



**استبعاد تطبيق قاعدة التنازع الوطنية
من قبل أطراف النزاع**

دكتور

أشرف وفا محمد

أستاذ ورئيس قسم القانون الخاص

كلية الحقوق - جامعة السلطان قابوس

أستاذ بجامعة القاهرة

كلية الحقوق

جامعة القاهرة



كلية الحقوق
جامعة القاهرة

مقدمة

من المسلم به أن قاعدة تنازع القوانين تعتبر من القواعد المزدوجة الجانب *le caractère bilatéral de la règle de conflit* ويعني هذا أن القانون الواجب التطبيق الذي ينتج عن أعمال هذه القاعدة قد يكون قانوناً وطنياً للقاضي المعروض عليه النزاع كما قد يكون قانوناً أجنبياً. فإذا ما أشارت قاعدة التنازع على سبيل المثال إلى تطبيق القانون الشخصي في مسائل الأحوال الشخصية كقانون الجنسية باعتباره هو القانون واجب التطبيق على مسألة الأهلية، فإن تطبيق قاعدة التنازع هذه قد يقود إلى تطبيق القانون الوطني للقاضي المعروض عليه النزاع إذا كان الشخص يتمتع بجنسية دولة القاضي كما قد يطبق القاضي قانوناً أجنبياً في الحالة العكسية.

ومن النتائج الهامة التي تترتب على ذلك أن القانون الأجنبي ينبغي أن يوضع كقاعدة عامة في نفس المركز الذي يوجد فيه القانون الوطني من حيث إمكانية التطبيق، وبالتالي ينبغي ألا يتخذ المشرع إجراءات من شأنها تفضيل تطبيق القانون الوطني على القانون الأجنبي. ذلك أن قاعدة التنازع تتسم بأنها قاعدة غير مباشرة تشير إلى تطبيق قانون ما على النزاع والذي قد يكون قانون القاضي ذاته المعروض عليه النزاع كما قد يكون قانوناً أجنبياً⁽¹⁾.

ومن الملاحظ أن منهج تنازع القوانين هو الطريقة المعتادة والعامة لتحديد القانون الواجب التطبيق في مجال العلاقات الخاصة الدولية وقد انفردت قاعدة التنازع في الماضي بحكم تلك العلاقات، إلا أن الانتقادات ما لبثت أن وجهت إلى هذا المنهج في تحديد القانون الواجب التطبيق مما أدى إلى ظهور ما يسمى بأزمة

(1) لذلك نجد أن مجمع القانون الدولي قد نص صراحة على وجوب عدم التفرقة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في هذا الشأن. فوفقاً للفقرة الأولى من قراره الصادر بتاريخ 25 أبريل 1952 فإن:

“Les règles de droit international privé ne doivent pas, pour des raisons démographiques, utiliser des points de rattachement donnant lieu à une différence entre le domaine d’application de la loi nationale et de la loi étrangère”.

تنازع القوانين *la crise du conflit des lois*

من أهم المزايا التي تنسب إلى قاعدة تنازع القوانين هو طابعها الحيادي الذي تتم في ظلّه التسوية بين القانون الوطني والقانون الأجنبي من ناحية إمكانية التطبيق. فقاعدة التنازع التي تقرر على سبيل المثال إخضاع أهلية الأداء لقانون جنسية الشخص، هذه القاعدة تقود إلى تطبيق القانون الوطني إذا كان الشخص المعنوي يتمتع بجنسية الدولة، كما تقود إلى تطبيق قانون دولة أخرى إذا لم يكن الشخص متمتعاً بجنسية دولة القاضي.

إلا أن هذا الطابع التجريدي الحيادي لقاعدة التنازع يقابله عيوب أخرى تدور كلها حول نقطة رئيسية وهي أنه إذا كانت قاعدة التنازع الوطنية تحقق عدالة توزيع الاختصاص التشريعي بين القانون الوطني والقوانين الأجنبية إلا أنها لا تكفل تحقيق عنصر الأمان القانوني *la sécurité juridique* في بعض الأحوال التي يؤدي فيها إعمال قواعد التنازع المعدة سلفاً إلى نتائج غير مرغوب فيها. فكل ما تهتم به قاعدة التنازع هو تحديد القانون الواجب التطبيق دون أن تلقي بالأثر إلى نتائج إعمال وتطبيق هذا القانون.

ومن أجل هذا ينتقد الفقه السائد في الدول الأنجلوسكسونية قاعدة التنازع المزدوجة الجانب لأنها قاعدة تتسم بالجمود، حيث يتم تحديد القانون واجب التطبيق استناداً إلى نظام قانوني معين وليس إلى اختيار قاعدة موضوعية محددة، وينعكس هذا بالتالي على عدم عدالة الحلول التي يفضي إليها منهج التنازع المزدوج الجانب بسبب عدم معرفة محتوى القانون المطبق.

ومن الواضح أن قاعدة التنازع المزدوجة الجانب يتم إعمالها على هذا النحو دون أن يؤخذ في الاعتبار محتوى أو مضمون القوانين ذات الصلة بالنزاع، وهذا المحتوى لا يظهر إلا في مرحلة تالية عندما يتم الرجوع إلى القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع المختصة. ومن هنا يعيب قاعدة التنازع المزدوجة الجانب أنها قاعدة آلية وعمياء *une règle mécanique et aveugle*.

على أن التساؤل يثور عن مدى إمكانية التغلب على عيوب قاعدة التنازع من الخارج، أو بمعنى آخر بواسطة وسائل لا تنتمي إلى قاعدة التنازع ذاتها. وعلى

وجه التحديد هل يمكن للأطراف استبعاد تطبيق قاعدة التنازع أياً كان القانون الذي تشير إليه هذه القاعدة؟

هذا هو موضوع بحثنا الحالي والذي يدور حول دور الأطراف في تطبيق قاعدة التنازع المزدوجة الجانب.

تقسيم الدراسة:

استناداً إلى ما تقدم نقسم البحث على الوجه التالي:
مبحث تمهيدى، مدى التزام الأطراف بإعمال القانون الذى تشير إليه قاعدة التنازع.

المبحث الأول، الاتفاق على استبعاد القانون الواجب التطبيق.

المبحث الثانى: أثر الاتفاق الاجرائى على قاعدة التنازع الوطنية.

كلية الحقوق
جامعة القاهرة



كلية الحقوق
جامعة القاهرة

مبحث تمهيدى

مدى التزام الأطراف بإعمال القانون

الذي تشير إليه قاعدة التنازع

نتعرض فيما يلي لمبدأ جواز استبعاد الأطراف للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع، كما نبين أن نظام الاتفاق الإجرائي يعد وسيلة لعلاج عيوب قاعدة تنازع القوانين.

أ) مبدأ جواز استبعاد الأطراف للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع:

تذهب غالبية الأنظمة القانونية في الوقت المعاصر إلى تقرير قاعدة التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته، وإذا كان الأمر كذلك فإن تساؤلاً ما، يدور حول مدى حق الأطراف في اختيار قانون آخر يطبق بدلاً من القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع، وهل يلتزم القاضي بتطبيق قانون الإرادة على هذا النحو مستبعداً القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع مع أنه يلتزم بتطبيق هذه القاعدة الأخيرة من تلقاء ذاته؟

بادئ ذي بدء - يلاحظ أن هذا التساؤل تبدو له أهمية ليس فقط في ظل النظام الفرنسي الحالي الذي يقرر عدم وجود التزام على القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته وإنما تبدو أهميته أكثر في ظل القوانين التي تأخذ بمبدأ الطابع الإلزامي لقاعدة التنازع بالنسبة للقاضي.

- فإذا قررنا أن القاضي يلتزم بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته فإنه من الواجب تحديد طبيعة ومجال هذا الالتزام. فلو كان الأمر يقتصر على قواعد التنازع المنصوص عليها في المعاهدات الدولية، فإن معنى ذلك أن القاضي يلتزم بتطبيق قواعد التنازع التعاهدية من تلقاء ذاته ولا يسمح للأطراف باستبعاد القانون المشار إليه من قبل المعاهدة. في حين أن بإمكانهم استبعاد قواعد التنازع الأخرى التي لا تجد مصدرها في المعاهدات الدولية.

أما إذا كانت قاعدة التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته تقتصر - بحسب موضوع العلاقة - على المسائل التي لا يملك الأطراف حرية التصرف فيها، فإن هذا الوضع يقود إلى أن هناك مجالاً يمكن فيه للأطراف استبعاد

قاعدة التنازع وأن هناك مجالاً آخر لا يمكنهم فيه القيام بذلك. ففي مجال الحقوق التي لا يملك فيها الأطراف حرية التصرف **les droit indisponibles** لا يجوز لهم استبعاد تطبيق القانون الذي تحدده قاعدة التنازع في حين أن في مقدورهم استبعاد هذا القانون عندما يتعلق الأمر بالحقوق التي يملك الأطراف حرية التصرف فيها **les droit disponibles**.

- أما إذا قررنا أن المبدأ هو عدم وجود التزام على القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته وإنما له فقط إمكانية تطبيقها فإننا سنجد أنفسنا أمام أحد وضعين إما أن يقرر القاضي تطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته، وإما ألا يقوم بذلك.

/ فإذا قرر القاضي تطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته فإنه سيقوم بتطبيق القانون الأجنبي المشار إليه. على أن وجود اتفاق للأطراف على تطبيق قانون آخر - على فرض الاعتراف للأطراف بالحق في ذلك - سيجول دون قيام القاضي بتطبيق القانون المحدد من قبل قاعدة التنازع الوطنية.

/ وإذا امتنع القاضي عن استخدام سلطته في تطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته فإن معنى ذلك أنه لن يطبق القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع وسيقوم بتطبيق قانونه الوطني إلا إذا تمسك الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع. وفي هذه الحالة إذا رأى الأطراف أم من مصلحتهم تطبيق القانون المشار إليه من قبل قاعدة التنازع كان عليهم التمسك به حتى يلتزم القاضي بتطبيقه. أما إذا لم تكن لهم مصلحة في تطبيق هذا القانون المحدد من قاعدة التنازع وإنما تتحقق مصلحتهم بتطبيق قانون آخر فإن عليهم الاتفاق على تطبيق هذا القانون حتى يحولوا دون قيام القاضي بتطبيق قانونه الوطني وهذا هو ما يطلق عليه اصطلاح "الاتفاق الإجرائي" **l'accord procedural**.

ب) استبعاد القانون واجب التطبيق كوسيلة لعلاج عيوب قاعدة التنازع:

لا يمكن لقاعدة التنازع الوطنية أن تبلغ هدفها إلا إذا تم تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة المعروضة على القاضي الوطني. وقاعدة التنازع لا تشير إلى تطبيق قانون محدد على العلاقة القانونية.

فعلى خلاف علاقات القانون الداخلي التي يقوم فيها القاضي الوطني

بتطبيق قانونه مباشرة على النزاع، نجد أن الأمر مختلف تماماً في مجال العلاقات الخاصة الدولية. ذلك أن تشجيع روابط التجارة الدولية بين الدول وتسهيل انتقال الأفراد عبر الدول المختلفة يقتضيان أن تقبل كل دولة إمكانية أن يطبق القاضي الوطني القوانين الأجنبية على هذه الروابط.

ومن أجل هذا فإن القانون الأجنبي ينبغي أن يوضع كقاعدة عامة في نفس المركز الذي يوجد فيه القانون الوطني من حيث إمكانية التطبيق. ذلك أن قاعدة التنازع تتسم بأنها قاعدة غير مباشرة تشير إلى تطبيق قانون ما على النزاع، والذي قد يكون قانون القاضي ذاته المعروف عليه النزاع، كما قد يكون قانوناً أجنبياً. فقاعدة التنازع التي تقرر على سبيل المثال إخضاع أهلية الأداء لقانون جنسية الشخص، هذه القاعدة تقود إلى تطبيق القانون الوطني إذا كان الشخص المعني يتمتع بجنسية الدولة، كما تقود إلى تطبيق قانون دولة أخرى إذا لم يكن الشخص متمتعاً بجنسية دولة القاضي.

وإذا كانت قاعدة التنازع الوطنية تحقق عدالة توزيع الاختصاص التشريعي بين القانون الوطني والقوانين الأجنبية إلا أن النقد ما لبث أن وجه إليها بدعوى أنها لا تكفل تحقيق عنصر الأمان القانوني *la sécurité juridique* في بعض الأحوال التي يؤدي فيها إعمال قواعد التنازع المعدة سلفاً إلى نتائج غير مرغوب فيها. والسبب في ذلك أن وظيفة قاعدة التنازع المزدوجة الجانب هي مجرد الإشارة إلى القانون واجب التطبيق دون الاهتمام بالنتائج التي تترتب على تطبيقه.

يعتبر منهج تنازع القوانين هو الطريقة المعتادة والعامة لتحديد القانون الواجب التطبيق في مجال العلاقات الخاصة الدولية. وقد انفردت قاعدة التنازع في الماضي بحكم تلك العلاقات، إلا أن الانتقادات ما لبثت أن وجهت إلى هذا المنهج في تحديد القانون الواجب التطبيق مما أدى إلى ظهور ما يسمى بأزمة تنازع القوانين. وقد أسهمت العديد من العوامل في بروز مناهج جديدة إلى حيز الوجود أهمها زيادة تدخل الدولة في التنظيم الأمر لبعض أوجه النشاط التي كانت محجوزة تقليدياً للأفراد، علاوة على حاجة التجارة الدولية إلى قواعد خاصة تختلف عن قواعد منهج التنازع التقليدي. من أهم المناهج التي ظهرت لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية منهج القواعد المادية ومنهج القواعد الضرورية التطبيق.

وفي نفس السياق نجد أن بعض القوانين تسمح بإمكانية العدول عن القانون المشار إليه من قبل قاعدة التنازع عندما يتضح أنه لا توجد رابطة وثيقة بين هذا القانون والرابطة القانونية، وأن تلك الرابطة الوثيقة تتواجد مع قانون آخر. وهذه الوسيلة لعلاج عيوب قاعدة التنازع والتي تعرف باسم "الشروط الاستثنائية" نص عليها القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة 1988 "المادة 15" les clauses d'exception⁽¹⁾. على أنه من الملاحظ أن هذه الوسيلة متروكة عادة للقاضي الذي يتولى الفصل في النزاع وليس لأطراف الرابطة القانونية.

وإلى جانب هذه المناهج والطرق الجديدة التي وجدت إلى جوار منهج تنازع القوانين، يعتبر نظام الاتفاق الإجماعي من الوسائل الفعالة لعلاج العيوب التي تنطوي عليها قاعدة التنازع، فإذا أشارت هذه القاعدة بتطبيق قانون ما غير متوقع بالنسبة للأطراف ولا يحقق مصلحتهم فإن بإمكانهم استبعاده والاتفاق على تطبيق قانون آخر. وإذا كانت الشروط الاستثنائية وسيلة بيد القاضي لعلاج عيوب قاعدة التنازع فإن الاتفاق الإجماعي وسيلة بيد الأطراف لتحقيق نفس الهدف.

يتضح لنا من العرض السابق أن الاتفاق الإجماعي من شأنه علاج عيوب قاعدة تنازع القوانين التي قد تشير إلى تطبيق قانون غير متوقع بالنسبة للأطراف وهو الأمر الناتج عما تتسم به قاعدة التنازع المزدوجة الجانب من الطابع الحيادي حيث لا تهتم هذه القاعدة بالحل الذي يفضي إليه تطبيق القانون المشار إليه قدر اهتمامها بتركيز العلاقة أو الرابطة القانونية من الناحية الموضوعية في دولة ما وتطبيق قانون هذه الدولة⁽²⁾.

(1) تنص المادة 15 من القانون الدولي الخاص السويسري في هذا الشأن على أن: "Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit".

(2) لذلك قيل في هذا الصدد أن:

Inapte à servir la justice matérielle, l'accord procédural permettait cependant de réaliser une justice de rattachement, renforçant à l'égard des parties la prévisibilité et la sécurité juridique". V. Dominique

المبحث الأول

انعقاد الاتفاق الإجرائي وتحديد مجاله

نتحدث فيما يلي عن كيفية انعقاد الاتفاق الإجرائي (المطلب الأول)، وعن المجال الذي يسرى عليه هذا الاتفاق (المطلب الثاني).

المطلب الأول

كيفية انعقاد الاتفاق الإجرائي

يتطلب القانون الفرنسي أن يكون الاتفاق الإجرائي اتفاقاً صريحاً، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية⁽¹⁾.

وقد أكد على ذلك أيضاً الأحكام الصادرة من القضاء الفرنسي. فوفقاً لمحكمة النقض الفرنسية لا يعد التوافق الضمني من قبل الأطراف على النتائج التي يتوصل إليها كل منهم دليلاً على وجود اتفاق إجرائي⁽²⁾.

ويرى البعض الآخر أنه على الرغم من هذه الانتقادات فإن ما تتطلبه المادة 12 من القانون الفرنسي من ضرورة وجود اتفاق صريح أمر يتفق مع ما هو سائد في نطاق القانون الدولي الخاص.

Bureau: L'accord procédural à l'épreuve, Revue critique de droit international privé, 1996, p. 617.

(1) تنص المادة 12 من هذا القانون على أن:

“Toutefois, le juge ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquelles elles entendent limiter le débat”.

(2) قضت في هذا الشأن محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 27 أكتوبر 1992 بأن:

“Une simple concordance entre les conclusions des parties ne constitue pas l'accord exprès par lequel celles-ci peuvent, en vertu de l'article 12 du nouveau code de procédure civile, lier le juge par les qualifications et point de droit auxquelles entendent limiter le débat”.

انظر هذا الحكم مشاركاً إليه في:

Bénédicte Fauvarque-cosson: Libre disponibilité des droits et conflits de lois, L.G.D.J, Paris, 1996., p.251.

ففي حكم لها بتاريخ 27 أكتوبر 1992 والسابق الإشارة إليه قضت محكمة النقض الفرنسية برفض الطلب المقدم من صاحب الشأن والذي انتقد قاضي الموضوع في عدم تطبيق القانون المتفق عليه بين الأطراف وهو القانون المغربي باعتباره قانون الجنسية المشتركة للأطراف وقام بتطبيق قانون الموضوع وهو القانون الفرنسي. واستندت محكمة النقض في ذلك على أنه لا يكفي في هذا الصدد مجرد وجود توافق ضمني بين الأطراف على النتائج المتبادلة بينهما لتكوين الاتفاق الإجرائي.

وفي قضية روهو الشهيرة أيدت محكمة النقض الفرنسية قيام قاضي الموضوع بتطبيق القانون الفرنسي وذلك لأن الأطراف طالبوا صراحة بتطبيق هذا القانون وهو قانون الجنسية المشتركة لكلا الطرفين.

وفي هذه القضية كان القانون الجيبوتي هو الواجب التطبيق وفقاً للقواعد العامة في تنازع القوانين استناداً إلى أنه قانون محل وقوع الاعتداء، إلا أن الأطراف اتفقوا صراحة على تطبيق القانون الفرنسي مع علمهم الكامل بقابلية تطبيق القانون الجيبوتي إذا لم يبرم الاتفاق الإجرائي. وقد أدى تطبيق القانون الفرنسي إلى إعفاء السيد روهو من المسؤولية عن الحادث نظراً لوجود حالة قوة قاهرة *la force majeure*.

وينتقد بعض الفقه هذا الموقف الصارم للقضاء الفرنسي، ويرون أنه على الرغم من وجود اتفاق بينه وبين ما يقضي به نص المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية فإنه يتعارض مع مبدأ آخر على قدر كبير من الأهمية والذي وفقاً له لا يجوز للقاضي تعديل موضوع ومحل النزاع بأن يتعرض لمسألة لا يوجد محل للنزاع فيها بين الأطراف. ولذا، إذا توافق الأطراف على نتائج معينة أو على وسيلة قانونية محددة فإنه من الطبيعي أن يتقيد القاضي بذلك لسبب بسيط وهو أنه لا يوجد تنازع بين الأطراف حولها.

كما لوحظ - بحق - أن اشتراط الاتفاق الصريح من قبل القانون الفرنسي في الاتفاق الإجرائي يعد أمراً غير مبرر، وذلك أن القانون الفرنسي يقوم وفقاً للقواعد العامة على مبدأ الرضائية *le principe du consensualisme* ومن

ثم كان يكفي أن يقوم القاضي بالتحقق من وجود توافق بين الأطراف على تطبيق قانون ما مع إدراكهم بوجود قانون آخر قابل للتطبيق وفقاً للقواعد العامة لتنازع القوانين إذا لم يوجد الاتفاق الإجرائي.

ولهذا فإننا نرى أنه كان يكفي النص على قاعدة إمكانية استبعاد قاعدة التنازع من قبل الأطراف إذا وجد اتفاق بين الأطراف على تطبيق قانون آخر دون اشتراط أن يكون هذا الاتفاق صريحاً طالما أنه اتفاق مؤكد وإن كان ضمناً، حيث يقوم القاضي بتقدير توافر هذا الاتفاق من عدمه.

ومع ذلك فإن البعض يعترض على هذا استناداً إلى أن الطابع الصريح للتعبير عن الإرادة يتطلب موقفاً إيجابياً من قبل الأطراف بهدف إيصال العلم إلى الغير⁽¹⁾، أما التعبير الضمني فلا يوجد فيه تصرف إيجابي لإيصال العلم إلى الغير وإنما يمكن من خلال التحليل الدقيق والربط بين عناصر التصرف استخلاص الإرادة الضمنية.

ونعتقد أن الأخذ بالطابع الإلزامي لقاعدة التنازع بالنسبة للقاضي يحتم عليه للاعتداد بالاتفاق الإجرائي ضرورة التأكيد من وجود هذا الاتفاق. ذلك أن القاضي يلتزم بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع الوطنية، وهو يلتزم بهذا التطبيق طالما أن الأطراف لم يتفقوا على تطبيق قانون آخر. ولهذا فإنه يتعين عليه في حالة الشك أن يوجه السؤال التالي إلى الأطراف: هل يوجد لديهم اتجاه - مع علمهم بأن النزاع ذو طابع دولي وأن هناك قانون تشير إليه قواعد التنازع - نحو تطبيق قانون آخر غير القانون الواجب التطبيق أصلاً على النزاع أم لا؟

(1) يعرف البعض الإرادة الصحيحة بأنها:

“Toute action accomplie afin de porter la connaissance d'autrui”.

بينما تعرف الإرادة الضمنية بأنها:

“Des action qui n'ont pas été accomplies spécialement afin de porter à la connaissance d'autrui la volonté de contracter mais d'où l'on peut raisonnablement déduire l'existence d'une telle volonté”.

انظر في ذلك:

Bénédicté Fauvarque-cosson: Libre disponibilité des droits et conflits de lois, op. cit., p.251.

فإذا كانت الإجابة بالإثبات أمكن للقاضي التحقق من وجود الاتفاق الإجرائي والذي ثبت لديه بطريقة مؤكدة على الرغم من عدم وجود اتفاق صريح بذلك، وإذا كان الإجابة بالنفي تحقق القاضي من عدم وجود اتفاق إجرائي ومن ثم فإنه يرجع إلى الأصل وهو تطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع.

المطلب الثاني

مجال الاتفاق الإجرائي

وفقاً لأحكام القضاء الفرنسي لا يرد الاتفاق الإجرائي في جميع المجالات بل إنه يرد فقط - من حيث موضوع قواعد التنازع - على قواعد التنازع الواجبة التطبيق في مجال المسؤولية التقصيرية، كما أنه بالنسبة لمصدر القواعد لا يرد الاتفاق الإجرائي على قواعد التنازع المنصوص عليها في المعاهدات الدولية.

أ) الاتفاق الإجرائي وقواعد التنازع في مجال الالتزامات غير التعاقدية:

يستفاد من الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في قضية روهو - وهو الحكم الأساسي المنشئ لفكرة الاتفاق الإجرائي - أن المجال الأصيل للاتفاق الإجرائي هو الالتزامات غير التعاقدية.

وفقاً لهذا الحكم وضعت محكمة النقض الفرنسية قاعدة أنه يمكن للأطراف استبعاد قاعدة التنازع التي تعقد الاختصاص بنظر النزاع إلى قانون محل وقوع الاعتداء *la lex loci delicti* والاتفاق على تطبيق قانون آخر.

وقد وجدت العديد من المحاولات التي ترمي إلى التوصل إلى تطبيق قانون آخر غير قانون محل وقوع الاعتداء، ويمكننا أن نعرض هنا المحاولات التالية:

- إذا استعنا أولاً بما تم إقراره في المعاهدات الدولية في مجال المسؤولية التقصيرية نجد أن تطبيق القانون المشار إليه وفقاً للقاعدة التقليدية قد تم اعتماده من قبل نصوص المعاهدات الدولية. فوفقاً لمعاهدة لاهاي المبرمة سنة 1971 والتي تتعلق بالقانون واجب التطبيق في مجال حوادث الطرق وكذلك معاهدة لاهاي المبرمة سنة 1973 والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق على المسؤولية المترتبة على المنتجات المعيبة، نجد أن كلاً من هاتين المعاهدتين قد اعتمدت مبدأ إسناد الرابطة

إلى قانون محل وقوع الفعل بوصفها قاعدة التنازع الأساسية. على أن هناك قواعد تنازع استثنائية تم النص عليها والتي تقود إلى تطبيق قانون بلد تسجيل السيارة أو المركبة *loi du lieu d'immatriculation des véhicules* أو قانون المقر المعتاد لموقف السيارة *loi du lieu de stationnement habituel*.

- تتجه بعض الأنظمة القانونية ثانياً إلى إسناد العلاقة إلى القانون الشخصي المشترك للطرفين. ويميل البعض في هذا الشأن إلى تطبيق قانون الجنسية المشتركة كما هو الحال في ألمانيا بينما يتجه البعض الآخر إلى تطبيق قانون الموطن المشترك للأطراف كما هو الحال في غالبية الدول الأوروبية. كما يلاحظ أن إسناد الرابطة إلى قانون الموطن المشترك قد يكون مصحوباً بمعيار الجنسية المشتركة للأطراف.

ولا شك أن تطبيق القانون الشخصي في مجال المسؤولية التقصيرية يقود إلى تعزيز تطبيق قانون القاضي، كما أن تطبيق هذا القانون تتوافر فيه صلة قوية مع الرابطة أكثر - أحياناً - من تلك المستمدة من تطبيق قانون محل وقوع الاعتداء.

- كما أن هناك محاولة ثالثة تتلخص في وضع قاعدة تنازع مرنة هي إمكانية العدول عن تطبيق قانون محل وقوع الاعتداء إذا اتضح أن قانوناً آخر أكثر صلة بالعلاقة *le principe de proximité*. وتجدر الإشارة إلى أن مجمع القانون الدولي قد تبني هذه المحاولة في قراره الصادر سنة 1969⁽¹⁾.

ويمكن القول - على ضوء المحاولات السابقة - أن تطبيق قانون آخر غير قانون محل وقوع الاعتداء إنما يتم من خلال قاعدة التنازع ذاتها. وهذا ما يفرق هذه المحاولات عن نظام الاتفاق الإجرائي والذي فيه يستبعد الأطراف قاعدة التنازع برمتها ويقع اختيارهم على تطبيق قانون آخر. ونشير كذلك في هذا المجال إلى مسلك القضاء الفرنسي الذي يتفق مع

(1) وفقاً لنص هذا القرار فإن:

“Un délit est considéré avoir été commis dans le lieu auquel la situation est la plus étroitement liée, eu égard à tous les faits reliant le délit à un lieu donné, depuis le commencement du comportement délictuel jusqu'à la réalisation du préjudice”.

الاتجاه السائد في قوانين الدول الأخرى من منح الأطراف خاصة الضحية بعض الحرية في تحديد القانون واجب التطبيق في مجال الالتزامات غير التعاقدية. على أن الفرق الرئيسي يتمثل في أن مسلك القضاء الفرنسي يعمل خارج إطار قواعد تنازع القوانين بواسطة الاتفاق الإجرائي، أما القوانين الأخرى فإنها تتبنى أسلوباً يعمل من خلال قاعدة التنازع ذاتها كما هو الحال بالنسبة لقواعد التنازع الاستثنائية وبالنسبة لقاعدة التنازع التخييرية التي تترك للضحية الاختيار بين عدة قوانين.

من قبيل ذلك ما تنص عليه المادة 132 من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة 1988 والتي تمنح للأطراف إمكانية الاتفاق على تطبيق قانون القاضي في أي وقت بعد وقوع الضرر⁽¹⁾.

من الواضح على ضوء النص السابق أن الأطراف لهم الحق في اختيار قانون القاضي أي القانون السويسري، ولا يجوز لهم اختيار قانون أجنبي⁽²⁾. على أن النص السابق ليس إلزامياً بالنسبة للأطراف، وبمعنى آخر إذا لم يتفق الأطراف على تطبيق القانون السويسري فإن قاعدة التنازع المعتادة تكون واجبة التطبيق والتي تقضي بتطبيق قانون محل وقوع الاعتداء. كذلك الحال في مجال الاتفاق الإجرائي لا يعد هذا الاتفاق إجباراً بالنسبة للأطراف فإذا لم يتفق الأطراف على قانون ما يتم تطبيق قانون محل وقوع الاعتداء، مع ملاحظة أن تطبيق هذا القانون الأخير ليس إلزامياً بالنسبة للقاضي الفرنسي حيث لا إلزام على القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته.

كلية الحقوق

(1) تنص المادة 132 من هذا القانون على أن:

“Les parties peuvent, après l'événement dommageable, convenir à tout moment de l'application du droit du for”.

(2) يبرر قصر الاختيار في نص المادة 132 على قانون القاضي بمنع التحايل إذا تم السماح بإمكانية اختيار قانون أجنبي. على أنه من الملاحظ أن هذه الحجة ليست مقنعة، ذلك أن اختيار تطبيق قانون أجنبي لا يعد في حد ذاته من قبيل الغش والتحايل. والدليل على ذلك أن القانون السويسري ذاته قد تضمن النص على العديد من قواعد تنازع القوانين الموضوعية التي يؤدي إعمالها إلى تطبيق قانون أجنبي.

انظر في ذلك:

Bénédictte Fauvarque-cosson: Libre disponibilité des droits et conflits de lois, op. cit., p.275.

ومع ذلك يرى بعض الفقه الفرنسي أنه لا يتعين المقارنة بين نص المادة 12 من القانون الفرنسي ونص المادة 132 من القانون السويسري. لأن هذه المقارنة تقود إلى التضييق الكبير من مجال الاتفاق الإجماعي بحيث يقتصر مجاله على الالتزامات غير التعاقدية. ويطلب هذا الاتجاه بعدم قصر الاتفاق الإجماعي على هذا المجال استناداً إلى أن حكم روهو الصادر من القضاء الفرنسي ليس إلا تطبيق غير قصري *une application non-exclusive* لنص المادة 12 سالف الذكر وأنه يمكن عقد الاتفاق الإجماعي في كافة قواعد تنازع القوانين شريطة أن يتعلق الأمر بحق من الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها⁽¹⁾.

والخلاصة أن الاتفاق الإجماعي يتحدد مجاله ليس بنوع معين من القواعد كتلك المتعلقة بقواعد التنازع الخاصة بالمسؤولية التقصيرية، وإنما يتحدد هذا المجال بالحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها أي بالحالات التي يجوز فيها للأطراف الاتفاق على اختيار القانون واجب التطبيق. فإذا كان لهم الحق في ذلك أي تعلق الأمر بحق يملك الأطراف التصرف فيه أمكنهم إبرام الاتفاق الإجماعي واستبعاد قاعدة التنازع المعتادة أي كانت هذه القاعدة سواء تعلق بالمسؤولية التقصيرية أم لا.

ب) الاتفاق الإجماعي وقواعد التنازع الأخرى غير تلك التي تتعلق بالالتزامات غير التعاقدية:

إذا كان المجال الأصيل للاتفاق الإجماعي هو الالتزامات غير التعاقدية، فإنه من المتصور مع ذلك أن يوجد هذا الاتفاق في مجالات أخرى لقواعد تنازع القوانين. وتجدر الإشارة إلى أن هناك من القوانين من يفسح لقانون الإرادة مجالاً أوسع حتى أن البعض يقبل أعمال قانون الإرادة بالنسبة لكل الروابط القانونية وليس فقط في المجال العقدي⁽²⁾.

(1) انظر في هذا المعنى:

Bénédicte Fauvarque-cosson: *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, op. cit., p.275 et.

(2) من ذلك يمكن أن نذكر نص المادة التاسعة من القانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي الصادر بتاريخ 11 مارس 1948 والتي تنص على أن:

Les parties sont autorisées à soumettre leur rapport de droit à une

وعلى وجه الخصوص ثار التساؤل حول مدى إمكانية قبول الاتفاق الإجرائي فيما يتعلق بقواعد التنازع التي تتصل بالنواحي العائلية، وفيما يتعلق كذلك بالقانون الشخصي.

- ففيما يتعلق أولاً بالنواحي العائلية يميل الفقه والقضاء الفرنسيين إلى قبول الاتفاق الإجرائي. ذلك أن القانون واجب التطبيق في هذا المجال هو أساساً القانون المختار من قبل الزوجين، وفي غيبة الاتفاق الصريح بين الزوجين على القانون واجب التطبيق يفترض القضاء الفرنسي أن هناك إرادة ضمنية من قبل الزوجين في تطبيق قانون الموطن الأول للزوجية. على أن قبول الاتفاق الإجرائي على هذا النحو إنما يتقيد بأمرين:

1- أن يرد الاتفاق الإجرائي على حق من الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها، فإن لم يكن الأمر كذلك لما أمكن قبول مثل هذا الاتفاق. ولهذا نجد أن محكمة النقض الفرنسية قضت في حكمها الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 1987 بأن القواعد المتعلقة بالحقوق والواجبات المتبادلة للزوجين والمنصوص عليها في المادة 212 وما يليها من القانون المدني الفرنسي تعتبر ذات تطبيق إقليمي. ويعني هذا أن القواعد المقررة في هذا الشأن تتعلق بحقوق لا يملك الأطراف التصرف فيها، ومن ثم لا يجوز للأطراف الاتفاق بشأنها على القانون واجب التطبيق⁽¹⁾.

2- كما يتعين أن يكون الاتفاق بين الزوجين على القانون واجب التطبيق اتفاقاً صريحاً لا لبس فيه.

législation déterminée, pourvu que ce rapport ait des relations significatives avec la législation choisie et que le choix ne soit pas contraire aux règles impératives des législations auxquelles le rapport de droit dont il s'agit est soumis d'après les dispositions du présent chapitre".

انظر في تفصيل ذلك:

Petros G. Vallindas: La structure de la règle de conflit, R.C.A.D.I., tome 101, 1960, p. 346 et s.

(1) وفقاً لهذا الحكم قضت محكمة النقض الفرنسية بأن:

“Les règles relatives aux devoirs et droits respectifs des époux énoncées par les articles 212 et suivants du Code civil sont d'application territoriale”. V. Cass. 20 octobre 1987, Revue critique de droit international privé, 1988, p. 540.

ولهذا نجد أن محكمة النقض الفرنسية قد رفضت قبول ما تدعيه الزوجة من وجود اتفاق بينها وبين زوجها على تطبيق القانون الفرنسي والتي استندت إلى مطالبة الزوج بتطبيق بعض نصوص القانون المدني الفرنسي "المادة 815-12". وقد قضت المحكمة بأن هذه المطالبة لا تكفي لانعقاد الاتفاق الإجرائي الذي يتعين أن يكون صريحاً⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ سلطان الإرادة في مجال النواحي العائلية يعمل بصفة أساسية كاتفاق موضوعي accord de fond يسمح للأطراف باختيار القانون واجب التطبيق قبل إبرام الزواج أو أثناء الحياة الزوجية.

على أنه يحدث عملاً في غالب الأحوال تجاهل الزوجين لمسألة تحديد القانون واجب التطبيق قبل أو أثناء سريان الزواج، فهم لا يتعرضون للاتفاق حول القانون واجب التطبيق إلا في حالة حدوث مشكلات ومن ثم الطلاق. فإذا اتفق الزوجين على اختيار قانون ما بعد رفع دعوى الطلاق أمام القاضي فإن اتفاقهم هذا يعد اتفاقاً إجرائياً accord procedural وليس اتفاقاً موضوعياً.

وإذا استعنا في هذا الشأن بنصوص القانون التعاهدي نجد أن معاهدة لاهي المبرمة سنة 1978 والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق في مجال النواحي العائلية قد نصت في مادتها الثالثة على إمكانية اختيار الزوجين المستقبلين للقانون واجب التطبيق، ولكن المعاهدة لم تطلق هذا الاختيار بل قيدته بالاختيار من بين القوانين التالية: القانون الشخصي أو قانون مقر الإقامة المعتاد لأي من الزوجين. وفيما يتعلق بالأموال العقارية يمكن للأطراف اختيار تطبيق قانون موقع المال.

- وفيما يتعلق بالنظام الشخصي يلاحظ أولاً أن المسائل المتعلقة بالنظام الشخصي متنوعة للغاية: حماية السم، الحق الذهني للمؤلف، احترام وحماية الحياة الخاصة، الحق الذي يرد على الصورة، حق الشرف... الخ.

وإذا كان البعض يسند المسائل السابقة إلى القانون الشخصي فإن البعض

(1) حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2 يوليو 1956 مشاراً إليه في:

Bénédicte Fauvarque-cosson: Libre disponibilité des droits et conflits de lois, op. cit., p.353.

الأخر يخرجها من هذا المجال ويدخلها في مجال المسؤولية التقصيرية، ذلك أن ما يهم من وقع عليه الضرر هو الحصول على التعويض. وفي فرنسا نجد أن محكمة النقض الفرنسية قد أجازت اتفاق الأطراف الذي يهدف إلى استبعاد أعمال قاعدة التنازع وذلك بطريق الاتفاق الإجرائي⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاق الإجرائي له مزية هامة تتعلق بتقليل الحالات التي يستخدم فيها الدفع بالنظام العام. ذلك أن قاعدة التنازع التقليدية يفرضي أعمالها إلى تطبيق قانون دولة ما قد يكون في حالة تعارض مع المبادئ الرئيسية في دولة القاضي، ومن ثم يستبعد لمخالفته للنظام العام. على العكس من ذلك فإن تبني وقبول استبعاد الأطراف لقاعدة التنازع بواسطة الاتفاق الإجرائي سيؤدي حتماً إلى تقليل اللجوء إلى الدفع بالنظام العام، لأنه إذا كان تطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع يخالف النظام العام في دولة القاضي فإن بإمكان هذا الأخير تطبيق قانون آخر وقع اتفاق الأطراف عليه "الاتفاق الإجرائي" والذي قد يكون هو قانون القاضي ذاته كما قد يكون قانوناً أجنبياً. أما استخدام الدفع بالنظام العام فإنه يقود دائماً إلى إحلال قانون القاضي محل القانون المستبعد حتى ولو لم تكن هناك أية صلة بين دولة القاضي والنزاع المعروض.

ج) الاتفاق الإجرائي وقواعد التنازع المنصوص عليها في المعاهدات الدولية:

هل يمكن للأطراف عقد الاتفاق الإجرائي لاستبعاد قاعدة لتنازع القوانين واردة في معاهدة دولية؟
اتجهت محكمة النقض الفرنسية في البداية إلى الإجابة على هذا التساؤل بالإثبات، حيث قررت في حكم روهو المنشئ للاتفاق الإجرائي حق الأطراف في استبعاد قاعدة تنازع تعاهدية.
ويتفق هذا الاتجاه مع ما تأخذ به بعض القوانين كما هو الحال بالنسبة للقانون الأرجنتيني الذي يتفق مع القانون الفرنسي من حيث إعفاء القاضي من تطبيق

(1) انظر في هذا المعنى:

Bénédicte Fauvarque-cosson: Libre disponibilité des droits et conflits de lois, op. cit., p.382 et s.

القانون الأجنبي من تلقاء ذاته إلا أن قانون دولة الأرجنتين استثنى من ذلك الحالة التي يكون فيها القانون واجب التطبيق محددًا من قبل معاهدة دولية تكون تلك الدولة طرفاً بها حيث يلتزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته⁽¹⁾.

على أن بعض الفقه الفرنسي يذهب إلى المناداة بضرورة أن تتمتع قواعد التنازع التعاهدية بطابع الإلزام سواء بالنسبة للقاضي أو بالنسبة للأطراف. ويستند هذا الاتجاه على ضرورة وفاء الدولة بالتزاماتها المنصوص عليها في المعاهدات الدولية.

على أن البعض الآخر يرى أنه لا ينبغي التسوية في هذا الشأن بين القاضي والأطراف. ففي حالة إبرام اتفاق إجرائي على تطبيق قانون دولة ما بالمخالفة للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع المنصوص عليها في المعاهدة الدولية من غير المتصور أن يقوم أحد الطرفين بإقناع دولته بإقامة الدعوى لمقاضاة الدولة الأخرى التي تنظر الدعوى أمامها في الوقت الذي اتفق فيه هو مع الطرف الآخر على عدم تطبيق قاعدة التنازع التعاهدية.

ولهذا يمكن وضع القاعدة التي تقضى بوجود التزام على القاضي بتطبيق قواعد التنازع ذات المصدر التعاهدي⁽²⁾ فيما عدا الحالة التي يتفق فيها الأطراف

(1) تنص في ذلك المادة 1/13 من القانون المدني لدولة الأرجنتين على أن:

“L’application des lois étrangères ... n’aura lieu qu’à la demande de la partie intéressée, qui aura la charge de la preuve de l’existence de ces lois”.

كما نصت المادة 2/13 من نفس القانون على أن:

“Ce principe ne vaut pas à l’égard des lois étrangères qui sont obligatoires dans la République par conventions diplomatiques ou en vertu d’une loi spéciale”.

(2) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 19 أبريل 1988 بأن:

“Les parties peuvent, pour les droits dont elles ont la libre disposition, demander l’application d’une loi différente de celle désignée par une convention internationale”.

وقد أجازت المحكمة للأطراف في هذه القضية الاتفاق على تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون الجنسية المشتركة بدلاً من تطبيق قانون محل وقع الحادث الذي وقع خارج فرنسا. انظر في ذلك:

على تطبيق قانون آخر حيث يلتزم بتطبيق هذا القانون الأخير. ذلك أنه يتعين احترام إرادة الأطراف المعبر عنها في الاتفاق الإجرائي بشرط ألا يتعلق الأمر بإحدى قواعد التنازع التعاهدية ذات الطابع الأمر أي التي تتعلق بالنظام العام.

ويعضد ترجيح الاتفاق الإجرائي على قواعد التنازع التعاهدية أن هذه القواعد الأخيرة تهدف إلى تنظيم العلاقات الخاصة بالأفراد أي إلى إشباع وتحقيق منافع خاصة، ومن ثم يمكن لأطراف الخروج عليها إذا ما قدورا أن من مصلحتهم تطبيق قانون آخر غير القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع التعاهدية. ولهذا يرى الفقه الفرنسي أن المعاهدة يمكن تشبيهها بالقانون أي تصبح بمثابة قانون داخلي يسرى في حدود القوانين الأخرى. ولذا تسرى قاعدة التنازع التعاهدية ويتعين على القاضي تطبيقها من تلقاء ذاته، إلا إذا استخدم الأطراف ما هو مقرر في نص المادة 12 من قانون المرافعات المدنية بأن يستبعدوا قاعدة التنازع التعاهدية ويقع اتفاقهم على تطبيق قانون آخر.

وتجدر الإشارة إلى أن الاتجاه الحديث لمحكمة النقض الفرنسية يذهب إلى تقرير حق الأطراف في استبعاد قاعدة التنازع المنصوص عليها في المعاهدة الدولية والاتفاق على تطبيق قانون آخر⁽¹⁾.

وننتهي مما سبق إلى أن الاتفاق الإجرائي يسرى لاستبعاد جميع قواعد التنازع وليس فقط قواعد التنازع المتعلقة بالمسئولية التقصيرية، كما أن قواعد التنازع التعاهدية لا تمثل قيداً يحول دون أعمال الاتفاق الإجرائي. فالقيد الوحيد على الاتفاق الإجرائي يتعلق بوجود أن يرد هذا الاتفاق على حق من الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها.

Cour de cassation, 19 avril 1988, Revue critique de droit international privé, 1989, p. 68, note Henri Batiffol.

من قبيل ذلك أيضاً يمكن أن نذكر حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 6 مايو 1997، انظر هذا الحكم في:

B. Ancel et Yves Lequette: Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 4^e edition, Paris, Dalloz, 2001, p. 752.

(1) انظر في هذا المعنى:

Bénédicte Fauvarque-cosson: Libre disponibilité des droits et conflits de lois, op. cit., p.277 et.

المبحث الثاني

أثر الاتفاق الإجرائي على قواعد التنازع

من المتفق عليه أنه يمكن للأطراف استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع إذا قاموا باختيار تطبيق القانون الوطني "المطلب الأول"، على أن التساؤل يدور حول مدى حق الأطراف في استبعاد تطبيق قاعدة التنازع لصالح تطبيق قانون أجنبي "المطلب الثاني".

المطلب الأول

استبعاد قاعدة التنازع وتطبيق قانون القاضي

نتعرض فيمل يلي للحجج التي استند إليها البعض والمتعلقة بقصر الاتفاق الإجرائي على قانون القاضي فقط، ثم نقوم بالرد على هذه الحجج لبيان مدى صحتها.

أ) حجج الرأي القائل بقصر الاتفاق الإجرائي على اختيار تطبيق قانون القاضي:

يذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أنه بواسطة الاتفاق الإجرائي يمكن للأطراف استبعاد القانون الأجنبي المحدد من قبل قاعدة التنازع المعتادة وأن هذا الاستبعاد يكون لصالح تطبيق قانون القاضي فقط، ومن ثم فمن غير الجائز أن يتفق الأطراف على تطبيق قانون أجنبي.

ويستند هذا الاتجاه على أن الأمر لا يتعلق باستبعاد قانون ما سواء كان هو القانون الوطني أو قانون أجنبي وإنما يتعلق الأمر باستبعاد قاعدة التنازع ذاتها. ففي الحالات التي يملك فيها الأطراف التصرف في الحقوق يمكن للأطراف استبعاد تطبيق قاعدة التنازع، حيث تعد قاعدة التنازع في هذه الحالة اختيارية ليس فقط في نتائجها (تطبيق هذا القانون أو ذاك) ولكن اختيارية في تطبيقها ذاتها. ذلك أن الأطراف أمامهم أحد أمرين:

إما أن يختاروا تطبيق قاعدة التنازع وإما ألا يختاروها ويقوموا بإبرام الاتفاق الإجرائي.

- فإذا اختار الأطراف أن تحكم الرابطة القانونية بواسطة قاعدة التنازع، في هذه الحالة يرجع إلى القانون الذي تشير إليه كقاعدة التنازع سواء أكان هو القانون الوطني أو قانون أجنبي.

- أما إذا اختار الأطراف استبعاد تطبيق قاعدة التنازع فإن هذا يعني أنهم بهذا الاستبعاد أرادوا أن تعامل الرابطة القانونية باعتبارها رابطة داخلية وبغض النظر عن العنصر الأجنبي الذي تحتوي عليه تلك الرابطة. ويؤدي هذا إلى أنه إذا قام الأطراف باستبعاد تطبيق قاعدة التنازع فإن هناك قانون واحد فقط هو القابل للتطبيق وهو قانون القاضي⁽¹⁾.

ويؤدي تبني هذا الرأي إلى قصر الاتفاق الإجرائي على قانون القاضي فقط *accord d'exclusio juris* فيصير بالتالي اتفاقاً قاصراً على قانون القاضي وليس اتفاقاً لاختيار القانون واجب التطبيق *accord d'electio juris*.

ويذهب الأستاذ الفرنسي ماير إلى تأييد هذا الاتجاه القائل بقصر الاتفاق الإجرائي على قانون القاضي فقط، وهو يستند في ذلك إلى أن من شأن السماح

(1) لذلك يقرر صاحب هذا الرأي ما يلي:

“La règle de conflit est facultative non plus dans son résultat (compétence de telle ou telle loi), mais dans son applicabilité même: les parties ont le choix de faire jouer ou de ne pas faire jouer la règle de conflit, mais rien de plus, et la loi applicable s'en déduira. Ainsi si elles décident de recourir à la règle de conflit, la loi compétente sera celle que désigne cette dernière (les *fori* ou la loi étrangère, peu importe) et aucune autre, car à ce niveau elles n'ont plus de faculté de choix. Si elles décident au contraire qu'il n'y a pas lieu de faire jouer la règle de conflit, elles signifient par là qu'elles entendent faire abstraction des éléments d'extranéité que présente la situation et que cette dernière, donc, doit être traitée comme une situation purement interne, ce qui conduit à la compétence nécessaire et exclusive de *lex fori*”. V. Jean-Marc Bischof: Rapport de synthèse sur le Colloque concernant (Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères), Actes du colloque austro-franco-germano-suisse de droit international privé comparé des 22 et 23 mai 1986, Travaux de l'institut de droit comparé, LGDJ, Paris, 1988, p. 134.

للأطراف باختيار تطبيق قانون أجنبي أن يتعارض ذلك مع ما هو مستقر عليه في فرنسا من عدم وجود التزام على عاتق القاضي بتطبيق القانون الأجنبي. وبعبارة أخرى فنحن من ناحية نريد تخفيف العبء على القاضي بعدم إلزامه بتطبيق القانون الأجنبي عندما تشير إليه قاعدة تنازع القوانين، ولكن من ناحية أخرى نلزمه بتطبيق القانون الأجنبي الذي اتفق الأطراف على تطبيقه بواسطة الاتفاق الإجرائي. لذلك يرى ماير أن الاتفاق الإجرائي ينبغي أن يقتصر على السماح للأطراف باختيار تطبيق القانون الوطني فحسب حتى لا يؤدي هذا إلى الإخلال بقاعدة عدم التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته⁽¹⁾.

ووفقاً لهذا الاتجاه أيضاً يتمتع قانون القاضي باختصاص إسناد مساعد *un rattachement subsidiaire* يطبق في الحالات التي لا يطبق فيها القانون الأجنبي كأن يتعارض القانون الأجنبي مع النظام العام أو يتعذر إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي، ويضيف ماير أنه يمكن إضافة حالة ثالثة وهي للتطبيق الاستثنائي لقانون القاضي تتعلق بوجود اتفاق صريح بين الأطراف على تطبيق قانون القاضي.

(1) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ الأول من يوليو 1997 بأن: "L'application de la loi étrangère désigne pour régir des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition impose au juge français de rechercher la teneur de cette loi. Pour les droits dont elles ont la libre disposition, les parties peuvent s'accorder pour demander l'application de la loi française du for, malgré l'existence d'une convention internationale désignant la loi compétente et un tel accord peut résulter des conclusions des parties invoquant une loi autre que celle qui est désignée par le traité". V. Cour de cassation, 1er juillet 1997, Revue critique de droit international privé, 1998, p. 60, note Pierre Mayer,

انظر كذلك في نفس المعنى:

Cour de cassation, 6 mai 1997, Clunet, 1997, p. 804, note Dominique Bureau. Revue critique de droit international privé, 1997, p. 514, note Bénédicte Fauvarque-Cosson.

ب) تقدير حجج وأدلة هذا الرأي:

يمكن الرد على هذه الحجج في النقاط التالية:

1- يرى الاتجاه السابق أن الاتفاق الإجرائي يهدف إلى استبعاد قاعدة التنازع ذاتها ولا يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه هذه القاعدة. لا يمكننا في الواقع الأخذ بهذا الرأي، ذلك أن استبعاد تطبيق قاعدة التنازع يؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون المشار إليه بواسطة هذه القاعدة، فليس هناك انفصلاً إذن بين القاعدة والقانون الواجب التطبيق. ولذلك فإن البعض الآخر من الفقه يرى أن التنازل من قبل الأطراف - بإبرام الاتفاق الإجرائي - لا يكون عن قاعدة التنازع وإنما عن القانون الذي تشير إليه القاعدة.

2- إن القول بتطبيق قانون القاضي لأنه يتمتع باختصاص إسناد مساعد أمر من شأنه الإخلال بقاعدة المساواة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في التطبيق. وقد رأينا أن هذا الاتجاه يسوى بين حالة الاتفاق الإجرائي وحالة مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام وعدم التمكن من إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي. وغني عن البيان أن هذه التسوية بين الحالات الثلاث المذكورة ليست صحيحة، لأنه في الحالتين الأخيرتين تم تطبيق قاعدة التنازع وأشارت إلى تطبيق قانون أجنبي وبالتالي تم احترام قاعدة المساواة بين قانون القاضي والقانون الأجنبي في مرحلة تحديد القانون واجب التطبيق *la désignation du droit applicable*، ولا يستبعد القانون الأجنبي إلا في مرحلة التطبيق الفعلي له *l'application de droit* عندما يتبين تعارضه مع النظام العام أو العجز عن إقامة الدليل على محتواه أو حتى في الحالة التي يتم التأكد فيها من تماثل النتائج بين القانون المختص وفقاً لقاعدة التنازع والقانون الذي طبقه القاضي بالفعل كما ذهبت إلى ذلك محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها⁽¹⁾.

(1) في حكمها الصادر بتاريخ 23 مارس 2000 قضت محكمة النقض الفرنسية بأن:

“L'équivalence entre la loi appliquée et celle désignée par la règle de conflit – en ce sens que la situation de fait constatée par le juge aurait les mêmes conséquences juridiques en vertu de deux lois – justifie la décision qui fait

ولا يمكن المساواة بين هذا الاستبعاد للقانون الأجنبي في هاتين الحالتين وحالة استبعاد القانون الأجنبي في الاتفاق الإجرائي، ففي الحالة التي يقوم فيها الأطراف باستبعاد تطبيق قانون القاضي لصالح تطبيق قانون أجنبي فإن استبعاد أعمال هذا الأخير - لمجرد القول بقصر الاتفاق الإجرائي على قانون القاضي - من شأنه الإخلال بقاعدة المساواة بين قانون القاضي والقانون الأجنبي.

3- كما يستند الفقه الفرنسي إلى حجة أخرى مؤداها أن من شأن السماح للأطراف في الاتفاق الإجرائي باختيار قانون أجنبي تعارض هذا مع ما استقر عليه القضاء الفرنسي من عدم التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته. ولا تعد هذه الحجة حاسمة من وجهة نظرنا إذا لاحظنا أن هذا المبدأ ذاته قد تعرض للنقد من جانب الفقه الفرنسي ذاته⁽¹⁾، وهو أمر خاص بفرنسا وحدها لأن القوانين الأخرى تأخذ بمبدأ إلزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته⁽²⁾

application d'une loi autre que la loi compétente". V. Eric Agostini: Equivalence et conflit de lois, Recueil le Dalloz, n° 12, 23 mars 2000, p. 268.

وانظر كذلك في نفس المعنى:

Alexis Mourre: Chronique de droit international privé appliqué aux affaires - 1999-2000, Revue de droit des affaires internationales, n° 3, 2000, p. 364.

(1) يقرر بعض الفقه الفرنسي في هذا الشأن أن:

"Sauf accord procédural, la notion de droits disponibles ne remet nullement en cause l'obligation pour le juge de mettre en oeuvre toute règle de droit applicable... A l'égard du juge, les norms applicables font toujours autorité, même si les droits en la cause sont disponibles, car le juge n'est pas le destinataire de cette disponibilité, même s'il lui appartient de l'apprécier". V. Daniel Ammar: L'office du juge et le droit international privé, Revue de jurisprudence commerciale, juin 1999, p. 248 et s.

(2) مع ذلك تجدر الإشارة إلى أن هناك من القوانين من يذهب إلى تقرير مبدأ التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته، وفي نفس الوقت تمنح للأطراف حق استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لصالح تطبيق قانون القاضي. من قبيل ذلك قانون دولة Hongrie الذي وضع في المادة الخامسة منه مبدأ التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته، ثم نصت المادة التاسعة منه على أن:

دون أن يطلب الأطراف تطبيق القانون الأجنبي⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن قصر الاتفاق الإجرائي على إمكانية اختيار تطبيق قانون القاضي مع استبعاد القانون الأجنبي من شأنه إفراغ الاتفاق الإجرائي من قيمته. ذلك أن الهدف من الاتفاق الإجرائي هو تطبيق قانون آخر غير القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع المعتادة، وفي القانون الفرنسي لا يوجد التزام على القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته عندما تشير هذه القاعدة إلى تطبيق قانون أجنبي. لذا، يكفي لتطبيق قانون القاضي في فرنسا ألا يتمسك الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع ولسنا بحاجة إلى وجود اتفاق إجرائي في صالح تطبيق قانون القاضي.

وعلى ذلك فإن الاعتراف للاتفاق الإجرائي بقيمته وأثره يقتضي السماح للأطراف باستبعاد تطبيق القانون المحدد من قبل قاعدة التنازع سواء أكان هذا الاستبعاد لقانون القاضي في صالح تطبيق قانون أجنبي أو كان استبعاد لقانون أجنبي في صالح تطبيق قانون القاضي⁽²⁾.

“Quand les parties demandent d’un commun accord l’éviction de la loi étrangère applicable en vertu du présent décret-loi, il faut appliquer, au lieu de cette loi, la loi hongroise, ou, en cas d’admissibilité du choix de la loi, la loi choisie”.

انظر في تفصيل شرح ذلك النص:

Bénédicte Fauvarque-cosson: Libre disponibilité des droits et conflits de lois, op. cit., p.285 et s.

(1) ولهذا فإن الرأي الذي ينادي بقصر الاتفاق الإجرائي على قانون القاضي يعترف بأن فرنسا تقف منعزلة عن القوانين الأخرى في نظرتها إلى عدم وجود إلزام على عاتق القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته. انظر في ذلك:

Jean-Marc Bischof: Rapport de synthèse sur le Colloque concernant (Les problèmes actuels posés par l’application des lois étrangères), op. cit., p. 132.

(2) انظر في ذلك:

Bénédicte Fauvarque-cosson: Libre disponibilité des droits et conflits de lois, op. cit., p.284.

المطلب الثاني

استبعاد قاعدة التنازع وتطبيق قانون أجنبي

يفسر البعض تطبيق القانون الفرنسي في حكم روهو الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، وهو الحكم الذي اعترف بنظام الاتفاق الإجرائي، بأن القانون الفرنسي لم يطبق بوصفه فقط قانون القاضي وإنما بوصفه كذلك القانون الوطني لطرفي النزاع وقانون دولة تسجيل المركبة المستخدمة في الحادث. كما أنه من الملاحظ أن محكمة النقض الفرنسية قد استخدمت تعبيراً عاماً "بأن من حق الأطراف طلب تطبيق قانون آخر غير القانون المحدد بواسطة معاهدة دولية" مما يوحي بأن المحكمة العليا الفرنسية تقبل اختيار الأطراف لقانون أجنبي⁽¹⁾.

وإذا كنا قد قررنا أن من حق الأطراف في الاتفاق الإجرائي اختيار تطبيق قانون أجنبي فإن التساؤل يثار حول نطاق السلطة والحرية الممنوحة للأطراف في هذا الشأن، فهل يملك الأطراف اختيار تطبيق أي قانون أجنبي حتى ولو لم تكن هناك أية رابطة أو صلة بين القانون المختار والرابطة القانونية محل النزاع؟

من الملاحظ أن معاهدة روما المبرمة سنة 1980 تطبقت ضرورة وجود علاقة وثيقة بين العقد والقانون المطبق⁽²⁾. ويمكن القول أن اشتراط توافر علاقة وثيقة مع موضوع النزاع يعتبر أمراً هاماً وضرورياً، لأن من شأن ذلك تقييد سلطة

(1) وفق لحكم النقض الفرنسي في قضية روهو أكدت المحكمة علي أن:

“Les parties peuvent demander l’application d’une loi différente de celle désignée par une convention internationale”.

(2) تنص المادة 1/4 من معاهدة روما في هذا الشأن علي أن:

“Le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits”.

وقد وضعت الفقرة الثانية من نفس المادة العديد من القرائن التي يستعين بها القاضي في تقدير توافر هذه العلاقة الوثيقة المتطلبة بين العقد والقانون المختار، حيث قررت أن:

“Le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays ou la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s’il s’agit d’une société, association ou personne morale, son administration centrale”.

القاضي، لأن السلطة المطلقة قد تقود إلى إساءة استعمال القاضي لها⁽¹⁾. على أنه من الملاحظ أن النص السابق لمعاهدة روما إنما يتعلق بالحالة التي يقوم فيها القاضي بتحديد القانون واجب التطبيق بذاته في غيبة قانون الإرادة، ولم تنص المعاهدة على قيد مماثل عندما يتولى الأطراف تحديد القانون واجب التطبيق، الأمر الذي يعني أن من حق الأطراف اختيار تطبيق أي قانون حتى ولو لم يكن يتضمن صلة ما، مع الرابطة القانونية.

تجدر الإشارة إلى أن القانون الدولي الخاص السويسري بعد أن نص على قواعد الإسناد العادية، نص في المادة 1/15 على أن "القانون واجب التطبيق الذي يتم تحديده وفقاً لنصوص هذا القانون (أي القانون السويسري) لا يتم، بصفة استثنائية، إعماله إذا تبين على ضوء ظروف الحال أن القضية لا ترتبط إلا بعلاقة ضعيفة مع هذا القانون، وأنه توجد علاقة أكثر وثقاً مع قانون آخر". وقد استثنت الفقرة الثانية من نفس المادة الحالات التي يتم تحديد القانون واجب التطبيق وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة⁽²⁾.

ولذلك فإن أغلب الفقه يرى أن الأطراف لهم كامل الحرية في تحديد القانون واجب التطبيق على الرابطة القانونية. ويلاحظ أنه حتى بالنسبة للرأي الذي يشترط وجود علاقة بين العقد والقانون المختار، فإنه توجد معايير مرنة بالنسبة لهذه العلاقة المطلوبة، حيث يمكن الاكتفاء على سبيل المثال بإحالة الأطراف على نصوص عقد نموذجي تم إعداده طبقاً لنصوص قانون معين حتى ولو كان هذا الأخير لا يرتبط مع العقد بعلاقة ما⁽³⁾.

(1) لذلك فقد قيل في هذا الشأن أن: "Cette formule "les lien les plus étroits" présente cependant certains avantages par rapport a la totale discrétion donne aux arbitres par le droit français". V. E. Gaillard: Point de vue d'un utilisateur étranger, Revue de droit des affaires internationales, 1989, p. 799.

(2) انظر نص القانون الدولي الخاص السويسري منشوراً في: Revue critique de droit international prive, 1988, p.409.

(3) انظر في هذا المعنى: H. Batiffol: La approprié au contrat, Melanges Goldman, Librairies Techniques, Paris, 1982, p. 4 et s.

ولما كان الهدف من الاتفاق الإجرائي هو تقوية مبدأ سلطان الإرادة، وذلك بتوسيع المجال الذي يمكن فيه لإرادة الأطراف تحديد القانون واجب التطبيق، فإنه يمكن استعارة الحلول السابقة المعمول بها في مجال القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية. واستناداً إلى ذلك يمكن القول بأن الأطراف في الاتفاق الإجرائي لا يلتزمون باختيار قانون معين تكون بينه وبين الرابطة القانونية صلة ما⁽¹⁾. على أنه من الملاحظ من الناحية العملية أن الأطراف سوف يقومون باختيار قانون يتضمن - حتماً - صلة ما مع الرابطة القانونية محل النزاع عندما يستبعدون القانون المحدد من قبل قاعدة التنازع.

ومع ذلك يرى البعض أن عدم اشتراط رابطة بين القانون المحدد بواسطة الاتفاق الإجرائي والرابطة القانونية من شأنه إمكانية اختيار الأطراف لقانون أجنبي منعدم الصلة بالرابطة القانونية، مما يؤدي إلى تفويت الغرض من قاعدة التنازع التي تهدف إلى إسناد الروابط القانونية إلى أنسب وأوثق القوانين بها من الناحية الموضوعية.

وللتغلب على هذه الصعوبة يفرق البعض بين نوعين من قواعد تنازع القوانين:

- إذا كانت قاعدة تنازع القوانين الأصلية تسمح للأطراف بالحرية في تحديد القانون واجب التطبيق، فإنه يمكن للأطراف استبعاد تطبيق هذه القاعدة وأن يختاروا في الاتفاق الإجرائي أي قانون ولو لم تكن بينه وبين الرابطة صلة ما. وهذا يتوافر في مجال الالتزامات التعاقدية حيث يسود مبدأ سلطان الإرادة.

- أما إذا كانت قاعدة التنازع لا تترك للأطراف إلاحرية محدودة في الاختيار بين قانونين مثلاً، أو تحدد القانون واجب التطبيق موضوعياً دون ترك حرية ما للأطراف، فإن الاتفاق الإجرائي يتعين أن يتمشى في هذه الحالة مع الهدف الأساسي من قاعدة التنازع وذلك بأن يكون القانون المختار من قبل الأطراف في

(1) انظر في هذا المعنى:

Bénédicte Fauvarque-cosson: Libre disponibilité des droits et conflits de lois, op. cit., p.288.

الاتفاق الإجرائي على صلة ما بالرابطة القانونية⁽¹⁾.

وننتهي مما سبق إلى أن الأطراف لهم الحق في الاتفاق الإجرائي في استبعاد قاعدة التنازع والمطالبة بتطبيق قانون آخر سواء أكان هو قانون القاضي أو قانون أجنبي. ذلك أن الاتفاق الإجرائي لا يهدف فقط إلى التنازل *accord de renonciation* عن قاعدة التنازع حتى يمكن القول بقصر هذا الاتفاق على السماح بتطبيق قانون القاضي، وإنما يهدف إلى إحلال قانون آخر محل القانون المحدد من قبل قاعدة التنازع *accord de substitution*، ومن ثم من حق الأطراف اختيار القانون الذي يحل محل القانون المستبعد ولا يجوز قصر هذا الحق على قانون القاضي فحسب⁽²⁾.

وقد أكدت بعض الأحكام الحديثة لمحكمة النقض الفرنسية على هذا الدور المزدوج للاتفاق الإجرائي، أي إمكانية اختيار الأطراف ليس فقط لقانون القاضي وإنما كذلك لقانون أجنبي. من قبيل ذلك يمكن أن نذكر الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 26 مايو 1999 والذي قضت فيه بأن من حق الأطراف في نطاق الحقوق التي يملكون التصرف فيها الاتفاق على تطبيق قانون آخر غير القانون المحدد بواسطة معاهدة دولية أو شرط تعاقدية نص على تطبيق قانون

(1) انظر في هذا المعنى:

Bénédicte Fauvarque-cosson: *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, op. cit., p.289.

(2) لذلك قيل في هذا المعنى أن:

“La lex fori ne doit donc pas, à notre avis, avoir une vocation universelle principale pour résoudre les litiges à prépondérance étrangère. Le juge doit appliquer d’office sa règle de conflit, et il doit toujours avertir les parties lorsqu’elle désigne un droit étranger. Certes les parties pourront renoncer à l’application du droit étranger (excepté dans certaines matières d’ordre public): dans ce cas, la lex fori pourra trancher le litige. Elle possédera ainsi une certaine vocation universelle; mais il faut remarquer que cette vocation n’aura alors aucun caractère privilégié, les parties pourraient tout aussi bien désigner une autre loi étrangère, et le juge devrait alors en principe l’appliquer”. V. Cyrille David: *La loi étrangère devant le juge du fond*, op. cit., p. 93.

معين⁽¹⁾. ويستفاد من ذلك أن القضاء الفرنسي لم يقيد الأطراف في الاتفاق الإجرائي بضرورة اختيار تطبيق قانون القاضي وإنما وضع قاعدة عامة مؤداها إمكانية اختيار تطبيق قانون آخر غير القانون الأصلي المحدد من قبل قاعدة التنازع.



كلية الحقوق

جامعة القاهرة

(1) قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الحكم بأن: “Pour les droits dont elles ont la libre dispositions, les parties peuvent s’accorder sur l’application d’une loi autre que celle désignée par une Convention internationale ou une clause contractuelle désignant la loi compétente; un tel accord peut résulter des conclusions des parties”.

انظر هذا الحكم مشاركاً إليه في:

Marie-Laure Nibpyet: Le statut procédural de la loi étrangère: une jurisprudence encore flottante ou un changement de cap?, La Gazette du Palais, 1er et 2 mars 2000, p. 39.



كلية الحقوق
جامعة القاهرة

خاتمة البحث

تحدثنا في هذا البحث عن مدى إلزامية قاعدة التنازع بالنسبة للأطراف. والذي يهمننا في هذه الخاتمة الإشارة إلى بعض النتائج الهامة التي ترتبط بدور الاتفاق الإجرائي في مجال تنازع القوانين.

يعتبر الاتفاق الإجرائي من بين الوسائل التي تؤدي إلى التغلب على الانتقادات التي وجهت إلى قاعدة التنازع المزدوجة الجانب والتي تتمثل في اكتفاء قاعدة التنازع بمجرد الإشارة إلى القانون واجب التطبيق دون أن تلقى بالأى إلى النتائج التي تترتب على تطبيق القانون المشار إليه. وإذا كان الأمر كذلك فإن أعمال قاعدة التنازع قد يقود إلى نتائج غير متوقعة وغير مرغوب فيها بالنسبة للأطراف. ولهذا يمكن للأطراف - بواسطة الاتفاق الإجرائي - استبعاد تطبيق قاعدة التنازع التي تشير إلى تطبيق قانون ما والمطالبة بتطبيق قانون آخر يكون أكثر استجابة للتوقعات المشروعة للأطراف وأكثر تحقيقاً لمصالحهم.

وعلى الرغم من النتائج والمزايا التي ذكرناها لنظام الاتفاق الإجرائي إلا أنه ينبغي عدم المغالاة في قيمتها. ذلك أنه حتى يكون للاتفاق الإجرائي قيمته ينبغي أن يوضع مبدأ التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته، بحيث لا تتم التفرقة بين الحالة التي تشير فيها قاعدة التنازع إلى تطبيق القانون الوطني والحالة العكسية التي يكون القانون الواجب التطبيق فيها قانوناً أجنبياً. ولهذا تحتفظ قاعدة التنازع بقوتها الإلزامية تجاه القاضي ولو أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي، أما بالنسبة للأطراف فإن بإمكانهم - بواسطة الاتفاق الإجرائي - استبعاد تطبيق القانون المختص أصلاً وفقاً لقاعدة التنازع والمطالبة بتطبيق قانون آخر.

وإذا كانت قاعدة التنازع تحتفظ بقوتها الإلزامية على هذا النحو وفقاً لبعض القوانين كما أوضحنا من قبل، إلا أن البعض الآخر من القوانين - كالقانونين الفرنسي والمصري⁽¹⁾ - لا يلقي على عاتق القاضي مبدأ الالتزام بتطبيق قاعدة

(1) نشير في هذا المجال أيضاً إلى قانون الإجراءات المدنية الأسباني الصادر بتاريخ 7 يناير 2000، حيث لم يضع - على غرار القانونين الفرنسي والمصري - التزاماً حقيقياً على عاتق القاضي بالبحث عن محتوى القانون الأجنبي. وتنص في ذلك المادة 2/281 من هذا القانون على أن:

التنازع عندما تشير إلى تطبيق قانون أجنبي. وفي ظل هذه القوانين الأخيرة يمكن للقاضي أن يتغاضى عن تطبيق القانون الأجنبي المختص أصلاً لمجرد أن الأطراف لم يتمسكوا بتطبيقه أمامه. ويتعين علينا أن نفرق هنا بين حالتين:

- تتناول أولهما الوضع حيث يكون القانون الواجب التطبيق قانوناً أجنبياً ويتمسك الأطراف بتطبيقه. لا توجد أية مشكلة في هذه الحالة حيث يلتزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة طالما أمكن له - بمساعدة الأطراف - إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي. ومن الواضح هنا أنه لا مجال لوجود الاتفاق الإجرائي حيث يهدف هذا الاتفاق إلى استبعاد تطبيق قاعدة التنازع في حين أن الفرض أن الأطراف قد تمسكوا بتطبيق هذه القاعدة.

- أما الحالة الثانية فإنها تتعلق بالوضع حيث لا يتمسك الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم الرابطة القانونية محل النزاع. في هذه الحالة سيقوم القاضي بتطبيق قانونه الوطني لأنه لا يلتزم بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء ذاته. على أنه يستثنى من ذلك الحالة التي يوجد فيها اتفاق إجرائي بين الأطراف وهو الاتفاق الذي يستبعد فيه الأطراف تطبيق القانون المختص ويطالبون بتطبيق قانون آخر.

وغني عن البيان أننا بصدد وضع على قدر كبير من الغرابة والشذوذ: فحيثما يسكت الأطراف ولا يطالبون بتطبيق القانون الأجنبي المختص يستبعد تطبيق هذا القانون الأخير ويطبق بدلاً منه قانون القاضي، وحيثما يستبعد الأطراف قاعدة التنازع التي تشير إلى تطبيق قانون أجنبي يستبعد هذا القانون الأخير كذلك. ففي كلتا الحالتين يتم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص. كما أن في كلتا الحالتين يقوم القاضي بتطبيق قانونه الوطني (إذا افترضنا أن الأمر معروض على القاضي الفرنسي حيث لا يجوز في فرنسا استبعاد قاعدة التنازع لصالح تطبيق قانون أجنبي بل لصالح تطبيق القانون الفرنسي فحسب).

“Le droit étranger devra être prouvé en ce qui concerne son contenu et sa vigueur, le tribunal pouvant utiliser tous les moyens de recherche qu’il estime nécessaire à son application”.

وهكذا فإنه في ظل الأنظمة التي لا تلقي على عاتق القاضي الالتزام بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته نتوصل إلى النتيجة التالية: ليست هناك حاجة للاتفاق الإجرائي حيث يمكن التوصل إلى ما يهدف إليه بطريقة أكثر يسراً، فطالما أن القاضي لا يلتزم بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته وطالما أن الاتفاق الإجرائي يقتصر أثره على حالة اختيار الأطراف لتطبيق قانون القاضي فإن هذا الاتفاق لن يتخذ سوى الصورة التالية: استبعاد الأطراف لقاعدة التنازع التي تشير إلى تطبيق قانون أجنبي والمطالبة بتطبيق القانون الوطني للقاضي. هذه النتيجة من الميسور التوصل إليها بمجرد عدم تمسك الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي دون أن يكون هناك أي احتياج لإبرام الاتفاق الإجرائي.

ومن أجل هذا ولأسباب السابق ذكرها وحتى يحتفظ الاتفاق الإجرائي بقيمته كاملة يتعين التسليم بالاعتبارات التالية:

- يلزم أولاً، وجود التزام عام على عاتق القاضي بتطبيق قاعدة التنازع الوطنية أياً كان القانون المشار إليه. كما يلتزم القاضي بالبحث عن محتوى القانون الأجنبي من تلقاء ذاته، فلا معنى لإلزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته ثم نلقي عبء البحث عن محتوى القانون الأجنبي على عاتق الأطراف. ذلك أن هذا الوضع يؤدي إلى إفراغ مبدأ الإلزام من مضمونه ولذا يجب عدم الفصل بين المسألتين المشار إليهما.

- كما يلزم عدم تقييد حرية الأطراف في الاتفاق الإجرائي بقصر هذا الاتفاق على حالة اختيار تطبيق قانون القاضي. ومن هنا يجب أن يكون من حق الأطراف - بعد استبعاد القانون المختص أصلاً وفقاً لقاعدة التنازع - اختيار تطبيق القانون الذي يروونه ملائماً لمصلحتهم سواء أكان هذا القانون هو قانون القاضي ذاته أم كان قانوناً أجنبياً.

"تم بحمد الله وتوفيقه"



كلية الحقوق
جامعة القاهرة