**أصبح يوجد اليوم نظام قانوني خاص بالمعاملات الدولية يفترق عن ذلك الذي يحكم المعاملات الداخلية، فمقتضيات مثل حق الأطراف في اختيار قانون العقد، أو شرط التحكيم أو شرط الذهب هي أمور باطلة إن وردت في عقد داخلي، تنقلب صحيحة إن وردت في عقد دولي، من هنا جاءت ضرورة البدء بتكييف العقد لتحديد ما إذا كان دوليا من عدمه باعتبار النتائج القانونية الهامة التي تترتب عليه، جوهرها أن دولية العقد شرط أولي ولازم لأعمال قواعد القانون الدولي الخاص، سواء ما كان من هذه القواعد ذو صبغة مادية أو ما كان منها معتبرا من قواعد تنازع القوانين.**

**وفي سبيل الكشف متى يكون العقد دوليا، اقترح الفقه معياران، معيار قانوني يعتد بعناصر الرابطة العقدية ومدى تطرق الصفة الأجنبية لهذا العناصر كلها أو بعضها، ومعيار اقتصادي يعبر عن مدى اتصال الرابطة العقد بمصالح التجارة الدولية.**

**وإذا كانت دراسة مفهوم العقد الدولي تقتضي منا تعميق البحث في ذلك فقها وقانونا وقضاءً، فإننا نبدأ كخطورة أولى في هذا العرض بالتنقيب في الاتفاقيات الدولية عن مفهوم العقد الدولي، باعتبار أن هذه الأخيرة تشكل في مجال عقود التجارة الدولية مادة معرفية غنية تسمح ببلورة رؤية قانونية دقيقة، حيث باستقراء مقتضياتها يمكن استنباط تعريف متميز للعقد الدولي يجنبنا الوقوع في هفوات تعاريف الفقه التقليدي منه والحديث.**

**لقد طرحت الاتفاقيات الدولية على الساحة الفقهية مفهوم جديد للعقد الدولي فلا هي تبنت التعريف القانوني التقليدي الجامد الذي يسوي بين العناصر القانونية للرابطة العقدية، بحيث يترتب على تطرق الصفة الأجنبية إلى أي منها اكتساب العقد للطابع الدولي، الذي يبرر إخضاعه لأحكام القانون الدولي الخاص، ولا هي انتصرت للتعريف الاقتصادي الذي يعتبر العقد دوليا ذلك العقد الذي يربط بين مصالح اقتصاد أكثر من دولة، لقد اختارت تعريفا يعتبر بمقتضاه دوليا العقد الذي تطرقت الصفة الأجنبية لعنصر من عناصره القانونية -وليس أي عنصر- بل فقط العنصر الذي يسمح بربط العقد باقتصاد أكثر من دولة، وبالتالي بالنظام القانوني لأكثر من دولة حقيقة وفعلا، إنه تعريف قانوني يجعل مما يسمى المعيار الاقتصادي مجرد أداة تابعة، يسخرها -هذا التعريف القانوني- في تحديد ما يعتبره عقدا دوليا ممن لا يعتبر كذلك .**

**وسنحاول في هذا المقال بيان ما قدمناه بشكل أكثر تفصيلا، وذلك من خلال المبحثين الآتيين:**

**المبحث الأول: موقف الاتفاقيات الدولية من تعاريف الفقه المقترحة للعقد الدولي**

**المبحث الثاني: تعريف الاتفاقيات الدولية للعقد الدولي.**

**المبحث الأول: موقف الاتفاقيات من تعاريف الفقه المقترحة للعقد الدولي**

**يمكن حصر المعايير التي اقترحها الفقه للتفرقة بين العقود الداخلية والعقود الدولية في معياران أساسيان: معيار قانوني ومعيار اقتصادي حديث، ولبيان موقف الاتفاقيات الدولية من هذه المعايير المقترحة نأخذ كل معيار على حدة.**

**المطلب الأول: موقف الاتفاقيات الدولية من التعريف القانوني التقليدي:**

**يقوم التعريف القانوني التقليدي على فكرة أساسية مفادها إن العقد يعد دوليا فيما لو اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، وعلى ذلك فانه يتعين الكشف عن مدى تطرق الصفة الأجنبية إلى العناصر القانونية المختلفة للعقد وهو في هذا يميل إلى التسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية، بحيث يترتب على تطرق الصفة الأجنبية إلى أي منها اكتساب العقد للطابع الدولي، فهو لا يميز بخصوص العناصر القانونية للعقد، والتي قد تتطرق إليها الصفة الأجنبية، بين العناصر الفاعلة أو المؤثرة والعناصر غير الفاعلة أو المحايدة.**

**وباستقراء بسيط للاتفاقيات الدولية نجدها أنها لا تقر هذا التعريف القانوني الجامد ولا تنحو منحاه، بل على العكس من ذلك فهي تميز بين العناصر القانونية للعقد التي تطرقت لها الصفة الأجنبية، ولا تختار إلا العنصر الفاعل والمؤثر الذي يملك بذاته القدرة على ربط العقد بالنظام القانوني لأكثر من بلد حقيقة وواقعا، كان يُشاهد مثلا انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود، والمساس بالمصالح الاقتصادية للبلدين كلاهما.**

**هكذا فالاتفاقيات تكاد تتفق جميعها على اعتبار عنصر الجنسية عنصر قانوني محايد في العقود التجارية الدولية، لا يصلح كأساس لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود، ومن الاتفاقيات التي أشارت لذلك صراحة نذكر اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، اتفاقية العربية للتحكم التجاري عمان 1978، اتفاقية هامبورغ بشأن عقود النقل البحري، اتفاقية لاهاي 1964 بشان البيع الدولي الأشياء المنقولة المادية، اتفاقية جنيف 1983 بشان التمثيل في البيع الدولي للبضائع، اتفاقية بشان فترة التقادم في البيع الدولي للبضائع، وما قيل عن عنصر الجنسية يقال عن عنصر محل إبرام العقد ضمنيا من خلال إهمال الاتفاقيات الدولية لاعتباره وذكره.**

**بالمقابل اعتبرت الاتفاقيات الدولية بالإجماع على أن عنصر اختلاف موطن مؤسسات الأطراف هو العنصر القانوني الفاعل، القادر بذاته على إضفاء الطابع الدولي على العقود التجارية، لأن من آثاره نقل محل العقد من دولة لأخرى، وبالتالي ارتباط العقد والمساس باقتصاد أكثر من دولة واحدة.**

**من هنا يظهر أن الاتفاقيات تتخير عناصرها، ولا تنتصر إلا للعنصر القانوني الذي تطرقت له الصفة الأجنبية والذي بموجبه يرتبط العقد بمجال أكثر من بلد وتتجاوز إطار اقتصاد دولة واحدة.**

**ونود الإشارة هنا إلى أننا لا نستطيع إصدار حكم قيمي منذ الوهلة الأولى على عنصر من عناصر القانونية للعقد، والقول بكونه محايد أو فاعل، فالذي يحدد طبيعته ومدى فاعليته وتأثيره هو موقعه في كل رابطة عقدية على حدة، فعنصر الجنسية أو محل إبرام العقد قد يكون عنصرا فاعلا يستطيع بذاته على ربط العقد بشكل واقعي وملموس بين قانون دولتين من خلال المساس بمصالح اقتصاد كلاهما، كما انه بالمقابل قد نصادف حالات يكون معها خلال عنصر اختلاف موطن مؤسسات الأطراف عنصر محايد من ذلك مثلا الحالة التي يبرم فيها شخصين لكل منها مؤسسة في بلد مختلف، عقد بيع في بلد ثالث، بموجبه يبيع احدهما للآخر سلعة موجودة بهذا البلد، ويتم تسليمها بذات البلد، وعملة أداء الثمن كانت بعملة هذا البلد.**

**وإذا كان هذا كل ما يتعلق بموقف الاتفاقيات الدولية من التعريف القانوني التقليدي، فماذا عن موقفها من المعيار الاقتصادي؟.**

**المطلب الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية من المعيار الاقتصادي الحديث**

**اقترح الفقه تعريفا حديثا للعقد الدولي، كرد فعل عن تطرف المعيار القانوني الجامد الذي استناد على تطرق الصفة الأجنبية لعنصر من عناصر العقد ودون أي تمييز بينها تقول بدولية العقد، ولو أن العملية لا تكاد تبرح المجال الاقتصادي لدولة واحدة، هكذا يعتبر هذا الفقه بان العقد الدولي هو العقد الذي يربط بين مصالح اقتصاد أكثر من دولة، أو هو العقد الذي من آثاره انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود، وهو العقد الذي بمقتضاه تتجاوز العملية المجال الاقتصادي لدولة واحدة، أو هو العقد الذي يمس المصالح التجارية الدولية عموما.**

**باستطلاع الاتفاقيات الدولية نجدها لا تأخذ بهذا التعريف أعلاه، كضابط مستقل وقائم الذات لتحديد دولية العقد كشرط مسبق لتطبيق مقتضياتها، والعلة في ذلك أن الاتفاقيات تعتبر ما يسمى المعيار الاقتصادي ما هو إلا مقتضى من مقتضيات وموجب من موجبات، حيث أن انتقاء الاتفاقيات الدولية للعنصر القانونية الحاسمة مثل عنصر اختلاف مؤسسات الأطراف وجريان تنفيذ العقد في الخارج، واختلاف نقطة الوصول عن دولة القيام، واختلاف مكان الشحن عن مكان التفريغ، فهذه وغيرها تؤدي لا محالة إلى انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود، وتجاوز المجال الاقتصادي لدولة واحدة، وبالتالي إدراك الغايات التي يسعى إليها أنصار المعيار الاقتصادي.**

**ومن الاتفاقيات الدولية النادرة التي خرجت عن القاعدة وذكرت معاني المعيار الاقتصادي، نجد الاتفاقية الدولية حول التحكم التجاري الدولي المؤرخة 21 ابريل 1961 والتي نصت في مادتها الأولى: "إن الاتفاقية تطبق على اتفاقيات التحكيم المبرمة لتنظيم نزاعات "تمس عمليات التجارة الدولية بين أشخاص بين أشخاص طبيعة أو معنوية لها في وقت إبرام الاتفاق محل إقامة اعتيادي أو مقر اجتماعي في دول متعاقدة مختلفة.""**

**نعتقد أنه كان يكفي الاتفاقية المذكورة أن تنص فقط على الضابط الثاني، ودون أن تكلف نفسها عناء إيراد مضمون المعيار الاقتصادي، مادام أن اختلاف محل إقامة مؤسسات الأطراف يقتضي بالضرورة المساس لعمليات التجارة الدولية، ولعل هذا ما جعل الاتفاقيات الدولية تكتفي بتعيين عنصر من العناصر القانونية المؤثرة، وتستعبد بالتالي مضامين التعريف الاقتصادي، خاصة وأن من شأن اعتماد هذا الأخير بشكل مستقل لتحديد دولية العقد قد يؤدي إلى نتائج متطرفة تقابل تطرق المعيار القانوني الجامد، حيث قد نعتبر عقدا دوليا العقد الذي يمس المصالح التجارية الدولية ولو لم تتطرق الصفة الأجنبية لعنصر من العناصر القانونية للعقد، بعبارة أخرى ولو لم تتحقق للرابطة العقدية دوليتها وفقا للمعيار القانوني الجامد، إذن فما هو التعريف الذي تقترحه الاتفاقيات الدولية للعقد الدولي؟.**

**المبحث الثاني: التعريف المقترح للعقد الدولي من قيل الاتفاقيات الدولية.**

**لقد وضعت الاتفاقيات الدولية لنفسها منهجا خاصا في تعريف دولية العقد، إنه تعريف قانوني متطور،   يختلف عن المعيار القانوني الكلاسيكي في انه يميز بين العناصر القانونية التي تتطرف لها الصفة الأجنبية، فلا يعتبر إلا العنصر القانوني الذي يملك بذاته القدرة على ربط العقد بأكثر من دولة فعلا وواقعا، كما انه يجعل من ما يسمى المعيار الاقتصادي أداة مسخرة من قبله للكشف عن دولية العقد، ويعمل من داخله، فلا يمكن اعتبار المعيار الاقتصادي معيار قائم الذات مستقل عن المعيار القانوني.**

**ونود الإشارة هنا إلى أن الاتفاقيات الدولية وهي تتبنى هذا التعريف القانوني المتطور قد اتخذت شكلين، شكل صريح وآخر ضمي، الأمر الذي فرض علينا معالجة هذا المبحث من خلال مطلبين، نقف من خلال الأول على الاتفاقيات الدولية التي دلت على التعريف القانوني المتطور بشكل صريح، ونقف من خلال الثاني على الاتفاقيات الدولية التي دلت عليه بشكل ضمني.**

**المطلب الأول: الاتفاقيات الدولية التي دلت على التعريف القانوني المتطور بشكل صريح**

**إن الاتفاقيات الدولية التي تتبنى التعريف القانوني المتطور وبشكل صريح، هي تلك الاتفاقيات التي تعتبر دوليا العقد الذي إذا تطرقت الصفة الأجنبية لعنصر من عناصره القانونية. وليس أي عنصر إنه عنصر حاسم يستطيع بذاته الربط بين مصالح دولتين حقيقة وواقعا، وبالتالي فهي تستعبد العناصر الأخرى الغير مؤثرة والحيادية، مثل عنصر الجنسية ومحل إبرام العقد وتكتفي بعنصر واحد، وذلك في سبيل الحد من توسع نطاق تطبيقها أكثر مما يلزم.**

**وتكاد الاتفاقيات التي تنتمي لهذا الصنف تتفق على كون العنصر الذي يحقق الأهداف   المذكورة هو عنصر اختلاف محل إقامة مؤسسات أطراف العقد، والأمثلة عن هذه الاتفاقيات كثيرة نذكر منها: اتفاقية الأمم المتحدة بشان عفو البيع الدولي للبضائع   (فبينا 11 ابريل 1980)، الاتفاقية الموحدة بشان البيع الدولي للبضائع ( لاهاي 1964)، والاتفاقية الموحدة لتكوين formation عقد البيع الدولي للأشياء المنقولة المادية، والاتفاقية الموحدة بشان التمثيل representation في البيع الدولي للبضائع (جنيف 1983)، والاتفاقية الموحدة بشان التمويل بالكراء الدولي.**

**ولابد هنا من الإشارة إلى أن عنصر اختلاف موطن الأطراف قد يكون أحيانا عنصرا محايدا، وبالتالي لا يمكن اعتماده كضابط لإضفاء الطابع الدولي على العقود التجارية، لذلك وجد من الفقه من وجه لاتفاقية فيينا 11 أبريل 1980، انتقادا لكونها ذكرت عنصر اختلاف موطن منشآت الأطراف دون نعت أو تخصيص، بحيث أن اعتماد هذا الضابط بهذا الشكل قد يؤدي بنا إلى نتائج غير منطقية، من ذلك اعتبار العقد دوليا استنادا لعنصر قانوني محايد، في حين أن العقد لا يكاد يبرح المجال الاقتصادي لدولة واحدة، وانه كان على الاتفاقية المذكورة أن تحدو حذو اتفاقية لاهاي 1964 بان تشرط إلى جانب اختلاف المكان الذي يوجد به منشآت أطراف البيع أن يتضمن هذا الأخير عنصر خارجي يقتضي حدوث أمر خارج حدود الدولة الواحدة وضربت لذلك بعض الأمثلة كانتقال البضاعة، أو أن يتم التفاوض على العقد في دولتين مختلفتين، أو أن يتم التسليم في دولة غير دولة مجلس العقد، إلا أنه وللحقيقة نشير إلى أن اتفاقية فيينا قد تنبهت لمثل هذه الثغرة ونصت بمقتضى الفقرة الثانية من المادة الأولى أنه لا يلتفت إلى كون أماكن عمل الأطراف توجد في دول مختلفة إذا لم يتبين ذلك من العقد أو من أي معاملات سابقة بين الأطراف، أو من المعلومات التي أدلى بها الأطراف قبل انعقاد العقد أو في وقت انعقاده.**

**هذا وقد وجدت مجموعة أخرى من الاتفاقيات التي تعتبر أن العنصر القانوني الفاعل والحاسم والقادر بذاته على جعل العقد يتصل بأكثر من قانون دولة واحدة هو عنصر مكان التنفيذ بدول مختلفة، ومن الاتفاقيات التي تبنت هذا العنصر القانوني نذكر، الاتفاقية المتعلقة بعقود السفر الدولي (بروكسيل 1970) واتفاقية هامبورغ بشأن عقود النقل البحري  واتفاقية فارسوفيا 10/02/1929 بشأن النقل الجوي الدولي، واتفاقية جنيف 1956 بشان عقود النقل الدولي للبضائع عبر البر.**

**المطلب الثاني: الاتفاقيات الدولية التي دلت على التعريف القانوني المتطور بشكل ضمني:**

**توجد اتفاقيات لها طريقة خاصة في تحديد العقد الدولي، بحيث أنها لا تكلف نفسها عناء تعيين العنصر القانوني الذي يمكن اعتباره كعنصر قادر بذاته على إضفاء الطابع الدولي على العقد، بل تكتفي فقط بالإحالة على مقتضيات الاتفاقيات التي من جنسها، ومن أمثلة هذا الصنف من الاتفاقيات نجد مثلا الاتفاقية الموحدة بشأن شراء الفاتورات الدولي، والتي تعتبر أن عقد شراء الفواتير يكون دوليا عندما يكون ناشئا عن "عقد بيع دولي للبضائع" وفي نفس الإطار نجد اتفاقية لاهاي 1915 بشان البيوع ذات الطابع الدولي للأشياء الدولي، والتي كذلك         نصت بمقتضى الفترة الأولى من مادتها الأولى على أن تطبق الاتفاقية على البيوع "ذات الطابع الدولي للأشياء المنقولة المادية " فكلا الاتفاقيتين لا يعرف دولية العقد.**

**وفي نظرنا أنهما لا يخرجان عن التعريف القانوني الذي سطرناه، ودليلنا في ذلك إنها تحيل على اتفاقيات تبنت المعيار القانوني المنظور صراحة، إضافة انه بالتأمل في مقتضيات المواد الأولية نجد أنها تصب في مصب واحد هو التعريف القانوني الانتقائي، فمثلا اتفاقية لاهاي 1955 تشير في المادة الثالثة منها لقاعدة تنازع يكون بمقتضاها العقد منظما بمقتضى قانوني بلد إقامة البائع، الأمر الذي نستنتج أن هذه الاتفاقية كغيرها تجعل من عنصر اختلاف مؤسسات الأطراف ضابط لإضفاء الدولية على العقد.**

**وإلى جانب هذا الشكل من الاتفاقيات المذكورة، يوجد كذلك شكل آخر من الاتفاقيات التي كذلك تستعمل عبارات مبهمة في تحديد دولية العقد، نذكر من ذلك على سبيل المثال اتفاقية روما 19 يونيو 1980 بشان القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية، والتي جاء في مادتها الأولى "تطبق الاتفاقية حين توجد أوضاع تتضمن تنازع قوانين حول الالتزامات التعاقدية"، وهي نفس العبارة التي استعملتها اتفاقية لاهاي 22 دجنبر 1986 بشان البيع الدولي للبضائع بمقتضى فقرتها الثانية من المادة الأولى لتحديد دولية العقد كشرط مسبق لتطبيق مقتضياتها، إلا أن هذا الإبهام والغموض من استعمال عبارة كتنازع القوانين، سرعان ما يتبدد عندما نعلم أن منهج تنازع القوانين لا يجد مجالا له إلا في إطار التعريف القانوني وليس له أي دور في إطار غيره من التعاريف (الاقتصادي مثلا)، بل إن الأمر يزداد جلاءا بتفحص مقتضيات المواد اللاحقة، حيث نجد مثلا إن اتفاقية روما المذكورة تتضمن بعض القواعد التي من خلالها يمكننا أن نستخلص تعريف للعقد الدولي من صلبها، فمثلا نصت المادة الثالثة في فقرتها الثالثة على قاعدة فيها تعريف للعقد الداخلي كما يلي: "اختيار الأطراف لقانون أجنبي لا يقبل عندما تكون جميع عناصر العقد توجد وقت هذا الاختيار داخل بلد واحد"، وبمفهوم المخالفة يمكن استنباط تعريف للعقد الدولي كالتالي يكون دوليا العقد الذي لا تكون جميع عناصره تتموضع ببلد واحد، وتعريف آخر نستنتجه من الفقرة الأولى من مادتها الرابعة التي جاء فيها "العقد يحكمه قانون البلد الذي يتصل به هذا الأخير بمقتضى روابط أكثر وثوقا"، من أن العقد الدولي هو العقد الذي له روابط مع أكثر من بلد واحد.**

**بناء على كل ما سبق نعتقد أن الاتفاقيات بصنفيها الصريح والضمني لا تعتمد أي من المعايير التي قال بها الفقه الحديث منه والتقليدي، بل لها مقاربة خاصة في التعامل مع مفهوم العقد الدولي، باختصار انه تعريف قانوني متطور يعتبر العقد دوليا العقد الذي تتطرق الصفة الأجنبية لعنصر من عناصره القادرة بذاتها على ربط العقد بأكثر من بلد واحد حقيقة وواقعا لا تجريدا ونظريا.**

**مهند عزمي مسعود أبو مغلي**

**عين شمس الحقوق القانون الدولي طالب الدكتوراه 2005**

**ان
عملية الحياة في دوران واستمرار، ولما كانت الحياة الاقتصادية ترتبط مع
عملية الحياة وجوداً أو عدماً ، وكون البيئة القانونية هي الأساس للارتقاء
بمستوى المعيشة والتطور الاقتصادي ، فإنه يتعين وجود تنظيم قانوني يسبق أي
شكل من أشكال التطور الحضاري مقدماً له مفتاح الارتقاء والازدهار.**

**ومن
الوسائل التي أكدت القوانين كافة ، على ضرورة مراعاتها لما تمثله من دور
فعال لرفع المستوى المعيشي ، فضلاً عن المستوى الاقتصادي ، هنالك الإرادة ـ
إرادة المتعاقدين ـ في تحمل الالتزامات والتمتع بالحقوق سواء على الصعيد
المحلي أو الصعيد الدولي .**

**وقد
تجلى دور الإرادة في إبرام العقود على الصعيد الدولي لما تحمله هذه العقود
غالباً من دور مالي يفوق مثيله من العقود المحلية ، وهو الأساس الذي قامت
عليه العقود الدولية ، إلى جانب دور التشريعات في توفير الحماية القانونية
اللازمة لتنفيذ هذه العقود المرتكزة إلى إرادة المتعاقدين في تحديد الأطر
القانونية التي تحكم الالتزام العقدي .**

**ومن أولى هذه الأطر القانونية في تنظيم مسائل العقد تحديد القانون الذي يحكم العقد في حال أدنى خلاف وقع في تنفيذ العقد الدولي .**

**ولقد كان تنازع القوانين في مسائل العقود الدولية من أهم مسائل القانون الدولي، وما زال من أدقها على صعد فنيتها واتساع مجالها .**

**وعلى
ضوء ذلك ، فإن الأمر يدعونا إلى تحديد المقصود بالعقود الدولية للوصول إلى
تحديد القانون الواجب التطبيق بشأنها ، بحيث تخرج العقود التي لا تعد من
عقود المبادلات التجارية . ويقتصر بحثنا على عقود التجارة الدولية ،
والمتمثلة بعقود التجارة الإليكترونية ووسائل فض منازعاتها في ضوء مشكلة
تنازع القوانين والمتمثلة بالتحكيم .**

**وعلى
ضوء ذلك فإن العقود التي ستكون محلاً لهذه الدراسة تتمثل بعقود التجارة
الدولية، وبالتالي يخرج من نطاقها عقود الأحوال الشخصية وعقود العمل وعقود
المعاملات المالية العقارية وغير العقارية أو العقود المتعلقة بالعلاقات
الاقتصادية الدولية مثل البيوع الدولية للمنقولات المادية وغير المادية .
ولا يؤثر على طبيعة عقود التجارة الدولية التي ارتبطت بنشأة القانون الدولي
الخاص وفقاً لمضمونه الحديث أن تكون الدولة أو أحد مشروعاتها العامة طرفاً
بالعقد ، كون انتقلت الدولة كطرف متعاقد من المتعاقد الحارس إلى المتعاقد
المشارك ، بحيث صارت الدولة شريكاً في مسرح الحياة الخاصة الدولية بوصفها
مشترية أو بائعة أو مقترضة وذلك وفقاً لنماذج عقود المشروحات العامة
الوطنية والشركات الأجنبية كعقود الاستثمار وعقود الأشغال العامة وعقود
التعاون الصناعي وعقود نقل التكنولوجيا وعقود المساعدات الفنية وعقود
المنشآت الصناعية ، وخير شاهد على ذلك في عقود تسليم المفتاح وعقود تسليم
المنتج في اليد وعقود تسليم التسويق في اليد .**

**وعليه
فإذا استبعدت جميع العقود الدولية التي لا يكون محلاً لها المبادلات
التجارية فإن محور دراستنا سيقتصر على عقود التجارة الدولية وذلك على صعيد
بيان ماهية العقد الدولي الإلكتروني ومسائل فض منازعاته في ميدان تنازع
القوانين من خلال التحكيم وصولاً إلى تحديد القانون الواجب التطبيق .**

**ولما
كانت عقود التجارة الدولية تخضع في أحكامها إلى الأحكام العامة في التعاقد
وخاصة تحديد دور سلطان الارادة في ظهورها إلى حيز الوجود الأمر الذي
دفعنا في هذه الدراسة إلى دراسة الأحكام المتعقلة بقانون الاردادة بغية
الوصول الى تحديد نطاق خضوع التجارة الدولية لقانون الارادة ودراسة الاحكام
المتعلقة والآثار الناجمة عن إعماله في هذا الإطار بالقدر الذي تقتضيه
متطلبات حل مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدولية في
ضوء مسألة تنازع القوانين . والأصل في خضوع عقود التجارة الدولية لقانون
الإرادة يقتصر على الجانب الموضوعي للعقد في مجال تكوين العقد وشروط
انعقاده الموضوعية في التراضي والمحل والسبب من ناحية ومن ناحية أخرى ما
يتعلق بآثار العقد بالنسبة للأشخاص أو موضوعه والتزامات الفرقاء فيه وأساس
المسؤولية نظراً لتحديد القانون الواجب التطبيق بشأنها .**

**وعلى
ضوء ما تقدم فإن المحاور الرئيسية لدراستنا ستشمل العقد الدولي ماهيةً
وقواعد واثار ومدى خضوع هذا العقد في أحكامه الموضوعية لقانون الإرادة
وللصلة الوثيقة بين العقد الدولي بالعقد الإلكتروني والذي يعد الصورة
المثلى لعقود التجارة الدولية تطرقت دراستنا لماهية هذا العقد وقواعده
وآثاره ووسائل فض منازعاته في إطار مشكلة تنازع القوانين المتمثلة بالتحكيم
بغية الوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بمضمونه
الكامل.**

**إن
دراسة القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي تبرز أهمية تحديد مفهوم
ومعيار العقد الدولي ونطاق خضوع أحكام العقد الدولي لقانون الإرادة على
صعيد القانون الوضعي والقانون الدولي الخاص .**

**كما
تبين هذه الدراسة مفهوم العقد الدولي من خلال بيان وضع الاتجاه الفقهي في
تعريف العقد والاتجاه التشريعي له ، وبنفس الوقت ولما كان العقد الإلكتروني
هو الصورة الواضحة للعقد الدولي في مجال عقود التجارة الدولية ويمثل
المحور الرئيسي هذه الدراسة اقتضى الأمر في تحديد ماهية العقد الإلكتروني
ودراسة أحكام التراضي فيه ، ودور العنصر الزماني والمكاني في إبرامه ودراسة
أحكام إثباته على صعد المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني .**

**ومن
ناحية أخرى ولما كان العقد الدولي في مجال القانون الواجب التطبيق تثور
فيه المنازعات على صعد الانعقاد والتنفيذ والآثار فإن هذه الدراسة تحاول
تحديد مدى ملائمة قواعد الإسناد التقليدية في حل تلك المنازعات في ضوء
قواعد الإسناد للرابطة العقدية في مجاليها الجامد والمرن، والأثر المترتب
على تعطيل قواعد الإسناد والبحث عن الوسائل الناجعة لفض هذه المنازعات
بوسائلها المعاصرة والتي أهمها التحكيم ، وبنفس الوقت معالجة هذه المحاور
على صعد المنازعات العقدية الإلكترونية .**

**- وما
دام أن التحكيم هو من وسائل فض منازعات عقود التجارة الدولية الإلكترونية
فإن هذه الدراسة تهدف إلى تحديد دور هذا التحكيم في فض تلك المنازعات وذلك
من خلال رسم مفهوم ومزايا التحكيم وسلطان المحكم في اختيار القانون الواجب
التطبيق والتزاماته في مواجهة المحتكمين والآثار الناجمة عن قراراته من حيث
التزامات المحكم وبطلان حكم التحكيم .**

**- كما بينت هذه الدراسة خلاصة لموضوعها والنتائج التي توصلت إليها والتوصيات التي تلفت النظر للعناية بها.**

**إبرازا
لأهداف هذه الدراسة فإن منهجيتها لبحث موضوع القانون الواجب التطبيق على
العقد الدولي ستكون دراسة تحليلية تأصيلية للفكر الدولي في ضوء اجتهاد
القضاء الدولي وأحكام المحكمين بغية الوصول إلى نظرية متكاملة لأحكام
القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي .**

**إظهاراً
لأهداف البحث وإبرازا لمنهجيته فإن محاور دراسة موضوع هذا البحث (القانون
الواجب التطبيق على العقد الدولي ) ستكون ببيان ودراسة أحكام العقد الدولي
من حيث مفهوم ومعيار العقد الدولي ومدى خضوع هذا العقد لقانون الإرادة
وصولاً لتحديد مدلول الإرادة ودراسة أحكامها على صعد القانون الوضعي وفكرة
قانون الإرادة وتطورها في القانون الدولي الخاص ، ومفهوم العقد الدولي من
حيث الاتجاه الفقهي في تعريفه والاهتمام التشريعي في تحديده ومحاولة رسم
معيار محدد للعقد الدولي .**

**ومن
ناحية أخرى الوقوف على أحكام العقد الإلكتروني ماهيةً من حيث دراسة فكرة
التراضي والنطاق الزماني والمكاني وكذلك دراسة مسألة إثباته على صعد
المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني ومن جانب أخر دراسة الناحية
العملية في العقد الدولي في نطاق القانون الواجب التطبيق على صعد أحكام
المنازعات وقواعد حلها ووسائل فض منازعاتها وذلك من خلال دراسة قواعد
الإسناد التقليدية ومدى ملائمة تطبيقها على عقود التجارة الدولية
الإلكترونية في مجال قواعد الإسناد للرابطة العقدية بمجاليها الجامد والمرن
وتحديد آثار تعطيل قواعد الإسناد وكذلك دراسة هذه الأفكار على صعد
المنازعات العقدية الإلكترونية .**

**ومن
ناحية ثالثة، ولما كان التحكيم الوسيلة الدولية المعاصرة في فض منازعات
عقود التجارة الدولية الإلكترونية فإن هذه الدراسة ستتناول بحث موضوع مفهوم
ومزايا التحكيم من حيث تحديد تعريف التحكيم وسلطة المحكم في اختيار
القانون الواجب التطبيق وتحديد التزامات المحكم في مواجهة المحتكمين
والآثار الناجمة على صدور الحكم في تلك المنازعة موضوع التحكيم.**

**وستنهى
هذه الدراسة بخاتمة تحدد خلاصة موضوعها والنتائج المتوصل إليها والتوصيات
التي يتعين أخذها بالاعتبار على صغد التنظيم الدولي لأحكام نظرية القانون
الواجب التطبيق على العقد الدولي .واتماماً للفائدة من هذه الدراسة
وموضوعها سيتبعها بملاحق تمثل النصوص القانونية على مستوى الشرعة الدولية
والتشريعات الوطنية الماسة بتنظيم أحكام العقد الدولي والتجارة الإلكترونية.**

**إن
فكرة القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي تلقي الضوء على ماهية العقد
الدولي مفهوماً وأحكاماً ونظاماً قانونياً وتحدد قواعد إبرامه وإثباته
وإجراءاته وصوره المظهرة للتجارة الدولية ووسائل فض منازعاته المتمثلة
بالتحكيم .**

**وان
دراسة فكرة القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بهذه المثابة تشكل
آلية قانونية تبرز فنية ودقة العقد الدولي من حيث بيان مفهومه وكيفية
إبرامه ومعالجة الآثار الناجمة عن انعقاده ووسائل فض المنازعات الناشئة عن
إعمال مبدأ سلطان الإرادة في ضوء تحديد القانون الواجب التطبيق لحل مسألة
تنازع القوانين بشأنها وتأتي هذه الفنية في تحديد القانون الواجب التطبيق
على العقد الدولي من خلال الموازنة بين دور المعيار القانوني التقليدي الذي
يكشف عن دولية الروابط العقدية في هذا الشأن والتي تقتضي تضمينها لعنصر
أجنبي أو اكثر وأن يكون موضوع العقد الدولي متعلقاً بمصالح التجارة الدولية
مع الآخذ بعين الاعتبار انه يتعين أن تتعدى تلك الآثار إطار الاقتصاد
الوطني من خلال انتقال الأموال أو الخدمات خارج نطاق الخضوع لسيادة الحدود .**

**وبنفس
الوقت لابد من توافر العنصر المؤثر الفعال بغية الدمج بين المعيار الموسع
والمعيار المضيق مع مراعاة أثر المعيار الاقتصادي دون الاقتصار في تحديد
القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي غلى معيار دون اخر، بل ان مسالة
تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي تأخذ بعين الاعتبار الدور
المتكافئ أو المتعادل لهذه المعايير الثلاث ، بحيث يؤخذ بعين الاعتبار
المعايير التقليدية في تحديد القانون الواجب التطبيق سواء على صعد قواعد
الإسناد الجامدة والمرنة وأعمال اثر انتقال الأموال أو الخدمات إلى خارج
الحدود ومعيار تعلق تلك العقود بالمبادلات التجارية الدولية ومراعاة أثر
العوامل المؤثرة والمحايدة ، مما يمكن من صياغة معياراً متوازن على أساسه
يحدد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.**

**وعليه
فإن المعيار الذي يتعين أن يؤخذ به في تحديد القانون الواجب التطبيق على
العقد الدولي هو المعيار المتوازن الذي يأخذ بعين الاعتبار المعيار
التقليدي المتمثل بقواعد الإسناد والصفة الدولية المتعلقة بالتجارة الدولية
بحيث يكون هناك عنصر أجنبي أو أكثر بين فرقاء العقد ويتعلق الأمر بانتقال
الأموال والخدمات عبر الحدود أخذاً بفكرة المعيار الاقتصادي وان يكون هذا
العنصر الأجنبي يحقق هذا الأثر سواء كان مؤثراً أو محايداً في مضمون هذا
العقد.**

**وانطلاقاً
من ذلك فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي يتعين أن تؤخذ
بموجبه وفي ضوء مسألة تنازع القوانين الأثر الفعال للمعايير التقليدية في
القانون الدولي الخاص والوسائل المعاصرة القائمة على رعاية دور خضوع عقود
التجارة الدولية لقانون الإرادة على صعيد العقود الدولية والتي تهم موضوع
دراستنا والمتمثلة بعقود التجارة الإلكترونية لذلك فان الأهمية العلمية
لموضوع دراستنا يتمثل بتكريس المعيار المتوازن في تحديد القانون الواجب
التطبيق على العقد الدولي.**

**أما
الأهمية العملية لموضوع دراستنا فيمكن إجمالها بأن العقد الدولي والمتمثل
بعقود التجارة الإلكترونية فإن وسائل تحديد القانون الواجب التطبيق على
المنازعات الناشئة عنه يتعين أن تكرس فكرة فض المنازعات على الصعيد الدولي
والمتمثلة بالتحكيم من خلال تفعيل دور قواعد الإسناد في فض منازعات عقود
التجارة الإلكترونية للرابطة العقدية على صعدها المرنة والجامدة وإيجاد
البدائل لفض تلك المنازعات في حال تعطل قواعد الإسناد إذا توافرت موجبات
تعطلها ، وبنفس الوقت رسم أحكام القانون الواجب التطبيق المتعلقة بالتحكيم
واختيار القانون الواجب التطبيق من قبل المحكم والتزاماته وبطلان حكمه.**

**إن
العقد الدولي يعبر عن التطور الاقتصادي والارتقاء في التنظيم القانوني على
الصعيد الدولي الأمر الذي يعني أن العقد الدولي يخضع لمفهوم ومعيار محدد
في مدلوله وقواعد إيجاد كيانه من حيث شرائطه الشكلية والموضوعية وأحكامه
وآثاره.**

**لذلك روعيت معايير محددة في شرائطه الشكلية والموضوعية من حيث الماهية والقواعد والإجراءات والآثار.**

**ومن أهم المبادئ التي تحكم العقد الدولي في مقومات وجوده على الواقع هو خضوعه لقانون الإرادة والتي تخضع لمدلول لغوي ومدلول اصطلاحي.**

**مما
يعني اتجاه إرادة ذوي الشأن في العقد إلى اختيار القانون الواجب التطبيق
على موضوع عقدهم، والذي يكون ميدان تطبيقه العقد الدولي من خلال معيار
تحديد الطابع الدولي للرابطة العقدية والتي ذهب التوجه الفقهي والتشريعي
إلى تفعيله على الواقع من خلال معيار التوازن الذي يجمع بين المعيار
القانوني الموسع والمعيار القانوني المضيق من خلال تكريس فكرة المعيار
التقليدي لقواعد الإسناد والمعيار الاقتصادي ومعيار التعلق بالصفة التجارية
الدولية.**

**ولقد
كانت الصفة المميزة للعقد الدولي ووسيلته العملية المتمثلة بالعقد
الإلكتروني والذي يخضع في وجوده إلى الأحكام العامة للعقد مع الآخذ بعين
الاعتبار بصورة خاصة لإثباته من خلال شروط الكتابة في المحررات الإلكترونية
والتوقيع الإلكتروني.**

**وهذا
يعني أن تحديد مفهوم العقد الدولي ودور الإرادة في تنظيم أحكامه الموضوعية
واثر وجود هذه الأحكام الموضوعية المتمثلة بالعقد الإلكتروني تمثل الجانب
النظري لأحكام نظرية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وهو ما
تم بحثه في الباب الأول من هذه الدراسة.**

**وأما
ومن الجانب الآخر والمتمثل بالجانب العملي من هذه الدراسة وهو ما يخص
منازعات العقد الدولي والقانون الواجب التطبيق في إطار مشكلة تنازع
القوانين فإن هذه الدراسة عالجت أثر قواعد الإسناد التقليدية وتحديد مدى
ملاءمتها للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية وذلك من خلال بيان أثر
قواعد الإسناد على الرابطة العقدية بجوانبها الجامدة والمرنة.**

**والتي
تخضع بالنتيجة تلك المنازعات واثار تلك الرابطة العقدية إلى قواعد الإسناد
التقليدية مع مراعاة مقتضيات المعيار المتوازن من خلال مراعاة فكرة النظام
العام والغش نحو القانون كما عالجت هذه الدراسة الحلول على صعد المنازعات
العقدية الإلكترونية في ضوء قواعد الإسناد التقليدية جامدة ومرنة في حالة
تعطل قواعد الإسناد ، وذلك من خلال تطبيق قانون دولة القاضي.**

**وترجمة
لفكرة العقد الدولي بصورتها الناصعة في عقود التجارة الإلكترونية ووسائل
حل منازعاتها المعاصرة والمتمثلة بالتحكيم والتي تناولت الدراسة تحديد
مفهوم ومزايا التحكيم في إطارها ودور المحكم وسلطانه والتزاماته واثار حكمه
والتي عالجتها الدراسة بغية تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات
التحكيم لفض منازعات عقود التجارة الدولية الإلكترونية لكن ذلك في إطار
حلول مشكلة تنازع القوانين.**

**ومن
خلال معالجة هذه الدراسة للجانب العملي والعلمي لموضوعها (القانون الواجب
التطبيق على العقد الدولي) يتوصل إلى رسم أحكام نظرية عامة لهذا الموضوع
للربط بين واقع دولية العقد ووسائل فض منازعاته المعاصرة بالتحكيم للوصول
بالنتيجة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي من خلال
تكوينه ووسائل فض منازعاته على صعد الماهية والأحكام والإجراءات والآثار.**

**نتائج الدراسة:**

**إن النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة ومن خلال خلاصة موضوعها تتمثل بمايلي :**

**1- إن
معيار الإرادة التي تخضع له عقود التجارة الدولية يتمثل بتوجه إرادة ذوي
الشأن لإعمال موضوع العقد وفقاً للقصد والاختيار في إطار حسن النية وتنفيذ
ما اشتمل عليه العقد.**

**2- لقد
روعيّ مبدأ سلطان الإرادة واثار تفعيله على اتفاقات ذوي الشأن في القانون
الدولي الخاص وذلك من خلال اتجاه إرادة الفرقاء إلى أعمال اتفاقهم على
الواقع رغم وجود سمة الدولية في اتفاقهم .**

**3- إن
المعيار الحقيقي في دولية العقد يمثل المعيار المتوازن الذي يقوم على
الأثر المتكافئ للعامل التقليدي والمتعلق بالتجارة الدولية والمعيار
الاقتصادي وذلك تفعيلاً للمعيار القانوني الموسع والمعيار القانوني المضيق
في تحديد الطابع الدولي للرابطة العقدية.**

**4- ساد التوجه للاخذ بالمعيار المتوازن للصفة الدولية في الرابطة العقدية على الواقع الفقهي والتوجه التشريعي.**

**5- إن
الصورة الجلية للعقد الدولي تمثلت بعقد التجارة الإلكترونية والذي يخضع في
وجوده للفكرة التقليدية في التراضي والشرط الشكلي في الإثبات من خلال تطلب
وجود الكتابة في المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني بحيث تعد
الكتابة شرط إثبات.**

**6- إن
تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي يظهر واقعه العملي من خلال
مدى ملائمة قواعد الإسناد التقليدية لفض منازعات عقود التجارة الإلكترونية
سواء على صعيدها الجامد او على صعيدها المرن.**

**7- إن الوسيلة الفعالة في فض المنازعات الناشئة عن العقد الدولي في حالة تعطيل قواعد الإسناد هي تطبيق قانون دولة القاضي.**

**8- إن التحكيم هو الوسيلة الناجعة في فض منازعات العقد الدولي بصورته الإلكترونية مع غلبة التحكيم المؤسسي في صنع هذه الحلول.**

**9- إن
صحة الإجراءات في التحكيم ونطاق سلطة المحكم والآثار الناجمة عن صدور
قراره تخضع لأحكام التنظيم القانوني الدولي المؤسسي من خلال مراعاة قواعد
وإجراءات التحكيم على المستوى الوطني والدولي.**

**وعلى ضوء خلاصة موضوع هذه الدراسة والنتائج المتوصل إليها فإن هذه الدراسة توجه العناية للاهتمام بالجوانب الآتية :**

**1- بناء
منظومة تشريعية على المستوى الدولي تحدد معيار الصفة الدولية للرابطة
العقدية يلجأ إليها وتفعيل أحكامها في حال عدم وجود اتفاق بين ذوي الشأن من
تكوين العقد الدولي إلى تنفيذ مضمونه.**

**2- مراعاة
أن الأولى بالرعاية والتطبيق هو ما ذهبت إليه إرادة ذوي الشأن في كيان
العقد الدولي واختيار القانون الواجب التطبيق بشأن اتفاقهم.**

**3- رسم آلية فض منازعات العقد الدولي بصورته الإلكترونية والعادية تحقيقاً لمبدأي الاقتصاد في الإجراءات ومنع اطالة أمد التقاضي.**

**4- تفعيل دور قانون دولة القاضي في حال تعطل قواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بكافة صوره ومجالاته.**

**5- مراعاة
ظروف واسباب الآمان في إجراءات التقاضي وحماية مصالح الخصوم في العلاقات
التحكيمية على صعيد اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.**

**6- حماية فكرة النظام العام والخصوصية التحكيمية في حلول ووسائل فض المنازعات الناجمة عن العقد الدولي في ضوء مشكلة تنازع القوانين.**

**7- تجذير الدور الفعال لقواعد الإسناد التقليدية في فض منازعات العقد الدولي جمعاً للتقليدية والمعاصرة.**

**8- صياغة
شروط القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وفض المنازعات الناجمة عنه
وفقاً لقواعد محددة يتعين رسم أحكامها على مستوى التشريع الوضعي والدولي.**

**9- الحرص على فعالية إرادة ذوي الشأن في حماية مصالحهم العقدية على النطاق الدولي في ميدان التجارة الإلكترونية.**

**10- تفعيل
شروط إعادة وصلاحية تعديل توجهات إرادة ذوي الشأن على ضوء الظروف الطارئة
بعد إبرام العقد الدولي بالشكل الذي تراعى فيه مصالحهم منعاً لأثار
الالتزام المرهق لأطراف العقد الدولي.**

**11- تفعيل دور القاضي الوطني في تعديل شروط العقد منعاً لاستغلال الحاجة ودفعاً للغش والتدليس والتقدير المبالغ فيه.**

**12- يتعين
أن تبقى القواعد القانونية التقليدية وخاصة قواعد الإسناد هي الأساس في
بناء الشرعة الدولية في مجال تنظيم نظرية القانون الواجب التطبيق على العقد
الدولي."**

المصدر : منتديات ستار الجيريا: <http://www.staralgeria.net/t3479-topic#ixzz3o67MB2nj>

**معايير دولية العقد وآثارها (القانون الواجب التطبيق على الصفة الدولية للعقد )**

تحت إشراف استاذنا الفاضل الدكتور محمد الاطرش .

بسم الله الرحمن الرحيم

[مقدمة]
يشكل العقد ، باعتباره توافق إرادتين أو أكثر علي إحداث اثر يرتبه القانون ، احد أهم مصادر الالتزام
وتتعدد أنواع العقود بتعدد الأحكام التي ترد عليها ؛ بحيث تنقسم إلي عقود مسماة وأخري غير مسماة كما تنقسم إلى عقود رضائية وعقود شكلية.
ويمكن تقسيمها بحسب القانون الذي يحكم المنازعات الناشئة عنها إلى عقود داخلية أو وطنية ، يحكمها القانون الداخلي وعقود دولية يمكن ان يثور بشأنها تنازع القوانين ، أي أنها تثير مسالة القانون الواجب التطبيق .
وقد كان تحديد دولية العقد ولا زال مثار جدل فقهي حاد ومشوق في إطار القانون الدولي الخاص ، إلي درجة أن بعض الفقه نادي بضرورة تجاوز مسالة التحديد ، لما تثيره من خلافات مردها بالأساس المنهج الذي ينطلق منه كل باحث وحسب نظامه القانوني الخاص
ومن اجل إماطة المعوقات الآنفة الذكر لابد من البحث عن معيار أو معايير لتحديد الصفة الدولية للعقود الدولية وما يتطلبه ذلك من مرونة في استخدام المصطلحات ، من خلال استعمال مصطلح العقد الدولي بدل العقد التجاري الدولي لان بعض الأنظمة القانونية لا تميز بين القانون العام والخاص ؛ فما بالك بالتمييز بين التجاري والمدني ، من اجل ذلك فان جل الفقه يميل الي تسمية القانون الذي يحكم العلاقات الناشئة عن العقود الدولية بقانون التجارة الدولية بدل القانون التجاري الدولي.
وتبدوا أهمية إضفاء الصفة الدولية علي العقد بارزة في كون هذه الصفة لازمة لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص وفي كون مسالة التكييف العلاقة الدولية بالصفة الدولية هي مسالة تكييف أولية سابقة وبالتالي حاسمة في تحديد القانون الواجب التطبيق علي النزاعات التي قد تنشا عن إبرام او تنفيذ عقود التجارة الدولية، وتفاديا للمعوقات الناتجة عن المنهج التنازعي للقانون الدولي الخاص فان الفقه نادي بخلق قواعد موحدة وموضوعية لحكم النشاط التجاري الدولي بغض النظر عن النظام الاقتصادي او القانوني الذي يسود دولة من الدول .
على أن الحقيقة السابقة المتمثلة في ان قانون التجارة الدولية بدا ينسج قواعده الخاصة لا تكفي للاعتراف له بالاستقلال التام عن القانون الدولي الخاص ذلك ان الأخير يعتمد المنهج التنازعي لإسناد الرابطة الي قانون موضوعي يحكمها ، وهو ما حدا بالعميد JAN MARQE MESEROH إلي القول بان" القانون الدولي الخاص هو قانون عائم وقانون التجارة الدولية هو قانون حي ".
وتثير مسالة دولية العقد مجموعة من الإشكاليات القانونية تتمحور حول الصفة الدولية للعقد وأساسها، أي متى نكون بصدد عقد دولي ؟ هل يوجد معيار حاسم يمكن الركون إليه لاعتبار العلاقة التعاقدية دولية؟ ثم ما هو القانون الواجب التطبيق في حال وجود عقد دولي ؟ هل تثار مسالة التنازع وهل يمكن كسر قواعد التنازع وتطويعها ؟
إن البحث في هذه الإشكاليات وفق التمهيد السالف يقود الي دراستها وفق التصميم التالي :

المبحث الأول: مفهوم العقد الدولي

المطلب الأول : المعايير الفقهية لتحديد دولية العقد
الفقرة الاولي : المعيار القانوني
الفقرة الثانية :المعيار الاقتصادي
المطلب الثاني: تأرجح الاجتهاد القضائي بين التطبيق المتناوب والتطبيق الجامع للمعايير
المطلب الثالث : تقدير موقف الاجتهاد القضائي

المبحث الثاني القانون: القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي
المطلب الأول: معايير تحديد قانون العقد الدولي
الفقرة الأولى: خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة
الفقرة الثانية : الإسناد الجامد والإسناد المرن للرابطة العقدية
المطلب الثاني: تعطيل قواعد الإسناد
فقرة أولى: الدفع بالنظام العام
فقرة ثانية: الدفع بالغش نحو القانون

المبحث الأول: مفهوم العقد الدولي
إن إضفاء الصفة الدولية علي العقد يتطلب، لتجاوز الخلافات الفقهية البحث عن معيار موضوعي لوصف العقد بالصفة الدولية
ولتحديد الصفة الدولية توجد معايير فقهية تتمثل في كل من المعيارين القانوني والاقتصادي وقد تأرجح الاجتهاد القضائي بين الأخذ بأحدهما أو المزج بينهما من خلال التطبيق الجامع للمعيارين ، مما يجعل تقدير هذه المعايير والمواقف بالغ الأهمية للحكم بالصفة التعاقدية الدولية بما يقتضي دراسة هذا المبحث من خلال المطالب التالية:
المطلب الأول: المعياران القانوني والاقتصادي
لقد كشف الفقه التقليدي عن معيارين أساسيين لإضفاء الصفة الدولية علي العقد تمهيدا لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص، يتمثلان في كل من المعيار القانوني(الفقرة الأولي) والمعيار الاقتصادي(الفقرة الثانية )
الفقرة الأولي: المعيار القانوني
في تكييفه للرابطة العقدية، ذهب جانب من الفقه إلي اعتبار العقد الدولي هو ذلك العقد الذي اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد
وهكذا يعتد هذا التيار بالرابطة العقدية ومدي تطرق الصفة الأجنبية لأحد عناصرها ، للحكم بدوليتها
وعلي سبيل المثال – وفقا لهذا المعيار- يعتبر عقدا دوليا ذلك المبرم في فرنسا بين فرنسي ومغربي مقيم في فرنسا؛ لاتصال عنصر الجنسية بالبلدين
وقد انقسم الفقه- المؤيد للمعيار القانوني لدولية العقد – بصدد تحديد العنصر أو العناصر الفعالة او المؤثرة والتي بتطرق الصفة الأجنبية لها نكون بصدد عقد دولي الي اتجاهين فقهيين :
الاتجاه الأول : ساوى بين العناصر القانونية للرابطة العقدية واتجه للقول بان تطرق العنصر الأجنبي يصير العقد دوليا ، سواء كان هذا التطرق منصبا علي أطراف العقد أو موضوعه أو واقعته المنشأة ...
وقد قوبل هذا الاتجاه بمجموعة من المآخذ منها اتسامه بالجمود وعدم الكفاية ، ذالك ان إعمال قواعد القانون الدولي الخاص لمجرد توافر عنصر أجنبي في الرابطة العقدية بغض النظر عن أهمية ذلك العنصر وتأثيره لا يحقق الأمان القانوني او العدالة ، ومن شانه أن يثير كثيرا من التنازع بين القوانين .
ولعل جمود هذا الاتجاه كان السبب في بروز الاتجاه الثاني في المعيار القانوني .
الاتجاه الثاني: انطلق في تحديده لدولية العقد على أساس التمييز بين العناصر القانونية المؤثرة والفعالة في تحديد الصفة الدولية للعقد وبين العناصر المحايدة في تحديد هذه الصفة.
فبالنسبة للعناصر غير الفاعلة كالجنسية فإن تطرق الصفة الأجنبية لها لا يكفي للحكم بدولية العقد، وانطلاقا من هذا الاتجاه لا يعتبر دوليا ذلك العقد الذي يقوم بمقتضاه أجنبي مقيم بالمغرب بالتعاقد لاستخدامه الشخصي وبالتالي لا يثير هذا العقد مسالة تنازع القوانين؛ وإنما يخضع في تكييفه وتنظيمه للقضاء ولأحكام القانون المغربي .
وقد تبنت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع (افيينا1984) هذا المنحي بنصها على انه " لا تؤخذ بعين الاعتبار جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية لهم ولا للعقد في تحديد تطبيق هذه الاتفاقية" ونفس النهج تبنته اتفاقية التحكيم العربية المبرمة في عمان 1978 واتفاقية هامبورغ بشان عقود النقل البحري واتفاقية لاهاي بشان البيع الدولي للأشياء المنقولة المادية واتفاقية جينيف بشان التمثيل في البيع الدولي للبضائع وليست رابطة الجنسية وحدها غير فاعلة في تحديد الصفة الدولية وإنما ينطبق نفس الحكم على محل الإبرام ، الذي وإن كان مؤثرا عند إسناد العقود من حيث الشكل وفقا لمبدأ " خضوع شكل العقد لمحل إبرامه" إلا انه لا ينهض أساسا لإضفاء الصفة الدولية علي العقد في كل الحالات
فقد يبرم العقد في دولة أجنبية بشكل عرضي أو لمحض الصدفة مما يجعل محل الإبرام غير مؤثر في كل الأحوال .
أما العناصر المؤثرة - حسب هذا الاتجاه - فهي محل التنفيذ وكذالك موطن الأطراف ، فكلاهما عنصر فاعل في وسم العلاقة بالصفة الدولية خصوصا في عقود المعاملات المالية وعقود التبادل التجاري ؛ وهو ما نصت عليه عدة اتفاقيات دولية منها اتفاقية افيينا للبيع الدولي للبضائع واتفاقية لاهاي سنة1964 بشان البيع الدولي للأشياء المنقولة المادية واتفاقية جنيف بشان التمثيل في البيع الدولي للبضائع ...
ويلاحظ أن المعيار القانوني باتجاهيه وان كان استطاع تحديد إطار للعقد الدولي من خلال إثارة الصفة الأجنبية وعناصرها إلا انه ظل قاصر لأنه اغفل جوانب أخرى مهمة لتحديد الصفة الدولية ، مما دفع إلي البحث عن معايير ومؤشرات أخري من أهمها المعيار الاقتصادي
الفقرة الثانية: المعيار الاقتصادي
دفعت نواقص المعيار القانوني لدولية العقد إلي البحث عن بدائل أخرى لوسم الرابطة العقدية بالطابع الدولي ، وهكذا برز المعيار الاقتصادي المستمد من نظرية المحامي مارترmarter التي شبه فيها حركة التجارة الدولية بحالة المد والجزر ؛ أي تحرك السلع والأموال لتؤثر في اقتصاديات متعددة
وهكذا يقوم المعيار الاقتصادي على فكرة مؤداها انه كلما كان من شان الرابطة العقدية أن تؤثر أو تمس بمصالح التجارة الدولية فإننا نكون بصدد عقد دولي
ويستمد المعيار الاقتصادي أساسه القانوني بحسب بعض الفقه من المبادئ التي يقوم عليها والمتمثلة في :
\* تخطيه الحدود الجغرافية
\* مساسه بمصالح التجارة الدولية
\*- تجاوز النطاق الاقتصادي الداخلي
ومن محاسن المعيار الاقتصادي أن إعماله يؤدي حتما إلى تطبيق المعيار القانوني في نفس الوقت ؛ ذالك ان الرابطة العقدية التي يترتب عليها انتقال الأموال من دولة لأخرى والتي تتعلق بمصالح التجارة الدولية هي بالضرورة متصلة لأكثر من نظام قانوني واحد وهو ما يفيد توافر المعيار القانوني
وبالعودة إلي التشريع المغربي نجده بتبني المفهوم الاقتصادي من خلال القانون 05/08 الملغي للباب الخامس من قانون المسطرة المدنية بنصه في المادة 324/40 علي انه " يعتبر دوليا، حسب مدلول هذا الفرع، التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية..."
و نفس المسلك الذي سبق للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري ان انتهجته
وبالرغم من ما تم تقديمه من أسانيد قانونية للمعيار الاقتصادي فانه ظلل ناقصا ولم يسلم من النقد لاعتبارات منها قيامه على فكرة اقتصادية لا قانونية وانه يعتمد عل موضوع العقد دون ظروفه كما انه معيار غامض وغير كاف ؛ فالتحديد الذي ساقه اقرب إلى كونه مؤشر لدولية العقد من كونه معيارا قابلا للإعمال في الواقع العملي مما يحتم تعضيد هذا المؤشر بمؤشرات أخري ليتسنى تحديد العقد الدولي .
ولعل النقد الذي قوبل به المعيار الاقتصادي هو الذي دعا إلى تجاوز المعايير الفقهية التقليدية والبحث في التطبيقات القضائية عن معيار أكثر دقة وأكثر قابلية للصمود في وجه التغيرات التي تطال التجارة الدولية.

المطلب الثاني: موقف الاجتهاد القضائي من دولية العقد
إن البحث في الاجتهاد القضائي يبدوا بالغ الأهمية لان التشريع لم يحدد الصفة الدولية بجلاء ولان الفقه انقسم بأنها بشكل حاد مما يعطي للتطبيقات القضائية أهمية مضاعفة
وبإلقاء نظرة علي الصيرورة التاريخية لموقف القضاء نجده متأرجحا بين التطبيق المتناوب للمعيارين القانوني والاقتصادي (مطلب أول ) ثم التطبيق الجامع لهما (فقرة ثانية )
الفقرة لأولى: التطبيق المتناوب للمعيارين
لقد ساير الاجتهاد القضائي مختلف الاتجاهات الفقهية التي تعرضت لإشكالية العقد الدولي وذالك من خلال تطبيقها بشكل مباشر علي الوقائع المعروضة علي القضاء
وهكذا سنحت الفرصة للقضاء لتطبيق كل من المعيار القانوني والاقتصادي بشكل متناوب
فبالنسبة للتطبيق القضائي للمعيار القانوني نأخذ الحكم الصادر عن محكمة Amiens الصادر20/05/1970 بشان العقود المبرمة بين فرنسيين في الجزائر –حين كانت جزءا من فرنسا – فقد صرحت المحكمة بان تغير الوضع بعد استقلال الجزائر يجعل العقود دولية يجري تنفيذها في الخارج ،مما يبرر إعمال قاعدة التنازع التي تقضي بإخضاعها لقانون الإرادة ".
من خلال هذا الحكم والنقض المساند له الصادر 16/10/1973 فان القضاء اخذ بالمعيار القانوني – كما سبق تقديمه- مع أضافه مهمة وهي تغير الظروف وما ينتج عنه من إمكانية إعادة تكييف العلاقة العقدية وهو معطي مهم مؤداه أن تطرق الصفة الدولية للعقد في مرحلة لاحقة علي إبرامه ، يتعين معه علي المحكمة إسناد الرابطة العقدية للقانون الذي يختاره المتعاقدون ، عملا بقواعد تنازع القوانين .
وإذا كانت بعض الأحكام والقرارات القضائية انتصرت للمعيار القانوني في تكييف العقد الدولي فان جانبا من القضاء وجد في المعيار الاقتصادي ضالته، فقد طبقت محكمة النقض الفرنسية المعيار الاقتصادي في قرارها الصادر14/20/1930 والذي جاء في احدي حيثياته " .يعتبر عقدا دوليا ذالك العقد الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية والذي ينطوي علي رابطة تتجاوز لاقتصاد الداخلي لدولة معينة "
من خلال هذا القرار نجد أن محكمة النقض الفرنسية طبقت المعيار الاقتصادي الذي سبق أن بينا أعلاه مبرزة خصائصه السابقة
والمسار الذي ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية يعطي للعقد الدولي تعريفا ماديا واقتصاديا ، وهو ما نتج عنه أن المحاكم أصبحت تعتبر العقد دوليا عندما يثير عناصر التجارة الدولية وهو يكون كذالك عندما يؤدي إلي تحرك الأموال والخدمات خارج الحدود .
ولكن من خلال السلبيات التي كشف عنها التطبيق المتناوب من طرف القضاء لكل من المعيار القانوني والاقتصادي نجد أن القضاء وقع في نفس الانتقادات التي وقع فيها الفقه مما حدي بالأخير إلى إعادة النظر في الموقف السابق من خلال المزج بين المعيارين القانوني والاقتصادي .

الفقرة الثانية: التطبيق الجامع للمعيارين القانوني والاقتصادي
أدت التطورات المتلاحقة في ميدان التجارة الدولية إلي زيادة المعاملات التجارية الدولية التي يشكل العقد أهم تجلياتها وقد أسهم القضاء بشكل فعال في إغناء ميدان التجارة الدولية بالعديد من مبادئه .
وهكذا فان القضاء لم يعد يكتفي عند تقرير دولية العقود – بالتحقق من وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية (المعيار القانوني) وإنما يحرص علي التأكد من تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية (المعيار الاقتصادي) ويترتب علي هذا المسلك بالضرورة التضييق من معيار دولية العقود بحيث لا يؤدي مجرد تضمنها لعنصر أجنبي إلي إتباع منهج القانون الدولي الخاص .
وتفضي مسالة الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي إلي إعمال المعيار القانوني المضيق مع اغنائه بمؤشر اقتصادي .
وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا المعني في قرارها الصادر في 4 يوليو 1973 ، والذي قضت فيه بدولية العقد " وبالتالي استقلال شرط التحكيم المدرج به وهو ما سبق ان أشار إليه الحكم المطعون فيه وذالك لان العقد المذكور ابرم في هولندا بين شركة هولندية وشخص فرنسي الجنسية أصبح – بمقتضى العقد- وكيلا للشركة المذكورة مما يجيز له تسويق منتجاتها في فرنسا
وقد استندت المحكمة لتأكيد دولية العقد علي المعيار القانوني الذي يفيد اتصال الرابطة العقدية بأكثر من نظام قانوني واحد (فرنسا هولندا ) كما استندت إلي المعيار الاقتصادي في نفس القرار حيث جاء فيه " تهدف هذه الرابطة إلي تشجيع صادرات الشركة الهولندية إلي فرنسا ، وهو ما سيفضي إلي انتقال الأموال عبر الحدود و يمس علي هذا النحو بمصالح التجارة الدولية
إن التأمل في هذا القرار الذي يمثل عينة للعديد من القرارات القضائية المماثلة والتي اعتنق فيها القضاء المزج بين المعيارين القانوني والاقتصادي
وجدير بالذكر أن المشرع المغربي في القانون 05/08 عمد إلي المزج بين المعيارين، فبعد أن ورد في بداية الفصل327/40 أن التحكيم الدولي هو الذي يتصل بمصالح التجارة الدولية، فان نفس الفصل "...والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج.
يعتبر التحكيم دوليا إذا:
1 كان لأطراف اتفاق التحكيم وقت إبرام هذا الاتفاق مؤسسات في دول مختلفة؛
2 أو كان احد الأمكنة التالي بيانها واقعا خارج الدولة الموجودة بها مؤسسات الأطراف..."
ومن القرارات القضائية التي عمدت إلي الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس في 26/10/1982 والذي جاء فيه " لقد انتهت المحكمة إلي أن العقد المبرم في السويد بين شركة سويدية وفرنسي تم بمقتضاه تخويل الأخير تسويق منتجات الشركة بفرنسا ، بوصفه وكيلا عنها ، واستندت المحكمة إلي المعيارين القانوني والاقتصادي .
وقد سايرت محكمة الاستئناف بتولوز في 26 أكتوبر 1982 نفس النهج حيث جاء في قرارها ا" إن العقد المبرم في الخارج بين شركة ايطالية ومواطن فرنسي وتم بمقتضاه توكيل هذا الشخص فان المحكمة ذهبت إلي القول بان اختلاف جنسية المتعاقدين وتعلق نطاق العقد بمصالح تجارية لدولتين كافية لإضفاء الصفة الدولية .
وهكذا رأى بعض الفقه بان توافر المعيارين القانوني والاقتصادي وتكاملهما هو الذي يفضي إلي إبراز ملامح العقد الدولي ، بما ترتبه هذه الصفة من أحكام بالغة الأهمية .

المطلب الثالث: تقدير موقف الاجتهاد القضائي
لاشك ان الطبيعة المرنة للاتجاه الموفق في تكييف العلاقة التعاقدية الدولية بأنها خليط من العناصر القانونية والمؤشرات الاقتصادية ، مكنته من الجمع بين صور مختلفة من العقود في مجال الحياة الخاصة الدولية كالعقود النموذجية وعقود نقل التكنولوجيا والتراخيص الصناعية وتمويل المشروعات وعقود تسليم المفاتيح الثقيلة B.O.T. وعقود السوق باليد وعقود المشروعات البترولية ... وكل هذه العقود فرضت علي المتعاملين وعلي التشريعات ومن ثم علي القضاء الاعتراف بعلوية العادات والأعراف التي يخلقها المتعاملون" التجار الدوليون "
كما أن خصوصيات هذه العقود وحداثتها تدعوا الفقه والقضاء إلي المرونة في التعامل معها، ذالك ان العقد الدولي أصبح اليوم يشكل العمود الفقري للاقتصاد العالمي من جهة ، كما أن كل عقد من عقود التجارة الدولية بدأ يستقل شيئا فشيئا بأحكامه الخاصة؛ ففي مسالة التنازع مثلا أصبح كل عقد أو مجموعة عقود يختص بأحكام خاصة عن سواه من العقود ويتم تداول الأبحاث بشان التنازع فيه ، مثلا القانون الواجب التطبيق علي المعاملات المصرفية الدولية والقانون الواجب التطبيق علي العقد الالكتروني والقانون الواجب التطبيق علي عقود الشغل الدولية... وأصبح كل علي حدة تخصص له دراسات مستقلة،كما أن بعض المفاهيم العقدية الدولية بدأت تأخذ مكانها موقعها في إطار العقود الدولية مما يحتم أخذها بعين الاعتبار ومن أهمها:
\* تغير الظروف الاقتصادية
\* شرط الاختصاص كبند مستقل لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي
لذا فإننا نري ضرورة وجود ما يسميه بعض الفقه اليوم بالأداء المميز أو الرابطة الطبيعية والمعقولة في إسناد الصفة الدولية علي العقد .
فعلي سبيل المثال فان عقود نقل التكنولوجيا والعقود الالكترونية التي يكون محلها أموال منقولة معنوية معدة للنقل بين تاجرين أو أكثر لذا جرى العمل .
كل هذه المفاهيم الدولية فرضت التعامل معها بمصطلحات جديدة منها مفهوم العقود الطليقة وكان للعميد "باتي فول " قصب السبق في التنبؤ بهذه الظاهرة بقوله " إن شيوع استعمال هذه الصيغة النموذجية دفع إلي القول بان مظاهر الحياة القانونية خارج النطاق الحكومي في النمو الاقتصادي والاجتماعي الذي بدا عقب الثورة الصناعية وما افرزه التقدم العلمي الحديث من احتياجات قانونية جديدة لم يتمكن المشرع الحكومي من تلبيتها وقد ظهرت بوادرها في من خلال العقود النموذجية والاتفاقيات الجماعية والأعراف التجارية"
إن حاجيات التجارة الدولية تفرض التعامل المرن مع مختلف الظواهر المستجدة والتي يخلقها مجتمع التجارة الدولية الذي يقوم علي أساس الإرادة الحرة للإطراف ، ولعل ذيوع مصطلح العقود الطليقة ( مع تحفظنا تجاه أطلاق تعبير الطليق لان هذه الصيغة مبالغ فيها ) التي يكون الحسم فيها- عند النزاع – لإرادة الأطراف في اغلب الأحيان .
من كل ما سبق يمكن القول بان كل المعايير السابقة بما فيها محاولة التوفيق بالمزج بين المعيار القانوني والاقتصادي ، وان كانت مهمة؛ ويذكر لها إسهامها في معالجة العديد من جوانب الموضوع ، فان تعميق البحث في الموضوع يعد أمرا مشوقا وخصبا لأن الحسم فيه - لأي من الاتجاهات السابقة- لا يبدوا مطلقا وإنما نسبي ويقتضي معالجة كل حالة علي حدة ، ، ذالك أن تعدد وتجدد أدوات وأنماط العقود أصبح معه من غير الملائم تصنيفها ضمن العقود التقليدية المعهودة لأننا نجد علي المستوى العملي أن الاتفاقيات الدولية وتوصيات معهد روما لتوحيد القانون الخاص وعمل اللجان الدولية المتخصصة وكذالك الاجتهادات القضائية كلها أجلت دور العادات والأعراف التجارية علي حساب التشريع وهو ما يجعل القضاء مجبرا على مسايرة هذا النهج الذي تم تكريسه حتى في التشريعات الداخلية ، إذ نجد مثلا في المادة 2 من مدونة التجارة المغربية النص علي انه " يفصل في المسائل التجارية بمقتضى عادات وأعراف التجارة وبمقتضي القانون المدني، ما لم تتعرض قواعده مع مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري" ولتقريب مفهوم العقد الدولي من خلال كل ما سبق فانه يمكن القول بان العقد الدولي هو مزيج من العناصر القانونية والمؤشرات الاقتصادية والأدوات الفنية المرتبطة بميدان التجارة الدولية الذي هو ميدان متحرك مما يجعل كل مفاهيمه نسبية ودائمة التشكل "
ولكي تكون الدراسة ذات جدوى فإننا سنعضد الجانب النظري لدولية العقد بالآثار الناتجة عن إضفاء هذه الصفة والمتمثل في القانون الواجب التطبيق علي العقد الدولي ، مع الإشارة إلي أن كل عقد بدا يستقل بأحكامه الخاصة في مجال القانون الدولي الخاص باعتباره المنهج الأصلي لقانون التجارة الدولية .

المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي
إن مشكلة تنازع القوانين لا تثار في مجال عقود التجارة الداخلية، والتي بداهة تخضع للقانون الداخلي وهو ما يعطي للمتعاقدين العلم المسبق بالنظام القانوني الذي تم تعاقدهم على أساسه.
إلا أن الوضع يختلف بالنسبة للعقود الدولية، وذلك لارتباطها بأكثر من نظام قانوني واحد، مما يثير التساؤل حول القانون الواجب التطبيق بشأنها.
وبهدف دفع عجلة التجارة الدولية بين الأفراد باعتبارها وسيلة تبادل اقتصادي هائل عبر الحدود قامت كل دولة بوضع القواعد والأسس التي يستند ويتقيد بها القضاة العاملون على إقليمها لحسم ما يتعلق من مسائل الاختصاص التشريعي ، والاختصاص القضائي ، وتنفيذ الأحكام المتعلقة بالمنازعات الخاصة المترتبة عنها والمنطوية على عنصر أجنبي وهي قواعد الإسناد .
وتقوم قاعدة الإسناد على ثلاثة عناصر هي:
- القانون المسند إليه: أي القانون الذي تحيل إليه قاعدة الإسناد لحكم النزاع .
- موضوع قاعدة الإسناد: أي الوصف الذي تسبغه على المسألة المطروحة لتطبيق قاعدة الإسناد لاحقا.
- ضابط الإسناد وهو الركيزة الأساسية في تعيين القانون الواجب التطبيق.
(مثال قاعدة الإسناد التي تقضي بإسناد فكرة الالتزامات التعاقدية إلى قانون الإرادة ) فالقانون المسند إليه هو القانون الذي تم تحديده ضمنيا أو صراحة ، وموضوع قاعدة الإسناد هو الالتزامات التعاقدية ، وضابط الإسناد هو الإرادة ويقوم قاضي النزاع بتطبيق هذه القواعد، المتصفة بأنها قاعدة مزدوجة أي توضح حالات تطبيق القانون الوطني وحالات تطبيق القانون الأجنبي، فالقاعدة التي تقضي بتطبيق قانون موقع العقار ستطبق القانون المغربي إذا كان موقع العقار في المغرب ، ونفس القاعدة ستؤدي إلى تطبيق القانون الفرنسي إذا كان موقع العقار في فرنسا ، كما توصف بأنها قاعدة غير مباشرة، أي أنها لا تتضمن حلا مباشرا ، للنزاع ، وإنما تشير إلى القانون الذي يتولى حل النزاع ما لم تكن دولته طرفا في اتفاقية دولية تنظم قواعد نص النزاع .
المطلب الأول: معايير تحديد قانون العقد الدولي
إن إعمال قاعدة من قواعد الإسناد ومن أجل تحديد القانون الذي سيطبق على العقد الدولي تخضع لعدة محددات وهذا ما سنتناوله بتفصيل.
الفقرة الأولى: خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة
الأصل في عقود التجارة الدولية هو خضوعها لقانون الإرادة أي للقانون الذي تشير به إرادة المتعاقدين.
ولقد استقرت معظم النظم القانونية على مبدأ حرية طرفي العقد في اختيار القانون أو النظام القانوني الذي يحكم العقد المبرم بينهما، ويعد هذا المبدأ في ذاته قاعدة من قواعد تنازع القوانين . وفقا لما ذهب إليه المشرع المغربي في الفصل 13 من الظهير المنظم للوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب عندما نص على ما يلي:" تعين الشروط الجوهرية للعقود وآثارها بمقتضى القانون الذي قصد الأطراف صراحة أو ضمن الخضوع له.
وإسناد الأفضلية للقانون الذي يختاره المتعاقدون هو في إطار القانون الدولي الخاص تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة الذي يؤكده في إطار القانون الداخلي الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص :" الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها ، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون .
ويستوي في إرادة المتعاقدين أن يعبر عنها بشكل صريح أو ضمني في النزاع من استنباط إرادة المتعاقدين الضمنية ، بالرجوع للغة التي حرر بها العقد والعملة التي اتفق على استخدامها في الوفاء ، أو أية مؤشرات يرتئيها القاضي وقد استقر فقه القانون الدولي الخاص الغالب على أن تطبيق قانون الإرادة على هذا النحو يقتصر على الجانب الموضوعي للعقد أما شكل العقد فيخضع لبلد الإبرام.
وبهذه المثابة ينطبق قانون الإرادة في شأن ما يتعلق بتكوين العقد وشروط انعقاده الموضوعية مثل التراضي والمحل والسبب، كما ينطبق هذا القانون أيضا على آثار العقد ، سواء تعلقت هذه الآثار بالأشخاص أو بالموضوع ، وبصفة خاصة على ما يرتبه من التزامات متبادلة بين أطرافه وجزاء مخالفة هذه الالتزامات وما تثيره هذه المخالفة من مسؤولية عقدية .
وإذا كان قانون الإرادة هو الذي يحكم وفقا للرأي الراجح تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد، فإن هذا القانون هو الذي يسري أيضا على أسباب انقضاء الالتزامات العقدية مع ملاحظة ما قد يثيره تقادم هذه الالتزامات من خلاف فقهي حول مدى اعتبار هذا التقادم مسألة موضوعية تخضع لقانون الإرادة أو مسألة إجرائية يحكمها قانون القاضي .
ولئن كان تطبيق قانون الإرادة على تكوين العقد من حيث الموضوع ، وكذلك على آثاره وانقضائه هو ما يميل إليه غالبية الشراح كفالة لوحدة القانون الواجب التطبيق في هذا الشأن ، فإن جانب من الفقه قد أجاز مع ذلك تجزئة عناصر العقد وإخضاع كل منها لقانون مختلف كإخضاع تكوين العقد لقانون بلد الإبرام بحيث يقتصر تطبيق قانون الإرادة على ما يرتبه العقد من آثار بل إن الفقه الحديث قد خول لإرادة المتعاقدين القدرة على اختيار أكثر من قانون لحكم الرابطة العقدية .
وأياما كان الأمر، فإن اتجاه الفقه الغالب نحو وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد لم يمنع هذا الاتجاه من استبعاد مسألتين من مجال قانون الإرادة وهما أهلية التعاقد وشكل العقد.
فالأهلية وإن كانت شرطا لصحة التعاقد من حيث الموضوع إلا أن الفقه الغالب قد اتجه مع ذلك إلى إخضاعها للقانون الشخصي للمتعاقد ، وسواء كان هذا القانون هو قانون الجنسية أو قانون الموطن ، وذلك على أساس أن الغرض الذي تهدف إليه أحكام الأهلية هو حماية الشخص نفسه ولو كان التصرف الذي يباشره من التصرفات المالية .
أما شكل العقد فقد استقر الاتجاه الغالب على إسناده اختياريا إما لقانون العقد أو لقانون بلد الإبرام، وذلك تيسيرا على المتعاملين ورعاية للاعتبارات العملية التي تقتضيها التجارة الدولية.
وتجدر الإشارة إلى أن صعوبة تحديد مكان إبرام العقد بوصفه أحد ضوابط الإسناد الاختيارية في مسائل الشكل في الفرض الخاص بالتعاقد بين غائبين هي التي دفعت بالتشريع السويسري الجديد للقانون الدولي الخاص الصادر في 18 ديسمبر 1987 على النص في الفقرة الثانية من المادة 124 على أنه إذا كان العقد قد أبرم بين شخصين يوجد كل منهما في دولة مختلفة فإنه يكون صحيحا من حيث الشكل إذا توافرت فيه الشروط التي يتطلبها قانون أي من الدولتين وعلى خلاف الاتجاه الفقهي السائد في إسناد العقد الدولي لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية في العقد ، فقد اختلفت التيارات الفقهية عند غياب هذا الاتفاق في تقرير القانون الذي يحكم العقد، والذي يقرره القاضي يعد تركيز الرابطة العقدية ووزن مراكز الثقل فيها ما لم يكن المشرع قد حددها مسبقا بضوابط إسناد في اتجاهين : الأول صوب الإسناد الجامد للرابطة العقدية والثاني صوب الإسناد المرن للرابطة العقدية وهو ما سنتناوله في الفقرة الثانية :
الفقرة الثانية : الإسناد الجامد والإسناد المرن للرابطة العقدية
ظل إسناد العلاقة العقدية إلى قانون دولة الإبرام أو دولة التنفيذ قائما في حالات سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد بوصفه إسناد معبرا عن الصلة الوثيقة التي تربط العقد بقانون دولة إبرامه أو دولة تنفيذه ، وهذا ما يسمى بالإسناد الجامد أو المسبق للرابطة العقدية .
إلا أن الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص قد هجرت فكرة الإسناد الجامد للرابطة العقدية مفضلة اتخاذ مواقف أكثر مرونة ، إما استجابة للطبيعة الذاتية للعقد كما هو الشأن في بعض التشريعات مثل التشريع السويسري الصادر عام 1987 ، وكذلك اتفاقية روما لسنة 1985 ، أو لظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة كما انتهى إلى ذلك القضاء الفرنسي متأثرا بصفة خاصة بفقه الأستاذ " باتيفول" .
أولا : الإسناد الجامد للرابطة العقدية
يكفل التحديد المسبق للقانون الذي يحكم العقد – ما يراه المشرع أكثر صلة بالعقود الدولية عند سكوت الإرادة عن اختيار العقد صراحة أو ضمنا – الأمان للمتعاقدين ، لمعرفتهم المسبقة بالقانون الذي سيحكم العقد عند سكوتهم عن اختياره من ناحية ، ويكفل استقرار التجارة الدولية من ناحية أخرى .
ويقصد بالإسناد الجامد أقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية ، وفقا لما يراه المشرع مثل جنسية أو موطن الأطراف ، أو قانون بلد إبرام العقد أو بلد تنفيذه ، وهو بذلك يتجاهل الطبيعة الذاتية للعلاقة العقدية المطروحة ولظروف التعاقد، وهو ما يتعارض بالنتيجة مع الرابطة الأوثق والقانون الواجب التطبيق في شأنها .
والملاحظ أن أكثر التعابير شيوعا كأساس لهذا الإسناد الجامد للعقد الدولي هما معيار بلد الإبرام ومعيار بلد التنفيذ .
أ-إسناد العقد لقانون بلد الإبرام :
تعطي أحكام القضاء أهمية خاصة لهذا المؤشر في الحالة التي يكون فيها تنفيذ العقد في نفس مكان انعقاده، حيث يخضع تكوين وصحة العقد لقانون مكان انعقاده.
ويعلل أصحاب هذا الاتجاه في الإسناد لقانون إبرام العقد بأنه نميل الصلة الأقوى التي تربط العقد بمحل ميلاده الأول ، كما أنه القانون الأنسب في رجوع طرفي العقد إليه للتأكد من سلامة الشروط التي ينوون إدراجها في العقد من الناحية القانونية ، مع ضمانه لوحدة القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية .
وقد اختلفت التشريعات التي أخذت بهذه القاعدة حول موقع الأفضلية الممنوحة لقانون بلد الإبرام في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد صراحة أو ضمنا ، وهكذا مثلا نجد المشرع المصري قد منح لقانون دولة إبرام العقد الموقع الثاني في الترتيب بعد قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطنا ، وهي نفس الأفضلية التي منحها التشريع الايطالي لهذا القانون بعد قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين ، بينما فضل القانون الاسباني تخويل قانون بلد الإبرام موقعا ثالثا في الترتيب بعد كل من قانون الجنسية المشتركة وقانون محل إقامتهم المشتركة ، وهي نفس الأفضلية التي منحها المشرع المغربي لهذا القانون .
وللإشارة فهناك حكم صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 1923 وأيدته محكمة النقض الفرنسية في حكم مؤرخ في 14 نونبر 1926 ، بعد أن صرحت المحكمة بان قبول كمبيالة وتظهيرها هما تصرفان قانونيان متميزان يمكن أن يخضع كل منهما لقانون مختلف عن القانون الذي يخضع له الآخر ، أضافت أنه وقت قبول كمبيالة في المغرب وتظهيرها في بريطانيا العظمى فإن هذا التظهير يخضع للقانون البريطاني ، أما تعين مكان إبرام العقد حينما لا يقع الإيجاب والقبول في مكان واحد فيجب أن يقع طبقا لقانون القاضي أي القانون المغربي ، لقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر بتاريخ 31 مايو 1932 ، إسناد العقد لقانون بلد الإبرام إذا كان هذا البلد هو الذي سيتم فيه تنفيذ العقد.
وما نلاحظ على هذا الحكم على جانب بعض الفقه أنه لم يبين الحل الواجب الإتباع فيما لو أبرم العقد في دولة تختلف عن دولة التنفيذ.
ومع ذلك فإنه يبدو لنا مع الفقه الغالب أن الحجج السابقة ، والتي ساقها الرأي المؤيد لتطبيق قانون بلد الإبرام ، لا تقوم على أساس صحيح على اعتبار أن بلد الإبرام وإن كان هو الميلاد الأصلي للعقد ، إلا أنه قد لا يعبر بالضرورة عن الصلة لأوثق بموضوع العقد.
إذ يلاحظ من جهة أن مكان إبرام العقد قد يتحدد بناءا على ظروف عارضة لا تكفي لقيام الصلة المتطلبة بين الرابطة العقدية والقانون الذي يحكمها فالعقود التجارية تبرم عادة في مواقع تجارية لا تعدو أن تكون ـأماكن للقاء المتعاملين ولا تتركز فيها في الغالب مصالحهم الأساسية ، كما قد يتحدد مكان الإبرام كذلك نتيجة الصدفة أو نظرا لاعتبارات تمليها ظروف الرحلة ، كما قد يكون لقاء المتعاقدين في مكان لا شأن له بالتعاقد ، وبعد ذلك تأتيهم فكرة إبرام العقد ويعدو واضحا أن محل الإبرام يقوم في كافة الحالات التي ذكرناها على محض الصدفة وهذه الأخيرة لا تصلح أن تكون أساسا للإسناد.
ومن جهة أخرى فاليوم مع تبني أغلب النظم القانونية لقوانين تنظم المعاملات الالكترونية بما فيها المشرع المغربي الذي تبنى قانون 05.53 المنظم لتبادل المعطيات القانونية إلكترونيا أصبحت أغلب الصفقات تتم من خلال الاتصالات، الفاكس وعن طريق شبكة الإنترنيت ، وهو ما تثار معه صعوبة تحديد محل إبرام العقد، هل هو دولة إرسال الإيجاب أو دولة محل القبول أو الدولة التي علم فيها الموجب بالقبول .
ولهذا يفضل جانب آخر من الشراح إسناد العقد لقانون بلد التنفيذ.
ب-إسناد العقد لبلد التنفيذ :
إن أول من نبه إلى أهمية إسناد العقود الدولية لقانون دولة التنفيذ هو الأستاذ الألماني الكبير سفيني، باعتبار أن العلاقة التعاقدية ترتب أثارها في هذه الدولة.
ولقد اتجهت أحكام القضاء الألماني بصفة خاصة ، وبعض أحكام القضاء الفرنسي الحديث إلى تطبيق قانون دولة التنفيذ عند سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح لقانون العقد على أساس أن إرادة المتعاقدين اتجهت إلى ذلك،بل إن هناك أحكام للقضاء الفرنسي قد اتجهت إلى تطبيق قانون دولة التنفيذ على الرابطة العقدية بصرف النظر عن إرادة المتعاقدين في ذلك .

ويقوم الإسناد إلى قانون دولة التنفيذ من جهة، على أساس أن مصالح المتعاقدين والغير تتركز ماديا في هذه الدولة.
ومن جهة أخرى فإن هذا الإسناد هو الذي يتفق أيضا مع مصالح المتعاقدين فاهتمامهم موجه منذ البداية إلى دولة تنفيذ العقد التي ستحقق فيها الغاية من التعاقد ففي هذه الدولة سيجني هؤلاء ثمار تعاقدهم ، وفيها أيضا قد تتحقق المسؤولية عن عدم التنفيذ.
وأخيرا فإن كان من العسير وفقا للرأي الراجح أن تخضع إجراءات تنفيذ العقد لغير قانون دولة التنفيذ فان تطبيق قانون هذه الدولة على الرابطة التعاقدية في مجموعها سوف يتلافى التعارض المتصور في الأحكام الواجبة التطبيق ويكفل على هذا النحو وحدة العقد وانسجامه . ويثار التساؤل في ما لو تعددت أماكن تنفيذ الالتزام كأن يكون تنفيذ العقد في أكثر من دولة, فأي القوانين سيحكم سلسلة أماكن التنفيذ وقد يذهب رأي الى الاعتداد بأكثر الأماكن ارتباطا بالعقد وهو ما يمثل خروجا وانتهاكا للمعيار الذي استند إليه أصحابه منذ البداية , فكيف تتوجه اهتمامات وتطلعات المتعاقدين لهذا البلد بالذات إن تساوت المصالح.
كما قد يذهب رأي آخر إلى تجزئة العقد وإخضاع كل جزء ينفذ منه لقانون تلك الدولة, وهو ما لا يتماشى مع التجارة الدولية وتيسير أعمالها حيث سنحمل المتعاقدين تبعية الاطلاع على سائر تلك القوانين المتعلقة بموضوع العقد من ناحية واحتمالية تعارض قانون أي من الدول ومصلحة المتعاقدين من ناحية أخرى ، وبذلك نرى في اعتماد معيار مكان إبرام العقد فائدة أكبر للمتعاقدين لما يوفره لهما من الأمان القانوني الذي يوفر الاطمئنان في نفسيهما .
كما يدق الأمر عند عدم تحديد مكان التنفيذ بصفة مسبقة ، حيث يتعذر الإسناد في هذا الفرض ، ولا يصح الاعتراض على ذلك بالقول بان هذه المسألة تتوقف على حكم القانون ، هل يكون الوفاء في محل إقامة الدائن أو محل إقامة المدين ، ذلك أن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على معرفة القانون الذي يحكم العقد و الذي يبين من هو المدين ومن هو الدائن بينما أن تحديد هذا القانون غير متصور قبل الإجابة على التساؤل السابق، وهو ما يوقعنا في حلقة مفرغة ، بل إنه من المتصور دائما أن يغير المتعاقدون محل إقامتهم بعد إبرام العقد.
ولا يجدي في حل هذه المشكلة الانتظار حتى يتم تنفيذ العقد بالفعل ، حيث يسهل إسناده حينئذ لقانون الدولة التي تم فيها التنفيذ، ذلك أنه من المتصور دائما أن يثار النزاع بين الطرفين قبل البدء في التنفيذ وهو ما سيخل بالأمان القانوني المتطلب للمتعاقدين ، الذين يتعذر عليهم على هذا النحو العلم المسبق بقانون العقد وخاصة فيما يتعلق بالشروط التي يتطلبها هذا القانون لسلامة انعقاد الرابطة العقدية .
وفي الأخير نفضل الإسناد المسبق للرابطة العقدية لقانون بلد التنفيذ عن إسنادها لقانون بلد الإبرام ، ذلك أن الحل الأول هو الذي يعبر على نحو أصدق على حقيقة مركز الثقل في هذه الرابطة ، فقانون بلد التنفيذ يعد أوثق بالرابطة العقدية من قانون بلد الإبرام.
غير أنه ونظرا للأسباب التي ذكرناها سابقا فإن كل من الفقه الحديث والقضاء المعاصر تبنى الإسناد المرن للرابطة العقدية.
ثانيا : الإسناد المرن للرابطة العقدية
يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى تحديد القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية بناءا على ضوابط مرنة في حالة سكوت إرادة المتعاقدين عن الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي.
وتهدف هذه الروابط المرنة إلى تركيز الرابطة العقدية في ضوء ظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة وصولا لتطبيق القانون الذي يشكل مركز الثقل في الرابطة العقدية ، وبالتالي لا تعتمد على محددات ثابتة للتطبيق على كافة العقود الدولية، وهو ما يختلف عن الإسناد الجامد .
والأصل لدى الأستاذ باتفيول أن مركز النقل في الرابطة العقدية يتحدد بالمكان الذي تتركز فيه المصالح الجوهرية للمتعاقدين ، وهو عادة المكان الذي يتم فيه تنفيذ العقد ومع ذلك فقد يصعب الكشف عن هذا المركز بصفة مسبقة نظرا لتعدد محال التنفيذ أو تعذر تحديدها وهو ما دفع الأستاذ الفرنسي إلى التأكيد على ضرورة أن يتم التركيز المكاني للرابطة العقدية في ضوء ظروف التعاقد وأحداثه الخارجية في كل حالة على حدة وهي ظروف تتوقف على إرادة المتعاقدين ، التي لا تقوى في نظر الأستاذ باتيفول على اختيار قانون العقد، وإنما هي تقوم فقط بإبداء رغبتها في تركيز الرابطة العقدية في مكان معين ، وهكذا ينحصر دور إرادة المتعاقدين ، ولو كانت صريحة ، في تركيز العقد في دولة معينة ، وللقاضي أن يستخلص من ذلك خضوع الرابطة العقدية لقانون هذه الدولة ، أو تصحيح اختيار المتعاقدين فيما لو تبين أن القانون المختار لا يعبر عن مركز الثقل في هذه الرابطة .
وهذا ما يجعل في نظرنا صعوبة التسليم بنظرية باتيفول خصوصا في حالة اختيار المتعاقدين صراحة لقانون العقد، لأن عدم التفاف القضاء لهذا الاختيار بدعوى أنه مجرد رغبة في تركيز العقد في مكان معين فيما يناهض حقيقة ما أراده المتعاقدون، مما يشكل خرقا لقاعدة الإسناد المقررة بنصوص تشريعية ، وكذا يصعب في ضوء فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وفقا لظروف التعاقد وملابساته أن يعلم المتعاقدون مسبقا بالقانون الواجب التطبيق على العقد ، نظرا لتوقف القانون على ظروف التعاقد في كل حالة على حدة ولعل هذا هو السبب في اتجاه بعض التشريعات إلى اعتناق نظرية الأداء المميز عند إسناد العقود ومؤداها إسناد العقد للمكان الذي تم فيه تنفيذ الالتزام الرئيسي المتميز عن غيره من الالتزامات التي فرضها العقد .
وما يلاحظ على نظرية الأداء المميز أنها قد كفلت للمتعاقدين ضمان القانون دون أن تفقد مع ذلك المرونة المتطلبة في الإسناد طبيعة العقد محل النزاع ، فالتركيز الموضوعي يتم وفقا لهذه النظرية على أساس الطبيعة الذاتية للعقد بغض النظر عن آراء المتعاقدين كما قد تشير إليها ظروف التعاقد وملابساته .
وإذ أن بإمكان إرادة الأطراف الاتفاق صراحة أو ضمنا على القانون الواجب التطبيق على عقدهم فان الحبل لم يترك على الغارب لهذه الإرادة في ذلك نظرا لكون المشرع المغربي قد وضع عراقيل تحول دون ذلك لحفظ وصيانة النظام العام وعدم التحايل عليه.
المطلب الثاني: تعطيل قواعد الإسناد
.لقد اجمع فقه القانون الدولي الخاص على وجود حالتين يتعين معهما على القاضي الوطني استبعاد القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد وهما إما تعارض القانون الأجنبي واجب التطبيق مع الأسس التي يقوم عليها قانون القاضي وهو ما يعرف بالنظام العام، أو أن يرد استبعاد القانون الأجنبي إلى سلوك طرفي العلاقة التعاقدية كان يأتي تحديد القانون الأجنبي بناءا على تحايلهما على قاعدة الإسناد الوطنية، وهو ما يعرف بالدفع بالغش نحو القانون.
فقرة أولى: الدفع بالنظام العام.
ترقى فكرة النظام العام في كل المجالين المحلي والدولي إلى حماية النظام القانوني الوطني، وتدعيم قوانين الدولة الأساسية مع اختلاف مفهوميهما ومجال كل منهما عن الآخر.
حيث يقصد بالنظام العام الداخلي القواعد الآمرة التي لايسمح للأفراد بالاتفاق على مخالفتها وإبطال أي اتفاق يتعارض معها . أما على مستوى القانون الدولي الخاص فيقتصر دورها على منع تطبيق القانون الدولي الذي أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيقه، إذا كان من شان الإسناد إلى حكمه الإخلال والمساس بالأسس التي يقوم عليها نظام المجتمع الوطني كأن تقضي قاعدة الإسناد بتطبيق قانون الجنسية في مسائل الزواج باعتباره القانون الأكثر عدالة تحقيقا لمصالح الزوجين، ثم يتضح للقاضي الوطني تعارض القانون الأجنبي ( المسند إليه) الذي يسمح مثلا بزواج الخال من بنت الأخت وهو ما يخالف الأسس التي تقوم عليها دولة القاضي وبالنتيجة يتم استبعاد القانون الأجنبي المناهض للقيم التي يقوم عليها المجتمع الوطني لخدشه الحياء العام.
فمن حيث التعاقد يلاحظ من جهة أن الفصل 13 من قانون الوضعية المدنية للأجانب نص في الدرجة الأولى على مبدأ سلطان الإرادة،" يعين الشروط الجوهرية للعقود وأثارها بمقتضى القانون الذي قصد الأطراف صراحة أو ضمنا الخضوع له" تعين في الدرجة الثانية قوانين أخرى أجنبية يمكن تطبيقها لكنه يلاحظ من جهة أخرى أن قانون الالتزامات والعقود و بعض القوانين الصادرة فيما بعد كقوانين الأكرية تضمنت مجموعة من القواعد الناهية فإذا أدى تطبيق القانون الأجنبي الذي يعينه الفصل 13 من قانون وضعية الأجانب إلى مخالفة تلك القواعد الناهية وجب استبعاد ذلك القانون الأجنبي وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية في عدة قضايا مرفوعة إليها من المحاكم العصرية في المغرب نذكر منها الأحكام الآتية:
- حكم 21 ابريل 1933 بشان عقد اتفق فيه المتعاقدين على الأداء بالنقد الانجليزي (إستنادا على مبدأ الحرية المقررة في الفصل 13 المذكور سابقا ) الذي اعتبر هذا العقد مخالف للفصل 2 من ظهير 21 يونيو 1920 الذي أعطى أوراق البنك المخزني صفة الرواج الإجباري.
- حكم 2 يوليوز 1929 الذي قضى بأنه لا يجوز للمتعاقدين أن يحيلا على الفصل 1592 من القانون المدني الفرنسي( الذي يسمح لهما بإسناد أمر تعيين الثمن إلى حكم) بحجة أن تطبيق هذا القانون يخالف الفصل 477 من ق ل ع الذي ينص على انه لا يجوز أن يترك لشخص ثالث أمر تعيين الثمن.
ومن خلال ما سبق يتضح بان الدفع بالنظام العام هو وسيلة لحماية المجتمع من تطبيق بعض القوانين الأجنبية أمام محاكمها لكونها مخالفة للأسس القانونية الرئيسية السائدة في المجتمع وكذلك بالرغم من أن هذا القانون الأجنبي قد تبث له الاختصاص أصلا بموجب قاعدة الإسناد الوطنية بحكم المسالة المطروحة . ويترتب على الدفع بالنظام العام أثران هما:
أولا : الأثر السلبي
( استبعاد القانون الأجنبي)
يترتب على أعمال الدفع بالنظام العام استبعاد أحكام القانون الأجنبي المتعارض مع النظام الوطني لدولة القاضي لما يكتنف القانون الأجنبي من تعارض مع المبادئ التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي .
ويتحقق الأثر السلبي للنظام العام في الحالة التي يكتفي فيها القاضي باستبعاد القانون المسند إليه دون إحلال قانون آخر محله’ مثال ذلك.ليس هناك ما يمنع في القانون الأمريكي بالاعتراف بابن الزنا, بينما لايعترف بمثل هذا الحق في القانون المغربي لأنه مخالف للنظام العام فإذا تقرر تطبيق القانون الأمريكي في المغرب بهذا الخصوص, يكتفي القاضي المغربي برفض تطبيق القانون الأمريكي دون إحلال القانون المغربي محله.
و لقد اختلف الفقه حول المدى الذي يستبعد معه أحكام القانون الأجنبي المناهض للنظام العام في دولة القاضي،حيث ذهب اتجاه إلى وجوب استبعاد القانون الأجنبي المتعارض مع القانون الوطني برمته،لما قد يترتب عليه الإضرار من تشويه للقانون،و تطبيقه في غير الأحوال التي شرع لأجلها،في حين ذهب الاتجاه الفقهي الغالب إلى استبعاد الجزء المخالف للنظام العام الوطني دون الأجزاء الأخرى ذلك أن الغاية من النظام العام هي حماية الأسس التي يستند و يقوم عليها المجتمع،دون أدنى عداء للقانون الأجنبي، و عليه فلا يستبعد إلا القاعدة التي يتحقق معها هذا التعارض،وهو القدر الذي يتحقق معه حماية القانون الوطني.
و نحن نؤيد رأي الفقه الغالب القاضي باستبعاد الجزء المخالف للنظام العام فقط، دون الأجزاء الأخرى، لما في ذالك من عدم خلق للعداوة مع القانون الأجنبي،وتحقيق الغاية المتوخاة من إعمال الدفع بالنظام العام.

ثانيا: الأثر الايجابي(تطبيق قانون القاضي)
يتأتى هذا الأثر كنتيجة طبيعية للأثر السلبي في استبعاد القانون الأجنبي،اذ يجب في هذه الحالة إحلال قانون آخر مكانه بغية سد الفراغ التشريعي المتسبب عن الأثر السلبي للدفع بالنظام العام و ما يترتب عليه في حال إغفال ذلك من إنكار للعدالة و ضياع للحقوق.
و بالرجوع لموقف المشرع المغربي،يرى جانب من الفقه أنه عند استبعاد القانون الأجنبي يجب أن تطبق القاعدة المنصوص عليها في الفصل الثالث من قانون الجنسية أي تطبيق القانون العبري على اليهود و تطبيق مدونة الأحوال الشخصية(مدونة الأسرة حاليا) على غير اليهود مع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها في الفصل المذكور بتبيان من ليسو مسلمين، و كذالك بالنسبة للأشخاص الذين يصرحون بأن لا دين لهم.
أما المشرعين الأردني و المصري فقد اكتفيا بإبراز الأثر السلبي للنظام العام دون أن يحددا القانون الذي يحكم العقد عوضا عن القانون الأجنبي الذي جرى استبعاده و الذي دفع بعض الاتجاهات الفقهية و القضائية إلى القول بتطبيق قانون دولة القاضي و ذلك بإحلال قانون دولة القاضي محل القانون الأجنبي الذي يتم إقصاؤه .
و سعيا وراء استقرار المجتمع الدولي و عملا على قطع الأثر الذي ترتب على إعمال الدفع بالنظام العام، أن ظهر ما يسمى بالأثر المخفف للدفع بالنظام العام و الذي يعمل به في الحالات التي يراد بها الاحتجاج أو ترتيب آثار قانونية على مركز قانوني ثم نشوؤه و اكتسابه خارج دولة القاضي و التي لا يترتب عليها ذات الأثر فيما لو نشأت في ذات دولة القاضي،أي تقوم على التمييز بين حالتين إنشاء الحق في بلد القاضي،و التمسك به في بلد القاضي بحق اكتسب أو نشأ في الخارج،ففي الحالة الأولى يقوم القاضي ببحث مشروعية إنشاء الحق وفقا لقانونه،و مدى توافقه مع النظام العام من عدمه،بينما يقوم في الحالة الثانية ببحث مدى إمكانية التمسك بآثار الحق في دولته و مدى مساس أثر الحق بالنظام العام من عدمه.
إذا فقاعدة استبعاد القانون الأجنبي الذي تعينه قاعدة الإسناد و تعويضه بالقانون الوطني،تمسكا بفكرة الدفع بالنظام العام،لا تصح إلا بصدد العلاقة التي تنشأ في بلد القاضي مثلا: كان إذا تقدم الزوجان الأجنبيان في فرنسا بطلب الطلاق المبني على التراضي استنادا على مقتضيات قانونهما الوطني الذي يجيز هذا النوع من الطلاق ردت المحكمة الفرنسية طلبهما لأن تطبيق قانونهما الوطني يتعارض إذ ذاك في هذه الحالة مع النظام العام الفرنسي.أما بعد أن أصبح القانون الفرنسي يجيز الطلاق بالتراضي أصبح القاضي يطبق القانون الأجنبي.لكنه كان اذا صدر حكم بطلاق هذين الزوجين في بلد أخرى و قام أحدهما بطلب التزوج في فرنسا مثبتا عدم ارتباطه برابطة الزوجية سمح له بإبرام الزواج، فيقال أن النظام العام لا يمنع من استعمال حق مكتسب في بلاد أجنبية وان كان لا يسمح باكتساب هذا الحق في الدولة نفسها.
فقرة ثانية: الدفع بالغش نحو القانون
يقصد بالتحايل على القانون استعمال الشخص بعض الوسائل المشروعة ظاهرا ليتمكن من انجاز أفعال قانونية لم يكن يسمح له بانجازها القانون المختص فمن ذلك تغيير الدين أو الموطن من أجل غرض معين.و كان هذا التغيير يقع كثيرا في الماضي حين كانت كثير من البلدان الأوروبية لا تجيز الطلاق، فيكسب الشخص جنسية دولة أخرى تجيزه ليتمكن من الحصول عليه.
و في تعريف آخر بأنه: الاستخدام الإرادي لقاعدة التنازع بهدف التهرب من الأحكام الآمرة للقانون الواجب التطبيق.
و لقد ظهرت هذه الفكرة لأول مرة بمناسبة قضية شهيرة تدعى قضية"ذي بوفورمون"وتتلخص وقائعها في أن سيدة بلجيكية الجنسية قد تزوجت من الأمير الفرنسي-ذي بوفورمون-واكتسبت الجنسية الفرنسية بناءا على الزواج منه،ثم حدث خلاف بينهما فأرادت الزوجة الطلاق منه بالرجوع إلى القانون الفرنسي نجده يتضمن إسناد يقضي بتطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون الزوج،وبما أن القانون الفرنسي لا يجيز الطلاق فقد تجنست بجنسية دويلة ألمانية يسمح لها قانونها بالطلاق و استطاعت بذلك أن تحصل على الطلاق لتتزوج بعد ذلك من أمير روماني يدعى-بيبسكو-وأقامت معه في فرنسا.حدث بعد ذلك أن رفع الزوج الأول دعوى أمام المحاكم الفرنسية طالب من خلالها اعتبار هذا الزواج باطلا استنادا إلى تجنس الزوجة بالجنسية الجديدة كان بهدف الغش و التحايل على القانون.فقضت محكمة النقض الفرنسية لفائدة الزوج مستندة على فكرة الغش،بحيث بدا لها أن التجنس لم يكن مقصودا لذاته و إنما كان وسيلة مشروعة بهدف التوصل إلى غرضها و هو إبرام زواج ثان و الدليل على ذلك أنها بمجرد طلاقها تزوجت من جديد .
لكن القاضي الذي تعرض عليه قضية ما لا يأخذ التحايل بعين الاعتبار إلا إذا كان المقصود منه التحايل على قانونه،أما إذا كان المقصود التحايل على قانون أجنبي فلا يهمه(مثلا:القاضي الفرنسي لم يكن يهمه أن يكون الاسباني الذي تجنس بالجنسية الفرنسية قصد التحايل على القانون الاسباني الذي لم يكن في الماضي يجيز الطلاق).
و لإعمال الدفع بالتحايل نحو القانون لابد من توافر شرطين هما:
أولا: الشرط المادي (تغير مادي في ضابط الإسناد)
يقصد بهذا الشرط: تغيير الظروف التي يتحدد على أساسها الضابط الذي تقوم عليه قاعدة الإسناد، و ما ينجم عنه من تغيير للقانون الواجب التطبيق على العلاقة،ويتحقق هذا التغيير في الظروف التي تلعب الإرادة فيها دورا جوهريا في تغيير ضابط الإسناد،مثل ضابط جنسية طرفي العلاقة أو موطنهما،وفقا للدولة المراد الخضوع لقانونها واعتدادهما بقانون الموطن أم بالجنسية،و ذلك في مسائل الأحوال الشخصية .
ثانيا:الشرط المعنوي(نية التحايل أو الغش نحو القانون)
تعد النية عاملا نفسيا مكانه العقل وتقيد اتجاه الفكر إلى إحداث أمر معين، و في اللحظة التي يعقبها عمل تنفيذي تخرج النية(القصد)من المجال النفسي إلى الحيز الاجتماعي الخارجي.
و في مجال الغش نحو القانون تتحقق النية في انبعاث النفس إلى الإفلات من القواعد القانونية الآمرة بوسائل قانونية .
فالشخص له الحق في تغيير جنسيته أو موطنه،و التي يترتب عليه تغيير القانون الواجب التطبيق،ولكن إذا اقترنت في هاتين الحالتين نية التحايل بضابط الإسناد الذي تم إعماله بقصد الإفلات من الخضوع لأحكام القانون الواجب التطبيق لقانون آخر،فان التحايل يتحقق في هذه الحالة.
إلا أن بعض الفقه و نظرا لكون النية أمر باطني يصعب على القاضي الوقوف عليها، ذهب إلى القول أن هذا الشرط متوفر دون البحث عنه.في حين ذهب الرأي الفقهي الغالب إلى ضرورة التيقن من توافر هذا الشرط ليتسنى التمسك بالدفع بالغش نحو القانون وفي سبيل ذلك يمكن استخلاص توافر هذا الشرط من قرائن الحال التي تجسدها الوقائع المادية مثل حالة التلازم الزمني بين تغيير ظروف العلاقة وإجراء التصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد.
وقد اختلف الفقه فيما يخص الآثار التي تترتب على التمسك بالدفع بالتحايل نحو القانون،حيث أنه اتجه جانب إلى إبطال الوسيلة و النتيجة في حين اقتصر البعض الآخر على إبطال النتيجة دون الوسيلة وبدورنا نؤيد هذا الأخير و الذي يقضي بإبطال النتيجة دون الوسيلة لأن هذه الأخيرة لا تدخل ضمن صلاحيات القاضي.
وهناك شرط ثالث لم يتطرق له معظم شراح القانون الدولي الخاص نظرا لمنطقيته وهو شرط خضوع المتحايل لقانون جديد،عوضا عن القانون الذي يسعى المتعاقدون لاستبعاده،وهو شرط منطقي و طبيعي.
خاتمة
صفوة القول ومن خلال التحليل الذي قمنا به في هذا العرض يتضح أن الأخذ بأحد المعايير التقليدية لدولية العقد (سواء المعيار الاقتصادي أو القانوني ) لإضفاء الصفة الدولية علي العقد غير كاف ، وإنما لا بد من اجتماع المعيارين معا وتكاملهما للحكم علي العقد بالدولية ، كما أن خصوصيات التجارة الدولية التي يعد العقد ابرز أدواتها ، والتي مافتئت تتطور ، كلها أمور يتعين أخذها في الاعتبار عند البحث عن معيار شامل لدولية العقد
أما فيما يتعلق بحل إشكالية تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية فقد اتضح بجلاء عجز قواعد الإسناد عن حلها، مما يكرس أزمة قانون العقد الدولي وهو ما يفرض
تكويع وتطوير هذه القواعد لكي تصبح قادرة علي مسايرة متطلبات التجارة الدولية، التي تتسم بالحركية والجدة والسرعة والمصالح المتضاربة
وهكذا تجلي العجز السابق بصورة واضحة في بعض نماذج للعقود الدولية، علي غرار عقود نقل التكنولوجيا و عقود التجارة الالكترونية.
وهو ما يقتضي من المشرع إتاحة الفرصة لأطراف العقد في اختيار الحلول المناسبة للنزاعات الناشئة بينهم حسب ظروف وملابسات كل عقد علي حدة، علي أن يقتصر القيد التشريعي علي المبادئ العامة التي يقوم عليها النظام الاقتصادي العام .

Haut du formulaire