تنازع الاختصاص التشريعي في عقد الوكيل التجاري

د. نواف عواد بني عطية *

تاريخ تقديم البحث: ١/٤ /٢٠١٨م. تاريخ القبول: ٥/٥ /٢٠١٩م .

ملخص

تهدف هذه الدراسة إلى بيان النظام القانوني الذي يحكم مسألة عقد الوكيل التجاري المشوب بعنصر أجنبي، وذلك من خلال بيان القانون الواجب التطبيق على الوكيل التجاري ذي الطابع الدولي في ظل غياب نصوص تشريعية خاصة بذلك، وكذلك بيان المعيار الدولي لعقد الوكيل التجاري، ومن ثم بيان ضوابط الإسناد الجامدة والمرنة في ضوء التشريع الأردني وتشريعات الدول الأخرى، وكذلك بيان موقف الاتفاقيات الدولية بشأن القانون واجب التطبيق على عقد الوكيل التجاري، ومدى ملاءمة هذه الضوابط وانطباقها على مثل هذا العقد.

وخلصت الدراسة إلى أن المشرّع الأردني لم يعالج بنصوص قانونية صريحة مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على الوكيل التجاري ذي الطابع الدولي، لذا دعت الدراسة المشرّع الأردني لمواجهة هذا القصور التشريعي من خلال التدخل لوضع نصوص تشريعية تتناسب وطبيعة الوكيل التجاري ذو الطابع الدولي، إسوة بالتشريع البحريني والكويتي وغيرها من التشريعات.

الكلمات الدالة: تنازع، العقد الدولي، الاختصاص التشريعي، الوكيل التجاري.

* الكرك، الأردن.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

Dispute the Legislative of the Commercial Agents Contract

Dr. Nawaf Awad Bani- Atie

Abstract

This study aims to indicate the legal regime governing the commercial agent contract issue tinged with a foreign element, through the statement of the law applicable to the commercial agent with international character in the absence of specific legislation, as well as international standard to hold the commercial agent, and then some statement rigid and flexible attribution duck in light of Jordanian legislation and the legislation of other States, as well as the position of the international conventions on the law applicable to the commercial agent's contract, the adequacy of these controls and their application to such a contract.

The study concluded that the Jordanian legislature explicit legal texts did not address the question of determining the law applicable to the commercial agent with international character, so the study called for Jordanian legislator to address this shortcoming through legislative intervention to develop rules of attribution, especially suited to the nature of a commercial agent International character, as the Bahraini and Kuwaiti legislation and other legislation.

Keyword: Conflict, international contract, Dispute the legislative commercial agents

موضوع البحث وأهميته:

يعدّ القانون الدولي الخاص فرع من فروع القانون الخاص، والذي تعنى قواعده بتعيين القانون واجب التطبيق على النزاع المشوب بعنصر أجنبي، والناتج عن العلاقات الخاصة بين الأفراد في روابط أحوالهم الشخصية والمالية والتجارية، فموضوعه تعيين القانون واجب التطبيق في العلاقات الخاصة بين الأفراد ذات العنصر الأجنبي وعبر الحدود[١] .

ونظراً لتشعب العلاقات واتساعها بين الأفراد على المستوى الدولي في ظل التقدم التكنولوجي، وتطور وسائل المواصلات والاتصالات، والتي انعكست على ازدياد العلاقات بين الأفراد من دول مختلفة [٢]، وبالنتيجة ظهر ما يسمى بمسألة تنازع القوانين والقانون واجب التطبيق على هذه العلاقات [٣] .

إن موضوع هذه الدراسة ذو صلة كبيرة بحياتنا اليومية، وبشكل خاص الجانب الاقتصادي منها؛ ذلك أن للوكيل التجاري دوراً أساسياً في الحياة الاقتصادية؛ لما له من تأثير على اختصار الوقت والمسافات بين عدد من الدول الأمر الذي من شأنه أن ينشط التبادل التجاري ويخفف من النفقات على التجار.

هذا وتظهر أهمية هذه الدراسة من الناحيتين النظرية والعملية؛ فالأهمية النظرية تتجلى في معرفة مدى ملاءمة الإسناد التقليدية الجامدة والمرنة في انطباقها على الوكيل التجاري ذي الطابع الدولي [٤].

أما أهميتها العملية، فتتجلى في أن التعاملات التجارية الدولية التي يقوم بتنفيذها الوكيل التجاري مع جهات تقع خارج دولة مقر إقامته المعتادة، قد تفرض عليه قوانين لا يكون على علم أو اطلاع بتفاصيلها بصورة أقرب ما تكون إلى فرض الأمر الواقع الذي لا مجال للتهرب منه أو رفضه، وتضاعفت هذه المسألة نظراً لوقوع الضرر بالطرف الضعيف في هذه العلاقة، ويزداد الأمر تعقيداً؛ نظراً لغياب التشريعات التي توفر الحماية اللازمة للوكيل التجاري خارج حدود دولته عند قيامه بهذه التعاملات وتدويلها دون وجود ضوابط محددة يمكن أن يتحقق معها الحد الأدنى للحماية، ومن ثم فإن الحاجة ملحة للنص على تنظيم قواعد الاختصاص التشريعي بشأن الوكيل التجاري.

---

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٥٨.

(٢) د. فؤاد العديني، تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص ١ . د. محمد وليد المصري، العقد الدولي، مجلة الشريعة والقانون، العدد العشرون، ٢٠٠٤، ص١٦١. بالإضافة إلى ذلك انظر:

de Quenaudon (Rene), Les intermediaires de commerce dans les relations internationales:"Juris-Cl,Droit international" 1989,fasc,p.3

(٣) د. أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، (بدون سنة نشر)، ص١٥١، في نفس المعنى د. محمود محمد ياقوت، معايير دولية العقد، مجلة روح القوانين، أبريل ٢٠٠٠، العدد العشرون، ص ٣.

(٤) د. فؤاد العديني، مرجع سابق، ص ٣.

إشكالية البحث:

لاشك أن هناك العديد من التساؤلات تبرز العديد من المشاكل القانونية والعملية المتعلقة بالموضوع، فالعقود الدولية تحكمها مناهج معروفة وثابتة في القانون الدولي الخاص، وهل يصلح منهج التنازع التقليدي لانطباقه على عقد الوكيل التجاري، وما هو دور إرادة اطراف العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وما هو القانون المطبق في ظل غياب إرادة الأطراف، وما مدى دور ضوابط الإسناد المرنة في معالجة هذا الخلل، في ظل وجود ضوابط اسناد جامدة محددة مسبقاً لكافة العقود، مع عدم كفاية نصوص الاتفاقيات الدولية ذاتها في معالجة هذا الأمر.

صعوبات البحث:

إن هذا الموضوع يحتاج لدراسة معمقة، كما أن البحث فيه يحتاج لشقين هما عقد الوساطة التجارية والذي يشمل على عدد من العقود كعقد الوكالة التجارية محل البحث، وعقد الوكالة، وعقد السمسرة، فهو بحاجة إلى عناءٍ من أَجلِ الإحاطة بِهِ، وكذلك العقدُ الدوليُّ وما يكتنفهُ من غموضٍ وضبابيَّةٌ. وكانت قِلَّةُ المراجعِ والدراساتِ أَحد أَهم صعوباتِ البحث فلم نجدَ إلا دراساتٍ قليلةً ونادرةً جمعت أَطراف هذا البحث.

منهجية البحث: اتبعت في هذا البحثِ منهجًا مختلطًا، فقد كان منهجًا مقارنًا تأصيليًا وتحليليًا في نفس الوقت، فهو منهج مقارن؛ لأَننا لم نعتمد قانون معين بل عدد من القوانين والأَحكام القضائية في عدد من الدول، كما أَنه منهج تأصيلي، وذلك بسبب أَن البحث يتسم بالحداثة، فكان لزاماً على رَدَّ جزيئات بعض المسائل إِلى أصولها الكلية.

خطة البحث:

المبحث الأول: التعريف بعقد الوكيل التجاري ذي الطابع الدولي.

المطلب الأول: مفهوم عقد الوكيل التجاري.

المطلب الثاني: المعيار الذي يضفي الطابع الدولي على عقد الوكيل التجاري

المبحث الثاني: اتفاق الأَطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق (الإسناد الشخصي).

المطلب الأَول: خضوع عقد الوكيل التجاري لمبدأ سلطان الإرادة.

المطلب الثاني: مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق.

المبحث الثالث: غياب تعيين القانون الواجب التطبيق من قبل المتعاقدين (الإسناد الموضوعي).

المطلب الأَول: ضوابط إسناد الاختصاص التشريعي الجامدة.

المطلب الثاني: الإسناد المرن للعلاقة التعاقدية وفقا لطبيعتها الذاتية.

المبحث الأول: التعريف بعقد الوكيل التجاري ذي الطابع الدولي

لما كان تناول مفهوم عقد الوكيل التجاري ذا الطابع الدولي على النحو الذي يكشف هويته، ويبين معالمه يعد مسألة أولية لتحديد نطاق موضوع بحثنا، كان تحقيق هذا الأمر يقتضي أن نبدأ بالتعريف بهذا النوع من العقود، كما يقتضي أن نبين المعيار الذي يتأتى بموجبه إضفاء وصف الدولية على مثل هذه العقود، لذا سنقسم هذا المبحث الى مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم عقد الوكيل التجاري

المطلب الثاني: المعيار الذي يضفي الطابع الدولي على عقد الوكيل التجاري

المطلب الأول: مفهوم عقد الوكيل التجاري

عرفت المادة (٨٣٣) من القانون المدني الأردني الوكالة بأنها "عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصا آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم"[١]. يستفاد من هذا التعريف أن محل الوكالة يكون دائماً تصرفاً قانونياً، وهذا ما تمتاز به الوكالة عن غيرها من العقود، ولهذا تعرفها بعض التشريعات[٢]، بأنها عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل والتصرف القانوني محل الوكالة يجب أن يكون جائزاً، أي مشروعاً، كما يجب أن يكون ممكناً، فإذا كان التصرف غير مشروع أو غير ممكن، كانت الوكالة باطلة تبعاً لذلك[٣].

أما الوكالة التجارية، فهي أيضاً عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصا آخر مقام نفسه في تصرف جائز ومعلوم، غير أن هذا التصرف يجب أن يكون عملاً من الأعمال التجارية التي حددها قانون التجارة الأردني (المادة ٣/٨٠)، كما عرفتها المادة الثانية من قانون الوكلاء والوسطاء التجاريين الأردني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠١ بقولها "عقد بين الموكل والوكيل يلتزم الوكيل بموجبه باستيراد منتجات موكله أو توزيعها أو بيعها أو عرضها أو تقديم خدمات تجارية داخل المملكة أو لحسابه نيابة عن الموكل"[٤]. ... وهذا التعريف يتعلق بالوكالات الخارجية التي يكون فيها للموكل مركز أعمال خارج المملكة ويتخذ وكيلاً تجارياً له فيها[٥] ، وتكون الوكالة تجارية عندما تختص بمعاملات تجارية.

(١) القانون المدني الأردني رقم(٤٣) لسنة ١٩٧٦، نشر في الصفحة (٢) من عدد الجريدة الرسمية رقم ٢٦٤٥ الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٨/١.

(٢) مدني مصري (المادة ٧٠٠)، مدني سوري (المادة ٦٦٦) مدونة التجارة المغربية (المادة ٣٩٣)، مدني عراقي المادة (٩٢٧)

(٣) د.عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، دار الثقافة للنشر، ٢٠١٢، ص ٣٤٦.

(٤) وعرفه أيضاً بأنه "الشخص المعتمد من الموكل ليكون وكيلاً أو ممثلاً له في المملكة أو موزعاً لمنتجاته فيها سواء كان وكيلاً بالعمولة أو لأي مقابل آخر أو كان يعمل لحسابه الخاص ببيع ما يستورده من منتجات الموكل"، المادة الثانية من قانون الوكلاء والوسطاء التجاريين الأردني رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠١، وقد نظم المشرع الأردني أحكام الوكالة التجارية والوساطة والسمسرة في الباب الرابع من الكتاب الأول من قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ٦٦ في المواد من (٨٠-١٠٥).

(٥) د. عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٣٤٧ .

نجد أن معظم التشريعات قد نظمت هذا العقد بأحكام خاصة به، كالمشرع المصري من خلال المواد 148إلى 165 من التقنين التجاري المصري[١] كما أن المشرع الفرنسي نظم عقد الوكالة التجارية منذ القديم وذلك في الأمر الصادر في 23 ديسمبر 1958 أما حاليا فنظام الوكيل التجاري ينظمه القانون رقم 91-593 الصادر في 25 جوان 1991 وقد اكتمل نظام الوكيل التجاري بصدور القانون 92-506 الصـــادر في ١٩٩٢[٢] نجد أن المشرع الفرنسي لم يعرف عقد الوكالة التجارية، وانما عرف الوكيل التجاري وذلك في المادة 1-134 من التقنين التجاري[٣] على أنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يعمل بصفة منتظمة ومستقلة على التفاوض وابرام عقود الشراء أو البيع باسم ولحساب الغير".

فالمشرع الفرنسي قد حدد لنا الأعمال التي يقوم بها الوكيل التجاري فيقوم إما بالتفاوض على إبرام العقود، أو إبرام العقود بصفة مستقلة ومنتظمة وذلك مقابل أجر يلتزم الموكل بدفعه[٤].

---

(١) قانون رقم 17 سنة 1999 المتعلق بإصدار قانون التجارة المصري، ج رعدد 19 مكرر، الصادر في17 – 05 – 1999 راجع الموقع الإلكتروني التالي www.tantawylow.com/images :

(٢) راجع في ذلك:

DOMOLIN Pierre, «La définition du contrat d'agence protégé par la loi du 13 avril 1995 », v.le cite :www.droitbeleg.ber.

(٣) وقد جرى نص المادة على النحو التالي :

«L'agent commercial est un mandataire, à titre de profession indépendante, sans être lié Par un contrat de louage de service, est chargé, de façon permanente, de négocier éventuellement de, conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteur, d'industriels de commerçants ou d'autres agents commerciaux, il peut être une personne physique ou une personne morale…»,v. : loi n°91-593 du juin 1990 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leur mandants,J O 27Juin 1991,code de commerce, de décret n°58-1345 du 23 septembre 1958 relatif aux agent commerciaux J O 28 décembre 1958 LETEC, Paris, 1998,v.le cite : www.ligifrance.gouv.fr

(٤) راجع في ذلك :

L'article 134-6 du Code pose, quant à lui, le principe selon lequel ***« l'agent commercial a droit à commission pour toute opération conclue pendant le contrat avec une personne appartenant au secteur géographique et au segment de clientèle dont il est chargé. »*** .

وقد يطلب الوكيل جميع المعلومات الضرورية لهذه الصفقة وكل ما يتعلق بعمله للاطلاع عليه من دفاتر الحسابات لمعرفة عمولته، ووفقاً للسوابق القضائية فإن المدير الذي يرفض تقديم هذه الاوراق فيمكن ادانته وتكون معرض للمساءلة القانونية.

L'agent peut, par ailleurs, exigé toutes informations nécessaires, y compris les extraits des livres comptables, pour vérifier le montant de ses commissions.

Selon la jurisprudence, le mandant qui se refuserait à cette vérification pourrait être condamné en référé, sous astreinte, à fournir la totalité des factures émises par lui. (TGI Bordeaux - ordonnance de référé du 20.11.2000)

http://www.jean-pimor-avocats.fr/actualites/la-vie-des-affaires/le-contrat-d-agent-commercial-tribunal-de-commerce-avocat-conseil.

كما عرفت اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٨ في صدر مادتها الأولى في ضوء تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات الطابع الدولي التي يكون فيها لشخص ما (الوكيل) سلطة التصرف أو إدعاء التصرف لحساب شخص آخر في التعامل مع طرف ثالث [١]، كذلك قواعد التوجيه الأوروبي في المادة (٢/١) بأنه "كل وسيط مستقل مخول بصفة مستمرة مكنة الحض والتفاوض على بيع بضائع لحساب شخص آخر يسمي بالموكل، أَو التفاوض وإبرام مثل هذه الصفقات التجارية باسم ولحساب الموكل"[٢]. إما في إطار الاجتهاد القضائي فقد عرفته محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر بتاريخ ١٥ أبريل ٢٠٠٨ إلى أَن "الوكيل التجاري، شخص طبيعي أَو شركة وهو تاجر يقوم بالوكالة وبصفة مستقلة بتحقيق التصرفات القانونية لحساب التجار والصناع أَو لحساب وكلاء التجاريين آخرين. وقد اكتفى المشرع بإضفاء الصفة التجارية عليها متى تعلقت بعمل تجاري، كما هو الحال في القانون التجاري الأُردني، وغالباً يكون الاختلاف بين الوكالة التجارية والوكالة المدنية هو موضوعها، أَي محل الالتزام في العقد. وصفوة القول إن عقد الوكالة التجارية، ينصب على قيام الوكيل التجاري بالتصرفات القانونية المتعلقة بتجارة الموكل ويجوز أَن تتجاوز مهمة وكيل التجاري مناقشة الصفقة إلى وجوب إبرامها وفي هذه الحالة لا تتم مهمة الوكيل التجاري إلا إذا أَبرمت الصفقة فعلاً بين العميل والموكل، ولا يستحق الوكيل الأُجرة إلا بتمام الصفقة أَو التي يرجع عدم إنهائها إلى فعل الموكل[٣] .

ويمكن أن نعرف عقد الوكالة التجارية بأنها عقد تجاري بين طرفين يلتزم بموجبه الوكيل بإجراء المعاملات التجارية لحساب الموكل وباسم الوكيل، على أن يقوم الوكيل مقام الموكل بالأعمال التجارية من بيع وتوزيع أو ترويج المنتجات أو توفير الخدمات وذلك مقابل ربح أو نسبة من الأرباح.

(1) "The present Convention determines the law applicable to relationships of an international character arising where a person, the agent, has the authority to act, acts or purports to act on behalf of another person, the principal, in dealing with a third party ".

(٢) التوجيه الاوروبي رقم ٨٦/٦٥٣ الصادر عن مجلس الاتحاد الاوروبي في ١٨ ديسمبر لسنة ١٩٨٦ الخاص بتنسيق قوانين الدول الاعضاء فيما يتعلق بالوكلاء التجاريين المستقلين حيث جرى نصها على النحو التالي:

For the purposes of this Directive, 'commercial agent' shall mean a self-employed intermediary who has continuing authority to negotiate the sale or the purchase of goods on behalf of another person, hereinafter called the 'principal', or to negotiate and conclude such transactions on behalf of and in the name of that principal.

متاح على الرابط التالي:

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31986L0653

(3) Regulation 2.(1) defines a "commercial agent" as a self-employed intermediary who has continuing authority to negotiate the sale or purchase of goods on behalf of another person (the "principal"), or to negotiate and conclude the sale or purchase of goods on behalf of and in the name of that principal.

Gregor Kleinknecht, Commercial Agency Contracts: Termination and Indemnity England and Wales, commercial agency contracts: termination and indemnity England and wales, p.94.

المطلب الثاني: المعيار الذي يضفي الطابع الدولي على عقد الوكيل التجاري

يكاد يجزم جانب من الفقه[١]، على عدم وجود تعريف جامع مانع للعقد الدولي [٢] ، وباستقراء الأحكام القضائية نجد محكمة النقض الفرنسية اعتبرت أن العقد الدولي "هو الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية" [٣]، وكذلك محكمة النقض المصرية قضت بإن العقد الدولي هو الذي يرد على "عملية تتجاوز نطاق الاقتصاد الداخلي"[٤]، ومسألة تكييف العقد من حيث دوليته يرجع فيها لقانون القاضي، وذلك للوقوف على أمرين الأمر، الأول أن يتعلق بوجود عقد والثانية أن يكون هذا العقد له الصفة الدولية[٥].

كما عرفه البعض[٦] "بأنه العقد الذي يتضمن عنصراً أجنبياً مؤثراً سواءً تعلق هذا العنصر بمحل إبرامه أو بمكان تنفيذه أو بموضوعه أو بأطرافه، ففي هذه الفروض وحدها تثور مشكلة التنازع التي تتفق التشريعات المختلفة على حلها بتخويل المتعاقدين حق اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي المبرم بينهما"، كما عرفه البعض[٧] بأنه "العقد الذي يبرم بين مختلفي الجنسية أو متحديها إذا كان مكان إبرامه أو إعمال تنفيذه أو مكان وجود محله أكثر من نظام قانوني".

ولما كانت مسألة تحديد المعيار الذي يجري بموجبه إضفاء صفة الطابع الدولي على عقود الوكلاء التجاريين قد شغلت الكثير من فقهاء القانون الدولي الخاص كان مجمل هذا الاختلاف متأرجحاً مابين المعيار القانوني والاقتصادي.

أولاً: المعيار القانوني

يعتبر العقدُ دولِيًّا إذا اتّصل بأَكثر من نظامٍ قانوني لدولٍ مختلفةٍ [٨]، أَي إذا تضمن عنصرًا أجنبيًا أجنبيًا واحداً على الأَقل [٩]، سواءٌ أَكان ذلك العنصر شخصيًّا كجنسية الأطراف أو موضوعيا كمحل

(١) د.أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ١٥٣، د. محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص١٦٨. د. هشام علي صادق، مرجع سابق، ص ٦٣، د. محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص ٦ وما بعدها، د.عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص٧٦.

(٢) انظر في ذلك: de Quenaudon (Rene), Les intermediaires …op.cit,p.9

(٣) مشار إليه لدى: د. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ١٠١.

(٤) د. أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص ٦١.

(٥) د.عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٧٦.

(٦) د.هشام صادق والدكتورة حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الجنسية ومركز الأجانب، ١٩٩٨-١٩٩٩، ص ٣٣٧.

(٧) د. جميل الشرقاوي، محاضرات في العقود الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٢٤

(٨) د. عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص٨٧، د. ابو العلا النمر، مرجع سابق، ص ١٥٤، د.فؤاد العديني، مرجع سابق، سابق، ص ٣٦.

(٩) د. محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص ١٦١.

الإقامة أو مكان تنفيذ العقد أو مكان إبرامه [١]، والواقع أن هذا المعيار له مركز الصدارة بين معايير دولية العقد لسهولته ومرونته وما يتسم به من الوضوح، ولكن بالرغم من ذلك كله فقد تباينت الآراء حيث ذهب البعض منهم إلى القول بتكافؤ العناصر القانونية للعلاقة التعاقدية بحيث يعد تطرق الصفة الأجنبية إلى أي عنصر منها مؤديا إلى إكساب العقد صفة الطابع الدولي الذي يبرر إخضاعه للأحكام الواردة في القانون الدولي الخاص، ومؤدى هذا الاتجاه أنه يكفي لاكتساب العقد صفة الطابع الدولي أن يكون أي من العناصر المتعلقة بانعقاده أو تنفيذه أو حالة متعاقدية أو بالنسبة لتركيز موضوعه قد ارتبطت بأكثر من نظام قانوني[٢].

ومؤدى هذا الاتجاه أنه يكفي لاكتساب العقد صفة الطابع الدولي أن يكون أي من العناصر المتعلقة بانعقاده أو تنفيذه أو حالة متعاقديه أو بالنسبة لتركيز موضوعه قد ارتبطت بأكثر من نظام قانوني. وتطبيقا لذلك نجد حكم (Arret Tardieu) [٣] وتتلخص وقائعها في عقد أبرم بين شركة فرنسية تدعي Bourdon، والسيد Tardieu فرنسي الجنسية وكيلا تجاريا، موضوعة قيام هذا الأخير بتمثيل مصالح الشركة التجارية في دولة كولومبيا، وما أن أبرم العقد بين الطرفين حتى ثارت العراقيل أمام تنفيذه، فما كان من شركة Bourdon إلا أن لجأت إلى محكمة باريس الابتدائية طالبة إبطال العقد نتيجة للتقصير والخطأ الذي ارتكبه Tardieu تجاهها، لما طعن على هذا الحكم أمام محكمة استئناف باريس قامت باستبعاده، واستندت في ذلك أن كلا الطرفين يتمتعا بالجنسية الفرنسية وإن العقد أبرم في فرنسا حيث يوجد مركز أعمال الشركة المدعية وأن هاذين المتعاقدين قَد أَرادا إخضاع عقدهما للقانون الفرنسي علاوة على أَنَّ العقد حرر باللغة الفرنسية وأن عملة الوفاء المتّفق عليها هي الفرنك الفرنسي ولكل هذه الأَوصاف انحسار صفة الدولية عن هذا العقد وبقاءه محتفظا بطابعه الداخلي وبالتالي يكون شرط التحكيم شرطاً باطلاً أيدت محكمة النقض ما أقرته محكمة الاستئناف واعتبرت العقد داخلياً بقولها "حيث أن محكمة الاستئناف قد أوضحت أن العقد المبرم بين فرنسيين متوطنين بفرنسا والذي يخضع التزامات الطرفين المتعاقدين للقانون الفرنسي لا يكتسب الطابع الدولي حتى لو كان أحد طرفيه مضطراً لمغادرة فرنسا" [٤].

(١) د.عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الهيئة العربية العامة للكتاب، ط التاسعة، ١٩٨٦، ص١٢٧.

(٢) د. فؤاد محمد العديني، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٣) انظر:

Cass.civ., 1re Ch., 7 oct.1980, Tardieu& Ste. Bourdon , Rev .Crit .D.I.P , 1981.P.313. note Jacques Mestre , J.C.P.ed. G, 1980. II, 1980, concl.Gulphe.

(٤) انظر إلى المآخذ على هذا الحكم معروضة لى: د.عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٩٥ وما بعدها

ثانياً: المعيار الاقتصادي [١]

يجد هذا المعيار أساسه في تصور يرتكز أصلاً على موضوع التعاقد نفسه حيث يفترض هذا موضوع العقد وتحليل محتواه المادي والإقتصادي على حركة رؤوس الأموال عبر الحدود وأثرها على الإقتصاد العام لمختلف الدول المعنية، حيث يعتبر العقد دولياً وفقاً لهذا المعيار إذا أتصل بمصالح التجارة الدولية، ولما كان مصطلح التجارة الدولية هو في حد ذاته يحتاج إلى تعريف فقد أتخذ هذا المعيار صوراً متعددة وهو الذي يبني الصفة الدولية للعقد، على أساس الطبيعة الإقتصادية الدولية التي يكرسها وتظهر من خلال المبادئ التالية:

١- يكون العقد دولياً إذا نتج عنه انتقال للبضائع ورؤوس الأموال والخدمات عبر الحدود[٢] بحركة مد وجزر للبضائع ورؤوس الأموال عبر حدود دولتين أو أكثر، ثم ما لبثت أن جاءت المناداة من أنصار هذا الرأي بالتخفيف من تشددهم باعتماد حركة واحدة أما مد أو جزر استيراد أو تصدير[٣].

٢- يعتبر العقد دولياً إذا اتصل اتصالاً وثيقاً بمصالح التجارة الدولية[٤].

وطبقاً للمعيار الاقتصادي، لا يعد العقد دولياً إلا إذا نتج عنه انتقال لرؤوس الأموال عبر الحدود أو بحركة مد وجزر لرؤوس الأموال عبر الحدود[٥]، ومن ثم فالمعيار القانوني لدولية العقد أوسع من المعيار الاقتصادي. كما أن المادة (الثالثة) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤تنص على أن "يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية". وقد أعتنق المشرع المصري المعيار الاقتصادي دون أدنى شك بالإضافة إلى لزوم توفر عدد من الشروط. ولعل

---

(١) ظهرت فكرة المعيار الاقتصادي على يد المحامي الفرنسي p.matter في قضية pelissier du besset والتي طرحت محكمة النقض الفرنسية في ١٩٢٧/٥/١٧حيث قضت المحكمة بأن العقد الدولي هو ذلك العقد الذي يرتبط بحركة المد والجزر للأموال والبضائع عبر الحدود "movement de flux et de reflux "، وتخفيفاً لهذا المعيار أكتفى في تلك المرحلة بالحركة في إتجاه واحد (مد flux) أو (جزر reflux) تصدير أو إستيراد للقيم الاقتصادية عبر الحدود، ثم أعتبر العقد دولياً في مرحلة تالية، إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية. انظر أستاذنا الدكتور أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص ١٥٨.

وتتلخص قضية Pelissier du Besset في قيام مؤجر يتمتع بالرعوية الإنجليزية بتأجير مبنى كائن في الجزائر، حيث كانت خاضعة للإستعمار الفرنسي لمستأجر يتمتع بالرعوية الفرنسية وجرى الإتفاق فيما بينهم على دفع الأجرة بالجنيه الإسترليني في مدينة لندن أو الجزائر، وإعتماداً على تقرير المحامي العام matter فقد أعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن العلاقة التعاقدية ليست ذات طابع دولي وذلك لكونها تترتب في فرنسا ولم تؤد إلى دخول بضائع أو نقود إلى فرنسا، وبمعنى آخر إن العقد يكون دولياً بتوفر المد والجزر بين الحدود إذ يترتب عليه دخول العملية وخروجها من إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى بحيث يكون هناك تبادل للقيم بين الحدود. د. فؤاد محمد العديني، مرجع سابق، ص ٣٣ .

(٢) د. محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص ١٦٢.

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامه، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية–القانون واجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ١٨٢ وما بعدها. د.عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ١٢٩

(٤) د.أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص ١٨٣.

(٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي، مرجع سابق، ص ١٨٦.

صعوبة وغموض المعيار الاقتصادي من جهة وقصوره من جهة أخرى [١] كان نتيجة ذلك أن جاء حكمان متعاقبان لمحكمة النقض الفرنسية [٢] ليقرر إضفاء الطابع الدولي على العقد متى كان" متعلقاً بمصالح التجارة الدولية"، بل أن المحكمة ذهبت إلى أبعد من ذلك حيث اعتبرت أن العقد يكون دولياً حينما يرد على عملية "تتجاوز نطاق الاقتصاد الداخلي"[٣] وكتطبيق للمعيار الاقتصادي نجد حكم Hecht [٤]، وحكم Berloty[٥].

المبحث الثاني: إتفاق الأَطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق (الإسناد الشخصي)

إنَّ القانون الذي يتم اختياره صراحة أَو ضمنًا من قبل المتعاقدين هو الذي يتولى تنظيم موضوع العقد الدّوليِّ وهو ما يعرف بقانون الإرادة، فالمتعاقدون هم أولى من غيرهم في تقدير ما إذا كان قانون معين يصلح في التطبيق على عقدهم. وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين (المطلب الأَول) خضوع عقد الوكيل التجاري لمبدأ سلطان الإرادة، (المطلب الثاني) مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، وذلك على التفصيل التالي بيانه.

(١) د. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص ٨٤.

(٢) وقد صدر حكمان في نزاع متعلق بقضيتين شهيرتين، الأولى تعرف (Mardele) والثانية تعرف (Dambricourt) حيث تبنت محكمة النقض الفرنسية بشأنهما نفس الرأي، وهما قضيتان متشابهتان من حيث كونهما يتعلقان بعقد بيع جرى إبرامهما في فرنسا بين شخصان يتمتعان بالجنسية الفرنسية، وكان موضوعهما متمثل بالقيام بنقل البضائع من أمريكا وحتى ميناء Saint-Nazaire الفرنسي وفضلاً عن ذلك فإن كلا العقدين كانا قد أبرما بموجب شروط جمعية لندن لتجارة القمح، كما كانا متضمنين لشرط تحكيم في لندن ومع ذلك فإن وجه الإختلاف بين هاتين القضيتين من حيث الوقائع هو أن عنصر الأطراف في القضية الثانية لم تلحقه الصفة، بينما في القضية الأولى كان البائع شركة فرنسية تعمل لحساب شركة تحمل الرعوية الهولندية التي منها كان الفرع (الشركة الفرنسية)، وفضلاً عن هذا فقد كان متعيناً دفع الثمن بموجب شيك مسحوب على بنك لندن، مشار إليه لدى د. فؤاد العديني، مرجع سابق، ص ٣٥ .

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال، العمليات المصرفية ...، مرجع سابق، ص ١٠١

(٤) انظر:

Paris, 5eme Ch ., 19 juin 1970, Hecht & Ste Buismans, J. C. P .ed . G., 1971 , II, 16927, note B.Goldman ; J.D.I ., 1971,P.836

(٥) انظر:

9 novembre 1984, J. D. I ., (1986-No3) , Note E . Loquin, p. 1039 Paris,

المطلب الأَول: خضوع عقد الوكيل التجاري لمبدأ سلطان الإرادة

تخضع العلاقة التعاقدية التي تنشأُ بين الموكل والوكيل التجارِي كغيرها من العلاقات التعاقدية ذات الطابع الدّوليِّ لمبدأ سلطان الإرادة[١]، فيكون لهما حق اختيار القانون الذي يحكم عقدهما على وجهٍ يكفل نشوء العقد المبرم بينهما على نحو صحيح [٢]: وترتيب ما يريدان أَن يترتب من آثار تلبِّي تطلّعاتهما وتحقق مصالحهما [٣]. وقد تقرر هذا المبدأَ صراحةً وبشكلٍ واضح على حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية ذات الطابع الدولي عموماً, وتشكل مسالة إخضاع القانون الذي تعينه إرادة المتعاقدين إِحدى أَهم قواعد الإسناد[٤]، حيث جاء في المادة (١/٥) من معاهدة لاهاي لسنة ١٩٧٨الخاصة بتحديد القانون الذي يحكم عقود الوسطاء التجاريين "يسرى على روابط الوكالة والنيابة بين الموكل والوكيل القانون الداخلي الذي يختاره الأَطراف" [٥]، وهذا النص يؤَكد بشكل قاطع على أهمية سلطان الإرادة بين الأصيل والوكيل التجاري حيث استخدمت الاتفاقية "... القانون الذي يختاره الأطراف... بمعنى أنها تركت للأطراف الحرية في اختيار قانونهم، وأيضا المادة (١/٣) من معاهدة روما لسنة ١٩٨٠ والمتعلقة بتحديد القانون الذي يحكم العقد ذا الطابع الدولي "يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف"، وقد نصت المادة (١/٣) من

(١) انظر:

Giesela Rühl, party autonomy in the private international law of contract: transatlantic convergence and economic efficiency, CLPE Research paper 4/2007 Vol.03 No.01 (2007) , p. 16.

(٢) انظر:

Fetze kamdem, L, autonomie de la aolonté dans les contrats international, Les Cahiers de Droit, vol. 40, n3, September 99,pp649-650.

(٣) د.عنايت عبدالحميد ثابت، أساليب فض "تنازع القوانين" ذي الطابع الدولي في القانون الوضعي المقارن (تحليل وتأصيل)، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية لعام ١٩٩٥ العدد ٦٥، ص ٥١ .

(٤) انظر:

Al qudah maen, l'execution de contrat de vente internationale de marchandises (etude comparative du droit français et droit jordanien), universite de reims champagne ardenne faculte de droit et de sciences economique, these pour le doctorat en droit presentee et soutenu publiquement le 25 juin 2007,p.71 .

(5) "The internal law chosen by the principal and the agent shall govern the agency relationship relationship between them. This choice must be express or must be such that it may be inferred with reasonable certainty from the terms of the agreement between the parties and the circumstances of the case" .

النظام الأوروبي رقم ٥٩٣-٢٠٠٨[١] على حرية الاطراف في اختيار القانون يجب ان يكون صريحا أو واضحا من شروط العقد أو اختيارهم [٢] .

وباستطلاع نصوص المعاهدتين السابقتين يظهر جلياً نصهما على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الوكلاء التجاريين أو بالعلاقات التعاقدية ذات الطابع المالي عموماً بحيث أنهما منحتا الأطراف قدراً كبيراً لاختيار قانونهما[٣]، وتشكل مسالة إخضاع العقود للقانون الذي تعينه إرادة المتعاقدين إحدى أهم قواعد الإسناد والتي حرصت مختلف التشريعات على الأخذ بها في نطاق العلاقات الدولية[٤]، فالمادة (٢٠) مدني أردني تنص على "يسرى على الالتزامات التعاقدية..... هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف إن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه". والواقع وإن بدأ المشرع في تعداد ضوابط الإسناد الجامدة، إلا أنه قدم ضابط سلطان الإرادة عليهن بقوله... ما لم يتفق المتعاقدان (الإرادة الصريحة)، أو تبين من الظروف (الإرادة الضمنية)، وحبذا لو أن مشرعنا يقوم بإعادة هذا النص بوضع ضابط سلطان الإرادة في مقدمة نص المادة، كي لا تخلق لبساً عند البعض.

---

(١) انظر :

REGULATION (EC) No 593/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Article 29 Entry into force and application

This Regulation shall enter into force on the 20th day following its publication in the Official Journal of the European Union.

It shall apply from 17 December 2009 except for Article 26 which shall apply from 17 June 2009. This Regulation shall be binding in its entirety and directly applicable in the Member States in accordance with the Treaty establishing the European Community. Done at Strasbourg, 17 June 2008.

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=FR

كما جاء في البند (١١) من الديباجة يجب أن تكون حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق أحد أركان نظام تضارب القانون في المسائل المتعلقة بالالتزامات التعاقدية .

"The parties' freedom to choose the applicable law should be one of the cornerstones of the system of conflict-of-law rules in matters of contractual obligations".

(٢) وقد جرى نصها على النحو التالي:

A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case.

(٣) انظر: Giesela Rühl, party autonomy .., op,cit , p. 23 .

(٤) المادة (١/١٩) مدني مصري، والمادة (١/٢٠) مدني سوري، والمادة (٥/١٠) من القانون المدني الإسباني، والمادة (١/١١٦) من القانون الدولي الخاص السويسري.

كما أن الإرادة الضمنية هي إرادة حقيقية لكنها غير معلنة، والهدف من ذلك هو ضمان اليقين والاستقرار القانوني لأطراف عقد الوكالة التجارية ذات الطابع الدولي(١)، وتقيد بعض النظم القانونية فعلاً حرية الاختيار حيث قضت محكمة العدل الأوروبية مؤخراً بأن القانون البلجيكي يمكن تطبيقه بدلاً من القانون البلغاري، الذي تم اختياره في البداية من قبل الطرفين لعقد وكالة تجارية مع وكيل بلجيكي، لأن القانون البلجيكي هو أكثر حماية للوكيل التجاري (٢)، وكذلك أكدت محكمة النقض الفرنسية بشأن عقد أبرم بين وكيل تجاري إيطالي وأصيل فرنسي على أنه "بالنسبة للعقد الدولي، يمكن للأطراف قانوناً أن يقرروا إخضاع علاقتهم للقانون الفرنسي"، وفي حكم حديث لها أعادت الدائرة التجارية لمحكمة النقض التأكيد صراحةً على صحة سلطان الإرادة، وذلك من أجل ضمان اليقين والاستقرار القانوني لأطراف العلاقة القانونية لعقد الوكالة التجارية ذات الطابع الدولي(٣). ومن خلال النص التشريعي نجد أن المشرع الأردني لم يفرد نصاً خاصاً لعقد الوكيل التجاري، ومن ثم يخضع تنظيمه للمبدأ العام أي للقانون الذي يختاره الأطراف، وعلى خلاف ذلك جاء التشريع البحريني بنص صريح، " يسري على عقود الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة والتمثيل التجاري قانون موطن الوكيل أو الممثل التجاري ما لم يتم الاتفاق أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه" (٤) ، وقد جاء النص التشريعي صراحةً فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الوكيل التجاري حيث أنه في حالة لم يتم الاتفاق بين الأطراف على القانون الذي يحكم عقدهم فيكون القانون المطبق هو قانون موطن الوكيل، وهنا نتمنى على مشرعنا أن يفرد نصوص تشريعية تعالج المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي.

وإذا كان سلطان الإرادة يعد محل تسليم فيما يتعلق بعقود الوكلاء التجاريين ذات الطابع الدولي، فإننا نطرح سؤالا دفعة واحدة وهو كيف يختار الوكيل التجاري وموكله القانون الذي يحكم علاقتهما والوقت الذي يعتد به في إعمال هذا الاختيار؟

(١) انظر:

Basma tsouli, la regle de conflit applicable au contrat international de travail en droit international prive quebecois, universite de montreal, thes ,2002.p.20

(٢) حكم الأوروبي محكمة العدل المؤرخة ١٧ تشرين الأول / أكتوبر ٢٠١٣، القضية ١٢/١٨٤، الغرفة الثالثة "وكالة أنتويرب البحرية البحرية المتحدة ضد الملاحة البحرية البلغارية". متاح على الرابط

http://www.eurojuris.net/en/node/437254

(٣) د. فؤاد محمد العديني، مرجع سابق، ص ٥٦ وما بعدها.

(٤) المادة (٢١) من قانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي البحريني.

الأصل أن يقوم المتعاقدان بالتعبير عن إرادتهما بشكل صريح [١]، وذلك بأن ينصَّا في العقد على إخضاع عقدهما لقانون معي فإنه يجوز للقاضي في حال سكوت المتعاقدين عن التحديد الصريح لقانون العقد أن يقوم باستخلاص إرادتهما الضمنية من خلال الاسترشاد بقرائن مستمدة من نصوص العقد أومن ظروف وملابسات التعاقد[٢].. وأساس ذلك أنه قد يكون من النادر من الناحية العملية أن يعين القانون الواجب التطبيق على عقد الوكالة بشكل صريح، كما أن الاختيار إذا لم يكن مشاراً إليها حرفياً في متن العقد أو ناتجاً بطريقة مؤكدة من بعض نصوص العقد أو من ظروف التعاقد فإنه لا يعد حقيقياً[٣].

لقد أفرزت الاجتهادات الفقهية والقضائية مجموعة من القرائن التي يمكن أن يسترشد بها القاضي في الكشف عن الإرادة المضمرة للمتعاقدين في شأن تعيين القانون الذي يحكم العقد، منها انتماء المتعاقدين إلى جنسية دولة معينة، واستخدامهما لعقد نموذجي مطابق لصيغ نظام قانوني محدد يخضع لقانون بلد معين، أو إدراجهما لشروط خاصة بالعقود تشير إلى قواعد واردة في قانون دولة معينة، ومنها أيضا إبرامهما لعقد له ارتباط بعقد سابق عين فيه القانون الواجب التطبيق فيستفاد منه انصراف إرادتهما إلى ذات القانون المختار في ذلك العقد [٤]... كذلك، فإن إدراجهما لشرط مانح للاختصاص القضائي لمحكمة بلد معينة يمكن أن يوحي بأنهما قد قصدا تطبيق قانون هذا البلد بناءً على ما هو سائد من اعتقاد بأن المحاكم تقوم دوماً بتطبيق قوانينها الوطنية تلقائياً [٥]. وأيضا يمكن أن يستشف من اتفاقهما على بلد معين لتنفيذ العقد رغبتهما في إخضاع العقد لقانون هذا البلد [٦].. كما تعتبر العملة ومكان الوفاء عناصر حاسمة في البحث عن الإرادة المضمرة للمتعاقدين وهو قضت به إحدى محاكم الاستئناف الفرنسية في شأن نزاع متعلق بعقد وكالة تجارية ذي طابع دولي، حيث انتهت فيه إلى تطبيق القانون الفرنسي باعتبار أن عملة الوفاء هي الفرنك الفرنسي، كذلك فإن اللغة التي يحرر بها العقد قد تستخدم كدلالة كاشفة عن نية

(١) هناك تشريعات أخذت بالإرادة الصريحة فقط دون الضمنية كالقانون الاسباني (المادة ٥/١٠) والقانون الدولي الخاص التركي (المادة ٢٤) وأيضاً مجمع القانون الدولي بمدينة آسلو ١٩٧٧ (المادة ١/٢). انظر هذه النصوص مشار إليها لدى د. هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين في إطار العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧، ص١٠٢

(٢) وهذا ما قررته المادة (٢/٥) معاهدة لاهاي لسنة ١٩٧٨ والمادة (١/٣) لمعاهدة روما لسنة ١٩٨٠ واللتين تشترطان أن يكون اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق معبراً عنه بشكل صريح أو ناتجاً عن تأكيد معقول من نصوص العقد أو ظروف القضية.

(٣) انظر: Fetze kamdem, L, autonomie de la aolonte….op,cit,p, 652.

(٤) د. فؤاد محمد العديني، مرجع سابق، ص ٥٨.

(٥) د. هشام أحمد محمود عبد العال، مرجع سابق، ص١٠٢.

(6) Gregor Kleinknecht, Commercial Agency Contracts…op.cit , p.104

الأطراف المتعاقدة، ففي قضية كان فيها العقد منفذاً في ألمانيا بواسطة وكيل ألماني قرر القضاة أن القانون الفرنسي هو القانون الواجب التطبيق، رغم أن القانون الألماني كان أكثر ملاءمة للوكيل؛ وذلك لأن هذا العقد حرر باللغة الفرنسية كما أنه أبرم في باريس مع أصيل فرنسي [١].

أما الوقت الذي يعتد به في تعيين قانون العقد، فقد برز اتجاهين، الأول: أنه ليس من حق الأطراف اختيار القانون واجب التطبيق في وقت لاحق لإبرام العقد، وعليه إذا لم يقم الأطراف باختيار هذا القانون عند إبرام العقد فلا يستطيعون تحديده ولا يملكون تعديل هذا الاختيار في وقت لاحق [٢].

الاتجاه الثاني: يذهب إلى إطلاق الحرية للأطراف في تحديد وقت اختيار القانون واجب التطبيق فلهم الحرية في اختيار هذا القانون لحظة إبرام العقد[٣].

هناك حالات كثيرة لا يختار فيها الأطراف القانون واجب التطبيق عند إبرام العقد ويتم تحديده في وقت لاحق كما لو كان الأطراف يجهلون بأنهم بشأن إبرام عقد دولي أو أن طبيعة العقد عند إبرامه هو عقد داخلي وتغيير أحد عناصره لاحقا وألحقت به عنصر أجنبيا، أو أنهم تجاهلوا عن قصد إثارة مسألة تحديد القانون واجب التطبيق حتى لا يؤدي الخلافات بشأن هذا الموضوع إلى عدم إتمام إبرام العقد .ففي كل هذه الحالات يمكن للأطراف لاحقا الاتفاق على القانون المختص بما أن قاعدة الإسناد تمكنهم من هذا الاختيار دون أن تحدد زمن ممارسة هذا الحق[٤].

يتضح من كل ما سبق أن التعيين الصريح لقانون العقد الدولي يتخذ أحد الشكلين فيمكن أن يكون كتابة سواءً كان ذلك عند إبرام العقد أو في اتفاق مستقل يكون بين لحظة إبرام العقد إلى غاية عرض النزاع على القضاء، كما يمكن أن يكون الاختيار الصريح بصفة شفوية وإن كانت هذه الحالة الأخيرة تطرح صعوبات في إثبات هذا القانون المختص[٥] .

(١) د.أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٩، ص٥٥٤ وما بعدها.

(٢) وقد تبنت هذا الاتجاه محكمة النقض الإيطالية في حكمها الصادر في ٢٨ يونيه ١٩٦٦ حيث قضت بأن اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق، لن يكون "مقبولاً "في الحالة التي يتبين فيها أن هذا الاختيار قد تم في تاريخ لاحق لإبرام العقد" مشار إليه لدى د. أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص٥٥٤-٥٥٥.

(٣) في نفس المعنى انظر د.أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص٥٥٧ وكذلك هشام أحمد محمود عبد العال، مرجع سابق، ص١٠٧-١٠٨.

(٤) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2001، ص472،473.

(٥) انظر في ذلك

ALQUADAH Meen, Exécution de contrat de vente international de Merchandise,op.cit, p79.

وكلما تم اختيار القانون الواجب التطبيق يحق للأطراف تعديل هذا الاختيار كلما دعت الحاجة إلى ذلك، وهذا ما أخذت به التشريعات التي مكنت من تعديل الاختيار [١].

يبقى حق الاختيار اللاحق لقانون العقد الدولي قائما حسب ما أكدت عليه بعض القوانين السابقة الذكر، حيث يسري هذا الاختيار بأثر رجعي أي منذ لحظة إبرام العقد دون أن يؤدي هذا المساس بحقوق الغير [٢].

وقد أخذت اتفاقية روما في المادة ٢/٣ بأنه "يمكن للأطراف الاتفاق في أي وقت على استبدال القانون الذي يخضع له العقد بقانون آخر، ولا يؤثر أي تغيير للقانون واجب التطبيق بعد إبرام العقد على سلامة العقد من حيث الشكل وفقا للمادة التاسعة، كما لا يؤثر على حقوق الغير"[٣].

نخلص من ذلك أن الأطراف قد تغفل في لحظة إبرام العقد على تحديد قانون معين يحكم علاقاتهم لذلك يجب إعطائهم الفرصة لهذا الاختيار في أي مرحلة يكون عليها العقد بشرط أن لا يؤدي إلى الإضرار بحقوق الغير المكتسبة [٤].

ويرى الباحث أنه ليس ثمّة ما يمنع من اختيار قانون معين أَو تغييره اتساقاً مع المستجدات ما دام ذلك قد تم بموافقة الطرفين، ولكن بشرط أَن لا يؤَثر ذلك على الطرف الثالث في العقد، وأَن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب، وأَن لا يكون الهدف من تغيير الاختيار هو التهرب من تطبيق قاعدة قانونية إلزامية مما قد ينبني عليه الغش نحو القانون.

---

(١) كما هو الشأن مثلا بالنسبة للقانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 وذلك في نص المادة 116/3

« L'élection de droit peut être faite ou modifiée en tout temps. Si elle est postérieure a la conclusion du contrat, elle rétroagit au moment de la conclusion du contrat. Les droits des tiers sont réservés ».

كما أكدت على هذا التعديل اللاحق اتفاقية روما لسنة 2008 في المادة3 /2 والتي تنص على أن:

« Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieure selon le présent article, soit en vertu d'autre disposition du présent règlement… ».

(٢) في هذا الإطار تنص المادة ٢/٣ من اتفاقية روما لسنة 2008 على ما يلي:

« …Toute modification quand à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers ».

(٣) فالاختيار اللاحق للقانون واجب التطبيق قد تم إقراره بواسطة القانون الدولي الخاص الألماني الصادر بتاريخ ٢٥ يوليه ١٩٨٦ في المادة ٢/٢٧ والتي تنص على "يمكن للأطراف في أي وقت إخضاع العقد لقانون آخر غير الذي كان يخضع له من قبل"، كذلك القانون السويسري في المادة ٣/١١٦ تنص على أن " يمكن أن يتم اختيار القانون واجب التطبيق أو تعديله في أي وقت وفي حالة اختياره في وقت لاحق لإبرام العقد فإن هذا الاختيار يرتد إلى وقت إبرام العقد مع عدم المساس بحقوق الغير

(٤) د. هشام أحمد محمود عبد العال، مرجع سابق، ص١٠٨.

المطلَب الثاني: مدى حريّة المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم عقود الوكلاء التجاريين.

تجري بعض القوانين الوطنية على تقييد حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد باستلزام قيام صلةٍ موضوعيةٍ بين العقد والقانون المختار لحكمه [١]، ويفسر أنصار ما يقال له المذهب الموضوعي هذا الاتجاه على أساس أن إرادة المتعاقدين لا تقوم في حقيقة الأمر باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وإنما ينحصر دورها فقط في تركيز العلاقة التعاقدية في مكان معين وفقاً لعناصر هذه العلاقة والظروف الواقعية المحيطة بها [٢]. ومن ثم، فإنه لما كان دور الإرادة يقتصر على مجرد الكشف عن مركز الثقل في العلاقة التعاقدية والتي تخضع في هذا الإطار لقانون هذا المركز، كان للقاضي أن يصرف النظر عن القانون المختار إذا ما تبين له انصراف الإرادة إلى قانون بعيد عن مركز الثقل في العلاقة التعاقدية، وكان له أيضا إن ينهض بنفسه بمهمة تركيز العلاقة التعاقدية في المكان الذي ترتبط به عناصر هذه العلاقة فعلياً [٣].

ولعل ما يؤخذ على هذه الفكرة هو الإخلال بعنصر الأمان القانوني لأطراف العلاقة الداخلية لعقد الوكالة التجارية ذات الطابع الدولي، بحسبان أنهم سيفاجئون بتطبيق قانون غير الذي وقع عليه اختيارهم وهو ما ينال من الحماية المنشودة لتوقعات الأفراد[٤]، كما أن إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد هو إتجاه أخذت به العديد من الأحكام القضائية، والتشريعات الوطنية، كما عبرت عنه كل من معاهدة لاهاي لسنة ١٩٧٨ في مادتها الخامسة، ومعاهدة روما لسنة ١٩٨٠ في المادة (١/٣) واللتين حرصتا على التأكيد على أن "العقد يحكم بالقانون المختار من قبل الأطراف المتعاقدة"، وذلك دون أن تشترطا قيام صلة فعلية بين العقد والقانون المختار لحكمه، وهو ما يعني أن بمقدور المتعاقدين أن يقوما باختيار أي قانون حتى وإن كان قانوناً لا تربطه بالعقد أية صلة مادية.

وعليه، فإنه لا يلزم للاعتداد بالقانون المختار لحكم العلاقة التعاقدية إن تكون بينهما صلة مستندة إلى عناصر مكانية تتمثل في اختيار المتعاقدين لقانون البلد الذي ينتميان إليه، أو الذي يتوطنان به، أو الذي يجري فيه إبرام العقد أو تنفيذه، وإنما يكفي أن تكون تلك الصلة مستندة إلى عناصر معنوية ومعقولة للمتعاقدين، أو أن يأتي هذا الاختيار نتيجة للصفة الاجتماعية أو الاقتصادية الملازمة للعملية التجارية. ولكون هذا القانون يعد الأكثر ملاءمة لحكم العلاقة التعاقدية[٥]، فمعنى ذلك أن الحرية المطلقة التي يتمتع بها المتعاقدين في تعيين قانون العقد أن تنصب على اختيار قانون دولة معينة برمته لإخضاع العقد لأحكامه، وهو ما يترتب عليه أن لا يكون بوسع الأطراف أن يستبعدا من هذا القانون

(١) انظر:. Giesela Rühl, party autonomy .., op,cit , p. 35

(٢) د. فؤاد محمد العديني، مرجع سابق، ص ٦٨

(٣) انظر:. Fetze kamdem, L,autonomie de la…. Op.cit,p, 662

(٤) د. هشام أحمد محمود عبد العال، مرجع سابق، ص١١٢.

(٥) د. عكاشة محمد عبدالعال، العمليات المصرفية ...، مرجع سابق، ص ١٣١.

قواعده الآمرة، حتى وإن كانا يهدفان إلى أن يستبدلا بها قواعد آمرة أخرى يستمدانهما من قانون آخر[١].

وهنا يبرز التساؤل التالي هل يحق للأطراف المتعاقدة أن تختار أكثر من قانون لحكم تلك العلاقة أم أن قدرتها تقتصر فقط على اختيار قانوناً واحداً؟ بمعنى آخر هل يجوز تجزئة العقد وإخضاع كل جزء منه لقانون يحكمه؟

ظهر اتجاهين بين مؤيد لتجزئة العقد، واتجاه آخر يرفض رفضاً قاطعاً تجزئة العقد، اتجاه يذهب إلى أنه ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من تجزئة العلاقة التعاقدية بحيث قانون يحكم تكوين العلاقة وآخر يسري في شأن تنفيذها ذلك أن تجزئة العقد تفرض نفسها، كما أن العقد إذا داخله عنصر أجنبي كثيراً ما يهدف إلى محاولة الجمع بين عدد من التشريعات لوجود ارتباط وثيق بين العقد وبين أكثر من قانون، ويبدو المؤيدين[٢] لهذا المسلك قد استندوا إلى اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ في شأن القانون الواجب التطبيق التطبيق على الالتزامات التعاقدية، فقد اعتنقت اتجاه (تجزئة العقد) حينما خولت للمتعاقدين الحق في اختيار قانون معين لحكم جانب من جوانب العلاقة التعاقدية، الأمر الذي يفيد معه تجزئة العلاقة التعاقدية وإخضاع كل جزء من أجزائها لقانون مختلف [٣].

اتجاه آخر يرى أن إخضاع كل جانب لقانون مختلف هو أمر يجافي منطوق قواعد الإسناد التي تجيز للمتعاقدين حق اختيار قانون العقد، وليس حق اختيار قوانين العقد [٤]، وفضلاً عن ذلك فإنه لما كانت العلاقة التعاقدية تشكل عملية واحدة من الناحيتين النفسية والاقتصادية [٥]، كان من شأن تجزئة هذه العلاقة التعاقدية الإخلال بالانسجام المتطلب للعملية التعاقدية والتوازن العقدي [٦]، ومن ثم كان من من المتعين أن تخضع في مجموعها لقانون واحد يكفل تحقيق التجانس، كم أن الأخذ بفكرة تجزئة

(١) د.عنايت عبدالحميد ثابت، أساليب فض "تنازع القوانين" ...، مرجع سابق، ص ٥٥.

(٢) د. عكاشة محمد عبدالعال، العمليات المصرفية ...، مرجع سابق، ص ١٣١، د. أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص ١٩٤

(٣) كذلك اعتمد النظام الأوروبي رقم ٢٠٠٨/٥٩٣ نفس المبدأ عندما أجازت ذلك الأمر في المادة (١/٣) وقد جرى نصها على النحو التالي:

" ….By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract ".

(٤) د. فؤاد محمد العديني، مرجع سابق، ص ٦٦.

(٥) أستاذنا الدكتور أبو العلا النمر، المختصر...، مرجع سابق، ص ١٧٤ د. أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص ٥٤٧ كذلك د. محمود محمد ياقوت، الاختيار المتعدد لقانون العقد، مجلة روح القوانين، العدد ٢١، ج ٢، ٢٠٠٠، ص ٦١٧ كذلك د. أحمد عبد الكريم سلامه، العقد الدولي، مرجع سابق، ص ١٨٥، د.عز الدين عبد الله، القانون الدولي...، مرجع سابق، ص٤٦٨.

(٦) د.أحمد عبدالكريم سلامة، العقد الدولي، مرجع سابق، ص ١٩٢، د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ١٠٢، د. محمود محمد ياقوت، معايير دولية العقد، مرجع سابق، ص ٢٦.

العلاقة التعاقدية هو أمر لا يحفظ للمتعاقدين توقعاتهم المشروعة، ولا يشعرهم بالأمان القانوني المتطلب لحسن سير المعاملات التجارية ذات الطابع الدولي.

وفي نهاية هذا المبحث والذي تطرقنا فيه إلى أهم ضوابط الإسناد وهو (مبدأ سلطان الإرادة)، فإن إعمال هذا الضابط بشقيه الصريح والضمني كقاعدة أولية من شأنه أن يختصر الطريق ويغلق باباً واسعاً من الأخذ والرد في تحديد القانون الواجب التطبيق، ومن هنا تأتي دعوة الباحث إلى ضرورة أن يتضمن أي عقد دولي في مقدمته تحديد القانون الواجب التطبيق حسماً لأي نزاع قد ينشأ مستقبلاً.

المبحث الثالث: غياب تعيين القانون الواجب التطبيق من قبل المتعاقدين (الإسناد الموضوعي)

إذا لم يقم أطراف عقد الوكالة التجارية على اختيار القانون الذي يحكم عقدهم صراحةً، وتعذر استخلاص إرادتهم الضمنية في هذا الشأن، فيتعين على القاضي أن يجتهد حتى يصل إلى تحديد لقانون الواجب التطبيق على العقد، بالنظر إلى ما كان يقصده المتعاقدان[1]، عند غياب تفعيل سلطان الإرادة، فإنه لابد من تفعيل ضوابط الإسناد الجامدة والمحددة مسبقاً، أو بوساطة ضوابط إسناد مرنة يراعي فيها الطبيعة الذاتية لتلك العلاقة، وهنا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين (المطلب الأول) ضوابط إسناد الاختصاص التشريعي الجامدة، و (المطلب الثاني) الإسناد المرن للعلاقة التعاقدية وفقاً لطبيعتها الذاتية.

المطلب الأول. ضوابط إسناد الاختصاص التشريعي الجامدة

جاءت معظم التشريعات بنصوص تعالج مسألة القانون الواجب التطبيق عند غياب سلطان الإرادة بين الأطراف بقواعد جامدة محددة سلفاً، ومن ذلك المادة (٢٠) من القانون المدني الأردني، من أنه يتعين على القاضي الوطني في حال لم يتفق المتعاقدان صراحةً أو دلالةً على اختيار قانون معين لحكم اتفاقهما أن يقوم بتطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً، فإن تخلف هذا الضابط يطبق قانون بلد إبرام العقد. وهنا سنعرض ضوابط الإسناد الجامدة حسب النهج الذي سار عليه المشرع الأُردني، في فرعين الفرع الأَول: إسناد الاختصاص إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين. الفرع الثاني: إسناد الاختصاص إلى قانون بلد الإبرام.

الفرع الأول: إسناد الاختصاص إلى الموطن المشترك للمتعاقدين.

إذا كان هذا الضابط من أكثر الضوابط ملاءمةً لحكم المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، فإنه قد لا يكون كذلك بالنسبة للمسائل المتعلق بعقود الوكلاء التجاريين ذات الطابع الدولي، والتي قد يبعد مركز

(١) د. فؤاد محمد العديني، مرجع سابق، ص ٦٨.

الثقل فيها عن الأماكن الذي يقوم هذا الضابط بتركيزه فيها[١]، ولعل ذلك هو ما يفسر اتجاه القضاء الفرنسي نحو عدم الاعتداد بهذا الضابط، إلا إذا جري تعزيزه بعناصر أخرى للعقد[٢]. ومن هنا يبدو عدم أهمية ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين؛ وذلك لعدم مراعاته للطبيعة الذاتية لعقود الوكلاء التجاريين ذات الطابع الدولي، والتي غالباً ما تفرض على المشروعات التجارية ضرورة الاستعانة بوكلاء تجاريين من أجل تسويق وبيع منتجاتها، أو الترويج لخدماتها في إطار جغرافي يتعدى حدود البلد الذي توجد فيه تلك المشروعات، الأمر الذي يصعب معه تصور إمكانية اتحاد جنسية المتعاقدين في مثل هذا النوع من العلاقات التعاقدية، فضلا عن وجود موطن مشترك لهما[٣].

كما أن صعوبة تطبيق هذا الضابط يرجع إلى طبيعة عقود الوكالة التجارية التي يبرمها عبر الإنترنت، والتي غالباً ما تعتمد على العناوين الإلكترونية وليس العناوين الحقيقية، فهي لا تعط دلالةً واضحةً على العنوان الحقيقي، فهي أبعد ما تكون عن فكرة الموطن[٤]، بل على العكس تكون فكرة الموطن منعدمة تماماً، مما يستتبع معه القول بعدم صلاحية هذا الضابط على عقود الوكلاء التجاريين الإلكترونية على الأقل.

الفرع الثاني: إسناد الاختصاص إلى قانون بلد الإبرام.

يعتبر محل الإبرام من أوائل الضوابط وأهمها، ومرد ذلك أن محل إبرام العقد هو بمثابة محل الميلاد بالنسبة للأشخاص وهو موطن المتعاقدين أحدهما أو كلاهما، كما أنه يكون مشتركا ومعروفا لهما[٥] كما أنه يؤدي إلى السعي نحو كفالة وحدة القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقة التعاقدية من حيث الشكل أو الموضوع، وكذلك سهولة الاستعلام عن أحكامه والوقوف على مضمونه من قبل المتعاقدين[٦]. ولا تزال الكثير من التشريعات الوطنية تعتمد على إسناد الاختصاص إلى قانون بلد الإبرام، وعلى الرغم من تحمس الكثير من الفقهاء في تبني هذا الضابط [٧]، إلا أنها لا تجدي نفعا مع

(١) انظر :. Giesela Rühl, party autonomy .., op,cit , p. 41

(٢) د. فؤاد العديني، مرجع سابق، ٧١، د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي، بيروت، ط١، ٢٠٠٦، ص٩٣.

(٣) نقلاً في تصرف بسيط عن د. فؤاد العديني، مرجع سابق، ٧١.

(٤) د. ناصر عثمان محمد، عقود الوسطاء في سوق الأوراق المالية، دار النهضة العربية، ط ١، ٢٠١٠، ص ٨٤.

(٥) انظر: de Quenaudon (Rene), Les intermediaires …op,cit,p.17

(٦) انظر:. Fetze kamdem, L,autonomie de la…. Op.cit,p, 671

(٧) د. ابو العلا النمر، المختصر .. مرجع سابق، ص ١٦٩، د. أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي ..، مرجع سابق، ص٢٠١ .

ما تشهده التجارة الدولية من متغيرات في مجمل الظروف والمصالح الاقتصادية والتي قد تقتضي من أحد المتعاقدين في عقود الوكالة التجارية ذات الطابع الدولي إلى سرعة المبادرة إلى إبرام عقد الوكالة مع المتعاقد الآخر، وذلك بدافع اغتنام الفرص في الحصول على مكاسب تجارية معينة[١]، الأمر الذي يؤدي في غالب الأحوال إلى توقف تحديد مكان إبرام العلاقة التعاقدية على الأحداث التي قد تمليها اعتبارات الصدفة أو ظروف الرحلة [٢]. كما أن هذا الضابط لا يمكن التعويل عليه لصعوبة تطبيقه في مجال العقود التي تبرم عن بعد (التعاقد الإلكتروني) [٣] فيكون للعقد أكثر من مكان إبرام وخصوصا إذا لم يضمهم مجلس العقد، ومن الصعوبة بمكان تحديد على وجه الخصوص مكان إبرام العقد في مثل هذا النوع من العقود، وقد تبنى المشرع الأردني في المادة (١٠١) من القانون المدني بالنسبة لتحديد مكان العقد وزمانه حيث ينعقد في المكان والزمان الذي أعلن فيه القبول فيكون مكان إبرام العقد في الدولة التي يعلن فيها الموجب له القبول.

وفي نهاية بحثنا عن ضوابط الإسناد الجامدة، يتضح لنا أن تبني مثل هذه الضوابط الجامدة لا يمكن أن يمثل إلا جانباً من الصحة كما أن جعل أي من هذه الضوابط معياراً جامداً ومطلقاً يسند إليه الأمر في تحديد القانون الواجب التطبيق على نماذج العقود كافة فإنها جيدة في حد ذاتها متى أقتصر دورها على مجرد الاسترشاد بها، غير أنها تعزز نتائج غير مرغوب فيها إلى حد كبير، إذا ما حاولنا أن نجعل منها قاعدة عامة تنطبق على مختلف العقود [٤] .

المطلب الثاني: الإسناد المرن للعلاقة التعاقدية وفقاً لطبيعتها الذاتية

بمطالعة ما تقرره التشريعات الوطنية الحديثة والاتفاقيات الدولية من قواعد تنازع الاختصاص بين الدول في شأن تعيين القانون الأوثق صلة بالجانب الداخلي لعقود الوكلاء التجاريين ذات الطابع الدولي، نجد أنها قد أخذت بطريقة التركيز الموضوعي للعلاقة التعاقدية في ضوء فكرة "الأداء المميز".

تقوم هذه النظرية على فكرة إن في كل طائفة من العقود يوجد التزام رئيسي واحد وجوهري يتعين البحث عنه وتحديده وإسناد العقد إلى قانون الدولة التي يتم فيها تنفيذ هذا الالتزام [٥] تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد وذلك حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية

(١) د. هشام علي صادق، مرجع سابق، ص ٥٥٣

(٢) د. فؤاد العديني، مرجع سابق، ٧٢.

(٣) د. ناصر عثمان محمد، عقود الوسطاء ..، مرجع سابق، ص ٨٦

(٤) د. أحمد عبدالحميد عشوش، النظام القانوني لعقد القرض الدولي، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة ١٩٩٠، ص١٣١.

(٥) د. هشام أحمد محمود عبد العال، مرجع سابق، ص١٦٩. د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص١٠٤

للأداء أو الالتزام الأســـاسي للعقد ومكان الوفـــاء به أو تقديمه في ضـــوء فكرة "نظرية الأداء المميز La prestation caractéristique. وهو يعني "الأداء الذي يسمح بالتمييز بين عقد" وآخر[١]، وتقوم هذه الطريقة على أمرين: الأول: إجراء تركيز موضوعي للعلاقة التعاقدية ذات الطابع الدولي على أساس النظر إلى كل طائفة من طوائف العقود ذات الطبيعة الواحدة للوقوف على الأداء المعتبر فيها أداءً مميزاً، وإسنادها إلى القانون الذي يتلائم وطبيعتها الذاتية [٢] والأمر الثاني: وفقا لهذه الطريقة يكون عن طريق الربط بين العلاقة التعاقدية وبين أكثر النظم القانونية الذي تمارس في إطار وظيفتها الاقتصادية والاجتماعية، وهو ما يعني إخضاع العلاقة التعاقدية للقانون الأوثق صلة وظيفية وليس إقليمية بالأداء المميز لهذه العلاقة[٣].

كما أن أوثق القوانين صلة بالعقد تتحقق في الدولة التي يوجد بها وقت إبرام العقد محل الإقامة العادية للطرف الذي يلتزم بالأداء المميز في العملية، وإذا كان العقد داخلاً في ممارسة النشاط المهني لهذا الطرف، فإن هذه الدولة التي على اتصال بالعقد بمقتضى الروابط الأكثر شدة تكون هي تلك التي يوجد بها مقر المنشأة الأساسية، وإذا كان الأداء المميز واجباً تقديمه بمقتضى العقد من مؤسسة أخرى ثانوية مثلاً كالفرع غير المنشأة الرئيسة، فإن الدولة المعنية هي تلك التي توجد بها المؤسسة الأخرى [٤].

ويلاحظ ان اتفاقية روما من المادة الرابعة الفقرة الاولى وضعت قاعدة عامة تقضي بتطبيق قانون الدولة الأوثق صلة بالرابطة العقدية، في الفرض الذي لا يختار فيه المتعاقدان القانون الواجب التطبيق على عقدهم، بحيث يتولى القاضي الذي ينظر النزاع مهمة تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد من بين القوانين المتنافسة على حكمه، عن طريق استخلاص العنصر الجوهري من بين كل العناصر المحيطة بالتعاقد [٥] .

ويلاحظ ان القاعدة العامة من المادة المشار إليها من اتفاقية روما تقضي بتطبيق القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية عند انتفاء الاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد [٦].

(١) د. عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، ص ٦٦.

(٢) د. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٥٨٤.

(٣) د. فؤاد العديني، مرجع سابق، ٧٧.

(٤) مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلّد ٤١ ، العدد ٢ السنة ٢٠١٤ ، ص ١٣٥٧ .

(٥) د. محمد أحمد المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط ١، ٢٠١٣، ص١١٢.

(٦) راجع في الشأن د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص576، وقد جاء النص في البند ٢٠ ،٢١ من الديباجة لاتفاقية روما لسنة ٢٠٠٨على القانون الذي يرتبط به بشكل وثيق.

وقد جاءت بالإضافة الى ذلك العديد من التشريعات، فالمادة ٣٦/ب من قانون التحكيم الأردني تنص على "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع "وكذلك المادة ١١٧ من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في ١٨ ديسمبر ١٩٨٧ حيث نص على" ١. في حال عدم قيام المتعاقدين باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فإن العقد يحكمه قانون الدولة التي يرتبط بها العقد بأوثق الروابط .. ٢. ويفترض أن هذه الروابط موجودة مع الدولة التي يوجد بها محل الاقامة المعتادة للطرف الذي يجب عليه تقديم الأداء المميز، أو التي توجد بها مؤسسته المهنية إذا كان العقد قد ابرم في إطار ممارسة النشاط المهني أو التجاري ٣. وعلى وجـــه الخصوص، فإن ما يعتبر أداءً مميزاً ... ج – الخدمة أو العمل المتطلب من قبل الوسطاء التجاريين" [١].

رغم أن الإسناد الى القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية يمتاز بأنه إسناد مرن من ناحية، وأكثر إدراكاً للعدالة من ناحية أخرى بسبب مراعاته للظروف والملابسات المحيطة بكل عقد على حدة، إلا أن خطورته مع ذلك تكمن في التضحية بالأمان القانوني للمتعاقدين والاخلال بتوقعاتهم المشروعة نظراً لصعوبة علمهم المسبق بالقانون الواجب التطبيق. خاصة وان تحديد القاضي للقانون الذي سيحكم عقدهم سوف يعتمد على ظروف واقعية تختلف من عقد لآخر، فضلاً على أنه يترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة وما يخفف من ذلك أن سلطة القاضي التقديرية تخضع لرقابة محكمة التمييز [٢] .

كما جرى التأكيد على اعتبار الوكيل التجاري هو صاحب الأداء المميز في طيات ما تضمنته المادة (١/٦)[٣] من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٨ المتعلقة بتحديد القانون الذي يحكم عقد الوكلاء التجاريين، والتي تقوم بإسناد في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق الى القانون الداخلي

(١) وقد جرى نصها على النحو التالي:

b. A défaut d'élection de droit

3- Par prestation caractéristique, on entend notamment:

a. …….. b. ……. c. la prestation de service dans le mandat, le contrat d'entreprise et d'autres contrats de prestation de service;

كذلك جاء في القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979 م في المادة (29) على أنه "إذا لم يستطع القاضي تحديد القانون واجب التطبيق يسري على العقد قانون موطن أو محل الإقامة العادية أو مركز منشأة الشخص الملتزم بتقديم الأداء المميز للعقد بطريقة جوهرية، ويتم تحديد الأداء المميز عند إبرام العقد".

(٢) د. محمد أحمد المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية، مرجع سابق، ص ١١٥ وما بعدها.

(٣) وقد جرى نصها على النحو التالي:

Article 6 " In so far as it has not been chosen in accordance with Article 5, the applicable law shall be the internal law of the State where, at the time of formation of the agency relationship, the agent has his business establishment or, if he has none, his habitual residence…."

للدولة التي يوجد فيها الوكيل التجاري وقت إبرام هذه العلاقة التعاقدية مؤسسته المهنية أو محل إقامته المعتادة، وذلك فيما لو لم يكن له مؤسسة مهنية.

والواقع أن تطبيق قانون الدولة التي يكون للوكيل التجاري فيها مؤسسة مهنية أو محل إقامة معتادة يمكن رده إلى عدة اعتبارات، فهو قانون المكان الذي يوجد فيه الوكيل التجاري الذي يقع على عاتقه القيام بالأداء المميز بحكم النشاط الذي يمارسه ويحترف القيام به، وهو ما قد يلبي جملة من الاعتبارات الاقتصادية والقانونية التي تدعو إلى التركيز على أهمية مساهمة الوكيل التجاري في التجارة الدولية، والدور الذي يؤديه في علاقة الوكالة التجارية، فضلاً على أن معظم التشريعات تهتم بتطبيق ما تفرضه من قواعد النظام العام والآداب بقصد توفير حماية كافية للوكلاء التجاريين المقيمين على إقليمها[١].

وإضافة إلى ما تقدم، فإن ثمة اعتباراً آخر يرجح أعمال قانون محل اقامة الوكيل التجاري أو مؤسسته المهنية، حيث يكون هذا القانون هو قانون المكان الذي ينفذ فيه الوكيل التجاري عملياته التجارية المعهود اليه القيام بها، وهو ما يعني تطابق كل من محل إقامة الوكيل التجاري أو مؤسسته المهنية ومحل التنفيذ الفعلي للأداء المميز في العملية التجارية.

ويلاحظ ان الفقرة الثانية من المادة ٦ من اتفاقية لاهاي ١٩٧٨ اوجبت تطبيق قانون الدولة التي يمارس فيها الوكيل نشاطه فيها بشكل رئيسي، وذلك شريطة أن تكون تلك الدولة هي الدولة التي توجد بها المؤسسة المهنية للأصيل أو محل إقامته المعتادة إن لم يكن له مؤسسة مهنية.

وعليه، فإن تمركز النشاط الرئيسي للوكيل التجاري ومؤسسة أو محل إقامة الأصيل في نفس الدولة يبدو معياراً حاسماً في ترجيح تطبيق القانون [٢].

وهكذا، نخلص إلى أن الاتجاه نحو تبني طريقة التركيز الموضوعي للعلاقة الداخلية لعقود الوكلاء التجاريين في ضوء فكرة الأداء المميز هو الأكثر ادراكاً لمقتضيات العدالة من الاتجاه الذي تباه المشرع الأردني في المادة (٢٠) من القانون المدني والتي تضمنت اسناداً جامداً للعقود كافة دون أن تفرق في هذا الاسناد بين طوائف العقود ذات الطبيعة الواحدة.

ولهذا فإننا نتمنى على مشرعنا إلى الأخذ بفكرة الأداء المميز في هذه العلاقة التعاقدية، وذلك عبر تعديلها للتوافق مع التطورات التشريعية التي جاءت مجسدة في اتفاقية لاهاي والتي سارت على منوالها العديد من الدول.

(١) د. فؤاد العديني، مرجع سابق، ص ٨١.
(٢) د. فؤاد العديني ، مرجع سابق ، ص ٨٤

الخاتمة:

والتي ستتضمن نتائج وتوصيات

النتائج:

١ – إن عقد الوكالة التجارية غالباً ما يربط بين وكيل وموكل من بلدين مختلفين بحيث يكون كل منهما أجنبياً بالنسبة للآخر، فالاهتمام بالوكالة التجارية لم يقتصر على التشريعات الوطنية، بل وجد اهتمام بالوكالة التجارية على الصعيد الدولي، بهدف توحيد أحكامها والحد من نزاعات الأطراف الدولية فيما يثور من مشكلة تنازع القوانين، كما إن وصف عقد الوكيل التجاري بكونه دولي يؤدي إلى معاملته معاملة خاصة تجعله يتحرر نوعاً ما من قبضة القوانين الوطنية ويخضع لقواعد خاصة به حيث يمكن لأطرافه اختيار القانون الذي يخضع له، ويمكن أيضاً أن يخضعوه لقواعد وأعراف التجارة الدولية أو حتى إخضاعه لبنود العقد فقط.

٢ – مما تقدم يتضح لنا أن عقد الوكيل التجاري يخضع للقانون الذي يختاره الأطراف (قانون الإرادة)، وعند غيابه يخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، وإذا اختلفا سرى قانون الدولة التي أبرم فيه العقد، ويترتب على ذلك إن عقد الوكيل التجاري يخضع من حيث تكوينه وترتيب آثاره للقانون الذي يقوم الأطراف باختياره، وهذا يعني أنه أعطى حرية مطلقة للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم.

٣ – إن المشرع الأردني والتشريعات الأخرى قد اعتمدت ضوابط إسناد جامدة محددة مسبقاً، وهذه الضوابط كثيراً لا تتلاءم وتتسق مع كل العقود، كما أن المشرع الأردني في المادة (٢٠) .

٤ – لم يذكر المشرع الأردني ضابط (مكان التنفيذ) من بين هذه الضوابط واقتصر على الموطن المشترك ومكان الإبرام، على الرغم من أهميته.

٥– المشرع الأردني لم يفرد نصاً خاصاً لعقد الوكيل التجاري، ومن ثم يخضع تنظيمه للمبدأ العام أي للقانون الذي يختاره الأطراف وذلك لعدم وجود نصاً خاصاً به.

٦ – يعتبر المعيار القانوني هو أفضل المعايير في تحديد الطبيعة الدولية وأسهلها وأكثرها وضوحاً.

٧ – أن تطبيق قانون الدولة التي يكون للوكيل التجاري فيها مؤسسة مهنية أو محل إقامة معتادة هو الأكثر قبولاً وشيوعاً بل أفضلها.

٨ – نخلص من ذلك أن الأطراف قد تغفل في لحظة إبرام العقد على تحديد قانون معين يحكم علاقاتهم لذلك يجب إعطاؤهم الفرصة لهذا الاختيار في أي مرحلة يكون عليها العقد بشرط أن لا يؤدي إلى الإضرار بحقوق الغير المكتسبة

٩– أن الاتجاه نحو تبني طريقة التركيز الموضوعي للعلاقة الداخلية لعقود الوكلاء التجاريين في ضوء فكرة الأداء المميز هو الأكثر ادراكاً لمقتضيات العدالة من الاتجاه الذي تباه المشرع الأردني في المادة (٢٠) من القانون المدني والتي تضمنت اسناداً جامداً للعقود كافة دون ان تفرق في هذا الإسناد بين طوائف العقود ذات الطبيعة الواحدة .

التوصيات:

١– نتمنى على مشرعنا تعديل نص المادة (٢٠) والتي تعالج ضوابط الإسناد، وذلك بإضافة ضابط (مكان التنفيذ)، سيما أنه لا يقل أهمية عن هذه الضوابط الأخرى.

٢ – كما نتمنى أيضا بإعادة ترتيب صياغة المادة بوضع ضابط سلطان الإرادة في بداية النص "يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف ..." وذلك لأن وجوده في نهاية المادة قد يخلق لبساً.

٣ – حبذا لو عدل مشرعنا عن إسناد الاختصاص في مثل هذه العقود عن ضوابط الإسناد الجامدة، وإتباع مسلك التشريعات الحديثة وفقاً لنظرية الأداء المميز والتي تتسم بالمرونة والسهولة.

٤– إصدار تقنين متكامل يجمع بين طياته الأحكام الخاصة بالقانون الدولي الخاص ذات العنصر الأجنبي على شاكلت القانون البحريني رقم ٦ لسنة ٢٠١٥، وكذلك القانون الكويتي رقم ٥ لسنة ٦١ في تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي .

٥ – وجوب أن يتضمن أي عقد دولي بنداً يلزم به الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق درءً لما يمكن أن يثور لاحقاً في تحديد القانون المطبق على النزاع.

٦ – عدم نجاعة ضابط إسناد مكان الإبرام في ظل التطور التكنولوجي والتعاقد عن بعد، ووجود أكثر من دولة أبرم فيها العقد، لذا يفترض أن يحل ضابط إسناد مكان التنفيذ مكانه ؛لأنه غالبا ما يكون هو الأداء المميز وهو يعبر عن الروابط الحقيقية وذات الصلة بالعقد.

المراجع

أولاً : المراجع باللغة العربية

أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى.

أحمد عبدالحميد عشـــوش، النظام القانوني لعقد القرض الدولي، دراسة مقارنة، مؤســـسة شباب الجامعة ١٩٩٠م.

أحمد عبد الكريم سلامه، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية–القانون واجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م.

أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٩م.

بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي، بيروت، ط١، ٢٠٠٦م.

جميل الشرقاوي، محاضرات في العقود الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.

عادل علي المقدادي، القانون التجاري، دار الثقافة للتوزيع والنشر. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الهيئة العربية العامة للكتاب، ط التاسعة، ١٩٨٦م.

عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، دار الثقافة للنشر، ٢٠١٢م.

عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٤م.

فؤاد محمد العديني، تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠١٢م.

ناصر عثمان محمد، عقود الوسطاء في سوق الأوراق المالية، دار النهضة العربية، ط ١، ٢٠١٠م.

محمد أحمد المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط ١، ٢٠١٣م.

هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١م.

هشام صادق وحفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الأجانب، ١٩٩٨م – ١٩٩٩م، الكتاب الأول.

ثانياً: البحوث

محمد وليد المصري، العقد الدولي، مجلة الشريعة والقانون، العدد العشرون، ٢٠٠٤م.

محمود محمد ياقوت، معايير دولية العقد، مجلة روح القوانين، أبريل ٢٠٠٠م، العدد العشرون.

مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلّد ٤١، العدد السنة ٢٠١٤م.

عنايت عبدالحميد ثابت، أساليب فض "تنازع القوانين" ذي الطابع الدولي في القانون الوضعي المقارن، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية لعام ١٩٩٥م العدد ٦٥.

ثالثاً: الرسائل الجامعية

هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين في إطار العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧.

Reference:

de Quenaudon (Rene), Les intermediaires de commerce dans les relations internationales:"Juris-Cl,Droit international" 1989.

Gregor Kleinknecht, Commercial Agency Contracts: Termination and Indemnity England and Wales, commercial agency contracts: termination and indemnity england and wales .

Giesela Rühl, party autonomy in the private international law of contract: transatlantic convergence and economic efficiency , CLPE Research paper 4/2007 Vol.03 No.01 (2007) .

Fetze kamdem, L, autonomie de la aolonte dans les contrats international , Les Cahiers de Droit, vol.40,n3,September 99.

Al qudah maen, l’execution de contrat de vente internationale de marchandisesetude comparative du droit français et droit jordanien),

universite de reims champagne ardenne faculte de droit et de sciences economique, 2007 .

Basma tsouli, la regle de conflit applicable au contrat international de travail en droit international prive quebecois, universite de montreal, thes, 2002 .

خامساً: الروابط الالكترونية

www.tantawylow.com/images −

www.ligifrance.gouv.fr −

http://www.jean-pimor-avocats.fr/actualites/la-vie-des-affaires/le-contrat-d-agent-commercial-tribunal-de-commerce-avocat-conseil.

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=FR

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31986L0653