

**القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**  
**الباحث/ إيهاب محمد سعيد محمود عويضة العماوى**

**تحت إشراف**

**أ.د. محمود لطفى**

**أستاذ ورئيس قسم القانون الدولى الخاص بكلية الحقوق**  
**جامعة عين شمس**

**إشراف مشارك**

**د. مينا عادل**

**مدرس بقسم القانون الدولى الخاص بكلية الحقوق**  
**جامعة عين شمس**

## القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية

الباحث/ إيهاب محمد سعيد محمود عويضة العماوى

### المستخلص:

فى ظل تطور التجارة الدولية وأدواتها نتيجة الثورة التكنولوجية والمعرفية وتقدم وسائل الإتصال، أصبحت هناك صعوبات قانونية تعترض العقود التجارية الدولية نتيجة عدم ملائمة تطبيق منهج قاعدة التنازع فى مجال العقود الدولية وبخاصة عقود التجارة الإلكترونية فيما يتعلق بالاختصاص القانوني، حيث تقوم فكرة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية على البحث عن القانون الأكثر ملائمة الذى يطبق على النزاع.

وقد أخذ هذا المجال إهتمام فقه القانون الدولى الخاص فى محاولة لايجاد حلول لمشكلة تنازع القوانين من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق، حيث أثير ذلك فى ظل قانون الإرادة وتعبير الاطراف المتعاقدة عن تحديد القانون الواجب التطبيق سواء بشكل ضمنى أو صريح، أو فى حال غياب الارادة من خلال الإسناد الموضوعى والمادى، كما ان التنظيم الدولى بذل جهودا كبيرة من أجل توحيد القوانين وإستخراج نماذج يمكن الإهتمام بها فى التشريعات الوطنية سواء كانت فى شكل إتفاقي أو من خلال القوانين النموذجية وغيرها، وبيان مدى تطبيق تلك الإتفاقيات فى التشريعات المختلفة وبخاصة فى أوروبا والتشريع المصرى.

الكلمات الدالة: العقود الدولية- التجارة الدولية- القانون الدولى الخاص- قواعد

الإسناد- تنازع القوانين.

### The law is applicable to international trade contracts

#### Abstract:

In light of the development of international trade and its tools as a result of the technological and knowledge revolution and the advancement of the means of communication, there have become legal difficulties in international commercial contracts as a result of the inadequacy of the application of the dispute rule approach in the field of international contracts, especially electronic commerce contracts with regard to legal jurisdiction, where the idea of determining the applicable law is based on International trade contracts to search for the most appropriate law applied to the dispute.

This field has taken an interest in the jurisprudence of international law in an attempt to find solutions to the problem of conflict of laws in order to determine the applicable law, as this was raised under the law of will and the contracting parties' expression of defining the applicable law, either implicitly or explicitly, or in the absence of the will from Through the objective and material attribution, the international organization has made great efforts to unify laws and extract models that can be guided in national legislation, whether in the form of an agreement or through model laws and others, and to show the extent of application of these agreements in various legislations, especially in Europe and Egyptian legislation.

**Key words:** International contracts- international trade- private international law- attribution rules- conflict of laws.

### المقدمة:

احتلت التجارة الدولية مكانة متقدمة فى سلم تطور العلاقات الدولية بشكلها الحديث، وتوسعت عملياتها بإتساع رقعة التبادل الإقتصادي الجغرافى، حيث لم تعد مغلقة على منطقة جغرافية بعينها وينمط تجارى محدد، بل واتسعت لتشمل المبادلات السلعية والخدمية بين اقاليم ومجتمعات متميزة سياسياً واقتصادياً واجتماعياً، وهو الأمر الذى أدى الى تعدد وتشابك العلاقات القانونية التى تثير مشاكل قانونية وعملية جديدة لم تكن مطروحة من قبل، ومن اهم ما تثيره إشكالية تنازع القوانين بشأن عقود التجارة الدولية نظراً لإتصالها بأكثر من نظام قانوني، وتستدعى تحريك قواعد القانون الدولى الخاص. ومما لاشك فيه أن البحث عن القواعد القانونية التى ستكفل تقديم الحلول للنزاعات فى حال وجودها إلى تنمية وتطوير التجارة على الصعيد الدولى وهو الأمر الذى يساهم فى إثراء الأمن القانونى فى المعاملات.

وقد سعت بعض الدول الأوروبية إلى ضرورة تقنين وتنظيم قواعد قانون التجارة الدولية فى قوانينها الداخلية وكان ذلك فى نهاية القرن السابع عشر وحتى نهاية القرن التاسع عشر وذلك من أجل تحديد أطر نظامها القانونى الواجب التطبيق والتى تتم فى إطاره وذلك لأن عقود التجارة الداخلية تخضع للقانون الداخلى ويجب معرفة النظام القانونى المتبع والذى تم التعاقد على أساسه من الأطراف المتعاقدة ولكن الأمر يختلف بالنسبة لعقود التجارة الدولية والتى تكون ناتجة من المعاملات الخاصة الدولية والتى تكون متعلقة بأكثر من نظام قانونى فى آن واحد ولذلك كان الإتجاه السائد للدول

الأوروبية هو تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - ونتيجة أيضا لضعف القواعد العامة للتجارة الدولية، وغلبة الأحكام التجارية الدولية على النحو الوطني لكل دولة فقد فقدت التجارة الدولية مزايا القواعد الموضوعية العرفية التي تأصلت عبر الزمان وأصبحت خاضعة لسلطة التشريع الوطني والقواعد التشريعية التي تضمنتها والتي أتخذت بدورها طابعا وطنيا تختلف من دولة لأخرى.

ووفقا لقواعد الإسناد فإن هناك العديد من النظم القانونية في الدول العربية على تنظيم العلاقة القانونية ذات العنصر الاجنبي وهو القانون الذي أختاره الطرفان<sup>(1)</sup>، ووفقا للقضاء الدارج والفقهاء الغالب ينبغي أن يكون هذا القانون المختار لحكم العقد قانون دولة معينة، أما إذا ما اختار الطرفان قواعد قانونية للتطبيق على العقد فلا تعترف المحاكم الوطنية عادة بها كقانون يحكم العقد وإنما تأخذ بها في أحسن الأحوال على أنها جزء من بنود العقد، وبما لا يتعارض مع النصوص الأمره في القانون الواجب التطبيق على العقد. ومقابل ذلك فإن العديد من قوانين التحكيم العربية تجيز للطرفين صراحة إختيار قواعد قانونية لحكم العقد<sup>(2)</sup>.

وعلى الساحة التجارية الدولية صدرت مبادئ "الينيدروا" لعقود التجارة الدولية بصيغتها الأخيرة لعام ٢٠١٦، وهي مثال للقواعد القانونية التي من الممكن ان يختارها طرفا العقد، كما تم صياغة العديد من الأنظمة القانونية الأساسية في العالم من قبل أساتذة وخبراء وأنظمة عديدة مثل النظام الانجلوسكسوني والنظام اللاتيني والنظام الجرمانى، كما أن لجنة الأمم المتحدة لتوحيد قانون التجارة الدولية (الاونسيترال) ومؤتمر "لاهاى" للقانون الخاص، ومؤسسات هامة اخرى قد وضعت مبادئ لإختيار القانون المنطبق<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> من هذه القوانين العربية المادة (١٩ / ١) من القانون المدنى المصرى رقم ١٣٨ لسنة ١٩٤٨، والمادة

(١/٢٠) من القانون المدنى الاردنى رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٦، والمادة (١/٢٠) من القانون المدنى

السورى رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩، والمادة (١/٥٩) من القانون الكويتى رقم ٥ لسنة ١٩٦١.

<sup>(2)</sup> ومنها المادة (٤٥) من قانون التحكيم اليمنى المعدل رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٧، والمادة (١/٢٨) من

المرسوم بقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٤ فى البحرين، والمادة (١/٨١٣) من قانون اصول المحاكمات

المدنية اللبناى رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣، والمادة (١/٣٦) من قانون التحكيم الاردنى رقم ٣١ لسنة

٢٠٠١، والمادة (١/٣٩) من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والمادة (١/٣٨) من

قاون لتحكيم السورى رقم ٤ لسنة ٢٠٠٨.

<sup>(3)</sup> Marshall, B. A. (2018), The Hague Choice of Law Principles, CISG and PICC: A Hard Look at a Choice of Soft Law, American Journal of

## خطة البحث:

**المبحث الأول:** إخضاع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة.

**المبحث الثاني:** القانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في حال غياب

الإرادة.

## المبحث الأول

### إخضاع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة

#### تمهيد:

ذهبت قواعد الإسناد إلى تبنى مبدأ اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، بل وجعلت منه ضابط إسناد أصلى على أساسه يتم إسناد العقد الدولي للقانون الذى يتولى الأطراف تحديده، وهذا المبدأ استقر العمل به في نظرية تنازع القوانين التي شهدت تطورات عميقة أفرزتها تطورات رويط التجارة الدولية فب مجالها، ثم أضحت قاعدة عالمية تبنتها التشريعات الوطنية وفي ضوءها يتم تحديد القانون الواجب التطبيق، هذا في حال إتاحة الفرصة للأطراف لاختيار القانون ومن ثم يتعين على القاضي تطبيقه أما في حالة عدم الاختيار يتولى القاضي أعمال الضوابط الاحتياطية وهي سلطة تقديرية للقاضي لتحديد القانون.

**أولاً: مفهوم قانون الإرادة:** يحتل قانون الإرادة مكانة هامة في مجال القانون الدولي الخاص باعتباره من القواعد القانونية التي يتم من خلالها معاملات تجارية دولية بصفة خاصة، ومن ثم فإنه لا يطبق الا اذا وصف العقد بالطابع الدولي والتي تكون بالضرورة خاصة لأكثر من نظام قانونى.

وقد ورد تعريف قانون الإرادة في نص المادة (١/٣) من إتفاقية روما بقولها: "يخضع العقد للقانون المختار بواسطة الأطراف المتعاقدة ويتعين أن يكون هذا الإختيار صريحاً أو ناتجاً على نحو مؤكد من نصوص العقد ذاته أو من ظروف العقد". ويتضح من النص أنها تعتد بإرادة الأطراف المتعاقدة في إختيار القانون الحاكم للعقد، وهذا الإختيار يكون إما بارادة صريحة أو في إطار إرادة ضمنية مؤكدة، وان يكون العقد مرتبطاً بسبق ابرامه ويتم إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق عليه، ويستفاد من ذلك أن إنصراف إرادة المتعاقدين الى ذات القانون الذى سبق إختياره في العقد الأول<sup>(٤)</sup>.

Comparative Law (AJCL), pp. 1-38, Max Planck Private Law Research Paper No. 16/27. Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2886450>.

<sup>(٤)</sup> حفيظة السيد الحداد، الوجز في القانون الدولي الخاص: المبادئ العامة غى تنازع القوانين، الكتاب

الاول، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٣، ص ٤٢٣ وما بعدها.

وقد ساد في التشريعات والنظم القانونية المختلفة على أن العقد شريعة المتعاقدين في الحدود التي ينشأ فيها وفقاً للقانون، ومن ثم فقد أجمعت التشريعات بمذاهبها المختلفة على إخضاع عقود التجارة الدولية في جانبها الموضوعي لما يطلق عليه "قانون الإرادة"، والذي يؤكد من جانبه على حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يحكمه، فيصبح الدور الذي يلعبه القانون يستهدف تأكيد وضمان إحترام التوقعات المشروعة للمتعاقدين بإستخدامه لتحديد القانون الواجب التطبيق هذا من ناحية كونه يسمح للأطراف بإستبعاد قانون معين أو التغيير في طبيعة القانون الذي يختارونه ليتحول من مبدأ لحل تنازع القوانين الى مبدأ يسمح بالحرية التعاقدية في المجال التجاري والإقتصادي الدولي<sup>(٥)</sup>.

والمراحل التي مرت بها فكرة قانون الإرادة كرسست لقاعدة أساسية في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، بعد أن كانت الأسبقية لمبدأ سلطان الإرادة الذي جعل من الإرادة أساس لإبرام التصرفات الإرادية، فأصبح البدء وما ينتج عنه من حرية التعاقد مبدأ ثابت في القانون المقارن وساد الاعتراف به في حل الأنظمة القانونية.

يبدو أن عمل سلطان الإرادة أمتد الى ميدان العلاقات الخاصة الدولية، فأصبح للمتعاقدين الحق في أن يخضعوا عقدهم لحكم قانون وطني محدد مستوى في ذلك قواعد الأمرة أو المكملة في التطبيق على حد سواء، أو أن يخضعوه لأكثر من قانون مع إمكانية إستبعاد أى قانون وطني واخضاعه للمبادئ العامة في القانون، وهو المتمثل في مبدأ قانون الإرادة في العقود الدولية.

**وبالنظر الى مجالات تطبيق القانون نجد أن هناك إتجاهان في هذا الصدد:**

١- **الاتجاه المضيق:** الذي يضيق من نطاق القانون ويقصره على القوانين الوطنية الصادرة عن دولة معينة تتبع هذا الوصف طبقاً لأحكام القانون الدولي العام، بمعنى أنه في حال إعتبار قانون دولة ما من قبل أطراف العقد لينظم عقدهم فإنه يتعين أن ينصب هذا الإختيار على القانون الداخلي لتلك الدولة، وهو ما أخذت به محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر عام ١٩٢٩ حيث قضت بأنه: كل العقود التي لا تبرم بين الدول وتخضع بالضرورة للقانون الوطني لدولة معينة بموجب قواعد القانون الداخلي الخاص<sup>(٦)</sup>.

<sup>(٥)</sup> محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الالكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١١، ص ٤٠.

<sup>(٦)</sup> مشار اليه في: محمد بلاق، مرجع سابق، ص ٤٢.

وعلى نفس النهج سارت محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر عام ١٩٥٠ التى قررت فيه أن كل عقد دولى يخضع حتما لقانون دولة معينة، كما ألتمت به أيضاً الإتفاقيات الدولية وفى مقدمتها إتفاقية لاهى لعام ١٩٥٥ بشأن البيوع ذات الطابع الدولى للمنقولات المادية والتى قضت فى فقرتها (٢) على أن البيع يكون منظماً بواسطة قانون الدولة المعين بواسطة الأطراف المتعاقدة<sup>(٧)</sup>.

يبدو أن هذا الاتجاه تعرض للنقد على أساس ان تطبيق هذا النهج يترتب عليه تطبيق حلول وطنية، وضعت اساساً من أجل العقود الداخلية فى حين أنه يصدر عقود ذات طابع دولى فضلاً على أنه قد يؤدى الى تباين الحلول القضائية بصدد النزاعات الناجمة عن تلك العقود.

٢- **الاتجاه الموسع:** والذى ينطلق من الحرية الكاملة للمتعاقدين فى إختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم والتوسع فى مفهوم الإسناد، بحيث يتجنبون الوقوف عند حدود القانون الداخلى لدولة ما مع جواز إسناد العلاقة العقدية لقواعد ذات طبيعة عالمية، مثل أن تكون القواعد العرفية التى استقر عليها التعامل فى ميدان التجارة الدولية.

وسارت على نفس النهج عدد من الإتفاقيات الدولية ومن بينها إتفاقية جينيف للتحكيم التجارى الدولى لعام ١٩٧١، والتى نصت فى المادة (٧) منها على انه: الأطراف أحرار فى تحديد القانون الذى يتعين على المحكمين تطبيقه على النزاع. وقد أخذت به إتفاقية روما لعام ١٩٨٠ فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، حيث نصت فى المادة (٣) فقرة (١) على أنه: "يسرى على العقد القانون الذى أختاره الأطراف..."<sup>(٨)</sup>.

ولم يتوقف الأمر عند حدود ذلك فقد أتبع فى قوانين التحكيم، حيث نصت المادة (١/٢٨) فى القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى لسنة ١٩٨٥ على أنه: "تفصل هيئة التحكيم وفقاً لقواعد القانون التى يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع..."<sup>(٩)</sup>.

(٧) صالح المنزلاوى، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعى، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٢٧٠.

(٨) نص المادة نصت فى المادة (٣) فقرة (١) من إتفاقية روما لعام ١٩٨٠.

(٩) نص المادة (١/٢٨) فى القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى لسنة ١٩٨٥.

وما تعرض له هذا الاتجاه من نقد تعلق بكون الحرية المتعاقدة في إختيار القانون الذى يحكم العقد على نحو قد يؤدي الى الغش نحو القانون أو للإفلات من الأحكام الأمرة في القوانين التى ترتبط بالعقد ارتباطاً وثيقاً.

٣- **الاتجاه المعتدل:** حيث يتوسط تلك العلاقة، فلا يصل الى حد تضيق قانون الإرادة، ولا بتوسيع نطاق الحرية، فهو يقر بحرية المتعاقدين في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية لكنه يضع حد لها على أن لا تؤدي الى الغش نحو القانون أو الإفلات، وذلك من أجل إقامة توازن بين حرية إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجارى الدولي وإسناد هذه الحرية على أسس مشروعة. إنطلاقاً من التنازع القائم بين القوانين فى القانون الدولي الخاص فإن حرية الأطراف المتعاقدة فى إختيار القانون المطبق، قد يكون بإرادة ضمنية أو صريحة، وهنا يجب ان تتوافر شروطاً لإعماله، وهنا يقع علينا توضيح مدى إلزامية أن تكون الإرادة ضمنية فى غياب الإرادة الصريحة كالأتي:

أ- **الاختيار الصريح:** يكون إختيار المتعاقدين للقانون الذى يخضع له العقد صريحا بتعيينهما عبارة صريحة فى العقد الذى يحكمه، وتكون نية الأطراف بشأن القانون الذى يحكم العقد نية مصرح عنها بوضوح ومكتوبة، فإن هذه النية المعلنة هى التى تقرر بصورة عامة القانون الحاكم للعقد<sup>(١٠)</sup>.

وقد وردت فى المادة (٢/٣) من إتفاقية روما لعام ١٩٨٠ والتي نصت على أنه يحث للأطراف فى أى وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون اخر غير الخاضع له من قبل وسواء تم ذلك باجراء إختيار لاحق تبعا لنفس المادة أو بمقتضى نصوص أخرى، ويتعين على الأطراف إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم صراحة كما أعتبر تقرير منظمة "OMPI" بأن مبدأ إختيار القانون الذى جاءت به إتفاقية روما يعد بنداً هاماً وإيجابياً للتجارة ويجب أن يحظى بإحترام مناسب بإعتبار وسيلة لتسهيل إنتشار وتحفيز الثقة التجارية، كما نص القانون السويسرى على إمكانية إختيار الأطراف قانون اخر يخضع له العقد غير القانون الذى تم إختياره مسبقاً بنص المادة (٣/١١٦) من القانون الدولي الخاص السويسرى على ان إختيار القانون يمكن اجراءه أو تعديله فى أى وقت<sup>(١١)</sup>.

(١٠) ابراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٣٥.

(١١) علاء الدين محمد، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي فى القانون الاردنى المقارن، رسالة دكتوراة فى القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان للدراسات العليا، الاردن، دون سنة، ص ١٠٣.



وبإعلان الطرفان صراحة المنظومة القانونية التي يخضع لها العقد، لن تكون هنا صعوبة فى تحديد القانون المطبق، ومن ثم فالإختيار الصريح يحيد المشاكل التي تثار بين المتعاقدين بشأن بند تحديد الإختصاص التشريعي، حيث يتصرفون كمن يبرم عقد تأمين على الحياة وذلك لأخذ إحتياطاتهم للمقبل وما قد يكتنفه من أخطار محتملة الوقوع<sup>(١٢)</sup>، ويوجب ذلك على المحكمة أن تتفد إختيارها على أساس أن أطراف العقد أحرار فى إختيار الذى يحكم عقدهم بشأن المسائل التي تدخل ضمن صلاحيتهم التعاقدية على إعتبرها الأهم فى إختيار القانون المناسب لطبيعة العلاقة بينهما<sup>(١٣)</sup>.

ب- الإختيار الضمني: والتي تقع فى الحال التي لم يعبر فيها الطرفان صراحة عن إرادتهم فى إختيار قانون معين يحكم العقد، وهنا يوجب على المحكمة أن تستنبطه من العوامل والعناصر المحيطة بالعقد، أى أن القاضى أو المحكم يجد نفسه مضطرا فى غياب الإختيار الصريح إلى إستخلاص إرادة الأطراف الضمنية اذ كانت هناك قرائن ومؤشرات تدل عليها بوصفها إرادة حقيقية تشير إلى ميل واضح إلى إختيار نظام قانونى معين، وهذا ما أكدت عليه التشريعات الوطنية والإتفاقية الدولية ذات الصلة<sup>(١٤)</sup>.

#### ثانياً: الشرائط الواردة على قانون الإرادة:

أ- أن يكون القانون ذا صلة بالعقد: أى ضرورة توافر صلة جادة بين القانون والعقد، وإذا إنعدمت هذه الصلة يعتبر ذلك بمثابة قرينه للتهرب من القانون الواجب التطبيق على العقد، ومن ثم تكون الإرادة قد تخطت دائرة التنازع التي تعمل بها ويشكل خرقاً لأهداف القاعدة وغاياتها.

(١٢) أحمد عبد الكريم سلامه، قانون العقد الدولى، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ١٩٠ وما بعدها.

(١٣) د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط٢، الاسكندرية، دار الفكر الجامعى، ص ٤١٨.

(١٤) فى هذا المعنى تشير المادة (١/١٩) من القانون المدنى المصرى التي قررت: ٠٠٠ هذا ما لم يتفق المتعاقدين أو يتبين الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه، وايضا فى نفس العنى الادة (١/٢٠) من القانون المدنى السورى، والمادة (١/١٦) من القانون الدولى الاخص السويسرى لسنة ١٩٨٧ التي نصت على أنه: إختيار القانون يجب أن يكون صريحا أو يستخلص بطريقة مؤكدة من احكام العقد وظروفه.

إلا أن هناك إختلاف فقهي حول مدى لزومية تلك الصلة ما بين عدة آراء كالاتي:  
**الرأى الاول:** وفي مقدمتهم الفقهاء الإنجليز حيث يرون ضرورة تقييد سلطان إرادة المتعاقدين فى إختيار قانون العقد بإستلزام وجود صلة بين القانون المختار والعقد، لضرورة عدم التهرب من الأحكام الأمرة المرتبطة بالعقد، وفى هذه الحالة ولإنقطاع الصلة بين القانون والعقد يستطيع القاضى إستبعاد القانون المختار بإعماله لنظرية الغش نحو القانون وإسناد الرابطة العقدية لقانون أوثق صلة بها، رغم أن مناهج هذا الاتجاه إختلفت حول طبيعة الصلة المقررة بين القانون والعقد<sup>(١٥)</sup>.

**الرأى الثانى:** والذى يتبناه الفقه الأوروبى والذى يذهب الى إقرار حرية إرادة المتعاقدين فى اختيار قانون العقد بحيث يجيز لهم العقد إختيار القانون الذى يرونه مناسب وإن كان ليس له صلة بالعقد على أساس أن القاون الدولى الخاص خلاف القانون الداخلى يستهدف حماية المصالح الفردية دون الاهتمام بالتدخل الأمر الذى يسعى اليه الداخلى حيث أن اطراف العقد لهم الحرية فى إختيار قانون العقد لا يتاح للقاضى تغيير القانون المختار بدعوى إفتقار الصلة، وقد أشترط أصحاب هذا الإتجاه فى الإختيار أن لا يكون مشوبا بالغش نحو القانون.

**الرأى الثالث:** يتخذ موقفا وسطا، حيث يستلزم وجود صلة بين القانون والعقد لكن دون أن تتحقق عن طريق عناصر شخصية مثل الجنسية أو مادية مثل محل إبرام العقد أو تنفيذه بل يكتفى فى ذلك بأن تكون نابعه من حاجة المعاملات التجارية الدولية.  
ب- أن يكون له صلة بالمتعاقدين: وقد ورد هذا الشرط فى بعض التشريعات الوضعية ومنها على سبيل المثال المادة (٢٠) من القانون المدنى المصرى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، والمادة (٢١) من القانون المدنى السورى رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩، والمادة (٢١) من القانون المدنى الاردنى، والمادة (١/١٨) من القانون المدنى الجزائرى، والذى يضع قيد على حرية إختيار الطرفين للقانون الحاكم للعلاقة التعاقدية، والصلة هنا يجب أن تكون حقيقة، فإما أن يكون القانون المختار هو قانون الوطن أو قانون الجنسية، وهو ما يمثل مركز الثقل لقانون الإرادة فى هذه العلاقة التعاقدية.

#### ثالثاً: القيود الواردة على قانون الإرادة:

أ- **النظام العام:** إن التزام القاضى الوطنى بتطبيق القانون الأجنبى يأتى إمتثالا للمشرع، لكن قد يرد إستثناء " يتم بناء عليه إستبعاد ذلك فى حال وجود تعارض

(١٥) د. هشام على صادق، مرجع سابق، ص ٤٥٦.

صارخ مع المبادئ الجوهرية والأساسية فى المجتمع والتي معها يستحيل تطبيقه وإلا كان مخالفاً للقانون.

ورغم أن الظام العام من المفاهيم الفضفاضة فقد بذلت جهود كبيرة من أجل تحديد تعريف مشترك ومحدد لها، فالنظام العام بالنسبة إلى القواعد العامة يشمل القواعد القانونية التي يراد بها تحقيق مصلحة عامة سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو إجتماعية تتعلق بالنظام العام وتعلو مصلحة الفرد الشخصية، حتى وضعت إلزام بضرورة مراعتها وتحقيقها ولا يجوز للأفراد مخالفتها فى إتفاقاتهم حتى لو كانت بها مصالح لهم<sup>(١٦)</sup>.

ويتم الإعتراض به بنفس الشكل امام المحكمة المرفوعة أمامها النزاع، كما يمكن للقاضى أن يثيره بنفسه، ويجوز لأطراف الدعوى التمسك به فى أى مرحلة من مراحل الدعوى، ومن ثم فقواعدها غير قابلة للتنازل، وفى النظام العام الداخلى لا يجوز إثارته إلا بصدد علاقة وطنية بحتة، بخلاف النظام العام فى القانون الدولى الخاص<sup>(١٧)</sup>.

ويرتب النظام العام اثار يمكن ان تتصرف الى البطلان المطلق للتصرف وذلك فى الأخذ بالنظام العام الداخلى، لكن فى القانون الدولى الخاص لا يكون من طبيعته تحديد البطلان المطلق للتصرف بل يرتب اثار يحكم التصرف مثل منع تطبيق القانون الأجنبى المختص وفقا لقواعد الإسناد وإستبداله بالقانون الاقليمي<sup>(١٨)</sup>.

#### وهناك عدة شروط للدفع بالنظام العام ومنها:

١- قاعدة الإسناد تفضى الى تطبيق القانون الأجنبى، ومن ثم يتعين على القاضى تطبيق قاعدة الإسناد، ولا يجوز تحريك الدفع بالنظام العام فى حالة عدم إختصاص القانون الأجنبى.

٢- توافر مقتضيات النظام العام: بمعنى أن يكون القانون الأجنبى مختلف فى حكمة مع النظام العام أو الأسس الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانونى لدولة القاضى بشأن النزاع.

٣- أن يكون هناك مخالفة للقانون الأجنبى للنظام العام: وهنا يجب ان تكون المخالفة راهنة عند رفع الدعوى أمام القاضى الوطنى، حيث تختلف فكرة النظام العام عن

<sup>(١٦)</sup> عبد الرازق السنهورى، الوسيط فى الشرح للقانون المدنى، بيروت، دار احياء التراث، بدون سنة، ص ٣٩٩.

<sup>(١٧)</sup> حسن الهداوى، مرجع سابق، ص ١٠٨ وما بعدها.

<sup>(١٨)</sup> عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٥٠٧.

الإسناد إلى القانون الأجنبي، حيث أن الحكم يسند إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق عند نشوء الحق، أما فكرة النظام العام فينظر إليها وقت رفع الدعوى.

#### ب- الغش نحو القانون:

الغش نحو القانون لا يقتصر على مجال واحد بل يحدث في مجال القانون الداخلي والدولي الخاص، وهناك قواعد موضوعية أمره هدفها حماية المصلحة العامة ولا يجوز مخالفتها وأخرى مفسره أو محكمة وهي إختيارية تطبق في حالة عدم الإنفاق، وقواعد الإسناد توضع من أجل الموازنة بين المصلحة العامة ومقتضيات المعاملات الخاصة الدولية، وقد يلجأ الأفراد للتحايل لإيجاد مراكز قانونية مصطنعة، مثل الإتجاه عن عمد إلى إبرام عقد صوري يتفق ظاهريا مع القانون ويخفي ورائه تصرفا محظور، أو قد يلجأ التاجر المفلس في فترة الريبة إلى تبذير أو له إضراراً بحقوق دائنيه، وبلجوء الأفراد إلى تغيير عنصر من العناصر القانونية للعقد يجعله خاضعا لقانون آخر.

ومن أجل الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق قد يلجأ الأطراف إلى إختيار قانون لحكم العلاقة بينهم ليس له صلة حقيقية بها.

من هنا ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف الغش نحو القانون على أنه: إتخاذ تدبير إرادي بوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولة مختص بحكم العلاقة وإجلال قانون دولة أخرى أكثر تحقيقا لنتائجهم المرجوه<sup>(١٩)</sup>، كما عرف على أنه: ناقصة قصد الشارع باتخاذ تدابير ارادية مشروعة ولو عن غير عمد للوصول إلى غاية غير مشروعة وفقا لروح التشريع وأهدافه.

#### وهناك شروط للدفع بالغش نحو القانون منها:

- ١- إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد: بمعنى التغيير في الإختصاص التشريعي بإستخدام قواعد الإسناد، حيث يقوم الأفراد بتغيير الضابط الذي يتحدد به القانون الواجب التطبيق، وهو العنصر المادي للغش حيث يقوم على إجراء ظاهر من قبل الأطراف مثل تغيير مكان إبرام العقد أو إجراء قانوني بتغيير الجنسية، ولابد من توافر أمران: الأول أن يكون التغيير فعلى، والثاني أن يكون مشروعا في ذاته.
- ٢- نية التحايل والغش: إتجاه نية الأطراف إلى تجنب القانون المختص في الأساس بحكم العلاقة وإنصرافها إلى تحقيق هدف لم يكن الوصول إليه وفقا للقانون الواجب التطبيق أصلا.

(١٩) نادية فضيل، الغش نحو القانون، ص ٥٣.

**وهنا شروط غير إتفاقية:** ويأتى فى مقدمتها أن يتم الغش على نصوصاً وقواعد أمره، ويتم الغش ايضاً على قانون القاضى دون القانون الاجنبى، أن يرتب اضراراً أو نتيجة غير مشروعة.

ويرتب الغش نحو القانون اثاراً قد تؤدى الى استبعاد القانون المختار سواء بخروج التصرف المشوب بالغش من اثاره القانونية أو بعدم الاحتجاج بالاثـر الذى ذهبت إليه إرادة الطرفان، ويذهب بعض الفقهاء الى أن هناك اثر كلى وجزئى ترتب على الغش: ويتمثل الجزئى فى البطلان الجزئى سواء فى نتيجته المتوخاه أو إستبعاد التصرف، أما الكلى فيتمثل فى البطلان الكلى بعدم الإعتراف بوسيلة الغش والغاية، ويذهب غالبية الفقه والقضاء الى وجوب تجريد التصرف المشوب بالغش من كل أثر قانونى سواء تعلق بالوسيلة أو الغاية أو عدمية الاثر فى دولة القاضى<sup>(٢٠)</sup>.

## المبحث الثانى

### تحديد القانون واجب التطبيق فى ظل غياب قانون الإرادة

تمهيد:

فى حال عدم اختيار الاطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق سواء كان اختياراً ضمنى أو صريح، هناك قواعد عدة فى الفقه والقضاء الدولى تتباين أرائها بشأن ضابط الاسناد، وفى هذا المبحث وجب نفرق بين الاسناد القائم بإتفاق أطراف التعاقد (الاسناد الشخصى)، وبين الاسناد الموضوعى القائم فى ظل غياب اتفاق الاطراف المتعاقدة (الاسناد الموضوعى).

#### أولاً: الإسناد الموضوعى فى تحديد القانون الواجب التطبيق:

##### (١): الضوابط الموضوعية الجامدة فى تحديد القانون الواجب التطبيق:

ساد فى فقه القانون الدولى الخاص انه فى حالة عدم تحديد أطراف العلاقة العقدية على تحديد القانون الواجب التطبيق فى العقد التجارى الدولى سواء بشكل صريح أو ضمنى الى إعتـماد ضوابط ثابتة ترتبط بارادة الافراد بوصفها إسناد وثيق الصلة بالعلاقة العقدية بقانون دولة محل الإبرام أو جنسية المتعاقدين أو موطنهما المشترك، وهو ما ذهبت اليه القوانين الإتفاقية ومنها إتفاقية روما لسنة ١٩٨٠.

ومن الجدير بالذكر هنا أن هناك صعوبة فى تطبيق القواعد الجامدة على عقود التجارة الإلكترونية، حيث يرى غالبية فقه القانون الدولى الخاص أنه فى حال غياب

(٢٠) ممدوح عبد الكريم، القانون الدولى الخاص: تنازع القوانين، ص ٦٤ وما بعدها.

الإرادة الصريحة بخصوص تحديد وإختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم يتم الإستناد إلى ضوابط ذات صلة أوثق بالموضوع بإعتبارها معايير موضوعية معلومة مسبقاً من قبل المتعاقدين.

وتبنى التشريع المصرى فى المادة (١/١٩) من القانون المدنى المصرى معيار جامد: حيث قررت فى حال غياب إختيار الأطراف فإن الإلتزامات الناشئة عن العقود محكومة بقانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخذ موطناً فإن أختلف الموطن سوى قانون الدولة التى تم فيها العقد، ومن ثم فالمشرع قد وضع ضابطة إسناد إحتياطى قرر الأخذ بهما على سبيل التدرج<sup>(٢١)</sup>.

#### (أ): الضوابط الخاصة بالمتعاقدين:

##### ١- قانون الموطن المشترك:

- مفهوم الموطن وانواعه: يشير مفهوم الموطن هنا الى المكان الذى يستقر فيه الفرد او يتخذ مركز لمصالحه، وفى مجال القانون الدولى الخاص يقصد به الرابطة القائمة بين الفرد واقليم دولة معينة ويعتمد كضابط اسناد لكلا الطرفين، فإن إتخذ موطناً ويفضلونه على قانون محل ابرام العقد يكون قانون الموطن المشترك هو القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية<sup>(٢٢)</sup>.

وفى هذا التعريف يركن المشرع الى عنصرى النية والعنصر المادى وهو الإقامة المتقرة، فيكون الموطن هو المكان الذى يفترض وجود الشخص فيه على الدوام وان غادره فإنما يكون بشكل مؤقت مع نية العودة اليه<sup>(٢٣)</sup>.

وذهب القانون المصرى فى تعريفه للموطن على أنه: هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادةً، وهو تعريف يظهر الغلبة للعنصر المادى فى اعتياد الإقامة فيه، وتكون النية عنصر تابع افتراضيا وهى اقامة اختيارية.

ويمكن القول بشكل عام أن الموطن هو المكان الذى يستقر فيه الشخص ويتخذ نه مركز لمصالحه، وهى فكرة تختلف من القانون الدولى الخاص عن القانون الداخلى الذى

(٢١) د. هشام على صادق، تنازع القوانين: دراسة مقارنة على المبادئ العامة والحلول الوضعية المقرر فى التشريع المصرى، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٣، ص ٢٥٩.

(٢٢) صالح المنزلاوى، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

(٢٣) عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٧٤٥.

يعتبر الوطن الرابطة القائمة بين لأفرد وكان معين بينما الموطن الدولى هو المكان التابع لدولة معينة سواء يحمل الشخص جنسيتها أم لا ويقوم فيه الشخص بشكل مستمر وبنية البقاء<sup>(٢٤)</sup>.

وبالنسبة الى الشخص المعنوى يكون الموطن هو المكان الذى توجد فيه ركز ادارته الرئيسي، ومن ثم فالشركات التى يكون مركزها الرئيسي للخارج يكون لها وطن خاص بالنسبة الى كل دولة فيها نشاطها، وفى حال الاختصاص مع ذلك الشخص المعنوى يجوز مخصصته فى موطنه العام أو الخاص، وفى غير النشاط لا يمكن مخصصته الا أمام مكان مركز الادارة الرئيسي (الشركة الأم).

#### وهناك أنواع متعددة للموطن من أهمها:

- **الموطن العام:** اى الذى يباشر فيه الشخص جميع حقوقه وتصرفاته المدنية دون تخصيص، وهو ينقسم الى موطن عام ارادى: أى اختياري حيث يختاره الشخص بارادته لممارسة كافة شؤونه ونشاطه وفق الشروط التى يضعها القانون، والموطن القانونى أو الاجبارى: الذى يعينه القانون لبعض الاشخاص دون أن تكون لهم اراده فى اختياره، وهو يفرض عليهم وفق القانون مثل من هم (عديمو الجنسية وناقصوها -المحجور عليه ٠٠٠٠ الخ).

- **الموطن الخاص:** وهو يخص بعض الاعمال القانونية فقط، وله عدة صور منها: الموطن التجارى: وهو المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفه أو صناعه، والموطن المختار: وهو المحل الذى يختاره الشخص وهو بصدد القيام باجراءات قضائية معينة أو تنفيذ عمل قانونى محدد، ووطن القاصر المأذون: والذى يتحدد من خلال الاعمال القانونية التى يكون أهلا لمباشرتها ويعترف بها القانون.

#### - اعمال قانون الموطن المشترك:

يشير قانون الموطن المشترك الى القانون الذى اعتاد المتعاقدون على تنظيم سولكهم وفق احكامه ويسمح لهم بتوقع اثاره، وقد يلجأ الافراد التعاقدون احتراماً لقانون الدولة التى يعيشون فيها الى تطبيق تشريعاتها الوطنية وهو ما اخذت به بعض التشريعات مثل القانون الدولى الخاص التشيكي لسنة ١٩٦٣ فى نص المادة (٩) منه والقانون البولندى لسنة ١٩٦٥، والمادة (١٩) من القانون المدنى الليبى والمصرى والعراقى والسورى والجزائرى.

(٢٤) السيد عبد المنعم حافظ السيد، التعريف بالقانون الدولى الخاص، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠١٢، ص ٦٠.

ويرى البعض أنه من الصعب الاعتماد عليه في العالم الافتراضي (الانترنت) حيث انه يمكن للمورد التحايل عن طريق جعل وقعه لتوريد المعلومات في دولة لا تجرم تلك الاعمال الغير مشروعة، ويمكن أن يكون مكان مؤقت وليس دائم، كأن يبث معلومات غير مشروعة من خلال حاسب متنقل أو من مجرد فرع تابع لمكان العمل، لذا يصعب تطبيقه في مجال التجارة الالكترونية، حيث لا تعطى العناوين الالكترونية دلالة حقيقية على العنوان الحقيقي<sup>(٢٥)</sup>.

#### - إعمال قانون الموطن المشترك على العقود الالكترونية:

لقد نصت الفقرة الثانية (٢) من المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي على ما يلي: "..... وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة"، وباستقراء نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع العراقي قد جعل من الموطن المشترك لأطراف العلاقة التعاقدية أول ضابط احتياطي يتم اللجوء إليه في حالة غياب قانون الإرادة في العقد، ولقد انتهجت العديد من التشريعات العربية هذا التوجه، حيث اعتبرت من الموطن المشترك لأطراف العقد ضابط الإسناد الأول عند سكوت الأطراف عن تحديد قانون معين يطبق على العقد<sup>(٢٦)</sup>، وهو نفس ما انتهجه المشرع المصري في المادة (١٩) من القانون المدني المصري، حيث اعتبرت كل هذه التشريعات أن قانون الموطن المشترك لأطراف العقد هو أنسب القوانين لحكم العلاقة التعاقدية<sup>(٢٧)</sup>.

وقد جاء بقرار محكمة التمييز الأردنية أنه: "يستفاد من المادة (٢٠) من القانون المدني أنه يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين أو اتحدا موطناً وعليه فإن القانون الأردني هو الواجب التطبيق طالما اتحدا الطرفان في الموطن المشترك في المملكة الأردنية الهاشمية<sup>(٢٨)</sup>".

ويبرر مؤيدي الموطن المشترك للأطراف هذا الضابط على أساس أن قانون هذا الأخير هو الأكثر معرفة ودراية لدى أطراف العلاقة التعاقدية باعتبارهم قد اعتادوا على تنظيم سلوكهم وتصرفاتهم وفق أحكام هذا القانون وبالتالي معرفتهم وتوقعهم لأثار إعمالهم لهذا الضابط<sup>(٢٩)</sup>.

<sup>(٢٥)</sup> ضياء الدين ناصر اسماعيل، مرجع سابق، ص ٢٣.

<sup>(٢٦)</sup> أحمد حميد الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي (دراسة

مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الشارقة الأوسط، ٢٠١٧ ص ٣٩: ٨٢.

<sup>(٢٧)</sup> أحمد حميد الأنباري، المرجع نفسه، ص: ٨٢.

<sup>(٢٨)</sup> قرار محكمة التمييز الاردنية رقم ٢١٤٩ / ٢٠٠٦، هيئة خماسية بتاريخ ٢١ / ٨ / ٢٠٠٦.

<sup>(٢٩)</sup> محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي،



ووفقاً لنص المادة (١٠٩/ فقرة ب) من القانون الأمريكي الموحد لمعاملات معلومات الكمبيوتر سنة ١٩٩٩<sup>(٣٠)</sup> فإن معيار قانون الموطن يرتبط بمدى اختصاص قضاء معين حيث يطبق القاضي قانون بلاده طالما وجد ارتباطاً مكانياً بين أحد أطراف هذا النوع من العقود وبين الاختصاص القضائي والقانوني في دولته، كما يمكن الاستشهاد بها في منازعات عقود التجارة الإلكترونية التي تتعلق بتطبيق قانون الموطن<sup>(٣١)</sup> على التفصيل الآتي:

#### - حالة وجود ارتباط بمكان وجود المحكمة:

كرست بعض التشريعات قانون موطن الشخص، بوصفه القانون الذي يحكم المسائل المتعلقة بالأشخاص، نظراً لأهمية مكان إقامة الشخص؛ لأن لهذا الأخير فوائد جمة بالنسبة للمهاجر الذي يكون من المسور عليه، بحكم عيشه في دولة أجنبية، أن يتعرف على القانون المحلي لهذه الدولة حتى لا يجد نفسه خاضعاً في مسائل أحواله الشخصية لمعاملة مغايرة لما يخضع له مواطنوها.

وعليه فالمهاجر في دولة أجنبية يجد الطمأنينة مع شخص يخضع لقانون محل إقامته بدلاً من أن يتعامل معه وهو يخضع لقانون جنسية، وخير مثال على ذلك "مشكلة ليزاردي" لجهله للقانون الأجنبي (الفرنسي)، الذي أبرم عقد مع فرنسي، ولم يجد القضاء الفرنسي حلاً للنزاع؛ إلا بإيراد استثناء مفاده تطبيق قانون الدولة التي أبرم فيها التصرف (فرنسا)، متى كان المتعاقد مع ناقص الأهلية وبهذا ثبت الحق للمتعاقد الفرنسي<sup>(٣٢)</sup>.

بالإضافة إلى الدعوى التي أقامتها شركة (Hsbro Appellant)، ضد شركة Clue Compitinginc، Dufundant Appellan، أقرت المحكمة بأن هناك ارتباطاً كافياً لمحكمة ولاية مساتشوست الأمريكية لممارسة اختصاصها، استناداً إلى أن المدعى عليه أعلن في موقعه على الأنترنت، أن شركته تقوم بالتزويد بالخدمات لأي عملاء على سطح الأرض وهو ولاية مساتشوست<sup>(٣٣)</sup>.

(٣٠) نص المادة (١٠٩ ف/ب) من القانون الأمريكي الموحد لمعاملات معلومات الكمبيوتر، مرجع سابق.

(٣١) إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩ ص ١٧٢.

(٣٢) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، (د ط)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص. ٦٥٥.

(٣٣) إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص. ١٧٣.

#### - حالة عدم وجود ارتباط بمكان المحكمة:

ويظهر ذلك في حالة عدم وجود علاقة بين النشاط الممارس واختصاص المحكمة للفصل في النزاع، وعلى سبيل المثال نجد الدعوى التي أقامتها tranxript corp "Doonon trailer corp" أقرب محكمة ألينوي للولايات المتحدة الأمريكية، بأنه لا توجد علاقة كافية لممارسة المحكمة إختصاصها بالنظر في الدعوى المقامة على الشركة المدعى عليها "ptc" لعدم توفر أي أساس يظهر أن هناك تركيزا في النشاط الممارس على الموقع موجها إلى منطقة ألينوي مما ينفي وجود إختصاص للمحكمة. ويستخلص من أحكام المحاكم السابقة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق، لم تأتي بكل أمثل لمنازعات عقود التجارة الإلكترونية، مثل إشتراطها وجود سلطة عامة أو خاصة تعمل من خلال سلطة مصادقة تكون مهمتها منح تراخيص عمل لسلطات مصادقة مصغرة تعمل في كافة دول العالم، لكي تتولى التأكيد من توقيعات أطراف تلك العقود المنتمين لجنسية هذه السلطات. كما يستخلص من تلك الأحكام ضرورة التمييز بين اعتبارين بخصوص معيار المواطن وهما:

#### الاعتبار الأول: المواطن المشترك للأطراف:

ففي حالة اشتراك الأطراف في موطن واحد، فإن المحاكم بشأن المعاملات الإلكترونية تستلزم شرط الإقامة في الدائرة المكانية للمحكمة المختصة، وبالتالي يطبق القاضي قانون بلاده على المنازعة، نظرا لعدة أسباب أهمها أن دولة القاضي المعروض عليه النزاع لها مصالح جوهرية تتعلق بتحديد الموطن والتي قد تمس بالاختصاص التشريعي والقضائي<sup>(٣٤)</sup>.

#### الاعتبار الثاني: اختلاف موطن الأطراف

أما في حالة اختلاف موطن الأطراف، فإن قاضي النزاع يكون لديه الخيار بين تطبيق قانون بلد الإبرام، أو بلد تنفيذه على النزاع وهذا ما أقرته المادة (١٣) من اتفاقية مكسيكو لعام ١٩٩٤<sup>(٣٥)</sup>.

<sup>(٣٤)</sup> إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع نفسه، ص. ١٧٧.

<sup>(٣٥)</sup> المادة ١٣ من اتفاقية مكسيكو، لسنة ١٩٩٤، متاح على الموقع الآتي:

Convention adoptée a Mexico le 17 mars 1994 à la 5 e conférence spécialisée interamericaine sur le droit international privé, domaines droit-data.bnf.fr...

ويستخلص أن ضابط قانون الموطن المشترك، يصعب تطبيقه في مجال التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الأنترنت، باعتبار أن العناوين الإلكترونية، لا تعطي دلالة حقيقية على العنوان الحقيقي، على سبيل المثال العناوين التي تنتهي ب «fr. org.com» والعناوين الإلكترونية، ليس لها منظور جغرافي وهي تتسم بعدم التوطن نظرا لصعوبة توطين المؤسسات الافتراضية التي يعتد بموطنها أي- بمقرها- لا بموطن ممثليها، وعليه فإن ضابط الموطن المشترك مستبعد من قبل اتفاقية فيينا التي تشترط بصريح العبارة اختلاف موطن المتعاقدين<sup>(٣٦)</sup>، وهذا طبقا لأحكام المادة الأولى (فقرة ٢، ٣)<sup>(٣٧)</sup>.

## ٢- قانون الجنسية:

أخذت العديد من التشريعات بقانون جنسية الفرد بإعتباره القانون الشخصي الذي يحكم المسائل الشخصية، ومن شأنه تقليل حالات الغش نحو القانون، كما انه سهل بالنسبة إلى تحديد جنسية بعكس موطنه، وعليه فإن الجنسية تشير إلى الرابطة بين الشخص ودولة معينة تتعلق بالكيان والسيادة وهي رابطة قانونية، وقد أخذت جنسية أطراف العقد في عقود التجارة الإلكترونية وسكوت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم علاقاتهم، فيكون قانون الدولة التي ينتمى إليها المتعاقدون هو القانون واجب التطبيق.

وفكرة الجنسية قديمة في حد ذاتها، فالإنسان كائن يميل إلى الإنتماء إلى جماعة معينة، وبصرف النظر عن التعريفات المختلفة للجنسية إلا أنها في القانون الدولي الخاص لم تعطى تعريف محدد نظراً للاختلاف الفقهي حول مركزها بين القانون العام والخاص حيث ان من أعترف بها في القانون الخاص لم يعترف بالجانب السياسي لها بوصفها رابطة بين الفرد والدولة ولكن بإعتبارها صفة ثانوية تلحق الفرد بشعب دولة، وهناك من ادرجها في القانون العام وأغفل الجانب القانوني وركز على الجانب السياسي في تلك الرابطة، كما تعرف على انها: الانتماء النفسى والروحي إلى وحدة اجتماعية معينة ومن ثم فهي تبدو كظاهرة اجتماعية.

<sup>(٣٦)</sup> حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص. ٤٧٥.

<sup>(٣٧)</sup> المواد (٢، ٣) من اتفاقية فيينا، المتعلقة بالعقود الدولية لبيع البضائع الصادرة في ١١ أبريل ١٩٨٠. [www.wipo.int/wipolex/ar/treaties/details.jsp?trety\\_id=292](http://www.wipo.int/wipolex/ar/treaties/details.jsp?trety_id=292).

### وهناك عدة صعوبات تتعلق بتطبيق الجنسية منها:

أ- **حالة تعدد الجنسيات:** وهي الحالة التي يكون فيها لشخص جنسية دولتين أو أكثر بصرف النظر عن كون الجنسية التي يحملها ارادية أو رغماً عنه، والعبء هنا بثبوت تعدد الجنسية في الوقت الذي يكون فيه الشخص حاملاً لجنسيتين أو أكثر بل اكتساب جنسية جديدة دون التخلي عن الجنسية السابقة، أو تكون له جنسيتين أصليتين منذ ميلاده، وفي حال زوال حالة التعدد بتخلي الشخص عن إحدى هذه الجنسيات وصدور قرار من الجهة المختصة يأذن له في الفرض الذي يسمح به قانون جنسيته بهذا الاختيار وعندها يعود الشخص الى الحالة المثالية.

ب- **حالة إنعدام الجنسية:** وهو وضع قانوني لشخص لا تعتبره كل الدول من رعاياها، ويوجد نفسه منذ ميلاده أو لاحقاً مجرداً من حمل جنسية أية دولة، وقد يعزى ذلك الوضع الى إختلاف التشريعات فيا يتعلق بالأساس المعتمد لاكتساب الجنسية أو فقدها من دولة الى أخرى، وايضاً الاختلاف بشأن الحلول الجزئية المأخوذة من الاسس العامة في هذا الصدد<sup>(٣٨)</sup>.

ولجأت جميع التشريعات العربية ومنها التشريع العراقي في المادة (١/٣٣) من القانون المدني التي أكدت على (تعيين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الاشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية...) وهذا يعني مثلما منح القاضي العراقي سلطة تعيين القانون الذي يجب تطبيقه في ظل تعدد الجنسية في الفرض الثاني السالف الذكر بإعتماد الجنسية الفعلية بوصفه مبدأ تمليه المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً بحسب المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي، فكذاك يكون للمحكمة نفس السلطة في تعيين القانون الذي يجب تطبيقه في ظل إنعدام جنسية الشخص، وهذا يعني ان كل شخص في ظل تعدد جنسيته أم إنعدامها تفترض ان له جنسية واحدة هي اما جنسية قاضي النزاع، او الجنسية الفعلية، او الجنسية المفترضة بحسب كل حالة وعلى ضوء ما تقدم<sup>(٣٩)</sup>.

<sup>(٣٨)</sup> عكاشة محمد عبد العال، الجنسية ومركز الاجانب في تشريعات الدول العربية، مرجع سابق،

ص ٥١١.

<sup>(٣٩)</sup> انظر في ذلك: د. عبدالرسول عبدالرضا، الجنسية والعلاقات الدولية، ط ١، منشورات زين الحقوقية،

بيروت، ٢٠١٠، ص ٢٤.

ج- حالة تغيير الجنسية: مثلما يحصل تعدد الجنسيات وانعدامها كذلك يمكن ان يحصل تغييرها بفعل فقدانها او على اثر اكتساب غيرها والتخلي عنها مما يؤثر ذلك على العلاقات المتعلقة بحالة الشخص خاصة تلك التي تمتاز بالإستمرار مثل الزواج فقد يحصل ان يتزوج عراقي من عراقية في العراق ثم يسافر الزوج إلى بريطانيا وهناك يكتسب الجنسية البريطانية ويتخلى عن الجنسية العراقية وهنا فستتغير الجنسية الأخيرة بفقدانها بحسب المادة (١٠/١) من قانون الجنسية النافذ فإذا أراد إن يطلق زوجته امام القضاء العراقي فهل تعتمد جنسية السابقة وقت الزواج أم جنسيته اللاحقة عند الطلاق؟

يصلح على هذه الحالة بالتنازع المتحرك وبالرجوع الى أحكام تنازع القوانين وبشكل خاص قواعد الاسناد في القانون المدني العراقي وبالتحديد قاعدة الإسناد الخاصة بالطلاق الواردة في المادة (٣/١٩) التي تنص على (يسري على الطلاق والتطليق الانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى)، ويتبين أن على القاضي العراقي تطبيق القانون البريطاني بحسب المثال أعلاه إلا أن بعض التشريعات لم تحدد وقت العمل بقانون الجنسية كما سنلاحظ في حينها، إلا أن التشريع العراقي وكذلك التشريعات العربية التي أعتمدت الجنسية ضابطا في تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية حددت وقت العمل بقانون الجنسية في بعض مسائل الأحوال الشخصية ومنها الزواج واثار الزواج و الوصية والميراث ففي إطار الزواج وخاصة الشروط الموضوعية أعتمد قانون جنسية الزوجين وقت الزواج فلا يتغير إختصاص هذا القانون بفعل تغيير جنسية الزوجين لاحقا المادة (١٩/١) مدني كما أعتمد قانون جنسية الزوج وقت الزواج في اثار الزواج المادة (١٩/٢) مدني وأعتمد في الطلاق قانون جنسية الزوج وقت الطلاق المادة (٣/١٩) مدني أما في موضوع الوصية حيث أعتمد بالنسبة لنفاذ الوصية قانون جنسية الموصي وقت الوفاة المادة (٢٣) مدني، ولإنقال ملكية التركة وترتب اثار الميراث قانون جنسية المورث وقت وفاته المادة (٢٢) مدني.

وفيما يتعلق بإعمال ضابط الجنسية فقد عملت التشريعات على إتخاذ ضابط الجنسية في الإسناد في حال غياب الإختيار الصريح للأطراف للقانون الواجب التطبيق، وفي حال كان أطراف العقد ينتمون الى جنسية واحدة فإنهم يرغبون في إخضاع عقدهم لقانون الدولة التي ينتمون اليها، لكن صعوبة التطبيق تأتي في الحالات التي يكون فيها إنعدام الجنسية أو تعددها، وهو الأمر الذي دفع البعض الى الأخذ بالجنسية المشتركة محلا للإسناد، وهو ما ذهب اليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢

نوفمبر ١٩٣٧ والتي قضت فيه: القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون الدولة التي يتبعها المتعاقدان بجنسيتهم، وتطبيق قانون الجنسية على منازعات عقود التجارة الدولية في غياب قانون الإرادة هو إسناد منتقد ومن الصعوبة التعويل عليه في المعاملات ذات الطابع الدولي<sup>(٤٠)</sup>.

### **(ب): الضوابط الخاصة بالعقد:**

#### **١ - قانون محل إبرام العقد:**

وهو من ضوابط الاسناد الخاصة بالعقد، وكان اسناد العقد التجارى الدولي لقانون مكان ابرام العقد هو الحل السائد لدى القضاء الانجليزى والفرنسى قديماً، ولم تكن لارادة الطرفين أى دور فى اختيار قانون آخر، وعندما استقرت قاعدة خضوع العقد لقانون الارادة بنهاية القرن التاسع عشر، اخضع القضاء الانجليزى والفرنسى العقد التجارى الدولي لقانون مكان ابرام العقد فى حالة غياب ارادة الطرفين عن اختيار القانون الذى يحكم العقد سواء بشكل ضمنى او صريح<sup>(٤١)</sup>.

فلو كان المتعاقدين مختلفوا الجنسية طبق قانون محل ابرام العقد أما لو كانوا مشتركى الجنسية طبق القاضى قانون الدولة التى ينتمون اليها، وقد تبنت التشريعات هذا الاتجاه، كما ان المشرع الايطالى فى حالة غياب الارادة اعطى لقانون محل ابرام العقد موقع ثالث بعد قانون الجنسية المشتركة وقانون حل اقامتهم المشترك<sup>(٤٢)</sup>.

وقانون مكان ابرام العقد واحد لا يتجزء ويؤدى الى وحدة القانون الذى يخضع لع العقد التجارى من حيث الشكل والموضوع، كما أن اسناد منازعات عقود التجارة الدولية لقانون مكان ابرام العقد يعبر عن الصلة الوثيقة بين العقد ومحل الميلاد الاول، وايضاً هو يسهل على المتعاقدين الرجوع اليه للتأكد من السلامة القانونية للشروط التى تدرج فى العقد، وهو يكفل ايضاً وحدة القانون الواجب التطبيق على عقد التجارة الدولية.

وهو ما تبناه المشرع المصرى فى المادة (١/١٩) من القانون المدنى المصرى: حيث منحت الافضلية له باعتباره مكان تجسيد الارادات، فحل الابرام هو بمثابة محل الميلاد للعقد بالنسبة الى الاشخاص.

ورغم ذلك يرى الفقه الغالب أنه ليس بالضرورة أن يكون معبراً عن الصلة الوثيقة بوضع العقد نظراً لكون بعض عقود التجارة الدولية تتعقد فى اماكن تحدد مصادفة

(٤٠) مشار الية فى: محمد بلاق، مرجع سابق، ص ٥٣.

(٤١) د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ص ٥٥٠، ٥٥١.

(٤٢) أحمد عبد الكريم سلامه، قانون العقد الدولي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٢٠١.

ويكون ارتباطها بالعقد بشكل عارض<sup>(٤٣)</sup>، خاصة في ظل الشبكات المفتوحة ومنها عقود التجارة الالكترونية والتي تجعل مكان إبرام العقد غير منسجم مع طبيعته واهدافه. ويمكن القول ان اسناد قانون مكان الابرام يحقق للطرفين ميزة العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق مما يوفر لهم الأمان القانوني المنشود لاستقرار التجارة الدولية، لكنه لم يسلم من النقد مما دفع جانب آخر من الفقه الى تبني اسناد قانون مكان التنفيذ. ومن الملاحظ من نصوص القانون المقارن والذي تبين في نص المادة (١٩) من القانون المصري ونص المادة (٢٠) من القانون المدني الاردني ونص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي<sup>(٤٤)</sup>، أنه يوجد خلاف حول قانون محل الابرام، فرغم ما ذهب اليه محكمة التمييز الاردنية بقولها: "يستفاد من المادة ٢٠ من القانون المدني أنه في الالتزامات التعاقدية يطبق قانون الدولة التي يوجد فيها موطن مشترك لكلا المتعاقدين كقاعدة رئيسية فان اختلفا سري على العقد قانون الدولة التي تم فيها التعاقد....."<sup>(٤٥)</sup>.

بيد أن هناك اتجاه يري أنه مع التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية وبخاصة مع التطور التكنولوجي فتح الباب أمام تعاقدات لا تتم بموجب بلد واحد اذ يحدث التعاقد ما بين بلدين مختلفين كون التعاقد يتم عن طريق الهاتف أو البريد الالكتروني وغيرها من وسائل الاتصال الالكترونية الحديثة وعليه يكون هناك صعوبة في تحديد قانون بلد الابرام لاختلاف مكان الايجاب عن القبول وعلم الموجب كون التشريعات تختلف بهذا الصدد، ومنها التشريع المصري والاردني والعراقي، حيث نجد نص المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي تنص على: يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك"، وتقابلها المادة (٩٧) من القانون المدني المصري، ونصت المادة (١٠١) من القانون المدني الاردني على: "اذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان والزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو

(٤٣) د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٥٥٣ وما بعدها.

(٤٤) أحمد حميد الانباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٧، ص ٨٤ وما بعدها.

(٤٥) قرار محكمة التمييز الاردنية رقم ٣٢١٠/٢٠٠٤، هيئة خماسية بتاريخ ١٦/١/٢٠٠٥.

نص قانوني يقضي بغير ذلك"، وهذا الخلاف التشريعي يمثل صعوبة في تحديد مكان إبرام العقد فضلا عن صعوبة تحديد مكان الإبرام الإلكتروني لأن بروتوكولات نقل رسائل البيانات بين نظم معلومات مختلفة عادة تسجل اللحظة التي تكون فيها رسالة البيانات مسلمة أو مقروءة من جانب المرسل اليه لكنها لا تشير الى الموقع الجغرافي لنظم الاتصال<sup>(٤٦)</sup>.

## ٢- ضوابط الإسناد في العقد الإلكتروني (الحكمي):

ينفق مجلس العقد الحقيقي مع نظيره الحكمي من حيث ضرورة توافر أركان العقد المعروفة ومن ثم يتوافر الإيجاب والقبول وتطابقهما على أن مجلس العقد الحكمي يختلف من حيث مكان وزمان صدور الإيجاب ومكان وزمان وصوله إلى علم الموجب له والعكس<sup>(٤٧)</sup>.

### ومن الشروط التالية يتبين خصوصية هذا النوع من العقود وذلك أن:

- ١- يشترط الإيجاب أو القبول وتوافر وسيلة نقله لعلم الطرف الآخر: ويعني ذلك أنه لا بد من صدور الإيجاب أو القبول وفقاً للقانون، بحيث ينوب وصول الإيجاب للموجب له عن حضور الموجب نفسه بمكان وصول الإيجاب إذ يستعاض عن ذلك بوسائل الاتصال وأهمها الإنترنت في حالة التعاقد الإلكتروني.
- ٢- أن يظل المتعاقدان منشغلان بالتعاقد: ويعني أن الموجب يجب أن يظل على إيجابه بحيث لا يصدر عنه ما يفيد عدولة أو إعراضه عنه<sup>(٤٨)</sup>.

وفي الاتفاق بين الحاضرين يشير هنا إلى الحالة التي ينعقد فيها العقد بين طرفين على اتصال مباشر بحيث لا تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به عرفاً، ويتحقق ذلك باجتماع المتعاقدين في مكان واحد، وهو مجلس العقد الحقيقي، وقد يتحد مجلس العقد رغم اجتماع المتعاقدين في مكان واحد كذا في التعاقد بالتليفون أو بطرق أخرى، فيكون مجلس العقد في هذه الحالة مجلس عقد حكمي لا

<sup>(٤٦)</sup> نافع بحر الباني، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، بغداد، ٢٠٠٤، ص ٧٢.

<sup>(٤٧)</sup> نجوي رأفت محمد محمود، النظام القانوني لمجلس العقد الإلكتروني، مجلة جامعة جنوب الوادي، العدد الخامس، ٢٠٢٠، ص ٣٨٢.

<sup>(٤٨)</sup> بهليل فوزية، النظام القانوني لمجلس العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، ٢٠١٥، ص ٢٨.



حقيقي، والتراخي في القبول طالما المجلس منعقد جائز، ومتي ما صدر القبول أثناء انعقاد مجلس العقد وعلم به الموجب ينعقد العقد ويكون منتجاً لأثره في اللحظة التي علم به الموجب، وقد نصت اتفاقية فيينا للبيع الدولي في المادة (٢٣) منها على أن: "العقد ينعقد في اللحظة التي يحدث فيها قبول الإيجاب أثره وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية"، ويحدث القبول أثره وفق المادة (٢/١٨) من اللحظة التي يصل فيها إلى الموجب شريطة أن يصل إلى الموجب خلال المدة التي أشرطها أو مدة معقولة<sup>(٤٩)</sup>.

#### - مكان وزمان انعقاد العقد الإلكتروني:

إن قوانين الدول قد تختلف فيما بينها في تحديد مكان انعقاد العقد أو زمانه، ومن ثم فاختلاف ذلك ينشئ تضارباً في النتائج تبعاً لتضارب الأحكام التشريعية بين دولة وأخرى فما يعتبر من عقود مبرمة في التشريع المصري، قد لا يعتبر كذلك في التشريع العراقي، أو غيره من التشريعات العربية والأجنبية، وذلك كله تبعاً للنظرية التي اتبعتها كل دولة في تشريعها.

**النظريات التي تنحاز للموجب له:** فمصلحة الموجب له تقتضي القول بإتمام العقد فور إعلان القبول أو تصديره، فذلك هو ما يضمن استقرار التعاقد وحرمان الموجب من العدول عن إيجابه منذ هذه اللحظة.

١- **نظرية إعلان القبول:** حيث تقوم نظرية إعلان القبول على أساس أن العقد يتم بمجرد إعلان من وجه إليه الإيجاب عن قبوله، بيد أن مؤيدي تلك النظرية يرون أن لحظة انعقاد العقد تتمثل في اللحظة التي يعلن فيها القابل عن قبوله بالإيجاب، فإن كان الإيجاب موجهاً عن طريق وسائل التواصل الإلكتروني مثل البريد الإلكتروني فإنه حين يقرأ القابل الرسالة عبر البريد ويبدأ بإرسال رسالة رد بالموافقة على ذلك العرض المقدم له، حينئذ يتم القبول في تلك اللحظة حتى قبل الضغط على زر الإرسال للرسالة<sup>(٥٠)</sup>.

٢- **نظرية تصدير القبول:** بالنسبة للعقد الإلكتروني فإن العقد ينعقد في تلك اللحظة التي يتم فيها إرسال القبول عبر البريد الإلكتروني، حيث انه بمجرد الضغط على

(49) ARTICLE 23 "A contract is concluded at the moment when an acceptance of an offer becomes effective in accordance with the provisions of this Convention".

(٥٠) د. على نجيدة، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٩٦.

زر الإرسال بالقبول ينعقد العقد، دون إنتظار وصول الرسالة إلى الطرف المقدم للعرض، ويعزي ذلك إلى أن القبول في هذه الحالة يكون قد خرج عن سيطرة القابل ولا يستطيع استرداده بعد ذلك، فلا يؤثر الوصول أو عدم الوصول كما في حال ضياعها على انعقاد العقد ذاته، لكن تلك النظرية لم تسلم من النقد بسبب إقرارها إنعقاد العقد حتي ولو م يصل القبول إلى الموجب، وهو ما يعني عدم علمه قبول لإيجابه، وهو أمر يترتب عليه أنه قد يقوم ببيع البضاعة المتعاقد عليها لشخص آخر في مكان آخر، في حين أن الشخص الذي أبادي قبوله يكون من حقه مطالبة الموجب بالالتزام العقدي الذي تكون قبوله<sup>(٥١)</sup>.

٣- نظرية استلام القبول (وصول القبول): وهذه النظرية ترى أن العقد ينعقد لحظة وصول القبول الى الموجب أي أن القبول يصبح نافذا لحظة وصوله إلى مقدم العرض، وهي من النظريات التي تتحاز الى جانب الموجب، وطورها الفقه لتحديد وقت نشوء العقد فيما بين غائبين، فلحظة تسلم القبول هي لحظة دخول الرسالة صندوق البريد الإلكتروني الخاص بالموجب حتي ولو لم يعلم بها أو لم يطلع عليها، وقد تبني هذه النظرية الكثير من التشريعات حيث نصت على ذات المعني المادة (٤) من قانو العقد الإلكتروني الياباني<sup>(٥٢)</sup>، كما أخذت اتفاقية فينا لعام ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي بنظرية استلام القبول كقاعدة عامة.

٤- نظرية العلم بالقبول: وهي أيضاً من النظريات التي تتحاز الى جانب الموجب، حيث يرى أنصار تلك النظرية أن العقد ينشأ لحظة علم الموجب بالقبول فعلاً، وذلك عندما يسترجع نظام المعلومات الخاص به ويطلع على الرسالة المخزنة به، وهو ما أخذ به التشريع المصري بما قضت به المادة (٩٧) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه: يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذان يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك، ويفترض علمه بوصول القبول اليه، وكذا فعل المشرع السوري في نص المادة (٢/٩٨) من القانون المدني.

(٥١) نجوي رأفت محمد، النظام القانوني لمجلس العقد الإلكتروني، مجلة جامعة جنوب الوادي، العدد ٥، ٢٠٢٠، ص ٣٨٤.

(٥٢) مشار اليه في: د. أحمد شرف الدين، قواعد تكوين العقد الإلكترونية، ط٢، ٢٠١٣، ص ٦٣.

**موقف المشرع المصري والعراقي:** "يري أنصار نظرية إعلان القبول أنه إذا كان العقد عبارته عن توافق إرادتين فإن القبول كتعبير إرادي يكفي مجرد إعلانه لإبرام العقد ومن هنا يبرم العقد في الزمان والمكان اللذين أعلن فيهما القابل عن قبوله بغض النظر عن تصدير القبول أو وصوله إلى الموجب أو علمه به"<sup>(٥٣)</sup>، وقد أخذت به التشريعات العربية المختلفة<sup>(٥٤)</sup>.

جاء في المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي ما يأتي: "١- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢- ويكون مفروضاً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما"، من خلال هذا النص يتضح لنا، إن المشرع العراقي قد اعتبر مكان انعقاد العقد يتحدد بزمان انعقاده. كما أنه قد أخذ بنظرية العلم بالقبول، فالعقد بالمراسلة يكون قد تم في الزمان الذي علم فيه الموجب بالقبول وفي مكان حصول هذا العلم<sup>(٥٥)</sup>.

وكذلك قد اعتبر أن وصول القبول إلى الموجب قرينة على العلم به وذلك بموجب الفقرة الثانية من هذه المادة، إذ يفترض علم الموجب بالقبول في زمان ومكان وصوله إليه، وهذا هو العلم المفترض أو الحكمي وليس العلم الحقيقي، فوصول القبول إليه هو قرينة افتراض علمه بمضمونه وإن لم يعلم فعلاً، إلا أن ما يمكن ملاحظته على الفقرة الثانية من هذه المادة، أن المشرع قد استخدم كلمة (مفروضاً)، وهذه غير دقيقة وتتناقض مع مفهوم القرينة البسيطة التي يجوز إثبات عكسها، فهي من الفعل الثلاثي (فرض) والتي معناها أوجب وسن.

وهو ما ينطبق على القانون المدني المصري. إذ وضع المشرع المصري قاعدة تقضى بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا حين اتصاله بعلم من وجه إليه، وبعد أن أورد المشرع المصري هذه المادة أرفدها بنص خاص عالج فيه بصورة مباشرة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد في التعاقد بين غائبين، إذ قضى بموجب المادة (٩٧) من تشريعه المدني ما يأتي<sup>(٥٦)</sup>:

<sup>(٥٣)</sup> للمزيد أنظر: أ. د. محمود لطفي محمود، تنازع القوانين بشأن المسؤولية التصيرية عن اتاحه

المصنفات على شبكة الانترنت، ط١، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص ٣٣ وما بعدها.

<sup>(٥٤)</sup> ومنها التشريع الأردني في المادة ١٠١ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦، والمادة ٩٨ من القانون

السوري بمرسوم رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩، والفصل ٢٨ من القانون التونسي رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٥.

<sup>(٥٥)</sup> ما ذهبت إليه محكمة التمييز العراقية في قرارها الصادر في ١٩٥٧/٩/٢١م والمنشور في مجلة

القضاء، ١٩٥٨م، العدد (٢١)، ص ١٠١.

<sup>(٥٦)</sup> نص المادة (٩٧) من القانون المدني المصري.

"١- يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.  
٢- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول".

ويبدو لنا أن السبب في هذا التطابق هو أن القانون المدني العراقي قد اشتق من أصله القانون المدني المصري.

وجاء موقف التشريع الأردني من نص المادة (١٠١) منه على أنه "إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين (صدر فيهما) القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك". على الرغم من ذهاب جانب من الفقه إلى القول بأن القانون المدني الأردني قد اعتنق نظرية الإعلان. وتبرير جانب من الفقه بأن السبب في مسألة أن العقد يتم بإعلان القبول في القانون المدني الأردني، هو أن هذه النظرية تحقق شرط اتحاد المجلس المطلوب في العقود، إلا أننا نعتقد بأن موقف المشرع الأردني لا يختلف عما قلنا في تحديد موقف المشرعين السوري واللبناني، لذلك فإن المشرع الأردني يأخذ بنظرية الإعلان فيما إذا كان القبول لفظاً أو شفاهاً. كما يأخذ بنظرية التصدير إذا كان القبول كتابةً، وذلك لأن في هاتين الحالتين يتحقق صدور القبول وينعقد العقد.

**وفي الفقه الفرنسي** استندوا فيما ذهبوا إليه إلى نص الفقرة الثانية من المادة (٩٣٢) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أن "الهبة لا تصلح إلا إذا وصل رضا الموهوب له إلى علم الموجب"، وقد انتقد جانب من الفقه<sup>(٥٧)</sup>، هذا الرأي وأنكر أن يكون له قيمة، إذ بين أن عقد الهبة هو تملك دون عوض، وهو لهذا تصرف متمم بخطورة دعت المشرع الفرنسي إلى إحاطته بنوع من الشكلية، وأن هذه الحقيقة بالذات تحول دون قياس العقود الأخرى عليه.

لذلك نتفق مع جانب من الفقه في أن هذه النصوص لا تصلح أن تكون أساساً لحل عام لمشكلة التعاقد بين غائبين. أما بالنسبة للقضاء الفرنسي فقد ترددت المحاكم الفرنسية في الأخذ بأي من النظريات التي استعرضناها في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد.

(57) Frejaville Cours de Droit Civil, Licence deuxie me anne, Paris, 1954-1955, P.114.

وكذلك هو حال محكمة النقض الفرنسية، مع تأكيدها مراراً بأن الموضوع يتعلق بمسألة وقائع ناجمة عن سلطة مطلقة للقاضي (لقضاء الموضوع)، إلا أن موقفها هذا منتقد فقد ذكر جانب من الفقه، في انتقاد محكمة النقض في اعتبارها أن المسألة هي مسألة وقائع وليس قانون بقولهم "بما أن العقد مصدراً للالتزام، فإن مسلك محكمة النقض الفرنسية يكون محل نظر، لأن تحديد وقت تمام العقد يتعلق بمسألة قانونية جوهرية هي معرفة اللحظة التي يبدأ منها نشوء الالتزام ولا يكون له وجود فيها". وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى صدور العديد من القرارات القضائية التي تبين لنا أن القضاء الفرنسي يتبنى مذهب تصدير القبول، ومنها محكمة لوش المدنية عام ١٩٤٥م، وأخيراً فإننا نعتقد أن الفقه والقضاء الفرنسي قد مال إلى الأخذ بنظرية تصدير القبول ونستند في قولنا إلى الأدلة الآتية:

١- أعلنت محكمة النقض الفرنسية بصورة صريحة بتاريخ (٧ كانون الثاني ١٩٨١م) مبدأ مفاده أنه عند عدم وجود اتفاق معاكس، ينشأ العقد من تاريخ إرسال القبول وليس من تاريخ استلامه.<sup>(٥٨)</sup>

٢- إن "أكثرية الفقهاء الفرنسيين يقولون بضرورة إتباع نظرية التصدير.

٣- تصريح جانب من الفقه بأن محكمة النقض الفرنسية تأخذ في عقود المراسلة بنظرية تصدير القبول.

ومن الجدير بالذكر إن نظرية التصدير هي النظرية التي اعتمدها اتفاقية فينا الخاصة بالبيع الدولي للبضائع (١٩٨٠م) والتي وقعت عليها (٤٥) دولة ومن ضمنها فرنسا والتي ينطبق حكمها على عقود البيع ذات الصفة الدولية للأموال المنقولة (وليس الخدمات)<sup>(٥٩)</sup>. وبعد أن استعرضنا موقف القانون المدني العراقي وبعض القوانين المدنية الأخرى، سنقوم بتوضيح بعض النقاط المهمة التي تساعد في ترجيح أحد الاتجاهات السابقة.

#### ضابط مكان إبرام العقد الإلكتروني:

قد يثير مكان انعقاد العقد الإلكتروني بعض الجدل والنقاش حول تحديده، فهل يفيد مكان إقامة الممتلك هو مكان انعقاد العقد؟ أم محل الموقع الإلكتروني؟ أم المكان الذي استلم فيه الموجب القبول؟ إن الإجابة على هذا التساؤل قد لا تثير بعض الجدل والنقاش

<sup>(58)</sup> Cass. Civ; janvier 1981; Bull; civ; I; n.14.

<sup>(59)</sup> Jeff C. Dodd and James A. Hernandez; contracting in cyberbasa; computer law Review and Technology Journal – Summer 1998; P.12

كون أن قانون الأونيسترال النموذجي قد حسم ذلك في معرض تحديده لزمان استلام رسالة البيانات والتي اعتمدها لتحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني وأورد ذلك ما لم يقف المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، إن رساله البيانات أرسلت في المكان الذي يقع فيه عمل مقر عمل المنشئ، لتعبير أن رساله البيانات أرسلت في المكان الذي يقع فيه مقر المنشئ، ولتعبير أن رسالة البيانات أرسلت في المكان الذي يقع فيه عمل المرسل إليه<sup>(٦٠)</sup>.

ومن هنا يتضح انه في حال عدم الاتفاق بين الأطراف على مكان إبرام العقد الإلكتروني والذي حدث اثره لحظه التقاء القبول بالإيجاب فان العقد يكون قد انعقد في المكان الذي يقع فيه عمل المرسل إليه<sup>(٦١)</sup>.

وفي حال تعددت المواقع يثبت الموقع الأكثر صلة بموضوع العقد وفقا لما ورد في (أ) من الفقرة (٤) من المادة (١٥) من قانون الانيسترال النموذجي والتي جاء فيها في حالة توافر اكثر من مركز عمل للموجب قد حدد اكثر مراكز العمل الرئيسي للموجب مكانه وهو نفس مكان إبرام العقد الإلكتروني أما اذا لم يكن له مقر عمل مختص بموضوع العقد او لم يكن له مقر عمل خاص به فيتم الأخذ بمكان الإقامة المعتاد بدلا من مقر العمل المعتاد ويحل محله في كاهه التصرفات الخاصة بالعقد الإلكتروني عبر الإنترنت وما ينشأ عن ذلك من ملحقات بالعقد، ويبدو من الأحكام السابقة غموض زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني لم تات بتحديد وإنما تتفق مع القواعد العامة بنظريه العقد بحيث لم تكن هناك خصوصيه للعقد الإلكتروني بخصوص أحكامه.

### ٣- قانون مكان التنفيذ:

#### أ- طبيعة مكان التنفيذ:

فيما يتعلق بمكان تنفيذ العقد الدولي يجب الوفاء حسب الأصل في المكان الذي يتفق عليه المتعاقدا للوفاء بالتزاماتهم، فإذا لم يعين مكان الوفاء وكان في مقدورهم ذلك من واقع العقد وجب التنفيذ في المكان المعين<sup>(٦٢)</sup>، فإذا لم يكن بمقدورهم ذلك يتم التنفيذ وفقاً لمبادئ اليونيدروا، ويجب التفرقة بين الالتزام النقدي والالتزامات الأخرى، وفي حال

<sup>(٦٠)</sup> المادة (٤/١٥) من قانون الانيسترال النموذجي.

<sup>(٦١)</sup> د. محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، ط٥، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥، ص٧٤.

<sup>(٦٢)</sup> Helene Gaudement-Tallon: Compétence et execuion des jugements en Europe، LGDJ، Paris، 2010 ،p.222.etc.

الالتزام النقدي يعد مكان التنفيذ مقر منشأة الدائن، أما بالنسبة للالتزامات الأخرى فإن مكان التنفيذ هو مكان التنفيذ مقر منشأة المدين، وفي حالة تغيير أي من طرفي العقد مكان منشأته المعروفة وقت التعاقد فإنه يتحمل أي زيادة في النفقات المرتبطة بالتنفيذ قد تنتج عن هذا التغيير<sup>(٦٣)</sup>.

وبالنسبة إلى الاستناد إلى ضابط مكان التنفيذ لتحديد القانون واجب التطبيق فقد تبنت بعض التشريعات الاسناد المسبق لقانون دولة التنفيذ بوصفه معبراً عن الثقل في الرابطة العقدية في حال سكوت الإرادة عن اختيار القانون الواجب التطبيق، واعتنق الفقه وغالبية القضاء الاختصاص التشريعي لقانون مكان التنفيذ، فاتجهت احكام القضاء الالمانى والقضاء الفرنسى الى تطبيقه<sup>(٦٤)</sup>.

ويقوم ذلك الاسناد على اساس تركيز مصالح المتعاقدين والغير فى دولة تنفيذ العقد، تماشياً مع الاتجاهات الحديثة فى القانون الدولى الخاص التى تعتد بالتركيز المكانى للروابط العقدية القانونية بعناصرها المادية التى تظهر للعالم الخارجى، وهو ما يجعل غير المتعاقدين على علم بوجود العلاقة ومن ثم يحمى مصالحه المشروعة فى تطبيق قانون مكان التنفيذ.

ومكان التنفيذ يختلف عن محل الإبرام فى كونه يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالعقد ولا يتسم بالعرضية، فمحل إبرام خطوة مرحلية نحو تنفيذ العقد والذي يعد الهدف النهائى للعملية العقدية كلها، بيد أن مكان التنفيذ هو العنصر الأكثر أهمية لتركيز العقد<sup>(٦٥)</sup>، فقانون مكان التنفيذ يتولى علمية التنظيم لطريقة التنفيذ للعقد المبرم، ويراه البعض أنه ضابط غير مقنع فى الوقت نفسه حيث يواجه تطبيقه عوائق كثيرة منها حالة التنفيذ فى أكثر من دولة، وهنا يتوجب تمييز أحد هذه الأماكن وتفضيلها واعتبارها تفوق فى أهميتها وتأثيرها على غيرها، لكن من يدافعون عنه يرون انه طالما أن قانون مكان التنفيذ لا

<sup>(٦٣)</sup> نص المادة (١/٦) من مبادئ العقود التجارية الدولية لعام ٢٠٠٤م والتي أقرت:

1-If the place of performance is neither fixed by, nor determinable from, the contract, a party is to perform: (a) a monetary obligation· at the obligee's place of business; (b) any other obligation, at its own place of business. 2- A party must bear any increase in the expenses incidental to performance which is caused by a change in its place of business subsequent to the conclusion of the contract.

<sup>(٦٤)</sup> هشام صادق، مرجع سابق، ص ٥٥٨ وما بعدها.

<sup>(٦٥)</sup> Mayer: droit international privé, 1977, p.511.

يمكن تقاضي تدخله سواء باسم النظام العام أو القواعد ذات التطبيق الضروري واعتباره من قوانين البوليس فإن تطبيق أي قانون آخر يهدد تماسك العقد، وهنا يكون قانون مكان التنفيذ هو ما يربط العقد بالقانون واجب التطبيق، وهناك صعوبات قد تنجم أيضا عن اغفال تحديد مكان التنفيذ من الأساس وترك طرف معين بالذات مهمة تحديد ذلك، وقد يكون الاتفاق على أن يكون بموطن المدين أو بموطن الدائن<sup>(٦٦)</sup>.

#### ب- مكان التنفيذ في عقود القروض الدولية:

ففي عقود القروض الدولية، ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى الأخذ بمحل تمام أو تحقيق القرض كضابط لتحديد القانون المطبق، بيد أنه وضعت تفسيرين مختلفين لمقصود محل تمام أو تحقيق عقد القرض يشير أولها إلى أنه محل وضع الأموال تحت تصرف المقرض ويتم تركيزه في محل التسليم لهذه الأموال واعتبرت أن وضع الأموال تحت تصرف المقرض لا يعد شرطاً لتمام إبرام عقد القرض وإنما هو عنصر من عناصر التنفيذ له، والثاني هو أن محل تحقيق أو تمام عقد القرض هو محل استعمال الأموال المقرضة، وذلك تقديساً للجانب الاقتصادي للعقد<sup>(٦٧)</sup>.

ويذهب جانب من الفقه إلى أن القرينة التي هي لصالح قانون مكان الإبرام تعتبر في بعض الأحيان كقرينة أساسية للتحقق من القانون الخاص، فإذا كان قانون مكان التنفيذ يختلف عن قانون إبرامه فالقرينة القوية هي لصالح قانون مكان التنفيذ ولو بشكل جزئي، بيد أنه يمكن ان تظهر الظروف أن نيه الأطراف تخضع العقد ككل إلى هذا القانون<sup>(٦٨)</sup>.

ويجد هذا الاسناد مبرراته من قرينة أو ضابط أن دولة التنفيذ هي التي توجد بها مصالح الاطراف، واهتمامهم منصب منذ البداية على قانون الدولة التي يتم تحقيق أهداف العقد وغايته فيها.

<sup>(٦٦)</sup> نص المادة (١٢٤٧) من القانون المدني الفرنسي.

<sup>(٦٧)</sup> حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٢/٢١/١٨٧٤، الجزء الأول، ص ٧٨، مشار إليه في:

د. محمد خالد الترجمان، مرجع سابق، ص ١٠٨.

<sup>(٦٨)</sup> علاء الدين محمد ذيب، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في القانون الأردني

والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية، الأردن، ٢٠٠٤،

ص ٢٢٢.



ورغم ذلك هناك صعوبة في اعمال هذه القرينة وبخاصة في الحالات التي يتم فيها تنفيذ العقد في عدة دول، فتتعدد أماكن تنفيذ العقد الرئيسي، وتثار صعوبة أمام القاضي وهي عدم تحديد مكان تنفيذ العقد، حيث يغفل الاطراف عادة مكان تنفيذ العقد، وفي هذه الحالة يتم اللجوء الى القرينة بواسطتها تحديد مكان التنفيذ عند إغفال الأطراف له ومن الأفضل إسناد العقد إلى قانون مكان الإبرام<sup>(٦٩)</sup>.

ففي ظل غياب الإرادة لاختيار القانون الواجب التطبيق على علاقة معينة، يظهر هنا دور القاضي المختص بالنزاع في تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، والقاضي هنا لا يقوم باستقصاء إرادة الطرفين، أي انه لا يحدد هذا القانون وفقاً لمعيار شخصي ينظر من خلاله لطرفي العلاقة، إنما يفرض عليهما إرادة غير موجودة فعلاً وهي ما يطلق عليها الإرادة المفروضة، ويتم تحديدها بناء على معيار موضوعي وهو معيار الرجل المعقول، فمثلاً خلال العلاقات التعاقدية التي تنشأ في إطار العقود التجارية الدولية يحدد القاضي القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقات على أساس أنه القانون الذي يختاره متعاقدان وفق المعيار السالف، أما بالنسبة لخطاب الاعتماد وكذلك خطاب التأييد، فإن أعمال معيار الرجل المعقول يقتصر على طرف واحد وهو البنك مصدر الاعتماد أو البنك المؤيد على أساس أن كلا من خطاب الاعتماد والتأييد مصدرهما الإرادة المنفردة للبنك مصدر الاعتماد أو مؤيده<sup>(٧٠)</sup>.

ويفاضل القاضي بين قرائن مختلفة تتمثل في (المحل - مكان التنفيذ - الموطن المشترك...)، وفقاً لظروف كل علاقة على حده ليجد الأنسب منها، وهي عملية صعبة مما حدا ببعض التشريعات إلى تقييد سلطة القاضي هنا بعدة قيود ومنها ما ورد في نص المادة (١/١٩) من التشريع المصري، ونص المادة (١/٢٠) من التشريع الأردني، بتحديد الموطن المشترك، ومكان التصرف، ولكن ليس من الضروري أن يكونا الأنسب، لذا أفسح المشرع المجال للقضاء في بعض التشريعات لاختيار الأنسب، ففي التشريع الإنجليزي لا يوجد ما يلزم القاضي بقرائن معينة، ويأخذ القضاء الإنجليزي في اعتباره أن تكون الصلة قائمة بين النظام والعقد أو المعاملة موضوع النزاع، فيأخذ تارة بمكان إقامة المتعاقدين أو مكان عملهما، أو مكان التنفيذ أو مكان إبرام العقد، وقد أخذت بعض

(٦٩) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد، مرجع سابق، ص ٢٠١.

(٧٠) حسام جريس المعشر، تنازع القوانين والاختصاص القضائي في العلاقات الناشئة عن الاعتمادات المستندية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ١٩٩٤، ص ١٤١.

الأحكام القضائية الفرنسية بقانون مكان التنفيذ باعتباره القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية<sup>(٧١)</sup>، وأخذت المحاكم الإنجليزية به وبخاصة في قضية "Assunzione" عام ١٩٥٤، حيث كانت الروابط تقريباً متوازنة بين القانون الإيطالي والقانون الفرنسي حيث وجب على المحكمة استخدام زوج من المقاييس لتحديد القانون الخاص بالعقد فالقضية تتعلق بتحميل القمح من "Dunkirk" إلي "Venice" على سطح سفينة إيطالية والمستأجرون هم عبارة عن منظمة من تجار حبوب فرنسيين، تم نقل القمح وفقاً لموافقة متبادلة بين الحكومات الفرنسية والإيطالية، لكن مالكي السفينة الإيطالية لا يعلمون بذلك، وقد تم التفاوض على المراسلة بين سماسرة فرنسا وسماسرة إيطاليا وتم صياغته شكلياً في باريس باللغة الإنجليزية على أن تدفع رسوم الشحن وغرامة التقاعس تدفع بعملة إيطالية في إيطاليا حيث تم الإقرار بالإجماع بأن القانون الإيطالي هو القانون الخاص بالعقد كان العامل الحاسم وجوب تنفيذ الطرفين في إيطاليا، كما أن المحاكم الإنجليزية تحكم ببطلان العقد حتى لو كان العقد صحيحاً وفقاً للقانون الخاص بالعقد، إذا كان العقد باطلاً وفقاً لمكان التنفيذ، ففي قضية "Ralli Bros" لعام ١٩٢٧ قامت شركة إنجليزية باستئجار سفينة أسبانية لحمل بضائع من القنب من كالكوستا إلى برشلونة بمعدل ٥٠ دولار لكل طن ونصف ويتم دفعه عند تفريغ البضاعة في أسبانيا، ووفقاً للقانون الأسباني للدفع فإن هذه الشحنة تم منعها لتجاوزها المعدل القانوني الأقصى لأجر الطن وقام مالكي السفينة برفع دعوي في إنجلترا لعدم الدفع المعادل للشحن مرتكزين على الطبيعة المطلقة للالتزام التعاقد في القانون الإنجليزي ولم تحاول محكمة الاستئناف تصنيف الحظر الأسباني كشرط موجه وإلزامي فمثل هذا التصنيف غير ضروري لأن العقد يتم تنفيذه ككل في أسبانيا<sup>(٧٢)</sup>.

كما يأخذ القضاء الإنجليزي بمكان تنفيذ العقد على أنه الأوثق صلة بالعلاقات الناشئة عن عمليات الاعتماد المستندي، حيث اعتبرت المحاكم الإنجليزية مكان التنفيذ هو القانون الواجب التطبيق على خطاب الاعتماد<sup>(٧٣)</sup>.

(71) Batiffol et Lagarde: traite de droit international privé, paris, 7 em édition, tii, 1983, p.292.

(72) Davidson Sommers and Georges Delume: conflict avoidance in international loans and monetary agreements, Law & Contemporary Problems Review, Duke University Schools of Law, July, 1956. p.225.

(73) فقد أخذت محكمة استئناف الإنجليزية به أحد قضاياها، للمزيد أنظر:

وفي قضية أخرى ذهب القضاء الإنجليزي إلى اعتبار مكان التنفيذ هو القانون الواجب التطبيق حيث قررت المحكمة انه في حالة غياب أي نص يحدد هذا القانون فإنه يتعين النظر إلى القانون الذي يرتبط به هذا العقد أو الاعتماد بصورة وثيقة، وقررت المحكمة أنه ما دام الاعتماد قد صدر من خلال بنك في نيويورك وكان قابلاً للتنفيذ لديه، فإن مكان هذا البنك هو المكان الذي تقدم فيه المستندات والذي يتعين الوفاء فيه، كما أن عملة دولة هذا البنك هي العملة الواجب الوفاء بها وسندات السحب كانت مسحوبة على ها البنك، لذا فكافة عناصر تنفيذ الاعتماد كانت قائمة في مكان هذا البنك، لذا قررت المحكمة أن قانون ولاية نيويورك هو القانون الواجب التطبيق<sup>(٧٤)</sup>.

وتأخذ المحاكم الأمريكية بقانون مكان التنفيذ على اعتبار أنه القانون الأوثق صلة وارتباطاً، حيث نصت المادة (١-١٠٥/١) من القانون التجاري الأمريكي الموحد (UCC) على أنه في حالة غياب الاتفاق بين الأطراف على اختيار قانون معين يحكم العلاقة بينهم، وهذا القانون التجاري الموحد يطبق اذا كان له اتصال مناسب بهذه العلاقة، وقد ورد في التعليق الرسمي على هذه المادة أن هذا القانون يكون له اتصال معقول بمعاملة معينة، اذا كان قانون مكان تمام هذه المعاملة أو قانون مكان تنفيذها<sup>(٧٥)</sup>.

ويرى الباحث أنه على الرغم من الانتقادات التي وجهت الى ضابطى مكان الابرام ومكان التنفيذ الا أنهما ذا أهمية خاصة مكان التنفيذ الذى يعد اهم القرائن فى توطين العقد وتشخيص الاداء المميز له، وهو أوثق صلة بالرابطة العقدية لكنه لا يكفى لمواجهة كافة الفروض المتنوعة التى كشف عنها التطور التكنولوجي فى مجال التجارة الدولية، وهو الأمر الذى دفع المشرع فى بعض الدول مثل سويسرا واتفاقية روما الى تبنى ضوابط أكثر مرونة في حالة غياب الإرادة.

Power curber international LTD.V ،national bank of Kuwait.s.a.k.(2/1981) Iloyds rep.395.

(74) Offshore international S.A.V. Banco central S.A.and another (1977)1 W.L.R.339.

(٧٥) وهو ما أخذ به في أحد القضايا، للمزيد أنظر:

Dynamics corporation of America v.citizens & southern national bank (12 ucc Rep serv.317).

### ج- مكان التنفيذ في العقود الإلكترونية:

وبالنسبة للعقود الإلكترونية فلم تتضمن النصوص الوطنية للدول والاتفاقيات الأوروبية حلول محددة لإشكالية مكان التنفيذ الحقيقي للعقود المبرمة إلكترونياً كما الحال في التوجيه الأوروبي رقم ٢٠٠١/٤٤ الصادر في ٢٢/١٢/٢٠٠٠، والخاص بالاختصاص في تعريف وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والتجاري والذي حل محل اتفاقية بروكسيل لعام ٢٠٠٢، لتتوافق مع التجارة الإلكترونية فلم يتضمن تفسيرات يمكن من خلالها تحديد مكان تنفيذ الالتزام الحقيقي<sup>(٧٦)</sup>، ولهذه الصعوبة طرحت حلول للقياس عليها ومنها بيع البضائع واعتبر أن مكان تنفيذ العقد هو مكان تسليم الأشياء أو الخدمات، وهذا الأمر لا يطرح إشكالية بالنسبة لتسليم الأشياء المادية (سلعة أو منتج) فإذا لم يتفق الأطراف على مكان التنفيذ يكون التسليم في مكان المشتري، ولكن في حال كان المحل خدمات أو أشياء غير مادية فلا يصح القياس هنا مثل الاستشارات القانونية أو الطبية على الخط أو تحميل برامج كمبيوتر، فيكون مكان التنفيذ في الأولي مكان البث أو التحميل أما في الثانية يكون مكان الحاسب الآلي المرسل له البرنامج، فمكان التنفيذ هو مكان المستضيف<sup>(٧٧)</sup>.

### د- مكان التنفيذ في عقود البيوع البحرية:

لاشك أن العقد يستمد صفته الدولية من طبيعة العلاقة التي يحكمها، وهناك معايير جاء بها القانون الموحد للبيع الدولي الذي وضع بموجب اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٦٤ بناء على هذه الاتفاقية فإن البيع الدولي لا يرتبط باختلاف جنسية المتعاقدين ولذا يعد البيع دولياً ولو كان كل من البائع والمشتري من جنسية واحدة، وإنما العبرة باختلاف مراكز أعمال الأطراف المتعاقدة أو محال إقامتهم العادية إضافة إلى أن هناك معايير أخرى لدولية العقد وفقاً للاتفاقية ومنها:

- ١- وقوع عقد البيع على سلع تكون عند إبرام عقد البيع محلاً لنقل من دولة إلى أخرى ويعرف ببيع البضاعة في الطريق أو تكون بعد إبرام البيع محلاً لمثل هذا النقل.
- ٢- صدور الإيجاب والقبول في دولتين مختلفتين ولا يشترط أن تكون الدولتين اللتين يقع فيهما مركز أعمال المتعاقدين ومحال إقامتهما العادية بالعبرة باختلاف دولة الإيجاب عن دولة القبول.

<sup>(٧٦)</sup> د. بدر شنوف وآخرون، إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ورقة مقدمة إلى ملتقى الدول (الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية) جامعة الشهيد حمد، الجزائر، ٢-٣ ديسمبر، ٢٠١٩، ص ١٦٦ وما بعدها.

<sup>(٧٧)</sup> Gautrais.G.Leflovre et K.Benykhlef، 'droi du commerce electronique enormes applicable l'emergence de la lex -electronic 'revue droit des affaires international، NO.5، 1997، p.559.

٣- تسلم المبيع في دولة غير التي صدر فيها الإيجاب والقبول.

وعقد البيع الدولي والذي بموجبه يتم عملية تبادل السلع شراء وبيع لكنه يتميز عن العقد الداخلي بسبب دوليته في التعامل أي تعدد دول الأطراف أو محل البضائع، وقد جرت الجهود نحو وضع قواعد موضوعية موحدة<sup>(٧٨)</sup>، حيث أن قواعد تنازع القوانين هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق على عقود البيوع الدولية بسبب أن هذه البيوع قد تكون محكومة بأكثر من قانون وطني، وهذا ما أعطي البائع والمشتري قليل من الأمان القانوني، وهو ما حدا بضرورة إيجاد قواعد موحدة للبيع الدولي، وهو من أهم الأعمال التي أنجزتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، فكان قانون البيوع الدولية للبضائع على جدول أعمالها منذ عام ١٩٦٨ وأقرت الجمعية العامة مشروع القانون ثم أحيل إلى المؤتمر الدبلوماسي الذي انعقد في مدينة فيينا لدولة النمسا في الفترة من ١٠ مارس إلى ١١ أبريل لعام ١٩٨٠، حيث أقر المؤتمر مشروع القانون بعنوان اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع وهي اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، ونظمت الاتفاقية بين طائفتين من التعاملات، الاتفاقيات التي تبرم بين أشخاص القانون الدولي العام، والطائفة الثانية التي تبرم بغرض التنسيق بين التشريعات الوطنية التي تنظم علاقة من علاقات القانون الخاص<sup>(٧٩)</sup>.

وقد وضعت اتفاقية فيينا عدة مبادئ وردت في المادة (٧) منها تعلق بتفسير أحكامها بقولها: يراعي في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها ومراعاة حسن النية في التجارة الدولية، وجاءت الفقرة الثانية على الموضوعات التي لم ترد في الاتفاقية بقولها: المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي تتناولها هذه الاتفاقية ولم ترد بشأنها نصوص فيها يتم تنظيمها وفقا للمبادئ العامة التي تقوم عليها، بيد أنها جاءت بعدة مبادئ هامة منها:

**الحفاظ على التوحيد:** بهدف حماية التجارة الدولية وإزالة العقبات القانونية التي تعوق سهولة إبرام العقود التي يتم بموجبها تداول السلع بين الدول، ومراعاة حسن النية وهو مبدأ أخلاقي أكدت عليه الاتفاقية في الفقرة (١) من المادة (٧) بنصها: يراعي في تفسير هذه الاتفاقية كما يراعي ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية، وأيضا

<sup>(٧٨)</sup> الطيب عبد الرحمن محمد، أهمية العقد الدولي في التجارة الدولية والقانون الواجب التطبيق عليه، مجلة

دراسات حوض النيل، جامعة النيلين، المجلد ١٠، العدد ٢١، ديسمبر ٢٠١٨، ص ١٧ وما بعدها.

<sup>(٧٩)</sup> Delphine Archer: Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (Etudes de conflis de lois), Thèse du doctorat, Tome I, Université de Crgy-Pontoise, 2006.

احترام إرادة المتعاقدين وهو ما نصت عليه المادة (٦) بقولها: يجوز للطرفين استبعاد تطبيق هذه الاتفاقية كما يجوز لهما فيما عداه الأحكام المنصوص عليها في المادة (١٢) مخالفة نص من نصوصها أو تعديل أثارها وهذا يشير إلى أن الاتفاقية تركت الباب مفتوحاً أمام المتعاقدين في حرية اختيار القانون الذي يحكم عقودهم التجاري<sup>(٨٠)</sup>، وأيضاً أكدت على الالتزام بالعرف، ودوره المتعظم فجعلت للعرف الذي يتفق طرفا البيع على تطبيقه قوة ملزمة<sup>(٨١)</sup>.

**ترجيح الضوابط المادية والمجردة من الصفات الشخصية:** حيث تفترض الفقرة الأولى من المادة (٩) أن الطرفين اتفقا ضمناً على تطبيق كل عرف كان يعلمان به أو كان ينبغي أن يعلما به، وتسعى الاتفاقية إلى إحداث توازن بين طرفي البيع، بحيث لا تطغي الالتزامات على أخرى.

وفي حالة البيع الجاري في مرفأ الشحن وهي تسمى ببيع التحميل فهي التي تسلم البضاعة المباعة فيها في ميناء الشحن، ومنذ إتمام عملية التسليم يصير المشتري هو المالك للبضاعة وهو المسؤول عن تحمل تبعات مخاطرها في أثناء الرحلة البحرية، ولملائمتها فقد ذاع استعمالها، لكونها تتم بين تجار من دول مختلفة، ولما قد تثيره من مشكلات بسبب تداخل تنفيذ عقد البيع مع تنفيذ عقد النقل البحري.

**وتنقسم إلى عدة أنواع:** البيع سيف "CIF" والبيع فوب "FOB" والبيع سي أند أف "C&F" والبيع فاس "FAS".

أ- وتشمل فئة أنواع البيع (E) نوع واحد هو البيع تسليم مكان الإنتاج، ويرمز له بالحروف "EXW" وفيه يلتزم البائع بتسليم المبيع في مكان عمله، وتبرأ ذمة البائع بوضع البضاعة تحت تصرف المشتري في الموعد المحدد وفقاً للعقد سواء في المصنع أو مخزن البيع أو المزرعة، ولا يكون فيه البائع مسؤول عن شحنها إلى الناقل ولا التخليص الجمركي في التصدير ويتحمل المشتري تلك المصروفات ويتحمل تبعه المخاطر في مراحل النقل.

ب- **بيع الفئة (F):** وهو من نوع ببيع تسليم ميناء القيام وفيه ثلاث أقسام: القسم الأول: تسليم الناقل "FCA" ويتم فيه تنفيذ التزام البائع بالتسليم حين يقوم البائع بتسليم البضائع إلى ناقل يحدده المشتري في المكان المتفق عليه لينقلها إلى بلد المشتري،

<sup>(٨٠)</sup> وليد على محمد، مرجع سابق، ص ١٦.

<sup>(٨١)</sup> نص المادة (٧/ ١ / ٢) من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٨٠.

وهنا يلتزم البائع بتخليصها جمركيا، ويتحمل جميع مخاطرها حتي تسلم إلى الناقل، وفي المقابل يتحمل المشتري مخاطر البضائع من الوقت الذي يتم فيه تسليم البضائع الى الناقل ويتحمل النفقات التي يحتاجها المبيع حتي وصوله الى مكان معين<sup>(٨٢)</sup>.

**والقسم الثاني:** وهو بيع رصيف السفينة في ميناء الشحن "FAS" وهنا يكون البائع نفذ التزامه بتسليم البضائع حين يقوم بوضعها على الرصيف الذي ترسو عليه السفينة الناقلة في ميناء الشحن، وفيه يتحمل البائع جميع المخاطر والنفقات حتي وضع تلك البضائع بمحاذاة السفينة، ويتكفل المشتري فيه بكافة نفقات ومخاطر الشحنة من لحظة تنفيذ البائع لالتزامه، **والقسم الثالث:** وهو التسليم ظهر السفينة "FOB" ويعني أن البائع يتحرر من التزامه بالتسليم عندما يقوم بتسليم البضائع المباعة على ظهر السفينة التي يعينها المشتري، وهنا يتحمل البائع تخليصها من الجمارك ويتولى المشتري إبرام عقد النقل البحري وإبرام عقد التأمين على البضائع باعتبار أن تبعة المخاطر تنتقل للمشتري من لحظة وضع البائع البضائع على ظهر السفينة.<sup>(٨٣)</sup>

**ج- بيع الفئة (C):** ويتضمن أربعة أنواع تتمثل في: الأول: البيع مع تحمل البائع تكلفة البضاعة وأجهزة نقلها (CFR) حيث يتحمل البائع نفقات نقلها حتي وصولها ميناء الوصول والتسليم من قبله يتم عندما تعبر البضائع المباعة حاجز السفينة الناقلة في ميناء الشحن، وبعد تمام التسليم تنتقل تبعة المخاطر إلى المشتري، والثاني: البيع مع تحمل البائع تكلفة البضاعة وأجرة النقل ونفقات التأمين (CIF)، والثالث هو البيع مع تحمل نفقات النقل إلى مكان معين للوصول (CPT) ويتحمل فيه البائع أجرة نقل البضاعة حتي وصولها إلى نقطة وصول محددة في عقد البيع وعندما يتسلم المشتري البضاعة تنتقل تبعة المخاطر له ويلتزم البائع بتسليم البضاعة الى عهدة الناقل الأول، والرابع: هو البيع مع تحمل البائع نفقات النقل والتأمين الى مكان معين للوصول محدد بالعقد (CIP)<sup>(٨٤)</sup>.

(٨٢) د. هاني دويدار، الوجيز في القانون البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٣٠٥ وما بعدها.

(٨٣) إبراهيم بشير عبد الله، أحكام التسليم والقبض وأثارهما في العقود في القانون مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الخرطوم، ٢٠٠٩. ص ٥٦ وما بعدها.

(٨٤) على البارودي، وهاني دويدار، مبادئ القانون البحري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٢٥٠ وما بعدها.

د- فئة البيع (D): وفيه يتحمل البائع مخاطر البضاعة ونفقات نقلها حتي مكان الوصول وهي بيوع ميناء الوصول وهي تنقسم الى خمس أنواع: النوع الأول: وهو البيع تسليم الحدود (DAF) ويلتزم البائع بتسليم البضاعة المباعة بوضعها تحت تصرف المشتري في مكان متفق عليه عند الحدود قبل المنطقة الجمركية، ويقوم بدفع رسوم الجمارك في منطقة حدود الدولة المستقبلة، والنوع الثاني وهو البيع تسليم السفينة في ميناء الوصول (DES) ويوفي فيه البائع التزامه بتسليم البضاعة على ظهر السفينة في ميناء الوصول المتفق عليه ويتحمل تخليص البضائع من الجمارك في التصدير أما في الاستيراد فيتحمّلها المشتري، والنوع الثالث يتمثل في البيع تسليم رصيف ميناء الوصول (DEQ) خالص الرسوم والجمارك، والرابع يتمثل في البيع مع عدم دفع الرسوم الجمركية (DDU) يسلمها للمشتري دون أن يكون عليه التزام بدفع رسوم الاستيراد وإجراءاته ولا مخاطر، والنوع الأخير يتحمل فيه دفع الرسوم الجمركية (DDP).

#### التسليم المبيع والثمن:

أ- تسليم المبيع: والتسليم إما أن يكون حقيقي أو حكمي، وفي التسليم الحقيقي يختلف وفقاً لنوع البضاعة سواء كان عقار أو منقول، وهنا نجد التشريع حدد طرق التسليم والقبض بنصه بأنه يختلف وفق طبيعة كل حالة، ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة المبيع<sup>(٨٥)</sup>. وبالنسبة للعقار يكون تسليم البائع له بالتخلي عنه بحيث يكون للمشتري القدرة على تملكه<sup>(٨٦)</sup>، أما في المنقول ورد عند الشراح أنه يكتفي فيه في بعض الحالات أن يكون بتسليم مفاتيح المنزل أو الصندوق أو المخزن أو مكان يحتوي آخر شريطة عدم وجود عائق من وضع يد المشتري عليه، وهو يعتبر تسليم رمزي<sup>(٨٧)</sup>، ويتم التسليم في المنقول كذلك بتحويل سند الشحن أو الإيداع أو التخزين للمشتري إذا كان المنقول مشحوناً أو مودعاً أو مخزوناً في جهة ما أو بتسليم السند

<sup>(٨٥)</sup> (نص المادة ٤٣٥ / ١ من القانون المدني المصري، والمادة ٢/٤٧٢ مني كويتي، والمادة ٥٤٠ مني يمني، والمادة ١/٣٧٠ مني سوداني).

<sup>(٨٦)</sup> د. أنور سلطان، العقود المسماة، ط٢، دار نشر الثقافة، الإسكندرية، ١٩٥٢، ص ٢٤٦.

<sup>(٨٧)</sup> د. سليمان مرقس، ومحمد على أمام، مرجع سابق، ص ٣٢٧، وكذلك، د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص ٢٦٦، ومحكمة النقض المصرية جلسة ١/٣٠/١٩٤٧، مجموعة عمر ٥٠، رقم ١١٧، ص ٣٢٧.



للمشتري إذا كان السند لحامله، ويكون تسليم الأسهم والكمبيالات والشيكات لحاملها وفقاً لرأي السنهوري بالمناولة وفي السندات الإذنية يكون التسليم بالتظهير وفي الأسمية لا يتم التسليم إلا بعد القيد في دفاتر الشركة<sup>(٨٨)</sup>.

**وفي التسليم الحكمي:** وله عدة صور: **الصورة الأولى:** التي يكون فيها المبيع في حياة المشتري قبل البيع: وهنا لا فرق أن تكون حياة المشتري السابقة للمبيع بسبب مشروع أو بسبب غير مشروع مثل كون المشتري غاصباً من البائع، ولا يحتاج المشتري إلى استيلاء مادي جديد ليتم التسليم ما لم يتفق على خلاف ذلك لأن التسليم تحصيل حاصل (التسليم باليد القصيرة)<sup>(٨٩)</sup>، **والصورة الثانية:** التي يكون فيها البائع قد أبقى المبيع تحت يده بناء على طلب المشتري<sup>(٩٠)</sup>، **والصورة الثالثة:** تتمثل في إنذار البائع للمشتري بالتسليم، **والصورة الخامسة:** هي صورة تسجيل المبيع باسم المشتري، **والصورة الخامسة** هي الحالات التي توجب النصوص التشريعية أنها تعتبر تسليمياً، **والصورة الأخيرة** تتمثل في الاتفاق بين طرفي العلاقة.

**ب- مكان التسليم:** لم يرد في القانون المدني المصري في النصوص الخاصة بالتزام البائع بتسليم المبيع نص يتحدث عن مكان تسليم المبيع، وقد ذهب شراح القانون إلى أن القواعد العامة هي التي تطبق لتحديد المكان الذي يجب أن يسلم فيه البائع المبيع، وهذه القواعد تنص على أنه: ١- إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، ٢- إما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال<sup>(٩١)</sup>.

وإن كان الفقه قد ذهب إلى أن هذا النص هو الذي يطبق لتحديد مكان تسليم المبيع، والأصل هو اتفاق الطرفين وإلا بالعرف، لذا على المبيع الذي يتفق على تصديره أو إرساله إلى المشتري فإن مكان التسليم هو محل وجود المبيع وقت انعقاد العقد، وغالباً

(٨٨) د. عبد الرازق السنهوري، مرجع سابق، ص ٥٩٢.

(٨٩) د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٣٢٩.

(٩٠) نص المادة ٤٣٥ مدني مصري، والمادة ١/٤٩٨ مدني أردني، والمادة ١/٥٢٩ معاملات مدنية

إماراتي.

(٩١) نص المادة (٤٦٣) من القانون المدني المصري

ما يكون موطن البائع أي أن التسليم يتم عند ميناء الشحن موطن البائع، لذا فتبعية الهلاك تكون على المشتري أثناء النقل إلى بلده، وهناك حكم خاص في ذلك أورده التشريعات ومنها: إذا تضمن العقد أو اقتصادي العرف إرسال المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا جري إيصاله إليه ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك<sup>(٩٢)</sup>، بيد أن اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ نصت فيما يتعلق بمكان التسليم للمبيع في البيوع الدولية على أنه: "إذا كان البائع غير ملزم بتسليم البضائع في أي مكان معين آخر فإن التزامه بالتسليم يكون على النحو الآتي:

أ- تسليم البضائع إلى أول ناقل لإيصالها إلى المشتري إذا تضمن عقد البيع نقل البضائع.

ب- وفي الحالات التي لا تندرج تحت الفقرة السابقة إذا كان العقد يتعلق ببضائع محددة أو بضائع معينة بالجنس ستسحب من مخزون محدد أو تصنع أو تنتج، وعرف الطرفان وقت إبرام العقد أن البضائع موجودة في مكان معين أو أنها ستصنع أو ستنتج في مكان معين يلتزم البائع بوضع البضائع تحت تصرف المشتري في ذلك المكان.

ج- وفي الحالات الأخرى يلتزم البائع بوضع البضائع تحت تصرف المشتري في المكان الذي كان يوجد فيه مكان عمل البائع وقت إبرام العقد<sup>(٩٣)</sup>، أما في البيوع المغير مقترنة بالنقل فإن مكان تسليم المبيع هو مكان وجود المبيع وقت العقد أو مكان تصنيعه أو إنتاجه متى ما تعلق العقد ببضائع محددة أو بضائع معينة بالجنس ستسحب من مخزون محدد أو تصنع أو تنتج، وعرف الطرفان وقت إبرام العقد أن البضائع موجودة في مكان معين أو أنها ستصنع أو ستنتج في مكان معين، وفي غير تلك الحالات فإن مكان تسليم المبيع يكون في مكان وجود عمال البائع وقت إبرام العقد وليس وقت التسليم.

وبالنسبة لمكان تسليم الثمن فقد حددت التشريعات مكان الثمن المعجل عند سكوت إرادة المتعاقدين عن بيانه وعدم وجود عرف يطبق بمكان وجود المبيع وقت العقد الذي هو مكان تسليم المبيع عند خلو العقد من نص يحدد مكان تسليم المبيع، ولكن في حالة اختلاف مكان تسليم المبيع عن مكان تسليم الثمن فمثلا اتفق الطرف الموجود في

<sup>(٩٢)</sup> نص المادة (٤٣٦)، مدني مصري، والمادة ٤٩٩ مدني أردني).

<sup>(٩٣)</sup> نص المادة (٣١) من اتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٠.

القاهرة لكمية من الحديد موجودة في الإسكندرية وحدد في العقد أن يكون مكان التسليم في موطن المشتري بالقاهرة وكان الثمن معجلاً ولم يحدد مكان تسليمه فإنه وفقاً للنصوص يكون مكان تسليم الثمن في الإسكندرية مكان وجود المبيع وقت البيع ومكان تسليم المبيع في القاهرة، وقد نص القانون المدني المصري في شأن مكان تسليم الثمن في عقد البيع على أنه: "١- يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، ٢- فإذا لم يكن الثمن مستحق وقت تسليم المبيع وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن".

وقد نصت اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ في هذا الصدد على أنه: "١- إذا لم يكن المشتري ملزماً بدفع الثمن في مكان معين وجب عليه أن يدفعه إلى البائع: أ- في مكان عمل البائع أو ب- في مكان التسليم إذا كان الدفع مطلوباً مقابل تسليم البضائع أو المستندات، ج- يتحمل البائع أي زيادة في مصاريف الدفع ناتجة عن تغيير مكان عمله بعد انعقاد العقد"، ويتضح أن الأصل في تحديد مكان تسليم الثمن هو اتفاق الطرفين، فإن لم يحدداً مكان فإنه وفقاً للقواعد المكملة الواردة في النص فإن مكان تسليم الثمن يكون: في مكان عمل البائع، أو يتم تسليم الثمن في مكان تسليم البضاعة أو فتح الاعتماد المستندي أي موقع البنك.

## (٢): الضوابط الموضوعية المرنة في تحديد القانون الواجب التطبيق:

يتم اللجوء إلى أعمال ضوابط الإسناد المرنة في الحالة التي لم يختار الأطراف القانون المختص، ولم يحدد المشرع ضوابط جامدة في هذا الشأن، ومن ثم يعتمد القاضى إلى إستخلاص القانون الواجب التطبيق بالنظر إلى تركيز العقد بتحديد طبيعته الذاتية، وهو الإسناد المستقل لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الموحدة في ضوء فكرة محل الأداء المميز<sup>(٩٤)</sup>.

(أ): التركيز الموضوعى لرابطة العقد: يعد الالمانى "سافيني" أول من أصل لهذه الفكرة، إلى أن تطورت على يد الفرنسي "باتيفول"، ومقصود تلك الفكرة يذهب إلى أن تحديد القانون الواجب التطبيق يتم من خلال تركيز العقد وفق معطياته الخارجية، حيث يعود فيها القاضى لتعيين القانون المختص إلى دور الإرادة في تحديد مقر العقد على إعتبارها عنصراً هاماً "ومؤثراً" في عملية التركيز، لكنها أيضاً ليست العنصر الحاسم ويلاحظ ذلك من خلال إهمالها في الحالات التي لا تعبر فيها حقيقةً عن المكان الذي يتعين تركيز العقد فيه، لذا فقد رأى "باتيفول" وجوب التركيز المكانى للرابطة العقدية في

(٩٤) محمد بلاق، مرجع سابق، ص ٥٤.

ضوء ظروف العقد وأحداثه الخارجية لكل حالة على حده، ومتى تم تركيز العلاقة العقدية فإن القانون الذي يتم إختياره من قبل الأطراف يكون محل تطبيق على العقد<sup>(٩٥)</sup>.

#### وتعتمد تحقيق فكرة تركيز موضوع العقد على الأتي:

١- يتم الاعتماد على ضابط إسناد واحد يصلح للتطبيق على كافة العقود الدولية بإخضاعها لقانون محل إبرام العقد.

٢- يكون للقاضي سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق، حيث يعتمد في ذلك على ظروف العقد، أي نهج القانون الخاص بالعقد.

٣- يتم الاعتماد على ضابط إسناد لكل طائفة معينة من العقود.

ورغم أن "باتيفول" قد سلم من قبل لإسناد إرادة المتعاقدين لإختيار القانون، إلا أنه عدل عن ذلك لاحقاً مفضلاً الإختيار الصريح في حدود معينة<sup>(٩٦)</sup>.

ونتيجة الإعتماد على فكرة تركيز العقد، فإن هناك نتائج مترتبة على ذلك، لعل من أهمها: إستبعاد نظرية العقد المجرد من كل قانون وربطه بقانون دولة ما، ووجوبية توافر الصلة بين العقد والقانون المختار للتطبيق، كما تحتم تلك الفكرة على طرفي العقد مراعاة كل الأحكام الواردة بالقانون الذي يحكم العقد، وألا يمكن في هذه الاحوال تجزئة العقد، ويتم الإبقاء على دور إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق مع رفض إندماج القانون في العقد وإعتباراً بمنزلة الشروط العقدية<sup>(٩٧)</sup>.

وقد تعرضت تلك الفكرة للنقد، نظراً لتجاهل الطبيعة الخاصة بكل عقد، وعدم إهتمامها بوضع قواعد تنازع تلائم عقود التجارة الدولية وهو الأمر الذي دفع الى البحث عن وسائل تكفل منع الأطراف من الغش نحو القانون.

**(ب): الأداء المميز للعقد:** تشير هذه الفكرة إلى تنوع معاملة العقود وتوحيد القانون الذي يحكمها وفقاً للإلتزام الرئيسي، وقد عرف الأداء المميز للعقد الاستاذ Jean.Baptiste بأنه: الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى، كما عرفة van.overstraeten بأنه: الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع القابل النقدي واجباً<sup>(٩٨)</sup>.

إذاً فكرة الأداء المميز للعقد لا دور فيها للإرادة بل هي موضوعي بحث، تعتمد على أن كل عقد ينفرد بأداء يميزه ويحدد خصائصه، والتركيز يكون بناء على عناصر مادية وموضوعية تنطلق من طبيعة الرابطة العقدية، فالرابطة بين طرفي العقد وبخاصة

<sup>(٩٥)</sup> خالد عبد الفتاح محمد خليل، مرجع سابق، ص ١٢٧.

<sup>(٩٦)</sup> H-Batiffol et P-Lagarde, OP. Cit, P 268.

<sup>(٩٧)</sup> محمد بلاق، مرجع سابق، ص ٥٧.

<sup>(٩٨)</sup> مشار اليه في: صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص ٣٣٦.

الطرف المدين تأتى متوافقه مع إحترام توقعاتهم بحيث يتم إخضاع العقد لقانون المدين بالأداء المميز للعقد، ومن ثم يجعل وسيلة تحديد القانون الواجب التطبيق سهلة بوصفها الوسيلة التى بمقتضاها يتم تعيين أكثر القوانين إتصالاً بالعقد<sup>(٩٩)</sup>.

وتعد نظرية الأداء المميز أحد أهم المبادئ الرئيسية لقانون التجارة الدولية، وأحد أسس إتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ التى تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولية للمنقولات المادية ولا سيما المادة (٣) منها، وتبنتها إتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ فى المادة (٤) منها، كما تبنتها العديد من التشريعات الوطنية مثل القانون السويسرى لسنة ١٩٨٧، والقانون النمساوى لسنة ١٩٧٨ فى المواد (٣٨، ٣٩، ٤٠)، وقانون التحكيم الاردنى رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ فى المادة (١٣٦/ب)، والمادة (٢٦) من القانون الدولى الخاص التونسى لسنة ١٩٩٨.

وفى فرنسا تبنت محكمة إستئناف Grenoble فى حكم صادر ٣١ سبتمبر ١٩٩٥ ضابط الأداء الميز بشأن عقد بيع مبرم بين شركة إيطالية يوجد مركزها الرئيسى فى إيطاليا ومشتري فرنسى وقررت تطبيق القانون الإيטالى بصفته قانون المدين بالأداء الميز فى العقد مستندة فى ذلك إلى المادة (04/ فقرة 02) من إتفاقية روما لعام ١٩٨٠ والتى تطبق فى حالة عدم وجود إختيار ضمنى أو صريح للقانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف فيكون العقد خاضع للنصوص العامة لإتفاقية روما<sup>(١٠٠)</sup>.

ورغم ذلك لم يسلم هذا الإسناد من النقد، ومن أهم تلك الإنتقادات التى تعرض لها صعوبة تحديد الإلتزام الذى يشكل الأداء المميز عن غيره فى ظل وجود إلتزامات متقابلة ومتعددة فى العقد، كما أن هناك صعوبة تحديده فى العقود المركبة، كما يكن أن يمثل إضرارا" بالطرف الضعيف فى العقد وبخاصة فى عقود الاستهلاك.

**ويرى الباحث أنه بناء على ما سبق يكن القول أنه فى الغالب فى حالة تحديد القانون الذى سيحكم العلاقة العقدية يكون الأفضل تحديده بشكل صريح لتجنب الصعوبات التى تثيرها عملية تطبيق منهج التنازع عند إعماله وتطبيقه على عقود التجارة الدولية.**

### **ثانياً: الضوابط المادية فى تحديد القانون الواجب التطبيق فى ظل غياب قانون**

#### **الإرادة:**

قد تواجه عقود التجارة الدولية صعوبات تتعلق بالبحث عن قواعد مادية ذات صلة بالتجارة الدولية بعيداً عن القوانين الوطنية، والتى تنظم بشكل مباشر الروابط القانونية، سواء كانت قواعد مادية ووضعية لحل المنازعات فى عقود التجارة أو قواعد مادية واقعية

<sup>(٩٩)</sup> عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية، ص ٦٢.

<sup>(١٠٠)</sup> مشار إليه فى: خالد عبد الفتاح، مرجع سابق، ص ١٦٢.

لحل منازعات تلك العقود، وهناك إتجاهات تتبنى تسميات القواعد المادية فهناك من يتبنى تسميتها بالقواعد الموضوعية ومنهم الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة والدكتور محمد عبد الله المؤيد وغيرهم<sup>(١٠١)</sup>، وهناك من يتبنى تسميتها قواعد مباشرة أو قواعد موضوعية من أمثال "vitta"<sup>(١٠٢)</sup>، وهناك التسمية التي يؤديها غالبية الفقه وهي القواعد المادية ومنهم بوير "H. Bauer"، وفرانكسكاكي<sup>(١٠٣)</sup> "Francescakis"، ولأفيل "Level"، وكذلك أوفيريك، ديبايتز "S. Depitre"، وجولدمان، فوشار، كان "KAHN"، ولوسوارن "Y. Loussouarn" وغيرهم، حيث يرون أن القواعد المعنية بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية لا تقتصر على ما تضعه الدول وتطبقه بما لها من قوة إجبار كما في العلاقات الداخلية، كما أن فقه التجار يذهب إلى أن القانون يتكون من الإتفاقيات والقوانين والأعراف والعادات التجارية الدولية والمبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة، وتقنيات السلوك والعقود النموذجية.

وبصرف النظر عن التعريفات المختلفة التي وردت للقواعد المادية وخصائصها والأسباب التي أدت إلى تغليبها من أجل إعادة التوازن إلى العلاقة العقدية فإن أهم مصادر القواعد المادية تتمثل في الأتي:

#### أ- القواعد المادية الداخلية والإتفاقية:

وفيما يتعلق بالقواعد المادية الداخلية فإنها بدورها تنقسم إلى قواعد مادية تشريعية وأخرى قضائية، والقواعد المادية التشريعية فقد تصدت النظم القانونية لتنظيم الروابط العقدية الخاصة بالتجارة الدولية رغم صعوباتها ومنها التشريع التشيكي الصادر في ٤ ديسمبر ١٩٦٣ والتقنين الألماني الصادر في ٥ فبراير ١٩٧٦<sup>(١٠٤)</sup>، أما المجالات التي تعمل فيها القواعد المادية التشريعية فعلى الرغم من سعة الإختلاف في تحديدها بين دولة وأخرى إلا أن من الفقه من يشير إلى بعضها ويقع معظمها في القواعد المتعلقة بمركز الأجانب كقواعد الإقامة وإبلاغ وثائق الإجراءات التي تتم في الخارج وقواعد

<sup>(١٠١)</sup> د. احمد سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص ٣٠٨ د. محمد عبد الله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي (مشار له في كتاب اخر لذات المؤلف، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول المقررة في القانون اليمني، ط١، ١٩٩٨/١٩٩٩ ص ١٢٥).

<sup>(١٠٢)</sup> Vitta(E), International Conventions & National Conflict Systems, R.C.A.D.I., 1969, I, P.187- 188.

<sup>(١٠٣)</sup> Fouchard (Ph), L arbitrage Commercial International, Dalloz, Paris, 1965, NO.576, P.401.

<sup>(١٠٤)</sup> د. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٧٠٩.

الإستيراد والتصدير والأحكام المتعلقة بالعلاقات النقدية مع أجنبي وبالذات قوانين الإستثمار الأجنبي<sup>(١٠٥)</sup>، ويمكن أن نشير إلى قانون الإستثمار الصادر بتاريخ ١٩٦٦/١٢/٢٨ والذي أقر نظاماً قانونياً للإستثمارات الأجنبية في فرنسا<sup>(١٠٦)</sup>.

وفى مصر صدرت سلسلة من القوانين المنظمة للإستثمارات الأجنبية، فقد تبنى المشرع المصري في أوائل السبعينيات ما يسمى بسياسة الإنفتاح الإقتصادي لتشجيع جذب الإستثمارات ورؤوس الأموال الأجنبية فأصدر القانون رقم (١٥٦) لسنة ١٩٧٣ بشأن إستثمار المال الأجنبي في مشروعات التنمية الإقتصادية.

ثم توضحت معالم هذه السياسة بإصدار القانون رقم (٦٥) لسنة ١٩٧١ والذي حل محله القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ في شأن إستثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة ثم القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ بإصدار قانون الإستثمار ولأئحته التنفيذية واخيراً القانون النافذ رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ في شأن ضمانات وحوافز الإستثمار<sup>(١٠٧)</sup>.

ومن أهم القواعد التى ترسخت فى التشريعات الداخلية: الثبات التشريعي للقانون وهو ما أكدته نص المادة (٢) من قانون اصدار القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ المصرى، وقانون الإستثمارات الكاميروني لعام ١٩٦٠ وقانون البترول الإيراني لعام ١٩٥٧ اللذين اوردا قواعد مماثلة<sup>(١٠٨)</sup>، أما قانون الإستثمار العربي رقم ٦٢ لسنة ٢٠٠٢ فإنه بعد أن ألغى قانون الإستثمارات العربية رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٨ والقرارات اللاحقة له أوجب على المشروعات القائمة قبل نفاذه تكييف أوضاعها بما يتناسب وأحكامه خلال مدة (٣)

(105) Simon-Depitre (M), Les Regles Materielles, Op.Cit, P. 595.

وقد سبقت الاشارة الى القواعد المادية التي تبناها المشرع العراقي في شان النقل الدولي في المواد ١٥٠، ١٠٣، ٤٩ من قانون النقل النافذ رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ وفضلا عما سبق تبنى المشرع الاحكام الخاصة بالعقود النموذجية التي تصدرها غرفة التجارة الدولية والتي تسمى الانكوتيرمز وبين احكامها في الباب الخامس من قانون التجارة النافذ رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ ويضم هذا الباب احكاما لثمانية عقود نموذجية ولهذا فان مصدر هذه الاحكام قد كرس في تشريع وطني رغم اهميتها العابرة للدول وشهرتها الواسعة في الممارسات التجارية بجعلها تفوق أي تشريع وطني اخر.

(106) DEBy-GERARD (F), OP.Cit, P.124. PINTO (R), Le Rgime Juridique Des Investissement Etrangers En France, Clunet, 1967, No. 2, P.235.

(١٠٧) د. هشام علي صادق ود. حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول- الجنسية ومركز الاجانب، دار الفكر الجامعي في الاسكندرية، ١٩٩٨-١٩٩٩، ص ٣٣٩.

(١٠٨) د. احمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، ع ٤٣، ١٩٨٧، ص ٧٠، ٧١.

ثلاث سنوات من تاريخ نفاذه دون بيان الحكم الواجب بشأن الإعفاءات والمزايا الممنوحة بموجب قانون الإستثمارات العربية الملغى<sup>(١٠٩)</sup>، ايضاً إختصاص القضاء وحده بفرض التأميم والحراسة على المشروعات الإستثمارية، وعدم شمول منتجات المشروع للتسعير الرسمي، وتسوية منازعات الإستثمار.

لكن فيما يتعلق بالقواعد الوطنية القضائية: فقد نصت المادة (٤) من التقنين المدني السويسري الصادر عام ١٩٠٧ على أنه: في حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه فإن القاضي يحكم بمقتضى القانون العرفي، فان لم يوجد عرف، فبحسب القواعد التي كان سيضعها هو لو انه باشر عمل المشرع، وكذلك المادة (٤) من التقنين المدني الفرنسي، ومن اهم القواعد القضائية قاعدة حرية إختيار عملية قواعد العقد الدولي<sup>(١١٠)</sup>، ايضاً من تلك القواعد إستقلال إتفاق التحكيم ففي قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ قد قرر في المادة (١٠) الأتى:

- إتفاق التحكيم هو إتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.
- يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان للدعوى المشار إليه في الفقرة الاولى من المادة (٣٠) من هذا القانون كما يجوز أن يتم إتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الأتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الإتفاق باطلاً.
- ويعتبر إتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد الى وثيقة تتضمن شرط تحكيم اذا كانت الإحالة واضحة في إعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد.
- أن هذا النص وإن كان غير قاطع الدلالة على إستقلال إتفاق التحكيم الا أن مضمون الفقرتين الاخيريتين يشير إلى إستنتاج ذلك.

وايضا من تلك القواعد أهلية الدولة وهيئاتها العامة فى الخضوع للتحكيم وفي مصر نجد الفقه المصري يؤسس على المادة (١) من قانون التحكيم النافذ جواز خضوع الدولة وهيئاتها العامة للتحكيم ومن ثم عدم إختصاص القضاء الاداري بتلك المنازعات شرط خضوعها لقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، ولا يكون ذلك الا فى حالتين: الأولى: اذا

<sup>(١٠٩)</sup> انظر المواد ٢٢ و ٢٣ من القانون رقم ٦٢ لسنة ٢٠٠٢.

<sup>(١١٠)</sup> Loussouarn (Y), Op.Cit., P.310. Rev. Crit. 1950, P.609, Note Batiffol..



كان التحكيم يجرى فى مصر، وإذا كان تجاريا دوليا فى الخارج وأتفق الأطراف على إخضاعه لأحكام هذا القانون، أما التحكيم الذى يجرى فى الخارج يختص به مجلس الدولة<sup>(١١١)</sup>.

ويمكن اسناد الرأى السابق بالتعديل التشريعي لقانون التحكيم المصري السابق بموجب القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ والذى أضاف فقرة ثانية الى المادة (١) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ تنص على الاتي: وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى إختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولايجوز التفويض فى ذلك.

**أما القواعد الإتفاقية:** فتتمثل فى المعاهدات والإتفاقيات ومن أمثلتها إتفاقية فيينا للبيع الدولى للبضائع لعام ١٩٨٨، وإتفاقية أوتاو للإيجار التموليى الدولى لعام ١٩٨٨، وإتفاقيات النقل الدولى.

#### ب- قواعد المنظمات الدولية وتقنيات السلوك:

والتي تشير إلى عدة مصادر منها أعراف وعادات التجارة الدولية والتي تعنى الممارسات المعتادة بين أطراف المعاملات الدولية سواء وصلت إلى مرحلة العرف الملزم أو لم تصل، حيث جرى قضاء التحكيم التجارى الدولى بإعتباره القضاء العام الذى تشكلت فى إطاره العادات والأعراف على تطبيقها تطبيقاً دون حاجة لاعمال منهج قاعدة التنازع، رغم أن العادة والعرف ليس على درجة واحدة لدى المحكم.

كما نصت إتفاقية فيينا الخاصة بالبيع الدولى للبضائع لسنة ١٩٨٠ فى المادة (١/٩) على: يلتزم الطرفان بالأعراف التى أتفقا عليها وبالعادات التى أستقر عليها التعامل بينهما، وتكتسب الأعراف التجارية صفتها كمصدر من خلال العقود النموذجية التى تكونت بطريق الممارسة وشاع إستخدامها، ومن خلال القواعد التى تهemin على نشاط تجارى معين مثل الحرير وغيرها.

وايضا من تلك القواعد مبادئ التحكيم التى تم اعتمادها وفق قانون الاونسترال والتي من أهمها: حرية الأطراف فى إختيار المحكمين والإجراءات واللغة المستخدمة وذلك بنص المادة (٩) منها والتي تقابلها المادة (١٤) من قاون التحكيم الاردنى، والمادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى، والمساواة فى المعاملة وفق نص المادة (١٨) من قانون الاونسترال، وشكل التحكيم، والإعتراف وتنفيذ أحكامه.

(١١١) د. هشام صادق ود. حفيفة الحداد، مصدر سابق، ص ٢٢٢.

### الخاتمة

تعرضنا خلال هذه الدراسة إلى البحث في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، وما يثيره من إشكالات وبخاصة في ظل غياب تحديد ذلك القانون وفق قانون الإرادة، وهذا الموضوع له من الأهمية ما يعبر عن تطور التجارة الدولية ونموها وتشعب مشكلاتها، بشكل افرز أوضاعاً إقتصادية وقانونية جديدة، كما كشف في الوقت نفسه قصور النظم الوطنية في بلوغ حد الكفاية لمواجهة متطلبات هذه العقود، والتصدي لما ينشأ عنها من منازعات، حيث قدمت القوانين الوطنية حلول مختلفة ترتب عليها وجود قلق في مجال التجارة الدولية، وهو ما عرض المناهج التقليدية الى النقد من قبل الفقه القانوني، وهو أمر دفعت بالتشريعات الحديثة الى تأكيد حق الإرادة في إختيار القانون الذي يحكم العقد التجارى الدولي سواء بصفة صريحة أو ضمنية، ولكن إستقرار هذا المبدأ لم يرد إلا في القرن التاسع عشر في ظل المذاهب الفردية التي تأكدت فيها فكرة قانون الإرادة بوصفها تعبيراً على الانعكاس القانوني للفلسفات الإجتماعية والإقتصادية التي كانت سائدة وقتئذ، بيد أن إرادة الأطراف ليست طليقة وإنما مقيدة فقد أصبح القاضى يتدخل حتى في الحالات التي يختار فيها الأطراف القانون المطبق على العقد التجارى الدولي والتي وردت خلال الدراسة، كما أنه عند سكوت المتعاقدين عن إختيار قانون العقد ولا يستطيع القاضى الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف يتعين عليه هنا اللجوء الى ضوابط الاسناد الاحتياطية في قانونه، لذا عرمت بعض التشريعات الوطنية الى أعمال الضوابط الخاصة بالمتعاقدين والتي تتمثل في قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفقاً للحالة، أو أعمال الضوابط الخاصة بالعقد والتي تتمثل في قانون مكان إبرام العقد ومكان التنفيذ، وإن كانت هذه الإتجاهات تحترم اليقين القانونى ولا تفاجىء الاطراف بما لم يتوقعوه، إلا أنها تتسم بالجمود الذى لا يتلائم وتنوع وطبيعة العقود في إطار التجارة الدولية وإختلاف ظروفها، وهو الأمر الذى دفع التشريعات والإتفاقيات الحديثة مثل إتفاقية روما وغيرها إلى إتخاذ مواقف متباينة تحقق الأمان القانوني للمتعاقدين دون أن تضحي باعتبار العدالة وما تقتضيه من مرونة في الإسناد.

وقد سعت الهيئات الدولية في ظل تطور التجارة الدولية إلى توحيد قواعد منازعات العقود التجارية الدولية، وبالمقابل تسعى أغلب الأنظمة الوطنية ومنها العربية في تحديث أنظمتها الوطنية من أجل مواكبة التطور التجارى، لذا سعت الدراسة إلى تناول القواعد المادية والموضوعية التي تحكم مناعات عقود التجارة الدولية، وعلاقتها بسلطان الإرادة التعاقدية وحرية المتعاقدين في إختيار القواعد التي تحكم العقد التجارى الدولي شريطة عدم مخالفتها للنظام العام والآداب.

## قائمة المراجع

### أولاً: المراجع باللغة العربية:

#### ١- الكتب:

١. إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
٢. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.
٣. إبراهيم شحاته، اجتهاد القاضي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية لجامعة عين شمس، ع٢، س٤، لعام ١٩٦٢.
٤. ابن منظور، لسان العرب، باب السين، فصل الجيم، المجلد الاول، ط١، دار المعارف.
٥. أحمد عبد الكريم سلامة، مسائل الاجراءات في الخصومة المدنية الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي ع٢٤٢، ١٩٨٦.
٦. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
٧. السيد عبد المنعم حافظ السيد، التعريف بالقانون الدولي الخاص، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠١٢.
٨. أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، ع٤٣ لعام ١٩٨٧.
٩. حفيظة السيد الحداد، الوجيز في القانون الدولي الخاص: المبادئ العامة في تنازع القوانين، الكتاب الاول، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٣.
١٠. د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة، ١٩٩٦.
١١. حمزة حداد، قانون التجارة الدولي، الدار المتحدة للنشر، بيروت ١٩٨٠.
١٢. حنان عبد العزيز مخلوف، العقود الدولية، كلية الحقوق، جامعة بنها، ٢٠١٠.
١٣. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة: (اتفاق التحكيم)، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٤.
١٤. سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٠.
١٥. صالح المنزلاوى، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨.
١٦. طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة، عمان ١٩٩٧.
١٧. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، دار الهومة للطباعة والنشر، الجزائر، ٢٠٠٩.
١٨. عصام القصبى، قانون التجار أمام هيئات التحكيم التجارى الدولي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦-٢٠١٧.
١٩. عصام الدين القصبى، التحكيم في منازعات الاستثمار، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٣-٢٠١٤.

٢٠. عبدالرسول عبدالرضا، الجنسية والعلاقات الدولية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.
٢١. عصمت عبد المجيد بكر، اثر تغيير قيمة النقد في الالتزامات العقدية بحث م من مجلة القانون المقارن، ع ٣٢ لعام ٢٠٠٢.
٢٢. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، (د ط)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.
٢٣. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ج ١، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٧.
٢٤. على على سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط ٥، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ٢٠٠٨.
٢٥. محمد محسن النجار، التنظيم القانوني لعناصر الملكية التجارية والصناعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
٢٦. مصطفى ياسين محمد، النظام القانوني لمكافحة الاغراق والدعم السلعي الصناعي في إطار منظمة التجارة العالمية، مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لإتفاقيات منظمة التجارة، ٩- ١١ مايو ٢٠٠٤، كلية الشريعة والقانون، دبي.
٢٧. مغاوري شلبي على، حماية المنافسة ومنع الاحتكار بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
٢٨. منصور مصطفى منصور، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار المعارف، القاهرة، ١٩٥٦.
٢٩. محمد عبد الله المؤيد، المصدر السابق، ص ١٢٩، وكذلك فؤاد العلواني ود. عبد جمعة موسى الربيعي، الاحكام العامة في التفاوض والتعاقد- التعاقد عبر الانترنت
٣٠. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٠.
٣١. محمد سمير الشرقاوي، عقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
٣٢. هشام صادق ود. حفيظه الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ١٩٩٨-١٩٩٩.
٣٣. د. هشام على صادق، تنازع القوانين: دراسة مقارنة على المبادئ العامة والحلول الوضعية المقرر في التشريع المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٣.
٣٤. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط ٢، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧.
٣٥. هاني دويدار، اثر الإتفاقية العامة للتجارة في الخدمات في المهن الحرة: نحو توحيد النظام القانوني للخدمات الراسمالية وغير الراسمالية: دار الجامعة، الاسكندرية، ٢٠٠٠.
- ٢- الدراسات العلمية:**
٣٦. أحمد حميد الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٧.

٣٧. أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٠.
٣٨. عثمان وهيب، دور المنظمات التجارية الدولية في توحيد قواعد قانون التجارة الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور طاهر مولاى، ٢٠١٥.
٣٩. قادر لطفى محمد الصالح، آليات حماية المنافسة في التجارة الدولية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير، بسكرة، ٢٠١٩.
٤٠. عدلى محمد عبد الكريم، انتقام القانونى للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجنبية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١١.
٤١. علاء الدين محمد، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي فى القانون الاردنى المقارن، رسالة دكتوراة فى القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان للدراسات العليا، الاردن، دون سنة.
٤٢. محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية فى منازعات عقود التجارة الالكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١١.
٤٣. مشوار حمزة، القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قاصد مرياح، ٢٠١٦.

#### ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية:

1. Fontanel, j, rganisations economiques internationales, paris, masson, 1995.
2. B. Goldman "The Complementary roles of Judges and Arbitraaaators in insuring that international commercial arbitration is effective, 60 years of ICC Arbitration 1984. Rep. Dr. Int, Op. Cit., n. 90.
3. F.E. Klein "La Convention de New York pour la reconnaissance et l'e'xecution des sentences arbitrales etrange' res "Rev.Suisse de Jurisprudence, 1961, p.229; p. Sanders. Op. cit.
4. R. David, L'arbitrage dans le commerce International,, Paris, 1981, note.1.
5. P. Coontini, International Commercial Arbitration. The United Nation Convention on the recognition and enforcement of Foreign Arbitrat Award, American Journal of Comparative Law (Am.J. Com.L),1959.
6. L. Cappelli- Perciballi "The application of the New York, Convention to dispute between states and private individuals: The problem of sovereign immunity , 'International lawyer (int'llays) 1975, p. 197; p. Sander: "The New York Convention, in Internation Commercial Arbitration ", Vol. 11. 1960, p. 299; Albert Jan Van Den Berg " New York Convention of 1958, Consolidated commentary cases reported in volumes XIII 1986-VIX 1989.
7. Curzon, price Victoria, Gatt s new trade policy review mechanism 'the world economy, 1991, volume 14 ,No 2.

8. Peter Van den Bossche The Establishment Of The World Trade Organization: The Dawn of A New Era in International Trade? MJ 1 ، 1994.
9. Gaumont.prat ،Droit de la propriete industrielle, litec droit, paris, 2005, no.218.
10. John H. Jackson، Designing، Implementing Effective Dispute settlement Procedures WTO Dispute Settlement، Appraisal and Prospects, in The WTO as an International Organization 161 (Anne O. krueger ed; Chicago; University of Chicago press, 1998.
11. Kenneth W. Dam، The GATT: Law and International Economic Organization (1970) THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS.
12. Gabrielle Marceau، “WTO.dispute settlement and human rights”, European Journal of International Law, vol.13, No.4, 2002.
13. Appellate Body Report، India– Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and industrial products، WT/DS90/AB/R,adopted September1999,DSR, IV, Paras.
14. Patocchi.j.m ، Regles de rattachement localisatrices et re `gles de rattachement a `caracte `re substantiel geneve, 1985.
15. PICONE, I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto del riforma del dipp0, RDIPP01990.
16. Jaquet. principed, autonmie et contrats internationaux, econmica, 1983.
17. Piconec.p, le norme di conflitto al ternative in material di fillazione, rivista, 1997.
18. Patocchi, op cit ،p24 ،n494
19. -Kegel(G), The Crisis Of Conflict Of Laws, R.C.A.D.I, 1964.
20. Goldstajn(A), usages of trade and other autonomous rules of international trade according to the UN (1980) sales convention, oceana publications, 1986.
21. David(R), The methods of unification، Am. J. Com. L., 1986, Vol. 16.
22. Bauer(H), Les Traites et Les regles de droit international prive materiel, Rev. Crit, 1966.
23. Fouchard (Ph), L'arbitrage Commercial Internatonal، Dalloz، Paris, 1965..
24. Deby– Gerard (F)، Le Role De la Regle De Conflit Dans Le Reglement Des Rappports Internationaux, Dalloz, Paris, 1973, No. 321.
25. Audit (B), The Vienna sales convention and the lex mercatoria, Juris publishing, 1998, Available at web with permission of juris publishing.
26. L Kopelmanas “Arbitrage et verification technique de la bonne execution de contrats internationaux dans le domaine de l'industrie, Rapport au IV Congres International de l'arbitrage, Rev. Arbitrage 1972.