

المحاضرة رقم 07 : القانون واجب التطبيق على عقد التفاوض :

تمهيد :

حسب ما هو متعارف عليه بخصوص قواعد تنازع القوانين فإن تحديد النظام القانوني الذي سيطبق على العقود الدولية يستلزم اللجوء إلى مبدأ القانون الدولي الخاص المعروف بمبدأ " حرية أو استقلالية الإرادة "، وهو ما يطلق عليه مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة، والذي أضحي من المبادئ المستقرة في إطار القانون الدولي الخاص ، وعلى الرغم من ذلك فقد تعرضت القاعدة المذكورة للعديد من المحاولات التي استهدفت الحد من اختصاصها بتنظيم العقود الدولية، ومنها عقود الدولة على وجه الخصوص، وذلك إذا ما أدى إعمال قاعدة قانون الإرادة إلى تطبيق قانون وطني معين، والذي عادة ما يكون قانون الدولة المتعاقدة ، حيث يسعى الأطراف استناداً إلى مبدأ الحرية وسلطان الإرادة إلى ممارسة بعض السلطات عليه على نحو يخلف عنه صفته كقانون، وذلك من خلال التجديد الزمني لقانون الإرادة على حالته التي كان عليها لحظة إبرام العقد، أو تحويله إلى مجرد شرط تعاقدى لا سلطة له على الأطراف إلا ما يقرر هؤلاء أنفسهم له، أو تهميش هذا القانون والاكتفاء بدور احتياطي له .

بالتالي يخضع عقد التفاوض الدولي يخضع كقاعدة عامة لما يعرف بقانون الإرادة .

✓ فمأذا يقصد بمبدأ قانون الإرادة ؟

قانون الإرادة هو القانون الذي اختاره الطرفان لتطبيقه على علاقتهما التعاقدية، وهو يحكم معظم المسائل المتعلقة بعقد ما وليس كلها بالضرورة، فالمسائل الخاصة بأهلية أطراف العقد وما إذا كان العقد صحيحاً شكلاً لا تدخل بالضرورة في نطاق القانون نفسه .

وقاعدة خضوع العقد الدولي لقانون إرادة المتعاقدين، أي خضوعه للقانون الذي يختاره المتعاقدان لم تكن هي السائدة في بادئ الأمر، حيث كان من المستقر عليه إخضاع العقد لقانون محل إبرامه، فقد جرى الفقه الإيطالي القديم في ظل مدرسة الأحوال القديمة

على إخضاع العقود لقانون الدولة التي أبرمت فيها من ناحية شكلها وموضوعها، تأسيساً على أن مكان انعقاد العقد هو المكان الذي يولد فيه التصرف، ومن ثم يتعين إخضاع العقد لقانون هذا المكان باعتباره هو القانون الذي نشأ التصرف في ظله .

وقد تعرضت هذه الأفكار للانتقاد استناداً إلى أن العقد إنما ينشأ نتيجة للفكر الإنساني ومكان إبرامه قد لا يعدو أن يكون مسألة خارجة عن العقد ذاته، وقد تكون نتيجتها تمت بصورة عرضية .

ونتيجة لذلك حاول أحد فقهاء المدرسة الإيطالية اللاحقين (Ruchus Gurtius) عام 1495 تفسير قاعدة إخضاع العقد لقانون محل الإبرام على أساس مختلف عن فقه من سبقه، حيث ذهب هذا الفقيه إلى أن أساس خضوع العقد لقانون محل إبرامه هو الإرادة الضمنية للمتعاقدين الذين قصدا اختيار قانون هذا المكان لحكم العقد .

وقد كان هذا التفسير بمثابة تمهيد لنظرية الفقيه الفرنسي (Domoulin) في القرن 16، والتي قرر فيها خضوع العقد من حيث موضوعه لقانون إرادة المتعاقدين، وذلك بمناسبة فتوى بخصوص النظام المالي للزوجين (Gani) ، فقد أراد هذان الزوجان الخضوع للنظام المالي السائد في باريس بغية تجنب القواعد العرفية التي كانت سائدة في المقاطعات المختلفة التي تقع فيها أموالهما ، ولقد أفتى (Domoulin) بأنه وإن كانت أموال الزوجين تقع في أكثر من بلد إلا أن النظام المالي لهما يخضع لقانون واحد هو قانون موطن الزوجية ، على أساس أن إرادة الزوجين الضمنية قد اتجهت إلى اختيار ذلك القانون، وهو العرف السائد في باريس .

وفي القرن 19 كانت قاعدة إخضاع العقد لقانون إرادة المتعاقدين قد استقرت، وقد أخذ بها كل من الفقيهين (SAVIGNY) و (MANCINI) حيث أخضع الأول العقد لمكان تنفيذه، حيث كان يعتد أساساً بتحليل الروابط القانونية وتركيزها في مكان معين هو الذي تنتج فيه الرابطة آثارها، ثم يخضع الرابطة للقانون السائد في هذا المكان ، وبعد أن انتهى من تركيز الرابطة العقدية في مكان التنفيذ فسر إخضاعها للقانون السائد في هذا المكان، على أساس فكرة الخضوع الاختياري، فمن يدخل في علاقة تعاقدية يقبل الخضوع لقانون مركزها، وأما (MANCINI) فكان يرى إخضاع العقد للقانون الذي يختاره أطراف عملاً بمبدأ الحرية كأحد مبادئ نظريته .

وإن كان هذا هو حال الفقه، فإن محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 5 ديسمبر 1910 اعترفت بهذه القاعدة مقررة أن " القانون الواجب التطبيق على العقود، سواء فيما يتعلق بتكوينها أو بالنسبة لآثارها وشروطها، هو ذلك الذي تبناه الأطراف ... " وهكذا فقد استقرت منذ ذلك الوقت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، وكان مما ساعد على استقرار هذه القاعدة وازدهارها ظهور مذهب الحرية الفردية الذي أعلنته الثورة الفرنسية، ونظام الاقتصاد الحر أو الليبرالي الذي أكد مبدأ حرية التعاقد وتقديس سلطان الإرادة بوصفهما من عوامل سيادة ذلك النظام عبر الحدود الدولية وترسيخه داخل الحدود الوطنية .

وقد كرست غالبية التشريعات وكذلك الاتفاقيات الدولية المنظمة للعلاقات الدولية الخاصة، وتلك المتعلقة بالتحكيم قاعدة قانون الإرادة، والتي تقرر بصفة عامة حق أطراف العلاقة العقدية الدولية في اختيار القانون الذي يحكمها ، حيث حرصت معظم التشريعات الوطنية على النص صراحة على مبدأ خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة .

من ذلك وهو ما فعله المشرع الجزائري في القانون المدني (المادة 18 منه)، كذلك المشرع المصري (المادة 1/19 من القانون المدني)، المشرع السويسري (المادة 1/116 من القانون الدولي الخاص)... الخ .

كما حرصت على ذلك أيضا معظم الاتفاقيات الدولية النازمة للعلاقات الدولية الخاصة على تكريس قاعدة قانون الإرادة بنصوص واضحة وصريحة ، من ذلك اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 جوان 1955 والخاصة بالقانون واجب التطبيق على بيع المنقولات المادية ذات الصفة الدولية في المادة 1/2 على أن " يخضع البيع للقانون الداخلي للبلد الذي عينه طرفا العقد " .

وبالتالي فقد أقرت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بحق الأطراف في العقد الدولي في اختيار القانون الذي يحكم موضوع عقدهم .

✓ ما مدى ملاءمة قاعدة قانون الإرادة لعقود الدولة ؟

لقد أضحت قاعدة قانون الإرادة حسب ما سبق ذكره واقعا مكرسا ومعترفا به بمقتضى التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، إلا أن التساؤل يثور عن مدى ملاءمة أعمال هذه القاعدة على عقود الدولة، أو بمعنى آخر هل تخضع عقود الدولة لقاعدة قانون الإرادة ؟

حسب ما سبق ذكره أن عقود الدولة هي عقود دولية مما يترتب عليه خضوعها للآثار المترتبة على هذه العقود، ومن أهمها منح الأطراف مكنة اختيار القانون الحاكم لعقد، لذا يرى الفقه وجوب أعمال قاعدة قانون الإرادة على عقود الدولة، حيث أن لأطراف هذه العقود الحرية في إخضاع عقودهم للقانون الذي تتجه إرادتهم المشتركة إلى تطبيقه على موضوع عقودهم، فوجود الدولة أو أحد مشاريعها العامة لا يؤثر البتة في خضوع العقد المتواجدة فيه لقانون الإرادة ، وذلك لأن طبيعة وصفة هذا الطرف يجب ألا تبعد بالعقد عن هذه القاعدة .

حيث أن لمبدأ سلطان الإرادة أثره الكبير في عقود الدولة، فهذه العقود كغيرها من العقود الدولية تخضع لقاعدة قانون الإرادة .

وهو ما أقرته الاتفاقيات الدولية وكذلك قرارات الهيئات الدولية بشأن هذه الطائفة من العقود الدولية (على سبيل المثال المادة 42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 والخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى) ، كما كرس المجتمع الدولي مبدأ حرية أطراف عقود الدولة في اختيار القانون واجب التطبيق على عقودهم، وذلك بموجب القرار الصادر عنه في دورته المنعقدة في أثينا عام 1979 المخصصة لدراسة القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة التابعة لدولة أخرى (المادة 2/فقرة 01) ... الخ .

وبالتالي كخلاصة مما سبق ذكره فإن عقود الدولة تخضع مثل بقية العقود الدولية لقاعدة قانون الإرادة، فيحق لأطراف هذه العقود اختيار القانون الذي يروونه مناسباً لحكم عقودهم، حيث تستجيب فكرة حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يسري على عقودهم للتعدد الكبير وللاختلاف في التعاملات العقدية الدولية، فضلاً عن ضمانها لاحترام التوقعات المشروعة للمتعاقدين.

✓ كيف يتم أعمال قانون الإرادة (أي تحديده أو تعيينه) وما هو نطاقه ؟

إعمال قانون الإرادة يطرح العديد من التساؤلات، فهل يلزم في إرادة أطراف أن تكون صريحة أو يكفي أن تكون ضمنية يمكن استخلاصها باستخدام المؤشرات عند غياب الإرادة الصريحة ؟ ومتى يمكن للأطراف ممارسة حقهم في اختيار قانون العقد، هل يلزم أن يتم ذلك عند التعاقد أم يمكن أن يتم في مرحلة لاحقة ؟ وما مدى حرية الأطراف في اختيار قانون العقد ؟ هل يقتصر الأمر على الاختيار بين قوانين وطنية أم يمكن اختيار قواعد لا تنتمي لسيادة إقليمية معينة ؟

➤ التسوية بين الإرادة الصريحة والضمنية :

إن تحديد القانون المطبق على العقد لن يثير الصعوبة طالما أعلن المتعاقدان صراحة عن القانون الذي يخضع له العقد، إلا أن الإشكالية تثار فيما لو سكت المتعاقدان عن الاختيار الصريح لهذا القانون ، فهل يتصدى القاضي أو المحكم عندئذ مباشرة للتركيز الموضوعي للرابطة العقدية تمهيدا لإسنادها للقانون الأوثق صلة بهذه الرابطة، أم يتعين عليه استجلاء الإرادة الضمنية للمتعاقدين في اختيار قانون العقد من خلال استنباط المؤشرات الدالة عليها، ومن ثم الاعتداد بها ؟

يذهب البعض من الفقه وتأييده كذلك بعض التشريعات الوطنية إلى أنه ليس للقاضي أو المحكم تطبيق قانون الإرادة على العقود الدولية إلا في حالة الاختيار الصريح لهذا القانون من جانب المتعاقدين، فإذا لم يتم التعبير عن هذا الاختيار صراحة فيجب على القاضي أن يتصدى مباشرة لتركيز الرابطة العقدية وإسنادها للقانون الأوثق صلة بها، وذلك دون البحث عما يسمى بالإرادة الضمنية للأطراف .

حيث ينتهي هذا الاتجاه إلى رفض فكرة الاختيار الضمني لقانون العقد تأسيسا على أن سكوت الأطراف عن الاختيار الصريح قد يعود إما لعجزهم عن التوصل إلى اتفاق في هذا الصدد أو عدم إدراكهم عند التعاقد للطابع الدولي للعقد، وبالتالي فإن تصدي القاضي للبحث عما يسمى بإرادتهم الضمنية سيؤدي بالضرورة إلى تطبيق قانون يخل بتوقعات الأطراف لكونه لا يعبر عن إرادتهم الحقيقية .

والواقع أن مثل هذا الاتجاه يؤخذ عليه مناهضته المنطق القانوني السليم ، لما يؤدي إليه من تجاهل لقاعدة الإسناد التي تقضي بخضوع العقد لقانون الإرادة، ذلك أنه إلى جانب الإرادة الصريحة توجد الإرادة الضمنية للمتعاقدين، وهي إرادة ينبغي عدم تجاهلها متى تأكد القاضي من وجودها من خلال شروط العقد والظروف المحيطة به كافة، وها يعني أن الاختيار الضمني بمجرد استنباطه يتمتع بنفس سلطة الاختيار الصريح، وينبغي الاحتكام بموجبه للقانون الذي وقع عليه هذا الاختيار الضمني .

لذا يذهب أغلب الفقه إلى التسوية بين الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين في اختيار قانون العقد، بحيث يتعين على القاضي في حالة تخلف الإرادة الصريحة للمتعاقدين البحث عن إرادتهم الضمنية، شريطة أن يتم ذلك من خلال قرائن مؤكدة تدل على وجود هذه الإرادة .

❖ الاختيار الصريح :

يكون اختيار المتعاقدين للقانون الذي يخضع له عقدهما صريحا عندما يعينان بعبارة صريحة في العقد القانون الذي يحكمه. فحين تكون نية الطرفين بشأن القانون الذي يحكم العقد نية مصرح بعنها بوضوح ومكتوبة، فإن هذه النية المعلنة هي التي تقرر بصورة عامة القانون الحاكم للعقد، وهكذا فإن تحديد القانون المطبق على العقد لن يكون صعبا طالما أعلن الطرفان صراحة عن المنظومة القانونية التي يخضع لها العقد، لذلك يتم التأكيد على أهمية أن يقوم الأطراف بالاختيار الصريح لقانون العقد تحاشيا لما يمكن أن يثيره غياب هذا الاختيار من مشاكل .

وإذا قام الطرفان صراحة باختيار القانون الذي يريدان أن يحكم العقد، فمن الواجب على المحكمة أن تنفذ اختيارهما ، وذلك على أساس أن أطراف العقد أحرار في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم بشأن المسائل التي تدخل ضمن صلاحيتهم التعاقدية، باعتبارهم الأقدر على اختيار القانون الملائم لطبيعة العلاقة القانونية القائمة بينهم .

❖ الاختيار الضمني :

إذا لم يعبر المتعاقدان صراحة على إرادتهم في اختيار قانون معين ليحكم موضوع عقدهم فإنه يكون من واجب المحكمة أن تستنبطه من العوامل المحيطة بالعقد، أي أن القاضي أو المحكم يجد نفسه مضطرا في غياب الاختيار الصريح لقانون العقد لاستجلاء إرادة الأطراف الضمنية، إذا كانت هناك قرائن أو مؤشرات تدل على وجود هذه الإرادة ، وذلك بوصفها كما سبق القول إرادة حقيقية تنبأ عن ميل واضح، وإن كان كامنا ، إلى اختيار نظام قانوني معين .

وقد أكدت غالبية التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ذات العلاقة على ضرورة استجلاء الإرادة الضمنية للمتعاقدين عند غياب الإرادة الصريحة (على سبيل المثال نص المادة 1/16 من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987) . (المادة 42 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 المادة 1/42) .

ويكون للقاضي أو المحكم الكشف عن الاختيار الضمني لقانون الإرادة من خلال الملابسات والظروف المحيطة بالعقد، إذ توجد عدة مؤشرات يستطيع من خلالها أن يقيم القرينة على اتجاه إرادة الخصوم إلى اختيار هذا القانون أو ذاك ، فعلى القاضي أن يدرس كافة ظروف العقد ولا يقتصر على عنصر دون آخر، ثم يرجح بينها للوصول إلى أكثرها

أهمية في نظر المتعاقدين، خاصة إذا أمكن الجمع بين أكثر من عنصر للتأكد من الوصول إلى قصد المتعاقدين .

وبالتالي الاختيار الضمني بمجرد استنباطه والاستدلال عليه بقرائن مؤكدة فإنه يتمتع بنفس سلطة الاختيار الصريح، ويتعين الاحتكام بموجبه للقانون الذي وقع عليه هذا الاختيار، ولكن ما هو الوقت الذي يتعين فيه على الأطراف ممارسة حقهم في اختيار قانون العقد لكي يعتد به .

➤ وقت اختيار قانون العقد :

الأصل أن يقوم الأطراف عند تحرير عقدهم باختيار القانون الواجب التطبيق عليه، بأن يضمنوا عقدهم بندا يحددون فيه القانون الواجب التطبيق عليه، ولا يخفى أن تحديد قانون الإرادة عند التعاقد من شأنه أن يحقق اليقين القانوني اللازم لاستقرار المعاملات، واستقرار الرابطة القانونية لما يوفره للمتعاقدين من علم منذ البداية بالقانون الذي سيطبق على عقدهم .

وإذا كان لا يحول دون إمكانية إبرام العقد عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لتعذر التراضي على تحديد هذا القانون عند إبرام العقد مما يلقي على القاضي في هذه الحالة عبء تحديد ذلك القانون، فإن التساؤل يثور عما إذا ما كان للأطراف بعد إبرام العقد الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وهل يعتد القاضي أو المحكم بهذا الاختيار اللاحق لقانون العقد ؟

يذهب غالبية الفقه إلى تخويل المتعاقدين الحق في الاختيار اللاحق لقانون العقد، حيث يمكنهم تحديد قانون العقد بعد إبرامه في اتفاق مستقل عن العقد، وحتى في مرحلة متأخرة وعند طرح النزاع القائم بينهم أمام المحكمة المختصة بالموضوع وقبل الفصل في النزاع، وهو ما من شأنه التيسير على المتعاقدين، وتحقيق فعالية قاعدة التنازع المقررة لاختصاص قانون الإرادة، فمادام تحديد القانون واجب التطبيق هو مهمة الأطراف بالدرجة الأولى فإنه يتعين الإقرار بحقهم في الاختيار اللاحق لهذا القانون .

وكذلك فإن الممارسة التحكيمية في مجال عقود الدولة تضيف أهمية مماثلة على اتفاقات اختيار القانون واجب التطبيق سواء تلك التي تحدد هذا النوع عند التعاقد أم في مرحلة لاحقة وبعد ظهور النزاع.

وقد اعتدت هيئات التحكيم باتفاقات الأطراف ونفذتها سواء تم اختيار العقد الأطراف باتفاق صريح أو بطريقة ضمنية يستخلصها القاضي أو المحكم في دلائل تالية على إبرام العقد الأصلي، كما لو تم تنفيذ هذا العقد على نحو يفيد رضا المتعاقدين بالخضوع لنظام قاني معين .

✓ ما هو قانون الإرادة الذي يخضع العقد لأحكامه ؟ بمعنى أدق ما مدى قدرة هذه الإرادة في اختيار قانون العقد : هل هي محكومة باختيار قانون وطني لدولة معينة يمكنها أن تشير إلى قانون لا ينتمي لسيادة إقليمية معينة ؟

يؤكد البعض الذي يركز على التنازع بين القوانين بالمفهوم الضيق أن التنازع لا يقوم إلا بين قوانين دول تتمتع كل منها بصفة الدولة وفقا لمبادئ القانون الدولي العام، ومن ثم فإن فكرة قانون الإرادة لا تعني غير اختيار المتعاقدين في العقد الدولي لقانون وطني لدولة معينة، إن بدا أكثر تناسبا.

بمعنى أنه إذا قام المتعاقدان باختيار قانون العقد إعمالا لقاعدة التنازع التي تجيز لهم هذا الاختيار في مجل الروابط العقدية الدولية، فإنه يتعين أن يكون القانون الذي وقع اختيارهم عليه هو القانون الوطني لدولة معينة، وكذلك فإنه وفقا لهذا الفقه التقليدي فإن الشرائع التي لا تنتمي لسيادة إقليمية معينة مثل قواعد التجارة الدولية المستمدة من الأعراف التجارية بين المتعاملين في ميدان التجارة الدولية تخرج من نطاق التنازع .

وهو ما حرصت على تأكيده العديد من التشريعات الوطنية و محكمة العدل الدولية الدائمة ، إلا أنه مع التطورات الحديثة في التجارة الدولية وظهور طوائف جديدة من العقود الدولية ذات التركيب المعقد أضحى من غير الملائم قبول هذه النظرة التقليدية لقاعدة إسناد التي ستقود بالضرورة إلى تطبيق قانون وطني معين على تلك العقود، أي تطبيق قانون يحكم أساسا العقود الداخلية، لذلك فإن ما كان يستند في اختيار القانون إلى غطاء تنازع القوانين من مبدأ قانون الإرادة وحرية الأطراف في اختيار القانون الذي يخضع له الالتزام التعاقدي والذي كرس في صورة قواعد إسناد تم تقنينها في كثير من الدول، قد تجاوز حدود النظرة التقليدية لآلية قواعد الإسناد، بقيام أطراف العلاقات التعاقدية المشتملة على عنصر أجنبي باختيار قواعد لا تنتمي لقانون دولة محددة .

وهكذا فقد ذهب جانب من الفقه الحديث إلى تصور قيام التنازع بين شرائع لا تنتمي لسيادة إقليمية ، وبناء عليه يمكن للمتعاقدين عملا بقاعدة التنازع التي تخول لهم حق اختيار قانون العقد، الاختيار بين قواعد مأخوذة من نظام وطني معين وكذلك قواعد ذات صبغة

عالمية لا تنتمي لسيادة إقليمية معينة ، وبهذه المثابة يمكن للمتعاقدين الاتفاق على تطبيق قواعد قانونية غير وطنية أكثر اتفاقا وملاءمة مثل الأعراف الجارية بين المتعاملين في ميدان التجارة الدولية أو أن يختاروا أحكام معاهدة دولية تنص على تنظيم مثل العقد المبرم بينهما، أو يتفقوا على تطبيق المبادئ العامة للقانون .

وقد أخذت العديد من التشريعات الوطنية بهذا الاتجاه، الذي يمنح الإرادة مكنة اختيار قواعد قانونية غير وطنية، وذلك بتبنيها لقواعد تشريعية تمنح الأطراف حرية تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق وليس مجرد القانون الواجب التطبيق، وهو الاتجاه الذي اعتنقته أيضا اتفاقية واشنطن لعام 1965 .

وبالتالي كخلاصة لما سبق ذكره هو أن للأطراف اختيار أي قانون يرونه ملائما ليحكم علاقاتهم التعاقدية، بغض النظر عما إذا كان هذا القانون المختار قانونا وطنيا لدولة معينة أم كان نظاما قانونيا لا ينتمي لسيادة إقليمية لدولة معينة. حيث يمكنهم اختيار نظام قانوني متكامل لكي يطبق على عقدهم، أو أن يشترطوا تطبيق طائفة معينة من القواعد القانونية، فعلى سبيل المثال يمكن للأطراف اختيار النظام القانوني لأي من الطرفين، أو كليهما، أو حتى قانون دولة ثالثة وعلاوة على ذلك يمكنهم الاتفاق على فض منازعتهم طبقا للمبادئ العامة للقانون أو بعض القواعد السائدة في نظام قانوني معين .

