القانون الواجب التطبيق على الجانبين الموضوعي والشكلي للعقود

"دراسة تحليلية في إطار نظام تنازع القوانين السوري"

الدكتورة: وفاء مزيد فلحوط

كلية الحقوق – جامعة دمشق

الملخص

تعدّ العقود الدولية مجالاً رحباً للعلاقات الدولية الخاصة، وانطلاقا من أهمية تحديد القوانين الواجبة التطبيق على العقود الدولية بجانبيها الموضوعي والشكلي يتصدى البحث من خلال دراسة تحليلية ناقدة لمختلف قواعد الإسناد السورية ذات الصلة ، وذلك للوقوف على أهم ما يسجل لصالح المنحى التشريعي السوري في معرض ذلك الإسناد من جهة ، ولبيان أهم ما يؤخذ عليه من جهة أخرى ، وذلك بغرض تأسيس سند قانوني لمقترحنا بإعادة بناء الصيغة التشريعية لتلك القواعد بالقدر الذي يضمن حماية أحكام القضاء السوري مما سبق وتعرضت له من طعن محق بما آلت إليه خطأً في معرض تطبيق تلك القواعد ، وبما ينسجم –بنفس الوقت– مع احتياجات العلاقات العقدية في نطاق القانون الدولي الخاص.

The Law applicable to both the substantive and formal aspects of contracts

"An Analytical Study Within the framework of the Syrian System of the laws conflict"

Abstract

International contracts are considerable scope for the private international relations, and based on the importance of determining the laws applicable to the international contracts in both their substantive and formal aspects, this research addresses through a critical analytical study of the various relevant Syrian rules of laws conflict, in order to find out the positive advantages in the Syrian legislation on the one hand, and to clarify the negatives on the other hand, with the aim of providing or establishing a legal basis for our proposal to redraft the legislative form of these rules in a way that ensure the protection of the judicial decisions from cassation because of a mistake in applying these rules, and in line - at the

same time - with the requirements of the contractual relations within the private international law.

***تمهيد وتحديد:**

وردت قواعد تنازع القوانين السورية في القانون المدني السوري[1]، من المادة (12) وحتى المادة (24). ولو نظرنا إلى جملة هذه القواعد لأمكن تصنيفها في عدة مجموعات، يستقطب كل منها مركز ثقل يمثل قاعدتها في الإسناد، ويختلف هذا المركز باختلاف مجموعات الإسناد ، ومما يقع في اهتمامنا لخدمة أغراض البحث: **مجموعة المسائل المتعلقة بالأشخاص**، حيث تظهر "جنسية الأشخاص المعنيين" كمركز ثقل في هذه المجموعة، وقد اشتملت هذه المجموعة على الجانب الموضوعي لعقود الزواج المختلط في المادتين(13و15) ، و**مجموعة الأموال**، حيث يظهر "موقع المال" مركز الثقل في هذه المجموعة، ويندرج من ضمنها الاستثناء الوارد في م (2/20)، و **مجموعة العقود**

(1) **الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 1949/5/18.**

(م1/20)، حيث تتصدر "إرادة المتعاقدين" عوامل التركيز الأخرى، وأخيراً **مجموعة الشكل** ، ويظهر فيها لزوماً "محل إبرام التصرف" كأحد الخيارات المتاحة في الإسناد، كما هو الحال في م(21).

***إشكالية البحث وهدفه:** حيث تتمحور إشكالية بحثنا في صياغة البناء التشريعي لقواعد الإسناد الناظمة للقوانين الواجبة التطبيق على الجانبين الموضوعي والشكلي للعقود الدولية الخاصة ، سواء ما تعلق منها: بتحديد المسائل المسندة، أم بتحديد زمن الأخذ بضوابط الإسناد ، أم بإسناد العقود إسناداً إجمالياً لا يأتلف بحكم طبيعة بعضها مع ضابط الإرادة باعتباره ضابط الإسناد الرئيسي في الجانب الموضوعي للعقود.

ولأنه لا يخفى ما أفرزته تلك الإشكاليات من نتائج غير مرغوبة على صعيد الواقع العملي، ولعل أهمها استهداف الأحكام القضائية بالطعن تأسيساً على الخطأ فيما آلت إليه في معرض تطبيق تلك القواعد **لذا يتركز الهدف الأساسي للبحث** في تأسيس السند القانوني لإعادة الصياغة التشريعية للبناء الإسنادي الوطني بما يضمن تطبيقه تطبيقاً قضائياً سليماً ، مع تعزيز ما يقوم عليه لجهة تبني مبدأ سلطان الإرادة في الجانب الموضوعي للعقود، ولجهة تبني الطابع الانتقائي في جانبها الشكلي.

*ولضبط الإشكاليات السابقة وصولاً للأهداف المحددة بالتصور المشار إليه أعلاه **ينتهج البحث منهجاً تحليلياً ناقداً** لمختلف قواعد الإسناد السورية ذات الصلة، و ذلك وفقاً **للمخطط التالي** :

المبحث الأول : القانون الواجب التطبيق على الجانب الموضوعي للعقود

المطلب الأول :المسألة المسندة

أولاً: تحديد المقصود بعبارة (الالتزامات التعاقدية) الواردة في المسألة المسندة

ثانياً: المسائل المشمولة في مادة الإسناد (الجانب الموضوعي للعقد)

ثالثاً: المسائل المستبعدة من مادة الإسناد

المطلب الثاني: ضوابط الإسناد ونطاق تطبيق القوانين المسند إليها

أولاً: ضابط الإسناد الأصيل(الإرادة)

ثانياً: الضوابط الاحتياطية

ثالثاً: نطاق تطبيق القوانين المسند إليها

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الجانب الشكلي للعقود

المطلب الأول: تحديد المقصود بشكل العقود باعتبارها المسألة المسندة

أولاً: ما يدخل في مفهوم الشكل

ثانياً: ما يخرج عن مفهوم الشكل

المطلب الثاني: القوانين المسند إليها

أولاً: قانون محل إبرام العقد

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على الأحكام الموضوعية

ثالثاً: قانون الموطن المشترك للمتعاقدين

رابعاً: قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين

المبحث الأول :

القانون الواجب التطبيق على الجانب الموضوعي للعقود

نصت **المادة (20) من القانون المدني السوري على أن:**

(1 – يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تمَّ فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه.

2 – على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأن هذا العقار).

ولشرح هذه المادة يجب الوقوف على: مضمون المسألة المسندة، وبيان ضوابط الإسناد، وتحديد نطاق تطبيق القانون المسند إليه.

المطلب الأول: المسألة المسندة

في معرض تحديد المضمون العام للمسألة المسندة الواردة في م1/20 لا بد من تحديد المقصود أولاً بعبارة الالتزامات التعاقدية، ثم تحديد ما هي المسائل المشمولة، والمسائل غير المشمولة في مادة الإسناد.

أولاً: تحديد المقصود بعبارة (الالتزامات التعاقدية) الواردة في المسألة المسندة في المادة 1/20: من المتفق عليه في سورية، وفي الدول التي أخذت بقاعدة إسناد شبيهة للمادة (1/20)، إن النص ولو كان صريحاً بإشارته إلى القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، إلا أنه ليس هناك أية شبهة في سريان مضمونه على **العقد بوصفه مصدراً لهذه الالتزامات**، ولعل خير دليل على ذلك منحى التبويب في القوانين المدنية، والقائم على ذكر مصادر الالتزام، ومنها العقد، تحت عنوان الالتزامات[2]. أضف إلى ذلك دليل الصياغة القضائية لبعض اجتهادات محكمة النقض السورية، كتلك القائلة: **(إن**

([2]) كتبويب القانونين المصري والسوري. راجع في ذلك **د. حفيظة السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – الكتاب الأول (المبادئ العامة في تنازع القوانين) منشورات الحلبي الحقوقية – لبنان – 2007**– ص 393، **د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص – الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – الطبعة التاسعة – الهيئة المصرية العامة للكتاب – عام1986م**– ص 430، و **د. فؤاد ديب: القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) – جامعة دمشق – 1997 – 1998**– ص 325.

الالتزامات التعاقدية تخضع في **موضوعها** وآثارها لقانون الدولة التي تم فيها العقد عند اختلاف المتعاقدين في الموطن، ما لم يتبين أن الطرفين اختارا قانوناً آخر)[3].

ثانياً: المسائل المشمولة في مادة الإسناد (الجانب الموضوعي للعقد): تشمل المسائل المشمولة في مادة الإسناد المشار إليها باصطلاح (الالتزامات التعاقدية) وفقاً للتفسير الراجح، كل ما يتعلق بالرابطة التعاقدية، من حيث: تكوينها، وآثارها، وانقضائها[4].

1 – تكوين العقد: تشمل مادة الإسناد قيد التحليل تكوين العقد لجهة أركانه المتمثلة بالرضا والمحل والسبب، وذلك وفقاً للتفصيل التالي:

أ – التراضي: يذهب التوجه الفقهي الراجح لاستبعاد ما يتعلق بمسألة (وجود الإرادة) من نطاق مادة الإسناد بالتحديد الوارد هنا، ويقرر بقاء خضوعها لقانون جنسية الشخص المعني، لاتصالها بأهليته، مما يعني العودة بشأنها إلى نطاق م1/12 من القانون المدني السوري. أما (عيوب الإرادة) فتعدُّ من الجانب الموضوعي الخاضع لقانون العقد لاتصالها بعملية التعاقد. ومع ذلك ثمة من يرى في القواعد المتعلقة بهذه العيوب ما يذهب إلى

([3]) **نقض مدني سوري 41 تاريخ 1961/5/15، مجلة القانون، ص 645، لعام 1961.**

([4]) ومن الفقه المصري مَن يؤكد صحة هذا التفسير من خلال العودة إلى المذكرة الإيضاحية. راجع مثلاً د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 393، وهناك من المشرعين، كالمشرع الكويتي تصدى للمسألة صراحة بأن ذكر في م(59) "يسري على العقد من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار..."، وأعفى بذلك الفقه والقضاء من الاجتهاد.

حمايـة الشـخص الـذي صـدرت إرادتـه معيبـة، ممـا يفتـرض العـودة بهـا إلـى قانونـه الشخصي[5].

ب – المحل: يتفق الفقه في غالبه على شمولية مضمون الفكرة المسندة لمحل العقد، وذلك من حيث: شروطه، كالوجود، والإمكان، والتعيين، والقابلية للتعيين، والقابلية للتعامل.

ج – السبب: يدخل السبب في مادة الإسناد فيما يتعلق بوجوده ومشروعيته، مع الاحتفاظ بحق التدخل لقانون القاضي فيما لو كان السبب غير مشروع وفقاً لهذا القانون، إذ لا يتصور بداهة أن يقضى بصحة العقد في بلد القاضي إذا كان العقد يقوم على سبب غير مشروع في ذلك البلد.

– وفي نهاية الحديث عن أركان التعاقد يجب ملاحظة أن الجزاء المترتب على تخلف ركن من أركان العقد، أو شرط من شروط صحته، يدخل كذلك في مضمون الفكرة المسندة، والذي يغطي بدوره من جملة أشياء أخرى مسألة تحديد مصير هذا العقد، فيما لو كان باطلاً أو قابلاً للإبطال، ومسألة تحديد مَنْ يجوز له التمسك بالبطلان[6].

([5]) د. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص 472،و **د. أحمد محمد الهواري – الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، دراسة لأحكام الجنسية الإماراتية ولحلول مشكلات تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين في القانون الإماراتي – إثراء للنشر والتوزيع – الأردن – 2008م** – ص 460.

([6]) أما آثار البطلان، مثل الرد والتعويض، فتخضع لقانون محل تنفيذ العقد الباطل، باعتبار أن العقد الباطل لا وجود له، وان ما ينجم عنه يعدّ بمثابة التزامات مترتبة على واقعة قانونية. راجع

2 – آثار العقد: تدخل في مضمون المادة المسندة آثار العقد، سواء لجهة الموضوع، أم لجهة الأشخاص، ومثالها: **أ – بالنسبة للموضوع:** تحديد مضمون الالتزامات المتولدة عن العقد، وتحديد طبيعتها ونطاقها وتنفيذها، وتنظيم أحكام المسؤولية العقدية المترتبة على عدم التنفيذ.

ب – بالنسبة للأشخاص سواء المتعاقدين أم الغير: يدخل في مضمون المسألة المسندة تحديد الأشخاص الملتزمين بالعقد والأشخاص المستفيدين منه، وفيما عدا ذلك من مسائل ذات صلة، كآثار تصرف النائب بالنسبة للأصيل.

3 – انقضاء العقد: يدخل في نطاق المادة المسندة لجهة انقضاء الالتزامات:

أ – الوفاء أو التنفيذ الاختياري، وخاصة من جهة شروط صحته، ومحله، وزمانه، ومكانه[7].

ب – انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، كالوفاء بمقابل والإنابة، وكيفية تقدير التعويض وعناصره.

د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 398. ود. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص 474.

([7]) فيما عدا تحديد عملة الوفاء، حيث تخضع لقانون بلد الوفاء، وذلك لتعلقها باعتبارات النظام العام ونظام القطع في ذلك البلد. د. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 329.

ج – انقضاء الالتزام دون الوفاء لاستحالة التنفيذ، ويدخل كذلك في نطاق المسائل المسندة وفقاً للتوجه الراجح، التقادم المسقط ، وذلك لجهة مدته، وآثاره، وأسباب وقفه، وانقطاعه[8].

ثالثاً: المسائل المستبعدة من مادة الإسناد: لا يوجد خلاف على استبعاد كل من مسألتي: أهلية التعاقد، وشكل العقد، من نطاق (الالتزامات التعاقدية) باعتبارها موضوع قاعدة الإسناد الواردة في المادة (20) من القانون المدني السوري.

1 – أهلية التعاقد: رغم أن الأهلية شرط لصحة العقد، إلاّ أنها كصفة لصيقة بالشخص على نحو يستلزم ثباتها، تبقى جزءاً من نظام الأهلية بما له من استقلالية لجهة القانون الواجب التطبيق، والمحدد بقانون جنسية الشخص المعني، حسب الإسناد الوارد في المادة (1/12) من القانون المدني السوري، والخاصة بأهلية الشخص الطبيعي.

2 – شكل العقد: إذ يتعدى الشكل هنا دائرة نظام العقد ليدخل في دائرة أوسع هي دائرة نظام شكل التصرفات الإرادية بما له أيضاً من استقلالية لجهة القانون الواجب التطبيق، والمحدد على نحو انتقائي في المادة (21) من القانون المدني السوري، كما سيرد بيانه لاحقاً.

المطلب الثاني: ضوابط الإسناد ونطاق تطبيق القوانين المسند إليها:

([8]) راجع حول التقادم وانقضاء العقد عموماً د. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – 479، ود. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 402 – 404.

بالعودة إلى صياغة م1/20 من القانون المدني السوري، نلحظ التدرج الملزم في البناء التشريعي لضوابط الإسناد. إذ يلزم القاضي السوري بداية بإرادة المتعاقدين كضابط أصيل، وفي حال غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية يتم الانتقال إلى الضابط الاحتياطي الأول، وهو الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً، أما في حال غياب الإرادة مع اختلاف المتعاقدين في الموطن، وهو فرض ممكن تصوره، فلا مناص حينها من الانتقال إلى الضابط الاحتياطي الثاني، وهو ضابط محل إبرام العقد.

أولاً– ضابط الإسناد الأصيل(الإرادة): في معرض الحديث عن ضابط الإرادة لا بُدَّ من بيان صور الإرادة المعتد بها، وتحديد ضوابط الأخذ بها:

1– صورة الإرادة: تتجلى صور الإرادة المقبولة، كضابط إسناد أصيل بموجب م1/20 ، بكل من : الإرادة الصريحة، والإرادة الضمنية

أ– الإرادة الصريحة: تظهر الإرادة بصورتها الصريحة حين يذكر المتعاقدون بعبارة صريحة في العقد قانون دولة معينة كقانون واجب التطبيق، فلا صعوبة تذكر في هذا الفرض.

ب– الإرادة الضمنية: وهي إرادة حقيقية لكنها غير معلنة، يستدلّ القاضي عليها عادةً من خلال ظروف عملية التعاقد، وذلك بالاعتماد على عدة قرائن، لعل أكثرها شيوعاً: استخدام المتعاقدين لمصطلحات معروفة في قانون معين، أو تحرير العقد بلغة دولة معينة، أو بمعرفة موثق تابع لها، أو حرص المتعاقدين على إخضاع المنازعة في العقد لاختصاص

محاكم دولة معينة، أو تنفيذه في دولة معينة، كما تعدّ من القرائن، حالة اتصال العقد بقانون دولتين، يتضمن أحدهما أحكاما لتنظيم العقد خلافا لقانون الدولة الأخرى ، أو يقرُّ أحدهما بصحته في الوقت الذي يقضي به الأخر ببطلانه[9].

– **وواضح من النص أن المشرع السوري لم يقيد القاضي بتدرج ملزم لقرائن الإرادة الضمنية** ، كما ترك أمر استخلاصها لتقديره دون أن يخضع مسألة استخلاصها لرقابة محكمة النقض، باعتبارها مسألة موضوعية تتعلق بتفسير العقد وبظروف التعاقد، لا بتطبيق القانون.

– أما في حال غياب الإرادة الصريحة والضمنية على القاضي السوري الانتقال إلى الضوابط الاحتياطية المقررة تشريعياً دون البحث عن الإرادة المفترضة، والتي تستهدف البحث عما كان من الممكن أن تتجه إليه إرادة المتعاقدين من خلال معيار موضوعي قوامه (الرجل المعقول)[10]، **ونؤمن من جهتنا بمنحى المشرع لجهة استبعاده الإرادة المفترضة، لما يرافق تقصّيها من مشقة وحرج، عدا عن احتمال الخلط ما بين إرادة المتعاقدين وإرادة القاضي نفسه في معرض افتراضها قضائياً.**

2 – ضوابط الإرادة: يمكن تحديد ضوابط الإرادة من خلال:

([9]) د. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص 430 وما بعد ود. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 378.

([10]) لأبعد من ذلك، رفض جانب من الفقه الفرنسي الحديث عن الإرادة الضمنية، واعتقد أنها من قبيل الإرادة المفترضة، وبرر تصوره بأنه في غياب الإرادة الصريحة ما يدلّ على اختلاف المتعاقدين حول القانون الواجب التطبيق، د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 379.

أ– الوقت المعتد به للأخذ بالإرادة: اشترط الفقه التقليدي أن يكون اتفاق المتعاقدين على القانون الواجب التطبيق عند التعاقد، سواء ورد في صلب العقد الأصلي أم في اتفاق مرفق، إلاّ أن مِن الفقه الحديث مَن أجاز هذا الاتفاق بعد إبرام العقد، ومنهم مَن أجازه بعد نشأة النزاع، ولو تضمن الاتفاق المذكور تعديلاً لاتفاق سابق، شريطة رعاية حقوق الغير[11].

ب– حرية الإرادة ما بين نظرية (تركيز العقد) ونظرية (العقد الطليق): تقوم فكرة تقييد الإرادة حسب نظرية تركيز العقد على ضرورة قيام صلة حقيقية بين العقد وبين قانون الإرادة باعتباره القانون الواجب التطبيق، وتتحقق هذه الصلة عند تركيز إرادة الأفراد بمركز الثقل في علاقتهما.

ويدعم المناصرون لتقييد حرية الإرادة بما اشترطته بعض التشريعات من ضرورة قيام مثل هذه الصلة من حيث المبدأ[12]، إلا أن جانباً هاماً من هؤلاء واحتراماً منهم لتوقعات المتعاقدين لا يشترطوا لقيام الصلة تركيز الإرادة بمركز الثقل على وجه التحديد.

– وبالمقابل يذهب جانب من الفقه لإطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون الإرادة، وهذا ما ينسجم باعتقادهم مع طبيعة العقد الدولي المرتبط أصلاً بأكثر من قانون على

([11]) على أن تظل هذه الحقوق خاضعة للقانون الذي كان يحكم العقد من البداية، د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 378.

([12]) كالمادة (25) من القانون الدولي الخاص البولوني لعام 1965، حيث اشترطت وجود صلة بين الرابطة القانونية وبين القانون الذي يختاره المتعاقدان لحكمها.. د. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص 443.

نحو يتيح له الإفلات من الخضوع لقانون دولة محددة، بل ثمة من يذهب لتحرير العقد من قوانين الدول ليغدو طليقاً، فيقبل الخضوع لشروطه التعاقدية، أو للعادات وللأعراف السائدة[13].

ومن جهتنا نرى في إطلاق نص م(1/20) دون ذكر صريح لقيد (الصلة) ما يعبر عن قناعة المشرع السوري لجهة اعتبار أي قانون تختاره إرادة الأفراد، فيما لو كان منسجماً مع احتياجات العلاقات الدولية الخاصة، أو محققاً لأي مصلحة مشروعة تنفي نية التحايل لدى المتعاقدين، يعدُّ **قانوناً قائماً على صلة مفترضة بالعقد،** وإن لم يكن قانون مركز ثقله على وجه التحديد.

وبالمقابل نعتقد أن في صراحة نص م(1/20) لجهة استخدامه كلمة (قانون) في سياق عبارة: (هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه) ما يفيد برغبة المشرع السوري بتطبيق قانون دولة معينة على وجه التحديد، بما يعنيه ذلك **من رفض لمفهوم العقد الدولي الطليق** بالتصور المشار إليه أعلاه.

ج– تجزئة العقد بإرادة المتعاقدين: ثمة رأي فقهي يعترف لإرادة الأفراد باختيار أكثر من قانون لحكم العقد، كأن يخضع تكوين العقد لقانون محل إبرامه مثلاً، بينما يخضع تنفيذه لقانون محل التنفيذ. وإذا ما تعددت الدول التي يتم فيها التنفيذ تظهر واحدة من أعلى

([13]) د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 371 – ص 372، **د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد بالاشتراك مع د. محمد خالد الترجمان: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – دار النهضة العربية – القاهرة – 1995**– ص 326.

صور تعدد القوانين الناظمة للعقد[14]. ويغدو هذا الرأي أكثر قبولاً كلما كنا أمام عقد مركب، كبعض عقود نقل التكنولوجيا التي تتسم بطول أجلها وبطبيعتها المتطورة مما يستلزم تجزئتها إلى عدة مراحل، على أن يقرر المتعاقدون في نهاية كل مرحلة فيما لو رغبوا بالانتقال للمرحلة التالية، أم لا [15].

إلا أن الرأي السائد في غالبية التوجهات الفقهية، وبعض الاجتهادات القضائية، وفي تقارير المؤتمرات الدولية ذات الصلة، يذهب إلى وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد باعتبار الأخير عملية واحدة من الناحيتين النفسية والاقتصادية مما يستوجب خضوع مجموعه إلى قانون واحد[16]. **وهذا هو التفسير الراجح في منحى المشرع السوري،** حسب ما سبق بيانه، لجهة شمولية مادة الإسناد لكل ما يتعلق بالرابطة التعاقدية، سواء من حيث: تكوينها، أم من حيث آثارها، أم من حيث انقضائها، مع الاحتفاظ بهامش من الاستثناءات غير مخلّ بقاعدة (عدم التجزئة).

د– تقييد حرية الإرادة بحسن النية وعدم الغش: إنّ تقييد إرادة المتعاقدين باعتبارات حسن النية وعدم التحايل يفترض إعمال نظرية الغش نحو القانون كلما تبين للقاضي

([14]) راجع حول هذا الرأي د. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص 476، أو د. فؤاد رياض – مرجع سابق – ص 327.

([15]) راجع **د. وفاء مزيد فلحوط : المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية ، منشورات الحلبي الحقوقية –بيروت –2008** ، ص132

([16])راجع حول هذا التوجه في الفقه والقضاء وتقارير المؤتمرات الدولية، كالمؤتمر السادس للقانون الدولي الخاص في لاهاي. د. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص 468.

سعي المتعاقدين لاختيار قانون ما بهدف التهرب من تطبيق الأحكام الآمرة في قانون آخر على عقدهم المتضمن فرضاً عنصراً أجنبياً أو أكثر. بل يمكن لأبعد من ذلك إعمال نظرية الغش نحو القانون فيما لو اصطنع المتعاقدان ظهور العنصر الأجنبي نفسه، وذلك بتوجيه إرادتهما غشاً لتحويل العقد من عقد وطني بحت تتركز مختلف عناصره في دولة واحدة إلى عقد دولي خاص، كما لو سافر مواطنان إلى دولة ما لإبرام عقد قرض بينهما، واتفقا على إخضاعه لقانون تلك الدولة، وذلك بقصد التهرب من الأحكام الآمرة الخاصة بالفوائد في قانونهما الوطني[17].

ومن جهتنا نحرص على بيان الفارق بين الفرضين، ذلك أن الغش في الفرض الأول وقع في معرض تطبيق قواعد الإسناد بهدف التلاعب بالقانون المسند إليه، مما استوجب الدفع به لإعادة الاختصاص للقانون المختص أصلاً وطنياً كان أم أجنبياً، بينما استهدف الغش في الفرض الثاني إمكانية الوصول لتطبيق قواعد الإسناد، مما استوجب الدفع به لإعادة الاختصاص للقانون الوطني على وجه التحديد.

هـ- مراعاة قواعد البوليس والقوانين العامة الأجنبية المرتبطة بالعقد: لا صعوبة تذكر في معرض الحديث عن ضرورة مراعاة قواعد البوليس والقوانين العامة الأجنبية التي يتضمنها القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية، وعلى رأسها قانون الإرادة،

([17]) لمزيد من التفاصيل، وخاصة لضبط العلاقة ومنع الخلط بين فكرة عدم الأخذ بقانون الإرادة لانعدام الصلة، وفكرة الغش نحو القانون.. راجع د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 374.

ذلك أن التزام القاضي بتطبيق مثل تلك القواعد ما هو إلا تطبيق لجزء لا يتجزأ من قانون العقد الذي أشار إليه المشرع الوطني من خلال قواعد الإسناد. إلا أن الصعوبة تظهر بمناسبة الحديث عن قواعد البوليس الأجنبية وكذلك القوانين العامة التي تشكل جزءاً من نظام قانوني أجنبي غير مختص بمقتضى قواعد الإسناد في بلد القاضي، حيث يتجه الفقه الحديث في سبيل تنفيذ الأحكام القضائية خارج حدود دولة القاضي المصدرة لها، إلى إلزام القاضي بمراعاة قواعد البوليس والقوانين العامة المرتبطة بالعلاقة، ولو لم تكن جزءاً من قانون العقد[18].

ثانياً: الضوابط الاحتياطية:

1- الضابط الاحتياطي الأول: الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً ، ويبرر الأخذ بهذا الضابط ما للموطن من أهمية في العلاقات التعاقدية والمعاملات المالية.

([18]) وتسوق د. حفيظة الحداد مثالاً على هذا الفرض، العقد المبرم بين لبناني وفرنسي استورد من خلاله الأول بضائع من الثاني، واتفقا على القانون الفرنسي كقانون واجب التطبيق، فعلى فرض قيام المستورد اللبناني بشراء البضائع لتسويقها في السودان، يثور التساؤل عن التزام القاضي اللبناني الناظر في النزاع بقوانين الاستيراد ورقابة النقد المقررة في القانون السوداني رغم أنه غير مختص بحكم العقد حسب قواعد الإسناد اللبنانية التي منحت الاختصاص للقانون الفرنسي. راجع في التفاصيل د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 386.

ويفترض أن الوقت المعتبر لاتحاد المتعاقدين في الموطن هو وقت إبرام العقد، وعلى ذلك سارت بعض اجتهادات محكمة النقض السورية[19].

2- الضابط الاحتياطي الثاني: محل إبرام العقد، ويبرر الأخذ بهذا الضابط لما فيه من تيسير على المتعاقدين، وتلبية لحاجات التعامل الدولي، كما أنه يحقق إحدى احتمالات وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد لجهتي الشكل والموضوع، وذلك فيما لو تمَّ انتقاءه لإقرار صحة الشكل باعتباره أحد القوانين الواردة في المادة (21) ، مع اعتماده

([19]) **ومن تلك الاجتهادات: نقض مدني سوري 41 تاريخ 1961/5/15 ، مشار إليه سابقاً، (مجلة القانون العام 1961- ص 645)** وكانت القضية تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق بصدد نزاع حول تنفيذ التزام تعاقدي، وفيما لو كان هذا القانون هو القانون السوري الذي يعتبر الالتزام تجارياً، أم كان القانون الفلسطيني الذي يعتبره ذا طبيعة مدنية، حيث قرر الحكم المطعون فيه الأخذ بالقانون السوري باعتباره قانون الموطن المشترك (الضابط الاحتياطي الأول) في غياب قانون الإرادة. وقد تمّ تأسيس الطعن بأن القانون السوري لا يعد القانون الواجب التطبيق، لأن المتعاقدان لم يتحدا في الموطن (سورية) وقت إبرام العقد، بل حلَّ أحدهما في سورية بصورة لاحقة. مما يعني غياب هذا الضابط، وبالتالي كان من المفروض الانتقال إلى الضابط الاحتياطي الثاني، أي قانون محل إبرام العقد (القانون الفلسطيني) . لذا انتهى القضاء إلى انه: «... من حيث أن الحكم المطعون فيه الذي أعمل حكم القانون المحلي في النزاع، بناء على وجود الطرفين في الإقليم السوري، قد جانب الصواب، **لأن الطرفين متفقان على أن العقد أبرم في فلسطين في وقت لم يكونا فيه متحدين في الموطن**، وأن **المدعي الطاعن حلَّ في الإقليم السوري بعدئذ**. ومن حيث أنه يتعين، في مثل هذه الحالة، الرجوع إلى القانون الفلسطيني الذي أبرم العقد في ظل نفاذه من أجل التعرف على طبيعة الالتزام المدنية أو التجارية.. ومن حيث أن الحكم المطعون فيه، الذي استبعد تطبيق قانون الدولة التي تم فيها التعاقد على واقعة الدعوى، قد خالف أحكام المادة (20).. فهو منسوب بعيب مخالفة القانون مما يعرضه للنقض».

لحكم الجانب الموضوعي، وذلك فيما لو لم يتحد المتعاقدان في الموطن مع غياب إرادتهما الصريحة أو الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق.

ومع ذلك يبقى هذا الضابط أكثر أهمية في مسائل شكل العقد مقارنة بجوانبه الموضوعية، خاصة أن مكان إبرام العقد كثيراً ما يتحدد بمحض الصدفة، وهذا ما دفع جانباً من الفقه للقول بعدم كفاية هذا الضابط منفرداً كأداة لوصل العقد بالقانون الواجب التطبيق، وفضلوا دعمه بضوابط أخرى، كأن يكون محل الإبرام مثلاً محلاً لتنفيذ أحد الالتزامات الرئيسية في العقد[20].

– **وفي ختام الحديث عن الضابطين الاحتياطيين السابقين**، تجدر الإشارة إلى توجه فقهي ذهب لانتقاد المشرع في تصديه لمهمة التركيز الموضوعي للعقد في حال غياب إرادة المتعاقدين، معتبراً أنّ هذا الحل رغم كفالته لعلم المتعاقدين المسبق بالقوانين الاحتياطية هو حل غير ملائم لجميع العقود، نظراً لأن مركز الثقل يختلف حسب طبيعة العقود من عقد إلى آخر. لذا كان من الأفضل – حسب التوجه المذكور – تخلي المشرع عن هذه المهمة لصالح القضاء ليتولى من جانبه تحديد القانون الأوثق، وذلك بالنظر إلى كل حالة على حدة، ولو تمت التضحية بتوقعات الأفراد، لانّ هذا – برأي أنصار هذا التوجه – أقل ضرراً من الإسناد التشريعي الجامد والموحد.

(20) د. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص 434.

– ومن جهتنا نناصر في رأينا مَن اعتبر تجزئة الإسناد أفضل الحلول على غرار ما لجأت إليه بعض التشريعات الحديثة باتخاذها موقفاً وسطاً يحقق اعتبارات الملاءمة من جهة، ويخدم توقعات الأفراد من جهة أخرى، وذلك بتجزئة الإسناد ليتسنى تخصيص لكل طائفة من العقود ذات الطبيعة الواحدة ضابط إسناد ملائم لطبيعتها[21].

ويبرر اختلاف طبيعة العقود من جانبه ذلك المقترح في الدول التي تتبنى مواداً مشابهة للمادة (1/20) من القانون المدني السوري، والقائل بتدخل القضاء في معرض إسناد العقود التي لا تتلاءم بطبيعتها مع الضوابط الاحتياطية المحددة بالنص التشريعي، والتوجه إلى المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص للبحث عن إسناد ضمن معايير ملائمة كمعيار (الأداء المميز)[22].**إلا أننا نرى في هذا المقترح تجنباً لقاعدة الإسناد المحددة بالمادة (1/20) في مثل هذه الحالات لدرجة تلغي وجودها، وتبرر العودة إلى نص المادة (26) من القانون المدني السوري القائمة في أساسها على غياب قواعد الإسناد،** وفي هذا القول خير تمهيد للحديث عن نطاق تطبيق القانون المسند إليه، وخاصة لجهة ما يمكن استبعاده من هذا النطاق.

ثالثاً: نطاق تطبيق القوانين المسند إليها: فيما يتعلق بالعقود المشمولة بنطاق القوانين السابقة لا خلاف من حيث المبدأ على أن **العقود المشمولة بنطاق تطبيق**

([21]) كما فعل القانون الدولي الخاص السويسري الجديد، والقانون الدولي الخاص الألماني. د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 382.

([22]) د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 383.

قاعدة الإسناد الواردة في المادة (20) من القانون المدني السوري هي **العقود الدولية**، لأن العقود الداخلية البحتة لا تثير ظاهرة تنازع القوانين على اعتبار مجمل عناصرها وطنية ترتبط بقانون واحد هو القانون الوطني، والذي يصحُّ – إن صدق تعبيرنا – وصفه بـ(القانون المطبق) أكثر منه بـ(القانون الواجب التطبيق)، باعتبار ما يفترضه المصطلح الأخير من وجود عدة قوانين متنازعة قابلة للتطبيق. أما عن تحديد المقصود بالعقد الدولي فلم يكن في اهتمام المشرعين بقدر ما كان في اهتمام الفقهاء، الذين تبنوا من جانبهم معايير لإقرار دولية العقد، كان أولها **معياراً قانونياً** قوامه العناصر القانونية للعلاقة العقدية، أما الأخر فكان **معياراً اقتصادياً** يستجيب لمقتضيات التجارة الدولية باعتبار ما ينطوي عليه من بيان لحركة المدّ والجزر للقيم الاقتصادية عبر الحدود .

ويمكن الإشارة في معرض ضبط العلاقة ما بين المعيارين القانوني والاقتصادي لإمكانية الاكتفاء بالمعيار القانوني الضيق في معرض إقرار الطابع الدولي للعقود طالما أنه يفضي حكماً للمعيار الاقتصادي[23]. و**إلى جانب المعيارين السابقين** ظهر في

([23]) ذلك أن الأخذ بالمعيار القانوني على إطلاقه على نحو يشمل المعيار القانوني الواسع من شأنه إقرار دولية العقد بناء على عناصر غير فاعلة، وهذا ما يجافي المنطق، كما أن الأخذ بالمعيار الاقتصادي منفرداً من شأنه إلقاء العبء على نتيجة العقد، وإهمال أساس العملية أي التصرف القانوني المتجسد بالعقد ذاته.

حول جملة ما يتعلق بالعقود الدولية ، راجع **د.وفاء فلحوط ود ساجر الخابور: العقود الدولية، منشورات جامعة دمشق (نظام التعليم المفتوح)،2020/2019**، ص 13 – ص 15 – ص 41.

الأوساط الفقهية **معيار ثالث مزدوج** يقوم على الجمع ما بين هذين المعيارين، بحيث يشترط وجود العنصر الأجنبي في العقد مع ضرورة تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية. وقد وجد هذا المعيار الجامع سنده في العديد من الاجتهادات القضائية، وفي بعض الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، بل ويمكن القول في بعض التوجهات التشريعية، كما في **قانون التحكيم السوري** رقم 4 لعام 2008 في معرض تحديده لمفهوم التحكيم التجاري الدولي في المادة الأولى منه [24].

-وبالمقابل أهم ما يمكن استبعاده- من جملة العقود الدولية- من نطاق تطبيق قانون العقد بالتحديد الوارد في المادة (1/20) كل من عقود الأحوال الشخصية، كعقود الزواج، حيث تخضع في شروطها الموضوعية لقوانين مغايرة لقانون العقد المحدد بنص هذه المادة بقانون أصيل وقانونين احتياطيين، وهي إما قانون جنسية الزوجين، فيما لو كانا من جنسية أجنبية، بناء على المادة (13)، أو القانون السوري، فيما لو كان أحد الزوجين سورياً وقت الزوج، بناء على المادة(15) من القانون المدني السوري.وكذلك

([24]) **رغم أن المادة المذكورة لم تدرك حقيقة العلاقة بين معياري دولية العقد، ذلك أنها بدأت بتعريف التحكيم التجاري الدولي على أساس المعيار الاقتصادي، ثم قامت بتعداد حصري لبعض الحالات المنتمية للمعيار القانوني** وصولاً إلى البند 3 الذي ذكر حالة ارتباط موضوع النزاع بأكثر من دولة، **وهذا ما يثبت عدم إدراك النص لحقيقة أن المعيار الاقتصادي منتج حكماً للمعيار القانوني، أي أن موضوع النزاع المتعلق بالتجارة الدولية حسب ما جاء في استهلال المادة (1) هو حكماً مرتبط بأكثر من دولة، وإلا كيف سيتعلق بمصالح التجارة الدولية !.**

العقود المتعلقة بعقار حسب الاستثناء الصريح الوارد بنص الفقرة الثانية من المادة (20)، والتي مفادها إخضاع العقود المتعلقة بعقار لقانون موقع العقار، وأيضا **عقود العمل** حيث تتنافى بطبيعتها مع قاعدة الإسناد العامة القائمة على خضوع الالتزامات التعاقدية إلى قانون الإرادة، وذلك بسبب تدخل المشرعين بالتنظيم الآمر لعلاقات العمل مما يضيّق من دور الإرادة، **ومن جهتنا نميل للرأي القائل بإخراج عقود العمل** من نطاق إعمال المادة (1/20) التي تشير باختصاص قانون الإرادة في العقود بصفة عامة، ونرى أنه إذا اختار المتعاقدون قانوناً معيناً لينطبق على عقد العمل فلا ينطبق من أحكامه إلاَّ ما كان منها أصلح للعامل، على أن تطبيق تلك الأحكام لا يتم بوصفها قانون الإرادة المشار إليه في المادة (1/20)، إنما باعتبارها (شروطا عقدية) لا تتعارض مع الأحكام الآمرة في قانون دولة التنفيذ باعتباره قانون العقد[25] .

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الجانب الشكلي للعقود

جاء في **المادة 21 من القانون المدني السوري:**

([25])راجع حول هذا الرأي د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 413/412. أما في حال التنفيذ في عدة دول، فيمكن الأخذ بقانون الدولة التي يتم فيها التنفيذ بصفة أساسية، أما إذا تم التنفيذ بين الدول على قدم المساواة، فيمكن الأخذ بقانون مركز إدارة الأعمال ود. فؤاد رياض ود. سامية راشد – مرجع سابق – ص 336.

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

– **يتضح من نص المادة السابقة الطبيعة الانتقائية لضوابط الإسناد**، على غرار ما ذهب إليه المشرع سابقاً في معرض إسناد شكل الوصية، مما يكشف عن منهج تشريعي مفاده إضفاء الطابع الانتقائي كلما تعلق الأمر بشكل التصرفات بهدف التيسير على الأشخاص المعنيين، وذلك من خلال تسهيل الاعتراف بصحة تصرفهم عقداً كان أم وصية لجهة الشكل[26].

– وهذا يعني وفقاً لصياغة نص المادة (21) إقرار القضاء السوري بصحة شكل العقد فيما لو كان مطابقاً لأي من الأشكال المعتمدة في: قانون دولة إبرام العقد، أو في القانون الناظم لأحكامه الموضوعية، أو في قانون موطن المتعاقدين المشترك، أو في قانون جنسيتهما المشتركة فيما لو اتحدا في الجنسية. إذ يكفي لإقرار صحة الشكل أن يكون الشكل صحيحاً بموجب قانون واحد فقط من هذه القوانين الأربعة، وإن لم يكن كذلك في القوانين الثلاثة الأخرى.

([26]) تقصدنا الحديث عن التصرفات عموماً لأننا نفضل الحديث عن الوصية كتصرف قانوني أحادي الجانب لتمييزها عن العقد، **مما قد يشكل تحفظاً على ما ورد في بعض المؤلفات** لجهة **تبرير استبعاد شكل الوصية من نطاق تطبيق المادة 21**، إذ صادفنا القول أحيانا: بإن القاعدة المحددة في المادة (21) تسري على مختلف العقود... **باستثناء العقود التي خصها المشرع بقاعدة إسناد، ويقصد بذلك الوصية** وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت..

– **ولشرح هذه المادة يستلزم بيان** تحديد المقصود بشكل العقد باعتبارها المسألة المسندة، ومن ثم بيان القوانين الانتقائية المسند إليها:

المطلب الأول: تحديد المقصود بشكل العقود باعتبارها المسألة المسندة:

إن تحديد المقصود بشكل العقود، أو تمييز الشكل عن الموضوع، يعدُّ مسألة تكييف أولي تخضع لقانون القاضي، وفقاً للمادة (11) من القانون المدني السوري.

أولاً: ما يدخل في مفهوم الشكل:

يقصد بالشكل عموماً مختلف الوسائل المستخدمة للتعبير عن الإرادة وإظهارها إلى العالم الخارجي، إلاّ انه يجب التمييز هنا ما بين:

1 – الأشكال المطلوبة لانعقاد التصرف: قد يتطلب المشرع شكلاً معيناً للتصرف، كوجوب إفراغه في مستند رسمي مكتوب وذلك بهدف حماية الإرادة، مما يستوجب اعتبار هذا الشكل من مسائل الموضوع، فاشتراط المشرع مثلاً الرسمية في الرهن التأميني يتجاوز مفهوم الشكل الخارجي ليغدو من الأوضاع الجوهرية في الشكل التي تعد ركناً في انعقاد التصرف، مما يعني خضوعها لقانون موضوع التصرف، وبالتالي العودة لقانون الموضوع لبيان فيما لو كانت الرسمية مطلوبة لانعقاد التصرف من عدمه. ولم يسلم هذا التوجه من النقد لأنه يذهب بالاعتبارات العملية المتعلقة بضرورة التيسير على المتعاقدين[27].

([27]) ترى د. حفيظة الحداد أن الرجوع إلى القانون الذي يحكم الموضوع في مسألة لزوم أو عدم لزوم الشكل **لانعقاد التصرف** قد يؤدي لاستحالة إبرام التصرف في بعض الفروض، فإذا لم يجد

2 – الأشكال المطلوبة لإثبات التصرف: يجمع الفقه على أن مسألة لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابي لإثبات التصرف تخضع للقانون الذي يحكم شكل هذا التصرف، كما يخضع لهذا القانون أيضاً قوة الدليل في الإثبات[28].

ومن جهتها أشارت وزارة العدل السورية إلى الصلة الوثيقة ما بين شكل التصرف وبين إثباته، إذ ذكرت في إحدى الكتب الصادرة عنها: (.. إن المشرع وإن كان لم ينص على القانون الذي يرجع إليه في ثبوت تاريخ العقد، غير أن الاجتهاد في حقل القانون الدولي الخاص ذهب إلى إخضاع ثبوت العقد للقانون الذي يحكم شكله، وذلك نظراً لوجود صلة وثيقة بين شكل التصرف وإثباته. إذ غالباً ما يكون استلزام شكل معين للعقد هو لتيسير إثباته..)[29].

ثانياً: ما يخرج عن مفهوم الشكل:

المتعاقدون مثلاً في بلد الإبرام موظفاً مختصاً بإفراغ تصرفهم في الشكل الرسمي، ولم يكن في هذه الدولة قنصلية تابعة للدولة التي يتعين تطبيق قانونها على موضوع التصرف، لامتنع عليهم إبرام التصرف في الدولة التي يتواجدون فيها، لذلك إذا ما تطلب قانون الموضوع الشكل الرسمي، بينما اكتفى قانون بلد الإبرام بالشكل العرفي، يفترض انعقاد التصرف صحيحاً ما دام قد أفرغ بالشكل العرفي. د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 342.

([28]) المرجع السابق – ص 343.

([29]) **كتاب رقم 4022 تاريخ 1959/4/25** جواباً على كتاب وزارة الإصلاح الزراعي رقم 337 **(مجلة القانون لعام 1960 ص 22)**.

1 – الأشكال الخاصة بالمرافعات: خلافاً للأشكال التي تدخل في نطاق المادة (21) ذات الطابع الانتقائي، فإن الأشكال الخاصة بإجراءات التقاضي، والسير في الدعوى، لا تقوم على طابع اختياري بل يلزم خضوعها لقانون القاضي لتعلقها بتنظيم مرفق القضاء، وهذا ما أكدته المادة (23) من القانون المدني السوري، والتي نصت على أن: (يسري على... جميع المسائل الخاصة بإجراءات المحاكمة قانون البلد الذي... تباشر فيه الإجراءات).

2 – الأشكال المتعلقة بالعلانية: أي جميع المسائل اللازمة لشهر التصرفات، سواء كان الشهر لازماً لنشأة الحق كما في الحقوق العينية الأصلية، أو مطلوباً لنفاذ الحق في مواجهة الغير، كما في الحقوق العينية التبعية، ذلك لأن الأشكال الخاصة بالشهر، كالتسجيل والقيد، تبقى خاضعة لقانون موقع المال على اعتبار الغرض منها إعلام الغير، وحماية استقرار المعاملات.

3 – الأشكال المكملة للأهلية: بما تعنيه من إجراءات لازمة لصحة التصرف، كضرورة حصول الزوجة على إذن زوجها للقيام بتصرف ما، أو ضرورة حصول القاصر على إذن لمباشرة بعض أعمال الإدارة أو التجارة، أو الإذن للوصي في التصرف بأموال القاصر.. فمثل هذه الأشكال تدخل في فكرة موضوع التصرف مما يعني بقاءها في نطاق القانون الواجب التطبيق على الموضوع[30].

([30]) د. حفيظة السيد الحداد – مرجع سابق – ص 338 – ص 340، د. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 342.

المطلب الثاني: القوانين المسند إليها:

وفقاً لصياغة المادة (21) من القانون المدني السوري، يجوز إقرار صحة شكل العقود فيما لو توافقت شكلاً مع إحدى القوانين الأربعة التالية:

أولاً: قانون محل إبرام العقد:

تعد قاعدة خضوع شكل التصرفات لقانون محل الإبرام قاعدة قديمة جداً[31]، وقد ثار في معرض الأخذ بها خلاف واضح حول طبيعتها الإلزامية، إذ يرى فيها البعض قاعدة آمرة تحمي مصلحة عامة تتمثل بالاطمئنان على شكل التصرفات، فيما يعدها آخرون، ومنهم المشرع السوري، قاعدة اختيارية تهدف من جهة للتيسير على المتعاقدين بتمكينهم من تطبيق القانون الذي يسهل التعرف عليه[32]، وتراعي من جهة أخرى حاجة التعاملات الدولية، بمعنى أنه إذا كان الهدف من اتباع الشكل المقرر في بلد الإبرام التيسير على المتعاقدين الذين قد يصعب عليهم العلم بأحكام قانون آخر، فيبدو من غير الحكمة إجبارهم بهذا الشكل، فيما لو كانوا على علم بأحكام قانون أكثر ارتباطاً بالتصرف، خاصة

([31]) لم يبدأ التمييز بين القانون الذي يحكم شكل التصرف والقانون الذي يحكم موضوعه إلا مع تبلور قاعدة خضوع العقد لقانون إرادة المتعاقدين إثر التفسير الذي أعطاه (كورسيوس) لقاعدة خضوع العقد لقانون بلد الإبرام على أساس الخضوع الإرادي للأفراد، وبعد أن حدد الفقيه الفرنسي (ديمولان) ما ينتج عن ذلك التفسير من إمكانية السماح للأفراد باختيار قانون آخر غير قانون محل الإبرام. وهكذا حتى أصبح قانون محل الإبرام قاصراً على شكل التصرف مقابل خضوع الموضوع لقانون الإرادة. د. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 336، أو د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 333.

([32]) د. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 466.

إن تعذر عليهم العلم بقانون بلد الإبرام نظراً لإبرام التصرف أثناء مرورهم العارض بذلك البلد[33].

– ومن الجدير ذكره أيضاً أن الدول التي أقرت ببناء قاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقود على عدة ضوابط انتقائية توافقت بالعموم على وجود ضابط محل الإبرام، إلا أنها اختلفت في تحديد الضوابط الأخرى[34].

ومن جهتنا نرى في صياغة المادة (21) من القانون المدني السوري، وما يماثلها من نصوص مشابهة، تحيزاً لضابط محل الإبرام، ظهر لجهة تصدره بالذكر أولاً، وباستهلاله بكلمة (تخضع)، إلا أن التعقيب يليه بجملة (يجوز أيضاً) يجعل من هذا التحيز تحيزاً على مستوى الصياغة لا أكثر، لأنه لم ينل بالنتيجة من البناء الانتقائي لإجمالي القاعدة.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على الأحكام الموضوعية:

نظراً لأن نص المادة (21) جاء مطلقاً يشمل شكل مختلف العقود سواء تمت في نطاق المعاملات المالية، أم في نطاق الأحوال الشخصية، كعقود الزواج، ومع غياب إسناد مستقل لشكل عقود الزواج؛ يغدو المقصود بالقانون الواجب التطبيق على الأحكام

([33]) د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 336.

([34]) فمثلاً سجلت م1/19 من تقنين المعاملات المدنية الإماراتي غياباً لضابط (الجنسية المشتركة) للمتعاقدين مقارنةً بنص م21 من القانون المدني السوري.

الموضوعية– وفقاً لنظام تنازع القوانين السوري– **إما (قانون الإرادة) أو (قانون جنسية الزوجين)، وهذا ما تحدده طبيعة العقد:**

– فإذا كنا أمام عقد من قبيل العقود المالية يغدو المقصود بقانون الأحكام الموضوعية قانون الإرادة، وذلك نتيجة التعويض بالقوانين المنصوص عليها في المادة (20) الخاصة بموضوع هذه العقود، وهي كما بيناها سابقاً (قانون الإرادة، وإلا قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وإلا قانون محل إبرام العقد)، ونظراً لأن القانونين الأخيرين من ضمن القوانين الانتقائية الأربعة المشار إليها في نص المادة (21)، فيظهر نتيجة اختزال هذين القانونين– تحاشياً للتكرار– (قانون الإرادة) باعتباره القانون الواجب التطبيق على الأحكام الموضوعية.

– أما إذا كنا أمام عقد زواج فيجب التعويض هنا بدلاً عن القانون الواجب التطبيق على الأحكام الموضوعية بالقانون المشار إليه في المادة (13) من نظام تنازع القوانين، أي قانون جنسية كل من الزوجين (ما لم يكن أحدهما سورياً وقت الزواج)[35]:

وإذا ما أردنا توخي المزيد من الدقة لأمكن تحديد القانون المقصود هنا بـ (قانون جنسية الزوجين إن لم يتحدا في الجنسية) باعتبار أن قانون الجنسية المشتركة للزوجين (الوطني المشترك للمتعاقدين) هو أحد القوانين المشار لها صراحة في نص المادة (21).

([35]) في هذا الفرض سيظهر القانون السوري نتيجة وجوب إعمال المادة (15) من القانون المدني السوري.

– وفي سياق الحديث عن غياب إسناد مستقل لمسألة شكل عقد الزواج ضمن قواعد الإسناد السورية تجدر الإشارة إلى اختلاف مسلك المشرع السوري عن مسلك أقرانه من المشرعين العرب ممن صاغوا قواعد إسناد تقرُّ بصحة شكل عقد الزواج المبرم بين أجنبيين، وبين أجنبي ووطني، فيما لو أبرم العقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تمت فيه، أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين[36].

– إلا أننا نعتقد – نتيجة المقارنة – بأن التوجه السوري أكثر ملاءمة ويسراً في هذا السياق باعتبار ما يقدمه – على الأقل فيما لو كان الزوجان أجنبيين– من ضابط انتقائي إضافي يتمثل بموطن الزوجين المشترك، المشار إليه في نص المادة (21).

– وبغض النظر عن المقصود بقانون الموضوع فيما لو كان قانون الإرادة أم قانون الجنسية المشتركة للزوجين، فإنه من المتفق عليه ما يحققه الأخذ بهذا القانون في سياق تطبيق المادة (21) من ميزة وحدة القانون الواجب تطبيقه على العقد شكلاً وموضوعاً.

ثالثاً: قانون الموطن المشترك للمتعاقدين:

لا يخفى ما للموطن من أهمية خاصة في مجال المعاملات المالية التعاقدية، أو ما للأخذ بقانون الموطن من تيسير يتماشى مع أهمية الموطن في تنفيذ العقود، ولا سيما التجارية منها[37].

([36]) على سبيل المثال **م2/12 معاملات إماراتي، وم37 مرسوم كويتي رقم 5 لعام 1961.**

([37]) د. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 466.

ومما تجدر الإشارة إليه في معرض تحديد القوانين الانتقائية المسند إليها في نص المادة (21) التحديد التلقائي لقانون موطن المتعاقدين بقانون موطنهما المشترك، رغم إمكانية اختلافهما في الموطن. وهذا ما يفترض- باعتقادنا على الأقل- إعادة النظر بالصياغة الحالية لنص المادة المذكورة في هذا الموضع، لتصبح:

(.. كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين المشترك، أو لقانونهما الوطني المشترك) أو لتصبح: **(..كما يجوز أن تخضع لقانون " موطن المتعاقدين أو المتعاقدين الوطني " المشترك)**. بدلاً من القول (..كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك).

رابعاً: القانون (الوطني المشترك)أو(الجنسية المشتركة) للمتعاقدين:

يعدُّ قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين من القوانين ذات الصلة بالعقد، وتظهر أهميته على وجه الخصوص باعتبار علم المتعاقدين به جيداً أكثر من علمهما بغيره من القوانين.

الخاتمة :

يمكننا في ختام بحثنا بجملة ما اشتمله من دراسة تحليلية في سياق تحديد القوانين الواجبة التطبيق على الجانبين الموضوعي والشكلي للعقود في نطاق نظام تنازع القوانين السوري تقييم موقف المشرع لجهة ما يسجل له في بناء قواعد الإسناد ذات الصلة ، وما يؤخذ عليه:

أولاً- فيما يتعلق بالجانب الموضوعي للعقود:

*** يسجل للمشرع السوري وفقاً لنص المادة 1/20 من القانون المدني عدم الاعتداد بإرادة الأطراف المفترضة** ، نظراً لما يكتنف افتراضها من مشقة وحرج ، ولما ينطوي الأخذ بها على خطر خلط إرادة القضاة بإرادة الخصوم ، وهذا ما يبرر منحى المشرع بالانتقال التلقائي في حالة غياب الإرادة الصريحة والضمنية إلى الضوابط الاحتياطية المحددة تشريعياً

• كما يسجل للمشرع السوري من خلال إسناده الجانب الموضوعي للعقود إلى قوانين دول معينة تحاشيه لمفهوم العقد الطليق بما يثيره من إشكاليات يعدّ من الحكمة تجاوزها ، وذلك دون تقييد بالمقابل لحرية إرادة الأطراف بقيام صلة بين قانون الإرادة والعقد ، وإفساح المجال للاكتفاء بمعيار المصلحة المشروعة على نحو يفي بمتطلبات العلاقات الدولية الخاصة ذات الطابع التعاقدي.

***وبالمقابل أهم ما يؤخذ على موقف التشريع السوري في سياق تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقود،** هو :

• عدم تجزئة الإسناد في الالتزامات التعاقدية ، وتجاهل حقيقة اختلاف طبيعة العقود ، وحقيقة وجود بعض النماذج العقدية ممالا تأتلف بطبيعتها مع ضابط الإسناد الرئيسي الوارد في المادة 1/20 والمتمثل بضابط الإرادة ، ومثال ذلك عقود العمل وعقود بيع العروض، وغير ذلك من النماذج التي تفترض طبيعتها صياغة قواعد أو فقرات إسنادية خاصة بها تراعي خصوصية موضوعها.

• كما يؤخذ على المشرع السوري عدم الدقة في صياغة نص المادة 1/20 ، وذلك لسببين :

- **أولهما لجهة استخدامه مصطلح " الالتزامات التعاقدية" بما يثيره هذا المصطلح من جدل** ، في الوقت الذي كان بمقدوره تجاوز ذلك الجدل بذكره العقد صراحة كمسألة مسندة، وتحديدها لجهة شروطه الموضوعية وما عداها مما يرغب بإدراجه ضمن نطاق مسألة الإسناد، كما فعل غيره من المشرعين، ليعفي بذلك الفقه والقضاء من مهمة الاجتهاد في بيان مدلول هذه المسألة .
- **أما السبب الثاني فهو لجهة عدم ضبط حالة التنازع المتغير في معرض الأخذ بضابط الموطن المشترك للمتعاقدين** كضابط احتياطي أول في إسناد موضوع العقود ، ذلك أن سكوت النص القانوني عن الوقت المعتد به في اشتراك الموطن، وعدم تحديده صراحة بوقت إبرام العقد، قد أوقع بعض أحكام القضاء السوري في الخطأ وجعلها عرضة للطعن المحق بما آلت إليه في معرض تطبيق ذلك الضابط.

ثانياً- فيما يتعلق بالجانب الشكلي للعقود:

***يسجل للمشرع السوري تبنيه الطابع الانتقائي في الإسناد عموماً**، بما في ذلك من تيسير على المتعاقدين لجهة تسهيل الاعتراف بصحة شكل العقود. **كما يسجل للمشرع السوري** مقارنة بغيره من المشرعين ممن صاغوا قواعد إسناد خاصة بشكل بعض أنواع

العقود ، كعقود الزواج ، **تبنيه لضوابط إضافية** ، كضابط الموطن المشترك للزوجين ، مما يجعل توجه مشرعنا ، نتيجة المقارنة في هذا الموضع تحديداً،أكثر يسراً و ملاءمة لاحتياجات العلاقات التعاقدية في نطاق القانون الدولي الخاص.

***إلا انه يؤخذ على المنحى التشريعي السوري مجدداً عدم ضبط الصياغة التشريعية للنصوص ذات الصلة بالدقة المطلوبة،** وذلك –على الأقل –من منظورين:

– **أولهما التحيز الوارد في صياغة استهلال المادة (21) لضابط محل إبرام العقد،** إذ بغض النظر عما لهذا الضابط من مبررات تعزى لقدم أصوله التاريخية إلا أن التحيز لصالحه لم يتخط مستوى الصياغة باعتباره لم ينل بالنتيجة من البناء الانتقائي لإجمالي القاعدة ، لذا لم يكن ثمة ما يبرر تناوله بصيغة لا تفيد معنى الجواز صراحة كصيغة ما تبقى من الضوابط الثلاثة الأخرى اللاحقة ، على نحو يضمن نظرياً صحة البناء الانتقائي للقاعدة.

– **أما الثاني ما يؤخذ على منحى المشرع السوري في سياق صياغة ضابط الموطن كأحد الضوابط الانتقائية الواردة في المادة (21)، وذلك لجهة افتراضه التحديد التلقائي لموطن المتعاقدين بموطنهما المشترك** رغم احتمال اختلافهما موطناً ، مما كان يستلزم صياغة أكثر وضوحاً في تعميم الاشتراك ليشمل صراحة ضابط موطن المتعاقدين إسوة بضابط جنسيتهما.

قائمة المراجع

د. أحمد محمد الهواري – الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، دراسة لأحكام الجنسية الإماراتية ولحلول مشكلات تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين في القانون الإماراتي – إثراء للنشر والتوزيع – الأردن – 2008م

د. حفيظة السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – الكتاب الأول (المبادئ العامة في تنازع القوانين) –منشورات الحلبي الحقوقية – لبنان – 2007

د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص – الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – الطبعة التاسعة – الهيئة المصرية العامة للكتاب – عام1986م

د. فؤاد ديب: القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) – جامعة دمشق – 1997 – 1998

د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد بالاشتراك مع د. محمد خالد الترجمان: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – دار النهضة العربية – القاهرة – 1995

د. وفاء مزيد فلحوط : المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية ، منشورات الحلبي الحقوقية –بيروت –2008

د وفاء مزيد فلحوط – د ساجر الخابور: العقود الدولية، منشورات جامعة دمشق (نظام التعليم المفتوح) 2020/2019

<u>القوانين والأحكام القضائية:</u>

القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 1949/5/18

قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008 الخاص بالتحكيم في المنازعات المدنية والاقتصادية والتجارية

قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة : الصادر بالقانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985، والمعدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 1987

قانون رقم 5 لسنة 1961 الكويتي المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي

- **نقض مدني سوري 41 تاريخ 1961/5/15، (مجلة القانون العام 1961- ص 645)**
- **كتاب رقم 4022 تاريخ 1959/4/25 ،(مجلة القانون لعام 1960 ص 22).**