

عقود الدولة الاقتصادية بين نظرية الكفاية الذاتية ومبدأ سلطان القانون

د/بن أحمد الحاج.

أستاذ محاضر(أ).

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

جامعة سعيدة – الجزائر-

البريد الإلكتروني: benahmed.hadj@yahoo.com

الملخص:

تنطوي عقود الدولة الاقتصادية على لا تكافؤ قانوني يرجح لصالح الدولة المتعاقدة التي تملك سلطة سن القانون وتطبيقه، وعلى لا تكافؤ اقتصادي يرجح لصالح الطرف الاجنبي الذي يملك التكنولوجيا ورأس المال، وهو ما يجعل لهذا النوع من العقود خصوصية تتميز بها عن سائر العقود الاخرى المبرمة في نطاق العلاقات الاقتصادية الدولية، وهذا ما دفع جانبا من الفقه مدعوما بالعديد من أحكام قضاء التحكيم الى القول بضرورة ايجاد نظام قانوني خاص بها يجد أساسه في مبدأ الكفاية الذاتية الذي يجعل العقد كاف ذاته بذاته دون الحاجة الى أي قانون وضعي معين.

مقدمة:

تثير مسألة تحديد النظام القانوني الذي تخضع له العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية العديد من الاختلاف بين الأنظمة القانونية الوطنية والقضاء والفقه، فبينما يصر البعض على ضرورة اخضاعها لقانون الدولة المتعاقدة أو على

الأقل لقانون عبر دولي، ظهر اتجاه آخر يؤكد على امكانية تحريرها من ربة القانون بصفة نهائية و اخضاعها لقانون ذاتي مستمد من الشروط التي يتفق عليها الطرفان.

فلقد أصبح بديهيا لدى جانب هام من الفقه في الوقت الحاضر أن القوانين الوطنية لم تعد قادرة على حسم كل المشاكل التي تنشأ في نطاق عقود التجارة الدولية بصفة عامة وعقود الدولة بصفة خاصة بالنظر إلى التعقيدات التي تبديها هذه الأخيرة، لذلك كان لزاما تحقيق الكفاية الذاتية للعقد¹، هذه النظرية تستجيب في نظرهم لمعطيات ظاهرة تدويل الإنتاج على المستوى العالمي، والتي أدت إلى خلق علاقات اقتصادية جديدة يصعب السيطرة عليها عن طريق القواعد التقليدية في القوانين الوطنية.²

إن أطراف عقود الدولة لا يخضعون لقانون وطني مشترك، كما أن الاتفاق المبرم بينهم ليس من قبيل المعاهدات الدولية التي تخضع للقانون الدولي، وهذا يعني أنها تشكل طائفة ثالثة من الاتفاقات التي تتميز بأن الحقوق والالتزامات الناتجة عنها تحكم بنظام قانوني جديد صنعته إرادة الأطراف أنفسهم فيكون العقد قد حكم ذاته بذاته، وهنا فقط تتحقق مصالح الأطراف المتعاقدة طالما أن الإرادة المشتركة لا تتجه إلا لما يحقق مصلحتها.³

و سيتم التعرض بالدراسة لهذه النظرية من خلال الحديث عن المقصود بمبدأ الكفاية الذاتية لعقود الدولة أولا، ثم عن وسائل تحقيق هذا المبدأ ثانيا، ثم لنظرة انتقادية لهذا المبدأ ثالثا، وهذا على النحو الآتي:
المطلب الأول: ماهية مبدأ الكفاية الذاتية لعقود الدولة الاقتصادية.

إن البحث في ماهية مبدأ الكفاية الذاتية لعقود الدولة يستوجب الحديث عن مضمون المبدأ أولاً ثم لكيفية تحقيقه، وهذا في ما يلي:

الفرع الأول: مضمون مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي.

لقد استقر الفكر القانوني على أن العقد عموماً هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين⁴، وهذا الأثر هو جوهر التراضي أو الاتفاق بين أطراف العقد وهو لا يكون كذلك إلا بمقتضى ما وضعه هؤلاء من محددات.

إن ما يتصوره أطراف العقد وما يضعوه حول المسائل المتعلقة بهذا العقد تعتبر في الواقع قواعد اتفاقية من شأنها أن تضبط علاقاتهم، هذه القواعد هي قواعد قانونية خاصة، تشبه تلك القواعد الصادرة عن السلطة التشريعية⁵، وتحقق الهدفين اللذين يطمح إليهما أي تشريع وضعي والمتمثلان في العدالة والأمان، لذلك يعتبر الاتجاه الذي يؤيد نظرية الكفاية الذاتية لعقود الدولة أن هذا الأخير هو القانون التعاقدي الدولي أو القانون الدولي للأطراف المتعاقدة⁶.

إن العقد بصفة عامة لا يحتاج لوجوده على خلاف العديد من الأنظمة الأخرى إلى تدخل أية سلطة، ذلك أنه تصرف إرادي يتمتع بتنظيم ذاتي يعود بالأساس إلى إرادة الأطراف دون سواها، إنه بعبارة أخرى قادر على خلق قواعد قانونية فردية دون الرجوع إلى أية قاعدة قانونية وهذا باعتراف المشرع نفسه⁷.

غير أن تمتع عقود الدولة بهذا التنظيم الذاتي لا يعني بالضرورة افتقارها للقوة الملزمة لأن المشرع نفسه هو الذي منح قوة القانون للعقد عن طريق ما يعرف بمبدأ «العقد شريعة المتعاقدين».

وعليه تشكل الشروط التعاقدية الواردة في العقد الذي تبرمه الدولة مع الأشخاص الأجنبية الخاصة في مجموعها قانونا خاصا يحكم جميع جوانبه، وذلك دون الاستعانة بقواعد القانون التي لا تلائمه، وهذا بذاته يمثل نظاما قانونيا مستقلا عن كل القوانين الوطنية وحتى عن القانون الدولي⁸، فالعقد يكفي ذاته بذاته، ومن غير المنافي للحقيقة القول بأن العقد الدولي يعتبر بالنسبة للمتعاقدين كالقانون الذي يصدره البرلمان بالنسبة لأفراد المجتمع المخاطبين به⁹.

وعلى هذا الأساس أصبح جانب من فقهاء قانون التجارة الدولية يبادرون بضرورة الأخذ بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي في مجال عقود الدولة، وفي ذلك يقول القفيه « فوشار »: «إن أحسن السبل للإفلات من قوانين الدول في مجال التجارة الدولية هو اشتراط الحد الأقصى من الأحكام الفنية والتجارية وتسوية الصعوبات الأكثر توقعا، فيستطيع الأطراف الاهتمام بها شخصا، وذلك بوضع شروط خاصة وبعد مفاوضات مباشرة»¹⁰.

وتلعب الصياغة الجيدة للعقد دورا لا يستهان به في تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية، نتيجة تحقيقها لعامل الاستقرار والذي من شأنه أن يغني القاضي أو المحكم عن الاستعانة بقواعد القانون وطنية كانت أم عبردولية. إن الدعوة إلى تحقيق المبدأ السابق تظهر جليا وبأهمية أكبر في بعض العقود الدولية التي تتميز بطابع خاص كعقود التمويل المستندية¹¹، والتي تبرمها الشركات الاستثمارية والشركات متعددة الجنسيات، حيث تقوم بتحرير هذه العقود وصياغتها صياغة محبوكة ومفصلة تفصيلا كاملا على نحو يعالج القصور أو النقص في القوانين الوطنية التي تعرقل مثل هذا النوع

من العمليات ثم تعرضها على الدول أو من يمثلها تمهيدا للاتفاق النهائي بشأنها.

ومسيرةً لهذا النهج ذهبت العديد من الأحكام القضائية إلى الأخذ بنظرية الكفاية الذاتية للعقد الدولي، كأساس لتقرير حق أحد الطرفين على الآخر، وذلك بالاعتماد على شروط هذا العقد وحدها دون الرجوع إلى قواعد القانون الواجب التطبيق¹². ولعل أبرز مثال على ذلك هو ما قرره محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1969/03/05 بشأن النزاع الذي قام بين إحدى الشركات الفرنسية (B.S.N)، وأحد الإيطاليين الذي كان مكلفا بتمثيلها وتوزيع منتجاتها في إيطاليا¹³. فعلى إثر إنهاء الشركة الفرنسية للعقد المبرم بينهما، قام ممثل الشركة برفع دعوى أمام المحاكم الفرنسية يطالب فيها بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا الإنهاء وما تترتب عنه من فقدان للعملاء مستندا في ذلك على نص المادة 29 من قانون العمل الفرنسي المنظمة لأحكام الوكلاء التجاريين، غير أن محكمة الموضوع كانت قد رفضت طلبه، مما جعله يرفع الطعن أمام محكمة النقض، فقررت هذه الأخيرة في موضع حكمها إلى أن: «محكمة الاستئناف قد استطاعت وهي تفسر بإطلاق نية الأطراف عندما تعاقدوا على أن العقد سينفذ خارج فرنسا، أن تقدر أن هؤلاء الأطراف قد اتجهت نيتهن مرتين ومن غير غموض إلى عدم الخضوع إلى القانون الفرنسي ونتيجة لذلك فإنه من الملائم أن يتمسك ببساطة بتطبيق الاتفاق كما حرر، وهو ما يحول دون طلب «ZANARELLI» في الحصول على تعويض عن فقد العملاء»¹⁴.

وعليه يتضح وبشكل جلي أن المحكمة قد اعتبرت أن بنود العقد تكفي بذاتها لحل النزاع دون الرجوع إلى قانون معين رغم أن هناك أكثر من

دليل على انطباق القانون الإيطالي على هذا النزاع، والذي كان سيؤدي إلى الحكم لصالح الشركة الفرنسية.

وإلى جانب هذا يؤكد حكم صادر عن هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية على أن الأطراف قد رغبوا في أن تتم تسوية النزاع دون الرجوع إلى قانون وطني، واستنادا فقط على الأحكام التعاقدية، ووفقا للواقع والأعراف الدولية¹⁵.

كما قضت محكمة استئناف باريس بشأن قضية شركات الخدمات التعاقدية للبريد البحري بأن: «شركات الخدمات التعاقدية للبريد البحري قد نصت على غير أساس بأن العقد يجب أن يستند بالضرورة إلى تشريع بلد محدد... والواقع أن الاتفاقات التي تنتج منها شرط الوفاء بالذهب تعتبر شريعة المتعاقدين»، ومن هذا يتضح أن المحكمة قد أعطت قوة لإرادة الأطراف، وفضلتها على القانون الواجب التطبيق¹⁶.

إن هذا يؤكد على أن قدرة العقد الدولي على خلق قواعد قانونية استنادا إلى البنود والشروط التي يحتويها دون الرجوع إلى أي قانون وطني، وهذا ما يتلاءم بدوره مع مقتضيات التجارة الدولية.

إن وجود مبدأ الكفاية الذاتية على هذا النحو قد تم تحقيقه بوسائل فنية كان أهمها العقود النموذجية وهذا ما سيتم التعرض له في المطلب الموالي:

الفرع الثاني : تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية.

إن أهم وسيلة لتحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي في العصر الحديث هي ما أصبح يطلق عليها بالعقود النمطية أو العقود النموذجية «Contrats-types».

والعقود النموذجية كما يؤكد الفقه هي مجموعة من الشروط التعاقدية بشأن سلعة معينة، تتضمن تفاصيل العقد بحيث يمكن للأطراف المتعاقدة أن تتبنى شكل العقد بالكامل أو ترفضه بالكامل ولا تكون في حاجة إلا لإضافة بعض المسائل كتلك المتصلة بأسماء الأطراف ومكان التنفيذ و زمانه وغيرها من المسائل الأخرى¹⁷.

ومن أشهر المنظمات التي لعبت دورا مهما في إعداد العديد من هذه العقود¹⁸، جمعية لندن لتجارة القمح واللجنة الاقتصادية الأوروبية للأمم المتحدة بشأن توريد الأدوات والآلات اللازمة لتجهيز المصانع، وكذا مجلس المساعدة الاقتصادية المتبادلة لأوروبا الشرقية سابقا.

والمصدر الهام الذي تستلهم منه العقود النموذجية والشروط العامة أصل وجودها هو الأعراف والعادات التجارية، علما أن هذه العقود وتلك الشروط ليست مجرد توحيد لعادات وأعراف وجدت في وسط مجتمع التجار ورجال الأعمال، وإنما يمكنها أن تقرر قواعد جديدة مختلفة عن تلك الموجودة في القوانين الوطنية¹⁹. إن هذه القواعد هي وسيلة من وسائل التجديد القانوني في نطاق العلاقات الاقتصادية العابرة الدولية.

وبواسطة هذا النوع الجديد من العقود أصبح تبادل السلع والخدمات عبر الحدود يتم بسهولة كبيرة، وذلك لأنها تشتمل على أحكام تفصيلية لحقوق والتزامات كل طرف في العقد، وكيفية تنفيذ تلك الالتزامات²⁰، من ذلك تحديد مكان وزمان تسليم المبيع أو تقديم الخدمة و مدتها، ضمان العيوب الخفية، ضمان المخاطر، وكذا تحديد موعد استحقاق الثمن وكيفية الوفاء به، وغيرها من المسائل الأخرى، وبذلك

تساهم هذه العقود في اقتصادٍ للوقت والنفقات، وهو ما يشكل أحد أهم متطلبات التجارة الدولية في الوقت الراهن.

وعلى هذا الأساس تساءل البعض عن الطبيعة القانونية للعقود النمطية والقيمة القاعدية لقواعدها، أي هل تشكل الحلول الواردة فيها قواعد قانونية معيارية أم لا ؟

يرى بعض الفقه أن تواتر الحلول القانونية التي تقنها العقود النمطية والشروط العامة في الأوساط المهنية الدولية من شأنه أن يخلق قواعد قانونية ملائمة تحكم روابط التجارة الدولية²¹.

إن العقود النموذجية والشروط العامة تتمتع بقوة ملزمة في الميدان الذي تستحوذ عليه، وأن هذه القوة الملزمة تستخلص من تشكيل عادات التجارة الدولية المستقرة لعرف ملزم، فالمتعاملون أمام هذه العقود يشعرون أنهم أمام مركز قانوني لا مركز واقعي، ولأن العقود النموذجية تمثل مرحلة أولى في عقود الإذعان حسب بعض الفقه، فإن التكييف الذي أتى به الأستاذ الفرنسي «GOLDMAN»²² ومن شايعه يبدو مقبولا لدى جانب كبير من الفقه حيث اعتبر هذه العقود بمثابة «عقود خلاقة لقواعد عامة» مما يعني أنَّ التفسير الذي له يجب أن يكون تفسيرا موحدا مثل القانون تماما.

وعليه يمكن القول أن العقود النمطية والشروط العامة تقود إلى تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقد التجاري الدولي، مما يعني أن الرجوع إلى أحكام القوانين الوطنية أصبح أمرا نادرا، فالأحكام والشروط الواردة في هذا النوع من العقود تتساوى مع القانون، أو بعبارة أخرى هي قواعد قانونية حقيقية وهذا ما يبرهن عليه واقع العقود الدولية²³. فعلى سبيل المثال تنص الفقرة 59 من دليل تحرير العقود الدولية للتعاون الصناعي والذي أعدته

اللجنة الاقتصادية لأوروبا السابقة للأمم المتحدة على ما يلي: «لقد وجد، مع ذلك أن مختلف أشكال القانون الخاص الوطني لا تتضمن عادة قواعد تتعلق خصوصا بالأشكال الحديثة من العلاقات التعاقدية التي تنشأ من خلال التعاون الصناعي، ونتيجة لذلك ينبغي الاقتراح بأنه يجب على الأطراف أن يضمّنوا عقودهم أحكاما تفصيلية تحدد قانون علاقاتهم الخاص».

ونفس المحتوى تقريبا كانت قد جاءت به الفقرة 89 من دليل تحرير عقود النقل الدولي للتكنولوجيا في الهندسة، الذي أعدته نفس اللجنة²⁴، حيث نصت على أنه: «من المرغوب فيه ألا يعطي العقد مجالا للمنازعات، وألا يجعل القاضي أو المحكم غير قادر على أن يؤسس التسوية على أحكام أو بنود العقد».

هذا ورغم سعي أنصار نظرية الكفاية الذاتية للعقود الدولية إلى إبراز وتبرير ما يذهبون إليه في أطروحاتهم، فإن دعوتهم هذه قد جوبهت بانتقادات عديدة في الفقه الحديث، حيث اعتبرت هذه الأخيرة أن الحلول المزعومة ما هي إلا ترجمة وتأكيد على اختلال موازين القوى من الناحية الواقعية، كونها تعكس فقط مصالح الأطراف الذين يهيمنون على وضعها أو ابتداعها، وهذا ما سيتم التعرض إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: حقيقة عقود الدولة الاقتصادية بين التنظيم الذاتي و سلطة القانون الوضعي.

لقد وزعت الانتقادات التي وجهت إلى هذه النظرية على مستويين: الأول نظري اهتم باستخدام أساليب المنطق القانوني في تفصيلاته الفنية الدقيقة وذلك بتبيان حقيقة العقد بين الإرادة والقانون ونفي صفة القاعدة

القانونية عن العقود النمطية، أما المستوى الآخر، فهو ذو طرح عملي يهتم ببيان العجز عن إدراك الكفاية الذاتية نتيجة القصور في تحرير العقد وثغراته.

وبناء على ما تقدم سيتم التعرض لأهم الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية من خلال ما يلي :

الفرع الأول : حقيقة العقد بين الإرادة والقانون.

إذا كان أنصار مبدأ الكفاية الذاتية للعقد قد استندوا في تبرير مزاعمهم على نص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي²⁵ ، المقابلة لنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري²⁶ والتي تقرر قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، فيظهر أنهم تناسوا أن تلك المادة تخص الاتفاقات التي تبرم وفقا للقانون.

وتظهر أهمية الحاجة إلى القانون وبشكل جلي عند سكوت أطراف العقد عن وضع حل لمسألة معينة هي محل نزاع بينهم، حيث يتولى القانون في هذه الحالة حل تلك المسألة، كما أن القاضي وهو بصدد النظر في النزاع المطروح أمامه، لا يستمد سلطته إلا من القانون²⁷ ، وليس له تبعاً لذلك أن يقضي بإدانة أحد أطراف العقد دون الرجوع إلى القانون.

كما أن الاعتماد على الإرادة لتحقيق كمال العقد يصطدم مع مبدأ آخر هو هيمنة القانون الوضعي²⁸ ، حيث يكون لهذا الأخير القدرة على تقديم الحلول لقطع المشاكل التي تنشأ عن علاقات أطراف العقد.

وإلى جانب كل هذا يؤدي القول بكفاية العقد في ذاته إلى سمو الإرادة الفردية على القانون، كما يعني الاعتراف بالقوة الملزمة لاتفاقات الأفراد، استقلالاً عن القانون، وهذا يبدو غير مقبول في المنطق القانوني، ذلك أنه لا

قيمة للإرادة إلا بمقتضى القانون الذي يعطيها سلطة من أجل ترتيب الأثر المراد .

وإذا كان القانون لا يمنح العقد القوة الملزمة، بل يكشف عنها، على حد قول أنصار مبدأ الكفاية الذاتية، فإنه « لا يمكن نكران أن القانون يؤكد تلك القوة الملزمة، ويضمن فعاليتها بأدواته القانونية»²⁹ ، ذلك أن « مسألة القوة الملزمة للعقد لا تثور أو تحل إلا بالرجوع إلى النظام القانوني الذي يجب أن يندرج فيه العقد، أو ينتج فيه العقد بعض آثاره»³⁰ ، وهذا ما أكدته أحد قرارات التحكيم الشهيرة³¹ ، إذ قضى بأنه من غير المعقول أن يعيش العقد في فراغ قانوني، ولكن يجب أن يستند في ذلك إلى قانون، فالإرادة لا تستطيع خلق روابط اتفاقية إلا إذا أعطاه القانون ذلك مسبقا، وإذا كان العقد يخضع لقاعدة سلطان الإرادة فإن الإرادة يجب أن يعبر عنها في إطار نظام قانوني معين يفرض عليها .

الفرع الثاني: القيمة القاعدية للحلول الواردة في العقود النمطية.

لقد سبقت الإشارة إلى أن أنصار مبدأ الكفاية الذاتية يسعون من خلال دعوتهم لتحقيق هذا المبدأ الوصول إلى نتيجة مفادها أن الحلول القانونية التي تقننها العقود النمطية والشروط العامة في الأوساط المهنية الدولية هي قواعد قانونية ملزمة تحكم روابط التجارة الدولية، وأن هذه القواعد لا تنتهي إلى قانون وطني، مما يجعلها تكفي ذاتها بذاتها .

غير أن ما يلاحظ أولا هو أن العقود النموذجية والشروط العامة، بل والعادات التجارية بصفة عامة لا يمكن لها أن تكون بأي حال من الأحوال قواعد قانونية معيارية³² ، ذلك أنها خلق إرادي، يتم ابتداعها من قبل منظمات مهنية تمثل في الغالب مصالح أحد أطراف العقد.

ومن المسلم به أيضا أن قدرة الإرادة تتوقف عند إمكانية خلق قواعد فردية لا يمكن أن تتعداها إلى خلق قواعد معيارية، وإذا كان بإمكان المتعاقدين طبقا لمبدأ سلطان الإرادة أن يقوموا بإنشاء وخلق قواعد تلزمهما، فإن هذه القواعد هي قواعد لا يمكن أن يمتد أثرها الملزم إلى أشخاص آخرين ليسوا بأطراف في العقد³³، في حين أن القواعد التي يكون لها أثر ذاتي تحتاج إلى إرادة جماعية، وهو ما لا يصدق على الوضع الحالي للعقود النمطية.

وهكذا يلاحظ أن العقود النمطية هي مجرد شروط تعاقدية يكتنفها القصور، وبالرغم من عامل التكرار الذي قد يمكنها من أن تصبح عادات اتفاقية، فإن ذلك لا يعني أنها ترقى إلى مرتبة القواعد القانونية، فهي عقود مقترحة لا تطبق إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك صراحة، ولا يكفي إحالة الأطراف الضمنية إليها، بل وقد يشترط أن تكون الإحالة إليها مكتوبة، وهذا ما ورد فعلا في مقدمات العقود النمطية لتصدير وبيع المصانع والآلات مع تركيبها التي أعدت من قبل اللجنة الاقتصادية لأوروبا كالنمطين رقم 188 و188 أ³⁴

وإلى جانب هذا وبالنظر إلى قصور تلك الشروط العامة، فهي لا تتمتع بالخصائص المميزة للقاعدة القانونية وقدسيته، حيث لا تطبق بقوة إلزامها الذاتية، بل وأكثر من ذلك يحق للأطراف إدخال ما يرونه مناسبا لهم من تعديلات عليها، أو حتى استبدالها بشروط وأحكام يعتبرونها أكثر ملائمة بالنسبة لهم³⁵، وهذا ما يعني بدوره أن العقود النمطية تبقى في حاجة دائمة إلى القانون، بل يفرض هذا الأخير عليها في مجالات لا يمكن الادعاء فيها بمبدأ الكفاية الذاتية³⁶، ومن ذلك القوانين المتعلقة بالمنافسة والرقابة على النقد

وكذا عملة الوفاء وسعر الصرف، فهذه مسائل متعلقة بأسس سياسية واقتصادية لمختلف الدول، ولا يكون بالتالي محلاً لأعمال ما اتفق عليه أطراف العقد الدولي.

وأما القول بأن القواعد التي تخلقها العقود النموذجية هي قواعد واقعية أو قواعد شبه أمرة، فهذا لا يكشف عن أية حقيقة قانونية³⁷، لأن القاعدة القانونية، إما أن تكون كذلك أو لا تكون فلا توجد قاعدة واقعية، ذلك أن القواعد القانونية هي قواعد اجتماعية ملزمة وهي إما أمرة أو مكملة.

كما أن اعتبار شروط وأحكام العقود النمطية كمقدمة لعقود الإذعان تجعل من رقابة المحاكم رقابة مشروعية، حيث يتولى القاضي الرقابة على مشروعية القواعد الموجودة بالعقد، وعدم مخالفتها للقواعد النظامية أي قواعد قانون الدولة، هو اعتبار يتنافى مع المنطق القانوني³⁸، فرقابة المحاكم لشروط العقد هي رقابة عدالة تفرض حماية الطرف الضعيف اقتصادياً، وأكثر من ذلك سيؤدي وجود شرط مخالف لقاعدة أمرة في القانون إلى رفض تطبيقه من طرف القاضي أو يبطله إن ألزم الأمر، وهذا ما يؤكد على أن السلطة الممنوحة للقاضي في رفض الشرط التعاقدي أو الحكم بإبطاله باسم العدالة تتعارض تماماً مع فكرة «العقد - قانون»³⁹.

خاتمة:

لقد أثبت الواقع العملي على أن كفاية العقد لذاته بذاته، ما هي إلا خرافة أو نوع من الوهم الذي يعيش في خيال من يحاولون إثبات وجود هذه النظرية، فالقصور في بنود العقد وأحكامه أمر يبقى قائماً مهما كانت خبرة

الأطراف وتوقعاتهم لما يمكن أن يحدث مستقبلا، وليس هذا بالأمر الغريب إذا كان النقص قد يعتري القانون نفسه⁴⁰⁾.

ولذلك رأى البعض أن هناك «استحالة في خلق مجموعة من الاشتراطات التعاقدية التي يمكن أن تكون كافية بذاتها كلية، وتستبعد الحاجة إلى اللجوء لأحكام القانون»⁴¹⁾.

ولعل هذا ما لاحظته وأدركه العديد من الفقهاء في معرض دراستهم لعقود نقل التكنولوجيا، حيث ثبت أنه ورغم العناية الكبيرة التي تبذل في تحرير تلك العقود، فإن القصور يبقى دائما يعتريها، مما يلزم أطرافها دائما بتعيين القانون الواجب التطبيق عليها لتدارك ذلك القصور⁴²⁾.

ومن جهة أخرى لاحظ الفقه أن منازعات العقود الدولية تكون في غالب الأحيان، خاصة بمسائل لم يتناولها الأطراف بالتنظيم، أو لم ينتهوا إليها، ومثال ذلك عقد من عقود الدولة لم يتول أطرافه تنظيم مسألة التعويض مع فسخ العقد أو التعويض عن إنهائه قبل انتهاء مدته، كذلك عقد لم يوضح فيه الأطراف كيفية حل المشاكل الناجمة عن ظهور أحد عيوب الرضا عند إبرامه.

لذلك سيؤدي التمسك بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي، حتى إلى حرمان القاضي أو المحكم الذي يقع على عاتقه مهمة إكمال الثغرات الحتمية أو التي لا يمكن تلافيتها في العقد من الرجوع إلى قواعد القانون، وهذا من شأنه المساس بالاستقرار والأمان القانوني، طالما أن معظم الفقه قد اعترف بثغرات مبدأ الكفاية الذاتية، وعدم كماله في تغطية جميع المسائل المطروحة حتى لو تعلق الأمر بعقود دولية مفصلة إلى درجة كبيرة،

قد يصل حجمها إلى حجم الكتب الحقيقية، حيث تبقى دائما ناقصة، وتنطوي على فجوات خطيرة.

وبهذه المثابة فإن اصطلاح العقد بدون قانون -أو مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي - هو اصطلاح غامض لا تقابله حقيقة في الواقع، ومن ثمة فيجب ألا يحمل على معناه اللغوي ربما يؤدي إلى القول بأن العقد يخرج تماما ليس فحسب من سلطان القانون بالمعنى الضيق، أي قانون الدولة، بل وأيضا من سلطان القانون بمعناه الواسع، أي ذلك القانون الذي قد يوجد خارج مجتمع الدولة ضمن نظم قانونية أخرى، بحيث يكون العقد مكتفيا بذاته أو كما يقال عقد في جنة غير قانونية.

وإذا كانت خصوصية العلاقات التجارية الدولية تحتم تحرير عقودها من هيمنة النظم القانونية الوطنية - وفقا لما يذهب إليه فقهاء قانون التجارة الدولية - فإن هذا لا يعني أن هذه العقود بإفلاتها من سلطان تلك القوانين، قد أصبحت تعيش في فراغ قانوني⁴³، بل هي تدخل في نطاق سريان نظام قانوني آخر، ليس من صنع الدولة، وإنما صادر عن المجتمع الذي نشأت في رحابه تلك العلاقات، فقد حان الوقت -وفقا لنفس الاتجاه- للاعتراف بتنظيم قانوني مستقل للعقود الدولية يتلاءم ومقتضيات التجارة الدولية.

التهميش

¹-أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 124.

² أنظر: سلامة فارس عرب، دروس في قانون التجارة الدولية، دار التعاون، مصر، 2000، ص 21.

³ أنظر: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية الخاصة، دار الفكر

الجامعي، الاسكندرية، 2001، ص 745.

⁴ - أنظر : عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار إحياء التراث

العربي، بيروت، 1982، فقرة 36، ص 138.



- ⁵ أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص 105.
- ⁶ - أنظر: أبو العلا علي أبو العلا النمر، دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما المتعلقة بعقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 75.
- ⁷ - أنظر: سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 277.
- ⁸ - أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص 126.
- ⁹ - أنظر:-
- V. RANOUIL, L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, paris, P.U.F, p 129.
- ¹⁰ أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص 126.
- ¹¹ - أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص 125.
- ¹² - وذلك بالرغم من أن القانون الإيطالي هو القانون الواجب التطبيق لأن الوكيل التجاري إيطالي الجنسية ويقيم في إيطاليا، والعقد سينفذ في إيطاليا .
- ¹³ - أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص 131.
- ¹⁴ - أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص 131.
- ¹⁵ - أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص 132.
- ¹⁶ - أنظر في تعليق على هذا القرار:-
- Jacquet (J.M), Principes d'autonomie et contrats internationaux, éd Economica, Strasbourg, 1983, p55 et 56.
- ¹⁷ - أنظر: سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 47.
- ¹⁸ - أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص 135.
- ¹⁹ - أنظر: سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 51.
- ²⁰ - أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص 134.
- ²¹ - أنظر: سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 56.
- ²² - أنظر: سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 55.
- ²³ - أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص 139.
- ²⁴ - أنظر: المرجع السابق، ص 140.
- ²⁵ - و تنص تلك المادة على أن « الاتفاقات التي تبرم وفقا للقانون تكون كالقانون بالنسبة للذين ارتبطوا بها»
- ²⁶ - و تنص المادة 106 ق.م.ج على أن: « العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون ».



²⁷ - انظر: محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص. 369.

²⁸ - انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 142.

²⁹ - انظر:-

Heuzé (V), La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes, GLN, Edition Joly, p 71.

³⁰ - انظر:- . Jacquet (J.M), op. cit, p 134.

³¹ - وذلك في النزاع ما بين شركة نفط كاليفورنيا الأسيوية وشركة نفط تكساس عبر البحار وبين الحكومة الليبية، حيث استبعد الفقيه Dupuy فكرة العقد بدون قانون، أو العقد الذي يحكم نفسه، مشار إليه في : يوسف عبد الهادي خليل الإكياي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا ، بدون ناشر، 1989، ص 449، هامش 3.

³² - انظر: سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 56.

³³ - انظر في هذا المعنى:- . Jacquet (J.M). op. p 134.

³⁴ - انظر في تفصيل ذلك: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 134 وما يليها.

³⁵ - فمعظم العقود النمطية التي تعدها اللجنة الاقتصادية الأوروبية تتضمن في مقدمتها العبارة التالية « Les présentes condition générales sont applicables sous réserves du modification que les deux parties pourraient leur apporter, par un accord exprès constaté par écrit ».

³⁶ - انظر: يوسف عبد الهادي خليل الإكياي ، المرجع السابق، ص 438.

³⁷ - انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ، ص 147.

³⁸ - انظر: سلامة فارس عرب ، المرجع السابق ، ص 263 وما بعدها.

³⁹ - انظر:- Jacquet (J.M).op. cit , p 314.

⁴⁰ - حيث يطرح الفقيه : GARDIES السؤال التالي:-

En quel sens un droit, un système de dispositions juridiques peut il être dit complet ?

مشار إليه في أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 144، هامش 3.

⁴¹ - أنظر: يوسف عبد الهادي خليل الإكياي، المرجع السابق ، ص 443.

⁴² - انظر: نصيرة بوجمعة السعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 387.

⁴³ - انظر: أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 76 و 77.