الجمهورية العربية السورية

جامعة دمشق

كلية الحقوق

قسم القانون الدولي

# دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية

## (( دراسة مقارنة ))

رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي

إعداد الطالب

محمد إياد الزرعي

إشراف الدكتورة

وفاء مزيد فلحوط

أستاذ في قسم القانون الدولي

٢٠٢٢

# قرار لجنة الحكم وتوقيعات لجنة المناقشة

**بسم الله الرحمن الرحيم**

**{ قالُوا سُبحَانكَ لا عِلمَ لنا إلا ما علَّمتَنا إِنَكَ أنتَ العليمُ الحَكيم }**

**صدق الله العظيم**

**سورة البقرة – الآية ٣٢**

## شكر وتقدير


- أتوجه بأسمى آيات الشكر إلى الدكتورة الفاضلة وفاء فلحوط حفظها الله ، التي تفضلت مشكورة بالإشراف على رسالتي وأعطتني من وقتها الثمين وزودتني بعلمها وآرائها القيّمة، فلها مني خالص الاحترام والتقدير.
- كما أتقدم بالشكر والامتنان إلى أعضاء لجنة الحُكم على جهودهم المبذولة في قراءة هذه الرسالة وتقويمها.
- والشكر موصول إلى أساتذتي أعضاء الهيئة التدريسية في قسم القانون الدولي في كلية الحقوق/ جامعة دمشق.

**إهداء**

إلى من ربياني على قيم الحق والخير والجمال

إلى من شقا لي درب المعرفة في دروب الحياة المظلمة

إلى من أخذا بيدي لأصل إلى ما وصلت إليه

والديّ الأعزاء

إلى رفيقة دربي في الحياة

إلى من أشد بها أزري وأجد فيها نفسي وسعادتي

زوجتي الغالية

إلى من رآها قلبي قبل أن تراها عيني

ابنتي الغالية

إلى من جمعني الزمان برفقتهم

وإلى من ساعدني في إنجاز هذا البحث

أصدقائي وزملائي

## ملخص البحث

يوجد اليوم في عصرنا نظام قانوني خاص بالمعاملات الدولية يختلف عن ذاك الذي يحكم المعاملات الداخلية، فمصطلحات مثل حق الأطراف في اختيار القانون الواجب تطبيقه على العقد أو شرط التحكيم أو ما يسمى بشرط التعامل بالذهب هي كلها أمور باطلة غير صحيحة إن وردت في عقد داخلي، تنقلب صحيحة إن وردت في عقد دولي.

من هنا جاءت ضرورة البدء بتكييف العقد أولاً لتحديد ما إذا كان دولياً من نفيه بحسب النتائج القانونية المهمة التي تترتب على هذه التفرقة، وأولها أن دولية العقد تعد شرطاً لازماً لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص.

وهنا نجد أن ثبوت الصفة الدولية للعقد ينشئ حقاً للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاعات التي من الممكن أن تنشأ عن هذا العقد، وهذا ما يعرف بقاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة، القاعدة التي أخذ بها القانون السوري والتشريعات العربية المقارنة.

نرى ذلك جلياً في قاعدة الإسناد الواجب تطبيقها على موضوع العقد الدولي في القانون المدني السوري، فشكلت إرادة الأطراف الحل الأساسي في هذه القاعدة، فيجب على القاضي الذي ينظر في النزاع أن يبحث في المرتبة الأولى عن إرادة الأطراف أو ما اختاروه في عقدهم كي يشكل نظاماً قانونيا يحكم تصرفاتهم، فإذا لم يجد هذه الإرادة في عبارات العقد الدولي بوضوح، فإنه ينتقل للبحث عنها ضمن ثناياه وهذا ما يعرف بمبدأ الإرادة الضمنية لأطراف العقد التي تدل عليها مؤشرات عديدة.

فإذا لم يجد القاضي وخلال عملية بحثه عن القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الحل الأساسي الأول المتمثل بإرادة الأطراف فإنه ينتقل إلى الضوابط التكميلية أو الاحتياطية، فقد أخذ المشرع السوري بضابطين هما ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين وقانون بلد الإبرام.

وإذا كان قانون الإرادة قد شكّل الضابط الأساسي في تحديد القانون الواجب تطبيقه على موضوع العقد الدولية فإنه لم يشكل إلّا ضابطاً اختياريا بين عدة ضوابط يمكن تطبيقها لتحديد القانون الواجب تطبيقه على شكل العقود الدولية.

هذه الضوابط الاختيارية تمثلت في القانون السوري بأربعة ضوابط هي قانون إرادة الأطراف وقانون الموطن المشترك وقانون الجنسية المشتركة وقانون محل إبرام العقد.

فهل شكلت هذه القواعد القانونية إطاراً قانونياً محكماً لحل النزاعات المتولدة عن العقد الدولي، وما هي الأمور التي يمكن تعديلها أو إضافتها أو حذفها في هذا الإطار وضمن هذا السياق.

# فهرس المحتويات


| | |
|---|---|
| المقدمة | ١ |
| مبحث تمهيدي: مفهوم العقود الدولية | ١١ |
| المطلب الأول: تعريف العقد الدولي | ١١ |
| أولاً: المعيار القانوني | ١٢ |
| ثانياً: المعيار الاقتصادي | ١٧ |
| ثالثاً: الجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي | ٢١ |
| رابعاً: موقف المشرع السوري | ٢٣ |
| المطلب الثاني: مقومات انعقاد العقد الدولي والآثار المترتبة عليه | ٢٦ |
| أولاً: مقومات انعقاد العقد الدولي | ٢٦ |
| ثانياً: الآثار المترتبة على انعقاد العقد الدولي | ٢٨ |
| الفصل الأول: خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة | ٣١ |
| المبحث الأول: نشأة قانون الإرادة | ٣٢ |
| المبحث الثاني: التعريف بمبدأ قانون الإرادة والأساس القانوني له | ٣٣ |
| المطلب الأول: النظرية الشخصية | ٣٤ |
| أولاً: النتائج الإيجابية | ٣٤ |
| ثانياً: النتائج السلبية | ٣٥ |
| المطلب الثاني: النظرية الموضوعية | ٣٦ |
| أولاً: النتائج الإيجابية | ٣٦ |

| | |
|---|---|
| ثانياً: النتائج السلبية | ٣٧ |
| المطلب الثالث: التوفيق بين النظرية الشخصية والموضوعية | ٣٧ |
| المطلب الرابع: معايير التفرقة بين النظريتين مع بيان الرأي الشخصي | ٣٨ |
| المبحث الثالث: كيفية تحديد قانون الإرادة وإعماله | ٤٠ |
| المطلب الأول: شكل الإرادة | ٤٠ |
| أولاً: الإرادة الصريحة | ٤٠ |
| ثانياً: الإرادة الضمنية | ٤١ |
| ثالثاً: الإرادة المفترضة | ٤٦ |
| المطلب الثاني: ضوابط الإرادة | ٤٧ |
| أولاً: الوقت المعتدّ به للأخذ بالإرادة | ٤٨ |
| ثانياً: النظام العام | ٤٨ |
| ثالثاً: التحايل على القانون | ٥٤ |
| رابعاً: شرط توافر صلة حقيقية بين القانون المختار وبين العقد وبين المتعاقدين | ٥٦ |
| خامساً: اختيار قواعد قانونية لا تمت بالصلة لأي دولة ومبدأ تجزئة العقد الدولي | ٥٨ |
| الفصل الثاني: القوانين التكميلية لقانون الإرادة | ٦٢ |
| المبحث الأول: قانون الموطن المشترك للمتعاقدين | ٦٣ |
| المطلب الأول: التعريف بالموطن | ٦٣ |
| المطلب الثاني: أهمية قانون الموطن في إطار القانون الدولي الخاص | ٦٤ |
| أولاً: دور الموطن في الجنسية | ٦٤ |

| | |
|---|---|
| ثانياً: دور الموطن في تنازع القوانين | ٦٥ |
| ثالثاً: دور الموطن في تنازع الاختصاص القضائي الدولي | ٦٦ |
| رابعاً: دور الموطن في تحديد المركز القانوني للأجانب | ٦٧ |
| المطلب الثالث: الأحكام القانونية الخاصّة بالموطن | ٦٧ |
| أولاً: الأحكام القانونية الخاصّة بموطن الشخص الطبيعي | ٦٧ |
| ثانياً: الأحكام القانونية الخاصّة بموطن الشخص الاعتباري | ٧٠ |
| المطلب الرابع: التنظيم التشريعي لقانون الموطن ضمن إطار العقود الدولية | ٧١ |
| المطلب الخامس: تقييم قانون الموطن | ٧٣ |
| أولاً: إيجابيات قانون الموطن | ٧٣ |
| ثانياً: سلبيات الأخذ بقانون الموطن | ٧٥ |
| ثالثاً: بيان الرأي الشخصي | ٧٦ |
| المبحث الثاني: قانون مكان إبرام العقد | ٧٧ |
| المطلب الأول: معنى الضابط وأساسه القانوني | ٧٨ |
| المطلب الثاني: تقييم ضابط مكان إبرام العقد الدولي | ٧٩ |
| أولاً: إيجابيات ضابط مكان إبرام العقد الدولي | ٧٩ |
| ثانياً: سلبيات الأخذ بقانون مكان إبرام العقد الدولي | ٨٠ |
| ثالثاً: بيان الرأي الشخصي | ٨٢ |
| المبحث الثالث: قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين | ٨٣ |
| المطلب الأول: معنى الضابط وأهميته ضمن القانون الدولي الخاص | ٨٤ |

| | |
|---|---|
| المطلب الثاني: التنظيم التشريعي لضابط الجنسية ضمن إطار العقود الدولية | ٨٥ |
| المبحث الرابع: قانون مكان تنفيذ العقد | ٨٧ |
| الفصل الثالث: نطاق تطبيق قانون الإرادة والقوانين المكملة له | ٩٠ |
| المبحث الأول: جوانب العقد الدولي الخاضعة للنظام القانوني الخاص به | ٩٠ |
| المطلب الأول: تكوين العقد | ٩١ |
| أولاً: التراضي | ٩٢ |
| ثانياً: المحل | ٩٣ |
| ثالثاً: السبب | ٩٣ |
| المطلب الثاني: آثار العقد وانقضائه | ٩٤ |
| المبحث الثاني: الاستثناءات الواردة على القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي | ٩٥ |
| المطلب الأول: المسائل المستبعدة من مادة الإسناد | ٩٥ |
| أولاً: أهلية التعاقد وكافّة الأشكال المكمّلة للأهلية | ٩٥ |
| ثانياً: الأشكال الخاصّة بالمرافعات | ٩٦ |
| ثالثاً: الأشكال المتعلّقة بالعلانية وشهر التصرفات | ٩٧ |
| المطلب الثاني: العقود المستثناة من نطاق تطبيق قانون العقد الدولي | ٩٧ |
| أولاً: عقود الأحوال الشخصية | ٩٧ |
| ثانياً: العقود المتعلّقة بعقار والعقود المتعلّقة بالمنقولات المادّية فيما يخصّ الحقوق العينية المترتبة عليها | ٩٨ |
| ثالثاً: العقود الدولية المتعلّقة بالأموال المعنوية | ١٠٠ |
| رابعاً: عقود العمل | ١٠١ |

| | |
|---|---|
| خامساً: العقود التي تتم في البورصات وعقود بيع العروض | ١٠٢ |
| المطلب الثالث: الاستبعاد القضائي للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي | ١٠٢ |
| أولاً: عدم القدرة على إثبات القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي | ١٠٢ |
| ثانياً: مشكلة الإحالة | ١٠٥ |
| ثالثاً: مخالفة القانون الأجنبي الواجب التطبيق لأحكام قانون خاص أو معاهدة دولية | ١٠٩ |
| الخاتمة | ١١٠ |
| قائمة المراجع والمصادر | ١١٣ |

# دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية

## (( دراسة مقارنة ))

**مقدمة:**

إن التصرفات والوقائع القانونية هي مصدر الحقوق والالتزامات أو هي سبب العلاقة القانونية عامة.

ويقصد بالتصرفات القانونية المعاملات بين الأحياء التي ترتب حقوقاً مالية أي العقود والإرادة المنفردة، أما الوقائع القانونية فهي تشمل العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون.

وهنا اقتصر الحديث عن التصرفات القانونية وتحديدا عن العقد، والقانون الواجب تطبيقه عليه عندما يحتوي على عنصر أجنبي فيتصف بالصفة الدولية.

فالعقد الذي يثير النزاع والخلاف بين القوانين الوطنية والأجنبية أو بين القوانين الأجنبية فيما بينها هو العقد الذي يتضمن في تكوينه أو في آثاره عنصراً أجنبياً بالنسبة للجمهورية العربية السورية.

فإنّ العقد الدولي يتصل في الأساس بأكثر من نظام قانوني بسبب تطرق الصفة الأجنبية إلى أحد عناصره، وهذه القوانين تتزاحم فيما بينها في اختصاصها للعلاقة القانونية محل النزاع.

ولا يمكن تصور حدوث ذلك لولا التطور والانفتاح الذي جرى بين المجتمعات، الأمر الذي سمح بتطبيق قانون أجنبي أمام القاضي الوطني، والذي كان غائباً تماماً في المجتمعات السابقة والتي كانت تعيش بعزلة تامة عن غيرها من المجتمعات.

وبسبب هذا التطور وذاك الانفتاح أصبحت حركة الأفراد وتنقلاتهم بين الدول وإبرامهم للصفقات والعقود سهلةً ميسرة، الأمر الذي أنشأ لدينا مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الصفقات والعقود، حيث أن القاضي الوطني تكون لديه خيارات متعددة يمكن تطبيقها على العلاقة القانونية محل النزاع، فما هو الضابط في تغليب إحدى هذه الخيارات على الخيار الآخر.

ضمن هذا المحور فإنّ هناك قاعدتي إسناد تحكم هذه المسألة في القانون السوري، الأولى منهما تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع العقود الدولية، أما الثانية فتتعلق بالقانون الواجب التطبيق على شكل العقود.

وضمن قاعدة القانون الواجب التطبيق على موضوع العقود الدولية كان لإرادة الأطراف الدور الجوهري والأساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق، فهي التي تنشئ الأثر القانوني الذي يترتب على العقد الدولي أو تنقله أو تعدله أو تنهيه.

بينما كان دور هذه الإرادة محدوداً في تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقود الدولية، حيث كان لإرادة الأطراف دور انتقائي في ذلك ضمن عدة قوانين أخرى يمكن تطبيقها على شكل العقود الدولية.

تاريخياً كانت التصرفات القانونية ومن ضمنها العقود الدولية تخضع لقانون مكان إبرام العقد.

ونرى مضمون هذه القاعدة منذ القرن الثاني عشر حيث قال فقهاء القانون الكنسي بخضوع التصرف لقانون بلد إبرامه ليسبقوا بذلك فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة.[١]

لكن الفقيه الإيطالي (ROCHUSCURTIUS) فسر قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون بلد إبرامه لأنّ هذا القانون هو الأساس الذي توجهت إرادة الأطراف ضمناً إلى اختياره والتقيد بأحكامه وقواعده، ليأتي بعد ذلك في القرن السادس عشر فقيه فرنسي يدعى (DUMOULIN) ويؤكد على قاعدة إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة.[٢]

هكذا إلى أن أصبحت هذه القاعدة أي خضوع العقد لقانون الإرادة قاعدة تقليدية يأخذ بها القضاء في معظم دول العالم، وتنص عليها أغلب التشريعات.

وحرصاً من المشرع السوري على تنظيم هذه العلاقات وضمان حقوق الأفراد عند أجرائهم لتصرفات يشوبها عنصر أجنبي، عمد إلى تنظيمها ضمن قواعد تسمى قواعد الإسناد التي تحدد للقاضي الوطني القواعد التي يجب عليه اتباعها للوصول إلى القانون الواجب تطبيقه على العلاقة محل النزاع بين الأطراف.

حيث نظم المشرع السوري ذلك في القانون المدني السوري[٣] في المادتين (٢٠-٢١) تواليا، واضعاً الأسس والقواعد التي تحدد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقود الدولية وشكلها.

---

[١] راجع في ذلك : كمال ، عليوش. ٢٠٠٦م. **القانون الدولي الخاص الجزائري – تنازع القوانين – الجزء الأول**. الجزائر. دار هومه. ص: ٣٢٦ وما بعدها .

[٢] راجع : صادق ، هشام. (١٩٩٣). **تنازع القوانين**. الإسكندرية. منشأة المعارف. ص: ٦٤٧ .

[٣] صدر القانون المدني السوري بموجب المرسوم التشريعي رقم / ٨٤ / تاريخ ١٩٤٩/٥/١٨م ، ودخل حيز التنفيذ بتاريخ ١٩٤٩/١٠/١٥م ، وهو مستمد في الأصل من القانون المدني المصري الصادر بتاريخ ١٩٤٨/٧/١٦م ، والذي دخل حير التنفيذ بتاريخ ١٩٤٩/١٠/١٥م .
وقبل نفاذ القانون المدني السوري كانت تطبق أحكام مجلة الأحكام العدلية في سورية ، والتي صدرت في ظل الإمبراطورية العثمانية التي كانت سورية جزءاً منها .
راجع في ذلك : صالح ، فواز . (٢٠١١-٢٠١٢) .**القانون المدني – مصادر الالتزام – الجزء الأول – المصادر الإرادية**. منشورات جامعة دمشق. كلية الحقوق. ص: ٢٧.

هذا ما سيتم دراسته في ضوء أحكام القانون المدني السوري وبعض التشريعات العربية المقارنة، التي اتفقت فيما بينها من حيث المبادئ العامة مع اختلاف في التفاصيل ونطاق التطبيق.

**إشكالية البحث**

تكمن إشكالية البحث في بيان قواعد الإسناد التي حددها المشرع السوري والتشريعات العربية المقارنة لحكم النزاعات الناتجة عن العقد الدولي ومدى قدرة هذه القواعد على ضبط هذه النزاعات ضمن نظام قانوني محكم يضمن لأطراف العقد الدولي حقوقهم.

إضافةً إلى المشكلة التي تثيرها مسألة سكوت الأطراف عن القانون الواجب تطبيقه على عقدهم عند نشوب نزاع فيما بينهم، والحلول الممنوحة للقاضي في هذه الحالة، ومدى قدرة هذه الحلول على الوصول لحل يرضي الأطراف ويمنع اخضاع عقدهم لقانون غير مناسب لوضعهم وغير موافق لتوقعاتهم، الأمر الذي يؤدي إلى الإخلال بالأمن القانوني.

وهل يطبق القاضي قواعد الإسناد الاحتياطية مباشرةً في إطار تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد الدولي، عند سكوت إرادة الأطراف أم يجب البحث عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد أولا.

ومناقشة مدى فاعلية ضوابط الإسناد الأخرى غير إرادة الأطراف كقانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة أو قانون بلد إبرام العقد في تحديد القانون الواجب تطبيقه على النزاعات المتولدة عن العقد الدولي.

**تساؤلات البحث**

- ما هو تعريف العقد الدولي وما هي أهم النظريات التي سعت إلى تحديد ذلك؟
- ما هو الدور الذي يلعبه ضابط إرادة أطراف العقد الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بشقيه الموضوعي والشكلي؟
- متى يكون دور ضابط إرادة أطراف العقد الدولي أساسياً ومتى يكون اختيارياً ضمن إطار تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي؟

- هل يستطيع القاضي الاستعانة بالإرادة الضمنية لأطراف العقد الدولي في أثناء تحديده للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي؟
- ما هي أهم الضوابط والاستثناءات المطبّقة على ضابط إرادة الأطراف، وما هو الأثر المترتب عليها؟
- ما هي الضوابط الأخرى غير ضابط إرادة أطراف العقد الدولي التي من الممكن تطبيقها في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي؟

**فرضيات البحث**

عندما يتم إجراء عقد بين طرفين ويتسّم هذا العقد بالصفة الدولية فهنا لا بدّ من تحديد قانون يجب تطبيقه على هذا العقد عند نشوب أي خلاف بين أطرافه.

فالفرض هنا هو وجود عقد دولي لا بدّ من معرفة الضوابط التي أخذ بها المشرع السوري لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا العقد، وبيان دور إرادة أطراف العقد الدولي في هذا التحديد.

وبيان مدى ملائمة هذه الضوابط التي أخذ بها المشرع السوري لحكم هذه المسألة والدور الذي تلعبه إرادة أطراف العقد الدولي في ذلك.

**هدف البحث**

الهدف الأساسي للبحث هو تحديد الدور الذي تلعبه إرادة أطراف العقد الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وما هي الاستثناءات التي تحدّ من هذا الدور.

كما نصل إلى معرفة الضوابط الأخرى التي تحكم القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد الدولي في حال غياب ضابط إرادة الأطراف، أو الضوابط التي من الممكن الأخذ بها جنباً إلى جنب مع ضابط الإرادة وذلك خلال تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقد الدولي.

**أهمية موضوع البحث**

تأتي أهمية الدراسة في إطار تحديد دور إرادة أطراف العقد الدولي في تعيين القانون الواجب تطبيقه على العقود الدولية، وبيان مدى فاعلية قواعد الإسناد المكرسة في القانون المدني السوري في تعيين القانون الواجب تطبيقه على العقد الدولي.

والمدى الذي تؤديه هذه الإرادة الممنوحة لأطراف العقد الدولي والقيود التي من الممكن أن ترد عليها.

لا سيما أنّ هذه الزمرة من العقود بدأت تأخذ أهمية كبيرة في عصرنا الحالي سواءً من الناحية الاقتصادية أو الاجتماعية أو القانونية.

لذلك توجب علي دراسة هذا الموضوع ومواكبة هذه الأهمية المتزايدة للعقد الدولي.

**مسوغات البحث**

يوجد اليوم في عصرنا نظام قانوني خاص بالمعاملات الدولية يختلف عن ذاك الذي يحكم المعاملات الدولية، فمصطلحات مثل حق الأطراف في اختيار القانون الواجب تطبيقه على العقد أو شرط التحكيم أو ما يسمى بشرط التعامل بالذهب هي كلها أمور باطلة غير صحيحة إن وردت في عقد داخلي، تنقلب صحيحة إن وردت في عقد دولي.

هذه العقود الدولية التي تتمتع بنظام خاص يحكمها قد زاد انتشارها كثيراً في الآونة الأخيرة، وذلك نظراً لاتساع رقعة التجارة الدولية وتطور وسائل النقل والمواصلات.

لذلك كان لزاماً والحال كذلك دراسة النظام القانوني الواجب تطبيقه على هذه العقود والقواعد التي أخذ بها المشرع السوري لتحديد هذا النظام.

**مصطلحات البحث**

١- تنازع القوانين: وجود قانونين أو أكثر كل منها قابل للتطبيق على العلاقة القانونية التي تحتوي على عنصر أجنبي والتي تنشأ بين الأفراد.

٢- قواعد الإسناد: القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي.

٣- المسألة المسندة: هي الفكرة التي يراد أن تخضع لقانون يحكمها، وهي هنا موضوع العقود الدولية وشكل العقود الدولية.

٤- ضابط الإسناد: هو أداة تعيين القانون الواجب التطبيق على المسألة المسندة ويتم اختيارها من خلال العناصر المكونة للعلاقة القانونية.

٥- القانون المسند إليه: وهو القانون الذي أسند إليه حكم المسألة المسندة عن طريق ضابط الإسناد.

**حدود البحث**

**حدود زمانية و مكانية:** تتمثل حدود هذا البحث في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في التشريع السوري والتشريعات المقارنة وبعض الاتفاقيات الدولية.

**حدود موضوعية:** تركز البحث حول محورين رئيسين وهما: النظام القانوني الواجب التطبيق على العقود الدولية والنطاق الذي يطبق هذا النظام خلاله.

**دراسات سابقة**

١- محمد نبيل حسين. النظام القانوني للعقد الدولي. (٢٠١٥-٢٠١٦م). مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق. جامعة محمد خيضر بسكرة.

**الهدف من الدراسة:** هو تحديد مفهوم العقد الدولي مع تمييزه عن غيره من المفاهيم وبيان بعض المعايير التي يلجأ إليها في سبيل ذلك مع تعداد لأنواع العقد الدولي، لكن لم تتطرق الدراسة إلى القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.

٢- أحمد حميد الأنباري. (٢٠١٧م). سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي (دراسة مقارنة). مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق. جامعة الشرق الأوسط. عمان: الأردن.

**الهدف من الدراسة:** هو معرفة الحل الواجب اتباعه في حال عدم تحديد أطراف العقد الدولي صراحةً القانون الواجب التطبيق على عقدهم وهل يؤخذ بالإرادة الضمنية وما هي المؤشرات التي تدل عليها.

## منهج البحث

من أجل تحقيق أهداف البحث والإجابة عن التساؤلات التي يثيرها موضوع القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي تم اعتماد المنهج التحليلي الوصفي والمنهج المقارن بين الاتجاهات الفقهية وبعض المواقف التشريعية فيما يتعلق بالقوانين الواجب تطبيقها على العقد الدولي وبيان دور إرادة أطراف العقد الدولي في ذلك والضوابط والاستثناءات ضمن هذا الإطار.

## مكونات البحث

مبحث تمهيدي: مفهوم العقود الدولية

المطلب الأول: تعريف العقد الدولي

المطلب الثاني: مقومات انعقاد العقد الدولي والآثار المترتبة عليه

الفصل الأول: خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة

المبحث الأول: نشأة قانون الإرادة

المبحث الثاني: التعريف بمبدأ قانون الإرادة والأساس القانوني له

المبحث الثالث: كيفية تحديد قانون الإرادة وإعماله

الفصل الثاني: القوانين التكميلية لقانون الإرادة

المبحث الأول: قانون الموطن المشترك للمتعاقدين

المبحث الثاني: قانون مكان إبرام العقد

المبحث الثالث: قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين

المبحث الرابع: قانون مكان تنفيذ العقد

الفصل الثالث: نطاق تطبيق قانون الإرادة والقوانين المكملة له

المبحث الأول: جوانب العقد الدولي الخاضعة للنظام القانوني الخاص به

المبحث الثاني: الاستثناءات الواردة على القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي

الخاتمة

# مبحث تمهيدي

# مفهوم العقود الدولية

# مبحث تمهيدي: مفهوم العقود الدولية

إن ضبط مفهوم العقد الدولي وتحديد معناه يشكل ضرورة حتمية لا بدّ من البحث بها وذلك لما يتمتع به العقد من أهمية خاصة فيعدّ الركيزة الأساسية للمعاملات على الصعيدين الدولي والداخلي لما يلعبه من دور مهم في تنظيم العلاقات بين الأشخاص وإنشاء الغالبية العظمى من الحقوق والالتزامات ودوره في استقرار المراكز القانونية المختلفة، هذا من ناحية.

أما من ناحية أخرى فتفيدنا هذه العملية في وضع حد فاصل بين العقود الدولية وغيرها من المفاهيم القانونية المختلفة، وذلك من خلال عرض العناصر التي تميز العقد الدولي عن غيره، الأمر الذي يجب أن نوليه أهمية كبيرة نظراً للآثار القانونية التي تختلف وفق اختلاف العلاقة القانونية القائمة بين الأطراف.

## المطلب الأول: تعريف العقد الدولي

العقد لغةً: هو الربط والوصل وهو الجمع بين أطراف الشيء وربطهما من بعضهما، وضده الحل.

وهذا الرابط قد يكون حسياً كالشد، وفي بعضه الآخر يكون معنوياً مثل العهد والتأكد والإبرام ومنه قوله تعالى: ((يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود)) .[٤]

أمّا العقد اصطلاحاً: هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص تجاه شخص آخر أو اكثر بإعطاء شيء أو بفعل شيء أو الامتناع عن فعل شيء، وهذا التعريف السابق جاء في التقنين المدني الفرنسي في المادة ١١٠١ منه، لكنّ لم يرد تعريف للعقد في القانون المدني السوري ولا في القانون المصري.[٥]

ويكون العقد إمّا عقداً داخلياً وذلك إذا ارتبطت جميع عناصره بدولة واحدة ويخضع حينئذ للقانون الوطني.

وإمّا عقداً دولياً إذا تضمّن بين عناصره عنصراً أجنبياً.

وفي تعريف العقد الدولي نجد أنه لم يلق اهتمام المشرعين بقدر ما كان في اهتمام الفقه، فلم ينص المشرع السوري على تعريف للعقد الدولي.

---

[٤] راجع في ذلك : الشيخ الرازي ، محمد ابن أبي بكر. (١٣٢٩هجري). **قاموس مختار الصحاح**. مصر. مكتبة السكة الجديدة بمصر. ص: ١١٩.
الآية من سورة المائدة. السورة رقم ٥. الآية رقم ١.

[٥] راجع في ذلك: صالح ، فواز. مرجع سابق. ص: ٦٩.
وكذلك نص المشرع العراقي على تعريف للعقد بنص المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي عندما قال: ((العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)) .
راجع في ذلك: القانون المدني العراقي رقم (٤٠) المؤرخ في: الثلاثين من شهر شعبان لعام ١٣٧٠ هجري. الموافق للرابع من شهر حزيران لعام ١٩٥١م.

وبالمقابل تعددت محاولات الفقهاء لتعريف العقد الدولي، فمنهم من عرفه بالعقد الذي اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني، ومنهم من عرفه بالعقد المتضمن لعنصر أجنبي وسواءً تعلّق هذا العنصر محل إبرام العقد أم بمكان تنفيذه أم بموضوعه أم بأطرافه.[٦]

ولقد نشأ خلاف فقهي وقضائي حول تحديد المعيار الذي يميز العقد الدولي عن غيره من العقود، بين اتجاه يتبنّى المعيار القانوني لتحديد الصفة الدولية للعقد، وآخر يؤيد المعيار الاقتصادي لذلك، وبين من حاول التوفيق بين هذين المعيارين.

وسأتناول بالشرح تباعاً هذه المعايير.

**أولاً: المعيار القانوني**

طبقاً لهذا المعيار فإنّ العقد يعدّ دولياً إذا ارتبطت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، وتتمثل هذه العناصر إمّا في جنسية المتعاقدين أو مكان إبرام العقد أو تنفيذه.

وعلى ذلك فإسباغ الصفة الدولية على العقد تتوقف على مدى تطرق الصفة الأجنبية إلى أحد هذه العناصر القانونية.[٧]

فالعقد المبرم بين وطني وأجنبي يعدّ دولياً لتطرق الصفة الأجنبية لعنصر أطراف العقد، والعقد المبرم في الخارج بين وطنيين كذلك يعتبر دولياً نظراً لتطرق العنصر الأجنبي لمحل إبرامه.

فأساس المعيار القانوني إذاً: هو وجود العنصر الأجنبي في العقد ليصبح بمقتضاه دولياً، ويقع على القاضي الناظر في الدعوى مسألة التحقق من مدى توافر هذا العنصر وذلك من خلال تحليله للعقد المعروض أمامه للوقوف على طبيعة عناصره القانونية لمعرفة ما إذا كانت هذه العناصر وطنية خالصة أو متضمنة لعنصر أجنبي.[٨]

فهذا المعيار لا يميّز بخصوص العناصر القانونية للعقد التي قد تتطرق إليها الصفة الأجنبية بين العناصر الفاعلة أو المؤثرة وبين العناصر غير الفاعلة أو المحايدة [٩]، هذا الأمر الذي أدّى إلى حدوث خلاف حتى بين

---

[٦] راجع في ذلك: د. فلحوط، وفاء، والخابور، ساجر، (٢٠١٩-٢٠٢٠). **العقود الدولية**. منشورات جامعة دمشق. ص: ١٩ وما بعدها.
حيث تعرفه الدكتورة وفاء بأنّه: العقد غير الداخلي الناظم لعلاقات الأشخاص على الصعيد الدولي والذي يستمد صفته الدولية من طبيعة موضوع العلاقة التي يحكمها والمتضمنة لعنصر أجنبي، أو يستمدها من أجنبية عنصر فاعل فيه سواءً أكان هذا العنصر ذا طابع قانوني أم كان ذا طابع موضوعي.

[٧] راجع في ذلك: د. مخلوف، حنان عبد العزيز. (٢٠١٠). **العقود الدولية**. جامعة بنها. كلية الحقوق. ص: ٤٢.

[٨] راجع في ذلك: د. المصري، محمد وليد. (٢٠١١). **الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص**. ط:٢، عمان: دار الثقافة. ص: ١٩٢ وما بعدها.

[٩] راجع في ذلك: د. صادق، هشام. (١٩٩٥). **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**. الإسكندرية. منشأة المعارف. ص ٦٠.

أنصار هذا المعيار عن مدى فاعلية أو قوة بعض العناصر لتتمكن من إضفاء الصفة الدولية على العقد، وبالتالي القدرة على تحريك قواعد القانون الدولي الخاص.

وعليه: أدّى هذا الخلاف إلى ظهور ما يسمّى بالمعيار القانوني المضيق، فيرى جانب من الفقه أنّه لا بدّ من تحليل جميع عناصر العقد الدولي للوقوف على العنصر الأجنبي الأكثر تأثيراً في منح الصفة الدولية للعقد فمثلاً: (يعدّ عقداً داخلياً عقد البيع الذي يشتري بموجبه سويسري مقيم في سويسرا سيارة إنجليزية الصنع من بائع سويسري مقيم في سويسرا أيضاً ويمتهن هذه التجارة، لأنّ العنصر الأجنبي المتمثل في جهة صنع السيارة هو عنصر غير مؤثر في العقد ولا يضفي الطابع الدولي على النزاع الذي قد يثور بين المتعاقدين بشأن مسؤولية البائع، بينما لو تعلّق هذا النزاع بمسؤولية الشركة الأجنبية المنتجة للسيارة بسبب ظهور عيب من عيوب الصناعة فإنّ العنصر الأجنبي المتمثل في جنسية هذه الشركة يعدّ عنصراً فعّالاً ومؤثراً ممّا يضفي على الرابطة العقدية طابعها الدولي) .[١٠]

ومن الأحكام القضائية التي أخذت بهذا المعيار أشير إلى الحكم الصادر من المحكمة العليا الأمريكية في القضية المشهورة التي تدعى (Wilco) ، فاعتبرت به أنّه يعدّ باطلاً وفقاً للقانون الأمريكي الاتفاق على التحكيم وذلك بخصوص المنازعات المستقبلية التي من الممكن أن تتولد عن عقد معين مبرم بين مستهلك فرد ومؤسسة سمسرة كبيرة، فقد لاحظت المحكمة أنّ الخصوم في هذه القضية متوطنون داخل الولايات المتحدة الأمريكية وكذا المفاوضات السابقة على العقد قد تمّت في أرض الولايات المتحدة الأمريكية وكذلك موضوع العقد المعني، فمن هذا المنطلق أكّدت المحكمة العليا الأمريكية وجوب تطبيق القوانين الأمريكية على النزاع المعني.[١١]

وكذلك أشير إلى قضية (Hechet) من القضاء الفرنسي، فقد دارت أحداث هذه القضية في عام ١٩٦٧م، وملخصها أنّه تمّ إبرام عقد بين شركة هولندية والسيد (Hechet) الفرنسي الجنسية، عدّ بموجب هذا العقد السيد (Hechet) الوكيل الوحيد للشركة لمدة ثلاث سنوات، وذلك لبيع منتجات غذائية في فرنسا باسم الشركة الهولندية ولحسابها، وقد أدرج في هذا العقد شرط خاص بالتحكيم يفيد بوجوب حل المنازعات الناشئة عن تفسير أو تنفيذ العقد عن طريق التحكيم وبواسطة غرفة تجارة الدولة بباريس.

وفي عام ١٩٦٩م رفع السيد (Hechet) دعوى على الشركة الهولندية أمام محكمة باريس التجارية مطالباً بفسخ العقد، فدفعت الشركة المذكورة برفض الدعوى لوجود شرط تحكيم، فأجابتها المحكمة إلى طلبها، فاستأنف السيد (Hechet) الحكم محتجاً بأنّ اتفاق التحكيم باطل كون الشركة لا تكتسب صفة التاجر وفق القانون الفرنسي،

---

[١٠] ياقوت، محمود محمد. (٢٠٠٨، آب). معايير دولية العقد. **مجلة روح القوانين**. العدد: ٢١. ص: ٤٩٣ وما بعدها. كلية الحقوق في جامعة طنطا.

[١١] حسن، محمد نبيل. (٢٠١٥-٢٠١٦). **النظام القانوني للعقد الدولي**. ماجستير في الحقوق. كلية الحقوق والعلوم السياسية. الجزائر. جامعة محمد خيضر بسكرة. ص: ١٤.

فردّت محكمة استئناف باريس هذا الاستئناف وقدّرت في حكم لها عام ١٩٧٠م أنّ العقد المبرم هو عقد دولي للأسباب التالية:

- مكان إبرام العقد هولندا.
- أحد أطراف العقد وهي الشركة تتمتع بالجنسية الهولندية.
- موضوع العقد يتعلق بوكالة يجب تنفيذها في فرنسا باسم ولحساب الشركة الهولندية.

وبناءً على ذلك: فإنّ العقد بمجمله هو عقد دولي وعلى اتصال بأكثر من نظام قانوني، وقد أكّدت محكمة النقض الفرنسية ذلك في حكمها عام ١٩٧٢م مؤكدةً على دولية العقد وصحة شرط التحكيم .[١٢]

ولا بدّ أن أشير في هذا الصدد إلى تعاريف بعض الفقهاء للعقد الدولي، والذين اعتمدوا على المعيار القانوني أساساً لهم في هذه التعاريف.

- عرفه الفقيه باتيفول بأنّه: ((العقد الذي يتصل بأكثر من نظام قانوني واحد من حيث العناصر الضرورية لانعقاده أو تنفيذه أو مركز أطرافه من ناحية جنسيتهم أو موطنهم أو مكان وجود الشيء محل العقد)) .
- بينما يعرفه الأستاذ هشام صادق بأنّه: ((العقد الذي يتضمن عنصراً أجنبياً، سواءً تعلّق هذا العنصر بأطرافه أو بموضوعه أو محل إبرامه أو تنفيذه)) .[١٣]
- أمّا الأستاذة حفيظة السيد الحداد فقد مالت إلى الأخذ بالمعيار القانوني المضيق وتبنيه حيث عرفت العقد الدولي بأنّه: ((ذاك العقد الذي يتضمن عنصراً أجنبياً مؤثراً سواءً تعلّق هذا العنصر بمحل إبرام العقد أو بمكان تنفيذه أو بموضوعه أو بأطرافه)) .[١٤]

ومن ملاحظة هذه التعاريف نرى: أنّه وإن كان أنصار هذا المعيار متفقين على ضرورة اتصال عناصر الرابطة العقدية بأكثر من نظام قانوني واحد إلّا أنّهم مختلفون حول مدى فاعلية هذه العناصر القانونية وأثر كل منها على اتسام الرابطة العقدية بالصفة الدولية.

فالفقه التقليدي يميل إلى التسوية بين عناصر الرابطة العقدية، فيكفي تطرق الصفة الأجنبية لأي من عناصر العقد (جنسية الأطراف، موطن الأطراف، موضوع العقد) لاكتساب العقد الصفة الدولية.

---

[١٢] الأنباري، أحمد حميد. (٢٠١٧). **سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ((دراسة مقارنة))**. مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر. جامعة الشرق الأوسط. عمان: الأردن. ص ٢٠ وما بعدها.

[١٣] بلال، جعفري. (٢٠١٧-٢٠١٨). **سلطة القاضي الوطني في تعديل العقد الدولي**. مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة العربي بن مهيدي. أم البواقي. ص ١٦.

[١٤] راجع في ذلك: د. الحداد، حفيظة السيد. (٢٠٠٥). **الموجز في القانون الدولي الخاص – الكتاب الأول - المبادئ العامة في تنازع القوانين.** ط: ١. منشورات الحلبي الحقوقية. ص ٣٦١.

أمّا الفقه المعاصر فقد فرق بخصوص العناصر القانونية للعقد بين العناصر الفاعلة أو المؤثرة والعناصر غير الفاعلة أو المحايدة، محاولاً بذلك كسر حدّة النقد الموجه لجمود الفقه التقليدي ضمن هذا الإطار.

فتحديد دولية العقد أمر نسبي يتوقف على طبيعة الرابطة العقدية، فجنسية المتعاقدين لا تعدّ معياراً حاسماً لدولية العقد في عقود المبادلات التجارية، بينما تعدّ كذلك في عقود الأحوال الشخصية.[١٥]

وبإلقاء نظرة سريعة على الاتفاقيات الدولية التي أخذت بهذا المعيار في تعريف العقد الدولي نجد أنّ أغلب هذه الاتفاقيات لا تقرّ أنصار الفقه التقليدي الجامد ولا تنحو منحاه، بل إنّها مع أنصار الفقه المعاصر.

ومن هذه الاتفاقيات نذكر على سبيل المثال لا الحصر:

- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع: نصت المادة الأولى من الاتفاقية التي جاءت في إطار الفصل الأول (نطاق التطبيق) على ما يلي:

((١- تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة:

أ- عندما تكون هذه الدول دولاً متعاقدة أو

ب- عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة

٢- لا تؤخذ بعين الاعتبار جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد في تحديد تطبيق هذه الاتفاقية)).[١٦]

- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً: فنصت المادة الخامسة تحت عنوان: (نطاق الانطباق العام) على ما يلي:

((١- تنطبق هذه الاتفاقية على عقود النقل التي يكون فيها مكان التسلّم ومكان التسليم واقعين في دولتين مختلفتين، ويكون فيها ميناء التحميل في عملية نقل بحري وميناء التفريغ في عملية النقل البحري ذاتها واقعين في دولتين مختلفتين، إذا كان أي من الأماكن التالية يقع وفقاً لعقد النقل في دولة متعاقدة:

أ- مكان التسلّم أو

ب- ميناء التحميل أو

ت- مكان التسليم أو

---

[١٥] راجع في ذلك: بلال، جعفري. مرجع سابق ذكره. ص ١٧.

[١٦] راجع في ذلك : لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. قسم اللغة الإنكليزية والمنشورات والمكتبة. مكتب الأمم المتحدة في فيينا. كانون الثاني/٢٠١١. ص: ١١-١٢. الرابط: www.uncitral.org.

ث- ميناء التفريغ

٢- تنطبق هذه الاتفاقية دون اعتبار لجنسية المركب أو الناقل أو الأطراف المنفذة أو الشاحن أو المرسل إليه أو أي أطراف أخرى ذات مصلحة)) .[١٧]

- ومن هذه الاتفاقيات أيضاً: الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري بعمان ١٩٧٨، اتفاقية لاهاي ١٩٦٤ بشأن البيع الدولي للأشياء المنقولة المادية، اتفاقية جنيف ١٩٨٣ بشأن التمثيل في البيع الدولي للبضائع.

ومن تحليل المعيار القانوني وفقاً للتصور السابق، لا بدّ من القول إنّ هذا الاتجاه تعرّض لعديد من الانتقادات، أهمها:

١- هذا الاتجاه يساوي بين جميع عناصر الرابطة العقدية، دون أن ينظر إلى أهمية كل عنصر من هذه العناصر ومدى ثقله في ميزان العملية التعاقدية وقدرته على إسباغ الصفة الدولية عليها، فقد ينتج على تطرّق الصفة الأجنبية لأي عنصر من عناصر العملية التعاقدية ومهما كان هذا العنصر ضئيل الأهمية بالنسبة لهذه العملية، إكساب العقد الصفة الدولية.
إلّا أنّ الواقع يشير خلاف ذلك، ففي عقود التجارة الدولية يكون عنصر جنسية الأطراف المتعاقدة عنصراً قليل الأهمية ولا بدّ أن يجتمع مع عناصر أخرى لإسباغ الصفة الدولية على هذه العقود.[١٨]
وكذلك الأمر بالنسبة إلى عنصر المحل، فليس من المقبول أن يكفي بمفرده لإضفاء الصفة الدولية على العقد، فكثيراً ما يكون هذا المكان عرضياً تمّ التعاقد فيه بمحض المصادفة، بيد أنّ هذا العنصر مؤثر في حالة (إسناد العقود من حيث الشكل وفقاً لمبدأ خضوع الشكل لقانون محل الإبرام).

٢- لعلّ من الانتقادات المهمّة التي وجهت إلى هذا المعيار هو قدرة المتعاقدين على الغش والتحايل على القانون الواجب التطبيق على علاقتهم التعاقدية من أجل التهرب من الخضوع لأحكامه، فيكفي مثلاً أن يتعاقدوا بمنطقة معينة (عنصر المحل) كي يسحبوا علاقتهم وفق هذا المعيار لقانون البلد الذي تعاقدوا فيه، قادرين بهذا الشكل على أن يفلتوا من القواعد التي كانوا سيخضعون لها لولا تعاقدهم في مكان قد لا يمتّ بأيّ صلة لعقدهم ولا يؤثر عليه.[١٩]

---

[١٧] راجع في ذلك: لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. قسم اللغة الإنكليزية والمنشورات والمكتبة. مكتب الأمم المتحدة في فيينا. كانون الثاني/٢٠١٣م. ص: ٩-١٠. الرابط: www.uncitral.org.
[١٨] راجع في ذلك: د. صادق، هشام. مرجع سابق ذكره. ص: ٦١-٦٢.
[١٩] راجع في ذلك: بلال، جعفري. مرجع سابق. ص: ١٧.

٣- هذا المعيار يساوي ويخلط بين الصفة الأجنبية والصفة الدولية ، إذ إنّ الصفة الأجنبية قد تكون عارضة وغير مؤثرة ، كالعقد قد يكون مشوباً بالعنصر الأجنبي ولكن ليس من الضرورة أن يكون دولياً، فاختيار أطراف العلاقة العقدية قانوناً أجنبياً يحكم عقدهم أو اختيارهم قضاءً أجنبياً لطرح النزاعات التي من الممكن تولدها عنه أمام هذا القضاء، لا يعدّ دليلاً على توافر الصفة الدولية في هذا العقد.[٢٠]

٤- لم يسلم فقهاء هذا المعيار من النقد، حتى عندما حاولوا التلطيف من هذا المعيار والتفرقة بين العناصر المؤثرة وغير المؤثرة، والسبب وراء ذلك هو أنّ تقدير القاضي لمدى فاعلية العناصر التي يشوبها صفة أجنبية وتأثيرها يمنحه سلطة تقديرية واسعة بهذا الخصوص، الأمر الذي قد يدفع القاضي في نهاية المطاف إلى تطبيق قانونه الوطني في أغلب الأحيان.[٢١]

في نهاية عرضنا لهذه الانتقادات لابدّ من القول: إنّ المعيار القانوني أصبح وفق أغلب الفقهاء لا يكفي بحد ذاته للوقوف على دولية العقد من نفيها، فوجود العنصر الأجنبي في العقد قد يكون كما قلنا سابقاً أمراً عارضاً لا علاقة له بالعلاقة العقديّة، لذلك جاء جانب من الفقه بمعيار آخر يرى أنّ من خلاله تتحقق مصالح التجارة الدولية وهو ما يعرف بالمعيار الاقتصادي.

**ثانياً: المعيار الاقتصادي**

يعدّ المعيار الاقتصادي من المعايير الثابتة والمستقرة والمتطورة على ساحة العقود الدولية عامة، وعلى الحياة التجارية الدولية خاصة.

وطبقاً لهذا المعيار يعدّ العقد دولياً متى كانت العلاقة محل النزاع تتصف بالطابع الدولي وذلك لاتصالها بمصالح التجارة الدولية، فدولية العقد تكون بالنظر إلى موضوعه أي العملية التي يحققها العقد التجاري الدولي دون الرجوع لعناصر العلاقة العقدية (جنسية الأطراف ، محل إقامتهم) .

---

[٢٠] راجع في ذلك: شعبان، فراس. (٢٠٠٧). **أثر اتفاقيات التجارة الدولية في تطور قواعد تنازع القوانين**. أطروحة دكتوراه. كلية القانون في جامعة الموصل. ص: ١١.

[٢١] بل إنّ جانباً من الفقه قد ذهب أبعد من ذلك من خلال تحديد الآلية والطريقة التي يتمّ بها إخضاع العقد لقانون الإرادة بين ما يعرف بالدولية المطلقة أو الموضوعية والدولية النسبية أو الشخصية.

حيث يقصد بالدولية المطلقة: حالة إذا ما اتصلت عناصر العلاقة القانونية بأكثر من نظام قانوني للدول المختلفة ويستوي النظر بشأنها أمام أي قضاء.

ويقصد بالدولية النسبية: هي حالة تركيز عناصر الرابطة العقدية في دولة واحدة مع طرح النزاع المتعلّق بها أمام دولة أخرى.

والمعيار القانوني يتطلب اتصال عناصر العقد بأكثر من نظام قانوني ولا يصدق هذا الوصف الّا بما أسميناه بالدولية المطلقة خلافا للدولية النسبية التي تكون فيها الرابطة العقدية منتمية بكافة عناصرها لدولة واحدة مع طرح النزاع بشأنها أمام قضاء دولة أخرى فهذا لا يكفي لتحريك قواعد التنازع الى قانون هذه الدولة الأخرى.

راجع في ذلك: الأسدي، حيدر، وجابر، عبد الرسول. (٢٠١٨). سلطة المحكم في تحرير العقود الدولية من الخضوع للقوانين الوطنية (دراسة مقارنة). **مجلة المحقق لعلوم القانونية والسياسية**. العدد: ٢. ص: ١٦-١٧. العراق.

فهذا المعيار يعطي للعلاقة العقدية محتوى اقتصادياً واقعياً، كون العقد هو عبارة عن تصرف قانوني إرادي يرتّب آثاراً اقتصادية على الصعيد الدولي، فتكييف العلاقة بوصفها وطنية أو دولية يرجع فيها إلى سببها ومدى ارتباطها بمعاملة تدخل ضمن نطاق التجارة الدولية ولا يرجع فيها إلى عناصرها.[٢٢]

ومثال على هذا المعيار: إبرام عقد بيع موضوعه نقل بضاعة من دولة إلى دولة أخرى مع انتقال ثمنها أيضاً، فموضوع العقد هنا هو عبارة عن تبادل عبر الحدود وهو متعلق بمصالح التجارة الدولية، لذا يعدّ عقداً دولياً حتى ولو كان أطراف العلاقة العقدية من جنسية واحدة ومقيمين ببلد واحد (أي لا تتوافر العناصر المطلوبة لقيام المعيار القانوني) .

هذا وقد مرّ المعيار الاقتصادي بثلاث مراحل:[٢٣]

المرحلة الأولى: هي ما يطلق عليها بحركة المد والجزر أي حالة انتقال القيم الاقتصادية (أموال، بضائع) عبر حدود دولتين أو أكثر.

وتجسّدت هذه الفكرة لأول مرة في القضاء الفرنسي بشأن القضية المطروحة أمام محكمة النقض سنة ١٩٢٧م المتعلقة بعقد إيجار كائن في الجزائر ومدى مشروعية الاتفاق على الوفاء بالجنيه الإسترليني وعلى أن يتمّ الوفاء في مدينة لندن، مع العلم بأنّ المستأجر كان شخصاً فرنسياً والمؤجر إنجليزي الجنسية.

فمن خلال نظرها بهذه القضية لم تكتف محكمة النقض باختلاف جنسية الأطراف أو اختلاف مكان تنفيذ العقد عن مكان الوفاء (المعيار القانوني) للحكم بدولية العقد وصحة اتفاق الوفاء، بل قضت بفقد مشروعية الاتفاق كون هذا العقد لا يكتسب الصفة الدولية بل يتسم بالطابع المحلي عامّة، فاشترطت المحكمة أن يكون هناك تحركات متقابلة للأموال عبر الدول والحدود من أجل إسباغ الصفة الدولية على العقد وبالتالي إثبات صحة اتفاق الوفاء بين المتعاقدين.

المرحلة الثانية: العقد يكون دولياً في حال ارتبط بمصالح التجارة الدولية حتى لو كانت حركة هذا العقد باتجاه واحد للخدمات والأموال، فليس من الضرورة توافر حالة المد والجزر التي كانت مطلوبة في المرحلة الأولى.

المرحلة الثالثة: هذه المرحلة تشترط لإسباغ الصفة الدولية على العقد في الحالة التي يتعدّى فيها هذا الأخير بتبعاته وآثاره الاقتصاد الداخلي للدولة، فالصفة الدولية مرتكزة على مجمل العناصر التي يجب أخذها بالحسبان لتقرير مدى تعدّي اقتصاديات العقد لنطاق القانون الداخلي.

---

[٢٢] راجع في ذلك: زروتي، الطيب. (١٩٩٠). **النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن**. رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص. معهد الحقوق والعلوم الإدارية. جامعة الجزائر. الجزء الأول. ص: ١٨.

[٢٣] راجع في ذلك: الأسدي، حيدر، وجابر، عبد الرسول. مرجع سابق ذكره. ص: ١٨ وما بعدها.

ويتضح لنا: أنّ هذا المعيار بمراحله الثلاثة الآنفة الذكر لا يقيم وزناً للعناصر الأجنبية في العقد أيّاً كان مصدرها بل يرتكز على فكرة تعلّق العقد بمصالح التجارة الدولية التي تؤدي لإسباغ صفة الدولية على العقد، فيكفي لإطلاق الصفة الدولية على العقد أن يشكّل حلقة في سلسلة عقدية يحركها عقد أصلي يتصل بمصالح التجارة الدولية ، وهذا ما يسمّى بنظرية سلسلة العقود.[٢٤]

وباستطلاع الاتفاقيات الدولية نجدها لا تأخذ بالمعيار الاقتصادي لوحده كضابط مستقل وقائم بذاته لتحديد دولية العقد، لأنّ أغلب هذه الاتفاقيات تنتقي في متنها عنصراً حاسماً من عناصر العلاقة العقدية، كاختلاف جنسية الأطراف واختلاف مكان الشحن عن مكان التفريغ، معتبرةً هذا العنصر دليلاً قاطعاً يؤدّي بلا شك إلى انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود، وبالتالي إدراك الهدف والغاية التي يسعى إليها أنصار المعيار الاقتصادي.

ومن الأحكام القضائية التي اخذت بالمعيار الاقتصادي من أجل وقف إبطال شرط تحكيمي ورد في عقد دولي نرى الحكمين الصادرين عن محكمة النقض الفرنسية:

القضية الأولى: تعرف بقضية ماردولي التي صدر الحكم بها بتاريخ ١٩٣٠/٢/٢٧، وتتمثل وقائع هذه القضية في إبرام عقد بين فرنسيين في فرنسا وكان موضوع هذا العقد هو نقل بضائع من الولايات المتحدة الامريكية إلى ميناء فرنسا مع اشتراط المتعاقدين عرض النزاعات التي من الممكن أن تنشأ بينهم على التحكيم.

القضية الثانية: تعرف بقضية دامبريكوت، التي صدر حكم فيها بتاريخ ١٩٣١/١/٢٧ وتتمثل وقائعها في عقد بيع قمح من وكيل فرنسي لصالح شركة فرنسية ورأت محكمة النقض الفرنسية بشأنها أن الصفقة موضوع النزاع تتعلق بقمح مستورد من الخارج مرسل بواسطة وكلاء وهذا القمح تمّ شحنه بالولايات المتحدة وجرى تسليمه بميناء فرنسي، لهذا السبب فإن العقد المبرم يتعلق بمصالح التجارة الدولية وبالتالي يجوز إيراد شرط التحكيم ويعتبر واجب التنفيذ في هذا الشأن.[٢٥]

ورغم المزايا التي يتوافر عليها المعيار الاقتصادي في أنّه يأخذ في الحسبان المعطيات الاقتصادية والتجارية للمعاملات الدولية، إضافةً إلى كونه معياراً موضوعياً وواقعياً لا يكتفي بالجوانب الشكلية في العقود والتصرفات الدولية، بل يتطلب أن تتعلّق هذه التصرفات بغاية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمصالح التجارة الدولية، كما أنه من وجهة نظر أنصاره يسهل التجارة الدولية وذلك عبر استبعاد القواعد القانونية الداخلية التي تعرقلها، فالمعيار الاقتصادي

---

[٢٤] هذه النظرية التي أطلقتها محكمة التمييز الفرنسية بقرارات مستمرة في سلسلة عقود البيع المتعاقبة عندما مكّنت المشتري الثانوي من مداعاة البائع الأصلي مباشرةً على أساس المسؤولية العقدية أو مكتسبي الأبنية ضد البنائين أو صانعي المواد أو دعوى صاحب العمل ضد صاحب مصنع القرميد الذي تعاقد معه الملتزم الأصلي وذلك لوجود عيب خفي في القرميد لازمه منذ صنعه.
راجع في ذلك : د. منصور، سامي بديع. (١٩٩٤). **الوسيط في القانون الدولي الخاص**. ط:١. بيروت. دار العلوم العربية. ص: ٥٣٤.

[٢٥] راجع في ذلك: شويرب، خالد. (٢٠٠٨-٢٠٠٩). **القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي**. أطروحة دكتوراه. كلية الحقوق. جامعة الجزائر. ص: ٢٠.

غالباً ما يستعمل من قبل القضاء لتطبيق قواعد تتجاوز القواعد القانونية الآمرة في القانون الداخلي لضرورات حسن نشاط التجارة الدولية من ذلك:

- قاعد صحة بند الوفاء بالذهب أو صحة بند الوفاء بالنقود الأجنبية، عندما يتعلق ذلك بعملية وفاء في عقد دولي.
- قاعدة صحة البنود التحكيمية في العلاقات الدولية.
- صحة البنود المخالفة للقواعد الآمرة عندما ترد في نزاع دولي.[٢٦]

إلّا أنّ هذا المعيار لم يسلم من الانتقادات، فقد أخذ عليه الغموض وغياب التحديد، فعبارة مثل (مصالح التجارة الدولية) لا بدّ أنّها عبارة واسعة جداً ومرنة قد تنطوي في إطارها الكثير من التصرفات والاتفاقيات، ولا يخفى على أحد أنّ العبارات المرنة تعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة جداً في تفسير الوقائع المعروضة عليه، والتي يخشى معها من الإخلال والظلم، وهذا ما ذهب إليه الفقيه (Loussouarn) الذي قرر أنّ المعيار القانوني الجامد أفضل بلا شك من المعيار الاقتصادي المتغير.

كما انتقد أيضاً المعيار الاقتصادي باختلاف أنصاره حول مدى تطبيقه أو نطاقه وفي ذلك يقول الفقيه (Batiffol) إنّ الاقتصادي لا يتلاءم مع التوسع في طوائف جديدة من العقود ولن يصلح لمواجهتها وتحديد نطاق تطبيقها إلّا المعيار القانوني.[٢٧]

هذه الانتقادات الموجهة إلى المعيار الاقتصادي وكذا سابقه المعيار القانوني دفعت الفقهاء لمحاولة إيجاد معيار جديد يجمع بين مزايا كل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي ويحاول الهروب من الانتقادات الموجهة لكليهما.

---

[٢٦] راجع في ذلك: د. منصور، سامي بديع. مرجع سابق. ص ٥٤٥-٥٤٦.

[٢٧] راجع في ذلك: بلاق، محمد. (٢٠١٠-٢٠١١). **قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية**. مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الدولي الخاص. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة أبو بكر بلقايد. تلمسان: الجزائر. ص: ١٦ وما بعدها.

**ثالثاً: الجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي**

يرى أنصار هذا المعيار أنّه لا يتمّ الوصول الى دولية عقد من العقود من خلال تحليل مختلف عناصر العقد ضمن معيار واحد دون الاعتداد بالمعيار الآخر، بل يستلزم ذلك تحليل عناصر العقد من خلال المعيارين القانوني والاقتصادي.

وعليه يعدّ العقد دولياً إذا كان مرتبطاً بأنظمة قانونية لدول مختلفة (المعيار القانوني) ويهدف إلى الربح أو نقل الخدمات عبر الحدود أو تحقيق مصالح التجارة الدولية (المعيار الاقتصادي) .[٢٨]

ويستند أنصار هذا المعيار في تحليلهم له إلى الجمع بين وظيفة كل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي وهدفهما في تحديد الصفة الدولية.

فالمعيار الاقتصادي يهدف إلى تحقيق التوازن بين مصالح التجارة الدولية وذلك بالسماح بتجاوز بعض القواعد القانونية (إدراج شروط نقدية في العقد، إدراج شرط التحكيم لحل الخلافات الناتجة عن العقد الدولي) ، كما أنّ هذا الأمر يشجع على حركة رؤوس الأموال بين الدول وبالتالي دفع عجلة اقتصاد هذه الدول إلى الأمام، الأمر الذي لا يستطيع المعيار القانوني تحقيقه.

كما أنّ المعيار القانوني يعدّ بمنزلة صمّام أمان الذي نخرج من خلال العمل به العقود الشكلية التي لا تحتوي على عنصر أجنبي الذي أراد عاقدوها التهرب من القواعد القانونية الآمرة والنظام العام لدولتهم.[٢٩]

لذا: يجب عند تحليل العلاقة العقدية لتحديد مدى تطبيق الصفة الدولية عليها والنظر إلى هذه العلاقة عبر المعيارين معاً وذلك لتحقيق الغاية المرجوة لكليهما فلا نقف عائقاً أمام مصالح التجارة الدولية ولا نترك الباب مفتوحاً لتطبيق الصفة الدولية على علاقات عقدية لم يهدف أطرافها منها إلّا الهروب من القواعد القانونية الآمرة لدولتهم.

وهذا ما نراه مجسداً بقانون التحكيم السوري رقم (٤) لعام ٢٠٠٨م[٣٠]، حيث عرف التحكيم التجاري الدولي في المادة الأولى منه بأنه:

---

[٢٨] راجع في ذلك: عبد العال، عكاشة محمد. (٢٠١٢). **القانون التجاري الدولي – العمليات المصرفية الدولية -** . الإسكندرية. دار الجامعة الجديد. ص: ١٠٣.

[٢٩] راجع في ذلك: ياقوت، محمود محمد. مرجع سابق. ص: ٥١٧.

[٣٠] يذكر أنّ قانون التحكيم السوري رقم (٤) لعام ٢٠٠٨م قد اقره مجلس الشعب السوري بجلسته المنعقدة بتاريخ ١٠ ربيع الأول لعام ١٤٢٩هجري، الموافق ل ١٧/ ٢٠٠٨/٣م، وبدأ العمل به اعتباراً من تاريخ ١٨ ربيع الأول لعام ١٤٢٩ هجري، الموافق ل ٢٠٠٨/٣/٢٥م.

((التحكيم الذي يكون موضوع النزاع فيه متعلقاً بالتجارة الدولية – ولو جرى داخل سورية– وذلك في الأحوال التالية:

إذا كان مركز الأعمال الرئيسي لطرفي اتفاق التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم)) .

فقانون التحكيم السوري أخذ بالمعيار الاقتصادي عندما اشترط أن يكون موضوع نزاع التحكيم يتصل بالتجارة الدولية، لكنّه لم يكتف بذلك بل اشترط اختلاف محل إقامة الأطراف (المعيار القانوني) ، والحال كذلك يكون قانون التحكيم السوري قد تبنّى المعيار المزدوج عند تعريفه للتحكيم التجاري الدولي.[٣١]

ومن الأحكام القضائية التي أخذت بكلا المعيارين محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في التاسع من نوفمبر عام ١٩٨٤م والمتعلّق بقضية تتلخص وقائعها بمدى صحة البنود التحكيمية التي يحتويها عقد وكالة تجارية مبرم بين متعاقد فرنسي وشركات سويدية موضوعه إدخال بضائع ومنتجات تعود إلى تلك الشركات إلى الأسواق الفرنسية.

فبعد أن قضت محكمة التجارة في باريس بصحة هذه البنود استناداً إلى الصفة التجارية للمتعاقد الفرنسي، وافقت محكمة استئناف باريس على هذا الحكم لكنها غيّرت الأسباب التي بنت عليها محكمة التجارة بباريس حكمها.

فرأت أنّ الصفة التجارية للمتعاقد الفرنسي لا تتحقق لأنّه مجرد وكيل لا يعمل لحسابه بل لحساب غيره.

لكنّها رأت أيضاً أنّ العقد يتصل بأنظمة قانونية مختلفة تعود إلى عدد من الدول (المعيار القانوني) ، كما أنّ موضوعه الأساسي هو إعطاء صلاحيات لوكيل فرنسي بالقيام في فرنسا بأعمال تجارية باسم شركات أجنبية وهذا ما يسهم في تنشيط استيراد البضائع والسلع إلى فرنسا أي يتعلّق موضوع العقد بمصالح التجارة الدولية (المعيار الاقتصادي) .

وبناءً عليه قضت: بأنّ البند التحكيمي الذي يرد في هكذا عقد مهما تكن طبيعة الالتزام (مدنياً أو تجارياً) هو بند مشروع، لأنّ هذا البند وارد في عقد دولي يتصل بأنظمة قانونية مختلفة ويتعلق بمصالح التجارة الدولية.[٣٢]

وكذلك الحكم الصادر عن محكمة استئناف تولوز تاريخ ١٩٨٢/١٠/٢٦م، حيث رأت المحكمة في قضية مشابهة أنّ العقد المبرم في الخارج بين شركة إيطالية ومواطن فرنسي، بمقتضاه تمّ توكيل هذا الشخص لتسويق منتجات هذه الشركة بصفته وكيلاً ، فإنّ هذا العقد تختلف به جنسية المتعاقدين (المعيار القانوني) ويتعلّق بمصالح تجارية لدولتين (المعيار الاقتصادي) وذلك يكفي لإضفاء الصفة الدولية على العقد.[٣٣]

---

[٣١] راجع في ذلك: فلحوط، وفاء، والخابور، ساجر. (٢٠١٩-٢٠٢٠م). **العقود الدولية**. منشورات جامعة دمشق. ص:٤٣.

[٣٢] راجع في ذلك: د. منصور، سامي بديع. مرجع سابق. ص: ٥٣٩-٥٤٠.

[٣٣] راجع في ذلك: كريم، صلاح، والخفاجي، جواد. (٢٠١٦، نيسان). بحث منشور بمجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، جامعة القادسية ، العدد الثاني ، نيسان لعام ٢٠١٦م ، ص ٧٧ .

ومن مراجعة آراء أنصار هذا المعيار نرى أنهم يرون أنّ المعيار الاقتصادي لا يتعارض أبداً مع المعيار القانوني، فالرابطة العقدية التي يترتب عليها تحرك الأموال من دولة إلى دولة أخرى أي المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، الأمر الذي يجسد المعيار الاقتصادي، لا بدّ أن تتصل بأكثر من نظام قانوني لأكثر من دولة أي تحقق المعيار القانوني.

فالمعيار الاقتصادي يجتمع جنباً إلى جنب مع المعيار القانوني لإسباغ الصفة الدولية على الرابطة العقدية.

وبالتالي فإنّ: المعيار القانوني يكون موجوداً دائماً عند إعمال المعيار الاقتصادي، بينما العكس غير صحيح، فالمعيار القانوني لدولية العقد أوسع من المعيار الاقتصادي.[٣٤]

وخير مثال على ذلك: العقد الذي يبرمه سوري مع مصري لشراء حاجاته اليومية في لبنان، فهذا العقد لا يعدّ دولياً عند إعمال المعيار الاقتصادي بينما يعدّ كذلك وفق المعيار القانوني.[٣٥]

**رابعاً: موقف المشرع السوري**

إن الاعتراف لعقد ما بأنه دولي هو إقرار لوجود عناصر غير موجودة في العقد الداخلي، ولتحديد هذه الصفة لم ينص المشرع على نص صريح يعرف به العقد الدولي ويحدد هل هو يعتمد في ذلك على المعيار القانوني أم الاقتصادي أم المعيارين معاً.

فالمواد التي جاء بها المشرع السوري في القانون المدني (اقصد هنا المادة ٢٠ والمادة ٢٢) لم تعرّف العقد الدولي بل حددت القانون الذي يجب تطبيقه على موضوع العقود الدولية وشكلها.

ومن مراجعة بعض القوانين الأخرى نرى أن المشرع السوري مثلا قد جاء في قانون التحكيم السوري في المادة الأولى منه على ما يلي:

المادة (١):

((التحكيم التجاري الدولي: التحكيم الذي يكون موضوع النزاع فيه متعلقاً بالتجارة الدولية – ولو جرى داخل سورية – وذلك في الأحوال التالية:

---

[٣٤] راجع في ذلك: فلحوط، وفاء، والخابور، ساجر. مرجع سابق ذكره. ص:٤٠.

[٣٥] راجع في ذلك: الغوثاني، عبلة عبد الله. (٢٠٠٣-٢٠٠٤). **العقود التجارية الدولية**. بحث علمي قانوني معد لنيل درجة الدبلوم في القانون الدولي بإشراف الدكتور أحمد عبد العزيز. كلية الحقوق. جامعة دمشق. ص: ١١-١٢.

١- إذا كان مركز الأعمال الرئيسي لطرفي اتفاق التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم.

فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة للمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن له مركز أعمال فالعبرة لمحل إقامته المعتاد.

٢- إذا كان مركز الأعمال الرئيسي لطرفي اتفاق التحكيم يقع في الدولة نفسها وقت إبرام اتفاق التحكيم، وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة:

أ- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه .

ب- مكان تنفيذ جزء جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الأطراف .

ت- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع .

٣- إذا كان موضوع النزاع الذي ينصرف إليه اتفاق التحكيم مرتبطاً بأكثر من دولة واحدة)) .

فمن مراجعة نص هذه المادة يعدّ التحكيم دولياً عندما يتصل بمصالح التجارة الدولية (وهذا مضمون المعيار الاقتصادي) إضافة إلى اشتراط المشرع:

- وقوع مركز الاعمال الرئيس للأطراف في دولتين مختلفتين أو
- وقوعهما في الدولة نفسها وكان مكان إجراء التحكيم أو مكان التنفيذ أو المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع واقعاً في دولة أخرى.
- إذا كان موضوع النزاع الذي ينصرف إليه التحكيم مرتبطاً بأكثر من دولة.

فهذا الشرط الثاني وهو اتصال عناصر التحكيم بأكثر من دولة يعبّر عن المعيار القانوني فهنا نجد أنّ المشرع السوري قد جمع في هذه المادة بين المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني.

لكن هل يمكننا إسقاط ما جاء في هذه المادة على العقد الدولي؟

في ظل غياب الصفة الدولية للعقد عن النص التشريعي فإنه لا يسعنا إلا محاولة إسقاط ما جاء في المادة (١) من قانون التحكيم السوري على العقد الدولي فيعدّ العقد دولياً إذا اتصل بمصالح التجارة الدولية وكانت عناصره أو موضوعه مرتبطاً بأكثر من دولة وذلك وفق معيار الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي.[٣٦]

---

[٣٦] راجع في هذا الرأي: فلحوط، وفاء، والخابور، ساجر. مرجع سابق ذكره. ص:٤٢.
وتضيف الدكتورة وفاء في ذلك بأنّ هناك في تعريف التحكيم التجاري الدولي الوارد في قانون التحكيم السوري عدم إدراك لحقيقة العلاقة بين المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني في تعريف العقد الدولي، فبعد أن أخذ المشرع السوري بالمعيار الاقتصادي في بداية التعريف عاد للأخذ بالمعيار القانوني بتعداده لبعض الحالات، والحالة الثالثة من هذه الحالات كانت (إذا كان موضوع النزاع الذي ينصرف إليه اتفاق التحكيم مرتبطاً بأكثر من دولة)، فارتباط النزاع بأكثر من دولة يعني بالضرورة تعلّقه بمصالح التجارة الدولية، وهذا كما تشير الدكتورة وفاء فيه إثبات لحقيقة مفادها أنّ المعيار الاقتصادي منتج حكماً للمعيار القانوني.

ويمكن أن نستدل على ذلك بعدد من الأدلة:

١. الصلة الموجودة بين التحكيم الدولي والعقد الدولي، فمن النادر أن يكون لدينا عقد دولي دون أن يوجد فيه شرط تحكيم فأصبح شرط التحكيم أمراً أساسياً خصوصاً في العقود الدولية النموذجية.
٢. الصفة الدولية للتحكيم والعقد تجعل بينهما ارتباطاً نسبياً، فتعدّ الدولية عنصراً مشتركاً بينهما.
٣. الدلالة التي أخذتها من المادة (١) ليس فيها تحويل أو تغيير لموقف المشرّع السوري وإنما فيه محاولة فقط لمعرفة رأي المشرّع السوري حول صفة الدولية وحول المعايير المعتمدة لتحديد هذه الصفة ومحاولة إسقاط ذلك على العقد الدولي.
٤. الترابط بين التعريف الذي جاء بالمادة الأولى وبين مصالح التجارة الدولية التي تعبر عن موضوع العقد الدولي.

ومع ذلك حبذا لو نص المشرع السوري على تعريف واضح للعقد الدولي ضمن سياقه أي قبل المواد (٢٠ أو ٢١ من القانون المدني) والتي حكمت القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.

فكان الأحرى بالمشرع أن يعرف العقد الدولي ويحدد المعيار الذي سيتبناه في هذا الإطار وذلك لمعرفة حدود تطبيق المواد (٢٠-٢١).

## المطلب الثاني: مقومات انعقاد العقد الدولي والآثار المترتبة عليه

يعدّ العقد عموماً توافق إرادتين أو أكثر بقصد إحداث أثر قانوني يتمثل في التزام شخص أو أكثر بمواجهة شخص آخر أو أكثر لإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

هذا التعريف ينطبق على العقود الدولية، لكن للعقود الدولية مقومات معيّنة تترتب عليها آثار معينة.

### أولاً: مقومات انعقاد العقد الدولي

#### ١. أطراف العقد الدولي

إنّ أطراف العقد الدولي هم أشخاص طبيعيين أو اعتباريين من جنسيات مختلفة وفق المعيار القانوني، أو يتعلّق عقدهم بالتجارة الدولية وفق المعيار الاقتصادي، ونلاحظ أنّ رضا الأطراف هو الأساس في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، وإنّ لهم الحرية في اختيار القانون الذي سيحكم عقدهم سواءً أكان مستمداً من القانون الوطني أم الدولي.

وهذا ما يميّز العقد الدولي عن الاتفاقيات الدولية، فالاتفاقية الدولية تعرف بأنها: كل اتفاق مكتوب معقود بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي، وقد نظمت الأعراف الدولية واتفاقية فيينا عام ١٩٦٩م كل ما يتعلّق بشروط عقد المعاهدات كالتفاوض والتصديق والتسجيل والتنفيذ وانقضاء المعاهدات.

والاختلاف الآخر يكمن في أثر العنف والإكراه الذي يمثل أحد عيوب الرضا وسمح بموجبه للطرف المتضرر طلب إلغاء العقد الدولي الذي أبرم تحت وطأته، أمّا بالنسبة للمعاهدات: فقد جرى التعامل على إكساء صفة المشروعية بالنسبة لبعض المعاهدات –لا سيما معاهدات الصلح– التي أبرمت تحت وطأة الضغط والإكراه إلّا في حالات معينة ومحدودة.

#### ٢. تكوين العقود الدولية

يستمد العقد الدولي قوته الإلزامية من تراضي الأطراف المعنية وتحرره من الخضوع الحكمي لأحكام القانون الوطني لدولة معينة لكي يتلاءم مع تطور الحياة الاقتصادية، ويتلافى الاختلاف الناتج من تباين التشريعات الوطنية.

واستقرّ بعد ذلك مبدأ سلطان الإرادة الذي يعدّ أحد المبادئ المهمّة في ميدان العقود والالتزامات وبمقتضاه يخضع العقد الدولي لقانون الإرادة ويحكم هذا القانون كل ما يتعلّق بتكوين العقد وشروطه الموضوعية كالتراضي والمحل والسبب وأهلية الأطراف المتعاقدة، كما ينظم آثار العقد وما يرتبه من التزامات وحقوق متبادلة بين أطرافه وما تثيره مخالفة أحكامه من مسؤولية عقديّة.

ويمكننا أن نشير ضمن هذا العنصر إلى فكرة العقود الدولية النموذجية فقد انتشر في الآونة الأخيرة أنماط متماثلة من العقود الدولية وأصبح هذا الأمر ظاهرة مألوفة على صعيد التجارة الدولية.

فالعقود النموذجية هي عبارة عن عادات اتفاقية وصيغ قانونية مستمدّة من واقع التجارة الدولية والمكتوبة في صيغ معدّة سلفاً، وغالباً ما يلجأ الأطراف إليها لتوفير الوقت والنفقات والجهد، وذلك عبر تقصير مدة المفاوضات وتيسيرها، إذ يكتفى عادةً بملء الفراغات والبيانات وتمام توقيع الأطراف أو من ينوب عنهم قانوناً.

وتقوم عادةً بإعداد هذه العقود الجمعيات والهيئات المهنية التي تعمل في مجال الاستثمارات وتجارة السلع والخدمات كغرف التجارة والصناعة وغرفة التجارة الدولية وهيئات التحكيم الدولية، ومن أمثلة هذه العقود عقود البيوع الدولية وعقود تصدير المصانع والآلات وعقود الاعتمادات المستندية وتحصيل الأوراق التجارية.

### ٣. مضمون العقود الدولية

يتضمن العقد الدولي كالعقد الوطني تعريفاً للمصطلحات المستخدمة فيه، ثمّ الشروط الماديّة والموضوعيّة للتعاقد وحقوق الأطراف المتعاقدة والتزاماتها وبعض الأحكام الختامية.

فمقدمة العقد الدولي تتضمن بعض التعابير المألوفة في النطاق الذي يتعرّض إليه العقد وشرحاً للظروف التي تمّ من خلالها إبرامه وتمام وجوبه قانونياً، وكذلك تحديد اللغة المعتمدة في صياغة العقد وتفسيره، ومدة تنفيذ العقد.

أمّا شروط العقد الدولي فقد تكون تنظيمية (كالحصول مثلاً على تصاريح الرخصة للاستيراد والتصدير أو الاستثمار، وبيان مكان التسليم وزمانه) ، أو تقنية (من ذلك ما يتعلّق بتحديد مواصفات المنتج أو البضاعة المطلوب توريدها) .

وعند الحديث عن الشروط لا بدّ من الحديث عن شرط تسوية النزاعات، فلا يكاد يخلو أحد العقود الدولية من النص على شرط الاختصاص القضائي، فقد خوّلت معظم العقود النموذجيّة في بنودها سلطة الفصل في

المنازعات الناجمة عنها إلى التحكيم، وذلك نظراً للمزايا العديدة التي يوفّرها في السرعة والسرية والتخصص المهني، وذلك تجنّباً للمخاطر الكامنة في انحياز القضاء الوطني لهذا الطرف أو ذاك.

كما أنّ العقد الدولي يعطي لأطرافه مرونة كبيرة تمكّنهم من تجاوز العقبات والقواعد التي يفرضها القانون الداخلي ويمكّنهم مثلاً من إضافة شروط معيّنة على عقدهم قد لا تكون مسموحةً ضمن إطار القانون الوطني لكل طرف من الأطراف.

ومن ذلك على سبيل المثال لا الحصر، إضافة شرط التعامل بالذهب أو بعملة أجنبية متداولة، الذي يعدّ غير مسموح به ضمن إطار القانون الوطني في أغلب الدول لكن يسمح به ضمن إطار عقد دولي.

ويتضمن العقد الدولي أخيراً الأحكام الختامية (كشروط تعديل العقد أو تجديده أو تلك المتعلّقة بالتنازل عن الحقوق أو تحويل الالتزامات الناجمة عن العقد لشخص آخر لتنفيذها) ،ويلحق به الوثائق المتعلّقة به وجداول والرسومات والخرائط.

## ثانياً: الآثار المترتبة على انعقاد العقد الدولي

يترتّب على الطابع الدولي للعقد نتائج وآثار غاية في الأهمية، ويمكن تمييز هذه النتائج من خلال النقاط الآتية:

### ١. تحديد القواعد القانونية التي تحكم العقد الدولي

إذ تمكّن الصفة الدولية للعقد أطرافه من الاتفاق على اختيار قانون معيّن يحكم الالتزامات المترتبة على العقد الدولي.

وهذا ما نلاحظه بنص المادة (٢٠) من القانون المدني السوري، فنصّت على ما يلي:

((يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تمّ فيها العقد.

هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أنّ قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه)) .

فمن الملاحظ أنّ المشرع السوري قد ترك للمتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب تطبيقه على عقدهم، غير أنّه لجأ إلى قوانين أخرى في حال تخلّف إرادة المتعاقدين.

**٢. من ناحية الاختصاص القضائي بالنظر للمنازعات الناجمة عن العقود الدولية[٣٧]**

إنّ وجود عقد دولي يجعل الاختصاص القضائي في المنازعات الناتجة عنه خاضعةً لما يسمّى في قانون أصول المحاكمات المدنية السوري بالاختصاص العام الشامل المذكور في المادة (٣) والمتعلّقة باختصاص المحاكم السورية بالنّظر بالدعاوى التي ترفع على السوري بغض النّظر عن مكان إقامته.

وكذلك بالاختصاص العام الدولي وخصوصاً المواد (٤-٥-٩) ، التي تنصّ على ما يلي:

المادة (٤) : ((تختص المحاكم السورية بالدعاوى التي ترفع على غير السوري إذا كان له موطن أو سكن في سورية)) .

المادة (٥) : ((تختص المحاكم السورية بالدعاوى التي ترفع على غير السوري الذي ليس له موطن أو سكن في سورية في الأحوال التالية:

ب- ... أو كانت ناشئة عن عقد أبرم أو نفذ أو كان مشروطاً تنفيذه في سورية أو كانت الدعوى ناشئة عن واقعة حدثت فيها)) .

المادة (٩) : ((يجوز للمحكمة السورية أن تحكم في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها دولياً طبقاً للمواد السابقة إذا قبل المدعى عليه السير فيها صراحةً أو ضمناً)) .

وبالرجوع إلى المواد القانونية الآنفة الذكر، نلاحظ أنّ المحاكم السورية تكون مختصة بالنظر بمنازعات العقود الدولية عندما تتحقق إحدى الحالات الآتية:

- إذا كانت الدعوى الناشئة عن العقد الدولي مرفوعة على شخص سوري.
- إذا كانت الدعوى مرفوعة على شخص غير سوري لكن له موطن أو سكن في سورية.
- إذا كان مكان إبرام العقد في سورية.
- إذا كان مكان تنفيذ العقد في سورية.
- إذا اشترط تنفيذ العقد في سورية.

---

٣٧ يعرّف هذا الاختصاص بأنّه الصلاحية القضائية التي تملكها محاكم دولة ما بالنسبة لمحاكم باقي الدول في تسوية منازعة أو النظر في دعوى موضوعها علاقة ذات بعد دولي وقد أطلق على هذا الاختصاص تسميات عديدة كالصلاحية الدولية للمحاكم الوطنية كما أسماه البعض بالإجراءات المدنية للتجارة الدولية.
راجع في ذلك: د. منصور، سامي بديع، ود. العال، علي محمد عبد. (١٩٩٠م). **القانون الدولي الخاص-حلول النزاعات الدولية الخاصة**. الدار الجامعية. بيروت: لبنان. ص: ٤٠٥٠.
وكذلك: د. صادق، هشام علي. (٢٠٠٠م). **القانون الدولي الخاص-تنازع الاختصاص القضائي الدولي**. دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية: مصر. ص: ٥.

- إذا لم تدخل الدعوى ضمن اختصاص المحاكم السورية طبقاً للحالات السابقة، لكن المدعى عليه قبل السير في هذه الدعوى وذلك صراحةً أو ضمناً.

ونلاحظ أنّه لا يشترط اجتماع الضوابط السابقة جميعها، بل يكتفى بتوافر إحداها لينعقد الاختصاص القضائي للمحاكم السورية.[٣٨]

لكن وضمن إطار حديثنا عن الاختصاص القضائي لا بدّ أن نشير إلى أنّ أغلب العقود الدولية بصيغتها الحديثة يلجأ فيها الأطراف إلى التحكيم لكونه أسلوباً اتفاقياً قانونياً لحل النزاع بدلاً من القضاء، وسواءً عهدوا بهذه المهمة إلى منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لربما أشخاص معينين وذلك تجنباً لمساوئ عديدة قد يثيرها الخضوع للاختصاص القضائي ومنها خوف المتعاقدين من تمييز قضاء دولة معينة للمتعاقد التي ينتمي إليها بجنسيته، أو فقدان ثقة الأطراف بالقضاء المختص أساساً للنظر في الدعوى بقدرته على إعطائهم حكماً عادلاً سريعاً يلبي متطلبات التجارة الدولية والمتمثلة بالسرعة والثقة.

ناهيك عن ميزات التي يوفرها نظام التحكيم من السرعة والمرونة والتخصص، الأمر الذي يتلاءم مع متطلبات التجارة الدولية.

---

٣٨ حيث جاء في قرار لمحكمة النقض السورية رقم (١٩١٩) أساس (٥١٩) تاريخ ١٩٨٢/١٠/٢٦م:
((أنّ القضاء السوري يختص بنظر النزاع ولو كان القانون اللبناني هو الواجب التطبيق على موضوع النزاع إذا نفّذ العقد في سورية وكان مشروطاً تنفيذه فيها)) .
راجع في ذلك: د. ديب، فؤاد، ود. فلحوط، وفاء. مرجع سابق. ص: ٩٤.

# الفصل الأول: خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة

عندما يبرم عقد دولي بين أطراف معينين فإنهم يكونون بحاجة إلى مجموعة قواعد قانونية تكفل تنظيم هذه العقود سواءً الشروط الموضوعية فيها أم الشروط الشكلية وعموم الالتزامات التي من الممكن أن تنشأ عنها.

ولمّا كانت هذه العقود تبرم بين أطراف دوليين، لذلك فقد اهتمت الكثير من المنظمات بدعم الممارسات والأعراف المتداولة بهذا الخصوص بل وتدوينها، وهذا هو الحال مثلاً بالنسبة لغرفة التجارة الدولية والتي عملت على توحيد الأعراف التجارية الخاصة بالتجار الدوليين.

لكن ومع ذلك بقيت هذه المبادئ والأعراف لا تشكّل نظاماً قانونياً كاملاً، لذلك فقد لجأت بعض الدول إلى التصدّي لتنظيم العقود الدولية وذلك بوضع قواعد تقدّم حلاً مباشراً للنزاعات التي تنشأ عن العقود الدولية، أمّا على المستوى الدولي فهناك اتفاقيات دوليّة أبرمت خصيصاً لذلك نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع في فيينا عام ١٩٨٠م التي دخلت حيز التنفيذ عام ١٩٨٨م.

إلّا أنّ دراستي لموضوع القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية تستمد من خلال دراسة نصي المادتين (٢٠-٢١) من القانون المدني السوري التي نظمت القواعد المحددة للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بشقيه الموضوعي والشكلي.

حيث تنصّ المادة (٢٠) من القانون المدني السوري على ما يلي:

((١- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تمّ فيها العقد.

هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أنّ قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه.

٢- على أنّ قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأن هذا العقار)) .

من ناحية أخرى فإن المادة (٢١) من القانون المدني السوري قد نصّت على ما يلي:

((العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين، أو قانونهما الوطني المشترك)).

فيظهر لنا من قراءة المادة (٢٠) من القانون المدني السوري الآنفة الذكر بأنّ المشرع السوري قد لجأ إلى ضابط أساسي في تشكيل قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية هو إرادة المتعاقدين.

وفي حال تخلّف الضابط الأساسي فإننا ننتقل إلى ضوابط تكميلية هي الموطن المشترك للمتعاقدين ثمّ مكان إبرام العقد.

وتكون القاعدة في ذلك هو خضوع العقد الدولي للقانون الذي اختاره المتعاقدين مبدئياً، وفي حال عدم وجود ذلك فإنّ قانون الموطن المشترك للمتعاقدين يسري عند اتحاد الموطن، وفي حال كان موطنهما مختلفاً فإنّ قانون محل إبرام العقد يطبق ضمن هذا السياق.

هذا ضمن موضوع العقود الدولية، أمّا فيما يتعلق بشكل العقود الدولية فإنّ المادة (٢١) الآنفة الذكر أيضاً قد جعلت ضابط الإرادة ضابطاً انتقائياً بين عدة ضوابط دون تفضيل لضابط على حساب ضابط آخر.

تاريخياً كان التصرف القانوني يخضع لقانون محل إبرامه، والسبب في ذلك كما يقول الفقيه بول دي كاستر ((إنّ العقد يعتبر قد نشأ في المحل الذي يلد فيه)) .[٣٩]

لذلك لا بدّ من دراسة نشأة قانون الإرادة في البداية، ثمّ ننتقل إلى مفهومه وكيفية تحديد هذا القانون وإعماله.

## المبحث الأول: نشأة قانون الإرادة

إنّ فقهاء القانون الكنسي في القرن الثاني عشر الميلادي أخضعوا العقد الدولي لقانون محل إبرامه، فقد وجدوا أنّ ربط العقد بقانون المحل الذي أبرم فيه هو ربط طبيعي، مع ملاحظة أنّ أولئك الفقهاء لم يميزوا حينذاك بين شكل العقد الدولي وموضوعه، وكانت قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون المحل تحكم شكل العقد وموضوعه.[٤٠]

لكن في القرن الخامس عشر الميلادي بيّن الفقيه الإيطالي كورسيوس أنّ الأساس الفكري لتطبيق قانون بلد الإبرام على العقد الدولي هو خضوع المتعاقدين الإرادي لهذا القانون، ذلك أنّ الاتفاق على إبرام العقد في منطقة معيّنة ما هو في الحقيقة إلّا قبول ضمني بالخضوع لقانون هذا المكان.

---

٣٩ راجع في ذلك: د. السيوفي، نعوم. (١٩٨١-١٩٨٢). **تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي**. دار المستقبل للطباعة . ص: ١٧٨.

٤٠ راجع في ذلك : د. السيوفي، نعوم. المرجع ذاته. ص: ١٧٨.

ثمّ جاء بعد ذلك الفقيه الفرنسي ديمولان ليعلن النتائج المنطقيّة المترتبة على فكرة الخضوع الإرادي كأساس للقاعدة المأخوذ بها وهي خضوع العقد لقانون بلد الإبرام، فقرر أنّه إذا كان قانون بلد الإبرام يطبق وفق إرادة المتعاقدين الضمنية فإنّ من حق المتعاقدين اختيار قانون آخر غير قانون محل الإبرام ليحكم العقد بينهم.

ومن ثمّ أكّد هذه الفكرة مانشيني عندما أتى بنظريته الشهيرة في شخصية القوانين، فلم يتجاهل أبداً دور الإرادة في إطار العقود الدولية، فقرر خضوع العقد الدولي لقانون إرادة المتعاقدين وذلك كاستثناء لمبدأ شخصية القوانين.[٤١]

ومنذ ذلك الوقت استقرت هذه القاعدة في قضاء وتشريعات كثير من دول العالم على اختلاف مشاربها ونزعاتها الفلسفية والاقتصادية، وأخذت أيضاً مكانها في التشريع السوري مع صدور القانون المدني السوري عام ١٩٤٩م.

## المبحث الثاني: التعريف بمبدأ قانون الإرادة والأساس القانوني له

إنّ الجوهر من فكرة قانون الإرادة تتمثّل في الاعتراف لأطراف العقد بحق اختيار القانون الواجب تطبيقه على عقدهم وتحديده، وعند هذا الحد يتوقف دور الإرادة ويخضع عقدهم بعدها خضوعاً كاملاً لهذا القانون، ومن ثمّ لا يتدخل الأطراف للحدّ من هذا الخضوع.

فالإرادة في القانون الدولي الخاص لا تعطي الحل لنزاع مباشرة وانما ترشدنا الى القانون الواجب التطبيق وتتقيد بعوامل موضوعية ضمن هذا القانون، فدولية العقد تعد مسألة أولية لازمة لإعمال قانون الإرادة في اطار القانون الدولي الخاص.[٤٢]

ويختلف الأساس القانوني لمنح الإرادة حق اختيار القانون الواجب التطبيق باختلاف النظرة إلى دور الإرادة، فيختلف هذا الدور بين نظريتين تناولتا هذا الموضوع هما: النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، وهناك اتجاه حاول التوفيق بين النظريتين.

---

٤١ د. ديب، فؤاد. مرجع سابق ذكره. ص: ٣١٦.

[٤٢] راجع في ذلك: د. شيعان، فراس كريم. (٢٠١٦،آذار). أثر مبدأ قانون الإرادة على اختلال التوازن في العقود الدولية. **مجلة جامعة تكريت للحقوق**. السنة: ٨ ، المجلد: ٣ ، العدد: ٢٩. ص: ٢٢٩.

**المطلب الأول: النظرية الشخصية**

ان الرواج الذي شهده مبدأ سلطان الإرادة في القرن التاسع عشر الذي تجلّى بنظرية العقد في القانون المدني قد أدلى بدلوه في اطار القانون الدولي الخاص.

فالتقاء الارادات كاف بحد ذاته مصدراً مجرداً للالتزام بمعزل عن اختيار قانون يحكم العلاقة العقدية فالنظرية الشخصية قدّست مبدأ سلطان الإرادة وقالت إنّ إرادة المتعاقدين هي الشريعة الملزمة لهم وهي لا تحتاج في هذا الالزام الى قوة القانون فالعقد ملزم في ذاته ويستمد هذا الالزام من إرادة المتعاقدين لا من القانون الذي اختاروه.

فوفقاً لهذه النظرية فإنّ إرادة الأطراف مطلقة في اختيار القانون الذي يحكم العقد فالأمر متعلق بتنظيم مصالحهم الخاصة، فالإرادة تسمو فوق القانون سواءً أكانت صريحة أم ضمنية وفي حال غياب وجودها يبحث القاضي ضمن هذه النظرية عن الإرادة المفترضة للأطراف.[٤٣]

ويترتب على الأخذ بالنظرية الشخصية جملة من النتائج الإيجابية والسلبية نوجزها فيما يلي:[٤٤]

**أولاً: النتائج الإيجابية**

١. عند اختيار قانون أجنبي معين لحكم العلاقة العقدية، فإنّ هذا القانون يدمج في العقد ويأخذ حكم الشرط التعاقدي، الأمر الذي يخول الخصوم استبعاد الأحكام الآمرة من جهة، والمحافظة على شرط الثبات التشريعي أو ما يعرف بالتجميد الزمني للعقد من جهة أخرى، ومعنى ذلك ألّا يخضع العقد لأي تعديلات من الممكن أن تطرأ على القانون المختار بعد ابرام العقد وهذا يسهم في تحقيق الاستقرار للرابطة العقدية فإنّ اختيارهم لقانون العقد يعني انصراف إرادتهم إلى اختيار هذا القانون طبقا لمضمونه وأحكامه التي كانت موجودة عند إبرام العقد، فلا يفاجأ أطراف العقد الدولي بتطبيق أحكام جديدة معدلة في القانون الذي اختاروه على عقدهم، ولربما تكون هذه الأحكام غير مرضية لتوقعاتهم ولا توافق مبتغاهم.
٢. لا يشترط في القانون الذي يختاره المتعاقدون في العقد الدولي أن يكون له صلة مع هذا العقد فيحق للأطراف اختيار أي قانون يرغبون به، أو اختيار قانون اشتهر مثلا بوضع شروط نموذجية لنوع معين من العقود مما يوفر على الأطراف الوقت والجهد والنفقات.

فاشتراط مثل هذه الصلة يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة ومع مفهوم النظرية الشخصية.

---

[٤٣] راجع في ذلك : د. منصور، سامي بديع. مرجع سابق. ص: ٤٩١ وما بعدها .
وكذلك: د. صادق، هشام. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص: ١٠١.
[٤٤] راجع في ذلك : د. شيعان، فراس كريم. مرجع سابق. ص: ٢٣٥ وما بعدها.

٣. يجوز للمتعاقدين اختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في الرابطة العقدية مستخلصين من كل من القوانين المختارة النصوص التي تحقق مصالحهم، هذه الحرية في الاختيار لا غنى عنها لتنظيم مختلف العلاقات التجارية الدولية لما تكفله من إنماء وتنشيط لهذا النوع من العلاقات.

**ثانياً: النتائج السلبية**

١. من غير المقبول أن يترك للأفراد حرية مطلقة في اختيار القانون الذي سيحكم العقد إذ من المفروض أنّ القانون هو الذي يحدد نطاق سريانه وليس العكس ، وقد لخص الفقيه باتيفول هذا الانتقاد بقوله:
(لا يعود للمتعاقدين أن يختاروا القانون الذي سيحكم علاقاتهم ، بل يعود للقانون أن يعين العلاقات التي يحكمها) .[٤٥]

٢. من المعلوم أنّ القوانين عموما تتضمن قواعد آمرة لا يمكن للمتعاقدين الإفلات منها، فيجوز للمتعاقدين ان يختاروا فقط القوانين التي تتضمن قواعد مفسرة، وفي هذه النظرية خروج كبير على هذه القاعدة، فمطلق أنصار النظرية الشخصية يناهض صحيح القانون فإرادة المتعاقدين ليست طليقة وانما مقيدة بنصوص القواعد الآمرة التي تهدف الى حماية المصالح العليا للمجتمع فالعقد ليس مسألة خاصة بأطرافه فقط وانما هو يعبر عن واقع اجتماعي للبيئة التي نشأ فيها.

٣. يدلل مراقبون على ضعف إمكانية الأخذ بالنظرية الشخصية بمعناها الحرفي بالسؤال التالي: ما هو الحل الواجب اتباعه في حال اختيار المتعاقدين قانوناً يبطل العقد الذي أبرماه، هل يقضي ذلك إبطال هذا العقد؟ لا شك أنه منطقياً يقتضي إبطال العقد، لكن هل من المعقول أن يكون المتعاقدين قد اختاروا قانوناً يقصد منه هذه النتيجة.

وما هو الحل الواجب اتباعه أيضاً في حال لم يخضع المتعاقدان عقدهما صراحة الى قانون معين؟

فهل يتعين على القضاء البحث عن قانون الإرادة، و إن كان كذلك فليس من الممكن أن ينسب القضاء للمتعاقدين قانوناً لم يخطر على بالهما البتة ولم يكن ضمن إطار توقعاتهم.

لذلك يرى معارضو هذه النظرية أنّه لا يمكن تفسير قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة حرفياً بل يجب العدول عنها لغيرها، وهذا ما يدفعنا لدراسة النظرية الثانية التي حاولت تفسير الأساس القانوني لنظرية الإرادة ووضعه.

---

[٤٥] راجع في ذلك :د. السيوفي، نعوم. مرجع سابق. ص: ١٨٠ وما بعدها.

**المطلب الثاني: النظرية الموضوعية**

يرى أنصار هذه النظرية أن أصحاب النظرية الشخصية قد بالغوا في إطلاق دور الإرادة، فالحرية العقدية أضحت لا حدود ولا ضابط لها.

مع أنّ دور الإرادة لا يتعدى أن يكون ضابط إسناد يتعين على أساسها القانون الواجب التطبيق فالإرادة تستمد قوتها الملزمة من القانون الذي حددها كضابط إسناد، ومع النظرية الشخصية أصبح القانون مستمداً لإلزامه من الإرادة خلافاً للقاعدة.[٤٦]

وملخص هذه النظرية أنّ العقد إنّما يعبر عن الواقع الاجتماعي للبيئة التي نشأ فيها، فيجب وفقاً لذلك رفض التسليم بإطلاق دور الإرادة في اختيار قانون العقد وإبقائه فقط في الحدود التي تقضي بعدّ هذه الإرادة عنصراً في تركيز العلاقة العقدية وليس أساساً لها.[٤٧]

فهذه النظرية تعني سلطان القانون على إرادة المتعاقدين، فسند اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون، وما الإرادة إلّا عامل يشير إلى القانون الواجب التطبيق، لذلك لا يملك أطراف العقد الدولي استبعاد الأحكام الآمرة المتعلّقة بالنظام العام، وعلى فرض لم يقم المتعاقدان صراحةً باختيار القانون الواجب التطبيق تبدأ مهمة القاضي بالبحث عن الإرادة الضمنية.

هذه النظرية التي يرجع أصلها إلى الأستاذ الألماني سافيني والتي طُوّرت على يد الأستاذ باتيفول، يترتب عليها عدد من النتائج الإيجابية والسلبية:

**أولاً: النتائج الإيجابية**

١. احترام النصوص الآمرة المتعلّقة بالنظام العام في القانون الواجب التطبيق ووضع حد لإرادة المتعاقدين وتقييد حريتهم في إطار احترام المبادئ الأساسية في القانون الذي اختاروه لحكم علاقتهم العقدية.
٢. حظر التجميد الزمني للقانون باستبعاد التعديلات التشريعية عليه، فوفق هذه النظرية يجب أن يخضع العقد الدولي لهذه التعديلات التي قد تطرأ عليه، ولا يستطيع أطراف العقد الدولي استبعادها.

---

[٤٦] د. منصور، سامي. مرجع سابق. ص: ٤٩٣ وما بعدها.
[٤٧] د. صادق، هشام علي. (١٩٩٥م). **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**. منشأة المعارف. الإسكندرية. ص: ٤٤.

٣. لا يمكن لأطراف العقد الدولي اختيار قانون لا علاقة له ولا صلة بالعقد، بل يجب أن يرتبط القانون المختار من قبلهم بالعقد الدولي برابطة معينة، فمثلاً أن يكون القانون المحدد لحكم العلاقة العقدية هو قانون مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه.
٤. لا يستطيع أطراف العقد الدولي اختيار أكثر من قانون لحكم العقد، لأنّ ذلك قد يؤدي إلى الإفلات من حكم القانون وتجاوز القواعد الآمرة في كلا القانونين المختارين لحكم العلاقة العقدية.
٥. إنّ القانون المحدد لحكم العلاقة العقدية لا يندمج في العقد ولا يصبح شرطاً من شروطه – كما رأينا في النظرية الشخصية – ، بل إنّ القانون المختار يحتفظ بصفته القانونية ويخضع المتعاقدان لأحكامه وقواعده الآمرة.[٤٨]

**ثانياً: النتائج السلبية**

١. إنّ الانتقاد الذي تمّ توجيهه إلى النظرية الشخصية يصدق هنا على النظرية الموضوعية في الحرية المطلقة للأفراد في النظرية الشخصية يقابلها الحرية المطلقة للقضاء ولسلطة القاضي في تعديل اختيار المتعاقدين وعدم تقييد ذلك.
٢. إنّ إطلاق يد القاضي في تعديل القانون الواجب تطبيقه على العلاقة العقدية والمختار من قبل الأطراف يؤدي إلى انعدام الأمان القانوني، فهذا يخل بتوقعات الأطراف المشروعة حول القانون الواجب التطبيق على عقدهم.

## المطلب الثالث: التوفيق بين النظرية الشخصية والموضوعية[٤٩]

هناك اتجاه حاول التوفيق بين النظريتين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وخير مثال على ذلك نرى اتفاقية روما (١٩-٦-١٩٨٠م) التي كرست النظريتين معا.

فكرست النظرية الشخصية بنصها على حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي كما كرست النظرية الموضوعية عندما أخضعت العلاقة العقدية لقانون الدولة الأكثر اتصالا بالعلاقة العقدية.

---

[٤٨] راجع في ذلك: د. شيعان ، فراس كريم. مرجع سابق ذكره. ص: ٢٣٧.
[٤٩] راجع في ذلك: د. منصور، سامي بديع. مرجع سابق. ص: ٥١٧ وما بعدها.

فمن مراجعة بنود هذه الاتفاقية وخصوصاً (المادة ٢ والمادة ٣) نرى حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم بشرط كون هذا الاختيار صريحاً أو يستنتج بشكل لا لبس فيه ولا غموض من بنود العقد أو الظروف المرافقة.

كما أنّ للأطراف تعيين القانون الذي يحكم أجزاء العقد كلّها أو أجزاء فقط منه، فمن المسموح تطبيق عدة قوانين في هذه الوضعية.

ونلاحظ أنّ هذه الأحكام تتماشى مع أفكار النظرية الشخصية.

لكن: عند عدم اختيار الأطراف للقانون الذي سيطبق على عقدهم فهنا تتجلى أفكار النظرية الموضوعية، وبموجب المادة الأولى والمادة الرابعة فإنّ القانون الذي يطبق عند عدم اختيار الإرادة للقانون الناظم لعلاقتهم العقدية هو القانون الذي يمثل الصلات الأوثق بتلك العلاقة وذلك بالاعتماد على قرائن لتحديد ذلك القانون.

ومن الممكن كون هذه القرائن إمّا:

- عامّة: نصّت عليها الفقرة الثانية من المادة الرابعة من الاتفاقية، وخير مثال عليها محل السكن الاعتيادي للشخص الطبيعي أو مركز الإدارة الرئيسي للشخص الاعتباري أو المعنوي.
- خاصّة: نصت عليها الفقرة الثالثة والرابعة على التوالي من المادة الرابعة من الاتفاقية، فالعقود التي يكون موضوعها مثلاً حقاً عينياً عقارياً فإنّها تخضع لقانون موقع المال، أمّا عقود نقل البضائع فهي تخضع لقانون المركز الرئيسي للمرسل وقت إبرام العقد، والعقود المبرمة مع المستهلكين تخضع لقانون السكن الاعتيادي للمستهلك (المادة الخامسة) ، وفي عقود العمل الفردية فإنّ القانون المطبّق هو قانون الدولة التي يقوم فيها العامل بعمله قياماً اعتيادياً (المادة السادسة من الاتفاقية) .

## المطلب الرابع: معايير التفرقة بين النظريتين مع بيان الرأي الشخصي

طرح الفقهاء معيارين لذلك: الأول منهما هو المعيار التقليدي الذي يتخذ من وسيلة تحديد القانون سنداً للتفرقة، فإذا تمّ تحديد قانون العقد بناءً على اختيار إرادي له سواءً أكان هذا الاختيار صريحاً أم ضمنياً نكون أمام النظرية الشخصية.

أمّا لو تمّ تحديد القانون عن طريق تركيز الرابطة العقدية في إطار قانوني تعينه إرادة المشرع أو القاضي المطروح عليه النزاع حتى ولو كان هذا التركيز قائماً على دلالات مستمدة من إرادة المتعاقدين، فنكون أمام النظرية الموضوعية.[٥٠]

أمّا الثاني: فهو المعيار الحديث المتمثل بعبارة (وضع الإرادة في مواجهة قانون العقد) ، فإذا علت إرادة المتعاقدين على القانون المختار الذي يصبح مجرد شرط تعاقدي نكون أمام النظرية الشخصية، أمّا لو خضعت هذه الإرادة للقانون ولقواعده الآمرة نكون أمام النظرية الموضوعية.[٥١]

لكن: هل استطاع كلا المعيارين وضع حد فاصل بين النظريتين الشخصية والموضوعية؟

لا اعتقد ذلك، فالمعيار التقليدي يكتنفه الغموض فإنّ القانون الواجب التطبيق في الحقيقة هو قانون الإرادة لأنّه وحتى في الحالة التي لا يتمّ فيها تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف فإنّ القاضي غالباً ما يستدل على هذا القانون بإشارات وعناصر مستمدّة من الإرادة ودور القاضي في الحقيقة هو الوصول إلى إرادة الأطراف من خلال دلائل معينة.

أمّا المعيار الحديث فهو لا يتبنّى أساساً واضحاً للتفرقة، فما هو معيار دمج القانون بالعقد وتحوله لشرط تعاقدي ومتى يعد كذلك، وهل إدراج القانون الواجب التطبيق ضمن البنود التعاقدية يغيّر من وصفه!؟ .

هذا بالنسبة للانتقادات الموجهة لمعايير التفرقة بين النظريتين، لكن النظريتين بحدّ ذاتهما لم يسلما من الانتقادات – وقد أشرت إليها سابقاً – .

ولابدّ من الذكر هنا أنّ النظرية الشخصية ستؤدي لاختلال التوازن في العلاقة العقدية، فالطرف الأقوى في العقد هو الذي سيملي شروطه وقانونه المناسب لحكم العلاقة العقدية على حساب الطرف الضعيف، مستغلاً في ذلك مركز قوته.

أمّا النظرية الموضوعية فيمكن استخدامها لحماية الطرف الضعيف في مواجهة الطرف القوي، وبالتالي حماية التوازن في العلاقة العقدية، فحرية اختيار القانون الواجب التطبيق وفق النظرية الموضوعية ليست متروكة لطرفي العقد بل هناك ضوابط كثيرة لذلك ومن شأن هذه الضوابط أن تفقد الطرف القوي حرية الاختيار وتمنعه من استغلال تفوقه ومركز قوته.

---

[٥٠] راجع في ذلك: د. ياقوت ، محمود محمد. (٢٠٠٠م). **حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق**. منشأة المعارف. الإسكندرية. ص: ١٢.

[٥١] راجع في ذلك: الخفاجي، صلاح كريم جواد. (٢٠١٦-نيسان). عقد المقاولة الدولي وأثر قانون الإرادة في توطينه. **مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية**. جامعة القادسية. المجلد: السابع. العدد: الثاني. ص: ٢٧ وما بعدها.

ومن أهمّ هذه الضوابط: ألّا يخالف القانون المختار للنصوص الآمرة، ومن المعلوم أنّ أغلب النصوص الآمرة جاءت لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

ناهيك عن أنّ النظرية الموضوعية تسمح للقاضي الناظر في الدعوى تصحيح القانون المختار من الأطراف وفقاً لطبيعة العقد وملابساته.

لذلك: أرى أنّ النظرية الموضوعية مرجحة في التطبيق على النظرية الشخصية، خصوصاً في العقود الدولية التي يختلّ فيها التكافؤ بين الأطراف.

## المبحث الثالث: كيفية تحديد قانون الإرادة وإعماله

سأتناول هنا الشكل الذي يجب أن تظهر به الإرادة أولاً ثم أنتقل للحديث عن الضوابط التي تحدد هذه الإرادة وفق ما يلي:

### المطلب الأول: شكل الإرادة

من مراجعة نص المادة (٢٠) من القانون المدني السوري ((... هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أنّ قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه)) .

نرى أن إرادة المتعاقدين يمكن أن تظهر بصورة صريحة (يتفق المتعاقدان) أو بصورة ضمنية (تبين من الظروف) ، كما يمكن أن تكون مفترضة في بعض القوانين.

#### أولاً: الإرادة الصريحة

يلاحظ أنَ المشرع السوري في نص المادة (٢٠) لم يترك للقضاء بدايةً أمر تعيين القانون الواجب التطبيق بل أناط ذلك بالمتعاقدين.

فإذا اتفق المتعاقدان على تطبيق قانون معين على عقدهم الدولي صراحة وجب احترام إرادتهما في هذا الصدد إلّا في حالات معينة سأذكرها لاحقا.[٥٢]

فإذا تلاقت إرادة المتعاقدين مثلاً على تطبيق القانون الإيطالي على عقدهم، فهنا يجب على القاضي الناظر بالدعوى تطبيق القانون الإيطالي مباشرةً.[٥٣]

ونرى أنّ هذه القاعدة قد أخذت بها أغلب التشريعات، فأخذ بها القانون المدني المصري في المادة (١٩) منه، وهي مشابهة تماماً لنص المادة (٢٠) من القانون المدني السوري.

فإذا لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون معين صراحةً، فهنا تظهر إشكاليّة البحث عن الإرادة الضمنيّة للمتعاقدين.

**ثانياً: الإرادة الضمنية**

عند غياب تحديد القانون الواجب التطبيق صراحةً فهنا:[٥٤]

- إمّا أن يتولّى المشرع مباشرةً تحديد هذا القانون، فنرى أنّ المشرع السوري في المادة (٢٠) قد أخذ بقوانين تكميلية لقانون الإرادة وهي قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً ثمّ قانون بلد الإبرام عند الاختلاف في الموطن.

وكذلك فعل المشرع الجزائري في المادة (١٨) من القانون المدني الجزائري[٥٥] التي نصت على ما يلي:

(يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبّق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبّق قانون محل إبرام العقد) .

---

[٥٢] راجع في ذلك: المطلب الثاني من المبحث الثالث بعنوان ضوابط الإرادة. ص: ٤٧.

[٥٣] راجع في ذلك: د . ديب، فؤاد. **القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين**. مرجع سابق ذكره. ص: ٣١٧.

[٥٤] راجع في ذلك: د. منصور، سامي بديع. **الوسيط في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق. ص: ٥٢٥ وما بعدها.

[٥٥] صدر القانون المدني الجزائري بموجب الأمر رقم (٧٥-٥٨). المؤرخ في ٢٠ رمضان عام ١٣٩٥ هجري والموافق ل ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥م. وقد عدّلت المادة (١٨) المذكورة بموجب الأمر رقم (٠٥-١٠). المنشور في الجريدة الرسمية رقم (٢٤) لعام ٢٠٠٥م. ص: ٢٠.

لكن مع اختلاف مع نص المادة (٢٠) من القانون المدني السوري، فأخذ القانون الجزائري أولاً بالقانون المختار من المتعاقدين (الإرادة الصريحة) لكنّه اشترط لهذا الاختيار أن يكون له صلة حقيقية بالعملية التعاقدية.

وفي حال لا يوجد ذلك فقد أخذ بقانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة ونلاحظ هنا أنّ الاختيار بين هذين القانونين انتقائي وليس على سبيل الترتيب كما فعل المشرع السوري الذي أخذ بقانون الموطن المشترك أولاً عند الاتحاد في الموطن وبقانون البلد الذي أبرم فيه العقد عند الاختلاف في موطن المتعاقدين.

وفي حال اختلاف موطن المتعاقدين أو اختلاف جنسيتهما فهنا نلجأ إلى قانون المكان الذي أبرم فيه العقد.[٥٦]

- وإمّا أن يتولّى القضاء تحديد ذلك القانون من خلال البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين عبر الظروف التي أحاطت بالعملية التعاقدية وبالمتعاقدين، وقد أخذ المشرع السوري وكذا نظيره المصري والجزائري بهذا الحل قبل الانتقال إلى الحلول المباشرة المذكورة أعلاه.[٥٧]

وللقاضي دور مهم في البحث عن إرادة المتعاقدين الضمنية ، وتظهر مهمته جليةً في هذا الصدد وذلك باستنتاج واستنباط اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقدهم من خلال تفسير هذا العقد وتفسير الظروف التي رافقت نشوئه، وبالتالي تحديد ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين حتى في حال غياب اختيارهم الصريح للقانون الواجب التطبيق.[٥٨]

---

[٥٦] ومن التشريعات التي تجري تسوية بين الإرادة الصريحة والضمنية في اختيار قانون العقد نرى القانون الإماراتي في المادة (١٩) فقرة (١) ، والقانون المصري في المادة (١٩) منه، ومن الاتفاقيات الدولية اتفاقية روما لعام ١٩٨٠م، حيث قضت المادة (٣) فقرة (١) على:
(أن يكون اختيار المتعاقدين لقانون العقد صريحاً أو مستخلصاً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو ظروف الحال) ، وكذلك الأمر في المادة (٧) فقرة (١) من اتفاقية القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع والتي جاءت بحكم مماثل.
راجع في ذلك: العنزي، زياد خليف. (٢٠١٦-كانون الأول) . مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقاً لمبادئ مؤتمر لاهاي ٢٠١٥م. **مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية**. المجلد: ١٣. العدد: ٢. ص: ٣٨٩.

[٥٧] لا بدّ أن أشير إلى أنّ مسألة الإرادة الضمنية غير متفق عليها بين جميع الفقهاء، وهنا لا بدّ أن نميّز بين اتّجاهين:
الاتجاه الأول: التسوية بين الاختيار الصريح والاختيار الضمني لقانون العقد
حيث يميل الفقه والقضاء والتشريع بصفة عامّة إلى التسوية بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية، حيث تطبّق الإرادة الضمنية عند سكوت المتعاقدين عن التحديد الصريح لقانون العقد.
الاتجاه الثاني: الاتجاه الرافض للاختيار الضمني مطلقاً
يؤكد الفقه الرافض لحرية القاضي في البحث عن الإرادة الضمنية وجهة نظره في شأن ما تؤدي إليه هذه الحرية من تحكّم من قبل القاضي يخالف الحقيقة.
ويقولون برفض الاختيار الضمني لأنّ محاولات الكشف عن الإرادة الضمنية ستؤدي إلى تحكّم القاضي في تحديد قانون العقد وربما تطبيق قانون على العلاقة العقدية لا يرغب به أطراف العقد ولم يكن في توقعهم وحسبانهم عند إبرام العقد.
راجع في ذلك: د. صادق، هشام علي. **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**. مرجع سابق. ص: ٤١٩ وما بعدها.

[٥٨] راجع في ذلك: عياض، رملة. (٢٠١٥-٢٠١٦م). **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**. مذكرة مقدمة لاستكمال نيل شهادة الماستر في قانون العلاقات الدولية الخاصة. جامعة قاصدي مرباح. ورقلة. الجزائر. ص: ٣٤.

فيعمل القاضي على استخلاص هذا القانون من خلال مؤشرات ودلائل ، وهذه الأخيرة إمّا أن تكون مؤشرات من داخل العقد أو من خارجه.

١. المؤشرات من داخل العقد:[٥٩]

وهذه المؤشرات إمّا أن تكون خاصة أو عامّة أو مكملة.

أ- المؤشرات العامّة:

بمعنى أنّها عامّة في كل العقود وهي:

أ-١- مكان إبرام العقد:

أخذ جانب من الفقه بقانون مكان التعاقد كون أنّ الأطراف باختيارهم لدولة معينة لإجراء عقدهم فهذا يعني رغبة الأطراف الضمنية بإخضاع عقدهم لقانون هذه الدولة.

وقد وجّه لهذا الاتّجاه الكثير من الانتقادات أهمّها أنّ تحديد مكان إبرام العقد غالباً ما يكون عرضياً لا علاقة له بموضوع العقد ولا بموطن الأطراف، فقد يتقابل أطراف العقد في دولة معينة أو في مكان اعتادوا مباشرة أعمالهم فيه، وقد يتمّ العقد بالمراسلة دون أن يكون هناك حساب لمكان الإبرام.[٦٠]

وقد أخذ المشرع السوري بهذا الضابط ضابطاً تكميلياً ثانياً في حال غياب الإرادة الصريحة للمتعاقدين باختيار القانون الواجب تطبيقه وعدم قدرة القاضي على استخلاص الإرادة الضمنية للمتعاقدين، وكذا اختلاف الموطن المشترك للمتعاقدين بوصفه الضابط الاحتياطي الأول.

أ-٢- مكان تنفيذ العقد:

يرى أنصار هذا المؤشر أنّ مكان التنفيذ ليس مثل مكان الإبرام، فهو لا يمكن أن يكون عرضياً بل يكون مرتبطاً ارتباطاً جوهرياً وثيقاً بالعقد، فالغاية الأساسية من أيّ عقد هي تنفيذه، لذلك يعدّ هذا المؤشر دلالة قويّة على

---

[٥٩] راجع في ذلك: غصوب، عبده جميل. (٢٠٠٨م). **دروس في القانون الدولي الخاص**. ط: ١. بيروت. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. ص: ٣٥٩.
وراجع أيضاً : د. منصور، سامي بديع. مرجع سابق ذكره. ص: ٥٢٦ وما بعدها.

[٦٠] راجع في ذلك: زينة، هاني مروان. مرجع سابق. ص: ١٦.

الإرادة الضمنية للمتعاقدين وذلك لإخضاع عقدهم لقانون مكان التنفيذ الذي له أهمية كبيرة في تنظيم إجراءات التنفيذ وإمكانيته.[٦١]

لكن يؤخذ على هذا الاتجاه أنّه قد ينفذ العقد بأكثر من دولة فهذا سوف يؤدي بالنتيجة إلى تجزئة العقد الدولي في الإخضاع للقانون، وهو أمر منتقد.

ب- المؤشرات الخاصّة :

بمعنى أنّها ليست عامّة في كلّ العقود، بل تنطوي على أهمية في العقود التي تشكّل بنداً من بنودها وهذه المؤشرات هي:

ب-١- مضمون القانون:

وذلك مثلاً عندما يتضمن أحد القوانين المتصلّة بالعلاقة أحكاماً تنظيمية لها ينفرد بها عن غيره، أو كان أحد القوانين يقضي بصحة العقد خلافاً للقوانين الأخرى ذات الصلة وهذا ما يطلق عليه (مبدأ التصحيح) ، فهنا من المنطق إعمال قانون الدولة التي تنظّم العلاقة أو تقرّ بصحتها على حساب القوانين الأخرى.

ب-٢- عملة الوفاء :[٦٢]

وهي تعدّ من القرائن التي يستدلّ بها القاضي على إرادة الأطراف الضمنية، فاتفاق الأطراف أن يتم الدفع بعملة دولة معينة يعدّ من المؤشرات التي تكشف عن وجود رابطة بين الأطراف وهذه الدولة.

لذلك من الممكن استخلاص أنّ الأطراف قد ارتضوا ضمناً بإخضاع عقدهم لقانون دولة العملة.

لكنّ الأخذ بهذا المؤشر تحيطه عدة محاذير:

فإنّه من الممكن أنّ اتفاق الأطراف على تحديد عملة دولية معينة للوفاء يكون نابعاً من عوامل الثقة والطمأنينة لقوّة هذه العملة وثباتها واستقرارها ومدى قابليتها للتحويل والصرف، كما لو اتفق الأطراف أن يكون الدولار الأمريكي عملة الوفاء كونه عملة مستقرة، فلا يمكن في هذه الحالة أن تكون عملة الوفاء مؤشرا لإخضاع العقد الدولي للقانون الأمريكي.

---

[٦١] يعدّ الفقيه الألماني سافيني من أبرز المدافعين عن اختصاص قانون مكان التنفيذ، إذا يرى: (إنّ كل التزام ما هو إلّا نتاج عوامل واضحة ويجري تنفيذه في مكان معين ، ومن ثمّ يمكن تركيز العقد في محل التنفيذ) ، راجع في ذلك: الأنباري، أحمد حميد. مرجع سابق. ص: ٧١.

[٦٢] راجع في ذلك : الأنباري، أحمد حميد. مرجع ذاته. ص: ٧٨ وما بعدها.

كما أنّه قد يشترط الوفاء بالذهب وبذلك تنتفي صفة العملة بوصفها قرينةً ومؤشراً على الإرادة الضمنية.

ب-٣- موضوع العقد:

ففي العقود التي يكون مثلاً موضوعها الأساسي عقاراً أو مؤسسة تجارية، فالاتجاه السائد هنا هو الأخذ بقانون الموقع.

ب-٤- تحديد الاختصاص القضائي:[٦٣]

حين يحدد أطراف العقد الدولي القضاء المختص بنظر النزاع الذي من الممكن أن ينشأ، دون تحديد القانون الواجب تطبيقه، فهذا يشكّل قرينة قوية واضحة على رغبة الأطراف بتطبيق قانون القاضي على ما يثار من نزاع.

مع ملاحظة أنّه لا يمكن الركون إلى هذا العامل ركوناً حاسماً لتحديد القانون الواجب التطبيق، ذلك أنّه ومن المبادئ الأساسية أنّه لا يوجد تلازم بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي، والذي يعني أنّ انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة معيّنة لا يعني بالضرورة تطبيق القانون الموضوعي لتلك الدولة على موضوع النزاع الناشئ عن العقد الدولي.[٦٤]

ب-٥- لغة العقد :[٦٥]

يمكن أن يستدل القاضي النّاظر بالدعوى من اللغة التي حرر بها العقد الدولي على القانون الواجب التطبيق.

مع أنّه ووفقاً للفقه الغالب أنّ لغة العقد لا تعدّ عاملاً حاسماً في تحديد هذا القانون، لأنّ اختيار لغة العقد قد تأتي من كونها لغة عالمية يسهل على الأطراف التعامل بها وإجراء المفاوضات، دون أن تتجه نواياهم لإخضاع عقدهم لقانون دولة اللغة.

ج- المؤشرات المكمّلة:

---

[٦٣] راجع في ذلك: زينه، هاني مروان. (٢٠٠٨-يونيو). الاختصاص التشريعي والقضائي للقرض المصرفي المجمع. **مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية**. المجلد: ١٥. العدد: ١. ص: ١٤.
وكذلك: د. ديب، فؤاد، ود. فلحوط، وفاء. مرجع سابق ذكره. ص: ٤٢ وما بعدها.

[٦٤] صحيح أنّ أغلب الدول تتعامل مع مبدأ عدم تلازم الاختصاص القضائي والتشريعي كونه قاعدة عامّة مطردة، إلّا أنّ هذا الامر لا ينفي احتمالية تلازم الاختصاصين في بعض الظروف، فقد يتحقق التلازم نتيجة تبني ضابط إسناد موحد لكل من الاختصاصين القضائي والتشريعي كضابط موقع العقار وضابط موقع الفعل المنشئ للالتزام .
للمزيد: راجع في ذلك : د. ديب، فؤاد ،ود. فلحوط، وفاء. مرجع سابق. ص: ٤٤ وما بعدها.

[٦٥] راجع في ذلك: المجاهد، طارق عبد الله عيسى. (٢٠٠١م). **تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية**. أطروحة دكتوراه. جامعة بغداد. بغداد: العراق. ص: ١٤٠.

وهي التي ترتبط بأشخاص المتعاقدين وجنسيتهم ومحل إقامتهم.

ويرى أغلب الفقهاء أنّ مثل هذه العناصر لا تحمل في ذاتها اليقين اللازم لتحديد قانون العقد، وإن كان يمكن أن تدخل في تقدير ظروف التعاقد.[٦٦]

٢. المؤشرات من خارج العقد:

وهي تشمل الظروف التي رافقت تكوين العقد، وكذلك سلوك الفرقاء بعد إنشاء العقد كطلب أحد الأطراف من المحكمة تطبيق قانون معين وقبول بقية الأطراف بذلك.

تلك كانت أهمّ المؤشرات والدلائل التي يلجأ إليها القاضي في محاولته استخلاص الإرادة الضمنية للأطراف وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي، وفي كلّ الأحوال تعدّ هذه المسألة من مسائل الواقع التي يعود تقديرها لمحكمة الموضوع والتي تخرج من نطاق رقابة محكمة النقض وليس من مسائل القانون، لأنّ الأمر يتصل برمته بتفسير العقد وظروف عملية التعاقد.[٦٧]

**ثالثاً: الإرادة المفترضة**

إذا لم يتفق الأطراف في العقود الدولية على اختيار القانون الذي يحكم عقدهم صراحةً ، وتعذر في الوقت نفسه استخلاص إرادتهم الضمنية، فإنّ هذا لا يصلح أن يكون سبباً للامتناع عن الفصل في النزاع، وإنّما وجب على القاضي الاجتهاد للوصول إلى الحل الأنسب.

---

[٦٦] راجع في ذلك: ليندة، بلاش. (٢٠١٧م). **إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية**. أطروحة لنيل درجة الدكتوراه. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة مولود معمري. الجزائر. ص: ٣٩٤.

[٦٧] راجع في ذلك: د. فلحوط ، وفاء ، د. الخابور ، ساجر. (٢٠٢١-٢٠٢٢). **القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين**. منشورات جامعة دمشق. كلية الحقوق. ص: ١٩٤.

وهذا الأمر يكون إمّا لاختلاف الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة أو الغياب الكلي للإرادة سواءً لغياب تنبّه الأطراف لذلك، أو لغياب توقع حدوث نزاع في أثناء إبرام العقد، بل إنّ الأطراف مهما احتاطوا لذلك في أثناء مرحلة الإبرام فإنّه لن يتيسّر لهم وضع كل الحلول للمشاكل التي قد تطرأ مستقبلاً أو تصورها.[٦٨]

وإذا القينا نظرةً على التشريع السوري نرى أنّ نصّ المادّة (٢٠) لم يأخذ أبداً بفكرة الإرادة المفترضة، بل فرض على القاضي قوانين معينة حصراً وضوابط تكميلية يؤخذ بها عند غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين.[٦٩]

**المطلب الثاني: ضوابط الإرادة**

وجدنا فيما سبق أنّ المشرع السوري أعطى لأطراف العقد الدولي حرية اختيار القانون الذي يريدون تطبيقه على عقدهم الدولي، لكنّ هذه الحرية التي منحها المشرع السوري قد وضع لها ضوابطاً وحدوداً، لا يستطيع أطراف العقد الدولي تجاوزها.

فبدايةً ما هو الوقت الذي يجب أن يتفق فيه بين أطراف العقد الدولي على القانون الواجب التطبيق على هذا العقد.

وضمن هذه الضوابط أيضاً نرى فكرة النظام العام، تلك الفكرة التي تعدّ من الأفكار الاساسيّة في العلوم القانونية عموماً، وتعدّ من أول القيود وأهمّها على سلطان إرادة الأطراف في الخروج على القاعدة القانونية الآمرة أو الاتّفاق على مخالفتها.

كما أنّ الأفراد قد يتعمّدوا التهرب من القواعد القانونية الآمرة والتحايل عليها مستغلين قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة وهذا ما يسمّى بالتحايل على القانون.

وإذا اتفق الأطراف على تطبيق نظام قانوني لا ينتمي لأيّ دولة أو تطبيق أكثر من نظام قانوني على عقدهم وهو ما يعرف بمبدأ تجزئة العقد الدولي أو تطبيق قانون لا يرتبط بالعقد الدولي بأيّ صلة ، فهل يطبّق هذا الاتّفاق ؟؟

---

[٦٨] راجع في ذلك: بلاق، محمد. مرجع سابق. ص: ٥١.

[٦٩] تؤيد الدكتورة وفاء فلحوط وجهة نظر المشرع السوري في استبعاده للإرادة المفترضة، وترجع سبب الاستبعاد لأمرين: الأول منهما هو رفع الحرج والمشقة عن القاضي الذي يحاول البحث عن الإرادة التي كان من الممكن أن تتجه إليها إرادة المتعاقدين، والثاني هو أنّ الافتراض القضائي لهذه الإرادة غالباً ما سيحمل معه الخلط بين إرادة القاضي وإرادة المتعاقدين.
راجع في ذلك: د. فلحوط، وفاء، ود. الخابور، ساجر. مرجع سابق ذكره. ص: ١٩٤.

**أولاً: الوقت المعتد به للأخذ بالإرادة**[٧٠]

إنّ الوقت الذي يجب أن يأخذ به للاعتداد بإرادة الأطراف عند تحديدهم للقانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي هو وقت انعقاد العقد، وذلك وفق الفقه التقليدي.

لكن هناك من أجاز الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بعد انعقاد هذا العقد لكن مع اشتراط ألّا يؤثر ذلك على الحقوق المكتسبة للغير.

**ثانياً: النظام العام**

١. نشأة فكرة النظام العام:

إذا أردنا التعرف الى أصل هذه الفكرة سنجد بأنّ النظام العام بوصفه أداةً لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لم يكن معروفا منذ القدم بل كان عمله محصوراً كأداة لتثبت الاختصاص للقانون الإقليمي.

ولم يعرف إلّا في عهد نظرية الأحوال عندما لجأ فقهاء مدرسة الحواش اللاحقين في أوائل القرن الرابع عشر وعلى رأسهم الفقيه بارتول إلى التمييز بين القوانين الملائمة والقوانين البغيضة، فالأحوال الملائمة تعني القوانين المصاحبة للإنسان حيثما حلّ تطبق عليه ولو غادر الإقليم، أمّا الأحوال البغيضة فتعنى بالقواعد التي تتعدى آثار حدود إقليم البلد الذي أصدرها، فهي تقف عند حدود إقليم الدولة التي صدرت فيها، ولا يمكن للقاضي الوطني تطبيقها نظراً لأنّها تخالف قيم المجتمع ومبادئه.

لذلك قرر الفقيه بارتول أنّ الأحوال الملائمة هي وحدها التي من الممكن أن تمتد خارج الإقليم عكس الأحوال البغيضة،[٧١] فكانت هذه أولى بوادر تطبيق فكرة النظام العام.

لكنّ النظام العام وفقاً للتصور الحديث، لم يبرز إلّا على يد الفقيه الألماني سافيني عندما عرض فكرته عن الاشتراك القانوني، فيرى أنّ القاضي الوطني لا يمكن له تطبيق قانون أجنبي إلّا إذا وجد بينه وبين القانون الوطني للقاضي اشتراكاً قانونياً.

---

[٧٠] راجع في ذلك: د. فلحوط، وفاء، ود. الخابور، ساجر. مرجع سابق ذكره. ص: ١٩٤-١٩٥.

[٧١] د. فؤاد عبد المنعم رياض ، د. الراشد، سامية. (١٩٩٨-١٩٩٩م). **تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية**. القاهرة: مصر. دار النهضة العربية. ص: ١٣٧.

هذا الاشتراك القانوني يتحقق مثلاً على حد قوله في الدول المسيحية الوارثة للقانون الروماني، وعند غياب تحققه يكون هناك تعارض بين القانون الأجنبي وقانون القاضي، يستوجب ذلك التعارض استبعاد القانون الأجنبي.[٧٢]

٢. تعريف النظام العام:

ومفهوم النظام العام مفهوم واسع لا يمكن حصره لأنّه يعبّر عن مفاهيم تتغيّر وتتطوّر بتطوّر المجتمع وتختلف من نظام قانوني لآخر، وهذا الاختلاف يعدّ نتيجة منطقيّة لأنّ كل دولة تقوم على أسس دينيّة واجتماعيّة واقتصاديّة وثقافيّة وسياسيّة مختلفة عن مثيلاتها في الدول الأخرى.

لذلك معظم التشريعات لم تتطرّق إلى تعريف فكرة النظام العام بل تركت هذا الأمر للفقه والقضاء.

فقد عرف الفقيه جورج بيرد فيرى النظام العام بأنّه:

((فكرة ذات مضمون واسع تشمل صور النظام المادي والأدبي والاقتصادي كافّة ، ويشمل النظام الاجتماعي)) .

بينما عرّفه الفقيه ليون دوجي بأنّه:

((المصلحة الاجتماعيّة أيّاً كانت وفق المنهج المتعارف عليه في دولة معيّنة)) .

بالمقابل يرى نبوابيه:

((الحدّ الأدنى من الملائمة الاجتماعيّة التي يكون على الأفراد في اتفاقاتهم)) .[٧٣]

أمّا الدكتور فؤاد ديب فقد عرّف النظام العام بأنّه:

((هو مجموعة المبادئ والأفكار الأساسية المختلفة من سياسية واقتصادية واجتماعية وخلقية وفكرية التي يقوم عليها مجتمع معين في لحظة معينة من تاريخ وجوده ولا يمكن السماح بخالفتها من قبل القانون الأجنبي الواجب تطبيقه ، سواءً أكانت هذه الأفكار والمبادئ مجسّدة بنصوص تشريعية أم أنّها لا تلبس نصاً تشريعياً محدداً ، وسواءً أكانت تشكّل قواعد لتنظيم تعامل الافراد أم أنّها تهيمن على تنظيم المجتمع ككل)) .[٧٤]

---

[٧٢] راجع في ذلك: د. محمود، سلطان عبد الله. (٢٠١٠م). الدفع بالنظام العام وأثره. **مجلة الرافدين للحقوق**. مج:١٢، العدد: ٢٣. ص: ٨٩.

[٧٣] راجع هذه التعاريف وغيرها: كريمة، درار، وعمر، بلعباس. (٢٠١٩م). **النظام العام في القانون الدولي الخاص**. رسالة لنيل درجة الماستر في القانون. المركز الجامعي بلحاج بو شعيب. الجزائر. ص: ٨.

[٧٤] راجع في ذلك: د. ديب، فؤاد. مرجع سابق. ص: ١٣٩.

ويضيف أغلب المشرعين إلى النظام العام مفهوم الآداب الذي قد تمّ تعريفه من بعض الفقهاء.

وهنا أذكر تعريف الدكتور السنهوري الذي عرّفها بأنّها:

((مجموعة من القواعد وجد النّاس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقتهم الاجتماعية، وهذا النّاموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه النّاس، وللدين أثر كبير في تكييفه، وكلّما اقترب الدّين من الحضارة ارتفع المعيار)) .[٧٥]

ومن الجدير بالذكر أيضاً أنّ يعض الدول لم تكتف بذكر مصطلح النظام العام والآداب بل أضافت لذلك ألّا يخالف الشريعة الإسلامية، لتوسّع بذلك من إطار التضييق من تطبيق القانون الأجنبي الذي اختاره أطراف العقد الدولي لحكم عقدهم.[٧٦]

٣. أثر مخالفة قانون الإرادة للنظام العام:

نصّ المشرع السوري على ضرورة استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق في العلاقات الدولية الخاصة عموماً أو ضمن اتفاق الأطراف في العقد الدولي، إذا كان هذا القانون يتعارض بأحكامه مع النظام العام والآداب في سورية.[٧٧]

فنصت المادة (٣٠) من القانون المدني السوري على ما يأتي:

((لا يجوز تطبيق قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في سورية)) .[٧٨]

---

[٧٥] راجع في ذلك : د. السنهوري، عبد الرزاق. (١٩٦٤م). **الوسيط في شرح القانون المدني-الجزء الأول-مصادر الالتزام**. القاهرة: مصر. دار النهضة العربية. ص: ٤٣٦.

[٧٦] من هذه القوانين: نذكر المادة (٢٧) من قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥) لعام ١٩٨٥م والمعدّل بالقانون الاتحادي رقم (١) لعام ١٩٨٧م، منشورات معهد دبي القضائي لعام ٢٠١١م.

[٧٧] يخطأ كثير من الفقهاء والكتّاب السوريين باستخدام عبارة (النظام العام والآداب العامة) ، مع أنّ المشرع السوري نصّ على عبارة (النظام العام والآداب) ، فيجب تحري الدقة في ذلك.
يذكر أنّه من التشريعات التي تنص على عبارة (النظام العام والآداب العامة) التشريع الجزائري الذي ينص في المادة (٢٤) من القانون المدني على ما يأتي:
(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) .

[٧٨] تطلق بعض التشريعات على النظام العام أسماء أخرى فمثلاً المادة (٣٦) من القانون التونسي المتضمن مجلة القانون الدولي الخاص التونسي تضمنت في فقرتها الأولى مصطلح (الاختيارات الأساسية للنظام القانوني) كمرادف للنظام العام، كما أنّ المشرع النمساوي يطلق عليه مصطلح (القيم الأساسية) .
راجع في ذلك: كريمة، درار، وعمر، بلعباس. مرجع سابق. ص: ٨.

فإذا كان القانون الذي اختاره الأطراف لحكم عقدهم الدولي مخالفاً للنظام العام أو الآداب، فهنا يظهر ما يسمّى بالأثر السلبي للنظام العام وهو استبعاد القانون المخالف، لكن هل معنى ذلك أن يبقى موضوع النزاع بلا قانون يحكمه؟

اختلفت الآراء الفقهية والقضائية وكذا التشريعات في حكم هذه المسألة وفق ما يأتي:

أ- سارت المحاكم في بعض الدول في حال استبعاد القانون المتفق عليه بين أطراف العقد الدولي باسم النظام العام على إعلان عدم الاختصاص فقط.

غير أنّ هذا الاتجاه منتقد، ويؤدي إلى نتائج غير منطقية، ويؤدي إلى إنكار العدالة.

ب- في بعض الدول يجب على القاضي النّاظر في الدعوى البقاء ضمن نطاق القانون الأجنبي المختص والبحث عن أحكام أخرى تكون قريبة من الأحكام التي استبعدت من هذا القانون وقابلة للتطبيق في موضع النّزاع، من ذلك نرى الفقه والقضاء الألماني.[٧٩]

ج- هناك اتجاه تشريعي يقضي بتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص في حال مخالفة القانون المتفق عليه بين الأطراف للنظام العام، ومن هذه لتشريعات نرى نص المادة (٣٦) من القانون المدني الفلسطيني:[٨٠]

((لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في فلسطين، وفي حال المخالفة تطبّق مبادئ القانون الدولي الخاص)) .

لكن ينتقد هذا الاتجاه بأنّه لا يوجد تعريف محدد أو حصر لهذه المبادئ، كما أنّ هذه المبادئ قد لا تحمل في طيّاتها القواعد الموضوعية القادرة على حل النّزاع.[٨١]

د- الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي للقانون المخالف للنظام العام:

هناك اتجاه يقضي بأنّه إذا ثبت للقاضي أنّ القانون الأجنبي يخالف النظام العام مخالفة واضحة، فهنا يستبعد هذا الاتجاه فقط الجزء من القانون الأجنبي الذي يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي.

ونذكر هنا على سبيل المثال الفصل (٣٦) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي:[٨٢]

---

[٧٩] راجع في ذلك: د. ديب، فؤاد. المرجع السابق. ص: ١٥٠وما بعدها.

[٨٠] يذكر أنّ هذا القانون هو القانون رقم (٤) لعام ٢٠١٢م وهذا بناءً على ما أقره المجلس التشريعي الفلسطيني بجلسته المنعقدة بتاريخ ٢٦-٦-٢٠١٢م، وهو نفسه مشروع القانون المدني الفلسطيني في الضفة الغربية، في حين أنّ القانون المدني المطبّق في الضفة هو مجلة الأحكام العدلية التي تخلو من نصوص تنظم موضوع تنازع القوانين.

[٨١] راجع في ذلك: يحيى، إبراهيم خالد. (٢٠١٩،ديسمبر). نحو تضييق نطاق النظام العام لمصلحة القانون الأجنبي في سياق القانون الدولي الخاص- دراسة مقارنة. **مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية**. مج: ١٦، العدد: ٢. ص: ١٧٥.

[٨٢] وهو القانون الصادر بالعدد رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨م المؤرخ في ٢٧ نوفمبر ١٩٩٨م والذي جرى العمل به بعد مضي ثلاثة أشهر من تاريخ نشره وذلك بموجب الفصل (٢) من هذا القانون بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية.

((لا يثير القاضي الدفع بالنظام العام إلّا إذا كانت أحكام القانون الأجنبي المعين تتعارض مع الاختيارات الأساسيّة للنظام القانوني التونسي.

ويثير القاضي الدفع بالنظام العام مهما كانت جنسية أطراف النزاع.

ولا يخضع الدفع بالنظام العام لمدى قوة ارتباط النزاع بالنظام القانوني التونسي.

ولا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي.

ويطبق القاضي أحكام القانون التونسي بدلاً عن أحكام القانون الأجنبي التي استبعد تطبيقها)) .

وفي هذا الاتّجاه ذهبت محكمة النقض الفرنسية بقولها :

((ما يقضي به القانون الإسلامي المختص بعدم التوارث بين المسلم وغير المسلم أمر يصادم النظام العام الفرنسي بيد أنّ مقتضيات هذا النظام تتطلب وحسب استبعاد هذا المنع المتحصّل في انعدام أهليّة غير المسلم أن يرث المسلم، ومن غير أن يقتضي إحلال القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي الإسلامي في شأن بيان الورثة ومراتبهم وأنصبتهم))[٨٣].

هـ- الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام وتطبيق قانون القاضي عوضاً عنه:

إنّ الفقه والتعامل القضائي السائد يقضي بتطبيق قانون القاضي عوضاً عن القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع والذي استبعد باسم النظام العام.[٨٤]

وهذا هو موقف القانون الفرنسي والألماني والجزائري، إذ نصت هذه القوانين على ذلك صراحةً.

وسكتت بعض القوانين عن ذكر ذلك كالقانون الأردني والإماراتي والسوري، لكنّ الاتجاه السائد في هذه الدول هو تطبيق قانون القاضي عوضاً عن القانون الأجنبي المخالف للنظام العام.

وفي هذا ينتقد المشرع السوري، فكان عليه أن ينصّ صراحةً على القانون الواجب التطبيق في حال استبعاد تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف لحكم عقدهم نظراً لمخالفته النظام العام.

---

[٨٣] راجع في ذلك: يحيى، إبراهيم خالد. مرجع سابق. ص: ١٧٤.

[٨٤] راجع في ذلك : الزهرة، مريني فاطمة. (٢٠٠٩-٢٠١٠م). **النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل ٢٠٠٥ للقانون المدني (دراسة مقارنة)** . رسالة لنيل درجة الماستر. جامعة الأستاذ محمد بوقرة بو مرادس. الجزائر. ص: ١٢٣ وما بعدها.

٤. بيان الرأي الشخصي:

عند مخالفة أطراف العقد الدولي لأحكام النظام العام الموجودة في القانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي، فهنا كنت مع الاتجاه القاضي بالاستبعاد الجزئي للجزء المخالف للنظام العام كما فعل المشرع التونسي، لأنّه لا مسوغ في استبعاد كل القانون بل إنّ حذف الجزء المخالف للنظام العام من التطبيق نكون قد حمينا المصالح الأساسية لمجتمع القاضي الناظر بالدعوى من جهة وطبّقنا إرادة الأطراف بإخضاع عقدهم لقانون معين يريدونه ويعرفون أحكامه قدر الإمكان من جهة أخرى.

لكن ماذا سنطبق عوضاً عن هذا الجزء المخالف للنظام العام أو الآداب؟

في حالة العقد الدولي خصوصاً إذا استبعدنا تطبيق القانون المتفق عليه بين الأطراف، فإنّه يجب العودة برأيي الشخصي إلى الضوابط التكميلية المنصوص عليها في المادة (٢٠) من القانون المدني السوري وهي: قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تمّ فيها العقد.

لأنه لا مسوغ لتطبيق قانون القاضي بسبب مخالفة قانون الإرادة للنظام العام أو الآداب، ففي الحالة التي لا يتفق فيها أطراف العقد الدولي صراحةً على القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ولا يمكن استخلاص هذه الإرادة ضمنياً من قبل القاضي النّاظر في الدعوى فإنّنا نلجأ لتطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين عند اتحاد الموطن ثمّ قانون مكان الإبرام عند الاختلاف في الموطن، فمن باب أولى تطبيق الضوابط التكميلية في الحالة التي يستبعد فيها قانون الإرادة لمخالفته النظام العام أو الآداب.

أمّا إذا كان استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بالنظر بالدعوى في الحالات الأخرى غير حالة العقد الدولي[٨٥]، فهنا لا مناص من تطبيق قانون القاضي لأنّه الحل الذي تفرضه طبيعة الأمور وينسجم مع منطق النظام العام بحدّ ذاته.

وإذا كان القانون السوري قد نصّ على النظام العام كأحد أهمّ الضوابط التي تقيّد مبدأ سلطان الإرادة فإنّ القضاء والفقه قد استقرا في كثير من دول العالم على استبعاد القانون الواجب التطبيق إذا تمّ نتيجة تحايل الأفراد على قاعدة الإسناد أو ما يسمّى في بعض الدول بالغش نحو القانون.

---

[٨٥] واقصد هنا كل مواد تنازع القوانين التي تأخذ بضابط إسناد واحد لتحديد القانون الواجب التطبيق فمثلاً المادة (١٦) من القانون المدني السوري تنصّ على تطبيق قانون المدين بالنفقة على الالتزام بالنفقة بين الأقارب فقط ولا تنصّ على تطبيق قوانين أخرى، فهنا لا مناص من تطبيق قانون القاضي عوضاً عن قانون المدين بالنفقة في حال مخالفته للنظام العام أو الآداب في بلد القاضي.
لكن وفي حالة العقد الدولي وحيث أنّه يوجد ضوابط أخرى يمكن تطبيقها غير ضابط الإرادة، لذلك كان الرأي الشخصي بتطبيق هذه الضوابط عوضاً عن اللجوء إلى قانون القاضي في هذا المجال.

**ثالثاً: التحايل على القانون**

١. معنى التحايل على القانون:

قد يتضح للقاضي من خلال ظروف الدعوى وملابساتها أنّ الخصوم تعمّدوا التلاعب بضابط الإسناد حتّى يتسنّى لهم الإفلات من الخضوع لأحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة القانونية، ومن ثمّ وجب على القاضي التصدّي لهذه الحالة وألّا يترك الأفراد يتحايلون على القانون.[٨٦]

فكلّ قاعدة إسناد توضع من قبل المشرع تأخذ بضابط معيّن بموجبه ومن خلاله يتحدد القانون الواجب التطبيق، وضمن هذه الضوابط يوجد ضوابط قابلة للتغيير كضابط الموطن أو محل الإقامة أو الجنسية وفقاً لإرادة الأفراد، لهذا يمكن أن يعمد الأفراد إلى تغيير هذا الضابط.

ولا يكون هدفهم من وراء ذلك سوى تطبيق قانون معيّن بذاته واستبعاد القانون الواجب التطبيق في الأساس، للتهرب من الخضوع لأحكامه.[٨٧]

وقد يكون التحايل على القانون إما بسعي الأطراف المتعاقدة إلى تطبيق قانون معين غير القانون الأصلي الذي كان يجب تطبيقه على عقدهم المتضمن عنصراً أجنبياً وهنا ننتقل لتطبيق قانون آخر غير الذي كان يجب تطبيقه ضمن إطار القانون الدولي الخاص.

أو عبر السعي إلى اختلاق هذا العنصر الأجنبي بالأساس بهدف تحويل عقدهم إلى عقد دولي خاص والتهرب من تطبيق أحكام القانون الوطني عليه وهنا ننتقل لتطبيق قواعد الإسناد عوضاً عن القانون الوطني المختص أصلاً بحكم هذه العلاقة.[٨٨]

---

[٨٦] وإذا عدنا إلى أصل هذه النظرية نرى أنّ الحادثة الأهم ضمن هذا المجال هي قضية شهيرة تناولها الفقه الفرنسي تسمّى (الأمير دي بوفورمون) والتي تتلخص وقائعها بما يأتي:
تتمحور قضية الغش نحو القانون في أنّ (الكونتيسة كرمان شيماي) بلجيكية الأصل تزوّجت من الأمير الفرنسي (دي بوفورمون) وفقاً للقانون الفرنسي واكتسبت الجنسية الفرنسية بناءً على ذلك.
وعندما أرادت الطلاق من هذا الأمير بتاريخ لاحق من الزواج، اصطدمت بالعائق المقرر في القانون الفرنسي لعدم السماح بالطلاق في ذلك الوقت، فما كان منها إلّا أن ذهبت إلى ألمانيا واكتسبت جنسية إحدى الإمارات هناك (دوقية ساكس التمبورج) ، وفي عام ١٨٧٥م حصلت على التطليق طبقاً لقانون جنسيتها الجديد، وبناءً على الحكم الصادر تزوّجت بشخص آخر يدعى (بيبيسكو) ورحلا معاً للإقامة بباريس.
هنا رفع زوجها الأول دعوى قضائية أمام محكمة السين في فرنسا باعتبار الطلاق كأن لم يكن وبطلان الزواج الثاني، فقضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر بتاريخ ١٨ مارس ١٨٧٨م بإبطال الزواج الثاني مبررةً ذلك بأنّ الطلاق لم يتم إلّا بعد تغيير الزوجة لجنسيتها وهو ما يشكّل غشاً نحو القانون.
راجع في ذلك: د. الحداد، حفيظة السيد. (٢٠٠٩م). **الموجز في القانون الدولي الخاص- المبادئ العامّة في تنازع القوانين**. بيروت. منشورات الحلبي الحقوقية. ص: ٢٨٢.

[٨٧] راجع في ذلك: سهام، سادي، وعيدة، سايغي. (٢٠١٥-٢٠١٦م). **استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بالغش نحو القانون**. مذكرة لنيل شهادة الماستر. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة عبد الرحمن ميرة. بجاية: الجزائر. ص: ١.

[٨٨] راجع في ذلك: د. فلحوط ، وفاء ، ود. الخابور، ساجر. مرجع سابق. ص: ١٩٧.

٢. الموقف التشريعي من نظرية التحايل على القانون:

اختلفت الموقف التشريعي من نظرية التحايل على القانون على قسمين:

أ- التشريعات التي تأخذ بنظرية التحايل صراحةً :

فمثلاً نرى المشرع الجزائري في المادة (٢٤) من القانون المدني الجزائري قد أخذ بذلك 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)) .

كما نرى المشرع التونسي قد نصّ على ذلك في الفصل (٣٠) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي عندما قال:

((يكون التحايل على القانون بالتغيير المصطنع لأحد عناصر الإسناد الوضعية القانونية الواقعية بنيّة تجنّب تطبيق القانون التونسي أو الأجنبي الذي تعيّنه قاعدة التنازع المختصة.

وإذا توافرت شروط التحايل على القانون فلا عبرة بتغيير عنصر الإسناد)) .

ب- التشريعات التي لم تنصّ على هذا الأمر:

من ذلك نرى موقف المشرع السوري فلم تتضمن أحكامه نظرية التحايل على القانون، بل ترك الأمر للفقه والقضاء الذي بأغلبيته قبل هذه الفكرة وأخذ بمضمونها، فنرى مثلاً الدكتور فؤاد ديب يقول:

((ليس هناك ما يحول دون الأخذ بفكرة التحايل على القانون والدفع بها في مواجهة أعمال الأفراد الرامية للإفلات من أحكام القوانين الوطنية والأجنبية وذلك كاستثناء على القانون الذي يراد إحلاله بالغش محل القانون الذي يجب تطبيقه أصلاً)) .[٨٩]

وحبذا لو نصّ المشرع السوري على ذلك أسوةً بالمشرع الجزائري في المادة (٢٤) ولم يترك هذا الأمر عرضةً للاجتهادات القضائية والفقهية.

٣. مدى تطبيق نظرية التحايل على القانون في إطار الالتزامات التعاقدية:

[٨٩] راجع في ذلك: د. ديب، فؤاد. مرجع سابق. ص: ١٥٧-١٥٨.

وبمعنى آخر: هل يطبق الغش نحو القانون في إطار الالتزامات التعاقدية؟

ألا يحول مبدأ سلطان الإرادة المطبق في العقود الدولية من تطبيق هذه النظرية، كون ضابط الإسناد بالأساس من اختيار الأفراد؟

نجد جانباً من الفقه يرى بأنّ نظرية التحايل على القانون لا يمكن أن تطبق ضمن إطار العقد الدولي لأنّ حرية أطراف العقد الدولي في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي تعطيهم القدرة على اختيار القانون الذي يناسب تطلعاتهم ويوافق رغباتهم، فليس هناك من حاجة إلى اصطناع عنصر معين في العلاقة لتطبيق قانون معين مع قدرتهم بالأساس على اختيار هذا القانون مباشرةً لحكم عقدهم الدولي.

بينما نرى جانباً آخر يقول بأنّ الغش يقع في مجال الالتزامات التعاقديّة لأنّ ضابط إرادة الأطراف وقدرتهم على اختيار القانون الذي يحكم على علاقتهم ما هو إلّا عامل إضافي في قدرتهم على التحايل على القانون، فصحيح أنّ هناك حرية لأطراف العقد الدولي في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ومن الصعب استنباط الغش بسهولة، إلّا أنّ المعمول به فقهاً و قضاءً أنّ حرية المتعاقدين مشروطة بوجود صلة حقيقية بين القانون المختار وبين العقد أو المتعاقدين.

كما أنّ تبني مضمون النظرية الموضوعية القاضية بتركيز العقد واستخلاص القانون المختص حسب نقاط التركيز الموضوعية مدعاةً لاستبعاد الغش في هذا المجال ورفض الاعتداد بالاختيار المقترن بسوء نية.

وهذا الأمر يتحقق ليس بالاستناد إلى الغش نحو القانون بقدر ما يتحقق بانتفاء الصلة الوثيقة وقلّة توافر عناصر التركيز الموضوعية.[٩٠]

الأمر الذي يدفعنا إلى دراسة شرط وجود صلة حقيقية بين القانون المختار من الأطراف وبين العقد أو المتعاقدين كضابط إضافي من ضوابط الإرادة .

**رابعاً: شرط توافر صلة حقيقية بين القانون المختار وبين العقد وبين المتعاقدين**

اختلفت الاتجاهات في الأخذ بهذا الشرط من عدمه، اذكرها ثمّ اذكر الرأي الشخصي.

١. الاتجاهات الفقهية والتشريعية:

---

[٩٠] راجع في ذلك: زروتي، الطيب. (٢٠٠٥م). **القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية-الجزء الأول-تنازع القوانين**. الجزائر. مطبعة الكاهنة. ص: ٢٦٣.

أ- يرى جانب من الفقهاء إلى أنّ للمتعاقدين حرية مطلقة في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم ولا يرد على هذه الحرية أي قيد في هذا الصدد، فلهم اختيار قانون لا توجد بينه وبين العلاقة العقدية أي صلة[٩١].

ويتبيّن من سكوت المشرع السوري في المادة (٢٠) من القانون المدني أنّه أخذ بهذا الاتجاه حيث اكتفى بالقول: ((ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أنّ قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه))[٩٢].

ب- ويرى جانب آخر وجوب وجود صلة حقيقية بين القانون المختار وبين العلاقة العقدية، فوجود الصلة بين العقد والقانون المختار هي التي تسوغ اختياره، وذلك كاختيار قانون الدولة التي ينتمي إليها المتعاقد بجنسيته أو قانون الدولة التي يتوطّن فيها أحد المتعاقدين أو كليهما أو قانون مكان إبرام العقد أو تنفيذه.

ومن التشريعات التي أخذت بهذا الرأي: نرى نصّ المادة (١٨) من القانون المدني الجزائري التي نصت على ما يأتي:

(يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد) .

ج- وذهب جانب ثالث من الفقه إلى اتجاه وسطي بين الاتجاهين السابقين: فيرى أنّ حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق ليست مطلقة كما يرى أصحاب الاتجاه الأول، ولا مقيّدة كما يرى أنصار الاتجاه الثاني، بل يكتفون باشتراط ألّا يكون القانون المختار مقطوع الصلة بالعلاقة العقدية.

فيكفي أن تأتي هذه الصلة من حاجة المعاملات والتجارة الدولية، ويضربون مثالاً على ذلك بأنّ كثيراً من المعاملات أصبحت خاضعة لقانون دولة معينة وأصبح هناك عقد نموذجي لها كتجارة الحبوب أو القطن، فيجوز عندئذ أن يبرم المتعاقدان عقدهم وفق العقد النموذجي ويقرران خضوعه للقانون الذي يحكم هذا العقد، وذلك بالرغم من غياب توافر صلة بين هذا القانون وعناصر العلاقة العقدية[٩٣].

---

[٩١] راجع في ذلك: الهداوي، حسن. (٢٠١١م). **القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين**. عمّان. دار الثقافة. ص:١٥٠.

[٩٢] دولياً: نرى أنّ وثيقة مبادئ مؤتمر لاهاي المعلن عنها رسمياً في ١٩ مارس ٢٠١٥ بشأن المبادئ الخاصة باختيار قانون التجارة والعقود الدولية قد أخذت بهذا الاتجاه وذلك بموجب الفقرة الرابعة من المادة الثانية فلم تشترط وجود صلة بين القانون المختار والأطراف أو معاملاتهم.

للمزيد: علي، حازم. **تطبيق الشريعة في منازعات المصارف الإسلامية الدولية في ضوء مبادئ لاهاي لعام ٢٠١٥م**. ١/تشرين الأول/٢٠١٩م. منشور على الموقع الإلكتروني: www.researchgate.net .

[٩٣] راجع في ذلك: د. صادق، هشام علي. مرجع سابق. ص: ٤٧٧.

٢. بيان الرأي الشخصي:

إنّ الاتجاه الأول القاضي بترك الحرية المطلقة للأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي هو الأدق، لأنّ أطراف العقد الدولي قد يكونون على دراية بأحكام قانون معيّن اعتادوا أن يأخذوا بأحكامه في كل عقودهم، فليس من المنطق أن نسمح لهم بتطبيق هذا القانون على عقد محدد دون عقد آخر بحجة أنّ هذا العقد له صلة بهذا القانون والآخر ليس له مثل هذه الصلة.

وعلى فرض وجود هذا الشرط أو أنّ الاتجاه الثاني الذي يشترط وجود صلة حقيقية بين القانون المختار وبين العلاقة العقدية أو الاتجاه الثالث الذي يكتفي باشتراط ألّا يكون القانون المختار مقطوع الصلة بالعلاقة العقدية، أفضل من الاتجاه الأول، فهناك نقاط لا بدّ من ذكرها ضمن هذا المجال:

أ- ما هو الضابط الذي يعتمده القاضي في تحديد وجود صلة حقيقية من عدم ذلك، وما هو المعيار في ذلك؟

ب- إذا كانت هذه الضوابط التي يعتمدها القاضي كما مثّل عليها أصحاب الاتجاه الثاني: قانون الموطن أو الإقامة أو الجنسية، فما الفائدة إذاً من مبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية؟
وكان الأحرى في هذه الحالة الاكتفاء بالضوابط التكميلية لقانون الإرادة.

ج- إنّ تقييد دور الإرادة بعد إطلاقها بقيود مطلقة غير محددة يفرغ هذا المبدأ من محتواه وينهي الدور الذي كان من المفروض أن يلعبه هذا المبدأ في تحرير التجارة الدولية وتنشيطها وتعزيز حرية الأفراد والمتعاقدين ضمن هذا الإطار.

وإذا كانت بعض التشريعات تعطي الحرية للمتعاقدين باختيار قانون لحكم علاقتهم ليس له صلة حقيقة بالعقد أو المتعاقدين، فهل يسمح للأطراف باختيار قواعد قانونية لا تعتبر النظام القانوني لأيّ دولة، أو اختيار أكثر من قانون لحكم العلاقة العقدية.

**خامساً: اختيار قواعد قانونية لا تمت بالصلة لأي دولة ومبدأ تجزئة العقد الدولي**

وجدنا أنّ المشرع السوري في المادة (٢٠) من القانون المدني السوري سكت عن شرط توافر الصلة بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين وأعطاهم الحريّة وفق الرأي الراجح لمخالفة هذا الشرط، لكن هذه الحرية هل تسمح بأن يختار الأطراف لحكم عقدهم الدولي قواعد قانونية معينة لا تمت بالصلة لأيّ دولة من الدول بل يشكّل مثلاً

النظام القانوني لاتفاقية دولية معينة أو يشكّل عقداً نموذجياً من عقود التجارة الدولية أو قد لا يشكّل شيئاً من هذا القبيل، بل يكون مجرد نظام قانوني متفق عليه بين الأطراف وهم الذين صنعوا أحكامه من خلال عقدهم؟

وهل يمكن في هذا الصدد الجمع بين قانون أكثر من دولة لحكم الخلافات التي من الممكن نشوؤها بين أطراف العقد الدولي وهو ما يعبّر عنه بمبدأ (تجزئة العقد الدولي) وذلك بخضوع مثلاً إنشاء العقد للقانون السوري وتكون الأحكام المتعلقة بالوفاء والتنفيذ عموماً خاضعة للقانون العراقي واستنباط أحكام متفرقة للعقد من القانون الأردني؟

للإجابة على ذلك، لا بدّ من بيان الموقف الفقهي والتشريعي في هذا الصدد مع بيان الرأي الشخصي.

١. الموقف الفقهي:

إنّ فقهاء النظرية الموضوعية قد سمحوا للمتعاقدين بإخضاع الرابطة العقدية لأكثر من قانون واحد مادامت قد توافرت في هذه القوانين الصلة المطلوبة في العقد الدولي، مع تقييد هذه الحرية بقيدين:

أ- ألّا تؤدي التجزئة إلى الإخلال بانسجام الرابطة العقدية، منعاً للتضارب في حالة تطبيق قوانين مختلفة.
ب- ألّا تؤدي التجزئة إلى الإفلات من سلطان القانون والتهرب من الأحكام الآمرة في قوانين متصلة بالعقد، فهنا لا بدّ ولا مناص من تطبيق نظرية التحايل أو الغش نحو القانون.[٩٤]

وذلك على عكس فقهاء النظرية الشخصية الذين اطلقوا حرية الأفراد ضمن هذا الإطار دون قيود أو شروط.

وبنى هذا الاتجاه رأيه على أساس أنّ عملية التعاقد تقبل بطبيعتها التمييز، بسبب اتصال مختلف جوانب العقد بدول مختلفة ممّا يسمح للمتعاقدين مثلاً بإخضاع إنشاء العقد لقانون معين وتنفيذه لقانون آخر.

ومن الواضح أنّ هذا الاتجاه قد تأثّر بأفكار المدرسة الإيطالية القديمة التي لم تمنع خضوع بعض جوانب العقد لقوانين أخرى غير قانون محل الإبرام.[٩٥]

٢. الموقف التشريعي:

بالعودة إلى نص المادة (٢٠) من القانون المدني السوري، ومن قراءتها للوهلة الأولى يتبيّن لنا أنّ المشرع السوري سمح بذلك.

---

[٩٤] راجع في ذلك: سعيدة، حمومة، وأعمر، حميطوش. (٢٠١٤-٢٠١٥م). **القيود الواردة على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي.** رسالة ماستر. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة عبد الرحمن ميرة. بجاية: الجزائر. ص: ٤٥.

[٩٥] راجع في ذلك: د. ديب، فؤاد. مرجع سابق. ص: ٣٢١.

لكن إذا دققنا النّظر في هذه المادة نرى:

((مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أنّ قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه)) .

فالمشرع السوري استخدم لفظ (قانون آخر) في إشارة منه على ما اعتقد بمنع المتعاقدين من اختيار نظام قانوني لا يمتّ لأيّ دولة بصلة، أو باختيار أكثر من نظام قانوني أو أكثر من قانون لحكم العلاقة العقدية الدولية.[٩٦]

لكن هناك جانب آخر من التشريعات والاتفاقيات سمحت بمبدأ تجزئة العقد الدولي صراحةً لكن مع رفض السماح باختيار نظام قانوني لا يمت بالصلة لأي دولة ، ومن ذلك القانون الدولي الخاص الألماني الصادر عام ١٩٨٦م فنصّت المادة (٢٧ ف ١) منه على ما يلي:

(يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف، وبمقتضى هذا الاختيار يستطيع الأطراف تعيين القانون الواجب التطبيق على كل أو جزء فقط من عقدهم) .[٩٧]

فنرى أنّ المادة السابقة قد نصّت بوضوح على إمكانية تجزئة العقد الدولي، لكن إذا تمّ الاتفاق بين الأطراف على هذه التجزئة فلا يجوز أن يقع هذا الاختيار إلّا على قوانين الدول حصراً.
ومن الاتفاقيات الدولية التي أخذت بذلك، نرى وثيقة مبادئ مؤتمر لاهاي التي قضت الفقرة الأولى من المادة الثانية منها بخضوع العقد لأحكام القانون الذي تختاره الأطراف، ثمّ جاءت الفقرة الثانية لتقرر عبر بنديها حق الأطراف في إخضاع عقدهم برمته للقانون المختار أو أنّ هذا القانون سوف يحكم جزءاً معيّناً من العقد، وحقهم أيضاً في اختيار قوانين مختلفة لكي تطبّق على أجزاء مختلفة من العقد.[٩٨]

وكذلك نرى اتفاقية روما لعام ١٩٨٠م قد نصّت المادة (٣) بفقرتها الأولى على ما يلي:

(يحكم القانون الذي اختاره الأطراف ، وبموجب هذا الاختيار يكون للطرفين تعيين القانون واجب التطبيق على العقد بأجمعه أو جزء منه فقط) .[٩٩]

---

[٩٦] وكذا فعل المشرع الجزائري في نصّ المادة (١٨) من القانون المدني الجزائري حيث ذكرت المادة: (يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين) فعبارة (القانون المختار) الواردة في المادة تدل بوضوح على عدم السماح لأطراف العقد الدولي باختيار عدة قوانين لحكم العقد الدولي ولا اختيار نظام قانوني لا يمت بالصلة لأي دولة.
ونرى أيضاً المشرع التونسي في الفصل (٦٢) من مجلة القانون الدولي الخاص التونس حيث قال: (يخضع العقد للقانون الذي تعيّنه الأطراف) .

[٩٧] راجع في ذلك: ناصر، عبد المهدي كاظم، وحسن، الهام. (٢٠١٧م). **تجزئة العقد الدولي**. بحث مقدم في كلية القانون. جامعة القادسية. ص: ١٨.

[٩٨] راجع في ذلك: العنزي، زياد خليف. مرجع سابق ذكره. ص: ٣٨١.

[٩٩] يميّز بعض الكتاب ضمن إطار مبدأ (تجزئة العقد الدولي) بين التجزئة من قبل الأطراف المتعاقدة وبين التجزئة من قبل الجهة المطروح أمامها النزاع، وبالنّسبة للنوع الأول فهم يميزون أيضاً بين التجزئة البسيطة والتي تعني قيام الأطراف باختيار قانون واحد

٣. الرأي الشخصي

لا مانع من إطلاق حرية الافراد في هذا المجال، وذلك باختيارهم عدة قوانين لحكم عقدهم الدولي أو اختيارهم نظام قانوني لا يمتّ لأيّ دولة بصلة، وذلك لنقاط معينة وهي:

١. ارتباط أنواع كثيرة من عقود التجارة الدولية بنماذج عقديّة جاهزة تأخذ أحكامها من اتفاقية معينة أو حتى من عدة اتفاقيات وعدة قوانين، ومن الصعب تضييق حرية المتعاقدين ضمن هذا الإطار وإجبارهم على اختيار قانون دولة بذاتها، ممّا قد يعرقل إنشاء هذه العقود أساساً ويقيّد من حركة التجارة الدولية.
٢. لا يوجد ما يمنع من تقييد حرية الأفراد في هذا المجال بشرط وجود انسجام وتناغم بين القوانين المختارة لحكم العلاقة العقدية، فلا يجد القاضي النّاظر في الدعوى نفسه في حيرة من أمره نظراً لوجود تعارض بين هذه القوانين عند تطبيقها هذا من ناحية، من ناحية أخرى لا مانع أيضاً من اشتراط المشرع السوري استبعاد القانون أو القوانين المختارة إذا كان الغرض منها رفض تطبيق القانون السوري والتحايل على أحكامه، وذلك بإدراج هذه الفقرة ضمن المادة (٣٠) من القانون المدني السوري أسوةً بالمشرع الجزائري (في المادة ٢٤) أو المشرع التونسي (في الفصل ٣٠ من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي) .

وبهذا نكون قد حققنا الغرض المطلوب من إطلاق مبدأ سلطان الإرادة وما يحمله من تحرير للتجارة الدولية وتنشيطها، وبنفس الوقت ضبطنا هذا الأمر بعدة ضوابط حمايةً للقانون السوري وحمايةً لتناغم النظام القانوني الواجب التطبيق على موضوع العقود الدولية.

وبذلك أكون انتهيت من الحديث عن قانون الإرادة بكونه الضابط الأساسي لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد الدولي وبكونه أحد الضوابط الاختيارية لتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقد الدولي، انتقل بعدها للحديث عن الضوابط التكميلية لهذا الضابط.

---

لحكم جزء معين من العقد مع ترك الأجزاء الباقية لحكم القانون الذي تعيّنه قواعد الإسناد في دولة القاضي، وبين التجزئة المتعددة أو الكليّة والتي تعني قيام الأطراف باختيار عدة قوانين بحيث يكون كل قانون من هذه القوانين مختصّاً بحكم جزء معين من العقد.
ولا بدّ من الذكر أنّ تجزئة العقد الدولي أمر شبه حتمي في أغلب القوانين، فمثلاً القانون السوري يقضي بخضوع الالتزامات التعاقدية من حيث الموضوع لقانون الإرادة (المادة٢٠) ويقضي بخضوع أهلية الأشخاص المتعاقدين لقانون الجنسية (المادة ١٢ ف ١) ، أمّا شكل العقد الدولي فيخضع إضافةً لقانون الإرادة إلى قوانين أخرى انتقائية (المادة٢١) وقد تكون هذه الالتزامات التعاقدية متعلقة بعقار فهنا تخضع لقانون الموقع (المادة١٩) .
للتوسع في مفهوم تجزئة العقد الدولي: ناصر، عبد المهدي كاظم. مرجع سابق. ص: ١٤ وما بعدها.

## الفصل الثاني: القوانين التكميلية لقانون الإرادة

وجدنا أنّ ضابط الإرادة قد شكّل في التشريع السوري ضابطاً أساسياً لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد الدولي وضابطاً اختيارياً لتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقد الدولي .

لكن ماهي الضوابط الأخرى التي من الممكن اللجوء إليها سواءً في حال غياب اتفاق الأطراف صراحةً على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع عقدهم الدولي أو استخلاص ذلك من الظروف العامة والمحيطة (الإرادة الضمنية) ؟

وما هي الضوابط التي من الممكن انتقاؤها واختيارها في سبيل تحديدنا للقانون الواجب التطبيق على شكل العقد الدولي غير ضابط الإرادة؟

ضمن سياق إجابتنا عن السؤال الأول فإنّ أول هذه الضوابط: هو ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين وذلك بشرط اتحاد الموطن، فإذا فقد هذا الشرط الأخير فهنا يلجأ القاضي للضابط الثاني وهو ضابط المكان الذي أبرم فيه العقد الدولي.

وضمن إجابتنا عن السؤال الآخر فإن هذه الضوابط هي: ضابط الموطن المشترك و الجنسية المشتركة ومحل إبرام العقد.

لذلك فإننا سندرس بدايةً قانون الموطن المشترك ثمّ قانون محل إبرام العقد بكونهما قوانين مشتركة من الممكن تطبيقها على العقد الدولي بشقيه الموضوعي والشكلي.

ثمّ سأنتقل لدراسة قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين بوصفه أحد القوانين التي من الممكن تطبيقها على شكل العقد الدولي.

وهناك من أضاف إلى هذه القوانين قوانين أخرى كقانون الدولة التي نفّذ فيها العقد الدولي، لذلك سألقي الضوء على قانون مكان تنفيذ العقد.

## المبحث الأول: قانون الموطن المشترك للمتعاقدين

نظّم المشرع السوري أحكام الموطن في القانون المدني السوري من المادة (٤٢) إلى المادة (٤٥) وكذا المادة (٥٥) منه، وجعل الموطن المشترك للمتعاقدين هو الضابط الاحتياطي الأول الذي يلجأ إليه لمعرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع العقود الدولية، وذلك في حال غياب إرادة أطراف العقد الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، كما جعله ضابطاً اختيارياً مع ضوابط أخرى يلجأ إليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقد الدولي.

لذلك كان لزاماً البدء بتعريف الموطن وذكر أهميته في القانون الدولي الخاص مع بيان بعض الأحكام المتعلّقة به والتنظيم التشريعي له، خاتماً ذلك بتقييم هذا القانون.

### المطلب الأول: التعريف بالموطن

الموطن من الحقوق الخاصّة بالشخص، لأنّ هذا المصطلح مشتق من كلمة وطن، والوطن في اللغة: المنزل الذي تقيم فيه وهو موطن الإنسان ومحله.[١٠٠]

وضمن الفصل الثاني من القانون المدني السوري بعنوان (الأشخاص) ، فرّق المشرع السوري الموطن المتعلّق بالشخص الطبيعي وموطن الشخص الاعتباري.

فقد نصّت المادة (٤٢) من القانون المدني السوري على تعريف الموطن للشخص الطبيعي عندما ذكرت بفقرتها الأولى:

(الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادةً) .[١٠١]

بالمقابل نصّت المادة (٥٥) من القانون المدني على الموطن بالنسبة للشخص الاعتباري عندما ذكرت:

---

[١٠٠] راجع في ذلك : يوسف، عدنان علي. (١١،٢٠١٨،نيسان). **الوطن بين الحق والواجب من منظار الشرع الإسلامي والأدب العربي**. بدون ذكر دار للنشر. ص: ٢٠٣.

[١٠١] بينما أجد المشرع الجزائري قد وفّق أكثر في تعريف الموطن، حيث نصّت المادة (٣٦) من القانون المدني الجزائري المعدّلة بالقانون رقم (٠٥-١٠) على ما يلي:
(موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن) .
فلم يكتف المشرع الجزائري بكون محل الإقامة العادي هو الموطن -كما فعل نظيره السوري- ، بل اشترط كون محل الإقامة هذا أساسي ورئيسي بالنسبة للشخص وعند عدم توافر هذا المحل ننتقل بعد ذلك لمحل الإقامة العادي.

(١- الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلّا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي قررها القانون.

٢- فيكون له:

د- موطن مستقل، ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في سورية، يعتبر مركز إدارتها بالنّسبة إلى القانون الداخلي المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية) .

وبناءً على ما سبق: فإنّ المشرع السوري قد عدّ الموطن من الخصائص المهمة للشخصيّة القانونية، وسواءً أكانت هذه الشخصية طبيعية أم اعتبارية، فمن خلال الموطن يتحدد مقر الشخص ومكانه.

ويقصد بالموطن: المقر القانوني للشخص فيما يتعلّق بنشاطه القانوني وعلاقته مع غيره من الأشخاص فيعدّ موجوداً فيه على الدوام، ولا ينفي صفة الديمومة تغيّبه عن هذا المكان بصفة عارضة أو مؤقتة.[١٠٢]

## المطلب الثاني: أهمية قانون الموطن في إطار القانون الدولي الخاص

للموطن أهمية كبيرة ضمن فروع القانون الدولي الخاص كلّها وفق ما يلي:

**أولاً: دور الموطن في الجنسية**

يلعب الموطن أدواراً متعددة في موضوع الجنسية فهو بدايةً له علاقة بموضوع منح الجنسية فهو يعدّ أحد الأسس التي يكتسب بموجبها الجنسية.

فنرى مثلاً المادة (٣) من المرسوم التشريعي رقم (٢٧١) لعام ١٩٦٩م، والذي ينظم أحكام الجنسية في سورية تنصّ على ما يلي:

(يعتبر عربياً سورياً حكماً:

ج- من ولد في القطر من والدين مجهولين، أو مجهولي الجنسية أو لا جنسية لهما، ويعتبر اللقيط مولوداً فيه، وفي المكان الذي عثر عليه مالم يثبت العكس.

---

[١٠٢] راجع في ذلك: د. ديب، فؤاد ، ود. فلحوط ، وفاء. **الاختصاص القضائي الدولي.** مرجع سابق. ص: ٦٤.

د- من ولد في القطر، ولم يحق له عند ولادته أن يكتسب بصلة البنوة جنسية أجنبية) .[١٠٣]

كما أنّ للموطن علاقة بموضوع اكتساب الجنسية، فيعدّ توطن الشخص وإقامته بالدولة التي يريد فيها أحد شروط اكتساب جنسية هذه الدولة، كما تعدّ الإقامة دليلاً على التوطن، لكن مدة الإقامة المطلوبة لاكتساب الجنسية تختلف من دولة إلى أخرى.

فنصت المادة (٤) من المرسوم التشريعي رقم (٢٧١) لعام ١٩٦٩م على ما يلي:

(يجوز منح الأجنبي الجنسية بمرسوم بناءً على اقتراح الوزير وعلى طلب خطّي يقدمه الطالب الذي يشترط أن يكون:

ب- مقيماً في القطر إقامة متتالية مدة خمس سنوات على الأقل سابقة لتقديم الطلب ....) .[١٠٤]

ناهيك عن إسهام الموطن في إطار حل مشكلة تنازع الجنسيات (التنازع الإيجابي) أو انعدام الجنسية.

فالرأي السائد في الفقه هو بتغليب الجنسية الفعلية للشخص، هذه الجنسية الفعلية التي يستدل عليها القاضي من خلال مؤشرات معينة أهمها مكان توطّن الشخص ومقر إقامته وممارسة أعماله.[١٠٥]

**ثانياً: دور الموطن في تنازع القوانين**

يعدّ الموطن ضمن إطار تنازع القوانين ذا أهمية خاصّة، وذلك لما يتمتع به من دور لتحديد القانون الواجب التطبيق في العديد من حالات تنازع القوانين.

---

[١٠٣] يعزى منح هؤلاء الفئات الجنسية استناداً إلى حق الإقليم حيث أنّهم ولدوا في القطر العربي السوري والذي يشكل موطناً لهم ولأسرهم، وكذا لاعتبارات تتعلّق بالسيدة والأمن المدني لأنه ليس من المنطق أن يقع هؤلاء الأشخاص في حالة انعدام الجنسية وما يستتبع ذلك من مشكلات قانونية.
راجع في ذلك: د. ديب، فؤاد. (٢٠١٣-٢٠١٤م). **القانون الدولي الخاص-الجنسية**. كلية الحقوق. منشورات جامعة دمشق. ص: ١١٥.

[١٠٤] بينما ترتفع هذه المدة في القانون الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم (٧٠-٨٦) المؤرخ في ١٥ ديسمبر ١٩٧٠م إلى ٧ سنوات وفق ما جاء بالمادة العاشرة منه.
وترتفع أكثر من ذلك في بعض الدول كالعراق مثلاً، حيث تبلغ هذه المدة عشر سنوات ، وذلك بموجب الفقرة (ج) من المادة السادسة من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لعام ٢٠٠٦م.

[١٠٥] راجع قريب من هذا المعنى: الأخضري، محمد الحافظ. (٢٠١٦-٢٠١٧م)**. الموطن في القانون الدولي الخاص**. رسالة ماستر. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة قاصدي مرباح. ورقلة: الجزائر. ص: ٤٨. ، وراجع أيضاً: د. ديب، فؤاد. **القانون الدولي الخاص- الجنسية**. مرجع سابق. ص: ٨٧.
بينما يتجه المشرع السوري في المادة (٢٧) من القانون المدني السوري، إلى الأخذ بالقانون السوري إذا كان النزاع يتعلّق بشخص له أكثر من جنسية من ضمنها الجنسية السورية، أمّا عندما تكون كافة الجنسيات التي يتمتع بها الشخص أجنبية فإنّ للقاضي النّاظر بالدعوى سلطة تقديرية واسعة لتحديد القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة وكذا الحالة بالنسبة للأشخاص عديمي الجنسية.

فلقد شكّل قانون الموطن القانون الاحتياطي الأول الذي يطبّق على موضوع العقد الدولي في حال غياب قانون إرادة الأطراف المتعاقدة (المادة ٢٠ من القانون المدني السوري) .

كما كان قانوناً اختيارياً من الممكن تطبيقه مع عدة قوانين أخرى على شكل العقد الدولي (المادة ٢١ من القانون المدني السوري).

**ثالثاً: دور الموطن في تنازع الاختصاص القضائي الدولي**

يعدّ الموطن ضابطاً للاختصاص القضائي يحدد على أساسه المحكمة المختصة للفصل في النزاعات التي تتضمن عنصراً أجنبياً، فقد نصّت المادة (٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري رقم (١) لعام ٢١٠٦م على ما يلي:

(تختص المحاكم السورية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي إذا كان له موطن في سورية) .

كما أنّ القضاء السوري يكون مختصاً بالنظر في الدعاوى التي ترفع على غير السوري إذا كان له في سورية موطن مختار أو إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو سكن في سورية (المادة ٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري) .

وفي مسائل الولاية على المال فإنّ القضاء السوري يكون مختصّاً إذا كان القاصر أو المطلوب الحجر عليه أو المطلوب مساعدته قضائياً له موطن في سورية أو إذا كانت سورية شكّلت آخر موطن للغائب الأجنبي.[١٠٦]

وأيضاً نرى أن القضاء السوري يكون مختصّاً بالنظر في مسائل الإرث وفق المادة (٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري إذا كان آخر موطن للمتوفّى في سورية أو كان موطن المدعى عليهم كلّهم أو بعضهم في سورية.

[١٠٦] يستثنى من ذلك وفق المادة (٤٤) من القانون المدني السوري القاصر الذي بلغ خمس عشرة سنة، فيكون له موطن خاص فيما يتعلّق بالتصرفات التي يعتبرها القانون أهلاً لمباشرتها.

**رابعاً: دور الموطن في تحديد المركز القانون للأجانب**

لا بدّ من الإشارة إلى أنّ التوطّن أمر يقتصر في الأساس على الشخص الأجنبي في علاقته بالدولة التي ينوي التوطّن بها، لكن صلة المواطن بدولته أوثق من الارتباط المكاني بها، فهي بالنسبة له وطن لا مجرد موطن.

لذلك قلّما تحدث إشكالية في أمر توطّن الإنسان في دولته، لكن كثيراً ما يتعلّق أمر إقامة الأجنبي وتوطّنه في بلد ما بالحصول على إذن إقامة خاص.[١٠٧]

فإذا لم يحصل الأجنبي على إذن الإقامة في البلد تكون إقامته غير مشروعة، الأمر الذي يعرّضه لجزاءات مختلفة.

كما يلعب الموطن دوراً مهماً في تحديد المركز القانوني للأجانب، فحقوق الأجنبي المتوطن في بلد ما أوفر من حقوق الأجنبي غير المتوطن وذلك فيما يتعلق بحقوق العمل وممارسة المهن المختلفة وكذا الوظائف العامة.

## المطلب الثالث: الأحكام القانونية الخاصّة بالموطن

**أولاً: الأحكام القانونية الخاصة بموطن الشخص الطبيعي**

من مراجعة نصوص مواد القانون المدني المتعلقة بموطن الشخص الطبيعي (وهنا أقصد من المادة (٤٢) إلى المادة (٥٤) منه) نجد أنّ للموطن عدة أنواع وعدة حالات:

١. الموطن العام:

ويقصد به المكان الذي يتخذه الشخص حرّاً بشأن نشاطاته ومعاملاته وعلاقاته مع غيره دون تخصيص أو تعيين، وينقسم هذا لموطن إلى موطن إرادي أو اختياري وإلى تصور حكمي للموطن فيفرق هذا النوع بين الموطن ومحل الإقامة، فالموطن في ذاته هو مجرد فكرة قانونية بينما محل الإقامة هو فكرة واقعية وهو المكان الذي يباشر فيه الشخص نشاطاته وأعماله ومصالحه كلّها.[١٠٨]

---

[١٠٧] راجع في ذلك: حسن، محمد جلال. **الموطن الدولي ضابط للإسناد لإعمال قواعد التنازع-دراسة تحليلية وصفية مقارنة**. تمّت زيارة الموقع بتاريخ ١٠/شباط/٢٠٢٠م. بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي بصيغة /pdf/: SJ.SULICIHAN.EDU.Krd. ص: ١٠٧.

[١٠٨] راجع في ذلك: د. واصل، محمد. (٢٠١٠-٢٠١١م). **المدخل إلى علم القانون**. منشورات جامعة دمشق. كلية الحقوق. ص: ٤٧١ وما بعدها.

وقد أخذ المشرع السوري في هذا الصدد بالتصور الواقعي للموطن، فذكر في المادة (٤٢) من القانون المدني أنّ الموطن هو مكان الإقامة المعتاد، كما أنّ الفقرة الثانية من المادة المذكورة أجازت أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن، كما أجازت ألّا يكون له موطن على الإطلاق.[١٠٩]

كما أخذ أيضاً بالتصور الحكمي وهو مكان التسجيل في قيود الأحوال المدنية، وجعل هذا المكان هو الموطن الثابت المستقر لمباشرة جميع الحقوق السياسية والمدنية وتلقي الالتزامات المتعددة كالخدمة العسكرية الإلزامية ودفع الضرائب.

فقد نصّت المادة (١٢) من قانون الأحوال المدنية السوري على ما يلي:

(يمنح المواطن بمجرد تسجيله في السجل المدني رقماً وطنياً خاصّاً به، ويتميّز هذا الرقم بأنّه فريد وثابت وتلتزم جميع الجهات الرسمية باستخدام هذا الرقم وتثبّته في سائر المعاملات والسجلات لديها والوثائق الخاصّة بهذا المواطن) .[١١٠]

٢. الموطن القانوني الإلزامي:

ويقصد به الموطن الذي يقرره القانون وبنص صريح لأسباب خاصّة، ويتمّ دون إرادة الإنسان بل حتى على الرغم من معارضته.

ويكون هذا الموطن حمايةً لبعض الأشخاص الذين يحتاجون لحماية غيرهم من النّاس وذلك على سبيل الحصر.[١١١]

وهذا الموطن يتعلق بالتحديد بعديمي الأهلية وناقصيها وذلك بسبب صغر سنهم، والمحجور عليهم بسبب عوارض الأهلية كالجنون والعته والسفه والغفلة، والمفقودين والغائبين لوجود مانع من موانع الأهلية بسبب الفقد أو الغيبة.[١١٢]

---

[١٠٩] وذلك على عكس المشرع الجزائري الذي منع وجود أكثر من موطن للشخص في وقت واحد ، حيث نصّت المادة (٣٦) من القانون المدني الجزائري المعدلة بالقانون رقم (٠٥-١٠) تاريخ ٢٠/يونيو/٢٠٠٥ على ما يلي:
(... ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت) .

[١١٠] وهو القانون رقم (٢٦) الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/١٢/٤م الموافق ل:١٤٢٨/٣/٢٤هجري.

[١١١] راجع في ذلك: الجبوري، إبراهيم عباس. (٢٠١٩م،شباط). الأحكام القانونية للموطن وفقاً لموقف المشرع العراقي. **مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية.** العدد: ٤٢. ص: ١٥٥٠. بابل: العراق. كلية القانون والعلوم السياسية بالجامعة الإسلامية في النجف. جامعة بابل.

وقد أخذ المشرع السوري بهذا الموطن، فنصّت الفقرة الأولى من المادة (٤٤) على ما يلي:

(موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً) .

٣. الموطن الخاص:

وهو المكان الذي يمارس فيه الشخص بعض أعماله الصناعية أو الحرفية أو المهنية أو الذي يكون مقراً لمباشرة بعض الأنشطة على وجه التخصيص أو التعيين، وذلك بقصد التيسير على الشخص ذاته أو التيسير على الأشخاص المتعاملين معه في تلك الأعمال أو الأنشطة.[١١٣]

كما يعدّ من ضمن مفهوم الموطن الخاص موطن القاصر المأذون، فقد سمح المشرع السوري لمن أتمّ الخامسة عشرة من عمره وأذن له القاضي بإدارة بعض أعماله أن يكون له موطن خاص بالنسبة لهذه الأعمال، إضافةً للموطن العام بالنسبة لباقي أعماله وشؤونه، وهو موطن من ينوب عنه قانوناً (الموطن القانوني أو الإلزامي) .[١١٤]

ويدخل ضمن إطار الموطن الخاص الموطن المختار، فنصت المادة (٤٥) من القانون المدني السوري عليه:

( ١- يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معيّن .

٢-ولا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلّا بالكتابة .

٣-والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلّق بهذا العمل ، بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري ، إلّا إذا اشترط صراحةً قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى) .[١١٥]

---

[١١٢] د. واصل، محمد. مرجع سابق. ص: ٤٧٤.

[١١٣] راجع في ذلك: العنزي، زياد خليف. (٢٠١٨م،ديسمبر). اختصاص القضاء الإماراتي بنظر المنازعات الإلكترونية ذات العنصر الأجنبي. **مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية**. مج: ١٥، عدد: ٢. ص: ٤٣٥.

[١١٤] وبذلك قضت المادة (٤٤) في فقرتها الثانية من القانون المدني السوري: (يكون للقاصر الذي بلغ خمس عشرة سنة ومن في حكمه موطن خاص بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها) .

[١١٥] الموطن المختار لا يقوم مقام الموطن الأصلي في جواز التبليغ فيه إلّا في الحالات التي يذكرها القانون نفسه بالنسبة للأمور التي اتّخذ الموطن المختار من أجلها فقط ولا يصح أن يستفيد منه شخص آخر في خصومة أخرى ، كما أنّ اتخاذ موطن مختار في عمل معيّن لا يعني لزوماً اتّخاذ هذا الموطن في عمل قانوني آخر.

راجع في ذلك : حكم محكمة النقض السورية بقرار رقم (٣٤٨) أساس (٢٢٨٢) تاريخ ١٩٧١/٣/٢٨م. منشور في مجلة القانون لعام ١٩٧١م. ص: ١٣٧.

تلك كانت أهم النقاط المتعلّقة بموطن الشخص الطبيعي.

**ثانياً: الأحكام القانونية الخاصّة بموطن الشخص الاعتباري**

اختلف الفقهاء عموماً وكذا التشريعات حول تحديد موطن الشركة إذ هناك من اعتمد على معيار وجود مركز الإدارة الرئيسي، وبذلك أخذ المشرع السوري في المادة (٥٥) من القانون المدني السوري.

ومركز الإدارة يكون بالنسبة لشركات الأشخاص هو المكان الذي يباشر فيه المدير عمله، أمّا شركات الأموال فهو مكان وجود مجلس الإدارة.[١١٦]

ويشترط في هذا المركز أن يكون هو المكان الفعلي الذي توجد فيه الهيئات القائمة بإدارة الشركة، وهذا يعدّ من المسائل الموضوعية لقضاة الموضوع ولا يخضع فيه لرقابة محكمة النقض.[١١٧]

وهناك قسم آخر اعتمد على معيار مكان الاستثمار وهو المكان الذي تباشر الشركة منه نشاطها المادي كالمكان الذي توجد فيه المصانع.

وقد أخذ المشرع السوري بهذا المعيار ضمنياً وذلك بصدد الحالة التي أوردها والمتعلقة بالشركة التي يكون مركزها الرئيسي في خارج سورية، لكن لها نشاط في الداخل السوري، ويعدّ مركز إدارتها بالنسبة للقانون الداخلي المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية.[١١٨]

وفي نظام تنازع القوانين نرى أنّ نصّ المادة (١٢) الفقرة (٢) لم تخرج عن القواعد السابقة فذكرت:

---

[١١٦] تعرّف شركات الأشخاص بأنّها تلك الشركات التي تقوم بين شخصين أو أكثر يحكمها وترتكز في تكوينها على الاعتبار الشخصي وعلى أساس الثقة المتبادلة بين الشركاء، وتقسم هذه الشركات إلى شركات تضامن وشركات توصية بسيطة.
بينما شركات الأموال فتعتمد على الأموال المقدمة لها من قبل المساهمين، وتنفصل فيها الملكية عن الإدارة، بحيث يتولّى إدارتها مجلس إدارة، وتقسم هذه الشركات إلى شركات مساهمة وشركات محدودة المسؤولية.
راجع في ذلك: د. الحكيم، جاك يوسف. (٢٠١٠-٢٠١١م). **الشركات التجارية**. منشورات جامعة دمشق. كلية الحقوق. ص: ٤٢ وما بعدها.

[١١٧] راجع في ذلك: مساعد، سلامي. (٢٠١١-٢٠١٢). **الآثار المترتبة على الشخصية المعنوية للشركة التجارية**. مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة أبو بكر بلقايد. تلمسان: الجزائر. ص: ١٠٤.
ولذلك الزمت الشركات –من وجهة نظري- باتخاذ موطن لها عند تأسيسها، حيث نصّت المادة (١٢) من قانون الشركات السوري رقم (٢٩) تاريخ ٢٠١١/٢/١٤م على ما يلي:
(١- يجب أن تتخذ الشركات السورية مركز لها في سورية ويحق لهذه الشركات فتح فروع لها داخل سورية وخارجها.
٢- يكون مركز الشركة موطناً صالحاً لتبليغها جميع الأوراق والمراسلات والتباليغ المتعلّقة بها سواءً وجدت فيه أم لم توجد) .

[١١٨] كان المشرع الجزائري أكثر وضوحاً في الأخذ بهذا المعيار ، حيث نصّت المادة (٥٠) من القانون المدني الجزائري بأنّ:
(الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر، يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر) .

(أمّا النظام القانوني للأشخاص الاعتباريّة، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في سورية، فإنّ القانون السوري هو الذي يسري).

تلك كانت أهم الأحكام القانونية المرتبطة بمفهوم الموطن سواءً للشخص الطبيعي أو الاعتباري، نستأنف الحديث بذكر تقييم هذا الضابط.

## المطلب الرابع: التنظيم التشريعي لقانون الموطن ضمن إطار العقود الدولية

إنّ المشرع السوري في المادة (٢٠) من القانون المدني السوري قد اعتمد على الموطن المشترك للمتعاقدين في حال غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية لهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع العقود الدولية، فكان قانون الموطن المشترك للمتعاقدين هو القانون الأول الذي يلجأ إليه في حال غياب قانون الإرادة.

لكن لم يكن الموطن المشترك للمتعاقدين ضمن إطار تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقود الدولية إلّا ضابطاً انتقائياً يلجأ إليه مع عدة ضوابط أخرى.

ويعترف القضاء السوري بصحة شكل العقود الدولية إذا كانت متوافقة مع أحد الأشكال المعتمدة في: قانون دولة إبرام العقد، أو القانون الذي يحكم الأمور الموضوعية للعقد الدولي، أو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو قانون الجنسية المشتركة.[١١٩]

بينما نرى دول أخرى قد ساوت بين ضابط الموطن المشترك وضابط الجنسية المشتركة ضمن هذا الإطار وتركت أمر الاختيار بين هذين الضابطين خاضعاً لاجتهاد القاضي النّاظر بالدعوى.

من ذلك نرى المادة (١٨) من القانون المدني الجزائري تنصّ على أنّه:

((في حالة عدم اختيار الأطراف لقانون يحكم عقدهم فإنّه يطبّق قانون موطنهم المشترك أو جنسيتهم المشتركة)).[١٢٠]

---

[١١٩] راجع في ذلك: د. فلحوط، وفاء، ود. الخابور، ساجر. **القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص: ٢٠٧.

[١٢٠] وكذلك فعل المشرع الإيطالي في المادة / ٢٥ / من القانون المدني الإيطالي لسنة ١٩٤٢م إذ تنص :
راجع في ذلك : أحمد حميد الأنباري ، مرجع سابق ، ص ٧٣ .

وهناك بعض التشريعات قد أخذت بقانون موطن الطرف الأكثر تأثيراً في العقد أو قانون مقر المؤسسة المهنية أو التجارية بعد قانون الإرادة، ونذكر هنا التشريع التونسي في الفصل (٦٢) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي التي تنصّ على ما يلي:

((يخضع العقد للقانون الذي تعيينه الأطراف، وإذا لم تحدد الأطراف القانون المنطبق يعتمد قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون التزامه مؤثراً في تكييف العقد أو مقر مؤسسته إذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري)) .

فنرى أنّ المشرع التونسي قد فضّل الأخذ بموطن الطرف الأكثر تأثيراً في العقد أو مقر مؤسسته، ولم يأخذ بالموطن المشترك.

وفي هذا ينتقد المشرع التونسي لأنّه يكرس عدم التوازن في العقود الدولية ويعطي الطرف الأكثر قوة وتأثيراً في العقد الشرعية لتطبيق قانونه على العقد الدولي دون الاعتداد بالطرف الآخر الأضعف تأثيراً، ومن المعلوم أنّ أحد الأهداف التي يبتغيها المشرع من خلال سنّ القوانين في العقود هو تحقيق توازن بين الأطراف إن لم يكن توازناً مطلقاً فتوازن نسبي، وذلك واضح من خلال تكريس أغلب المشرعين لمبادئ مثل: منع الغبن والاستغلال في العقود وجعلها سبباً لإبطالها في حالات وشروط محددة، وتفسير عقود الإذعان عند الخلاف لمصلحة الطرف المذعن.[١٢١]

وهناك بعض التشريعات لم تأخذ أبداً بقانون الموطن، من ذلك نرى المشرع الإيطالي في المادة (٢٥) من القانون المدني الإيطالي لسنة ١٩٤٢م إذ تنص:
((في حالة غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقودهم فإنّ الالتزامات الناشئة من هذه العقود تكون محكومة بقانون الجنسية المشتركة للطرفين إذا اتّحدا موطناً، أمّا إذا اختلفا جنسية فإنّ هذه الالتزامات تكون محكومة بقانون دولة محل إبرام العقد)) .
فنرى أنّ المشرع الإيطالي لم ينصّ أبداً على ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين واستعاض عنه بضابط الجنسية المشتركة.[١٢٢]

ولقد سوغ هذا الاتجاه بأنّ الأفراد عادةً ما يكونون على دراية بقوانين الدولة التي يتمتعون بجنسيتها بل ويفترض فيهم ذلك، وبالتالي فهم لا يتفاجؤون بتطبيق قانون أجنبي قد لا يخدم مصالحهم عند تطبيقه على العقد محل النزاع.[١٢٣]

---

[١٢١] راجع في ذلك نص المادة (١٥٢) من القانون المدني السوري، وكذا نص المادة (١٣٠) منه.
[١٢٢] راجع في ذلك: الأنباري، أحمد حميد. مرجع سابق. ص: ٧٣.

## المطلب الخامس: تقييم قانون الموطن

هنا لا بدّ لي من الوقوف على أهم الإيجابيات والسلبيات التي من الممكن أن توجه لهذا القانون.

### أولاً: إيجابيات قانون الموطن

يؤكّد مؤيدو هذا الضابط على أهميته في حلّ هذه المسألة، فناهيك عن دور الموطن المهم في كلّ موضوعات القانون الدولي الخاص التي سبق لي التحدث عنها [١٢٤] ، فإنّ لتطبيق قانون الموطن المشترك على موضوع العقود الدولية له أهميّة خاصّة تتمثّل في الآتي:

١. إنّ موطن الشخص هو مركز مصالحه ومقره القانوني وهو المكان الذي يباشر فيه الإنسان نشاطاته وأعماله الأكثر ارتباطاً به، ومن المعلوم أنّ هذه المصالح كثيراً ما تأتي على شكل عقود دولية.
لذلك: فمن الطبيعي والحال كذلك أن يخضع الشخص إلى قانون موطنه ولو كان أجنبياً، لا سيما أنّ بعضاً من المهاجرين قد تنقطع صلتهم بوطنهم ويندمجون مع الأهالي في وطنهم الجديد، وخير وسيلة لتطبيق هذا الاندماج على أرض الواقع هو تطبيق القانون الإقليمي للدولة التي عاشوا فيها، وذلك حتى لا يبقوا مهمشين في الدولة التي اختاروا العيش على أراضيها وضمن قوانينها وفي إطار دستورها، الأمر الذي يعكس آثار نفسية على المقيمين في دول أخرى غير دولتهم الأساسية.[١٢٥]
ومن أمثلة ذلك: تطبيق المحكمة الأردنية القانون اللبناني في قضية عرضت عليها متعلّقة بتوريد صفقة فاكهة للأردن بين شخص سوري الجنسية وآخر تركي، فقد عدّت المحكمة أنّ الشخصين مقيمان في لبنان ويزاولان فيها أعمالهما.[١٢٦]

٢. إنّ تطبيق قانون الموطن يؤدي إلى المحافظة على حقوق الأفراد الذين يتعاملون مع أشخاص لديهم إشكاليات في الجنسية وذلك عند تعدد جنسية هؤلاء الأفراد أو انعدام جنسيتهم.[١٢٧]

حيث نرى المادة (٢٢) من القانون المدني الجزائري تنصّ على ما يلي:

---

[١٢٣] راجع في ذلك: أمين، مناصف، وسامية، سعدي. (٢٠١٨-٢٠١٩م). **تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية**. مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال ، جامعة محمد الشريف مساعدية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ، ٢٠١٨-٢٠١٩م ، ص ٤٢ .

[١٢٤] راجع في ذلك : ص ١٢٤ وما بعدها من هذا البحث .

[١٢٥] راجع في ذلك: الأخضري، محمد الحافظ. مرجع سابق. ص: ٣.

[١٢٦] راجع في ذلك: عبد الكريم، ممدوح. (٢٠٠٥م). **القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين**. دار الثقافة. الأردن. ص: ١٧٠.

[١٢٧] تعدّ مشكلة انعدام الجنسية عموماً من المشكلات الخطيرة على المستوى الدولي، حيث قدّر عدد الأشخاص عديمي الجنسية في العالم بحولي ١٢ مليون فرد، ويواجه هؤلاء الأفراد صعوبات عديدة تهدد كيانهم ووجودهم واستقرارهم واستقرار أسرهم، حيث يجدون صعوبة في الحصول على الحقوق الأساسية كالتعليم والرعاية الصحية وحرية العمل وحرية التنقل، كما يفرض عليهم قيود عديدة على ممارسة حقوقهم السياسية كالانتخاب والترشح لمناصب الدولة.
راجع في ذلك: تقرير منشور بصيغة pdf من قبل المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين. ٢٠٢٠/٢/٥م. الرابط: www.unhcr.org.

(وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة).[١٢٨]

فإذا كان الشخص المتعامل مع عديم الجنسية على علم مسبق بأنّ العلاقة بينهما يحكمها قانون الموطن يكون على بيّنة من أمره ويتعامل معه على أساس هذا القانون الذي بإمكانه أن يعرف ويتقصّى أحكامه.

بينما إذا كان القانون المطبق هو قانون الجنسية، فإنّ الشخص المتعامل مع عديم الجنسية لا يعرف بالأساس جنسية الشخص فكيف سيصل إلى معرفة القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة.

الأمر الذي قد يعرقل العملية التعاقدية من الأساس ويصعّب العملية على جميع الأطراف (عديم الجنسية بالدرجة الأولى والشخص المتعامل معه) .[١٢٩]

٣. إنّ قانون الموطن الذي سوف يطبّق في كثير من الحالات يكون هو قانون القاضي، لأنّ الأشخاص غالباً ما يلجؤون إلى محاكم الدول التي يتوطنون بها، فهنا يطبّق القاضي قانونه الذي هو على علم بمضمونه وأحكامه وتفاصيله.[١٣٠]

بينما لو نصّ المشرع على ضوابط أخرى كضابط الجنسية، فإنّ هذا الأمر سيكبّد القاضي الذي ينظر في الدعوى عناءً شديداً، بدايةً من تحديد هذا القانون ثمّ إثباته ثمّ تفسيره ومعرفة أحكامه وتفاصيله، وكثيراً ما قد يخطئ القاضي في فهم هذا القانون وأحكامه، لأنّ القاضي يبقى محيطاً بقانون دولته أكثر من قوانين دول أخرى.

---

[١٢٨] تم تعديل هذه المادة بموجب القانون رقم (٠٥-١٠) المؤرخ في ٢٠/يونيو/٢٠٠٥م، حيث كان النص القديم المحرر في ظل الأمر رقم (٧٥-٥٨) تاريخ ٢٦/سبتمبر/١٩٧٥م على ما يلي:
(في حالة انعدام الجنسية ، يعين القاضي القانون الواجب تطبيقه) ، وهذا النص مشابه لنص المادة (٢٧) من القانون المدني السوري والتي تنص على ما يلي:
(يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية) .
وإن لم ينص المشرع السوري على القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة وترك أمر التحديد للقاضي، فإن الفقه والقضاء في سورية في حالة شبه إجماع على تطبيق قانون الموطن في هذه الحالة.
لكن ومع ذلك كان الأحرى للمشرع السوري النص على ذلك صراحةً في المادة (٢٧) وذلك أسوةً بالمشرع الجزائري ولا يترك الأمر عرضةً للاجتهادات الفقهية والقضائية.

[١٢٩] راجع في ذلك: زروتي، الطيب. (٢٠٠٨م). **القانون الدولي الخاص الجزائري-تنازع القوانين-ج ١**. مطبعة الفسيلة بالدويرة. ص: ٣٨٠.

[١٣٠] حيث تنصّ المادة (٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري على ما يلي:
(تختصّ المحاكم السورية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي إذا كان له موطن في سورية).
بينما تنصّ المادة (٣٧) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم (٠٨-٠٩) المؤرخ في ٢٠٠٨/٢/٢٥م على ما يلي:
(يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حال اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، مالم ينصّ القانون على خلاف ذلك) .
وهذا النص السابق يطبّق بصدد تنظيم الاختصاص المحلي للمحاكم الجزائرية وكذلك لتحديد الاختصاص القضائي الدولي للقضاء الجزائري بشكل عام.
راجع في ذلك: أمينة، رحاوي. (٢٠١٠-٢٠١١م). **الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص**. رسالة ماستر في القانون الدولي الخاص. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة أبي بكر بلقايد. تلمسان: الجزائر. ص: ١٢٤.

٤. تتميّز ضوابط الإسناد المكانية عامّةً وقانون الموطن خاصّةً بالقدرة بحدّ ذاتها على تعيين التشريع الداخلي المختص وذلك إذا ما تمّ الإسناد إلى دولة تتعدد فيها الشرائع، إذ يراعى في تكوين هذه الضوابط أن نعيّن مباشرةً المكان الذي يرتكز فيه الوضع القانوني دون حاجة إلى أي عنصر أو ضابط آخر[١٣١]، وذلك في الحالة التي يفشل فيها التشريع في الدولة المسند إليها في تعيين القانون الواجب تطبيقه.[١٣٢]

**ثانياً: سلبيات الأخذ بقانون الموطن**

١. لئن كان قانون الموطن هو الأكثر ارتباطاً بالعقد الدولي –كما يقول أنصاره– ، فإنّ هناك قوانين أخرى يمكن أن تحكم العقد الدولي كقانون الجنسية المشتركة.

فمن المعلوم أنّ تمتع الشخص بجنسية دولة معينة هو معيار التفرقة بين الوطني والأجنبي، وبالتالي يتحدد لنا حقوق وواجبات الأفراد ومدى خضوعهم لقانون الدولة من عدمه.

فالشخص الذي يتمتع بجنسية دولة معينة لا بدّ وأنّه يعرف قوانين تلك الدولة فالقاعدة القانونية الشهيرة تقول لا جهل بالقانون، وبالتالي يتوقع الشخص النتائج والآثار التي من الممكن أن تنتج عن تصرفاته وعقوده.

فكيف إذا كان أطراف العقد الدولي يتمتعون بجنسية مشتركة.

أليس والحال كذلك قانون الجنسية المشتركة أقرب للواقع والمنطق من قانون الموطن المشترك.[١٣٣]

٢. يشكّل قانون الموطن من وجهة نظر أنصاره عاملاً مهمّاً لحل مشكلة تنازع الجنسيات أو انعدام الجنسية، لكن يردّ على ذلك بالقول إنّ قانون الموطن تعترضه أيضاً عقبات كثيرة فمن الممكن أن يتعدد الموطن بالنسبة للمتعاقدين وخصوصاً إن كانوا تجاراً، فكيف سيتم تغليب أحد الأماكن على الأخرى وما هو المعيار في ذلك؟

---

[١٣١] راجع في ذلك: عياض، محمد عماد الدين، وبن الشيخ، هشام. (بدون ذكر عام للنشر). **القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة متعددة التشريعات**. جامعة قاصدي مرباح. ورقلة: الجزائر. ص: ٨٠.

[١٣٢] حيث تنصّ أغلب التشريعات على حلّ مشكلة الإسناد إلى دولة تتعدد فيها الشرائع عن طريق القانون الداخلي لتلك الدولة، حيث نصّت المادة (٢٨) من القانون المدني السوري على ما يلي:

(متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أنّ القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع فإنّ القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أيّة شريعة من هذه يجب تطبيقها) .

وكذلك نرى المادة (٢٣) من القانون المدني الجزائري المعدلة بموجب القانون رقم (٠٥-١٠) تاريخ ٢٠/يونيو/٢٠٠٥م، نصّت على ذات الأمر، لكن مع إضافة ما يلي:

(إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبّق التشريع الغالب في البلد في حال التعدد الطائفي أو التشريع المطبّق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي) .

ومن وجهة نظري فإنّ هذه الإضافة في محلها القانوني ويجب على المشرع السوري إضافتها للمادة (٢٨) الآنفة الذكر، وذلك تجنّباً للمشاكل التي تحدث عند عدم تحديد قانون الدولة المتعددة الشرائع للقانون الواجب التطبيق أو الشريعة واجبة التطبيق.

[١٣٣] راجع في ذلك: أمين، مناصف، سامية، سعدي . مرجع سابق. ص: ٤٠.

كما من الممكن أن يبقى موطن الشخص مجهولاً غير معلوم، فكيف سيجري تحديد هذا الموطن؟
هذا الأمر الذي يضفي صعوبة على تحديد موطن الأشخاص المتعاقدين من قبل القاضي النّاظر في الدعوى ممّا يمنعه والحال كذلك من الوصول للقانون الواجب التطبيق في هذه الحالة.

٣. إنّ انتشار العلم بالقوانين وجعلها متاحةً لجميع الأفراد بسبب تطور وسائل الاتصال وسهولة التواصل، كما أنّ التوسّع في عقد الاتفاقيات الدولية بين الدول بهدف تبادل الخبرات القانونية والتعاون القضائي، كما أنّ وجود القنوات الدبلوماسية بين الدول تسهّل معرفة القانون الأجنبي الواجب التطبيق.
هذا الأمر الذي ينفي المسوغ الذي ساقه مؤيدو تطبيق قانون الموطن، بأنّه يعطي سهولة للقاضي النّاظر في الدعوى، فإنّه في الغالب سيطبّق قانونه، تلك السهولة التي لا توجد عند تطبيق قوانين أخرى.

**ثالثاً: بيان الرأي الشخصي**

بعد أن تناولت حجج أنصار مؤيدي قانون الموطن المشترك وكذا حجج معارضيه، لا بدّ من القول: لا شكّ أنّ قانون الموطن المشترك يعدّ من الضوابط المهمة التي تحكم العقد الدولي لأنّ موطن الإنسان هو مقر تعاملاته بما في ذلك العقود، لكن لابدّ من الذكر أنّ هناك ضوابط تصلح أن تكون مع ضابط الموطن المشترك، واقصد هنا ضابط الجنسية المشتركة لأطراف العقد.

فجنسية الأنسان رابطة ثابتة مستقرة مغروسة في نفوس رعايا الدولة التي يتبعونها، تجعلهم دائمي التعلّق بها أينما حلّوا وأينما ذهبوا، بينما الموطن ليس كذلك، فمن الممكن أن يغير الإنسان محل إقامته كثيراً ويبدّل مكان عمله، بل قد يلجأ إلى اخفائه مثلاً كإخفاء ذكر مقر الشركة في سجله التجاري أو ذكر موقع وهمي مغاير بهدف التحايل والتلاعب على القانون، الأمر الذي لا يستطيع عمله في حال تبنّي قانون الجنسية المشتركة.

هذا الكلام السابق لا أعني من خلاله معارضتي التامّة لقانون الموطن المشترك، لكن الاقتراح في هذا الصدد أن يضاف قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين ليصبح ضابطاً احتياطياً ثانياً بعد قانون الموطن المشترك.

ومن خلال دراسة التشريعات المقارنة:

نجد أنّ المشرع الجزائري قد ساوى بين ضابط الجنسية المشتركة وضابط الموطن المشترك من خلال نص المادة (١٨) من القانون المدني الجزائري:

((في حالة عدم اختيار الأطراف لقانون يحكم عقدهم ، فإنه يطبّق قانون موطنهم المشترك أو جنسيتهم المشتركة)) .

فاستخدام المشرع الجزائري لعبارة قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة يدل على التسوية بين هذين الضابطين.

وإن كان هذا الاتجاه هو أفضل من اتجاه المشرع السوري، لكن فيه خلل جوهري يتمثّل في غياب إعطائه حلاً للحالة التي يكون فيها أطراف العقد الدولي من جنسية بلد معين ويتوطنون في بلد آخر، فما هو القانون الذي يجب تطبيقه في هذه الحالة وما هو معيار تفضيل أحد الضابطين على الآخر.

بينما نرى اتجاه آخر لم ينصّ أبدا على ضابط الموطن المشترك، من ذلك المشرع الإيطالي في المادة (٢٥) من القانون المدني الإيطالي لعام ١٩٤٢م الذي نصّ فقط على ضابط الجنسية المشتركة دون الاعتداد بضابط الموطن المشترك.

لذلك وبعد دراسة التشريعات المقارنة فإنني أميل إلى جعل ضابط الجنسية المشتركة لأطراف العقد الدولي ضابطاً احتياطياً ثانياً، يلجأ إليه بعد الأخذ بالضابط الاحتياطي الأول (الموطن المشترك) ، وذلك على سبيل الترتيب وليس على سبيل التخيير كما فعل المشرع الجزائري.

## المبحث الثاني: قانون مكان إبرام العقد

اسند المشرع السوري عند سكوت إرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقود الدولية وعدم وجود موطن مشترك لأطراف العقد إلى قانون محل إبرام العقد بكونه واجب التطبيق.

وهذا الترتيب هو ترتيب إجباري، إذ لا بدّ من التزام القاضي بالتدرج الذي وضعته المادة (٢٠) من القانون المدني السوري، فالقاضي لا يستطيع تطبيق قانون محل إبرام العقد إذا وجد موطناً مشتركاً لأطراف العقد.

كما أنّ هذا الضابط كان ضابطاً انتقائياً يلجأ إليه من بين ضوابط أخرى لتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقد الدولي.

لذلك كان لا بدّ من دراسة هذا الضابط ببيان معناه وأساسه القانوني أولاً، ثمّ اللجوء إلى تقييمه.

**المطلب الأول: معنى الضابط وأساسه القانوني**

إذا لم يتفق أطراف العقد الدولي صراحةً على القانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي ولم يستطع القاضي استخلاص هذا الاتفاق ضمنياً، فهنا نطبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، لكن في الحالة التي يختلف فيها هذا الموطن.

هنا نلجأ إلى ضابط محل إبرام العقد الدولي، فلو تمّ العقد الآنف الذكر في الأردن فهنا نطبّق القانون الأردني بوصفه قانون محل إبرام العقد.

هذه القاعدة السابقة أي –قاعدة خضوع التصرف القانوني لقانون بلد الإبرام– قد نشأت بدايةً لدى فقهاء القانون الكنسي في القرن الثاني عشر، حين أخذوا بقاعدة خضوع العقد لقانون محل الإبرام، والسبب في الأخذ بهذه القاعدة يعود حسب الفقيه بول دي كاستر إلى أنّ: (العقد يعتبر قد نشأ في المحل الذي يلد فيه) ، لذلك فإنّ ربط العقد الدولي بقانون المحل الذي نشأ فيه هو ربط طبيعي.

ولم يكن الفقهاء يميّزون بين موضوع العقود الدولية وشكلها، فكانت القاعدة المذكورة تسري على شكل العقود موضوعها.

إلى أن جاء بعد ذلك الفقهاء بتمييز بين الأحوال العينية والأحوال الشخصية، فقد اختصّ القانون الإقليمي بحكم الأحوال العينية، واختصّ القانون الشخصي بحكم التصرفات المتعلقة بالأحوال الشخصية.[١٣٤]

وهذا الضابط أخذت به معظم التشريعات ، فأخذت به المادة (٢٠) من القانون المدني السوري، وكذا المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام ١٩٥١م، وكذا المشرع الفلسطيني في المادة (٢٥) من القانون المدني، والمشرع الجزائري في المادة (١٨) من القانون المدني الجزائري، والمشرع المصري في المادة (١٩) من القانون المدني المصري.

لكنّ المشرع التونسي لم يأخذ بهذا الضابط في الفصل (٦٢) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، فقد اكتفى بقانون الإرادة ثمّ أخذ بقانون موطن الطرف الأكثر تأثيراً في العقد، دون أن يذكر ضابط محل الإبرام.

---

[١٣٤] راجع في ذلك: السيوفي، نعوم. (١٩٨١-١٩٨٢م). **تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي**. جامعة دمشق. دار المستقبل للطباعة. ص: ١٧٨.

وكذلك غالبية الفقه قد أخذوا بهذا المؤشر، وقالوا إنّ الإسناد لقانون بلد الإبرام يمثّل الصلة الأقوى التي تربط العقد بمحل ميلاده، كما أنّه القانون الأنسب الذي يرجع إليه للبيان وللتأكد من سلامة الشروط والأحكام المدرجة في العقد الدولي مع وحدة القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية في الشكل والموضوع.

ناهيك عن أنّ الأخذ بهذا القانون فيه تيسير على المتعاقدين ويراعي حاجة المعاملات الدولية، ويتيح للمتعاقدين فرصة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد عند سكوتهم عن اختياره، وعنصر العلم هنا مهم جداً حتى لا يتفاجأ الأطراف بتطبيق قانون لا يعلمون أحكامه على عقدهم الدولي.[١٣٥]

## المطلب الثاني: تقييم ضابط مكان إبرام العقد الدولي

لا بدّ من الوقوف عند تقييم ضابط مكان إبرام العقد الدولي عند الإيجابيات التي يتمتع بها هذا الضابط، والسلبيات التي توجه له، ثمّ بيان الرأي الشخصي.

### أولاً: إيجابيات ضابط مكان إبرام العقد الدولي

لا شكّ إنّ معيار محل تكوين العقد معيار مهم في إطار تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، فهذا المكان هو المكان الأول الذي اجتمعت به إرادة الأطراف ثمّ تجسّدت على شكل عقد دولي يحدد حقوقهم والتزاماتهم، فكان والحال كذلك جديراً بالأخذ به بالحسبان وجديراً بالتطبيق.

كما أنّ هذا المعيار يعطي لأطراف العقد الدولي سهولة في الاطلاع والتعرف على القانون الواجب التطبيق، فهم غالباً ما يعلمون علم اليقين الأحكام المتعلّقة بقانون البلد الذي أنشأوا عقدهم في كنفه، الأمر الذي يحفظ لهم الثقة والأمان القانوني ويصون توقعاتهم.

فضلاً عن ذلك فإنّ هذا الضابط يؤدي إلى وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، كما أنّه يعبّر عن وجود صلة حقيقية وجادّة بين القانون والعقد.[١٣٦]

---

[١٣٥] راجع في ذلك: عبد الوهاب، أيت ، وسهيلة، خرفلاوي. (٢٠١٦-٢٠١٧م). **القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية**. مذكرة لنيل شهادة الماستر بالقانون الخاص. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة عبد الرحمن ميرة. بجاية: الجزائر. ص: ٣٣ وما بعدها.
وكذلك: د. ديب، فؤاد. مرجع سابق. ص: ٣٢٣.

[١٣٦] راجع في ذلك: سمير، خليفي. (٢٠١٠/٤/٢٨م). **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**. مذكرة ماستر في القانون الدولي. كلية الحقوق. جامعة مولود معمري تيزي وزو. الجزائر. ص: ٤١.

لذلك نرى التشريع السوري ومعظم التشريعات المقارنة العربية والأجنبية قد تبنّت هذا المعيار وأخذت به، وكذلك نرى الكثير من الأحكام القضائية التي أخذت به.

فجاء في قرار لمحكمة النقض السورية ما يلي:

((... من حيث أنّ الحكم المطعون فيه الذي أعمل حكم القانون المحلي في النزاع، بناءً على وجود الطرفين في الإقليم السوري، قد جانب الصواب، لأنّ الطرفين متفقان على أنّ العقد أبرم في فلسطين في وقت لم يكونا فيه متحدين في الموطن، وأنّ المدعي الطاعن حلّ في الإقليم السوري بعدئذ. ومن حيث أنّه يتعيّن، في مثل هذه الحالة، الرجوع إلى القانون الفلسطيني الذي أبرم العقد في ظلّ نفاذه من أجل التعرف على طبيعة الالتزام المدنية أو التجارية.. ومن حيث أنّ الحكم المطعون فيه، الذي استبعد تطبيق قانون الدولة التي تمّ فيها التعاقد على واقعة الدعوى، قد خالف أحكام المادة (٢٠).. فهو منسوب بعيب مخالفة القانون ممّا يعرّضه للنقض)) .[١٣٧]

**ثانياً: سلبيات الأخذ بقانون مكان إبرام العقد الدولي**

لقد تمّ توجيه عديد من الانتقادات لهذا الضابط:

١. إنّ تطبيق قانون مكان نشوء العقد يصطدم بإشكالية التعاقد بين غائبين، فالعقد إمّا أن يجري في مجلس واحد وهذا ما يسمّى بالتعاقد بين حاضرين[١٣٨]، وهنا لا يثير تحديد زمان ومكان العقد إشكالية تذكر،

---

[١٣٧] راجع في ذلك: د. فلحوط، وفاء، ود. الخابور، ساجر. **القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص:١٩٨-١٩٩.
ومن الأحكام القضائية: نرى مثلاً قرار لمحكمة التمييز الأردنية رقم (٣٢١٠) لعام ٢٠٠٤م جاء فيه ما يلي : (يستفاد من المادة (٢٠) من القانون المدني أنّه في الالتزامات التعاقدية يطبّق قانون الدولة التي يوجد فيها موطن مشترك لكلا المتعاقدين كقاعدة رئيسية، فإن اختلف المتعاقدان في الموطن سرى على العقد قانون الدولة التي تمّ فيها التعاقد، وحيث أنّ المتعاقدين ليس لهما موطن مشترك فإنّ القانون الواجب التطبيق هو القانون الكويتي قانون الدولة التي تمّ فيها التعاقد وبالتالي فإنّ تطبيق محكمة الاستئناف لقانون التجارة الكويتي على الدعوى يكون متفقاً والقانون) .

راجع في ذلك: الأنباري، أحمد حميد. مرجع سابق. ص: ٨٥.

[١٣٨] يعرف مجلس العقد بأنّه: المكان والزمان الذي ينصرف فيه المتعاقدان للتعاقد والذي يبدأ بالإيجاب البات وينتهي بانتهاء الانشغال بالتعاقد، ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري: (لا يطلب من المتعاقد الآخر القبول فوراً بل له أن يتدبر بعض الوقت، ولكن لا يسمح له أن يمعن في تراخيه إلى حدّ الإضرار بالموجب بإبقائه معلّقاً مدة طويلة دون الردّ على إيجابه ، فلا بدّ من الوسط بين الأمرين، وعلى هذا الأساس قامت فكرة مجلس العقد) .
راجع في ذلك: د. السنهوري، عبد الرزاق. (١٩٦٤م). **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-مصادر الالتزام-الجزء الأول**. دار النهضة العربية. القاهرة. ص: ٢٢٧.
وراجع أيضاً: الدهمان، عقيل فاضل حمد. (٢٠٠٧،حزيران). الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني. **مجلة كلية الحقوق في جامعة النهرين**. مج: ١٠، العدد: ١٨. العراق. ص: ٤.

فزمان العقد هو تاريخ تمامه باقتران الإيجاب بالقبول، ومكانه هو المكان الذي كان فيه المتعاقدون وقت تمام العقد.[١٣٩]

لكن إذا تمّ العقد بين غائبين أي الذين لا يجمعهما مجلس واحد ولا اتّصال مباشر، فما هو الضابط في تحديد مكان العقد وزمانه، مع ملاحظة أنه يتم العقد بين غائبين عادةً عن طريق المراسلة بمختلف أشكالها من بريد أو فاكس أو رسول خاص.[١٤٠]

في الإجابة على السؤال السابق نرى المشرع السوري في المادة (٩٨) من القانون المدني نصّ على الآتي:

(يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تمّ في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ، مالم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك) .[١٤١]

حيث تبنّى المشرع السوري ما يعرف بنظرية إعلان أو صدور القبول، ومفاد هذه النظرية أنّ العقد ينعقد بمجرد إعلان القبول للموجب لأنه تمّ خلالها توافق إرادتين، ومن ثم يحصل هذا التوافق بمجرد صدور قبول مطابق للإيجاب، و ذلك دون النظر إلى علم الموجب بالقبول أو غياب علمه.[١٤٢]

وتتميز هذه النظرية بأنّها تتفق مع ما تقتضيه الحياة التجارية من سرعة في التعامل، وكذلك تجنّب الوقوع في إشكالية القبول المتأخر في التعاقد بين غائبين.

لكن توجه لها انتقادات عديدة أهمّها أنّ الموجب يبقى تحت رحمة القابل الذي يستطيع فقط إثبات هل حصل القبول منه ومتى حصل وبالتالي انعقاد العقد، كما أنّ الموجب أن يثبت في حالة عدوله عن العقد أنّ هذا العدول قد حصل قبل القبول.[١٤٣]

---

[١٣٩] راجع في ذلك: د. صالح، فواز. مرجع سابق. ص: ١٨٧.
مع ملاحظة أنّه إذا تضمّن العقد الدولي تحديداً لزمان ومكان العقد فيطبّق هذا الاتفاق مباشرةً، وذلك عملاً بالمادة (١٤٨) من القانون المدني السوري:
(العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلّا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون) وكذا عملاً بالمادة /٩٨/ منه.

[١٤٠] د. صالح، فواز. مرجع ذاته. ص: ١٨٩.

[١٤١] وذلك على عكس موقف المشرع السوري في قانون المعاملات الإلكترونية، حيث نصّت المادة (١٠) منه على ما يلي:
(يعدّ العقد الإلكتروني قد تمّ في المكان والزمان الذي استلم فيه القبول مالم يتفق على غير ذلك) .
راجع في ذلك: قانون المعاملات الإلكترونية السوري رقم (٣)، وذلك بناءً على ما أقره مجلس الشعب السوري بجلسته المنعقدة بتاريخ ١٤٣٥/٥/٣هجري الموافق ل ٢٠١٤/٣/٤م، والصادر بتاريخ ١٤٣٥/٥/١٠هجري الموافق ل ٢٠١٤/٣/١١م.
لذلك: لا بدّ من ضبط النص التشريعي بين القانونين، فليس هناك من مبرر لهذا الاختلاف.

[١٤٢] لا بدّ من الذكر أنّ هناك نظريات عديدة عالجت هذه القضية: من ذلك نظرية تصدير القبول التي لا تكتفي بصدور القبول بل تتطلّب علاوةً على ذلك إرسال هذا القبول إلى الموجب، وهناك أيضاً نظرية العلم بالقبول التي تشترط علم الموجب بقبول القابل، هذه النظرية الأخيرة قد تبنّاها المشرع العراقي في المادة (٨٧) من القانون المدني والمشرع الصري في المادة (٩١) والمشرع الجزائري في المادة (٦٧) .
للتوسع في ذلك: د. صالح، فواز. مرجع سابق. ص ١٩٠ وما بعدها.

[١٤٣] راجع في ذلك: الوريكات، رامي صالح. (٢٠١٢-٢٠١٣م). **التعاقد عبر الهاتف الخلوي-دراسة في التشريع الأردني**. رسالة ماستر في القانون الخاص. جامعة الشرق الأوسط. ص: ٨٥.

٢. إنّ التقاء الأطراف في بلد الإبرام قد يكون مجرد ظرف عارض التقى به المتعاقدون مصادفةً، وهذا ما ينفي القول بأنّ هذا القانون يمثّل مصالحهم الحقيقية ويعبّر عن وجود صلة حقيقية بينه وبين العقد ويحفظ للأطراف الثقة والأمن القانوني.[١٤٤]

ومثال ذلك: ضمن إطار رحلة سياحية إلى سورية، تعاقد شخص اردني الجنسية مع شخص لبناني الجنسية في أثناء وجودهم في سورية على توريد كمية من القماش من التاجر اللبناني للتاجر الأردني.

فالمصادفة فقط هي التي جعلت المتعاقدين ينظّمون عقدهم في سورية، لا لعلمهم بأحكام القانون السوري ولا لإرادتهم ذلك، ممّا ينفي الصلة بين قانون بلد الإبرام والعقد الدولي.

٣. هذا الضابط لا يواكب التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية فأغلب عقود التجارة الدولية أصبحت تتم عبر وسائل اتصال إلكترونية، وعليه فمن الصعب والحال كذلك تحديد قانون بلد الإبرام لاختلاف مكان الإيجاب عن مكان القبول كون التشريعات تختلف بهذا الخصوص.[١٤٥]

ومثال ذلك: موافقة شخص فرنسي الجنسية على إتمام العقد الدولي مع شخص إيطالي الجنسية وهو على متن طائرة، كما أنّ الموافقة قد تمّت بوسيلة إلكترونية.

فهذا المثال يبيّن لنا صعوبة تحديد هذا المكان أساساً، ففضلاً عن كون العقد قد تمّ بين غائبين، فقد أبرم عبر الطائرة، فهل من الممكن أن يعود القاضي النّاظر في الدعوى لمكان وجود الطائرة (أي في سماء الدولة التي وجدت بها لحظة العقد) لتحديد قانون بلد الإبرام.

**ثالثاً: بيان الرأي الشخصي**

بعد أن ذكرت ميزات الأخذ بقانون بلد إبرام العقد، وكذلك أهمّ الانتقادات الموجهة له، لا بدّ من الذكر أنّه أحسن المشرع السوري وغيره من المشرعين بأخذهم بضابط محل إبرام العقد وذلك للاستفادة من ميزاته.

لكن من وجهة نظري أن يكون هذا الضابط هو ضابطاً احتياطياً ثالثاً يلجأ إليه في حال غياب قانون الإرادة (الضابط الأساسي) وغياب قانون الموطن المشترك (الضابط الاحتياطي الأول) وغياب قانون الجنسية المشتركة (الضابط الاحتياطي الثاني المقترح) وذلك لتلافي الانتقادات الموجهة إليه.

---

[١٤٤] الأنباري، أحمد حميد. مرجع سابق. ص: ٨٦.

[١٤٥] والسبب في هذا الصعوبة يتمثّل بأنّ شبكة الإنترنت تتجاوز كل حدود الدول وهي في الوقت عينه تستخدم بشكل مفتوح للكافّة دون ارتباط بأي مكان، فليس هناك حدود تحول دون استخدام الشبكة، كما أنّ عنصر المكان يعدّ غائباً بشكل فعلي ، فقد يكون مقدّم خدمة الإنترنت في مكان ومقر إدارة الشبكة بمكان آخر وصاحب المتجر الافتراضي في بلد ثالث في حين أنّ المشتري في بلد رابع ، ممّا جعل بعض الدراسات تصف العالم الإلكتروني غير الملموس ب (( اللا مكان )) .

راجع في ذلك : خليفي سمير ، مرجع سابق ، ص ٤٦ وما بعدها .

وضمن إطار الانتقاد الموجه لهذا الضابط عندما يتم التعاقد بين غائبين أرى أنّ وجهة نظر المشرع الجزائري في حل هذه الإشكالية سديدة، فقد أخذ المشرع الجزائري بدايةً وكقاعدة عامة بنظرية العلم بالقبول (وهذا الأمر بحدّ ذاته لا يعطيه أفضلية على غيره من المشرعين ومنهم المشرع السوري الذي أخذ بنظرية صدور القبول) .

لكنّ الأمر الذي يعطيه الأفضلية أنّه حاول التخفيف من أثر الانتقاد الموجه لنظرية العلم بالقبول، فنصّ في المادة (٦٧) على ما يلي:

(ويفترض أنّ الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل فيهما القبول).

وبهذا يكون المشرع الجزائري لم يجعل تحديد مجلس العقد رهينةً بإرادة الموجب بل وضع قرينة قانونية بسيطة مفادها أنّ لحظة وصول القبول إلى الموجب (كالوقت الذي يسلّم فيه ساعي البريد رسالة القابل التي تفيد قبوله بالعقد إلى صندوق بريد الموجب، أو الوقت الذي تصل فيه رسالة القابل الإلكترونية إلى الموجب وذلك في العقود الدولية الإلكترونية) هي اللحظة ذاتها التي يعقد فيها مجلس العقد ويتحدد فيها زمان انعقاد العقد ومكانه.

وإذا أراد الموجب تحديد وقت آخر لمجلس العقد فهنا عليه إثبات ذلك بوسائل الإثبات الممكنة.

فالمشرع الجزائري قد قلب قواعد الإثبات، ولم يقبل تحديد مجلس العقد بالعلم الشخصي للموجب بل جعل من لحظة وصول القبول إلى الموجب قرينة على علم هذا الأخير به، وإذا أراد الموجب نفي هذه القرينة فعليه واجب الإثبات.

## المبحث الثالث: قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين

وجدنا من دراسة نصي المادتين (٢٠-٢١) من القانون المدني السوري أنّ قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو كما عبّرت عنه المادة (٢١) (القانون الوطني المشترك) يطبّق فقط بوصفه ضابطاً من الضوابط الاختيارية التي يعتمد عليها لمعرفة القانون الواجب التطبيق على شكل العقد الدولي، ولا يعتمد عليه في إطار تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد الدولي.

لذلك كان لزاماً البدء بتعريف هذا الضابط مع ذكر الأهمية التي تنطوي عليه ضمن القانون الدولي الخاص والتنظيم التشريعي له ضمن إطار العقود الدولية.

**المطلب الأول: معنى الضابط وأهميته ضمن القانون الدولي الخاص**

إنّ قيام العلاقات ذات الطابع الدولي الخاص لم يكن ليتصور لولا تعدد الدول واختلاف جنسيات أفرادها، فالعنصر الأجنبي الذي يمكن أن يلحق بأركان العلاقة الدولية الخاصّة سواءً في الطرف أو المحل أو السبب هو الذي يضفي على هذه العلاقة الصفة الدولية الخاصّة.[١٤٦]

لذلك فإنّ أغلب الدول تحرص على تحديد الأشخاص المنتمين لها المكونين لعنصر الشعب فيها عن طريق تنظيم أحكام جنسيتها، وقد نظم المشرع السوري هذه الأحكام بموجب المرسوم التشريعي رقم (٢٧٦) لعام ١٩٦٩م.

والجنسية بالتعريف: رابطة قانونية سياسية تربط شخص بدولة من الدول، وبموجبها يتحدد لهذا الشخص ماله من حقوق وما عليه من واجبات تجاه هذه الدولة، وبالعكس يتحدد ما للدولة من حقوق وما عليها من التزامات تجاه هذا الفرد.[١٤٧]

ولهذا الضابط أهمية كبيرة في إطار القانون الدولي الخاص عموماً وفي إطار تنازع القوانين خصوصاً، فهو بدايةً يشكل فرعاً أساسياً من فروع القانون الدولي الخاص وبناءً عليه كما قلنا يوصف الشخص بأنّه أجنبي أم مواطن بالنسبة لدولة ما بناءً على الجنسية الممنوحة له من قبل هذه الدولة.

وبالتالي فإنّ للجنسية تأثيراً مباشراً على موضوع المركز القانوني للأجانب لأنها هي الأساس للتفرقة بين المواطن والأجنبي، فإقامة شخص في دولة ما دون الحصول على جنسيتها هو ما يدفعنا لدراسة الحقوق التي يتمتع بها هذا الشخص والالتزامات المترتبة عليه تجاه هذه الدولة.[١٤٨]

كما أنّ الجنسية تعدّ ضابطاً مهماً لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة الدولية الخاصّة في كثير من المواد التي تحكم تنازع القوانين.

وقد شكلت الجنسية الضابط الرئيسي لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بالأشخاص ومن تلك المسائل: الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها هؤلاء الأشخاص بجنسيتهم (المادة ١٢ من القانون المدني السوري) ، الشروط الموضوعية لصحة الزواج يسري عليها قانون جنسية الزوجين (المادة ١٣ من القانون المدني السوري) ، الآثار المترتبة على عقد الزواج فيحكمها قانون جنسية الزوج

---

[١٤٦] راجع في ذلك: د. فلحوط، وفاء، ود. الخابور، ساجر. **القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص: ١٥.
وراجع أيضاً: د. ديب، فؤاد. **القانون الدولي الخاص-الجنسية**. مرجع سابق. ص: ١٣.

[١٤٧] راجع في ذلك: د. عيد، إيهاب. (بدون ذكر تاريخ للنشر). **محاضرات في القانون الدولي الخاص**. كلية الدراسات التطبيقية وخدمة المجتمع. جامعة آل سعود. ص: ١٢.

[١٤٨] راجع في ذلك: د. فلحوط، وفاء، ود. الخابور، ساجر. المرجع ذاته. ص:١٧.

وقت انعقاد الزواج والآثار المترتبة على الطلاق يسري عليها قانون جنسية الزوج أيضاً وقت الطلاق (المادة١٤ من القانون المدني السوري) ، الالتزام بالنفقة يسري عليه قانون المدين بها (المادة ١٦ من القانون المدني السوري) ، المسائل المتعلّقة بالولاية والوصاية والقوامة يسري عليها قانون الشخص الواجب حمايته (المادة ١٧ من القانون المدني السوري) ، الأمور المتعلّقة بالميراث والوصية يسري عليها قانون المورث أو الموصي (المادة ١٨ من القانون المدني السوري) .[١٤٩]

من جانب آخر فإنّ للجنسية دوراً مهماً جداً في إطار تنازع الاختصاص القضائي الدولي، من ذلك ما ذكرته المادة (٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية السورية والتي جاءت تحت عنوان (الاختصاص العام الشامل) بأنّه:

(تختصّ المحاكم السورية بالدعاوى التي ترفع على السوري سواءً أكان مقيماً في سورية أم خارجها) .

وفي مسائل الإرث فإن المحكمة السورية تكون مختصة في عدة حالات ذكرتها المادة (٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية السورية، من ضمن هذه الحالات إذا كانت أموال التركة كلّها أو بعضها في سورية وكان المورث سورياً أو الورثة كلّهم أو بعضهم سوريين.

كما أنّه يرجع لأهلية الشخص للتقاضي إلى قانون بلده ( المادة ١٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري) .

## المطلب الثاني: التنظيم التشريعي لضابط الجنسية ضمن إطار العقود الدولية

من مراجعة نصّ المادة (٢٠) من القانون المدني السوري فإن القانون السوري لم يأخذ بضابط الجنسية مطلقاً لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقود الدولية، لكنّه أخذ بضابط إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية ضابطاً أساسياً ثمّ بضابط الموطن المشترك للمتعاقدين وفي حال غياب وجوده أخذ بضابط مكان إبرام العقد الدولي.

---

[١٤٩] تضيف الدكتورة وفاء فلحوط بأنّه حتّى الاستثناء الوارد في المادة (١٥) من القانون المدني السوري والذي يتعلق بتطبيق القانون السوري على مسائل الشروط الموضوعية لصحة الزواج وآثاره وانحلاله إذا كان أحد الزوجين سورياً تمّ تأسيسه على أساس الجنسية السورية، كما أن موضوع تنازع الجنسيات (المادة ٢٧ من القانون المدني السوري) قد جرى ذكره ضمن نظام تنازع القوانين.
الأمر الذي يعطينا نظرة عن مدى علاقة موضوع الجنسية بنظام تنازع القوانين.
راجع في ذلك: د. فلحوط، وفاء، ود. الخابور، ساجر. مرجع سابق. ص: ١٧ وما بعدها.

لكن يمكن أن يأتي الاعتماد على ضابط الجنسية في إطار معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد الدولي من باب المصادفة كأن يتفق أطراف العقد الدولي على تطبيق هذا القانون على موضوع عقدهم الدولي، فهنا يطبّق قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين ليس بوصفه ضابطاً أساسيّا لحكم القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد الدولي بل لأنّ إرادة أطراف العقد الدولي قد اتجهت إلى تطبيق هذا القانون على موضوع العقد الدولي، فضابط الإرادة هنا هو الضابط الأساسي في تحديد هذا القانون.
كما يمكن أن يتخذ هذا الضابط مؤشراً من المؤشرات التي يستدل من خلالها على الإرادة الضمنية للمتعاقدين في حال لم تتجه إرادتهم الصريحة على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد الدولي.

ومن مراجعة القوانين الأخرى نرى القانون المدني الجزائري على عكس نظيره السوري قد أخذ بضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد الدولي عند تخلّف قانون الإرادة، فقد ذكرت المادة (١٨) من القانون المدني الجزائري ما يلي:

(في حالة عدم اختيار الأطراف لقانون يحكم عقدهم فإنّه يطبّق قانون موطنهم المشترك أو جنسيتهم المشتركة) .

وكذلك نرى المشرع الإيطالي في المادة (٢٥) من القانون المدني الإيطالي لسنة ١٩٤٢م قد أخذ بضابط الجنسية المشتركة لتحديد القانون الواجب التطبيق عند اتحاد الموطن، فنصّت المادة على ما يلي:
(في حالة غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقودهم فإنّ الالتزامات الناشئة من هذه العقود تكون محكومة بقانون الجنسية المشتركة للطرفين إذا اتّحدا موطناً، أمّا إذا اختلفا جنسية فإنّ هذه الالتزامات تكون محكومة بقانون دولة محل إبرام العقد) .[١٥٠]
من جانب آخر نرى أنّ المشرع السوري قد اعتمد على ضابط الجنسية في تحديده للقانون الواجب التطبيق على شكل العقد الدولي، فكان ضابط الجنسية ضابطاً أساسياً مع ضوابط أخرى (ضابط مكان الإبرام–ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين–الضوابط التي تسري على الأحكام الموضوعية للعقد الدولي) لتحديد القانون الذي يجب تطبيقه على شكل العقد الدولي.

فالعقد الدولي يكون صحيحاً من ناحية الشكل إذا تمّ تنظيمه وفق أحد القوانين التي تشير إليها الضوابط الآنفة الذكر، والسبب في جعل قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو القانون الوطني المشترك لهما ضابطاً اختيارياً لتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقد الدولي هو افتراض مفاده: معرفة المتعاقدين بقانون جنسيتهما المشتركة أكثر من أي قانون آخر، لذلك جاء المشرع السوري ليجعل هذا القانون من القوانين التي يجوز للمتعاقدين إجراء عقودهم الدولية طبقاً للأشكال المقررة فيها.[١٥١]

---

١٥٠ راجع في ذلك: الأنباري، أحمد حميد. مرجع سابق. ص: ٧٣.
١٥١ راجع في ذلك: د. ديب، فؤاد. مرجع سابق. ص: ٢٣٩ وما بعدها.

**المبحث الرابع: قانون مكان تنفيذ العقد**

لم يأخذ المشرع السوري وكذلك التشريعات المقارنة ومنها القانون العراقي والمصري والأردني والجزائري بالإسناد المسبق لقانون بلد التنفيذ في حالة سكوت إرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق، لكنّ محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر ب ٣١-٥-١٩٣٢م لم تقبل إسناد العقد لقانون بلد الإبرام إلّا في حال تنفيذ العقد فيه.[١٥٢]

إلّا أنّ فقه القانون الدولي الخاص يعوّل كثيراً على هذا القانون في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، بدءاً من عدّ قانون بلد التنفيذ أحد أهمّ المؤشرات التي تدلّ على الإرادة الضمنية لأطراف العقد وذلك في حال غياب الإرادة الصريحة، وصولاً إلى جعله عنصراً أساسيّاً في نظرية الأداء المميز، فقد ربطت هذه النظرية في أول أمرها بين مكان التنفيذ والعقد الدولي، فنرى الفقيه الفرنسي (باتيفول) وغيره من الفقهاء ربطوا الأداء المميز بمكان التنفيذ وذلك للقوة التركيزية التي يتمتّع بها مكان التنفيذ في العقود الدولية.[١٥٣]

فمركز الثقل في العلاقة التعاقدية هو في مكان تنفيذ العقد بحساب أنّ جميع آثار العقد تتركّز فيه وتجتمع فيه المصالح المختلفة للأطراف المتعاقدة.[١٥٤]

ويذكر أنّه من بين القوانين التي أخذت بهذا الضابط القانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢م، إذ تنصّ المادة (٢٤) منه على ما يلي :

(تخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يختاره الأطراف صراحةً ، وعندما لا يقوم الأطراف بالاختيار الصريح فإنّ الالتزام التعاقدي يكون محكوماً بقانون محل التنفيذ، وفي حال وجود أكثر من محل تنفيذ فيكون بقانون الأداء المميز أو الراجح، وفي حالة استحالة تحديد محل التنفيذ فيكون بقانون المكان الذي يكون على صلة وثيقة بالعقد) .[١٥٥]

---

[١٥٢] راجع في ذلك: فهيمة، أيت عبد الوهاب. مرجع سابق. ص: ٣٤.

[١٥٣] راجع في ذلك: الفضل، عبد السلام علي. (٢٠١٩م). منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي. **مجلة علوم الشريعة والقانون**. مج: ٤٦، العدد: ١، الملحق: ١. ص: ٥٦٧. الجامعة الأردنية.
ويعرّف منهج الأداء المميز بأنّه المنهج الذي يكون فيه تركيز العقد في نظام قانوني معيّن، وذلك بالاعتماد على الطبيعة الذاتية للعقد الدولي، والابتعاد عن ظروف التعاقد وملابساته الخارجية، حيث يقوم القاضي النّاظر في النّزاع بتحليل الرابطة العقدية نفسها والبحث عن الالتزام الجوهري فيها ومن ثمّ يقوم بتركيز هذه العلاقة في المكان الذي تحقق فيه وظيفتها الاقتصادية والاجتماعية، ويعود أصل هذه النظرية إلى الأستاذ الألماني (سافيني) .

[١٥٤] راجع في ذلك: صادق، هشام. (٢٠٠٧م). **عقود التجارة الدولية**. مطبعة الإسكندرية. دار المطبوعات الجامعية. ص: ٥٥٧.

[١٥٥] راجع في ذلك: ليندة، بلاش. مرجع سابق. ص: ٤٠٠.

وكذلك أخذ به قانون التجارة الإلكتروني الجزائري [١٥٦]، فنصّت المادة (٢) منه على ما يلي:

(يطبّق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني:

٤. متمتعاً بالجنسية الجزائرية أو
٥. مقيماً إقامة شرعية في الجزائر أو
٦. شخصاً معنوياً خاضعاً للقانون الجزائري أو
٧. كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر) .

ويمتاز ضابط مكان التنفيذ بعدة ميّزات فهو المكان الذي تتجسّد فيه الالتزامات التعاقدية وتظهر إلى العالم الخارجي، كما أنّ التنفيذ هو أهم ما في العقد بل هو جوهره، كما أنّه غالباً يكون مكان التنفيذ هو موطن إقامة أحد المتعاقدين أو محله، ناهيك عن أنّ تطبيق هذا القانون يكفل وحدة العقد وانسجامه ويتلافى الإشكاليات التي كانت من الممكن أن تعترض تنفيذ الحكم الصادر بالدعوى لو اعتمد قانون آخر غير قانون بلد التنفيذ.[١٥٧]

هذه الإيجابيات التي يعوّل عليها مناصرو تطبيق قانون بلد التنفيذ لم تكن كافية لجانب آخر من الفقه الذي انتقد هذا الضابط بعدة انتقادات أهمها:[١٥٨]

أنّه من الممكن أن يرتبط العقد الدولي بأكثر من مكان، فعقد النقل الدولي قد يتمّ تنفيذه في أكثر من مكان أو عقد البيع الدولي الذي من الممكن أن تسلّم البضاعة مثلاً في موطن المشتري وأن يسلّم الثمن في موطن البائع.

وعليه سوف تتعدد قوانين بلد التنفيذ، فأي القوانين أجدر بالتطبيق في هذه الحالة وما هو معيار أو ضابط الاختيار بين هذه القوانين؟[١٥٩]

من جانب آخر فإنّ النزاعات الناشئة عن العقد الدولي لا تحدث فقط عند تنفيذه، بل من الممكن حدوثها قبل التنفيذ، وعندئذ سيتعذر تطبيق قانون بلد التنفيذ.

---

[١٥٦] وهو القانون رقم (١٨-٠٥) تاريخ ٢٤ شعبان لعام ١٤٣٩ الموافق ل ١٠ مايو ٢٠١٨م، منشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية بالعدد (٢٨) تاريخ ٣٠ شعبان لعام ١٤٣٩ الموافق ل ١٦ مايو ٢٠١٨م.

[١٥٧] راجع في ذلك: عياض، رملة . مرجع سابق. ص: ٤٤ وما بعدها.

[١٥٨] راجع في ذلك: دير، مسعودة. (٢٠١٥-٢٠١٦م). **القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية**. مذكرة ماستر بالقانون الدولي الخاص. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة العربي بن مهيدي. أم البواقي: الجزائر. ص: ٦٠.

[١٥٩] صحيح أنّ القانون التركي في المادة (٢٤) الآنفة الذكر قد حاول وضع معيار لذلك، حيث ذكر بأنّه في حال وجود أكثر من محل تنفيذ فيكون بقانون الأداء المميز أو الراجح، إلّا أنّ ذلك لا ينفي الصعوبة المترتبة على تحديد مكان التنفيذ في حال تعدده نظراً لأنّه قد تنفّذ الأجزاء المهمّة للعقد الدولي في عدة أماكن فما هو معيار التفرقة بينها إذن.

وأخيراً وفي رأيي الشخصي: يبقى ضابط قانون مكان تنفيذ العقد من الضوابط المهمة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وذلك لصلته الوثيقة بالعقد الدولي.

وإن كان المشرع السوري لم ينصّ عليه صراحةً، لكن بإمكان القضاء الذي ينظر في الدعوى أن يتبنّاه عند غياب تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي صراحةً، ليس بوصفه أحد الضوابط الاحتياطية –وذلك لغياب النص التشريعي ضمن هذا الإطار– بل بوصفه مؤشراً لتحديد الإرادة الضمنية.

فالأمر والحال كذلك متروك للقضاء ووفق كلّ حالة على حدة.

# الفصل الثالث: نطاق تطبيق قانون الإرادة والقوانين المكملة له

وجدنا أنّ قانون الإرادة هو القانون الأساسي الذي يحكم الجانب الموضوعي للعقد الدولي ثمّ كان قانون الموطن المشترك للمتعاقدين هو القانون الاحتياطي الأول الذي يلجأ إليه في حال غياب قانون الإرادة ثمّ كان مكان إبرام العقد الدولي الذي يطبق في حال غياب قانون الإرادة واختلاف موطن المتعاقدين.

كما أنّ الجوانب الشكلية للعقد الدولي فإنّه يحكمها أحد القوانين الاختيارية التالية: قانون الإرادة أو قانون مكان إبرام العقد الدولي أو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون الجنسية المشتركة.

لكن السؤال هنا: ما هي الجوانب من العقد الدولي التي تخضع لهذه القوانين وما هي الاستثناءات التي تطرح ضمن هذا الإطار؟

## المبحث الأول: جوانب العقد الدولي الخاضعة للنظام القانوني الخاص به

جاء في نصّ المادة (٢٠) من القانون المدني السوري عبارة (الالتزامات التعاقدية) ، فهل هذا يعني أنّ آثار العقد فقط هي التي يشملها نطاق تطبيق قانون الإرادة والقوانين المكملة له، أم أنّ هذه الضوابط تطبق على مختلف جوانب العقد؟

وإذا كان الجواب أنّها تطبق على جميع جوانب العقد، فما هي هذه الأمور التي تشملها هذه الجوانب.[١٦٠]

في الإجابة على السؤال الأساسي إنّ المشرع السوري قد قصد بعبارة (الالتزامات التعاقدية) جميع جوانب العقد وليس فقط آثار العقد، وذلك لما يلي:[١٦١]

تحدثت سابقاً في بحثي لضوابط الإرادة عن مبدأ (تجزئة العقد الدولي) وخلصت إلى أنّ المشرع السوري منع ذلك ونصّ على أنّ قانون واحد يجب تطبيقه، فإذا قلنا في أنّ المشرع قد قصد بعبارة الالتزامات التعاقدية فقط آثار

---

[١٦٠] لم يأت المشرع السوري بنص صريح يبيّن الأمور المشمولة ضمن نطاق تطبيق المادة (٢٠) من القانون المدني السوري، وذلك على عكس المشرع التونسي الذي نصّ في الفصل (٦٤) من القانون الدولي الخاص التونسي على ما يلي:
(ينظّم القانون المنطبق على العقد خاصّةً:
١- وجوده.
٢- صحته.
٣- تأويله.
٤- تنفيذ الالتزامات المترتبة عنه.
٥- نتائج عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي للالتزامات بما في ذلك تقدير الضرر وطرق التعويض.
٦- الأوجه المختلفة لانقضاء الالتزامات وسقوطها بمرور الزمن وتقادمها المؤسسة على انقضاء الآجال.
٧- آثار بطلان العقد.) .

[١٦١] راجع في ذلك : د. ديب، فؤاد. مرجع سابق. ص: ٣٢٤ وما بعدها.

العقد، فهذا يعني أنّه يجب علينا البحث عن قوانين أخرى تحكم باقي جوانب العقد، ممّا يعني تجزئة العقد الدولي فتخضع آثاره لقانون الإرادة والقوانين المكمّلة له، ويخضع تكوينه وطرق انقضائه لقوانين أخرى، وهذا الأمر لا يمكن التسليم به سواءً لجهة منع المشرع السوري تجزئة العقد الدولي، أو لجهة غياب نصّ المشرع السوري لقوانين أخرى تحكم مختلف جوانب العقد الدولي.

كما أنّه قد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أصل القانون المدني السوري حول هذه المسألة ما يلي:

(إنّ الالتزامات التعاقدية يسري عليها القانون الذي يقرر المتعاقدان الخضوع لأحكامه صراحةً أو ضمناً، وهذا حكم عام يمكن لسلطان الإرادة ويضمن وحدة القانون الواجب تطبيقه على العقد، وهي وحدة لا تكفلها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها).

أخيراً وممّا يؤكّد وجهة النظر هذه أنّ العقد جاء ضمن تبويب القانون المدني السوري ضمن القسم الأول تحت عنوان (الالتزامات أو الحقوق الشخصية) ، وإذا عدنا إلى الأحكام الخاصّة بالعقد في القانون المدني نراها تنظّم أركانه وآثاره وانحلاله وليس فقط آثاره.

ممّا يعني والحال كذلك أنّ المشرع السوري قد استخدم تعبير (الالتزامات التعاقدية) بمعناها العام الذي يشمل مختلف جوانب العقد وليس المعنى الضيق.

وبناءً على ما سبق فإنّ الجوانب المشمولة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية ما يلي:

**المطلب الأول: تكوين العقد**

يقصد بتكوين العقد أركانه التي يتألف منها وهي ثلاثة وهي: التراضي والمحل والسبب.[١٦٢]

[١٦٢] يطلق على هذه الأركان في القانون المدني الجزائري اسم (الشروط) ، وأركان العقد من وجهة نظر المشرع التونسي أربعة، حيث نصّ الفصل الثاني من مجلة الالتزامات والعقود على ما يلي:
(أركان العقد الذي يترتب عليه تعمير الذمة هي:
١- أهلية الالتزام والإلزام.
٢- التصريح بالرضاء بما ينبني عليه العقد تصريحاً معتبراً.
٣- أن يكون المقصود من العقد مالاً معيّناً يجوز التعاقد عليه.
٤- أن يكون سبب الالتزام جائزاً) .

وكذلك الجزاءات المترتبة على غياب وجود هذه الأركان والأحكام المتعلّقة بذلك.

**أولاً: التراضي**

ركن التراضي هو تطابق الإرادتين وهو أساس العقود وقوامها بما في ذلك العقود الدولية، فالإرادة بكونها مكوّنة للرضا ليس لها أي أثر قانوني إلّا إذا تمّ التعبير عنها.[١٦٣]

فقد نصّ المشرع السوري على هذا الركن في المادة (٩٢) من القانون المدني السوري المقابلة للمادة (٨٩) من القانون المدني المصري على ما يلي:

(يتمّ العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معيّنة لانعقاد العقد) .

وللمتعاقدين حرية التعبير عن هذه الإرادة بأي وسيلة تكشف ذلك، لأنّ الأصل والمبدأ ألّا يشترط شكل معيّن أو صورة معيّنة للتعبير عن الإرادة، فكلّ ما يدلّ على الإرادة يصلح تعبيراً عنها.

وبناءً على ذلك: ليس لإبرام العقد الدولي عموماً صيغة معيّنة أو عبارات محددة لا بدّ من استخدامها، ومن هنا من الممكن أن يتم التعبير عن الإرادة بطريقة صريحة أو ضمنية.[١٦٤]

فنصّت المادة (٩٣) من القانون المدني السوري على ما يلي:

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

٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، إذا لم ينصّ القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً) .

---

راجع في ذلك: مجلة الالتزامات والعقود بتونس الصادرة بالقانون عدد (٨٧) لعام ٢٠٠٥م المؤرخة في: ٢٠٠٥/٨/١٥م، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية عام ٢٠١٨م.
وفي رأيي الشخصي لا نستطيع جمع الأهلية مع اركان العقد، لأنّ الأهلية أمر خارج عن ماهية العقد، ومن المعلوم أنّ الركن هو ما يكون داخلاً في جوهر الشيء ولا يتمّ إلّا به.
لذلك ينتقد المشرع التونسي لتعداده الأهلية ضمن أركان العقد، كما ينتقد المشرع السوري والجزائري وغيرهما من المشرعين لمعالجتهم موضوع الأهلية ضمن ركن الرضا.
والأدق أن يعالج موضوع الأهلية ضمن باب يطلق عليه اسم (شروط العقد) ، ويعالج الرضا والمحل والسبب ضمن أركان العقد.
ذلك أن تعريف الشرط في اللغة هو العلامة، وعلامة الشيء تكون خارجة عن ماهيته، فيقال مثلاً مصطلح أشراط الساعة للتعبير عن علامات الساعة وذلك بذلك يوم القيامة.
راجع في ذلك: ابن منظور. (١٩٩٩م). **لسان العرب**. ط: ٣. بيروت: لبنان. دار إحياء التراث العربي. مؤسسة التاريخ العربي. ص ٨٢.

[١٦٣] راجع في ذلك: آمال، نجاعي. مرجع سابق. ص: ٦.

[١٦٤] راجع في ذلك: حورية، حنيش. (٢٠١٦م). **التراضي في العقود**. رسالة ماستر في القانون الخاص. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة أكلي محند أولحاج. البويرة: الجزائر. ص: ٢.

**ثانياً: المحل**

يعدّ المحل الركن الثاني من أركان العقد، ويقصد به العملية القانونية التي يقصد الطرفان تحقيقها بمقتضى العقد، ومحل الالتزام في العقد الدولي وأي عقد آخر يتمثّل بثلاثة أشكال : (إعطاء شيء–القيام بعمل–الامتناع عن القيام بعمل) .[١٦٥]

وقد نصّ القانون المدني السوري على ركن المحل من المادة (١٣٢) إلى المادة (١٣٦) ، التي ذكرت أنّ الالتزام الذي يكون محله مستحيلاً بذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب يكون العقد باطلاً.

وبناءً على ذلك: فإنّ الأحكام المتعلّقة بمحل العقد في قابليته للتعامل والتعيين والوجود تخضع لقانون العقد (قانون الإرادة والقوانين المكمّلة) ، وذلك باستثناء العقود التي يكون محلها عقاراً وكذا العقود المتعلّقة بإنشاء حق عيني على المنقول.[١٦٦]

**ثالثاً: السبب**

السبب ركن جوهري في العقد لا يقوم إلّا به، وهو أساس قيام العقد الذي ارتبط به المتعاقدان، وهو بصفة عامة فيه إجابة على سؤال (لماذا التزم المدين) ، في حين أنّ المحل يعطينا جواباً لسؤال (بماذا التزم المدين) .

فالسبب يعكس في الواقع الهدف الذي من أجله التزام المدين والغرض الذي يسعى المتعاقدون للوصول إليه من وراء العقد.[١٦٧]

لذلك: فكلّ ما يتعلّق بالسبب أيضاً يخضع للقانون الذي يحكم العقد، وذلك بعدّ السبب ركناً من أركان عملية التعاقد ومع مراعاة محددات النظام العام والآداب في بلد القاضي.

---

[١٦٥] راجع في ذلك: الحميدي، حسين عزيز حسين. (٢٠١٥م). **تعيين محل عقدي البيع والسلم-دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**. رسالة ماستر بالقانون الخاص. جامعة الشرق الأوسط. ص: ٢.

[١٦٦] راجع في ذلك: د. ديب، فؤاد. مرجع سابق. ص: ٣٣٧.

[١٦٧] راجع في ذلك: د. قاسم، محمد حسن. (٢٠١٨م). **الالتزامات-المصادر-العقد-آثار العقد**. ط: ١. منشورات الحلبي الحقوقية. ص: ٣١٦.

**المطلب الثاني: آثار العقد وانقضائه**

إنّ أثر العقد هو إنشاء الالتزامات بين المتعاقدين، هذه الالتزامات الناشئة عن العقد تكون واجبة التنفيذ، فالعقد له قوة ملزمة عبرت عنها المادة (١٤٨) من القانون المدني بقولها:

(العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلّا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون) .

وتحديد القوة الملزمة للعقد، يقتضي منّا تحديد ما يرد عليه هذا الالتزام من ناحية الموضوع ومن ناحية الأشخاص.[١٦٨]

فمن ناحية الموضوع يقصد بذلك تحديد الالتزامات الناشئة عن العقد، فالمتعاقد يلتزم بما ورد في العقد دون سواه، وتحديد ذلك قد يستلزم تفسير العقد وتحديد مضمونه وبيان آلية تنفيذه، وتنظيم أحكام المسؤولية العقدية التي تنتج عن عدم التنفيذ.[١٦٩]

أمّا من ناحية الأشخاص فالأصل في هذا الصدد أنّ العقد لا يلزم سوى طرفيه دون الغير الأجنبي عنه، فأثر العقد ينصرف إلى المتعاقدين فقط ولا ينصرف إلى غيرهم، فلا ينشأ العقد حقاً لغير طرفيه ولا يرتب التزاماً على غيرهم، هذا المبدأ الذي يعرف باسم (الأثر النسبي للعقد) .[١٧٠]

كما أنّ الأحكام المتعلّقة بانقضاء العقد سواءً بالوفاء والتنفيذ الاختياري (شروط صحته وزمانه ومكانه ومحله) ، أو بما يعادله (كالوفاء بمقابل والإنابة) ، أو دون وفاء لاستحالة التنفيذ (كالتقادم المسقط) تدخل جميعها في نطاق الجوانب المشمولة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية.[١٧١]

تلك كانت أهم جوانب العقد المشمولة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، انتقل للحديث عن الاستثناءات الواردة على ذلك.

---

[١٦٨] راجع في ذلك: د. قاسم، محمد حسن. مرجع سابق. ص: ٩.

[١٦٩] راجع في ذلك: د. فلحوط، وفاء، ود. الخابور، ساجر. **القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص: ١٨٩ وما بعدها.

[١٧٠] وعلى هذا المبدأ نصّت المادة (١٥٣) من القانون المدني السوري بقولها: (لا يرتّب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً) .

[١٧١] راجع في ذلك: د. فلحوط، وفاء، ود. الخابور، ساجر. **القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص: ١٩٠.

## المبحث الثاني : الاستثناءات الواردة على القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي

يوجد عديد من الاستثناءات التي ترد على القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية.

من هذه الاستثناءات مسائل تستبعد من نطاق تطبيق مادة الإسناد (المادة ٢٠ والمادة ٢١ من القانون المدني السوري) فيبقى العقد الدولي خاضعاً لمواد الإسناد الآنفة الذكر لكن هذه المسائل تستبعد من ذلك.

بالمقابل نجد أنّ هناك عقوداً دولية تخرج بالمجمل من نطاق تطبيق مادة الإسناد وتخضع لقوانين أخرى غير القوانين المنصوص عليها في المواد (٢٠و٢١ من القانون المدني السوري) .

كما أنّه من الممكن استبعاد القضاء للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي لأسباب معينة وتطبيق قانون آخر على العقد الدولي.

### المطلب الأول: المسائل المستبعدة من مادة الإسناد

هناك بعض من جوانب العقد الدولي تخرج عن القواعد المنصوص عليها في مواد الإسناد المتعلّقة بالعقود الدولية، وتبقى الجوانب الأخرى للعقد الدولي محكومة بهذه القواعد إلّا ما يلي:

**أولاً: أهلية التعاقد والأشكال المكمّلة للأهلية كلّها**

إنّ أهلية الشخص للتعاقد وكذا الأشكال اللازمة لصحة التصرف لا تخضع لمواد الإسناد المتعلّقة بالعقود الدولية بل تخضع للقواعد المنصوص عليها في المادة (١٢) من القانون المدني السوري التي تنصّ على ما يلي:

((١- الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في سورية وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية، وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبيّنه، فإنّ هذا السبب لا يؤثر في أهليته.

٢-أمّا النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسري عليها قانون الدولة التي اتخذت فيها الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في سورية، فإنّ القانون السوري هو الذي يسري)) .

فأهلية الشخص لإجراء العقد الدولي يسري عليها قانون جنسية هذا الشخص إن كان طبيعياً وقانون مركز الإدارة الرئيسي والفعلي لهذا الشخص إن كان اعتبارياً.

فقانون جنسية الطرف الذي ينازع في أمر من أمور حالته أو في أهليته هو الذي يطبق، فإذا كان الشخص سورياً فيجب عندئذ تطبيق القانون السوري، وإذا كان أجنبياً فيجب تطبيق قانون هذه الدولة الأجنبية.

ويقوم اختصاص قانون الجنسية في حكم حالة الأشخاص وأهليتهم على أنّ هذه المسائل تعدّ من أكثر المسائل التصاقاً بشخص الإنسان وتشكّل ركناً تقليدياً في مفهوم الأحوال الشخصية، لذلك نصّ المشرع السوري وغيره من المشرعين العرب على إخضاع هذه الأمور لقانون الجنسية.[١٧٢]

ولا تشذّ الأشكال المكمّلة للأهلية عن هذه القاعدة، فتخضع الإجراءات والأشكال اللّازمة لصحة صدور التصرف الإداري من ناقص الاهلية أو من نائبه لقانون جنسية الشخص وليس إلى القانون المطبّق على شكل العقد الدولي.

وهنا تجدر الإشارة إلى أنّ عدداً من الفقهاء قد رأوا إخضاع عيوب الإرادة إلى القانون الشخصي للمتعاقدين أسوةً بالأهلية، غير أنّ هؤلاء الفقهاء كانوا على خطأ في رأيي لأنّ النصوص القانونية المنظّمة لأحكام عيوب الإرادة تحمي جميع الأشخاص (كامل الأهلية–ناقص الأهلية–عديم الأهلية) ، بينما نقص الأهلية أو انعدامها بسبب الصغر أو الجنون فهو معلّق بشخص معيّن يجب حمايته بسبب هذا النقص.[١٧٣]

**ثانياً: الأشكال الخاصّة بالمرافعات**

نصّت المادّة (٢٣) من القانون المدني السوري على ما يلي:

((يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصّة بإجراءات المحاكمة قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات)) .

وبناءً على ذلك: فإنّ الأشكال والأوضاع اللّازمة لتنفيذ إجراءات التقاضي والسير في الدعوى تخضع لقانون القاضي وليس للقانون الذي يطبق على شكل العقد الدولي (المادة ٢١ من القانون المدني السوري) .

ويرجع تسويغ ذلك إلى تعلّق هذه الإجراءات بالنظام العام للدولة التي تقام فيها الدعوى وضرورة احترام القانون الذي يحكم مرفق القضاء فيها.

---

[١٧٢] راجع في ذلك: بختة، زيدون.(٢٠١٠-٢٠١١م). **التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصّة الدولية**. مذكرة ماستر في القانون الدولي الخاص. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة أبو بكر بلقايد. تلمسان: الجزائر. ص: ١٠.

[١٧٣] راجع في ذلك: د. السيوفي، نعوم. مرجع سابق. ص: ١٩٠.

**ثالثاً: الأشكال المتعلّقة بالعلانية وشهر التصرفات**

وتخضع هذه المسائل للقاعدة المقررة في المادة (١٩) من القانون المدني السوري التي تنصّ على ما يلي:

((يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختصّ بالعقار ، ويسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها )) .

وبناءً على ذلك فإنّ مختلف أنواع الوسائل اللّازمة لشهر التصرفات كالتسجيل في السجل العقاري فإنها تخضع لقانون موقع المال.[١٧٤]

من جانب آخر فإن الأشكال المتعلقة بالأدلة تخضع أيضاً لقانون الموقع، فتنصّ المادة (٢٤) من القانون المدني السوري على ما يلي: ((يسري في شأن الأدلة التي تعدّ مقدّماً قانون البلد الذي أعدّ فيه الدليل)) .

## المطلب الثاني: العقود المستثناة من نطاق تطبيق قانون العقد الدولي

هناك مجموعة من العقود الدولية لا تخضع لقواعد الإسناد المنصوص عليها في المادة (٢٠) والمادة (٢١) من القانون المدني السوري، وهي كما يلي:

**أولاً: عقود الأحوال الشخصية**

هذه الزمرة من العقود قد تمّ استثناءها من الخضوع لقانون العقد الدولي، وذلك لتعلّقها بالنظام العام للدولة، ولعلّ أوضح هذه العقود عقود الزواج.

فيرجع مثلاً في تحديد الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين، أمّا آثار الزواج فإنّها تخضع للقانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت انعقاد الزواج، مع ملاحظة أنّه إذا كان أحد الزوجين سورياً فإنّ القانون السوري وحده الذي يسري في هذه الحالة .[١٧٥]

---

١٧٤ راجع في ذلك: د. ديب، فؤاد . مرجع سابق. ص: ٣٤٢.

١٧٥ راجع في ذلك: المواد (١٣-١٤-١٥) من القانون المدني السوري.
وتشير الدكتورة وفاء فلحوط بخصوص المادة (١٥) من القانون المدني السوري والمتعلّقة بتطبيق القانون السوري على عقد الزواج إذا كان أحد الزوجين سورياً، بأنّها تعدّ استثناء للخصائص العامّة لقواعد الإسناد وخصوصاً خاصيتي الحيادية والثنائية، إذ أنّ المادة السابقة فيها تحيّز واضح للقانون السوري بمواجهة القانون الأجنبي الذي كان من المحتمل تطبيقه.
راجع في ذلك: د. فلحوط، وفاء، ود. الخابور، ساجر. **القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص: ١٦٢.

كما أنّ انحلال عقد الزواج وإنهائه يخرج من نطاق القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، ويطبّق عليه قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى إذا انتهى الزواج عن طريق التطليق أو الانفصال.

**ثانياً: العقود المتعلّقة بعقار والعقود المتعلّقة بالمنقولات المادّية فيما يخصّ الحقوق العينية المترتبة عليها**

تنصّ المادة (١٩) من القانون المدني السوري على ما يلي:

((يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار، وبسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها)) ، وكذلك تنص الفقرة الثانية من المادة (٢٠) من القانون المدني السوري على ما يلي: ((على أنّ قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأن العقار)) .

فالعقود الدولية المتعلّقة بالأموال المادية من عقارات أو منقولات مادّية (فيا يخص الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى) يسري عليها قانون الموقع بالنسبة لهذا العقار أو قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب المؤدي إلى ترتّب الحق العيني.[١٧٦]

وقد استثنى المشرع السوري وغيره من المشرعين[١٧٧] العقارات والمنقولات (فيما يخصّ إنشاء الحقوق العينية عليها) من القواعد الخاصّة بالعقود الدولية، وجعلها محكومة بقانون موقع العقار أو بقانون مكان وجود المنقول لحظة تحقق السبب أو الأمر الذي نتج عنه حق عيني على هذا المنقول، لأسباب كثيرة أذكر منها:[١٧٨]

- الأمور السيادية تقضي بأنّه لا يمكن لأي دولة أن تترك الحكم فيما يخصّ أموال موجودة ضمن أراضيها وبخاصّة العقارات بما لها من ثقل وأهمية، أن تتركها لحكم قوانين أجنبية متعددة.

---

[١٧٦] يعرف المال المادي بأنّه كل شيء ملموس له قيمة مالية ووجود مستقل عن وجود الشخص، كما أنّه يقبل الحيازة والانتفاع ويسري عليه التملك.
راجع في ذلك: علاونة، راضي نبيه . (٢٠١٥م). **القانون واجب التطبيق على الأموال-دراسة مقارنة**. مذكرة للحصول على شهادة الماستر في القانون الخاص. جامعة النجاح الوطنية. نابلس: فلسطين. ص: ١.

[١٧٧] راجع في ذلك أيضاً : المادتان (١٨-١٩) من القانون المدني المصري، والمادتان (١٧-١٨) من القانون المدني الجزائري، وكذلك المادة الثالثة من القانون المدني الفرنسي والتي تنصّ على ما يلي: (العقارات الكائنة بفرنسا تخضع للقانون الفرنسي حتى لو كانت مملوكة للأجانب) .
راجع في ذلك: سامية، بوليل . (٢٠١٦م). **القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية وغير المادية.** مذكرة ماستر بالقانون الدولي الخاص. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة أكلي محند أولحاج. البويرة: الجزائر. ص: ١٥.

[١٧٨] راجع في ذلك: زوليخة، بوخرشة. (٢٠١٧م). **القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية**. مذكرة ماستر بالقانون الدولي الخاص. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة أكلي محند أولحاج. البويرة: الجزائر. ص: ٦٨ وما بعدها.
وراجع أيضاً: علاونة، راضي نبيه. مرجع ذاته. ص: ٢١ وما بعدها.

- المحددات الفنية تحول دون تطبيق أكثر من قانون في المكان نفسه، فمن المعلوم أنّ الأموال المادية عموماً وخاصّة العقارات لها نظام خاص بها في وجود سجل خاص بها يثبت ملكيتها وتشهر جميع التصرفات المتعلّقة بالعقار ضمن هذا السجل، وذلك حفاظاً على حقوق المتعاقدين والغير، وهذه الأمور جميعها لا يمكن تركها لقوانين أجنبية.[١٧٩]
- سلامة المعاملات واستقرارها وتوحيد الحلول والأحكام، لأنّ إخضاع المال لقانون موقعه يسهل الرجوع إليه للتحقق من وجود الحق العيني لدى المتصرف فيه، زد على ذلك أنّه يسهل تنفيذ الأحكام الصادرة بخصوص هذه الأموال، فلو افترضنا مثلاً أنّ القاضي النّاظر في الدعوى قد طبّق على العقار قانوناً آخر غير قانون الموقع، ثمّ وبناءً على هذا القانون أصدر القاضي حكمه، بعد ذلك أراد الطرف الرابح في الدعوى تنفيذ هذا الحكم في الدولة التي يوجد فيها العقار، فما الذي يضمن موافقة اهذه الدولة على ذلك، بل من الغالب سترفض التنفيذ وذلك لأنه لم يطبق قانونها على الأموال الموجودة ضمن أراضيها وتحت سلطانها.
- تحقيق التلازم بين كل من الاختصاصين القضائي والتشريعي، فتنصّ المادة (٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري على ما يلي: (تختص المحاكم السورية بالدعاوى التي ترفع على غير السوري الذي ليس له موطن أو سكن في سورية في الأحوال الآتية : .. ب- إذا كانت الدعوى متعلّقة بمنقول أو بعقار موجود في سورية ....) .

فمحاكم الدولة الموجود فيها العقار هي الأقدر على الفصل في المنازعات المتعلقة به، وهذا يعود لقربها مكانياً من المعقود عليه ولقدرتها على تحديد النقاط الأساسية المتعلّقة بالمشكلة (تحديد المالك من خلال السجلات وتحديد التصرفات الواقعة على العقار من رهن وبيع وآجار) وإجراء التدابير اللازمة (كشف-خبرة-حجز-بيع بالمزاد العلني) .

وعند تطبيق المحكمة لاختصاصها القضائي الآنف الذكر فمن الأسهل والأجدر بالتطبيق الأخذ بقانونها الوطني لحكم ذلك.

- تحقيق التركيز المكاني، فالمال عادةً ما يدمج في الإقليم الذي يوجد فيه موقعه، وبالتالي فإنّه يوجد تركيز في هذا الإقليم فتكون مصالح الشخص مركزة حيث يوجد موضوع الحق المكتسب، وبالنتيجة فإنّ قانون الموقع هو الأنسب لحكم ذلك.

---

[١٧٩] حيث تنص المادة (٨٢٥) من القانون المدني السوري على ما يلي:
(تكتسب الحقوق العينية العقارية وتنتقل بتسجيلها في السجل العقاري) .
وكذلك تنص المادة (١٠٠) من قانون السير والمركبات السوري رقم (٣١) لعام ٢٠٠٤م المعدّل بالمرسوم التشريعي رقم (١١) لعام ٢٠٠٨م على ما يلي:
(لا يعد إنشاء أو تعديل حق الملكية أو الحجز أو الرهن أو التأمين على المركبات الخاضعة للتسجيل لدى مديرية النقل المعنية سارياً بحق غير المتعاقدين إلّا بعد تسجيله في السجلات المعيّنة بهذا القانون) .

لذلك فإنّ وجود هذه القاعدة أمر منطقي وقائم على مسوغات عملية تهدف إلى سهولة الإجراءات وحماية أطراف العقد الدولي والغير، كما تهدف إلى حماية مقومات الدولة وسيادتها على أراضيها.

**ثالثاً: العقود الدولية المتعلّقة بالأموال المعنوية**

فيما يخصّ العقود الدولية المبرمة بخصوص الأموال المعنوية فإن أغلب آراء الفقهاء وكذا الاتفاقيات الدولية وبعض التشريعات قد أخضعوها لقوانين معينة تتلاءم مع طبيعتها غير المحسوسة، وتعرّف هذه الأموال بأنّها عبارة عن أشياء غير ملموسة لا تقع تحت الحس البشري لكنّها تصلح لأن تكون محلاً لحق عيني.[١٨٠]

وتتفرع هذه الحقوق إلى: الملكية الأدبية والفكرية (كحق المؤلف) والملكية الصناعية (كحق المخترع والرسوم والنماذج الصناعية) والملكية التجارية (كالعلامة التجارية والاسم والمحل التجاري) .[١٨١]

يضاف إلى ذلك بعض الحقوق الشخصية التي تصلح أن تكون محلاً للتعامل كالديون بكونها تمثل قيمة مالية.[١٨٢]

فكل ما سبق لا يخضع لقواعد الإسناد الخاصّة بالعقود الدولية (المادة ٢٠والمادة ٢١ من القانون المدني) ، بينما يخضع وفق الرأي الراجح في الفقه لقوانين أخرى، فمثلاً يخضع حق المؤلف لقانون مكان النشر الأول، بينما براءة الاختراع تخضع لقانون الدولة مانحة البراءة مع وجود رأي فقهي يخضعها لقانون الدولة التي يطالب فيها الشخص بحقه في الاختراع، أمّا الرسوم والنماذج الصناعية فهي تخضع لقانون البلد الذي أودعت أو سجلت فيه، كما أنّ العلامات الفارقة والأسماء التجارية تخضع لقانون مكان منشأة الاستغلال.

أمّا بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الديون والحقوق الشخصية، فالرأي السائد في الفقه والقضاء هو وجوب خضوع انتقال الدين لقانون مصدره فإذا كان الدين متولداً عن عقد فإنّ قانون الإرادة هو الذي يسري على حوالة الحق، أمّا بالنسبة للحقوق الشخصية الثابتة في سندات أو أوراق قابلة للتداول، فإذا كانت الأوراق لحاملها فإنها تعدّ منقولات مادية وتخضع لقانون موقعها، أمّا إذا كانت سندات وأسهم اسمية فإنها تخضع لقانون الهيئة التي

---

١٨٠ راجع في ذلك: سامية، بوليل. مرجع سابق. ص: ٤٣.
١٨١ راجع في ذلك: غريسي، ايمان، وطابع، ربيحة. (٢٠١٨-٢٠١٩م). **نظام الأموال في القانون الدولي الخاص**. مذكرة ماستر بالقانون. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة ٨ ماي ١٩٤٥. قالمة: الجزائر. ص: ٢٦.
١٨٢ راجع في ذلك: د. ديب، فؤاد. مرجع سابق. ص: ٣٠٥.

أصدرتها أي لقانون مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، وأخيراً فإن الأوراق الأذنية أي السندات لأمر فإن الرأي الراجح هو إخضاعها لقانون بلد الوفاء.[١٨٣]

**رابعاً: عقود العمل**

يستثنى من الخضوع لقانون الإرادة وفق الاتجاه الفقهي السائد بعض أنواع العقود التي لا تتلاءم بحكم طبيعتها الخاصّة مع هذا القانون.

ومن ذلك نرى عقود العمل، لأنّ الأثر الكبير الذي تضفيه علاقة التبعية على عقد العمل القائم بين الأطراف تجعل أحد الأطراف (العامل) خاضعاً بالضرورة للطرف الآخر (صاحب العمل) ، ممّا فرض والحال كذلك على المشرع أن يتدخل تدخلاً فاعلاً ومؤثراً على نحو يحدّ من اللاعدالة الاقتصادية والاجتماعية، وذلك عبر جملة من القواعد القانونية الآمرة التي تؤمن تحقيق هذه العدالة .[١٨٤]

لذلك اختلف الفقه في القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي:

فهناك اتجاه بخضوع هذا العقد للقواعد العامة أي قانون الإرادة والقوانين المكمّلة له، وقد سوغ هذا الاتجاه رأيه بضمان احترام إرادة الأطراف الذين اختاروا قانوناً معيّناً لحكم عقدهم من جهة، ودور القيود والحدود التي رسمها المشرع لحماية الطرف الضعيف في عقد العمل ضد مخاطر تطبيق القانون الأجنبي بعد تعيين الإرادة للقانون الواجب التطبيق من جهة أخرى.[١٨٥]

وقد اقترح بعض الفقهاء تطبيق قانون الدولة التي تمّ فيها إبرام عقد العمل، بكونه بالغالب ما يعدّ قانون موطن المتعاقدين، واتجه آخرون إلى تطبيق قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين في حالة اشتراكهما في الجنسية، ويفضل فريق تطبيق قانون مقر المشروع أو المنشأة أي قانون مركز إدارة الأعمال.[١٨٦]

إلّا أنّ الرأي الراجح في الفقه هو خضوع هذا العقد لقانون مكان التنفيذ، لأنّ من شأن تطبيق هذا القانون تأمين وحدة القانون الواجب تطبيقه على العقد ومراعاة النظام الاجتماعي والسياسي والاقتصادي للعمل في الدولة التي يجري فيها تنفيذ هذا العقد.[١٨٧]

---

١٨٣ راجع في ذلك: د. ديب، فؤاد. مرجع سابق. ص ٣٠٦ وما بعدها.
١٨٤ راجع في ذلك: حمزة، مشوار. (٢٠١٦م). **القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي**. مذكرة ماستر بالعلاقات الدولية الخاصّة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة قاصدي مرباح. ورقلة: الجزائر. ص: ٥.
١٨٥ راجع في ذلك: حمزة، مشوار. مرجع سابق. ص: ١٩.
١٨٦ راجع في ذلك: د. الحداد، حفيظة السيد. مرجع سابق. ص: ٤٥٣.

لذلك حبذا لو نصّ المشرع السوري على ذلك وأخضع عقود العمل الدولية لقانون الذي ينفذ فيه العامل هذا العمل ولا يترك هذا الأمر عرضةً للاجتهادات القضائية والفقهية.

**خامساً: العقود التي تتم في البورصات وعقود بيع العروض**[١٨٨]

هناك بعض التشريعات التي استثنت هذه العقود من القواعد الواجب تطبيقها على العقود الدولية، ومثال ذلك ما ذهب إليه المشرع الكويتي فإنّ القانون رقم (٥) لعام ١٩٦١م نصّ في المادة (٦٠) على ما يلي:

(يسري على العقود التي تتم في البورصات والأسواق العامّة قانون البلد الذي توجد فيه هذه البورصات والأسواق) .

كما تنصّ المادة (٦١) على ما يلي:

(يسري على بيع العروض قانون موطن البائع، مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أنّ قانون موطن المشتري أو قانوناً آخر هو الذي يسري) .

**المطلب الثالث: الاستبعاد القضائي للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي**

قد تطبّق محاكم الدولة المعروض أمامها النّزاع المتعلّق بالعقد الدولي قوانين أخرى غير القوانين الخاصّة بالعقود الدولية، ويكون ذلك إمّا لغياب القدرة على إثبات هذه القوانين أمام القضاء أو لأنّ هذه القوانين تحتوي على ما يسمّى بالإحالة أو لمخالفة هذه القوانين لأحكام قانون خاص أو معاهدة دولية.

**أولاً: عدم القدرة على إثبات القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي**

تعدّ مسألة إثبات القانون الأجنبي من أدق مسائل القانون الدولي الخاص لأنّها تدور حول تطبيق قانون أجنبي صادر من مشرع أجنبي أمام القاضي الوطني النّاظر في الدعوى.

---

١٨٧ راجع في ذلك: د. ديب، فؤاد. مرجع سابق. ص: ٣٣٢.

[١٨٨] راجع في ذلك: د. فلحوط، وفاء، ود. الخابور، ساجر. **القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين**. مرجع سابق. ص: ٢٠٥.

فعندما تشير قاعدة الإسناد أو يتفق أطراف العقد الدولي على تطبيق قانون دولة القاضي، ففي مثل هذه الحالة لا يواجه القاضي أي صعوبة تذكر، وذلك لمعرفته وسهولة وصوله إلى القوانين الوطنية فيقوم عندئذ بتطبيقها ولا يجوز له الامتناع عن ذلك تحت طائلة إنكار العدالة.

لكن: إذا كان القانون واجب التطبيق هو قانون أجنبي غير معروف أمام القاضي النّاظر بالدعوى، فهنا تظهر لدينا إشكالية إثبات هذا القانون وذلك لغياب معرفة القاضي الوطني بعديد من القوانين الأجنبية.[١٨٩]

والسؤال الذي يثور هنا: هل يطبّق القاضي القانون الأجنبي من تلقاء نفسه وهل يسعى للتعرّف على أحكامه، أم يتعيّن على الخصوم طلب ذلك وتقديم أحكام القانون الأجنبي للقاضي؟

في الإجابة على السؤال هناك اتجاه يقول بأنّه ليس مفروض على القاضي الوطني العلم بالقانون الأجنبي ولا يطبّق بشأن ذلك قاعدة (لا يعذر أحد في الجهل بالقانون) ، وليس مفروضاً على القاضي أيضاً تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه بل يتعيّن أن يطلب الخصوم تطبيقه، كما يتعيّن على الخصوم عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، وهذا الأخير غير ملزم بذلك.[١٩٠]

في المقابل هناك اتجاه يعدّ القاضي ملزماً دائماً بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء ذاته حتّى عند غياب التمسّك بها من قبل الخصوم، لأنّ تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي دون إلزامه به يعدّ تجاهلاً لحكم التشريع ويعدّ استبعاداً لقواعد الإسناد، فعلى القاضي التصدّي بنفسه للكشف عن مضمون القانون الأجنبي تمهيداً لتطبيقه على وقائع الدعوى.

لكن إذا لم يستطع الخصوم إثبات مضمون القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وفقاً للاتجاه الأول، ولم يكن بوسع القاضي النّاظر في الدعوى التوصّل إليه أيضاً وفق الاتجاه الثاني، فما الحل إذاً ؟

لم يتضمن القانون السوري نصوصاً تبيّن مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني بدايةً، ولم يحدد أيضاً الطرف الذي يقع على عاتقه إثبات القانون الأجنبي، وكذا الحل المعمول به في حال تعذر إثبات هذا الأخير.

---

[١٨٩] راجع في ذلك: الصرايرة، إبراهيم صالح، والفواعير، علاء محمد. (٢٠١٦م). مهمة إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وفقاً للتشريع الأردني. **مجلة علوم الشريعة والقانون بالأردن**. مج: ٤٣، ملحق: ٣. ص: ١٢٥٣.

[١٩٠] وضمن هذا الاتجاه: يرى بعض الفقهاء إنّ إثبات مضمون القانون الأجنبي يقع على عاتق الخصم الذي يدّعي الحق المطالب به أي صاحب المصلحة في النزاع ، بينما يذهب الاتجاه الغالب في الفقه إلى إلقاء عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي على الخصم الذي يتمسّك بتطبيقه دون تحديد وسواءً أكان هذا الخصم هو المدعي أو المدعى عليه.
راجع في ذلك: صوراني، أمل. (٢٠١٣م). **تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني**. بحث أعدّ لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي. كلية الحقوق. جامعة حلب. سورية. ص: ٢١ وما بعدها.

غير أنّ محكمة النقض السورية قد استقرّت في عديد من قرارتها على معاملة القانون الأجنبي معاملة الوقائع، لذلك فليس من واجب القاضي إثارته من تلقاء نفسه بل يجب على الخصوم التمسّك به ويقع عليهم عبء إثباته.[١٩١]

بينما نجد قوانين أخرى كالقانون المدني الجزائري قد نصّ بصريح العبارة في المادة (٢٣) مكرر على ما يلي:

((يطبّق القانون الجزائري إذا تعذّر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه)) .[١٩٢]

وكذا فعل المشرّع التونسي لكن بوضوح أكثر وعدّ أنّ مسألة الإثبات تقع على عاتق القاضي والأطراف معاً، فجاء في الفصل (٣٢) ما يلي:

((يمكن للقاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعيّن لقاعدة الإسناد في حدود إمكانيات علمه به، وفي أجل معقول بمساعدة الأطراف عند الاقتضاء.

وفي الحالات الأخرى فإنّ الطرف التي تكون دعواه مستندة على القانون الأجنبي مطالب بإثبات محتواه.

ويكون الإثبات كتابةً بما في ذلك الشهادات العرفية.

وإن تعذّر إثبات محتوى القانون الأجنبي فإنّه يقع العمل بالقانون التونسي .

ويجب في جميع الحالات احترام مبدأ المواجهة)) .

إذاً: فعند اتفاق أطراف العقد الدولي على تطبيق قانون معيّن على عقدهم الدولي وغياب قدرتهم على إثباته فإنّ القاضي النّاظر في الدعوى سوف يمتنع عليه تطبيق هذا القانون.

وبرأي الشخصي وبما أنّ الضابط الأساسي للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي هو قانون الإرادة، فالأطراف هم الذين اتفقوا على إخضاع عقدهم لقانون معيّن.

لذلك لا بدّ من إلقاء عبء إثبات القانون الأجنبي أساساً على عاتق الخصوم لأنّهم هم الذين اختاروا بإرادتهم هذا القانون، ولا بدّ أنّ اختيارهم له نهجاً لحلّ العقبات التي تعترضهم نابع من معرفة شخصية بهذا القانون ودراية تامّة بأحكامه، لذا كان من المنطق إلقاء عبء الإثبات عليهم، مع أنّ ذلك لا يمنع من مساعدة القاضي النّاظر بالدعوى لهم بهذا الخصوص.

---

[١٩١] راجع في ذلك: د. ديب، فؤاد. مرجع ذاته. ص: ١٢٧ وما بعدها.

[١٩٢] أضيفت هذه المادة بالقانون رقم (٥-١٠) المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥م، منشور في الجريدة الرسمية رقم (٤٤) ص: ٢٠.

وفي حال غياب القدرة على إثبات هذا القانون فإنّه يجب العودة إلى الضوابط التكميلية المنصوص عليها في المادة (٢٠) من القانون المدني السوري، ولا مسوغ لتطبيق قانون القاضي في هذه الحالة.

أمّا في الحالات الأخرى أي التي لا يكون فيها القانون الأجنبي واجب التطبيق نابعاً من ضابط إرادة الأطراف، فعبء الإثبات هنا يقع على عاتق القاضي خصوصاً في ظلّ ما نعيشه اليوم من توافر وسائل الاتصال الحديثة وتكنولوجيا المعلومات، الأمر الذي يسهّل على القاضي مهمته في الكشف عن القانون الأجنبي واجب التطبيق.

وهذا الأمر لا يمنع من مساعدة الخصوم له بهذا المهمّة.

وفي حال عدم قدرة القاضي على إثبات القانون الأجنبي فإنّه يجب عليه تطبيق قانونه على هذا النزاع، وهنا ينتقد المشرع السوري لغياب ورود نص خاص في هذا الإطار، وكان حريّاً به أن يحذو حذو المشرع التونسي والجزائري وينصّ صراحةً على تطبيق قانون القاضي في حال تعذّر إثبات القانون الأجنبي واجب التطبيق.

**ثانياً: مشكلة الإحالة**

إذا اتفق أطراف العقد الدولي على تحديد قانون معين نهجاً لحل العقبات التي تعترضهم، ثمّ ثار خلاف بشأن هذه العقد أمام القضاء، فهل يطبق القاضي الذي ينظر في الدعوى مبدأ الإحالة عند أخذه بالقانون المعين من قبل الأطراف والواجب التطبيق على العقد الدولي.

بدايةً : لابدّ من الذكر أنّ القانون الخاص في كل دولة يتضمن نوعين من القواعد بالنسبة لكل فئة أو طائفة من المسائل التي يثور بشأنها التنازع.

- قواعد اسنادية تبيّن القانون الواجب تطبيقه بشأن هذه الفئة.
- قواعد مادية لهذه الفئة تتعلق بمادة النزاع .[١٩٣]

فإذا اتفق أطراف العقد الدولي مثلاً على تطبيق القانون الأردني على عقدهم، فهل يجب على القاضي النّاظر في الدعوى أن يبدأ بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأردني، الأمر الذي قد يؤدي إلى تطبيق قانون آخر غير القانون الأردني أم يجب تطبيق الأحكام الموضوعية أو المادية على موضوع النزاع دون قواعد الإسناد.

[١٩٣] راجع في ذلك: د. ديب، فؤاد. (٢٠١٨م). **القانون الدولي الخاص**. منشورات الجامعة الافتراضية السورية. الجمهورية العربية السورية. ص: ٤٥.

من هذا المثال تثور مشكلة الإحالة التي تواجه القاضي عند وجود اختلاف في مضمون قاعدة الإسناد الوطنية عن قاعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق، التي تعرّف بأنّها: نقل الاختصاص التشريعي في موضوع النزاع من القانون الأجنبي الواجب تطبيقه بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية إلى قانون القاضي أو إلى قانون أجنبي آخر وذلك بمقتضى قواعد الإسناد في القانون الواجب تطبيقه.[١٩٤]

ولكن : ما هو الموقف الفقهي والقضائي والتشريعي من هذا الأمر؟

اختلفت هذه النظرة إلى مذهبين، اذكرهما مع بيان الرأي الشخصي.

١. مذهب رافضي الإحالة

يقول أنصار هذا المذهب إنّ الإسناد إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قواعد التنازع الوطنية هو إسناد موضوعي مادي لا إجمالي، ويسوغون قولهم بعدة حجج منها:

أنّه يجب حسم النزاع وفقاً للقواعد الموضوعية للقانون الذي اختاره المشرع الوطني، لأنّ هذا الاختيار هو الذي يحقق الغرض والهدف لمنشود الذي توخّاه المشرع من وضع قاعدة الإسناد الوطنية، أمّا إذا طبّقنا مبدأ الإحالة فعندئذ نكون قد خضعنا لنظرة المشرع الأجنبي وتقديره للمقتضيات التي تملي علينا الحل الواجب اتباعه.

كما أنّ الأخذ بمبدأ الإحالة يوقعنا في حلقة مفرغة لا مخرج منها وذلك عندما تتابع الإحالة وتتوالى دون نهاية.[١٩٥]

وقد أخذ بهذا الاتجاه المشرع السوري عندما نصّ في المادة (٢٩) من القانون المدني على ما يلي:

((إذا تقرر أنّ قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا تطبّق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص)) .

ومن التشريعات التي ترفض الأخذ بالإحالة أيضاً: نذكر التشريع المصري والعراقي والليبي والكويتي والأردني.[١٩٦]

---

[١٩٤] راجع في ذلك: د. ديب، فؤاد. مرجع ذاته. ص: ٤٦.

[١٩٥] يطلق بعض الفقهاء على هذه المشكلة اسم (الطاحونة الهوائية) أو (المرايا المتقابلة) ، كما يشبهونها بلعبة التنس.
راجع في ذلك : العال، عكاشة محمد عبد. **الإحالة في القانون الدولي الخاص والموقف منها في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد-دراسة في القانون المقارن وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة**. ٢٠٢٠/١/٢٥. بحث منشور بصيغة pdf على الموقع الإلكتروني: www.uomisan.edu.iq. ص: ١٨٦.

[١٩٦] راجع : د. ديب، فؤاد. مرجع سابق. ص: ١٠٣.

٢. الاتجاه المؤيد للأخذ بالإحالة

يستند أنصار هذا الاتجاه إلى عدة حجج منها:[١٩٧]

إنّ القاضي الوطني عندما يرجع إلى قانون أجنبي فعليه تطبيق أحكام هذا القانون برمته وألّا يقصر تطبيقه على القواعد الموضوعية دون قواعد الإسناد والقول بغير ذلك يعني تجزئة القانون الأجنبي دون مسوغ.

وإنّ رفض الإحالة يعني أنّ القضاء الوطني يطبّق قانوناً أجنبياً هو أصلاً يرفض اختصاصه ويأبى التطبيق على النزاع.

كما أنّ في الأخذ بالإحالة –خصوصاً من الدرجة الأولى– فيه تسهيل لمهمة القاضي، حيث يقوم بتطبيق قانونه الوطني الذي يعلمه جيداً بخلاف القانون الأجنبي الذي قد يجهله أو يفسره تفسيراً خاطئاً.

ومن التشريعات التي أخذت بهذه الفكرة: نرى المشرع الجزائري قد أخذ بفكرة الإحالة من الدرجة الأولى عندما نصّ في المادة (٢٣) مكرر على ما يلي:

((إذا تقرر أنّ قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلّا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنّه يطبق القانون الجزائري إذا احالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص)) .

وكذلك نرى المشرع التونسي قد أخذ بفكرة الإحالة وسواءً من الدرجة الأولى أو الثانية، لكن بشرط قبول القانون الأجنبي الواجب التطبيق لفكرة الإحالة، فقد نصّ في الفصل (٣٥) على ما يلي:

((لا يقبل الرد سواءً أدّى إلى العمل بالقانون التونسي أو إلى العمل بقانون دولة أخرى إلّا إذا نصّ القانون على قبوله)) .

وكذلك أخذ المشرع الإماراتي بالإحالة من الدرجة الأولى عندما نصّت المادة (٢٦) من قانون المعاملات المدنية على ما يلي:

((١–إذا تقرر أنّ قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلّا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.

---

[١٩٧] راجع في ذلك: جمال، بن عصمان. (٢٠١٤-٢٠١٥م). **مقياس القانون الدولي الخاص**. كلية الحقوق والعلوم السياسية الجزائر. جامعة أبي بكر بلقايد. تلمسان: الجزائر. ص: ١٩ وما بعدها.

٢- على أنّه يطبّق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إذا أحالت على قواعده نصوص القانون الدولي المتعلّقة بالقانون الواجب التطبيق)) .

٣. الرأي الشخصي

أوافق وجهة النظر المعارضة لفكرة الإحالة ومن ضمنها المشرع السوري على حساب الاتجاه المؤيد لها، وخصوصاً في مجال العقد الدولي وذلك لما يلي:

كما قلت سابقاً إنّ المبدأ هو إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة أي ذلك الذي اتفق الأفراد على تطبيقه، لذلك فعلى القضاة احترام هذه الإرادة، وهو الأمر الذي لا يتحقق فيما لو تمّ الأخذ بالإحالة.

فلو اتّفق الأطراف مثلاً على تطبيق القانون المصري على عقدهم ثمّ ثار نزاع بينهم أمام القضاء السوري المختص، فهنا يجب على هذا الأخير تطبيق أحكام القانون المصري حتّى لو احالت قواعد الإسناد في هذا القانون لقانون آخر، فيجب في هذه الحالة استبعاد الإحالة وتطبيق القانون المصري.

والقول بغير ذلك: فيه إفراغ لقاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة من محتواها وتجاوز لرغبة وتوقعات الأطراف الذي لم يختاروا قانوناً معيّناً ليحكم عقدهم إلّا لعلمهم بأحكامه، ليفاجئوا بعد ذلك بتطبيق قانون آخر لم يخطر على بالهم ولربما لا يخدم مصالحهم.

لذلك جاء الرأي الشخصي بالمعارضة لفكرة الإحالة خصوصاً في مجال الالتزامات التعاقدية.

ولذلك جاءت المعاهدات الدولية لتأخذ بهذا الحل: فنرى معاهدة لاهاي ١٩٥٥م الخاصّة بالبيوع الدولية المتعلّقة بالمنقولات المادية قد نصّت صراحةً في المادة الثانية على استبعاد الإحالة، وكذلك فعلت معاهدة روما لعام ١٩٨٠ الخاصّة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية فنصت المادة الخامسة على استبعاد الإحالة.[١٩٨]

[١٩٨] راجع في ذلك: جمال، بن عصمان. مرجع سابق. ص: ١٨ وما بعدها.

**ثالثاً: مخالفة القانون الأجنبي الواجب التطبيق لأحكام قانون خاص أو معاهدة دولية**

تنصّ معظم التشريعات على هذا الأمر، حيث تشترط لتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص ألّا يخالف أحكام المعاهدات الدولية، وإلّا فيجب استبعادها.

فتنصّ المادة (٢٥) من القانون المدني السوري على ما يلي:

((لا تسري أحكام المواد السابقة إلّا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في سورية)) .

وكذلك المادة (٢١) من القانون المدني الجزائري، والمادة (٣١) من القانون المدني الفلسطيني، والمادة (٢٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

فإذا ثار لدينا خلاف ما بشأن عقد دولي، ورأى القاضي أنّ القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه تحتوي أحكامه على مخالفة لأحكام معاهدة دولية، فهنا يمتنع على القاضي تطبيق هذا القانون لمخالفته لأحكام المعاهدة الدولية، ويطبّق مبدأ سمو المعاهدات الدولية على التشريع الداخلي.

ويطبّق –برأي الشخصي– عوضاً عن هذا القانون الضوابط التكميلية المنصوص عليها في المادة (٢٠) من القانون المدني السوري.

# الخاتمة

أولاً: النتائج:

١- إنّ القانون السوري قد جعل لإرادة أطراف العقد الدولي الكلمة العليا في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وعلى الرغم من أنّ القانون السوري قد ساوى ضابط الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقد الدولي مع ضوابط أخرى فإنّه لم يقصد من ذلك التقليل من شأن ضابط الإرادة بل على العكس من ذلك كان الهدف حماية العقد حمايةً أساسيةً من أن يكون باطلاً أو فيه خلل في جوانبه الشكلية بالنسبة لضابط معيّن، فإذا كان العقد صحيحاً في جوانبه الشكلية بالنسبة لقانون مستخلص من ضابط الموطن المشترك للتعاقدين ولم يكن صحيحاً بالنسبة لضابط موقع إبرام العقد الدولي فإن العقد يعدّ صحيحاً، وبذلك نكون قد حمينا إرادة الأطراف حمايةً أساسيةً التي التقت على إنشاء هذا العقد الدولي وتحديد القانون الواجب التطبيق على جوانبه الموضوعية وهذا الأمر المهم للأطراف أساساً.

٢- غياب وجود تعريف واضح للعقد الدولي ضمن القانون المدني السوري، الأمر الذي يجعل القاضي النّاظر في الدعوى في حرية مطلقة لإضفاء الصفة الدولية على العقد موضوع الدعوى النّاظر بها أم عدم إضفائها الأمر الذي يؤدي إلى تقييد دور إرادة أطراف العقد الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم.

٣- إنّ مسألة ضوابط الإرادة تضيّق كثيراً من نطاق الإرادة، فإنّه بدايةً كانت فكرة النظام العام سداً منيعاً في وجه إطلاق حرية الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، كما أنّ القانون السوري لم يقنن فكرة التحايل على القانون بل ترك هذا الأمر محلاً للأخذ والرد فقهاً وقضاءً، مع العلم أنّ هذا الأمر ليس من الأهميّة بمكان نظراً لقدرة أطراف العقد الدولي بالأساس على اختيار القانون الذي يلائم مصالحهم، فلا داعي للتحيل من أجل الوصول إلى هذا القانون بل يكفي أن يختاروه صراحةً أو ضمنياً وسيجري تطبيقه على عقدهم الدولي.

من جانب آخر نرى أن القانون السوري قد كان موفقاً حين سكت عن شرط وجود صلة حقيقية بين القانون المختار لحكم العقد الدولي وهذا العقد، لكنّه برأي الشخصي قد جانب الصواب عندما منع تجزئة العقد الدولي بتطبيق قانون معيّن على جانب من جوانب العقد الدولي وتطبيق قانون آخر على جانب آخر من جوانب العقد الدولي، وكان الأحرى به ترك حرية للأطراف في ذلك أسوةً بسكوته عن اشتراط وجود صلة حقيقية بين العقد الدولي والقانون المختار لحكم هذا العقد.

٤- إنّ جوانب العقد الدولي التي تخضع لهذا القانون والقوانين المكمّلة له هي: كل الأمور المتعلّقة بتكوين هذا العقد من وجود الرضاء وكل ما يتصّل بركني المحل والسبب، وكذا آثار العقد من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص (مبدأ نسبية العقد) .

ويستثنى من ذلك بعض المسائل التي يجب أن تستبعد من إطار التطبيق كالأهلية، كما أنّ هناك بعض العقود الدولية التي تخرج من إطار التطبيق كعقود الأحوال الشخصية وعقود العمل التي كان الاقتراح بصددها أن يخضعها المشرع السوري لقانون المكان الذي ينفذ فيه العامل هذا العمل ولا يترك هذا الأمر عرضةً للاجتهادات القضائية والفقهية.

٥- لابدّ من أطراف العقد الدولي من أخذ الحيطة والحذر عند تحديدهم للقانون الواجب تطبيقه على عقدهم الدولي حتى لا يتمّ استبعاده من قبل القضاء، فلا يقع هذا الاختيار على قانون يأخذ بمبدأ الإحالة، الأمر الذي يهدد القانون المختار من قبلهم بالاستبعاد إن كان قضاء الدولة التي تنظر في الدعوى تأخذ بمبدأ الإحالة وما يحمله ذلك من مخاطر أن يطبق على العقد الدولي قانون مخالف لتوقعات ورغبات أطرافه.

كما يجب الّا يقع اختيارهم على قانون غير قادرين على إثباته، ممّا يؤدي والحال كذلك إلى استبعاده من قبل القضاء.

ثانياً: التوصيات:

١- وجود تعريف واضح للعقد الدولي وسحب حرية القاضي ضمن هذا الإطار، فحبذا لو نص المشرع السوري على تعريف واضح للعقد الدولي ضمن سياقه أي قبل المواد (٢٠ أو ٢١ من القانون المدني) التي حكمت القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.

فكان الأحرى بالمشرع أن يعرف العقد الدولي ويحدد المعيار الذي سيتبناه في هذا الإطار لمعرفة حدود تطبيق المواد (٢٠-٢١).

٢- تحديد المشرع السوري بوضوح أنّ الجزء المخالف من العقد الدولي للنظام العام هو الذي يستبعد من التطبيق ويبقى قانون الإرادة سارياً على باقي جوانب العقد الدولي غير المخالفة للنظام العام، فما لا يدرك كلّه لا يترك جله، ولا يترك هذا الأمر عرضةً للاجتهادات القضائية والفقهية والتي تتجه هنا في سوريا إلى استبدال قانون الإرادة بقانون القاضي عند وجود أي مخالفة ضمن العقد الدولي للنظام العام في بلد القاضي الناظر بالدعوى مهما كانت صغر هذه المخالفة.

٣- ترك حرية لأطراف العقد الدولي في تجزئة العقد الدولي وذلك عن طريق تطبيق قانون معيّن على جانب من جوانب العقد الدولي وتطبيق قانون آخر على جانب آخر من جوانب العقد الدولي، فحبذا لو ترك المشرع السوري حرية للأطراف في ذلك أسوةً بسكوته عن اشتراط وجود صلة حقيقية بين العقد الدولي والقانون المختار لحكم هذا العقد.

٤- إضافة فقرة استبعاد القانون أو القوانين المختارة إذا كان الغرض منها ألّا يطبّق القانون السوري والتحايل على أحكامه ضمن المادة (٣٠) من القانون المدني السوري أسوةً بالمشرع الجزائري (في المادة ٢٤) أو المشرع التونسي (في الفصل ٣٠ من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي).

وبهذا نكون قد حققنا الغرض المطلوب من إطلاق مبدأ سلطان الإرادة وما يحمله من تحرير للتجارة الدولية وتنشيطها، وبالوقت نفسه ضبطنا هذا الأمر بعدة ضوابط حمايةً للقانون السوري وحمايةً لتناغم النظام القانوني الواجب التطبيق على موضوع العقود الدولية.

٥- ضمن الضوابط الأخرى التي من الممكن تطبيقها على العقد الدولي كان الاقتراح في هذا الصدد أن يضاف قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين بكونه ضابطاً احتياطياً ثانياً بعد قانون الموطن المشترك، وذلك على سبيل الترتيب وليس على سبيل التخيير كما فعل المشرع الجزائري، تجنباً للإشكالات التي تفرضها الحالة التي يكون فيها أطراف العقد الدولي من جنسية بلد معين ويتوطنون في بلد آخر، فما هو القانون الذي يجب تطبيقه في هذه الحالة وما هو معيار تفضيل أحد الضابطين على الآخر.

أمّا بالنّسبة لقانون مكان إبرام العقد الدولي فكان الاقتراح أن يكون هذا الضابط ضابطاً احتياطياً ثالثاً يلجأ إليه في حال غياب قانون الإرادة (الضابط الأساسي) وغياب قانون الموطن المشترك (الضابط الاحتياطي الأول) وغياب قانون الجنسية المشتركة (الضابط الاحتياطي الثاني المقترح) وذلك لتلافي الانتقادات الموجهة إليه.

٦- في حال عدم القدرة على إثبات هذا القانون فإنّه يجب العودة إلى الضوابط التكميلية المنصوص عليها في المادة (٢٠) من القانون المدني السوري، ولا مسوغ لتطبيق قانون القاضي في هذه الحالة.

## قائمة المراجع والمصادر

### ١ – الكتب


- د. الحداد، حفيظة السيد. (٢٠٠٩م). **الموجز في القانون الدولي الخاص- المبادئ العامّة في تنازع القوانين**. بيروت. منشورات الحلبي الحقوقية.
- د. الحداد، حفيظة السيد. (٢٠٠٥). **الموجز في القانون الدولي الخاص – الكتاب الأول - المبادئ العامة في تنازع القوانين**. ط: ١. منشورات الحلبي الحقوقية.
- د. الحكيم، جاك يوسف. (٢٠١٠-٢٠١١م). **الشركات التجارية**. منشورات جامعة دمشق. كلية الحقوق.
- د. السنهوري، عبد الرزاق. (١٩٦٤م). **الوسيط في شرح القانون المدني-الجزء الأول-مصادر الالتزام**. القاهرة: مصر. دار النهضة العربية.
- د. المصري، محمد وليد. (٢٠١١). **الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص**. ط:٢، عمان: دار الثقافة.
- د. السيوفي، نعوم. (١٩٨١-١٩٨٢). **تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي**. دار المستقبل للطباعة .
- الهداوي، حسن. (٢٠١١م). **القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين**. عمّان. دار الثقافة.
- جمال، بن عصمان. (٢٠١٤-٢٠١٥م). **مقياس القانون الدولي الخاص**. كلية الحقوق والعلوم السياسية الجزائر. جامعة أبي بكر بلقايد. تلمسان: الجزائر.
- د. ديب، فؤاد. (٢٠١٣-٢٠١٤م). **القانون الدولي الخاص-الجنسية**. كلية الحقوق. منشورات جامعة دمشق.
- د. ديب، فؤاد. (٢٠١٨م). **القانون الدولي الخاص**. منشورات الجامعة الافتراضية السورية. الجمهورية العربية السورية.
- زروتي، الطيب. (٢٠٠٥م). **القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية-الجزء الأول-تنازع القوانين**. الجزائر. مطبعة الكاهنة.
- زروتي، الطيب. (٢٠٠٨م). **القانون الدولي الخاص الجزائري-تنازع القوانين-ج ١**. مطبعة الفسيلة بالدويرة.
- صادق ، هشام. (١٩٩٣). **تنازع القوانين**. الإسكندرية. منشأة المعارف.
- د. صادق، هشام. (١٩٩٥). **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**. الإسكندرية. منشأة المعارف.

- د. صادق، هشام علي. (٢٠٠٠م). **القانون الدولي الخاص-تنازع الاختصاص القضائي الدولي**. دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية: مصر.
- صادق، هشام. (٢٠٠٧م). **عقود التجارة الدولية**. مطبعة الإسكندرية. دار المطبوعات الجامعية.
- صالح ، فواز . (٢٠١١-٢٠١٢) .**القانون المدني – مصادر الالتزام – الجزء الأول – المصادر الإرادية**. منشورات جامعة دمشق. كلية الحقوق.
- عبد العال، عكاشة محمد. (٢٠١٢). **القانون التجاري الدولي – العمليات المصرفية الدولية -** . الإسكندرية. دار الجامعة الجديد.
- عبد الكريم، ممدوح. (٢٠٠٥م). **القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين**. دار الثقافة. الأردن.
- د. عيد، إيهاب. (بدون ذكر تاريخ للنشر). **محاضرات في القانون الدولي الخاص**. كلية الدراسات التطبيقية وخدمة المجتمع. جامعة آل سعود.
- غصوب، عبده جميل. (٢٠٠٨م). **دروس في القانون الدولي الخاص**. ط: ١. بيروت. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.
- د. فؤاد عبد المنعم رياض ، د. الراشد، سامية. (١٩٩٨-١٩٩٩م). **تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية**. القاهرة: مصر. دار النهضة العربية.
- د. فلحوط، وفاء، والخابور، ساجر، (٢٠١٩-٢٠٢٠). **العقود الدولية**. منشورات جامعة دمشق.
- د. فلحوط ، وفاء ، د. الخابور ، ساجر. (٢٠٢١-٢٠٢٢). **القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين**. منشورات جامعة دمشق. كلية الحقوق.
- د. قاسم، محمد حسن. (٢٠١٨م). **الالتزامات-المصادر-العقد-آثار العقد**. ط: ١. منشورات الحلبي الحقوقية.
- كمال ، عليوش. ٢٠٠٦م. **القانون الدولي الخاص الجزائري – تنازع القوانين – الجزء الأول**. الجزائر. دار هومه.
- د. مخلوف، حنان عبد العزيز. (٢٠١٠). **العقود الدولية**. جامعة بنها. كلية الحقوق.
- د. منصور، سامي بديع. (١٩٩٤). **الوسيط في القانون الدولي الخاص**. ط:١. بيروت. دار العلوم العربية.
- د. منصور، سامي بديع، ود. العال، علي محمد عبد. (١٩٩٠م). **القانون الدولي الخاص-حلول النزاعات الدولية الخاصة**. الدار الجامعية. بيروت: لبنان.
- د. واصل، محمد. (٢٠١٠-٢٠١١م). **المدخل إلى علم القانون**. منشورات جامعة دمشق. كلية الحقوق.
- د. ياقوت ، محمود محمد. (٢٠٠٠م). **حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق**. منشأة المعارف. الإسكندرية.

**٢ – المقالات**


- الأسدي، حيدر، وجابر، عبد الرسول. (٢٠١٨). سلطة المحكم في تحرير العقود الدولية من الخضوع للقوانين الوطنية (دراسة مقارنة). **مجلة المحقق لعلوم القانونية والسياسية**. العدد: ٢. العراق.
- الجبوري، إبراهيم عباس. (٢٠١٩م،شباط). الأحكام القانونية للموطن وفقاً لموقف المشرع العراقي. **مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية**. العدد: ٤٢. بابل: العراق. كلية القانون والعلوم السياسية بالجامعة الإسلامية في النجف. جامعة بابل.
- الخفاجي، صلاح كريم جواد. (٢٠١٦-نيسان). عقد المقاولة الدولي وأثر قانون الإرادة في توطينه. **مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية**. جامعة القادسية. المجلد: السابع. العدد: الثاني.
- الدهمان، عقيل فاضل حمد. (٢٠٠٧،حزيران). الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني. **مجلة كلية الحقوق في جامعة النهرين**. مج: ١٠، العدد: ١٨. العراق.
- الصرايرة، إبراهيم صالح، والفواعير، علاء محمد. (٢٠١٦م). مهمة إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وفقاً للتشريع الأردني. **مجلة علوم الشريعة والقانون بالأردن**. مج: ٤٣، ملحق: ٣.
- العال، عكاشة محمد عبد. **الإحالة في القانون الدولي الخاص والموقف منها في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد-دراسة في القانون المقارن وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة**. ٢٠٢٠/١/٢٥. بحث منشور بصيغة pdf على الموقع الإلكتروني: www.uomisan.edu.iq.
- العنزي، زياد خليف. (٢٠١٦-كانون الأول) . مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقاً لمبادئ مؤتمر لاهاي ٢٠١٥م. **مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية**. المجلد: ١٣. العدد: ٢.
- العنزي، زياد خليف. (٢٠١٨م،ديسمبر). اختصاص القضاء الإماراتي بنظر المنازعات الإلكترونية ذات العنصر الأجنبي. **مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية**. مج: ١٥، عدد: ٢.
- الفضل، عبد السلام علي. (٢٠١٩م). منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي. **مجلة علوم الشريعة والقانون**. مج: ٤٦، العدد: ١، الملحق: ١. الجامعة الأردنية.
- زينه، هاني مروان. (٢٠٠٨-يونيو). الاختصاص التشريعي والقضائي للقرض المصرفي المجمع. **مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية**. المجلد: ١٥. العدد: ١.
- حسن، محمد جلال. **الموطن الدولي ضابط للإسناد لإعمال قواعد التنازع-دراسة تحليلية وصفية مقارنة**. تمّت زيارة الموقع بتاريخ ١٠/شباط/٢٠٢٠م. بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي بصيغة /pdf/: SJ.SULICIHAN.EDU.Krd.
- د. شيعان، فراس كريم. (٢٠١٦،آذار). أثر مبدأ قانون الإرادة على اختلال التوازن في العقود الدولية. **مجلة جامعة تكريت للحقوق**. السنة: ٨ ، المجلد: ٣ ، العدد: ٢٩.
- علي، حازم. **تطبيق الشريعة في منازعات المصارف الإسلامية الدولية في ضوء مبادئ لاهاي لعام ٢٠١٥م**. ١/تشرين الأول/٢٠١٩م. منشور على الموقع الإلكتروني: www.researchgate.net .

- عياض، محمد عماد الدين، وبن الشيخ، هشام. (بدون ذكر عام للنشر). **القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة متعددة التشريعات**. جامعة قاصدي مرباح. ورقلة: الجزائر.
- كريم، صلاح، والخفاجي، جواد. (٢٠١٦، نيسان). بحث منشور بمجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، جامعة القادسية ، العدد الثاني ، نيسان لعام ٢٠١٦م.
- د. محمود، سلطان عبد الله. (٢٠١٠م). الدفع بالنظام العام وأثره. **مجلة الرافدين للحقوق**. مج:١٢، العدد: ٢٣.
- ناصر، عبد المهدي كاظم، وحسن، الهام. (٢٠١٧م). **تجزئة العقد الدولي**. بحث مقدم في كلية القانون. جامعة القادسية.
- ياقوت، محمود محمد. (٢٠٠٨، آب). معايير دولية العقد. **مجلة روح القوانين**. العدد: ٢١. كلية الحقوق في جامعة طنطا.
- يحيى، إبراهيم خالد. (٢٠١٩،ديسمبر). نحو تضييق نطاق النظام العام لمصلحة القانون الأجنبي في سياق القانون الدولي الخاص- دراسة مقارنة. **مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية**. مج: ١٦، العدد: ٢.
- يوسف، عدنان علي. (١١،٢٠١٨،نيسان). **الوطن بين الحق والواجب من منظار الشرع الإسلامي والأدب العربي**. بدون ذكر دار للنشر.
- لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. قسم اللغة الإنكليزية والمنشورات والمكتبة. مكتب الأمم المتحدة في فيينا. كانون الثاني/٢٠١١. الرابط: www.uncitral.org.
- لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. قسم اللغة الإنكليزية والمنشورات والمكتبة. مكتب الأمم المتحدة في فيينا. كانون الثاني/٢٠١٣م. الرابط: www.uncitral.org.
- تقرير منشور بصيغة pdf من قبل المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين. ٢٠٢٠/٢/٥م. الرابط: www.unhcr.org.


**٣- رسائل الماجستير والدكتوراه**


- الأخضري، محمد الحافظ. (٢٠١٦-٢٠١٧م)**. الموطن في القانون الدولي الخاص**. رسالة ماستر. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة قاصدي مرباح. ورقلة: الجزائر.
- الأنباري، أحمد حميد. (٢٠١٧). **سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ((دراسة مقارنة))**. مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر. جامعة الشرق الأوسط. عمان: الأردن.
- الحميدي، حسين عزيز حسين. (٢٠١٥م). **تعيين محل عقدي البيع والسلم-دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**. رسالة ماستر بالقانون الخاص. جامعة الشرق الأوسط.

- الزهرة، مريني فاطمة. (٢٠٠٩-٢٠١٠م). **النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل ٢٠٠٥ للقانون المدني (دراسة مقارنة)** . رسالة لنيل درجة الماستر. جامعة الأستاذ محمد بوقرة بو مرادس. الجزائر.
- الغوثاني، عبلة عبد الله. (٢٠٠٣-٢٠٠٤). **العقود التجارية الدولية**. بحث علمي قانوني معد لنيل درجة الدبلوم في القانون الدولي بإشراف الدكتور أحمد عبد العزيز. كلية الحقوق. جامعة دمشق.
- المجاهد، طارق عبد الله عيسى. (٢٠٠١م). **تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية**. أطروحة دكتوراه. جامعة بغداد. بغداد: العراق.
- أمينة، رحاوي. (٢٠١٠-٢٠١١م). **الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص**. رسالة ماستر في القانون الدولي الخاص. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة أبي بكر بلقايد. تلمسان: الجزائر.
- أمين، مناصف، وسامية، سعدي. (٢٠١٨-٢٠١٩م). **تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية**. مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال ، جامعة محمد الشريف مساعدية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ، ٢٠١٨-٢٠١٩م.
- الوريكات، رامي صالح. (٢٠١٢-٢٠١٣م). **التعاقد عبر الهاتف الخلوي-دراسة في التشريع الأردني**. رسالة ماستر في القانون الخاص. جامعة الشرق الأوسط.
- بختة، زيدون.(٢٠١٠-٢٠١١م). **التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصّة الدولية**. مذكرة ماستر في القانون الدولي الخاص. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة أبو بكر بلقايد. تلمسان: الجزائر.
- بلاق، محمد. (٢٠١٠-٢٠١١). **قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية**. مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الدولي الخاص. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة أبو بكر بلقايد. تلمسان: الجزائر.
- بلال، جعفري. (٢٠١٧-٢٠١٨). **سلطة القاضي الوطني في تعديل العقد الدولي**. مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة العربي بن مهيدي. أم البواقي.
- حسن، محمد نبيل. (٢٠١٥-٢٠١٦). **النظام القانوني للعقد الدولي**. ماجستير في الحقوق. كلية الحقوق والعلوم السياسية. الجزائر. جامعة محمد خيضر بسكرة.

- حمزة، مشوار. (٢٠١٦م). **القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي**. مذكرة ماستر بالعلاقات الدولية الخاصّة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة قاصدي مرباح. ورقلة: الجزائر.
- حورية، حنيش. (٢٠١٦م). **التراضي في العقود**. رسالة ماستر في القانون الخاص. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة أكلي محند أولحاج. البويرة: الجزائر.

- دير، مسعودة. (٢٠١٥-٢٠١٦م). **القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية**. مذكرة ماستر بالقانون الدولي الخاص. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة العربي بن مهيدي. أم البواقي: الجزائر.
- زروتي، الطيب. (١٩٩٠). **النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن**. رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص. معهد الحقوق والعلوم الإدارية. جامعة الجزائر. الجزء الأول.
- زوليخة، بوخرشة. (٢٠١٧م). **القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية**. مذكرة ماستر بالقانون الدولي الخاص. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة أكلي محند أولحاج. البويرة: الجزائر.
- سامية، بوليل . (٢٠١٦م). **القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية وغير المادية.** مذكرة ماستر بالقانون الدولي الخاص. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة أكلي محند أولحاج. البويرة: الجزائر.
- سعيدة، حمومة، وأعمر، حميطوش. (٢٠١٤-٢٠١٥م). **القيود الواردة على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي.** رسالة ماستر. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة عبد الرحمن ميرة. بجاية: الجزائر.
- سمير، خليفي. (٢٠١٠/٤/٢٨م). **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**. مذكرة ماستر في القانون الدولي. كلية الحقوق. جامعة مولود معمري تيزي وزو. الجزائر.
- سهام، سادي، وعيدة، سايغي. (٢٠١٥-٢٠١٦م). **استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بالغش نحو القانون**. مذكرة لنيل شهادة الماستر. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة عبد الرحمن ميرة. بجاية: الجزائر.
- شعبان، فراس. (٢٠٠٧). **أثر اتفاقيات التجارة الدولية في تطور قواعد تنازع القوانين**. أطروحة دكتوراه. كلية القانون في جامعة الموصل.
- شويرب، خالد. (٢٠٠٨-٢٠٠٩). **القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي**. أطروحة دكتوراه. كلية الحقوق. جامعة الجزائر.
- صوراني، أمل. (٢٠١٣م). **تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني**. بحث أعدّ لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي. كلية الحقوق. جامعة حلب. سورية.
- عبد الوهاب، أيت ، وسهيلة، خرفلاوي. (٢٠١٦-٢٠١٧م). **القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية**. مذكرة لنيل شهادة الماستر بالقانون الخاص. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة عبد الرحمن ميرة. بجاية: الجزائر.
- علاونة، راضي نبيه . (٢٠١٥م). **القانون واجب التطبيق على الأموال-دراسة مقارنة**. مذكرة للحصول على شهادة الماستر في القانون الخاص. جامعة النجاح الوطنية. نابلس: فلسطين.

- عياض، رملة. (٢٠١٥-٢٠١٦م). **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**. مذكرة مقدمة لاستكمال نيل شهادة الماستر في قانون العلاقات الدولية الخاصة. جامعة قاصدي مرباح. ورقلة. الجزائر.
- غريسي، ايمان، وطابع، ربيحة. (٢٠١٨-٢٠١٩م). **نظام الأموال في القانون الدولي الخاص**. مذكرة ماستر بالقانون. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة ٨ ماي ١٩٤٥. قالمة: الجزائر.
- كريمة، درار، وعمر، بلعباس. (٢٠١٩م). **النظام العام في القانون الدولي الخاص**. رسالة لنيل درجة الماستر في القانون. المركز الجامعي بلحاج بو شعيب. الجزائر.
- ليندة، بلاش. (٢٠١٧م). **إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية**. أطروحة لنيل درجة الدكتوراه. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة مولود معمري. الجزائر.
- مساعد، سلامي. (٢٠١١-٢٠١٢). **الآثار المترتبة على الشخصية المعنوية للشركة التجارية**. مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة أبو بكر بلقايد. تلمسان: الجزائر.


**٤- التشريعات والقوانين**


- القانون المدني السوري الصادر بموجب المرسوم التشريعي رقم / ٨٤ / تاريخ ١٩٤٩/٥/١٨م.
- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) المؤرخ في: الثلاثين من شهر شعبان لعام ١٣٧٠ هجري. الموافق للرابع من شهر حزيران لعام ١٩٥١م.
- قانون التحكيم السوري رقم (٤) لعام ٢٠٠٨م.
- القانون المدني الجزائري بموجب الأمر رقم (٧٥-٥٨). المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥م.
- قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥) لعام ١٩٨٥م.
- القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لعام ٢٠١٢م.
- مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الصادرة بالعدد رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨م.
- القانون الجزائري الخاص بالجنسية الصادر بموجب الأمر رقم (٧٠-٨٦) المؤرخ في ١٥ ديسمبر ١٩٧٠م.
- قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لعام ٢٠٠٦م.
- قانون الشركات السوري رقم (٢٩) تاريخ ٢٠١١/٢/١٤م.

- قانون المعاملات الإلكترونية السوري رقم (٣)، والصادر بتاريخ ٢٠١٤/٣/١١م.
- قانون التجارة الإلكتروني الجزائري رقم (١٨-٠٥) تاريخ ١٠ مايو ٢٠١٨م.
- مجلة الالتزامات والعقود بتونس الصادرة بالقانون عدد (٨٧) لعام ٢٠٠٥م المؤرخة في: ٢٠٠٥/٨/١٥م.


**٥- الاتفاقيات الدولية**


- وثيقة مبادئ مؤتمر لاهاي المعلن عنها رسمياً في ١٩ مارس ٢٠١٥ بشأن المبادئ الخاصة باختيار قانون التجارة والعقود الدولية


**٦- المعاجم والقواميس**


- ابن منظور. (١٩٩٩م). **لسان العرب**. ط: ٣. بيروت: لبنان. دار إحياء التراث العربي. مؤسسة التاريخ العربي.
- الشيخ الرازي ، محمد ابن أبي بكر. (١٣٢٩هجري). **قاموس مختار الصحاح**. مصر. مكتبة السكة الجديدة بمصر.

- **Abstract**

Today in our time there is a legal system for international transactions that differs from that which governs international transactions, terms such as the right of the parties to choose the law to be applied to the contract or the arbitration clause or the so-called gold-dealing clause are all invalid and incorrect if they are contained in an internal contract, they are overturned. Valid if stated in an international contract.

Hence the need to start adapting the contract first to determine whether it is international or not, given the important legal consequences of this distinction, the first of which is that the internationality of the contract is a necessary condition for the implementation of the rules of private international law.

Here, we find that establishing the international character of the contract creates a right for the parties to determine the law applicable to the disputes that may arise from this contract, and this is known as the rule that the international contract is subject to the law of will, this rule adopted by Syrian law and comparative Arab legislation.

We see this clearly in the rule of attribution that must be applied to the subject of the international contract in the Syrian civil law, where the will of the parties formed the basic solution in this rule. The judge in the case must first look for

the will of parties, if he does not find this will in the terms of the international contract clearly, he moves to search for it within it, and this is known as the principle of the implicit will of the parties to the contract, which is indicated by many indicators.

If, during the process of his search for the law applicable to the international contract, the judge does not find the first basic solution represented by the will of the parties, then he moves to the supplementary or backup controls, where the Syrian legislator took two officers: the officer of the common domicile of the contracting parties and the law of the country of conclusion.

If the law of will constituted the main principle in determining the law to be applicable to the subject of international contracts, it would only be an optional principle among several principles that could be applied to determine the law to be applied in the form of international contracts.

These optional controls were represented in the Syrian law by four controls: the law of the will of the parties, the law of the common domicile, the law of joint citizenship and the law of the place of conclusion of the contract.

Have these legal rules formed an elaborate legal framework for resolving disputes arising from the international contract, and what are the matters that can be modified, added or deleted in this context and within this context?

**Syrian Arab Republic**

**Damascus University**

**Faculty of Law**

**Department of international Law**

# The Role of the Will Dominance Principle in Determining the Applicable Law to International Contracts ( comparative study )

Dissertation submitted for obtaining a master's degree in international law

**By**

**Mohammed Iyad Al-Zaree**

**Supervised by**

**Wafaa Mazyad Falhout**

**Professor in the Department of International Law**

**2022**