

قانون العقل

بين ثبات اليقين واعتبارات المدالة

دكتور

أحمد عبد الحميد عشوش

استاذ ورئيس قسم القانون الدولي الخاص

كلية حقوق — جامعة الزقازيق

الفصل الأول

فكرة اليقين القانوني

يكتنف فكرة اليقين القانوني Certainty in Law شيء من الغموض ، فلم يخلص الفقه فيها إلى مدلول مستقر ، ييسر فهمها ويعين على تقريريها ، بل قدم لها أكثر من مدلول ، فجمعت معانيها بين التعدد والتنوع ، مما زاد من صعوبة البحث فيها •

ولأن هذه الفكرة تدور مع القاعدة القانونية عموما ، فهي تنتظم في عداد الافكار القانونية ، ولا تحبس نفسها في نطاق فرع معين من فروع القانون ، بل تنبسط لتشمل فروع القانون جميعا • ثم هي — في نفس الوقت — فكرة فلسفية ، فلا غرابة أن تندرج أيضا في مصاف الافكار التي تعنى بها فلسفة القانون •

وعلى هذا يقتضى البحث في هذه الفكرة أن ننقل بها من التعميم إلى التخصيص ، فنكرس لها مبحثين يتفرع إليهما هذا الفصل ، وذلك كله على الوجه التالي :

المبحث الأول : مدلول فكرة اليقين القانوني (بوجه عام) •

المبحث الثاني : مدلول فكرة اليقين القانوني في القانون الدولي الخاص (بوجه خاص) •

المبحث الأول

في

مدلول فكرة اليقين القانوني

(بوجه عام)

تتخذ فكرة اليقين القانوني من كفاية القاعدة القانونية قواما لها ، فمتى كانت هذه القاعدة كافية لحكم الرابطة القانونية ، يتهيا لها اليقين عن طريق اعتماد الافراد عليها • وهو أمر — جد — ضروري في مجتمع سريع التطور ، حيث يكون الاعتماد على كفاية القاعدة القانونية من أهم الوسائل لضمان حقوق الافراد وحماية مصالحهم • كذلك ، فان القاعدة القانونية أداة فعالة لضمان تنفيذ الالتزامات التي يفرضها القانون ، والاحكام التي تصدرها المحاكم •

فينشد كل نظام قانوني « التأكد » أو « اليقين » ، وهي الفاظ يقصد بها أن يحدد القانون — أولا وأخيرا — الآثار التي تترتب على مسلك معين بوصفه — لا معين بذاته — بحيث يكون في مقدور كل شخص أن يدرك سلفا نتائج أعماله (١) • وببلوغ هذا الهدف لا يترك المشرع للقاضي تنظيم سلوك الافراد حسب كل عمل على حده ، بل يضع قاعدة واحدة ينظم بها حالة نموذجية تندرج

(١) كما عبر فريد مان Friedmann في مقاله « القضاء والسياسة والقانون » بأن :

Certainty, the Primary virtue of the law, certainty is one of the paramount Objectives of the law

The Canadian Bar Review

انظر هذا المقال في

المجلد ٢٩ ، اكتوبر ١٩٥١ ، ص ٨٢٠ •

تحتها كل الحالات التي تشارك في الطبيعة والنوع تلك الحالة النموذجية (٢) .

ومن جانب آخر ، فإن الامن القانوني Security of Law هو أحد الدعائم لحماية المجتمع من الاحكام الجائرة وغير المتوقعة والتي تقضى الى اضطراب مجريات الحياة وقد عبر عن ذلك Rheinstein بقوله « ان وجود حد أدنى من التوقع في مجال المال والاستثمار والتخطيط الفردي ... مشكلة يقع على كاهل كل فرد واجب حلها » (٣)

وحتى يتوفر اليقين في القانون ، يتعين أن تكون القاعدة القانونية واضحة ومحددة ، ميسورة الفهم للمخاطبين باحكامها والقائمين على تنفيذها ، وعلى ذلك ، تكمن المشكلة — كما يقول Gardiner في كيفية اهتداء الافراد للقانون وتفهمه ، دون أن يتكبدوا مشقة بالغة أو نفقات طائلة (٤) .

واشترط اليقين القانوني ، قد يتعارض — أحيانا — مع تطبيق فكرة العدالة على الحالات الفردية . ذلك أنه لكي يتوافر هذا اليقين ، يجب أن تتسم قواعد القانون بالوضوح والتحديد ، وان تنأى بذلك عن الغموض والابهام ، وهو أمر لا يتحقق — عادة — الا اذا أخذنا في الاعتبار المصالح الضرورية والامور العادية ، دون الخوض أو التعمق لسائر الحالات الاستثنائية غير المألوفة ، الأمر الذي قد

(٢) ومثال ذلك — في مجال القانون الداخلي ، بدلا من ان يمدد المشرع الحالات أو الاعمال غير المشروعة التي يترتب عليها ضرر للغير ، يصفى المشرع واقعه نموذجية تشترك فيها كل هذه الاعمال ، فيقول « كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » . انظر في هذا المعنى

Kelson, General Theory of Law and State, PP. 37 et seq.

(٣)

Rheinstein, Max, Bood Review on", Treatise on The conflict laws" (By Albert A. Ehrènzweig). UCHLR 32, (1964 1965) P. 375.

(٤)

Gardiner, Gerald and Martin, Andrew, Law Reform Now, P. 10, London. 1964.

يؤدي الى تجاهل مصالح الافراد في بعض الحالات ، وان كان من الخطأ عقد المقارنة بين تطبيق فكرة العدالة على الحالات الفردية ، وبين فكرة اليقين القانوني ، اعتبارا بأن أعمال الفكرة الثانية ينطوي — في نفس الوقت — على أعمال للفكرة الاولى (٥) •

وتصادف الحالات الفردية خطأ وافرا من الاهتمام في محاكم الدول التي تنتهج النظام القانوني الانجلو أمريكي common law أكثر من محاكم الدول تتبع النظام القانوني الروماني الحديث (٦)

(٥) انظر مقال :
Vischer, Frank, "Methodologische Fragen bei der objektiven Anknüpfung in internationalen Verträgen" SJIR Bd - XIV (1957) P. 49.

مشار اليه في المرجع السابق ، ص ١١
(٦) يطلق على النظام القانوني الانجلو أمريكي اسم Common Law ، بل هما معا ولا تعتبر كلمة Common هنا صفة لكلمة Law ، بل هما معا من قبيل التسمية الاصطلاحية للنظام القانوني المشار اليه ، الذي يسود في الدول التي تتكلم اللغة الانجليزية ، وهو في ذلك يتأثر النظام القانوني الروماني الحديث Civil Law وقد اثار استخدام تعبير Common Law نوعا من الخلط ، ويرجع السبب في ذلك الى استخدامه — بالاضافة الى كونه اسما للنظام القانوني الانجلو أمريكي — بالاضافة الى كونه اسما للنظام القانوني الانجلو أمريكي — للدلالة على مجموعة أو أخرى من القواعد القانونية التي تدخل في تكوين ذلك النظام ، فهو قد يشير الى مجموعة القواعد القانونية العرفية غير المكتوبة ، وذلك بالمقابلة مع القواعد القانونية التشريعية ، كما أن احيانا يطلق على قواعد القانون الانجليزي الذي ساد في أمريكا خلال القرن السابع عشر ، وذلك بالمقابلة مع القانون الأمريكي خلال القرنين التاسع عشر والعشرين . كما قد يشير الى مجموعة القواعد التي تكونت في محاكم الملك ، وذلك بالمقابلة مع مجموعة القواعد التي تكونت في محاكم العدالة والمعروفة باسم Equity انظر : Roscoe Pound, The History and system of the common Law " the National Law Library, P. 22 (1939).

والحق أن تعبير نظام قانوني انجلو أمريكي « يعتبر تعبيرا وصفيا صادقا ، يدل — بما يتفق مع الواقع — على أن هناك نظاما قانونيا مشتركا لكل من إنجلترا ومعظم الولايات المتحدة الأمريكية ، وذلك لأنه على الرغم من التسلم بوجود عدد من الفروق الجوهرية بين كل من النظام القانوني الانجليزي والنظام القانوني الأمريكي في العصر الحديث ، إلا أن هذه الفروق لا تتناسب البتة مع الجوانب

Civil Law System. لك أن القانون الانجلو أمريكي قانون قضائي في المقام الاول ، وبذلك يلعب القضاء دورا فعالا في خلق القواعد القانونية ، فلا يتقيدون بقواعد مسبقة ، بل يستمدون أحكامهم من واقع الحال الماثل أمامهم ويتمتعون لذلك بسلطة تقديرية واسعة (٧) .

= والسماة المشتركة بين كل من النظامين ، بحيث يمكن القول بأن هناك بالفعل نظاما قانونيا انجلو أمريكيا يقابل النظام القانوني الروماني الحديث السائد في أوروبا الغربية .

Friedmann, W. "Legal Theory," 4 th ed London, Stevens & Sons Limited, PP. 465 - 466. (1960).

وإذا كان فقهاء القانون المقارن اختلفوا في مناط تقسيمهم للنظم القانونية السائدة في مختلف انحاء العالم . فمنهم من أقام تقسيمه على أساس الجنس ومنهم من أثناه على أساس الحضارة — الا أننا نرى أن التقسيم الواجب القبول هو ذلك الذي ينتهي إلى تقسيم النظم القانونية — على أساس اختلاف صياغتها القانونية — إلى ثلاثة أقسام : النظم القانونية المتأثرة بالصياغة الرومانية ، والنظم القانونية الانجلو أمريكية ، والشريعة الإسلامية ، انظر في ذلك الاستاذ الدكتور عبد المنعم البدر أوى ، أصول القانون المدنى المقارن ، الطبعة (١٩٧٠) ص ٢٩٦ وما بعدها . والاستاذ الدكتور شفيق شحاتة ، في علم القانون المقارن ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية حقوق جامعة عين شمس ، يناير سنة ١٩٦١ ، ص ١٠٥ وما بعدها . والدكتور سعيد الصادق : المنهج القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية مصر العربية ، ص ١٦ وما بعدها (١٩٧٧) .

وقارن الدكتور ابراهيم شحاتة ، الذى ذهب الى تعريب تعبير Civil Law System بنظام القانون المقارن ، وتعبر Comman Law بالقانون العام وذلك في مقالة في « اجتهد القاضى » مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، ص ٤١٨ ، ٤٢٠ (يولييه ١٩٦٢) .

(٧) انظر :

Fuller, Lon L. "Anatomy of the law", Harmondsworth Ring wood, Penguin Books, Pelican Books, 1971. P. 134.

ومع ذلك يحتل نظام السابقة القضائية مكانا بارزا في هذا النظام القانوني ، فإذا كانت الاستفادة من الاحكام القضائية في الوصول الى الحكم الواجب في المنازعات القضائية المعروضة ، هي أمر قائم في كل الانظمة القانونية المعاصرة ، فان مدى الاعتماد على هذه السوابق ، ومن ثم مدى تأثيرها على النظام القانوني بأسره ، يختلف في النظام القانوني ، فإذا كانت الاستفادة من الاحكام القضائية في الوصول الى ذلك أن القاضى في النظام الاول يكون مسئولا عن وجوب تطبيق القاعدة القانونية المعروفة التى اعتاد الناس عليها . ومن ثم ،

وتكمن الباقية القضائية في المقدرة على تطوير الوقائع القانونية ،
وهي مهمة ذائعة الانتشار في معالجة المسائل المتعلقة بتنازع القوانين
وتحديد قواعد الاختصاص (٨) •

وعلى خلاف ذلك ، وفي ظل النظام الروماني الحديث ، تسن
القواعد القانونية مقدما كي تحكم ما قد يثور من نزاعات ، وتلعب
التشريعات والتقنيات دورا بارزا في هذا النظام ، محققة بذلك مزية
ترتيب القواعد القانونية وسهولة فهمها ويسر تطبيقها ، وان كان
يعاب على هذا النظام استحالة المام المشرع بكل ما يعرض في
التطبيق من الحالات الواقعية • على أنه مما يخفف من غلواء هذا
العييب ، ما يمنح للقاضي من سلطة تفسير القانون ، في محاولة لمواءمته
وتطبيقه على الحالة المعروضة ، وإذا خلا التشريع من قاعدة تسيطر
على هذه الحالة ، فلا يملك القاضي الامتناع عن الحكم والا عد منكرا
للعدالة ، ولهذا يلتزم الحل المناسب لها (١٠) •

ونتيجة لذلك يكون مسئولا عن تطبيق القاعدة القانونية المعرفية التي
سبته انيها حكم قضائي سابق ، باعتبار أن ذلك الحكم لا يعدو أن
يكون تجسيدا لتلك القاعدة • وعلى العكس من ذلك فإن النظام الثاني
يعتمد أساسا على القواعد القانونية التشريعية ، ومن ثم كان على
القاضي مجرد الاسترشاد بالأحكام القضائية السابقة التي صدرت
تطبيقا لهذه التشريعات • غير أن التزام القاضي ، في النظام القانوني
الانجلو أمريكي ، بوجود مراعاة الأحكام القضائية السابقة ليس
التزاما عاما مطلقا • فالأصل أنه لا يلتزم إلا بمراعاة الأحكام التي سبق
لذات المحكمة أن أصدرتها في الحالات السابقة المماثلة للنزاع
المعروض ، أما الأحكام الصادرة من محاكم أخرى فإن قيمتها تنوقف
على مدى اقتناع القاضي بها ، غير أن ذلك لا يعني أيضا أن المحكمة
تكون ملتزمة بأحكامها السابقة الصادرة في الحالات المماثلة التزاما
لا فكاك منه ، فهي تستطيع أن أرادت ، أن تخرج على أحكامها
السابقة ، دون أن تعلن عن ذلك صراحة •

Gray, John Chinpman, "Judicial Precedents," 9 Harvard law Review,
PP. 26 - 41.

(٨) انظر :

Cavers, David F., The choice of law Process, Ann Arbor, the
University of Michigan, 1965, PP. 81 - 82.

(٩) انظر الدكتور البدرأوى المرجع السابق ، ص ٢٢٦ •

(١٠) وهو ما نص عليه القانون المدني السويسري في مادتيه الاولى والثانية

وهذا الاختلاف بين دور القضاء في النظام القانوني الانجلو أمريكي والنظام القانوني الروماني الحديث ، يؤدي الى تباين وجهات النظر في فكرة اليقين القانوني في مجال القانون الدولي الخاص *

وفكرة اليقين القانوني بما تعنيه من وجود قواعد مسبقة تحكم ما عساه أن يطرح من القضايا — ترتبط على ما أشرنا بفلسفة القانون * وإذا كانت نهاية القرن الماضي قد شهدت ظهور مدارس فقهية كثيرة ، تستهدف ايجاد نظام يحقق التطبيق الآلي للقانون ، فقد شهد القرن العشرون مدارس فقهية ، تواكب ظهورها في الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا وألمانيا ، ابتغاء تحرير القضاء من القوانين السائدة وغير المتناسبة مع ظهور المجتمع ، وتخولهم حرية الفصل في النزاعات المطروحة أمامهم آخذين في الاعتبار واقع وظروف كل نزاع على حدة وقد اتخذت هذه الحركة عدة مسميات منها * مدرسة القانون الحر Free law school ، الواقعية القانونية Legal realism البحث العلمي الحر recherche ، المدرسة الاجتماعية sociological Jurisprudence

وفي الولايات المتحدة الأمريكية بلغ الخلاف ذروته عند بحث قانون التجارة ، وتفرق الرأي في المحكمة العليا حول دستورية هذا القانون ، الامر الذي أثار أزمة دستورية (١١) * وفي عام ١٩٠٥ — وعند نظر قضية Lochner V. New York بسط القاضي Holmes (١٢)

(١١) انظر :

Schlesinger, Arther M. "The Crisis of The Constitution" Politico of Upheaval, III, Boston (1960).

(١٢) يعتبر أوليفر ويندل هولز ٨ مارس سنة ١٨٤١ الى ٦ مارس ١٩٣٥ من أعظم العقول القانونية في العصر الحديث وهو قوة حية في تاريخ الامة الأمريكية ، ذلك أنه كان بحق أول من قطع على الفكر القانوني الأمريكي سكونه ، واثار شكوكه ، ومن ثم بدد رضائه الذاتي — عندما أطلق افكار البراجماتية والواقعية ، فهز المنهج الشكلي الذي كان يسود الفكر القانوني والمنهج القضائي الأمريكي في الربع الاخير من القرن الماضي . وكانت افكار هولز ومفاهيم البرجماتية التي انعكست على منهجه القضائي في الاساس الاول للحركة القانونية الأمريكية التي عرفت فيما بعد باسم الواقعية .

هذه المشكلة وهو بصدد مناقشته للمادة الرابعة عشرة من الدستور ، وقرر في رأيه الشهير « ان الحكم في تلك القضية يتأسس على نظرية اقتصادية غير معروفة للغالبية ، ويعتمد هذا الحكم على روح الدستور أكثر من اعتماده على نص معين ، وكلمة (حرية) التي وردت في المادة الرابعة عشر هي خير دليل على ذلك » (١٣) •

ويعد هذا الرأي نموذجا لفكر المدرسة الاجتماعية ، ويعبر عن ذلك العلامة والمفكر الأمريكي العميد Roscoe Pound رائد مدرسة الفقه القانوني الاجتماعي — أول فلسفة قانونية أمريكية ذاتية — بقوله (١٤) « ان البرجماتية كحركة فلسفية في القانون (١٥) ، تستهدف وضع المبادئ والقوانين لخدمة البشر وليس لحكمهم ، وما ذلك الا لان الانسان هو محور كل العلاقات » •

= وعينه الرئيس روزفلت سنة ١٩٠٢ عضوا بالمحكمة العليا للولايات المتحدة ، ثم اصبح بعد ذلك قاضيا الاول واستمر بها الى ما بعد بلوغه سن التسعين حيث قدم استقالته منها سنة ١٩٣٢ •

(١٣) انظر

Joseph Lochner V. People of the State of New York, 198 U.S., 45 (25 S.Ct. PP. 546 - 547).

(١٤)

Pound, Roscoe" Liberty of Contract" Y. L. J. 18 (1908 - 1909). PP. 454 et seq.

وعلى الرغم من ان الشهادة العلمية الوحيدة التي حصل عليها باوند نتيجة دراسة بالجامعة كانت هي دكتور في الفلسفة في علم النبات ، الا انه اشتهر بعد ذلك كاعظم استاذ في هندسة القانون وأصوله ، حيث مكنته معرفته القانون الواسعة ودرايته الكاملة بأعمال فلاسفة القانون القدامى منهم والمعاصرين ، في أن يشيد أقوى بناء قانوني فلسفي عرفته الولايات المتحدة حتى الآن ، ومن حيث الشمول والترابط والايدياع . وقد شغل باوند منصب العمادة بكلية حقوق هارفارد ما يقرب من عشرين عاما ١٩١٦ — ١٩٣٦ •

Tom C. Clark, A Tribute to Roscoe Pound, 78 Harv. L. Rev. November 1964. PP. 1 : 3.

(١٥) البراجماتية Pragmatism فلسفة أمريكية ذاتية ظهرت في نهاية القرن الماضي وهي تعبير مشتق من الكلمة اليونانية npayua بمعنى العمل ومنها جاء كلمة Practice بمعنى الممارسة العملية ، وكان استعمالها في الفلسفة لأول مرة سنة ١٨٧٨ عندما ذكرها

وفي عام ١٩٣١ كتب العميد Roscoe Pound مقالة بعنوان
« المطالبة بواقعية القانون » (١٦) ، استعرض فيها الجدل الذي

تشارلز ساند رزيرسي في مقال شهير له بعنوان « كيف نجعل
افكارنا واضحة » وجاءت نتيجة للجهد الأمريكي المستمر نحو تكوين
ثقافة أمريكية مستقلة . وتجهزت البراجماتية بالاضافة الى اصالتها
الامريكية ، بالاتفاق مع روح العصر . ومن ثم ، سرعان ما أصبحت
الاساس الاول لرواد الاصلاح والتجديد من أساتذة القانون وقضاة
الامريكيين ، وصارت تمثل سمة مميزة للتفكير الأمريكي . فاذا كانت
مناهج الفلسفة القانونية تأتي نتاجا طبيعيا لظروف البيئة ومبادئ
المجتمع الاساسية التي يسير عليها الناس في حياتهم اليومية ، فقد
كان التحول الشامل في أهم مقومات المجتمع الأمريكي حيث تغيرت
ظروف الحياة من بيئة زراعية تقتضي الاستقرار وعدم الميل الى
التجديد الى مجتمع صناعي تجارى اكتشفت فيه الثروات الطبيعية
التي بدت وكأنها بغير حدود وتراكمت فيه الاموال ومن ثم سادت
روح المغامرة والمخاطرة ، وكان من الطبيعي أن تدعو البراجماتية
الى احلال النظرة العلمية محل التأمل اللاهوتي الذي يكتنفه
الغموض ، وان تطالب بالاعتماد على النتائج السلوكية الفعلية دون
الافكار والمفاهيم المجردة .

وبدأت الافكار الاولى للبراجماتية على يد مجموعة من الرجال
كانت تجتمع في سبعينات القرن الماضي فيما اطلقوا عليه « النادي
الميتافيزيقي » وكانت ثقافة هذه المجموعة وفروع تخصصاتهم متباينة
فمنهم من اهتم بالعلوم الطبيعية ، بينما كان البعض الآخر من
خريجي مدرسة هارفارد للقانون ، وكان يجمع بين هؤلاء اعجابهم
بكتاب داروين الهام « أصل الانواع » Origin of Species
فجاءت كتاباتهم متأثرة بالمعاني العميقة للجدل الدارويني والمعنى
الفلسفي للنشوء والارتقاء وان كان يرسي هو أول من استعمل
تعبير البراجماتية للدلالة على منهج جديد في التفكير ، الا أن انتشار
هذا المنهج لم يتحقق الا على يد وليم جيمس الذي يعتبر بحق المؤسس
الحقيقي للمنهج البراجماتي .

وهكذا كان على حركة الفكر البراجماتي الأمريكي أن تدبر ظهريها
تجاه الماضي ، بكل ما تحويه من عادات موروثة وتقاليد بالية
ومبادئ جامدة وحلول لفظية ، وكان عليها بعد أن رفضت اللاهوت
والتجريد أن تتجه صوب الحياة والعمل ونتائج التطبيق .

Wiener, Philip., "Evolution and the Founders of Pragmatism", Harvard
Univ. Press. Cambridge, 1949, PP. 18 - 30.

William, James, Pragmatism : A. New name for some old ways of
thinking Longmans, Green & Co. (1952), PP. 45 et seq.

(١٦) انظر

Pound, Roscoe, "The call for a Realist Jurisprudence", Harv. L.
Rev., 44 (1930 - 31) PP. 697 et seq.

ثار بين البراجماتية ويمثلها James and Dewey ، والمدرسة الاجتماعية ويمثلها Brandeis والمدرسة الفسيولوجية ويمثلها Cardozzo الذى تأثر بأفكار Rudalf وقد كان الأخير رائداً للفلسفة الواقعية التى تسعى الى معرفة ما اذا كانت المؤسسات القانونية والتشريعية تعمل بنجاح من عدمه ، والعوائق التى تحول دون تحقيقها الأهداف المثالية (١٧) •

(١٧) ظهر تعبير « الواقعية القانونية » Legal Realism باعتباره وصفاً للاتجاهات الجديدة الخاصة بعدد من أساتذة القانون والقضاة الأمريكيين فى مقال بعنوان « مفاهيم حديثة عن القانون » قدمه الأستاذ كارل ليويلين للجمعية الأمريكية للعلم السياسى فى شهر ديسمبر ١٩٢٩ . وترجع الاصول الحقيقية للواقعية الأمريكية الى المنهج القانونى البراجماتى الخاص بالقاضى هولز الذى أطلق شرارتها الاولى فى عام ١٨٩٧ بمقال شهير له بعنوان « طريق القانون » أعلن فيه أن القانون لا يعدو أن يكون تنبؤ بأحكام المحاكم . وكشف عن أن القانون يعتبر شيئاً شديداً التعقيد وأنه لا يقتصر كما يتصور البعض على مجموعة من المبادئ والقواعد العامة ، لأن هذه المبادئ والقواعد لا تكون لها قيمة حقيقية الا بقدر ما تحدثه من تأثير على السلوك الانسانى خاصة سلوك أولئك الذين يمثلون الدولة فى عملهم . وفى تلك الاونة أصابت الحرب العالمية الاولى العالم بأسره بزلزالها فكان من نتائجها أن ثار العقل البشرى فى محاولات لاصلاح المفاصد وخلق بيئة اجتماعية جديدة تكفل للانسان حد أدنى من الرفاهية — وتجمعت نخبة من أساتذة القانون والقضاة الأمريكيين الذين تأثروا بمنهج هولز — وأعلنت عن خروجها على المناهج والمفاهيم والادوات القانونية التقليدية الموجودة ، وطالبت باعادة تقييمها بعد ازالة الافئدة الزائفة التى تختفى وراءها . وعرفت هذه الحركة بالواقعية القانونية الأمريكية ، ويعتبر الشك تجاه كل ما هو تقليدى أو موروث هو السمة الاساسية التى تجمع بين كل هؤلاء الأساتذة والقضاة ، فهم يتفقون جميعاً وبدون استثناء على ضرورة استخدام الشك فى معالجة كل المبادئ والقواعد القانونية ، غير أن الواقعيين يختلفون فى درجة تملك هذا الشك منهم ، فهناك مجموعة يبلغ تملك الشك من نفوس أعضائها قدراً محدوداً ومن ثم يقتصر استخدامهم الشك على نطاق البحث عن القواعد القانونية الحقيقية ، فهم يرون بان المشكلة الحقيقية تكمن فى أن القواعد الرسمية هى قواعد ورقية paper Rules لا تقدم أساساً كافياً يمكن الاعتماد عليه فى التنبؤ بأحكام المحاكم . أما المجموعة الثانية ، فان الشك يبلغ فى نفوس أعضائها منتهاه فيزيدون على المجموعة الاولى بأن الوقائع التى تقوم عليها هذه الاحكام تعتمد فى تحديدها هى الاخرى على عوامل شخصية لا نهاية لها ، ويعرف أعضاء هذه المجموعة باسم « شكاكى الوقائع » Fact Skeptics

وقد انتهى Roscoe Pound في مقالته الى استحالة وجود نظام قانوني مثالي ، ومن ثم ، فلا يمكن وضع مجموعة قواعد تطبق بطريقة آلية على جميع الحالات (١٨) . فينكر البراجماتيون الاعتماد على ما يسمى بالمبادئ أو القواعد القانونية أو السوابق القضائية ، ذلك أن هناك طرقا متعددة يمكن عبرها الوصول الى الحسم القضائي ، وتعد كل من هذه الطرق صحيحة في حل المشاكل القانونية (١٩) .

ويؤكد الواقعيون على أنهم لا يكونون مدرسة معينة لها عقيدة واحدة يقودها استاتذة ويناصرها مريدون ، وانما على العكس من ذلك يعتبرون أنفسهم رجالا مستقلين يجمعهم منهج قانوني واحد ، يتمثل في معالجتهم الشكية لكل المفاهيم والمبادئ القانونية التقليدية . وهناك اتجاهات عامة مشتركة بين الواقعيين يمكن تلخيصها في ثلاث نقاط رئيسية : (١) الاخذ بالمفهوم الوظيفي Functionalism أي بضرورة تكييف الاداة حتى تصبح ملائمة للغرض من استخدامها ، فاذا كان استخدام الطائرة يستوجب أن يكون جسمها انسيابيا حتى يتلائم مع سرعة انطلاقها ، فان ربط القواعد والادوات القانونية بالوظائف الجديدة التي يجب انجازها يستوجب القضاء على البقاء والرفات التاريخية التي لم يعد هناك موجب لها . (ب) التوكيد على التفريد Individuality أي التوكيد على الحالات الخاصة بأكثر من التوكيد على الطوائف العامة . (ج) الصراحة Frank ness بمعنى عدم الالتزام بأي قيد على ما يجب أن يقال من أجل الكشف عن الحقيقة ، فالواقعيون يعتقدون في ضرورة ملاحظة ما هو موجود ، وقائم على نحو حقيقي وصادق . انظر في ذلك .

Karl N. Llewellyn " Modern concepts of law " وهو مقال تم نشره سنة ١٩٣٠ بعد تغيير عنوانه الى :
 "A. Realistic Jurisprudence. The Next Step. " 30 Colum L. Rev 431 (1931); The path of law" 1897, Harv. L. Rev Vol. 10, PP. 460-461;
 Joseph W. Bingham what is the law" Mich. L. Rev. 1912, vil. 11., PP 9 - 12 ; Frank, Jerome "Law and the Modern Mind, Gloucester, Mass, 1970 IX. ; Llewellyn, Karl. " Some Realism about Realism" 44 Harv. L. Rev. 1222, 1931, PP. 694 et. esq.

وفي هذا الموضوع تفصيلا اطروحة الزميل د. سعيد الصادق ، سألته الإشارة .

(١٨) انظر :

Pound, R. "The call for a Realist Jurisprudence" Harv. L. F., 44 (1930 - 31), PP. 706-707.

(١٩) انظر Pound ، المرجع المشار اليه في الحاشية السابقة ص ٧٠٧ ، ص ٧١٠ الى ٧١١ .

وفي الاونة المعاصرة ، وحتى بالنسبة لمحاكم الدول التي تنتهج النظام القانوني الروماني الحديث ، لا يكلف القاضي بتطبيق القانون تطبيقاً آلياً ، بل يتعين عليه تفهمه وتطويعه كي يتلاءم مع الحالات المعروضة ، ويتمتع القاضي في ذلك بحرية كاملة ، وقد تكون الحرية الممنوحة للقاضي — في هذا النظام — تفوق تلك الحرية الممنوحة للقاضي في الدول التي تأخذ بالنظام القانوني الانجلو أمريكي وقد لاحظ Lord Gardiner and Andrew Martin. أن التقنيات الأوروبية القديمة ، كانت نظمها أقل جموداً من النظام القانوني الانجلو أمريكي ، وهو ما يدعو الى إعادة النظر في النظام الاخير (٢٠) .

(٢٠) انظر :

Gardiner, Gerald and Martion, Anderw, law Reform Now," London, 1964. PP. 11 - 12.

المبحث الثانى

فى

فكرة اليقين القانونى فى مجال القانون الدولى الخاص

ان السعى الى توفير اليقين القانونى — أى كفاية القاعدة القانونية — فى مجال القانون الدولى الخاص ، من الامور الاكثر صعوبة عنه فى أى مجال قانونى اخر ، اذ تتصافر عدة عوامل للحيلولة دون تحقيقه .

فمن ناحية ، يعد القانون الدولى الخاص جزءا من القانون الوطنى ، اذ لا تزال مصادره وطنية ، رغم أن أهدافه مصبوعة بالصبغة العالمية ، ويعتمد القانون الواجب التطبيق على تحديد المحكمة التى ينعقد لها الاختصاص بنظر النزاع ومن ثم ، يتأثر هذا القانون بتغير المحكمة المختصة ، وبالتالي تغيير قاعدة الاسناد المطبقة وعلى هذا يمكن أن يأتى القانون الواجب التطبيق مخالفا لتوقعات الافراد ، نظرا لان المحكمة التى سوف يرجع اليها النزاع تكون — عادة — غير معروفة للافراد ، وحتى اذا اتفقوا على تحديدها ، فانه يصعب معرفة القانون الواجب التطبيق ، وذلك لاختلاف التشريعات الوطنية وتباين اتجاهات المحاكم .

فمثلا ، فى مجال تنازع القوانين بالنسبة للالتزامات التعاقدية ، يمكن أن تثار مسألة ما اذا كان العقد يخضع فى مجموعه وكل لقانون دولة معينة ، أم أنه يمكن تقسيمه أجزاء واخضاع كل جزء لقانون مختلف ، بحيث تتعدد القوانين الواجبة التطبيق على العقد (١) . كذلك تثار مسألة ما اذا كان يمكن تصنيف العقود صنوف متنوعة وتوضع الحلول لكل منها على حدة ، أو أن توضع الحلول لكل مسألة أو موضوع مستقل يتفرع اليه النزاع ، فضلا عن هذا كله ، يلزم الوقوف على

(١) انظر فى ذلك استاذنا د. فؤاد عبد المنعم رياض ، ود. سامية راشد ، الوسيط فى القانون الدولى الخاص ، دار النهضة ، ١٩٧٩ ، ص ٣٨٧ وما بعدها بند ٣٥٦ .

أن الهدف الأساسي لتنازع القوانين هو تذليل العقبات وحل المشاكل التي تعترض الافراد بسبب تطبيق قواعد تنازع القوانين ، ومن الاحكام غير العادلة التي يسفر عنها هذا التطبيق (٧) . وعلى ذلك ، يظل الاقتراح بأنه يتعين على القانون الدولي الخاص — وهو فرع من فروع القانون الخاص — أن يضع مصالح الافراد في موضع الصدارة من اهتمامه ، الامر الذي يتعين تطبيقه — على وجه الخصوص — بالنسبة للعقود حيث تتقابل فيها المصالح .

(٧) المرجع المشار اليه في الحاشية السابقة ، ص ٣٧٥ .

الفصل الثانى

فى

فكرة العدل والعدالة

ثمة مجموعة من العوامل تسهم فى تكوين القانون وتطويره ،
أو فى تحقيق توازن العقد وضمن استمراره ، فهناك مقتضيات
المصلحة الاجتماعية والاقتصادية ، والى جانبها توجد مجموعة عوامل
ذات طبيعة أخلاقية تهيمن على ضمير الجماعة ، وتحدث أثرها فى
تكوين القانون * وتحتمل فكرة العدل مكان الصدارة من هذه العوامل
الأخلاقية باعتبارها الملهم والمنشئ لما سيكون قانونا ، أو عقدا
مستمر النفاذ (١) .

وتقترب من فكرة العدل ، فكرة أخرى كثيرا ما تختلط بها ، وهى
فكرة العدالة التى يجب تمييزها باعتبارها المخفف لما يكون فى
القانون الوضعى من شدة ، ولما يكون فى العقد من اجحاف (٢) .

وفى ضوء ما تقدم ، سوف نعرض فى هذا الفصل ، وفى بحثين
متتاليين لفكرة العدل وفكرة العدالة ، حيث نقف المبحث الاول
لدراسة فكرة العدل ، وتخصيص المبحث الثانى لمعالجة الثانى لمعالجة
فكرة العدالة .

(١) د. حسن كيره ، المدخل للعلوم القانونية ، فقرة ٢١٩١ .
(٢) بيسكاتورى Pescatore ، المدخل لعلم القانون ، ص ٧٨ ،
فقرة ٣٢٠ لوكسمبور (١٩٦٠) .

المبحث الأول في فكرة العدل (١)

Justice

يتجلى احساس العدل في الشخص على هيئة استحسان أو استهجان ، ازاء واقعة ما عند موافقة هذه الواقعة لضميرنا الاخلاقي أو مخالفتها له حيث يحس بالرضا والسعادة عند انتصار الحق واندحار الباطل ، كما يحس بالغضب والاسى عند ادانة البريء وتبرئه المذنب ، وهذا الاحساس الكامن ، الذي يثبع في أعماق الشخص فيها هو « الاحساس القانوني » ، « الضمير القانوني » ، « العقيدة القانونية » .

ويوجد هذا الاحساس — بوجه عام — عند جميع الناس ، ولكنه يكون عند بعض الناس في حالة بدائية غير واضحة المعالم ، في حين

(١) انظر :

Baxter, Pour la Justice, arch. de philosophie du droit, n. 5, P. 133;

J. Dabin; "Théorie Générale du droit, pp. 345-72 (1969).

David (R.) Le dépassement du droit et les systèmes du droit contemporain, arch. de philosophie du droit, N. 8, J. 9.

Dias, Jurisprudence, 3 rd edition, pp. 163-164.

Friedmann, legal theory, P. 21, 345, 363.

Gray, «the nature and sources of the law, pp. 16-17.

Hart, «Cocept of law», P. 135.

Kelsen, Justice et droit naturel annales de philosophie politique, 3, Le droit naturel, pp. 1-123.

Allen, "Law in the making," PP. 383-388.

Perelman, L'idée de Justice dans ses rapports avec La morale, Le droit et la philosophie, PP. 152-145. Id., cinq leçons sur la justice, in Droit morale et philosophie, pp. 1-56 (1968).

Pound, (Riscoe), An Introduction to the philosophy of law, 16, 28, 35, 36, 49, 55, 166.

Salmond, On Juris prudence, 12 th edition well, droit civil, I, n. 10, pp. 12-14.

يكون عند غيرهم ، أرهف وأعمق لما نالوه من علم * ومن هذا الاحساس الذي يوجد عند الناس كافة يتكون « الضمير القانوني الجماعي » ، بيد أن هذا الاحساس لا يكون دائما على ذات الحال ، إذ يتغير مع الزمن ، فقد يبدو ظالما نظام كان يبدو فيما قبل طبيعيا ومشروعات ، ومن ثم يتغير العدل ، ويتبدل القانون ، ويتوازن العقد ، إذا لم يظل الشيء على حاله ، فليس ثمة عدل مطلق ، ولا قانون خالد ، ولا عقد أبدي * .

وتطبق فكرة العدل القاعدة القانونية وعلى العقد — على حد سواء — فيقال عن قاعدة وضعية أنها عادلة حين تكون مطابقة لقاعدة العدل ، ويقال عن العقد أنه عادل حين يكون متوازن أو مطابق لقاعدة العدل * وتكون القاعدة ظالمة أو العقد ظالم إذا لم تكن مطابقة لقاعدة العدل ، أي حين تقضي بنقيض ما يقضي به قاعدة العدل ، أو يقود عدم التوازن الى الظلم ، ولقد قيل — بحق — أن « العدل هو ذلك النجم القطبي لكل تكوين قانوني » (٢)

مدلول العدل :

فكرة العدل على قدمها من أصعب الافكار وأكثرها اعناتا ، ويرجع ذلك الى تعدد المعاني التي حملتها أثناء تطورها التاريخي (٣) ، والتي يجب فصل بعضها عن بعض لبلوغ نتيجة مرضية (٤) * .

(٢) انظر Kelsen ، القانون الطبيعي ، حوليات الفلسفة السياسية ، ص ١ ، ٢ .

(٣) انظر :

Pescatore, op. cit, para 309, P. 439.

(٤) لقد عني أرسطو بتمييز « العدل التوزيعي » باعتباره خاصية من خواص المشرع قوامها توزيع المغانم والمغانم وفق ما يستحقه كل شخص ، والعدل التصحيحي « باعتباره خاصية من خصائص القاضي ، وهو يتحصل في العدل التبادلي ، أي تماثل الاموال المتبادلة ، والعدل الجزئي ومقتضاه توزيع العقاب على المذنب بقصد العمل على احترام النظام القانوني المعتدي عليه ، وفي الجملة يقيم الفلاسفة الاغريق العدل على أساس المساواة والتناسب بين الاداء الذي قدمه أحد الطرفين ومقابل الاداء المقدم من الطرف الآخر .

وعلى ذلك ، يقال أن القانون عادل إذا كان يعطى ما يستحق وفقا لمبدأ المساواة والتناسب ، في حين يكون ظالما القانون الذي يخرج على هذا المبدأ ، فالقانون الذى يعاقب بالسجن جريمة بشعة يكون عادلا ، أما القانون الذى يعاقب ذات الجريمة بعقوبة هينة فيكون قانونا ظالما . وكذلك يعد عادلا القانون الذى ينظم علاقات المستأجرين بالمالك على أساس التوفيق المتناسب بين مصالحهم المتعارضة ، في حين يكون ظالما القانون الذى يتبع معيارا مختلفا ، وهلم جرا .

فيذهب Dias ، مؤلفه عن Jurisprudence الطبعة الثالثة ، ١٩٧٠ ص ١٦٣ ، ١٦٤ الى القول « The classic analysis of justice is that of Aristototele, who distinguished between distributive and corrective justice. Distributive justice prescribes equality : there has to be equal distribution among equals, unequal distribution between unequals corrective justice seeks to restore equality, when this has been shaken, on the assumption that the situation that has been upset was distributively just ».

وانظر كذلك البربري في مؤلفه التيارات الكبرى لفلسفة القانون والدولة ، ص ٢٥ حيث يقرر أن أرسطو يصور العدل بأنه

«La justice est proportion entre ce que l'on recoit et ce que l'on donne; en ce sens elle est une égalité entre deux choses ou deux distributions».

وعند الرومان يقيم « أولبيان » العدل على أساس مبدأ اعطاء كل شخص يستحقه Suum cuique tribuere سواء أكان ما يستحقه ثوبا أو عقابا أو اعترافا بحق ، إذ يعرف « العدل بأنه استعداد ثابت ودائم لاعطاء كل ما يستحقه ، انظر في ذلك Pescatore المرجع السابق ، فترة ٣١٠ ، ص ٤٣٨ .

وفي النظريات الحديثة نجد آراء الشراح ، مع اختلافها وتشعبها ، تكاد تتفق في اقامة العدل على أساس فكرة المساواة أو فكرة التناسب . ولتدلت هذه الفكرة تطبيقات جديدة في كثير من العلوم : ففى الاقتصاد نجد ما يسمى « العدل التوزيعى » الذى يقوم على أساس التناسب بين الافراد فى الاموال التى يستحقونها ، وفى التشريع المالى ما يسمى بالضريبة العادلة أو الظالمة بحسب ما اذا كانت تصيب الناس جميعا بحسب قدرتهم أم لا ، وفى القانون الجنائى يدور النقاش حول ما اذا كان الفرض من العقاب هو تحقيق العدل أو حماية الجماعة .

ومن هنا يبين مدى ارتباط فكرة العدل مع فكرة الجماعة وفكرة التشريعات ، وكثير من الفقهاء الفلاسفة لا يلمحون العدل الا من خلال الجماعة ومن خلال التشريعات ، فالعدل عندهم هو لباب القانون وهدفه ومثله الأعلى . وفي هذا يقول جيني « ان القواعد القانونية تستهدف بالضرورة أن تحقق العدل ... فالقانون لا يجد مضمونه الصحيح الا في فكرة العدل ، تلك الفكرة التي لا تقتصر على التكاليف الأولية ، وهي عدم الاضرار بالغير *neminem laedere* واعطاء كل ذي حق حقه *Suum cuique tribuere* ، بل تشمل كذلك على فكرة أكثر عمقا وهي فكرة التناسب الذي يجب أن يكون بين المصالح المتعارضة ، ابتغاء تأمين النظام الضروري لبقاء الجماعة الانسانية والنهوض بها ... » (٥) .

وعند تورتلون *Tourtoulon* العدل هو لباب القانون ، وهو يتكون من عناصر ثلاثة : عنصر فردي وهو اعطاء كل ذي حق حقه (العدل الفردي) ، وعنصر جماعي (العدل الجماعي) ، وعنصر سياسي يتمثل في الدولة (عدل الدولة) (٦) .

كما يؤكد الاستاذ الدكتور سمير تناغو القول بأنه لكي تقوم الدولة على مبادئ العدل ، فيتعين أن تراعى فيها مبادئ العدل التوزيعي (٧) ، ومبادئ العدل التبادلي (٨) .

(٥) انظر مؤلف جيني ، العلم والصياغة ، فترة ١٦ ص ٤٩ ، ٥٠ . (١٩١٩) ، مشار اليه في *Dias* ، المرجع السابق ، ص ١٦٥ .
(٦) انظر . مشار اليه في :
Touroulon, Les 3 Justices, 1934.

(٧) Dabin, Philosophie de l'ordre juridique positif P. 346 (1969)
العدل التوزيعي ، يتعلق بتوزيع الثروات والمزايا على الافراد ، وهو لا يقوم على مساواة حسابية مطلقة ، بل على مساواة نسبية تحتل وجود فروق بين شخص وآخر ، بيد أنه لا ينبغي أن تكون هذه الفروق كبيرة للغاية ، بل يتمين في التوزيع مبدأ الاعتدال والوسط ، ذلك أن العدل والفضائل لا يمكن مباشرتها بغير حيازة بعض اليسر المادي المعتول ، كذلك فان العدل التوزيعي يفترض وجود الملكية الخاصة والتي بدونها لا يمكن وجود حياة فاضلة أو دولة فاضلة .
انظر في ذلك ، د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف الاسكندرية ، ص ١٦١ ، ١٦٢ (١٩٧٤) .
(٨) يقوم العدل التبادلي ، على المساواة المطلقة والحسابية ، وهو الذي

العدل معيار أم قاعدة ؟

اختلف فيما اذا كان العدل معيارا أم قاعدة ، فذهب بعض الشراح الى أنه معيار فقط ، بمعنى أنه يتدخل باعتباره ميزانا يزن ويقدر النتائج القانونية التي تترتب على عمل الافراد ، فهو لا ينظر فيما اذا كان العمل غير المشروع قد حوسب عليه صاحبه أم لم يحاسب ، ولا فيما اذا كان العمل الصالح من الناحية الاجتماعية قد كوفئ عليه صاحبه أم لم يكافأ ، فهذه آثار يرجع فيها الى مقتضيات أخلاقية أو قانونية وانما يتدخل العدل فقط ليقدّر العقاب أو الثواب وفقا لجسامة العمل أو قيمته ، أى أن العدل وفقا لهذا الرأى لا يتدخل للمطالبة بالعقاب لمن أساء العمل ، وبالثواب لمن أحسنه ، وانما يتدخل

يحكم المعاملات والعلاقات بين أفراد المجتمع ، سواء كانت هذه العلاقات ارادية أو غير ارادية .

د. سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص ١٦٢ .

كما يتسم بعض الشراح العدل الى أقسام ثلاثة ، العدل التبادلي ويكون في علاقة الافراد بعضهم ببعض ، والعدل التوزيعي ويكون في علاقات الجماعة بالافراد ، وهو يتحرك من الجماعة الى أعضائها ، والعدل الاجتماعي ويكون في علاقات الجماعة بالافراد باعتبارهم أجزاء في الجماعة وهو يتحرك من الافراد الى الجماعة .

Pescatore, op. cit, P. 439.

وفي هذا الموضوع تفصيلا ، J. Dabin النظرية العامة في القانون المرجع السابق ، فقرة ٢٣٨ وما بعدها .

وهناك ما يسمى بالعدل الدولي Justice Internationale

ومؤداه الا تعتبر كل دولة قائمة بذاتها مستقلة عن غيرها ، بل تعتبر الدول أعضاء في جماعة أكبر وأوسع يجب أن يتاح فيها للشعوب الضعيفة أن تعيش فيها كغيرها من الشعوب ، وان يكون لها حق في الوجود مساو لحق غيرها ، بل يجب — أكثر من ذلك — أن يكون للشعوب الضعيفة حق في أن تبذل لها الدول الأخرى المساعدة وأن تكفل لها أمنها وأن تمنحها جزءا من ثرواتها ، وهذه الافكار هي التي حملها النظام الاقتصادي الدولي الجديد الذي وضعته الأمم المتحدة منذ مايو ١٩٧٤ .

United Nations, Centre For Economic and Social Information,
Problems of Raw Materials and Development, the Special Committee,
The Sixth Special Session of the U. N. On 1 May 1974, P. 2.

ليقدر العقاب أو الثواب اذا اقتضتهما اعتبارات أخرى ، أى هو معيار وليس قاعدة فى ذاته (٩) .

فى حين يذهب رأى آخر ، الى أن العدل لا يقتصر وظيفته على أن يكون مجرد معيار يبين النتائج الحسنة والسيئة التى تقترب على عمل ما ، بل يقتضى أيضا ترتيب هذه النتائج ، اذ تطلب اعطاء كل شخص ما يستحق من ثواب أو عقاب على عمله الحسن أو السيئ ، وبمقدار ما يستحق ، وبهذا يكون العدل قاعدة ومعيارا فى آن واحد (١٠) .

على أن هذه الفكرة المجردة فى معنى العدل ليست تعنى أن العدل فكرة جامدة وموضوعية ، ذلك أن ممارسة العدل فى الحياة العملية يجعله فى غاية المرونة . والواقع أن فكرة العدل تناط باعتباريات ذات طابع شخصى ، فتحدد ما هو مستحق ، والموازنة والمساواة ومناسبة الآثار وفقا لقيمة العمل ، هى تقديرات تكون من الدقة والصعوبة بحيث يمكن أن تضعف فى متاهات التحكم ، وبذلك ينتهى الأمر الى أن يصير ميزان العدل هو ضمير الفرد بل ضمير صاحب الشأن نفسه . بيد أن زمام الأمر فى العدل لا يترك كله للتحكم ، فهناك قدر أساسى تجتمع عليه آراء الناس فى وقت معين يصبح هو المعيار السائد فى الحكم على الأفعال ، وبهذا يعتبر العدل جزءا من تقديراتنا الخلقية ، انه شعور ، فكرة ، ضرورة خلقية ، هو موجه ودافع نحو نظام يعطى كلا ما يستحق ، أو قوة تطالب وتنقد ، بل قد تقود الى تغيير النظام الاجتماعى كله اذا لم يعد يتفق مع مستوى الأفكار الجديدة .

(٩) وهذا هو رأى لوتمار ، فى مؤلفه عن العدالة ، ص ٧٤ والمشار اليه فى مقال Kelsen بعنوان justiee et droit naturel وهو ضمن مجموعة مقالات تضمنها كتاب بعنوان القانون الطبيعى . ١٩٥٩ .

(١٠) المرجع المشار اليه فى الحاشية السابقة ، ذات الموضوع .

العدل والقانون :

رأينا أن العدل هو الملمهم والمكون للقانون ، وأنه على حد تعبير جبيركيه « النجم القطبي لكل تكوين قانوني » (١١) وأن المشرع يستلهم العدل في سنه القوانين وإذا كان الناس يؤمنون أوثق الايمان بوجود العدل ، ولا يرضون أبدا أن يكون هناك انفصال بين ما هو عدل وما هو قانون * ومع ذلك ، لا يقوم القانون كله على العدل ، فهناك دواعي المصلحة الاجتماعية تفتحم الباب على المشرع وتقتضيه أن يحسب حسابها ، مما يؤدي لا إلى عدم تحقيق المثل الأعلى للعدل فحسب ، بل قد يصل الأمر إلى وجود قانون ظالم إلى حد ما * والحق أن القانون تنظيم شرع ، لا لتحقيق العدل فحسب ، بل شرع كذلك — وربما في المقام الاول — من أجل كيان الجماعة وحمايتها بنشر النظام والعمل على استقرار الامن والطمأنينة فيها ، فهو ضرورة ، وللضرورة مسببات وأحكام ، وقد يكون من شأن هذا اغفال ما يقتضيه العدل ، ومن هنا وجد الفرق بين القانون والعدل (١٢) *

- (١) فالقانون قاعدة مطبقة اجبارا وقهرا ، أما العدل فشعور ، أو فكرة ، أو مثل أعلى يصاحب ويلهم تكوين القانون وتطوره ، ولكن يقف دائما عند عتبة القانون * انه يتوجه إلى المشرع لا إلى القاضي ، والذي يتعين عليه أن يطبق القانون ولو كان القانون مخالفا للعدل ، أما ما يسمى عدل القاضي فيقتصر على وجوب تطبيق القانون تطبيقا محايدا وموضوعيا وعلى نحو واحد بالنسبة إلى الناس جميعا ، فتلك وظيفته يمارسها داخل نطاق القانون ، ولا يجوز أن يكون رقيقا وحكما على القانون ولا أن يجيد عن قواعده *
- (٢) يقتضى العدل أن يقدر العمل تقديرا ذاتيا مع مراعاة الظروف جميعها ، أما القانون فيلجأ إلى طريقة التجريد والتعميم *
- (٣) كثيرا من قواعد القانون ليست الا قواعد صياغة فنية ، لا تكثر

(١١) انظر في هذا الموضوع : Allen, « The law in the Making, » pp. 383-388, Oxford (1969).
(١٢) انظر Allen ، المرجع السابق ، ص ٣٨٥ ، ص ٣٨٦ .

للاخلاق ولا تحفل بالعدل ، كالقواعد التي تتعلق بشهر التصرفات العقارية وكذلك ينطوى القانون على درجة من الشكلية والتشدد ، وهو ما لا يتفق مع المعيار الذي يتبعه العدل والذي يكون ذاتيا ومرنا ومتغيرا ، أن عدل القانون يكون بالضرورة ناقصا ، بل قد تكون إجراءاته على درجة معينة من الظلم ، ذلك أن القانون يتكون من قواعد شاملة وعامة ، فالقواعد الواضحة المنضبطة والموحدة هي وحدها التي تستطيع أن تدرأ المنازعات وأن توطد أسس التعايش ، وقد يضطر القانون أمام تعقد علاقات الحياة وتعديدها وتغيرها إلى أن يسوى بين أمرين مختلفين ، وأن يعامل غير الصحيح على أنه صحيح ، مضحيا إلى حد ما بما يقتضيه العدل .

(٤) يعتمد القانون في كثير من العلاقات إلى التوفيق بين المصالح المتعارضة فيؤدي هذا به إلى إيقاع ظلم جزئي .

(٥) قد تعرض ظروف استثنائية تقتضي فيها ضرورات الحياة القصوى التضحية بالعدل .

المبحث الثاني

في

فكرة العدالة

Equité

معنى العدالة :

العدالة أو كما يطلق عليها البعض الانصاف (١) *équité* هي احساس آخر ، ومعيير اخلاقي ، وهي غالبا ما تختلط بالعدل ولكنها تختلف عنه على النحو الذي سوف نعرض له .

ولقد اختلف الشراح في تحديد معنى العدالة : فتارة يقصد بها القانون الطبيعي والعقلي الذي يجب الرجوع اليه لسد النقص في القانون الوضعي أو لتصحيحه ، وتارة يقصد بها قواعد الاخلاق ، وتارة ثالثة يقصد بها حمكة التشريع *ratio legis* التي يجب التعويل عليها في التفسير المنطقي (٢) . ونميل الى القول بأن العدالة

(١) د. سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص ٢٤ .
(٢) يرى الدكتور سليمان مرقص ، وجود حركة تحول من دائرة الاخلاق الى دائرة القانون الوضعي ، ويفترض هذا التحول مرور القاعدة بهرولة وسطى يكون فيها احساس المجتمع بعدالتها وبضرورتها لتحقيق النظام والخير العام ، بيد أن السلطة لم تعتمد عليها بمد ضمن قواعد القانون الوضعي ، ولم تصنع لها الجزاء القانوني الذي يكفل احترامها ، فتكون هذه القاعدة في مرتبة اقوى من مجرد القاعدة الاخلاقية واطعف من مرتبة القانون الوضعي ، وتؤلف هذه القواعد ما يسمى بالقانون الطبيعي *droit naturel* قواعد العدالة

Règles de l'équité

انظر د. سليمان مرقص ، المدخل للعلوم القانونية ، ص ٤٧ ، الطبعة الرابعة دار النشر للجامعات المصرية (١٩٦١) ، وفي ذات المعنى د. محمد علي مام محاضرات في نظرية القانون ، ص ٣٧ وما بعدها (١٩٥٤) .

وراجع ايضا Allen, "law in the making." op. cit, P. 383; Metzler. léon, l'humanisme Juridique l'évolution du droit sous l'angle culturel, ch. 2, (1952).

احساس أخلاقي موجود في الضمير الاجتماعي ، وظيفته الموازنة بين القاعدة القانونية وعلاقة معينة ابتغاء تنظيم هذه العلاقة (٣) ، أو هي شعور أخلاقي يستلهمه القاضي في أثناء محاولته تخفيف حكم قاعدة قانونية في تطبيقها على حالة معينة حينما يأذن له القانون في ذلك بنص استثنائي صريح ، ذلك أن القانون يضع قاعدة مجردة وعامة لمجموعة غير محددة من الوقائع والعلاقات ، وقد يكون في تطبيق احدي القواعد العامة على حالة معينة ، أن تصير ظالمة وتؤدي الى ضرر أو التزام لا مبرر له ، حينئذ تتدخل العدالة لازالة هذا التعارض بين هذه القاعدة العامة والحالة الخاصة فتعدل من القاعدة بأن تخفف من حدتها ، أو تصوغ منها قاعدة جديدة توائم الحالة الخاصة (٤) .

لقد كان هذا هو الدور الذي اسند دائماً الى العدالة منذ زمن بعيد أوضحه أرسطو (٥) ، حينما يتصدى للحالات المستعصية
Les can duns
وهي تلك التي يؤدي تطبيق القاعدة العامة

(٣) انظر باربرو (دومينكو) ، دراسات في النظرية العامة للقانون ، ص ٩٢ (١٩٥٢) حيث يقول أنه ، « لما كان من الطبيعي ان يستحيل على القاعدة الوضعية أن تلاحق القاعدة الطبيعية في سرعة تنبئ لها أن تسير مضمونها في كل حين ، فلا غرو أن تنشأ فكرة العدالة وهي تتحصل في تمكين القاضي باذن من المشرع أن يعمل على تخفيف قسوة التشريع وفقاً لظروف الحال » .
(٤) انظر د. ثروت أنيس الاسيوطي ، نشأة النظريات الفلسفية وتطورها ، ص ٢٢٣ فقرة ٢٥٦ ، ص ٣٥٤ فقرة ٤١٠ ، القاهرة (١٩٦٤) .

(٥) وضع ارسطو نظرية القانون الطبيعي ، والتي لا زالت تحتل مكان الصدارة بين النظريات الفلسفية المعاصرة ، وتقوم على عدة أفكار مؤداها ، أن الانسان لا يمكن أن يعيش الا في مجتمع سياسي منظم وهو ما يسمى بالدولة أو المدينة ، وأنه في هذا المجتمع يفقد حريته المطلقة في أن يعمل بما يشاء وتصبح ارادته خاضعة لمبادئ الفضيلة ، والفضيلة هي الأساس الذي يؤدي الى السعادة ، كما وأن السعادة هي الهدف الذي يسعى اليه كل انسان وتسعى اليه كل دولة ، وخضوع الفرد للفضيلة يقتضي منه أن يخضع أيضاً للقانون الوضعي الذي يصدر عن المشرع في المجتمع السياسي الذي يعيش فيه ، وهكذا تخضع ارادة الفرد لارادة المشرع كنتيجة لخضوعها لمبادئ الفضيلة . ومن ناحية أخرى ، فإن ارادة المشرع تخضع كذلك لمبادئ الفضيلة ، وهذا الخضوع هو الطريق الوحيد لتحقيق السعادة للدولة باعتبار

عليها الى نتائج ظالمة ، فقال أن القانون يضع النصوص دائما عامة ، فإذا عرضت حالة خاصة استعصى تطبيق القانون عليها تعين على القاضي ، حين عدم كفاية النص أو حين وجود غلط فيه ، أن يصحح هذا الغلط أو يسد ذلك النقص ، فيقضى بما كان ينص عليه المشرع لو كانت هذه الحالة امامه حين وضع التشريع ومن هنا كان دور العدالة عند « أرسطو » هو تصحيح القانون عندما يتبين نقص بسبب عموميته (٦) . كما تشير اصطلاحات « أرسطو » الى أن الصياغة الجامدة يمكن أن تحقق العدل Justice ولكنها لا يمكن أن تحقق الانصاف أو العدالة (٧) *équité*.

ولقد تأثر بفكرة أرسطو في العدالة كثيرا من الشراح : من ذلك قول « سان جيرمان » ليست العدالة الا استثناء يورده في قانون الله أو قانون العقل على ما يضعه الانسان من قواعد عامة لو طبقت على حالات معينة لأدت الى مخالفة قانون العقل ، فلا جرم يعتبر هذا

ذلك انهدف الاساسي من وجود الدولة . وهكذا عن طريق اخضاع ارادة الفرد لارادة المشرع ، واخضاع ارادة المشرع لمبادئ الفضيلة يتحقق السعادة للفرد وللدولة في ذات الوقت . ويقصد بالفضيلة الاخلاقية هنا العدل ، فهو يشمل كل الفضائل المختلفة ، كما يرى أن العدل هو القانون الطبيعي وهو ما يمكن ادراكه عن طريق العقل ولذلك فان القانون الطبيعي يتصد به أيضا القانون العتلى .

(٦) انظر . ثروت الاسيوطى ، المرجع السابق ، ذات الموضع .

(٧) وفي ذلك يقول الدكتور سمير تناغو ، أنه كثيرا ما تحمل صياغة القواعد القانونية قدرا من المرونة ، ورغم عيوب الصياغة المرنة للقواعد القانونية ، فان هذه الصياغة وحدها هي التي يمكن عن طريقها — من الناحية النظرية على الاقل — تحقيق افضل درجات العدل في الحالات الخاصة المتنوعة « ويضيف » والانصاف هو نوعين من العدل ، وهو افضل درجات العدل بالنسبة للحالات الخاصة التي قد لا يتلاءم معها حكم القواعد الجامدة . ولذلك فان القاضي ينبغي عليه في هذه الحالات الخاصة أن يراعى ظروفها الواقعية ليحكم فيها بمقتضى الانصاف ، والحكم بالانصاف يكون عن طريق تطويع القواعد العامة على الحالات الخاصة ، وهو مالا يمكن القيام به الا اذا كانت صياغة القاعدة ذاتها مرنة تسهح للقاضي بأن يستخلص منها الحكم المنصف للنزاع » .

د. سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص ٥٤ .

الاستثناء مضمرا في كل قاعدة عامة من قواعد القانون الوضعي ، وكذلك قول جروسيوس « العدالة هي تصحيح القانون عندما يأتي ناقصا بسبب عموميته » ، وقول سواريتس « أن العدالة هي المخفف من قسوة القانون » وقول بلاكستون « أن دور العدالة هو تصحيح القانون وتخفيف شدته عندما يؤدي عموميته الى أن يصبح تطبيقه على حالة معينة تثقل الوطأة جدا (٨) » .

الفرق بين العدالة والعدل :

على هذا النحو تعتبر العدالة نوعا من العدل ، أو هي العدل مطبقا على حالة خاصة (٩) ، ألا أنه هناك فروقا بين العدل والعدالة تحين أن نبرزها ونعطي للعدالة المعنى الذي اكتسبته خلال التاريخ ، عندما عرفها أرسطو بأنها تيسير الحل الذي نص عليه القانون .

فالعدل بالقياس الى العدالة يتسم بالتجريد والعمومية (١٠) ، اذ أنه كالقانون لا يعنى الا بالمبادئ العامة ، اما العدالة فتتسم بالظروف الخاصة لكل حالة ولذلك فانها تختلف من حالة لاخرى ، وتتكيف بحسب كل حالة ، وتستجيب لشتى الدوافع الاخلاقية . ثم أن العدل يتميز بالصلابة والتشدد، كما يرضيه أن يقضى ببراءة البريء يرضيه أن يقضى بادانة المذنب ، أما العدالة فتبتغي دائما نوعا من

(٨) أورد هذه الاقوال د. ثروث الاسيوطي ، المرجع السابق ، ص ٢٩٩ ، ويقول بلاودين Plowden متأثرا باقوال أرسطو

Experience shows us that no lawmakers can foresee all things which may happen, and therefore it is fit that if there is any defect in the law, it should be reformed by equity, which is on part of the law, but a moral virtue which corrects the law From whence the reader may observe how convenient a thing this equity is, and the wise judges of our law deserve great commendation for having made use of it where the words of the law are rigorous, for thereby they softened the severity of the text, and have made the law tolerable, cited by ALLEN, law in the making op. cit. P. 451-452.

(٩) انظر Pescatore ، المرجع السابق ، ص ٤٤١ .
(١٠) انظر Pescatore ، المرجع السابق ، ذات الموضوع .

العطف والانسانية والرحمة من شدة القوانين في حالة معينة ، فهي المنفذ الذي تنفذ منه الى القانون مقتضيات الرحمة والانسانية ولو بتضحية مقتضيات العدل (١١) .

وتتسم العدالة بطابع شخصي عاطفي أظهر مما في العدل ، فهي تمثل الانسانية في القانون ، اذ تعمل على ازالة المفارقات وتخفيف ما يكون من حدة وتشدد في مضمون القواعد القانونية . وبهذا يوجد عامل مرن ، شخصي ، يتراءى اثره في ضمير الافراد بطريقة تختلف من شخص لآخر ، وهذا يفضي حتما الى خطر التحكم (١٢) .

المادة وقانون العقد :

لم يكن متصورا للفقهاء التقليدي اماكن القول باسناد عقد من العقود الى غير النظام القانوني الداخلي المعمول به في احدى الدول ، وتأكد هذا النظر في حكم محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية القروض الصربية البرازيلية سنة ١٩٢٩ (١٣) ، بيد أن المجتمع الدولي قد شهد ازاء التطورات الضخمة التي واجهها في السنوات الاخيرة تغييرات في المفهوم التقليدي الذي اتى به هذا الحكم ، وقدم لنا الفكر القانوني الحديث صورا عديدة لعقود خاضعة لنظام القانون الوطني لاحد الدول ، مما دعا كثيرا من المحدثين الى القول بإمكان اسناد العقد الى انماط جديدة من النظم القانونية (١٤) .

-
- (١١) انظر Pescatore المرجع السابق ، ذات الموضوع .
(١٢) انظر Pescatore ، المرجع السابق ، ذات الموضوع .
(١٣) جاء بهذا الحكم : كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخصا
للقانون الدولي يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما .
P.C.I.J. Judgment No. 14 (July 12, 1926), P.C.I.J. Publ. Ser. A.
Nos. 20/21, P. 41.

(١٤) انظر في ذلك
Ray, G. W., "law Governing contracts Between States and
Foreign Nationals", The southwestern legal Foundation
Proceedings of the 1960, Institute on Private Investments Abroad,
PP. 5-43,
=

وقد تختلف الآراء بالنسبة لمدى حرية أطراف التعاقد في تحديد القانون الذي يحكم العقد ، بيد أنه من المقبول بصفة عامة أن القانون الذي يتفق عليه الأطراف ، له الصدارة في التطبيق على كافة القوانين الأخرى القابلة للتطبيق عند عدم وجود مثل هذا الاتفاق . فقضت المحاكم في الحالات التي عرضت عليها في منازعات تتعلق بعقود دولية ، وهي بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع ، بأن القانون الذي ارتضاه الأطراف ليحكم اتفاقهم له الصدارة على ما عداه من قوانين (١٥) .

كذلك تميل معظم الآراء الفقهية الى وجوب مراعاة ما يرتضيه الأطراف بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود . ويؤسس مؤيدو هذه الآراء تطبيق القانون الذي يختاره أطراف هذه العقود ، على ملائمته للممارسة العقدية لهم عند تحديدهم للقانون الذي يحكم العقد (١٦) .

Shawcross, "The Problem of Foreign investment in International law" 102 Hague Recueil Des cours (1961) PP. 335-55; Verdross, A. "The status of private foreign Interests Stemming form Economic development Agreements with Arbitration clauses" 9 Österreichische Zeitschrift für öffentliches recht, PP. 449-459 (1959).

(١٥) راجع على سبيل المثال

China Navigation Co. Case, (Great Britain V.U.S.A.) 6 U.N. Reports International Arbitrages Awards (1971); Indonesian Tobacco Case, 54 A.J.I.L., 1961); Herbert WAGG and Co. Ltd. England high court of Justice (Chancery Division), Dec. 8, 1955, Int. law Rep., vol. 22; N. V. Verengde Deli-Maatschappijen V. Deutsch Indonesische Tabakhandels 1959, 28 I.L.R. (1964).

(١٦) بيد أن هذا القول ليس صحيحا على إطلاقه ، ذلك أن العقد الذي يرد فيه نص يحدد قانونا معيناً يحكمه ، يجب ألا ينظر الى هذا النص باعتباره يشكل دليلاً مؤكداً على اتجاه نية الأطراف لهذا الاختيار ، إلا إذا كان تفسير النص في ضوء الظروف الملابسة له والسوابق التاريخية لوضعه تشير الى ذلك ، مما يوجب التحليل الشامل لكافة النصوص العقدية التي تتعلق بالقانون الذي يحكم العقد .

ولما كان المدى المتاح للأطراف لاختيار القانون الذي يحكم عقدهم غير محدود ، فقد يتفق على ما يسمى بـ « الاختيار العام للقانون » (١٧) General choice of law ، وقد يتفق أطراف العقد على « الاختيار المحدود للقانون » (١٨) Limited choice of law

أو يتفق الأطراف على غير ذلك من الأنماط المتباينة من النصوص التي تحدد اختيار القانون الواجب التطبيق (١٩) ، وإن كانت مشروعية تطبيق بعض هذه النصوص محل خلاف ، ومع ذلك فإنها توضح مدى الصعوبة التي تكثف التحديد الدقيق للقانون الذي يختاره أطراف العقد ، ومدى الخطورة التي يتضمنها التحديد غير الدقيق للقانون الذي اختاره الأطراف .

وكثيرا ما تكون « العدالة » مضمون أحد هذه الأنماط المتباينة من النصوص التي تحدد طريقة اختيار القانون الواجب التطبيق ، فيشار إليها لتحكم العقد ومن أمثلة ذلك الفقرة الرابعة من المادة السادسة من العقد المبرم بين المؤسسة المصرية العامة للبترول

-
- (١٧) أى اختيار قانون معين ليحكم كافة جوانب العقد .
(١٨) وذلك بالاتفاق على أن العقد أو جزءا معينا منه يحكمه قانون معين ، أو جزء من هذا القانون النافذ في وقت معين .
(١٩) فقد يتفق أطراف العقد على الاختيار السلبي للقانون Negative choice of

law أى أنهم يتفقون على عدم تطبيق قانون معين أو جزء معين من هذا القانون ، وهناك أنماط أخرى لاختيار القانون الذي يحكم العقد منها « الاختيار المتعدد للقانون Multiple choice of law ومؤاده قيام أطراف العقد باختيار قوانين مختلفة يحكم كل منها جزءا من العقد ، وهناك أيضا « الاختيار المشروط للقانون conditional choice of law ، وبمقتضى هذا النوع من الاختيار يقوم أطراف العقد بالاتفاق على قانون معين يحكم عقودهم ، بشرط أن تتماثل القاعدة المطبقة من هذا القانون مع قاعدة نافذة في قانون آخر ، وقد يتفق الأطراف المتعاقدون على قانون أو أكثر ذي قواعد متماثلة أو مختلفة لتحكم العقد في ذات الوقت ، ويطلق على هذا النوع من الاختيار الجماعي للقانون Collective choice of law وقد يحول العقد الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق من بين قوانين أو أكثر ، ويطلق على هذا النوع من الاختيار « الاختيار التفضيلي للقانون » Alternative choice of law .

والصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية (٢٠)، والفقرة الرابعة من المادة السادسة من العقد المبرم بين هيئة قناة السويس والصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية (٢١)، والمادة الثانية من العقد المبرم بين شركة النصر للأسمدة والصناعات الكيماوية والصندوق العربي للانماء الاقتصادي والاجتماعي (٢٢) وغيرها من العقود (٢٣) .

(٢٠) وهو العقد الخاص بتنمية واستغلال حقل غازات أبو قير البحري ، والمنشور في الجريدة الرسمية ، العدد الثامن ، الصادر في ١٩٧٤/٢/٢١ ، وذات النص تضمنه العقد المبرم بين نفس الاطراف ، المادة ٨/٤ ، الجريدة الرسمية ، العدد الثامن ، الصادر في ذات التاريخ .

(٢١) وهو العقد الخاص بمشروع اعادة فتح قناة السويس ، والمنشور في الجريدة الرسمية ، العدد ٢٧ مكرر ، الصادر في ١٩٧٤/٧/٦ ، وذات النص تضمنه العقد المبرم بين نفس الاطراف ، المادة ٨/٤ ، الجريدة الرسمية ، ذات العدد والتاريخ .

(٢٢) وهو العقد الخاص بمشروع سداد طلخا رقم (٢) والمنشور في الجريدة الرسمية العدد الاول الصادر في ١٩٧٥/٣/١٣ ، وذات النص تضمنه العقد المبرم بين نفس الاطراف المادة ١٠/٢ ، الجريدة الرسمية ، ذات العدد والتاريخ .

(٢٣) انظر على سبيل المثال : العقد المبرم بين شركة النصر للأسمدة والصناعات الكيماوية والصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية ، لمشروع سداد طلخا الثاني م ٤/٧ ، المنشور في الجريدة الرسمية ، العدد (١٣) بتاريخ ١٩٧٥/٣/٢٧ م والعقد المبرم بين شركة النصر للأسمدة والصناعات الكيماوية وصندوق أبو ظبي للانماء الاقتصادي العربي ، في شأن مشروع سداد طلخا الثاني ، م ٤٢ ، الجريدة الرسمية ، العدد (١٤) ، ١٩٧٥/٤/٢ ، والعقد المبرم بين شركة أسمنت طره المصرية والصندوق العربي للانماء الاقتصادي والاجتماعي ، في شأن التوسع في مصنع أسمنت طره ، م ٤/٦ ، الجريدة الرسمية العدد ٤٦ في ١٩٧٥/١١/١٣ ، والعقد المبرم بين هيئة الشكك الحديدية والصندوق السعودي للتنمية في شأن تطوير السكك الحديدية ، م ٣/٦ ، الجريدة الرسمية ، العدد ١٨ ، في ١٩٧٦/٤/٢٩ ، والعقد المبرم بين شركة المحالج والاقطان والصندوق السعودي للتنمية ، في تطوير محالج الاقطان ، المادة ٣/٦ ، الجريدة الرسمية ، العدد (٤٠) في ١٩٧٦/٩/٣٠ ، والعقد المبرم بين هيئة المياه والصندوق العربي للانماء الاقتصادي ، في شأن مشروع مياه الفسطاط م ٤/٦ ، الجريدة الرسمية العدد (٥٣) ، بتاريخ ٧٦/١٢/٣٠ والعقد المبرم بين هيئة الكهرباء والصندوق العربي للانماء الاقتصادي والاجتماعي ، في شأن توسيع محطة كهرباء

وإذا كان القانون الذي يتفق عليه الأطراف وتنتجه اليه الارادة
يكون له الصدارة في التطبيق على ما عداه من قوانين ، فقد تغيب هذه
الارادة الصريحة (٢٤) *

أبو قير ، م ٤/٦ ، العدد (٢٥) ، بتاريخ ٢٢ - ٦ - ١٩٧٧ ، العقد
المبرم بين شركة كبر النوازل للغزل والنسيج والصندوق العربي
للانماء الاقتصادي والاجتماعي ، م ٣/٦ ، العدد (٢٩) ، بتاريخ
٢١ - ٧ - ١٩٧٧ ، العقد المبرم بين الهيئة المصرية للبترول
والصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية ، في شأن خط
انابيب البترول الخام من رأس شقير الى السويس ، م ٢/٦ ،
الجريدة الرسمية (٣٣) في ١٨/٨/١٩٧٧ ، العقد المبرم بين
هيئة قناة السويس والصندوق العربي للانماء الاقتصادي في شأن
تطوير قناة السويس ، م ٤/٦ ، الجريدة الرسمية ، العدد (١٩) ،
بتاريخ ١١/٥/١٩٧٨ ، العقد المبرم بين الهيئة المصرية العامة
للپترول والصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية في شأن مشروع
مد انابيب البترول الخام من رأس شقير الى السويس والقاهرة ،
م ٣/٦ ، الجريدة الرسمية ، العدد (١٣) ، بتاريخ ١٨-٨-١٩٧٧ ،
العقد المبرم بين هيئة قناة السويس وصندوق أبو ظبي للانماء
الاقتصادي العربي ، في شأن تطوير قناة السويس ، م ٤/٦ ،
الجريدة الرسمية ، العدد (٢٧) في ٦ - ٧ - ١٩٧٨ .
(٢٤) من العقود التي جاءت غائطة عن تحديد القانون الواجب التطبيق ،
انظر على سبيل المثال ، العقد المبرم بين مؤسسة السلع التموينية
وجمهورية رومانيا الاشتراكية ، في شأن شراء بعض السلع ،
الجريدة الرسمية ، العدد (١٧) في ٢٦ - ٤ - ١٩٧٣ ، والعقد
المبرم من هيئة ميناء الاسكندرية ووكالة التنمية الدولية ، في شأن
شراء معدات ميناء الاسكندرية ، الجريدة الرسمية ، العدد (١٦) ،
بتاريخ ٢١ - ٤ - ١٩٧٧ ، والعقد المبرم بين بنك التنمية الصناعية
ووكالة التنمية الدولية في شأن شراء معدات انتاج صناعي وزراعي ،
الجريدة الرسمية ، العدد (١٧) ، بتاريخ ٢٨ - ٤ - ١٩٧٧ ،
العقد المبرم بين الهيئة المصرية للقوى الكهربائية ووكالة التنمية
الدولية ، في شأن انشاء محطة التوليد الغازية ، الجريدة الرسمية ،
العدد (٢٠) ، في ١٩ - ٥ - ١٩٧٧ ، العقد المبرم بين مؤسسة
السلع التموينية ووكالة التنمية الدولية ، في شأن شراء غلال
وشحوم حيوانية ودهون ، الجريدة الرسمية ، العدد (١٧) ، في
٢٧ - ٤ - ١٩٧٨ ، العقد المبرم بين هيئة كهرباء المدن ووكالة
التنمية الدولية في شأن توسيع نظم توزيع الكهرباء بين هيئة
السكك الحديدية والحكومة الكندية في شأن شراء عربات سكك
حديد ، الجريدة الرسمية ، العدد (١٧) ، في ٢١ - ١٢ - ١٩٧٨ ،

كما قد يصعب من تفسير العقد والظروف الملائمة أن نستشف الارادة الضمنية أو المفترضة (٢٥) ، وقد تشير قواعد الاسناد التقليدية الى تطبيق القانون الوطنى فى دولة معينة ، وباعتال نصوص هذا القانون قد نلجأ فى كثير من الحالات الى تطبيق قواعد العدالة كمصدر احتياطى من مصادر القانون الوطنى ، فهى حالات يرخص فيها المشرع الوطنى للقاضى أن يأخذ بأسباب العدالة على النحو الذى سوف نعرض له .

وتؤدى العدالة ما يؤديه العدل ، فباعتبارها احساسا ومقتضى خلقيا ، نجدها تلهم وتحض على عمل القانون (٢٦) . ويمكن — بمرور الزمن — أن تتحول الى نظم قانونية على نحو ما حدث فى الابطال

التطبيق فى كافة الحالات التى لا يوجد فيها سند حقيقى لارادة الاطراف .

العقد المبرم بين هيئة المواصلات اللاسلكية ووكالة التنمية الدولية ، فى شأن مشروع المواصلات اللاسلكية ، الجريدة الرسمية العدد (١٢) ، فى ٢٢ — ٣ — ١٩٧٩ ، العقد المبرم بين الهيئة العامة للمجارى والصرف الصحى ووكالة التنمية الدولية فى شأن توسيع نظم المياه والمجارى فى مدن القاهرة ، الجريدة الرسمية ، العدد (١٦) ، فى ١٩ — ٤ — ١٩٧٩ ، العقد المبرم بين هيئة كهرباء الريف والحكومة الكندية ، فى شأن تنمية كهرباء الريف ، الجريدة الرسمية ، العدد (٤١) فى ١١ — ١٠ — ١٩٧٩ العقد المبرم بين شركة أسمنت السويس ووكالة التنمية الدولية ، فى شأن مشروع أسمنت القطامية ، الجريدة الرسمية ، العدد (٤٦) فى ١٥ — ١١ — ١٩٧٩ . (٢٥) ولا يتفق مفهوم الارادة المفترضة مع الواقع ، حيث تشهد غالبية الحالات أن الاطراف قلما يفكرون فى القانون الواجب التطبيق ، اما اذا كان قد شغل تفكيرهم هذا الامر ، فربما كان قد بدى لهم تعارض فى مصالحهم يجعلهم يعيدون النظر فى التوازن الاقتصادى لعقدهم . والحق فان القاضى هو الذى يقوم بتعيين القانون الواجب التطبيق ، وعلى الرغم من أنه يبرر اختياره ويسنده الى كونه اعلان عن الارادة المفترضة للاطراف ، الا أن الواقع يشهد على أن ارادته هى المحددة للقانون — انظر فى ذات المعنى Niboyer ج ٥ ، فقرة ١٤٠١ . ومنذ زمن طويل أبرز الفقه هذه الخصية الوهمية أو المفتعلة للارادة المفترضة ، وذلك عندما اجتهد فى وضع قاعدة يتعين على القاضى الاسترشاد بها فى تحديد القانون الواجب (٢٦) انظر : Pescatore, op. cit, P. 441.

للغين (٢٧) ، ونظرية السبب في التصرفات القانونية (٢٨) ، وفي الاثراء بلا سبب (٢٩) ، والتعسف في استعمال الحق (٣٠) ، ولكن الى أن يتحقق هذا التحول ، والى أن يعترف المشرع اعترافاً ايجابياً بقواعد العدالة لا تكون العدالة قانوناً ، ويعد القاضي مخطئاً اذا أراد أن يخالف تشريعه الوطني معدلاً اياه باسم العدالة أو لما يعتقد أنه العدالة . ومن ثم ، فليس للعدالة قيمة قانونية مصححة أو مكملية للقواعد القانونية ، فهي تتجه — في الاصل — الى المشرع لا الى القاضي ، ولا يجوز للقاضي أن يأخذ بأسبابها الا — وكما اسلفنا — اذا رخص له القانون في ذلك صراحة .

وكما قدمنا ، فانه ثمة حالات كثيرة في القانون يرخص فيها المشرع للقاضي في أن يأخذ بأسباب العدالة ، من ذلك مثلاً نصه في الفقرة الثانية من المادة الاولى من المدنى المصرى (٣١) على أنه اذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف

(٢٧) انظر المادة (١٢٩) من القانون المدنى المصرى ، والمواد المماثلة في التشريعات العربية ، وهى المادة (١٣١) من القانون المدنى السورى ، والمادة (١٢٩) من القانون المدنى الليبى ، والمادة (١٢٥) من القانون المدنى العراقى ، والمادة ٢١٣ ، ٢١٤ من القانون المدنى اللبنانى ، والمادة (١٢٦) من قانون التجارة الصادر في الكويت بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٦١ .

(٢٨) انظر المادة (١٣٦) من القانون المدنى المصرى ، والمواد المماثلة في التشريعات العربية ، وهى المادة (١٣٧) من القانون المدنى السورى ، والمادة (١٣٦) من القانون المدنى الليبى ، والمادة ١/١٣٢ من القانون المدنى العراقى ، والمواد ١٩٦ ، ١٩٧ ، ١٩٨ من القانون المدنى اللبنانى ، والمادة ١/١٣٣ من القانون التجارى الكويتى .

(٢٩) انظر المادة (١٧٩) من القانون المدنى المصرى ، والمادة (١٨٠) من القانون المدنى السورى ، والمادة ١٨٢ من القانون المدنى الليبى ، والمادة (٢٤٣) من القانون المدنى العراقى والمواد ١٤٠ ، ١٤١ ، ١٤٢ من القانون اللبنانى ، والمادة (١٨٠) من القانون التجارى الكويتى .

(٣٠) انظر المادتان الرابعة والخامسة من القانون المدنى المصرى ، والمادتان الخامسة والسادسة من القانون السورى ، والمادتان الرابعة والخامسة من القانون المدنى الليبى ، والمادتان ١/٧ ، ٢/٧ من القانون المدنى العراقى ، والمادة (١٢٤) من القانون اللبنانى .

(٣١) وتقابلها المادة الاولى من القانون المدنى السورى ، والمادة الاولى من القانون الليبى ، والمواد ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٥ ، ٨ من القانون العراقى ، والمادة الرابعة من قانون التجارة الكويتى .

الفصل الثانى
فى
تدخل الدولة فى مجال العقود
وأثره على القانون الدولى الخاص

مقدمة :

أدى انتشار الفكر الاشتراكى ، الى تحول جذرى فى المفاهيم والمبادئ التى تحكم القانون الخاص بوجه عام ، ومسائل العقود على وجه الخصوص ، وقد أثر الفكر الاشتراكى — بدرجات متفاوتة — على الدول كافة بغض النظر عن النظام الاقتصادى الذى تنتهجه (١) . وينظر هذا التيار الاشتراكى للفرد باعتباره عضوا فى الجماعة ، فاذا تعارضت حرية الفرد فى التعاقد مع مصالح المجتمع ، فانه يتعين التضحية بهذه الحرية فى سبيل رفاهية المجموع . وقد عبرت Annic Toubiana عن ذلك بعبارة

"L'affaiblissement contractuel du contrat"

(٢) ولم تكن الافكار الاشتراكية وحدها هى المدعاة لتدخل الدولة فى مجال العقود ، بل كانت حماية الاقتصاد الوطنى ذريعة أخرى لهذا التدخل .

وهذا الوضع السائد فى الالونة المعاصرة ، لم يكن قائما منذ حلول القرن السادس عشر وحتى القرن التاسع عشر ، اذ تضائل — خلال هذه الفترة — تدخل الدول فى مجال العقود ، وحقق ديمولان

(٢) انظر :

Toubiana, Annie "Le Domaine de la loi du contrat International privé" Paris 1972-149.

(٢) انظر Toubiana, A ، المرجع المشار اليه فى الحاشية السابقة ، ص ٤ .

وفي أوروبا — وفرنسا على وجه الخصوص — قاد Francescakis (٩) حركة فكرية سميت "Lois d'application Immédiate" وهي تعكس المفاهيم حول قواعد القانون التي يعبر عنها هذا الاتجاه الفكري "Dont l'observation est Nécessaire Pour la souvegarde de l'organisation politique, sociale et Economique du pays,, الذى يدعو الدولة الى تطبيق قانونها الوطنى بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق وقد أدى ذلك بـ Francescakis الى عقد تفرقة بين نوعين من التنازع يتعلق أولهما بالتنازع فى مجال القانون الخاص ، ويتعلق ثانيهما بالتنازع فى مجال القانون العام (١٠) •

والنوع الاول من التنازع ، هو النوع التقليدى ، وتحكمه القواعد الاصولية التقليدية المتعارف عليها فى هذا المجال ، أما النوع الثانى فهو تنازع حديث لا يسمح فيه الا بتطبيق القانون الوطنى •

وسوف نحاول فى هذا البحث ، التوفيق بين مصلحة الدولة من جانب ، ومصالح الافراد من جانب آخر ، بيد أنه تجدر الاشارة الى أن هذه المشكلة ذاتها جد معقدة • ومن ثم ، فلا نتوقع لها حلا بسيطا ، فضلا عن أن أى حل من الحلول المقترحة التى تساق لا تحسم المشكلة •

واذا تأملنا الاوضاع الناجمة عن تدخل الدولة — المباشر أو غير المباشر — فى مجال العقود ، فانه يتعين علينا أن نعقد التفرقة بين الانماط المختلفة لتدخل الدولة من حيث المعاملة ، ومن حيث النتائج المترتبة عليه فى مجال تنازع القوانين ، نظرا لتباين أسباب التدخل وأهدافه ، ومن ثم تعد النظرة الى كافة أنواع التدخل على أنها متماثلة نظرة سطحية •

(٩) انظر :

Francescakis, Phocion "Quelques Précisions sur les lois d'application Immédiate et leur Rapports Avec les regles de conflit de lois" Rev. Crit., 1966, PP. 1 et seq.

(١٠) انظر :

Francescakis, phocion, "Conflits de lois," répertoire 1, Paris 1969, P. 480, N. 137.

وفي ضوء ما تقدم رأيت تقسيم هذا الفصل الى مبحثين ،
أ عرض في الاول للانماط المتباينة لقواعد تدخل الدولة في مجال
العقود ، واستخلص في الثاني الاثار المترتبة على مختلف صور تدخل
الدولة في مجال تنازع القوانين •

المبحث الاول

في

الانماط المتباينة لقواعد تدخل الدولة

تتخذ قواعد التدخل الحكومي في مجال العقود أنماط متباينة ، أما النمط الاول فيتمثل في تلك القواعد التي تمنح لحماية المصالح الوطنية ، وتحقيق أهداف موقوتة ومحددة ، سياسية أو اقتصادية ، والامثلة على ذلك عديدة ، منها القوانين الخاصة بحماية العملة الوطنية ، والقوانين المتعلقة بحماية ميزان المدفوعات ، وأيضا القوانين التي تستهدف توفير السلع الأساسية ، وقوانين التصدير والاستيراد . وقد كانت مثل هذه القوانين معروغة عندما اطلق سافيني نظريته ، وقال عنها « انها قوانين ذات طبيعة جامدة وايجابية تستهدف الرخاء العام ولها سمة سياسية أو اقتصادية (١) » .

أما النمط الثاني من تلك القواعد ، فهي تلك التي تستوجب أن تكون شروط العقد مطابقة لنظام قانوني معين ، ومثلها القوانين الاقتصادية التي تقيد من حرية التجارة من أجل حماية الاقتصاد القومي ، وعادة ما يكون لمثل هذه القوانين جزاءات إدارية وجنائية ، وهي تتصف بالدوام على خلاف النمط الاول ، كما تعلق قواعدنا الشروط العقدية .

ويستهدف النمط الثالث حماية أطراف التعاقد ، وخاصة الطرف الضعيف ومن ثم ، فإن مثل هذه القواعد تحد من ممارسة الطرف القوي لنفوذه الاقتصادي ، وبالتالي تحد من حرية التعاقد ، وعادة ما تكون هذه القواعد جزء من القانون الخاص في الدولة ، بيد أنها — مع ذلك — تحمل من وسائل القانون العام ما يضمن

(١) انظر : VON Savigny, Friedrich carl, system des heutigen

Romischen Rechts, Achter Band, Berlin 1849, Vol. 111 - P. 33.

مشار اليه في Francescakis المرجع السابق ، ص ٥٠٣ .

تنفيذها • وقد زاع انتشار هذا النوع من القواعد في الدول الحديثة ،
نتيجة للتطور الذي أدرك الدول ، وبدلها من دول الحرية المطلقة الى
دول ترفع شعارات العدالة والرفاهية الاجتماعية •

وهناك نمط آخر لتدخل الدول في تنظيم العقود ، يتمثل في
تدخلها لتنظيم عقود بعض المهن ذات الصلة بالمصالح الحيوية في
الدولة ، كمهنة المحاماة أو المحاسبة أو الطب أو الهندسة •

المبحث الثانى

فى

الآثار المترتبة على مختلف صور تدخل الدولة

فى مجال تنازع القوانين

تختلف الآثار القانونية المترتبة على تدخل الدولة فى مجال العقود حسبما يكون الهدف من هذا التدخل ، وقد يستهدف التدخل أكثر من غاية ، فتحقق القاعدة الواحدة عدة أهداف * ومثال ذلك تدخل الدولة فى تنظيم عقود البيع بالتقسيط ، فهى من جانب ، تحمى الطرف الضعيف فى التعاقد ، ومن جانب آخر ، تسعى إلى ترشيد الانفاق العام ، الأمر الذى يحقق مصالح اقتصادية جمّة ، وغالباً ما يسهل التعرف على الهدف الأساسى من القاعدة بطريق مباشر أو غير مباشر (١) * .

أولاً : الآثار المترتبة على اختلاف مصادر قواعد التدخل :

تقتضينا دراسة الآثار المترتبة على قواعد التدخل الحكومى من أجل حماية المصالح الوطنية أن نأخذ فى الاعتبار المسائل التالية :

١، ذلك أن القاعدة إما أن تفصح بذاتها عن الهدف ، وإما يسهل تبينه — كما ذهب البعض — من طريقة وضع القاعدة ، فإذا جاءت القاعدة ضمن القوانين الخاصة ، فإنها تستهدف عادة حماية الطرف الضعيف . ومثال ذلك قوانين العمل . وتعتبر — مثل هذه القواعد جزء من النظام العام ، وتكون أولى بالتطبيق من قانون العقد ذاته . Lando, Ole, "The Ec Draft Convention on the law Applicable to Contractual and Non Contractual Obligations". Rabels Z 38 (1974), P. 19.

(أ) إذا كانت القاعدة منصوصاً عليها في قانون القاضى ، فإنه يلتزم بتطبيقها عند توافر شروطها ، ذلك أن لهذه القاعدة — كما يقول سافيني — ذات طبيعة قواعد التنازع التى يلتزم القاضى بتطبيقها (١) ، وهو ما يعبر عنه القانون الفرنسى (٢)
Lois d'application Immédiate

(ب) إذا كانت قواعد التدخل الحكومى تنتمى الى قانون العقد الاجنبى ، فإنه حسيماً يقضى الاتجاه الحديث ، يلتزم القاضى بتطبيقها حتى وأن كانت تلك القواعد تدخل فى اطار قواعد القانون العام ، وذلك اذا كانت تتعلق بالنظام الاقتصادى ، ومن ثم ، لم يعد الامتناع عن تطبيق القانون العام الاجنبى مبرراً (٣) « ذلك أن المحكمة تتقيد بتطبيق قانون العقد حتى وان كان قانوناً اقتصادياً (٤) ، وان ظل فى مقدور القاضى الامتناع عن تطبيق هذا القانون اذا ما تعارض مع النظام العام ».

(ج) اما اذا كانت قواعد التدخل صادرة من دولة ثالثة غير دولة القاضى ، وغير الدولة التى ينتسب اليها العقد ، فقد تفرق رأى فى هذا الشأن ، ويمكننا القول ، أنه فى الاونة الراهنة ، لا يوجد فى القانون الدولى ما يجبر القاضى على مساعدة الدول الاجنبية فى تنفيذ أهدافها الوطنية عن طريق تطبيق قوانينها . بيد أن هناك من يعارض هذا الاتجاه ، ويرى بأنه فى ظل المجتمع الدولى المعاصر والمكون من دول ذات مصالح مشتركة وترابطها

(١) انظر : Savigny, op. cit. PP. 32 et seq.

(٢) انظر :

Francescakis, phocion, Conflits de lois, Répertoire I, paris (1969).
PP. 479 et seq.; Toubiana. Annic, le, Domaine de la loi du contrat International privé, paris 1972., P. 203 - No 241.

(٣) انظر :

Lalive, pierre, Sur L'application du Droit public Etranger, SJIR, 1971, PP. 103.

Toubiana, op. cit. PP. 171 - 173.

(٤) انظر

Lando, ole, op. cit. P. 36.

علاقات سياسية، فإن هناك التزاما على عاتق الدول يقضى بأن يطبق القاضي في بعض الحالات قوانين دولة ثالثة حماية لمصالح هذه الدولة الأخيرة وقد ناصر هذا الرأي الاساتذة Bär, Neumayer و Zweigert و Wengler وآخرين (٥) • فذهبوا إلى التزام القاضي بفحص القوانين ذات الصلة بالموضوع وتقرير القواعد الواجبة التطبيق (٦) •

وثمة رأي آخر أكثر مرونة تبناه القانون والقضاء الانجليزيان يقضى بتطبيق قانون محل التنفيذ (٧) ، دون أن يعنى هذا تجاهل التشريعات الأخرى ذات الصلة بالموضوع ، بل يتعين أخذها في الاعتبار عند الفصل في النزاع ، حتى تأتي الأحكام معبرة عن الواقع وقريبة من الصواب والحقيقة •

ولعل من المسلم به ، أن القاضي لا يلتزم بتطبيق أى من المعايير السابقة ، اذ بدأ سريان قواعد التدخل الحكومى بعد ابرامهم العقد ، ذلك أن في تطبيقها مفاجئة غير متوقعة لاطراف التعاقد الذين لم يعلموا بمثل هذه القواعد عند التعاقد ، والقول بغير ذلك يحيق بالاطراف غبنا وضرا ، غير أنه اذا كانت قواعد التدخل نافذة عند ابرام العقد ، فان للقاضي أن يعترف بالنتائج المترتبة عليها ، اذا ما توافرت الشروط والضوابط التالية •

— اذا كانت مصالح الدولة السياسية أو الاقتصادية تتأثر تأثيرا مباشرا بأهداف العقد ، كما في حالة العقد الذى ينفذ على اقليم الدولة •

(٥) انظر عرض لهذا الرأي في

Neumayer, Karl, H, "Autonomie de volonté et dispositions Imperatives en droit international Privé", Rev. Crit., 1958, PP. 59 et seq.

Neumayer, op. cit, P. 73.

(٦) انظر :

(٧) انظر :

Cheshire Geoffrey "International contracts" Glasgow, 1948, PP. 70 et seq.

— تطبق على العقد قاعدة التدخل الاجنبية طبقا للمجال الذى تحدده لذاتها .

— اذا لم يكن العقد قد نفذ بعد ، فانه يتعين أن يؤخذ فى الاعتبار هدف قاعدة التدخل .

— للقاضى أن يقدر مصالح الدولة الثالثة ، طبقا لمركزها الدولى (١) ، وعادة ما يوازن القاضى بين المعايير والاهداف التى تأخذ بها تلك الدولة ، والمعايير والاهداف التى تأخذ بها دولته ، وما اذا كانت المصالح التى ترمى الى حمايتها الدولة الثالثة تواكب المصالح التى تستهدفها دولته .

— الا تتعارض مصالح الدولة الثالثة مع مصالح دولة القاضى ، أو مصالح دولة أخرى أكثر اتصالا بالنزاع .

وتطبيق قواعد التدخل وفق هذه الضوابط ، لا يدرك الاطراف ظلم ، اذ يتعين على هؤلاء مراعاة تلك القوانين التى قد تحد أو تنظم حريتهم التعاقدية ، أو تلك التى تفرض عليهم التزامات معينة ، أما اذا اغفلوا تلك القواعد فقد ينعنوا بالاهمال والتحايل بغية تطبيق قانون لا ينعقد له الاختصاص .

وتحقق هذه الضوابط والشروط مصلحة الدولة ومصلحة أطراف التعاقد على السواء ، ويتعين على القاضى — فى هذا المجال — أن يستخدم سلطته التقديرية بمزيد من الاناة والحذر ، وغنى عن البيان أن القاضى سوف يطبق من القانون الاجنبى — الجزء الذى له علاقة بموضوع العقد .

ومن جانب اخر ، اذا كانت القيود الادارية لا وجود لها خارج الاقاليم التى صدرت فيه فلا يلتزم القاضى بتطبيقها ، ويختلف هذا الامر اذا كانت هناك معاهدات بين الدول تنظم تلك المسائل ، أو كانت الدولة منضمة الى تنظيم يلزمها بتطبيق قوانين الدول الاعضاء ، حتى

(٨) راجع فى هذا الاتجاه — بصفة عامة — اطروحة الدكتوراه المقدمة من سعيد الدقاق حول قرارات المنظمات الدولية .

وان كانت هذه القوانين ترعى مصالح وطنية بحتة ، ومن أمثلة ذلك تلك الاتفاقية المبرمة بين U.S و EEC (٩) ، اذ تقتضى المادة السابعة من اتفاقية EEC (١٠) التى تحدد القانون الواجب التطبيق فى مجال العقود ، بتحويل القاضى سلطة تقديرية عند تطبيق قانون دولة ثالثة ، حيث يكون له الامتناع عن تطبيق هذا القانون اذ لم تكن هناك ضرورة تبرر ذلك .

وفى حالة ما اذا لم يطبق القاضى قواعد التدخل الحكومى الاجنبية والمعايير التى تنظمها ، فانه يتعين على القاضى أن يأخذها فى الاعتبار عند تطبيقه للقانون الاجنبى الخاص بالعقد ، ومن ثم ، تؤثر هذه المعايير — بطريق غير مباشر — على طرفى العقد أو احدهما . ولعل ما يقترح فى هذا المجال أن توضع قاعدة دولية تخول القاضى الحق فى تقرير النتائج التى تترتب على تطبيق قواعد التدخل حتى ولو لم يقدم قانون العقد حلا مناسباً . أما بالنسبة للحلول المقترحة فلا يوجد بشأنها قاعدة عامة ، بل يختلف الحل من حالة الى أخرى ، ومن أمثلة هذه الحلول اعطاء الطرف حسن النية وغير المهمل الحق فى الدفع باستحالة التنفيذ حتى وان لم يخوله قانون العقد هذا الحق . كذلك عدم السماح بتعطيل القانون الواجب التطبيق الذى يتضمن قاعدة التدخل ، بدعوى المحافظة على النظام العام فى دولة القاضى ، ويمكننا القول بأنه كلما كانت قواعد التدخل الصادرة من دولة أجنبية غريبة ومتنافرة ، كلما كان مركز الاطراف فى حاجة الى مزيد من الحماية .

ثانيا : أشار قواعد التدخل الخاصة بحماية نظام قانونى معين :

ويختلف الحل اذا كان المقصود بالتدخل حماية نظام قانونى معين ، كنظام المنافسة الحرة ، فعندئذ يكون التعاون بين الدول التى تنتمى الى ذات النظام واجبا مفروضا عليها جميعا . فلو افترضنا أن

(٩) انظر فى هذا الموضوع Lando, "The EC Draft Convention," PP. 33 - 39.

(١٠) المرجع المشار اليه فى الحاشية السابقة ، ص ٣٥ .

بعض الشركات الأمريكية أبرمت — في سويسرا — عقداً بشأن صفقة تنتم في أمريكا ، واتفق الاطراف على أن القانون السويسري هو القانون الواجب التطبيق ، وان الاختصاص القضائي ينعقد للمحاكم السويسرية ، فانه يتعين على القاضى الاعتراف بصحة العقد ، وعليه اجازته بالقدر الذى لا يتعارض مع قوانين Anti - trust ونلاحظ أن مصدر التزام الدول بالاعتراف بقوانين الدول الاخرى ، يكمن في المصالح المشتركة التى تربطها ومدى اسهامها في حماية نظام قانونى معين ، ومن ثم فان العقود التى ترتبط وتؤثر على النظام القانونى — في مجال اقتصادى معين — تظل خاضعة لقانون الدولة التى تؤثر فيها ، بغض النظر عن القانون الذى اختاره الاطراف أو قانون العقد ، ومع ذلك فان قانون العقد يظل هو القانون الذى يبين مدى تأثير القانون الاجنبى على صحة العقد ، ونوع البطلان مطلقاً أو نسبياً ، وهل يمتد البطلان الى العقد كله أو أنه يقتصر على جزء منه ، وتجري المعاملة بين الدول في هذا المجال بطريقة تبادلية ، تعرف بالمعاملة بالمثل ، بيد أن هناك تحفظين في هذا الموضع .

(أ) اذا أسرفت الدولة في تحديد مجال قانون Anti - trust بقدر يفوق القدر المسموح به في القانون الدولى ، فلا يلتزم القاضى في هذه الحالة بهذا المجال الواسع ، بل يتعين عليه مراعاة قواعد القانون الدولى والبحث عن مدى تأثير العقد على السوق الاجنبى ، والى أى درجة يسمح بتدخل قانون السوق .

(ب) قد يسمح قانون القاضى أو قانون العقد بتكوين ما يعرف باسم اتحاد المصدرين ، وهو اتحاد يؤثر بالضرورة على السوق الاجنبى ، ومن ثم ، يعترف القاضى الأمريكى باتحاد المصدرين الأمريكى الى ألمانيا — مثلاً — طبقاً للقوانين الأمريكية ، بينما هو ذاته لن يعترف باتحاد المصدرين الالمان الى أمريكا والمعترف به طبقاً للقانون الالمانى ، ذلك أن تنظيم التصدير يفوق في الاهمية الاعتراف بالنظم القانونية الاجنبية (١٢) .

وتتقدم الاتفاقات الدولية أفضل الوسائل لمعالجة تعارض
المصالح بشأن اتحادات المصدرين •

ثالثاً : آثار قواعد التدخل الخاصة بحماية أطراف التعاقد :

والنمط الثالث من القواعد التي تتدخل بها الدولة في مجال العقود ، هي تلك القواعد المقررة لحماية أطراف العقد أو أحدهم وقد أضحت هذه القواعد أساس النظريات الحديثة في أمريكا • ويثور التساؤل عما إذا كان عدم تطبيق مثل هذه القواعد ينطوي على مساس بالدولة ؟ وهل يمكن للفرد المقررة له الحماية أن يتنازل عنها ؟ •

ويسوق الفقه الأمريكي موضع الاهلية كمثال لهذا النمط من قواعد التدخل ، إذ يعتبر الفقه الأمريكي قواعد الاهلية الخاصة بحماية عديمي وناقصي الاهلية أفضل الامثلة لقواعد التدخل من أجل حماية أحد الاطراف ، بيد أن الامر يختلف في قواعد القانون الدولي الخاص في الدول الاوربية ، ذلك أن الاهلية لا تخضع لقانون العقد بل يحكمها القانون الشخصي ، وعلى ذلك ففي قضية Oregon التي ناقشها الاستاذ Cavers (٢) فان مسألة أهلية السفينة ، لا تخضع لقانون العقد ، بل تخضع لقانون الشخص المطلوب الحجر عليه ، وبالتالي تناقش الاهلية وتحسم طبقاً للقوانين الاوربية دون حاجة الى معرفة قانون العقد ، ومن الامثلة الشهيرة أيضاً قضية

(١٣) انظر :

Cavers, David F. "The Choice - of - law Process, Ann Arbor, The Univ of Michigan 1965 PP. 189 et seq.

(١٤) انظر :

Cass. Req. 13 - 1 - 1861, Sirey 1861, P. 305

(١٥) انظر في هذا المعنى المادة ٢٠ من EC Draft Convention وانظر الاستفتاء الذي أورده الاستاذ Lando بالنسبة للعقود التجارية في Lando, "The EC Draft convention," P. 5٤

وهناك حكم شهر آخر اصدرته محكمة Oregon في قضية Lilienthal وقد وجه الاستاذ Cavers انتقاداته لهذا الحكم

انظر :

Cavers, David F. "A Critique of the choice - of - law Problem" H.L.R., 47 (1933 - 34) PP. 191 - 192.

Lizardi التي صدر فيها حكم شهير لمحكمة النقض الفرنسية (١) ،
اذ أوردت المحكمة استثناء هاماً على قواعد الاهلية ، مؤداه عدم
الاعتداد بنقص الاهلية طبقاً للقانون الاجنبى ، اذا كان المتعاقد كامل
الاهلية طبقاً لقوانين الدولة التى ابرم فيها العقد ، وكان الطرف
الآخر فى التعاقد حسن النية ، ولم يكن فى استطاعته العلم بنقص
أهلية المتعاقد معه (٢) .

والى جانب القواعد الخاصة بالاهلية ، فان قواعد أخرى كثيرة
تمثل تدخل الحكومة لحماية الاطراف .

وتخلص النتائج المترتبة على مثل هذه القواعد فيما يلى :

(أ) تقيد حرية الفرد فى اختيار القانون الذى يحكم العقد ، اذا
استهدفت قواعد التدخل حماية الطرف الضعيف فى مواجهة
الطرف الاقوى اقتصادياً أو الطرف الذى يتمتع بمركز احتكارى .
(ب) فى مجال البحث عن القانون الواجب التطبيق يتعين — بادية
ذى بدء — البحث عن الطرف مستحق الحماية ، ثم نطبق القانون
الذى يكفل ويحمى مصالحه ، والذى يكون أكثر اتصالاً به
أو بمقر عمله ، ومثال ذلك فى عقود البيع بالتقسيط
payments by Instalments يكون قانون المشتري هو القانون الواجب
بيق ، بينما فى عقود العمل Employment contracts
يغدو القانون الواجب التطبيق هو قانون مكان العمل .

(ج) تحقيقاً للحماية الكاملة والمرجوة من قوانين التدخل ، يخول
الطرف المشمول بالحماية الحق فى رفع الدعوى على الطرف
الآخر أمام محاكم الاول (المشمول بالحماية) ، وبذلك يكون
قانون القاضى هو ذاته القانون الواجب التطبيق (١) .

(١٦) انظر :

Lando, The EC Draft Convention, P. 21.

وتجدر الإشارة الى أن هذه المبادئ لا تطبق في جميع الحالات ، ذلك أنه في بعض الحالات الفردية يفضل العامل قانون موطنه على قانون موقع العمل ، حيث يكفل له القانون الاول حماية أكبر ، وبعبارة أعم وبسؤال توضيحي ، لماذا لا نطبق القانون الاصلح للطرف الضعيف ؟ *

لا ريب أن الاجابة على هذا السؤال بالنفي ، لاسباب متعددة ، أولا — انما اذا طبقنا القانون الاصلح للعامل ، فسوف يتعارض ذلك مع مبدأ مساواة العمال ، والذي يستوجب خضوع العمال جميعا لذات القانون ، وثانيا — لا تتمثل وسائل حماية العمال فقط في قواعد القوانين الخاصة ، بل تستوجب حماية العمال — في بعض الاحيان — استخدام وسائل القانون العام ، وليس لهذه الوسائل نفاذ خارج نطاقها الاقليمي ، ثالثا — من الصعوبة بمكان تحديد أى من القوانين أصلح للشخص ، فقد يكون قانون ما أصلح للشخص في جزئية معينة ، على حين يكون القانون الاخر أفضل منه في جزئية أخرى (١٧) *

ويرى الاستاذ Cavers ضرورة خضوع العقد لقانون موطن الطرف الضعيف في التعاقد ، مع مراعاة وجوب تمركز العقد في هذه الدولة *

والسؤال الذي يطرح نفسه ، هو متى يكون العقد متمركزا في دولة ما ؟ يقرر الاستاذ Cavers (١٨) أن هذا الحكم يختلف من حالة الى أخرى * ومن ثم ، فلا وجه لاستخلاص قاعدة عامة بشأنه ، بل يكفي دراسة الحالات الفردية كل على حدة . بيد أن يصعب علينا موافقة هذا الرأي ، إذ يتعين سن قاعدة عامة في هذا المجال ، وذلك بدراسة الانواع المختلفة للعقود ، واستخلاص

(١٧) انظر : Kahn - Freund في Colloque International sur le droit International privé des groupes de sociétés, published by pierre A - Lalive and Frank Vischer, Genève 1973, P. 234.

(١٨) راجع : Cavers, David F. The choice - of - law Process, Ann Arbor. The Univ. of Michigan 1965, PP. 181 et seq.

الاحكام العامة بشأنها ، ووضع القاعدة الخاصة بها ، لما فى ذلك من تأثير على الحقوق والواجبات المقررة لكل طرف من الاطراف .
رابعاً : آثار قواعد التدخل الخاص بتنظيم المهن :

لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف القوانين التى تنظم مهنة معينة ، وفى حالة وجود فروع متعددة لنشاط مهنى واحد ، تخضع أغلب هذه الفروع لقانون دولة مركز النشاط الرئيسى ، حتى وان وجدت هذه الفروع فى دول مختلفة .

الفصل الثالث

في

اليقين القانوني والانواع المختلفة للعقود

أولا : مقدمة :

لا تتأني معالجة مشكلة اليقين القانوني في العقود الدولية الداخلة في نطاق القانون الدولي الخاص ، الا اذا عقدنا تفرقة بين الانواع المختلفة لهذه العقود (١) . ونقصد بهذه « الانواع » ، الانواع الرئيسية دون خوض فيما عداها من أنواع فرعية .

ويتحدد القانون الواجب التطبيق على أساس الشروط التعاقدية اليقينية الموجودة ، وليس على أساس النقاط محل الخلاف التي لم يجر الاتفاق عليها بعد . وقد يثور التساؤل كيف يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق دون أن نأخذ في الاعتبار النقاط محل النزاع ؟ ولكن سرعان ما يتبدد هذا التساؤل اذا ما قررنا ضرورة تحديد نطاق هذه النقاط الخلافية ، اذ لا يمكن تطبيق القواعد القانونية تطبيقا سليما اذا لم نحدد هذه النقاط ، أي اذ لم نعين مجالها ، والعوامل التي تتأسس عليها ، الى جانب تحديد الاهداف المرجوة منها .

وفي مجال التفرقة بين الانواع المختلفة من العقود ، سوف ننهج ذات النهج الذي انتهجه الاستاذ Cavers (٢) ، والذي قسم فيه العقود طبقا لمصالح الافراد وأهدافها القانونية .

(١) راجع في ذلك

Lando, Ole. "The International Encyclopedia of comparative law, Vol. 111, Private International Law, 4 Special part, Chapter 9, contracts PP. 34 et seq. n. 47 - 50 and 71.

(٢) انظر :

Cavers, The Choice - of - law Process, P. 65.

وبادىء ذى بدء ، وكما يرى Ole Lando (٣) ، يجب تقسيم العقود الى أنواع رئيسية طبقا لمصالح التى تحميها ، وبالتالى يختلف مدى تدخل الدولة من نوع الى آخر ، الأمر الذى يؤدي الى اختلاف قواعد التنازع التى تحكم كل نوع من العقود ، وكلما تمتع الافراد بحرية أكبر فى التعاقد فى المجال الداخلى ، انعكس ذلك على مجال القانون الدولى الخاص ، والعكس صحيح .

ثانيا : الانواع المتباينة للعقود :

١ - عقود التجارة الدولية :

يتمثل النوع الاول من العقود فى عقود التجارة الدولية ، وهى عقود تبرمها - عادة - مشروعات كبرى ، ومن أبرز عقود هذا النوع البيوع التجارية Commercial sales ، وتأمين النقل Transport Insurance ، أو اعادة التأمين Reinsurance ، والقروض Loans

(١) ويقول Ernst Rabel (٤) - بحق - أن التجارة الدولية خالفت نمودجا معيننا لتلك العقود وقواعد خاصة تختلف عن تلك المتبعة فى القوانين الداخلية ، وقد وضعت هذه القواعد هيئات التحكيم ، ويسير على نهجها - فى المجال الدولى - رجال الاعمال والمنظمات الخاصة .

(٣) انظر :

Lando, The EC Draft convention, P. 50, N. 71.

(٤) انظر رأى Ernst Rabel مشار اليه فى

Oswaldo de Rivero B., "New Economic Order and International Development law", Pergamon press, Oxford., P. 15 et seq. (1980).

وفى ذات المعنى ، أحمد عشوش ، قانون النفط - الاتجاهات الحديثة فى تجديد القانون الذى يحكم اتفاقيات التنمية الاقتصادية الدولية ، ص ٢١٦ ، بنغازى (١٩٧٨) .

(ب) وكقاعدة عامة ، يقف الاطراف في مثل هذه العقود على قدم المساواة • ومن ثم ، لا تعوز أى منهم الحماية ، وتنظم هذه العقود — عادة — قواعد قانونية ارشادية غير أمرة ، ولا تسرى غالبية القواعد الخاصة بحماية أحد الاطراف على التجار في تعاقداتهم في المجال الدولي ، ومثال ذلك أن قواعد البيع بالتفصيل وما تحمله من قيود في القانون السويسري مثلا ، لا تسرى على التجار في تعاقداتهم •

(ج) ان الحاجة الى الثقة في العقود التجارية حاجة دولية ، وهو ما عبر عنه M. Juillot de La Morandière في تقريره الى مؤتمر لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على البيع الدولية Sales of Goods International بقوله :

”Le grand avantage du projet, s’il est adopté sera d’unifier les salution à donner en ce cas de subatituer a la fantaisie et à diversité actuelle la détermination d’une loi identique et sur l’application de laquelle les perties pourront alors compter par avance Devant l’importance de cette réform s’efface un peu l’interét de Savoir quelle loi le projet déclare compétente Nous l’avons Vu, aucune solution ne s’impose absolument à cet égard l’opinion des hommes de pratique est très nette; peu nous umporte la loi, pourvu que nous sachions à laquelle obeir (5).

(د) يخول الافراد حرية اختيار القانون الذي يحكم تعاقدتهم والذي يعتقدون أنه أنسب القوانين لحكم العلاقة ، سواء كان هذا القانون ذا صلة بالعقد أو كان قانونا محايدا ، أو أى نظام متطور يحكم هذه النوعية من العقود •

(هـ) انظر :

De la Morandière and L. Juillot, Rapport au nom du comité spécialement chargé de préparer un projet de convention sur la Vente, conférence de la Haye de Droit international privé, Documents relatifs à la septième session tenue du 9 au 31 Octobre 1951, la Haye 1952, P. 25.

بيد أنه إذا لم يتخير الاطراف القانون الواجب التطبيق على العقد ، تعين أن تكون هناك قواعد للفصل في هذا الموضوع ، مع الأخذ في الاعتبار مصالح وتوقعات الاطراف ، وتبقى المشكلة الكامنة في هذا المجال دائرة حول مدى تدخل الدول بقواعد تحمي اقتصادها وتحقق أهدافا وطنية أخرى .

٢ - العقود الداخلية في إطار النطاق الاجتماعي للدولة :

والنوع الثاني من العقود هو تلك العقود التي تدخل في إطار النطاق الاجتماعي للدولة . وفي إطار هذا النوع تتعدد أنواع العقود التي يحتاج أحد طرفيها للحماية ، أما لقلة حيلته وخبرته أو لضعف مركزه ، ومثال ذلك عقود العمل وعقود البيع بالتقسيط ، والعقود المنظمة لمهنة معينة ، كمهنة السمسرة ، وأيضا العقود المتعلقة بانتقال الاموال العقارية ، وفي أغلب هذه العقود كلها تحد الدولة من حرية الاطراف المتعاقدة بواسطة قواعد أمره تحدد حقوق وواجبات الافراد ، وتؤثر في بعض الاحيان تأثيرا مباشرا على محل التعاقد .

٣ - عقود الازدعان :

والنوع الثالث من العقود هو عقود الازدعان Adhesion Contracts

التي لا تتساوى فيها الحرية التفاوضية للاطراف ، وعادة يفرض فيها الطرف القوي المتمثل في مشروع معين - شروطه المكتوبة مسبقا على الافراد المتعاملين معه ، ويكون لهم الخيار أما في قبولها كلها أو رفضها كاملة - دون أن يكون لهم مناقشة هذه الشروط ، وأمثلة هذا النوع من العقود ، عقود نقل الاشخاص والبضائع ، والعقود المصرفية ، ومن المألوف أن يتدخل المشرع في مختلف آدول لحماية الطرف المذعن ، كما تعمل المحاكم - تطبيقا للقواعد العامة - على حماية هذا الاخير .

ولا يعنى ذلك تجاهل مصالح المشروعات الكبيرة ، وضرورة تطبيق ذات القواعد عند تماثل الماديات ، دعما لسرعة العمل ووفرة

الانتاج ، خاصة وان هذه المشروعات الكبرى تكون عادة مشروعات توزيع أو مصانع انتاج تسعى الى التخصص والتركيز من أجل زيادة الانتاج ، وهو أمر قد يتعارض مع مصالح الفرد المتعامل مع هذه المشروعات والذي يسعى الى الحصول على الخدمات بأقل الاسعار وأفضل الشروط ، الامر الذي يخوله الحق في مناقشة الشروط الموضوعية * وعلى ذلك ، يتعين على المحكمة مراعاة المصالح المتعارضة للأطراف ، ومنح أهمية خاصة لمسألة القبول الضمني (بالسكوت) بشأن اختيار القانون الواجب التطبيق (٦) * ومن ثم ، يتعين على القاضي — اذا ما ارتأى ذلك — التخفيف من غلواء شروط الاذعان آخذاً في الاعتبار القانون النافذ في موطن الأطراف ، ومركزهم التفاوضي عند التعاقد (٧) *

ولقد ثار الجدل حول تكييف عقد التأمين على الحياة ، وهل هو من العقود التي تستوجب حماية خاصة ، وبالتالي يخضع لقانون موطن المؤمن ، أم أنه يعتبر من عقود الاذعان * والحق ، أن مهنة التأمين تخضع في دول كثيرة لقوانين تنظمها الدولة ، ومن ثم يخضع عقد التأمين على الحياة — في هذه الحالة لقانون الدولة التي يوجد بها مركز نشاط شركة التأمين ، وعلى ذلك اذا أبرم شخص عقد تأمين مع شركة أجنبية ، فإنه يستهدف — غالباً — الاستفادة من قانون الشركة ، بيد أنه اذا أبرم الفرد العقد مع الفرع المحلي لشركة تأمين أجنبية ، فإن قانون الدولة التي يوجد فيها هذا الفرع يغدو القانون الواجب التطبيق ، ويكون — عادة — ذات قانون موطن المؤمن (٨) *

(٦) انظر :

Bagge, Algot, "les conflits de lois en Matière de contrat de vente 25 R.C.A.D.I., 1978, vol V, P. 377.

Lando, The EC Draft convention, P. 15.

(٧) انظر :

Cavers, The choice - of - law Process, op. cit, P. 195 Lando.
The EC Draft convention, op. cit, P. 16.

(٨) انظر Lando ، المرجع المشار اليه في الحاشية السابقة ، ص ٣٣ .

الفصل الرابع

في

كفاية القاعدة القانونية

وحق الامراد في اختيار القانون الواجب التطبيق

ان أفضل اداة لضمان اليقين القانوني الذي يتعين توافره في القانون ، يكمن في منح الاطراف حق اختيار القانون الواجب التطبيق في حالة النزاع . بيد أن هذا المبدأ العام يصادف كثيرا من العقبات سواء في تحديد مجاله وحدوده ، أو في معالجة المشاكل الناجمة عنه ، أو في مدى امتداد هذا المبدأ ليحكم شكل العقد .

وفي ضوء ما تقدم ، سوف نعرض في هذا الفصل ، وفي مباحث أربع متعاقبة للموضوعات التالية :

المبحث الاول : في التعريف بالمبدأ .

المبحث الثاني : في مجال وحدود مبدأ اختيار الافراد لقانون العقد .

المبحث الثالث : في المشاكل الناجمة عن الاخذ بقانون الارادة .

المبحث الرابع : في اختيار القانون وشكل العقد .

المبحث الأول في التعريف بالمبدأ

قرر Rabel أن اختيار الاطراف للقانون لا يعدو أن يكون تجنباً لقوانين غير معروفة تصدر من محكمة يصعب تحديدها والتعرف على أحكامها مسبقاً (١) ، ولا يقتصر مجال أعمال هذه القاعدة على القواعد المكملة الارشادية ، بل يمتد الى القواعد الآمرة (٢) .

وقد أيد جانب من الفقهاء المحدثين هذا المبدأ الاساسى ، الذى يخول الافراد حق اختيار القانون الواجب التطبيق . وعلى خلاف ذلك ، فهناك اتجاه — مصاد — يترجمه الفقه Batiffol مؤداه أن قانون الارادة ما هو الا عنصر ضمن عناصر متعددة يتعين على القاضى أن يأخذها فى الاعتبار عند اصداره حكمه ، بيد أن هذا الاتجاه لا يحظى برواج كاف (٣) .

ولعل الاعتراض الرئيسى الذى وجه الى هذا المبدأ (حق الافراد فى اختيار القانون) أنه يمنح الافراد الحق فى القيام بدور المشرع (٤) ،

(١) انظر :

Rabel, Ernst, The conflict of laws, A comparative Study, Vol. II, 2nd ed. Ann Arbor University of Michigan Law school., 1964, P. 365.

(٢) انظر :

Lando, Ole, The International Encyclopedia of comparative law, vol III, Private International law, part 4 Special part, Chapter 9, Contracts, n, 25, P. 16.

(٣) انظر :

Batiffol, Henri and Lagarde, Paul, Droit International Privé, 5 e édition, Paris 1970/1, PP. 211 et seq.

(٤) انظر :

Beale, Joseph H., A Treatise on the conflict of laws, Vol. 11, New york, P, 1079.

بيد أن هذا الاعتراض النظري سرعان ما يفقد قيمته إذا وجدت قاعدة
تنزع في قانون القاضى تخول الافراد هذا الحق (٥) •

ولا يعنى ذلك أن التأييد الواسع لهذا المبدأ ، يرجع الى الرد
المنطقي على هذا الاعتراض ، ولكنه يرجع — كما يقول القاضى
Harlan — الى الاعتبارات العملية والحاجة الى اليقين
القانونى (٦) •

وتمتد جذور هذا المبدأ الى القرن التاسع عشر كنبت لبذور
الحرية ومواكبة لخضوع العقد خضوعا كاملا — فى تلك الاونة —
لمبدأ سلطان الارادة •

وقد تبدلت تلك الاوضاع بتأثير التيارات الحديثة ولم يعد
المبدأ مسلما به على اطلاقه ، وارتفعت أصوات معارضة ، ترى أنه
لم تعد مهمة قانون العقد حماية المتعاقدين فحسب ، وانما تحقيق
الرخاء الاجتماعى أيضا •

ولعل انجلترا (٧) كانت أول دولة طبقت هذا المبدأ ، حيث
قضى Lord Mansfield ، قضية (٨) Robinson V. Bland
سنة ١٧٦٠ بتطبيق القانون الانجليزى أخذا باختيار الافراد لهذا

(٥) راجع :

The American Law Institute, Restatement of the law Second,
Conflict of laws 2nd, vol. 1, st, Paul Minn, 1971, P. 565.

(٦) راجع الحكم فى قضية

Elias Siegelman V. Cunard white star Limited

مشار اليها فى

Lando, The International Encyclopedia of comparative law,
"Chapter a Contracts, op. cit, n. 46, P. 33.

Lando, Contracts, op. cit, n. 28, P. 17

(٧) انظر :

(1760) 1 w. Bl, 257, 258 - 259.

(٨) راجع

القانون لحكم العلاقة التعاقدية بينهما (٩) ، ومع ذلك ، فلم يستقر هذا المبدأ في الولايات المتحدة والقارة الاوربية (١٠) الا بعد فترة طويلة ، ويرجع لمانشيني الفضل الواسع في زيوع انتشار هذا المبدأ في القارة الاوربية ، اذ قدمه كأحد الاستثناءات الثلاثة التي أوردها على نظريته (١١) .

كما يتفق هذا المبدأ مع نظرية سافيني التي تقول بوجوب تركيز العلاقة ، ومن ثم تعارض المذهب التشريعي الذي يسوق الصعوبات ويضع العراقيل أمام الافراد في معاملهم واختيارهم للقانون .

وتظل المشكلة القائمة — حتى لدى أنصار المذهب التشريعي الجديد هي كيفية التوفيق بين مبدأ حرية اختيار القانون الواجب التطبيق ، ومصالح الدولة التي تحميها القواعد القانونية ، وقد حاولت الكتلة من الدول التوفيق بين هذين الاعتبارين ولعل أوضح مثال على ذلك ما نص عليه القانون الامريكي Restatement من أن القانون الذي اختاره الاطراف هو القانون الواجب التطبيق على

(٩) انظر :

Marris, jahn C., The conflict of Laws London 1971 P. 222.

(١٠) وفي الفترة ما بين ١٨٠٦ و ١٨٥٨ صدرت عن عدد من محاكم

الدول الاوربية احكام تؤكد هذا المبدأ ، وقد أشار Lando

الى العديد من هذه الاحكام ، وعلى سبيل المثال

في فرنسا Cass. Civ., 22 March 1806, S. 1806 - 1 - 228

وفي المانيا

OAG Lubeck 31 Jan 1857 Seuff. 2, n. 5, OAG Lubeck, 15 Jan

1858. Z HR 141.

كذلك صدرت في الولايات المتحدة الامريكية الحكم في قضية

Carnegie V. Morrison, 1841, 2 Met., 381 (Mass).

راجع في ذلك

(١١)

Lando, Contracts, op. cit, n. 27, P. 17

النزاع ، حتى وان لم يكن في الامكان توقع هذا النزاع ، بيد أنه لا يطبق القانون الذي اختاره الاطراف اذا لم يكن هناك ارتباط معقول بين القانون المختار والعقد ، أو كانت مصالح الدولة التي تتعارض مع هذا القانون أولى بالرعاية وتفق مصالح دولة القانون المختار .

ويشفع لهذا النص اعتباران : الاول ، أن قاعدة قانون العقد يبررها حق الافراد في العلم بالقانون الذي يحكم تعاقدتهم ، حتى يتسنى لهم الوقوف بدقة على حقوقهم وواجباتهم (١٢) ، ومن جانب آخر ، فإنه يتعين توفير الحماية الفعالة لمصالح الدولة (١٣) . وتأثيرا بهذين الاعتبارين ، وضع القانون الامريكى .

وراعت المادة الثانية منه مصلحة الدولة التي كان قانونها واجب التطبيق واستبعدته ارادة الاطراف ، فنعت على أنه اذا كان قانون الارادة يتعارض مع النظام العام في الدولة التي يكون قانونها واجب التطبيق ، استبعد قانون الارادة وطبق قانون تلك الدولة (١٤) .

وللامن القانونى مدلول مختلف في العقود التجارية ، حيث يكون هناك طرف محتاج الى حماية ، فيعنى الامن القانونى — أولا — ضرورة علم الافراد سلفا بالقانون الذي يحكم تعاقدتهم ، كما يعنى — ثانيا — ضرورة علم المشمول بالحماية بالقواعد القانونية التي تنص على الحماية وتبين حدودها .

وحتى يتسنى لنا الاعتراف بالقانون الذي اختاره الاطراف ، يتعين توافر الشروط الآتية :

أولا : يجب أن يكون الطرفان على قدم المساواة ، ويتمتعان بذات المقدرة على المفاوضة .

(١٢) انظر :

The American Law Institute, Restatement of the Law Second, conflict of laws 2nd, op. cit, P. 565.

(١٣) المرجع المشار اليه في الحاشية السابقة ص ٥٦٧ .

(١٤) انظر :

Lando. Contracts, op. cit, n. 21, P. 12.

- ثانيا : يجب أن يكون الاختيار ناجما عن ارادة صحيحة وواعية •
- ثالثا : يجب الا يحمل الاختيار اضرارا بالطرف الضعيف في التعاقد •
- رابعا : وأخيرا ، يجب الا يدخل العقد في اطار العقود الاجتماعية للدولة •
- والى جانب هذه الشروط ، فانه يتعين أن يتمتع الاطراف —
بوجه عام — باستقلال وحرية •

المبحث الثاني
في
مجال وحدود مبدأ اختيار الأفراد
لقانون العقد

أولاً : عقود التجارة الدولية كمجال تقليدي لقانون الارادة :

ينحصر المجال الحقيقي لقانون الارادة في عقود التجارة الدولية ، حيث تتباين كثيراً - في هذا المجال - قوانين الدول المختلفة (١) ، ومن ثم يحق للأفراد اختيار القانون الاقرب الى نواياهم (٢) . وكثيراً ما أكدت المؤتمرات الدولية الدور الفعال الذي يسهم به قانون الارادة في توحيد النظم القانونية في المجال الدولي (٣) . وفي هذا الصدد ، قد يبدو من المفيد عدم الحد من مجال قانون الارادة بالاشتراط وجود صلة اقليمية بين العقد والقانون الذي يختاره الاطراف ، حيث لا توجد شبهة التهرب من القواعد الآمرة ، ولعل القيد الاوحد (٤) يكمن في وجوب توافر حسن النية عند اختيار القانون الواجب التطبيق .

(١) انظر :

Van Hecke, Georges A., Problèmes Juridiques des emprunts Internationaux, leiden, 1955, P. 126.

(٢) المرجع المشار اليه في الحاشية السابقة ، ذات الموضع .

(٣) انظر :

Lemontey, jacques, Bilan des Travaux de la commission des Nations Unies Pour le Droit commercial International, Clunet. 1973, PP. 859 et seq.

(٤) انظر :

The Hague convention On The Law Applicable to International Sales of Goods, Art. 1, n. 1.;

and Non. Contractual obligations, Art. 1.

Batiffol, Lagarde, "Droit International Privé, op. cit, 11, n. 574, - P. 219.

ويعنى حسن النية هنا، وجود أسباب معقولة لاختيار قانون الارادة، وهو ما أشار اليه القاضى Lord Wright فى قضية Vita Food case كما يعنى « حسن النية » لدى القضاء السويسرى (٦) ، أن يكون القانون المختار هو الاشتراطات النموذجية التى تحكم تلك التجارة فى المجال الدولى ، أو يكون العقد متصلا بعقود أخرى يحكمها قانون الارادة ، أو يكون قانون المحكمة المرفوع اليها النزاع (٧) وأخيرا قد يكون قانونا محايدا لدولة لا علاقة لها بالعقد ، ويتم ذلك فى حالة التعاقد بين مشروعات تنتمى الى دول الشرق وأخرى تنتمى الى دول الغرب أو بين مشروعات تنتمى الى دولة متقدمة وأخرى تنتمى الى دولة أخذة فى النمو . ومما يسترعى النظر أن قانون بولندا (الماضى) والذى وضع فى العهد الملكى جاء أكثر تشددا تجاه مبدأ قانون الارادة ، حيث كان يحد من مجاله تحديدا كبيرا (٨) ، بينما جاء القانون الحالى الذى سنته الحكومة الشيوعية أكثر تحررا ويسمح للأفراد باختيار القانون الواجب التطبيق (٩) .

وتعترف كثير من الدول بقانون الارادة طالما لا يمس الاختيار مصالح الدولة .

(٥) راجع :

Vita Food Products Inc. V. Unus Shipping Co., 1939, A. C. (P. C.) P. 277.

حيث جاء بالحكم

"Provided the intention expressed is bona Fide and legal and provided there is no reason for avoiding the choice on the ground of public policy.

وفى ذات المعنى رأى الفقيهان Morris و Chesire فى Lando, Contracts, op cit, n. 32, P. 21.

(٦) انظر حكم المحكمة الفيدرالية السويسرى الصادر فى ٢٣ مارس ١٩٦٥ فى قضية

Adès V. International Filmvertriebsgesellschaft

(٧) انظر :

Cavers, David F., "contemporary conflicts law in American Perspective; R.C.A.D.I., - 970, 111, P. 101.

(٨) انظر المادة ٧ من القانون البولندى الصادر فى ٢ أغسطس ١٩٢٦ فى شأن القانون الدولى الخاص .

(٩) انظر :

Lando, The EC Draft Convention, op. cit, P. 13.

ثانياً : عدم امتداد الجدا للعقود الاجتماعية :

ولا يسمح بتطبيق قانون الارادة في مجال العقود التي تمس المصالح الاجتماعية فلا مجال لقانون الارادة في عقود العمل وأمثاله من العقود التي لا يقف الاطراف فيها على قدم المساواة ، على أنه يتعين تطبيق هذه القاعدة بطريقة مرنة ومعقولة ، فاذا كان مصلحة الطرف الضعيف في التعاقد تطبيق قانون الارادة ، وجب تطبيق هذا القانون * ومثال ذلك ، اذا ارسلت احدى الشركات عمالها للعمل في دولة أجنبية ، فيكون من مصلحتهم تطبيق قانون دولتهم (مركز الشركة) على الرغم من أنه ليس قانون مقر العمل ، ذلك أنهم أشد دراية به ، وأكثر اتصالاً بالعقد من قانون دولة مقر العمل (١٠) *

وقد ثار التساؤل حول حالة كبار الموظفين (الوظائف الرئيسية أو الاستشارية) الذين يتمتعون — الى حد ما — بسلطات تسمح لهم بالمساواة ، ونرى أن هذا لا يغير من الأمر شيئاً ، فلا يطبق قانون الارادة الا اذا كانت للموظف مصلحة في ذلك (١١) * أما في حالة العقود التي لا يستوى فيها أطراف التعاقد مثل عقد البيع بالتقسيط ، فلا يستبعد القانون الواجب التطبيق الا اذا كان قانون الارادة أصلح للطرف الضعيف (١٢) ، ومثال ذلك اذا تعاقد سائح في سويسرا على

(١٠) انظر :

Giuliano, Mario, Legarde, Paul and van Sasse Van Yssetr, Report Commenting on the EC Draft convention On the law Applicable to contractual and Non - contractual obligations. Printed Mattes XIV/72 - D., Art. 2, n. 8.

(١١) انظر الاستاذ Kahn - Freund في

Colloque International sur le droit International privé des groupes de sociétés, Genève 1973 op. cit, P. 234.

(١٢) انظر :

Lando, The EC Draft convention, op. cit, PP. 21, 32-33.

شراء منقول بالتقسيد. على أن يسلم اليه في دولته ، واتفق الطرفان على اختيار القانون السويسري ليحكم العقد ، حيث تم الدفع في سويسرا ، ففي هذه الحالة يطبق القانون السويسري ، اذا كان المشتري (الطرف الضعيف في التعاقد) صاحب مصلحة في ذلك .

ويعترض الأستاذ Berndt van Hoffmann في مقال له نشر في مجلة Rabels Z (١٣) على التقييد والحد من قانون الارادة بالنسبة لبعض العقود في المجال الدولي ، بدعوى أن الدول لا تتطلب — دائما — تطبيق قواعد الحماية الداخلية في العقود الدولية ، ومن ثم يتعين استبعاد تطبيق مثل هذه القواعد في المجال الدولي ، وان يظل القيد الوحيد على قانون الارادة كامنا في تطبيق فكرة النظام العام في المجال الدولي ، وبالتالي لا يطبق قانون الارادة اذا تعارض مع النظام العام ، بيد أنه يصعب التسليم بهذا الرأي ، ذلك أن هذا المنهج لا يتفق وفكرة الامن القانوني ، لما تتصف به فكرة النظام العام من مرونة وعدم تحديد .

ثالثا : مشكلة الاختيار في مجال عقود الازعان :

أما بالنسبة لعقود الازعان ، فلا يمكنها استبعاد القانون الواجب التطبيق الا اذا ارتضى الطرف المذعن (١٤) رضاء تاما وكاملا القانون المختار ، كما يتعين استبعاد هذا القانون الاخير ، اذا انعدمت صلته

(١٣) وهو مقال بعنوان :

"Ueber den Schutz des Schwä cheren bei Internationalen Schuldverträgen" Rabels Z 38 (1974), PP. 397 et sea.

مشار اليه في

(١٤) وكما يقرر Lando المرجع السابق ، ذات الموضوع

"The notion consumer is here to be taken in a rather large sense of the word : he is the One who in his contracts with the enterprise seeks to benefit only himself of his dependants. He purchases or leases goods for his own use, he is the passenger and participant in the conducted tour, the small loaner and the insured party under a life and private casualty insurance".

Lando, The EC Draft convention, P. 15., n. 16.

بالعقد ، ومن ثم ، وعلى سبيل المثال ، لا يسمح للمشروعات الانتاجية
بفرض قوانينها على الوسطاء والمتعاملين معها ، لجرد أن هذه القوانين
تعفى الشركات من المسؤولية عن أخطاء العمل ، أو تمنحهم مزايا
معينة (١٥) •

(١٥) انظر Lando ، المرجع المشار اليه في الحاشية السابقة ،
ص ١٧ •

المبحث الثالث

في

المشاكل الناجمة عن الأخذ بقانون الارادة

أولاً : الاختيار الصريح والضمني :

يتعين على قاعدة الاسناد في قانون القاضى والتي تخول الأفراد حق اختيار قانون معين يحكم تعاقدهم ، أن توضح ما اذا كان يلزم في الاتفاق على اختيار القانون الاجنبى أن يكون صريحاً ، أو أنه يكفي أن يكون ضمناً يستخلص من ظروف الحال وشروط العقد (١) .

ويرجع لقانون الارادة في تحديد العوامل المؤثرة على رضاء الاطراف (٢) ، غير أنه يتعذر قبول هذا الحل من الناحية المنطقية ، اذ أن تطبيق قانون الارادة ذاته يعتمد على وجود رضاء صحيح ، مما لا يتصور معه أن يكون لقانون الارادة دخل في تحديد شروط ذلك الرضاء ، وعلى ذلك يرشح قانون Lex causae ليحكم هذه المسألة ، وهو ترشيح يقدم حلاً يمتاز بالبساطة ، ويسهم في توحيد الحلول بالنسبة لسائر المسائل (٣) .

(١) تقضى المادة الثانية من

The Hague convention on the law Applicable to International sales of Goods.

على أنه

Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse ou résulter indubitablement des dispositions du contrat.

كما جاء بحكم المحكمة الفيدرالية السويسرية الصادر في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٥٦ في قضية Bonvain V. Fontaine

"Peut être fondée sur des éléments décisifs"

(٢) انظر المادة الثانية من

"The Hague convention on the law applicable to International sales of Goods"

=

ثانيا : وسائل تحديد الاختيار الضمني :

واذا كان اختيار قانون الارادة ضمنيا ، فتثور المشكلة حول وسائل تحديد الاختيار الضمني وكيفية الاستدلال عليه . كما يثور الجدل حول ما اذا كان الاتفاق على اختصاص محكمة معينة هو بمثابة اتفاق على تطبيق قانون تلك المحكمة . ويختلف حل هذه بمثابة اتفاق على اتفاق تطبيق قانون تلك المحكمة . ويختلف حل هذه المسألة ، حسبما تهدى اليه ظروف الحال ، فاذا كانت الظروف الملازمة للاتفاق تشير الى أن قانون المحكمة هو القانون الواجب التطبيق ، طبق هذا الاخير ، كما يطبق أيضا اذا كان هنا عرف دولي يؤيد ذلك ، وفي غياب الظروف المؤيدة لتطبيق هذا القانون أو العرف الدولي ، لا تسرى هذه القاعدة على الرغم من ميل المحاكم الى تطبيقها (٤) .

=
المادة الثانية كذلك من "The EC Draft convention
وفي ذات المعنى
Rabel, Ernst The conflict of laws, A comparative Study, op.
cit, vol. 11, P. 369.

(٣)

Lando, The EC Draft Conventicn, op. cit, P. 23.

وكذلك

De la Morandière and L. Juilliot, Rapport au nom du comité spécialement chargé de préparer Un projet Convention sur la vente, conférence de la Haye de Droit International Privé, Documents relatifs à la septième session tenue du 9 au 31 Octobre 1951, la Haye 1952, PP. 24 : 25.

(٤) جاء بحكم المحكمة الفيدرالية السويسرية الصادر في ١٢ نوفمبر ١٩٥٦ في قضية Bonvain V. Fontaine سالف الإشارة ما يلي :
"..... On peut considérer que, dans l'idée des parties le Juge designé doit appliquer le droit de son Pays"
The swiss federal court (BG 12 Nov. 1956, BGE 82, II, P. 550.

وقد عبر Lord Morris, Lord Wilberforce عضو مجلس
الوردات House of lords عن ذلك في قضية (٦)
Compagnie d'Armement maritime SA. V. Compagnie Tunisienne
de Navigation SA.

بقولهما « قد يكشف اختيار محاكم لندن عن رغبة الاطراف في تطبيق
القانون الانجليزى بيد أن هذا غير ضرورى ، وعلى الرغم من كونه
من الامور المتوقعة ، فإنه ليس من الامور المسلم بها ، ومن ثم ،
يتعين استخلاصه من الظروف التى تصاحب كل حالة على حدة (٧) » .

ثالثا : دلالة السكوت :

أما المشكلة الاخرى فى شأن اختيار القانون الواجب التطبيق
فترتبط بمدى اعتبار السكوت تعبيرا عن اختيار قانون معين * لقد
كشف مشروع اتفاقية EEC خاص « بالالتزامات التعاقدية وغير
التعاقدية » عن اتجاهين فى هذا الشأن (٨) ، يرى أنصار الاتجاه
الاول أن الاعتداد بالسكوت فى تحديد القانون المختص يجب أن
يخضع للقانون الشخصى للطرف الساكت ، أى أن هذا القانون الاخير
هو الذى يحدد ما اذا كان يعتد بالسكوت فى اختيار القانون من عدمه ،
أما الاتجاه الثانى (٩) ، فلا يعتد بالسكوت على وجه الاطلاق ،
بيد اذا كنا بصدد عقد ، فإن السكوت يخضع لقانون هذا العقد ،
وعلى الرغم من وجهة هذا الرأى فى شقة الاول ، إلا أنه صعب
صعب التطبيق فى شقة الثانى ، مما يدعو الى استبعاده حيث يتعين أن
تكون قواعد التنازع سهلة وعملية (١٠) .

(٦) راجع :

A. C., House of lords (E), 1971 PP. 590 - 600.

(٧) انظر راي Lord Morris ، فى الحكم المشار اليه فى الحاشية
السابقة ص ٥٩ .

وهو ذات المعنى الذى اكدته المحكمة الفيدرالية السويسرية فى حكمها
الصادر فى اول أكتوبر سنة ١٩٦٨ فى قضية Stipa V. Dixi S. A.

راجع

(٨) راجع المادة ٤/٢ .

(٩) انظر فى هذا الصدد

Broches, choice of law Provisions in contracts, op. cit, P. 64.

رابعاً : شروط الصحة ، ومشاكل البطلان :

يخلص الحق الطبيعي للأفراد في مجال العقود في حقهم في الاعتماد على صحة العقود التي يبرمونها ، وعلى ذلك ، إذا أدى قانون الإرادة إلى اعتبار العقد باطلاً ، فلا يعتقد بهذا البطلان ، ويعتبر الاختيار قد تم خطأً وهو ما نص عليه القانون الأمريكي Restatement (١١) ، ولا تظهر هذه المشكلة إلا إذا كان قانون الإرادة هو العامل الاوحد في العمل القانوني (١٢) ، أو كان العامل الحاسم والرئيسي فيه (١٣) .

ولكن ما الحكم عند غياب قانون الإرادة ؟ وبعبارة أخرى ، هل يمكن للقانون الواجب التطبيق طبقاً لقواعد الاسناد أن يؤدي إلى بطلان العقد ؟ تختلف الاجابة بحسب ما إذا كان العقد تجارياً أو غير ذلك ، وفي مجال العقود التجارية فإن القانون الواجب التطبيق لا يقود إلى بطلان العقد ، أما بالنسبة للعقود غير التجارية ، فيمكن أن يقع البطلان لمصلحة أحد الطرفين ، فلا يكون من العدالة حرمانه من الحماية التي قرر لها القانون الواجب التطبيق ، وكما يقول الفقيه (١٤)

Batiffol "Une chicane contraire à l'équité et au sens de l'affaire"

(١٠) راجع تعليق Nadelmann على مشروع الاتفاقية .

المرجع السابق ص ٢١ .

Nadelmann, K.H., Impressionism and Unification of law The EEC Draft Convention on the law Appl : eable to contractual and non - contractual obligations, A.J. comp. L., 1976, Vol. P.P. 20.

(١١) انظر :

The American law Institute, Restatement of law second, conclit of law, sec. 1, P. 566.

(١٢) نظرية تركيز العلاقة .

Jacquet, Principe d'autonomie et Droit Applicable aux contrats Internationaux op-cit, P. 413 (1983).

(١٣) انظر Jacquet المرجع السابق ، ص ٤١٤ .

(١٤) انظر :

Batiffol, Droit International Privé, II. op. cit N. 591, P. 242.

خامسا : مدى الحرية في تعديل قانون الارادة :

وللأفراد الحق في تغيير أو تعديل قانون الارادة في أية مرحلة من مراحل التعاقد (١٥)، ولكن إذا أبرم العقد، فلا يكون في مقدورهم اختيار قانون جديد يحكم تعاقدهم ، إلا إذا كان هذا الاحتمال قائما قبل إبرام العقد ، اذ ليس هناك ثمة مبرر لاعطاء الاطراف حقوقا تزيد على تلك التي تثبت لهم وقت التعاقد (١٦) •

والقانون الذى يختاره الاطراف بعد انعقاد العقد له تأثير شامل — عام Extunc (١٧) ولا يحد من تلك القاعدة التى تحافظ على وحدة العقد ، الا مراعاة حقوق الغير التى اكتسبها بمقتضى القانون (١٨) •

(١٥) انظر

Schnitzer, Adolf F. "Les contrats internationaux en droit International privé suisse", R. C.A. D. I., 1968 - 71, PP. 586 - 587.
وراجع العديد من الاحكام السويسرية التى وردت فى المقال المشار اليه ، وفى ذات المعنى المادة الثالثة من
وعلى خلاف ذلك ، فان المحاكم الايطالية ، اقرت اختيار القانون
اللاحق لأبرام العقد ، انظر تحليل

Morris, John H. C., Dicey and Morris on the conflict of laws, 9 th ed, london 1973, PP. 726 - 27.

(١٦) انظر

Lando, The EC Draft convention, op. cit p. 26.

(١٧) Jacquet ، والمرجع السابق ، ص ٤١٨ •

(١٨) انظر المادة الثالثة من The EC Draft convention والتعليق عليها من Nadelman المرجع السابق ، ص ٢١ •

المبحث الرابع في اختيار القانون وشكل العقد

١ - تقتضى القاعدة العامة أن المسائل الشكلية يحكمها قانون المحل ، أو يسرى عليها القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية ، (سواء أكان هذا القانون من اختيار الافراد أم لا) (١) ، ولا تقوم هذه الحلول على مبدأ حرية الافراد في اختيار القانون ، كما أشارت الى ذلك بعض الاحكام الفرنسية (٢) .

٢ - والمشكلة التي تثار في هذا المجال ، تتعلق بمدى أحقية الاطراف في اختيار قانون ثالث غير قانون المحل أو قانون العقد لحكم المسائل الشكلية ، وقد ظهرت هذه المشكلة بمناسبة قضية نظرتها محكمة الاستئناف الفرنسية ، حيث قضت المحكمة بأحقيتهم في ذلك ، واعترفت بالاختيار الضمنى لقانون ثالث استخلص من شروط العقد (٣) . ولعل مما يبرز أهمية القضية ، هو أن قانون المحل - وهو القانون الجزائى - كان يستوجب تسجيل عقد القرض ، ويرتب البطلان على عدم التسجيل حماية للمدين وتخفيفا عن كاهله برفع الفوائد عنه .

(١) د. فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٣١٧ ، د. عز الدين عبد الله ،

المرجع السابق ، ص ٤٨٤ .

(٢) انظر تعليق Jean Déprez على

Arrêt de cour d'appel de paris, 1 de ch., 27 May 1964,

Gagneraud V. Rouquand, Rev. Critique 1965, PP. 450 et seq.

(٣) انظر تعليق Paul Lagarde على

Arrêt de la cour d'appel de paris, 22 ch., 23 April 1971,

Leprovest V. Wilhelm, Rev. critique 1973, PP. 58 et seq.

وتعلق Y von Loussouarn على

Arrêt de la cour d'appel de paris (1 re ch.) 29 April 1959, Société

Roy Export company Establishment et charlie chaplin V. Société
les Films roger richebé, Rev. critique, 1959, PP. 484 et seq.

٣ - ولما كانت الشروط الموضوعية والشروط الشكلية في العقد ، تجمعهما صلات وثيقة ، فمن ثم ، تبرر هذه الصلات تطبيق قانون واحد عليهما معا ومع ذلك فان قاعدة قانون المحل يحكم الشكل نشأت من التزام الاطراف بالتسجيل ، فيكون يسيرا عليهم اخضاع الشروط الشكلية في العقد لقانون المكان الذي يبرم فيه حتى يتسنى لهم التعرف على قواعد هذا القانون (١) ، خلافا لالزامنا الاطراف باخضاع الشكل للقانون الواجب التطبيق على العقد حيث قد تعترضهم صعوبة في التعرف على هذا القانون ، كما قد يتعذر عليهم الاهتداء الى قواعد تفسيرها تفسيراً صحيحاً (٢) . ومن ثم سنت القواعد الخاصة بالشكل لتيسير الاثبات وحماية أطراف التعاقد وهو المعنى الذي برز في قضية Leprevost V. wilhelm ca (٣) . وقد يضيف المشرع - بواسطة قواعد الشكل - الحماية على الطرف الضعيف في التعاقد ، وفي هذه الحالة تفقد قاعدة « الشكل يحكمه قانون المحل » مبررها وتبدو أهمية خضوع الشكل للقانون الذي يحكم موضوع العقد (٤) .

(١) انظر اطروحة الدكتوراه المقدمة Delaporte الى جامعة باريس ، المرجع السابق ، ص ١٦٧

(٢) انظر تعليق Loussauarn في Rev. Critique ١٩٥٩ ، ص ٤٩٣ على الحكم المشار اليه في الحاشية السابقة ، وكذلك تعليق Lagarde في ذات المجلة ، سنة ١٩٧٣ ، ص ٦٣ ، على الحكم المشار اليه في الحاشية السابقة .

(٣) انظر الحكم سالف الاشارة في Rev. Critique 1973, op. cit, PP 58 et seq.

(٤) انظر تحليل Yvon Loussouarn على Arrêt de la cour de cassation, 1 re sect., 28 May 1963, société les Films richebé V. société Roy Export et charlie chaplin Rev. critique 1946, PP. 513 et seq.

وكذلك

Batiffol, Lagarde, Droit International privé, II, N. 599, PP. 252 - 523.

الفصل الخامس

في

قواعد الاسناد

عند غياب القانون الذي اختاره الاطراف

تقديم ، وتقسيم :

الحاجة الى الامن القانوني في حالة غياب القانون الذي اختاره
الاطراف :

قد يذهب البعض الى القول بأنه عندما لا يختار الاطراف
القانون الذي يحكم تعاقدهم ، فان ذلك يعنى تنازلهم عن اليقين
القانوني الواجب لهم ، ومن ثم ، يمكن اهمال هذه الفكرة (١) ، بيد
أن هذا القول يجانبه الصواب فتظل هناك حاجة ملحة لليقين في
القانون الواجب التطبيق *

ويجدر بنا في هذا المجال أن نؤكد على المسائل التالية :
— كثيرا ما لا يتفق الطرفان سلفا خلال تفاوضهم على تحديد
القانون الواجب التطبيق ، وعندما تبرز المشاكل ويثور النزاع
يولون اهتمامهم الاول شطر تحديد القانون الذي يحكم هذا
النزاع ، وتحديد مراكزهم في مواجهته ، وعندئذ يصعب عليهم
الاتفاق على قانون معين *

— قد يحدد القانون الواجب التطبيق على أساس المركز القانوني
ومكانته أحد الاطراف Prestige ، وغالبا ما يجرى ذلك

(١) انظر

Batiffol and Lagarde, Droit International privé tome. II, N. 580.

إذا كان أحد طرفي التعاقد يمثل دولة معينة ، أو إذا تم التعاقد بين دولة متقدمة وأخرى اخذة في النمو (١)، ومع ذلك ، لا يحول هذا دون إبراز أهمية علم كل من الطرفين — مقدما — بالقانون الذي يحكم تعاقدتهم *

— لا يمكن للطرف الضعيف في التعاقد — سواء كنا بصدد عقد مدنى أو عقد تجارى — أن يدحض اختيار الطرف القوى للقانون الواجب التطبيق ، الا اذا كان في مكنته الاعتماد على تطبيق قانون آخر أصلح له . ذلك أن وظيفة القانون لا تتوقف عند مجرد حل المنازعات في ساحات القضاء ، وإنما تسهم أيضا في حسم تلك المنازعات قبل اقامة الدعاوى بشأنها ، وتجنب الاطراف الاجراءات القضائية . وعلى ذلك يضحى من الاهمية بمكان تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة اغفال الاطراف هذا التحديد ، وهى المهمة التى تنتهض بها قواعد التنازع ، وكما يقرر Lord Denning لا توضح أطراف العقود الدولية — دائما — القانون الواجب التطبيق ، ومن ثم يتعين على القوانين ارشاد القاضى أو المحكمة الى القانون الواجب التطبيق عند غياب اتفاق الاطراف (٢) *

وفى ضوء ما تقدم ، رأيت أن أعرض فى هذا الفصل ، وفى بحثين متتاليين للموضوعين الآتيين :

المبحث الاول : الحلول المتاحة لمشكلة قانون العقود *

المبحث الثانى : الاساس المنطقى لإبراز قواعد أسناد العقود *

(١) انظر فى هذه الفكرة بصفة عامة محمد السعيد الدتاق ، النظرية العامة لقرارات المنظمات الدولية — ودورها فى ارساء قواعد القانون الدولى « منشأة المعارف بالاسكندرية » ، (١٩٧٣) ص ١١٢ وما بعدها .

(٢)

(٢) مشار اليه فى

Delaume, Transnational contracts, val. 6, P. 204 (1983).

المبحث الأول في الحلول المتاحة لمشكلة قانون العقد

من المسلم به ، أن القواعد العامة التي تحكم العقود على اختلاف أنواعها غير صالحة لمواكبة التغيرات المعاصرة ، ذلك أن مصالح الأفراد تتباين من عقد الى آخر ، كما تختلف القوانين الوضعية في الدول تبعا للأنواع المتعددة للعقود ووفقا لاختلاف النظام القانوني والاقتصادي والاجتماعي في هذه الدول * ومن هنا فإن قاعدتي Lex Loci Contractus و Lex Loci Solutionis لا تصلحان ، اذ تتجاهلان أن العقود ما هي الا علاقات انسانية ، لا يمكن تحديد مقرها بمكان معين كالعقارات فهي ثمرة جهد عقلي ، فلا يمكن تركيزها سلفا في مكان معين *

ويقرر Savigny (١) ، « أن كل التزام ما هو الا نتاج عوامل واضحة ، ويجرى تنفيذه في مكان معين ، وفق عوامل — هي الاخرى — معروفة وواضحة ، ومن ثم ، يمكن تركيز العقد اما في محل الابرام وأما في محل التنفيذ ، وينعقد الاختصاص لقانون أي منهما ، اما بالنسبة للاختصاص القضائي فينعقد اما للمحكمة التي نشأ فيها (المعيار الأول) أو للمحكمة التي يتم فيها الفعل المكون للالتزام (المعيار الثاني) » * * * وتمدد نظرية الاختصاص طبقا للمعيار الاول (٢) ، Romanistic

(١) انظر في دراسة فقه سافيني

Bartin, Principes de de droit International Privé, vol. 1, P. 156, 1935.

(٢) هو ما تأخذ ، مصر وسوريا والمغرب واسبانيا انظر في تحليل ذلك

Lando, The International Encyclopedia of comparative law, contracts, op cit, PP. 83 - 4.

وانظر قضاء المحاكم الفرنسية في هذا الشأن

Cass. 12 - 9. 1957, clunet 1961, P. 830; cour paris 26 - 3 - 1968, Rev. Crit, 1968, P. 58.

وراجع تعليق Batiffal في

ذلك أن العقد ينشأ في مكان تلاقي الارادتين (الايجاب والقبول) ، ويتفق ذلك مع حلول المدرسة الهولندية التي تسير على تعاليمها تلك النظرية ، كما تأخذ الولايات المتحدة الامريكية بذات الحل ، وان كان سافني والمدرسة الالمانية التي شايحته اختارت المعيار الثاني (٣) ، ذلك أنه باتمام التنفيذ ينتقل الفرد من مرحلة الشك الى اليقين ، ويفترض أن رضاء الافراد بالتنفيذ في مكان معين يحمل رضاءهم بالخضوع لقضاء هذا المكان (٤) ، وان كان من المعلوم أن سافيني قدم حلاً جديداً في هذا المجال .

وحتى عام ١٩٥١ كانت المحكمة الفيدرالية السويسرية (٥) ، والقانون الأمريكي Restatement (٦) يأخذان بحل وسط ، حيث كانا يقسمان العقد الى قسمين ، يخضع القسم الاول الخاص بابرام العقد لقانون Lex Loci Contractus ، على حين يسرى على القسم الثاني المتعلق بتنفيذه قانون Lex Loci Solutionis وبطبيعة الحال كان يمكن أن يتعرض العقد لتجزئة أخرى اذا اختلف مكان التنفيذ بالنسبة لطرفيه ، حيث يخضع تنفيذ التزامات كل طرف لقانون محل التنفيذ ، ولا يخفى أن هذا الحل تعارض مع الوحدة القانونية الواجبة للعقد ، كما يتعارض مع التوازن المنشود في توزيع الحقوق والالتزامات .

Rev. Crit. 1970, PP. 832 - 845.

- (٣) وقد علق بقوله
 أن ما يجري عليه في ألمانيا في هذا الشأن قديم قدم مدرستها الفقهية .
 (٤) انظر تحليل Savigny في بارتان ، المرجع السابق ، ص ١٥٦ .
 (٥) انظر

Schnitzer, A., "les contrats intrats internationaux en droit Int. privé suisse", op. cit, P. 591.

(٦) انظر

The American law Institute, Restatement of the law second, conflict of laws, op. cit, PP. 355 - 358.

النية المفترضة :

ولتجنب تقسيم العقد ، طبق القضاء نظرية النية المفترضة
Hypothétique

للاطراف (٧) ، حيث يكون على القاضى أن يبحث عن أى القوانين كان يمكن للاطراف اختيارها ، الأمر الذى يختلف باختلاف توقيت الاخذ بالنسبة المفترضة ، فقد يعتد القاضى بوقت رفع النزاع الى القضاء والظروف المصاحبة له (٨) ، فينقب عن القانون الذى كان يمكن للاطراف اختياره فى ذلك الوقت وتلك الظروف ، وقد يعتد القاضى بوقت التعاقد والظروف المحيطة به (٩) ، ويحل نفسه محل الاطراف ، فيحدد القانون الذى كان فى وسعهم اختياره فى هذا الوقت وما لابس من الظروف .

ولا توجد هناك فوارق كبيرة فى التطبيق العملى بين نظرية النية المفترضة وتطبيق القواعد العامة الأخرى التى تدعو الى اختيار قائم على مركز ثقل العلاقة ، واختيار قائم على أساس طبيعة العلاقة ، ذلك أن جميع هذه النظريات والقواعد العامة ما هى الا تعبير عن وحدة العقد .

ويمكن أيضا بلوغ الحل الأخير اذا لم توجد قاعدة واضحة ، ففى هذه الحالة على القاضى أن يجيب على السؤال الخاص بتحديد القانون الذى كان يمكن للاطراف اختياره فى الظروف المحددة بوقت نشوء العقد ، وهو ما يميل اليه القانون الانجليزى (١٠) .

وتقوم بعض الصعوبات فى حالة ما اذا كان المتعاقدان يقفان من حيث مركزها فى العقد على قدم المساواة ، ويحدث ذلك — عادة — فى البيوع الدولية حيث يتعين البحث عن معيار آخر .

(٧) انظر فى موقف القضاء فى الدول المختلفة Niboyet المجلد الخامس ،

(٨) انظر فى موقف التشريع والفقه فى القضاء المقارن تفصيلا Jacquet

المرجع السابق ص ٣٢٢ .

(٩) انظر المرجع المشار اليه فى الحاشية السابقة ص ٣٢٢ .

(١٠) انظر الحكم فى قضية

Coast lines ltd. V. Hudig & veder chartering N. V. (1972).

تطبيق القانون الذي يعترف بصحة العقد :

يقرر الاستاذ Ehrenzweig (١١) انه في حالة غياب قانون الارادة فان اختيار القانون الواجب التطبيق يجب أن يتأسس على قاعدة اختيار القانون السوابج التطبيق يجب أن يتأسس على قاعدة Ur res Magis valest quam percat, lax validitatis

(وتعني أنه يتعين تفسير العقد وتطبيق القانون الذي يكون العقد صحيحا في ظله ،) ويستثنى من ذلك عقود الاذعان ، ويسوق Ehrenzweig تبريرين لهذه القاعدة ، الاول أن المحاكم كانت قد تواترت على تطبيقها رغم عدم التصريح بها (١٢) . والثاني أن هذه القاعدة ترد كنتيجة منطقية لمبدأ حق الافراد في اختيار قانون العقد ، ذلك أن المتعاقدين يسعيان دائما ليكون عقدهم صحيحا .

ويتخذ القانون الأمريكي Restatement أيضا من Favor negotii قاعدة عامة في محل التعاقد ، حيث يستهدف الافراد دائما أن يكون العقد صحيحا وناظرا (١٣) وقد تبنت المحاكم أيضا — في بعض الحالات — هذا المبدأ وضمنته أحكامها بطريقة صريحة أو ضمنية (١٤) ، ويقدم حكم Lord Denning في قضية

Coast Ltd. V. Hudig & veder chartering N. V.,

في

WLR, 1972, Uol. 31. PP. 280 et seq.

(١١) انظر

Ehrenzweig, Albert A. "Private International law, leyden 1967, PP. 165 et seq and 224 et seq.

(١٢) انظر قضية

Zim Israel Navigation co. V. Sealanes International Inc., (1962), 17 A. D. 2 nd, P. 393.

وتنصيلا

Ehrenzweig, Albrt A., "Conflicts of laws" St. panl, 1970, P. 489.

(١٣) انظر

The American law Institute, Restatement of the law second, conflict of laws, P. 577.

(١٤) انظر العديد من أحكام القضاء ، في إنجلترا ، والسويد والدانمرك في Lando. The International Encyclopedia of comparative law vol III private Int. law, chap. 9 contracts op. cit, P. 133.

مثالا حديثا لهذه المشكلة (١٥) ، اذ قرر أن القانون البحري لهذه الدولة يعترف بحق تفسير العقد بالطريقة التي تجعله صحيحا وناظرا ، نزولا على القاعدة اللاتينية *Ut res magis valeat quam pereat* وتؤدي هذه القاعدة بدورها الى تطبيق قانون *Lex Favoritatis* 2 وتلتزم المحاكم هذا الحل كملاذ أخير اذا ما بلغت طريقا مسدودا ، ويرجع تاريخ عبارة هذه القاعدة الى أنها اختصار لكلمات كان الاطراف يستخدمونها في تعاقدهم (١٦) .

*commodissimum est id accipi, qua res de qua agitur magis valeat
"Quotius in actionibus ut in expectionibus ambigua est oratio,
quam pereat"*.

وبطبيعة الحال فان نقل هذه القاعدة السابقة الى القانون الدولي الخاص قد قوبل ببعض الاعتراضات .

على أن هذه القاعدة بطبيعتها محدودة التطبيق ، حيث لا يمكن تطبيقها الا في الحالات التي يثور التساؤل فيها حول صحة العقد ، أما في الحالات الخاصة بالنزاع حول تفسير أحد البنود أو تحديد التزامات أحد الاطراف ، فلا يكون هناك مجال لتطبيقها ، بل يجب تطبيق قاعدة : *"Semper in dubiis benigniora praeferend sunt"* وتتور الشكوك حول مدى امكانية تطبيق قاعدة

في حالة بحث شرعية *Ut res magis valeat quam pereat*.
أحد بنود العقد وليس العقد ذاته ، وأيضا في حالة ما اذا كان النزاع حول بنود استثنائية أو اعفاءات مقررّة كما هي الحال في القضايا

وكذلك الاحكام الصادرة من المحاكم الاسترالية ، والروسية والبولندية والبرازيلية في
Ehrenzweig, Private International law, op. cit P. 45.

١٥. انظر
Coast lines ltd V. Hudig & Veder chartering N. V. (1971) WLR
1972, vol. 3. P. 286.
والتعليق على هذا الحكم في Delaume ، المرجع السابق ، ص ٢٠٦
(١٦) انظر
Delaume, op. cit, P. 208.

التي تنظرها المحاكم الانجليزية حديثا (١٧) ، ويصعب علينا أن نسوق تبريرا لاختلاف معنى هذه القاعدة في المجال الدولي عنه في المجال الداخلي ، حيث يستخدم في المجال الداخلي فقط في حالة غموض عبارات العقد .

واعتقد أن مجرد اشارة النزاع حول صحة العقد يعنى أن مصالح طرفي العقد وتوقعاتهم بخصوص شرعية العقد ونفاذه لا تنطبق مما يجعل تطبيق هذه القاعدة من الامور الصعبة .

ويخلص من هذا ، أنه يتعين أن يكون من نقل هذه القاعدة الى مجال القانون الدولي الخاص على وجه الاستثناء وليس كقاعدة عامة .

والحل الثانى الذى قدمناه الذى يقضى بأن يتحدد اختيار القاضى للقانون الذى كان يمكن للاطراف اختياره في الظروف المتاحة عند التعاقد ، يميل الى تعميم توقعات الاطراف ، الامر الذى يؤدي الى نتائج مرضية (١٨) وهو ما أكدته الاستاذ Ehrenzweig (١٩)

ومعظم النظريات السابقة لاتعدو أن تكون قواعد عامة في حاجة الى تفسير يقدمه القضاء أو المشرع ، بغية تطبيقها على الحالات الفردية ، وتحقيق العدالة بالنسبة لكل حالة على حدة ، وعلى ذلك

(١٧) انظر

Coast lines led V. Hudig & Veder chartering N., op. cit, P. 206.

WLR 1972, vol. 3. PP. et seq.

وكذلك

Sawyers V. International Drilling co. N. V., WLR 1971, vol. 1, P. 1176.

(١٨) انظر

Coast lines ltd V. Hudig & Veder chartering N. V.; WLR 1972, vol. 3, PP. 285 et seq.

(١٩) انظر

Ehrenzweig, conflicts of laws, op. cit, P. 351.

يتعين تحليل هذه النظريات واخراجها في صورة قواعد تكشف وتفسر
الفكرة التي تعبر عنها ، وهو ما أشار اليه القاضي Desmond
في قضية Dym V. Gordon (٢٠) •

وقد كان للمحاكم السويسرية فضل السبق في هذا المجال ، حيث
يلتزم القضاء وفقا لاحكام القانون السويسري (٢١) بتأويل وتفسير
وشكلمة النظريات العامة عندما تعرض عليه ، بما يكفل تحقيق الحل
العادل في القضية المطروحة ، ومن ثم تعد هذه النظريات العامة
بمثابة فكر ارشادي أو توجيهي عام يهدي الى الحل ويتحمل
التأويل عند التطبيق على القضايا الفردية بما يتفق مع تحقيق
العدالة •

وقد تبين هذا المبدأ غالبية التشريعات الاوربية مثل تشريع
EEC والتشريع الالمانى (٢٢) ، كما طبقت بعض المحاكم
الفرنسية (٢٣) ، وسار على نهج مشابه القانون الامريكى الشهير
Restatement حيث نص على أنه اذا كان ابرام العقد وتنفيذه
في دولة واحدة ، فان قانون هذه الدولة هو القانون الواجب التطبيق
— عادة — الا في الاحوال المنصوص عليها في المواد من ١٨٩ الى
١٩٩ والمادة ٢٠٣ • وعلق Cavers على هذا النص بقوله
« في حالة ابرام العقد وتنفيذه في ذات الدولة ، تغدو هذه الاخيرة
صاحبة المصلحة العليا في هذا العقد ، ومن ثم فانه يتعين تطبيق
قانونها » (٢٤) •

(٢٠) انظر

Dym V. Gordon, 16 N. Y. 2d 120, P. 209 (1965).
Cannagé' P. Le Rôle de P'équité dans le solution des conflits des
en Jurisprudence suisse et Libane-syrienne L.G.D.J., P. 416, 1969. (٢١)

Kuhne, G. La codification du dr. Int. Privé en République
Fédérale d'Allagne, ap. cit, P. 283 et oeq (1980). (٢٢)

(٢٣) انظر

Cour d' Appel de Paris (1955), Rev. crit, 1955, PP. 230 et seq.

(٢٤)

The American law Institute, Restement of the law second, conflict
of laws, comment on Section 3, P. 583.

كما عني القانون ببعض العقود الأخرى (٢٥) ، ذلك أنه في حالة غياب قانون الإرادة في مثل هذه العقود ، فقد يتصور أن يكون القانون الواجب التطبيق يغير قانون الدولة التي أبرم فيها العقد ونفذ ، إذ قد يكون لقانون دولة ثالثة صلة أقوى بمحل التعاقد أو بأطرافه (٢٦) ، ومن ثم تخضع عقود بيع المنقول لقانون مكان التسليم بينما يسرى على عقود بيع العقار قانون محل العقار •

وتتقود القواعد الواضحة إلى اليقين القانوني ، بيد أنه يتعين أن تكون هذه القواعد عامة ، وأن تغطي كافة أو غالبية أنواع العقود ، وأن تتقدر توقعات الأفراد في ظروفهم العادية ، وكذلك لا بد وأن تأخذ في الاعتبار ما قد يطرأ من ظروف استثنائية حيث يكون في عدم تطبيقها تحقيق للعدالة ، وتوفير لمصالح الأطراف وأعمال لتوقعاتهم ، بيد أننا نعتقد أن مهمة التشريع والقضاء لا تقتصر على استبعاد القواعد العامة في الحالات الاستثنائية ، بل يتعين على المشرع والقضاء التحليل والتدقيق في هذه الحالات لتبين الأسباب التي دعت لكونها كذلك ، كما يتعين تصنيفها ووضع قواعد تحكمها • ومع ذلك تظل هناك بعض العقود التي يصعب إخضاعها لقواعد عامة مسبقة ، وفيها يقع على كاهل القضاء تقدير مصالح الأطراف وتوقعاتهم ودراسة اقتصاديات العقد ، آخذاً في اعتباره سياسة الدولة صاحبة المصلحة في العقد ، ومدى تأثير حكمه على المركز التعاقدى للأطراف ، وعلى القاضي أن يختار الحل الذي يحقق أكثر فرص العدالة للأطراف في الظروف القائمة عند إصدار الحكم (٢٧) ، وهنا يتزحزح اليقين كثيراً ، ويغدو الحل الأمثل تطبيق مبدأ قانون الإرادة •

(٢٥) المرجع المشار إليه في الحاشية السابقة ، ص ٥٨٦ .
(٢٦) المرجع المشار إليه في الحاشية السابقة ، فقرة ١٨٩ وما بعدها .
(٢٧) انظر

Akehurst, M., Equity and General principles of law, I. C. L. Q., P. 81 et seq., 1976.

El Gammal, M.M., L'Adoption du contrat aux Circonstances économique étude comparée de droit civil Français et de la République arabe unie, Paris, 1967.

المبحث الثانى فى الاساس المنطقى لابرار قواعد اسناد العقود

يجدر بنا عند محاولة تباين العوامل التى تسهم فى ارشاد
القاضى أو المشرع الى القواعد الاساسية ، ان نفرق بين نوعين من
العقود ، الاولى العقود التجارية Commercil contracts لثانية
Integrated contract

١ - ففى العقود التى تنظم فيها الدولة التزامات الافراد بواسطة
قواعد ملزمة ، فانه يتعين الوقوف على نظرة الدولة تجاه تحديد العقود
المتعلقة بمصالحها (١)، وتحدد الدولة فى هذه العقود الطرف الذى تجدر
حماية مصالحه أو تنظيم سلوكه فى التعاقد ومن ثم ، يحدد القانون
الواجب التطبيق فى هذا المجال هو القانون الشخصى للطرف الجدير
بالحماية ، فمثلا فى عقد البيع بالتقسيط يكون القانون الواجب
التطبيق هو القانون الشخصى للمشتري ، وفى عقد القروض يصبح
القانون الواجب التطبيق هو القانون الشخصى للمقترض .

ويذكر الامر عندما لا يقدم قانون المشتري فى البيع بالتقسيط
حماية كافية له ، بينما يضمن قانون البائع على المشتري حماية أكبر ،
ونعتقد أنه يصعب علينا التسليم بتطبيق قانون البائع لمجرد كونه
أفضل للمشتري ، ومن ثم فاذا لم ير القانون الشخصى للمشتري
أنه (المشتري) فى حاجة الى حماية ، فلا يملك القاضى منحه حماية
تفوق تلك التى يقررها له قانونه .

وفى العقود التى تنظم مهنة معينة نجد مثالا آخر ، اذ تقضى
القاعدة العامة فى هذه العقود بخضوعها لقانون الشخص الذى يمارس
المهنة ، أو القانون المركز الرئيسى لمباشرة النشاط ، بيد أنه لا تسرى
هذه القاعدة اذا ما جرت المفاوضات وابرار العقد فى بلد الطرف الآخر

(١) انظر

Rigaux, F. Droit Public et droit Privé dans les Relations
internationales Paris, 1977, P.129.

في التعاقد (الشركة مثلا) ، حيث يصبح قانون هذا الاخير هو القانون الواجب التطبيق في تلك الحالة .

وبالنسبة لعقود العمل فتخضع لقانون محل العمل ، ولكن اذا تم التعاقد مع العام للقيام بالعمل في الخارج ، فيخضع العقد في هذه الحالة لقانون محل عمله الرئيسى ، وفي حالة ما اذا كان العامل من عمال الترحيل ، فيخضع العقد للقانون الشخصى للعامل ، اذا كانت هناك مصلحة في عدم تغيير القانون الذى يحكم عمله (١) .

أما بالنسبة للعلاقة بين مالك الارض وزارعها ، فتخضع لقانون موقع العقار ، ولكن اذ أقام كلاهما في دولة واحدة يجرى فيها تنظيم هذه العلاقة بقواعد ملزمة ، فعندئذ يمكن خضوع العقد لقانون هذه الدولة (٢) .

وتأخذ هذه الحلول في الاعتبار مدى تعلق العقد بالنطاق الاجتماعى للدولة ، ومن ثم ، يكون من حق الدولة اضافة حمايتها على الطرف الضعيف ، كما يكون من حقها تنظيم سلوك الاطراف ، وتتفق هذه الحلول مع الحلول التى قدمها القانون السويسرى ، ويجرى تطبيقها هناك (٣) .

٢ - اما عقود البيع بالجملة فغالبا ما تقترب أو تدخل في اطار عقود الاذعان وهى نمط من التعاقد يخضع لقانون المشروع ، أى قانون مركز النشاط الرئيسى الا اذا وجدت اشتراطات مجحفة بالعمل ، فعندئذ يخضع العقد للقانون الشخصى لهذا الاخير (العميل) .

(١) انظر في هذا الموضوع تفصيلا ، اطروحة الدكتوراه المقدمة من الزميل عصام القصبي ، حول القانون الواجب التطبيق على عقد العمل ، باريس ١٩٨٠ .

(٢) انظر في هذا الرأى

Toubiana, A, Le domaine de loi ou contrat en Droit International Privé, contrats internationaux et Dirigisme étatique, Paris, 1972, P.283.

(٣) انظر

Schnitzer, les contrats internationaux en droit International privé suisse, R.C.A.D.I. 1968, vol. 1. PP. 545 et seq.

وانظر أيضا القانون السويدى رقم ١١٢ الصادر في ٣٠ ابريل سنة ١٩٧١ ،
في ابريل سنة ١٩٧١ ، في A. J. I. L., 1974, P. 68.

Schnitzer, les contrats internationaux en droit Int privé suisse,

٣ — ولا ريب أن تحديد القواعد التي تحكم العقود التجارية تظل مهمة عسرة ، ذلك أن هذه العقود لا تتعلق بمصلحة دولة واحدة ، بل تتعلق بمصلحة أكثر من دولة ، فيحق لنا القول بأنها عقود متداخلة •

وإذا حاولنا إيجاد أساس منطقي للقواعد التي يتعين الأخذ بها في هذا المجال ، فيجب مراعاة عوامل متعددة ، اذ يتعين مراعاة مصالح الأطراف وتوقعاتهم ، كما يتعين أن نأخذ في الاعتبار مبدأ المساواة في معاملة المتنافسين ، ولايضاح ذلك نسوق مثالا يتعلق بعقود البيوع الدولية •

(أ) يطبق — عادة — على هذا النوع من العقود قانون محل عمل البائع ، وقد طبقت المحكمة الفدرالية السويسرية هذه القاعدة بجلاء لأول مرة سنة ١٩٦١ (٤) كما أقرتها قوانين عدة دول (٥) وأقرتها أيضا اتفاقية لاهاي في شأن تحديد القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية ، ونصت على ذات القاعدة المادة (٤) فقرة ب ، ج من مشروع اتفاقية E E C في شأن العقود (٦) ، حيث قضت بتطبيق قانون محل عمل الطرف الذي يقوم بتنفيذ الالتزام الرئيسي • وتبدو مزايا هذه القاعدة فيما يلي :

— تكمن المزية الاولى في تحقيق وحدة العقد اذا يحكم العقد قانون واحد ، فتنجذب هذه القاعدة تقسيم العقود ، ويعنى ذلك أن قانون دولة أحد طرفي التعاقد هو وحده الواجب التطبيق •

— يفضل دائما قانون البائع ، ذلك أن التزاماته أشد تعقيدا

(٥) انظر :

المادة (١٩) من القانون التشيكوسلوفاكي الصادر في ٤ ديسمبر ١٩٦٣ ، والمادة ٢٧ من القانون البولندي الصادر في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٦٥ في شأن القانون الدولي الخاص •

(٦) انظر :

Lando, the EC Draft convention, op. cit. PP. 26 - 32.
وتفصيلا ، ثروت حبيب ، قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بعقد البيع الدولي (١٩٧٤) •

وتنظمها قواعد ملزمة ، كذلك يفضل قانون المصدر حيث تتعدد المخاطر الجسمية التي يتعرض لها ، فيكون من العدالة أن يحكمها قانونه ، وإذا كان هناك بعض العقود ذات الطبيعة الخاصة مثل البيع فوب F.O.B. ، بيد أن هذه الطبيعة الخاصة لا تغير من القانون الواجب التطبيق * ❖

(ب) ومن جانب آخر ، هناك حالات يتعين فيها تفضيل قانون المشتري ومثال ذلك ، إذا كنا بصدد مناقصة لتوريد الآت ، وتقدم بها بائعون من دول مختلفة ، ففي هذه الحالة يكون من مصلحة سائر الاطراف تطبيق قانون المشتري ، ذلك أنه يتفق مع توقعات الكافة ، حيث يعلم البائعون سلفا أنهم سوف يخضعون لهذا القانون * ❖

كذلك يطبق قانون المشتري إذا كان العقد يمثل حلقة ضمن حلقات متعددة لعقود تخضع جميعها لقوانين غير قانون البائع * ❖

وقد أسرفت اتفاقية لاهاي — دون داع — في تحديد الحالات التي يطبق فيها قانون المشتري ، حيث تقضى بتطبيق قانون المشتري إذا كان المشتري قد تلقى العرض بالبيع من الوكيل التجارى للبائع ، أو من ممثله في دولة المشتري التي وجد بها فرع لمؤسسة البائع ، ويتراءى الاساس المنطقي لذلك في أن توجه البائع الى المشتري في دولته يفيد قبول الاول — ضمنا — الخضوع الاختياري لقانون المشتري ، خاصة وأنه من المتصور أن يجهل المشتري تماما الصفة الاجنبية للبائع * ❖

ومن جانبنا نلاحظ مغالاة هذه القواعد في الاهتمام بالمشتري في مجال العقود التجارية ، وقد ارتأت الجمعية الالمانية للقانون الدولي

٧. انظر في هذا الموضوع ، على يونس ، القانون البحرى ، الجزء الثانى ، ص ٤٤٧ ، ١٩٨٢ .

الخاص (٨) ، انه اذا كان المصدر يسعى — في الحقيقة — الى المشتري في دولته بواسطة وكلائه ، فان ذلك لا يحول دون علم المشتري قبل ابرام العقد بقانون البائع والآثار المترتبة عليه ، ومن ثم ، يبدو من الانسب توحيد القاعدة بالنسبة لجميع أنواع العقود * بيد أنه اذا ابرم العقد في دولة المشتري وجرى تنفيذه وترتيب آثاره هناك * ولم يكن العقد احدى حلقات التعامل المتصل بين البائع والمشتري ، فان قانون المشتري يجد — في هذه الحالة فقط — مبررا لتطبيقه ، وهو ما أخذ به قانون Restatement الامريكي (م ٣/١٨٨) *

(٨) انظر

Loussouarn et Bredin, op. cit, P. 426. a

خاتمة

١ — ان اليقين القانوني ضرورة من ضروريات العقد ، وهي تنبع منه ، ذلك أن العقود ، ما هي الا وسيلة لتنظيم نشاط الافراد في المستقبل ، وهي تتضمن التخطيط والتحضير وتحتاج — في كثير من الحالات — دراسات اقتصادية متعمقة ، وقد يؤثر العقد في مستقبل الكيان الاسرى اذ قد تغير الاسرة مقرها نتيجة لأبرام عقد ، فيتعين تنفيذ العقود بالدقة الكافية ، والا كان لعدم التنفيذ تأثير بالغ في المستقبل •

وتوفيرا للثقة والاستقرار في العقد ، فانه لا يتصور وجود عقد دون وجود الاسس القانونية التي يرتكز عليها •

٢ — وفيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود ، نؤكد أنه لا يمكن تحقيق اليقين القانوني الكامل ، ذلك أنه توجد كثير من العقبات تعترض تحقيق هذا الهدف ، وقد قمنا بتحليل هذه العقبات وتصنيفها ، وهي عقبات تجعل البحث في مجال العقود من أصعب وأدق وأعقد مجالات القانون الدولي الخاص •

واستخلاصا مما قدمنا نرى أن العقود لم تعد اداة طبيعية في يد الاطراف يستخدمونها ويعالجونها كيفما شاءوا دون مراعاة للصالح العام ، فقد أصبحت العقود الآن احدى الادوات الحكومية لتحقيق أهداف مختلفة ، ولقد حاولت في هذه الدراسة تحديد مجال وأنواع العقود التي تتدخل فيها الدولة ونوعية هذا التدخل ، والآثار المترتبة عليه في مجال القانون الدولي الخاص •

٣ — ان دراسة أنواع تدخل الدولة في مجال العقود وتحليلها تحليلًا مدققًا هو أساس سليم يسهم في سن قواعد موضوعية تحكم الانواع المختلفة من العقود مع الاخذ في الاعتبار أن العقود

صارت جزء من النظام الاجتماعي ولا يمكن فصلها عن المجتمع ، ويتعين أن تواكب النظام العام في الدولة ، ومن ثم فليس من المصلحة بمكان أن نترك للأفراد الحرية الكاملة في اختيار قانون العقد وهو الأمر الذي حاولنا إيضاحه .

٤ - لا تحل القواعد العامة مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق ، بل يتعين وضع قواعد خاصة لكل نوع من هذه الأنواع ، أخذين في الاعتبار مصالح الأطراف وتوقعاتهم وتعدو مهمة القضاء تصنيف العقد ووضعه في إطار القواعد الموضوعية المناسبة بغية تطبيقها عليه ، ومن ثم ، تقتصر مهمة القاضي في مجال القانون الدولي الخاص على أنزال حكم القضاء ، بل تمتد أيضا إلى تفسير قد يبدو أنه أقرب إلى وظيفة التشريع ، إذ يتعين على القاضي - ليس فقط - تطبيق القانون ، بل يمتد إلى تطويره لكي ينطبق على المسائل المختلفة ، ويتعين على القاضي أيضا تكملة الفجوات الموجودة في القانون ، ومن ثم ، قد يبدو عدم احترام مبدأ الفصل بين السلطات كثيرا في هذا المجال ، ومما يزيد من صعوبة البحث واستخلاص النتائج ، أن كثيرا من القضايا الدولية تعرض على التحكيم ، حيث يقضى فيها في سرية تامة ، الأمر الذي لا ييسر معرفة الأسباب القانونية التي تتأسس عليها الأحكام ، وبالتالي لا تكون هذه الأحكام منتجة في تطوير العقود في مجال القانون الدولي الخاص .

٥ - ولن تحل قواعد التنازع مشكلة اليقين القانوني على وجه نهائي ، ويعول كثيرا على الدور الفعال الذي تنتهض به المؤتمرات ، التي قد يتعارض توصياتها وتتضارب قراراتها بما لمؤتمرات ، التي قد يتعارض توصياتها وتتضارب قراراتها بما يفقدها التناسب والانسجام ، وإن بقيت لهذه المؤتمرات فاعليتها في توحيد قواعد العقود التي لا تتعلق بها مصالح الدولة ، كالشأن في بعض أنواع العقود التجارية ، أما تلك العقود التي يستوعبها النطاق الاجتماعي للدولة ، فإن الدولة تحرص على تنظيمها ، بما يستوجب إخضاعها لسيطرة قواعد التنازع .