

الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الواجب التطبيق

على عقد القرض

د. سلطان عبد الله محمود الجواري

أستاذ مساعد/ كلية الحقوق/ جامعة الموصل

dr.sultan.a.aljawari@gmail.com

القبول: ٢٠٢٠/١١/١١



الاستلام: ٢٠٢٠/١٠/٢٥

مستخلص البحث

أن المجتمع الدولي قد شهد إزاء التطورات الضخمة التي واجهها في السنوات الأخيرة تغييرا في المفهوم الذي أتى به هذا الحكم، وقدم لنا الفكر القانوني الحديث صورا عديدة لعقود خاضعة لنظام قانوني ليس هو القانون الوطني لأحد الدول. مما دعا كثيرا من المحثين إلى القول بإمكان اسناد العقد إلى أنماط جديدة من النظم القانونية، وتشير هذه الاتجاهات القانونية الحديثة التي ظهرت في الحقبة الأخيرة إلى أن قانون الدولة الطرف أو بعض القوانين الوطنية الأخرى التي تحددها قواعد تنازع القوانين، تكون واجبة التطبيق فقط على النوع العادي من الاتفاقات بين الدولة والأجانب

بيد ان هذه القوانين الوطنية لا تكون كذلك بالنسبة للاتفاقات المبرمة بين الأشخاص (طبيعية أو معنوية) تملك فائضا من رؤوس الأموال والمهارات المختلفة، وحكومات دول أخرى في حاجة لتنمية اقتصادها وليس لديها رأس المال الكافي، أو المهارات المتاحة لتحقيق هذا الغرض، ونعتت مثل هذه الاتفاقات بأنها ((اتفاقات تنمية اقتصادية))، تتطلب تنفيذ كلا الطرفين بدقة لكافة الالتزامات الناشئة عن العقد، بما في ذلك واجب الدولة بالاعتدال أو تنهي الاتفاق بإرادتها المنفردة.

الكلمات المفتاحية: الفكر القانوني؛ النظم القانونية؛ اتفاقات تنمية اقتصادية .



Recent Trends in Determining Applicable Law to Loan Contract

Dr. Sultan A. Mahmood Al-Jawary

Assist. Prof./ College of Law / University of Mosul

dr.sultan.a.aljawari@gmail.com

Received: 25/10/2020



Accepted: 11/11/2020

Abstract

The international community has witnessed versus the huge developments in recent years, a change in the concept that this ruling brought, and modern legal thought has provided us with many examples of contracts subject to a legal system that is not the national law of a country which prompted many modernists to say that the contract can be attributed to new types of legal systems. These modern legal trends that appeared in the recent era indicate that the law of the state party or some other national laws determined by the rules of conflict of laws are applicable only to the ordinary type of agreements between the state and foreigners.

However, these national laws are not the same as for the agreements concluded between persons (natural or moral) possessing a surplus of capital and various skills, and the governments of other countries need to develop their economy and do not have sufficient capital or available skills to achieve this purpose such agreements described as (Economic Development Agreements) that require both parties to strictly implement all of the obligations arising from the contract, including the state's duty to moderate or terminate the agreement at its own will.

Keywords: Legal thought, Legal systems, Economic development agreements.

Available online at <https://regs.mosuljournals.com/>, © 2020, Regional Studies Center, University of Mosul. This is an open access article under the CC BY 4.0 license (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>)

المقدمة

لم يكن متصورا للفقهاء التقليدي إمكانية القول بإسناد عقد من العقود إلى غير نظام القانون الداخلي المعمول به في إحدى الدول، وتشير هذه الاتجاهات القانونية الحديثة التي ظهرت في تلك الحقبة، وتؤكد هذا النظر في حكم محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية القروض (الصربية-البرازيلية) سنة ١٩٢٩^(١)، بيد أن المجتمع الدولي قد شهد إزاء التطورات الضخمة التي واجهها في السنوات الأخيرة تغييرا في المفهوم الذي أتى به هذا الحكم، وقدم لنا الفكر القانوني الحديث صورا عديدة لعقود خاضعة لنظام قانوني ليس هو القانون الوطني لأحد الدول. مما دعا كثيرا من المحدثين إلى القول بإمكانية اسناد العقد إلى أنماط جديدة من النظم القانونية، وتشير هذه الاتجاهات القانونية الحديثة التي ظهرت في الحقبة الأخيرة إلى أن قانون الدولة الطرف أو بعض القوانين الوطنية الأخرى التي تحددها قواعد تنازع القوانين، تكون واجبة التطبيق فقط على النوع العادي من الاتفاقات بين الدولة والأجانب.

بيد ان هذه القوانين الوطنية لا تكون كذلك بالنسبة للاتفاقات المبرمة بين الأشخاص (طبيعية أو معنوية) تملك فائضا من رؤوس الأموال والمهارات المختلفة، وحكومات دول أخرى في حاجة لتنمية اقتصادها وليس لديها رأس المال الكافي، أو المهارات المتاحة لتحقيق هذا الغرض، ونعتت مثل هذه الاتفاقات بأنها ((اتفاقات تنمية اقتصادية Economic Development Agreements))، تتطلب تنفيذ كلا الطرفين بدقة لكافة الالتزامات الناشئة عن العقد، بما في ذلك واجب الدولة بالاعتدال أو تنهي الاتفاق بإرادتها المنفردة^(٢).

ومن الجدير بالذكر عددا من الكتاب والفقهاء البارزين أمثال الدكتور جراسي أمادور (Amador) المقرر الخاص للجنة القانون الدولي في موضوع مسؤولية الدولة (State Responsibility) والأستاذ موريس بوركين (Morice Bourguin) قناع القاضي بمحكمة العدل الدولية، وفيليب جيوب (Philip CSS) القاضي السابق في نفس المحكمة، ولوول ماكنير (Lord hair) الرئيس الأسبق لهذه المحكمة، والدكتور مان (AE Mann) المحامي الإنجليزي ذائع الصيت، والفريد فيردروس (Alfred Verdross) الرئيس السابق لمعهد القانون الدولي، كل هؤلاء الفقهاء يتبنون هذا

الاتجاه الحديث. كذلك، فإن العديد من الكتابات القانونية الحديثة للكتاب المعنيين بمشكلة قانون الاستثمار الأجنبي الخاص، تؤيد واحدا أو آخر من هذه الاتجاهات. أهمية البحث :

تهدف هذه الدراسة الى تسليط الضوء على عقد القرض الدولي بشكل عام دون الخوض في أنواع عقود القروض المختلفة إذ أن البحث في هذه الأنواع يتطلب أفراد كل منها ببحث خاص به، لذلك سيكتفي هذا البحث بعرض سريع على تطبيق الشروط العامة من قبل الجهة المقترضة، و بيان المبادئ القانونية التي سيتم تطبيقها بين أطراف العقد .
فرضية البحث :

وبعد كل ما تم عرضه فإن هذا البحث يسعى الى الإجابة على التساؤلات الآتية:
-هل حدد القانون الدولي الخاص قواعد إسناد خاصة بعقد القرض أم يُكتفى بتطبيق القواعد العامة ؟

- في حالة نشوء خلاف بين أطراف عقد القرض الدولي هل يتم اللجوء الى القضاء الدولي المُختار لتطبيق ما تم الاتفاق عليه من قبل أطراف العقد أم الى التحكيم في حالة غياب النص ؟
منهجية البحث:

يتعين على الباحث عند قيامه بإعداد اي بحث اختيار الاسلوب الملائم لموضوع بحثه بغية الوصول الى النتيجة وايجاد الحلول. لذا فان افضل ما يناسب موضوع البحث هو المنهج الوصفي التحليلي اضافة الى المنهج المقارن .
هيكلية البحث:

وعلى ذلك، سوف نقوم بتصنيف هذا البحث إلى ثلاثة مطالب رئيسية تعرض خلالها الاتجاهات المختلفة في تحديد القانون الذي يحكم اتفاقيات القرض الدولي وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول : تطبيق الشروط العامة للجهة المقرضة

المطلب الثاني : تطبيق القانون الدولي

المطلب الثالث: تطبيق المبادئ القانونية المشتركة بين أطراف التعاقد

المطلب الأول

في تطبيق الشروط العامة للجهة المقرضة

أولاً - الاشتراطات التعاقدية التي تشير إلى تطبيق الشروط العامة للجهة المقرضة:
١- تنص المادة الأولى من اتفاق القرض المبرم بين المؤسسة المصرية العامة للكهرباء وبنك التنمية الأفريقي في ٣ تموز/ يوليو ١٩٧٥ على أنه يوافق الأطراف في هذه الاتفاقية على النصوص الواردة في الشروط العامة كافة والتي تطبق على اتفاقيتي القرض والضمان المتفق عليها مع البنك بتاريخ ١٩٧٤/٤/٨ كما لو كانت مدرجة في نصوص الاتفاق، وتعد الشروط العامة المشار إليها قانون الاتفاق.

٢ - تنص المادة الأولى من اتفاق القرض المبرم بين حكومة جمهورية مصر العربية وهيئة التنمية الدولية الأمريكية في ١٢ حزيران/ يونيو ١٩٨٠ لتمويل مشروعات السياحة على أنه:

(١)-يقبل طرفا هذا الاتفاق كافة أحكام الشروط العامة المطبقة على اتفاقات قروض التنمية الخاصة بالهيئة المؤرخة ١٥مارس ١٩٧٤ بذات الفاعلية والأثر كما لو كانت واردة في هذه الاتفاق^(٣).

(ب)-أينما يستخدم في هذا الاتفاق وما لم يقتض سياق لنص خلاف ذلك، يكون للأحكام المتعددة المبينة بالشروط العامة وفي مقدمة هذا الاتفاق قوة القانون^(٤).

٣-وتنص المادة الأولى من اتفاق القرض المبرم بين الهيئة المصرية العامة للبتترول والبنك الدولي للإنشاء والتعمير في ٣/٧/١٩٨٠ بشأن مشروع غاز خليج السويس على أنه "تقبل أطراف هذه الاتفاقية جميع نصوص الشروط العامة المطبقة على اتفاقية الاتفاق التي تضعها الجهة المقرضة لتكون بمثابة قانون وفي شروح الاتفاقية جميع نصوص الشروط العامة المطبقة على اتفاقية القرض والضمان بواسطة البنك، على أنها تتمتع بقوة ونفاذ كما لو كانت أدرجت في هذه الاتفاقية.. وتعد الشروط العامة قانون الاتفاق.

وتكشف جميع هذه النصوص عن اتجاه غالب يدعو إلى تحرين اتفاق القرض من قانون الدولة المقترضة، خشية أن تتخذ هذه الدولة الأخيرة إجراءات تنقض بها التزاماتها وتعهداتها وتؤثر في الحقوق التعاقدية للمقرض، ومن ثم تحيل هذه الاتفاقات إلى الشروط العامة التي وضعها الجهة المقرضة لتكون بمثابة قانون العقد وهذه الشروط لا يجوز لأحد الأطراف تعديلها أو نقضها بإرادته المنفردة.

ثانياً- التأسيس القانوني لتطبيق الشروط العامة

نادت بعض المدارس الفكرية الحديثة بحل مشكلة قانون اتفاقات التنمية الاقتصادية (ومنها اتفاقيات القروض الدولية) على أساس استقلال مثل هذه الاتفاقيات لذاتها فهي تبرم الأطراف على أساس مبدأ المتعاقد عبر تعاقده (Facia Stunt Sanda) ولذا هي تنشأ مستقلة عن أي قواعد قانونية وضعية موجودة من قبل وتحيي فكرة نظرية فرنسية قديمة التي كانت تعرف باسم (Autonomic Absoul) والتي سادت في فرنسا خلال العقد الثالث من هذا القرن، والخاصة بعقود القروض الدولية (International Loan Contracts).

ويتبين مما تقدم، أن كيفية نشأة الاتفاق شبه الدولي، غير واضحة تماماً حتى أن (Verdross) نفسه قرر أنه حتى خضوع العقد تماماً للقانون الدولي وحده لا يمكن أن يخلق اتفاقاً شبه دولي ذلك أن مظهر الاتفاق شبه الدولي، الأكثر أهمية، أنه لا يمكن للدولة المضيفة (المقترضة) أن تلغيه بطريقة قانونية؛ بينما يجيز القانون الدولي العام نزع ملكية الأموال والمصالح الأجنبية قانوناً تحقيقاً لغرض عام ومع دفع تعويض عادل وعلى ذلك فإن التزامات الدولة المتعاقدة الناشئة عن اتفاق شبه دولي، تعد أقوى من الالتزامات الناشئة عن القانون الدولي العام والخاصة بحماية أموال الأجانب، وهكذا يتشابه الاتفاق شبه الدولي مع الاتفاق الدولي الذي تتنازل بمقتضاه الأطراف، أو واحده منها عن ممارسة حقوقها في نزع ملكية مصالح أجنبية معينة.

ثالثا: تقدير الاتجاه نحو تطبيق الشروط العامة:

يبدو أن الاتجاه نحو تطبيق الشروط العامة، أي فكرة قانون الاتفاق شبه الدولي أو القانون القائم بذاته (An Autonomous) أو الاتفاق الذي يحكم نفسه (Self-governing agreement)، أو القانون الذاتي للاتفاق، يحاول أن يزيل تماما عن مشكلة القانون الذي يحكم العقد التعقيدات التي تخلقها المشاكل السياسية والاقتصادية^(٥)، وبنظرة أكثر عمقا يمكننا القول، بأن هذه الفكرة تبدو مؤسسة على أمور غير صحيحة وعلى مقدمات غاية في الخطورة؛ وهي أن الدولة والمتعاقد الأجنبي معها لهما كامل الحرية والسلطة في ابرام اتفاق يحكم بذاته (Autonomous Agreement) حتى وأن ترتب على ذلك اعتداء على القانون الوطني.

وعلى ذلك فإن أرادة الطرفين المتبادلة على انشاء اتفاق ملزم قانونا يمكن أن تعد شرطا سابقا على انشاء مثل هذا الاتفاق، بيد انها وفي حد ذاتها لا يمكنها أن تقوم بالاستقلال عن النظام قانوني يعترف بهذا الاتفاق ويحدد اثاره قانونيا ولا يمكن ان يحتج في هذا المجال بمساواة بين الأطراف المتعاقدة كأساس لفكرة القانون الذاتي للاتفاق ذلك ان أي اتفاق قانوني سواء كان معاهدة او عقدا خاصا أو اتفاقا بين دولة أجنبية يبرم بين اطراف تكون لهم الحرية الكاملة في ابرام اتفاق او عدم ابرامه، ويلتزمون على قدم المساواة بالقانون الذي يحكم العقد، ومع ذلك فان مدى وشروط ومضمون حرية الأطراف في أبرام الاتفاق، والتزامهم المتساوي بالقانون الذي يحكم العقد لا تحددها الأطراف نفسها، وإنما يحددها القانون الذي يحكم الاتفاق، فإذا كان هذا القانون يميز بين الأطراف المتعاقدة السبب أو لآخر، مثل كون أحد الأطراف سلطة عامة بينما الطرف الآخر شخصا خاصا، ويمنح هذا القانون بناء على هذا التمييز أحد الطرفين حقوقا قانونية معينة بينما ينكرها على الطرف الآخر، فلا يستتبع ذلك القول بأن القانون الذي يحكم العقد لا يلزم الطرفين بالتساوي ومن جانب آخر، فان كون الطرفين متساويين في حرية ابرام الاتفاق، وملتزمين على قدم المساواة بالقانون الذي يحكم الاتفاق، لا يخولهما السلطة القانونية في ابرام اتفاق قانوني قائم

بذاته ومستقل عن أي قانون موجود من قبل، والقول بخلاف ذلك، يؤدي إلى أن يخول كل طرف سواء كان فردا أو دولة : القدرة على إنشاء مثل هذا الاتفاق القائم بذاته، بغض النظر عن جنسيته أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، طالما كانا متساويين في حرية إبرام الاتفاق.

رابعا - التمييز بين العقود الإدارية واتفاقات التنمية

التنمية كأساس لتطبيق الشروط العامة:

تبدو سهولة توجيه النقد لمنطق نظرية القانون الذاتي للاتفاق، من خلال البحث الذي أجراه فيرديريس Verdross التمييز بين العقود الإدارية التي يحكمها قانون الدولة الطرف، والاتفاقات الدولية التي يحكمها قانون الاتفاق ذاته فقد لاحظ فيرديريس بينما تبرم العقود الإدارية بين مواطن اجنبي وسلطة إدارية داخلية فان الاتفاقات شبه الدولية يتم إبرامها او التصديق عليها بواسطة الحكومة وبما لها من سيادة، أو بواسطة أعلى سلطة في الدولة والتي تختص أيضا بأبرام المعاهدات الدولية..^(٦) . وعلى ذلك يغدو ضروريا وفي كل حالة الكشف عما إذا كان «الجهاز الذي أبرم العقد يملك سلطة الزام الدولة في شكل اتفاق دولي، أو ما إذا كان العقد موضوع القانون الداخلي للدولة المضيفة وفي الحالة الأولى يكون لمثل هذا الاتفاق طبيعة الاتفاق شبه الدولي وفي الحالة الثانية، يظل الاتفاق خاضعا دائما السلطة التشريعية الدولة المضيفة، وذلك عند عدم وجود قاعدة أعلى تحظر أي الغاء العقد من جانب واحد..^(٧)»، ولعل هذا الرأي موضع نقد من زاويتي^(٨):

١- إذا تم التوقيع أو التصديق على اتفاق معين، من جانب الدولة الطرف، بواسطة الجهة التي تملك سلطة الزام الدولة بمقتضى اتفاق دولي، فلا يستتبع ذلك بالضرورة القول بأن هذه الجهة تصرفت في نطاق هذه السلطة الأخيرة، ذلك أنه من السلوك الشائع في كافة الدول أن تخول بعض الجهات سلطات ومسئوليات مختلفة لتحقيق أغراض معينة، وفي مثل هذه الحالات فان المضمون والطبيعة القانونية لكل تصرف

يعتمد بصفة أساسية على الصفة الخاصة التي استخدمتها السلطة التي صدر عنها التصرف .

٢ - يخلص النقد الجوهري، في أن الرأي السابق يحاول حل مشكلة قانون اتفاقات التنمية الاقتصادية، مستندا على الأسس التي بمقتضاها أبرمت أجهزة الدولة الاتفاق، وليس بالنظر إلى وظيفة وموضوع الاتفاق ذاته، ونوع المشكلات المتعلقة بإبرامه وتفسيره وتنفيذه . ونتيجة لذلك، فإذا كنا بصدد اتفاق قرض دولي أحدهما صدق عليه جهاز الدولة الذي يملك سلطة الزام الدولة دوليا، والآخر أبرمه جهاز لا يملك مثل هذه السلطة، فسوف تحكمها قوانين مختلفة: الأول يحكمه قانون العقد، والآخر يحكمه قانون الدولة المقترضة، بغض النظر عن تماثل كلا الاتفاقين في موضوعهما ووظيفتهما وفي الجنسية الأجنبية للمقرض، وما يترتب على هذا التماثل في الأوجه الأساسية من تماثل في المشكلات والمنازعات التي يثيرانها وعلى ذلك، فإن مؤدي نظرية القانون الذاتي للاتفاق، اقترح حلوًا مختلفة لهذه المشكلات والمنازعات المتماثلة، تتوقف على ما إذا كان الطرف الذي أبرم الاتفاق لا يملك سلطة الزام دولته دوليا مع الشركات الأجنبية. وهناك من الأسباب ما يدعو إلى الاعتقاد بأن اتفاقات القروض المستقبلية، أي السواد الأعظم منها، سوف يبرم أيضا بواسطة هذه المؤسسات، وليس بواسطة الدولة ذاتها أو أعلى سلطة فيها، ويلاحظ أن هذه المؤسسات العامة لا تملك سلطة إبرام المعاهدات؛ ذلك أنه ليس ضروريا لها أن تملك مثل هذه السلطة كي تكون قادرة على إبرام اتفاقات مع الأشخاص الخاصة الوطنية أو الأجنبية. كما أنه يمكن القول، وفقا لمضمون نظرية القانون الذاتي للاتفاق، أن هذه النظرية لا تنطبق على اتفاقات القرض التي تبرمها المؤسسات العامة الوطنية، أو أي هيئة أخرى لا تملك سلطة إبرام المعاهدات فإذا أخذنا في اعتبارنا دور هذه المؤسسات المتزايد في التجارة الدولية، وتعاضم عدد الاتفاقات التي تبرمها مع الشركات الخاصة الأجنبية . فان نظرية القانون الذاتي للاتفاق، تبدو وكأنها جاءت متأخرة تاركة مستقبلها وراءها. وتظل المشكلة التي تبحث هذه النظرية عن حلها باقية - ومن

المحتمل أن تستمر كذلك فترة طويلة - احدى الإشكالات القانونية الرئيسية المحيطة بالاستثمار الأجنبي الخاص المتعلق بتنمية اقتصاديات الدول الآخذة في النمو، وتتخلص هذه المشكلة في كيفية ضمان عدم إعاقة التنمية الاقتصادية لهذه الدول، مع ضمان الحماية القانونية الفعالة لحقوق المستثمر الأجنبي. لقد حاول مؤيدو نظرية القانون الذاتي للاتفاق، أن يجعلوا من اتفاقات القروض الأجنبية اتفاقات لها كيان ذاتي خاص، واستبعاد القواعد القانونية الدولية للدولة الطرف والاستعانة بمبادئ وقواعد أخرى تختارها الأطراف ويعكس ذلك كله التعقيدات الشديدة للمشكلة، وتتعاظم هذه التعقيدات ليس بسبب صعوبة الرقابة القانونية على تصرفات الدولة في مواجهة كيانات خاصة اجنبية ولكن بسبب اتصال هذه المشكلات بالمشكلات الأخرى المتميزة والخاصة باتفاقات التنمية الاقتصادية والتي لا يمكن عزل أي منها عن الأخرى.

لذلك، فلا يمكن حل هذه المشاكل حلا عادلا داخل اطار الاتفاق وحده؛ ولأسباب ذاتها لا يمكن تقديم حل فعال داخل اطار النظام ولأسباب نفسها، فأن مشكلة كيفية حماية حقوق المقرضين الأجانب، لا يمكن حلها داخل اطار الاتفاق وحده، وبمعزل عن المشكلات الأخرى التي ثارت متصلة بها. بوجود هذه المشكلات وعلى ذلك، فان نظرية القانون الذاتي للاتفاق لا تؤهل نفسها لحل هذه المشكلات، كما يبدو أنها لا تعترف كذلك بحقوق المقرضين لذلك فان الحماية التي تسعى إلى ضمانها لحقوق المقرضين الخاصين الأجانب حماية نظرية أكثر منها واقعية.

المطلب الثاني

في تطبيق القانون الدولي والقانون الدولي الخاص

أولاً: الاشتراطات التعاقدية التي ترشح تطبيق القانون الدولي والقانون الدولي الخاص أغفل قليل من اتفاقات القرض التي أبرمتها مصر مع حكومة رومانيا الاشتراكية سنة ١٩٧٣، وحكومة الدانمارك سنة ١٩٧٩، ١٩٧٨، ١٩٧٩، وحكومة كندا سنة ١٩٧٨، ١٩٧٩، في تحديث القانون الواجب التطبيق. ومع ذلك، عقد بعض هذه الاتفاقات الاختصاص القضائي لمحكمة العدل الدولية، وجاء البعض الآخر خالياً من تحديد المحكمة المختصة، الأمر الذي يدعونا للتساؤل عما إذا كان هذا المسلك يشير إلى تطبيق القانون الدولي ليحكم هذه الاتفاقات، الذي نعت فيها القرض بأنه ((قرض تنمية اقتصادية)). لا ريب - من وجهة نظر الباحث في هذه المسألة المطروحة بالذات - أن القواعد التقليدية في القانون الدولي الخاص ترشح هذا القانون ليحكم اتفاق القرض، ولعل أغفال النص على تحديد القانون الواجب التطبيق لم يبرره، ذلك أن سكوت الأطراف عن تحديد الاختصاص التشريعي يكشف عن رغبتهم في عدم تعديل القواعد الدولية المستقرة في هذا الشأن، والتي تعقد الاجتماع لنشر بيان القانون السياسي، إذ تتمتع الأطراف بالشخصية الدولية^(٩)، ولعل في الإحالة إلى اختصاص محكمة العدل الدولية لحسم ما قد يثور من منازعات، ما يزكي هذا التفسير^(١٠).

ثانياً - نظرية ((مان)) في الاختصاص التشريعي لاتفاقيات القروض:

ذهب جانب من الفقهاء في سبيل إقصاء اتفاقات التنمية الاقتصادية عن سلطان النظم القانونية الداخلية بصفة عامة، وقانون الدولة الطرف على وجه الخصوص، إلى القول بإمكان إخضاع هذه الاتفاقات لأحكام القانون الدولي العام مباشرة، حتى وإن تعلقت باتفاقات قرض تبرم بين أطراف لا يتمتع احداها بالشخصية الدولية. وبذلك يعدُّ القانون الدولي مصدر القواعد التي تحكم تلك العقود دون حاجة إلى محاولة استخلاص مبادئ عامة تتبعها مختلف الدول في نظمها الوطنية وترتبط هذه الفكرة باسم الفقيه الألماني المولد الانجليزي الجنسية مان F.A.Mann ، الذي

دافع عنها في أكثر من مناسبة، وتمثل كتاباته في هذا الموضوع العمود الفقري لهذه المدرسة. ويوضح Mann أن ((ما يدعو إلى التفكير هو الإشارة إلى القانون الدولي العام^(١))) ويفترض مان أن العقود بين شخص دولي، من ناحية، وشخص طبيعي أو شخص قانوني يتأسس في ظل نظام قانوني وطني، ومن ناحية أخرى، تحكم كقاعدة بالنظام القانوني الداخلي الذي يختاره الأطراف، ومع ذلك، دعا مان إلى ((تدويل internationalization)) اتفاقات التنمية الاقتصادية، مقررًا أنه "يكن التسوية الحقيقي لإمكانية تدويل اتفاقات التنمية الاقتصادية في متطلبات المعاملات الدولية"، فهناك بعض الحالات التي لا تجد حلاً عملياً لها في غير اختيار القانون الدولي العام، خاصة عندما تكون الدولة غير مؤهلة للخضوع لقانون أجنبي، بينما الأشخاص الخاصة أما أن يكونوا رافضين الخضوع لقانون الدول المتعاقدة، أو يكونوا راغبين في ذلك، بيد أنهم يدفعون بعدم وجود قواعد صالحة في مثل هذا القانون، وتثور المشكلة الأخيرة، على سبيل المثال، بالنسبة لدول متخلفة معينة في الشرق الأوسط وأفريقيا؛ وفي مثل هذه الحالات فإن الإشارة إلى القانون الدولي العام، تعد الوسيلة الكافية لمواجهة مثل هذه الظروف الحقيقية، والتي توائم بين مصالح الأطراف، ومتطلبات نظام اقتصادي متقدم.

ثالثاً نظرية مان والقانون الدولي الخاص

أما بالنسبة لوجهة نظر القانون الدولي الخاص، فإن الاختيار العقدي للقانون الدولي الخاص يثير التساؤل عن ماهية قواعد القانون الدولي الخاص الواجبة التطبيق على تحديد شرعية وتنفيذ اختيار الأطراف ويلاحظ أنه في حالة ما إذا نص العقد على إحالة ما قد يثور من منازعات مستقبلية إلى محاكم التحكيم فإن مشكلة ماهية قواعد التنازع الواجبة التطبيق تعد في حد ذاتها مشكلة عملية خاصة عند عدم التحديد المسبق لمكان انعقاد المحكمة ويبدو أن مؤيدي فكرة التدويل (internationalization) يتمسكون بأنه أيًا كانت قواعد التنازع المطبقة فإن الاختيار العقدي للقانون الدولي يتعين التمسك به ومساندته ويقرر الفقيه مان أنه "وفقاً لغالبية النظم القانونية، استقر المبدأ الذي يقضي بأن للأطراف حرية اختيار القانون

المناسب" وهذا ما اكده القانون العراقي في المادة (١١٢٥)^(١٢) والمادة (١١١٩) من القانون المدني المصري. وقد تناول كتاب قانونيون كثيرون بالمناقشة موضوع ما اذا كان يحد من حرية اختيار الاطراف قيود، بيد انهم لم يستبعدوا أياً من الآراء التي ترمي الى اطلاق حرية الاطراف في اختيار القانون الدولي العام عندما يكون العقد مبرماً مع شخص دولي، وعندما تقضي طبيعة الاشياء بان تكون هناك علاقة وثيقة بالقانون الدولي الموجود من قبل^(١٣)، بيد أنه يصعب الموافقة على هذا الرأي، ذلك أنه إذا لم يكن هناك أي من المعايير العديدة المعروفة في النظام القانونية الوطنية المختلفة، والمتعلقة بمدى حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد فإنه يستبعد اختيار القانون الدولي، وهو أمر متصور ذلك أن قواعد التنازع الداخلية تهدف بصفة عامة إلى حل مشكلة نازع القوانين الناشئة عن عقود مبرمة بين اشخاص خاصة ويندر ان تشترط هذه العقود تطبيق القانون الدولي العام باعتباره القانون الواجب التطبيق فضلاً عن ان قواعد التنازع الداخلي المتعلقة بقابلية القانون الذي يختاره اطراف التعاقد للتطبيق، تفترض - بصفة عامة - انه ايأ كان هذا القانون الواجب التطبيق، فإنه ان يخرج عن كونه احد القوانين الوطنية، وليس القانون الدولي. وعلى سبيل المثال فإنه - بالنسبة لقواعد التنازع الاتفاقية، تنص المادة الثانية من اتفاقية لاهاي سنة ١٩٥٥ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على المبيعات الدولية للسلع (The Hague Convention of 1955 on the law Applicable to International Sales of Goods)^{١٤} على سبيل المثال، على انه (.. يحكم البيع القانون الداخلي للدولة التي يحددها الاطراف المتعاقدة ..) فضلاً عن ذلك، فإن القيود القانونية على حرية الاطراف التعاقدية في تحديد القانون الذي يحكم العقد، ليست مقصورة على تلك التي تحددها قواعد تنازع القوانين التي يتضمنها قانون العقد أو المعاملات التجارية، فقد تكون هناك قيود أخرى تحددها، مباشرة أو بطريقة غير مباشرة تتمثل في، النصوص الدستورية أي بعض النصوص الأساسية الأخرى خلافا لتلك القواعد المتعلقة بالعقد الخاص.

بيد أن مثل هذه النصوص الوطنية لا يمكنها أن تستبعد تطبيق القانون الدولي بالنسبة للأمور التي تستوجب هذا القانون تطبيق قواعده عليها، بينما تستبعد الاختيار العقدي للقانون الدولي، وإن لم تنص صراحة على ذلك.

رابعا - صلة اتفاق الدولة بالقانون الدولي:

ويبقى التساؤل عن مدى اتصال اتفاق الدولة مع أجنبي بالقانون الدولي، وهل حقيقة أن أحد أطراف التعاقد دولة، يستوجب بالضرورة أن تكون هناك صلة وثيقة بالقانون الدولي العام الموجود من قبل .. ؟

يمكن القول بوجود مثل هذه الصلة الوثيقة، إذا ظهرت الدولة في التعاقد مع كيان خاص أجنبي بوصفها شخصا من أشخاص القانون الدولي، وليس بوصفها سلطة وطنية أو مقترضة. ومن ناحية أخرى، فإن الصلة بين القانون الذي يختاره الأطراف كي يحكم الاتفاق، والاتفاق ذاته، من الأمور النسبية التي ينبغي فحصها في ضوء القانون الأقوى حجبا ليحكم الاتفاق وقد لاحظ الأستاذ Reese في هذا الصدد أنه «.. ليست نية الأطراف في المعيار الوحيد في قانون العقد، فيجب أيضا مراعاة مصالح الدولة، ذلك أن كل دولة تحد من حرية أطراف العقد، بطرق متعددة، ودرجات مختلفة، ومن الأمور المستقرة، أنه يجب أن يكون هناك مدى لا يستطيع الأطراف عند اختيارهم للقانون تجاوزه للتهرب من القيود التي تفرضها الدولة على سلطتهم التعاقدية، ذلك أن الدولة لها مصلحة كبيرة في العقد الذي سوف يحكمه قانونها عند غياب اختيار الأطراف للقانون^(١٥) وعلى ذلك يمكن القول، بأنه لما كان قانون الدولة الطرف ليس فقط قانون الدولة الأكثر اهتماما بالاتفاق الذي يغطي استغلال بعض مواردها الحيوية، وإنما هي أيضا قانون محل التعاقد (contracts) و قانون موقع ال (ex rei eitae)، فضلا عن قانون محل الفصل في النزاع (Lex loci solutionis) فإنه لكي يكون اختيار الأطراف القانون الدولي فعالا، خاصة في حالة اختيارهم الضمني أو المقترض فينبغي أن يعترف بهذا الاختيار قانون الدولة الطرف، وأن يكون ذلك طبقا لمتطلبات قواعده الأساسية^(١٦).

المطلب الثالث

تطبيق المبادئ القانونية المشتركة بين دول أطراف التعاقد

تزايد اللجوء إلى المبادئ القانونية المشتركة بين دول أطراف ومضاف إليها المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الدول المدينة ومبادئ العدالة، بوصفه القانون الذي يحكم اتفاق القرض.

أولاً : الاشتراطات التعاقدية التي تشير إلى تطبيق المبادئ القانونية المشتركة:

١- تنص المادة السادسة من اتفاق القرض المبرم بين هيئة قناة السويس، والصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية في ٦/٧/١٩٧٤ والخاص بإعادة فتح قناة السويس على أنه (تطبق هيئة التحكيم المبادئ العامة المشتركة في القوانين السارية في أراضي المقترض ودولة الكويت، وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ المشتركة تطبق هيئة التحكيم المبادئ العامة للقانون ومبادئ العدالة^(١٧)).

٢- تنص المادة (٤٦) من اتفاق القرض المبرم بين شركة النص الأسمدة والصناعات الكيماوية وصندوق أبو ظبي للانماء الاقتصادي العربي، في ٣/٤/١٩٧٥ والخاص بتمويل مشروع سماد طلخا على انه (..تطبق هيئة المبادئ العامة السارية في دولة المقترض وامارة ابو ظبي والمبادئ العامة للقانون ومبادئ العدالة).

٣- وتنص المادة (٤٩) من اتفاق القرض المبرم بين هيئة السكة الحديدية والصندوق السعودي للتنمية في ٢٩/٤/١٩٧٦ والخاص بتطوير السكك الحديدية على انه (.. سوف تقوم هيئة التحكيم بتطبيق المبادئ العامة المعروفة في القوانين الحالية للمقترض وفي اللوائح السارية بالمملكة العربية السعودية ولمبادئ العدالة).

٤- وتنص المادة السادسة من اتفاق القرض المبرم بين هيئة قناة السويس وصندوق أبو ظبي للانماء الاقتصادي العربي في ٦/٧/١٩٧٨ والخاص بتمويل تطوير قناة السويس تطبق هيئة التحكيم المبادئ العامة المشتركة بين قوانين الدول العربية والأعراف السائدة في المعاملات الدولية ومبادئ العدالة.

٥- وتتص المادة الرابعة من اتفاق القرض بين حكومة جمهورية مصر وصندوق النقد العربي العامة المشتركة بين قوانين الدول العربية والأعراف السائدة في المعاملات الدولية ومبادئ العدالة.

ثانيا - تأصيل الاتجاه نحو تطبيق المبادئ القانونية مشتركة

أكد سافيني منذ أكثر من قرن، امكان تجزئة العقد والفصل بين جوانبه والالتزامات الناشئة عنه، وأستند كل منها إلى قانون معين هو عادة عند عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية - قانون محل التنفي (ex loci executions) ، وتأثر القانون الدولي الخاص في البلاد ذات الصبغة الجرمانية برأي سائيني^(١٨)، وبالغ القضاء السويسري في ذلك إلى حد الفصل بين انعقاد العقد وأثاره ؛ واخضاع كل من الامرين لنظام قانوني مختلف، بيد أن هذه التجزئة لم تستمر حيث عدلت عنها المحكمة الاتحادية العليا في حكم حديث لها^{١٩}. ويتجه الرأي الغالب فقها وقضاء في ملف الدولي، إلى وجوب المحافظة على وحدة الرابطة العقدية بإخضاع العقد في مجموعة لنظام قانوني واحد.

وإن كان هذا لم يحل دون ظهور اتجاهات حديثة تهدف إلى اسناد العقد في مجموعة إلى أكثر من نظام قانوني، وقد بدأ هذا الاتجاه بصفة خاصة في نطاقي مقود الشركة، حيث تتضمن من النصوص ما يقضي بخضوعها إلى أكثر من قانون وقد تعددت المحاولات حديثا للاتفاق على أسس معينة لإنشاء شركات أوروبية في إطار اتفاقية منظمة الوحدة الاقتصادية بين دول غرب أوروبا. ولم يقتصر الأمر على هذا الحد، وإنما جرى العمل في صدد كثير من العقود التي أبرمتها منظمة الفحم والصلب الأوروبية (C.E.C. A) على اشتراط اخضاع العقود للمبادئ العامة المشتركة بين الدول الأعضاء. وإذا كانت الأمثلة السابقة تكشف عن اتجاهات داخل مجموعة من الدول التي تتقارب نظمها القانونية وتسعى إلى الاندماج (integration)، وتطبق أكثر من قانون ليحكم شركات تمتد أوجه نشاطها إلى أكثر من دولة الا تعتبر الشركة أجنبية في أي من تلك الدول، أو لتنظيم عقود تنتج آثارها في مختلف دول السوق الأوروبية المشتركة، فان هناك أمثلة أخرى دعت إليها على

عكس ذلك تماما روح عدم الثقة في اخضاع العلاقة إلى قانون دولة معينة، خشية حدوث تغييرات غير متوقعة في هذا القانون، أو لكونه قانونا غير متطور بدرجة كافية^(٢٠). وقد يتعذر التوصل إلى القواعد المشتركة بين النظم القانونية المتعددة التي يشير العقد إلى ضرورة مراعاة أحكامها، وعندئذ لم يعد هناك سبيل إلى كل ما قد يثور من منازعات، إلا اللجوء إلى مصدر أعلى من المصادر القانونية الوطنية، وذهب كثير من المحدثين إلى أنه يكمن ذلك المصدر الأعلى في المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الدول المتمدينة وينادي كثير من أعلام القانون الدولي المعاصرين في العالم الغربي بضرورة التوسع في فكرة الاسناد، بحيث لا تقف عند تحديد نظام داخلي لدولة معينة أو المجموعة من الدول بوصفه القانون الواجب التطبيق، وربما تتجاوز ذلك إلى التحليق في سماء المبادئ العامة وربط العقد بها مباشرة^(٢١)، وبعبارة أخرى، فإن العقد لا يكون خاضعا في رأيهم لنظام قانوني داخلي في إحدى الدول أو أكثر من نظام قانوني داخلي، وإنما يتم اسناد العلاقة العقدية إلى نظام قانوني اسمي، يستخلص من الدراسة المقارنة لما هو مستقر في ضمير مختلف النظم القانونية من مبادئ عامة .

ثالثا - كفاية المبادئ القانونية المشتركة

يثور التساؤل هل تحكم الاتفاق النظم القانونية السائدة في الدول اطراف التعاقد أم المبادئ القانونية المشتركة في هذه الدول ؟ وهل هذه المبادئ الأخيرة تشكل في حد ذاتها نظاما قانونيا؟.

إن اتفاقات القروض التي تبنت هذا النمط التحديد القانون الذي يحكم الاتفاق، أشارت إلى أنه تم اختيار هذه المبادئ كنتيجة لاختلاف جنسيات الأطراف (The diverse nationalities of the parties) ويوضح هذا الفكر أن الصفة الأجنبية (foreignness) لأطراف عقد القرض وليست الطبيعة العامة للطرف المقترض، وطبيعة موضوع العقد، هي التي دفعت الأطراف المتعاقدة إلى اختيار المبادئ القانونية المشتركة في الدول التي ينتمون إليها، كما يؤكد انطباق هذه المبادئ تحقيق نوع من المساواة بين الأطراف، ذلك أنها تعني أن انطباق المبادئ القانونية للدولة

المقترضة على المستثمر الأجنبي يكون فقط في حالة تضمين قانون دولة الأخير مثل هذه المبادئ^(٢٢). ومع ذلك يظل محتملا ندرة أو قلة هذه المبادئ المشتركة، خاصة إذا أخذنا في الاعتبار الحقيقة التي مؤداها أن المقترضين الأجانب يتبعون - بصفة عامة- دولا لديها فائض من رؤوس الأموال، بينما تكون الدولة المقترضة في حاجة لرؤوس الأموال للتنمية، وعلى ذلك فانه من الأمور الأكثر احتمالا أن تكون قوانينها التي تعكس مصالحها متباينة بالنسبة للقروض والتنمية وإلى جانب ندرة أو قلة المبادئ القانونية المشتركة في الدول اطراف التعاقد أطراف التعاقد، فان انطباق هذه المبادئ لا يسهم في تطور القانون الواجب التطبيق كذلك، فان مؤدي تطبيق المبادئ القانونية المشتركة بين الدول أطراف التعاقد تطبيق مبادئ قانونية متباينة على اتفاقات القرض المختلفة النافذة في ذات الدولة كما أن الإشارة إلى تطبيق المبادئ القانونية المشتركة لدول أطراف التعاقد، وفي حالة غيابها تطبيق المبادئ العامة للقانون، يفترض ادراك أطراف التعاقد، الصعوبات التي يكتنفها هذا النص والا ما بزغ النص بهذه الصياغة، وإن كانت أطراف هذه العقود قد أشارت صراحة إلى اختلاف جنسياتهم كمسوخ لتحديد القانون الذي يحكم اتفاقهم على هذا النحو، فيبدو أن هدفهم الأساسي هو حماية المقرض الأجنبي من أي إجراء تعسفي تتخذه الدول المقرضة مستقبلا بإرادتها المنفردة يؤثر في حقوقه التعاقدية كذلك، وإن كان النص على اختيار المبادئ المشتركة الدول التي إليه الأطراف، لتحكم الاتفاق، يوضح اعتراف الدولة المقترضة بأنه من المصلحة المتبادلة للأطراف على المدى الطويل أن يؤمن المقرض ضد أي إجراء تعسفي يهدف إلى تعديل الاتفاق، فانه يوضح كذلك اعتراف الطرف الأخير بوجوب الاعتراف للدولة المقترضة بما يكون للدولة، في ظل الظروف المماثلة، من حق في ممارسة سلطتها التشريعية^(٢٣).

رابعا - تأصيل اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون ومبادئ العدالة :

تعترف إحدى المدارس الفكرية الحديث بوجوب تأسيس العقد على نظام قانوني معين، بيد أنها - وفي الوقت نفسه - تجد أن القانون الوطني للدولة الطرف، والقانون الدولي غير مناسبين للتطبيق على اتفاقات التنمية الاقتصادية وتدعو لتطبيق طائفة

ثالثة من النظم القانونية تتكون من المبادئ العامة للقانون ومبادئ العدالة بوصفه نظاما أكثر مناسبة لحكم اتفاقات التنمية الاقتصادية وقد أطلق على هذه الطائفة الثالثة من النظم القانونية قانون عبر الدول^(٢٤). وقد لاحظت أفكار هذا القانون منذ سنوات عدة مضت أنه لم يستترع انتباه الفقهاء إلا أخيرا، وما زال هذا النظام القانوني يتأسس بصفة رئيسة على دراسات الفقهاء، أكثر من استناده على سلوك الدول والمنظمات الدولية، وسلوك الأجهزة القضائية، وكذا بعض أحكام محاكم التحكيم.

خامسا - الصفة الاحتياطية للمبادئ العامة للقانون:

لم تتضمن أي من اتفاقات القروض التي أبرمتها مصر نصا يشير مباشرة وبصفة أصلية إلى المبادئ العامة للقانون المعترف بها من الأمم المتحدة - بوصفها القانون الذي يحكم الاتفاق وعلى ذلك صدق هنا القول الخاص بالاتجاه السلبي لأطراف اتفاقيات القروض في اختيار القانون الدولي بوصفه القانون الذي يحكم الاتفاق، على اتجاهاهم نحو اختيار المبادئ العامة للقانون المعترف بها من الأمم المتمدينة، كنظام مستقل و قائم بذاته يحكم اتفاقيات القروض الدولية بطريقة مباشر .

ومع ذلك، فقد لاحظنا إشارات عديدة إلى هذه المبادئ في اتفاقيات القروض الدولية، باعتبارها قانونا مساعدا (Subsidiary Law) واجب التطبيق، عند عدم وجود مبادئ قانونية مشتركة بين دول أطراف التعاقد تحكم اتفاقهم.

وقدم اتفاق القرض المبرم بين شركة سوناطراك (ممثلة للحكومة الجزائرية ومجموعة شركات ايراب سنة ١٩٧٨ نموذجا معقدا للنص الذي يحدد القانون الواجب التطبيق، حيث نصت المادة (١٤) منه على انه «... نظرا لاختلاف جنسيات اطراف هذا الاتفاق، فانه يفسر وينفذ وفقا لمبادئ القانونية المشتركة بين الجزائر ودول الاطراف الأخرى في هذا الاتفاق، وفي حالة عدم وجود مثل هذه المبادئ المشتركة تطبق المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الدول المتمدينة، بما في ذلك القواعد التي تطبقها المحاكم الدولية ..»

ولعل مثل هذا النص جاء وليد الظروف التي لابتسته، حيث أضحي موضوع القانون الواجب التطبيق على اتفاقات القرض هو الموضوع الأساسي أمام محاكم

التحكيم والمحاكم الوطنية، محل اهتمام كثير من الفقهاء، وبعد صياغة هذا النص، محاولة التوفيق بين وجهات النظر المتباينة، تلك التي تدعو لتطبيق قانون الدولة الطرف في العقد، وتلك التي تنادي بتطبيق القانون الدولي كما يرجع هذا النص فيه لتباين جنسية أطرافه، ونبتت نصوص مماثلة لنص المادة ١٩ سالفه الإشارة في عديد من اتفاقات القروض الحديثة كما تضمنت المبادئ العامة المادة (٤٢/١) من اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين إحدى الدول ورعايا الدول الأخرى سنة ١٩٦٥ وقد خلاص القضاء كذلك إلى أن إشارة الأطراف إلى تأسيس اتفاقهم على «... مبدأ التنمية الصادقة وحسن النية... أو مبدأ حسن النية والمساواة...» أو مبادئ العدالة أو أي تعبير آخر مماثل يعني اتجاه نيتهم إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون .

وتشير هذه الأنماط المختلفة من النصوص التي تحدد القانون الواجب التطبيق إلى طائفتين من المبادئ القانونية، الأولى تلك المبادئ القانونية المشتركة بين دول أطراف التعاقد، أما الطائفة الثانية هي المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الدول المتمدينة بما في ذلك تلك التي طبقتها المحاكم الدولية في هذه الطائفة الأخيرة مشروط تطبيقها بواحد أو أكثر من الشروط التالية : أما عدم وجود نص في القانون الوطني يحكم النزاع أو عدم اتفاق الاطراف بشأن القانون الذي يحكم النزاع أو في حالة غياب المبادئ القانونية المشتركة بين دول أطراف التعاقد، وعلى ذلك تعد المبادئ العامة للقانون السائدة في الدول المتمدينة، قانونا ثانويا أو مساعدا أو احتياطيا مشروط انطباقه بتوافر شروط معينة، وإن كان القاسم المشترك فيها بالنسبة لغالبية اتفاقات القروض الدولية في غياب المبادئ المشتركة بين دول أطراف التعاقد.

سادسا - أساليب تطبيق المبادئ العامة للقانون:

إذا كانت المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الدول المتمدينة يمكن أن تنطبق على أي اتفاق بين دولة وأجنبي، فإن ذلك لا يستوجب بالضرورة أن تحكم العقد برمته. ويفترض اعتراف القوانين الوطنية بهذه المبادئ وبقابليتها للتطبيق

بوصفها جزءا منها، ولعله من الأمور الأكثر احتمالا أنه عندما يحكم العقد قانون وطني التطبيق على الاتفاق في هذا القانون^(٢٥)، تتمثل في المضمون مع معين، أو بتحديد أكثر، قانون الدولة الطرف، فإن القاعدة القابلة نظيرتها في المبادئ العامة للقانون. ومن الأمور ذات الدلالة أنه في العديد من قضايا التحكيم التي تضمنت اتفاقات دولة وأجنبي، وحيث طبقت المحكمة المختصة المبادئ العام القانون، فإن المحكمة سعت إلى إثبات أن المبادئ المطبقة معترف بها كذلك في قانون الدولي الطرف في الاتفاق. على سبيل المثال، نجد في قضية (Lena Goid Fields Ltd.)، الشهيرة ضد الحكومة السوفيتية سنة ١٩٣٠ والتي تعد سابقة لتطبيق المبادئ العامة للقانون، أن محكمة التحكيم تقرر أنه "في الأمور الداخلية كافة في الاتحاد السوفيتي، تطبق قوانين روسيا السوفيتية إلا إذا تم استبعادها بمقتضى العقد، وتبعا لذلك، فإنه فيما يتعلق بتنفيذ الطرفين للعقد داخل الاتحاد السوفيتي، يكون القانون الروسي هو القانون الصحيح للعقد، أي أنه القانون الذي يفسر العقد وفقا له... ولكن ... لأغراض أخرى يجب اعتبار المبادئ العامة للقانون، كما هي واردة في المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الدائمة في لاهاي، القانون الصحيح للعقد وقد أسست المحكمة حكمها الذي أصدرته لصالح Lena على المبدأ عالم الاتراء بلا سبب (Unjust enrichment) ، وفي هذا المجال فقد لاحظت المحكمة أن هذا المبدأ معترف به في «قانون القارة» (Continental law) بما في ذلك روسيا السوفيتية وبالمثل، في قضية تحكيم قطر سنة 1953، لاحظ المحكم (Alfred Bucknill) أن القانون الاسلامي في قطر ليس كافيا لتفسير العقد، وعلى ذلك قرر تطبيق (مبادئ العدالة، والمساواة، وحسن النية".

كما لاحظ Lalive أن التماثل بين المبادئ العامة للقانون والقواعد المناسبة في قانون الطرف، تضمنه الحكم في قضية (Sapphire) سنة 1963 ذلك أنه بعد أن قرر الحكم المنفرد في النزاع، أن القانون الايراني غير قابل للتطبيق، أسس حكمه - بصفة رئيسية - على مبدئين من المبادئ العامة للقانون، وهما مبدأ المتعاقد عبد تعاقد، والمبدأ القائل بأن "اخفاق أحد طرفي العقد في الوفاء بالتزاماته اعتداء على

العقد، يعفي الطرف الآخر من التزاماته، ويرتب له الحق في التعويض النقدي لما لحقه من أضرار...". وقد أقر المحكم أن كلا من هذه المبادئ معترف بهما في القانون الإيراني وتوضح لنا مثل هذه القضايا، مدى التماثل بين القواعد المناسبة في قانون الدولة الطرف والمبادئ العامة للقانون فضلا عن ذلك، يمكن أن يتضمن القانون الوطني الذي يحكم العقد هذه المبادئ كلها أو بعضها، وذلك بطريق مباشر، عندما يحيل العقد إليها، فقد تضمن العديد من اتفاقات القروض الدولية نصوصا تحيل إلى مبادئ القانون المشتركة بين الدول الأطراف، وفي حالة عدم وجود مثل هذه المبادئ تطبق المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الدول المتمدنة، ويمكن تفسير مثل هذه الاشتراطات العقدية كما لو كانت تقضي بإدماج هذه المبادئ في الاتفاق، وعلى ذلك تغدو قابلة للتطبيق، كجزء من الاتفاق، طبقا للقانون الوطني الذي يحكم العقد، ومن جانب آخر، تكون المبادئ العامة للقانون قابلة للتطبيق كمصدر من مصادر القانون الدولي على الاتفاق المبرم بين الدولة وأجنبي، وذلك إلى المدى المحدد في القانون الدولي، عندما يكون هذا القانون الأخير واجب التطبيق. ويلاحظ أنه في جميع الحالات السابقة، لا تنطبق المبادئ العامة للقانون مستقلة عن القانون الداخلي أو القانون الدولي، كما لا تعليق على أي من الاتفاقيات المبرمة بين الدولة وأجنبي بطريقة شاملة ومطلق، ولكنها تنطبق كجزء منه، وبالخضوع للشروط المحددة في القانون الداخلي، أي القانون الدولي الذي يحكم العقد، وهي تنطبق من القانون الوطني، أي كانت درجة تخلف هذا القانون، ذلك أن دور المبادئ العامة للقانون في اثراء وسد ما يعتري القانون الوطني من فراغ، وحل المشاكل الناجمة عن اتفاقات التي يحكمها هذا القانون.

سابعاً - شروط تطبيق المبادئ العامة للقانون:

ان كانت هناك ممارسة نامية تتضمن تطبيق المبادئ العامة للقانون على عقود الدولة، فانه لايزال هناك عدد من المشكلات تعترض هذا التطبيق، وعلى أن هذه المشكلات أهمية في تحديد الشروط التي يطبق بمقتضاها المبادئ العامة للقانون، وكذلك تحديد المحتويات الدقيقة للقواعد المعنية ولم يتضح تماما بعد الشروط التي

يكون بمقتضاها قانون عبر الدول قابلا للتطبيق على عقود الدولة المعنية، ولكن يمكن القول بطبيعة الحال، بقابلية هذا القانون الانطباق عندما يورد الأطراف في العقد نفسه نصا يفيد أن القانون الذي يحكم العقد هو ((المبادئ العامة للقانون)) وإلى جانب هذا التعبير المباشر والصريح لتطبيق هذا وإلى جانب هذا التعبير المباشر والصريح لتطبيق هذا القانون، فإن القصد المماثل للأطراف يمكن الاستدلال عليه عندما يتفقون على إحالة ما قد يثور بينهم من منازعات إلى محكمة دولية كذلك، ذهب الفقيهان (Carlston)&Verdross إلى القول بأن الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات له دلالة أيضا على وجود مثل هذه النية، وإن كانت هذه القرينة غير مؤكدة في جميع الحالات لإثبات العكس.

وأخيرا وليس آخرا، فقد يطبق المبادئ العامة للقانون أحيانا عندما لا ينص على نظام قانوني آخر يحكم العقل أو من أجل تكملة قواعد قانونية أخرى قابلة للتطبيق ويبدو مؤكدا أن نية الأطراف، في كل حالة على حدة، في العامل الأكثر أهمية في تحديد ما إذا كان هذا القانون قابلا للتطبيق من عدمه كما لاحظ Calvert أنه وإن كان عدم كفاية بعض النظم القانونية يعدّ السبب الرئيس لنمو تطبيق المبادئ العامة للقانون، إلا أنه لا يوجد شاب يدعو للحد من قابلية هذه المبادئ الانطباق على الحالات التي يكون فيها أحد الأطراف. وافترضا الدولة - لا يملك نظاما قانونيا كاملا بدرجة كافية، وإن كان الأمر الأكثر احتمالا هو الاحالة لقانون عبر الدول وفي تحديد المحتويات الدقيقة للمبادئ التامة للقانون الواجبة التطبيق ذهب (Fatouros) القول بأن العلاقة الوثيقة بين قانون عبر الدول والقانون الدولي العام، تجعل من الأمور الأكثر احتمالا اعتماد الأول على الثاني في تحديد هذه المحتويات، وأضاف أنه أيا كان القول عن مدى التفرقة بين النظامين القانونيين، فإنه يظل صحيحا أن تبني القانون الدولي لقواعد معينة من "القواعد العامة لقانون المعترف بها في الدول المتمدنة"، يعد دليلا مناسباً على صلاحيتها كمبادئ قانونية، وعلى تزايد قبولها في الدول المتمدنة^(٢٦).

وقد يوجد أساس لهذا القول في بعض اتفاقيات القرض؛ التي بينما تنص على تطبيق المبادئ العامة للقانون، تشير بصفة خاصة ((إلى القواعد التي تطبقها المحاكم الدولية))^(٢٧) ومن جانب آخر، يجب ألا يغيب عن البال أن القانون الداخلي، ما زال يحتفظ بأهميته باعتباره المرجع الأخير لهذه المبادئ الواجبة التطبيق بيد أن المحامي الانجليزي (Mann) أوجب عدم الأخذ بهذا القول على إطلاقه، ودعا لمعاملته بحذر نسبي، وذلك فقط لتوضيح المحتويات التي مازالت غامضة وفي شأن غالبية المبادئ وإذا كان ليس صحيحا أن كل ما لدى القانون الخاص صالحة التطبيق في القانون الدولي^(٢٨)، فذلك ليست كل المبادئ العامة القانون المعترف بها في القانون الدولي قابلة للتطبيق على عقود الدولة فيجب أن نضع في الحسبان - بادئ ذي بدء - الطبيعة الخاصة لهذه العقود التي هي السبب الرئيس لتطبيق القواعد القانونية الخاصة وقد أسهم مشروع بحث هارفارد الأخير، في تقديم مساهمة في هذا الصدد: حين أشار إلى "المبادئ التي تعترف بها النظم القانونية الرئيسية في العالم (Principal Legal Systems of the World) بوصفها قابلة للتطبيق على العقود الحكومية. وقد أوضح أحد مديري مشروع بحث هارفارد مضمون هذا النص عندما قرر (أن قانونا حديثا للعقد الحكومي في دور النمو وعلى ذلك فان القاعدة الواجبة التطبيق يجب أن تتشابه مع القواعد في العقود الحكومية).

ثامنا - مشاكل تطبيق المبادئ العامة للقانون:

وتحديد مضمون هذا المصدر القانوني الذي قد يكون واجب التطبيق على

الاتفاق، بين عدة تساؤلات جوهرية:

(أ) ما هي المبادئ العامة القانون المعترف بها في الدول المتمدينة الواجبة التطبيق؟ هل تتضمن مبادئ القانون العام القانون الاداري، والجنائي، والمالي، وما إلى ذلك أم أنها تتضمن مبادئ القانون الخاص فقط؟ أكثر من ذلك، هل تتضمن هذه المبادئ مبادئ القانون المعترف بها في الدول المتمدينة بالنسبة للعقود بوجه عام، أم بالنسبة للعقود الخاصة بالاستثمار، وبصفة خاصة، عقود القروض الدولية المبرمة مع أشخاص وهيئات أجنبية.

ب) متى تطبق هذه المبادئ العامة للقانون؟ هل تطبق عند تعارض المبادئ في النظم القانونية للدول الأطراف المتعاقدة بالنسبة لموضوع النزاع؟ كذلك إن كانت المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الدول المتمدينة واجبة التطبيق عند تعارض النظم القانونية للدول الأطراف المتعاقدة بالنسبة لموضوع النزاع، فما هو الحال عندما يتضمن قانون أحد الأطراف حكما معيناً بينما يغفل قانون الطرف الآخر معالجة هذا الموضوع؟ ومثال ذلك عندما ما يتضمن قانون الدولة المقترضة لقاعدة تحظر الفائدة، بينما لا توجد في قانون دولة المقرض قاعدة تسمح أو تحظر الفائدة، هل نلجأ في هذه الحالة إلى المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الدول المتمدينة؟.

ج) كيف تطبق المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الدول المتمدينة؟ هل تطبيق باعتبارها مبادئ القانون الوطني المشتركة في دول أطراف التعاقد، وعلى ذلك تخضع للقواعد الدستورية والتنظيمات القانونية النافذة في الدول الأخيرة، أو تطبق باعتبارها مبادئ النظام القانون الدولي أو غير الوطني متحررة من أي قيود وتنظيمات؟

الخاتمة

وفي ضوء ما تقدم، يمكننا القول بوجود خضوع عقد القرض الدولي المبرم بين الدولة والأجانب للقانون الوطني لدولة ما، وقد اعتنقت المحكمة الدولية هذا الرأي وقضت في كثير من أحكامها بخضوع العقود التي تبرم بين الدولة والأجانب للقانون الوطني، كما عبر عن هذا الرأي قضاة المحكمة الدولية في آرائهم المنفصلة، كذلك فإن عدداً من قرارات لجان الدعاوى الدولية، والمحاكم الوطنية ومحاكم التحكيم، فضلاً عن آراء فقهية جادة ومعترف بها تمسكت بوجود تطبيق القانون الوطني على عقود الدولة مع مستثمرين أجانب وقد لا تكون هذه الآراء المختلفة قاطعة الدلالة ومستقرة لا تقبل الجدل، بيد أنها وعلى أي نحو مست شمول وجدية تلك المعاني.

ونرى أن هذه الآراء التي تنادي بوجود تطبيق القانون الوطني على عقد

القرض الدول يهي محصلة أربعة أفكار عامة هي:

١- أن أي اتفاق بين الدولة والمتعاقد معها لا يمكن أن يوجد بعيداً عن نظام قانوني يؤسس مشروعيته ويحدد مداه واثاره ويوضح دلالاته القانونية.

٢- ان النظام القانوني الواجب التطبيق على أي اتفاق، اما ان يكون النظام القانوني لدولة ما، واما ان يكون النظام القانوني الدولي وبين هاتين الطائفتين من النظم القانونية، لا يوجد نظام قانوني ثالث مستقل عنهما ،وعلى ذلك فان المبادئ المشتركة او العامة للقانون والعرف المالي والتجاري يمكن تضمينها في الاتفاق كما يمكن تطبيقه عليه كجزء من النظام القانوني الواجب التطبيق او باعتبارها احد مصادره ولكنها لا تشكل بذاتها نظاما قانونيا مستقلا له قوته القانونية الخاصة.

٣- الدول فقط، متميزة عن الأشخاص الطبيعية او المعنوية الخاصة الأخرى تخضع للقانون الدولي ، وعلى ذلك يمكنها ان تكتسب حقوقا وتتحمل بالتزامات عقدية مباشرة في ظل القانون الدولي عندما تتصرف باعتبارها أشخاصا لهذا القانون ، ولا يمكن ان ينسحب هذا القول على أي اتفاق اخر لا يتم بين اشخاص القانون الدولي باعتبارهم كذلك.

٤- ان القانون الوطني الواجب التطبيق على أي اتفاق يبرم بين الدولة والاجنبي يتحدد طبقا لقواعد القانون الدولي الخاص واجبة التطبيق وتفترض هذه الطريقة في تحديد القانون الوطني، ان المحكمة المختص لها نظامها الخاص بتنازع القوانين ، بيد ان هذا الافتراض لا يتحقق في حالة ما اذا كانت المحكمة المختصة لا تملك قواعد لتنازع القوانين خاصة بها كما هو الحال بصفة عامة بالنسبة لمحاكم التحكيم.

- (1) P.C.I.J Judgment No. 14 (July 12 , 1929), (P.C.I.J . publi. Ser .A , No. 20/21, p.4.
- (2) Verdross, “Qusai-International Agreements and International Economic Transactions”, Y.B World - aff., pp.230-233(1960).
- (٣) الجريدة الرسمية، العدد ٢٧ في ١٩٧٥/٦/٣، ص ٥٢٣. ومن النصوص المماثلة راجع اتفاقيات مصر مع بنك التنمية الإفريقي في ١٩٧٤/١٢/٨، ١٩٧٦/٨/١٩، ١٩٧٨/٦/٢٩، ١٩٧٨/١١/٢، ١٩٧٩/٩/١٣.
- (٤) الجريدة الرسمية، العدد ٢٤، في ١٩٨٠/٦/١٢، ص ٨٣٣.
- (٥) د. احمد الشقيري، نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم الطبيعية، ١٩٦٨.
- (6) Verdross, Op. cit, p.254.
- (7) *Ibid*, p.238.
- (8) El-Kocheri, Ahmed Sadek: La Nation de Contract International, 1962 .p.593.
- (٩) انظر د. حامد سلطان، القانون الدول العام في وقت السلم، دار النهضة، ١٩٧٢، ص ١٠١٩ وما بعدها
- (١٠) د. مفيد شهاب، المنظمات الدولية، دار النهضة، ١٩٧٦، ص ٣٣٤.
- (11) Mann: F.A, The Legal Aspect of Money, ed ., London .1953 .p.44.
- (١٢) تنص المادة ٢٥ من القانون المدني (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه).
- (13) Mann, Op. cit., p.46.
- (١٤) راجع مشروع الاتفاقية الذي وضع في مايو سنة ١٩٥١:
- Am. J. Comp .L., p.275 (1952);
- (15) Reese, “The Power of Parties to Choose Law Governing Their Contract”, (1960) Proceedings of - The American society of International Law, .P.53
- (16) Louis B. Sohn and R. R. Baxter, convention on the responsibility of states of injuries to aliens, Harvard Law School, 1961, p.118.
- (١٧) الجريدة الرسمية، العدد ٢٧، مكرر في ١٩٧٤/٧/٦، ص ٦.

- (١٨) راجع: احمد الشقيري، الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٢١، (١٩٦٥)، ص ٨١ وما بعدها.
- (19) Tribunal Federal Suisse.10 june1952, Revue Critique De Droit International Prive , p.390 et seq (1953).
- (20) Battifol , H., “Traite Elementaire De Droite International Prive Paris”, (1970), p.666.
- (٢١) الشقيري، المرجع السابق، ص ٨٤.
- (٢٢) عائشة راتب، التنظيم القانوني، ١٩٧١، ص ١١٥.
- (23) El-Kocheri, Op. cit., p.606.
- (٢٤) فؤاد رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج ٢، (١٩٧٤)، ص ٣٦٩.
- ٢٥- الأنباري، المرجع السابق، ص ٦١٢.
- (26) A. A. Fatouros, Government Guarantees to Foreign Investors, Columbia Law Review, Vol. 63, No. 3 (Mar., 1963), p.578.
- (٢٧) راجع المادة ١٩ من اتفاقية القرض المبرمة بين شركة سوناطرك ومجموعة شركات ايراب سنة ١٩٧٨.
- (28) Mann, Op. cit., p.734.