فكرة الآداء المميز كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي

حكيمة مسعودان [1]،
[1] طالبة دكتوراه، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر.
البريد الالكتروني: messaoudenehakima15@gmail.com
خمري عمار [2]،
[2] أستاذ محاضر "أ"، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، الجزائر.
البريد الالكتروني: khoumeriamar@hotmail.com

الملخص:

تُعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي حال غياب قانون الإرادة من أكثر المسائل إثارة للنقاش في القانون الدولي الخاص، مما أدى إلى بروز حلول ومناهج مختلفة في إطار التشريعات الوطنية والدولية، من هذه المناهج منهج أو فكرة الأداء المميز كمعيار لتحديد قانون العقد التجاري الدولي، القائم على تقديم تصور ورؤية جديدة للقانون الواجب التطبيق من خلال تفريد المعاملات العقدية الدولية، وتحديد قانون العقد الدولي على حسب قيمة وأهمية الآداء ووزنه، أي بالنظر إلى الطبيعة الذاتية للعقد.

يَفترض منهج الآداء المميز أن القانون الأكثر ارتباطا بالعقد من خلال الطبيعة الذاتية له هو قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز وقت إبرام العقد، وهو الافتراض الذي من شأنه أن يراعي مبدأ الأمان القانوني لمعاملات الأشخاص، وتقديم حلول مرنة تراعي تنوع واختلاف العقود الدولية، واحترام توقعات الأطراف المشروعة على هذا تبنته العديد من التشريعات المقارنة.

الكلمات المفتاحية:

العقد التجاري الدولي، تنازع القوانين، القانون الواجب التطبيق، الآداء المميز.

تاريخ إرسال المقال: 2022/02/04، **تاريخ قبول المقال:** 2022/05/25، **تاريخ نشر المقال:** 2022/12/31.

لتهميش المقال: حكيمة مسعودان، خمري عمار، "فكرة الآداء المميز كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 02، السنة 2022، ص ص496-515.

المقال متوفر على الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72

المؤلف المراسل: حكيمة مسعودان، messaoudenehakima15@gmail.com

Outstanding performance ideal as a criterion for determining the law applicable to the international commercial contract

Summary:

The issue of determining the law applicable to the international commercial contraction, the state of absence of the law of will it's one of the most controversial issues in private international law, which has to the emergence of different solutions and approaches within the framework of national and international legislation, one of these approaches is the approached or idea of exceptional performance as a criterion for decadent the law of international contraction.

This is a hypotheses that would take into account the principle of legal certainty in the transaction of personnel, and would the distinguished performance approach assumes that law most closely related to the contract by its subjective nature is the law of the place of habitual residence of the debtor of distingue performance. Provide flexible solutions taking into account international contracts, and respecting the exportations of legitimation parties in the arena adopted by many comparative laws.

Keywords:

The international commercial contract, conflict of law, the law applicable, outstanding performance.

La notion de performance exceptionnelle comme critère de détermination de la loi applicable sur le contrat du commerce international

Résumé :

La question de la détermination de la loi applicable au contrat de commerce international -en d'absence de la loi de la volonté- est l'une des questions les plus controversées en droit international privé, ce qui a mené à l'émergence d'approches différentes dans le cadre des conventions internationales et législations nationales, parmi elles l'idée de performance exceptionnelle comme critère déterminant la loi applicable.

L'approche de l'exécution distinguée suppose que la loi la plus liée au contrat par sa nature subjective est la loi du lieu de résidence habituelle du débiteur de l'exécution distinguée au moment de la conclusion du contrat. Cette hypothèse prendrait en compte le principe de la sécurité juridique des transactions des personnes, et apporterait des solutions souples tenant compte de la diversité et des différences entre les contrats internationaux, et respecterait les attentes légitimes des parties, c'est pour cela que plusieurs législations on fait le choix d'adopter ce critère dans la détermination de la loi applicable.

Mots clés :

Le contrat commercial international, conflit de lois, loi applicable, exécution exceptionnelle.

مقدمة

أَسفر التطور السريع الذي شهده العالم في وسائل الاتصال والتكنولوجيا عن تطور في إطار إبرام المعاملات المالية الدولية بين الأشخاص من مختلف الدول، هذا التطور صاحبه تطور آخر في المجال التشريعي، وذلك بضرورة إيجاد قواعد ملائمة تعمل على تنظيم وتأطير هذا النوع من الروابط الدولية، والقول أنّ العقد أحد أهم وسائل إبرام المبادلات المالية بين الأشخاص من مختلف الدول، فإنّ اتصالها بأكثر من نظام قانوني لدول مختلفة سيساهم في إثارة مشكلة تنازع القوانين.

وُجُود عقد تجاري دولي يعني تنازع القوانين وبالتالي تزاحمها والبحث عن القانون الواجب التطبيق، والذي نتوصل إليه انطلاقا من الحلول والمناهج والضوابط التي تم وضعها وصياغتها خصيصا لتحديد القانون الأنسب، للإعمال على العلاقة الدولية، وذلك باختيار القانون الأكثر ارتباطا بها.

يُعَدُ قانون الإرادة أحد أبرز ضوابط الإسناد المعتمدة في البحث عن القانون المختص لحكم العقود الدولية، فمعظم التشريعات الوطنية والدولية تتفق على خضوع العقد الدولي في جانبه الموضوعي للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمنيا ليحكم العقد، وهو الموقف الذي تبنّاه المشرع الجزائري في ظل المادة 1/18 من القانون المدني[1]، فإذا وُجِدَتْ إرادة الأطراف المتعاقدة فعلى القاضي احترامها والأخذ بها ما دام أنّها غير مخالفة للقواعد الآمرة في نظامه القانوني، وفي حالة غياب قانون الإرادة فإنّه لا بد من وجود أو وضع ضوابط إسناد احتياطية يتم اللجوء إليها لتحديد قانون العقد، وهو الإسناد الذي يعبر عن وجهة نظر المشرع فيما يراه أقرب القوانين صلة بالعقد، لكن إلى يومنا لم تتفق الدول على ضابط إسناد ملائم تحكم العقد الدولي في حالة غياب الإرادة.

ظَهرت العديد من المناهج في إطار منهج إسناد العقد إلى القانون الأكثر ارتباطا بالعقد من هذه المناهج، منهج الإسناد الجامد للعلاقة التعاقدية الدولية والذي يتولى فيه المشرع بنفسه عملية تركيز العلاقة التعاقدية إلى القانون الأكثر صلة به، مفترضا أن مركز الثقل فيها متواجد في مكان معين، مفترضا أنّ قانون الموطن، ومن ثم الجنسية، ومن ثم مكان الإبرام، هي من أكثر القوانين ارتباطا بالعقد، ومن ثم يقع إلزاما على القاضي وفقا لهذا المنهج أن يطبق الضابط الذي حدده له المشرع على سبيل التدرج الذي أَورده له، ما يتيح للأطراف فرصة معرفة

---

[1]– نصت المادة 1/18 من الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني ج. ر.ع 31 مؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428هـ الموافق 13 مايو 2007 على أنّه: "**يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد**".

قانون العقد مسبقا، مما يحقق لهم الأمان القانوني ويحفظ توقعاتهم المشروعة، ما يعاب عليه أي منهج الإسناد الجامد أنّه يتميز بالجمود وغير مراعي لتعدد وتتنوع العقود الدولية، لكنه وبالرغم من ذلك قد أخذ به المشرع، وذلك في ظل المادة 18 في فقرتها الثانية والثالثة[2].

المنهج القضائي المرن والقائم على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وفقا لملابسات التعاقد وظروفه ومقتضياته، حيث يقوم فيه القاضي بالبحث في كل حالة على حدة على أقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية، والمُعَبِر عن مركز الثقل في الرابطة العقدية، ما يُؤخذ عليه أنّه منهج يفتقر لعنصر المعرفة المسبقة واليقين، وهو الوضع الذي من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف، حيث أنّه من العسير تحقق مسألة علمهم المسبق بالقانون الواجب التطبيق كون أن الأمر يختلف من حالة إلى أخرى[3].

نظرا للانتقادات والعيوب التي ظهرت في المنهجين السابقين، ظهر اتجاه جديد بمنهج جديد، وهو منهج أو فكرة الآداء المميز، والقائم على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية على ضوء طبيعتها الذاتية، والذي يمكن أن يتحدد من الالتزام الجوهري الذي يفرضه العقد، وهو المنهج محل الدراسة لتتجلى إشكالية البحث حول **مدى فعالية منهج الآداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي؟**، وللإجابة على الإشكالية المطروحة تم إتباع المنهج الوصفي التحليلي، ذلك بوصف القاعدة القانونية والعمل على تحليلها وبيان مضمون الفكرة، وذلك وفقا لخطة تتضمن مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول إلى الإطار المفاهيمي لفكرة الآداء المميز كمعيار لتحديد قانون العقد التجاري الدولي، وتطرقنا في المبحث الثاني إلى كيفية إعمال فكرة الآداء المميز كمعيار لتحديد قانون العقد الدولي.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لفكرة الآداء المميز كمعيار لتحديد قانون العقد التجاري الدولي

يَقوم منهج الآداء المميز على فكرتي التركيز الموضوعي للعلاقة التعاقدية، تنوع معاملات العقود، وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للالتزام الأساسي فيه، فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد إلّا أنّه يوجد

---

[2]– نصت المادة 2/18 و3 من الأمر رقم 75–58 على أنّه: "**وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد**".

[3]– نشأت نظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وفقا لملابسات التعاقد وظروفه على يد الفقيه الفرنسي "**باتيفول**" متأثرا في ذلك بالقضاء الإنجليزي، كرسها القضاء الفرنسي الحديث قبل نفاذ معاهدة روما وذلك في العديد من القضايا أبرزها قرار لمحكمة النقض الفرنسية لسنة 1959 والذي ورد فيه أنّه إذا لم يقم المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحة، فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا التحديد لتحديده على ضوء ظروف التعاقد وملابساته، انظر: عبد الحفيظ صوفت أحمد، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص.190.

في كل عقد أداء مميز يميزه عن غيره من العقود يعبر عن جوهره، يصون توقعات الأطراف، ويحقق العدالة والمرونة، والذي يُسند العقد وفقا له إلى قانون المكان الذي يؤدي فيه وظيفته الاقتصادية والاجتماعية، فيكون بذلك ضابط إسناد يشير إلى القانون الواجب التطبيق الأكثر ارتباط بالعقد في حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد الدولي.

نَظرا للمزايا التي يتمتع بها منهج الآداء المميز بالمقارنة مع المناهج الأخرى بخصوص تحديد قانون العقد التجاري الدولي، في حالة غياب الإرادة، فإنّ معظم التشريعات الوطنية والدولية قد تبنت هذا المعيار واعتبرته من المعايير الأساسية في تحديد ذلك القانون.

المطلب الأول: مضمون فكرة الآداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي

يُعد إسناد العقد للقانون الأوثق صلة به من خلال منهج الآداء المميز، القائم على تركيز موضوعي للروابط العقدية من أحدث الاتجاهات في تحديد قانون العقد التجاري الدولي، وأول ما ظهر في الفقه والقضاء السويسري، وسرعان ما تأثرت به الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة[4]، فالتشريعات المقارنة التي تبنت فكرة الآداء المميز لم تضع تعريفا له إنّما تولى ذلك التقرير المفسر لاتفاقية روما لسنة 1980 الذي قام بوضعه الأستاذين "Lagarde" و"Giulaine"، بحيث عرفاه على أنّه ذلك الآداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا[5]، وعرفه الأستاذ "Jean Boptiste" على أنّه الآداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن باقي العقود[6].

المُلاحظ على فكرة الآداء المميز للعلاقة التعاقدية الدولية أنّها تعتد وتأخذ بموضوع العقد الرئيسي، أي محل الالتزام الجوهري، هو الوضع الذي من شأنه أن يجعل الأمر يختلف من عقد إلى آخر حسب طبيعة كل عقد وحسب الالتزام الجوهري فيه[7]، وحسب الفقيه "**شنايتزر**" فإنّ لكل عقد طرف واحد يتميز بأدائه عن الطرف الآخر الذي لا يتغير أداؤه بتغير العقد والمتمثل عادة في الالتزامات المالية كما هو الأمر مثلا في عقد البيع الدولي، ويكون فيه أداء المشتري التزامه بدفع المبلغ المالي للبائع وهو نفس الالتزام الذي نجده في كافة أو باقي العقود الأخرى فالتزامه يظل ماليا، في الوقت الذي يكون فيه أداء البائع التزاما مختلفا من عقد إلى آخر بالنظر إلى

---

(4)– الروبي محمد، عقود التشديد والاستغلال والتسليم (B.O.T) دراسة القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص.291.

(5)– Giulianog M et Lagarde, Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOCE n^0 c282, 3 oct, 1980, p.1.

(6)– بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011، ص.58.

(7)– المنزلاوي صالح، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة العربية، مصر، 2006، ص.336.

طبيعة وموضوع كل عقد، عليه يعتبر أداء هذا الأخير هو المُميز في كل عقد باعتبار أدائه جوهريا[8]، ما يستوجب دراسة طبيعة العقد من أجل الكشف عن هذا الآداء والذي يتحقق عن طريق ربط العقد بالنظام القانوني للدولة التي يؤدي فيها العقد وظيفته الاقتصادية والاجتماعية، والمفترض أنّه قانون موطن المدين بالآداء المميز[9].

بمعنى أن القاضي عند غياب قانون الإرادة يحلل الرابطة العقدية، ويبحث عن الالتزام الجوهري المميز فيها ومن ثم يقوم بتركيزها من خلاله، وذلك في المكان الذي تحقق فيه الوظيفة الاقتصادية، ويفترض أنصار هذه الفكرة أن مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز هو القانون الأكثر الارتباط بالعقد[10]. لكن السؤال الذي يطرح لماذا اختار أصحاب فكرة الآداء المميز، الآداء المميز ليكون المعيار المعول عليه في تحديد قانون العقد التجار الدولي في ظل غياب اختيار الأطراف؟

ما يُبرر الأخذ بمعيار الآداء المميز في العقد، وجود طرف واحد يكون دوره بارزا وفعالا في إبرام العقود، فهو الذي ينقل ويبيع ويعطي الأموال، وهو المدين بالآداء المميز، أمّا الطرف الآخر فهو مجرد عميل في إبرام العقود لا يمارس أي وظيفة اقتصادية، فالتزامه يكون دائما أداء بدفع مبلغ مالي، ما يعني أن الالتزام المقابل هو الجوهري والمميز، ما يجعل منه أداء ذا دور هام في الحياة الاقتصادية في العقد أكثر من غيره من الالتزامات الأخرى[11]، فأداء المدين يعد أكثر تعقيدا من أداء الدائن بالأداء المميز الذي يكون أداؤه مجرد دفع مبلغ نقدي، ولا يتحمل مخاطر شديدة كالتي يتحملها المدين بالأداء عند تنفيذ أدائه[12]، على هذا فإنّ إعمال قانون المدين بالأداء المميز هو الأكثر ملاءمة للمتعاقدين، ومتفق مع توقعاتهم المشروعة كونه الذي يتوقعه الدائن بالأداء المميز في العلاقة التعاقدية[13].

يَعتبر الأستاذ "هشام صادق" فكرة الآداء المميز فكرة تتوسط منهج الإسناد الجامد الذي يُعبر عن وجهة نظر المشرع، كون أن تركيز العلاقة التعاقدية في قانون هو الأكثر ارتباطا بها في يد المشرع، والمنهج القضائي المرن القائم على منح السلطة التقديرية للقاضي في تركيز العلاقة التعاقدية وفقا لملابسات العقد وظروفه، حيث قال: "**إن نظرية الآداء المميز التي تقوم على تركيز موضوعي بحث للروابط العقدية، تحتل مركزا وسطا بين الإسناد**

---

[8]– الأنباري أحمد حميد، سكوت الإدارة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، د.ب.ن، 2017، ص.ص.95.96.

[9]– بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص.258.

[10]– العبودي نورس، الأداء المميز وأثره على عملية الإسناد، مكتبة السنهوري، لبنان، د.س.ن، ص.20.

[11]–Schnitzer, A.F, la loi applicable aux contrats, Op-Cit, p479.

[12]– Ciaudement Tallan, H, Couvent du Rome de 19 Juin 1980 et Règlement Rome 1 du 17 juin 2008, Op-Cit, n30.

[13]– صادق هشام، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص.ص.589.590.

الجامد لهذه الروابط لقانون دولة الإبرام أو لقانون دولة التنفيذ، والسابق الإشارة إليه وهو إسناد يتميز بالوضوح ويصون للمتعاقدين توقعاتهم من البداية وإن عَابَهُ كما رأينا أنّه يفتقد للمرونة التي يتطلبها اختلاف طبيعة العقود في الحياة الدولية الخاصة، وبين نظرية التركيز الموضوعي للأستاذ "باتيفول" والتي وإن حققت المرونة في الإسناد في كل حالة على حدة وفقا لظروف التعاقد وملابساته، إلّا أنّها قد أضحت على النحو باعتبارات الأمان القانوني لصعوبة توقع المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق عند سكوتهم عن تحديده، نظرا لأنّ هذا التحديد لن يتم والحال هذه إلّا بمعرفة القاضي عند نظر النزاع وفي ضوء ملابسات التعاقد في كل حالة، أي في مرحلة متأخرة يتعذر على المتعاقدين قبلها أن يتعرفوا على القانون الذي سيحكم علاقتهم التعاقدية سواء عند إبرام العقد أو أثناء تنفيذه"[14].

تطبيق قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز وقت إبرام العقد، لا يعني أن هذا الإعمال يوفر الحماية له على حساب الدائن بالأداء، بل ينصرف هذا التطبيق إلى توفير الحماية للمتعامل مع مراعاة أن المتعامل مع المدين ليس بالضرورة أن يكون دائما هو الطرف الضعيف، فهذا القانون قد تم تحديده باعتباره القانون الأكثر صلة بالعلاقة التعاقدية الدولية، حال غياب قانون الإرادة مع الأخذ بعين الاعتبار أنّ التشريعات القانونية التي تبنت منهج الآداء المميز، قد قامت بمراعاة مسألة حماية الطرف الضعيف في العقد، أين قامت بتكريس حلول مختلفة ومتعددة لا تأخذ ولا تستند إلى معيار الآداء المميز، كما هو الحال في عقود الاستهلاك وعقود العمل الدولية[15]، وهو ما يعرف بالخروج الاستثنائي عن تطبيق فكرة الآداء المميز كمعيار لتحديد قانون العقد التجاري الدولي، وهو ما سنتطرق إليه بنوع من التفصيل في المبحث الثاني من هذه الورقة البحثية.

المطلب الثاني: تطبيق منهج الآداء المميز في تحديد قانون العقد

يترتب عن تطبيق فكرة الآداء المميز في تحديد قانون العقد نتائج وآثار تنعكس على العقد الدولي، تجعل من القاضي الفاصل في النزاع يقوم بعملية المفاضلة بين الالتزامات الواردة في العقد، ليحدد أيُ منها يمثل الالتزام الجوهري فيه، فضابط مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز، يتميز بِصَوْنِهِ لمبدأ الأمان القانوني واحترامه

---

[14]– هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص.261.

[15]– سلامة أحمد عبد الكريم، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص.216، انظر أيضا: عكاشة عبد العالي، قانون العمليات المصرفية الدولية، الدار الجامعية، بيروت، 2007، ص.123.

لتوقعات الأطراف المشروعة، ويراعي في نفس الوقت العدالة والمرونة كونه يأخذ بعين الاعتبار تنوع وتعدد صور العقود التجارية الدولية[16].

الفرع الأول: ضابط مكان الإقامة المعتادة للمدين يصون مبدأ الأمان القانوني ويحمي توقعات الأطراف

تُعد مسألة احترام توقعات الأطراف المشروع وتحقيق مبدأ الأمان القانوني من الغايات الأساسية التي تسعى قواعد القانون الدولي الخاص إلى تحقيقها[17]، إذ يراد بالتوقع المشروع عدم إصدار قاعدة قانونية بطريقة مفاجئة، ما يؤدي إلى تقديم حلول غير متوقعة تتصادم وتتعارض مع النتائج التي يسعى المتعاقدون إلى تحقيقها، من وراء إبرامهم لتصرفات قانونية مشروعة، أمّا الأمان القانوني فعلى الرغم من عدم وجود تعريف له إلّا أنّه يمكن وضع مبادئ تمثل أساسيته، من هذه المبادئ، توقع القانون، سهولة الوصول إلى القاعدة القانونية، ووضوحها، ما يعني أن مبدأ الأمان القانوني ينصرف في مجال ما يسمى بتنازع القوانين إلى عدم مفاجأة أطراف العلاقة التعاقدية بالقانون الواجب التطبيق على تصرفاتهم القانونية، ويتحقق ذلك من خلال إسناد التصرف إلى قانون دولة ينسجم ومصالح الأطراف، ويتماشى مع توقعاتهم بما يحقق لهم الاستقرار في تصرفاتهم القانونية في إطار العقود الدولية.

فضابط مكان الإقامة المعتاد للمدين والذي جاء أو أتى به منهج الآداء المميز ضابط يتسم بالثبات[18] والوضوح والبساطة ووقت إبرام العقد، وأن تحديده يعتمد على طبيعة العقد ما يجعل من القاضي يبحث عن القانون الواجب التطبيق في العناصر الداخلية المكونة له، دون الرجوع إلى ملابسات وظروف التعاقد الخارجية ولا إلى إرادة الأطراف، هو الوضع الذي من شأنه أن يضيق ويحصر السلطة التقديرية للقاضي، وهذا ما يساهم في مراعاة وتعزيز مبدأ الأمان القانوني، وحفظ توقعات الأطراف المشروعة، خاصة وأن الأطراف لا يتفاجؤون بالقانون الواجب التطبيق بعلمهم به وقت الإبرام[19].

الفرع الثاني: ضابط مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز يراعي مبدأ العدالة والمرونة

يراعي منهج الآداء المميز القائم على تركيز قانون العقد الدولي حال غياب الإرادة في مكان إقامة المدين بالآداء المميز، أي صاحب الآداء اعتبارات المرونة والعدالة، كون أنّ فكرة الآداء المميز تأخذ بعين الاعتبار مسألة الطبيعة المتنوعة للعقود الدولية، من خلال وضعه لضابط إسناد تفصيلي يختلف ويتغير بتغير طوائف

---

[16]– العبودي نورس، المرجع السابق، ص.20.

[17]– هشام صادق، المرجع السابق، ص.614.

[18]– عشوش أحمد، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، دون دار النشر، د.ب.ن، 1985، ص.ص.16–17.

[19]– عكاشة عبد العالي، المرجع السابق، ص.68، انظر أيضا: هشام صادق، المرجع السابق، ص.601.

العقود، حيث تصنف العقود إلى فئات متعددة ومختلفة وإخضاع كل طائفة متشابهة إلى القانون الأكثر صلة به[20].

بالرغم من المزايا التي عرفتها فكرة الآداء المميز كمعيار لإسناد قانون العقد الدولي، إلّا أنّها لم تسلم من سهام الانتقادات الشديدة التي وجهت إليها من طرف المعارضين لها، حيث أنّه هناك من عارضها على أساس وجودها في قوانين دول محددة وأن وجودها ما هو إلّا استجابة لتأثير الفقه في هذه الدول[21]، وهناك من رأى أن المعيار المتعلق بالأداء المميز إنّما هو معيار أو ضابط غير صالح للتعويل عليه من أجل تحديد قانون العقد الدولي، حجتهم في ذلك استحالة تحديد الالتزام الجوهري في العقد من بين الالتزامات المتعددة ذات الأهمية والأمر الذي سيؤدي إلى فتح المجال لتفسيرات المحكمين والمحاكم حول النزاع[22]، في حين قِيلَ بتهميش الآداء المالي لأحد الأطراف وإخراجه من نطاق تحديد قانون العقد، هو الأمر الذي يمثل أو يدل على وجود انحياز لأحد أطراف العقد دون الآخر[23].

المطلب الثالث: موقف التشريعات المقارنة من الآداء المميز

تَبنت التشريعات العربية ضابط الآداء المميز بشأن تحديد قانون العقد الدولي في حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني لقانون الإرادة، من هذه التشريعات نجد التشريع الموريتاني حيث نصت المادة 10 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني رقم 31 لسنة 2001 على أنّه: "**حالة عدم الاختيار يخضع العقد لقانون البلد الأكثر صلة به، ويكون العقد أكثر صلة بالدولة حيث يوجد بها المقر المشترك للأطراف إذا كانوا يقيمون معًا وإلا الموجود بها عند إبرام العقد، مكان الإقامة الاعتيادي للطرف الملزم بالأداء المميز أو الإدارة المركزية إذا تعلق الأمر بشركة أو جمعية أو شخصية اعتبارية. لا محل للقاعدة السابقة إذا اتضح من ظروف الحال ارتباط العقد بقانون دولة أخرى**"[24]، والتشريع التونسي حيث نص الفصل 62 من القانون الدولي الخاص التونسي عدد 97 لسنة 1998 على أنّه: "**يخضع العقد للقانون الذي تعينه الأطراف، وإذا لم تحدد الأطراف القانون المنطبق، يعتمد قانون**

---

[20]– العبودي نورس، المرجع السابق، ص.48.

[21]– نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص.ص.132.133.

[22]– زياد محمد فالح بشابشة، أحمد الحراكي، عماد قطان، دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون واجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية وفقا للقانون الأردني، دراسة مقارنة، مقال منشور في مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، فلسطين، العدد 30، 2013، ص.369.

[23]– الانباري أحمد حميد، المرجع السابق، ص.103.

[24]– انظر المادة 10 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني رقم 31، لسنة 2001.

الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون التزامه مؤثرا في تكييف العقد، أو مقر مؤسسته إذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري"[25].

يُلاحظ على المادتين السابقتين أن المشرعين الموريتاني والتونسي قد نصا صراحة على ضابط الآداء المميز في التشريع الخاص بهما، ما يدل على أنّهما قد أخذا أو كرّس نظرية الآداء المميز كمعيار لتحديد قانون العقد الدولي، حيث لجئوا إلى تركيز العلاقة التعاقدية في قانون يكون هو الأكثر وثوقا بها في حالة عدم الاختيار، ويكون العقد أكثر صلة بالدولة التي يوجد بها المقر المشترك للمتعاقدين، وإلا فمكان الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز.

من بين أهم التشريعات القانونية التي كرست معيار الآداء المميز لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، نجد اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وكذلك التوجيه الأوروبي رقم 2008/593 والمسمى "**روما1**"، حيث بدأت اتفاقية روما لسنة 1980 بتكريس قانون الإرادة[26]، وفي حالة عدم اتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمنيا على اختيار قانون العقد الدولي فإنّ الاتفاقية جاءت بمبدأ عام يقضي بتطبيق القانون الأكثر ارتباطا بالعلاقة التعاقدية، وورد في الفقرة الثانية من المادة 04 أنّ العقد يمثل الروابط الأكثر اتصالا مع الدولة التي يقع فيها مكان الإقامة المعتادة للطرف الذي يورد الالتزام المميز وقت إبرام العقد، وفي الحالة التي يتبين فيها أنّ قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز ليس هو القانون الأكثر ارتباطا بالعقد، يتم استبعاده ويطبق الاستثناء الوارد في المادة 5/04 من الاتفاقية، أي أنّ القاضي يجب أن يطبق ذلك القانون الأكثر ارتباطا بالعقد، ما يدل على أن الاتفاقية تسمح بتطبيق قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز بعد أن يتأكد القاضي من عدم وجود قانون أخر أكثر ارتباطا بالعقد وذلك من خلال البحث في عناصر العقد وتحديد مركز الثقل فيها[27].

رغبة من المشرع الأوروبي في تعزيز فكرة الأمان القانوني واحترام توقعات الأطراف المشروعة أورد تعديلات على الحلول الواردة في المادة 04 من اتفاقية روما لسنة 1980، حيث بدأت المادة 1/04 منه بتكريس عدة قواعد إسناد مباشرة لعدد من العقود الدولية، أين حددت بموجبها القانون الواجب التطبيق بشكل مسبق ومباشر، دون أن تترك للقاضي أية حرية للبحث عن القانون الأكثر ارتباطا بالعقد، ومن ثم نصت ذات المادة وفي الفقرة الثانية على تطبيق قانون المدين بالأداء المميز وقت إبرام العقد على العقود التي لا تنتمي إلى تلك الواردة في الفقرة

---

[25]– انظر الفصل 62 من القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998، عدد 97.

[26]– انظر المادة 03 من اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية.

[27]– انظر المادة 04، من اتفاقية روما لسنة 1980، المرجع السابق.

الأولى، في حين قررت الفقرة الثالثة الاحتفاظ بالشرط الاستثنائي إذا تبين من ظروف وملابسات التعاقد وجود قانون أخر أكثر اتصالا بالعلاقة التعاقدية من القوانين السابقة حينئذ يطبق ذلك القانون، وفي الحالة التي لم يستطع فيها القضائي تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد فوفقا للفقرة الرابعة من نفس المادة فيطبق القانون الأكثر اتصالا به[28].

لنتوصل إلى أن المشرع وبموجب المادة 1/04 من التوجيه الأوروبي روما 1 قد سهل على القاضي مسألة إيجاد القانون الأكثر ارتباطا بالعقد، وقام بإعفائه من البحث عن الآداء المميز المتعلق بتلك العقود الواردة ضمن هذه الفقرة، وجاءت الفقرة 2 بقاعدة احتياطية تطبق قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميز على العقود التي لم تذكر في الفقرة الأولى، ليطرح سؤال عن العقود الأخرى التي تخضع لمعيار الآداء المميز خاصة أن الفقرة 1 من المادة 04 قد وضعت قواعد إسناد مباشرة لأهم العقود التجارية الدولية ما يجعل من العقود المتبقية مجرد عقود هامشية خاصة وأنه قد تم تكريس قواعد أخرى تطبق على مجموعة أخرى من العقود الخاصة كما هو الحال بالنسبة لعقود العمل الدولية وعقود الاستهلاك[29].

على هذا نقول أنّه وبالرغم من أن قانون المدين بالأداء المميز لم يعد مجرد قرينة يجوز إثبات عكسها بحيث أضحت تطبق انطلاقا من قاعدة إسناد حقيقية مباشرة، إلّا أنّ دوره أصبح دورا احتياطيا في ضوء التشريعات الأوروبية الحديثة[30].

أمّا بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من منهج الآداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي حال غياب الإرادة فباستقراء نص المادة 18 من القانون المدني، يتضح لنا أنّه قد أخذ في القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية بقاعدة أصلية، وهي خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة أي إرادة الأطراف المتعاقدة، وفي حالة غيابه فإنّه أخذ بالإسناد الجامد للعلاقة التعاقدية، أين قام بتحديد ضوابط إسناد احتياطية مسبقة يلتزم القاضي بتطبيقها وإعمالها حسب الترتيب الوارد في المادة المشار، إليها ما يدل على أن المادة 18 لم تشر ولو بشكل من الأشكال إلى مسألة إعمال نظرية الآداء المميز كضابط يطبق في حالة غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية[31].

---

[28]– بلاش ليندة، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص.410. وما يليها.

[29]– انظر المادة 04 من التوجيه الأوروبي رقم 2008/593 لسنة 2008 (روما 1) والمتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية.

[30]– عبد السلام على الفضل، نعيم علي العتوم، منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي، مقال منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 46، عدد 1، 2019، ص.573.

[31]– غول سليمة، ميهوب علي، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية، مقال منشور في مجلة الباحث القانوني، المجلد 01، العدد 01، 2020، ص.58.

المشرع الجزائري بالرغم من عدم اعترافه صراحة بنظرية الآداء المميز إلّا أنّه باشتراطه كون القانون المختار له صلة حقيقية بالعقد، فإنّ القاضي وهو يبحث عن القانون الأوثق صلة بالعقد أن يهتدي إلى أنّه قانون موطن المدعى بالأداء المميز، أو في الحالة التي يختار فيها المتعاقدين هذا القانون ويرى القاضي أنّه يرتبط بالعقد ارتباطا وثيقا.

المبحث الثاني: كيفية إعمال فكرة الآداء المميز كمعيار لتحديد قانون العقد الدولي

يقتضي إعمال ضابط الآداء المميز كمعيار لتحديد قانون العقد الدولي، التأكد من الصفة الدولية للعقد وكذا غياب قانون الإرادة، أي اختيار الأطراف لقانون العقد، ومن أجل الوصول إلى القانون الأكثر قربا وارتباطا بالعقد من خلال منهج الآداء المميز، فإنّه لا بد من تحديد الآداء المميز في العقد بالنظر لمهنة أطرافه أو وفقًا لطبيعة العقد، ومن ثم تركيزه في نظام قانوني معين.

نظرا للانتقادات التي وجهت لمنهج الآداء المميز تنبهت التشريعات التي تبنته إلى مسألة تقديم حلول بديلة واستثنائية تساهم في معالجة العيوب والانتقادات التي وجهت إلى ذلك المعيار.

المطلب الأول: إضفاء الصفة الدولية للعقد وغياب الإرادة

يعتبر منهج الآداء المميز أحد مناهج الإسناد المرن للعلاقة التعاقدية التجارية الدولية، يتم اللجوء إليه إذا ما كان هناك عقد دولي، وذلك حسب المعايير التي أوجدها فقه القانون الدولي الخاص لإضفاء وإصباغ العقد بالصبغة الدولية، وفي الحالة التي يكون هناك غياب تام لاختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، ما يدل على أن تطبيق منهج الآداء المميز يستلزم التأكد من توافر الصفة الدولية في العقد المراد إخضاعه لمعيار الآداء المميز، والغياب التام لقانون الإرادة، وهو ما سيتم تبيانه من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول: في إضفاء الصفة الدولية على العقد

أوجد كل من الفقه والقضاء معيارين من خلالهما يمكن إضفاء الصفة الدولية على العقد، معيار قانوني يرتكز على فكرة أن العقد يعد دوليا إذا اتصل بروابط قانونية متعلقة بأكثر من نظام قانوني واحد، أي إذا ارتبطت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، وتتمثل هذه العناصر إمّا في مكان إبرام العقد، أو تنفيذه أو جنسية المتعاقدين أو موطنهم[32].

---

[32]– عبد الهادي زبيدة، القواعد المادية لمنازعة عقود قانون التجارة الدولية في الأنظمة العربية في إطار الاتفاقيات الدولية "دراسة مقارنة"، مقال منشور في المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث، المجلد 03، العدد 02، جامعة الأمير سلطان الأهلية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2017، ص.153. انظر أيضا: معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عقود المفتح والإنتاج في اليد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1998، ص.50.

يعد عقد بيع دوليا في الحالة التي يبرم فيها العقد في باريس بين فرنسي مقيم في فرنسا وبلجيكي مقيم في بلجيكا متعلق ببضاعة موجودة في إيطاليا وتسليمها هناك على أن يتم دفع الثمن في فرنسا، فمثل هذا العقد يتسم بالطابع الدولي لاتصال عناصره بثلاث دول، ومعيار اقتصادي يعتمد على العملية التي يحققها العقد التجاري الدولي المتمثلة في مصالح التجارة الدولية، فالعقد يعد دوليا عندما تكون هناك حركة للأموال ذات طبيعة مزدوجة استيرادا وتصديرا[33]، عليه إذا تضمن العقد انتقالا للقيم الاقتصادية المختلفة عبر الحدود اعتبر العقد دوليا وأمكن إخضاعه لمعيار الآداء المميز.

الفرع الثاني: في غياب قانون الإرادة

الأصل في عقود التجارة الدولية خضوعها لقانون الإرادة أي للقانون الذي اختاره الأطراف، ليطبق على كل ما يرتبه العقد من التزامات متبادلة بين أطرافه، وهو مبدأ أقرته العديد من الاتفاقيات الدولية، من بينها اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث أقرت وبموجب المادة 1/03 منها بسريان القانون الذي اختاره الأطراف على العقد، واشترطت أن يكون اختيارهم صريحا أو مستمدا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد[34]، واتفاقية لاهاي لسنة 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع والتي قضت في مادتها 07 على أن البيع يحكمه القانون الذي اختاره الأطراف، وأن يكون اتفاقهم فيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم صريحا أو يمكن استخلاصه من نصوص العقد أو سلوك الأطراف[35].

---

(33)– محمد نائل أبو قلبين، "مدلولات تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني في ضوء أحكام التشريع الأردني"، مقال منشور في مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 01، 2021، ص.06. انظر أيضا: بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء 2، كليك للنشر، د.ب.ن، 2012، ص.410، انظر أيضا: خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فينا عام 1980، ط2، د.د.ن، د.ب.ن، 2001، ص.2 وما يليها.

(34)– انظر المادة 1/03 من اتفاقية روما لسنة 1980، المرجع السابق.

(35)– نصت المادة 07 من اتفاقية لاهاي لسنة 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع على أنّه: "**يحكم البيع القانون المختار من الأطراف اتفاق الأطراف فيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم يجب أن يكون صريحا أو يمكن استنتاجه بوضوح من نصوص العقد أو من سلوك الأطراف أو بالنظر إليهما معا**".

وفي حالة سكوت المتعاقدين عن تحديد قانون معين يحكم العقد فإنّ العقد يكون محكوما إمّا بالضوابط الاحتياطية المصاغة من طرف المشرعين وهو ما يسمى بالإسناد الجامد للعلاقة التعاقدية الدولية[36]، وإما بمعيار الآداء المميز بالنسبة للتشريعات المقارنة التي أخذت به بمجرد غياب اختيار الأطراف لقانون العقد.

بهذا الخصوص قضت المادة 2/04 من اتفاقية روما سنة 1980 بأنّه في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد فإنّه يطبق قانون الدولة التي بها أكثر الروابط وثوقا، وتعتبر تلك الروابط موجودة في الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بتقديم الآداء المميز وقت إبرام العقد، وفي الحالة التي يكون فيها الطرف الملتزم بتقديم الآداء المميز شخصا معنويا وقد أبرم العقد أثناء ممارسته لنشاطه المهني فقانون الدولة التي بها المنشأة الرئيسية لهذا الشخص هو الواجب التطبيق، وفي الحالة التي يتم فيها الآداء المميز عن طريق شركة أخرى بخلاف الشركة الرئيسية فإنّ قانون الدولة التي يتواجد فيها مقر الشركة الرئيسية هو الذي يخضع له العقد، ويعرف هنا ضابط الإسناد بضابط الآداء المميز[37].

لا يجب أن نفهم أن غياب قانون الإرادة يقضي بالضرورة إلى إعمال ضابط الآداء المميز إنّما تطبيقه يكون فقط في التشريعات والاتفاقيات التي أخذت به وتبنته في تشريعات، فبالنسبة للتشريع الجزائري فقد أخذ بالتطبيق الجامد أي أنّه تولى بنفسه تحديد الضوابط التي يخضع لها العقد في حالة غياب الإرادة ما يعني أنّه لم يأخذ بفكرة الآداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي.

المطلب الثاني: آليات منهج الآداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي

---

(36)– كما عليه الوضع في القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، حيث نصت المادة 19 من القانون رقم 131 الصادر في 29 جولية 1948 المتعلق بالقانون المدني المصري، ج. ر.ع 108، على أنّه: "**(1) يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإنّ اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أنّ قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه**"، والمادة 20 من القانون الأردني رقم 43 لسنة 1976 الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 2645 على أنّه: "**يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك**".

(37)– نصت المادة 2/04 من اتفاقية روما لسنة 1980 على أنّه: "**عند انعدام الاختيار الصريح يسري على العقد قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقا، ويفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة المعتادة للطرف المدين بالآداء المميز أو مركز إدارته فيما لو كان شخصا اعتباريا**".

ينبغي بعد التأكد من الصفة الدولية للعقد وغياب قانون الإرادة المختار من قبل الأطراف المتعاقدة، الانتقال إلى مسألة تحديد الآداء المميز كونه أداء ليس واحدا في جميع العقود، وكذا تركيزه في نظام قانوني معين ليكون قانون العنصر المميز والجوهري هو الواجب التطبيق باعتباره الأكثر قربا وارتباطا بالعقد.

الفرع الأول: تحديد الآداء المميز

تعد مسألة تحديد الآداء المميز في العقد من المسائل الصعبة التي تواجه القاضي في سبيل وصوله إلى قانون العقد التجاري الدولي، كون أن الآداء ليس واحدا في جميع العقود، فهو يتغير بتغير طبيعة العقد ونوعه، وهذا ما سيؤدي إلى اختلاف وتعدد في القوانين الواجبة التطبيق على العقد التجاري الدولي، فبالرغم من صعوبة وضع تعريف شامل وكامل يحدد ذلك الآداء، فإنّه يجب تحديد الالتزام الجوهري في العقد من طبيعة العقد بذاته ليكون هو الآداء المميز فيه، والذي سيتم انطلاقا منه تركيزه في نظام قانوني معين ليسري على العلاقة التعاقدية[38].

في إطار العقود الملزمة لجانب واحد فإنّ تحديد الآداء المميز فيها لا يثير أية صعوبة كون أن ذلك الآداء هو أداء الطرف الملتزم بالعقد، كما هو الوضع في عقد الهبة إذ يكون قانون العقد هو قانون مكان الإقامة المعتادة للواهب، أمّا في العقود الملزمة لجانبين فإنّه يقع على القاضي ضرورة تحليل الالتزامات المتقابلة لكي يتسنى له تحديد الآداء المميز من بين تلك الالتزامات، فأغلب الفقه المقارن يعتمد على المعيار المقدم من طرف التقرير المفسر لاتفاقية روما لسنة 2008 في تحديد الآداء المميز، حيث بَينت أن ذلك الآداء هو الآداء الذي يقابله دفع مبلغ نقدي وأن الآداء النقدي لا يمكن ولو بأي شكل من الأشكال أن يكون أداء مميزا كونه أداء مشترك في العديد من العقود، وبالتالي لا يمكن له أن يحدد طبيعة العقد، فطبيعة الالتزام المقابل لدفع المبلغ النقدي هي التي تسمح بتمييز العقد عن غيره من العقود، فذلك هو الآداء المميز في العقد، كالتزام الناقل بنقل البضاعة، والتزام البائع بتسليم المبيع أو نقل الملكية، والتزام المقاول بأداء العمل[39].

ويتحدد الآداء المميز وفقا لمهمة أطراف العقد بالنظر إلى مهمة القائم به، فالعقد يتضمن طرفين طرف رئيسي يؤدي وظيفة اجتماعية واقتصادية وهو صاحب الآداء المميز، وطرف عادي وهو مجرد عميل في العقد.

فالأداء المميز انطلاقا من مهنة أطراف العقد هو ذلك الآداء الذي يدخل ضمن النشاط المهني لمحترف العمل التجاري أو المهني فيطبق هذا المعيار على جل العقود التي يبرمها التجار والمهنيون كعقود العمل والقرض والمصرف ليكون بذلك قانون مكان إقامتهم المعتادة هو الواجب التطبيق كونهم المدنيين بالأداء المميز[40].

الفرع الثاني: تركيز الآداء المميز في نظام قانوني معين

---

[38]– عكاشة عبد العالي، المرجع السابق، ص.ص.124.69.

[39]– عكاشة عبد العالي، المرجع السابق، ص.ص.124.69.

[40]– المرجع نفسه، ص.ص.124.69.

لا يكفي لتحديد قانون العقد الدولي استنادا لمنهج الآداء المميز تحديد الآداء المميز انطلاقا من طبيعة العقد أو وفقا لمهنة أطراف العقد، إنّما لا بد من تركيز الآداء المميز في نظام قانوني معين ليكون قانون ذلك المكان هو القانون الواجب التطبيق، والمفترض أنّه قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز وقت إبرام العقد الدولي، ما يعني تركيزه في صاحب الآداء أي المدين[41].

تعتمد فكرة الآداء المميز على تركيز عنصر واحد من عناصر العقد وهو الآداء المميز دون الأخذ بعين الاعتبار ظروف وملابسات التعاقد، أو أي عنصر من العناصر الخارجية، وأن التركيز الموضوعي الوارد في منهج الآداء المميز ليس تركيزا جغرافيا أو إقليميا بالمعنى الدقيق للكلمة، إنّما هو تركيز وظيفي بالدرجة الأولى، كونه منهج يقوم بتوطين العقد من خلال أدائه المميز بالنظام القانوني الذي يحقق فيه العقد وظيفته الاقتصادية والاجتماعية، وهو مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز، ونتيجة لهذا التركيز الوظيفي فإنّ العقد يرتكز في مكان الإقامة المعتادة للمدين وليس في مكان إقامة الدائن بذلك الأداء[42].

في هذا الصدد يرى الفقيه السويسري "**شنايتر**" أن التركيز السليم للعقد يكمن في البحث عن الروابط المتصلة به بالنظر إمّا إلى وظيفة العقد في الحياة الاقتصادية، فكون العقد فرنسيا أو ألمانيا لا ينفي أن يكون تركيز العقد بالمعنى الجغرافي أو الإقليمي للكلمة وإنما تحديد أي مجال قانوني ينتمي إليه العقد بطبيعته[43]، على هذا فإنّه حتى يتمكن القاضي من تطبيق معيار الآداء المميز، فإنّه لا بد من قيام القاضي بتحليل طوائف العقود المتشابهة، وبالتالي البحث عن العنصر الجوهري فيه، والذي يتم تركيزه في نظام قانوني لدولة معينة[44].

المطلب الثالث: الخروج الاستثنائي عن إعمال ضابط الآداء المميز

نظرا لخصوصية بعض العقود فإنّه لا بد من وضع قواعد قانونية خاصة آمرة حمائية تحمي حقوق أحد الأطراف في مواجهة الطرف الآخر وتصون توقعاته، كما هو الحال بالنسبة لعقود الاستهلاك، وعقود العمل الدولية، فهذه عقود ذات طبيعة خاصة متضمنة لطرف ضعيف بحاجة إلى حماية تشريعية، في مواجهة الطرف القوي الذي له أن يوظف نفوذه في اختيار قانون لا يوفر أدنى حماية للطرف الضعيف، لهذا ترغب التشريعات الوطنية بتنظيمها في إطار قواعد تشريعية ضرورية التطبيق يمنع الاتفاق على مخالفتها.

---

[41]– عبد السلام علي الفضل، نعيم علي العتوم، المرجع السابق، ص.567.

[42]–عبد السلام علي الفضل، نعيم علي العتوم، المرجع السابق، ص.569.

[43]– الأنباري أحمد حميد، المرجع السابق، ص.95.

[44]– زغيم محاسن إبتسام، بلقاسم تروزين، "القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية"، مقال منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 02، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2020، ص.ص.354.355.

الفرع الأول: بخصوص عقد العمل الدولي

نصت المادة 2/08 من اتفاقية روما لسنة 1980 على أنه: "**في حالة عدم وجود خيار من جانب الطرفين، يخضع عقد العمل الفردي لقانون البلد الذي يؤدي فيه العامل عمله، ولا يعتبر البلد الذي يجري فيه العمل عادة قد تغير عندما ما يقوم العامل بعمله بصفة مؤقتة في بلد أخر**"[45]، يفهم من خلال نص هذه المادة أنّه في حالة عدم اختيار الطرفين العامل ورب العمل قانون العقد بصفة صريحة أو ضمنية، فإنّ العقد يكون خاضعا لقانون البلد الذي يباشر فيه العامل عمله أي قانون مكان التنفيذ، وفي الحالة التي يتغير فيها بلد ممارسة العمل لمدة مؤقتة فإنّ ذلك لا يؤدي إلى تغيير مكان تنفيذ العمل الأصلي[46].

في الحالة التي يتعذر أو يستحيل فيها تحديد قانون بلد تنفيذ العمل فالعقد في هذه الحالة يكون خاضعا لقانون البلد الذي توجد فيه المؤسسة التي استأجرت العامل، وهو ما نصت عليه المادة 3/08 من اتفاقية روما لسنة 1980 والتي جاء فيها: "**إذا تعذر تحديد القانون المنطبق على أساس الفقرة 2، يخضع العقد لقانون البلد الذي توجد فيه المؤسسة التي استأجرت العامل**"[47].

بشأن هاته المسألة قد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى تطبيق قانون مركز المؤسسة على إحدى القضايا المعروفة أمامها، حيث تتخلص وقائع القضية بخصوص نزاع بفسخ عقد عمل مبرم بين رب عمل فرنسي وممثل تجاري فرنسي على أنّه يقوم هذا الأخير بتأدية عمله في أمريكا الجنوبية كممثل لرب عمله، فأخضعت المحكمة العقد لقانون مركز المؤسسة وهو القانون الفرنسي لكون أن الممثل التجاري الفرنسي ينفذ أعماله في عدة دول لكن يتلقى توجيهاته من المركز الرئيسي للمؤسسة المتواجد مقرها في فرنسا[48].

ما يعاب على ضابط مكان تنفيذ العمل أنّه قد لا يوفر الحماية الكافية للعامل وقد يكون قانون البلد الذي ينتمي إليه العامل أي قانونه الوطني هو القانون الذي يوفر له حماية أكثر، ففي الحالة التي يبرم فيها عقد العمل في مصر بين شركة يقع مركز إدارتها في مصر وعامل مصري على أن يقوم هذا العامل بتنفيذ عمله في السودان في هذه الحالة سيطبق القانون السوداني باعتباره قانون محل تنفيذ العمل، فالقانون السوداني قد لا يوفر الحماية القانونية الكافية للعامل بالقدر الذي يوفره القانون المصري باعتباره أولا قانونه الوطني، وثانيا قانون الشركة المصرية

---

[45]– انظر المادة 2/08 من اتفاقية روما لسنة 1980، المرجع السابق.

[46]– عكاشة عبد العالي، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، دار الفتح للنشر، د.ب.ن، 2011، ص.418.

[47]– انظر المادة 3/08 من اتفاقية روما لسنة 1980، مرجع سابق.

[48]– عبد الغفار، تنازع القوانين في مجال حوادث العمل، دار الجامعة الجديدة، د.ب.ن، 2009، ص.47.

التي تنتمي إليها، فالعامل والشركة ينتميان إلى قانون واحد وهو قانون دولة مصر، فإعمال القانون السوداني في هذه الحالة يؤدي إلى إهدار حقوق العامل الذي وقع ضحية إعمال ضابط محل تنفيذ العمل[49].

الفرع الثاني: بخصوص عقد الاستهلاك

فكرة الأداء المميز فكرة مستبعدة التطبيق في مجال عقود الاستهلاك، أين منح الاختصاص لقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، وهو ما نصت عليه المادة 2/05 من اتفاقية روما لسنة 1980، فهذه المادة قد منحت في مجال عقود الاستهلاك سيادة لقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، بحيث لم تستبعد هذه المادة قانون الأداء المميز بل استبعدت أيضا قانون الإرادة إذا كان تطبيقه يؤدي إلى حرمان المستهلك من الحماية[50]، ويسمح للأطراف في العقد الدولي الذي يكون أحد أطرافه مستهلكا بأن يحددوا القانون الذي يخضع له عقدهم لكن بشرط ألا وهو:

– أن يحترم القانون المختار الحد الأدنى من الضمانات الممنوحة للمستهلك في القانون الذي يوجد فيه محل إقامته، ففي الحالة التي لم يختر فيها المتعاقدان القانون الذي يخضع له عقدهما أو أنهم مارسوا حقهم في الاختيار وتبين بعد ذلك أن القانون المختار يوفر حماية أقل من الحماية التي يوفرها قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك فإن القاضي في هذه الحالة يطبق القانون الأصلح للمستهلك[51]، هو ما نادت إليه معظم قوانين الدول نذكر منها:

– **القانون الألماني** حيث نصت المادة 29 من القانون الدولي الخاص الألماني على حق الأطراف في اختيار قانون العقد بشرط أن لا يحرم المستهلك من الحماية التي توفرها له القواعد الآمرة لقانون الدولة التي بها محل إقامته المعتادة.

– **القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1999** حيث أخضع هذا القانون بموجب نص المادة 41 منه عقد الاستهلاك للقواعد الحمائية في قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك واعتبر أنّ القانون المختار لا يعتد به إذا كان في غير صالح المستهلك[52].

نفس الحكم كرسته المحكمة العليا الأسترالية لعام 1952 بحيث استبعدت قانون فكتوريا المختار من قبل مشتري مقيم بأستراليا وبائع توجد مؤسسة التجارية في فكتوريا المتواجدة في الولايات المتحدة الأمريكية لتطبق

---

(49)– عبد الغفار، مرجع سابق، ص.47.

(50)– انظر المادة 2/05 من اتفاقية روما لسنة 1980، المرجع السابق.

(51)– مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، "القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي"، مقال منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 41، العدد 2، 2014، ص.ص1362.1363.

(52)– سلامة أحمد عبد الكريم، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص.1113.

القانون الأسترالي الذي يعد محل إقامة المشتري ألا وهو المستهلك[53]، وهناك اجتهاد قضائي آخر أيد فكرة استبعاد القانون المختار من قبل المتعاقدين في الحالة التي يكون فيها أحد المتعاقدين مستهلكا، وهو الحكم القضائي الإسكتلندي الصادر عام 1958 والمتعلق بصحة عقد بيع سياق تم إبرام بين مشتري إسكتلندي مقيم في إسكتلندا ولشركة إنجليزية والأطراف اختارا القانون الإنجليزي ليطبق على العقد لكن رغم وجود هذا الشرط إلا أن القاضي طبق قانون محل إقامة المشتري وهو القانون الإسكتلندي لأن هذا القانون من جهة يحمي المشتري عند إبرام عقد لا يعلمه، ومن جهة أخرى يتضمن قواعد آمرة تطبق على العقود التي تدخل في مجال اختصاصه[54].

خاتمة

نستنتج من خلال ما تم التطرق إليه أنّه في إطار منهجية إسناد العقد التجاري الدولي للقانون الأكثر ارتباطا به ابتدع فقه القانون الدولي الخاص فكرة الآداء المميز كمعيار لتحديد قانون العقد حالة غياب اختيار الأطراف، وذلك من خلال الاعتماد بشكل رئيسي على الطبيعة الذاتية للعقد نفسه، وفي ذلك إضفاء للعدالة والمرونة في الحلول، مفترضين أن قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز وقت إبرام العقد هو الأكثر قربا وارتباطا بالعقد، هو ضابط يراعي تنوع طبيعة العقود، ويحافظ على مبدأ الأمان القانوني ويصون توقعات الأطراف المشروعة ويغني القاضي عن البحث في ظروف وملابسات التعاقد.

وتبين من ناحية أخرى أن منهج الآداء المميز منهج قائم على تركيز وظيفي للعلاقة التعاقدية، كونه يسند العقد التجاري الدولي إلى النظام القانوني الذي يحقق فيه العقد وظيفته الاقتصادية والاجتماعية، وأن ضابط الآداء المميز يقع في مرتبة وسطى بين الإسناد القضائي المرن القائم على تركيز العلاقة التعاقدية انطلاقا من ظروف التعاقد وملابساته والإسناد الجامد التشريعي الذي يتولى فيه المشرع بنفسه تحديد قانون العقد حال غياب الإرادة من خلال صياغته لضوابط احتياطية مسبقة، كما اتضح لنا أن تطبيق قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين المميز لا يصلح على بعض العقود الدولية كعقود الاستهلاك وعقود العمل الدولية بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لها والتي يرغب المشرع بتنظيمها وتأطيرها ضمن قوانين وطنية تشريعية آمرة حمائية واجبة التطبيق.

ونظرا للمزايا والنتائج التي يحققها منهج الآداء المميز كقاعدة إسناد حقيقية مباشرة فقد تبنته العديد من التشريعات المقارنة لذلك نوصي بتبني ضابط الآداء المميز من طرف المشرع الجزائري من خلال تعديل قاعدة الإسناد الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية والواردة في المادة 18 من القانون المدني، بحيث نقترح أن ترد صياغة النص كما يلي: "**يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين**

---

[53]– شبه سفيان، "حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، دفاتر السياسة والقانون، العدد 4 جانفي 2011، ص.229.

[54]– المرجع نفسه، ص.229.

صراحة أو دلت عليه ظروف التعاقد وملابساته، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الدولة الأكثر ارتباطا به، ويكون العقد أكثر ارتباطا بالدولة التي يوجد بها مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز وقت إبرام العقد أو الإدارة المركزية إذا تعلق الأمر بشركة. غير أنّه في الحالة التي يتبين للقاضي من ظروف الحال وجود قانون آخر أكثر قربا وارتباطا بالعقد طبق ذلك القانون.

غير أنّه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

بهذا الاقتراح يكون المشرع قد أخذ بقانون الإرادة وفي ذات الوقت يتبين لنا موقفه من الإرادة التي يعتد بها في تحديد اختيار الأطراف بحيث يأخذ بالصريحة والضمنية دون مفاضلة بينهما، ويتخلى عن منهج الإسناد الجامد القائم على التحديد المسبق لقانون العقد حال غياب إرادة الأطراف ليتبنى بعد ذلك ضابط الآداء المميز على إسناد العلاقة التعاقدية بالرغم من تقليص دور هذا الضابط في ظل اتفاقيات روما التي حددت القانون الواجب التطبيق على بعض العقود وكذا استبعاد تطبيقه في حالة وجود قانون آخر أكثر صلة بالعقد، وكذا وجود عقود بحاجة إلى حماية قانونية تشريعية، ليبقى هذا الضابط من الحلول المعول عليها بنسبة كبيرة لحل مشكلة تنازع القوانين.