الفرنسية على المدعى عليه الأجنبي وفقاً لنص المادة ١٤ من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أنه " يمكن رفع الدعوى أمام المحاكم الفرنسية على الأجنبي ، ولو لم يكن مقيماً في

¹⁰³ HELENE GAUDEMET-TALLON، OP . Cit،p 48 راجع في تفصيل هذه القاعدة

PIERRE GOTHOT ET DOMINIQUE HOLLEAUX"la convention de Bruxelles du 27 se ptembre 1968" Paris 1985 ،p20 .

مشار إلي هذا المرجع لدى د / هشام أحمد محمود مرجع سابق في عقد التأمين ، مرجع ص ٣١٤ وما بعدها .

راجع في ذلك : د / هشام أحمد محمود مرجع سابق ص ٣١٥ .¹⁰⁴

فرنسا ، لتنفيذ الالتزامات التي عقدها في فرنسا مع فرنسي ، كما يمكن مقاضاته أمام المحاكم الفرنسية من أجل الالتزامات التي عقدها في بلد أجنبي مع فرنسيين^{١٠٥} . ورغم موقف المشرع الفرنسي المنتقد من جانب الفقهاء الفرنسيين أنفسهم^{١٠٦} ، إلا أن غالبية التشريعات أقرت قاعدة المدعي يتبع المدعى عليه ، وكانت هذه التبعية قائمة على جنسية هذا الأخير أو موطنه .

ومن هذه التشريعات المادة ٢٨ من قانون المرافعات المصري التي نصت على أن "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية . وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج ."

وبهذا النص يكون المشرع المصري قد حدد موقفه بالنسبة لمسألة ، من أولى بالرعاية المدعى أم المدعى عليه ، تلك المسألة التي أثارت جدلاً في فقه القانون الدولي الخاص . فقد نظر المشرع المصري على أن المدعى عليه هو الأولى بالرعاية وذلك لأن الأصل براءة ذمته إلى أن يثبت العكس^{١٠٧} . وقد يكون السبب أيضاً في أن يتبع المشرع المصري هذا النهج هو النقد الشديد الذي وجه للمشرع الفرنسي الذي أقام الاختصاص للمحاكم الفرنسية على جنسية المدعى والمدعى عليه على حد سواء وفقاً لنص المادة ١٤ المشار إليها .

105 / النص

« étranger, meme non –resident en france , pourra etre cite devant les tribunaux francais , 'Art . 14 . L.pour l'execution des obligations par lui contractees france avec francais , il pourra etre traduit devant les tribunaux de obligations parlui contractees en pays etranger france pour lesenvers des francais.

106 راجع في ذلك : د . هشام أحمد محمود مرجع ص ٣١٥ وما بعدها .

107 مشار إليه لدى الدكتور هشام أحمد . "p 291 "droit international BERNARD AUDiT راجع في ذلك مرجع سابق . ، راجع في ذلك أيضاً / د / إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق الإشارة إليه ، ص ١٤٢ .

ولهذا فإن تعويل المشرع المصري على جنسية المدعى عليه وليس المدعى في عقد الاختصاص للمحاكم المصرية بنظر الدعاوى التي يكون طرفاً فيها ، قد أراح الفقه المصري من الخلافات التي كانت قائمة ، قبل صدور هذا النص ، بسبب إغفاله إقرار هذا الاختصاص عند صدور قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالي¹⁰⁸ . ولكن الفقه المصري وجد ما يشغله في هذا الصدد وراح يبحث عن أساس لهذه القاعدة فهل يتمثل هذا الأساس في إيجاد محاكم وطنية يمتد اختصاصها إلى الخارج لتحقيق العدالة لمواطنيها أم أن أساسها خضوع الوطني لولاية قضائه ؟

أقر غالبية الفقه¹⁰⁹ ، المصري أن أساس هذه القاعدة هو خضوع المواطن المصري لولاية قضائه يستوي في ذلك أن يكون مقيماً في مصر أو خارجها ، وذلك لأن هذه الولاية لها وجهان، أحدهما إقليمي يستند إليه للمصريين والأجانب على حد سواء والثاني شخصي بالنسبة للمصريين المقيمين في الخارج فقط . ومع ذلك إذا كانت النظرة في اختصاص المحاكم المصرية وفقاً لهذه القاعدة قائمة على اعتبارات تحقيق مصلحة المدعى عليه ، فإن هذا القول يجافي الواقع العملي الذي يثبت عكس ذلك . فمصلحة المدعى عليه تتحقق في عقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي يقيم على إقليمها وذلك لقربها من مقر نشاطه الرئيسي الذي يتركز في هذا المكان ، نضف إلى ذلك إمكانية وسهولة علمه بأحكام هذا القانون ، هذا العلم الذي يمنحه فرصة تقييم الأمور على حقيقتها¹¹⁰ .

ولكن ليس معنى ذلك أن المشرع المصري قد جانبه الصواب فالعكس هو الصحيح ، فلقد أحسن صنعاً في إقراره لهذه القاعدة حتى يستشعر المصري المقيم في الخارج أن قانونه يمتد إليه في أي مكان يتواجد به لتوفير الأمان والحماية له . ولا يمكن إغفال هذا الاعتبار

راجع في ذلك : د . عز الدين عبدا لله " القانون الدولي الخاص " ، ص ٦٧٣ . 108

/ راجع في ذلك : د . عز الدين عبد الله " القانون الدولي الخاص " مرجع سابق ص ٦٧٤ 109

راجع في ذلك : د . عوض الله شبيه الحمد ، المرجع السابق الإشارة إليه ، ص ٥٦٥ .

/ إبراهيم أحمد إبراهيم : د . أحمد قسمت الجداوي ، المرجع السابق الإشارة إليه ، ص ٢١١ . 110

، خاصة في ظل وجود مشرعين مثل المشرع الفرنسي الذي لا يرى الأمان والحماية لمواطنيه إلا في قانونه ومحاكمه .

وعن مشكلة ازدواج جنسية المصري فهي لا تمثل عقبة أمام إعمال هذا النص ، وذلك أن ازدواج الجنسية لا يفقد الشخص للحماية التي يوفرها له أحد القوانين التي يتمتع بجنسيتها .

وبعد أن انتهينا من بيان الأساس الذي تقوم عليه القاعدة يبقى لنا أن نتحدث عن شروطها ، فمن ناحية نجد أن المشرع المصري لم يشترط سوى شرط واحد لاختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعاوى التي تقام على المدعى عليه وهو أن يكون هذا الأخير مصرياً ، فلم يشترط أن يكون مقيماً على الإقليم المصري بل يستوي في ذلك أن يكون متوطناً في مصر أو في الخارج . ويستوي في ذلك أيضاً أن تكون هذه الصفة أصيلة أو طارئة ، أي أكتسبها الشخص في فترة من الفترات وفقاً للشروط المنصوص عليها لاكتساب الجنسية المصرية . ومن ناحية أخرى يجب أن تتوافر هذه الصفة في المدعى عليه وقت رفع الدعوى ، ولا يؤثر في اختصاص المحاكم المصرية أن يفقد الشخص صفته كمصري بعد ذلك .

وعلى هذا إذا أبرم مصري عقد عمل وثار نزاع بينه وبين رب العمل الفرنسي فإن رب العمل يجب أن يقيم دعواه لدى المحاكم المصرية .

وقد جاء المشرع الألماني على نفس نهج المشرع الفرنسي في عقد الاختصاص لمحاكمه على جنسية المدعى والمدعى عليه ، وهذا مستفاد من نص المادة ١٨٤ التي أوردت في فقرتها الثانية نصاً عاماً يقضى بعقد الاختصاص للمحاكم الألمانية عندما يكون أحد أطراف الدعوى ألمانياً¹¹¹ .

/ راجع في ذلك : د . هشام أحمد محمود ، " عقد التأمين في إطار القانون الدولي الخاص " ، مرجع سابق ، ص 111

. ٣١٨

. مشار إلى نصوص هذا القانون سابقاً ، ص ٩٠ .

ومسألة الاعتداد بجنسية أي من الطرفين في عقد الاختصاص القضائي بنظر الدعاوى قد أثارت خلافاً فقهيّاً لتفضيل إحداها على الأخرى . وقد كانت الإجابة على هذه المسألة مرتبطة بأمرين الأول منهما نظرة المشرع في توفير العدالة ، هل هي مقصورة على الوطنيين أم أنها واجب يتم توفيره على إقليمها سواء للوطنيين أو للأجانب . والثاني تقدير كون أي الطرفين أولى بالرعايا من الآخر .

ولم تكن جنسية الشخص ، كضابط لعقد الاختصاص لمحكمة الدولة التي ينتمي إليها ، محل اعتبار لدى واضعي اتفاقية بروكسل ، فقد فضلوا بناء قواعد الاختصاص على ضابط الموطن وفي بعض الحالات على محل الإقامة المعتاد للشخص¹¹² . ويرجع هذا

إلى أن ضابطي الموطن ومحل الإقامة المعتادة أصدق في التعبير عن الصلة التي تربط بين الشخص وإقليم الدولة التي يتوطن بها أو يتخذ منها محلاً لإقامته المعتادة . وكانت أيضاً نظرتهم في ذلك ذاهبة إلى المدعى عليه باعتبار أنه الأولى بالرعاية ، فكانت قواعد الاختصاص قائمة على موطن المدعى عليه وليس المدعى . ولكن من أجل حماية الطرف الضعيف خالفت الاتفاقية هذه القاعدة العامة بصدد عقد العمل ومنحت العامل الحق، مدعياً كان أم مدعياً عليه ، في الخيار ما بين محكمة موطنه أو محكمة موطن رب العمل¹¹³ .

ثانياً : الاختصاص القائم على موطن أو محل إقامة المدعى عليه :

يمثل هذا الضابط النوع الثاني من الضوابط المستمدة من عنصر الأشخاص أو كما يطلق عليها الضوابط الشخصية ، ويقصد به عقد الاختصاص لمحكمة الدولة التي يتوطن أو يقيم بها المدعى عليه وذلك وفقاً للمبدأ المستقر عليه بأن المدعى عليه هو الأولى بالرعاية ، كما أن بناء الاختصاص أيضاً وفقاً لهذا الضابط يؤدي إلى تعميق قاعدة "actor sequitur forum rie" المذكورة سابقاً .

راجع في ذلك : 112

PIERRE GOTHOT ET DOMINOIQUE HOLLEAUX ،OP. Cit، p19 .

مشار إليه لدي دكتور هشام أحمد مرجع سابق الإشارة إليه .

/ راجع في ذلك : د . هشام أحمد محمود عبد العال ، مرجع سابق ، ص ٣١٩ . 113

وقد أقرت في مصر هذا الضابط المادة ٢٩ من قانون المرافعات حيث نصت على أن "تختص محاكم الجمهورية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج"^{١١٤} .

يتضح من هذا النص أن المشرع المصري قد عقد الاختصاص للمحاكم المصرية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي متى كان له موطن أو محل إقامة في مصر . وتعد هذه القاعدة من أهم القواعد المقررة في مجال الاختصاص القضائي الداخلي . فعلى سبيل المثال ، لقد نصت المادة (٤٩ / ١) من قانون المرافعات المصري على أنه " يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " .

ويرجع تاريخ هذه قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه إلى القانون الروماني الذي كان ينص على أن المدعي هو الذي يجب أن يسعى إلى المدعى عليه في محكمته *Actor sequitur forum Rie* . ويتضح من الدراسة المقارنة أن معظم التشريعات الحديثة قد أخذت بهذه القاعدة في مجال الاختصاص القضائي الدولي^{١١٥} .
أساس الأخذ بهذه القاعدة :

يذهب الفقه الغالب^{١١٦} في مصر إلى أن أساس الأخذ بهذه القاعدة في مجال الاختصاص القضائي الداخلي يكمن في أن الأصل هو براءة ذمة المدعى عليه إلى أن يثبت العكس ،

/ راجع في شأن الأصول التاريخية لهذا النص : د . حفيفة الحداد ، المرجع السابق الإشارة إليه ، ص ٥٥ بند ٥٢^{١١٤}

راجع في ذلك : د . فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٤١٦ - ٤١٧ بند ٣٤١ ،^{١١٥}

وراجع في شأن التشريعات الحديثة التي أخذت بهذه القاعدة : د . أحمد عبد الكريم المرجع السابق ، ص ١١٧ - ١١٨ .

راجع في ذلك : د . فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٤١٦ - ٤١٧ ، د . أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق^{١١٦}

، ص ١١٤ ، بند ٩٢ ،

د . عكاشة عبد العال : المرجع السابق ص ٤٣٧ ، بند ٢٥ ، وأيضاً د . حفيفة الحداد ، المرجع السابق ، ص ٥٦ وما بعدها بند ٥٣ وما بعده

وليس من العدل أن نحمله مشقة الانتقال إلى محكمة غير محكمة موطنه قبل أن نثبت مسؤوليته . ومن ثم فإن المدعي هو الذي يجب أن يسعى إلى المدعى عليه في محكمته Actor sequitur Forum Rie . ولاشك أن هذه الحجة أكثر وجاهة في المجال الدولي عنها في المجال الداخلي ، إذ أن انتقال المدعى عليه إلى محكمة دولة غير تلك التي يوجد بها موطنه أو محل إقامته للدفاع عن نفسه أمامها يشكل صعوبة أكبر من مجرد انتقاله أمام محكمة أخرى داخل نفس الدولة هذا من ناحية ، من ناحية ثانية ، فإن هذه القاعدة تتفق مع مبدأ هام من المبادئ المقررة في مجال الاختصاص القضائي الدولي وهو مبدأ الفعالية وقوة النفاذ الذي يجب أن يتمتع به الأحكام الصادرة عن القضاء الوطني .

فمحكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه هي أقدر محكمة على كفالة آثار الحكم الصادر منها ، فهذه المحكمة يسهل عليها إلزام المدعى عليه بالحكم الذي أصدرته ، واتخاذ إجراءات تنفيذ الحكم ضده ، وذلك بما لها من سلطة فعلية عليا لكونه متوطن أو مقيم في دائرة سلطاتها القضائية ، فوق ذلك فإن الشخص عادة ما يمارس أوجه نشاطه في المكان الذي يتوطن أو يقيم فيه ، وغالباً ما يمتلك فيها أموالاً يمكن التنفيذ عليها .

كما نصت عليه أيضاً اتفاقية بروكسل ، كاختصاص عام ، في مادتها الثانية حيث نصت على أنه "مع مراعاة نصوص هذه الاتفاقية ، فإن الأشخاص المقيمين على إقليم دولة متعاقدة يمكن مقاضاتهم ، أياً كانت جنسيتهم ، أمام محاكم هذه الدولة" .

القائمة على ضابط الموطن من خلال فرضين الأول : عندما يكون رب العمل مدعى عليه ، والثاني : عندما يكون رب العمل مدعياً ، ففي الفرض الأول منحت الاتفاقية العامل أو المستخدم عدة خيارات في رفع دعواه على رب العمل وذلك من منطلق أنه الطرف الضعيف في العقد ، وفي الثاني لم تعط رب العمل أي خيارات سوى الاختصاص العام الممنوح له في إقامة دعواه ضد المستخدم أمام محكمة موطن هذا الأخير .

ونوالي تفصيل هذين الفرضين على النحو التالي :

الفرض الأول : رب العمل مدعياً عليه :

تضمنت المادة الثامنة من اتفاقية بروكسل المعدلة عدة خيارات للعامل في إقامة دعواه ضد رب العمل فقد نصت هذه المادة في فقرتها الأولى على أنه " يمكن مقاضاة رب العمل المتوطن على إقليم دولة عضواً سواء أمام محكمة هذه الدولة أو أمام محكمة الدولة التي يوجد بها موطن المستخدم . وإذا تعدد أصحاب العمل المدعى عليهم فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة التي يوجد بها موطن أحدهما " .

وجاءت الفقرة الثانية من هذه المادة تمنح خياراً آخر للمستخدم حيث قضت بأنه " إذا كان قانون القاضي المختص يسمح بهذا الاختصاص ، يمكن مقاضاة صاحب العمل أمام محكمة أخرى غير محكمة موطنه ، ويكون ذلك أمام محكمة موطن الوكيل الذي أبرم العقد ، بشرط أن يكون هذا الموطن مذكوراً في عقد العمل " .

وأوضحت الفقرة الثالثة من نفس المادة أنه إذا تم التعاقد من خلال فرع أو وكالة لشركة العمل فإن محكمة الدولة التي يوجد بها هذا الفرع أو هذه الوكالة ينعقد لها الاختصاص بنظر الدعاوى التي يرفعها المستخدم على رب العمل إذا تم التعاقد من خلالها . فقد جاء نصها كالتالي " رب العمل الذي ليس له موطن على إقليم دولة عضو ويكون له فرع أو وكالة في هذه الدولة ، يكون معتبراً ، بصدد المنازعات المرتبطة باستثمارات هذا الفرع أو هذه الوكالة وكأنه يملك موطناً في هذه الدولة " .

الفرض الثاني : رب العمل مدعياً .

لم تمنح اتفاقية بروكسل أي خيارات لصاحب العمل في إقامة دعواه ضد المستخدم ، سوى الخيار العام الذي قرره في المادة الثانية منها ، الذي يقضي بقبول دعوى رب العمل ضد المستخدم أمام محكمة الدولة التي يوجد بها موطن هذا الأخير .

وتبنت أيضاً قاعدة الاختصاص القائمة على موطن المدعى عليه تشريعات دول أخرى مثل القانون السويسري الذي نص في المادة ١١٢ منه على أن " تختص المحاكم

السويسرية بالدعاوى المترتبة على العقد إذا كان للمدعى عليه موطن أو كان ، في غياب
الموطن ، محل إقامته المعتادة بها " .

وبالنظر إلى هذه النصوص السابقة نلاحظ أن أول ما يثار بصدد هذه القاعدة هو مسألة
تحديد ما إذا كان للأجنبي موطن على إقليم دولة ما من عدمه ، وقد اتفق الرأي على
اختصاص قانون القاضي بالبت في هذه المسألة . وعلى هذا يعتبر الأجنبي متوطناً
في مصر متى كان موجوداً بها أو اتخذ لنفسه محلاً للإقامة على إقليمها هذا من ناحية ،
ومن ناحية أخرى فإن هذا الوجود وهذه الإقامة يجب أن تكون مصحوبتين بنية البقاء
والاستقرار وهذا ما يعرف بالموطن العام " domicile general " وذلك وفقاً لنص المادة
٤٠ من القانون المدني المصري^{١١٧} . ولكن الاختصاص القائم على موطن المدعى عليه لا
يقتصر على هذا الموطن العام فقط ، وإنما يقوم أيضاً على أساس الموطن الخاص الذي
يتمثل في الموطن المختار وموطن الأعمال ، أي المكان الذي يمارس فيه الشخص نشاطه
أو مهنته^{١١٨} .

ولا تمثل مسألة تعدد موطن المدعى عليه أي عقبة في هذا الصدد ، حيث إن إقامة
الدعوى أمام محكمة أحدهما تكون خياراً ممنوحاً للمدعى يسقط الحق في رفعها أمام
محكمة الأخرى ، ولكن من ناحية أخرى لا يمثل الوجود العارض للشخص أساساً لعقد
لمحاكم دولة ما^{١١٩} . وعلى هذا يجوز لرب العمل ، سواء كان مصرياً أم أجنبياً ، أن يقيم
دعواه على العامل المقيم في مصر أمام المحاكم المصرية وفقاً لنص المادة ٢٩ المشار

/ التي نصت في فقرتها الأولى على أن "الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة " ، وقضت في فقرتها¹¹⁷

الثانية بأنه " يجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن . كما يجوز ألا يكون له موطن ما .

/ وهذا ما أوضحته المادة ٤١ من القانون المدني المصري حيث قضت بأنه " يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص¹¹⁸

تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة . "

/ راجع في ذلك : د . عز الدين عبدا لله " القانون الدولي الخاص " ، ص ٦٨٠ .¹¹⁹

د / هشام علي صادق ، د / حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص ٣١ . د / عوض الله شيبه الحمد ، المرجع السابق ، ص ٥٦٩ .

إليها . ولكن لا يجوز لها ذلك إذا كان وجود العامل على الإقليم وجوداً عابراً ، كأن يكون زائراً مثلاً .

هذا عن الشخص الطبيعي ، أما ونحن بصدد دراسة عقد من الجائز أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً ، فيجب إلقاء الضوء على موطن هذا الشخص الذي حددته المادة ٥٣ من القانون المدني المصري التي قضت في الفقرة الثانية منها (د) بأن " يكون للشخص الاعتباري موطن مستقل ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته . والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في مصر يعتبر مركز إدارتها ، بالنسبة إلى القانون الداخلي ، المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية " .

ومن خلال هذا النص نجد أن المشرع المصري لم يفرق بين الشخص الطبيعي والمعنوي في عقد الاختصاص للمحاكم المصرية القائم على التوطن في مصر حيث إن تحديد موطن كلاهما لا يختلف عن الآخر^{١٢٠} . وعلى هذا تختص المحاكم المصرية بالدعاوى التي تقام على الشخص المعنوي ما دام قد اتخذ من الإقليم المصري مركز إدارته الرئيسي ، فيجوز وفقاً لذلك للعامل سواء كان مصرياً أو أجنبياً وسواء كان مقيماً في مصر أو في خارجها ، إقامة دعواه ضد شركة العمل التي يكون مركز إدارتها الرئيسي في مصر . ولكن ما الحل إذا تم التعاقد من خلال فرع الشركة في مصر ومركز إدارتها الرئيسي في الخارج ، هل تختص المحاكم المصرية أم يُحكم بعد الاختصاص ؟ .

فكما ذكرنا بصدد الشخص الطبيعي أن اختصاص المحاكم المصرية ينعقد ليس فقط بناء على الموطن العام وإنما ينعقد وفقاً لموطنه الخاص أيضاً ، والحال كذلك بالنسبة للشخص المعنوي الذي يعد مركز إدارته الرئيسي هو الموطن العام له وفرعه الموطن الخاص ، فإذا تم التعاقد من خلال هذا الفرع فإن الاختصاص بالدعاوى المتعلقة بهذه التعاقدات ينعقد لمحاكم الدولة التي يوجد بها هذا الفرع ، وهذا هو ما تبنته أيضاً اتفاقية بروكسل بصدد

/ راجع في ذلك : د . عز الدين عبدا لله " القانون الدولي الخاص " مرجع سابق الإشارة إليه ، ص ٦٨٣ . 120

د / هشام على صادق ود/ حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ص ٣٣ .

بعض العقود التي تتم من خلال فرع أو وكالة ، فقد منحت الحق للعامل في إقامة دعواه أمام محكمة الدولة التي يوجد بها هذا الفرع الذي تم التعاقد من خلاله . وعلى هذا إذا تعاقد مصري مع شركة عمل فرنسية من خلال فروعها في مصر فإن الاختصاص ينعقد للمحاكم المصرية بالدعوى التي تقام ضد هذه الشركة ¹²¹ .

وننوه وفقاً للنصوص التي تبناها كل من القانون المصري والسويسري نجد أن القانونين قد سويا بين موطن الشخص ومحل إقامته في عقد الاختصاص لقضائهما ، فقد اعتبر مشرعا الدولتين أن صلة الشخص بإقليم الدولة تتوافر سواء بتوطنه أو بإقامته على هذا الإقليم . في حين ذهبت اتفاقية بروكسل عكس ذلك ووجدت أن هذه الصلة لا تتوافر إلا من خلال التوطن الدائم للشخص على إقليم الدولة وذلك مستفاد من سياق النصوص التي أقرتها الاتفاقية ¹²² .

وعلى أية حال فقد تأكد هذا الاتجاه الذي ينادى بعقد الاختصاص لمحاكم دولة معينة لتوطن الشخص بها ، من خلال العديد من الأحكام القضائية ، نذكر منه على سبيل المثال حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٢ يوليو ١٩٨٢ ، فقد قررت المحكمة في هذه الدعوى أن تطبيق المادة الثانية من اتفاقية بروكسل ، والتي تقضي بعقد الاختصاص بناء على موطن المدعى عليه ، يجب ألا ينال من التحفظات الواردة في المادتين ٥ ، ٦ من نفس الاتفاقية ¹²³ .

الاستثناء الوارد على القاعدة :

باستقراء ما تم عرضه من نصوص يتضح أن هناك استثناءً يرد على القاعدة التي تقيم الاختصاص القضائي على ضوابط شخصية في غالبية التشريعات ، سواء كان هذا

121 / راجع في ذلك : د / هشام أحمد محمود ، " في عقد التأمين في إطار القانون الدولي الخاص " ، مرجع سابق ، ص ٣٢٣ .

122 راجع في ذلك : د . هشام أحمد محمود ، مرجع ساب، ص ٣٢٤ .

123 R. C.D.I.P 1983 ، p658 ، note Paul Lagard. / راجع الحكم منشور في

مشار إليه لدى : د . هشام أحمد محمود مرجع سابق ص ٣٢٤ .

الاختصاص قائماً على جنسية الأطراف أو موطنهم ، هذا استثناء يتمثل في إخراج الدعاوى الواردة على عقارات من دائرة اختصاصها ، وإخضاع مثل هذه الدعاوى لمحكمة الدولة التي يوجد بها هذا العقار ، وذلك لعدة اعتبارات ،

١ - يأتي من منظور سيادة الدولة على إقليمها وأن إخضاع الدعاوى التي تتعلق بعقار واقع على إقليمها لمحاكم دولة أخرى يمثل انتهاكاً لهذه السيادة^{١٢٤} .

٢ - يتمثل في صعوبة تنفيذ الأحكام الصادرة إذا ما صدرت عن محكمة دولة غير تلك التي يقع العقار على إقليمها .

٣ - سهولة تنفيذ الإجراءات المرتبطة بالدعاوى العقارية مثل انتداب خبراء لمعاينة العقار في الدعاوى التي تحتاج إلى مثل هذا الإجراء وبإلقاء الضوء على نصوص المواد ٢٨ و ٢٩ من قانون المرافعات المصري نجد أنها قد تضمنت في نصوصها هذا الاستثناء "... وذلك فيما عدا الدعاوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج " . وهذا الاستثناء نجده يتناسب مع ما ورد في مجال تنازع القوانين من استثناء للعقود المتعلقة بعقار من دائرة الخضوع لقانون الإرادة وإخضاعها لقانون موقعها .

ويسرى هذا الاستثناء على عقد الاستخدام أيضاً للاشتراك في نفس العلة التي يتصف فيها مع العقود الأخرى المتمثلة في توفير أكبر قدر من الحماية للطرف الضعيف وهو في عقد الاستخدام المستخدم.

مدى انطباق قواعد الاختصاص القضائي العامة على عقد الاستخدام يزداد الوضع تعقيداً بسبب الاختلاف بين التشريعات المختلفة للدول ، حيث تتعدد الحلول المأخوذة في الأنظمة الوطنية المعنية ، بسبب اختلاف الصياغات القانونية والمبادئ المأخوذ بها من قبل التشريعات الأخرى ، فنجد بعض النظم تأخذ بمبدأ الإقليمية ، والبعض الآخر يتبنى مبدأ الشخصية ، وقد يجمع نظام ثالث بين المبدأين وهو المعيار

¹²⁴ راجع / PIERRE MAYER ،OP.Cit،p 187 et SS.

د/ إبراهيم أحمد إبراهيم ، د / أحمد قسمت الجداوي ، المرجع السابق ، ص ١٠ .

الحديث أو المتجدد ولذا تختلف أطر أو نظم إعمال هذه المعايير على عقد الاستخدام الدولي .

فما لا شك فيه أن هذا التنوع والاختلاف قد يؤدي إلى وجود ثغرات أو فراغ قانوني " vaccumjuris " في حماية العمال المنتقلين للعمل -المهاجرين - وأسرهم عندما يتعرض العامل لأحد المخاطر التي لا تدخل في نطاق تطبيق أي من التشريعات الوطنية كما أنه قد ينتج عن هذا الاختلاف الازدواجية في التطبيق .

أولاً : بالنسبة للاختصاص القائم على ضوابط شخصية :

فبالنسبة للمعايير الشخصية القائمة على جنسية المدعى عليه أو موطن المدعى عليه فإذا كان المستخدم هو المدعى عليه فعلى صاحب العمل أن يرفع دعواه أمام محاكم الدولة التي ينتمي إليها المستخدم ، وفقاً للقاعدة العامة المذكورة سابقاً وفي المقابل إذا كان المستخدم هو المدعي فعليه رفع دعواه ضد صاحب العمل المدعى عليه أمام محكم الدولة التي ينتمي إليها هذا الأخير . ولكن نظراً للظروف المالية للمستخدم التي لا تمكنه من السفر إلى دولة أخرى ورفع دعواه فيها - فهل يكون هناك استثناء للمستخدم في رفع دعواه أمام محاكم دولته أسوة بالاستثناءات التي أقرها المشرع بالنسبة للزوجة في المطالبة بنفقتها لاسيما وأن العلة أو السبب في هذا الاستثناء المقرر لصالح الزوجة يستند في المقام الأول إلى الظروف المالية للزوجة التي تكون في حاجة العوز، وقياساً على ذلك فإن المستخدم يشترك معها في نفس العلة بالنسبة للظروف المالية للمستخدم ؟ .

فمن المعلوم أن الاستثناءات التي وردت على القاعدة العامة في تحديد جهة الاختصاص القضائي لم يكن من ضمنها استثناء يتعلق بالمستخدم ، فهذه الاستثناءات وردت على سبيل الحصر ولكن لا يمنع ذلك من التوسع في هذه الاستثناءات إذا اقتضت الضرورة

ذلك أو إذا توفرت نفس أسباب الاستثناءات الواردة وقياساً على ذلك فإن ظروف المستخدم المالية تأتي سبباً لأن نعمل استثناء لهذا الطرف الضعيف وهو بأن يقوم برفع دعواه أمام محاكم دولته خروجاً على القاعدة العامة .

وإذا كان يصادف هذا الاستثناء عقبات عند تنفيذ الحكم الذي يحصل عليه المستخدم في دولة صاحب العمل إلا أنه يمكن التغلب عليه أيضاً بوجود اتفاقيات دولية تقرر هذا الاستثناء أو الأمر في كل مرحلة حتى في مرحلة تنفيذ الحكم الصادر في هذه الدعوى عما ورد في اتفاقيات كثيرة مثل هذا الاستثناء كشرط المعاملة بالمثل ، فإذا لم يكن هناك اتفاقية دولية ملزمة يلجأ للاتفاقيات الثنائية أو الإقليمية أو شرط المعاملة بالمثل في تنفيذ الأحكام لرعايا الدول .

المبحث الثاني

أضوابط الموضوعية في تحديد المحكمة المختصة

تقسيم

تحدثنا في المبحث السابق عن ضوابط الاختصاص القضائي المستمدة من عنصر الأشخاص في العلاقة ، أي الضوابط الشخصية ، والتي تم بناء الاختصاص بصدد علي جنسية وموطن المدعى عليه بعد خلافات فقهية أسفرت عن إعطاء الأولوية في بناء قواعد الاختصاص لمصلحة المدعى عليه وليس المدعي . ولكن العلاقة لا تقتصر على هذا العنصر فقط فهناك عناصر أخرى في العلاقة يمكن بناء الاختصاص على أساسها ، فهذه تتمثل في محل نشوء الالتزام أو محل تنفيذه وهي ما أطلق عليها " الضوابط الموضوعية " . فينقصد الاختصاص لمحكمة دولة ما ، وفقاً لهذه الضوابط ، إذا تم إبرام العقد بها أو كان إقليمها محلاً لتنفيذ التزامات المتعاقدين أو بعضها .

وقد نصت على هذا المعيار كثير من النظم القانونية المختلفة نذكر منها على سبيل المثال المادة ٣٠ من قانون المرافعات المصري التي نصت على أن " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية

، إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الجمهورية أو كانت متعلقة بالالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها " .
وأيضاً المادة ١٤ من القانون المدني الفرنسي ، المشار إليها سابقاً ، التي علقت عقد الاختصاص للمحاكم الفرنسية القائم على ضوابط موضوعية على ضابط شخصي متمثل في الجنسية الفرنسية لأحد أطراف العلاقة ، حيث نصت هذه المادة على أن " .. وكما هو واضح من هذا النص إنها تعقد الاختصاص للمحاكم الفرنسية إذا نشأ الالتزام أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه على الإقليم الفرنسي ولكن تشترط فوق ذلك أن تكون هذه الالتزامات مبرمة مع فرنسي .

ويظهر الفارق بين كل من المشرع المصري ونظيرة الفرنسي في أن الأول يعقد الاختصاص للمحاكم المصرية إذا كان الالتزام قد نشأ أو نفذ أو سينفذ على الإقليم المصري بصرف النظر عن جنسية المتعاقدين ، في حين أن المشرع الفرنسي لم يكتفي بأن يكون الالتزام قد تم أو نفذ على الإقليم الفرنسي بل أشترط فوق ذلك أن يكون الالتزام قد أبرم مع فرنسي وذلك كما هو واضح من نص المادة ١٤ وهنا كان مكنم النقد الذي وجه له^{١٢٥} . وإن كان الوضع قد تغير تماماً بعد انضمام فرنسا إلى اتفاقية بروكسل ، حيث إن هذه الاتفاقية جاءت نصوصها خالية من مثل هذا الشرط . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الخامسة على أنه " في المجال التعاقدية : تختص محكمة الدولة التي نشأ وينفذ فيها الالتزام " .

وبإلقاء الضوء على النصوص السابقة نجد أن الاختصاص القائم على ضوابط موضوعية يتمثل في حالتين هما :

أولاً : اختصاص قانون محل إبرام العقد :

استقر الأخذ بقانون محل الإبرام في مجال العقود منذ القدم على يد فقهاء نظرية الأحوال ، ودون أن يكون سندهم في بداية الأمر قائماً على مفهوم نظرية الإرادة لدى الأطراف ،

/ راجع في ذلك دكتور هشام أحمد مرجع سابق ، ص ٣١٥ .¹²⁵

وهو ما سار عليه الفقه المعاصر فيما بعد في تبريره لإعمال قانون محل الإبرام في مجال العقود وذهابه إلى اتجاه إرادة الأطراف إلى تطبيق قانون محل إبرام العقد .
وقد تم إعمال قانون محل الإبرام في مجال عقد العمل ، سواء كان هذا الإعمال بصفة رئيسية أو كان معضد بضوابط إسناد أخرى ، كضابط مركز المؤسسة أو الجنسية المشتركة للأطراف المتعاقدين¹²⁶ .

(١) موقف الفقه :

ففي مصر اتجه رأي¹²⁷ ، إلى تطبيق القوانين المصرية المتعلقة بعقود العمل التي يتم تنفيذها في الخارج متى كان عقد العمل الذي يربط بين العامل ورب العمل قد تم إبرامه في الإقليم المصري ، حيث إن نصوص القوانين المصرية المتعلقة بعقود العمل " تعتبر نصوصاً محليةاً وتسري دائماً بصرف النظر عن جنسية رب العمل وجنسية العامل ومحل تنفيذ العمل ما دامت ... ، أو أن عقد استخدام العامل قد تم في مصر (ولو كان يقوم بالعمل في الخارج) ، ويبرر هذا الجانب ذلك ، بأن رب العمل يعتبر قد زاول مهنته في مصر " .

وهكذا فإنه إذا أصيب أحد العمال المصريين بإصابة عمل في خارج أثناء مباشرته لعمله المكلف به نتيجة لإبرامه عقد العمل في مصر ، فإنه يخضع للقانون المصري باعتباره قانون محل الإبرام وليس فقط أصابت العمل بل ما يتعلق بعقد العمل من مستحقات أو التزامات بموجب عقد العمل .

وتعقيباً على ذلك يمكن القول ، إنه إذا سلمنا مع هذا الرأي بأن القواعد التي تنظم نشاطاً مهنياً معيناً ، كتلك التي تنظم حالة العمل ومسئولية أرباب الأعمال وأجور ومستحقات العمال خاصة في حالة إصابات العمل ، تتصف بالإقليمية أو أنها نصوص محليةاً فإنها

راجع في ذلك : د. جابر سالم ، تنازع القوانين في مجال حوادث العمل . مرجع سابق ، ص ٢٣٩ . 126

راجع في ذلك : د . حامد ذكي : المرجع السابق ، ص ٣٠٣ وما بعدها ، 127

د . جابر جاد : المرجع السابق الإشارة إليه ، ص ٤٩٠ وما بعدها وخاصة ص ٤٩٤ .

تطبق على إقليم الدولة التي أصدرتها متى كان ممارسة النشاط المهني على إقليمها ، وذلك بصرف النظر عن جنسية رب العمل أو العامل وبصرف النظر عن محل تنفيذ عقد العمل ، وهو ما تستلزمه الضروريات الأدبية والاقتصادية أو مقتضيات الأمن على إقليم الدولة التي يمارس فيها ذلك النشاط .

وأخيراً إذا كان الاتجاه السابق يرى أن سيادة الدولة والغرض الاجتماعي لتلك النصوص يحتم تطبيقها تطبيقاً إقليمياً^{١٢٨} ، فإننا لا نسلم بما ذهب إليه من تطبيق القانون المصري على عقد العمل الذي يتم تنفيذه في الخارج استناداً إلى إبرام عقد العمل في مصر ، إذ أن هذا الأمر لا يتفق مع خصائص تلك القواعد بكونها قواعد أمره أو إقليمية التطبيق أو أنها تتعلق بسيادة الدولة ، كما أنه قد يكون إبرام العقد قد تم بطريقة عارضة ولا يكفي ذلك للقول بأن العامل أو رب العمل قد زاول نشاطه في مصر بمجرد إبرامه عقد العمل على الإقليم المصري .

كما أن التسليم بتطبيق القانون المصري على عقد العمل الذي يقع تنفيذه في الخارج يقتضي منا التسليم بتطبيق أحد القوانين الأجنبية المتعلقة بعقود العمل متى كان عقد العمل مبرم في تلك الدولة وتم تنفيذ العقد في مصر ، وهو ما يتناقض مع تعلق تلك القوانين بسيادة الدولة كما يذهب إلى ذلك الرأي فهو محل المناقشة

ويضيف بعض الفقه^{١٢٩} على سبيل المثال وقياساً على حوادث العمل باعتبارها مسئولية عقديه تلحق بعقد العمل أن تنظيم حوادث العمل يخضع للقانون الساري في محل إبرام عقد العمل ، وأن ذلك لا يعدو تحولاً عن مبدأ الإقليمية وإنما يعتبر إعمالاً له ، فحادث العمل ذاته باعتباره واقعة قانونية لا يخضع منذ قانون ٩ أبريل ١٨٩٨ لقانون مكان وقوع

١٢٨ . راجع في ذلك : د . جابر جاد : المرجع السابق ، ٤٩١ .

١٢٩ . راجع في ذلك : د . جابر سالم مرجع سابق ، ص ، ٢٤٠ .

الحادث ، وذلك أنه لا يرتبط مطلقاً بإنشاء حق وإنما يتعلق بتنفيذ ونفاذ هذا الحق ، ومن ثم فإن ذلك لا يعد مخالفاً لمبدأ الإقليمية¹³⁰.

(٢) موقف القضاء :

لقد تبني القضاء قانون محل الإبرام في بعض أحكامه في مجال عقد العمل ، ولقد تم الاعتماد على ضابط محل الإبرام في تحديد القانون واجب التطبيق على عقد العمل الدولي في العديد من القضايا المعروضة أمام القضاء ، حيث أن محكمة النقض الإيطالية في ١٥ يوليو ١٩٣٩ طبقت قانون محل الإبرام على عقد استخدام مبرم في الخارج بين أحد فروع بنك إيطالي وعامل أجنبي¹³¹ . وقياساً على ذلك، فإنه وعلى أثر تكييفه لمسئولية رب العمل عن حوادث العمل بأنها مسئولية عقدية تلحق بعقد العمل ، قام بتطبيق قانون محل إبرام عقد العمل على إصابات العمل باعتبارها أثر من آثار العقد .

ففي فرنسا ، طبقت المحكمة المدنية في "Nantes"¹³² القانون الفرنسي باعتباره قانون محل إبرام العقد ، وذلك في دعوى تتعلق وقائعها بأحد العمال الفرنسيين الذي كان يعمل لدى الشركات ، تم إبرام العقد في فرنسا على أن يقوم هذا العامل بمباشرة أعماله في الخارج بدولة الكونغو "Congo" وعلى أثر حادث عمل توفى هذا العامل ، قامت أرملته العامل برفع دعوى تعويض أمام المحكمة المدنية بنانت ، وطالبت بالتعويض ، وطالبت بالتعويض وفقاً لنصوص القانون الفرنسي ، دفع المدعى عليه بعدم اختصاص القانون الفرنسي استناداً إلى مبدأ الإقليمية التي يتصف به هذا القانون ، وأنه لا يجوز تطبيقه على حوادث العمل التي تقع خارج الإقليم الوطني ، رفضت المحكمة هذا الدفع ، وطبقت القانون الفرنسي مؤكدة أن قانون ٩ أبريل ١٩١٨ يطبق متى كان عقد العمل قد تم إبرامه

كان يعتمد على مبدأ الإقليمية في شرح لمبادئ تنازع القوانين . " NIBOYET " / مما هو جدير بالذكر أن الأستاذ¹³⁰

راجع في ذلك : د . منير عبد المجيد ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ١٩٩٢ ، ص ٩٠ - ٩٧ .

¹³² / Tribunal civil de Nantes : 12 decembre 190 . Rev crit . 1905 . p . 32 .

مشار إليه لدي ، د . جابر سالم مرجع سابق ، ص ٢٤٢ .

في فرنسا ، ومن ثم فإنه يمكن القول أن المحكمة قامت بتطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون محل إبرام العقد .

ثانياً : قانون مكان التنفيذ .

لاقى قانون مكان تنفيذ العمل قبولا وأهمية كبيرة في مجال عقد العمل نظراً لتدخل المشرع في كافة دول العالم بتنظيمه بقواعد آمرة تهدف إلى حماية العامل باعتباره الطرف الضعيف في هذا العقد وهو العامل ولا تتحقق هذه الأهمية إلا بتطبيق قواعد محل تنفيذ العمل على العمال الذين يمارسون نشاطهم على الإقليم الوطني .

(١) موقف الفقه :

والبادي أن تطبيق قانون مكان التنفيذ يستجيب للاعتبارات الآمرة التي يقوم عليها إخضاع علاقات

العمل لقانون دولة التنفيذ^{١٣٣} ولما لهذه الدولة من مصلحة جادة ومشروعة في تطبيق قانونها حماية للعمال الذين يباشرون أعمالهم على إقليمه . ويتكئ هذا القول إلى أن العامل يكون قد ساهم في الحياة الاقتصادية والإنتاج في دولة مكان تنفيذ عقد العمل وبصفة خاصة متى حاز ذلك العمل صفة الدوام والاستمرار ، ومن ثم فإنه يجب تطبيق قانون مكان تنفيذ العمل ، فوفقاً لما أقره معهد القانون الدولي في دورة انعقاده في لكسمبورج عام ١٩٣٧ ، من خضوع آثار عقد العمل لقانون مكان التنفيذ .

(٢) موقف القضاء :

يجد الإسناد إلى محل تنفيذ العمل أساسه في كون علاقة العمل ترتبط برابطة وثيقة مع محل أو مكان تنفيذ العمل والذي يمثل مركز الثقل في عقد العمل ويكتسب أهمية كبيرة في تركيز عقد العمل ، كما ويكتسب هذا الضابط أهمية كبيرة جداً ، ذلك أن مكان أو محل تنفيذ هو المكان الذي يقيم أو يعيش فيه العامل عادة ويكون رب العمل حاضراً متواجداً فيه شخصياً أو عن طريق من يمثله ، فضلاً عن أن تطبيق قانون محل تنفيذ عقد العمل يسهل

راجع في ذلك : د . هشام صادق ، تنازع القوانين ... المرجع السابق ، ص ٧٠٢ .¹³³

في تحقيق الهدف الذي ينشده المشرع في أغلب الدول والمتمثلة في التنظيم الأمر لعلاقات العمل ويؤدي إلى وحدة القانون واجب التطبيق على عقد العمل وتحقيق المساواة بين العاملين في مؤسسة واحدة^{١٣٤} .

ونرى أنه على الرغم من تلك المميزات التي يتمتع بها هذا الضابط إلا أنه يمكن توجيه العديد من الانتقادات إليه ومنها حالة ما إذا تم تنفيذ عقد العمل في أكثر من دولة واحدة فإلى قانون أي دولة من هذه الدول يجب أن يتم إسناد عقد العمل ؟

لم يكن القضاء الفرنسي المؤيد لإعمال النظرية العقدية واضحاً بصدده تبنيه لقانون محل التنفيذ خاصة في مجال التعويض عن حوادث العمل .

فإذا كان قانون مكان تنفيذ العمل لم يحظ بكثير من القبول لدى القضاء الفرنسي المؤيد للنظرية العقدية في مجال المسؤولية عن إصابات العمل ، وصدور غالبية الأحكام لصالح قانون محل إبرام العقد ، فإن قضاء بعض الدول قد ذهب إلى إعمال قانون مكان تنفيذ عقد العمل في مجال التعويض عن إصابات العمل ، ففي إنجلترا قضى في ٢٠ نوفمبر^{١٣٥} ١٩٠٧ بتطبيق قانون مكان تنفيذ العمل على نزاع تتلخص وقائعه في أن عاملة إنجليزية تعمل لحساب ربة منزل فرنسية ، وتقيم المدعية (العاملة) في " DOuvres " في إنجلترا بينما تقيم المدعى عليها في " Calais " فرنسا - وأثناء قيام المدعية بأعمال النظافة لصالح المدعى عليها في منزلها الكائن بـ (Calais) أصيبت بحادث عمل ، تم رفع الدعوى أمام القضاء الإنجليزي، وأثناء نظر الدعوى انتهت المحكمة إلى تطبيق قانون مكان التنفيذ ، وذهبت إلى القول بأنه " في حالة إصابة العمل التي تلحق بأحد الخدم يتم تطبيق قانون مكان تنفيذ العمل^{١٣٦} " .

134 راجع في ذلك د . هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٤١٨ .

135 راجع في ذلك دكتور جابر سالم عبد الغفار ، مرجع سابق ص ٢٥٠ .

136 " APPLIquant cas considerations aux KEKEWICH / حيث يذكر القاضي " Present . je suis Davis que laffaire doit etre reglee par la LEXLOCI - " circonstances du cas

وفي الولايات المتحدة الأمريكية ، أخذ القضاء الأمريكي بقانون مكان التنفيذ في مجال التعويض عن إصابات العمل .

- اختصاص محكمة مكان الإبرام والتنفيذ :

نصت المادة ٣٠ من قانون المرافعات المصري أن " تخضع محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الجمهورية أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها" .

وبناء على هذا النص فإن المشرع المصري أقام الاختصاص للمحاكم المصرية بنظر الدعاوى المتعلقة بالتزامات تعاقدية متى كانت مصر محلاً لإبرام العقد أو لتنفيذه أو كان واجبا تنفيذه بها . يبدو أن العلة واضحة في عقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي يبرم على إقليمها العقد إذ لا شك في تحقيق الارتباط الإقليمي بين موضوع النزاع والدولة التي أبرم فيها هذا النزاع . وهو ذات السبب الذي يبرر اختصاص محاكم دولة مكان التنفيذ . ويرجع للقانون المصري في تحديد مكان إبرام العقد باعتبار أنها مسألة تخضع لقانون القاضي ولا تثور في هذا الصدد صعوبة إذا تم العقد بين حاضرين أما إذا تم العقد بطريقة المراسلة فإن العبرة بمكان علم الموجب بالقبول وفقاً لنص المادة ٩٧ من القانون المدني المصري .

وقد تأكد هذا الضابط قضائياً من خلال العديد من الأحكام القضائية نذكر منها حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٦ فبراير ١٩٩٦^{١٣٧} ، وأيضاً من خلال الحكم الصادر عن نفس المحكمة في ١٠ مارس ١٩٨٢^{١٣٨} ، فمن خلال هذين الحكمين تأكد خضوع

SOLUTIONIS" . Rev . Crit 1907 . p . 962 .

مشار إليه لدى د .

جابر سالم عبد الغفار مرجع سابق ص ٢٥٠ .

137

R . C . I . P 19996 ، راجع الحكم منشور في :

504 ،note Georges Droz .

مشار إليه لدى د . هشام أحمد محمود مرجع سابق ص ٣٣١ . هامش رقم ٢ .

138 CLUNT 1983 ،note Dominique HOlleax راجع الحكم منشور في .

المنازعات المرتبطة بالتزامات تعاقدية لاختصاص محكمة الدولة التي يتم فيها تنفيذ هذه الالتزامات ، وإذا تعددت أماكن التنفيذ في أكثر من دولة ، تختص محكمة الدولة التي ينفذ فيها الالتزام الرئيسي .

- تقرير القاعدة بصدد عقد الاستخدام

بعد أن تعرضنا لبيان المعايير الشخصية ومدى انطباقها على عقد الاستخدام نتعرض لمدى انطباق المعايير الموضوعية على عقدا لاستخدام المتمثلة في محل الإبرام والتنفيذ.

تنص المادة (٣٠ / ٢) على اختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة بالجمهورية " إذا كانت الدعوى متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه في الجمهورية " .

وأول ما يلاحظ على هذا النص أنه قد جاء عاماً فهو يتكلم عن الدعاوى المتعلقة بالتزام نشأ في مصر أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه فيها دون أن يفرق في هذا الصدد الالتزامات التعاقدية والالتزامات غير التعاقدية . وللحديث عن هذه القاعدة وبيان متى يكون الالتزام قد نشأ في مصر أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه فيها، ينبغي أن نتعرض للدعاوى المتعلقة بالالتزامات التعاقدية لبيان مدى انطباق هذه القواعد على عقد الاستخدام .

أولاً : الدعاوى المتعلقة بالالتزامات التعاقدية :

وفقاً للنص المذكور تختص المحاكم المصرية بالدعاوى المتعلقة بالالتزامات التعاقدية في حالتين هما:

الحالة الأولى: نشأة الالتزام التعاقدية في مصر:

تختص المحاكم المصرية بالدعاوى المتعلقة بالالتزامات المتعلقة إذا كان الالتزام موضوع الدعوى قد نشأ في مصر . ويعد الالتزام التعاقدى قد نشأ في مصر إذا كان العقد قد أبرم فيها¹³⁹ . وإذا كان تحديد مكان إبرام العقد لا يثير أدنى مشكلة في حالة العقد المبرم بين حاضرين ، فإنه في حالة العقد المبرم بين غائبين فإن تحديد مكان إبرام العقد مسألة محل خلاف بين التشريعات .

ولكن لما كان الأمر يتعلق باختصاص المحاكم المصرية من عدمه، فإن المرجع في تحديد مكان إبرام العقد هو القانون المصري، وذلك على أساس أن الأمر يتعلق بتفسير قاعدة من

قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية وبالرجوع على أحكام القانون المدني المصري المنظمة لإبرام العقود نجد أن المشرع يأخذ بنظرية العلم بالقبول وفقاً للمادة (٩٧) من القانون المدني .

وعلى ذلك فإن العقد بين غائبين يعد مبرماً في المكان الذي علم فيه الموجب بالقبول . فإذا كان الموجب موجوداً في مصر لحظة علمه بالقبول اعتبرت مصر محلاً لإبرام العقد أو لنشأة الالتزام التعاقدى . وبالتالي انعقد اختصاص للمحاكم المصرية بنظر الدعوى الناشئة عن ذلك العقد، ولا يهم بعد ذلك أن يكون العقد قد نفذ أو كان واجباً تنفيذه في الخارج¹⁴⁰ .

الحالة الثانية : إذا كان الالتزام التعاقدى قد نفذ في مصر أو كان واجباً تنفيذه فيها :

راجع في نفس المعنى : د . فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٤٣٣ بند ٣٥٤¹³⁹

. د . إبراهيم أحمد ، المرجع السابق الإشارة إليه ، ص ١٨٣ ،

د . أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق الإشارة إليه ، ص ٢٠١ بند ١٦٢

د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق الإشارة إليه ، ص ٤٨٩ ، بند ٥٩ .

راجع في ذلك : د . أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ، ص ٢٠٢ .¹⁴⁰

ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية إذا تعلقت الدعوى بالتزام تعاقدي نفذ في مصر أو كان واجباً تنفيذه فيها ، وبعبارة أخرى إذا كانت مصر هي البلد محل تنفيذ الالتزام التعاقدي سواء أكان هذا الالتزام نفذ فيها بالفعل أو كان تنفيذه فيها لم يتم بعد . وعلى ذلك ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية إذا كانت الدعوى تتعلق بعقد استخدام اتفق فيه على تنفيذ عقد الاستخدام فيها حتى ولو لم يتم التنفيذ بعد ، وذلك على أساس أن مصر هي البلد محل تنفيذ الالتزام^{١٤١} . لذلك فإن تسلم المبيع ودفع الثمن في مصر يعتبر تنفيذاً للعقد يبرر عقد الاختصاص للمحاكم المصرية^{١٤٢} . وإذا تعددت الالتزامات المترتبة على العقد ، وكان أحد هذه الالتزامات قد نفذ أو كان واجب تنفيذه في مصر انعقد الاختصاص للمحاكم المصرية حتى وأن كانت بقية الالتزامات قد نفذت أو كان واجب تنفيذها في الخارج^{١٤٣} . فالمهم إذن طبقاً لهذه الحالة أن تكون مصر هي البلد محل تنفيذ الالتزام دون عبءة بمكان إبرام العقد أي بمحل نشأة الالتزام التعاقدي . وبعد أن عرضنا لحالات اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى المتعلقة بالالتزامات التعاقدية ، بقا لنا أن نبدي الملاحظات التالية ومدى انطباقها على عقد الاستخدام .

أولاً : يكفي لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بالدعاوى المتعلقة بالالتزامات التعاقدية أن تكون الدعوى متعلقة بالتزام تعاقدي نشأ في مصر أو نفذ أو كان واجب تنفيذه فيها^{١٤٤} . فتوافر حالة من هاتين الحالتين كافي بذاته لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية . وقياساً علي ذلك فعقد الاستخدام ليس بعيداً عن هذا المعني وهذه القاعد

١٤١ راجع في نفس المعنى : د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٤٩٠ .

١٤٢ راجع في ذلك / د . أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص ٢٠٢ بند ١٦٢ .

١٤٣ راجع في ذلك : د . إبراهيم أحمد ، المرجع السابق ، ص ١٨٤ ، وأيضاً د . سلامة ، المرجع السابق ، ص ٢٠٢ بند ١٦٢ .

/ انظر مع مزيد من التفصيل : د . أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ص ٢٠٢ وما بعدها بند ١٦٣ .

فينعقد الاختصاص وفقاً لذلك للمحاكم المصرية إذا توفر في العقد حالة من هاتين الحالتين .

ثانياً : أن الاختصاص المعقود للمحاكم المصرية وفقاً لهذه القاعدة التي نحن بصددتها اختصاص عام يشمل كافة الدعاوى . فيستوي أن تكون الدعوى متعلقة بالتزام ناشئ عن عقد من العقود المالية مدنية كانت أم تجارية^{١٤٥} ، وعلى ذلك تنطبق هذه القاعدة أيضاً على عقد الاستخدام بما أن النص قد جاء عاماً دون تفرقة بين العقود المدنية أم التجارية أو أن تكون الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية ، كأن تتعلق الدعوى بمنازعة في وصية تم إبرامها في مصر أو نفذت فيها أو كان واجباً تنفيذه فيها^{١٤٦} .

ومع ذلك يرى جانب من الفقه عدم اختصاص المحاكم المصرية حتى وإن كانت مصر هي البلد محل إبرام العقد أو محل تنفيذه إذا كانت الدعوى تتعلق بعقار كائن في الخارج^{١٤٧} ، وإلا فالحكم الذي تصدره سوف يكون غير مكفول النفاذ في الدولة التي يقع بها العقار . إذن فإن مبدأ القوة والفعالية التي يجب أن تتمتع بها الأحكام القضائية يوجب على القاضي المصري أن يقرر عدم اختصاصه عندما يتعلق موضوع الدعوى بعقار واقع في الخارج^{١٤٨} .

/ انظر في ذلك : د . فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٤٣٣ بند ٣٥٤ ، د . إبراهيم أحمد ، المرجع السابق ١٨٤ ، 145

ومع المزيد من التفصيل :

د . أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص ٢٠٣ وما بعدها ، د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٤٩٠ . د . حفيظة الحداد ، المرجع السابق ، ص ٨٨ .

راجع في ذلك : د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ص ٤٩٠ ، د . إبراهيم أحمد ، المرجع السابق ، ص ١٨٤ ، 146

د . حفيظة الحداد ، المرجع السابق ، ص ٨٨ .

راجع في ذلك : د . فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٤٣٤ ، د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٤٩٠ ، 147

د . أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥ ، د . حفيظة الحداد المرجع السابق ، ص ٨٨ .

راجع في ذلك : د . أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥ . 148

الفصل الثاني الاتجاهات الحديثة في تحديد المحكمة المختصة

تقسيم

المبحث الأول التحديد الإرادي للمحكمة المختصة

تقسيم

الخضوع الإرادي .

لقد استقرا لرأي لدى الفقه والقضاء بإعطاء الإرادة دوراً هاماً في مجال الاختصاص القضائي الدولي ، بحيث يمكن للأطراف الاتفاق على قبول ولاية قضاء دولة ما حتى ولو لم تكن محاكمها مختصة أصلاً بنظر النزاع وفق الضوابط السائدة " الضابط الإقليمي والشخصي"^{١٤٩} " كما سبق شرحه في الفصول السابقة .

إن ما يميز هذا الاختصاص عن الضوابط الأخرى ، هو طبيعته الإرادية المتمثلة في إمكانية عقد الاختصاص لمحاكم دولة معينة متى قبل الخصوم صراحة أو ضمناً الخضوع لولايتها ، ويتحقق الخضوع الاختياري عن طريق الاتفاق بين الخصوم للخضوع إلى ولاية قضاء دولة ما بشكل صريح يحدد في العقد الأصلي موضوع النزاع ، ويمكن أن يرد في عقد مستقل ويكون على شكل مشاركته ، وفي الحالتين يقر من قبل الخصوم بحق الولاية لقضاء دولة ما بالنظر في ما ينشأ عن علاقاتهم من منازعات كلاً أو جزءاً . وبالمقابل يمكن أن يتحقق الخضوع الاختياري بشكل ضمني عندما يقيم شخص دعوى أمام محكمة ما ويقبل المدعى عليه المثل أمامها دون أن يدفع الأخير بعدم الاختصاص قبل البدء في الدعوى فهنا ينعقد الاختصاص القضائي من الناحية الدولية طالما أن العلاقة محل النزاع ذات عنصر أجنبي ، أي متصفة بالصفة الدولية ، وفي نفس الإطار

¹⁴⁹ راجع د . عكاشة عبد العال ، مرجع سابق ، ص ٤٢٥ .

يمكن للمحكمة الناظرة في النزاع أن تستتبط الإرادة الضمنية للخصوم في الخضوع الاختياري لولايتها القضائية من خلال اتفاقهم على اختيار قانون دولتها مثلاً بالرغم أن البعض لا يؤيد ذلك¹⁵⁰ .

وسواء كان الخضوع الاختياري صريح أم ضمني فيقتضي لانعقاد الاختصاص لمحكمة دوله ما وفقاً لذلك الخضوع أن يكون بمناسبة منازعات متعلقة بمسائل حقوق شخصية أو بمعاملات مالية دولية ، وبذلك لا أثر للخضوع الاختياري إذا كان بمناسبة منازعات أخرى مثل المنازعات المتعلقة بالمسائل العينية ، أو المتعلقة بمسائل أحوال شخصية أو جزائية ، ألا أن المسائل في الأخيرة في كل منها ينعقد الاختصاص لمحكمة من طبقة معينة ، ذلك لأن اختصاص المحاكم وفقاً لمبدأ الخضوع الاختياري لا ينعقد أصلاً وإنما بشكل طارئ واستثنائي والاستثناء لا يجوز التوسع فيه ، فحتى ينعقد الاختصاص لمحاكم دولة ما وفقاً لمعيار الخضوع الاختياري أن تكون هناك رابطة جدية ومصالحة مشروعة ، كما يرى البعض الآخر في نظر الدعوى من قبل القضاء المختار ، أي الذي تم الخضوع لولايته اختيارياً ، فإذا انعدمت الصلة رد المصلحة فسوف لا ينعقد الاختصاص وفقاً للمعيار أعلاه .

وهذه الصلة يمكن أن تتحقق من خلال كون الدولة التي تم الخضوع لمحاكمها دولة جنسية أحد الخصوم أو موطنه أو محل إبرام العقد أو تنفيذه ، كما يمكن أن يتحقق اتصال محاكم الدولة بالدعوى من خلال كونها دولة قانون العقد النموذجي على التفصيل الذي لاحظناه في موضوع القانون المختار ، أي أنها دول مشهورة بتجارة أو خدمات موضوع العقد وقت النزاع . كما يمكن أن ينعقد اختصاص المحاكم وفقاً لمعيار الخضوع الاختياري ولو لم يتحقق اتصالها بالدعوى عن طريق الصلة المتقدمة إذا كانت لها القدرة على أن تصدر أحكام تنال قوة التنفيذ في الخارج ، وهذا يتحقق على أن لا تكون هناك محكمة دوله أخرى مختصة أصلاً بالنزاع وأقدر منها على إصدار أحكام قابلة للتنفيذ .

¹⁵⁰ راجع د . سامي بديع منصور ، د . عكاشة محمد عبد العال - مرجع سابق - ص ٤٧٠ .

فإذا وجدت هذه المحكمة فما على المحكمة التي خضع الخصوم لولايتها أن تتخلى عن النظر في النزاع لحساب محكمة الدولة الأقدر على الفصل في النزاع وإصدار أحكام مضمونه التنفيذ في الخارج ، ولقد اعتمد الاتجاه الأخير الفقه الفرنسي واغلب الفقه المصري¹⁵¹ . ونعتقد أنه الأوفق لأنه يزيد من حالات وجود أحكام لها قابلية للتنفيذ عبر الحدود ، وذلك لان لا قيمة للحكم بدون أن يتمكن من صدر الحكم لمصلحته من تنفيذه في الدولة المراد تنفيذه فيها .

ويترتب على الخضوع الاختياري أثران الأول جالب للاختصاص والثاني سالب للاختصاص الأول يتحقق إذا ترتب عليه تخويل محاكم دوله ما في حالات لم يكن فيها الاختصاص ثابت لها أصلاً وهذا سيوسع من اختصاص المحاكم الأخيرة ، كما لو اتفق الخصوم على الخضوع لولاية القضاء المصري فهنا سيجلب الاختصاص لحساب المحاكم المصرية . أما " الأثر السلبي " حيث يتحقق من خلال سلب الاختصاص أو نزعه من محاكم دولة ما تكون مختصة أصلاً بنظر النزاع وبذلك سيقبل هذا الأثر من حالات اختصاص المحاكم الأخيرة لحساب المحاكم التي جلب لها الاختصاص .

وقد أثير التساؤل حول فيما إذا كانت تشريعات الدول تعترف بالأثرين أم لا ، ذهب جانب من الفقه إلي عدم الاعتراف بالأثر السالب لولاية القضاء الوطني ويقرون فقط بالأثر الإيجابي لاعتبارات أهمها أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي من النظام العام ولا يعتد بإرادة الخصوم في سلب الاختصاص المقرر بموجب هذه القواعد إضافة إلى حرية الأفراد في تحريك أعمال السلطة القضائية بواسطة إقامة الدعوى مقيدة بالقضاء الوطني والأخير أصلح من القضاء الأجنبي على تحقيق العدالة ويعد ذلك عند البعض نتيجة طبيعية .

وبالمقابل يذهب الاتجاه الآخر وهو الراجح إلى الاعتراف بالأثر السالب للاختصاص القضاء الوطني وعدم التسليم بالاتجاه السالب ينم عن ازدواجية فكيف لا يقر بالأثر السالب

¹⁵¹ راجع د . سامي بديع منصور ود . عكاشة محمد عبد العال - مرجع سابق - ص ٤٧ وما بعدها .

للقضاء الوطني ويقر بالأثر الجالب الذي هو سالب للاختصاص بالنسبة للقضاء الأجنبي في حين أن تقرير الأثر ين يكون بحسب ما تقتضي العدالة ، وتقدير المحكمة حول إمكانية إصدارها أحكام قابله للتنفيذ عبر الحدود . وهذه الاعتبارات هي محل الاعتبار في هذا المقام وهي تقوم أصلاً على حاجة المعاملات الدولية والتعاون الدولي بين الدول ، وقد اخذ بالاتجاه الأول المشرع المصري في المادة (٣٢) من قانون المرافعات حيث نصت على أن " تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخله في اختصاصها إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً " كما كان هذا موقف القانون البريطاني في المادة (٣٤)^{١٥٢} .

كما ذهب إلى هذا الاتجاه قانون أصول المحاكمات الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ في المادة (٢٧ / ٢) منه " على أن تختص المحاكم الأردنية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخله في اختصاصها ، إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً^{١٥٣} .

وفي إطار موقف المشرع العراقي فقد نظم أحكام الخضوع الاختياري في قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية رقم (٣٠) لسنة ١٩٢٨ المعدل حيث اخذ بالاتجاه الثاني فاعترف بالأثر الجالب للاختصاص لحساب القضاء الأجنبي وهذا يعني بالمقابل انه اعترف بالأثر السالب للاختصاص كنتيجة للأثر الأول في المادة (٧ / ٥) التي نصت على " تعتبر المحكمة الأجنبية ذات الصلاحية إذا تحقق احد شروطه الآتية ... (كون المحكوم عليه قد حضر الدعوى باختياره) والمادة (٧ / و) نصت على (كون المحكوم عليه قد وافق على قضاء المحكمة الأجنبية في دعواه) ولم تحدد النصوص أعلاه من هو المحكوم عليه ، فقد يكون وطني كما يمكن أن يكون أجنبي وبالمقابل يمكن أن يخضع العراقي باختياره إلى ولاية القضاء الأجنبي وبأثر ذلك يترتب أثران الأول سالب للاختصاص القضاء العراقي إذا كان مختص أيضاً في النظر في الدعوى والثاني جالب للاختصاص لحساب

¹⁵² راجع د . ممدوح عبد الكريم حافظ - مرجع سابق - ص ٢٨٦ .

¹⁵³ راجع في ذلك د : حسن الداوودي - الوجيز في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ١٧٢ .

القضاء الأجنبي ، كما أن موقف القانون العراقي يشير إلى اعتماد الخضوع الاختياري الضمني في المادة (٧ / ٥) الخضوع والصريح في المادة (٧ / ٥) والحقيقة أن النصوص التشريعية ضمن الاتجاه الأول لم تمنع صراحة الخضوع لولاية القضاء الأجنبي إذا كان النزاع داخل أصلاً ضمن اختصاص القضاء الوطني وهذا بالنتيجة من الناحية التطبيقية يقر للخضوع الاختياري بالإثرين وتبقى الخلافات بين الاتجاهان مجرد خلافات نظرية ليس لها قيمة عملية على أرض الواقع .

من خلال الشرح السابق يتبين لنا أن المشرع المصري والعراقي قد حسما مشكلة كيفية تركيز الرابطة العقدية، لكنها لم تحل مسألة الخضوع الإرادي لهذه المحاكم بشكل صريح وقاطع.

أما بالنسبة للقانون الأمريكي ، فإن مسألة الخضوع الإرادي والاعتراف بهذا المبدأ ، فيرجع إلى عام ١٩٠٧ والمأخوذ من إصرار المحكمة العليا الفيدرالية للولايات المتحدة ، حيث اعتبرت هذا المبدأ هو حق للأطراف في اختيار المحكمة المختصة هو من الأمور التي لا يمكن إنكارها .

أما بالنسبة لاتفاقية لاهاي بخصوص شرط المحكمة المختصة لعام ٢٠٠٥ في المادة الثالثة من هذه الاتفاقية (هو الاتفاق ألحصري بين طرفين أو أكثر وهذين بموجبه يتم تعيين محاكم إحدى الدول المتعاقدة أو محاكم محددة لإحدى الدول المتعاقدة من أجل النظر في الدعوى التي نشأت أو التي قد تنشأ بخصوص علاقة تعاقدية معينة ، حتى وإن كانت الدعوى أصلاً من اختصاص محاكم دولة معينة من الدول المتعاقدة) ، فلو تم تحليل هذا النص من هذه لوجدناه لا يشترط أن يكون هناك رابط بين المحكمة المختارة وبين النزاع ، لسبب بسيط هو عدم اشتراط هذه الاتفاقية أن تكون المحكمة من بين محاكم الدول التي ينتمي إليها أحد أطراف العقد بجنسيته ' أو أن تكون محاكم الدول التي تم فيها إبرام العقد أو تنفيذه ، لكون اختيار محكمة معينة لا يعني بالضرورة تطبيق قانون تلك المحكمة

على النزاع ، لسبب موجود هو عدم تأثر الاختصاص القانوني بشرط تعيين المحكمة وذلك لاستقلالية شرط المحكمة المختارة من شرط القانون المختار^{١٥٤} .

إن ما يميز شرط المحكمة المختصة وفقاً لهذه الاتفاقية هو أن المحكمة صاحبة الاختصاص وفقاً لإرادة الأطراف ، حيث لا يمكن لها أن تتنازل عن الاختصاص في نظر الدعوى

بحجة عدم اختصاصها ، أضف لذلك أن الخصومة هي ملك لأصحابها ، وأي تقييد لإرادة الأطراف من خلال عدم الاعتراف بشرط المحكمة المختارة هو يتنافى مع قواعد العدالة ومبدأ سلطان الإرادة ، والذي يؤدي إلى سهولة في تنفيذ الحكم بعد صدوره من قبل المحكمة المختارة^{١٥٥} .

أما ما جاء في اتفاقية بروكسل الأوربية الخاصة بالاختصاص القضائي والاعتراف بالأحكام الأجنبية في المسائل المدنية رقم ٤٤ لسنة ٢٠٠١ في المادة (٢٣) الفقرة الأولى ، حيث عرفت الخضوع الإرادي تعريفاً مقارباً لما جاء في اتفاقية لاهاي المشار إليها وذلك بقولها : (يحق لطرفي العقد في حال كون أحدهما أو كليهما مقيماً في إحدى دول الاتحاد الأوربي ، أن يتفقا على إخضاع النزاع القائم أو المحتمل قيامه لمحكمة أو محاكم إحدى دول الاتحاد الأوربي ، يجب على المحكمة المختارة أن تمارس الاختصاص القضائي ، حيث يعد اختصاص المحكمة المختارة هنا اختصاصاً صريحاً لا يجوز التنازل عنه لصالح محكمة أخرى^{١٥٦}) .

فمن خلال هذا التعريف ومقارنته بتعريف اتفاقية لاهاي نلاحظ أن هذه الاتفاقيات قد منحت إرادة الأطراف في عقد الصلاحية المطلقة في اختيار محاكم أي دولة بغض النظر

راجع في ذلك : د . أحمد عبد الكريم سلامة ، فقه المرافعات الدولية ، مرجع سابق ، ص ١٤٧ . 154

راجع في ذلك : ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص الأردني المقارن ، الجزء الأول ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ١٩٩٨ ، ص ٢٥٨ . 155

راجع في ذلك : هشام شعبان ، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية ومسألة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، عام ٢٠٠٨ ، ص ١٦٠ . 156

عن ما إذا كان بينهما وبين النزاع رابطة جدية ، أو إن كانت الدعوى داخلة أصلاً ضمن اختصاص محاكم دولة معينة بذاتها ، فعلى الرغم من هذه الصلاحية الممنوحة للأطراف ، إلا أنها قد اشترطت شرطاً هو أن تكون هذه المحاكم المختارة من ضمن محاكم إحدى الدول الموقعة على الاتفاقية ، والعلة في هذا الشرط تكمن في التسهيلات التي تقدمها هذه الاتفاقيات ، إضافة إلى سهولة تنفيذ الأحكام الصادرة من المحاكم في هذا الخصوص .

أما ما جاء في القانون التركي ، فقد أورد نصاً مفصلاً حول مبدأ الخضوع الإرادي في المادة (٤٧) من القانون الدولي الخاص التركي رقم (٥٧١٨) لسنة ٢٠٠٧ والتي جاء فيها (في حال عدم اختصاص المحاكم التركية في نظر الدعوى بسبب الارتباط الإقليمي فإنه يحق للأطراف أن يتفقوا على إخضاع النزاع لمحاكم دولة أجنبية ، ويعد الاتفاق نافذاً فقط في حال تثبيته في العقد كتابة ، لكن بشرط عدم دفع المحاكم التركية باختصاصها في نظر الدعوى ، أما في حالة رفض المحكمة الأجنبية المختارة النظر في النزاع ، فتعد المحاكم التركية هي المختصة بنظر النزاع) فهذه المادة هي إشارة صريحة في هذا القانون بمبدأ الخضوع الإرادي والتعريف بيه ، كما أنه إشارة إلى عدم الإلزام للأطراف بأن تكون المحكمة المختارة مرتبطة بالنزاع ارتباطاً جدياً ، لكن اشترطت لصحة هذا الاتفاق بأن تكون الدعوى غير متعلقة بالاختصاص الإقليمي للمحاكم التركية .

ثانياً : الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية المبني على الخضوع الاختياري :

رغم استقرار الفقه الغالب على أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي تعد مرتبطة بالنظام العام مما يترتب عليه ، وفقاً للمنطق العادي للأمر ، استبعاد أي دور لإرادة الأطراف في تعديل قواعد هذا الاختصاص . إلا أن هذا الأمر أثار خلافاً فقهياً فبينما ذهب البعض إلى نفي أي دور لإرادة الأطراف في تعديل قواعد الاختصاص القضائي ، ذهب البعض الآخر عكس ذلك وقرروا منح الأطراف هذا الحق ولكن قيده بحالات معينة وشروط محددة ، كما لو كان هذا التعديل جالباً لاختصاص القاضي الوطني .

وقد جاء هدف واضعي اتفاقية بروكسل متفقاً مع أنصار الاتجاه الثاني ، وحاولوا التقليل بقدر المستطاع من دور إرادة الأطراف في تحديد جهة الاختصاص القضائي في بعض العقود وذلك لأنها تتعارض مع الهدف الحمائي للطرف الضعيف خاصتاً في ما يتعلق بعقود العمل وأيضاً على سبيل المثال في مجال عقد التأمين .

فكان حق الأطراف في تحديد جهة الاختصاص القضائي محددًا بشروط معينة أو حالات معينة . و بعد انضمام بريطانيا لهذه الاتفاقية عام ١٩٧٨ أضيفت حالتان أخرتين لحالات الاختيار الإرادي لجهة الاختصاص القضائي . اختصت المادة ١٢ من هذه الاتفاقية بتحديد

الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية :

تنص المادة (٣٢) من قانون المرافعات الحالي على أنه " تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة ، إذا قبل ، الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً " .

يتضح من هذا النص أن المشرع قد اتخذ من إرادة الأطراف وحدها ضابطاً لاختصاص المحاكم المصرية . فالأصل هنا أن الدعوى لا تدخل في اختصاص المحاكم المصرية لعدم توافر أي ضابط من ضوابط الاختصاص التي نص عليها المشرع في قانون المرافعات ، غير أن إرادة الطرفين قد اتجهت إلى عقد الاختصاص بهذه الدعوى للمحاكم المصرية.^{١٥٧}

ولقد جاءت صياغة النص عامة ، ومن ثم يمكن القول باختصاص المحاكم المصرية بناء على ضابط الخضوع الاختياري أيّاً كان نوع الدعوى ، أي سوا أكانت الدعوى متعلقة

/ في نفس المعنى راجع : د . إبراهيم أحمد ، المرجع السابق الإشارة إليه ، ص ٥٣ .¹⁵⁷

ومع المزيد من التفاصيل راجع ، د . أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص ١٤٤ - ١٤٥ بند ١١٣ ، ص ١٦١ ، بند ١٢٧ .

بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية ، أو مسألة من مسائل الأحوال العينية ، مدنية كانت أم تجارية^{١٥٨} .

ولا يستثنى من ذلك سوى الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج فهذه الدعاوى تدخل في اختصاص المحكمة الواقع في دائرتها العقار ولا تدخل في اختصاص المحاكم المصرية حتى وإن ارتضى الخصوم ذلك .

ويرجع هذا الحل إلى نفس الاعتبارات التي أشرنا إليها عند تناولنا الاستثناء المتعلق بالدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج والوارد على القاعدتين المنصوص عليهما في المادتين (٢٨) و (٢٩) السالف بيانهما^{١٥٩} .

وقد يكون قبول الخصوم لاختصاص المحاكم المصرية صريحاً ، كما قد يكون ضمناً ، فالمشرع قد سوى بين القبول الصريح والقبول الضمني ولم يفرق بينهما . ويكون القبول صريحاً إذا اتفق الأطراف صراحة في العقد موضوع النزاع على اختصاص المحاكم المصرية بالمنازعات الناشئة عنه .

أما القبول الضمني فيتحقق من جانب المدعي إذا قام برفع الدعوى أمام المحاكم المصرية ، ومن جانب المدعى عليه إذا رفعت عليه الدعوى أمام هذه المحاكم فحضر ولم يدفع بعدم اختصاصها في بداية التقاضي^{١٦٠} .

راجع في ذلك : د . عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٧٣٤ - ٧٣٥ بند ١٩٦ ، د . محمد كمال فهمي ، المرجع¹⁵⁸ السابق ، ص ٦٣٨ - ٦٣٩ بند ٤٧٣ ، د . إبراهيم أحمد ، المرجع السابق ، ص ٥٣ ، د . هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ١٢٦ - ١٢٧ بند ٣٤ ، د . أحمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ١٣٥ - ١٣٦ بند ١٠٦ ، حفيظة الحداد ، المرجع السابق ، ص ٩١ - ٩٢ بند ٩٠ .

راجع في ذلك : د . عز الدين عبد الله المرجع السابق الإشارة إليه ، ص ٧٣٧ .¹⁵⁹ د . حفيظة الحداد ، المرجع السابق ، ص ٩٢ ، د . هشام صادق ، المرجع السابق الإشارة إليه ، ص ١٣١ ، د . أحمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ١٤٤ ، ص ١٦٠ - ١٦١ بند ١٢٦ .

راجع في ذلك : د . عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٧٣٥ - ٧٣٦ بند ١٩٦ ، د . محمد كمال فهمي ، المرجع¹⁶⁰ السابق ، ص ٦٣٩ .

د . إبراهيم أحمد ، المرجع السابق ، ص ٥٣ - ٥٤ ومع مزيد من التفاصيل راجع . د . أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص ١٥٣ وما بعدها بند ١٢١ وما بعده .

وفي حالة غياب المدعى عليه فإنه يتعين على المحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها طالما أن الدعوى لا تدخل أصلاً في اختصاصها طبقاً للضوابط الأخرى المنصوص عليها في قانون المرافعات. وهذا هو ما نصت عليه صراحة المادة (٣٥) من قانون المرافعات بقولها " إذا لم يحضر المدعى عليه ولم تكن الجمهورية مختصة بنظر الدعوى طبقاً للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها " .
وأساس ذلك يرجع إلى أنه من غير الممكن أن يحمل غياب المدعى عليه وعدم حضوره على أنه قبولاً ضمناً لاختصاص المحكمة بالدعوى المرفوعة عليه^{١٦١} .
كما أن إلزامه بالحضور للدفع بعدم الاختصاص فيه إرهاب له ، ولا سيما وأنه من المفترض أنه متوطن أو مقيم بالخارج .
أما غياب المدعى عند نظر الدعوى فلا يعني عدم قبوله، إذ أن في إقامته الدعوى أمام المحاكم المصرية ما يدل على قبوله اختصاصه

تقرير القاعدة

ثالثاً بالنسبة للخضوع الإرادي :

تنص المادة (٣٢) من قانون المرافعات الحالي على أنه :
" تختص المحاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة ، إذا قبل الخم ولايتها صراحة أو ضمناً " .
يتضح من النص أن المشرع قد أخذ من إرادة الأفراد وحدها ضابطاً لاختصاص المحاكم المصرية . ولقد جاءت صياغة النص عامة ، ومن ثم يمكن القول باختصاص المحاكم المصرية بناء على ضابط الخضوع الاختياري أيّاً كان نوع الدعوى ، أي سواء كانت متعلقة بمسائل الأحوال الشخصية أو مسألة من مسائل الأحوال العينية ، مدنية كانت أو

راجع في ذلك : د . عز الدين عبد الله . المرجع السابق ، ص ٧٣٦ ، د . إبراهيم أحمد ، المرجع السابق ص ٥٤ ، 161

د . هشام صادق ، المرجع السابق ص ١٢٩ ، ومع مزيد من التفاصيل .

د . أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ص ، ١٥٨ وما بعدها بند ١٢٤ وما بعده .

تجارية^{١٦٢}. وبناء على هذه القاعدة العامة التي نص عليها القانون والتي تشمل في طياتها عقد الاستخدام وبالتالي تطبق هذه القاعدة أيضاً على عقد الاستخدام ويجوز للأطراف تحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن عقد الاستخدام بناء على هذه القاعدة العامة .

حيث لم يستثني المشرع من الخضوع لها سوى الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج . فهذه الدعاوى تدخل في اختصاص المحكمة الواقع في دائرتها العقار ولا تدخل في اختصاص المحاكم المصرية حتى وإن ارتضى الخصوم ذلك .

المبحث الثاني

المجال المحجوز لقانون القاضي

تمهيد وتقسيم :

دائبة الدول على اختصاص محاكمها بناء على فكرة السيادة وفقاً لمعايير ترتبط بهذه الفكرة فمنها المعايير الشخصية مثل جنسية أو موطن المدعى عليه وأخرى موضوعية مثل محل إبرام موضوع الدعوى أو الخصومة وظل هذا الأمر لفترات طويلة في تحديد حالات الاختصاص القضائي الوطني كمجال محجوز لهذا القضاء ، إلا أن فقه القانون الدولي الخاص قد رأى أن هذه النظرة التقليدية أصبحت لا تستجيب والتطورات التي حدثت في ساحة المعاملات الخاصة الدولية .

/ أنظر في نفس المعنى : د. عز الدين عبدا لله ، المرجع السابق ، ص ٧٣٤ - ٧٣٥ بند ١٩٦ ، 162

د . محمد كمال فهمي ، المرجع السابق ، ص ٦٣٨ - ٦٣٩ بند ٤٧٣ ،

د . إبراهيم أحمد ، المرجع السابق ، ص ٥٣ ،

د . هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ١٢٦ - ١٢٧ بند ٣٤ ،

د . أحمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ١٣٥ - ١٣٦ بند ١٠٦ ،

د حفيظة الحداد ، المرجع السابق ، ص ٩١ - ٩٢ بند ٩٠ .

ومن هنا بدأ النظر إلى دور إرادة الأفراد في أن تتدخل وتحدد جهة الاختصاص القضائي لمعاملاتهم كما هو الحال في تحديد القانون واجب التطبيق على المعاملات " قانون الإرادة في العقود " الذي أعطى للأطراف الحق في اختيار القانون الذي يطبق على عقدهم. وبدأت الآراء الفقهية تتردد في تحديد الاختصاص القضائي الذي يتم بناء على إرادة الخصوم وتلقت بعض التشريعات هذا الأمر وقننته في تشريعاتها الداخلية وهو ما أطلق عليه الخضوع الإرادي.

فتغيير طبيعة المجتمع الدولي ، وما حدث من أزمات في مجال التجارة الدولية وتغيير طبيعتها ، أدت إلى تغيير العديد من المفاهيم ، فلم يعد تحدي الحرب هو الحدي الوحيد كما كان سابقاً ، فالدول اليوم تجد نفسها أمام تحديات تضع على المحك سيادتها وهذه التحديات ليست موجهة فقط للدول

ذات السيادة التي بدأت تضعف فعلياً ، بل إلى منظومة قواعد القانون الدولي ومؤسساته العامة في المجتمع الدولي وتحول مفهوم السيادة في العلاقات الخاصة الدولية . ولذلك قبل البدء في بيان المجال المحجوز للقضاء الوطني وبيان أنواع الاختصاص القضائي الدولي ، سنقوم أولاً ببيان مفهوم سيادة الدولة بين مفهومها التقليدي وتحول مفهوم السيادة في العلاقات الخاصة الدولية وسنتناول ذلك في ثلاث فروع علي النحو التالي :

المطلب الأول : سيادة الدولة بين التقليدية والحداثة.

المطلب الثاني : الارتباط .

المطلب الثالث : التلازم التشريعي والقضائي .

المطلب الأول

سيادة الدولة بين التقليدية والحداثة

تعتبر فكرة السيادة والاعتراف بها للدول من المبادئ المتفق عليها في ميثاق الأمم المتحدة والاتفاقيات الدولية التي تصب في ذات الصدد . كما يرتبط ظهور مبدأ "السيادة"

(sovereignty) في قانون الأمم (القانون الدولي العام) مع ظهور الدولة القومية (الحديثة) في أوربا بعد معاهدة وستفاليا (1648،westpnalia) التي أنهت حرب الثلاثين عاماً الدينية في القارة الأوروبية . فهذه المعاهدة أقرت مبدأ " سيادة الدولة " باعتبار هذه السيادة هي سلطة الدولة العليا والمطلقة على إقليمها ، أي حق الدولة في ممارسة وظائفها وصلاحياتها واختصاصاتها داخل إقليمها القومي (national territory) دون تدخل من أية دولة أخرى^{١٦٣} .

فقد واجهت فكرة السيادة التقليدية منذ نشأتها العديد من الانتقادات الشديدة ، حيث رأى بعض الفقهاء^{١٦٤} وفي مقدمتهم الفقيه ليون ديغي إن معيار السيادة خاطئ من الناحية

¹⁶³ وتنص المادة (٢ / ١) من ميثاق الأمم المتحدة على أن هيئة الأمم المتحدة تقوم : " على مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضائها " ، فيما تنص الفقرة (٧) من نفس المادة " ليس في هذا الميثاق ما يسوغ " للأمم المتحدة " أن تتدخل في الشؤون التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما ، وليس فيه ما يقتضي الأعضاء أن يعرضوا مثل هذه المسائل لأن تحل بحكم هذا الميثاق ، على أن هذا المبدأ لا يخل بتطبيق تدابير القمع الواردة في الفصل السابع .
¹⁶⁴ راجع علوان/ ، عبد الكريم (٢٠١٠) . " الوسيط في القانون الدولي العام " الكتاب الثاني " القانون الدولي المعاصر " . ط١ الإصدار الخامس ، عمان دار الثقافة للنشر والتوزيع . حيث يرى هؤلاء الفقهاء أنه يمكن إرجاع كون معيار السيادة خاطئ من الناحية القانونية للأسباب الآتية :

١ - ففي داخل الدولة ، نجد أنه مع التسليم بأن الدولة هي السلطة صاحبة الاختصاص العام وأنها لا تخضع لسلطة أعلى ، لا يمكن القول بأنها مطلقة التصرف . فالدولة ليست غاية في ذاتها وإنما وسيلة لتحقيق غاية هي إسعاد رعاياها ، وكل تصرفاتها يجب أن تهدف إلي هذا الغرض .

٢- أما في ميدان العلاقات الدولية ، فلا يمكن قبول هذه النظرية لأنها تقرر شيئاً مستحيلاً وهو وجود أكثر من دولة ذات سيادة على نظام قانوني واحد وهو القانون الدولي ، فالدولة ليست مطلقة التصرف في ميدان العلاقات الدولية ، إذ هي تخضع للقانون الدولي الذي هو مفروض على الدول بناءً على اعتبارات تعلق على إرادتها والذي يورد قيوداً على تصرفات الدول ، ويحكم علاقاتها مع الدول الأخرى ومع الهيئات الدولية . ومنذ نشأة القانون الدولي كان من الواضح أنه لم توجد دولة تقرر أنه ترفض الخضوع للقانون الدولي أو تدعي أنها تملك التصرف بحرية في ميدان العلاقات الدولية ، حني في الأحوال التي خولفت فيها قواعد القانون الدولي كانت الدول المخالفة تحاول تبرير موقفها عن طريق الالتجاء إلى تفسير قواعد هذا القانون والاستناد إليها .

القانونية وأن فكرة السيادة المطلقة ليست الأساس الذي يجب أن تنطلق منه القواعد القانونية الدولية ، ومن ثم جاء الفقيه الفرنسي جورج سل ليوجه انتقاداته الحادة في معظم كتاباته قبل الحرب العالمية الثانية لنظرية السيادة وخصوصاً في مقالة المنشور في الدورية العامة للقانون الدولي والمعنون بنقد نظرية الأعمال الوطنية في القانون الدولي ، وكان علي رأس مؤسسي النظرية الاجتماعية^{١٦٥} في القانون الدولي متأثراً بأفكار زميله السابق إميل دوركهيم مؤسس علم الاجتماع الحديث^{١٦٦} ، ولم يتوقف نقد مفهوم السيادة المطلقة عند جورج سل بل و شاركه في ذلك الفقيه الفرنسي شارل روسو حيث حاول الأخير إعطاء أبعاد قانونية محددة لنظرية الاستقلال ليكون هذا الأخير مصطلحاً قانونياً بديلاً عن مصطلح السيادة^{١٦٧} وقد تسارع النقد لمفهوم السيادة التقليدية من بعد انهيار الاتحاد السوفيتي وظهور ما سمي آنذاك بالنظام العالمي الجديد ، الذي أدى إلى العديد من التدخلات الدولية في الشأن الداخلي للدول لأسباب مختلفة تحت مظلة التدويل أو العولمة أو غيرها ، بحيث تم إخراج هذه المسائل بحكم واقع المجتمع الدولي من إطار الشأن الداخلي للدول إلى الإطار الدولي ، وجعل اختصاصها منوطاً بالمنظمات الدولية ، الأمر الذي أدى بالضرورة إلى المساس بهذه السيادة التقليدية .

إن عدم وجود معيار واضح يتم الاعتماد عليه للتمييز بين ما يدخل ضمن اختصاص وسيادة الدولة من عدمه ، فما كان بالأمس يعرف أنه من سيادة الدولة أصبح اليوم على

٣- فضلاً عن ذلك فنظرية السيادة لا تتفق مع التطور الجديد للقانون الدولي ومع محاولة إخضاع الدول لسلطة المنظمات الدولية ، مع إقامة نظام الأمن الجماعي وآخر للتضامن الاقتصادي . وهي أيضاً لا تتسجم مع تدخل القانون الدولي - عن طريق تقرير حقوق الإنسان - في علاقة الدولة برعاياها .

¹⁶⁵ راجع عامر ، وصلاح الدين (٢٠٠٩) " مقدمة لدراسة القانون الدولي العام " مطبعة دار النهضة العربية ، مصر ، ص ٦٨٥ .

¹⁶⁶ راجع في ذلك محاضرات في " العولمة وحقوق الإنسان " جامعة الشرق الأوسط ، عمان الأردن خلال الفصل الدراسي الطيفي .

¹⁶⁷ راجع روسو ، شارل " القانون الدولي العام ، المجلد الثاني " عام (١٩٧٢) .

خلاف ذلك ، ليس لشيء وإنما لدواعي واحتياجات التطور السريع غير المسبوق الذي يشهده القانون الدولي حيث أصبح يتدخل في كل الاختصاصات وأغلب ميادين الحياة القانونية سواء الدولية أو الداخلية ، الأمر الذي جعل من شعرة معاوية هي الخيط الرفيع الفاصل ما بين سيادة الدولة وما يخرج عن هذه السيادة إلى ما يعرف اليوم بظاهرة " التدويل"¹⁶⁸ " وهذه الأخيرة بلا ريب تقيد سيادة الدولة حيث تجد نفسها دونما تشعر تتجرف نحو واقع ملموس وحقيقي بدأ يفرض نفسه في أن سيادة الدولة في بعض المسائل قد شُلت داخلياً بحيث انتقلت هذه السيادة إلى أن تمارس من قبل أشخاص القانون الدولي دون الدولة حيث قد تصبح هذه المنظمات الدولية والهيئات هي التي تُعنى بهذه المسائل التي كانت تمارسها الدولة سابقاً بحكم كونها صاحبة السيادة المطلقة على الإقليم¹⁶⁹ .

وعلى الرغم من أن جوهر مفهوم السيادة كما أقرته معاهدة وستفاليا لم يطرأ عليه أي تغيير يذكر منذ تلك المعاهدة ، إلا أن مجال ومدى وحدود السيادة هي التي خضعت للتطور والتغيير عبر الزمن ، فخلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ، عصر انبعاث الدولة القومية ، لم تقبل الدول بأي قيد على سيادتها ، فمارست سلطة مطلقة دون أي قيد أو حدود داخل إقليمها الوطني ، غير أن هذا الموقف بدأ يتغير بعد النصف الثاني من القرن العشرين ، فالدول بدأت تقبل ، من أجل صالح المجتمع الدولي، بعض القيود والحدود على تصرفاتها الداخلية والخارجية ، فأخضعت بعض صلاحياتها السيادية لبعض القيود ، وتم ذلك إما بحكم المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية ، أو بحكم قرارات المنظمات

/ 168

¹⁶⁹ إن النظر في مسألة سيادة الدولة المطلقة وفق المذهب التقليدي يعطي الدولة حق الاحتكار المطلق على إقليمها وشعبها دونما رقيب ولا حسيب على هذه السيادة ولكن الأخذ بالمذهب الحديث المعاصر الذي ينظر إلى فكرة السيادة بواقع ما يشهده العالم من متغيرات بدأ يفرض نفسه حيث لم تعد هذه السيادة مطلقة بل على الأغلب لا تزال كذلك فقط على الأوراق أو في نصوص المعاهدات والاتفاقيات الدولية بمعنى أن هذه النصوص مع مرور الزمن ماتت وأصبحت مجرد حبراً على ورق .

الدولية (العالمية أو الإقليمية) ، أو بمقتضى قرار ذاتي منها ، ونتيجة لذلك لم تعد السيادة التي تتمتع بها الدولة مطلقة .

ولعل نشوء المنظمات الدولية بجميع أنواعها (العمالية والإقليمية ، السياسية والأمنية والمتخصصة) وتطور العلاقات بين الدول والمتغيرات المصاحبة للعولمة وثورة التكنولوجيا هي التي حتمت تكيف مبدأ السيادة وبالتالي تقييد الحقوق الصلاحيات والوظائف السيادية للدولة بما يكفل مصالح المجتمع الدولي .

وبذلك لم يعد التدخل في الشؤون الداخلية للدولة أمراً غير مشروع ، كما كان في الماضي ، بل أمراً جائزاً تبرره الحقائق الراهنة . ومن أبرز نواحي الشؤون الداخلية للدولة التي طالها التدخل الدولي هي علاقة الدولة مع رعاياها خاصة في مجال حقوق الإنسان والحريات العامة ، والسياسات المالية والاقتصادية والإدارية للدولة .

نجد في ميثاق الأمم المتحدة أبرز مظاهر التدخل في شؤون الدول - والتي تحد من السلطات والصلاحيات السيادية للدول - الذي جعل صلاحيات واختصاصات هذه المنظمة تشمل بالإضافة للنواحي السياسية والأمنية المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وغيرها التي كانت تعتبر تقليدياً من صميم الاختصاص الداخلي الدولي . ونجدها أيضاً في معاهدة ماستريخت (Maastricht Treaty) الموقعة في عام ١٩٩١ والمنشئة للاتحاد الأوروبي ، والمعاهدات المعدلة لها ، والتي أنشأت مؤسسات اتحادية فوق المؤسسات الوطنية للدول الأعضاء . وكذلك نجدها في نظام المحكمة الجنائية الدولية حيث لم تعد الحصانة التي يتمتع بها رؤساء الدول المصدقة لهذا النظام أو غير المصدقة له ، ذات شأن في حال ارتكابهم جرائم دولية ، أي أن لهم حصانة في داخل دولهم وليس خارجها .

ونخلص من ذلك أنه يمكننا القول بأن التطورات الراهنة في النظام الدولي على الرغم من أنها قد قلصت من السلطات والوظائف التقليدية للدولة ، إلا أنها لم تأت على السيادة . صحيح أن السيادة تواجهه في الوقت الحاضر وضعاً صعباً بسبب القيود والضوابط والشروط التي تفرض على الدول في ممارسة سيادتها ، إلا أنها بقيت على اعتبار أنها

أداة ضرورية لتنظيم العلاقات بين الدول . ورمت بظلالها على العلاقات الخاصة الدولية بشكل مبالغ فيه لذا قد حان الوقت لتغيير النظرة التقليدية لفكرة السيادة لتتماشى مع التغيرات التي حدثت في المجتمع الدولي بشكل عام والعلاقات الخاصة الدولية بشكل خاص .

المطب الثاني

الارتباط

لقد بينا في ما سبق عرضه من أجزاء في هذا البحث ، أن هناك مبادئ عامه تبنى عليها المعايير والاختصاصات القضائية الدولية للمحاكم الوطنية ، وجدير بالذكر أن الاختصاص القضائي أما يكون اختصاصاً أصلياً يقوم على معايير إقليمية أو شخصية ، أو تكون هذه المعايير والاختصاصات طارئة ، كالخضوع الإرادي للمحاكم ، أو الارتباط في الدعوى أو الإجراءات الوقتية والمستعجلة .

وهي تدابير وتحفظات وقتية ومستعجلة لحفظ الأموال والحقوق كطلب وضع الحجز الاحتياطي ، أو تعيين حارس قضائي ، أو تقرير نفقه مستعجلة ، فرغم عدم اختصاص محكمه الدولة بنظر الدعوى الأصلية التي تتطلب هذه الإجراءات ألا أن المحكمة تختص باتخاذ هذه الإجراءات التي تخدم الدعوى الأصلية وتوفر حماية استبقية للحقوق أي تحفظها من الزوال ، وتضمن للمستفيدين منها استمرار الانتفاع بها في ما بعد^{١٧٠} .

ومن المبادئ المقررة في معظم بلدان العالم أن محاكم الدولة تختص بالدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية المرفوعة أمامها . أي بمعنى إذا كانت محاكم دولة معينة تختص بنزاع مطروح أمامها بصفة أصلية فيكون لها أن تنظر بالمثل في الدعوى الفرعية المرتبطة بهذا النزاع ولو لم تكن هذه الأخيرة مما يدخل في ولايتها أصلاً^{١٧١} .

¹⁷⁰ راجع د . غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٢٨٣ ، ٢٨٤ .

¹⁷¹ راجع د . هشام علي صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص ٣٦١ .

وهذا يظهر من خلال الصور التي يمر بها هذا الارتباط من وحدة في السبب أو في الموضوع أو في الخصوم بين الدعويين^{١٧٢}.

أي أن محكمة موضوع الدعوى الأصلية هي التي تنتظر في هذه المسألة الفرعية وتفصل فيها تبعاً للدعوى الأصلية ، وهذا في حقيقة الأمر هو تسهيل الأمور للخصوم ، لكون ذلك يجنبهم مشاققة رفع دعوى جديدة أمام محاكم دولة أخرى ، ومع هذا فإن محاكم الدولة المختصة بالنظر في الدعوى الأصلية ، تكون هي الأقدر على الفصل في الدعوى المرتبطة بها ، مما يحقق العدالة في المنازعات ذات العنصر الأجنبي دون أن يكون في ذلك مساس بسيادة الدولة^{١٧٣}.

هذا من جهة أما من جهة ثانية فإن هذه القاعدة أي (الارتباط تمنع تعارض الأحكام التي تصدر في الدعوى الأصلية ، وكما تمنع تعارض الأحكام الصادرة بخصوص الدعوى المرتبطة ، وهذا يؤدي إلى سهولة في التنفيذ بالإضافة إلى الاقتصاد في النفقات^{١٧٤} .

إلا أنه يجب أن نذكر هنا أن هذه المبدأ لا يعمل بيه إذا دفع أحد الخصوم دعوى خصمه بسبق قيام الدعوى ذاتها أمام محكمة أجنبية والسبب في رفض الدفع في هذه الحالة هو ما يتمتع بيه قضاء كل دولة من استقلال قضائي تام تجاه محاكم الدولة الأخرى^{١٧٥} .

فمن خلال كل ما تقدم يجب أن نلاحظ أن الدعوى العارضة إذا ما رفعت أمام محكمة دولة أخرى ، فإن هذه المحكمة لا ترفض النظر في هذه الدعوى ، ولا تقرر إحالة هذه الدعوى العارضة إلى محكمة الطلب الأصلي في دولة أجنبية ، وذلك بسبب استقلال القضاء في كل دولة عن القضاء في الدول الأخرى ، وعلى سبيل المثال { قانون المرافعات الايطالي في المادة (٣) منه لا يمكن تنحية

¹⁷² راجع د . فؤاد عبد المنعم رياض ،

د . سامية راشد ، موجز في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص ٢٦١ .

¹⁷³ راجع سنكر علي رسول ، مرجع سابق ، ص ٦٩ .

¹⁷⁴ راجع د . عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص ٤٢٦ .

¹⁷⁵ راجع ماجد الحلواني ، مرجع سابق ، ص ٣٩٣ .

القضاء الايطالي عن الاختصاص بدعوى لقيامها ، أو لقيام دعوى مرتبطة بها لدى قاضي أجنبي ، وذلك بسبب عدم سماح قانون خاص في دولة ما بإحالة القضية إلى محكمة دولة أخرى مهما كانت^{١٧٦} .

أما مفهوم الدعوى المرتبطة بالنسبة للقانون المصري ، هو ما تم النص عليه في المادة (٣٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ، والتي جاء فيها " إذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلية في اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية وكما تختص بكل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن سير العدالة أن تنتظر معها " .

حيث يبدو جلياً لنا من هذا النص أنه يواجه فكرة تفرع الخصومة ، وأثر فكرة الارتباط في الدعوى إلى تحقيق وحدة الخصوم ، لكون هذه هي قاعدة أصلية من قواعد تنظيم الاختصاص ، والقاضية بأن " قاضي الأصل هو قاضي الفرع^{١٧٧} " .

كما وتختص المحاكم الأردنية بالفصل في هذه الدعاوى وفقاً للفقرة (٣) من المادة (٢٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية بالقول بجزئية المسائل الأولية والطلبات العارضة المرتبطة بالدعوى الأصلية .

أما عن موقف المشرع العراقي في الارتباط ، فلم يرد نص صريح يقضي بأن تختص المحاكم العراقية بالنظر في المسائل الأولية والطلبات العارضة المرتبطة بالدعاوى التي تقام على أجنبي في العراق ، لكن كل ما هو موجود عن هذه القاعدة هو ما قرره المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي والتي أشارت إلى "تختص محاكم الدول بهذه المسائل بمقتضى مبادئ القانون الدولي الخاص الشائعة دولياً .

المطب الثالث

¹⁷⁶ راجع سنكر على الرسول ، مرجع سابق ، ص ٧٠ .

¹⁷⁷ راجع ممدوح عبد الكريم حافظ - مرجع سابق ، ص ٣٨٨ .

التلازم التشريعي والقضائي

لقد تردد القول بين فقه القانون الدولي الخاص حول ما يسمى بالتلازم التشريعي والقضائي ، ما بين واقع عملي يؤكد وجود هذه الفكرة في كثير من المواضع ، وواقع نظري بحت ينكر وجود هذا التلازم^{١٧٨} .

وهو ما يتطلب ضرورة طرح مضمون هذه الفكرة بصفة عامة ، فالمقصود من هذا التلازم هو أن عقد الاختصاص لمحاكم دولة معينة يستتبع بالضرورة تطبيق القاضي لقانون هذه الدولة ، وكان هذا المبدأ سارياً في ظل مبدأ الإقليمية المطلقة الذي سيطر على مجريات الأمور لفترة طويلة ، حتى ظهور فكر مدرسة الأحوال الذي منح فرصة تطبيق قوانين المدن الأخرى ، كما هو الحال بالنسبة لتطبيق قانون محل الإبرام على العقد سواء فيما يتعلق بموضوعه أو الشكل الذي يجب أن يكون عليه . فمنذ ذلك الوقت بدأ يظهر على ساحة العلاقات الدولية مبدأ مناهضاً هو عدم التلازم بين المحكمة المختصة والقانون واجب التطبيق على النزاع ، هذا المبدأ الذي كان سبباً مباشراً في ظهور قواعد التنازع المنوط بها تنظيم تلك العلاقات ، ليس هذا فحسب ، بل يعطي فرصة لإعمال قواعد التنازع بشكل محايد^{١٧٩} .

في حين أن السبب وراء ظهور مبدأ عدم التلازم القضائي والتشريعي ، يكمن في عدة اعتبارات ضرورية لعمل قواعد التنازع ، يأتي في مقدمتها اعتبارات الملائمة في تحديد جهة الاختصاص القضائي التي تنطلق من معطيات معينة لم تكن مطلوبة في تحديد القانون واجب التطبيق ، فقد انعقد الاختصاص لمحاكم دولة معينة بناء على معايير حسن

¹⁷⁸ راجع د . هشام أحمد محمود عبد العال ، الزواج ذو العنصر الأجنبي في ضوء المنهجين ألتنازعي والفردى ، مرجع ، ص ١٠٧ .

¹⁷⁹ راجع د. عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٤٣٣ ، د . أحمد عبد الكريم سلامة " علم قاعدة التنازع " المرجع السابق ، ص ١٢٦ .

الأداء وعدم تضارب الأحكام^{١٨٠} . وفي ذات الوقت لا يمكن الاعتماد على هذه المعايير في تقرير الاختصاص التشريعي لقانون الدولة المختصة قضائياً على أساس أن النزاع قد يكون مرتبطاً بقانون دولة أخرى . أما الاعتبارات الأخرى فهي لمراعاة السياسة التشريعية ومنها على سبيل المثال منع الغش أو التحايل على القانون أمام الأفراد في الوصول إلى تطبيق قانون دولة معينة يكون هو الأصلح لهم من خلال رفع دعواهم أمام محاكم هذه الدولة ، ومن هذه الاعتبارات أيضاً تبني نظام يسمح بتطبيق القوانين الأجنبية من أجل تحقيق تعايش مشترك بين الدول وأنظمتها القانونية المختلفة^{١٨١} .

ومن الواضح أن هناك عودة مرة أخرى لفكرة التلازم القضائي والتشريعي ، ومع ظهور المنهج الفردي خاصة في ظل القواعد ضرورية التطبيق التي جاءت لحماية قيم اقتصادية واجتماعية معينة من خلال آلية فردية في التطبيق لصالح القانون الوطني إذا ما انعقد الاختصاص له .

فإذا كان هناك منازعة في صحة عقد الزواج المبرم بين الزوج المصري والزوجة الليبية ، فإن طرح هذا النزاع على القاضي المصري سوف يؤدي إلى تطبيق القانون المصري المتضمن قاعدة ذات تطبيق ضروري متعلقة بعقود الزواج التي يكون أحد أطرافها مصرياً ، والحال كذلك إذا ما طرح ذات النزاع على القاضي الليبي ، فإنه سوف يطبق قانونه لوجود قاعدة ذات تطبيق ضروري في القانون الليبي تتعلق بعقود الزواج التي يكون أحد أطرافها ليبيا . ومن هنا كانت فكرة التلازم القضائي والتشريعي حقيقة يؤكدتها الواقع العملي تتزامن في ظل وجود القواعد ضرورية التطبيق ، وإلا كان وجود هذه الأخيرة مجرد تحصيل حاصل^{١٨٢} .

¹⁸⁰ راجع في ذلك د. هشام أحمد محمود ، مرجع سابق ، ص ١٠٨ ، د . فؤاد رياض ، د . سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٣٤٤ .

¹⁸¹ راجع د . أحمد عبد الكريم سلامة " علم قاعدة التنازع " ، المرجع السابق ، ص ١٢٩ .

¹⁸² راجع د . هشام أحمد محمود ، مرجع سابق ، ص ١٠٩ .

ولم نكن هنا نريد التأكيد على وجود هذا التلازم قدر ما نريد توضيح ما يترتب عليه من نتائج خطيرة تتعلق بتنفيذ الحكم الصادر في هذا النوع من المنازعات ، فمثلاً إذا حصل أحد أطراف النزاع السابق على حكم من القضاء المصري ويريد تنفيذه في الدولة الليبية ، فإن ذلك قد يصطدم بحكم آخر متعارض صادر عن القضاء الليبي بسبب وجود قاعدة ذات تطبيق ضروري في القانون الليبي مرتبطة بهذا النزاع .
وتجدر الإشارة هنا إلى أن مصاحبة فكرة التلازم للقواعد ضرورية التطبيق تتلشى بطبيعة الحال ، إذا ما طرح هذا النزاع على قاضي محايد .