

المجلد ٥، العدد ٢، ٢٠٢٤

**القواعد القانونية الحاكمة لعقود التجارة الدولية
”منهج القواعد ذات التطبيق الضرورى والقواعد المادية”**

معرف الوثيقة الرقمى (DOI): 10.21608/IJDJL.2024.242540.1232

الصفحات ٣٢٧ - ٣٦١

أمير محمد محمود طه^١ ومقرن زيدان غلاب المغيرى العتيبي^٢
^١ مدرس القانون التجارى والبحرى - كلية علوم الإدارة - جامعة أكتوبر للعلوم الحديثة والآداب
^٢ مستشار قانونى بوزارة خارجية المملكة العربية السعودية
المراسلة: أمير محمد محمود طه، مدرس القانون التجارى والبحرى - كلية علوم الإدارة - جامعة أكتوبر
للعلوم الحديثة والآداب.

البريد الإلكتروني: amtaha@msa.edu.eg

تاريخ الإرسال: ١٨ نوفمبر ٢٠٢٣، تاريخ القبول: ١٥ يناير ٢٠٢٤

نسق توثيق المقالة: أمير محمد محمود طه، القواعد القانونية الحاكمة لعقود التجارة الدولية ”منهج القواعد ذات التطبيق الضرورى والقواعد المادية“، المجلة الدولية للفقہ والقضاء والتشريع، المجلد ٥، العدد ٢، ٢٠٢٤، صفحات (٣٦١ - ٣٢٧).

Volume 5, Issue 2, 2024

The Legal Rules Which Govern the International Commercial Contracts
“The Methodology of Rules with the Necessary Application & Material Rules”

DOI:10.21608/IJDJL.2024.242540.1232

Pages 327 - 361

Amir Mohamed Mahmoud Taha¹ and Muqrin Deedan Ghallab Al-Mughiri Al-Otaibi²

¹Assistant Professor “Commercial and Maritime Law” - Faculty of Management
Sciences - October University for Modern Sciences and Arts (MSA)

²Legal counsel at the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of Saudi Arabia

Correspondance: Amir Mohamed Mahmoud Taha, Assistant professor “commercial and maritime law” - Faculty of management sciences - October University for modern sciences and arts (MSA).

E-mail: amtaha@msa.edu.eg

Received Date: 18 November 2023, **Accept Date :** 15 January 2024

Citation: Amir Mohamed Mahmoud Taha, The Legal Rules Which Govern the International Commercial Contracts “The Methodology of Rules with the Necessary Application & Material Rules”, International Journal of Doctrine, Judiciary and Legislation, Volume 5, Issue 2, 2024 (327-361).

الملخص

أثارت طبيعة عقود تجاره الدولييه البحث عن القواعد ملائمة التطبيق على هذه العقود وهو ما دعى الفقه إلى تبني فكر توحيد القواعد واجبة التطبيق وظهور مصطلح القواعد المادية والقواعد ذات التطبيق الضروري . إن القواعد المادية أو قواعد التنظيم الذاتي، لا تعدو أن تكون مجرد فكرة قديمة يقصد بها بشكل عام مجموعة الأعراف والعادات والقواعد غير الصادرة عن سلطة رسمية، والتي تولد بشكل عفوي (تلقائى) من قبل قلة أو جماعة تباشر نشاط تجاري معين تطبقها وتعتبرها ملزمة.

سعى بعض الفقه لإيجاد حل مشكلة تنازع القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، من خلال إقامة نوع من التوازن بين حق الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من ناحية والاحترام المتطلب للنصوص الآمرة التي تحكم العقد من ناحية أخرى، وهى الفكرة المعروفة بالقواعد ذات التطبيق الضروري أو الفوري، ويطلق عليها أكثر من مصطلح، منها: قواعد البوليس أو الأمن، والقواعد فورية التطبيق، وقواعد النظام العام، ويفضل الرأي الغالب من الفقه مصطلح القواعد ذات التطبيق الضروري، على أساس أن فرض هذه القواعد يكون ضرورياً لتدخل الدولة في كل من الحياة الاقتصادية والاجتماعية أى لتأمين المجتمع.

وتظهر أهمية منهج أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري والقواعد المادية في الحالات التي نواجه فيها إختلافاً شديداً بين الشروط التعاقدية، وحكم القانون الذي يسري على العقد إذا ما تم أعمال منهج التنازع.

الكلمات المفتاحية: تجاره دوليه ، قواعد ماديه ، قواعد ذات تطبيق ضرورى ، عقد دولى ، عرف دولى.

Abstract

The nature of international trade contracts prompted the search for appropriate rules for the application of such contracts, which called for the adoption of the idea of uniformity of applicable rules and the emergence of the term material rules and rules with the necessary application.

Material rules or rules of self-regulation are merely an old notion generally intended as a set of customs, customs and rules not issued by an official authority, which are (automatically) spontaneously generated by a few or a group engaged in a particular business activity that it applies and considers binding .

Some jurisprudence has sought to resolve the problem of conflict of law applicable to international trade contract disputes by striking a balance between the right of will to choose the applicable law on the one hand and the requirement of respect for jus cogens texts governing the contract on the other, known as rules with necessary or immediate application, and called more than one term, including: The rules of police or security, the rules of immediate application and the rules of public order, and the prevailing opinion of the doctrine prefers the term rules of necessary application, on the understanding that the imposition of these rules is necessary for the State's interference in both economic and social life, i.e. to secure society.

The importance of the approach of implementing the rules with necessary application and the material rules appears in cases where we face a severe difference between the contractual terms and the rule of law that applies to the contract if the conflict approach is implemented.

key Words: International trade, material rules, rules with necessary application, international contract, and international custom.

مقدمة

تحتل عقود التجارة الدولية مكان الصدارة في اقتصاديات الدول وهذا لكونها أداة تسيير التجارة الدولية ووسيلة المبادلات الاقتصادية عبر الحدود، لذلك فهي تلعب دوراً هاماً بعد التطورات التي شهدتها العالم ويشهدها حتى الآن، وهو الأمر الذي أدى إلى تطورها واتساع نطاقها وتعاضم دورها وتنوع طبيعتها القانونية والعقدية.

يعدّ منهج إعمال القواعد ذات التطبيق الضروى والقواعد المادية من أحدث الاتجاهات في تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على عقود التجارة الدولية، ومن دون الرجوع إلى قواعد الإسناد أياً كان مصدرها، فالطبيعة المعيارية وقوة الإلزام الذاتية للقواعد ذات التطبيق الضروى والقواعد المادية أتاحت إمكانية تطبيقها تطبيقاً مباشراً على المنازعات العقدية الدولية، وذلك دون الحاجة لإعمال منهج التنازع وقواعد الإسناد، حيث جاء هذا المنهج متفقاً إلى حدّ كبير مع متطلبات التجارة الدولية التي تحتاج لتطورها توافر عامل السرعة البعيد عن التعقيد من ناحية، وإلى قواعد ملائمة جاءت في الأصل لتنطبق على الروابط العقدية السارية في نطاقها من ناحية ثانية.

إن القانون الذي تشير إليه قواعد التنازع هو في نهاية المطاف قانون وطني، وهو قانون مهما بلغت درجة تطوره يبقى غير مستجيب لطبيعة المعاملات التجارية الدولية، وذلك لأنه مستمد من نظام داخلي خاص بدولة معينة، مما يفقده القدرة على مواجهة متطلبات التجارة الدولية المعاصرة.

وتظهر أهمية منهج إعمال القواعد ذات التطبيق الضروى والقواعد المادية في الحالات التي نواجه فيها إختلافاً شديداً بين الشروط التعاقدية، وحكم القانون الذي يسري على العقد إذا ما تم إعمال منهج التنازع، كما لو تضمن العقد شرطاً يعفي البائع من المسؤولية عن العيوب التي تلحق المبيع، في حين أن قانون العقد يبطل هذا الشرط، أو يتفق الأطراف في العقد المبرم بينهم على نسبة معينة من الفوائد، وهو شرط يحظره قانون العقد ويجعله باطلاً.

ولعل الأمر مرجعه أن بعض المعاملات التجارية الدولية تتصل بشكل وثيق بالأعراف لدرجة أن أطراف العقد يشيرون إليها بشكل مباشر لتكون هي المرجع الذي يحكم العقد أو لحل أي مشاكل متعلقة به دون توجيه النظر إلى حلول القانون الداخلي التي تطبق بصفة عامة على العقد والمنازعة، وذلك هو الحال على سبيل المثال فيما يتعلق بالبيوع الدولية.

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في بيان طبيعته الخاصة للقواعد التي يجب أن تحكم عقود التجارة الدولية وما تقتضيه تلك الطبيعة من تجميع أو تقنين لقواعد التنازع ولم شتاتها، ومعالجة ما يكتنف أصلها العرفي من غموض، والعمل على استقرارها.

هدف البحث

يهدف البحث إلى إتاحة الفرص للإطلاع على الجهود المبذولة من أجل توحيد القواعد المادية وتلافي الخلاف في تحديد القانون الواجب التطبيق على بعض المعاملات القانونية التجارية نظراً لأهميتها الدولية، منها على سبيل المثال: عقد البيع الدولي والأوراق التجارية القابلة للتداول عالمياً؛ والوقوف على المساعي والمحاولات الخاصة بتدويل الحلول القانونية وضمان الفاعلية الدولية للأحكام القضائية الصادرة في منازعات العلاقات الخاصة الدولية، وإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري.

إشكالية البحث

تتمثل إشكالية البحث في التساؤل عن كيفية إقامة نوع من التوازن بين حق الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من ناحية والاحترام المتطلب للنصوص الآمرة التي تحكم العقد من ناحية أخرى، وهى الفكرة المعروفة بالقواعد ذات التطبيق الضروري أو الفوري.

حيث أن بعض الدراسات الحديثة عمدت إلى تبيان القواعد القانونية التي تطبق لتقدم الحل المباشر لمشكلة تنازع القوانين بخصوص عقود التجارة الدولية، إلا أن هذا التطبيق في حاجة إلى تحديد واضح.

وعلى ضوء ما تقدم فإن إشكالية البحث تتمحور في طرح مجموعة من الأسئلة ومحاولة الإجابة عليها وهى:

- هل ينجح منهج إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري والقواعد المادية في توحيد القواعد واجبة التطبيق على بعض المعاملات التجارية الدولية خارج إطار إعمال منهج التنازع؟
- كيفية التعرف على تلك القواعد؟ ومدى اتفاقها مع مضمون النظام العام؟ بغية الوقوف على مدى ملاءمتها كأداة من أدوات تسوية منازعات عقود التجارة الدولية، وهو ذاته ما يثار بخصوص القواعد المادية.

منهج البحث

تم اعتماد المنهج الوصفي مع الإستعانة بالمنهج التحليلي والمقارن، ومسترشدين في البحث بما يدعمه من مصادر عامة ومتخصصه وأكثر تخصصاً.

المنهج الوصفي

حيث يتم وصف النظام القانوني لعقود التجارة الدولية وبيان طبيعته القانونية لتلك العقود، من خلال السؤال عن: ماهيتها ، والقانون الواجب التطبيق عليها؟ ، وصولاً إلى وضع إطار لإشكالية البحث؛ والمتمثلة في السؤال عن: مدى إمكانية توحيد القواعد الحاكمة لعقود التجارة الدولية؟ وما يستتبعه الأمر من العرض لجهود التوحيد للقواعد الحاكمة لتلك العقود.

المنهج التحليلي

حيث يتم تحليل فكرة القواعد ذات التطبيق الضروي والقواعد المادية وتطبيقها على عقود التجارة الدولية ومدى ملائمتها كأداة من أدوات تسوية منازعات تلك العقود، وهو ذاته ما يثار بخصوص القواعد المادية ، وكذا تحليل دورها في توحيد القواعد واجبة التطبيق على بعض المعاملات التجارية الدولية خارج إطار أعمال منهج التنازع.

المنهج المقارن

إن طبيعة البحث تقتضى اللجوء الى المنهج المقارن لبيان موقف القوانين والإتفاقيات الدولية من تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، وكذا بيان جهود التوحيد في ظل الإتفاقيات الدولية ، وكذا العرض للقواعد المادية التي وردت في الإتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية .

خطة البحث

تم تقسيم الدراسة إلى فصلين وذلك على النحو التالي:

- الفصل الأول: النظام القانوني لعقود تجاره الدولي.
- الفصل الثاني: القواعد ذات التطبيق الضروي والقواعد المادية وتطبيقها على عقود التجارة الدولية.

كما تم تقسيم كل فصل إلى مبحثين وكل مبحث إلى مطلبين، حيث تم من خلالها العرض بشكل متوازن للمحتوى العلمي للبحث.

الفصل الأول: النظام القانوني لعقود التجارة الدولية

تهيد وتقسيم

تنقسم العقود التجارية من حيث نطاق سريانها إلى عقود محلية، وعقود دولية^(١)، ومنها عقود الاستيراد وعقود التموين بالغاز والبترو، وهذه عادة مخصصة للاستهلاك^(٢)؛ كما تنقسم العقود التجارية من حيث

(١) د. فؤاد عبد المنعم رياض ، د.محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية ، القاهرة، طبعة ١٩٩٩، ص٣٢٢.

(٢) د. ناجى عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده في عقود التجارة الدولية طويلة المدة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة ١٩٩٩م، ص١٨.

محلها إلى عقود بضائع، وعقود خدمات^(٣)، وفي كل الأحوال، يتعين أن تتوافر في مختلف العقود التجارية أركانها القانونية، سواء الأهلية، أو التراضي، أو المحل، أو السبب، ومما لا شك فيه أن إشكالية عقود التجارة الدولية لا تتمثل في تكوينها حيث تخضع في ذلك للنظريه العامه للعقد مع مراعاة طبيعتها الخاصه، ولكن تكمن الإشكالية الأساسية في تحديد القواعد الحاكمة لموضوع العقد، وهو ما سوف نعرض له في مبحثين على النحو التالي:

• **المبحث الأول: الطبيعة القانونية لعقود التجارة الدولية.**

• **المبحث الثاني: جهود التوحيد للقواعد الحاكمة لعقود التجارة الدولية.**

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لعقود التجارة الدولية

تهيد وتقسيم

العقود الدولية ليست أكثر من مجرد وعود يرتب القانون على مخالفتها جزاءً في حالة عدم الوفاء بها^(٤)، بالإضافة إلى أنها ومثلها مثل غيرها من العقود يتعين أن تتوافر فيها شروطاً معينة، وأنواعها لا تقع تحت حصر، وعلّة ذلك أن مجالات التبادل التجاري الدولي كثيرة ومتجددة، فعلى سبيل المثال: قدماً كان محور هذا التبادل السلع غير المتوافرة في الأسواق المحلية؛ بينما الآن أصبح التداول لتلك السلع وغيرها بالإضافة إلى الخدمات، ومن ثم يكون من الضروري تعريفها، فضلاً عن تكييفها القانوني، على أساس أن أطرافها عادة من التجار^(٥) الذين يحملون جنسيات متباينة. وبيان ذلك في المطلبين التاليين:

• **المطلب الأول: ماهية عقود التجارة الدولية.**

• **المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية.**

المطلب الأول: ماهية عقود التجارة الدولية

العقود التجارية هي تلك العقود التي تنشئ في ذمة أحد طرفيها إلتزاماً تجارياً، أيًا كانت طريقة إبرام العقد وأيًا كان محل الإلتزامات التي يرتبها، طالما كانت مشروعة، أو بمعنى آخر يعتبر العقد تجارياً إذا كان محل الإلتزام أي من طرفيه عملاً تجارياً وفقاً لأحكام النظرية العامة للأعمال التجارية^(٦)، أو بمعنى ثالث أنها تلك العقود التي تبرم بين التجار، أو تلك التي تبرم بينهم وبين المستهلكين، والتي يطلق عليها عقود المستهلكين.

أولاً: مدى تجارية عقود التجارة الدولية

إن إسباغ العقد بالصبغة التجارية، لا يتوقف على طريقة إبرامه كتابة أم شفاهة، كما لا يتوقف على نوع الإلتزامات المتولدة عنه، فقد يكون الإلتزام تعاقدية يولد مسؤولية عقدية، وقد يكون خطأ يولد مسؤولية

(٣) د. سمحة القليوبي، العقود التجارية، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٢، ص ٣٠٩.

(٤) إبراهيم المنجي، عقد نقل التكنولوجيا، التنظيم القانوني لعقد نقل التكنولوجيا والتجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة ٢٠٠٢، ص ٣١.

(٥) د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، طبعة ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م، ص ٥٦.

(٦) د. حسام محمد عيسى، العقود التجارية، الجزء الأول، بدون ناشر، القاهرة، طبعة ١٩٩٩، ص ٥.

تقصيرية، وأياً كان الوصف القانوني لهذا الالتزام- فيما إذا كان التزاماً تجارياً أم لا فإنه يتوقف على كل من :
نصوص القانون التجاري والنظرية العامة للأعمال التجارية، وبيان ذلك كالتالي: بالنسبة لموقف المشرع المصري
فوفقاً لأحكام قانون التجارة المصري رقم (١٧) لعام ١٩٩٩ م فإنه يعد عملاً تجارياً: أ- شراء المنقولات أياً كان
نوعها بقصد بيعها أو تأجيرها بذاتها أو بعد تهيئتها في صورة أخرى، وكذلك بيع أو تأجير هذه المنقولات ، ب
- إستئجار المنقولات بقصد تأجيرها، وكذلك تأجير هذه المنقولات ، ج - تأسيس الشركات التجارية.

ومن ناحية النظرية العامة للأعمال التجارية، يوجد أكثر من اتجاه فقهي، منها: نظرية المضاربة والتي تفيد
أن: العمل يكون تجارياً إذا كان يهدف إلى تحقيق الربح عن طريق المضاربة على تحويل المواد الأولية، أو
المنتجات المصنعة أو على نقلها أو مبادلتها ؛ ونظرية التداول، ووفقاً لها العمل يكون تجارياً إذا كان منطوياً
على تداول أو دوران للنقود والصكوك والمنتجات ؛ ونظرية المقاوله، وهي تعتبر العمل تجارياً إذا وقع من
خلال مشروع يمارس فيه العمل على سبيل التكرار المنتظم، أما إذا وقع منعزلاً فإنه لا يعتبر عملاً تجارياً ؛
ونظرية الحرفة التجارية التي تقر بأن التاجر هو الشخص الذي يمارس إحدى الحرف، وتكون كل أعماله
التي تقع من خلال مباشرته لها أعمالاً تجارية ؛ والرأي الراجح يتبنى نظرية التداول بقصد المضاربة، والذي
يفيد الاعتماد على المفهوم الاقتصادي للنشاط، بحيث يكون تجارياً، كل عمل متصل بتداول الثروات مادام يتم
بقصد تحقيق الربح^(٧).

ثانياً: مدى دولية العقد التجاري

عقود التجارة الدولية، تشتمل على عنصر أجنبي^(٨)؛ سواء كان هذا العنصر يتعلق بجنسية المتعاقدين، أو
محل التعاقد، أو التنفيذ، وحسم مدى دوليتها يعتبر بمثابة مسألة أولية لازمة لإعمال قواعد القانون الدولي
الخاص^(٩)، لأن هذا يعنى احتمال تطبيق أكثر من قانون، بسبب ارتباط عقود تجاره العابرة بنظم قانونية
مختلفة. وجوهر عقود التجارة الدولية هو الالتزامات المتبادلة التي تتم بين أطرافها^(١٠)، سواء كانوا من جنسية
واحدة، أو من جنسيات مختلفة، وسواء تم التعاقد بينهم على ضوء أحكام قانون دولهم، أم تم بناء على أحكام
قوانين دول أخرى ؛ ويحكم تحديد العقود التجارية ذات الطابع الدولي معياران، وهما: المعيار القانوني والمعيار
الاقتصادي وبيانهما على النحو التالي:

(أ) المعيار القانوني

يعتمد المعيار القانوني لحسم إشكالية مدى دولية العقد على جنسية أطرافه، ووفقاً للمعيار القانوني يكون
العقد دولياً إذا اشتمل على عنصر أجنبي سواء اتصل هذا العنصر بالأعمال المتعلقة بإبرامه أو بتنفيذه أو
بموطن المتعاقدين أو بجنسيتهم ؛ وهذا يعنى أن عقد التجارة يكون دولياً إذا أبرم بين وطنيين وتم تنفيذه في
دولة أجنبية، أو إذا كان موطن إقامة أي منهما بدولة أجنبية، أو إذا كان أحدهما يحمل جنسية دولة مغايرة

^(٧) د. محمود مختار أحمد بربري، تفصيلات نظرية الأعمال التجارية، قانون المعاملات التجارية، الجزء الأول، الأعمال التجارية والتاجر، الأموال
التجارية وفقاً لقانون التجارة رقم (١٧) لعام ١٩٩٩م، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٠م، ص ١٠٥ وما بعدها.

^(٨) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. محمد خالد الترجمان، مرجع سابق، ص ٣٢٢.

^(٩) د. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، طبعة ٢٠٠١، ص ٦١.

^(١٠) د. محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدر الالتزام بالقواعد العامة والقواعد الخاصة، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري
، والقانون المدني الفرنسي، القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٥، ص ٥٥ .

لدولة الطرف الآخر^(١١). وهذا المعيار منتقد، نظراً لارتباط عناصر إلتقاء الرابطة العقدية بأكثر من نظام قانوني، ولا يكفي معظمها لإضفاء الصفة الدولية بالعقد موضوع النزاع، بل يتعين أن يكون العنصر فعالاً ومؤثراً وكافياً بذاته على إسباغ هذه الصفة، فهناك عناصر أخرى يكفي إحداها لإسباغ الصفة الدولية.

(ب) المعيار الإقتصادي

قوام المعيار الإقتصادي عند تقييم مدى دولية العقد، هو علاقته بالتجارة الدولية، ووفقاً لهذا المعيار، يصبح العقد دولياً إذا اتصل بالتجارة الدولية، التي تتم من خلال إنتقال البضائع والخدمات عبر الحدود الوطنية للدول. أما التجارة الإقليمية، فإنها لا تقتصر على ما يتم من تبادلات داخل حدود الدولة الواحدة، بل تضاف إليها الصفقات التي تتم داخل التكتلات الاقتصادية ذات الطابع السياسي، ومنها التجارة بين دول الإتحاد الأوروبي، وبين دول مجلس التعاون لدول الخليج بعضها البعض.

وتطبيق قاعدة التقييم الدولي في منازعات عقود التجارة الدولية تفيد في حالة اختلاف جنسية المستورد عن جنسية المصدر، فعلي سبيل المثال: إذا كان المستورد وطني، وأراد رفع دعوى قضائية ضد مصدر أجنبي، فإنه يكون بالخيار بين رفع دعواه أمام محاكم المدعي عليه، أو رفعها أمام المحاكم في بلده؛ ومن أهم الاتفاقيات الدولية التي بينت مفهوم العقد الدولي اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤م، بشأن المبيعات الدولية على البضائع، إذ أن تلك الاتفاقية تعتمد في تحديد هذا العقد الأخير على اختلاف مراكز أعمال الأطراف.

ويستخلص من ذلك أن إتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤م تعتبر العقد دولياً إذا توافر شرطان:

• الأول: وجود أماكن عمل أو محال إقامة الأطراف في دول مختلفة.

• الثاني: أن يتناول العقد أحد ثلاثة أمور:

• أن يكون محل الالتزام شئ يتم نقله من دولة لأخرى.

• أن يصدر الإيجاب والقبول في دولتين مختلفتين.

• أن يتم التسليم في دولة غير تلك التي صدر فيها الإيجاب والقبول^(١٢).

بينما إتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بالمبيعات الدولية للبضائع لعام ١٩٨٠م (اتفاقية البيع أو إتفاقية فيينا)، توسعت في بيان المقصود بالعقد الدولي وأخذت بمعايير مختلفة^(١٣)، حيث تنص المادة (١) منها على ما يلي:

١. تطبق هذه الإتفاقية على عقود بيع البضائع بين الأطراف الذين يقع محل أعمالهم في دول مختلفة: (أ) عندما تكون هذه الدول دولاً متعاقدة، أو (ب) عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة.

^(١١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، أصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، طبعة ١٩٩٦، ص ١٠٨٨، وما بعدها.

^(١٢) أنظر في التعليق على إتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤، د. ناجي عبد المؤمن، مرجع سابق، ١٩٩٦، ص ١٧.

^(١٣) د. محمود سمير الشرفاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٢، ص ١٨.

٢. لا يلتفت إلى كون أماكن عمل الأطراف توجد في دول مختلفة إذا لم يتبين ذلك من العقد أو من أي معاملات سابقة بين الأطراف، أو من المعلومات التي أدلى بها الأطراف قبل انعقاد العقد أو في وقت انعقاده.

٣. لا يؤخذ في الاعتبار جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد عند تطبيق هذه الاتفاقية.»

ومن ناحية أخرى تناولت العديد من التشريعات الإقليمية مسألة التمييز بين العقود الدولية والعقود المحلية، منها على سبيل المثال المادة (١/٣٠١) من الجزء الثالث من القانون التجاري الأمريكي الموحد لعام ١٩٧٨م، التي تنص على أن: «(أ) العقود المحلية: تعنى المعاملات غير الدولية. (ب) العقود الدولية: تعنى المعاملات التي بها عناصر ترتبط بدولة غير الولايات المتحدة»^(١٤).

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية

إن أطراف عقود التجارة الدولية قد يتفقوا على تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العقود، وقد يغفلوا الاتفاق على ذلك، ولكل حالة حكمها، وبيان ذلك على النحو التالي:

أولاً: الإتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية

أسفرت السوابق القضائية بشأن مدى حرية الأطراف في اختيار قانون معين لحل منازعاتهم، عن إلزام القاضي - قديماً ووفقاً للقواعد التقليدية - بالقانون الواجب التطبيق بالتسلسل التالي^(١٥):

(أ) قانون الإرادة

يقصد بمبدأ سلطان أو قانون الإرادة قدرة المتعاقدين على خلق عقد بينهم يحتوى على كل التفاصيل، في حدود نصوص القانون^(١٦)، وهذا المبدأ يعتبر بمثابة قاعدة قانونية دولية، نظمتها كافة القوانين الوطنية، منها على سبيل المثال المادة رقم (١/١٤٧) من القانون المدني المصري، التي تنص على أن: «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون».

وفي الولايات المتحدة الأمريكية تنص المادة رقم (١/٣٠١ ج) من القانون التجاري الموحد على أن «الأطراف في المعاملات الدولية، يجوز لهم الاتفاق وفقاً لقانون أية ولاية أو دولة أخرى، سواء كانت هذه المعاملة ذات صلة بهذه الدولة أو الولاية أم لا»، وتنص الفقرة رقم (١/٣٠١ أ) من ذات المادة على أن: «الأطراف في المعاملات الدولية أيضاً كانت حقوقهم والتزاماتهم لهم الحرية الأساسية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، سواء كانت المعاملة ذات صلة بالدولة أو الولاية المعنية». و يفيد هذا النص أن قاعدة حرية اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق يتم تحديدها بشرطين هما:

^(١٤) تمت زيارة الموقع الإلكتروني بتاريخ ٨/٩ / ٢٠٢٣، في تمام الساعة ٩:٠٠ م

Uniform commercial code :http://www.law.cornell.edu/ucc/1/

^(١٥) د. ثروت حبيب، قانون التجارة الدولية، اتفاقية فيينا لبيع ١٩٨٠، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الثانية ١٩٩٥، ص ٢٩، ٣٠.

^(١٦) د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٢١.

الشرط الأول: لابد أن يرتبط القانون الذي تم اختياره بعلاقة حقيقية بالأطراف أو المعاملات التجارية أو أنه يجب أن يكون هناك أساس منطقي لاختيار الأطراف.

الشرط الثاني: أنه لن يتم تطبيق القانون الذي يختاره الأطراف إذا تعارض مع النظام العام لدولة القاضي أو للدولة التي سوف يكون قانونها هو القانون الواجب التطبيق، وذلك في حالة غياب قانون الإرادة.

ولم تكن غالبية الاتفاقيات الدولية بمنأى عن الأهمية التي يحظى بها مبدأ سلطان الإرادة، فعلى سبيل المثال المادة (٢) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥ المتعلقة بالقانون الساري على المبيعات الدولية، تنص على أن: «عقد البيع يخضع لأحكام القانون المحلي للدولة التي يحددها الأطراف المتعاقدة...»^(١٧)، وأيضاً المادة (١/٧) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولية، تنص على أن: «عقد المبيعات يخضع لأحكام القانون الذي يختاره الأطراف...»^(١٨)، كما أن اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ - إتفاقية القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية - حرصت على ترسيخ هذا المبدأ، حيث تنص المادة (٣) منها على أنه: «يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف»، ويرى جانب من الفقه أن منهج الاتفاقية في هذا الصدد يتطابق مع الاتجاه الذي ينادى بخضوع العقد الدولي لحكم القانون مع تخويل المتعاقدين في ذات الوقت «حرية مطلقة» في اختيار هذا القانون، الأمر الذي يتنافى تماماً مع محاولات رد إرادة المتعاقدين إلى فكرة التركيز المكاني للرابطة العقدية عند سكوت عن اختيار القانون الواجب التطبيق^(١٩)، ولما كان بند الاختيار شرطاً ضمن شروط العقد فإن بحث مدى صحته سوف يخضع لذات القانون الذي يحكم العقد الأصلي، أي قانون الإرادة، وهذا هو الحل الذي جاءت به المادة (٣/٤) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ إذ تنص على أنه: «حينما يكون محل العقد عبارة عن حق في ممتلكات منقولة أو حق استخدام ممتلكات منقولة، سوف يفترض أن العقد متصل على نحو وثيق بالبلد التي يوجد بها الممتلكات».

وقد يثار التساؤل عن وقت تحديد قانون الإرادة (قانون العقد)، والإجابة في هذا الصدد ليست واحدة ، فالقاضي أو المحكم يحدد هذا القانون وقت طرح النزاع عليه، وإذا كان الأمر كذلك فهل بإمكان الخصوم الاتفاق على استبدال هذا القانون بقانون آخر بعد طرح النزاع ؟

يرى البعض أنه يجوز للأطراف في أي وقت الإتفاق على إخضاع العقد لقانون غير ذلك الذي كان يحكمه سابقاً، بشرط ألا يضر ذلك بحقوق الغير، الذين بنوا توقعاتهم على القانون الأول المراد العدول عنه، كما لا ينبغي أن يؤدي ذلك إلى التأثير على سلامة وصحة العقد الذي يجري تعديل اختيار القانون بشأنه^(٢٠). وقد أقرت المادة (٢/٣) من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ حق اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق في مرحلة لاحقة على إبرام العقد، وكذلك أحقيتهم في تعديل القانون السابق اختياره، مع التحفظ الخاص بحماية حقوق الغير.

⁽¹⁷⁾Convention on the law Applicable to International sale of goods The Hague, 1955, (Hague Conference on Private International Law), www.lexmercatoria.org.

⁽¹⁸⁾Convention on the law applicable to contracts for the international sale of goods (concluded December 22,1986) : Http:// hccch.e-vision.nl/index_en.php?act=Conventions.text&cid=61 . في تمام الساعة 7:30 م . تمت زيارة الموقع الإلكتروني بتاريخ 2023 / 8 / 11 ،

⁽¹⁹⁾د هشام على صادق، مرجع سابق، ص ٤٤١.

⁽²⁰⁾د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ١٠٨، د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، مرجع سابق، ص ١٠٧.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن أطراف اتفاقية مكسيكو لعام ١٩٩٤ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية التي أبرمت بين دول الأمريكتين الشمالية والجنوبية أكدوا على ضرورة العمل على تجانس الحلول لقضايا التجارة الدولية، واضعين في اعتبارهم الاستقلال الاقتصادي لكل منهم، ومن أجل تحقيق ذلك يجب إزالة الفروق بين أنظمتهم القانونية^(٢١)، وبناء على ذلك جاء بالمادة (٧) منها أن: «العقد يحكم بواسطة القانون الذي يختاره الأطراف واتفاق الأطراف علي هذا الاختيار يجب أن يكون واضحاً جلياً، أو في حالة أن لا يكون هناك اتفاق واضح، يجب أن يكون ذلك واضحاً من سلوك الأطراف ومن بنود العقد، وهذا الاختيار يمكن أن يرتبط بكامل العقد أو بجزء منه».

(ب) قانون بلد إبرام العقد

حيث يكون القاضي ملزماً بتوطيد العقد في دولة معينة^(٢٢) بحيث يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون بلد إبرام العقد؛ حيث تأتي أفضلية اختيار هذا القانون على أنه مكان تجسيد الإيرادات، إذ يمكن التعرف عليه بسهولة ويسر؛ وقد يلجأ قاضي النزاع إلى تطبيق قانون بلد تنفيذ العقد حيث يتم التسليم فيها، وهذا ما أكدته صراحة المادة رقم (١/٥) ب) من التوجيه الأوروبي لعام ٢٠٠٠ بشأن الاعتراف بتنفيذ الأحكام الصادرة في المجالات المدنية والتجارية، والتي تنص على أنه: «في حالة بيع البضائع، يطبق قانون الدولة التي يتم بها تسليم البضائع أو قانون الدولة التي يتعين تسليم البضاعة بها؛ وفي حالة تقديم خدمات، يطبق قانون الدولة التي يتم فيها تسليم الخدمات أو قانون الدولة الواجب تسليم الخدمات بها».

(ج) قانون الدولة الأكثر صلة بالعقد

وذلك على اعتبار أن هذا القانون هو الذي يصلح لأن يكون ضابط إسناد رئيسي لتعيين قانون العقد، وهو ما يعرف بفكرة الأداء المميز، والتي أخذت به اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للمنقولات المادية؛ حيث يعتد بمحل الإقامة المعتاد للبائع، بوصفه الملتزم بالأداء المميز للعقد، وعليه فإذا كان هذا البائع شخصاً اعتبارياً، تكون الدولة التي يرتبط بها العقد هي الدولة التي بها المركز الرئيسي لهذا الكيان أو المنشأة التي تلتزم بالأداء المميز للعقد^(٢٣).

ثانياً: عدم الإتفاق على تطبيق قانون معين على عقود التجارة الدولية

كثيراً ما يغفل أطراف العقد عن الاختيار الصريح لقانون معين عند إبرامه، بل قد يتعذر على المحكم أو القاضي الكشف عن نية الأطراف الضمنية، وهنا قد يلجأ إلى تطبيق قواعد احتياطية، مثل قانون الموطن المشترك والذي لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق للإرادة المفترضة للأطراف، أي: اختيار القانون الذي كان الأطراف سيختارونه لو انتبهوا لمسألة اختيار قانون للعقد^(٢٤)؛ أو القانون الأكثر صلة بالعقد، وتعرف بفكرة

(21) Inter-American convention on law applicable to international contracts: http://www.jurisint.org/pub/01/en/doc/336_1.htm

تمت زيارة الموقع الإلكتروني بتاريخ ١١/٨/٢٠٢٣، في تمام الساعة ٩:٣٠ م.

(22) د. أحمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية والإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، الفترة من ١٠ إلى ١٢ مايو ٢٠٠٣، ص ١٦٥٥.

(23) د. أحمد الهواري، مرجع سابق، ص ١٦٥٦.

(24) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ١٩٩٦، ص ١١٠٣.

الأداء المميز وهي فكرة تتسم بالمرونة، وتسمح للقاضي بربط النزاع بقانون الدولة التي يرتبط بها العقد برابطة وثيقة^(٢٥)، خاصة عند عدم قيام الأطراف بالاختيار الصريح لقانون العقد، وهذه الفكرة تقوم على التركيز الموضوعي للعقود في ضوء طبيعتها الذاتية بصرف النظر عن ظروف التعاقد وملابسات كل حالة على حدة، وهذا قد يسمح بتحديد قانون العقد على أساس إسناد يتسم بالوضوح ويراعي توقعات المتعاقدين، دون أن يضحى باعتبار العدالة وما تقتضيه من مرونة في الإسناد؛ لأن اختلاف الإسناد لا يتردد إلى تنوع ظروف التعاقد وملابساته الواقعية في كل حالة على حدة، وإمّا إلى طبيعة الرابطة العقدية ومحل الأداء المميز فيها^(٢٦).

وتلك الفكرة يرى البعض أن الفقه الأوروبي هو الذي جاء بها^(٢٧)، وكذلك العديد من الاتفاقيات الدولية.

المبحث الثاني: جهود التوحيد للقواعد الحاكمة لعقود التجارة الدولية

تهييد وتقسيم

السبيل الوحيد من أجل تنظيم علاقات قانونية بها عنصر أجنبي، هو الوصول إلى قواعد ذات طابع دولي موحدة تمثل قواعد القانون الدولي الخاص^(٢٨)، وأفضل مصدر لتلك القواعد بمختلف أنواعها المادية وذات التطبيق الضروري هي الاتفاقيات الدولية^(٢٩)، وأهمها: اتفاقيات لاهاي الأربع لأعوام ١٩٥٥، ١٩٦٤، ١٩٨٦، ١٩٩٨، فكل منها ساهمت في تحديد معالم تلك القواعد عندما جاءت بقواعد موحدة، وهي وإن كانت تحمل حلاً تقليدياً، إلا أن الفقه حاول تطويعها لتحقيق الضمان القانوني للصفقات الحديثة التي تبرم على الإنترنت^(٣٠)، وأيضاً اتفاقية فيينا للبيع الدولي للسلع لعام ١٩٨٠^(٣١)، حيث حظيت أحكامها باهتمام بالغ من حيث تطبيقها على المنازعات الناشئة عن عقود البيع الدولي، حتى ولو تم إلكترونياً، كما أن جهود لجنة الأونسيترال الدولية كان لها بعض الجهود ذات الصلة بتوحيد قواعد القانون الدولي الخاص؛ حيث وضعت القانون النموذجي لعام ١٩٩٦ بشأن التجارة الإلكترونية، وأيضاً اتفاقية عام ٢٠٠٥ المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية إذ جاء بالمادة رقم (٢٠) منها، أن أحكامها تسرى على أي عقد تنظمه اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠؛ وهو ما سوف نوضحه في المطلبين التاليين:

• المطلب الأول: جهود التوحيد في ظل الإتفاقيات الدولية

• المطلب الثاني: جهود لجنة الأمم المتحدة (الأونسيترال)

(٢٥) د. عادل أبو هشيمة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٩٨.

(٢٦) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، دار المعارف، الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٠، ص ١٥٤.

(٢٧) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ١١٠٤.

(٢٨) د. عصام الدين القصبى، تنازع الاختصاص القانون والقضائي في مجال التجارة الإلكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية والإلكترونية

بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، الفترة من ١٠-١٢ مايو ٢٠٠٣، ص ١٦١٩.

(٢٩) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، الحماية الدولية لحق المؤلف، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ١٩٩٢، ص ١٤١، ١٤٢.

(٣٠) د. رشا على الدين أحمد على تقي الدين، النظام القانوني لحماية البرمجيات بين نظرية تنازع القوانين والقانون الدولي الاتفاقي، رسالة دكتوراه،

كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٣، ص ٣٢٦.

(٣١) د. ثروت حبيب، مرجع سابق، ص ١٦٤.

المطلب الأول: جهود التوحيد في ظل الإتفاقيات الدولية

من أهم الاتفاقيات الدولية ذات الطابع العالمي التي وضعت قواعد مادية موحدة يمكن مواءمتها لكي تكون قابلة للتطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، وخصوصاً التي تتم بين الموردين ما يلي :

اتفاقيات لاهاي (أعوام ١٩٥٥، ١٩٦٤، ١٩٨٦، ١٩٩٨)

ساهمت هذه الاتفاقيات بجولاتها الأربع في إرساء عدد من المبادئ القانونية المادية في مجال المعاملات التجارية ذات الطابع الدولي، ومن أهمها في هذا الصدد ما يلي:

المبدأ الأول: نطاق تطبيق الاتفاقية

وفقاً لنص المادة رقم (١/١) من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ بشأن القانون الواجب التطبيق علي المبيعات الدولية للبضائع، فإن بنودها لا تنطبق إلا على «البيوع ذات الصفة الدولية للمنقولات المادية...»، وهذا يعني أنها لا تتضمن سوى حلول لتنازع القوانين بصدد عقد البيع بالوصف المحدد بها، وانصبت على المنقولات المادية دون الخدمات، ويرر جانب من الفقه هذا النهج بأنها وإن كانت لم تورد تعريفاً محدداً لهذه الصفات، إلا أن سبب ذلك يرجع إلى رغبة واضعها إلى عدم الإغراق في المفاهيم القانونية البحتة، ولكي تكون صياغتها أقرب إلى الواقع العملي للتجار^(٣٢) وقد حددت تلك العقود المادة رقم (١) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤ بشأن القانون الموحد للمبيعات الدولية على البضائع .

إن اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤ لا تشترط اتسام عقد بيع المنقولات المادية بالطابع الدولي^(٣٣)، بل أجازت سريان أحكامها دون اشتراط أن تكون الدولة ذات الصلة طرفاً في الاتفاقية.

المبدأ الثاني: المعاملة بالمثل وحرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق

إن اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥ لها طابع فريد مميز تفتقده الاتفاقيات الأخرى؛ إذ إنها تعدت بصفة أساسيه بمبدأ المعاملة بالمثل، ويعني ذلك أن أحكام الاتفاقية يقتصر نطاق تطبيقها على الدول الأطراف دون غيرها، إلا أنه بصدد هذه الاتفاقية توجد خصوصية معينة، هي وجوب احترام أحكامها في الدول المتعاقدة ، ولو كان العنصر الأجنبي في عقد البيع لا يتعلق أو لا يقيم بإقليم دولة من الدول المتعاقدة، فلو كان متصلاً بدولة أخرى غير متعاقدة، فالمواد الست الأول من الاتفاقية وهي تمثل جوهر الاتفاقية، لا تشير أيضاً إلى صفة رعايا الدول المتعاقدة لإمكانية سريان أحكامها، فالقاضي الفرنسي أو البلجيكي مثلاً في المنازعة التي تتعلق بعقد تجارة، عليه أن يطبق القانون الذي اختاره الطرفان، حتى ولو كان قانوناً لدولة غير طرف، ويطبق قانون بلد البائع أو بلد المشتري حالة ما إذا كان أي من البائع أو المشتري مقيماً في دولة غير متعاقدة، ومن ثم فإن المادة رقم (٧) من الاتفاقية التي تنص على أن « الدول المتعاقدة قد اتفقت على إدخال نصوص المواد من (١:٦) ضمن أحكام القانون الوطني لكل منها »، يمكن أن يفهم منها على هذا النحو أنها تعد بمثابة تشريع موحد لإشكالية

^(٣٢) انظر في تأصيل دور معهد روما بشأن توحيد القواعد المادية ووضع اتفاقيات لاهاي، د. ثروت حبيب، مرجع سابق، ص ١٠٧ وما بعدها.

^(٣٣) انظر نصوص الاتفاقية على الموقع:

<http://www.unidroit.org/english/conventions/c-ulis.htm>

تمت زيارة الموقع الإلكتروني بتاريخ ١٧ / ٨ / ٢٠٢٣، في تمام الساعة ١٥:٠٥ م .

تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص بشأن عقد البيع، ويجوز بالتالي التعويل عليها لمعالجة إشكالية التنازع بين قوانين الدول الأطراف في الاتفاقية الخاصة بعقود البيع الدولية للمنقولات المادية^(٣٤).

بيد أن المادة رقم (٣) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤ تنص على أن: «أطراف عقد البيع أحرار في استبعاد تطبيق نصوصها كلياً أو جزئياً، ويمكن أن يكون هذا الاستبعاد على نحو صريح أو ضمني»، وقد حددت المادة رقم (٨) استيفاء عدد من الشروط المهمة في عقد البيع حتى يعتد بالقانون المختار من جانب الأطراف، وهي التزامات البائع والمشتري أو مشكلات ملكية البضائع المبيعة أو صلاحية العقد أو أي من شروطه أو الغرض من استخدامه، وهو نفس الحكم الذي ورد بالمادة رقم (٧) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦.

اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي للبضائع

تعتبر اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع من أهم الاتفاقيات الدولية التي تضمنت قواعد أساسية لتنظيم علاقات القانون الدولي الخاص ذات الطابع الدولي، كما أنها اتخذت توجهاً معيناً باعتماد مجموعة قواعد مادية موحدة تقوم مقام القوانين التي تتسم بالتباين بشأن عقود بيع البضائع بين أطراف تقع أماكن عملهم في دول مختلفة، بغية تجنب العقبات وإزاحة الحواجز التي تعيق تطوير التجارة الدولية وتدفعها^(٣٥)، وهذه الاتفاقية ما هي إلا قانون تجاري دولي موحد، ينطبق بشكل أساسي على المبيعات الدولية للبضائع وليس على معاملات المستهلكين.

وهي تطبق الآن في ٤٩ دولة، كما تعتبر بمثابة قانون ينظم ثلثي التجارة في العالم، وأن تطبيق قواعدها في منازعات عقود التجارة الدولية أمام قضاء الدول الأعضاء غير مرهون بإعمال منهج تنازع القوانين^(٣٦)، ومن أهم المبادئ المادية التي تضمنتها اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ ما يلي:

المبدأ الأول: معالجة الثغرات^(٣٧): تنص المادة رقم (٢/٧) من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ على أن: «المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي تتناولها والتي لم تحسم بالنصوص الواردة فيها يتم تنظيمها وفقاً للمبادئ العامة التي أخذت بها، وفي حالة عدم جدوى هذه المبادئ تسري أحكام القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص»، و يتضح من هذا النص أنه يعالج بشكل تقليدي بيع البضائع على المستوى الدولي؛ إذ يخضع العقد في هذا الصدد لأحكام القانون المختار من جانب الأطراف، أو للمبادئ العامة المنصوص عليها بهذه الاتفاقية.

(٣٤) د. ثروت حبيب، مرجع سابق، ص ١٣٠.

(٣٥) د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٤٦.

(٣٦) ومن أمثلة ذلك: اتفاقية برن (سويسرا) لعام ١٨٩٠ الخاصة بالنقل الدولي بالسكك الحديدية للبضائع والركاب، واتفاقية وارسو المبرمة الخاصة بالنقل الجوي الدولي عام ١٩٢٩ وتعديلاتها، واتفاقية بروكسل (بلجيكا) الخاصة بالنقل البحري، وقد تضمنت تلك الاتفاقيات تضمنت قواعد مادية لا تطبق إلا إذا اتسم العقد بالطابع الدولي، ومن ثم لا تنطبق على نفس العقود إذا أبرمت داخلياً، د هشام على صادق، مرجع سابق، ص ٧٣٨.

(٣٧) والثغرة هي نقص غير مقصود في القانون ويكون القانون غير كامل (ناقص) في حالة واحدة فقط وهي إذا كان الهدف استبدال قانون دولة معينة بقانون دولة أخرى، انظر في ذلك رسالة دكتوراه، عن مدى قبول القياس في إطار اتفاقية البيع الدولي للبضائع:

Gert Brandner, Admissibility of Analogy in Gap-filling under the (CISG) Convention For International sale of Goods, University of Aberdeen, September 1999, p 1. Http: //www.cisg.law.pace.edu/cisg.biblio/brandner.html.

تمت زيارة الموقع الإلكتروني بتاريخ ١٨ / ٨ / ٢٠٢٣، في تمام الساعة ١٠:٣٠ م.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن هذا النهج يثير الارتباك، خاصة في الدول التي بها قانون دولي خاص محلي، وسوف يثير التساؤل عن مدى قبول القياس لسد ثغرات تلك الاتفاقية^(٣٨)؟ إذ إن نص المادة رقم (٢/٧) يشترط لمعالجة أوجه النقص بالاتفاقية عن طريق قواعد القانون الدولي الخاص امتناع معالجة الثغرات عن طريق المبادئ العامة التي تتضمنها وهذا القياس لا بد أن يكون قانونياً وأكثر دقة عند تطبيق المبادئ العامة على نطاق أوسع مما يقرره نصها، وخاصة أن الطبيعة المزدوجة للقانون الموحد تستلزم اتباع طريقتين في التفسير هما :

١. الطريقة المتبعة في القانون الدولي العام، طبقاً لما نصت عليه اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩^(٣٩).

٢. الطريقة المستخدمة في القانون الدولي الخاص.

لذا؛ فإن التعويل على مصطلح «المبادئ العامة التي تقرر استقلال اتفاق الأطراف» يجعل الأمر صعباً ولا يمكن للنص الموحد أن يقدم إفادة في هذا الشأن أيضاً، وقد حددت المادة رقم (١٧) منها أن المقصود بهذه المبادئ العامة: «الأفكار العامة التي ساهمت في وضع القواعد الموحدة بالاتفاقية».

المبدأ الثاني: القبول: حددت اتفاقية فيينا في المادة رقم (١/١٨) معياراً لماهية القبول، حيث نصت على أنه: «يعتبر قبولاً أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب. أما السكوت أو عدم القيام بأي تصرف فلا يعتبر أي منهما في ذاته قبولاً»، وكذلك وضعت ضابطاً آخر بحيث إذا لم يتضمن الإيجاب تحديد المدة المطلوبة في القبول تكون المدة معقولة، حيث نصت المادة رقم (٢/١٨) على أنه: «يحدث قبول الإيجاب أثره من اللحظة التي يصل فيها إلى الموجب ما يفيد الموافقة، ولا ينتج القبول أثره إذا لم يصل إلى الموجب خلال المدة التي اشترطها، أو خلال مدة معقولة في حالة عدم وجود مثل هذا الشرط...».

ويتوقف هذا المعيار بالطبع على ظروف كل حالة على حدة، فقد يطلب المخاطب بعض الوقت للتدبر والتفكير، ويؤخذ بعين الاعتبار اللوائح الحكومية التي قد تتطلب إجراء فحص للموافقة على التعامل، أما تحديد المدة المعقولة يجب أن تكون في حالة البضائع القابلة للتلف - والتي يفترض فيها التسليم الفوري - أقصر منها في حالة الآلات والمعدات.

ولإيضاح الأشكال الأخرى الخاصة بقبول الإيجاب والمدة المقررة لنفاده تشير المادة رقم (٣/١٨) إلى ذلك، حيث نصت على أنه: «ومع ذلك، إذا جاز بمقتضى الإيجاب أو التعامل الجاري بين الطرفين أو الأعراف أن يعلن المخاطب الذي عرض عليه الإيجاب عن قبوله بالقيام بتصرف ما، كالذي يتعلق بإرسال البضائع أو تسديد الثمن دون إخطار الموجب عندئذ يكون القبول نافذاً في اللحظة التي تم فيها التصرف المذكور بشرط أن يجري ذلك خلال المدة المذكورة في الفقرة السابقة» (أي خلال مدة معقولة).

⁽³⁸⁾Brandner, Gert, Op.Cit, p.2.

⁽³⁹⁾تنص المادة (٣١) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الدولية لعام ١٩٦٩: «١- تفسر المعاهدة بحسن نية طبقاً للمعنى العادي لألفاظ المعاهدة في الإطار الخاص بها وفي حدود موضوعها والغرض منها. ٢- يشمل «الإطار الخاص بالمعاهدة» لغرض التفسير - إلى جانب نص المعاهدة بما في ذلك الديباجة والملحقات - ما يلي: أ - أي اتفاق يتعلق بالمعاهدة يكون قد عقد بين الأطراف جميعاً بمناسبة عقد المعاهدة. ب - أي وثيقة صدرت عن طرف أو أكثر بمناسبة المعاهدة وقبلتها الأطراف الأخرى كوثيقة لها صلة بالمعاهدة. ٣ - يؤخذ في الاعتبار إلى جانب الإطار الخاص بالمعاهدة: أ- أي اتفاق لاحق بين الأطراف بشأن تفسير المعاهدة أو تطبيق أحكامها. ب - أي مسلك لاحق في تطبيق المعاهدة يتفق عليه الأطراف بشأن تفسيرها. ج - أي قواعد في القانون الدولي لها صلة بالموضوع يمكن تطبيقها على العلاقة بين الأطراف. ٤ - يعطى معنى خاص للفظ معين إذا اتجهت إرادتهم إلى ذلك.»

ويمكن القول أن المادة رقم (٣/١٨) قد أغفلت شرط إخطار الموجب بقبول التصرف خلال المهلة المحددة، وهذا الموقف ينطوي على تعارض مع واقع التجارة الدولية وبوجه خاص البيع الدولي، إلا إذا كانت هناك أعراف أو ممارسات تجارية بين الطرفين، والواقع أن الإخطار ينطبق في نطاق التعاملات التجارية على كافة أشكال التعبير عن الإرادة، والمشرع كثيراً ما يجيز للقاضي استخلاص هذا التعبير من الإرادة الضمنية للمتعاقدين، الأمر الذي أكدته - على سبيل المثال - المادة رقم (٩٠) من القانون المدني المصري، حيث تنص على أن:

التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً.

المبدأ الثالث: معالجة المخاطر : تنص القواعد الخاصة بالمخاطر على تحديد الطرف الذي سوف يتحمل المخاطر في حالة تلف البضائع، كما أنها تحدد أيضاً المسؤولية القانونية التي تقع على البائع، وذلك بإلزامه برد الثمن ووجوب تسلمه البضائع برغم الفقد أو التلف^(٤٠).

وتعرف المخاطر وفقاً لنص المادة رقم (٦٦) من اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع بأنها: «الهلاك أو التلف الذي يحدث للبضائع بعد انتقال التبعة إلى المشتري ولا يجعله في حل من التزامه بدفع الثمن، ما لم يكن الهلاك أو التلف ناتجاً عن فعل البائع أو تقصيره».

ومن الملاحظ أن غالبية عقود البيع الدولية تتضمن نقلاً للبضائع بطريقة أو بأخرى، وهذا الأمر يستوجب إدخال طرف ثالث (الناقل)، فعلى سبيل المثال، إذا كان عقد البيع يتضمن نقل البضائع، فإن المادة رقم (١/٧) من الاتفاقية تكون واجبة التطبيق حيث تقرر أنه: «إذا تضمن عقد البيع نقل البضائع ولم يكن البائع ملزماً بتسليمها في مكان معين، تنتقل التبعة إلى المشتري عن تسليم البضائع إلى أول ناقل لنقلها إلى المشتري، وإذا كان البائع ملزماً بتسليم البضائع إلى ناقل في مكان معين، لا تنتقل التبعة إلى المشتري إلا عند تسليم البضائع إلى الناقل في ذلك المكان، أما كون البائع مخولاً بالاحتفاظ بالمستندات التي تمثل البضائع فلا أثر له على انتقال التبعة»، ومع ذلك قد يتعذر تطبيق هذا النص نتيجة لبعض الظروف، الأمر الذي جعلنا - في هذا الصدد - نفرق بين حالتين:

- الأولى: إذا كان البائع مقيداً بتسليم البضائع في مكان معين.
- الثانية: إذا كان البائع غير ملزم بتسليم البضاعة في مكان معين.

وفي الحالتين تنتقل المخاطر من البائع إلى المشتري عندما يتم تسليم البضائع للناقل، ويستند الأساس المنطقي لمضمون هذا النص في أن موقف البائع - في الغالب - يكون أفضل من أجل قيامه بإصلاح أي تلف يلحق بالبضائع نتيجة للنقل، بحيث يكون مسؤولاً عن التلف الذي يحدث نتيجة للنقل حتى يتم تسليم

^(٤٠) تجدر الإشارة إلى أن نظرية المخاطر تختلف عن نظرية القوة القاهرة، كما أن الأولى تختلف - أيضاً - عن قاعدة بطلان العقد بسبب حدث مفاجئ غير متوقع، انظر في تلك الاختلافات رسالة دكتوراه عن مسألة المخاطر في إطار اتفاقية فيينا ١٩٨٠:

Sylvain Bollee, The Theory of Risks in The 1980 Vienna sale of Good Convention L.L.M. University of Paris, n 2000: , p1. تمت زيارة الموقع الإلكتروني بتاريخ ١٨ / ٨ / ٢٠٢٣، في تمام الساعة ١٠:٣٠م. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg.biblio/bollee.htm>

البضائع للناقل «في المكان المحدد» وذلك استناداً للمادة رقم (١/٦٧) من ذات الاتفاقية، التي أشارت إلى أنه: «إذا وافق البائع على تسليم البضائع في مكان معين لا يتم انتقال المخاطر إلى المشتري عند تسليم البضائع للناقل الأول، بل تنتقل إليه عندما يتم شحن البضائع...»^(٤١)، أما المادة رقم (٢/٦٧) منها فتنص على أنه: «لا تنتقل التبعة إلى المشتري ما لم تكن البضائع معينة بوضوح بأنها المشمولة بالعقد، سواء بوجود علامات مميزة على البضائع، أو بسندات الشحن، أو بإخطار موجه إلى المشتري، أو بطريقة أخرى»، والفكرة الأساسية لمضمون هذا النص تتمثل في حيلولة البائع دون الادعاء الكاذب في حالة الفقد أو التلف بأن تلك البضائع التالفة هي التي قام المشتري بشرائها^(٤٢).

وبذلك تكون القواعد المادية بهذا النحو الوارد باتفاقية فيينا قابلة للتطبيق على عقود التجارة، طالما كان محلها بضائع مادية، دون الخدمات الأخرى، وهذا ما أكدت عليه المادة رقم (١/٣٥) منها نصت على أنه: «على البائع أن يسلم بضائع تكون كميتها ونوعيتها وأوصافها وكذلك تغليفها أو تعبئتها مطابقة لأحكام العقد»، كما يستفاد من تلك الفقرة أن محل البيع شيء مادي يتم تحديد هويته بالكم (العدد أو الوزن) والنوعية والتغليف أو التعبئة داخل أوعية أو ما شابهها مثل الحاويات.

المطلب الثاني: جهود لجنة الأمم المتحدة (الأونسيترال)

ثار التساؤل لدى خبراء الأمم المتحدة بمناسبة إعداد قواعد الأونسيترال عما إذا كان من الأفضل والصواب تطبيق القانون النموذجي لعام ١٩٩٦ في العقود الدولية فحسب؟ أم على كافة التعاملات التجارية بغض النظر عن كونها محلية أو دولية؟، وسبب هذا التساؤل يرجع إلى أن المورد قد يستعمل نفس القواعد عند التعامل مع المستهلكين، الأمر الذي جعل مجموعة الخبراء تتوصل إلى أن هذا النطاق الواسع من التطبيق كفيلاً بإيجاد إشكاليات متعددة، ولو افترضنا جدلاً قبول ذلك، فإن هناك دواً قد تكون غير راغبة في الانضمام والتصديق على أية اتفاقية تنطوي على المساس بأحكام قوانينها الوطنية التي تنظم المعاملات التجارية المحلية، لذا حاول أعضاء اللجنة البحث عن مخرج من خلال المادة رقم (١) من هذا القانون؛ حيث يمكن للدول اختيار عدم سريان أحكام الاتفاقية على التعاملات التجارية المحلية، وإن كان الوضع الطبيعي هو التطبيق^(٤٣).

ومما لاشك فيه أن صياغة أو تطوير قانون موحد وفعال يستلزم مزيداً من الجهد والوقت، كما أن ذلك لا يمنع من إثارة بعض الإشكاليات التي تتعلق بنطاق تطبيقه خاصة وأنها لا تظهر حال إجازة القانون^(٤٤)، لذلك اتجهت لجنة الخبراء في اجتماعها الذي عقد عام ٢٠٠٣ بشأن تسوية النزاعات، إلى استخدام اصطلاح «قواعد

⁽⁴¹⁾Sylvain Bollee, Op.Cit, p.2.

⁽⁴²⁾تنص المادة (٧٠) من اتفاقية فيينا على أنه: «إذا قام البائع بأي إخلال جوهرى بالعقد، فإن المواد (٦٧، ٦٨، ٦٩) لا تؤثر على الوسائل القانونية لاسترداد الحق للمشتري بسبب الإخلال بالعقد والوسائل القانونية لاسترداد الحق بسبب إخلال جوهرى من جانب المشتري بالعقد هي: الحق في الإبلاغ بأن العقد باطل؛ طلب بضائع بديله؛ طلب تصليح البضائع؛ طلب تقليل ثمن البضائع، الشكوى من التلف الذي يلحق بالبضائع. وبخصوص ما اتبعته اتفاقية فيينا من نهج تفصيلي بشأن تبعة الهلاك، وكذلك أعمالها التحضيرية في هذا الصدد، انظر الموقع التالي:

تمت زيارة الموقع الإلكتروني بتاريخ ١٨ / ٨ / ٢٠٢٣، في تمام الساعة ١١:٠٠م. <http://www.yorku.ca/osgoode/cisg/fulltext.htm>.

⁽⁴³⁾انظر تقرير عن مشروع اتفاقية Uncitral الخاصة بالتعاقد الإلكتروني:

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/ml-ecomm-a_ebook.1_pdf

تمت زيارة الموقع الإلكتروني بتاريخ ٢٧ / ٨ / ٢٠٢٣، في تمام الساعة ١٠:٣٠م.

⁽⁴⁴⁾Ralph Amtssah, The autonomous contract Reflecting the borderless – commercial environment in contracting, the Faculty of Law, University of tromso, 1998, P10.

القانون النموذجي»، ومن خلال استخدام هذا الاصطلاح، يكشف هذا القانون النموذجي عن إمكانية تقديم نطاق خيارات واسعة تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع من خلال الموافقة على قواعد القانون التي تم وضع تفاصيلها بواسطة اتفاقية دولية، بعيداً عن أي نظام قانوني وطني، وقد أشار التقرير إلى أنه يمكن الحصول على تلك المبادئ الخاصة سواء من قواعد (Unidroit) بشأن العقود التجارية الدولية، أو من سوابق محكمة التحكيم التجاري الدولي في موسكو، أو هيئات التحكيم في دول الكومنولث المستقلة؛ فتلك الجهات عادة ليست لديها صعوبات في حل النزاع بموجب قواعد وأعراف التجارة الدولية المطبقة على الصفقات حتى ولو لم يشر الأطراف إليها في اتفاقها، إضافة إلى أن التحكيم التجاري الدولي يعد بمثابة القضاء العام لمجتمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود، وهو المجتمع ذاته الذي تشكلت في إطاره الأعراف والعادات التجارية الدولية، ولما كانت تلك القواعد العرفية المستقرة بهذا الكيان تعد من القواعد المادية التي وضعت خصيصاً لتستجيب وتتوافق مع متطلبات التجارة الخارجية، فإنه من الطبيعي أن تقوم المحاكم بتطبيقها تطبيقاً مباشراً دون حاجة لمنهج تنازع القوانين^(٤٥).

وانطلاقاً من إدراك لجنة الأمم المتحدة (الأونسيترال) بأن التجارة الإلكترونية تفتقر عن غيرها في حاجتها إلى قواعد موحدة ذات طابع عالمي، ووعيتها لأهمية توحيد القواعد القانونية المنظمة للتجارة الإلكترونية، فإنها تعد أول الهيئات الرائدة في هذا المجال، ففي عام ١٩٩٦، أصدرت القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية استناداً إلى دراسات شاملة، وذلك بغية مساعدة الدول لتحديد القواعد الواجب تضمينها مثل هذا التشريع إلى جانب رغبتها وأملها بأن يعتمد القانون النموذجي المذكور من كافة الدول؛ وذلك لما سيحققه من انسجام وتوافق، أو بالأحرى تحقيق التوحيد بقدر الإمكان في نطاق التشريعات الوطنية خاصة وأن محتواه يسعى لإيجاد توازن بين التجارة التقليدية والتجارة الإلكترونية وتحديد فيما يتعلق بأنشطة التحويل النقدي عبر الشبكات والتعاقد باستخدام وسائل تقنيه، ويعالج القانون كذلك موضوع العقود وإبرامها ومسائل التوقعات الإلكترونية ومعايير الأمن والحماية اللازمة للبيانات الشخصية وغيرها من الموضوعات، ولا غرابة في تبنى العديد من الدول لهذا القانون النموذجي والاسترشاد بنصوصه ولا يزال الجهد مستمراً من قبل اللجنة بخصوص المسائل المتصلة بالتجارة الإلكترونية والأسواق الإلكترونية، حيث إن العمل جارٍ على استكمال بناء القسم الثاني من القانون النموذجي الخاص بمعاملات التجارة الإلكترونية^(٤٦).

ومما يعظم جهودها في مجال التجارة الإلكترونية هو إصدارها لاتفاقية الأمم المتحدة لعام ٢٠٠٥ المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية.

ويتعين القول، أن مشرعي دول العالم على فرض قبلوهم لما قرره لجنة الـ Uncitral من قواعد بشأن التجارة الإلكترونية، فإن المشكلات المتعلقة بتنازع القوانين في هذه العقود سوف تنحصر بشكل كبير، ولكن هذه ليست المشكلة، لأن التأثير المضاد بدأ يظهر منذ الوهلة الأولى لبداية تطبيق هذه القواعد، حيث ما برح كل قاضٍ وطني يستقل بمفرده في إجراء الترجمة والتفسير لأحكام القانون النموذجي، الأمر الذي أدى إلى إيجاد زخم من التفسيرات المتباينة لتلك الأحكام، واستتبع ذلك بالتالي إصدار أحكام قضائية يعترضها التعارض

^(٤٥) د. هشام على صادق، مرجع سابق، ص ٧٥٣.

^(٤٦) <http://www.opendirectorysite.info/e-commerce/03.htm>

تمت زيارة الموقع الإلكتروني بتاريخ ٢٧ / ٨ / ٢٠٢٣، في تمام الساعة ١١:٤٥ م.

والتناقض والغموض إزاء الوقائع والملابسات المماثلة^(٤٧).

ومن الملاحظ أن غالبية الجهود الدولية المتعددة التي توصلت إلى القواعد المادية قد بدأت قبل ظهور التجارة الإلكترونية، ومع ذلك فما زالت قابلة للتطبيق على منازعات هذه التجارة الجديدة، ولذا يثار التساؤل التالي: هل يمكن ظهور عمل قانوني دولي واضح يعتمد عليه بغية تنظيم التجارة الإلكترونية تحديداً من خلال القواعد المختلفة الموجودة في عشرات الأنظمة القانونية المحلية، والمكتوبة بمصطلحات محلية لا نظير لها في اللغات الأخرى؟ إن الإجابة للأسف هي «لا»، ورغم ذلك فإن هذه الإجابة ليست هي القول الفصل، إذ مازال هناك بصيص من الأمل يحدونا ويلوح في الأفق إزاء مسؤولية التشريعات الوطنية في هذا الصدد.

الفصل الثاني: القواعد ذات التطبيق الضروي والقواعد المادية وتطبيقها على عقود التجارة الدولية

تهيد وتقسيم

يعتبر من المسلمات في مجال المعاملات الدولية الخاصة، أن للأطراف المتعاقدة الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم التعاقدية، وأنه في حالة اختيارهم لقانون ما ليحكمها، فإنه يتعين على المحكمة المعروض عليها النزاع الإلتزام بتطبيق هذا القانون المختار، طالما لم يتعارض مع النظام العام في الدولة المعنية، ولم يكن مشوباً بالغش نحو القانون، ويعرض الفقه إعمالاً لذلك فكرة القواعد ذات التطبيق الضروي (الفوري)، الأمر الذي يثار معه التساؤل عن كيفية التعرف على تلك القواعد؟ ومدى اتفاقها مع مضمون النظام العام؟ بغية الوقوف على مدى ملائمتها كأداة من أدوات تسوية منازعات عقود التجارة الدولية، وهو ذاته ما يثار بخصوص القواعد المادية، ونبين ذلك من خلال مبحثين على الوجه التالي:

• المبحث الأول: ماهية القواعد ذات التطبيق الضروي وإعمالها.

• المبحث الثاني: إعمال القواعد المادية.

المبحث الأول: ماهية القواعد ذات التطبيق الضروي وإعمالها

جوهر القواعد ذات التطبيق الضروي يرتبط بتحقيق المصالح العليا للدول، وهي بالطبع مغايرة لمصالح رجال الأعمال، وقد حاول الفقه التوفيق بين تلك المصالح، وكذلك القضاء، والاتفاقيات الدولية، وتوضيح هذا الزخم يتم على الوجه التالي:

• المطلب الأول: التعريف بالقواعد ذات التطبيق الضروي وبيان خصوصيتها .

• المطلب الثاني: إعمال القواعد ذات التطبيق الضروي .

المطلب الأول: التعريف بالقواعد ذات التطبيق الضروي وبيان خصوصيتها

أولاً: التعريف بالقواعد ذات التطبيق الضروي

القواعد ذات التطبيق الضروي يطلق عليها أكثر من مصطلح، منها: قواعد البوليس أو الأمن، والقواعد

⁽⁴⁷⁾ Amtssah, Ralph, Op.Cit , p.11.

فورية التطبيق ، وقواعد النظام العام ، ويفضل الرأي الغالب من الفقه مصطلح القواعد ذات التطبيق الضروري، على أساس أن فرض هذه القواعد يكون ضرورياً لتدخل الدولة في كل من الحياة الاقتصادية والاجتماعية أي لتأمين المجتمع^(٤٨)، وهذا يعنى أنها موجودة في قواعد وطنية المنشأ والهدف والمضمون.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن تعريف تلك القواعد ينصرف إلى تلك القواعد التي قد تلازم تدخل الدولة ، وترمى إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية والاقتصادية والاجتماعية للجماعة ، التي يترتب على عدم إحترامها إهدار ما تبتغيه السياسة الشرعية، وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط أيا كانت طبيعتها وطنية أم دولية^(٤٩)، لا سيما أن هذه القواعد يفرضها الواقع على قاضي النزاع.

ثانياً: خصوصية القواعد ذات التطبيق الضروري

سبق أن أوضحنا أن غاية القواعد ذات التطبيق الضروري هي تحقيق المصالح العليا للدول، تلك المصالح التي قد تتعارض مع مصالح رجال الأعمال، وهو الأمر الذي يوجب علينا بيان موقف الفقه ، والقضاء، وكذا الاتفاقيات الدولية، في التوفيق بين تلك المصالح وذلك على النحو التالي:

موقف مجتمع الأعمال من القواعد ذات التطبيق الضروري

المعلوم أن رجال الأعمال يميلون إلى تطبيق القواعد الضرورية، حيث يميلون نحو تأكيد الوظيفة القانونية للعداات، وبالنظر إلى أدلة تحرير العقود النموذجية التي أعدتها المنظمات الدولية والمهنية وعقود الشركات نجدها تتضمن أحكاماً تفصيلية لا تعطى للعقد مجالاً للمنازعات بل تجعل القاضي أو المحكم قادراً على أن يؤسس فض النزاع من خلال أحكام أو بنود العقد، وبالتالي الإفلات من الخضوع لأي قانون وطني، فتتحقق في آن واحد الوظيفتان: الوقائية والعلاجية، وسند هؤلاء هو تاريخ القانون التجاري، إذ يُعرّف العادات بأنها الوسيلة القادرة على تحقيق تطور أكبر للعلاقات التجارية وتسعى إلى إيجاد الملائمة الضرورية بين القانون والظروف المتغيرة، كما أنها ضرورية لفهم خصوصيات كل فرع من فروع التجارة، ويضاف إلى ذلك قيام التجمعات المهنية الخاصة بتجارة معينة باستظهار العادات وتقنينها ونشرها والحث على العمل بمقتضاها^(٥٠)

موقف الفقه من إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري

يلاحظ أن مسألة الاعتماد كلية على الأعراف والعادات التي يقررها رجال الأعمال لم تكن بمنأى عن النقد؛ إذ يرى البعض أن مراعاة القاضي لشروط العقد أو لعادات وأعراف التجارة الدولية يثير العديد من الصعوبات، لأن القاضي لن يطبق في بعض الأحوال ما جاء باتفاق الأطراف إذا كان هذا الاتفاق يمثل خروجاً على القواعد الآمرة المنصوص عليها في القانون الوطني لدولته^(٥١).

(٤٨) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٢٥٣ وما بعدها.

(٤٩) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٢٥٧.

(٥٠) محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات ذات الطابع الدولي، دراسة تأصيلية، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٨، ص ٣٢٤.

(٥١) د. محمد إبراهيم موسى، التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديد للنشر، طبعة ٢٠٠٥، ص ٦٣.

ويرى البعض الآخر أن ترك تنظيم معاملات التجارة الدولية للأشخاص المتأثرين بها وإن كان يؤدي إلى خلق قوانين عملية ومعقولة ومصممة خصيصاً لنشاط مجتمع تجاري معين، إلا أن تلك الواقعية ينتج عنها عيوب كثيرة لا يمكن إغفالها، وأحياناً تفوق تلك المميزات؛ لأن الإتفاق الودي ذا الطابع المسمى بـ «الجتلمان» الذي يتعرف عليه - على سبيل المثال - مشغلو الإنترنت، ويرغبون في أن يتصرف الجميع طبقاً له سوف يكون أسلوباً قديماً عندما يتعدد المشغلون وتشتد المنافسة، ونتيجة لذلك يتشكك هذا الرأي في مدى احترام هؤلاء المشغلين لهذه القواعد التي وضعت بإرادتهم المنفردة^(٥٢).

ويبرر إتجاه آخر عدم إعمال فكرة النظام العام وذلك حماية لحقوق الإنسان^(٥٣)، على أساس أن القواعد ذات التطبيق الضروري يصعب تحديدها بدقة؛ لأن كل تشريع يهدف إلى حماية الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، ومن ثم يكون من غير المألوف والمعقول وضع معيار محدد وعام يمكن بمقتضاه التعرف على هذه القواعد، كما أن القاضي في مجال تطبيق تلك القواعد قد يتمتع بسلطة تقديرية، يكون من شأنها إهدار قواعد القانون الدولي الخاص، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى قد يجد القاضي في تلك القواعد وسيلة لجدية العلاقات الدولية لكي يسري عليها القانون الوطني لدولته وقد يجد من هذه القواعد وسيلة لجذب العلاقات الخاصة الدولية إلى قانون بلاده^(٥٤).

وهذا ما يطلق عليه فكرة «الأثر المخفف للنظام العام»، ومفادها إجازة الدفع بالنظام العام في بلد القاضي في نزاع بشأن معاملة تمت خارج نطاق الاختصاص التشريعي لبلد هذا القاضي، وهذه الفكرة غير صائبة؛ لأن النظام العام غير قابل للتجزئة، فهو يمس كيان المجتمع ولا يقبل التفريط، والشريعة الإسلامية تنكر تماماً هذه الفكرة^(٥٥).

فضلاً عن ذلك فإن تلك الأسانيد التي يعول عليها أنصار هذا الرأي ما هي إلا أسانيد واهية؛ ذلك أنه لن يقبل أي مشروع انتهاك القواعد الآمرة التي وضعت خصيصاً لكي تنظم كافة العلاقات سواء أكانت علاقات داخلية أم كانت تتضمن عنصراً أجنبياً مؤثراً أن يكسبها الصفة الدولية، ولم يبق من تلك الأسانيد سوى مسألة حماية حقوق الإنسان^(٥٦)، وهي في منازعات التجارة الدولية قد تتعلق بالمستهلك، حيث تحرص القوانين على حمايته من موردين لهم باع طويل في مجال التجارة، ويقدرون تماماً آثار الاتفاق المخالف للنظام العام، والذي يدور حول حماية الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة والآداب.

ج . موقف القضاء من إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري

أما القضاء فقد كان له دور آخر في خلق القواعد المادية ومن أهم تلك القواعد: قاعدة حرية اختيار عملة العقد في مجال التجارة الدولية رغم احتمالات بطلان هذا الشرط في عقود التجارة الداخلية، وقاعدة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، والقاعدة التي تؤكد على حق الدول الأطراف في اتفاقية دولية

^(٥٢) د. عادل أبو هشيمة، مرجع سابق، ص ١٥١.

^(٥٣) Martyn Berkin, International Contracts, Barry Rose Law Publishers Ltd; 2nd edition (8 Oct. 2004), p.39.

^(٥٤) د. رشا على الدين أحمد على تقى الدين، مرجع سابق، ص ٣٣٧.

^(٥٥) د. عنايت عبد الحميد ثابت، أساليب فض تنازع القوانين ذي الطابع الدولي في الإسلام، دار النهضة العربية، طبعة ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م، ص ٢٢٠.

^(٥٦) يراجع في ذلك :

تمت زيارة الموقع الإلكتروني بتاريخ ١ / ٩ / ٢٠٢٣، في تمام الساعة ٧:٣٠م. http://arabjudicialforum.org/ajf_final_report_abc2_of3.html

الخضوع للتحكيم، حتى ولو كان قانونها الداخلي يمنع ذلك⁽⁵⁷⁾.

د. موقف الجماعة الدولية من أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري

الحل العملي للأعراف والعادات التي تنشأ بين التجار أو بينهم وبين المستهلكين هو تضمين تلك القواعد في شكل دولي أو إقليمي، ومن أمثلة ذلك لجنة الأونسيترال التي تبنت قانوناً خاصاً بالتجارة الإلكترونية عام⁽⁵⁸⁾ 1996، ومبادئ الـ Unidroit الخاصة بعقود التجارة الدولية التي تم صياغتها بواسطة علماء القانون الذين اهتموا بالقواعد الموجودة في القانون العرفي المنبثق عن عقود الصفقات التجارية عبر الإنترنت واعتبروها أساساً لهم، ثم قام هؤلاء الفقهاء باستخدام هذا الأساس لاستخلاص مبادئ عامة ومن ثم صياغة القواعد والقوانين وذلك ملء الفجوة في عقود التجارة الدولية، لذلك تعد مبادئ الـ (Unidroit) إلى حد ما مبادئ عرفية طورت في ضوء المجتمع القانوني من قبل التجار ورجال الأعمال.

ونظراً لأن هذه المبادئ تعتبر بمثابة قانون نموذجي لإصدار التشريعات القانونية المستقبلية، فإن القواعد الوطنية المستقبلية التي توضع لتنظيم عقود التجارة الدولية يتعين تعديلها وتطويرها بما يتفق مع تلك المبادئ مثلما حدث عندما لجأت مجموعة لجنة الأرض التي كانت تعمل لصالح الاتحاد الأوروبي إلى قانون العقود الإنجليزي بمناسبة وضع «مبادئ قانون العقود الأولية» على أساس أنه يتضمن قواعد ميسرة⁽⁵⁹⁾، وبالفعل وضعت المفوضية الأوروبية سنة 1997 «المبادرة الأوروبية للتجارة الإلكترونية»، وهي تتضمن العديد من القواعد القانونية المنظمة للتجارة الإلكترونية في عصر المعلومات، ومن أهمها ما يلي:

- لا للتنظيم القانوني من أجل التنظيم فحسب، بل للتطبيق أيضاً.
- يجب على أي تنظيم أن يستند إلى أساس من كل حريات السوق الموحدة.
- يجب أن يأخذ أي تنظيم بعين الاعتبار واقع العمل التجاري.
- يجب على أي تنظيم أن يتفق والأهداف العامة على نحو يتسم بالكفاءة والفعالية.

كما نشرت المفوضية الأوروبية في عام 1999 مبادرة بعنوان: «أوروبا الإلكترونية هي مجتمع معلوماتي للكل»⁽⁶⁰⁾، عرضت فيها الأهداف الطموحة من أجل الوصول إلى مزايا مجتمع المعلومات لصالح كل الأوروبيين، ومع حلول شهر يونيو من عام 2000، تم إصدار التوجيه الأوروبي رقم (EC/2000/31) والذي يعرف باسم الإرشاد حول التجارة الإلكترونية، حيث عالجت المادة (9) منه مسألة العقود ونصت على أنه: «يجب على الدول الأعضاء أن تتأكد- على وجه الخصوص- أن المتطلبات القانونية الواجبة التطبيق على العملية التعاقدية

⁽⁵⁷⁾ د. هشام على صادق، مرجع سابق، ص 715.

⁽⁵⁸⁾ Roswitha Riegebauer, Riegebauer, Roswitha, (Self) - Regulation of e-commerce in Europe - Time to think small Building SMEs trust and confidence in the electronic marketplace, Utrecht University May 2004. <http://www2.law.uu.nl/itrech>, p.19. تمت زيارة الموقع الإلكتروني بتاريخ 1 / 9 / 2023، في تمام الساعة 9:40 م.

⁽⁵⁹⁾ Frank Diedrich, Op.Cit, p.14.

⁽⁶⁰⁾ وهذه المبادرة تبناها مجلس «لشبونة» في شهر مارس عام 2000، معلناً أن الاتحاد الأوروبي قد أصبح لديه « أكبر قاعدة معرفية اقتصادية ديناميكية وتنافسية في العالم»، انظر في ذلك: Roswitha Riegebauer, Op. Cit, pp 17: 19

لا تؤدي إلى عوائق أمام استخدام العقود الإلكترونية، ولا تؤدي إلى حرمان تلك العقود من الفعالية القانونية والصلاحيّة بحجة أنها أبرمت بالوسائل الإلكترونيّة».

وقد ذهب جانب من الفقهاء^(٦١) إلى طرح حلول اختيارية للنزاعات من خلال «التحكيم عبر الخط»، وما إذا كان هذا الشكل من حل النزاعات قد لاقى القبول من قبل مجتمع الإنترنت، أم لا، فإذا حدث ذلك فإنه يمكن استخلاص القواعد المتفق عليها وإقرارها في شكل اتفاقية دولية تعترف بها محاكم الدول.

المطلب الثاني: إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري

المعلوم أنه في حالة إختلاف جنسيات أطراف المنازعات، يقوم قاضي النزاع بتطبيق قواعد الإسناد أو قواعد تنازع القوانين المتبعة في دولته، ثم بناء على ما تقرره تلك القاعدة يحدد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فيما إذا كان قانون دولته، أم قانون أجنبي^(٦٢). وفي كل الأحوال يجب ألا تكون القواعد أو القانون الواجب التطبيق مخالف للنظام العام في دولة القاضي، وتوضيح ذلك يتم في النقاط التالية:

أولاً: مفهوم قاعدة الإسناد الوطنية تكييف الدعوى عن طريق قاعدة الإسناد أو التنازع

قاعدة التنازع أو قاعدة الإسناد هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع متى كان من الممكن تكييف المسألة تكييفاً صحيحاً من خلال تطبيق القاضي للمفاهيم القانونية التي تبنتها تشريعاته الوطنية^(٦٣)؛ ومسألة تكييف الدعوى من المسائل الأولية التي يتعين على قاضي النزاع أو قاضي الموضوع بحثها.

ثانياً: قاعدة عدم مخالفة النظام العام والآثار المترتبة عليها

القاضي عليه تطبيق قواعد النظام العام الآمرة على إجراءات التقاضي، وبيان ذلك كالتالي:

(أ) مفهوم النظام العام

يتعين ألا تكون بنود عقود التجارة الدولية التي ينظرها القاضي أو أحكام القانون الواجبة التطبيق عليها مخالفة للنظام العام؛ إن فكرة النظام العام تعتبر مجرد فكرة تستهدف صيانة كيان المجتمع الوطني، ويصعب وضع تعريف جامع مانع لها، وإنما يمكن وصفها على وجه العموم بأنها تلك القواعد التي تتصل بالمصالح الجوهرية الأساسية للمجتمع من النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وهي فكرة متغيرة بحسب الزمان والمكان؛ ولا مرء في أن النطاق الذي تعمل فيه فكرة النظام العام بصدد المنازعات الوطنية، أوسع بكثير من نطاقها في المنازعات الخاصة الدولية، ولذلك يقال: إن ما تعتبره المحكمة المختصة من قبيل النظام العام في مجال المنازعات الوطنية الصرفة، لا يعد بالضرورة متعلقاً بالنظام العام في المنازعات الخاصة الدولية،

⁽⁶¹⁾ Frank Diedrich, The CISG and Computer Software Revisited. Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, Supplement [online]. 2002, 48 issue 6, ISSN 1439-9741; p.15, Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/diedrich1.html>. تمت زيارة الموقع بتاريخ ٥ / ٩ / ٢٠٢٣، في تمام الساعة ٧:٠٠ م.

^(٦٢) د. هشام خالد، مرجع سابق، ص ١٨٠.

^(٦٣) د. يوسف العلي، مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم على شبكة الإنترنت، دراسة في القانون الدولي الخاص الكويتي، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، الفترة من ٢٦ إلى ٢٨ إبريل، ٢٠٠٣، ص ٢٥٤.

ولكن العكس هو الصحيح^(٦٤).

(ب) الآثار التي تترتب على إعمال النظام العام

القاضي الوطني عليه تطبيق قواعد النظام العام على منازعات عقود التجارة الدولية التي ينظرها، لأن تلك القواعد تعتبر قواعد أمرة، لا يجوز للأطراف مخالفتها، وعلى القاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه، لأنها من النظام العام، عكس القواعد المكملة، التي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها^(٦٥)، والقاضي لا يحكم بها من تلقاء نفسه، إلا إذا دفع بها أحد الخصوم وتمسك بها، سواء في مواجهة الخصم الآخر أو في غيبته، وفارق التمييز بين كل من القواعد الأمرة والقواعد المكملة، أن الأولى شرعت لتحقيق مصلحة عامة؛ بينما القواعد المكملة شرعت لمصلحة الأفراد وإذا ما خالف أحد الخصوم تلك القواعد بإرادته المنفردة، جاز للطرف الآخر الاعتراض على تلك المخالفة، وهنا يجب على القاضي أو المحكم تطبيق القاعدة المكملة التي تضمنها النص النظامي، وهذا الدفع غالباً ما يتعلق بالنظام العام، ويجب على المحكمة القضاء به من تلقاء نفسها سواء طلبه الخصوم أو لم يطلبوه؛ ومن أهم النتائج التي تترتب على ذلك تعطيل وبطء سير عملية التقاضي، ويحمل كذلك ضياع الحقوق بين الناس، ومن ثم يفقد العدل الذي ينشده الكافة في كل زمان ومكان^(٦٦).

المبحث الثاني: تطبيق منهج القواعد المادية

تهديد وتقسيم

القاضي عليه قبل نظر الدعوى وفق أحكام القانون الدولي الخاص، وتكييف العقد، من أجل تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق، ومنها القواعد المادية التي تكون في الغالب مناسبة لفض منازعات عقود التجارة الدولية، وعلّة ذلك أنها تكون في الغالب مستمدة من أعراف وعادات أطراف تلك العقود، ومع ذلك فإنها قد تكون متعارضة مع النظام العام السائد في دولة تنفيذ الحكم، وعليه فإذا كان ينظر إلى القانون الدولي الموحد كحل مناسب للإشكاليات القانونية المتعددة الناجمة عن عقود التجارة الدولية، فإن أفكار الفقهاء لها أهميتها للإسهام في تشريعات موحدة في هذا الشأن^(٦٧)، وقد بدأ الاتجاه الفقهي في السعي إلى إيجاد أفكار قانونية أخرى تكون قابلة للتطبيق على منازعات هذه العقود، وأهمها فكرة التنظيم الذاتي التي مصدرها الأعراف والقواعد السلوكية المهنية، والعادات الاتفاقية، وهو ما سوف نفضله في مطلبين على الوجه التالي:

• المطلب الأول: ماهية القواعد المادية.

• المطلب الثاني: التطبيق المباشر والتطبيق غير المباشر للقواعد المادية.

^(٦٤) د. هشام على صادق، مرجع سابق، ص ١٣.

^(٦٥) د. حمدي عبد الرحمن، د. سهير منتصر، أصول القانون، مكتبة النصر بالزقازيق، طبعة ١٩٩٨، ص ٥٠. وراجع في الدفوع التي تتعلق بالنظام العام: د. سيد أحمد محمود، التقاضي بقضية وبدون قضية في المواد المدنية والتجارية (قواعده، عناصره، مراحلها، إجراءاته وآثارها)، كلية الحقوق جامعة عين شمس، طبعة ٢٠٠٦/٢٠٠٧، ص ٣٣٧.

^(٦٦) انظر في المقصود بالعدالة: د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية القانون، الكويت طبعة ١٩٧٢، ص ٢٠٣.

^(٦٧) Diedrich, Frank 'A law of the Internet? Attempts to Regulate Electronic Commerce', the Journal of Information, Law and Technology (JTL), 2000 (3), p.5.

المطلب الأول: ماهية القواعد المادية

يقصد بمنهج القواعد المادية أو القانون الدولي الموضوعي^(٦٨) مجموعة «القواعد الموضوعية أو المادية ذات المضمون الدولي العالمي الموجودة أصلاً أو المعدة خصيصاً لتعطي حلاً مباشراً ينهي النزاع أو يتفادي مشكلة تنازع القوانين في علاقة خاصة ذات طابع دولي»^(٦٩).

أولاً: تعريف القواعد المادية

القواعد المادية أو التنظيم الذاتي، لا تعدو أن تكون مجرد فكرة قديمة يقصد بها بشكل عام مجموعة الأعراف والعادات والقواعد غير الصادرة عن سلطة رسمية، والتي تولد بشكل عفوي من قبل قلة أو جماعة معينة تطبقها وتعتبرها ملزمة، ثم تمتد تدريجياً مع الوقت وتتوسع بقعة انتشارها، ففي مرحلتها الأولى تحظى بقبول المعنيين بها، وفي مرحلتها الثانية تعترف بها المحاكم وتكتسب بموجب القبول والاعتراف قيمة قانونية ملزمة^(٧٠).

وقد ذهب جانب من الفقه إلى تسميتها بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد، حيث لا يعدو هذا المبدأ أن يكون تصرفاً إرادياً، يمكن أن يتمتع بتنظيم ذاتي مرده إرادة الأطراف وحدهم، ودورها في وضع الاشتراطات الكفيلة بقيام هذا التنظيم الذاتي، دون الرجوع إلى أية قاعدة قانونية^(٧١).

ويلاحظ أن فكرة التنظيم الذاتي كان لها أثر فعال لدى العديد من الدول الأعضاء بالاتحاد الأوروبي، وتفاعلاً مع هذا الفكر نجد أن هولندا قد أطلقت عام ١٩٩٤ مبادرة تحت مسمى عملية «السوق الحرة التي تعتمد على حسن التنظيم وجودة التشريعات»، حيث كان الهدف منها تقليل التشريعات الإضافية غير الضرورية؛ وذلك لتحسين وضع السوق الحرة، وفعالية القواعد والتنظيمات القانونية، وقد تضمنت ورقة العمل الخاصة بالتجارة الإلكترونية أن جماعات حماية مصالح المستهلك عليها جميعاً البحث بصورة جديّة عن مشروعات لتشريعات منظمة للتجارة الإلكترونية وتحديد الضروري منها عن غيره، مع الاستعانة بالتنظيم الذاتي، أو التنظيم المشارك، وبعد ذلك تدفقت على أوروبا مبادرات للنظر في مسألة التنظيم الذاتي للتجارة الإلكترونية^(٧٢)، وكأن فكرة العقد الدولي الكافي بذاته، بشأن العقود النمطية والشروط العامة، تجد تأكيداً لا سبيل إلى إنكاره، وهو ما يدعمه واقع العقود الدولية ذاتها^(٧٣).

ثانياً: خصائص القواعد المادية

من أهم خصائص القواعد المادية ما يلي:

(٦٨) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٢٣.
 (٦٩) د. محمد عبد الله محمد المؤيد، مرجع سابق، ص ٣٩.
 (٧٠) د. طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت، دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، عام ٢٠٠٠، وتم نشرها عن طريق المنشورات الحقوقية، بيروت، طبعة ٢٠٠١، ص ٤٧٢.
 (٧١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ١٢٤.

(٧٢) Riegebauer, Roswitha, Op.Cit, p.19.

(٧٣) د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، بالإسكندرية، طبعة ٢٠٠٢، ص ١٣٣.

١. اهتمامها بصفة النوعية أو الطائفية، فهي لا تخاطب إلا فئة معينة من الأشخاص متمثلين في رجال التجارة الدولية من تجار ورجال أعمال، أما غيرهم فلا تتعرض لهم هذه القواعد إلا بصفة عارضة^(٧٤).
 ٢. إنها قواعد وطنية يقصد بها وضع أحكام تتعلق بالعلاقات الخاصة الدولية لكونها أكثر وفاءً بمتطلبات المعاملات الدولية^(٧٥).
 ٣. إنها تطبق دون حاجة إلى منهج قاعدة الإسناد؛ ذلك أنها تندرج في نظام قانوني يشكل في عناصره الجوهرية قانوناً ذا تطبيق مباشر^(٧٦).
 ٤. إنها تلقائية المصدر وتكونت من خلال تجسيدها الفعلي نتيجة ما يسود من عادات وأعراف في جميع الدول، وقد عرفت باسم قانون التجار^(٧٧).
 ٥. تتميز بالسمّة الموضوعية، فإذا كانت قواعد الإسناد قواعد إرشادية للقاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليه، إلا إنها لا تحل النزاع ولا تحقق حماية للحقوق والمراكز القانونية، على عكس القواعد المادية، التي تقدم وتوفر حلاً موضوعياً مباشراً للنزاع^(٧٨).
 ٦. إنها ليست من وضع هيئة عالمية أو دولية، وبالتالي لا توجد حتى الآن الهيئة التي يمكن أن تُعنى بوضع قواعد دولية أو غير حدودية لتحكم مشكلات التعامل الدولية، هذا مع التحفظ بالنسبة لبعض القواعد القانونية التي قررتها بعض الاتفاقيات الدولية^(٧٩).
 ٧. تتميز بأنها قواعد مباشرة محددة المضمون والهدف، دولية القلب والقالب، واضحة المعالم سهلة التطبيق، تحقق مصلحة العلاقات الخاصة الدولية ومصلحة الدول ذاتها^(٨٠).
- كما أن خصائصها بشكل عام ولاسيما القواعد الموحدة تحقق الأمن القانوني وتوقعات الأطراف على الساحة الدولية؛ لأنها تبين حكم القانون بشكل واضح ومؤكد، ويثور التساؤل عن كيفية التماس أطراف أي علاقة قانونية ذات طابع دولي الأمان والاطمئنان على حقوقهم وأموالهم إذا كانوا لا يعلمون مقدماً بالقانون الذي سيطبق عليهم؟، ولو افترضنا إمكانية تعيين هذا القانون سلفاً فإنه في كل الأحوال سوف يكون قانوناً وطنياً غير قادر على مواجهة نوع جديد من العلاقات في صورته المختلفة^(٨١).
- ويؤكد جانب من الفقه على أهمية تغليب القواعد المادية على منهج التنازع؛ ذلك لأن القواعد المادية وضعت أساساً لحكم الروابط الخاصة الدولية، ومن ثم يتعين التسليم بسموها على قواعد القانون الداخلي

(٧٤) د. رشا على الدين أحمد على تقي الدين، مرجع سابق، ص ٣٣٠.

(٧٥) د. عصام الدين القصبى، مرجع سابق، ص ١٦٢١.

(٧٦) د. محمد عبد الله المؤيد، مرجع سابق، ص ٤٣٩.

(٧٧) د. صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص ٤١.

(٧٨) د. رشا على الدين أحمد على تقي الدين، مرجع سابق، ص ٣٣٠.

(٧٩) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٢٣.

(٨٠) د. محمد عبد الله المؤيد، مرجع سابق، ص ٣٩.

(٨١) د. محمد عبد الله محمد المؤيد، مرجع سابق، ص ٧٥.

الذي تشير قواعد الإسناد فيه على اختصاصه^(٨٢).

ثالثاً: النظام العام الدولي كمصدر للقواعد المادية

القواعد المادية أقرتها العديد من الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقيات لاهاي أعوام ١٩٥٥، ١٩٦٤، ١٩٨٦، ١٩٩٨، واتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي للبضائع، ومع ذلك يثار التساؤل عما إذا كان اختيار أطراف العقد للعادات و لأعراف التجارة الدولية، يعد رفضاً لقانون العقد أم لا ؟ ، إن الإجابة على ذلك تكمن في أن هذا الاختيار يعتبر مجرد اختيار تحتل بمقتضاه العادات والأعراف منزلة الشروط العقدية، وتكون واجبة التطبيق، ويتربط على ذلك أن يظل العقد- رغم هذا الاختيار المادي للعادات والأعراف الدولية- خاضعاً للقانون الداخلي للدولة التي تشير قواعد التنازع باختصاص قانونها عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق ضمن بنود العقد^(٨٣).

هذا ويرى البعض تبريراً لآثار فكرة النظام العام الداخلي أو الوطني، أنه يمكن تطبيق ما يسمى بمفهوم النظام العام العابر بوصفها تساعد على تحديد الدور الذي يمكن أن تؤديه القواعد الوطنية في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية، مما يساعد المحكمين على تفعيل الدور الذي يقوم به في عوامة القواعد القانونية وإضفاء الفعالية للقواعد العالمية^(٨٤) حيث يوجد هناك ما يعرف بعادات التجارة الدولية، ويقصد بها العادات المادية الموحدة المنبثقة عن المجتمع الدولي للأعمال، حيث تعتبر المصدر الرئيسي لقانون التجارة الدولية فتصبح قانوناً عرفياً؛ لأنها نتاج الممارسات العملية للنشاط الاقتصادي في مختلف قطاعات الأعمال الدولية، فهي لها من الثبات والاستقرار والعمومية ما يجعلها مكتملة لبنود العقد ومفسرة لها، ما لم يصرح الأطراف بما يخالفها^(٨٥)، ويمكن تقسيم العادات التجارية الدولية، إلى قسمين:

القسم الأول: يظهر لنا وجود نوعين من العادات: العادات الخاصة (العادات غير المدونة)، والعادات المكتوبة (المدونة)، وإذا كان النوع الأخير محدداً لدى بعض الهيئات مثل غرفة التجارة الدولية، فإن النوع الأول لا يزال في حاجة إلى الكشف عنها للتحقق من وجودها وتواترها، سواء من جانب القضاء والمحكمين، أو من جانب الهيئات الدولية أو لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري عند وضع الاتفاقات الدولية، أما العادات المكتوبة فهي تلك التي عمدت إلى تجميعها أو خلقها بعض الهيئات العامة والخاصة، وتلعب العقود النموذجية أو الشروط العامة للعقود دوراً بارزاً في ترسيخ العادات التي تضمنتها، وإن كانت أهمية هذه العقود تظل مستمدة من أهمية الهيئة التي تنسب إليها، ويرى البعض أن الكشف عن أصل هذه العادات، لا يحتاج إلى إثبات، كما هو الحال بالنسبة للقواعد الموحدة التي وضعتها الغرفة^(٨٦)، وهنا يرى البعض الآخر^(٨٧) أن مستخدمي الإنترنت يبدون مقتنعين بوجود العادات الخام أثناء تعاملاتهم عبر الشبكة، حيث تظهر في صورة عادات وقواعد سلوكية، أما العادات المكتوبة فتولد حينما يجتمع المهنيون لوضع قواعد حسن سلوك مشترك، ثم يعمل هؤلاء على تدوينها وصياغتها ونشرها.

(٨٢) د. هشام على صادق، مرجع سابق، ص ٧٠٣.

(٨٣) د. هشام على صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٢، ص ٧٥٧.

(٨٤) د. محمد إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص ١٤٤.

(٨٥) د. طرح البحور على حسن فرج، تدويل العقد، دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

الموقعة في روما ١٩ يونيو ١٩٨٠، تقديم د. هشام صادق، دار منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة ٢٠٠٠، ص ١٠٦.

(٨٦) د. طرح البحور على حسن فرج، مرجع سابق، ص ١٠٨.

(٨٧) د. طوني ميشال عيسى، مرجع سابق، ص ٤٧٥.

القسم الثاني: العادات العالمية والإقليمية والنوع الأول يتكون من تجميع الأفكار الفقهية بين دولة ودولة أو بين قارة وقارة، بحيث تمنع كل تفاوت أو تباين بين العادات السائدة في الدولتين أو القارتين، بينما العادات الإقليمية فهي محلية المنشأ، ويقتصر سريانها على العقود التجارية غير الدولية؛ وقد أقرت اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع في عام ١٩٨٠ بشأن العقود الدولية لبيع البضائع، سريان الأعراف والعادات التجارية على عقد البيع الدولي للبضائع.

وقد ذهب البعض إلى أن اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بشأن العقود الدولية لبيع البضائع، أكدت على أولوية العادات على أحكام الاتفاقية من خلال تأكيدها على مبدأ سلطان الإرادة وحرية الأطراف في استبعاد أحكام الاتفاقية مراعاة لبعض البيوع التجارية التي تحتاج إلى تنظيم خاص، ويوجد بشأنها «شروط عامة» فيكون من المهم عندئذ ترك الحرية للمتعاقدين لاستبعاد الاتفاقية والاستعانة بهذه الشروط النموذجية التي تكون بداهة أكثر ملاءمة للبيع الذي يجري بينهم^(٨٨).

رابعاً: مدى ملاءمة القواعد المادية للتطبيق على عقود التجارة الدولية

تناول الفقه ما بين مؤيد ومعارض، بحث مدى ملاءمة القواعد المادية لعقود التجارة الدولية، وذلك على الوجه التالي:

أ - الترتيب القانوني للقواعد المادية

يرى البعض^(٨٩) أن القواعد المادية ليس بالضرورة أن تكون في منزلة أسمى من قواعد التشريع الوطني في مجموعها؛ لأنها في بعض الأحيان قد تكون في منزلة أدنى من هذا التشريع، ويتحقق ذلك في حالة ما إذا كان مصدرها العرف الوطني، فمن المعلوم أن القواعد العرفية بما فيها القواعد المفسرة أدنى من التشريع، وقد تكون هذه القواعد المادية مقررة بهذا التشريع أي ضمن النصوص الداخلية، ولذلك اشترط لتغليب القواعد المادية في القانون الدولي الخاص على منهج النزاع أن تكون هذه القواعد منتمة إلى النظام القانوني لدولة القاضي^(٩٠).

ب - محدودية تطبيق القواعد المادية

يرى البعض أن مصطلح القواعد المادية قد يتصف بالمحدودية إذا ما قيد على نحو ينصرف إلى ضيق نطاقه، فيقال مثلاً: القواعد المادية الدولية، أو القواعد المادية الموحدة، أو القواعد المادية التي تحكم عقود التجارة الدولية، وللوقوف على تلك القواعد بغية توضيحها، فإنه يمكن تقسيمها إلى طائفتين هما:

الطائفة الأولى: القواعد المادية التي وردت في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية:

وهي تلك القواعد المقررة بالاتفاقيات الدولية أو التشريعات الداخلية، وتتمثل في نوعين:

(٨٨) د. محمد عبد الله محمد المؤيد، مرجع السابق، ص ٣٢٤.

(٨٩) د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، مرجع سابق، ص ٢٩٠.

(٩٠) د. جمال الكردى، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٩.

١. القواعد المادية التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية، وهي تلك التي يتم الإتفاق عليها بين الدول بمقتضى معاهدة أو اتفاقية، تتعلق بأحد جوانب علاقات التجارة الدولية، وتطبق مباشرة على العلاقات التي شرعت من أجلها، وأهمها اتفاقيات لاهاي أعوام ١٩٥٥، ١٩٦٤، ١٩٨٦، ١٩٩٨، واتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي للبضائع.

٢. القواعد المادية التي تتضمنها التشريعات الداخلية، ويقصد بها ما يضعه المشرع الوطني لكل دولة، لتطبق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي.

الطائفة الثانية: القواعد المادية ذات النشأة القضائية:

ويقصد بها تلك القواعد التي يتوصل إليها القضاء الوطني كحلول تتناسب مع مقتضيات التجارة الدولية، والتي قد تقررها هيئات التحكيم ويحتمل أن تخرج عن حدود القواعد الآمرة في دولة غير دولة القاضي^(٩١)، ولذلك فإنها قد تتعارض مع إمكانية تنفيذ الأحكام التي تقررها، إذا كان بها مخالفة لقانون دولة قاضي التنفيذ.

المطلب الثاني: التطبيق المباشر والتطبيق غير المباشر للقواعد المادية

لجوء القاضي نحو تطبيق فكرة التنظيم الذاتي، أو القواعد المادية يستلزم منه أولاً تكييف العقد، ذلك لأن تلك الفكرة، أو تلك القواعد تتولد عن التعاملات التجارية، فهي عبارة عن خليط من الأعراف والقواعد السلوكية التي تكونت من خلال القطاعات المهنية والتجارية المختلفة عند مزاوله أنشطتها، وبما أن الأعراف والقواعد الاتفاقية أو العقدية نابعة من إرادة المتعاقدين الضمنية، فإنها تستمد قوتها الملزمة من هذه الإرادة ذاتها، إضافة إلى أن هذه الفكرة تعبر عن مجموعة القواعد المتصلة بالحس وبقواعد مجاملات لا يعاقب القانون على خرقها، وبالتالي يمكن إدراجها تحت اسم القواعد القانونية المكتملة التي ترك التشريع للأفراد حرية مخالفتها^(٩٢)، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وتوضيح ذلك في النقاط التالية:

أولاً: أهمية التكييف القانوني للعقد في مجال القانون الدولي الخاص

ينظم القانون الدولي الخاص علاقات الأفراد ذات الطابع الدولي، أي العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي؛ ويهدف التكييف القانوني في نطاقه إلى تحديد الوصف السليم للعلاقة القانونية وذلك من أجل معرفة المجموعة القانونية التي ترتبط بها العلاقة في سبيل تحديد قاعدة الإسناد التي تبين القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة؛ ومسألة تكييف الدعوى من المسائل الأولية التي يتعين على قاضي النزاع أو قاضي الموضوع بحثها، وعادة ما يطبق هذا القاضي قانون دولته على تكييف الدعوى.

ويقصد بالمسائل الأولية: الأمور التي يتوقف الفصل في الدعوى على البت فيها مثل: البت في الاختصاص، والأهلية، والصفة، وحصر الورثة قبل السير في الدعوى.

ومن أهم مجالات بحث التكييف القانوني في مجال تنازع القوانين بشأن منازعات عقود التجارة التي تبرم بين أشخاص مختلفي الجنسية، وبناء على ما يسفر عنه تكييف العقد، يتم تطبيق القواعد القانونية الملائمة، بما لا يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي.

(٩١). د. رشا على الدين أحمد على تقي الدين، مرجع سابق، ص ٣٢٨.

(٩٢). د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ١٣٨.

ثانياً: التطبيق المباشر للقواعد المادية

يعتبر العرف مصدراً من مصادر القانون، والقاعدة العرفية قاعدة قانونية ملزمة في العديد من التشريعات، والعرف في اللغة يعني ما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم^(٩٣)، وقد يستعمل مصطلح العرف للدلالة على معنى واسع^(٩٤)، حيث يشمل كل قواعد القانون التي تستمد من أفعال أو ممارسات تحدث في وسط اجتماعي، دون تدخل من السلطة التشريعية، بينما يفضل غالبية الشراح مصطلح العرف بمعنى أضيق وأكثر تحديداً، ووفقاً لهذا المدلول الأخير فإن العرف يعني اعتياد الناس على سلوك معين، في مسألة معينة، اعتياداً مصحوباً بالاعتقاد على أن هذا السلوك ملزم لهم.

ويقصد بالأعراف التجارية الدولية تلك العادات التي درج العمل الدولي بين التجار أعضاء التجمعات المهنية والتجارية على إتباعها في معاملاتهم عبر الدول، ومن أمثلتها العادات السائدة في الأسواق المالية المختلفة، والقانون العرفي الذي تم تعديله بواسطة غرفة التجارة الدولية الخاص بتصدير الآلات والمكينات^(٩٥)

وتجد هذه القواعد العرفية للتجارة الدولية مصدرها في العقود النموذجية أو الشروط العامة، وهذه الشروط يتفق عليها تجار سلعة معينة في منطقة جغرافية معينة ويلتزمون بإرادتهم الحرة باتباعها فيما يبرمونه من صفقات تتعلق بهذه السلعة، وتُحرر هذه الشروط عادة من خلال نماذج مختلفة، ويراعى في كل نموذج منها ظروف تجار السلعة في منطقة معينة، ويختار المتعاقدان النموذج الذي يتفق مع ظروفهم الخاصة، وقد ذاعت هذه الشروط العامة في الوقت الحاضر حتى صارت تشمل أنواعاً عديدة من السلع وتغطي مناطق جغرافية شاسعة، ومثالها: الشروط العامة التي وضعتها جمعية لندن لتجارة الغلال والشروط العامة التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية بشأن توريد الأدوات والآلات اللازمة لتجهيز المصانع^(٩٦).

وقد يثار التساؤل عن مدى إمكانية التزام القاضى الوطنى بإعمال الأعراف التجارية الدولية من خلال منهج التنازع، أسوة بموقفه من القواعد المادية ذات المصدر الداخلي؟ ذهب جانب من الفقه إلى أن الأعراف التجارية العابرة للحدود، يصعب على القاضى الوطنى الإلمام بها، على أساس أنه يركز العقد في إطار نظام قانونى لدولة معينة، ويرفض عادة إثارة التنازع بين قانون بلاده وأى نظام قانونى آخر عابر للحدود^(٩٧)، بينما أكدت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصرى في فتاها رقم (٥٨٣) بتاريخ ١٩٦١/٨/١٩ على أن: «العرف الدولي المستقر واجب النفاذ في إقليم الدولة سواء صدر بتنفيذه تشريع داخلي أو لم يصدر، وذلك بشرط المعاملة بالمثل»^(٩٨)

ويعزى سبب اللجوء إلى هذه القواعد العرفية إلى أن القوانين الوطنية تعجز في كثير من الحالات عن متابعة تطورات التجارة الدولية، حتى قيل: إن التجارة الدولية لا تجد أحسن الظروف لنموها إلا إذا أفلتت من قيود وأغلال التشريعات الوطنية المختلفة، التي تجعل القلق وعدم الأمان ملازماً للعقود الدولية التي تخضع لها،

^(٩٣) د. طونى ميشال عيسى، مرجع سابق، ص ٤٧٢.

^(٩٤) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، طبعة ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م، ص ٤١٥.

^(٩٥) د. محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص ٢١٦، ٢١٧.

^(٩٦) د. هشام على صادق، مرجع سابق، ص ١٦٥.

^(٩٧) د. هشام على صادق، المرجع السابق، ص ٧٥٥.

^(٩٨) د. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٣، ص ٢٥١ وما بعدها.

كما أن تحديد القانون الوطني الواجب التطبيق يرجع فيه إلى قواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بتنازع القوانين، وهي قواعد عسيرة الفهم على رجال القانون أنفسهم، لأنها تختلف من دولة إلى أخرى الأمر الذي يثير الكثير من الشك حول القانون الذي سوف يحكم النزاع، فإذا لم يحدد المتعاقدان هذا القانون في عقدهما، تعذر عليهما معرفة القانون الذي يطبقه القاضي عند إثارة النزاع، مما يؤدي إلى إشاعة القلق في التعامل التجاري الدولي، واستشعار رجال التجارة الدولية بأهمية الحاجة لقواعد قانونية جديدة تكون أكثر مناسبة لظروفهم^(٩٩).

ثالثاً: التطبيق غير المباشر للقواعد المادية

لا تعد العادات الاتفاقية بمثابة قاعدة قانونية، بل من الممكن أن تكون، تطبيقاً لمبدأ حرية الإرادة، شرطاً من شروط العقد، فهي ليست ملزمة للأطراف؛ إلا في حالة اتفاقهم على الأخذ بها^(١٠٠)؛ ومع كثرة تضمينها في العقود أصبحت مألوفة في التعامل، ولم يعد المتعاملون يجدون ضرورة للنص عليها صراحة في تعاقدهم، لأنها باتت من الشروط الاتفاقية المفهومة ضمناً في هذا النوع من التعاقدات، التي يفترض فيها أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى الأخذ بها طالما ثبت أنها كانا يعلمان ابتداءً بوجودها، وأن العقد لم يتضمن ما يفيد الاتفاق على استبعادها، ومن هنا جاء وصفها بالعادات الاتفاقية^(١٠١)، وقاضى النزاع عليه في هذه الحالة تطبيق المبادئ القانونية الأساسية لقانون دولته مع الأخذ في الاعتبار الضوابط التالية: مكان سريان نفاذ العقد، أو مكان أداء الالتزامات العقدية، وموقع وطبيعة موضوع العقد، ومكان إقامة أطراف العقد، واختيار المحكمة، والعملة المدفوع بها مقابل البضاعة أو الخدمة وقد ذهب البعض^(١٠٢) إلى أن الاهتمام البالغ من جانب واضعي الاتفاقيات بشأن العادات ليس بجديد، فالأوساط التجارية ومجتمعات الأعمال تتضمن قيام علاقات مستمرة بين مهنيين يمارسون أنشطتهم في أسواق أو مراكز أو مرافق معينة، ولهذا كانت الأوساط - كأى مجتمع خاص ومحدد تتطلب ظهور قواعد تلقائية خاصة تسود أنشطتها.

وأمام هذا الوجود المحقق للقواعد المادية، يرى جانب من الفقهاء أنه لم يعد هناك خيار إلا الاعتراف بأنها تشكل نظاماً قانونياً، فالمشكلة لم تعد تتعلق بوجودها أو عدم وجودها، وإنما تخطت ذلك وأصبحت تدور حول مدى قدرتها على تشكيل نظام قانوني يستند على مبادئ كافية لضمان تماسكه وفعاليتها^(١٠٣).

كما أن خصائصها بشكل عام ولاسيما القواعد الموحدة تحقق الأمن القانوني وتوقعات الأطراف على الساحة الدولية؛ لأنها تبين حكم القانون بشكل واضح ومؤكد؛ والواقع أن تلك القواعد ليس بالضرورة أن تكون في منزلة أسمى من قواعد التشريع الوطني في مجموعها؛ لأنها في بعض الأحيان قد تكون في منزلة أدنى من هذا التشريع، ويتحقق ذلك في حالة ما إذا كان مصدرها العرف الوطني، فمن المعلوم أن القواعد العرفية بما فيها القواعد المفسرة أدنى من التشريع أو قرارات تحكيم أجنبي تخالف النظام العام والقواعد الآمرة في دولة قاضي التنفيذ، وقد تكون هذه القواعد المادية مقررة بهذا التشريع أى ضمن النصوص الداخلية، ولذلك اشترط لتغليب القواعد المادية في القانون الدولي الخاص على منهج التنازع أن تكون هذه القواعد منتزعة إلى النظام

^(٩٩) د. خالد أحمد عبد الحميد، فسح عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا ١٩٨٠، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٣.

^(١٠٠) د. ياسين محمد يحيى، أصول الإثبات في القانونين المصري والسوداني، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩١، ص ٧٢.

^(١٠١) د. محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص ٢٣٥.

^(١٠٢) د. محمد عبد الله محمد المؤيد، مرجع سابق، ص ٣٢٤.

^(١٠٣) د. صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص ٢١٥.

القانوني لدولة القاضي، وهذا يمكن تصوره لو كانت تلك القواعد ذات مصدر دولي مثل المعاهدات التي تكون دولة القاضي طرفاً فيها، أما إذا كانت تشكل جزءاً من النظام القانوني الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه، فإن تطبيقها في هذا الفرض لا يتم وفقاً للمنهج المباشر^(١٠٤).

وقد ذهب جانب من الفقه - بحق - إلى أن القانون الدولي الخاص الذي يتضمن قواعد مادية سوف يترك للقاضي أو المحكم فرصة تقدير واسعة جداً عند الفصل في منازعات العمليات الإلكترونية، حيث إنه تقدير يخضع لانطباعات هذا القاضي وقناعاته الشخصية، بما قد لا يتفق مع منطقية الحل القانوني وصحته^(١٠٥).

وقد تعرضت فكرة تطبيق القواعد المادية ذات المصدر الداخلي للنقد سواء كانت ذات طابع تشريعي أو قضائي، فبالنسبة للقواعد المادية ذات الطابع الأول، نجد أن تصدى كل دولة لوضع قواعد مادية خاصة بالروابط العقدية الدولية تطبق تطبيقاً مباشراً دون حاجة لمنهج التنازع من شأنه تعميق اختلاف الأنظمة القانونية الداخلية في شأن الحلول الواجبة الإتباع على عقود التجارة الدولية من ناحية، وتحويل المشرع الداخلي على هذا النحو إلى مشرع عالمي أما بالنسبة للقواعد ذات الطابع الثاني، فإن تطبيق القضاة لبعض هذه القواعد من شأنه تهيئة المناخ لهؤلاء القضاة لتبنى حلول لا تتفق إلا مع معتقداتهم الشخصية فحسب، الأمر الذي يخل بالأمان القانوني للمتعاقدين، ولعل هذه الانتقادات التي وجهت للقواعد المادية ذات المصدر الداخلي هي التي حدت بالبعض إلى تفضيل الإسناد إلى القواعد المادية ذات المصدر الدولي لحكم مختلف الروابط العقدية الخاصة بالتجارة الدولية^(١٠٦).

وإذا كان هناك ثمة خلاف، فإنه يتمثل في القوة الإلزامية التي تتسم بها القواعد المادية للتجارة الدولية، لما فيها من قواعد ملزمة للأطراف وحدهم، كما هو الحال في الاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية والتوجيهات الأوربية، وتوصيات غير ذات قيمة قانونية إلزامية، وأحكام نموذجية مقترحة على الدول أو على المعنيين بالعمليات التجارية الدولية. إلا أن كل هذا لا يصل إلى حد إهدار النظام القانوني لتلك القواعد، فالقواعد المادية للتجارة الدولية، تشكل نظاماً قانونياً ولكنه غير مكتمل كالبنا الذي أسس ولم يشيد بعد، فهو نظام وليد لم يصل بعد إلى مرحلة النضوج والاكتمال^(١٠٧)، إذن فإنه مهما قيل عن وجود قواعد مادية دولية تحكم العمليات الدولية، إلا أن الواقع الفعلي يلقي بظلال من الشك حول وجود هذه القواعد، وعن مدى قدرتها وفعاليتها على حسم كل المنازعات الناجمة عن تلك المعاملات^(١٠٨).

الخاتمة

إن واقع تجاره الدولي يكشف عن تعدد وتنوع العقود المنظمه للمعاملات الدولي، والتي يصعب حصرها، وهي في الغالب عقود غير مسماه، وليس لها تنظيم قانوني معلوم، حيث تحكمها قواعد عرفيه، كونها تنشأ بمجتمع التجار نتيجة التعاملات التجارية التي يباشرونها، هذه العقود منها ما يتعلق بالبضائع والسلع، ومنها ما يتعلق بالخدمات الدولية.

^(١٠٤) د. هشام على صادق، مرجع سابق، ص ٧٠٤.

^(١٠٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٢٧.

^(١٠٦) د. محمود محمد ياقوت، مرجع لسابق، ص ٣٠٣.

^(١٠٧) د. صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص ٢٥٠.

^(١٠٨) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٢٤.

ولقد كان لطبيعة عقود التجاره الدولييه بالغ الأثر على طرق تسوية منازعاتها ، فضلاً عن الطرق التقليديه لتسوية المنازعات كان للطرق البديله دورها في فض منازعات عقود التجارة الدولية ، عن طريق التوفيق أو الصلح والوساطة ، والتحكيم.

ومما لاشك فيه أن هذه الطبيعه أيضاً أثرت على موقف أطراف عقود التجارة الدولية من تحديد القانون الواجب التطبيق عليها حيث يتجلى موقف أطراف العقد في إحدى صورتين :

الصوره الأولى: الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق، وهنا يقوم قاضي النزاع بتحديد القانون الواجب التطبيق من خلال تطبيق قاعدة الإسناد المقررة في بلده .

الصوره الثانيه: إغفال الأطراف الإتفاق الصريح على تحديد القانون الواجب التطبيق، حيث يتعذر على المحكم أو القاضي الكشف عن نيتهم الضمنية، وهنا قد يلجأ إلى تطبيق قواعد إحتياطية، مثل قانون الموطن المشترك أي: إختيار القانون الذي كان الأطراف سيختارونه لو انتبهوا لمسألة إختيار قانون العقد ، أو القانون الأكثر صلة بالعقد ، وهو ما يعرف بفكرة الأداء المميز وهي فكرة تتسم بالمرونة، وتسمح للقاضي بربط النزاع بقانون الدولة التي يرتبط بها العقد برابطة وثيقة، خاصة عند عدم قيام الأطراف بالإختيار الصريح لقانون العقد.

إن الإشكاليات التي واجهت قاضي المنازعات الناشئة عن معاملات التجارة الدولييه - فضلاً عن طبيعة تلك المنازعات - كانت هي الدافع نحو البحث عن القواعد الملائمه او الأكثر ملاءمه للتطبيق عليها وهو الأمر الذي أسفر في الواقع العملي عن بحث مدى ملاءمة تطبيق القواعد الماديه والقواعد ذات التطبيق الضروري خروجاً على الوضع التقليدي المتمثل في تطبيق قواعد الإسناد ، بحثاً عن السبيل الذي يحقق غاية المتعاملين ، إن التعمق في البحث على نحو ما تقدم كان من شأنه ان يقودنا إلى عدة نتائج ، وذلك على النحو التالي :

النتائج

- القواعد المادية أو التنظيم الذاتي، لا تعدو أن تكون مجرد فكرة قديمة يقصد بها بشكل عام مجموعة الأعراف والعادات والقواعد غير الصادرة عن سلطة رسمية، والتي تولد بشكل عفوي من قبل قلة أو جماعة تباشر نشاط تجاري معين تطبقها وتعتبرها ملزمة.
- غالبية القواعد الماديه ليست قواعد تشريعية، ومن ثم لا تعبر بصورة مؤكدة وواضحة عن حكم القانون، لذا فإن العديد من التشريعات الوطنية تكاد تخلو من مثل تلك القواعد.
- يقتصر إعمال القواعد المادية على المعاملات التجارية التي تتم بين الموردين وبعضهم البعض سواء تمت في شكل تقليدي أو إلكتروني، بينما في علاقات الموردين مع المستهلكين ، ليس ثمة أعراف يبحث عنها القاضي، بل توجد نصوص تشريعية ذات طابع حمائي.
- إن القواعد ذات التطبيق الضروري توجد داخل التنظيم القانوني الوطني، دون الالتفات إلى تصنيفها أو انتمائها إلى القانون العام أو القانون الخاص.

- القواعد ذات التطبيق الضروري ذات طبيعة إقليمية من حيث تطبيقها، وعلى هذا الأساس فإنها تنطبق على كل من يوجد بإقليم الدولة .
- تنطبق القواعد ذات التطبيق الضروري على المنازعات ذات العنصر الأجنبي ، وذلك عن طريق تحديد الوقائع التي تكون منطاً لهذا السريان، دون بيان الحالات التي يطبق فيها قانون أجنبي معين.

التوصيات

مسايرة للاتجاهات العالمية نوصى بضرورة الإسراع بإعادة النظر في المعايير الموضوعية لاختصاص المحاكم المصرية بحيث لا تقتصر على نظام الإرادة، والموطن، ومكان وجود العقار، بل يضاف إليها القواعد المادية، والقواعد ذات التطبيق الضروري التي أسفرت عنها معاملات التجار.

من الضروري وضع قواعد مشتركة بين الدول تكفل وحدة الحلول بالنسبة للمنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي أيا كانت الدولة التي يرفع النزاع أمام محاكمها، وهي القواعد المادية.

نناشد جامعة الدول العربية بتبني اتفاقية دولية إقليمية لحسم مشكلة تنازع القوانين واجبة التطبيق على عقود التجارة الدولية، على غرار اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣ التي تبنتها الجامعة العربية إيماناً منها بأن توحيد الاختصاص القضائي بين الدول العربية ينبغي السعي إلى تحقيقه انطلاقاً نحو الوحدة العربية الشاملة، واقتناعاً بأن التعاون بين هذه الدول في هذا المجال ينبغي أن يكون تعاوناً شاملاً لكل المجالات القضائية على نحو يستطيع أن يسهم بصورة إيجابية وفعالة في تدعيم الجهود القائمة في هذا المجال، وسندنا في ذلك أن الواقع العملي يكشف صعوبة اختفاء مشكلة تنازع القوانين، فها هي العديد من الاتفاقيات الدولية لم توفق في وضع الحلول القانونية للعديد من المشكلات التي يكشفها التطبيق العملي لمنازعات عقود التجارة الدولية.