جامعة عين شمس

كلية الحقوق

القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي

رسالة دكتوراه في الحقوق

مقدمة من الباحث

مهند عزمي مسعود أبو مغلي

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

الاستاذ الدكتور / ابراهيم احمد ابراهيم ..... مشرفا ورئيسا

أستاذ ورئيس قسم القانون الدولي الخاص بكلية الحقوق جامعة عين شمس

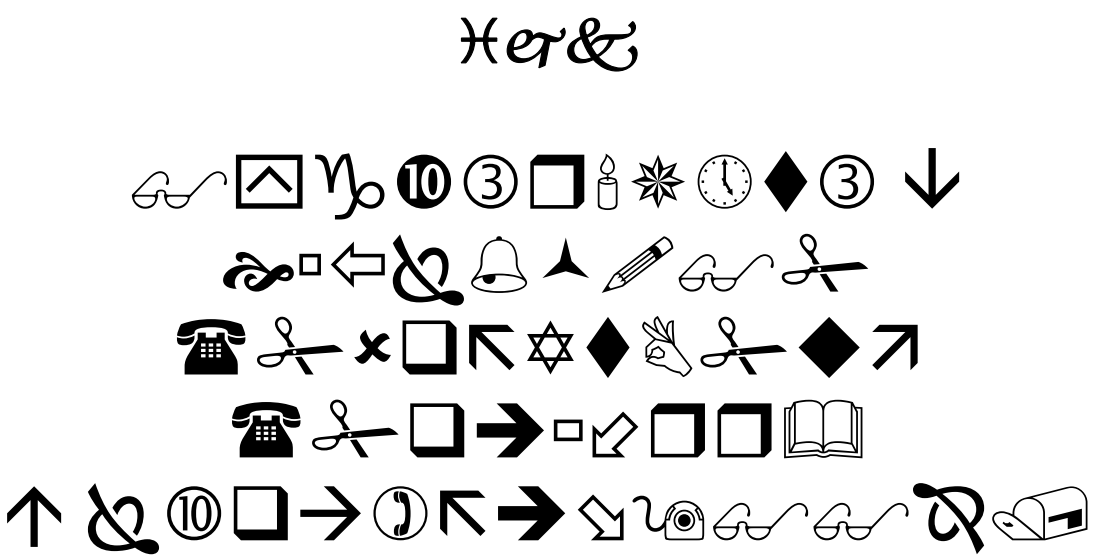
الاستاذ الدكتور / بدر الدين عبد المنعم شوقي ..... عضوا

استاذ القانون الدولي الخاص بأكاديمية الشرطة

المستشار الدكتور / جمال طه ندا ..... عضوا

نائب رئيس مجلس الدولة

القاهرة 2005



(المائدة 001)

الإهــداء

- إلى من قرنت طاعتهما بطاعة المولى عز وجل والدّي أطال الله عمرهما.

- إلى من ضحت بوقتها وحقها لأسير
في مدارج العلم والطموح زوجتي رفيقة دربي.

- إلى من أرجو الله أن لا ينقطع عملي بهم أولادي.

شــكــر وتقــدير

أحمد الله سبحانه وتعالى الذي منَّ عليّ بإنجاز هذا العمل، فإنني أحمده حمداً كثيراً على ما ألهمني من صبر وعون، وأنه لايسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى من مد لي يد العون وزودني بالكثير من معرفته وخبرته العلمية والقانونية، صاحب الرأي السديد، والعلم الغزير، العالم الجليل الأستاذ الدكتور/ إبراهيم أحمد إبراهيم – أستاذ ورئيس قسم القانون الدولي الخاص بكلية الحقوق جامعة عين شمس ومدير مركز تحكيم حقوق عين شمس السابق، والخبير بالمنظمة العالمية للملكية الفكرية – جنيف.

أسأل الله سبحانه وتعالى أن يديمه ذخراً وسنداً للباحثين وطلاب العلم.

كما واتقدم بخالص الشكر والتقدير الى من يسر لي الطريق ومد لي العون اثناء عملي في الجامعة كعضو هيئة تدريس خلال العام الماضى الاستاذ الدكتور / نعمان احمد الخطيب – عميد كلية الحقوق – نائب رئيس جامعة الاسراء.

الباحث

مهند عزمي أبو مغلي

الفهـــــرس

الفهرس

الموضوع **رقم الصفحة**

الاهداء .....

شكر وتقدير .....

التقديم 1

الباب الأول

العقد الدولي 13

الفصل الأول : مفهوم ومعيار العقد الدولي 15

المبحث الأول : مفهوم الإرادة 17

المطلب الأول : المعنى العام للإرادة 18

المطلب الثاني : الإرادة في القانون الوضعي 25

المطلب الثالث : معالم فكرة قانون الإرادة وتطورها
في القانون الدولي الخاص 30

المبحث الثاني : مفهوم العقد الدولي 33

المطلب الأول : الاتجاه الفقهي في تعريف العقد 34

المطلب الثاني : الاتجاه التشريعي في تعريف العقد 36

المطلب الثالث : معيار العقد الدولي 38

الفصل الثاني : العقد الإلكتروني 42

المبحث الأول : ماهية العقد الإلكتروني 45
المطلب الأول :خصائص العقد الالكتروني 48
المطلب الثاني : التراضي في العقد الإلكتروني 53
المطلب الثالث : زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني 66
المبحث الثاني : إثبات العقد الإلكتروني 74
المطلب الأول : مدى تمتع القواعد المادية للعقد الالكتروني بصفة النظام القانوني 77
المطلب الثاني : مدى تشكيل القواعد المادية للعقد الالكتروني لنظام قانوني مستقل 82
المطلب الثالث: مفهوم وشروط الكتابة ومدى توفرها في المحررات الإلكترونية 87
المطلب الرابع : مفهوم وشروط التوقيع ومدى توفرها في التوقيع الالكتروني 96

الباب الثاني

منازعات العقد الدولي والقانون الواجب التطبيق 109
الفصل الأول : قواعد الإسناد التقليدية ومدى ملاءمتها للتطبيق على عقود التجارة الدولية الإلكترونية..... 113
المبحث الأول : معايير تحديد قانون العقد الدولي (قواعد الإسناد) 117
المطلب الأول : قواعد الإسناد الجامدة للرابطة العقدية..... 119
المطلب الثاني : قواعد الإسناد المرنة للرابطة العقدية.....122
المطلب الثالث : المعيار الاقتصادي 125
المطلب الرابع : المعيار المزدوج 127

المبحث الثاني: تعطيل قواعد الإسناد 129
المطلب الاول : الدفع بالنظام العام 131
المطلب الثاني : الدفع بالغش نحو القانون 138
المبحث الثالث : المنازعات العقدية الإلكترونية ومدى انطباق قواعد الإسناد عليها **144**
المطلب الاول : الاتجاه التشريعي والدولي الاتفاقي 145
المطلب الثاني : عوامل الارتباط المكانية 149
المطلب الثالث : قواعد خاصة بعوامل الاسناد 153
الفصل الثاني : دور التحكيم في فض منازعات عقود التجارة الدولية الإلكترونية **156**
المبحث الأول : مفهوم ومزايا التحكيم 158
المطلب الأول : مفهوم التحكيم 159
المطلب الثاني : سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق 169
المبحث الثاني : التزامات المحكم في مواجهة المحتكمين **196**
المطلب الأول : التزامات المحكم في مرحلة اصدار الحكم 198
المطلب الثاني : بطلان حكم التحكيم 211
الخاتمة 234
ملاحق الدراسة 240
قائمة المراجع 312

تم بحمد الله،،،

التقـديم

مقدمة عامة

التعريف بموضوع البحث .

أولاً : أهداف البحث .

ثانياً : منهجية البحث .

ثالثاً : محتوى البحث .

أهمية الموضوع العلمية والعملية .

مقدمة عامة:

ان عملية الحياة في دوران واستمرار ، ولما كانت الحياة الاقتصادية ترتبط مع عملية الحياة وجوداً أو عدماً ، وكون البيئة القانونية هي الأساس للارتقاء بمستوى المعيشة والتطور الاقتصادي ، فإنه يتعين وجود تنظيم قانوني يسبق أي شكل من أشكال التطور الحضاري مقدماً له مفتاح الارتقاء والازدهار.

ومن الوسائل التي أكدت القوانين كافة ، على ضرورة مراعاتها لما تمثله من دور فعال لرفع المستوى المعيشي ، فضلاً عن المستوى الاقتصادي ، هنالك الإرادة . إرادة المتعاقدين . في تحمل الالتزامات والتمتع بالحقوق سواء على الصعيد المحلي أو الصعيد الدولي .

وقد تجلى دور الإرادة في إبرام العقود على الصعيد الدولي لما تحمله هذه العقود الدولية غالباً من دور مالي يفوق مثيله من العقود المحلية ، وهو الأساس الذي قامت عليه العقود الدولية ، إلى جانب دور التشريعات في توفير الحماية القانونية اللازمة لتنفيذ هذه العقود المرتكزة إلى إرادة المتعاقدين في تحديد الأطر القانونية التي تحكم الالتزام العقدي .

ومن أولى هذه الأطر القانونية في تنظيم مسائل العقد تحديد القانون الذي يحكم العقد في حال وجود أدنى خلاف وقع في تنفيذ العقد الدولي .

ولقد كان تنازع القوانين في مسائل العقود الدولية من أهم مسائل القانون الدولي، وما زال من أدقها على صعد فنيتها واتساع مجالها .

فمن حيث فنيتها ، لا يمكن وصف الإرادة التي تتم خلالها معاملات العقود الدولية إلا بتحديد القانون الواجب التطبيق مسبقاً ، وذلك لمواجهة مستجدات تتزايد نموها واتساع وتنوع صورها وآلية تطور نظامها القانوني وعلى أسس كفالة الثقة والطمأنينة لذوي الشأن في عقود التجارة الإلكترونية في ميدانها الدولي ، وتحديد أطر نظامها القانوني الواجب تمام معاملاتها في إطاره .

ورغم أن عقود التجارة الداخلية ، تخضع للقانون الداخلي وتوفر موجبات العلم المسبق بالنظام القانوني الذي تعاقد ذوي الشأن على أساسه إلا أن الأمر بالنسبة لعقود التجارة الدولية

. والتي هي من ميادين العلاقات الخاصة الدولية . المتصلة بأكثر من نظام قانوني في آن واحد الأمر الذي يستوجب تحديد القانون الواجب التطبيق عليها .

ولكي تقوم علاقات عقود التجارة الدولية ، لا بد من توافر المعيار القانوني التقليدي أسوة بالروابط القانونية الخاصة بغية الكشف عن دولية الروابط العقدية ، لا بد من تواجد عنصر أجنبي أو أكثر وتعلق هذه العقود بمصالح التجارة الدولية ، وذلك لضرورة تجاوز أثارها حدود الاقتصاد الوطني وانتقال تلك الأموال أو الخدمات عبر حدود السيادة الوطنية.

وبالتالي ولكي يتحقق الطابع الدولي للرابطة العقدية ، لا بد من وجود عنصراً أجنبياً أو أكثر ، وان يكون هذا العنصر مؤثراً ، بحيث يتم الكشف عن الطابع الدولي في مجال عقود التجارة الدولية بمعزل عن المعيار الاقتصادي . وهو ما يعبر عنه (بالمعيار القانوني المضيق) .

وعلى ضوء ذلك ، فإن الأمر يدعونا إلى تحديد المقصود بالعقود الدولية للوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق بشأنها ، بحيث تخرج العقود التي لا تعد من عقود المبادلات التجارية من مجال العقود الدولية. ويقتصر بحثنا على عقود التجارة الدولية ، والمتمثلة بعقود التجارة الإليكترونية ووسائل فض منازعاتها في ضوء مشكلة تنازع القوانين والمتمثلة بالتحكيم .

وعلى ضوء ذلك فإن العقود التي ستكون محلاً لهذه الدراسة تتمثل بعقود التجارة الدولية، وبالتالي يخرج من نطاقها عقود الأحوال الشخصية وعقود العمل وعقود المعاملات المالية العقارية وغير العقارية أو العقود المتعلقة بالعلاقات الاقتصادية الدولية مثل البيوع الدولية للمنقولات المادية وغير المادية . ولا يؤثر على طبيعة عقود التجارة الدولية التي ارتبطت بنشأة القانون الدولي الخاص وفقاً لمضمونه الحديث أن تكون الدولة أو أحد مشروعاتها العامة طرفاً بالعقد ، كون انتقلت الدولة كطرف متعاقد من المتعاقد الحارس إلى المتعاقد المشارك ، بحيث صارت الدولة شريكاً في مسرح الحياة الخاصة الدولية بوصفها مشترية أو بائعة أو مقترضة وذلك وفقاً لنماذج عقود المشروعات العامة الوطنية والشركات الأجنبية كعقود الاستثمار وعقود الأشغال العامة وعقود التعاون الصناعي وعقود نقل التكنولوجيا وعقود المساعدات الفنية وعقود المنشآت الصناعية ، وخير شاهد على ذلك في عقود تسليم المفتاح وعقود تسليم المنتج في اليد وعقود تسليم التسويق في اليد .

وعليه فإذا استبعدت جميع العقود الدولية التي لا يكون محلاً لها المبادلات التجارية فإن محور دراستنا سيقتصر على عقود التجارة الدولية وذلك على صعيد بيان ماهية العقد الدولي الإلكتروني ومسائل فض منازعاته في ميدان تنازع القوانين من خلال التحكيم وصولاً إلى تحديد القانون الواجب التطبيق .

ولما كانت عقود التجارة الدولية تخضع في أحكامها إلى الأحكام العامة في التعاقد وخاصة تحديد دور سلطان الارادة في ظهورها إلى حيز الوجود الأمر الذي دفعنا في هذه الدراسة إلى دراسة الأحكام المتعقلة بقانون الاردادة بغية الوصول الى تحديد نطاق خضوع التجارة الدولية لقانون الارادة ودراسة الاحكام المتعلقة والآثار الناجمة عن إعماله في هذا الإطار بالقدر الذي تقتضيه متطلبات حل مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدولية في ضوء مسألة تنازع القوانين . والأصل في خضوع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة يقتصر على الجانب الموضوعي للعقد في مجال تكوين العقد وشروط انعقاده الموضوعية في التراضي والمحل والسبب من ناحية ومن ناحية أخرى ما يتعلق بآثار العقد بالنسبة للأشخاص أو موضوعه والتزامات الفرقاء فيه وأساس المسؤولية نظراً لتحديد القانون الواجب التطبيق بشأنها .

وعلى ضوء ما تقدم فإن المحاور الرئيسية لدراستنا ستشمل العقد الدولي ماهيةً وقواعد واثار ومدى خضوع هذا العقد في أحكامه الموضوعية لقانون الإرادة وللصلة الوثيقة بين العقد الدولي بالعقد الإلكتروني والذي يعد الصورة المثلى لعقود التجارة الدولية تطرقت دراستنا لماهية هذا العقد وقواعده وآثاره ووسائل فض منازعاته في إطار مشكلة تنازع القوانين المتمثلة بالتحكيم بغية الوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بمضمونه الكامل.

التعريف بموضوع البحث:

إن دراستنا لموضوع القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ولما تقتضيه من دراسة لمحاور تحديد ماهية العقد الدولي ونطاق خضوعه لقانون الإرادة والصورة المعبرة عنه في مجال التجارة الدولية والمتمثلة بالعقد الإلكتروني ووسائل فض منازعاته في إطار مشكلة تنازع القوانين بغية الوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق تخضع إلى دراسة عملية لموضوع هذا البحث

في ضوء الوصول إلى أهداف محددة ووفق منهجية واضحة وصولاً لبناء محتوى بحثي نبني معه محاور هذه الدراسة لإبراز مضمون خطتها الدراسية وذلك من خلال المظاهر الآتية :

أولاً : أهداف البحث:

إن دراسة القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي تبرز أهمية تحديد مفهوم ومعيار العقد الدولي ونطاق خضوع أحكام العقد الدولي لقانون الإرادة على صعيد القانون الوضعي والقانون الدولي الخاص .

كما تبين هذه الدراسة مفهوم العقد الدولي من خلال بيان وضع الاتجاه الفقهي في تعريف العقد والاتجاه التشريعي له ، وبنفس الوقت ولما كان العقد الإلكتروني هو الصورة الواضحة للعقد الدولي في مجال عقود التجارة الدولية ويمثل المحور الرئيسي هذه الدراسة اقتضى الأمر في تحديد ماهية العقد الإلكتروني ودراسة أحكام التراضي فيه ، ودور العنصر الزماني والمكاني في إبرامه ودراسة أحكام إثباته على صعد المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني .

ومن ناحية أخرى ولما كان العقد الدولي في مجال القانون الواجب التطبيق تثور فيه المنازعات على صعد الانعقاد والتنفيذ والآثار فإن هذه الدراسة تحاول تحديد مدى ملائمة قواعد الإسناد التقليدية في حل تلك المنازعات في ضوء قواعد الإسناد للرابطة العقدية في مجاليها الجامد والمرن، والأثر المترتب على تعطيل قواعد الإسناد والبحث عن الوسائل الناجعة لفض هذه المنازعات بوسائلها المعاصرة والتي أهمها التحكيم ، وبنفس الوقت معالجة هذه المحاور على صعد المنازعات العقدية الإلكترونية .

- وما دام أن التحكيم هو من وسائل فض منازعات عقود التجارة الدولية الإلكترونية فإن هذه الدراسة تهدف إلى تحديد دور هذا التحكيم في فض تلك المنازعات وذلك من خلال رسم مفهوم ومزايا التحكيم وسلطان المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق والتزاماته في مواجهة المحتكمين والآثار الناجمة عن قراراته من حيث التزامات المحكم وبطلان حكم التحكيم .

- كما بينت هذه الدراسة خلاصة لموضوعها والنتائج التي توصلت إليها والتوصيات التي تلفت النظر للعناية بها .

ثانياً : منهجية البحث:

إبرازا لأهداف هذه الدراسة فإن منهجيتها لبحث موضوع القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ستكون دراسة تحليلية تأصيلية للفكر الدولي في ضوء اجتهاد القضاء الدولي وأحكام المحكمين بغية الوصول إلى نظرية متكاملة لأحكام القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي .

ثالثاً : محتوى البحث:

إظهاراً لأهداف البحث وإبرازا لمنهجيته فإن محاور دراسة موضوع هذا البحث (القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي) ستكون ببيان ودراسة أحكام العقد الدولي من حيث مفهوم ومعيار العقد الدولي ومدى خضوع هذا العقد لقانون الإرادة وصولاً لتحديد مدلول الإرادة ودراسة أحكامها على صعد القانون الوضعي وفكرة قانون الإرادة وتطورها في القانون الدولي الخاص ، ومفهوم العقد الدولي من حيث الاتجاه الفقهي في تعريفه والاهتمام التشريعي في تحديده ومحاولة رسم معيار محدد للعقد الدولي .

ومن ناحية أخرى الوقوف على أحكام العقد الإلكتروني ماهيةً من حيث دراسة فكرة التراضي والنطاق الزماني والمكاني وكذلك دراسة مسألة إثباته على صعد المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني ومن جانب أخر دراسة الناحية العملية في العقد الدولي في نطاق القانون الواجب التطبيق على صعد أحكام المنازعات وقواعد حلها ووسائل فض منازعاتها وذلك من خلال دراسة قواعد الإسناد التقليدية ومدى ملائمة تطبيقها على عقود التجارة الدولية الإلكترونية في مجال قواعد الإسناد للرابطة العقدية بمجاليها الجامد والمرن وتحديد آثار تعطيل قواعد الإسناد وكذلك دراسة هذه الأفكار على صعد المنازعات العقدية الإلكترونية .

ومن ناحية ثالثة ، ولما كان التحكيم الوسيلة الدولية المعاصرة في فض منازعات عقود التجارة الدولية الإلكترونية فإن هذه الدراسة ستتناول بحث موضوع مفهوم ومزايا التحكيم من حيث تحديد تعريف التحكيم وسلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق وتحديد التزامات المحكم في مواجهة المحتكمين والآثار الناجمة على صدور الحكم في تلك المنازعة موضوع التحكيم.

وستنهى هذه الدراسة بخاتمة تحدد خلاصة موضوعها والنتائج المتوصل إليها والتوصيات التي يتعين أخذها بالاعتبار على صعد التنظيم الدولي لأحكام نظرية القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي .واتماماً للفائدة من هذه الدراسة وموضوعها سيتبعها بملاحق تمثل النصوص القانونية على مستوى الشرعة الدولية والتشريعات الوطنية الماسة بتنظيم أحكام العقد الدولي والتجارة الإلكترونية .

الأهمية العلمية والعملية لموضوع البحث:

إن فكرة القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي تلقي الضوء على ماهية العقد الدولي مفهوماً وأحكاماً ونظاماً قانونياً وتحدد قواعد إبرامه وإثباته وإجراءاته وصوره المظهرة للتجارة الدولية ووسائل فض منازعاته المتمثلة بالتحكيم .

إن دراسة فكرة القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بهذه المثابة تشكل آلية قانونية تبرز فنية ودقة العقد الدولي من حيث بيان مفهومه وكيفية إبرامه ومعالجة الآثار الناجمة عن انعقاده ووسائل فض المنازعات الناشئة عن إعمال مبدأ سلطان الإرادة في ضوء تحديد القانون الواجب التطبيق لحل مسألة تنازع القوانين بشأنها وتأتي هذه الفنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي من خلال الموازنة بين دور المعيار القانوني التقليدي الذي يكشف عن دولية الروابط العقدية في هذا الشأن والتي تقتضي تضمينها لعنصر أجنبي أو اكثر وأن يكون موضوع العقد الدولي متعلقاً بمصالح التجارة الدولية مع الآخذ بعين الاعتبار انه يتعين أن تتعدى تلك الآثار إطار الاقتصاد الوطني من خلال انتقال الأموال أو الخدمات خارج نطاق الخضوع لسيادة الحدود .