جامعة المنصورة

كلية الحقوق

قسم القانون الدولي الخاص

بحث بعنوان

حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الوكالة التجارية الدولية

مقدم من الباحث

محمد عبدالقادر حفني الخطيب

١٤٤٤هـ – ٢٠٢٣م

تحت إشراف

أ.د/ محمد السيد عرفة

أستاذ القانون الدولي الخاص

وعميد كلية الحقوق– جامعة المنصورة (السابق)

حُرِّيَّة اَلْأَطْرَافِ فِي اِخْتِيَارِ اَلْقَانُونِ اَلْوَاجِبِ اَلتَّطْبِيقِ عَلَى مُنَازَعَاتِ عُقُودِ اَلْوِكَالَةِ اَلتِّجَارِيَّةِ اَلدَّوْلِيَّةِ

مُقَدِّمَة:

لما كانت عقود التجارة الدولية –بصفة عامة– تتصل بعدة دول مما يرتب ارتباطها بأكثر من نظام قانوني، فإذا ثار نزاع بشان مسالة تتعلق بتلك العقود فان التساؤل الذي يبرز هنا هو كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة تزاحم اكثر من قانون يصلح تطبيقة على النزاع، وهو ما يطلق عليه اصطلاحا إشكالية تنازع القوانين، وقد أقر الفقه والتشريعات الوضعية الحديثة ثلاثة مناهج في شأن معالجة ظاهرة، "تنازع القوانين"[1]، أي لتحديد القانون الذي يحكم العلاقات الخاصة الدولية ومنها تحديد القانون الواجب التطبيق، وهي منهج الإسناد أو ما يسمى اصطلاحاً بمنهج قاعدة التنازع، ومنهجي التحديد المباشر وهما منهج القواعد الموضوعية، ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري، بيد أن تفعيل تلك المناهج والأساليب هي مهمة المحكمة أو هيئة التحكيم التي تنظر النزاع، ولا يكون لإرادة الأطراف دوراً فيها أو يكون دورها ضعيفا أو بسيطا.

من اجل ذلك ظهرت الحاجة إلى تفعيل دور إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وإطلاق حريتهم في ذلك، من اجل التخطيط لعقودهم ومعرفتهم منذ البداية القانون الذي يحكمها، حتى لا يفاجئوا بتطبيق قانون اخر لم يكن في حسبانهم أو توقعاتهم. وهو ما أطلق عليه اصطلاحا (مبدأ قانون الإرادة).

---

(١) يقصد بتنازع القوانين تزاحم قوانين دولتين أو أكثر بشأن حُكم علاقة من علاقات القانون الخاص إذا كان أحد عناصرها أجنبياً – راجع مؤلف استاذنا الدكتور. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص – الجزء الأول – الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين ومركز الإجانب، دار النهضة العربية – القاهرة ، ط ٢٠١٩، ص ٨٩. ويرى استاذنا الدكتور – وبحق – عدم صلاحية هذا المصطلح، لأنه من جهة، يوحي بأن هناك مناضلة وصراع بين القوانين من أجل غلبة أحدهما على الباقين كي يفوز بحكم العلاقة، ولكن حقيقة الأمر أنه لا توجد مناضلة بين هذه القوانين بالمفهوم الفني لكلمة " تنازع " ، وكل ما هنالك أن مشرع كل دولة يضع قواعد إسناد كي تحكم العلاقات القانونية الخاصة للأفراد التي تتصل بدولته عن طريق موضوعها أو سببها أو أطرافها، فيرجح عنصر من هذه العناصر على غيره، وتكون نفس العلاقة متصلة أيضا بدولة أخرى يختار مشرعها عنصرا أخر يعطي بناء عليه حكم هذه العلاقة لقانون دولته، من ثم تبدو الصورة فى نهاية الأمر وكأن هناك تعدد في القوانين المؤهلة لحكم نفس العلاقة القانونية. فالتنازع بمعناه الحرفي لا يُمكن تصور وقوعه فيما بين القوانين ذاتها، لأنها تنبع من سيادات دول مختلفة ويكون كل قانون محدود بحدود سيادة دولته، ولا يستطيع أن يتعدى هذه الحدود، وينازع قانون دولة أو دول أخرى حكم علاقة معينة.

ومن جهة أخرى فإن استخدام مصطلح " تنازع القوانين" يتسم بعدم الدقة، لأنه لا يجوز استخدامه للتعبير عن عمليتي التنازع أو التعدد بين القوانين والمفاضلة بينها لاختيار أنسبها. فعملية تعدد أو تزاحم القوانين تُعد عملية منفصلة تماما عن عملية الاختيار بين القوانين المتعددة، ولذلك ذهب فريق من الفقه إلى استخدام تعبير " تناسق القوانين" أو التنسيق بين القوانين والتي يطلق عليها باللغة الانجليزية Harmony of laws بدلا من تعبير " تنازع القوانين Cnflict of lanes " ويستخدم فريق اخر من الفقهاء مصطلح " سلطان القانون من حيث المكان"، وذلك على الرغم من إصرار الرأي الغالب على استخدام مصطلح تنازع القوانين.

وفي النهاية يرى استاذنا الدكتور ..أنه يُمكن الإبقاء على هذا المصطلح للتعبير عن ظاهرة تعدد القوانين وادعاء كل منها حكم علاقة قانونية خاصة ذات عنصر أجنبي. أما عملية المفاضلة بين هذه القوانين واختيار أحدها فلنطلق عليها وصف "اختيار القانون الواجب التطبيق choice of lon والتي تحددها قواعد الإسناد الوطنية في قانون القاضي.

أولا: أهمية البحث:

يبرز دور وأهمية مبدأ قانون الإرادة في أنه يُعد الضابط الأساسي المعتمد حال تزاحم وتنازع القوانين فيما يخص العقود الدولية بصفة عامة، كضابط اسناد أول، له الصدارة، أخذت به أغلب التشريعات، ومنها المشرع المصري، مع فرض بعض الشروط والضوابط(٢).

ثانيا: إشكالية البحث:

تكمن الإشكالية في أنه وإذا كان من المستقر عليه حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الوكالة التجارية الدولية، بيد أن ذلك الحق وتلك الحرية يجب الإفصاح عنها، فإذا كانت ضمنية دقت الصعوبة هامتها، فضلا عن أن تلك الإرادة قد تصطدم بالقواعد الإلزامية بالأنظمة القانونية – قواعد النظام العام – كما قد تؤدي إلى محاولة التلاعب والتحايل على القانون – الغش نحو القانون– مما يستوجب تحديد نطاق ومجال تلك الحرية حتى تتوافق مع الأنظمة القانونية.

ثالثا: تساؤلات البحث:

يطرح البحث عدة تساؤلات أهمها ماهية مبدأ قانون الإرادة، وأساسه القانوني، وتعريفه، وطرق التعبير عن الإرادة بصورتيها الصريحة والضمنية وفي الحالة الأخيرة فما هي الدلالات والأمارات والقرائن التي تدل عليها(٣)، وصولا إلى بيان حدود ونطاق المبدأ.

رابعا: منهج البحث:

وقد اعتمد البحث المنهج الوصفي التحليلي لتناول موضوع وتساؤلات البحث، ذلك أنه يؤدي إلى تحليل النصوص القانونية وتتبع أثرها، الأمر الذي بدوره ينتج إجابات على التساؤلات المطروحة.

خامسا: خطة البحث:

بهدف الوصول إلى الإجابة على التساؤلات المطروحة نقسم الدراسة في هذا البحث على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم مبدأ قانون الإرادة.

المطلب الثاني: طرق التعبير عن الإرادة.

---

(٢) أنظر د/ حفيظة السيد الحداد، تنازع القوانين في عقود الوكالات التجارية، بحث منشور بمجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، لبنان ٢٠٠٤، العدد ٢ ، ص ١٢٥.

(٣) انظر استاذنا الدكتور. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص – الجزء الأول - الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين ومركز الإجانب، مرجع سابق، ص٩٦

المطلب الثالث: مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

المطلب الرابع: نطاق حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

المطلب الأول

مفهوم مبدأ قانون الإرادة

مما لا شـــك فيه أن أطراف العقد الدولي بصـــفة عامة يتمتعوا بكامل الحرية في تعين القانون الواجب التطبيق الذي يحكم عقدهم، وهو ما يوجب على القاضي الوطني وهيئة التحكيم الالتزام بإحترام ذلك الإختيار، بيد أن ذلك الألتزام مر بتطورات عديدة حتى وصل إلى الاستقرار عليه، إذ في بـــداية الامر تنازع الفقه كثيرا حول تلك المســـالة، ومدى إلزامية تطبيق قانون الإرادة، وإنقسموا في ذلك بين مؤيد ومعارض، ذلك أن الإرادة أمر باطنى يدور داخل النفس الإنسانية، وبالتالى لا يترتب عليها أى أثر قانونى، إلا إذا ظهرت إلى الخارج وأفصح عنها أصحابها(٤).

ويمكن القول بأن حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم عقدهما تنشـــأ من مبدأ سلطان الـــارادة، ولا تختلف العلاقة التعاقدية التي تنشـــأ بين الموكل والوكيل عن غيرها من العلاقات التعاقدية ذات الطابع المالي في مســـألة خضوعها لمبدأ سلطان الإرادة – وذلك بإجماع الفقه – والذي بمقتضاه يكون لهما حق اختيار القانون الذي يحكم عقدهما(٥).

اذ أصـــبح في فترة وجيزة من الركائز الأساسية المعتمدة في عقود التجارة الدولية بصفة عامة، وكثرت النظريات التي قيلت في تحديد أســـاســـه القانوني، الامر الذي يســـتوجب منا التطرق لتعريف مبدأ قانون الإرادة (الفرع الاول)، ثم بيان أساسه القانوني (الفرع الثاني).

---

(٤) د/ مهند عزمى مسعود أبو مغلى، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولى، أطروحة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة عين شمس- القاهرة -٢٠٠٥، ص ٢٥.

(٥) إن اصطلاح "سلطان المتعاقدين" أو "سلطان الأطراف" قد تم نقله إلي فرنسا، عن الفقه الألماني على يد المحامي الفرنسي الألماني الجنسية الأصل (Foelix)، بل قال البعض أن اصطلاح استقلال المتعاقدين وقدرتهم على التنظيم الذاتي لعلاقتهم أول من قال به تمتد جذوره التاريخية إلي أبعد من ذلك، أى إلى التقاليد الرومنية، أما إصطلاح "سلطان الإرادة"، فقد كان أول من قال به من شراح القانون الدولي الخاص هو "بروشيه" الأستاذ بجامعة جنيف عام ١٨٨٣م في في مؤلفة "دروس في القانون الدولي الخاص"، كما أن "بروشيه"هو أول من انتقد مبدأ سلطان الإرادة، وتخويل المتعاقدين في هذا الصدد حرية غير مقيدة في مجال العقود. راجع في ذلك: د/ هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، -الاسكندرية، مصر، الطبعة الثالثة دار الفتح، ٢٠١٠. ص ٢٠ وما بعدها.

الفرع الأول

تعريف مبدأ قانون الإرادة

بدءت فكرة قانون الإرادة في الظهور في العصر البطلمي حيث كان المتعاقدان فى هذه الفترة يقومان باختيار القانون الذي يطبق على عقدهم، وكان يســـتدل على ذلك من اللغة التي يحرر بها العقد فاذا حرر العقد باللغة الديموطيقية المصرية، كان ذلك دليلا على اختيار تطبيق القانون المصرى، ولكن إذا حرر العقد باللغة الاغريقية، كان ذلك اشارة على اختيار القانون البطلمى، ثم تطور الامر واخضـــع شـــراح القانون الكنســـى les–cononistes العقد إلى قانون محل الانعقاد دون تفرقة فى ذلك بين موضـــوع العقد أو شكله(٦)، وكان تبرير ذلك بانه القانون الذي يعرفه الأطراف وإتجهت إليه إرادتيهما ضمنيا، و يعتبر هذا التبرير الخطوة الأولى نحو ظهور قانون الارادة.

ثم توالت الاسهامات الفقهيه لعل ابرزها ما قرره الفقيه الفرنسي " Dumoulin " إذ إستند على تطبيق قـــانون بلد الإبرام بإعتباره القانون الذي إختارته إرادة الأطراف ضـــمنيا(٧)، للحد من ســـلطات القانون الإقليمي الذي كان سائدا في ذلك العهد(٨)، **ثم بزغت** هذه الفكرة وازدهرت فى القرن التاســـع عشـــر، لتأثر الفقه بأفكار الفيلســـوف "كانت" في القانون المدني بفكرة سلطان الإرادة، وتبلورت تلك الأفكار بفضل الفقيه الالمانى "سافينى" ليرسي قاعدة اخضاع العقد لقانون الإرادة عن طريق اخضـــاع العقد لمكان تنفيذه، مستندا على فكرة الخضوع الاختيارى، مفسرا ذلك بأن من يدخل فى علاقة تعاقدية يقبل الخضوع لقانون مركزها(٩).

وهكذا اســـتقرت قاعدة خضـــوع العقد لقانون الإرادة لتعبر عن تعاليم المذهب الفردي في ظل النظام الاقتصـــادي الحر، الذي أكد مبدأ حرية التعاقد بوصـــفه ترجمة لأحكام القانون الطبيعي

---

(٦) انظر د. حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص٤٠٩. وينظر كذلك د. عز الدين عبد الله، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي، تنازع القوانين في العقد، مجلة مصر المعاصرة، السنة ٦٤، العدد ٣٥٢، مطابع الأهرام، القاهرة، ١٩٧٣، ص٧.

(٧) د/ صلاح محمد المقدم، المرجع السابق، ص ١٧٦ ، وانظر مناصف امين وسعدي سامية – تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية – رسالة ماجستير – جامعة محمد الشريف مساعدية – اهراس – الجزائر ٢٠١٩ ص ٨وما بعدها .

(٨) د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، ج٣ في تنازع القوانين، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٢، ص٥٥.

(٩) د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للطباعة، بيروت، ١٩٨٢، ص٢٥٦.

وحقوق الإنســـان، فأصبحت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة قاعدة تقليدية، يأخذ بها القضاء في معظم دول العالم، كما تنص عليها التشريعات صراحة.

وفى العصـــر الحديث ثبتت قاعدة خضوع العقود الدولية – خاصة التجارية منها – لقانون الـــارادة، ففى فرنســـا أصـــبح القانون الواجب التطبيق على العقود هو القانون الذي يختاره الأطراف بإرادتهم، ولا يزال القضـــاء الفرنســـى يأخذ بهذا المبدأ حتى وقتنا الحالى، وترسخت أكثر هذه القاعدة بانضمام فرنسا وتوقيعها لاتفاقية روما المبرمة فيما بين دول الاتحاد الاوروبي فى ١٩ يونيو ١٩٨٠ م حول القانون الواجب التطبيق على االلتزامات التعاقدية والتى نصـــت فى المادة ١/١٣ منها عى انه "يسرى على العقد القانون الذي اختاره الاطراف .... "(١٠).

أما **المشـــرع المصـــري** فلقد تبنى قانون الإرادة من خلال المادة ١٩ من القانون المدني، والتي تنص على: " يســـري على االلتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً ســـرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه"(١١)، كما تبنت هذا المبدأ العديد من التشريعات العربية الأخرى، كمثل المشرع الكويتي.(١٢)

وهو ما اكدت عليه محكمة النقض بقضـــاءها "ان البين من النص ســـالف الذكر ان المشرع جعل من إرادة المتعاقدين الأســـاس فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهما، ويســـتفـــاد ذلك من عبارة "هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه"، فهذه العبارة تجُب كل ما قبلها من معايير وضـــوابط لتحديد القانون الواجب التطبيق، وتعترف اعترافا صـــريحا بأن قانون الإرادة هو الواجب التطبيق والأولى بأن يخضع

---

(١٠) ومن التشريعات التى أخذت أيضا بقانون الإرادة القانون الدولى الخاص البلجيكى لعام ١٩٧٩م فى المادة ٢٥ منه والتى نص فيها على أنه " يسرى على الالتزامات التعاقدية القانون الذى يحدده الاطراف صراحة أو ضمناً.

(١١) جاء بمذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بان ((المشروع عرض للقاعدة العامة في الإلتزامات التعاقدية ولصور خاصة من صور العقود وتنفيذها، ثم قرر في نهايتها القاعدة الخاصة بوجوب إحترام القواعد الآمرة في حدود معينة، ويراعي بادئ ذي بدء أن فقه القانون الدولي الخاص لا يزال غير مستقر فيما يتعلق بتعيين القانون الواجب تطبيقه في شأن الإلتزامات التعاقدية لتنوع صور العقود وتباين القواعد التي تسري عليها من حيث أركان التعاقد، وشروط الصحة وترتيب الآثار، ولذلك توخي المشروع تجنب التفاصيل وإقتصر علي أكثر الأحكام إستقرارا في نطاق التشريع، فقرر أن الإلتزامات التعاقدية يسري عليها القانون الذي يقرر المتعاقدان الخضوع لأحكامه صراحة أو ضمنا، وهذا حكم عام يمكن لسلطان الإرادة ويضمن وحده القانون الواجب تطبيقه علي العقد، وهي وحدة لا تكفلها فكرة تحليل عناصر العقد وإختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها، ويلاحظ أن المشروع قد إختار صيغة مرنة لا تقطع علي القضاء سبيل الإجتهاد، ولا تحول دون الإنتفاع من كل تطور مقبل في حركة الفقه، وقد قرن المشروع هذه الصيغة بنصوص خاصة بعضها يعين إختصاصا تشريعياً آمرا بالنسبة لعقود معينة، وبعضها يضع قرائن يستخلص منها الإرادة عند عدم الإتفاق، وبعض آخر يعين إختصاصا تشريعيا لمسائل تتعين بتنفيذ العقود. المذكرة الايضاحية للقانون المدني

(١٢) المادة ٥٩ من القانون قانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ نشر بتاريخ ١٤ / ٢ / ١٩٦١ بشأن تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي والتي جرى نصها ((يسري على العقد،من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده، ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه)). .

لـــه العقـــد بناء على اتفاق الأطراف، إذ أن النص في الفقرة الأولى من المادة ١٩ من القانون المدني يدل على أن المشـــرع إعتد أســـاســـاً بالإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين كضابط للإســـناد في الإلتزامات التعاقدية، فإذا سكت المتعاقدان عن إعلان رغبتهما الصريحة في تطبيق قانون معين، وإذا لم تتحد الإرادة الصـــريحة أو الضمنية وجب تطبيق قانون الموطن المشترك وإلا فقانون الدولة التي تم فيها التعاقد"(١٣).

وفي حكماً اخر اكدت انه "يتعين على القاضـــــي أو هيئة التحكيم الوقوف ابتداءا فيما تتجه إليه إرادة المتعـــاقدين الصـــــريحة أو الضـــــمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على االلتزامات التعاقدية"(١٤).

كما ان **محكمة التمييز الكويتية قضـــــت** بان " مفاد ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٩ من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبى رقم ٥ لسنة ١٩٦١ أن المشرع أخضع الإلتزامات التعاقدية للقانون الذى يختاره المتعاقدان فى العقد بإرادتهما الصريحة أو الضمنية ، و كان أحد طرفى العقد موضـــوع الدعوى أجنبياً و قد ورد به أن العاقدين إتفقا على خضوعه لقوانين الكويت فإنه بذلك يخضـــــع لأحكام قانون التجارة الكويتي ، و لما كان هذا العقد قد أبرم بغرض قيام الطاعنة بالتعامل لحســـاب المطعون ضـــــده فى المعادن الثمينة و الســـــلع و النقد الأجنبى ، و كان شـــراء السلع و غيرها من المنقولات المادية و غير المادية بقصد بيعها بربح يعتبر عملـــاً تجـــاريـــاً طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون التجارة ، كما أن التعامل فى النقد و هو ما يصـــدق عليه وصـــف المبادلات المالية و الصرف يعتبر كذلك عملاً تجارياً و لو وقع منفرداً أى مرة واحدة بقطع النظر عن صفة القائم به أو نيته"(١٥).

وفي تأكيد لاعلاء مبدأ قانون الإرادة بعقود الوكالة التجارية الدولية في اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقدهم وان ذلك لا يتعارض مع النصـــوص التشريعية التي توجب نظر كافة المنازعات الناشـــئة عن الوكالات التجارية حال تعرضها لمسألة الاختصاص القضائي – الأردني – بنظر الدعوى في وجود اتفاق التحكيم – **قضـــت محكمة التمييز بالمملكة الأردنية** بـــأنه " اذا تضـــــمن عقد الوكالة التجارية المعقود بين وكيل اردني وموكل غير اردني ان اي نزاع أو خلاف ينشأ بين الطرفين ينجم عن الاتفاقية يحال إلى التحكيم، فان القرار بوقف السير في اجراءات الدعوى باحالة النزاع إلى التحكيم لا يعني اعلان عدم اختصاص القضاء الاردني

---

(١٣) [الطعن رقم ٨٧١٤ - لسنة ٦٦ ق -جلسة ١٤ / ٣ / ١٩٩٩ – سنة المكتب الفني ٥٠ ج١ ص ٣٨٨]
(١٤) [الطعن رقم ١١١٤ - لسنة ٥٢ قضائية -جلسة ٤ / ١٢ / ١٩٨٩ – سنة المكتب الفني ٤٠ ج٣ ص٢٤٤] نقض مصري
(١٥) الطعن رقم ١٩٨لسنة ١٩٨٨ قضائية جلسة ٣٠ / ١ / ١٩٨٩ س ١٧ ص ١٠٧ تمييز كويتي

للنظر والفصل في النزاعات التي تنشأ عن تنفيذ عقود الوكالات التجارية خلافا للمادة (٢٠) من قانون الوكلاء والوسطاء التجاريين وان كانت اتفاقية الوكالة تضمنت تطبيق قانون الجمهورية اليمنية – قانون الموكل – أو ان الصلاحية بتعيين المحكمة في حال عدم الاتفاق عليه يعود لقاضي القضاة اليمني – اذ ليس في هذا الاتفاق ما ينزع صلاحية القضاء الاردني – وليس في التشريعات الاردنية ما يمنع تنفيذ شرط التحكيم أو ما يمنع الاتفاق على تطبيق قانون اي دولة اخرى على نزاع ينشأ بين طرفي العقد بل ان مثل هذا الشرط يتفق واحكام المواد (٢٠ و ٢٧ و ٢٨و ٢٩) من القانون المدني التي تضمنت جواز تطبيق القانون الاجنبي من قبل المحاكم الاردنية اذا توافرت الحالات المنصوص عليها في تلك المواد"[١٦].

مما سبق وكان يقصد بـ " قانون الإرادة" في مجال القانون الدولي الخاص القانون الذي يختاره الأطراف المتعاقدين صراحة أو ضمنيا، وهو القانون الذي يحكم الإلتزامات التعاقدية إستنادا إلى إرادة الأطراف.

لكن رغم ذلك ثار الخلاف حول تحديد معنى قانون الإرادة المشار اليه في قواعد التنازع في مجال عقود التجارة الدولية بصفة عامة، **وتفرع ذلك الخلاف إلى ثلاثة اراء** هي:

١- الرأي الأول: (الاتجاه المضيق)

وهو يرى ان قانون الإرادة هو ما يحدده الأطراف المتعاقدة من قانون مختار للتطبيق على عقدهم وبشرط ان يكون قانون داخلي لدولة ما، تتمتع الأخيرة بصفة الدولة طبقا لاحكام القانون الدولي العام، وبذلك يقتصر قانون الإرادة على القوانين الوطنية فقط، أي ينصب على القانون الداخلي لتلك الدولة المختارة.

غير أن بعض الفقه إنتقد ذلك، "واعتبر أن إعتماد هذا الرأي يؤدي بالضرورة إلى تطبيق حلول وطنية وضعت خصيصا للعقود الداخلية، وأن في أعمال ذلك في مجال عقود التجارة الدولية – بصفة عامة – أو في مجال عقود الوكالة التجارية الدولية بصفة خاصة، سوف يؤدي إلى إختلاف الحلول القضائية عند الفصل في المنازعات الناشئة عن تلك العقود"[١٧].

٢- الرأي الثاني: (الاتجاه الموسع)

(١٦)[الطعن رقم ٢٤٨٦ - لسنة ١٩٩٩ ق جلسة ٢٦ / ٣ / ٢٠٠٠ ص ٣٤٨] تمييز اردني

(١٧) د صالح المنزلاوي، "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨. ص٢٦٩

يرى منح أطراف العقــد الحرية المطلقة في اختيار القانون المطبق على عقديهم، وعدم تقييد هــذه الحرية أو حصـــرها في حدود القانون الداخلي لدولة معينة، ومن خلال ذلك فإنه يجوز إســـناد العلاقة التعاقدية لقواعد عالمية التطبيق يتم التعامل بها في مجال التجارة الدولية، ومن بينها القواعد العرفية، ولم يســلم هذا الرأي من الانتقاد على أساس أنه يؤدي إلى إطلاق الحرية للمتعــاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد على نحو يؤدي إلى الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعقد، وحدوث الغش نحو القانون.

٣- الرأي الثالث:

وهو رأيا وســط بين الأول والثاني، ويظهر ذلك من خلال منحه لأطراف العلاقة التعاقدية الحق في حرية إختيار القانون الواجب التطبيق على العقود ذات الطبيعة الدولية، لكن في نفس الوقت يقيد هذه الحرية بضــرورة ألا يشــكل ذلك الإختيار غشاً نحو القانون أو يؤدي إلى الإفلات من القواعد الآمرة في القانون المختار[١٨].

رأي الباحث:

رأينا الاتجاهات السابقة ما بين التضييق من نطاق الإرادة وحصرها في اختيار القوانين الداخلية الوطنية فقط؛ مما يتعارض مع الطبيعة والصـــفة الدولية لعقود الوكالات التجارية الدولية، وما بين اتجاه يوســـع من نطاق الإرادة ويمنحها حق الاختيار لاية قواعد ســـواء وطنية أو دولية أو حتى عرفيه، مما يؤدي إلى الإفلات من الأحكام الآمرة في القانون والغش نحوه، لذلك فان الحل الأنســـب هو منح أطراف العلاقة التعاقدية الحق في حرية إختيار القانون الواجب التطبيق على العقود ذات الطبيعة الدولية، مع تقيد هذه الحرية بأن لا يشكل ذلك الإختيار غشا نحو القانون أو يؤدي إلى الـــإفلـــات و التملص من القواعــد الآمرة في القانون المختار، وبذلك لا يخل بحق الأطراف في إختيار القانون الذي يحكم عقدهم، و كذلك لا يخل بتوقعاتهم، و إنما يحرص على عــدم التحايل على القانون، مما يحقق التوازن بين حرية المتعاقدين في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم و ضرورة إسناد هذه الحرية إلى أسس موضوعية و مشروعة.

(١٨) أ د.هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين - الإختصاص القضائي الدولي -الاسكندرية، مصر، دار الفتح، ٢٠١٠، ص: ٣٥٩

الفرع الثاني
أساس قانون الارادة.

استقر الفقه الدولي على الاعتداد بقانون الإرادة كضابط رئيسي في عقود التجارة الدولية بصفة عامة وهو ما ينطبق على عقود الوكالات التجارية الدولية، ورغم هذا ظهر خلاف في ضـــبط أســـاسه القانوني، مما أدى إلى بروز العديد من النظريات في هذا السياق، وعليه سنتطرق إلى النظرية الشخصية، ثم النظرية الموضوعية ثم النظرية المزدوجة.

أولا: النظرية الشخصية.

مضـــمون النظرية: "تســـند هذه النظرية **عنصـــر الإلزام إلى إرادة الأطراف** وتعتبر أن إرادة المتعـــاقدين تشـــكل قانونا، فللأطراف مطلق الحرية في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ومن ثم تنتهي إلى ان إرادتهم تعلوا على القانون مهما كانت صـــريحة أو ضـــمنية، وأساس هذه النظرية هو مبدأ حرية التعاقد، حيث أن إختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق على عقدهم منبثق من مطلق سلطان الإرادة وليس من قواعد تنازع القوانين"[١٩].

نتائج النظرية: تكمن أبرز نتائج النظرية الشخصية، في عدم تقييد المتعاقدين في إختيار قانون العقد، بمعنى **عدم إشـــتراط توافر صـــلة بين القانون المختار والعقد**، كما انه يحق للأطراف إختيار أكثر من قانون كي يحكم العلاقة التعاقدية وهو ما يؤدي إلى تجزئة هذا العقد[٢٠].

كما ان القانون المختار للتطبيق على العقد الدولي لا يخضـــع لأي تعديل تشـــريعي داخلي، قد يطرأ على القانون المختار، وهو ما يعرف بشرط الثبات التشريعي[٢١].

---

(١٩) انظر د. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص،دار العلوم العربية، بيروت، لبنان ١٩٩٤، ص٤٩١

(٢٠) د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية، قانون العمليات المصرفية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ١٩٩٤، ص١٤.

(٢١) انظر د. سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص٤٩٢. وهذا ما يسمى بشرط التثبيت الزمني، والقصد منه تجميد القانون خوفا من تغييره مستقبلا، مما يخل بالتوازن والأمان الذي ينشده الأطراف، ينظر لمزيد من التفصيل عن هذا الموضوع د. باسم سعيد يونس، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون في جامعة الموصل، ١٩٩٨، ص٥١.

النقد الموجه للنظرية: على الرغم من المزايا التي تترتب عن إعمال النظرية الشـــخصية، إلا أنها تعرضت للعديد من الإنتقادات أهمها أنه من غير المنطقي التخلي عن القانون و ترك إرادة الأطراف المتعاقدة تحكم العقد، و أيضـــا يترتب على قاعدة الإختيار المطلق للقانون الذي يحكم العقد نتائج غير معقولة وتتمثل في إمكانية أن يقضـــي قانون الإرادة ببطلان العقد، و ما يعاب على هذه النظرية هي فقدان القانون لوصفه و يصبح عبارة عن شرط من شروط العقد، و في نفس الســـياق هذا يؤدي إلى التعارض مع فكرة الإحالة المفترض تطبيقها، وذلك راجع إلى أن إختصاص قانون الإرادة مستمد من قواعد تنازع القوانين و ليس من مطلق سلطان الإرادة.

ثانيا: النظرية الموضوعية:

المضـــمون: يعتبر الفقيه الألماني " سافيني" مؤسس هذه النظرية، ثم تطورت وبرزت معالمها على يد الفقيه الفرنســـي Batiffol، وترى هذه النظرية بخلاف النظرية الشـــخصية– ضرورة إســـناد حق إختيار القانون الذي يحكم العقد إلى قوة القانون، ويظهر ذلك من خلال إسناده إلى قاعدة من قواعد التنازع في دولة القاضـــي، وهذا ما يترتب عليه بطلان أي شـــرط يخالف الأحكام الآمرة في ذلك القانون(٢٢).

نتـــائج النظرية: من نتائج النظرية **إلزامية أن يكون للقانون المختار صـــلة بالعقد،** وإحترام القواعد والنصـــوص الآمرة في القانون المختار، وكذلك **عدم تجزئته أو** إخضـــاعه لأكثر من قانون.

النقد الموجه للنظرية: أبرز الانتقادات التي وجهت للنظرية الموضـــوعية إهمالها لدور الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وبهذا لا جدوى من التمييز بين الإرادة الصريحة أو الضـــمنية، كذلك إطلاق ســـلطة القاضي ومنحه سلطة تعديل إختيار الأطراف متى كان هذا الإختيار غير متطابق مع التركيز الحقيقي للعقد.

ثالثاً: النظرية المزدوجة:

(٢٢) انظر د. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٢، ص٨٢. ولمزيد من التفصيل حول هذه النظرية ينظر د. طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون في جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص٦٨-٧٨.

مضـــمون النظرية: ميزت هذه النظرية بين وجود الاختيار الصريح وإنعدامه، ففي حالة وجود الإختيار الصـــريح من الأطراف المتعاقدة يجب إحترامه حتى يلبي رغباتهم وتوقعاتهم، و كذلك يتعين على القاضي إحترامه بإعتبار أن قاعدة قانون الإرادة هي قاعدة موضوعية تخص العقود الـــدوليـــة، وفي هذه الحالة يعتبر قانون الإرادة مطلقا، فلا يجوز تقييده، وللأطراف إختيار أي قـــانون ليحكم العلاقة التعاقدية حتى و لو لم يكن له صـــــلة بالعقد، أما في حالة إنعدام الإختيار الصـــريح، فترى هذه النظرية أنه يجوز تطبيق فكرة تركيز العقد، وهنا يبرز دور القاضي في إستخلاص القانون الذي يحكم الرابطة التعاقدية(٢٣).

ولقد أخذت بهذه النظرية محكمة الاســـتئناف الفرنســـية في الحكم الصـــادر بتاريخ ١٠ نوفمبر ١٩٧٠، حيث قضت بأن: "القاعدة في القانون الدولي الخاص الفرنسي هو إخضاع العقود لمبدأ قانون الارادة، وأن للأطراف المتعاقدة الحق في تعيين قانون وطني معين ليحكم علاقتهم وفي حالة تعذر التعبير الصـــريح عن الارادة، فإن الكشـــف عن هذا القانون يجب أن يحدد من بين ثنايا الأمارات التي يتضمنها العقد والتي تسمح بتركيز العلاقة العقدية"(٢٤)

النقد الموجة للنظرية: يتركز وجه النقد في اهمالها للإرادة الضـــمنية للمتعاقدين، ومساوتها مع إنعدام إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق.

وبعد اســـتعراض تلك النظريات نجد ان معظم التشـــريعات أخذت بالاتجاهين الموضـــوعي والشـــخصـــي كليهما، فاختيار الاطراف الصـــريح للقانون الواجب التطبيق إنما يمثل الاتجاه الشـــخصي للنظرية، أما تطبيق قانون الموطن المشترك وتطبيق قانون محل الإبرام، فهو يمثل الاتجاه الموضـــوعي للنظرية ذلك أن المشرع قام بعملية تركيز للعقد ورأى إن مركز الثقل فيه هما هذان الضـــابطان وهو ما فعله المشـــرع المصري في المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري٠

(٢٣) وتسمى هذه النظرية بالنظرية الازدواجية ل Deby Gerard التي تميز بين الاختيار وعدم الاختيار ويدخل ضمن مسالة عدم الاختيار الإرادة الضمنية التي لا تعترف بها هذه النظرية التي ستكون من ضمن عملية التركيز، للمزيد من التفصيل حول هذه النظرية ينظر الدكتور طارق عبدا لله عيسى المجاهد، المرجع السابق، ص٧٩

(٢٤) أحمد حميد الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي: دراسة مقارنة، ٢٠١٧ ، ص٦٤وما بعدها متاح على الشبكة الدولية بموقع https://search.mandumah.com/Record/900666/Details

إذ قـــام بتقييد قانون الإرادة وذلك من خلال وجوب توافر صـــــلة حقيقية بين المتعاقدين والعقد وبين القـــانون المختار بتصـــــريحه ((... أو يتبيّن من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه.)) ، وهو ما يتماشى مع النظرية الموضوعية.

كمـــا نرى الاتجاهين كليهما في اتفاقية روما للقانون الواجب التطبيق على االلتزامات التعاقدية لعـــام ١٩٨٠ وهي التي تطبق على عقود النقل في كل من فرنســـــا وإنكلترا وغيرها من دول الاتحاد الأوربي (م٤/٤)، فهذه الاتفاقية أعطت الحرية للأطراف في اختيار القانون صـــــراحة أو ضـــــمنا، كما أعطت للأطراف الحق في اختيار اكثر من قانون، وهي لا تتطلب أي صـــــلة بين العقد والقانون المختار، كما إنها تجيز للأطراف تغيير الاختيار وفق شروط معينة نصت عليها، وهذه الأمور إنما كانت تندرج تحت النظرية الشـــخصية، أما في حالة عدم الاختيار فإنها اتبعت الاتجاه الموضوعي الذي يقوم على اختيار اكثر القوانين صلة بالعقد وهذه الصلة تتحقق ضمن فرضيات نصت عليها[٢٥].

رأي الباحث:

نري ان المشـــرع المصـــري كان صـــائبا فيما اقره من الاتجاهين الموضـــوعي والشخصي، وبتقديمه الاختيار الشـــخصـــي بالتعبير الصـــريح عن إرادة الأطراف كضـــابط اسناد له وجه الصـــداره والأولوية في التطبيق ثم اخذ بالارادة الضمنية في اختيار القانون الاوثق صله بالعقد متدرجا ووصولا لمعايير الاسناد كالموطن والجنسية المشتركة ثم محل ابرام وتنفيذ العقد.

(٢٥) انظر د. خليل إبراهيم محمد خليل القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن البحرية ((دراسة مقارنة)) رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة الموصل، ص ٦٠

المطلب الثاني

طريقة التعبير عن قانون الإرادة

التعبير عن الإرادة قد يكون بصـــورة صريحة بان يحدد طرفي العلاقة العقدية القانون الواجب التطبيق وذلك بالنص عليه بالعقد، وقد يكون بصورة ضمنية، يستفاد ويستخلص من العقد ذاته.

ويـــدق الامر في الحالة الثانية اذ **كيف نتعرف على الإرادة الضـــمنية لاطراف العقد؟** وما هي محددات وأمارات تلك الإرادة الضـــمنية على اختيار واتفاق طرفي العقد على القانون الواجب التطبيق على عقد الوكالة التجارية الدولي، **وكيف يتوصـــل إلى معرفتها القاضـــي أو هيئة التحكيم؟**

مما ســـبق فان التعبير عن إرادة أطراف عقد الوكالة التجارية الدولي يتخذ صورتين اما ان يتم التعبير عنها صـــراحة وذلك بالنص عليه بالعقد في صـــورة بند او فقرة بان يحدد الأطراف المتعاقدة انه في حالة حدوث منازعة ناشئة عن تنفيذ العقد يتم حلها وفقا للقانون المختار ، واما ضمنيا يستنتج من ظروف التعاقد ذاتها، مما يتطلب منا بحث تلك المسألة في الفرعين التاليين.

الفرع الأول :التعبير الصريح عن قانون الارادة

الفرع الثاني :التعبير الضمني عن قانون الارادة

الفرع الأول

التعبير الصريح عن قانون الارادة

مما لا شـــك فيه انه متى اتفق أطراف العقد على تحديد قانون معين يحكم علاقتهم العقدية صـــراحة، ويذكر ذلك في عقدهم – أو في أتفاق لاحق–. فذلك يدل بوضـــوح لا لبس فيه ولا غموض على انعقـــاد واتفاق إرادة الأطراف على اختيارهم لقانون معين ومحدد للتطبيق على علاقتهم العقدية.

هذه الطريقة في تحديد القانون الواجب التطبيق طريقة واضحة وسهلة لا تثير لبسا، فإذا اختار الأطراف قانونا معينا ليحكم العلاقة بينهم فان على القاضـــي ان يطبق هذا القانون(٢٦)، وبذلك الاختيار الصـــريح الواضح في الدلالة على القانون الواجب التطبيق لاينتج عنه أي إشكالية(٢٧)، لان القانون الذي يحكم العقد يمكن الكشف عنه ومعرفته بسهولة.

وهذا التحديد الصـــريح من قبل الاطراف للقانون الواجب التطبيق، والذي يستخدم فيه الأطراف نصـــوصا صريحة وألفاظا واضحة لا تثير أى مشاكل فى تفسيرها وبيان المقصود منها قد يتم في شـــكل – شرط صريح يوجد في العقد أو في اتفاق لاحق مستقل – يوضح القانون الواجب التطبيق، وهـــذا يعني ان عـــدم وجود الشـــرط يعني عدم وجود اتفاق حول القانون الواجب التطبيق، والـــذي يترك تحديده في حالة النزاع للقاضـــي أو المحكم، ويمكن أن ينتج الاختيار الصـــريح من اتفاق الأطراف المبرم وقت النزاع أمام القاضـــي أو المحكم، أي أن الاختيار

(٢٦) د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية، المرجع السابق، ص١١١.
(٢٧) د. باسم سعيد يونس، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية ، ص١٩١

الصـــريح قد يكون شفويا يتم أمام القاضي أو المحكم المعرض عليه النزاع، وقد يكون مكتوبا، وهو الغالب في الاختيار الصريح(٢٨).

ومفاد ذلك أنه بإمكان طرفي العقد أن ينصـــا صـــراحة في أحد بنود العقد الذي يبرم على اختيار قانون دولة معينة ليطبق على أي نزاع يثور بخصـــوص هذا العقد، فإذا ورد مثل هذا الشـــرط في العقـــد، فـــإنه يطبق، إلا إذا كانت أحكام هذا القانون مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

ويعد التعبير الصـــريح عن اختيار قانون الإرادة ضمان هام للأطراف، إذ يعرف كلا منهما مقدماً القواعد القانونية التي يلزم القاضي أو هيئة التحكيم بتطبيقها، حيث يتفق ذلك مع الأمان القانوني الذي ينشـــده الأطراف، ويمنع القاضـــي أو هيئة التحكيم من التدخل في تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا إذا كان القانون المختار يتعارض مع النظام العام.

واذا كان ذلك هو الأصـــل فان هناك استثناء على ذلك، وهو اذا كان العقد متعلق بعقار، حيـــث تخضـــع لقانون موقع العقار بالإضـــافة إلى ذلك ما يتعلق بالقواعد الآمرة، أو الناهية المرتبطة بالنظام العام، لأن مجال تطبيق الإرادة هي القواعد المكملة أو المفســـرة أو المقررة لـــإرادة الأفراد، كما يخرج من نطاق هذا المبدأ – أيضـــا – أهلية المتعاقدين، لأنها محكومة بقانون الجنســـية، هذا بالإضافة إلى العقود التي ينظمها المشرع لأسباب اقتصادية أو اجتماعية، مثل علاقات العمل و الضـــمان الاجتماعي، وزيادة على ما ســـبق، المسائل المتعلقة بالميراث والوصـــية والأحوال الشـــخصية وعقود التأمين المتعلقة بالعقار والأموال المنقولة التي يحكمها قانون الدولة الذي يوجد فيها هذا المنقول.

***وتثار مسالة التحديد اللاحق للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:**

فإذا كنا قد ســـلمنا بحق الأطراف فى اختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، ولكن ما الحل اذا ظهرت بعد ذلك مجموعة من الدوافع والأســـباب، وتولدت ظروف اجبرت الـــأطراف على تـــأخير تحـــديـــدهم للقانون الواجب التطبيق لوقت لاحق لإبرام العقد، كخوف

(٢٨) د/ أشرف وفا محمد، عقود التجارة الإلكترونية فى القانون الدولى الخاص، بحث منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي ، الناشر الجمعية المصرية للقانون الدولي٢٠٠١ مصر ، ص ٢٠١.

الأطرف من التعرض لمســـألة القانون الواجب التطبيق، وأن عدم اتفاقهم عليها من الممكن أن يؤدى إلى فشل الاتفاق وعدم إبرام العقد، مما يجعلهم يفضلون تأجيلها لوقت لاحق لإبرام العقد، أو أن يحدث ويكتشـــف الأطراف بعد اختيارهم للقانون عدم ملاءمته ومناســـبته للتطبيق على علاقتهم العقدية وتضـــحى رغبتهم ملحة فى تغيير قانون الإرادة الذى ســـبق اختياره أثناء إبرام العقد.

تباينت الأراء حول الإعتراف للأطراف بحق التحديد اللاحق من عدمه للقانون الواجب التطبيق، ويمكن أن نجمل ذلك اتجاهين رئيسيين(٢٩):

الاتجاه الأول: انكار حرية الأطراف في التحديد اللاحق للقانون.

يقوم هذا الاتجاه على انكار حق الأطراف **فى التحديد اللاحق للقانون الواجب التطبيق،** وأن الفرصة كانت متاحة لهم عند إبرام العقد، فإذا لم يقم هؤلاء الأطراف بتحديده واختياره فى مرحلة الإبرام، خرج هذا الحق من دائرة ســـلطتهم، ودخل فى ســـلطة القاضـــى، وأصبح من مهامه الرئيسية نتيجة غياب قانون الإرادة، مما يجعل اختيار الاطراف للقانون الواجب التطبيق أثناء إبرام العقد اختيار نهائى غير قابل للتعديل فى وقت لاحق.

الاتجاه الثانى: إقرار حرية الأطراف في التحديد اللاحق للقانون

يقوم هذا الاتجاه على إقرار حق الأطراف وحقهم فى اختيار القانون الواجب التطبيق فى وقت لاحق وبعد إبرام العقد أو تعديل اختيارهم الســـابق لهذا القانون والذي حدث أثناء إبرام العقد. وهذا هو الاتجاه السائد دولياً.

وقد أقرت معاهدة روما وبصـــورة صـــريحة حق الأطراف فى التحديد اللاحق للقانون الواجب التطبيق فقد نصت فى المادة ٢/٣ منها على أنه "يمكن للاطراف الاتفاق، فى أى وقت، على اســـتبدال القانون الذى يخضـــع له العقد بقانون آخر، ولا يؤثر أى تغيير للقانون الواجب التطبيق بعد إبرام العقد على سلامة العقد من حيث الشكل وفقا للمادة التاسعة، كما لا يؤثر على حقوق الغير"، وكذلك القانون الدولى الخاص اللالمانى فى المادة ٢/٢٧ منه والتى نصـــت على

(٢٩) د/ أشـرف وفا محمد، اسـتبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسـطة اتفاق الأطراف، دار النهضـة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، بدون سنة نشر، ص٩٣ وما بعدها.

أنه "يمكن للاطراف فى أى وقت اخضـــاع العقد لقانون آخر غير الذى كان يخضـــع له من قبل"(٣٠).

*ويترتب على إقرار حق الأطراف فى التحديد اللاحق للقانون واجب التطبيق عدة نتائج هى:

١- أنه إذا قام الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق فى وقت لاحق لإبرام العقد، فإنه يجب أن يكون لـــاختيـــارهم هذا نفس القيمة والقوة القانونية التى تمت منحها لاختيارهم الذي تم أثناء إبرام العقد.

٢- تصـــبح ارادة الاطراف التى عبروا عنها فى وقت لاحق لإبرام العقد المتضـــمنة اختيارهم للقانون الواجب التطبيق إرادة ملزمة للقاضـــى، وبناء عليه يلتزم القاضـــى بتطبيق القانون المختار (قانون هذه الإرادة).

٣- يكون تطبيق القانون الجديد المختار من قبل الأطراف فى وقت لاحق على إبرام العقد بأثر رجعى، أى يحكم العقد منذ لحظة ابرامه (٣١).

رأى الباحث:

نرى انه إذا كان من المنطقى واللازم الاعتراف بحق الأطراف فى التحديد اللاحق للقانون الواجـــب التطبيق في مرحلـــة ما بعد إبرام العقد، وترتيب كافة الآثار القانونية اللازمة لتفعيل واحترام هذا الاختيار، إلا أن هذا الاعتراف يجب أن يكون اعترافا مشـــروطا أو مقيدا أو معلقا على شـــروط تتجلى فى أنه يجب ألا يكون هذا الاختيار اللاحق سببا فى المساس بحقوق الغير، وضـــياعها ممن ترتبت لهم حقوقا على أثر هذه العلاقة القانونية، ومن البديهى كذلك ألا يكون اختيـــار هؤلـــاء الـــأطراف اللـــاحق اختيارا هادما ومدمرا، بل يجب أن يكون اختيارا موجها ومســـتهدفا الحفاظ على العقد واستمرار تنفيذه، فتوافر حسن نية الأطراف مطلوبا، وسوء نيتهم من شـــأنه أن يضـــيع حقوقا يمكن أن تكون قد ترتبت للغير حســـن النية بناء على هذا العقد

---

(٣٠) وفى نفس الســـياق أقر مجمع القانون الدولى حق الأطراف فى الاختيار اللاحق للقانون الواجب التطبيق على العقد، حيث نصـــت المادة ٦ من قرار المجمع الصادر سنة ١٩٩٢م على أن :
"١- يمكن للأطراف، بعد إبرام العقد ، اختيار القانون الواجب التطبيق أو تغيير الاختيار السابق له.
٢- ولهم كامل الحرية فى أن يعطوا لهذا الاختيار أثرا رجعيا، بشرط عدم المساس بالحقوق المكتسبة للغير".

(٣١) ومن القوانين التى اعطت للاختيار اللاحق للقانون واجب التطبيق أثرا رجعيا القانون الدولى الخاص الســـويســـرى فى المادة ٣/١١٦ منه، والتى نصـــت على أنه "يمكن أن يتم اختيار القانون الواجب التطبيق أو تعديله فى أى وقت، وفى حالة اختياره فى وقت لاحق لإبرام العقد، فإن هذا الاختيار يرتد إلى وقت ابرام العقد مع عدم المساس بحقوق الغير" .

والقانون الأولى الذى كان يحكمه، وبهذه الكيفية نضـــمن عدم انحراف الأطراف فى اســـتخدام الحق الممنوح لهم ومراعاة حقوق الغير حسن النية.

الفرع الثاني

التعبير الضمني عن قانون الارادة

تظهر المشكلة في تحديد القانون الواجب التطبيق عنـــدما يـــتم هـــذا التحديـــد طبقـــا لـــإرادة الأطراف الضمنية، ويتم عادة الاستدلال علـــى هـــذه الـــإرادة مـــن خلـــال ظـــروف عمليـــة التعاقد وبيان ما إذا كانت الظروف المحيطة بعملية التعاقـــد تشـــكل قـــرائن يمكـــن الاعتمـــاد عليها للكشف عن إرادة المتعاقدين الضمنية.

اذ ان عدم تحديد القانون الواجب التطبيق بطريقة صـــريحة لـــا يعنـــي انهـــاء دور الـــإرادة، بل يتم التعامل مع مضمون العقد والبحث في بنوده عـــن الـــإرادة ومـــا اتجهـــت اليـــه فـــي تحديد القانون واجب التطبيق، ويتم استنباط القانون من محتـــوى العقـــد الـــذي يتجـــه نحـــو نظام قانوني لبلد معين، ويعتبر اختيار حقيقي من طـــرف المتعاقـــدين، ولكنـــه غيـــر معلـــن يستخلصه القاضي من ظروف الحال.

وقد أكد المشرع المصري علـــى ضـــرورة البحـــث عـــن الـــإرادة الضـــمنية للمتعاقـــدين، وذلك بالمـــادة ١/١٩ مـــن القـــانون المـــدني إذ نـــص علـــى " يســـري علـــى االلتزامـــات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المـــوطن المشـــترك للمتعاقـــدين، إذا اتحـــدا موطنـــا، فإن اختلفا موطنا، سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هـــذا مـــا لـــم يتفـــق المتعاقـــدين أو يتبين من الظروف أن قانونا أخر هو الذي يراد تطبيقه."

ويبزغ هنا دور المحكم أو القاضي في البحث عن القانون الذي اتجهت اليه إرادة المتعاقدين، ومن المؤشرات الدالة على إرادة طرفي العقد الضمنية والتي منها يمكن استخلاصها واستنتاجها من عدة مظاهر(٣٢):

١) **شكل العقد:** كأن يتفق الاطراف على إبرام عقدهم عن طريق موظف رسمى معين دلالة منهم على اختيار قانون الدولة التى يتبعها هذا الموظف لتطبق أحكامه على عقدهم.

٢) **لغة العقد:** قد تشير اللغة المستعملة فى العقد إلى اختيار الأطراف لقانون الدولة التى تنطق بهذه اللغة ، اذ ان تحرير العقد بلغة معينة يصلح أن تكون قرينة دالة على أن المتعاقدين يريدان اخضاع عقدهما لقانون الدولة الناطقة بتلك اللغة.

٣) **جنسية أو موطن أطراف العقد:** فقد يكون اتحاد الأطراف فى الجنسية أو الموطن دليلا على اختيارهم لقانون جنسيتهم أو موطنهم المشترك ليحكم العقد.

٤) **العملة:** فسداد االلتزامات المالية الناشئة عن العقد أو قيمة العقد المنصوص والمتفق عليها فى عقد الوكالة التجارية بعملة إحدى الدول، قد يكون دليلا على اختيارهم قانون هذه الدولة ليحكم العقد المبرم بينهم بداية من إبرامه وحتى انقضاء العقد.

راي الباحث

يرى الباحث ان التعبير الصريح عن القانون المختار بإرادة طرفي التعاقد هو الطريق الأنسب لحسم تلك الإشكالية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية بصفة عامة وعلى عقود الوكالات التجارية الدولية بصفة خاصة لما تتميز به تلك العقود من تشعب العلاقات والروابط القانونية فان التعبير عن إرادة المتعاقدين واختيارهم للقانون الواجب التطبيق بصورة صريحة وواضحة يؤدي إلى قطع الطريق على اثارة مثل تلك الإشكالية، وكذلك لتحقيق الاستقرار والضمان القانوني للعقد والتزاماته، حتى يضحي كل من طرفي العلاقة العقدية على علم تام ومسبق بالقانون الحاكم والواجب التطبيق على العقد وما ينشئ عنه من منازعات.

(٣٢) د/ صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين فى سندات الشحن ومشارطات ايجار السفينة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، بدون سنة نشر ، ص ١٩٤، ١٩٥.

كما اننا نرى في الوقت الحاضر انه في مجال عقود التجارة الدولية – بصفة عامة – قد زاع انتشار نماذج للعقود في كافة المجالات، بل ان هناك منصات ومواقع الكترونية تقدم نماذج لتلك العقود(٣٣)، وتهدف تلك العقود في المقام الأول إلى حفظ حقوق المتعاقدين ببيان الالتزامات والحقوق بوضوح وهو ما يستتبع تحديد وبيان القانون المختار الحاكم لتلك الحقوق، كما انها تستهدف التقليل من حدوث المنازعات.

وعلى النقيض من ذلك فان التعبير عن الإرادة باختيار القانون الواجب التطبيق بطريقة ضمنية، يفتح المجال لكثرة المنازعات والاشكاليات المعقدة للبحث في مكنون إرادة العاقدين واتجاه ارادتهم للقانون واجب التطبيق، كما انه يجعل من القاضي أو هيئة التحكيم هو المهيمن على الرابطة القانونية وتوجيهها وهو ما يتوقف على مدى استيعاب وفهم واستنباط القاضي أو هيئة التحكيم لمظاهر إرادة المتعاقدين وهو أمر نسبي متغير قد يختلف ويتباين، بما يؤدي إلى عدم استقرار الرابطة التعاقدية واختلاف التفسير وتحديد الالتزامات والحقوق.

وتثار هنا مسألة دلالة تحديد الأطراف للمحكمة المختصة بنظر النزاع:

تتضمن العقود الدولية ــ بصفة عامة ــ وعقود الوكالة التجارية الدولية ــ بصفة خاصة ــــ شرطا يحدد فيه الأطراف المحكمة المختصة بنظر النزاع، وهذا الشرط له تأثيره على اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الوكالة التجارية الدولي، بل إن البعض قد تعدى ذلك بمراحل واعتنق الفكرة القائلة بأن اختيار المحكمة المختصة بنظر النزاع، هو بمثابة اختيار للقانون الواجب التطبيق، ولكن بطريقة ضمنية، بحيث يكون اختيار هؤلاء الأطراف لمحكمة معينة لنظر النزاع دليل على اختيار قانون هذه المحكمة ايضا ليحكم نفس النزاع.

ويرى الفقه – ونحن نؤيد ذلك – "إن اختيار الأطراف للمحكمة المختصة بنظر النزاع له تأثيره المباشر على نتيجة الدعوى المرفوعة ومصالح أطرافها وعلى الكيفية التى سيتم تسوية النزاع بواسطتها، وأنه سوف يترتب على اعمال الشرط الوارد فى العقد والمتضمن

(٣٣) العقود النموذجية سواء تقليدية أو إلكترونية – غالبا مجانية - تقدمها الهيئات والمؤسسات – سواء الحكومية أو الخاصة- للأفراد والمؤسسات والأشخاص الاعتبارية كافة – في كافة ومناحي الأمور التجارية لاسيما الدولية منها تمتاز ببنائها المتكامل من الناحية القانونية والفنية وتحفظ حقوق المتعاقدين وتعمل على تقليل النزاعات وترفع جودة التنفيذ. وتمتاز بالمرونة وتضمن – في الغالب - حرية الاختيار في التعاقد للأطراف.

اختيارا للمحكمة المختصـــة بنظر النزاع نتيجتين هامتين: إحداهما ســـلبية، والأخرى إيجابية، فالإيجابية تكون فى جلب الاختصـــاص لمحكمة معينة، ربما لم تكن مختصة أصلا بنظر النزاع ولا ترتبط معه بأى صـــلة أو ارتباط، أما الســـلبية فتتمثل فى ســـلب الاختصاص من المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع"(٣٤).

كمـــا اتفق البعض على أن قيام الأطراف بالاتفاق على عقد الاختصـــــاص بنظر النزاع لمحكمة معينة يُعد عاملا رئيســـيا مساعدا فى التوصل إلى إرادة الأطراف الضمنية، فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، وكاشـــفا عن أن اختيارهم للمحكمة المختصة، ويعطى اشارة ودليل على أن اتفاقهم، واتجاه إرادتهم إلى عقد الاختصـــــاص لقانون هذه المحكمة لنظر وحكم النزاع، وأن شـــرط عقد الاختصـــاص القضائى لمحكمة معينة، يكون دائما وفى أغلب الاحيان مقترنا بعقد الاختصاص التشريعى لقانون نفس المحكمة المتفق عليها لنظر النزاع.

رأى الباحث:

مما تقدم نرى أن إرادة الأطراف الضـــمنية من خلال اجتماع لعدة شواهد ومظاهر يمكنها أن تكون فيمـــا بينها دليلا واشـــــارة قاطعة على إرادة الأطراف غير المعلنة، وأن هذه الإرادة الضـــــمنيـــة لـــا يمكن فهمها من خلال قرينة ومظهر واحد فقط، كما هو فى اختيار الأطراف للمحكمة المختصـــة بنظر النزاع، فلا يمكن أن نترك مسالة بذات اهمية تحديد القانون الواجب التطبيق، والتى يتوقف عليها مصـــير التسوية للنزاع القائم، ومصالح أطرافه، تتوقف على هذه الفكرة الضعيفة والغير محبذ الأخذ بها والإعتماد عليها لكونها مثار شك خاصة اذا انتفت الصلة بين المحكمة المختارة وبين النزاع.

(٣٤) د/ صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين فى سندات الشحن ومشارطات ايجار السفينة ،المرجع السابق، ص ٢٣٣.

المطلب الثالث

مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الوكالة التجارية الدولي

إذا اتفــاق أطراف عقــد الوكــالة التجارية الدولي على اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهم التعاقدية، وما ينشأ عنها من منازعات، فهل يشترط وجود صلة ما بين القانون المختار بارادتهم وبين العقد ذاته؟ وهل يمكن أن يتم اختيار أكثر من قانون مختار لتطبيقة على أجزاء من العقد؟

تلك التســـاؤلات الهامة تطرح نفســـها حال أختيار القانون الواجب التطبيق باتفاق أطراف عقد الوكالة التجارية الدولي، وتمثل أهمية بالغة مما يستتبع ان نحاول الإجابة عليها.

إن تحـــديد مدى حرية الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم عقد الوكالة التجارية الدولي يكون بتناول الصـــلة بين عقد الوكالة التجارية الدولي والقانون المختار، وكذلك قدرة إرادة الاطراف على تجزئة العقد واختيار أكثر من قانون ليحكمه، وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول :الصلة بين عقد الوكالة التجارية الدولي والقانون المختار

الفرع الثاني :قانون الإرادة ومبدأ تجزئة العقد

الفرع الأول

الصلة بين عقد الوكالة التجارية الدولي والقانون المختار

إذا كانت النظرية الشـــخصـــية لا تشترط وجود صلة بين العقد والقانون المختار، بينما تشترط النظرية الموضوعية وجود مثل هذه الصلة، **فهل يشترط وجود صلة بين عقد الوكالة التجارية الدولي والقانون المختار بإرادة الاطراف؟ وإذا كان يشـــترط وجود مثل هذه الصلة فما نوع هذه الصلة وما مداها؟**

اختلفت الآراء الفقهية، بين المؤيد للنظرية الشـــخصية والمؤيد للنظرية الموضوعية، حيث يرى **الاتجاه الغالب في الفقه** إلى أن "القانون الذي يختاره المتعاقدان يجب أن يكون على صلة بعقد الوكالة التجارية الدولي، لان هذه الصـــلة هي التي تبرر اختياره، كالصـــلة بين العقد وقانون الـــدولة التي يرتبط بها المتعاقدان برابطة الجنســـية أو برابطة التوطن في إقليمها، أو قانون الدولة التي ابرم فيها العقد أو الدولة التي ينفذ فيها العقد"(٣٥).

وإذا مـــا طبقنـــا هذا الرأي على عقد الوكالة التجارية الدولي، فان عقد الوكالة التجارية بين الموكل الفرنســـي والوكيل المصـــري للقيام بعرض وبيع سلعه في ليبيا، يكون كل من القانون المصـــري والفرنسي والليبي على صلة بعقد الوكالة التجارية الدولي وبالتالي يمكن تطبيق أحد هذه القوانين على هذه العلاقة.

ويرى عدد آخر من الفقهاء، "إن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي – بصفة عامة – مطلقة ودون قيد في هذا الشأن، إذ أن وجه الخصوصية في القانون الذي يحكم العقد، هو تفويض الأفراد بمقتضـــى قاعدة الإسناد على اختيار القانون الذي يحكم الرابطة العقدية، وهو تفويض على بياض لا يتطلب أية رابطة موضـــوعية أو صلة بين عقد الوكالة التجارية الدولي وبين القانون المختار"(٣٦)

---

(٣٥) أنظر د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في التشريعات الحديثة لبعض الدول الاشتراكية، بحث منشور بمجلة مصر المعاصرة، الناشر الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع ، مجلد ٦٢عدد ٣٤٥ سنة ١٩٧١، ص٧٣-٧٤ . ومن الفقه الفرنسي المؤيد لوجود صلة بين العقد والقانون المختار الفقهاء " باتيفول ولاجارد ولوسوران" انظر د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية، المرجع السابق، ص٥٠.

(٣٦) والفقه المؤيد لهذا الرأي Jacqet و Deby-Gerard و Mayer ينظر هذا الرأي معروضا لدى د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية، المرجع السابق، ص٤٩

وباستعراض الآراء الفقهيه نجد ان هناك اتجاه يذهب إلى القول بأن "ليس ثمة ما يمنع الإطراف من الاتفاق على اختيار قانون عديم الصـــلة بالعقد أو بأطرافه، وهذا ما تقتضـــيه في بعض الأحيان طبيعة التعاقد على المســـتوى الدولي وتفرضـــه حاجات التجارة الدولية، وهذا ما يفسر اختيار الأطراف في العقود الدولية لقانون دولة بعينها في حالات تكون في غالبيتها لا علاقة لها بهذا القانون"[٢].

كما يذهب البعض الآخر إلى الرأي نفســـه، ويضيف بانه يحق للأطراف تطبيق أي قانون ولو كان هذا القانون المتفق عليه؛ عديم الصلة بالأطراف أو موضوع العقد، ذلك أن من يتعاقد على المستوى العالمي والدولي يكون منفتح الأفق ويعي معنى التصرف الذي اقدم عليه، وليس هناك قيود على هذا الاختيار إلا ما يتعلق بالنظام العام والنصـــوص الآمرة المقررة في قانون دولة المحكمة[٣].

بيد أن غالبية الفقه تشـــترط وجود صـــلة بين العقد والقانون المختار[٤]، وقد حاول البعض التخفيف من ذلك واتخاذ موقفا وســـطا يقضي باختيار المتعاقدين لقانون يكون على صلة بالعقد ســـواء قامت هذه الصلة على جنسية المتعاقدين أو موطنهما أو محل الإبرام أو محل التنفيذ، أم قامت على مجرد جريان المعاملات الدولية على إجراء العقد في صورة نموذجية معينة يخضع لقانون معين في ميدان التجارة الدولي[٣٧].

رأي الباحث:

نرى أنـــه ومع الاعتراف للمتعاقدين بالحرية الكاملة فى اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، دون فرض قيودا عليهم، تطبيقـــا لنص المادة ١/١٩ من القانون المدنى والتي توجب تطبيق ما اتفق عليه الاطراف وبصورة صريحة دون أن تفرض عليهم وجود قيود أو استثناءات.

---

(٢) د. محمد وليد المصـري، الوجيز في شـرح القانون الدولي الخاص، دراسـة مقارنة للقانون الأردني مع التشـريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار مكتبة الحامد للنشر والتوزيع،عمان، ٢٠٠٢، ص١٩٨.

(٣) د. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشـــر والتوزيع، مطابع الأرز، عمان، الأردن، ١٩٩٨، ص١٦٧.

(٤) **من الفقه العربي الذي يرى ضـرورة وجود صـلة بين العقد والقانون المختار** د. منصـور مصـطفى منصـور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، دار المعارف بمصـــر،٥٦-١٩٥٧، ص٣٠٩. ود. هشـــام علي صـــادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السـابق، ص٢٦٣. ود. عوض الله شـيبة الحمد السـيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضـة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص٥١٥. ود. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سـامية راشـد، الوسـيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصـاص القضـائي الدولي، دار النهضـــة العربيـة، القـاهرة، ١٩٨٧، ص٣٨٧. ومن الفقـه العراقي د. جابر إبراهيم الراوي، أحكـام تنـازع القوانين في القـانون العراقي، مطبعة الحكم المحلي، بغداد، ١٩٨٠، ص١٢١.

(٣٧) د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الناشر مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٧٤، ص٣٤١.

الا انه لابد أن يكون ذلك الاختيار للقانون الحاكم للعقد المبرم بينهم خاضـــعا لرقابة القاضى أو هيئة التحكيم، ويكون من حقهما إذا تبين لهما أن الأطراف اختاروا هذا القانون لأغراض تتعلق بالغش والتحايل والافلات من تطبيق قانون هو الواجب التطبيق على العقد؛ ان يســتبعدا القانون المختار، وان يطبقا على الترتيب قانون الموطن أو الجنســية المشــترك ثم قانون محل الابرام وهكذا.

إذ ان القول بـــالحريـــة المطلقة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ودون وجود أي صـــلـــة بينه وبين العقد ودون رقابه، قد يؤدى ذلك إلى نتائج غير مقبولة وإلى خلق نوع من التحايل والغش نحو القانون، فقد يقوم الأطراف باستغلال هذه الحرية المطلقة فى اختيار قانون معين ليكون ذريعـــة ليفلتوا بها من بعض الأحكام الآمرة فى قانون آخر مرتبط وعلى صـــلة بالعقد، كقانون الجنســية أو الموطن المشترك أو غيره، وقد يؤدى أيضا إلى اختيار المتعاقدين قانونا منبت الصـــلة بالعقد وظروفه وعناصره وغريباً عن المتعاقدين أنفسهم، بل قد يحدث ما هو أخطر من كل ما ســبق، فقد يلجأ المتعاقدون إلى خلق صـــلة مصطنعة بين العقد والقانون الـــذى اختـــاروه ليطبق على العلاقة العقدية، مما قد يدفع بضـــرورة إعمال نظرية الغش نحو القانون فى هذه الحالة، حيث يجب اســـتبعاد هذا القانون المختار، وتطبيق القانون الوطنى بدلا منه.

وكذلك نرى ان القول بإمكانية اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق منقطع الصلة مع العقد لا يســـتقيم مع الواقع العملي، اذ ليس من المتصـــور ان يتفق الأطراف على اختيار قانون ليطبق على علاقتهم العقدية ولا توجد أي صـــلة – سواء موضوعية أو شخصية – بينه وبين العقد، ذلك إن عناصر الارتباط ووجود الصلة لا تقوم على مجرد معايير موضوعية بين العقد والقانون المختار، وإنما هناك معايير شـــخصـــية أيضـــا تؤخذ بنظر الاعتبار، كجنســـية أطراف العلاقة مثلا، كما انه يمكن ان تكون الصـــلة هي المصـــلحة المشتركة التي يحققها ذلك القانون المختار اســـتنادا لمصالح التجارة الدولية مثلا، لذلك فاننا نؤيد الرأي الذي يري بوجوب وجود صـــلـــة ما بين القانون المختار بإرادة أطراف عقد الوكالة التجارية الدولية وبين العقد، وبحيث يحقق المصـــلحة المشـــتركة للأطراف، بحيث لا يكون القانون منبت الصلة تماما بهذا العقد، بغض النظر عما اذا كانت هذه الرابطة فنية أم معنوية أم اجتماعية أم اقتصادية.

الفرع الثاني

قانون الإرادة ومبدأ تجزئة العقد[٣٨]

أذ كان من الطبيعي ان يتفق أطراف عقد الوكالة التجارية الدولي على اختيار القانون الواجب التطبيق على ما ينشأ من منازعات على عقدهم، **فهل يمكن ان يكون اختيارهم لاكثر من قانون لتطبيقه على أجزاء العقد؟**

وبمعنى اخر إذا كان من حق أطراف العلاقات العقدية – بصفة عامة – تجزئة عقودهم فهل يحق لهما اختيار أكثر من قانون لتطبيقه على كل جزء؟

طرحت تلك الإشكالية وظهرت بقوة في مجال التجارة الدولية لاسيما عقود الوكالات التجارية الدولية فنجد ان الفقه في ذلك انقسم إلى رأيين:

الرأي الأول: يراى أن الرابطة العقدية متعددة الجوانب من حيث تكوين العقد، ومن حيث آثاره وزواله، وليس هناك ما يمنع المتعاقدين من إخضاع كل جانب من جوانب العقد لقانون معين، مادامت الصلة متوافرة بين هذا القانون وذلك الجانب من العقد[٣٩]، أي انه **يرى إمكانية تجزئة العقد وإخضاع كل جانب منه لقانون معين.**

وبناء على هذا يجوز للمتعاقدين أن يقوموا بتجزئة القوانين أيضا أسوة بتجزئة العقد، وبالتالى يخضع كل جزء من هذا العقد للقانون المناسب والملائم له، ويطبق قانون الدولة التى تتصل بهذا الجزء من العقد، مثال ذلك اخضاع تكوين العقد لقانون محل الابرام واخضاع تنفيذه لقانون محل التنفيذ وهكذا، وأساس هذا الرأى هو الملاءمة والمناسبة، فهم يرون أنه من الأفضل أن يخضع كل جزء للقانون الذى يتصل به ويرتبط به ارتباطا يجعل من الخير لهم تطبيق هذا القانون عليه[٤٠].

---

(٣٨) المقصود بالتجزئة هنا تشمل القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية، ويحدث ذلك عندما يتصدى المتعاقدون لاختيار اكثر من قانون لحكم الرابطة العقدية من حيث الموضوع، وليست تجزئه العلاقة الخاصة الدولية التي يقوم بها المشرع بموجب قواعد الإسناد على نحو يسمح بتطبيق اكثر من قانون واحد على العلاقة، كالأهلية التي يسري عليها قانون الجنسية بموجب المادة (١١) من القانون المدني المصري ، وشكل العقد الذي يخضع لقانون الدولة التي تمت بها العقود بموجب المادة (٢٠) من ذات القانون سالف البيان، ينظر د. باسم سعيد يونس، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، المرجع السابق، ص١٠٦-١٠٧.

(٣٩) ينظر في تفصيل هذا الرأي د. عز الدين عبد الله، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي، المرجع السابق، ص٢٨-٢٩

(٤٠) د/ عنايات عبد الحميد ثابت، فؤاد رياض، سامية راشد، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه فى القانون اليمنى، الطبعة الثالثة، ١٩٩٢، ص ٣٦٤

ومبدأ تجزئة العقد تنادي به مدرسة هارفارد الأمريكية، التي يتزعمها الفقيه Beale وقد حددت المجموعة الأمريكية الأولى لتنازع القوانين التي اشرف على إخراجها الفقيه Beale القوانين الواجبة التطبيق على أساس إقليمي، فتكوين العقد يخضع لقانون محل إبرامه، وكل التزام يخضع لقانون محل تنفيذه[٤١]، فالمواد من (٣١١-٣٣٢) والمواد (٣٥٥-٣٧٢) من المجموعة الأولى لتنازع القوانين عالجت مسائل إخضاع إبرام العقد لقانون مكان الإبرام ومسائل التنفيذ وانقضاء العقد لقانون مكان التنفيذ[٤٢].

وبشكل خاص المادة (٣٣٢) التي عالجت المسائل التي تخضع لقانون مكان الإبرام والمادة (٣٥٨) التي عالجت المسائل التي تخضع لقانون مكان تنفيذ العقد[٤٣].

وفكرة تجزئه العقد ترجع إلى الفقيه بارتول، فقيه المدرسة الإيطالية الذي حلل العقد واخضع كل جانب فيه إلى قانون على أساس قاعدة إسناد مغايرة، ثم عادت الفكرة للظهور، ودافع عنها الفقهاء باعتبارها اتجاها واقعيا يتفق مع واقع الحال، إذا ما تعددت صلات العقد من حيث مختلف جوانبه بين اكثر من دولة[٤٤].

الرأي الثاني: وهو الرأي الغالب في الفقه فيرى وجوب النظر إلى العقد على انه عملية واحدة، تخضع في مجموعها لقانون واحد لما بين أجزائها من التجانس[٤٥].

راي الباحث :

بالنظر في نص المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري، والتي تنص على أن (يسري على االلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فان اختلفا، سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه)نجد إن

(٤١) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص،الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية،١٩٨٢، ص٥٨٣.
(42) See Hao-Nhien Q. Vu, CHOOSE OR LOSE, Choice-of-Law Issues in Cyberspace Cases Remain Unresolved, Los Angeles Daily Journal, 22 May 1997, at 7, p, 2. http://kicon.com/nhien/choice.htm
(43) See Francis A. Gabor, Stepchild of the New Lex Mercatoria: Private International Law from the United States Perspective, November 1997, p, 16-17. متاح على الشبكة الدولية .. اخر تاريخ للزيارة ٢٠٢٣/٥/١
http://www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/gabar.html
(٤٤) د. إبراهيم احمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، من دون مكان طبع،١٩٩٧، ص٣٥٠.
(٤٥) ينظر هذا الرأي د. عز الدين عبد الله، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي، المرجع السابق، ص٢٩

أول ما يلاحظ على هذا النص انه قد واجه االلتزامات التعاقدية، وهي آثار العقد دون أن يتعرض لمرحلة انشاء وتكوين العقد ذاته، وقد ترك ذلك للاجتهاد القضائي.

ونحن نؤيد ما اتجه اليه أغلب الفقه من ان المشرع المصري قد اخذ بوحدة القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث تكوينه وآثاره[٤٦]، وسندنا في ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني التي جاء فيها (لذلك توخى المشروع تجنب التفاصيل، واقتصر على اكثر الأحكام استقرارا في نطاق التشريع، فقرر في المادة ٤٢ "أصبحت المادة ١٩" أن االلتزامات التعاقدية يسري عليها القانون الذي يقرر المتعاقدان الخضوع لأحكامه صراحة أو ضمنا ... وهذا حكم عام ... **يضمن وحدة القانون الواجب تطبيقه على العقد**، وهي وحدة لا تكفلها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها)[٤٧] وعلى ذلك يجب خضوع جميع جوانب العقد من تكوين وآثار للقانون المختار بإرادة الطرفين صراحة أو ضمنياً، كما ان في اباحة اختيار اكثر من قانون مختار وتجزئة للعقد ما ينال من ضمان الاستقرار التعاقدي للرابطة بين الأطراف.

(٤٦)ينظر د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، المرجع السابق، ص٣٥٤. ود. عوض الله شيبة الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص مرجع سابق، ص٥١٦. ود. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص مرجع سابق، ص٣١٥. ود. إبراهيم احمد إبراهيم، المرجع السابق، ص٣٥٢. ود. عبد الحكيم محسن عطروش، أحكام تنازع القوانين في القانون اليمني والمقارن، عدن، ١٩٩٥، ص١٦٤. ود. محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة،١٩٩٠، ص١٧٧-١٧٨.

(٤٧)مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول، الباب التمهيدي، أحكام عامة من المادة (١ إلى المادة ٨٨)، مطبعة دار الكتاب العربي، شارع فاروق، ص٢٨٩-٢٩٠.

المطلب الرابع

نطاق حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق

على عقد الوكالة التجارية الدولي

إذا كان أطراف عقود التجارة الدولية – بصـــفة عامة – يتمتعون بحرية في إختيار القانون الـــذي يطبق على عقدهم وفقا لمبدأ قانون الإرادة، فان هناك بعض القيود ترد على هذا المبدأ، وتمنع تطبيق القـــانون المختار من الاطراف المتعاقدة ليحل محله قانون آخر، ويحدث ذلك إذا كان القانون المختار مخالفا للنظام العام والمبادئ الاساسية والجوهرية في دولة محكمة القاضي الذي ينظر في النزاع، كما انه إذا كان اختيار الأطراف للقانون بغرض التهرب والتحايل على القانون الواجب التطبيق وهو ما يسمى بالغش نحو القانون.

وعليه ســـنتعرض لدراسة القيود التي تحد من نطاق الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

قيد النظام العام

مما لا شك فيه ان التطور السريع في وسائل الاتصالات اثر على تعقد وتنوع المعاملات الدولية الخاصـــة بشـــكل فاق الحدود والتصورات امتدت إلى كافة ارجاء الدنيا، مما زاد معه الحاجة الملحة إلى عقود الوكالات التجارية الدولية وزاع انتشـــارها لما تحققه من فاعلية وتيســـير في مجـــال التجـــارة الـــدولية، مما كان له مردود على المنازعات الناتجه عن تلك المعاملات، فقد يطرح النزاع امام القاضـــي المصـــري بخصـــوص موكل من الســـعودية ووكيل تجاري من الامارات بسبب عقد وكالة تجارية دولي نشأ في الأردن؛ كما قد يكون القانون الواجب التطبيق – بـــاختيار الأطراف – هو الكويتي أو البحريني؛ تلك هي نتيجة أعمال مبدأ قانون الإرادة في أختيـــار القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشـــئة عن عقد الوكالة التجارية الدولي، وحرييتهم في ذلك.

بيد انه يثار التساؤل حول نطاق تلك الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق؟ وبمعني اخر هـــل توجـــد حدود ونطاق معين لتلك الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق؟ وهل يلتزم بالاعتراف بأحكام هذا القانون أيا كان مضـــمونها؟ وبالتالى يلتزم القاضـــي أو هيئة التحكيم بتطبيق وبإعمال أحكام القانون الأجنبي أيا كان محتواها؟ أليس من المتصـــور – من ناحية – أن يكون القانون الأجنبى مخالفا لقواعد النظام العام في دولة القاضى؟

إذ ان التشـــريعات تشهد تباينا صارخا فيما بينها على النحو الذى قد تتعارض فيه هذه القوانين مع قواعد النظام العام فى بعض الدول، فهل يكون مقبولاً أو مستساغاً أن يقوم القاضى الوطنى

بتطبيق قـــانون أجنبي تتعـــارض أحكـــامه مع قواعد النظام العام فى دولته؟ تعرف هذه الحالة اصطلاحاً باسم استثناء الدفع بالنظام العام(٤٨).

ويعـــد النظـــام العام من أبرز القيود التي ترد على مبدأ قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية بصـــفة عامة، وفي عقود الوكالة التجارية الدولية بصفة خاصة، لذا يتعين بيان الإشكالية أولاً، ثم مفهوم النظام العام، ثم شروط الدفع به، ثم آثاره، على النحو التالي:

أولا: إشكالية مخالفة النظام العام: لما كان القانون الدولي الخاص يتميز عن غيره من مختلف القوانين بقواعد الإســـناد التي تعمل على ارشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق ولا تتكفل بحل النزاع بصـــفة مباشـــرة، وإنما تتضـــمن فقط الإشارة إلى القانون الذى سيتولى تقديم هذا الحل. والقاضـــي قبل إعماله لقاعدة الإســـناد لا يكون على علم بمضمون القانون الأجنبى الذى ســـوف تشـــير إليه هذه القاعدة، بل لا يكون حتى على علم باســـم الدولة التي ينتمي إليها هذا القانون، أما بعد توصله. للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع، فإنه يتمكن فى هذه اللحظة من التعرف على أحكام هذا القانون، وهنا الأمر لا يخرج **عن أحد فرضين:** أولهما أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق لا يتعارض مع قواعد النظام العام في دولة القاضـــي، وثانيهما: أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق متعارض مع قواعد النظام العام في دولة القاضي.

ففي الفرض الأول لا توجد أدني مشكلة حيث يقوم القاضي بتطبيق القانون الذي لا يتعارض في احامه مع النظام العام في دولته.

بيد ان الإشـــكالية تظهر بوضوح في حالة كون القانون الأجنبي الواجب التطبيق يتعارض مع قانون دولة القاضي، فماذا يفعل هذا الأخير؟ هل يطبق القانون الأجنبى على الرغم من مخالفته لقواعد النظام العام فى دولته؟ أم يســـتبعد تطبيق ذلك القانون حفاظاً على قواعد النظام العام؟ وإذا تم استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام لدولة القاضي فما هو القانون البديل الذي يجب تطبيقه على المنازعة؟

ثانياً: مفهوم النظام العام النظام العام فكرة نســـبية، مرنه تتغير بتغير الزمان والمكان، أي ما قـــد يعتبر مخـــالفـــا للنظام العام في دولة ما، قد لا يكون مخالفا للنظام العام في دولة أخرى، وكذلك ما قد يخالف النظام العام في نفس الدولة في فترة معينة، قد لا يعد كذلك في وقت آخر. ولم يعرف المشـــرع النظام العام لمرونة فكرة النظام العام وإتســـاع نطاقها، بيد ان **محكمة النقض** تولت تعريفه بأنه: ((النظام الذي يحتوي على قواعد ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد ســـواء من الناحية الســـياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو على مصالح الافراد))(٤٩)

(٤٨) د.عبدالمنعم زمزم ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ط٢٠١٥ ، دار الثقافة العربية ، ص ١٥٥

(٤٩) الطعن رقم ١٦ لسنة ٤٨ قضائية جلسة ١٩٧٩/١/١٧ مكتب فني سنة ٣٠، ج ١ ، صفحة ٢٧٦ نقض مدني

وقــد عرفه جانب من الفقه بأن النظام العام في دولة ما، هو الكيان الســـياســـي والاجتماعي والـــإقتصـــادي لهـــذه الـــدولة، وبما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية، ومعتقدات إجتماعية تتعلق بالمســـاواة أمام القانون أو إحترام أفكار دينية أساسية معينة أوعقائد مذهبية إقتصادية والعدالة الاجتماعية، وتكافؤ الفرص وغيرها(٥٠)

وعليه فالنظام العام يتشـــكل من الأسس التي يقوم عليها النظام السياسي والاقتصادي في الدولة، ومن الحقوق الطبيعية والحريات الأساسية المكفولة، والمعتقدات الإجتماعية والأخالقية، والدينية المتداولة في المجتمع، لذا يعرف بانه مجموعة الأســـس الجوهرية والأســـاسية التي يقوم عليها نظام مجتمع معين سواء على الصعيد السياسي والاجتماعي والاقتصادي والقانوني والديني.

ثـــالثـــا: التمييز بين النظام العام الداخلى والدولى. تُعد فكرة النظام العام الداخلي من الأفكار التقليدية والتي ارتبطت بنشأة القانون وتطوره، بيد ان النظام العام في نطاق القانون الدولي تُعد حديثة نســـبيا، لذلك توجد عدة اختلافات وفوارق بينهما توضـــح معالم التمييز والاختلاف بين النظامين الدولي والداخلي.

حيث تتجسد فكرة النظام العام الداخلي في مجموعة القواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، وإلا كان الاتفاق باطلاً بطلانا مطلقا، فالمشرع يحدد مجموعة من القواعد الآمرة لحكم الإطار العام لنشـــاط الأفراد، ونجد أن المشرع لم يعترف للإرادة بالقدرة على مخالفة تلك القواعد فى اتفاقاتهم الخاصـــة، وإنما جعلها في مرتبة أعلى من هذه الاتفاقات، بمعني ان إرادة الأطراف لا تســـتطيع مخالفة القواعد الامرة والتي يعدها المشـــرع من النظام العام الداخلي، إذ يهدف المشـــرع إلى الموازنة بين المصـــالح المتعارضة ليرجح في النهاية كفة الميزان لصالح المصلحة التي يراها أولى بالترجيح.

فنجد مثال ذلك في مجال العقود ان المبدأ الأســـاســـي هو ســـلطان الإرادة الذى يعترف للأفراد بالقدرة على إبرام ما يعن لهم من التصرفات القانونية، في حين انه لا مجال لسلطان الإرادة في المســـائل المتعلقة بالمحافظة على كيان الدولة الاجتماعى والاقتصادى، كالأحكام المتعلقة بحماية العمال والمستأجرين والطرف المذعن(٥١).

اما النظام العام الدولى للدولة فهو عبارة عن مجموعة الأســـس والمبادئ التي تشـــكل جوهر النظام القانوني للدولة والتي لا تقبل أن يؤدي تطبيق القانون الأجنبى إلى المساس بها بأى شكل من الأشـــكال، وقد قضي بأنه مجموعة "القواعد الأصولية ... التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالنظام القانونى والاجتماعي الذي اســـتقر في ضـــمير الجماعة، بحيث يتأذى الشـــعور العام عند عدم

---

(٥٠)د.عبدالمنعم زمزم،الوسيط في القانون الدولي الخاص، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط٢٠١٥، دار الثقافة العربية، ص ١٥٤

(٥١) انظر في ظهور فكرة النظام العام الدولى وتطورها Batiffol et Lagarde, Traité de droit international privé, op. cit., n° 354, p. 567 et s; Loussouarn et Bourel, Précis de droit international privé, op. cit., n° 248, p. 297 et s. مشار اليه لدى د.عبدالمنعم زمزم ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ط٢٠١٥ ، دار الثقافة العربية ،ص ١٥٧

الاعتداد بها وتغليب قانون اجنبى عليها بما لا يســـع القاضـــي الوطني معها أن يتخلى عنها ويطبق غيرها في الخصومات التى ترفع إليه"[٥٢]

وعطفاً على ذلك فانه إذا تم تطبيق احكام القانون الأجنبي الذي اشـــارت اليه قاعدة الاســـناد، وأدى ذلـــك إلى حـــدوث تعارض أو تعطيل احدى القواعد المتعلقة بالنظام العام الدولي لدولة القاضـــي، فإن النظام القانوني للدولة يفقد كل فاعليته،(فإذا كان المشـــرع يوازن بين المصالح المتعارضـــة ليرجح فى النهاية كفة الميزان لصـــالح المصلحة التي يجدها أولى بالترجيح، فإن الموازنة تكون – في هذا المقام – بين تطبيق القانون الأجنبي الذي أشـــارت إليه قاعدة الإسناد وبين المحـــافظة على قواعد النظام العام الدولي. وإذا كان من الطبيعي أن تســـير الأمور في اتجـــاه تطبيق القـــانون الأجنبى إعمالا لحكم قاعدة الإســـناد، فإن كفة الميزان يتحتم ترجيحها للجانب المقابل في الأحوال التى يترتب فيها على هذا التطبيق مخالفة واضـــحة لقواعد النظام العام في الدولة، فدفع الضرر مقدم على جلب المنفعة، ولذا فإن المحافظة على النظام القانوني لدولة القاضي أولى من تطبيق القانون الأجنبي المخالف)[٥٣].

ولما كان النظام العام الدولي يهدف إلى حماية المبادئ الأســـاســـية في دولة القاضـــي وذلك باســـتبعاد القانون الأجنبي المخالف له واحلال قانون اخر بديلاً عنه، وهو ما يؤدي إلى الغاء ما اشـــارت اليه قاعدة الاسناد ومخالفة ما توافقت عليه إرادة الأطراف، لذلك يجب ان يت التحرز في إيضاح مفهوم وتحديد نطاق ما يعد من النظام العام من عدمه، بمعني انه يجب ألا يتضمن الـــا القواعد والاحكام التي لا يمكن قبول أى حل خلاف ما تقضـــى به، ولهذا فان هناك فارق جوهري بين مفهوم ونطـــاق النظام العام الدولى ومفهوم ونطاق النظام العام الداخلي. حيث ان قواعد النظام العام الدولي تكتســـب مفهوم ضيق وتقتصر فقط على المبادئ الأساسية المستمدة من الإطار العام للنظام القانوني لدولة القاضي، فهى (القواعد ذات الطابع الأمر المطلق)[٥٤].

ونســـتنتج من ذلك انه ليس كل ما يعتبر من النظام العام الداخلى يعتبر حتما من النظام العام الدولي، ولكن العكس هو الصـــحيح؛ إذ أن كل ما يعتبر من النظام العام الدولى يعتبر حتماً من النظام العام الداخلي، باعتبار أن المخالفة تقررت في النهاية لقاعدة آمرة بلغت درجة الأمر فيها حدا من الجسامة، ارتقت بها إلى مرتبة قواعد النظام العام الدولي.

وهو ما أكدته محكمة النقض بقضـــاءها " من أنه وفقاً للمادة ٢٨ من القانون المدني لا يجوز اســـتبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو

---

(٥٢) الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٨ قضائية جلسة ١٩٧٩/٦/٢٠ ،مكتب فني سنة ٣٠، ج ٢، ص ٧٢٢ نقض مدني - منشور

(٥٣) د.عبدالمنعم زمزم ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ط٢٠١٥ ، دار الثقافة العربية ،ص ١٥٨

(٥٤) Cass. civ., 25 Mai 1948, D., 1948, II, p. 357, note P.L.P. مشار اليه بمرجع د.عبدالمنعم زمزم ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ط٢٠١٥ ، دار الثقافة العربية ، ص١٥٩

للآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة ولا يدخل في هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني"[٥٥]

ونستخلص مما سبق ان النظام العام الداخلي يتفق مع النظام العام الدولي في إن غايتهما واحدة وهي صيانة وحماية المصالح الجوهرية في المجتمع.

رابعاً: شروط الدفع بالنظام العام

لما كان الدفع بالنظام العام هو الذي بموجبه يتم استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بسبب تعارض أحكامه مع القواعد الأساسية في دولة القاضي هذا وقد **نصت المادة ٢٨ من القانون المدني** على " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عيّنته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر"، وقد سار على ذات النهج كلا من المشرع العراقي[٥٦]، والاماراتي[٥٧]، والكويتي[٥٨]. وجاء **بمذكرة المشروع التمهيدي** للقانون المدني المصري "علي أنه لا يجوز مطلقا تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب وهذا الحكم انعقد عليه الإجماع، وحذا المشروع في تقنينه حذو كثير من التشريعات الأجنبية، وينبغي التنويه بأن إعمال فكرة النظام العام والآداب لترتيب الأثر الذي تقدمت الإشارة إليه فيما يتعلق بإستبعاد تطبيق القوانين الأجنبية يختلف عن إعمال هذه الفكرة في نطاق روابط الإلتزامات التي لا يدخل في تكوينها عنصر أجنبي."[٥٩]

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض بان "مناط استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق وفق المادة ٢٨ من القانون المدني هو أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام في مصر أي متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في الدولة مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع بما لا يكفي معه أن تتعارض مع نص قانوني آمر"[٦٠]

---

(٥٥) الطعن رقم ٣٧١ لسنة ٣٢ قضائية جلسة ١٩٦٧/٤/٥ ، مكتب فني سنة ١٨، ج٢، ص ٧٩٩ نقض مدني – منشور
وراجع أيضاً الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ١٩٧٧/١/١٩ ، مكتب فنى سنة ٢٨ ، ج ١، ص ٢٧٧ نقض مدني - منشور
وايضا: الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٨ قضائية جلسة ٢٠ /٦/ ١٩٧٩ مكتب فني سنة ٣٠، ج٢، ص ٧٢٢ نقض مدني - منشور

(٥٦) المادة ٣٢ من القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١بشأن القانون المدني العراقي (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أوللآداب في العراق.)

(٥٧) المادة ٢٧ من قانون اتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ بشأن إصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة.رقم لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة.

(٥٨) المادة ٧٣ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بشأن تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص الواردة في هذا الباب إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في الكويت, ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي.)

(٥٩) مذكرة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري.

(٦٠) [الطعن رقم ٧١٤ - لسنة ٤٧ قضائية جلسة ٢٦ / ٤ / ١٩٨٢ مكتب فني سنة ٣٣ ج ١ ص٤٤٢ نقض مدني

وأضافت في حكماً اخر " أنه لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق وفقاً للمادة ٢٨ من القانون المدني إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصـــر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة"(٦١)

ومؤدى نص المادة والاحكام ســـالفة البيان هو نهي القاضـــي عن تطبيق القانون الأجنبي كلما كانت أحكامه متعارضـــة مع الأسس الإجتماعية أو السياسية أو الإقتصادية في الدولة مما يتعلق بالمصـــلحة العليا للمجتمع، ومما ســـبق نستطيع القول بانه يشترط لقبول الدفع بالنظام العام أن يكون القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قانونا أجنبيا، وأن يكون هذا القانون مخالفا لقواعد النظام العام في دولة القاضي.

وعلى ذلك فان شروط الدفع بالنظام العام هي:

١- ان يكون القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قانون أجنبي.

٢- ان يكون هذا القانون الأجنبي مخالفا لقواعد النظام العام في دولة القاضي.

ويعد القانون الأجنبي متعارضـــا مع قواعد النظام العام إذا كان يخالف المبادئ العامة للقانون الطبيعي وقواعد العدالة، أو إذا كان يتضمن قاعدة لا يعرفها القانون الوطني.

ومن هذا المنطلق يمكن تعداد قواعد النظام العام في القوانين الســـياســـية والإدارية، والقوانين الجنائية وقوانين المســـئولية المدنية، والقوانين المتعلقة بالقانون العام، وقوانين التنفيذ الجبرى، والقوانين المالية. فضلا عن أي قواعد قانونية تدل على السياسة التشريعية للدولة.

والجدير بالذكر ان المرجع في تحديد ذلك كله هو الســـلطة التقديرية لقاضـــي الموضـــوع، فالقاضـــي الذي ينظر الدعوى يستطيع – بما لديه من دراية قانونية كافية – أن يستنبط ما إذا كـــان القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام أم لا، وقد وضـــع الفقه(٦٢) مجموعة من الاعتبارات يتعين على القاضـــي مراعاتها حال مباشـــرته لســـلطته التقديرية فيما اذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام من عدمه منها:

١-انه ليس كل مخالفة لاحكام القانون الأجنبي مع القانون الوطني لدولة القاضـــي تُعد معارضة لقواعـــد النظـــام العـــام الدولى، بمعني مجرد اختلاف القانون الأجنبى فى أحكامه عن القانون الوطني لا يعتبر ســـببا موجبا للدفع بالنظام العام، فالطبيعي أن تتضمن القوانين أحكاماً مختلفة، ولكن دون ان يصل هذا الاختلاف إلى حد التنافر الصارخ مع الركائز الأساسية لدولة القاضي.

ومثال ذلك **ما قضـــت به محكمة النقض** من أن " مناط استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق – وفق المـــادة ٢٨ من القانون المدني – هو أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام في مصـــر أي متعارضة مع الأسس الإجتماعية أو السياسية أو الإقتصادية أو الخلقية في الدولة

(٦١) [الطعن رقم ٧ - لسنة ٤٢ قضائية -جلسة ١٩ / ١ / ١٩٧٧ مكتب فني سنة ٢٨ ج١ ص ٢٧٦ نقض مدني

(٦٢) د. عبدالمنعم زمزم ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق، ص ١٦٥

مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع بما لا يكفى معه أن تتعارض مع نص قانوني آمر، وكانت المـــادة ٣/٥٠٣ من قانون المرافعات (قبل الغاءها) بما إشـــترطته من وجوب بيان أســـماء المحكمين في مشـــارطة التحكيم أو في إتفاق مســـتقل لا تتعلق بالنظام العام على النحو السالف بيانه فإن مخالفتها لا تنهض مبرراً لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق"[٦٣]ومؤدى ما قضـــت به محكمة النقض ان مجرد مخالفة القانون الأجنبي لنص قانوني – رغم كونه من النصوص الامرة – لا يعد بذاته سببا لمخالفة النظام العام.

ولذلك فانه لا يجوز اســـتبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجمـــاعـــة، ولا يدخل فى هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطنى أو مجرد التفضيل بينهما وكون القانون الوطني أكثر فائدة.

٢–لما كان من اهم نتائج قبول الدفع بالنظام العام هو استبعاد القانون الأجنبي الواجب التنطبيق ونظراً لما يترتب على ذلك من نتائج خطيرة فانه لابد خضوع لرقابة المحكمة العليا – النقض– ، وهو أمر ضـــرورى؛ لأن مسألة تقدير مدى توافر أحد مقتضيات النظام العام تعد على درجة كبيرة من الأهمية، ولذا يجب ألا ينفرد القاضـــي الموضوعي بتقديرها، وإنما يتعين أن يخضع لرقابة محكمة عليا، لإعادة تقدير الأمور.

خامساً: اثار الدفع بالنظام العام يترتب على الدفع بالنظام العام أثرين هما : –

١–الأثر الســـلبي: يترتب على قبول الدفع بالنظام العام امتناع القاضـــى عن تطبيق القانون الأجنبي الذي اشـــارت اليه قاعدة الاســـناد واستبعاده، وفي تلك الحالة نصبح امام فراغ قانونى ناشـــئ عن امتناع القاضـــى عن تطبيق هذا القانون الاجنبي، إذ أن الفلسفة الأساسية لآلية الدفع بالنظام العام فلســـفة استثنائية تتأسس على مراقبة النتيجة التى تؤدى إليها قاعدة الإسناد، بحيث إذا أدت هـــذه القـــاعدة إلى تطبيق قانون أجنبي يتضـــمن أحكاماً تنطوي على انتهاك للمبادئ الأســـاسية في دولة القاضي، فإن هذا الأخير يمتنع عن تطبيقه، فالغاية الأساسية من النظام العام هي عدم الســـماح بتطبيق قواعد أجنبية تنال من ســـلامة النظام القانوني الوطني ولهذا السبب يترتب الأثر السلبى فى ضمير القاضي بطريقة تلقائية بمجرد تأكده من مخالفة القانون الأجنبى للقواعـــد الـــأصـــولية في دولته)[٦٤] وبقول اخر فان الدفع بالنظام العام نتيجة لتطبيق القانون الأجنبي المخالف لقواعد النظام العام يعد أســـلوب وقائي يعمل على حماية النظام الوطني من مدخولات غريبة عنه قد تتسرب إليه من الأنظمة القانونية الأجنبية[٦٥]

---

(٦٣) [الطعن رقم ١٢٥٩ ـ لسنة ٤٩ قضائية جلسة ١٣ / ٦ / ١٩٨٣ ـ مكتب فني السنة ٣٤ ج ٢ ص ١٤١٦] ـ

(٦٤) د. عبدالمنعم زمزم ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ص١٧٠

(٦٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولا ومنهجا ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، بدون تاريخ نشر ،رقم ٥٤٣ ص ٦٠٥

وهذا يؤكد الطبيعة الاستثنائية للدفع بالنظام العام وان هدفها تعطيل آلية تنازع القوانين – قاعدة الاســناد– التي قضــت بتطبيق قانون يخالف قانون القاضي، فالأصل هو تطبيق قاعدة التنازع واحترام الحل الذى أتت به، والاســتثناء هو إعمال الدفع بالنظام العام في الأحوال التي يكون فيها احترام القانون الوطني هو الأولى بالاتباع.

بيد ان مســألة تحديد مدى الأثر الســلبي أثير الجدل نحوها. وبمعني اخر ومباشر انه في حالة تعارض القانون الأجنبي مع قواعد النظام العام الدولي لدولة القاضــي هل يتم استبعاد القانون الأجنبي كلياً، ام يقتصر الامر على استبعاد المادة أو النص القانوني المعارض فقط ؟

أي اذا كان القانون الأجنبى يتضــمن أحكاماً ينطوي تطبيقها على المســاس بالمثل العليا لدولة القاضي فهل يتم استبعاد القواعد المخالفة فقط أم يتعين استبعاد القانون الأجنبي بأكمله؟

ذهب بعض الفقه إلى ضرورة استبعاد القانون الأجنبي بأكمله، ولو كانت قاعدة واحدة فقط من بين قواعــده هي التي تخــالف النظام العام، وحجة هذا الفريق أن الســماح بتطبيق جزء من القانون الأجنبى مع اســتبعاد الجزء المخالف فقط يؤدى إلى تطبيق هذا القانون بغير الطريقة التي أرادها مشــرعه، فالقانون الأجنبي إما أن يكون واجب التطبيق بأكمله وإما أن يســتبعد بأكمله، أما تطبيق بعض قواعده مع إهمال بعضــها الآخر، فمن شأنه أن يؤدى إلى مسخ لهذا القانون وتحوير لأحكامه وهو ما يخالف قصــد قاعدة الإســناد الوطنية التي أشارت إلى تطبيق مجمل القانون الأجنبى دون تحديد أجزاء معينة منه(٦٦).

ولم يكتب لهذا الرأى الاستمرار أو النجاح، وذلك بالنظر في المسألة المثارة وكان الدفع بالنظام العام في نطاق تنازع القوانين يهدف إلى تلافى النتيجة التي تترتب على شــرود قاعدة الإسناد عندما تؤدى إلى تطبيق قانون أجنبي يخالف الأهداف الرئيســية لدولة القاضــي، وطالما أمكن تلافى حدوث التناقض بين القانون الأجنبي والقانون الوطني باستبعاد الجزء المخالف فقط، فان ذلك يتوافق مع اهداف المشــرع؛ ومن ثم فلا حاجة اذن في استبعاد باقي أحكام القانون الأجنبي طالما لم تتعارض مع النظام العام لدولة القاضي.

ولا يمكن ان نعد ذلك مسخ للقانون أو تحويراً في تطبيقه، اذ ان اختيار الأطراف يكون للقانون اجمالا وكلياً وليس لقواعد أو أجزاء من القانون، وأكثر من ذلك فإن الاســتبعاد لأحكام القانون الأجنبي كلية وتطبيق قانون القاضــي بدلاً منه، يعد أكثر تعارضــاً مع حكمة التشريع. إذ مادام القانون الأجنبى هو الواجب التطبيق أصــلاً بوصــفه أكثر القوانين ملاءمة للمسألة المعروضة،

(٦٦) انظر في عرض هذا الفقه د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى المرجع السابق ص ١٥٤ وما يليها د. هشام صادق تنازع القوانين دار المطبوعات الجامعية ، ط ٢٠١٢ ، ص ٣٢٤ وما يليها.

فإن الأقرب إلى حكمة التشريع هو ألا يستبعد إلا ما يتعارض فعلا مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي[٦٧]، "فالنظام العام داء لدواء، ويجب أن يستعمل الدواء بقدر الداء"[٦٨].

وتأسيساً على ذلك ننتهي إلى تأكيد الطبيعة الاستثنائية للدفع بالنظام العام، مما يقتضي ان يتم حصره في نطاق ضيق وجعل أثره السلبي على استبعاد الأجزاء المتعارضة من القانون الأجنبي الواجب التطبيق فقط مع النظام العام لدولة القاضي، والإبقاء على باقي الاحكام القابلة للتطبيق والمتوافقه مع النظام العام لدولة القاضي.

ويسود هذا الحل فى القانون المقارن، كما استقر عليه أيضاً القضاء الفرنسي منذ زمن بعيد، فقد استقرت محكمة النقض الفرنسية على أن استبعاد القانون الأجنبى بقبول الدفع بالنظام العام الذي يهدف إلى استبعاد الحكم المخالف في ذلك القانون دون أن يعنى الاستغناء عنه كلية[٦٩].

كما ان بعض الفقه يستشهد بنص المادة ٢٨ من القانون المدنى بانها توحى بهذا الحل، حين تقرر أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي... إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر"، فالنص يوحى بنفي الاختصاص عن الأحكام المخالفة للنظام العام دون أن ينتفي عن القانون الأجنبى كلية، فعبارة «وإذا كانت هذه الأحكام الواردة في عجز النص لم ترد نكرة، لتشمل مختلف الأحكام التي يتضمنها القانون الأجنبي، وإنما وردت معرفة فقط بالأحكام المخالفة للنظام العام في مصر. ويدلل على صدق هذا الرأى من ناحية أخرى، أنه لو أراد المشرع النتيجة العكسية باستبعاد القانون الأجنبى كلية، لجاءت صياغة النص مغايرة للصياغة الحالية، حيث كان من المتصور أن تحمل مضموناً مختلفاً يدلل على رغبة المشرع في استبعاد القانون الأجنبي برمته[٧٠].

ولم يختلف **موقف القضاء المصرى** عن هذا الذي نقرره، فقد قضت محكمة استئناف الإسكندرية منذ فترة طويلة – وتحديدا في ١٧ مارس ١٩٦٣ – "بأنه ليس صحيحاً أن مطلق وجود حكم في القانون الأجنبي يخالف النظام العام فى مصر يرتب إبطال العمل بالقانون المذكور برمته وإحلال القانون المصرى محله، فإن هذا المذهب ليس له من القانون المصرى سند بل هو متعارض مع نص المادة ٢٨ من القانون المدني الذي يجرى بأنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون اجنبى عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر". وظاهر أن النص هكذا يقصد عدم جواز التطبيق على "الأحكام" التي تخالف النظام العام وليس على القانون ذاته.. (والقول بغير ذلك يعني) تعطيل لغايات تغياها القانون المصرى

---

(٦٧) أ د. هشام صادق ،القانون الدولي الخاص تنازع القوانين المرجع السابق، ص ٣٢٦

(٦٨) أ د. أحمد عبد الكريم سلامة علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع ،المرجع السابق، رقم ٥٤٥ ص ١٠٧

(٦٩) Batiffol et Lagarde, Traité de droit international privé, op. cit.n° 368, p. 592; Mayer et Heuzé, Droit international privé, op. cit.n° 213, p144 et s; Holleaux, Foyer et de La Pradelle, Droit international privé, op. cit., n° 601, p. 296. مشار اليه لدى د. عبدالمنعم زمزم ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق، ص١٧٣

(٧٠) أ د. عبدالمنعم زمزم ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق، ص ١٧٤

من تعيين القانون الأجنبي الواجب التطبيق لمطلق اشتمال القانون على حكم يخالف النظام العام أو الآداب، وهو الأمر الذي يعطل ما أراده الشـــارع الحريص على إعمال القانون الأجنبي في الحالات التي يعينها مع اســـتثنائها باستثناء لا يقبل التوسع أو القياس مما قد يتعارض مع النظام العام المصرى من أحكام هذا القانون"[٧١].

٢-**الأثر الإيجابي:** في حالة إشارة قاعدة الاسناد إلى تطبيق قانون اجنبي على موضوع النزاع وكان ذلك القانون الأجنبي الواجب التطبيق متعارض لقواعد النظام العام بدولة القاضـــي فانه واعمالا للدفع بالنظام العام يتم اســـتبعاد الاحكام المخالفة للنظام العام، بيد أن ذلك سوف ينشئ حالة فراغ قانوني للاحكام المســـتبعدة، فالنزاع المطروح أمام القاضى أضحى بلا قانون يحكمه بعد أن تم اســـتبعاد القانون الأجنبي أو باســـتبعاد بعض احكامه ، مما يتطلب معه البحث عن القانون الذي يحل محل القانون المستبعد.

وبمعنى آخر هل يقترن هذا الأثر الســـلبي (الاســـتبعاد) بأثر إيجابي آخر وهو(إحلال) قانون القاضي محل القانون الأجنبي المُستبعد حتى لا يكون هناك فراغ تشريعي في هذه الحالة؟

هذا ولم يقرر المشرع بالمادة ٢٨ مدني سوى الأثر السلبي وهو استبعاد احكام القانون الأجنبي المتعـــارضـــة مع النظام العام دون ان يقدم حلاً لحالة الفراغ التي تحدث، هذا وقد تنبه لذلك المشـــرع الكويتي[٧٢]، والقطري[٧٣]، والجزائري[٧٤] ، اذ تم النص على تطبيق القانون الوطني – صراحة – عند تعارض القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع قواعد النظام العام بالدولة.

وفي ذلك **قضـــت محكمة التمييز القطرية** بانه " إذ نظم القانون المدني القطري في المواد من العاشـــرة إلى الثامنة والثلاثين التي ضـــمنها الفرع الثالث من الفصل الأول من الأحكام العامة القواعد التي تسري على سريان القانون من حيث المكان فأورد النص في المادة العاشرة على أن «القـــانون القطري هو المرجع في تكييف العلـــاقـــات القانونية عندما يلزم تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها»، ثم نص في المـــادة (٢٨) منه على أن «يســـري على عقود العمل التي يبرمها أرباب الأعمال مع عمالهم ومســـتخدميهم قانون الدولة التي يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال. فإذا كان المركز الرئيسي لهـــذه الـــأعمال في الخارج وكانت فروعها في قطر هي التي أبرمت هذه العقود، كان القانون القطري هو الواجب التطبيق»، ونص في المادة (٣٣) من ذات القانون على أنه «لا تســـرى

---

(٧١) محكمة استئناف الإسكندرية دائرة الأحوال الشخصية للأجانب، غير منشور - مشار إليه لدى د. هشام .صادق تنازع القوانين المرجع السابق، ص ٣٢٥ وما يليها.

(٧٢) مادة ٧٣ (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي ....إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في الكويت، ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي) .

(٧٣)مادة ٣٨ مدني (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي ..إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في قطر، ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون القطري)

(٧٤) مادة ٢٤ مدني – معدلة في ٢٠٠٥- (لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي ....إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، ويطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة.)

أحكام المواد الســـابقة إذا وجد نص على خلافها في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في قطر»، واختتم ذلك بالنص في المادة (٣٨) على أنه «لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته المواد الســـابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في قطر، ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون القطري»، وهو ما يدل على أن الشـــارع اعتد بمركز إدارة الأعمال التي تعاقد مســـئولوه مع عماله ومستخدميه – في تحديد القانون الواجب التطبيق – واستثنى من هذا الأصـــل العام أن يكون لهذا المركز فرع أو فروع في قطر فأوجب ســـريان القانون القطري شـــريطة أن يكون هذا الفرع أو تلك الفروع هي التي أبرمت هذا العقد، وأنه لا يجوز استبعاد أحكـــام القـــانون الأجنبي إذا كانت هي الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في قطر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصـــلحة عامة وأساسية للجماعة من غير أن يـــدخل في هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني أو مجرد التفضيل بينهما بقالة إن القانون الوطني أكثر فائدة، وفي حالة استبعاد القانون الأجنبي تطبيق القانون القطري"[٧٥]

بيد أن فريقا من الفقه الألماني يذهب إلى أن استبعاد القانون الأجنبي المتعارض مع النظام العام لا يســـتتبع حتما تطبيق قانون القاضي بدلا منه، وإنما يجب على القاضي أن يبحث في القانون الأجنبي نفســـه عن قاعدة قانونية أخرى تحل محل القاعدة القانونية المستبعدة والتي لا تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي[٧٦].

وسند ذلك الراي على غاية الدفع بالنظام العام هي عدم تطبيق حكم القانون الأجنبي المتعارض مع قواعد النظام العام في قانون دولة القاضـــي، ولذلك يجب البحث في القانون الأجنبي عن حكم اخر غير متنـــاقض مع تلك القواعد احتراما لقاعدة الاســـناد التي اشـــارت إلى القانون الأجنبي.

وكذلك ان القول بتطبيق قانون القاضـــي بدلا من القانون الأجنبي المُســـتبعد على اطلاقه يجعل تطبيق القانون الأجنبي بيد المحكمة المعروض عليها النزاع، إن شاءت طبقت القانون الأجنبي، وإن شاءت امتنعت عن تطبيقه بحجة تعارضه مع النظام العام[٧٧]

بيد ان راي الفقه الجدير بالتاييد يرى عدم اســـتبعاد القانون الأجنبي الواجب التنطبيق اذا كانت احكامه متعارضـــة مع قواعد النظام العام بدولة القاضـــي وانه يمكن للقاضـــي ان يبحث في القانون الأجنبي نفســـه عن قاعدة قانونية أخرى تحل محل القاعدة القانونية المستبعدة وذلك في

---

(٧٥) الطعن رقم ٢٢٦ ـ لسنة ٢٠١٢ قضائية جلسة ٢٥ / ١٢ / ٢٠١٢ غير منشور نقض مدني

(٧٦) أ د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين ومركز الإجانب، مرجع سابق، ص١٥٤

(٧٧) أ د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص – الجزء الأول - الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين ومركز الإجانب، مرجع سابق، ص ١٥٤

الحالات التي يســـهل فيها العثور على حكم في القانون الأجنبي غير متعارض مع النظام العام، وإلا فإنه لا مفر من تطبيق قانون القاضي بدلا من القانون الأجنبي المستبعد(٧٨).

الفرع الثاني

الغش نحو القانون

لما كانت قاعدة الاســناد هي التي ترشــد القاضـــي إلى القانون الواجب التطبيق، وكانت إرادة الأطراف هي التي تنشـــئ تلك القاعدة – كضـــابط اول – ومن ثم فانه من المتصور أن يلجأ أطراف العلاقة العقدية إلى التحايل على ضـــابط الإســـناد بهدف تغييره، أملا فى الوصول إلى تطبيق قـــانون آخر يرغبون في تطبيقه؟ فإذا ما تحايل الأطراف من أجل تطبيق قانون هروبا من القانون الواجب التطبيق، فتثار الإشكالية هنا اذ هل على القاضي المختص ان يطبق القانون الذي أشـــارت إليه إرادة الأطراف تحايلاً ؟ أم ان عليه اســـتبعاد ذلك القانون؟ تسمى تلك الحالة اصطلاحاً باسم الدفع بالغش نحو القانون.

أولا: إشكالية الغش نحو القانون: ويقصد بالدفع بالغش نحو القانون ان المشرع الوطني يضع عادة قاعدة إســـناد تحدد القانون الواجب التطبيق على المنازعة الخاصة الدولية، وهو يُراعي في ذلك حاجة المعاملات الدولية واعتبارات العدالة فيضـــع قاعدة إســـناد مرنة تتفق مع حاجة المعاملات الدولية، وهو بذلك لا يقصـــد أن يضـــع تحت تصرف الأفراد أداة للتهرب من أحكام القانون، فإذا ثبت للقاضـــي الوطني أن الأفراد قد اســـتعملوا الرخصة المقررة لهم (مثل تغيير الجنســـية أو الموطن) للوصول إلى هدف غير مشروع، فإنه يُبطل عليهم تصرفهم بدفع يسمى بالدفع بالتحايل على القانون أو الدفع بالغش نحو القانون. وهو دفع يتم التمســـك به في مواجهة الأشـــخاص لاستبعاد القانون الأجنبي الذي عمدوا إلى إخضاع تصرفهم إليه نتيجة خلق ظروف خاصة تسمح بذلك، بدلا من تطبيق القانون الأصلي. فيقصد بالتحايل على القانون أو الغش نحو القانون" التدبير الإرادي لوســـائل مشـــروعة في ذاتها للوصول بها إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيه"(٧٩) ، ويُعد الغش نحو القانون قيداً ثانيا بعد قيد النظام العام، لذا يتعين ضـــبط مفهومه، وشروط الدفع به، وآثاره وذلك كالأتي:

---

(٧٨) أ د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص – الجزء الأول - الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين ومركز الإجانب، المرجع السابق، ص١٥٤ ويضيف استاذنا الدكتور ان هناك ما يسمى بالاثر المخفف للنظام العام : أي أثر النظام العام بخصوص علاقة نشأت في الخارج، ثم يراد التمسك بآثارها في دولة القاضي: يُفرق الفقه والقضاء الفرنسيان بين أثر الدفع بالنظام العام بمناسبة إنشاء الحق في دولة القاضي وأثره بمناسبة إنشاء الحق في الخارج ويُراد التمسك بآثاره في دولة القاضي، فيقولون إن أثر الدفع بالنظام العام ليس واحدا في الحالتين : إذ إن القاضي يبحث في الحالة الأولى عما إذا كان إنشاء الحق يتعارض مع النظام العام في دولته، أما في الحالة الثانية فإنه يبحث عما إذا كان نفاذ هذا الحق، أي التمسك بآثاره، يتعارض مع النظام العام في دولته أم لا وبعبارة أخرى فإن أنصار نظرية الحقوق المكتسبة يفرقون، عند إعمال فكرة النظام العام، بين مسألة اكتساب الحقوق ومسألة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة، أي بين إنشاء الحق ونفاذه دوليا. فإذا نشأ الحق في بلد القاضي فقد يجد هذا الأخير أنه يتعارض مع النظام العام في بلده. ولكن إذا نشأ نفس الحق في الخارج، ثم أريد التمسك باثاره في بلد القاضي فإن نفاذه دوليا أي الاعتراف باثاره لا يُعد متعارضاً مع النظام العام، لأن شروط وإجراءات اكتساب الحق تمت في الخارج، وهو ما قد بروره الفقه الفرنسي بالقول بأن الشعور العام في دولة القاضي لا يتأذى إذا نشأت العلاقة بالخارج بنفس القدر في حال ما إذا نشأت مثل هذه العلاقة في دولة القاضي.

(٧٩) أ د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص – الجزء الأول - الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين ومركز الإجانب، مرجع سابق،ص١٥٦

ثـــانياً: مفهوم الدفع بالغش نحو القانون ان فكرة الدفع بالغش نحو القانون تختلف عن مخالفة القانون الأجنبي للقانون الوطني، وترتكز على تحايل أحد الأطراف لحكم قاعدة الإســـناد ذاتها، فالفرض هنا أن قاعدة الإســـناد اشارت إلى تطبيق قانون أجنبي معين، وأن هذا القانون الأجنبي الواجـــب التطبيق لـــا يتعـــارض مع أحكام قواعد النظام العام في القانون الوطني، ولكن احد الأطراف – أو كلاهما – لا يرضـــي عن احكامها فيعمد إلى احداث تغيير يؤثر على ضـــابط الاسناد حتى تشير قاعدة الاسناد إلى تطبيق قانون آخر يتفق مع رغباته(٨٠).

وبعبارة اخرى فان أحد المتنازعين فى الرابطة التعاقدية ذات الطابع الأجنبي لا يرتضـــى حكم القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع، فيرى أن من مصلحته الخلاص منه، ولكنه لا يجد إلى ذلك سبيلا سوى تغيير ضابط الإسناد الذي يحدد القانون الواجب التطبيق، بهدف تطبيق القانون الذى يتفق مع أهداف هذا الشخص ورغباته. ويلاحظ ان تغيير ضابط الإسناد ممكن ان يتم بعد نشوء النزاع، كما قد يحدث قبله، وهنا يكون الطرف الذي عمد إلى ذلك على دراية وعلم كافي بالقانون الذي سوف تتغير قاعدة الاسناد اليه ويحكم العلاقة.

ومثال ذلك أن القانون الواجب التطبيق قد يقضـــى فى نصـــوصـــه الآمرة باتباع أمر أو فى نصـــوصـــه المانعة بالامتناع عن عمل وللتخلص من هذه الأحكام يعمد الأشـــخاص إلى جعل تصـــرفاتهم محكومة بقانون أجنبى خال عن العقبات السالفة، وذلك بتغير الظروف التي تحيط بتصرفهم حتى يصبح تطبيق القانون الأجنبي مشروعا بمقتضى قواعد تنازع القوانين الوطنية، كأن يشـــترط قانون بلد معين شـــروطا بشـــأن انشاء نوع معين من الشركات، فيرى الأعضاء المؤســـســـون أن هذه الشـــروط شديدة، فيعمدون إلى تكوين شركتهم في الخارج تحت سلطان قانون أجنبي لا يقر الشـــروط الســـالفة، ثم يعودون إلى ممارسة أعمالهم في البلد الأصلى على اعتبار أن تكوين شركتهم صحيح وقفا للتشريع الأجنبى، وبهذا يتيسر التهرب من أحكام القانون الوطني الآمرة باتباع اجراءات معينة أو التي تستلزم توافر شروط موضوعية معينة، اذ تكون للشـــركة في هذه الحالة جنســـية البلد الذي تأســـست فيه مع أنه كان من الطبيعي أن تكون لها جنســـية بلدها الأصـــلى، والحاصـــل أن التصرف فى ذاته لا يحوى ما يشعر بأنه قد تم بقصد التهرب من تطبيق أحكام تشـــريع معين وأنما مجموعة الظروف التي تحيط به هى التى تنبي عن ذلك. وعلى هذا فانه لاثبات نية التهرب يجب التحقق من وجود الظروف السالفة التى تدل عليه.

ثالثاً: شـــروط الدفع بالغش نحو القانون استخلاصا لما سبق فاننا نكون بصدد حالة غش نحو القانون إذا قام أحد الأطراف بتغيير ضـــابط الإســـناد بشـــكل متعمد بقصد الهروب من أحكام

(٨٠) د. عبدالمنعم زمزم ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق، ص ١٨٢

القانون الواجب التطبيق للوصول إلى تطبيق قانون آخر تتفق قواعده مع رغبات ذلك الشخص وأهدافه، **ومؤدى ذلك انه يشترط لتوافر الدفع بالغش نحو القانون:**

أولا : تغيير ضابط الإسناد بمعرفة احد الأطراف بأسلوب قانوني ومشروع.

ثانيا: ان يكون غرض التغيير هو الهروب من تطبيق القانون الواجب التطبيق.

ولتوضيح ذلك انه اذا انعقدت إرادة الأطراف على اختيار قانون الإرادة ليكون الواجب التطبيق على موضـــوع النزاع، فإذا وجد أحد الأطراف ان ذلك القانون الواجب التطبيق يتصـــادم مع مصـــلحته ولا يحقق رغباته فيقوم بتغيير ضـــابط الاســـناد إلى قانون اخر – يعلم احكامه وانه سوف يحقق رغباته – فان ذلك يتحقق معه شروط أعمال الدفع بالغش نحو القانون؛ اذ انه قام بالتحايل على قاعدة الاســـناد بتغييرها وتحويل وجهتها إلى قانون آخر غير ذلك الذي تقصـــده وفقاً للمجرى العادى للأمور، ويسمى هذا الشرط بالعنصر المادى لسببين أولهما: أنه يقوم على إجراء مادي ظاهر من قبل أحد الأطراف وهو تغيير ضـــابط الإســـناد والثاني أنه يعد مقابلاً للعنصر المعنوى الذى يمثل الشرط الثاني وهو قصد الهروب من القانون المختص(٨١).

وتتعدد صـــور تغيير ضابط الإسناد لتشمل مختلف مجالات القانون بغض النظر عن نوعها أو طبيعتها، ومثال ذلك في مجال الحقوق العينية، فإذا كانت النظم القانونية مســـتقرة على خضوع العقـــارات والمنقولات لقانون موقعها، وإذا كان من المتعذر اللجوء إلى فكرة التحايل بشـــأن العقـــارات، لأنه لا يمكن نقلها من مكان لآخر دون تلف، فإنه من الممكن – بالمقابل – اللجوء إلى فكرة الغش نحو القانون في خصـــوص المنقولات، حيث يمكن نقلها من دولة إلى أخرى لتخضع في شأن كل حق عيني يتقرر عليها لقانون الدولة التي يقع فيها.

وكذلك في مجال العقود، فقد يستطيع أحد الأطراف اصطناع أى عنصر أجنبى في عقد وطنى بغية إخراجه من ســـلطان القوانين الوطنية ليصـــبح عقداً دوليا، ومن أمثلة ذلك الانتقال لدولة أجنبية لمجرد إبرام العقد فيها، أو أن يكون أحد طرفي العقد حاملاً لجنســـية أخرى إضافة إلى جنسيته الوطنية.

ومما لاشك فيه أن البحث في البواعث والنوايا أمر صعب، وهو من الأمور التي تترك لقاضي الموضـــوع دون رقابة عليه من محكمة النقض، ويستطيع أن يستخلصها من ظروف الدعوى. وقد اســـتخلص القضاء المقارن بالفعل عدة قرائن يستطيع القاضي أن يستعين بها في استظهار نية الغش أهمها: حالة التلازم الزمني بين تغيير ضـــابط الإســـناد وبين القيام بالتصرف المراد تطبيق القـــانون الجـــديد عليه، وكذلك إذا كان القانون الجديد الذي يســـعى الأفراد إلى تطبيق أحكامه ينص على تسهيلات استثنائية بالمقارنة بالقانون الواجب التطبيق بحسب الأصل(٨٢).

---

(٨١) د. عبدالمنعم زمزم ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق، ص١٨٩

(٨٢) أ د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص – الجزء الأول - الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين ومركز الإجانب، مرجع سابق،ص١٥٩

وفي نفس الصـــدد يثار التســـاؤل حول مدى اقتصـــار الدفع بالغش نحو القانون على حالات التهرب من قانون القاضـــي فقط؟ أم يمكن أن يمتد ذلك النطاق فيشمل أيضا حالة التهرب من أحكام القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد؟

انقسم الفقة في ذلك إلى رأيين:

الرأي الأول: ذهب إلى قصـــر مجال إعمال الدفع بالغش نحو القانون على حالة التهرب من الأحكام الأمرة في قانون القاضي فقط، دون أحكام القانون الأجنبي.

الرأي الثاني: وهو الراجح يذهب إلى أنه يمكن الأخذ بالدفع بالغش نحو القانون، ســـواء أكان القصـــد هو منع التهرب من الأحكام الأمرة في قانون القاضي أم في قانون أجنبي أخر، إذ ان أساس نظرية الغش نحو القانون هو مطاردة الغش مهما كانت الغاية منه، أي بغض النظر عن القانون الذي أراد الأفراد التهرب من أحكامه(٨٣).

لكن يبقى التساؤل مطروحاً هل يقتصر الدفع بالغش على حالات التهرب من القواعد الآمرة؟ أم يمتد إلى حالات التهرب من القواعد المكلمة؟ يذهب الرأي الراجح إلى أن الدفع بالغش يتصور حتى في حالة التهرب من القواعد المكملة في القانون المختص.

رابعاً: اثار الدفع بالغش نحو القانون

أثر الدفع بالغش نحو القانون هو استبدال القانون الجديد وحلول القانون القديم الواجب التطبيق اصلاً والذي أراد الأشخاص التهرب من أحكامه، أي رد قصد المتحايل.

هذا وقد خلا التشريع المصري من النص على فكرة الغش نحو القانون مثل معظم التشريعات، بيد ان المشرع الجزائري ووفقا لاخر التعديلات في القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥ بتعديل الأمر رقم ٥٨ لســـنة ١٩٧٥ بشأن القانون المدني نص عليه صراحة بقوله "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة"(٨٤).

---

(٨٣) انظر تفصيلات تلك الآراء أ د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص – الجزء الأول - الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين ومركز الإجانب، مرجع سابق،ص ١٥٩ وما بعدها

(٨٤) المادة ٢٤ من القانون المدني الجزائري .

الخاتمة:

بعد هذا العرض لموضوع مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الوكالات التجارية الدولية فقد استنتجت عدداً من النتائج، وتوصلت الى بعض التوصيات نعرض اليها على النحو التالي:

أولا: النتائج:

- ان التطور السريع للتجارة الدولية تظهر مدى الحاجة إلى تفعيل دور إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، لما يقدمه ذلك المبدأ من سهولة ويسر ووضوح لمصير العقد في حالة حدوث منازعات.
- كما ان فكرة خضوع العقد لمبدأ سلطان الإرادة وحرية الأطراف قديمة بدءت من العصور الوسطى واخذت تتطور حتى اضحى ما عليه الان.
- ان اغلب التشريعات والاتفاقيات والمعاهدات الدولية الخاصة تقر مبدأ حرية الأطراف في اختيار قانون عقدهم.
- اقر المشرع المصري الاختيار الشخصي بالتعبير الصريح عن إرادة الأطراف كضابط اسناد له وجه الصداره والأولوية في التطبيق ثم اخذ بالارادة الضمنية في اختيار القانون الاوثق صله بالعقد متدرجا ووصولا لمعايير الاسناد كالموطن والجنسية المشتركة ثم محل ابرام وتنفيذ العقد (مادة ١٩ مدني) .

ثانياً: التوصيات:

نوصي المشرع المصري بأعمال الأثر الإيجابي لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لمخالفته النظام العام والآداب، وذلك بالنص صراحة على تطبيق القانون المصري في تلك الحالة.

قائمة بالمراجع:

أ.د. ابراهيم أحمد إبراهيم	أسلوب الإسناد في الميزان ، دار النهضة العربية, القاهرة, الطبعة الثالثة, ٢٠٠٠م
أ د. أحمد صادق القشيري،	مفهوم القانون الدولى الخاص فى ضوء المنهج العلمي، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثالث، السنة التاسعة، ١٩٦٥.
أ.د. أحمد عبدالحميد عشوش	تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، ١٩٨٩
أ.د أحمد حميد الأنباري	سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي: دراسة مقارنة، ٢٠١٧ ، متاح على الشبكة الدولية بموقع https://search.mandumah.com/Record/900666/Details
أ د/ أشرف وفا محمد	استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، بدون سنة نشر. عقود التجارة الإلكترونية فى القانون الدولى الخاص، بحث منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي ، الناشر الجمعية المصرية للقانون الدولي٢٠٠١ مصر
أ.د جابر جاد عبد الرحمن	القانون الدولي الخاص العربي، ج٣ في تنازع القوانين، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٢
أ.د حفيظة السيد حداد	١-القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ٢- تنازع القوانين في عقود الوكالات التجارية، بحث منشور بمجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، لبنان ٢٠٠٤، العدد ٢
د. خليل إبراهيم محمد خليل	القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن البحرية ((دراسة مقارنة)) رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة الموصل، ٢٠١٤
د. سامي بديع منصور	الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان ١٩٩٤
د. صلاح محمد المقدم	تنازع القوانين فى سندات الشحن ومشارطات ايجار السفينة،الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، بدون سنة نشر
د صالح المنزلاوي	"القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
د صادق ناجى على	عقود الوكالات التجارية فى العلاقات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه – حقوق عين شمس ٢٠١٣
د. طارق عبد الله عيسى المجاهد	تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون في جامعة بغداد، ٢٠٠١
د. عز الدين عبد الله	١-القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الناشر مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٧٤ ٢-دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي، تنازع القوانين في العقد، مجلة مصر المعاصرة، السنة ٦٤، العدد ٣٥٢، مطابع الأهرام، القاهرة، ١٩٧٣،
د. عادل بسيونى	مبدأ سلطان الإرادة فى الشريعة الاسلامية، مجلة جامعة القاهرة بالخرطوم، العددان السابع والثامن، ١٩٧٦/١٩٧٧، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٠
د.عبدالمنعم زمزم	الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ط٢٠١٥ ، دار الثقافة العربية
أ د. عبد المنعم البدراوى	أصول القانون المدنى المقارن الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧
د. عكاشة محمد عبد العال	قانون العمليات المصرفية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ١٩٩٤،
أ.د. محمد السيد عرفة	القانون الدولي الخاص – الجزء الأول – الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين ومركز الإجانب، القاهرة دار النهضة العربية ط ٢٠١٩،

د. مناصف امين وسعدي سامية	تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية – رسالة ماجستير – جامعة محمد الشريف مساعدية – اهراس – الجزائر ٢٠١٩
د/ مهند عزمى مسعود أبو مغلى	القانون الواجب التطبيق على العقد الدولى – أطروحة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة عين شمس- القاهرة -٢٠٠٥
د. منير عبد المجيد،	تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٢
د. محمد وليد المصري	الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار مكتبة الحامد للنشر والتوزيع،عمان، ٢٠٠٢
د. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش	القانون الدولي الخاص والمقارن، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، مطابع الأرز، عمان، الأردن، ١٩٩٨
د. محمد كمال فهمي	أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية،١٩٨٢
أ د. هشام علي صادق	القانون الدولي الخاص تنازع القوانين - الإختصاص القضائي الدولي -الاسكندرية، مصر، الطبعة الثالثة دار الفتح، ٢٠١٠. ٢- دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للطباعة، بيروت، ١٩٨٢. ٣- القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، منشاة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر

الفهرس

مقدمة	**١**
المطلب الأول: ماهية مبدأ قانون الإرادة.	**٣**
الفرع الأول: تعريف قانون الارادة.	**٤**
الفرع الثانى: أساس قانون الإرادة	**٩**
المطلب الثاني: طرق التعبير عن اتفاق الأطراف.	**١٣**
الفرع الأول: التعبير الصريح عن قانون الإرادة.	**١٤**
الفرع الثاني: التعبير الضمني عن قانون الإرادة.	**١٨**
المطلب الثالث: مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.	**٢٢**
الفرع الأول: الصلة بين عقد الوكالة التجارية الدولي والقانون المختار.	**٢٣**
الفرع الثاني: قانون الإرادة ومبدأ تجزئة العقد.	**٢٦**
المطلب الرابع: نطاق حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق	**٢٩**

الفرع الأول: قيد النظام العام.	٢٩
الفرع الثاني: قيد الغش والتحايل على القانون.	٤٠
خاتمة	٤٤
قائمة بالمراجع	٤٥