

دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي

للمستاذ الدكتور عز الدين عبد الله
أستاذ كرسى قانون الدولي الخاص
والعهد السابق لكلية الحقوق جامعة الكويت
وبمبنى كلية الحقوق

٢٠١

تنازع القوانين في العقد

تمهيد

- المبحث الأول : في تاريخ القوانين في العقد من حيث الموضوع .
- المبحث الأول : في قاعدته حسب الموضوع المتعدد من حيث الموضوع لقانون الإرادة ، مثلها مثلها وما يحلها في التشريع وأحكامه بشرط تكوينا في شأنها .
- المبحث الثاني : في محل سن قاعدة صوغ العقد لقانون الإرادة من حيث نوع العقد وبحسب نفي قانون الإرادة من العقد .
- المبحث الثاني : في تاريخ القوانين في العقد من حيث الشكل .
- المبحث الأول : في القانون الذي يحكم مكان طلب القاعدة الإسناد في التشريع الكويتي ، الإحصاء بين أكثر من قانون .
- المبحث الثاني : في محل تطبيق القانون الذي يحكم شكل العقد .

تمهيد :

بموضوع هذا البحث هو «تنازع القوانين في العقد» بوصف العقد تصرفا قانونيا بين الأحياء يرتب في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية حقوقا مالية بين عينية وشخصية . وعلى ذلك فإنه لا يدخل في هذا الموضوع تنازع القوانين في التصرفات المضلغة التي ما بعد الموت (وقد خصها المشرع الكويتي بقاعدة إسناد في المادة ٤٨ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي ، كما لا يدخل فيه أيضا تنازع القوانين في التصرفات المطلقة بالأحوال الشخصية حسب مفهومها في القانون الكويتي) وقد خصها المشرع الكويتي بعدد من قواعد الإسناد

أوردتها في المواد ٣٥ ، ٣٦ ، ٣٧ ، ٣٨ ، ٣٩ ، ٤٠ ، ٤٢ ، ٤٤ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ المسمى بالهـ ١ .

وإذا ما انحصر موضوع هذا البحث في « تنازع القوانين في العقد » على هذا الوجه تعين بعد ذلك بيان أن للعقد جانبين ، وهما الجانب المرصوعي والجانب الشكلى منه ، وأن المشرع الكويتى فرق بين هذين الجانبين من حيث الاسناد وذلك في المواد من ٥٩ الى ٦٥ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ . والواقع من الأمر أنه يبين من دراسة التطور التاريخى لتنازع القوانين من حيث المكان أن تنازع القوانين في التصرف الإرادى كان من أوليات المسائل التى شغلت القضاء والفقه منذ أن ظهرت مشكلة تنازع القوانين في صورة واضحة الحدود والمعالم في شمال إيطاليا في أواخر القرن الثماني عشر وأوائل القرن الثالث عشر بعد أن توافرت ظروف تهيئها وهى :

١ - وحدات إقليميه (وقد كانت هي المدن مكونة دويلات صغيرة في شكل جمهوريات .

٢ - لكل منها قانون خاص بها مصدره العرف ، وقد كلن يطلق عليه اصطلاحاً كلمة « احوال » Statuta يسودها جميعاً القانون الرسمى بوصفه القانون العلم لها (Droit Commun) .

٣ - وقيام علاقات مختلطة أى ذات عنصر اجنبى . وقد كانت القاعدة التى صاغها المحققون اللاحقون من فقهاء القانون الرومانى في شأن تنازع القوانين في التصرف الإرادى هي « قانون المحل يحكم التصرف » وبمساعدة أخرى يخضع التصرف لقانون محل إبرامه . وفي نطاق أعمال هذه القاعدة جرى إخضاع العقد لقانون محل إبرامه . وجرى الأخذ بقاعدة خلال عدة قرون وشاء التطور الفقهى ومقتضيات المعاملات الخارجية (وفي مجالها تنسأ العلاقات ذات العنصر الاجنبى ، مما سببى تفصيله ، لن تنشأ خلال القرن السادس عشر قاعدة أخرى في شأن تنازع القوانين في العقد على يدى الفقيه الفرنسى - ديمولان - Dumoulin منطوقها « يخضع العقد للقانون الذى يختاره المتعاقدان » وكان بين هاتين القاعدتين نقول في حكم العقد من حيث الموضوع وكانت الغلبة للآخره منهما فقد راج الأخذ بها في الفقه ، وأن وجد من الفقهاء من ينقدها أو ينكرها ، وراج تطبيقها عند القضاء في مختلف الدول لاستجابتها لحاجة العلاقات الخاصة الدولية (العلاقات ذات العنصر الاجنبى ، وتلقبها المشرعون في عهد كبير من الدول وأودعوها في نصوص التشريع ومن بينهم المشرع الكويتى وبذلك تم

١ - راجع بحثا المشار اليه في الهامش السابق .

افتراق الجانب الموضوعي في العقد من الجانب الشكلى فيه من حيث الإسناد ، وأصبح هذا الافتراق أمراً يجب مراعاته عند البحث في تنازع القوانين في العقد . ولذلك فمنا نقسم الكلام في هذا الموضوع الى فصلين نتناول في أولهما تنازع القوانين في العقد من حيث الموضوع وفي ثانيهما تنازع القوانين في العقد من حيث الشكل .

الفصل الأول

في تنازع القوانين في العقد من حيث الموضوع (قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة)

تمهيد :

نبحث في هذا الفصل الأول في قاعدة خضوع العقد للقانون الذي يختاره المتعاقدان ، أي لقانون الإرادة ، من حيث نشأتها وتطورها ومدى انترحيبها عند المشرعين في مختلف الدول وكيهيه صياغتها في نصوص التشريع وموقف المشرع الكويتي منها وما أورده في ثلثتها من أحكام في التشريع الكويتي ، ونتخذ من كل ذلك موضوعاً للمبحث الأول من هذا الفصل . ثم نصلح في البحث الثاني منه الخلاف في مجال تطبيق هذه القاعدة من حيث نوع العقد والخلاف في مجال تطبيق قانون الإرادة على العقد ذاته .

المبحث الأول

في نشأة القاعدة وتطورها وصياغتها في التشريع وأحكام التشريع الكويتي في ثلثتها

أولاً

في نشأة القاعدة وتطورها وصياغتها في التشريع

في نشأة القاعدة وتطورها :

ينوه فقهاء القانون الدولي الخاص بأن التراث الواضح المعالم في مشكلته تنازع القوانين إنما يرجع إلى فقهاء « نظرية الأحوال *théorie des statuts* » الذين عالجوا هذه المشكلة خلال ستة قرون ، من القرن الثالث عشر إلى القرن الثامن عشر . وتفاوتت فيها الآراء الفقهية من زمن إلى زمن ومن بلد إلى بلد ومن فقيه إلى فقيه ، وأنه مهما يكن من أمر هذا التنوع فإنه يمكن بصيغ هذه الآراء في ثلاثة أقسام ، تفكر بحسب مصدرها وترتيبها الزمني وهي :

الفقه الايطالى للمدرسة الايطالية القديمة والفقه الفرنسى للمدرسة الفرنسية والفقه الهولندى للمدرسة الهولندية (١) . وما حل القرن التاسع عشر الا وزادت العناية بدراسة التنازع الدولى بين القوانين وبرز من عقبه مجددا « سافيني » Savigny فقيه المدرسة الالمانية وماتشيني Mancini فقيه المدرسة الايطالية الحديثة . وتبع فقهاء القرن العشرين العناية بهذه المشكلة فتجلببهم النزعة الدولية او العالمية والنزعة الوطنية او الخاصة ويقف بعض الفقهاء المعاصرين موقفا وسطا يعمل على التخفيف من حدة النزعة الوطنية بالدعوة الى التوفيق بين مصالح الدولة وبين ما تستلزمه حاجة المعاملات الدولية ويتقرر ان النظم القانونى قد تغير بانتقاله من ميدان العلاقات الداخلى الى ميدان العلاقات الدولية (٢) .

وقد كانت القاعدة السائدة منذ فجر نظرية الأحوال ، على ايدى فقهاء المدرسة الايطالية القديمة ، هى خضوع التصرف القانونى لقانون محل ابرامه *Locus regit actum* ، وكان نطاق هذه القاعدة واسعا يتناول التصرف من حيث شكله ومن حيث موضوعه ولا يحده قيد من حيث نوع التصرف . على ان هؤلاء الفقهاء وهم يعملون هذه القاعدة فى المعتد تالوا بوجود ائترقة ما بين شكل العقد واثباته واثاره وتنفيذه واخضعوا الشكل لقانون محل ابرام العقد *Lex loci contractus* . وأما اثبات المعتد لمقد فرقوا بشأنه ما بين قوة الدليل واجراءات تقديمه واخضعوا الاولى لقانون محل ابرام العقد ، فادمجوا بذلك مسألة اثبات فى مسألة الشكل . واخضعوا الثانية لقانون البلد الذى رفعت فيه الدعوى اى لقانون الدعى . وبما يتعلق باثر المعتد ، فرقوا ما بين الاثر المباشرة وهى تلك المترتبة على العقد من اول الامر ، كالوفاء وطريقته ، واخضعوها لقانون محل ابرام العقد ، والاثر غير المباشرة اى العرضية المترتبة على الاهمل او على اعدار المنس كعدم الوفاء الناشء عن اهمل ، واخضعوها لقانون محل التنفيذ والا لقانون البلد الذى رفعت فيه الدعوى ، اى لقانون الدعى . ويبقى تنفيذ العقد وقد اخضعوه لقانون محل التنفيذ ، والا لقانون الدعى . ويمكن القول ان فقهاء المدرسة الايطالية القديمة اخضعوا العقد بمسألة عامة من حيث شكله وموضوعه لقانون محل ابرامه وذلك فيما عدا الاثر غير المباشرة للمقد وتنفيذ المعتد واجراءات تقديم دليل اثبات المعتد . وقد علل احد فقهاء هذه المدرسة قاعدة اخضاع العقد لقانون محل ابرامه بقوله ان المتعلقين يعتبران قد رهيا بتطبيقه (٣) .

على ان اتساع مجال قاعدة خضوع التصرف القانونى لقانون محل ابرامه على النحو السابق ذكره قد اخذ يضيق فى تطورها مع الزمن . ويبان ذلك انه لما اخذت التفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية

١١ راجع فى الاصيلان Loiné, Introduction au Droit Int. privé ج ١٠ ص ٢٧
١٢ راجع Batiffol فى مؤلفه فى القانون الدوى الخاص بقرة ٢٢٢ من ج ١ طبعه سنة ١٩٧٠ .
١٣ راجع فى Batiffol المرجع السابق ج ١ ص ٢٥٢ و ٢٥٦ وأما Batiffol المرجع السابق بقرة ٢١٦ .

في الموضوع والتجسم امتد سلطان القانون الشخصي (قانون الوطن) ليحكم التصرفات المتعلقة بالأحوال الشخصية مع استيفاء اختصاص قانون محل الإبرام ليحكم شكل هذه التصرفات كما امتد سلطان القانون الإقليمي (قانون موقع المسأل) ليحكم ترتيب انحق العيني في المسأل كما تصرف القانوني وبذلك انكمش نطاق أعمال قانون محل إبرام التصرف بقدر ما خرج منه ، وبقي سلطته ، فيما عدا الذي خرج منه ، يتناول شكل التصرف وموضوعه . وقد صمدت قاعدة قانون أصل يحكم التصرف عند لقاء القانون الكنسي *Droit canonique* ، وعند لقاء المدرسة الإيطالية القديمة ، وأن كان البعض من الأولين قد رأى قصر مجال أعمال هذه القاعدة على حالة ما يكون المتعاقدان عاملين بقانون محل الإبرام ، كما أن أحد الآخرين وهو *Rochus Curtius* الذي عاش في القرن الخامس عشر علل خضوع التصرف القانوني لقانون محل الإبرام بفكرة الخضوع الضمني ، بمعنى أن المتعاقدين وهما يبرمان تصرفا ما في بلد يعتبران قد قبلنا الضمنا الخضوع لقانون هذا البلد . ولكن اختصاص قانون محل الإبرام اختصاصا آمرا (١) . وبنوه بعض الشراح بأن لقاء القانون الكنسي قد عرفوا هذه القاعدة منذ القرن الثاني عشر أي أنهم سبقوا بها لقاء المدرسة الإيطالية القديمة (٢) .

وقد ظلت الحال كذلك حتى حل القرن السادس عشر وقد عاش فيه لعقته الفرنسي « ديمولان » ، وهو من أهل العمل لا يهيمه بلوغ أغاية من التجريد والتأصيل بقدر ما يهيمه البحث عن الحل للمشكلة التي تعرض له في العمل ، مما يستشار فيه ويطلب إليه الدفاع عنه . من ذلك ما سعى إليه « ديمولان » من إخضاع « النظام المالي للزوجين » *Régime matrimonial* لقانون واحد - ولو وقعت لهما في أكثر من مقاطعة . لقد وجد أن اختصاص قانون محل إبرام العقد *Lex Loci Contractus* هو اختصاص أمر ، وأن العقد « نظام قانوني إقليمي » *Statut légal territorial* للعقد الذي يتم في مقاطعة لا ينتج أثرا في مقاطعة أخرى ، إذ لم تكن قد أنجلت بعد التفرقة بين انشاء الحق ونقله من الوجهة الدولية ، وأنه تطبيقا لذلك إذا ما تلولت « مشاركة الزواج » *Contrat de mariage* أي الإصاقي الذي يبرمه الزوجان بشأن نظامهما المالي (أموالا يقع في أكثر من مقاطعة فإن أثرها لا ينصرف إلى جميع هذه الأموال إذ هو حبيس الحدود الإقليمية لسلطان قانون محل الإبرام . وكلمت الوسيلة التي حقق بها « ديمولان » الغرض الذي يسعى إليه هي إخراج العقد من نطاق السيادة الإقليمية للقانون تأسسا على نور الإرادة في العقد ، فهي التي توجد العقد ، أي أنها مصدره وليس القانون ، وهي التي تحدد القانون الذي يجري انفاذهم على وفق أحكامه . وقد تكون إرادة المتعاقدين في هذا التحديد صريحة ، وهو الأقل حدوثا ، وقد تكون ضمنيتها تستلزم من ظروف الحال ، وهذا هو الأكثر حدوثا . وقد لا توجد هذه ولا تلك فيعتد بالإرادة المشابهة للإرادة الحقيقية *Volonté vraisemblable* وهي ما سماه

١ راجع في ذلك *Niboyet* المطول ج ١ بقرة ٣٩٠ .
٢ راجع في ذلك *Batiffol* لمرجع لسابق بقرة ٥٦٧ .

الفقهاء فيما بعد « الإرادة المفروضة » *Volonté présumée* . وعلى الجملة فإن العقد يخضع للقانون الذي يختاره المتعاقدان . ويحدث العقد أثره حتى خارج محل إبرامه ما دام هو وليد الإرادة وليس وليد القانون ، ولأن الإرادة لا تقف حبيسة الحدود الإقليمية ، على خلاف القانون الذي يقف عند هذه الحدود . وينوه الشراح الفرنسيون بأن « ديولان » وهو يصوغ قاعدته خضوع العقد للقانون الذي يختاره المتعاقدان . قد أتاه الوحي بها مما فاته بعض فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة من تعليل قاعدة خضوع العقد لقانون محل الإبرام بالرضاء الضمني للمتعلقين إذ ما دام الضموع لهذا القانون مبناه الرضاء الضمني ذاته يتعين أن يكون للمتعلقين أن يختاروا قانوناً آخر غيرهما ليحكم العقد . وقد فهم « ديولان » القاعدة التي صاغها لتتناول فوق مشارطت الزواج سائر العقود الأخرى ، وبذلك جعل للإرادة دوراً في حل تنازع القوانين في حكم العقد .

وقد كان من شأن ما قرره « ديولان » من خضوع العقد للقانون الذي يضارده المتعاقدان أن انعكس مجال أعمال قاعدة خضوع العقد للقانون محل إبرامه مرة أخرى بحيث اقتصر على شكل العقد دون موضوعه . وعاشت قاعدته « ديولان » في عصره رغم معاول النقد التي أعلمها فيها معاصره وخصمه الفقيه « دارجنتره » الذي أنكّر امتداد القانون الذي يحكم العقد ثم تأصلت عند القضاء لاستجابتها لحاجات الحياة العملية ورحب بها فقهاء القرن الثامن عشر وبخاصة الفقيه الفرنسي « بولنوا » *Boullenois* الذي نكر صراحة أنه « لا شك في وجوب الرجوع إلى القانون الذي ينص عليه المتعاقدان صراحة » كما نكر وجوب التفرقة بين ما يطلق عليه اليوم النصوص الآمرة وبين ما يطلق عليه النصوص التفسيرية . وجعل اختيار المتعلقين للقانون الذي يحكم العقد لا يتعدى إلى الأولى . وقد امتدت حياد تلك القاعدة حتى القرن التاسع عشر حين أطلق عليها وبالاستيحاء من فقه القانون المدني في فكرة سلطان الإرادة ويقتاثر بفلسفة « كانت » *(Kant)* قاعدة « خضوع العقد لقانون الإرادة » *Loi de l'autonomie de la volonté* التي سادت معظم بلاد العالم فقهاً ومفسراً ، وقد اعتد « سلفيني » فقيه المدرسة الألمانية بهذه الفكرة وجعل لها دوراً في بيان القانون الواجب التطبيق وقيل إنه هو أول من استعمل اصطلاح « سلطان الإرادة » في القرن التاسع عشر وأن كتبت الفكرة ذاتها ليست من انشأه . وقد جاء استخدامه هذه الفكرة في هذا الصدد من حيث كونه وهو يعالج مشكلة تنازع القوانين لم يلجأ إلى تحديد سلطان القانون مقدماً والقول بأولوية أو بامتداده ، مما جرى عليه الفقهاء السابقون عليه . بل أنه لجأ إلى طريقة أخرى وهي بيان القانون الذي يخضع له الشخص ثم تطيل العلاقات القانونية التي تنشأ فيما بين الأشخاص واستناد كل منها إلى قاعدة قانونية معينة أو إلى نظام قانوني

(١١) رجع في اتصالات مؤلفنا في القانون الدولي الخاص ج ٢ طبعة ٧ سنة ١٩٧٢ بقرة ١٢٢ وما بعدها .

معين . وانضح له أن لكل شخص مقرًا مكانيًا وأن العلاقة القانونية ، وهي مظهر نشاط الأشخاص ، لها بدورها « مقر مكاني » *Stège, situation materielle* وأن قانون مقر الشخص هو أنسب القوانين لحكمه وأن قانون مقر العلاقة هو أنسب القوانين لحكمها وانحصرت الآن ، بيد سلفيني ، مسألة بيان القانون الواجب التطبيق في مسألة تحديد مقر الشخص ومقر العلاقة القانونية . واتخذ في هذا التحديد عوامل أهمها عامل « الخضوع الإرادي » بمعنى أن يعتبر مقرًا للشخص أو للعلاقة المكان الذي اراده الشخص مقرًا له أو للعلاقة . ويتطبيق هذا العامل في حل تنازع القوانين في الالتزامات التعاقدية ، وهي ما يهبطنا في بحثنا هذا ، رأى سلفيني أن الالتزامات التعاقدية يعتبر مقرها ، على لسلس الخضوع الإرادي ، في المحل المقضى تنفيذ الالتزام بمبته فتخضع لقانون هذا المحل *Lex Loci solutionis* ما لم تبهم قرينة الخضوع الإرادي لهذا القانون بإرادة المتعاقدين الصريحة بتعيين قانون آخر يحكم الالتزام (١) . كذلك نجد أن « ماتشيني » فقيه المدرسة الإيطالية الحديثة وأن جعل الأصل العام في سلطان القانون من حيث المكان هو « شخصية القوانين » (بمعنى امتدادها بحيث يخضع الشخص لقانون « الأمة التي ينتمي إليها » بصرف النظر عن الإقليم الذي يكون فيه إلا أنه لورد على هذا الأصل عددا من الاستثناءات من بينها الأخذ بقانون ارادة المتعاقدين فيسرى هذا القانون على الالتزامات التعاقدية بصرف النظر عن القانون الشخصي لكل من المتعاقدين . وبني « ماتشيني » هذا الاستثناء على وجوب احترام سلطان الإرادة .

على أنه ما ان بلغت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة هذا الحد من الاستقرار حتى أخذ بعض الفقهاء منذ أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين ، وبعض الفقهاء المعاصرين ، يوجهون إليها حملة النقد :

أولا - إذا كان القانون الذي يختاره المتعاقدان هو الذي يحكم العقد وكان القانون هو الذي يكسب العقد القوة الملزمة فكيف تتوافر هذه القوة لاتباع المتعاقدين على اختيار القانون الذي يحكم العقد ؟ أن القول بخضوع العقد لقانون الإرادة من شأنه أن يوقع في حلقة مفارقة : قانون الإرادة يحكم العقد والمقد يكسب قوته الملزمة من قانون الإرادة .

ثانيا - إن القول بحرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد من شأنه أن يؤدي إلى نتائج غير معقولة وذلك عندما يقضى قانون الإرادة بسلطان العقد الذي وضعه المتعاقدان تحت سلطته ، إذ لا يعقل أن يختار المتعاقدان قانونا يبطل تعاقدهما .

١ راجع في تسميات *Levy, Traité de droit Romain* الترجمة الفرنسية للنسبة التي توأمتها *Quere IX* طبعة ١٩٥١ ج ٨ ص ٢١٢ .

ثالثا — ان القول بحرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد من شأنه ان يتسع المجال لتعكم القاضى عندما يضطلع بتعيين قانون الإرادة في حالة ما اذا كان المتعاقدان لم يصرحا بهذا القانون ، لا بل قد يصل الأمر الى حد ان ينسب القاضى للمتعاقدين ارادة لم تخطر لهما على بال .

رابعا — ان التسليم بقاعدة حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد مضاه التسليم لهما بمسألة حل تنازع القوانين وتعيين القانون الواجب التطبيق مع ان هذه المسألة يعالجها القانون وليس الأفراد لانها عبارة عن تحديد نطاق سلطانه ، ولا شك ان تركها للأفراد قد يؤدي الى اهدار هذا السلطان . لا بل انه قد يؤدي في الحقيقة الى اخراج العقد من ميدان تنازع القوانين (١) .

هذا وبعد ان فرغ الناقدون من رجال الفقه الفرنسي من حملة النقد أخذوا يعملون الفكر للبناء ، وقد بنى بعضهم على انقاض ماهدم ، بينما بنى البعض الآخر في أرض جديدة وهو ما نجمله فيما يلي :

أولاً — يرى بعض الفقهاء الفرنسيين ان سلطان الإرادة لا يعمل في ميدان اختيار القانون الواجب التطبيق بل في ميدان تركيز العقد *locution* أي اختيار مقره ، ذلك ان العقد لا يتحدد مقره بالنظر اليه ذاته لأنه يقوم على التراضي ، وهو حدث غير مادي ، وانما يمكن ان نتحدد مقره بالنظر الى الاحداث الخارجية كتنازل العبارات التي يتم بها التراضي او تحرير وثيقة تصمه او تنفيذ الالتزامات المتولدة منه . وتختصر المسئلة ان في اختيار احد هذه الاحداث واعتبار محل وقوعه هو مقر العقد . ولما كانت هذه الاحداث تتحدد بالإرادة لكل مقر العقد يتحدد بالإرادة كذلك رمى تحدد هذا المقر عين القاضى بالنظر اليه القانون الواجب التطبيق والقاضى وهو بسبيل تحديد مقر العقد الذي اختاره المتعاقدان يستدل على ارادتهما ، أما بامارات خارجية عن تكوين العقد او بامارات تحصل بعناصر تكوينه ، آخذاً بالأولى ثم بالثانية بهذا الترتيب وعلى هذا التعقيب وعند عدمها جميعاً يعتبر مقر العقد في محل تنفيذ الرئسي *Lieu d'exécution principal* . ومن أمثلة الامارات الخارجية ما يقضى به كل من القوانين التي تتنازع حكم العقد ، وسلوك العاقدين اللاحق على العقد ، والنص بالعقد على قانون معين تصد المتعاقدان الى جعل مقدمها واقعا تحت سلطانه . فلذا كان احد القوانين التي تتنازع حكم العقد يقضى بصحته والاخرى تنقض بطلانه اعتبر القاضى ان المتعاقدين

١١ راجع في عرض لوجه هذا النقد Batiffol في مؤلفه في القانون الدولي الخاص طبعة ٤ سنة ١٩٦٧ مقرة ٥٦٦ ول كتابه في تنازع القوانين في العقود طبعة سنة ١٩٣٧ مقرة ٥٢ وأما Wolff طبعة ١٩٤٥ ص ٢٢١ وطبعة سنة ١٩٥٠ و Niboyet ج ٥ طبعة سنة ١٩٤٨ مقرة ١٢٨٠ .

تصدا الى وضع العقد تحت سلطان القانون الذي يقر صحة العقد . واذا نفذ المتعاقدان العقد في محل معين لم يسبق الاتفاق عليه في العقد او اذا تخلصا لدى القضاء استنادا الى قانون معين ، عد القاضي ان تصدهما قد انصرف الى جعل العقد تحت سلطان قانون محل التنفيذ او القانون الذي استندا اليه في خصومتهم . واذا نص المتعاقدان في العقد على قانون معين يحكم العقد ، اخذ به القاضي على اعتبار انهما تصدا جعل العقد وانما تحت سلطان هذا القانون . ومن امثلة الامارات الداخلية التي تتصل بتكوين العقد . توافر الجنسية المشتركة او الوطن المشترك للمتعهدين وتعلق العقد بعقار ، وكتابة العقد لدى موثق دولة معينة او بلغة معينة ، والنص بالعقد على جعل الاختصاص بالمنزعات المتعلقة به لمحكي او لقضاء دولة معينة . بمعنى ان القاضي يكشف عن ارادة المتعهدين في تركيز العقد يختلف هذه الامارات ، ويعتبر ان تصدهما قد انصرف الى جعل العقد وانما تحت سلطان القانون الذي تدل عليه كل منها ، كقانون الجنسية المشتركة وقانون الوطن المشترك وقانون دولة الموثق او قانون الدولة التي كتب العقد بلغتها ، وقانون موقع العقار ، وتكون المحكيين او قانون القاضي . واذا ما انتقل العقد الى مختلف الامارات المتقدمة من خارجية وداخلية ، اعتبر القاضي مقر العقد هو في محل تنفيذه الرئيسي ، ويكون قانون هذا المحل هو الذي يحكم العقد . حقيقة انه توجد من اوجه المناضلة ما يجعل محل ابرام العقد اجدر من غيره بالاعتبار في شان تحديد القانون الذي يحكم العقد ، فهو اول حدث في حياة العقد ، وهو غالبا ما ينصف بالوحدانية ، على خلاف محل التنفيذ اذ كثيرا ما يتعدد ، وقد يكون غير محدد . ولعل هذه المكاتبة محل ابرام العقد هي التي روعيت عند فقهاء المدرسة الايطالية القديمة حين صاغوا قاعدة خضوع العقد لقانون محل ابرامه . على انه وان كتبت اوجه المناضلة المتقدمة تجعل محل ابرام العقد مكتته ، الا انه قد يحدث ان يكون هذا المحل مكاتبا عارضا او لا تتوافر له الوحدانية فلا يصلح مقرا للعقد . كما هو الشأن في التعاقد بين غائبين ، مما يحمل من يتمسك من رجال الفقه بمحل ابرام العقد محلا لتكريزه على الاستعانة بعوامل اخرى لتحديد مقر العقد ، كما لو تعلقت بالمراسلة بالتبع في مدريد ومشرق في باريس اتفاقا فيه على تسليم المبيع في باريس والوفاء بالثمن في مدريد ، وهي محل من شأنها جعل عوامل تركيز العقد في فرنسا وعوامل تركيزه في اسبانيا على قدر متساو من القوة ، فاذا ما تضمن العقد شرط عقد الاختصاص القضائي بالمنزعات المتعلقة به للمحاكم الاسبانية ، كان هذا الشرط عاملا مرجحا في تركيز العقد في اسبانيا . لذلك فانه يكون من الافضل تركيز العقد في محل تنفيذه ، خاصة وان مراعاة هذا المحل تتلق ومصالح المتعهدين . وان كلن يعيب محل التنفيذ امكن تعدده ، فانه يمكن التغلب على ذلك سعيا وراء وحدانية المحل ، بالاعتداد بمحل التنفيذ الرئيسي . واذا لم يكن هناك محل رئيسي للتنفيذ ، ولم تكن هناك امارات اكثر خصوصية في العقد تعين على تحديد مقره ، جرى الاعتداد في هذا الشأن بمحل ابرام العقد . وعلى كل حال فان مسألة تعيين مقر العقد كما اختاره المتعاقدان امر متعلق

بالزانع وليس بالتقنون . ثم يضيف صاحب هذا الرأي قوله ١ ، أنه يبدو من دراسة احكام القضاء الفرنسي ان هذا القضاء يلقي على القاضي عبء تحديد القانون الذى يحكم العقد على اساس مراعاة ارادة المتعاقدين فى تعيين مقر العقد ، وان الكثير من الفقهاء الذين نلوا بحرية المتعاقدين فى اختيار القانون الذى يحكم العقد اتوا قلوبا بها بوصفها ضربا من الصياغة لتبرير اختصاص تقنون محل ابرام العقد .

ونقيا — يرى البعض الآخر من رجال الفقه الفرنسى ان الاصل فى سلطان التقنون هو الاقليمية ، وان السلطان الاقليمى للقانون يشمل كافة الواقع الذى تحدث على الاقليم ، وان القانون وحده هو الذى يجعل من الواقعة العادية واقعة قانونية . وهذا هو ما يصدق على العقد ، ذ ان القانون الذى تصم تحت سلطته العناصر الملزمه لتكوين العقد هو الذى يجعل منها واقعة قانونية ، ومن ثم يجب ان يخضع العقد لقانون محل ابرامه . وهو يخضع لهذا القانون من حيث شروط صحته وآثاره ومن حيث انقراضه الذى يتركه لحرية المتعاقدين . كما ان هذا القانون يحكم العقد برمته كلا واحدا متجانسا متماسكا ، ومن ثم لا محل لتجزئته واخضاعه لاكثر من قانون . على ان اخضاع العقد برمته لقانون المحل معناه انفراد هذا القانون بتحديد شروط صحة العقد من وجهة النظر الموضوعية او المحددة . أما الاستقلال بهذه الشروط من المجرى الى المحسوس فقد يكون من شأنه اخضاع بعضها لقانون آخر غير تقنون محل ابرام العقد . فمثلا لو ابرم عقد فى فرنسا لخضع للقانون الفرنسى ، بمعنى ان هذا القانون هو الذى يحدد شروط العقد ، ومن بينها شرط مشروعية المحل . واذا ما فرضنا ان هذا العقد كان واجب التنفيذ فى دولة اخرى . فمن قانون هذه الدولة هو الذى يحدد ما اذا كان المحل مشروعاً ام غير مشروع . وينعقد الاختصاص لهذا القانون على اساس النظام العلم وليس على اساس الاختصاص العادى المعقود اصلا لقانون محل ابرام العقد . وانه وان كان من المستطاع الاعتراض على اختصاص تقنون محل ابرامه بان هذا المحل قد يكون مكانا عارضا كما قد يصعب تعيينه . كما هو الشأن فى التعقد بين الفرنسيين . الا انه يمكن دفع الاعتراض الاول بانه من الميسور للمتعاقدين الموجودين فى مكان لا يتفق قانونه مع ما يريدانه الا يبرموا العقد فى هذا المكان . كما انه يمكن دفع الاعتراض التالى بانه فى حلة ما يتوزع عنصر تكوين العقد اكثر من مكان فان العقد يخضع لقانون المكان الذى يعبر ما تم فيه من وقائع عناصر كافية لتكوين العقد وفقا لهذا القانون . واذا اعتبر العقد قد تم تكوينه وفقا لقانونى مكثين مختلفين بالنظر الى ماتم فى كل منهما من وقائع ، تطبق فى هذه الحالة تنازع اجبارى بين القانونين والزمه قاضى كل مكان بتطبيق قانونه . ويعتبر تحديد وقت تكوين العقد

(١) قال بهذا الرأى Batiffol راجعه فى كتابه فى تقنون اندرسى انجس بلسمه (سنة ١٩٧٢ . مقررات ٥٧٢ و ٥٧٣ و ٥٧٤ . وانرا انجسا G.R. D. ١٩٧٢ فى مقته فى سلطان الارادة فى تقنون الدولى انجس ، المنشور فى المجلة لانتقالية لتقنون اندرسى انجس عدد ٢ سنة ١٩٥٠ من ٢٢١ .

ويقتضى مكان تكوينه في التعاقد بين الغائبين مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي (١).

وظاهر أن هذا الرأي الناتج ، وهو مأخوذ بفكرة اقليمية القانون ، يغمض العين عن سلطان الإرادة فلا يقر له دورا مباشرا في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد . والواقع من الأمر أن المناقدين لقاعدة إخضاع العقد لقانون الإرادة . سواء في بلاد القارة الأوروبية أو البلاد الأنجلو أمريكية . تتجمع عقليتهم في اتجاهين ، ينتهي أحدهما إلى إخضاع العقد لقانون محل إبرامه ، وأغلب الذين يسبرون في هذا الاتجاه هم من فقهاء الولايات المتحدة الأمريكية . وأما الاتجاه الثاني فينتهي إلى إخضاع العقد لقانون محل تنفيذه . وأغلب الذين يسبرون في هذا الاتجاه هم من الفقهاء الإلمار (٢) . هذا ويطلق بعض الشراح على الأخذ بسلطان الإرادة في تصديق القانون الواجب التطبيق على العقد « النظرية الشخصية أو الذاتية » *Theories subjectivistes* لاعتمادها على سلطان المتعاقدين كما يعلل على التفسير الأخرى التي قال بها رجال الفقه لتحديد ذلك القانون « النظرية الموضوعية » *Theories objectivistes* وذلك لاعتمادها في استناد العقد إلى قانون معين على ظروف موضوعية .

وبعد فإن الحجة المتقدمة من النقد الموجهة إلى قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة ، لم تنجح في تقويض هذه القاعدة التي لا زالت موطئة الدعائم عند الفقه والقضاء وفي التشريع في معظم بلاد العالم (٣) . ومن بينها الدول العربية . على أنه إذا لم يبلغ أثر نقد هذه القاعدة إلى حد التخلي عنها إلى غيرها ، إلا أن رجال الفقه والقضاء ، وأحيانا المشرع ، قد أوردوا في شأن أمثلها الكثير من القيود التي منها ما يتعلق بكيفية تحديد قانون الإرادة . ومنها ما يتعلق بمدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد ، ومنها أخيرا ما يتناول مجال تطبيق القاعدة من حيث نوع العقد ، ومجال تطبيق قانون الإرادة على العقد ذاته ، مما لتنولها تباعا فيما بعد .

١ قال بهذا يرى Niboyr ج ٥ بقرة ١٣٨٥ .
 (٢) روج قاعدة خضوع العقد لقانون محل إبرامه في *Beau* وحاشيته في ذلك
 ٦ *Beaufort* الذي روج لقاعدة خضوع العقد لقانون محل التنفيذ ، وروج تبعد السادة
 في كتابها *Von Eur* ، راجع في ذلك *Bartou* ج ٢ ص ٢٥٧ ، و *Wolff* طبعة سنة ١٩٥٠
 ص ٤١٤ .
 (٣) راجع عرض ذلك وبمصلحه في *Rubin* ج ٢ طبعة ٢ سنة ١٩٦٠ ص ٦٣٢ واترأه
 ما يراه بعض الفقهاء من أن اختيار المتعاقدين لقانون يحكم العقد هو بمثابة اتباع لأحكام
 هذا القانون في العقد بحيث تصبح جزءا من بنوده ، وراجع به في ص ٣٧٥ عدم الأخذ
 بخقون الإرادة في الترويج واندانرك ، واترأ في الأخذ به في انطرا *Dioy* طبعة
 ٨ سنة ١٩٦٧ ص ٦٩١ ، طبعة ٧ سنة ١٩٦٥ ص ١٨٥ حيث يعرض الفقه للتطيرى في فكرة
 « تصدق انقون اندى بحكم العقد » ومكرة « تصدق مقر العقد » وأى الفكرى سنونتها ارادة
 المتعاقدين . وراجع في لغة الفرنسى *Niboyr* المرجع السابق ، وفي انقله الاطلس
Venturini في انقون الدولي انقنص سنة ١٩٦٥ ص ١١٢ .

التص على القاعدة فى التشريع وكيفية صياغتها وموقف التشريع الكويتى منها :

استهل النشاط التشريعى فى معالجة مشكلة تنازع القوانين فى القرن التاسع عشر بصدور التقنين المبنى الفرنسى محتويا على نصوص خاصة بتنازع القوانين الدولى ، وهى نصوص قليلة ليس من بينها نص يعالج تنازع القوانين فى العقد ، ويعلل الشراح الفرنسيون لمقر هذا التقنين فى قواعد تنازع القوانين بأن واضعيه أدركوا ثقل مهمة وضع هذه القواعد و كنية وشمول ، وراوا أن الفقه لم يصل فى شأن تنازع القوانين الى حد الثبات ، حيث كل لا يزال تتجاوبه حلول المدرسة الايطالية القديمة ونقده المدرسة الفرنسية بفقهاء دارمونتريه ، ووجدوا حولا منشثرة لم تستقر الاستقرار الكفى لصوغها فى نصوص شريعية ، فأتروا ان يقتنوا بالتقليل وان يتركوا بتلى المشكلة دون حل وتقتين .

على أنه ما ان اشرف القرن التاسع عشر على الانتهاء الا وقد توافرت فى ميدان تنازع القوانين حصيله من الآراء الفقهية راسية الاسس، كما توافرت فيه تروة معتبرة من القضاء الذى تخير من الفقه وصل من العرف ملتجأوب مع حاجة المعلنات الدولية واعتبارات العدالة فى هذا الميدان . وبكل ذلك أصبح الطريق معبدا أمام المشرعين فى مختلف الدول لسن مواعد تنازع القوانين فى نصوص التشريع فى يسر ونطق متنوع بقدر نوع مناحيهم . وقد زاد نشاطهم فى هذا الميدان منذ مستهل القرن العشرين وفيما انقضى من عقود ، وهو نشاط يدفعهم اليه ويحدوهم اليه ازدياد أهمية العلاقات الخاصة الدولية . وكان تنازع القوانين فى العقد من بين ما علاهوه من مشاكل تنازع القوانين فى نصوص التشريع ، أخفين فى شأنه بقاعدة خضوع العقد للقانون الإرادة . مثل ذلك : القانون اليابلى ، المدة ٧ من القانون السيلدر فى ٢١ يونيو سنة ١٨٦٨ ، والقانون البولونى ، المدة ٧ من القانون الصادر فى سنة ١٩٢٦ المجلس بتنازع القوانين الدولى ، والقانون اليونانى ، المدة ٢٥ من التقنين المبنى الصادر فى سنة ١٩٤٠ والمعول به منذ سنة ١٩٤٦ ، والقانون الايطالى ، المدة ٢٥ من التقنين المبنى الصادر فى سنة ١٩٤٢ ، والقانون السويسى ، المادة ١٢٦ من مبادئ التشريع المبنى للاتحاد السويسى الصادر فى سنة ١٩٦١ ، والقانون النسيكوسلوماكى ، المدة ٩ من القانون الدولى الخاص والمرانعات الصادر فى سنة ١٩٦٢ ، والقانون البولونى ، المدة ٢٥ من القانون الدولى الخاص البولونى الصادر فى سنة ١٩٦٥ وقد نص قانون سنة ١٩٢٦ السابق الإشارة اليه .

كذلك أخذ يتك القاعدة فى تشريعات عدد من الدول العربية ، مثل القانون المصرى ، المادة ١٩ من التقنين المبنى الصادر فى سنة ١٩٤٨ ، والقانون السورى ، المادة ٢٠ من التقنين المبنى الصادر فى سنة ١٩٤٩ ، والقانون العراقى ، المادة ٢٥ من التقنين المبنى الصادر فى سنة ١٩٥١ ، واللاتونى ، المادة ١٩ من التقنين المبنى الصادر فى سنة ١٩٥٣ ، والقانون الكويتى ، المادة ٥٩ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بتنظيم

العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي) والقانون السوداني المادة ٢٧ من التقنين المدني الصادر في سنة (١٩٧١) .

هذا واذا كان النص على قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة قد صار امرا مألوما في التشريع عند مختلف الدول ، الا ان المشرعين قد تنوعت مناحيهم في كيفية صياغة هذه القاعدة من حيث موضوع الاسناد ، اى ما يسند . فنرى البعض منهم يجعل هذا الموضوع هو « وجود التصرف القانوني وآثاره » ، مثل ما تقضى به المادة ٧ من القانون الياباني السابقة الاشارة اليه من انه « تعين ارادة المتعاقدين قانون الدولة الذي يسرى على وجود التصرفات القانونية وآثارها » ، ومثل المادة ٢٧ من القانون المدني السوداني السابقة الاشارة اليه التي تقضى بأن « يطبق على الشروط الموضوعية للتصرف القانوني وما يترتب عليه من آثار القانون الذي اتجهت اليه الارادة صراحة اوضحنا . . » . على ان غالبية المشرعين تجعل موضوع قاعدة الاسناد هو « الالتزامات التعاقدية » ، مثل المادة ١٩ من القانون المدني المصري التي تقضى بتن « يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعهدين اذا اتحدا موطننا فان اختلفا موطننا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم ينق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه » ويقابل هذا النص ويطلقه كل من المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي والمادة ٢٠ من القانون المدني السوري والمادة ١٩ من القانون المدني الليبي . كذلك نجد ان موضوع قاعدة الاسناد هو « الالتزامات التعاقدية » في المادة ٢٥ من القانون المدني اليوناني والمادة ٢٥ من القانون المدني الايطالي والمادة ١٢٦ من مبادئ التشريع المدني للاتحاد السوفيتي والمادة ٢٥ من القانون الدولي الخاص البولوني . ولعل السبب في هذا المنحى التشريعي الثقي هي التفرقة السائدة في القانون المدني بين الحق ، هينا كثن أو شخصا ، وبين مصدره ، وهي تفرقة لو انتقلت كاملة الى ميدان القانون الدولي الخاص لكن من المتعين بيان القانون الواجب التطبيق في الحق وبين القانون الواجب التطبيق في مصدره . وهذا هو ما يتبعه المشرعون عادة بالنسبة للحق العيني ، بالنظر الى اهمية هذه التفرقة في شأنه . فهم يبينون القانون الواجب التطبيق فيه ، وهو عادة قانون موقع المثل ، كما يبينون القانون الواجب التطبيق في مصدره ، وهو متنوع بقدر تنوع هذه المصادر : العقد أو الميراث أو الوصية أو التقادم أو غيرها من طرق اكتساب الحقوق . اما بالنسبة للحق الشخصي فالمنحى التشريعي المذكور يكتفي ببيان القانون الواجب التطبيق في الحق الشخصي ، وهو هنا الالتزام التعاقدى ، دون فكر قاعدة اسناد تخص مصدره وهو العقد ، وذلك نظرا لقلّة اهمية تلك التفرقة ، وبحيث يكون القانون الواجب التطبيق في الالتزام التعاقدى هو ذاته القانون الواجب التطبيق في العقد . وهذه التسوية بين الالتزام التعاقدى ومصدره من حيث القانون الواجب التطبيق يصرح بها بعض المشرعين في نصوص التشريع ، مما جرى عليه اصحاب المنحى التشريعي الاول السابق ذكره وذكر امثلة له .

وقد شاء المشرع الكويتي أن يأخذ بالمنحى التشريعي الأول السابق بيانه . مع الاكتفاء بفكر « العقد » وليس « التصرف الإرادي » ، بوصفه مصدرا للالتزام ، وذلك في قوله في المادة ٥٩ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ : « يسرى على العقد من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه ، قانون الدولة » . وهو ما تتولى شرحه فيما يلي ، بعد التويه بأن من الفقهاء من يطلق على القانون الذي يختاره المتعاقدان لحكم العقد « قانون الإرادة » *Loi de l'autonomie de la volonté* ومنهم من يطلق عليه « قانون العقد *La loi du contrat* . ينطبق عليه الفقه الإنجلي أمريكي « القانون الخاص بالعقد » *The proper law of the contract*

ثانيا

القاعدة في التشريع الكويتي

التصوص التشريعية :

بين المشرع الكويتي القواعد الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق في العقد من حيث موضوع في المواد من ٥٩ إلى ٦٢ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ . وقد أورد في الفقرة الأولى من المادة ٥٩ القاعدة العامة في خضوع العقد لقانون الإرادة ، مما نتكلم فيه في هذا البحث الأول من الفصل الأول . ثم أورد في الفقرة الثانية من هذه المادة وفي المواد ٦٠ ، ٦١ ، ٦٢ ، عددا من قواعد الاستناد بين القوانين الواجب التطبيق في هواتف معينة من العقود ، مما نتكلم فيه في البحث الثاني من هذا الفصل وهو البحث المخصص لبحث مجال تطبيق قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة من حيث نوع العقد ، ومجال تطبيق قانون الإرادة على العقد ذاته .

القاعدة العامة في خضوع العقد لقانون الإرادة :

تفرض المادة ٥٩ فقرة أولى من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بأن « يسرى على العقد من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه ، قانون الدولة التي يوجد فيها الوطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخذوا موطناً » . فإذا اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن تكونا آخر هو الذي يراد تطبيقه . ولحكم هذه المادة مقابل مطلق له في تشريعات عدد من الدول العربية : م ١٩ ماضي مصري وم ٢٥ ماضي عراقى وم ٢٠ ماضي سورى وم ١٩ ماضي لى وم ٢٧ ماضي سودانى) . وذلك مع مراعاة ما سبق أن ذكرناه أن من هذه التشريعات ما يجعل موضوع قاعدة الاستناد هي « الشروط الموضوعية للتصرف القانونى وما يترتب عليه من آثار » ، وأكثرها يجعل هذا الموضوع هي « الالتزامات المتعلقة به » .

هذا ولهم حقيقة حكم المادة ٥٩ فقرة ١ هذه يثير مسألتين وهما : كلبية

تحديد قانون الإرادة ، ومدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد ، مما نصله فيما يلي :

كيفية تحديد قانون الإرادة - الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية والإرادة المقروضة :

كيف يجرى التعرف على إرادة المتعاقدين لتحديد قانون الإرادة ؟ الجواب على ذلك هو ان إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الذي يخضع له العقد قد تكون صريحة (Expresso) عندما يعين المتعاقدان في العقد بعبارة صريحة القانون الذي يحكمه . وهنا لا صعوبة في الأمر . وقد صار من المألوف في التجارة الدولية والنقل الدولي وجود عقود نموذجية يخضع كل منها لقانون معين منصوص عليه فيه ، وتجرى المعاملات بهذه العقود ويخضع كل عقد للقانون المنصوص عليه فيه بصرف النظر عن وجود أية صلة أخرى او عدم وجودها بين العقد وقانون الإرادة . ومثل ذلك العقود التي وضعها كل من اتحاد تجارة الماطط واتحاد تجارة الكوبرا واتحاد تجارة فضاء المشيبة في لندن واتحاد تجارة القطن في ليفربول ، إذ نص في هذه العقود على خضوعها للقانون الإنجليزي . وكثيرا ما تجرى المعاملات التجارية في مختلف هذه المواد بهذه العقود بحيث تخضع للقانون الإنجليزي بصرف النظر من جنسية المتعاقدين او موطنهم او محل أبرام العقد او محل تنفيذه . كذلك كثيرا ما يتلق على أخضاع عقود التأمين البحري لقانون التأمين الإنجليزي الصادر في سنة ١٩٠٦ ، وعلى أخضاع عقود النقل الجوي لقانون دولة الناقل (١) .

هذا عن الإرادة الصريحة . اما الإرادة الضمنية tacite . فهي إرادة حقيقية ولكنها غير معلنة ، يستخلصها القاضي من ظروف الحال ، وهو في تقصيصها لا يخضع لرقابة محكمة النقض لأنه في الحقيقة يقوم بتفسير العقد ، وهو مالا يخضع بصفة عامة لرقابة محكمة النقض (٢) . ومن أمثلة هذه الظروف النص بالعقد على جعل المنازعت المتعلقة به من اختصاص محكم دولة معينة او إخضاعها للتحكيم لدى محكمي دولة معينة ، إذ انه ينم عن انصراف نية المتعاقدين لإخضاع العقد لقانون دولة القاضي او دولة المحكم (٣) . ومن أمثلتها أيضا المولف الذي حرر لديه العقد واللغة التي حرر بها والعملية المتفق على الوفاء بها واتحاد جنسية الخصوم . وتختلف مناحي القضاء في مختلف الدول في قدر الإعتداد بكل من هذه الظروف (٤)

(١) راجع في التصيلات Rühl ج ٢ طبعة ٢ سنة ١٩٦٠ ص ٢٨٧ ، وأيضا Lerobour-Pigeonière طبعة ٨ سنة ١٩٦٢ ص ٢٧٨ .

(٢) راجع في ذلك Niboyet ج ٥ بقرة ١٤٠٠

(٣) استنكف بلريس في ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦٢ ، راجعه في المجلة المتعلقة للقانون

الدولي الخامس سنة ١٩٦٥ عدد ٢ ص ٢٢٥ .

(٤) راجع Dicey طبعة ٨ سنة ١٩٦٨ ص ٧١٢ و Niboyet ج ٥ بقرة ١٤٠٠

و Rühl ج ٢ ص ٢٨٢ و Batffol بقرة ٥٧٦ .

ويغلب أن يجمع الغماء بين أكثر من طرف ليسوثق في التعرف على نية المتعاقدين (١٠). وقد قضت المحاكم المخلطة في مصر (أنفاً، بانه إذا تمت عملية بيع أجل في بورصة الاسكندرية واشترط في العقد تحكيم لجنة شركة الحاسيل العمومية بالاسكندرية، فإن العقد يكون خاضعاً للقانون المخلط وهو قانون معمرى وبوصفه قانون دولة المحكمين، رغم اتحاد جنسية الخصوم (١١). كما قضت بأن السند تحت الأذن الذي يكون محرره وإحاطه ايطاليين يخضع للقانون الإيطالي (بوصفه قانون جنسية طرق اعلاتة انقانونية (١٢). وبأن بنافي المتعاقدين على بلد لتنفيذ العقد يعد انسراف نية إلى احضاع العقد لقانون هذا البلد بوصفه قانون محل التنفيذ (١٣).

على انه يحدث احياناً، وهذا هو الغالب، الا يعبرح المتعاقدان بإرادتهما في شأن تحديد القانون الذي يحكم العقد، كما أن ظروف الحال لا تنم عن إرادتهما الضمنية في هذا الشأن، فمماذا يكون الحل (جري القضاء في محض الدول) عند عدم وجود نص تشريعي يعالج هذه الحالة (وتابعه افته، على تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد بالنظر إلى ما كان يقصده المتعاقدان فيما لو صرفا إرادتهما إلى تحديد القانون الذي يحكم العقد. فالقاضي في هذه الحالة لا يفسر العقد للتعرف على ما «قصده» المتعاقدان، وإنما هو يعين «ما كان يمكن أن يقصده» المتعاقدان، وبعبارة أخرى هو لا يبحث عن إرادة للمتعلقين موجودة فعلاً وان كانت ضمنية *laite, in Fidei* بل ينرض عليهما إرادة غير موجودة فعلاً ويقبها على قرائن مستنبدة من ظروف العقد، وهي ما أطلق عليه (الإرادة المفروضة *Presumptions, imputed intention*، يأخذها القاضي بمعيار موضوعي عند الرجل المعقول *Reasonabl person* (١٤) ويرى بعض الشراح أن الأخذ بالإرادة المفروضة يخرج العقد في هذه الحالة من إرادة المتعاقدين، إذ حصل الأمر هو أن إرادة القاضي هي التي تعين القانون الواجب التطبيق وليس إرادة المتعاقدين (١٥). كذلك يرى بعض الشراح أن ما يسميه القضاء إرادة مفروضة هو في حقيقته «إرادة مفترضة» *Hypothétique* والفرق ما بين الاثنين هو أن الأولى تؤخذ على أنها حقيقة تنهض على قرينة، في حين أن الثانية تؤخذ على أنها مجرد افتراض تصوري. ولما عر أن هذا الفرق هو مجرد فارق نظري إذ أن القاضي يرى أن القرائن التي تقوم عليها الإرادة المفروضة ليست قرائن قاطسة بل يجوز أنبات عكسها من ظروف الحال (١٦). هذا ويلاحظ أن بعض

١. القس مراسي في ٢٨ يونيو سنة ١٩٦٦، في مجلة الانتقبة للقانون الدولي الخامس سنة ١٩٦٧ عدد ٢ ص ٢٢٤.

٢. استئناف محتظ ٢٩ سنة ١٩١٦، في مجلة الشريع والقضاء ص ٢٨ ص ٢٢٧.
٣. معمر اجربية المخلطة في ٨ نوفمبر سنة ١٩١٦ في اجاربت، ص ٢٦.
٤. استئناف مخلط ٢٩ مايو سنة ١٩٠١ في مجلة المشار الدنيا، ص ١٢ ص ٣٧٧.
٥. راجع *Dicly* طبعة ٨ سنة ١٩٦٨ ص ٧١٢، و *Wolff* طبعة سنة ١٩٥٠ ص ٢٢٨، و *Cheshire* طبعة ٧ سنة ١٩٦٥ ص ١٨٨.
٦. راجع في ذات *Nihayet* ج ٥ ص ١٤٠١.
٧. راجع *Wolff* المرجع السابق.

الفقهاء الإنجليز يجمع الإرادة الضمنية Implied Intention والإرادة
المفروضة imputed intention معا في قسم واحد بالقليلة
للإرادة الصريحة Expressed intention (١). وهذا في نظرنا
غير منطقي لأن الحامع بين الإرادتين الصريحة والضمنية هو وجودهما
حقيقته ، وهو ما يفتصل معه جميعها معا بالقليلة للإرادة المفروضة التي
هي إرادة غير حقيقية .

هذا والقرائن التي يقيم عليها القضاء في مختلف الدول ، القسوتون
الواجب التطبيق على العقد ، بوصفه قانون الإرادة المفروضة ، وحيث
لا يوجد في نسئها نص تشريعي ، والتي يستخلصها القاضي من ظروف
تكوين العقد وآثاره . متنوعة ، اختلفت وجهت النظر في شأن مبلغ
الاعتداد بالواحدة منها وظروف تفضيلها على الأخرى ، كما أن البعض منها
قد رأى فيه حقتب من الفقه دليلا على الإرادة الضمنية وليس على الإرادة
المفروضة . من تلك القرائن : محل تكوين العقد ومحل تنفيذه ، والموطن
المشترك أو مركز الأعمال المشترك للمتصلقين ، والجنسية المشتركة
للمتعلقين . مما نفضله فيما يلي :

١ - محل تكوين العقد : وعلى أساسه يتحدد الاختصاص بحكم العقد
بقانون هذا المحل . ويتخذ بتطبيق هذا القانون القضاء في فرنسا وبلجيكا
وهولندا وأسبانيا وانجلترا والولايات المتحدة الأمريكية (٢) . كما أخذ به
انتفاء المختلط في مصر في بعض أحكامه . ويرى بعض رجال الفقه أن
محل إبرام العقد لا يكفي وحده أداة وصل ما بين العقد وقانون المحل ،
بل يجب أن تنضم إليه عوامل أخرى ، كأن يكون محل العقد هو ذاته مركز
اشغال أحد المتعلقين ، أو أن يكون هو ذاته محل تنفيذ أحد الالتزامات
المرسوسة لتعقد . وأنه يحدث أحيانا الاكتفاء بمحل العقد دون هذه العوامل ،
كالمعقود التي ترمم في الأسواق الدولية وفي المعارض ، إذ تخضع هذه
المعقود لقانون محل إبرام العقد بصرف النظر عن أي اعتبار آخر (٣) .

على أن عقد الاختصاص لقانون محل إبرام العقد يستلزم تعيين هذا
المحل ، وهو ما يثير صعوبة في حالة التعاقذ فيما بين غائبين . ويرى رجال
الفقه أن هذا التعيين يخضع لقانون القاضي لأنه يدخل في نطاق تفسير
قاعدة الإسناد ، وهي هنا خضوع العقد لقانون محل إبرامه . وبعبارة
أخرى لأنه في نطاق التكيف . ومن هنا يظهر إمكان اختلاف في تعيين
محل إبرام العقد في التعاقذ بين غائبين ، فهو مثلا في القانون الإنجليزي

(١) انظر في ذلك Oberthir ، المرجع اسبق طعة ٧ سنة ١٩٦٥ من ١٨٨ .

(٢) راجع في ذلك Wolff, Oberthir, Dörv, Niboyr ، المرجع السابقة
الإشارة إليها .

(٣) راجع Wolff المرجع السابق .

مكان بصدير القبول ، وهو لمى القتون المصرى ، بصفة عامة ، مكان علم الموجب بالقبول ، ويفترض ان الموجب علم بالقبول فى المكان ولمى الرمان اللذين ومن اليه ليهما هذا القبول ا م ٩ مخرى مصرى) . وينص القانون البولونى على ان العقد بين غائبين يعتبر مبرما فى المكان الذى اسلم له ا موجب القبول ا م ٩ من قتون سنة ١٩٢٦ الخاص بتنازع القوانين الدولى والى بالقانون الدولى الخاص البولونى الصادر فى سنة ١٩٦٥ . وتضى الفترة ٣ من المدة ١٠ من القتون الدولى الخاص التشيكوسلوفاكى الصادر فى سنة ١٩٦٣ بان يسرى على العقد الذى يتم بالمراسلة قتون موطن الطرف الذى قبل الايجاب . ويفضى القتون السوفيتى بان يتحدد مكان ابرام التصرف طبقا لاحكام القتون السوفيتى ا م ١٢٦ من مبادئ المشرع المحدث للاتحاد السوفيتى الصادر فى سنة ١٩٦١ .

٢ - محل تنفيذ العقد : وعلى اسلمه يعقد الاختصاص بحكم العقد لمتون هذا المحل ، ويأخذ بتطبيقه القضاء فى المانيا وسويسرا . كما يأخذ به التصام الانجليزى تاركا قتون محل ابرام العقد ، وذلك عندما يكون تنفيذ العقد كليا او جزئيا واجبا فى مكان آخر غير محل ابرام العقد . وقد أخذ به القضاء المختلط فى مصر ، آتفا فى بعض احكامه .

هذا وقد كان « سلفينى » اكبر مدافع عن قتون محل تنفيذ العقد . تبصيرا لفتحه فى تنازع القوانين المنى على تركيز العلاقات القانونية (اى بيان مقر العلاقة القانونية ويكون قتون هذا المقر هو الذى يحكمها . وقد عقد البعض من فقهاء نظرية الاحوال من سبقوا « سلفينى » الاختصاص لقتون محل التنفيذ ، ولكن ليس بوسفه كذلك . بل بوصفه المحل الفرضى لابرام العقد ، وهى وجهة من النظر اخذ بها « هوبر » Huber وغيره من فقهاء المدرسة الهولندية فى « نظرية الاحوال » . وانتقلت خلال فقههم لى انحطرا ، وقد كان من اهمية هذه الوجهة من النظر التقليل من اهمية المحل الحقيقى لابرام العقد فى صند بيان القتون الواجب التطبيق . ولا يزال بعض الفقهاء المعاصرين يروجون لقتون محل التنفيذ ويفعلونه على قانون محل ابرام العقد على اعتبار ان تنفيذ العقد هو الهدف من التعاقد . وان محل ابرام العقد قد يكون مكننا عارضا وقد يصعب تعيينه ، كما هو الشئ فى التعاقد بين الغائبين ، كما ان الاعتراض على قتون محل التنفيذ بصعوبة تحديده عندما تتعدد محال التنفيذ تبعا لتعدد الالتزامات المتولدة من العقد يمكن دفعه بانه يتمين فى هذه الحالة اختيار محل التنفيذ الرئيسى وجعل قتونه هو الواجب التطبيق على العقد (١) .

٢ - الوطن المشترك او مركز الاعمال المشترك للمتعاقدين : وعلى اسلس الاول يعقد الاختصاص بحكم العقد لقتون الوطن المشترك . وعلى

راجع فى تفصيلة W.C. طبعه ٢ سنة ١٩٥٠ من ٢٢٢ ، و Dancy طبعة ٨ سنة ١٩٦٨ من ٧١٦ ، Batifol فى كتابه فى شرح القوانين فى العقود حيث يدافع عن قتون محل التنفيذ ، من ٧٧ .

أساس الثنائي يعقد الاختصاص لقانون البلد الكائن به مركز الأعمال المشترك . على أن بعض الشراح يرى جعل الاختصاص لقانون موطن المدين بالالتزام أو لقانون البلد الكائن به مركز أعماله ، عند عدم توابع الموطن المشترك أو مركز الأعمال المشترك . ويغلب الأخذ بهذا النظر بالنسبة للعقود التي تعقدها دور الصناعة والتجارة والنقل وتتصف بالأذعان (١) .

٤ - الجنسية المشتركة للمتعلقين : وعلى أساسها يتعقد الاختصاص لقانون الدولة التي يتبعها المتعاقدان بجنسيتها . وقد راجح الأخذ بقانون الجنسية المشتركة في إيطاليا بتأثير « مانثيني » فقيه المدرسة الإيطالية الحديثة في تنازع القوانين ، كما تطبقه المحاكم في ألمانيا متى كان المتعاقدان المقيمين .

هذه هي أهم القرائن التي تنبئ عليها الإرادة المبررة ، وقد اختلف في شأن بعضها برآه بعض الفقهاء برينة على الإرادة المبررة . ورآه البعض الآخر دليلاً تستلقي منه الإرادة الضمنية . مثال ذلك الخلاف حول الجنسية المشتركة ومركز الأعمال المشترك (٢) .

والمواقع من الأمر أن تعيين قانون الإرادة المبررة أمر يبلغ من الدقة حداً ويمتضى بحث ظروف الحال بالنسبة لكل عقد . ويلقى على القضاء عينا قد يتحرف به نحو التحكم . لذلك أقدم مشروع بعض الدول على رفع النحر عن القاضي ووضع ضوابط تستقر في كتبها المعاملات ، وذلك عن طريق النص على قرائن مقيدة للقاضي يبين على أساسها القانون الواجب التطبيق على العقد ، عند عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية للمتعلقين . والقرائن التي يعول عليها المشرمون عادة في هذا الصدد هي الجنسية المشتركة والموطن المشترك للمتعلقين ومحل إبرام العقد . وقد يجمع المشرع ما بين أكثر من قرينة من هذه القرائن . وقد يكتفى بأحدها وهي عادة محل إبرام العقد . ومن أمثلة القوانين التي تأخذ بقرينة محل الإبرام وحدها القانون الإيطالي (٣ م ٧ من القانون الصادر في ٢١ يونيو سنة ١٨٩٨ والخاص بالقواعد العامة في تطبيق القوانين والقانون السوفيتي (المادة ١٢٦ من مبادئ التشريع المدني للاتحاد السوفيتي) والقانون السوداني (م ٢٧ من القانون المدني) . ومن أمثلة القوانين التي تأخذ بقرينتين القانون التشيكوسلوفاكي (م ١٠ من القانون الدولي الخاص الصادر في سنة ١٩٦٣) ، وقد نص به على قرينتي الموطن المشترك ومحل الإبرام ، والقانون الإيطالي (م ٢٥ من القانون المدني الصادر في سنة ١٩٤٢) وقد نص به على قرينتي الجنسية المشتركة للمتعلقين ومحل الإبرام .

وقد جرى المشرع في عدد من الدول العربية على الأخذ بقرينتين ، وهما

(١) من هذا الرأي Gutwiler و Von Bar راجعه معروفاً في Wolff المرجع السابق .
(٢) راجع في هذا الخلاف Niboyet ج ٥ ، ص ١٢٠١ و Diccý ، المرجع السابق .

بفرض هذه الإرادة . فإذا وجد عقد ذو عنصر أجنبي ، كما لو كان أحد المتعاقدين أجنبيا أو متوطنا في دولة أجنبية ، أو كل المال المتعود عليه في دولة أجنبية ، أو إبرام العقد في دولة أجنبية ، أو اتفاق على أن يكون تنفيذ العقد كله أو بعضه في دولة أجنبية ، فللمتعاقدين أن يختارا القانون الذي يخضع له العقد . ويجوز لهما اختيار قانون جنسية أو موطن أحد المتعاقدين أو قانون موقع المال أو قانون محل إبرام العقد أو قانون محل تنفيذه . فلا بد إذن من وجود صلة بين العقد ذي العنصر الأجنبي والقانون المختار . . . وقد يعبر المتعاقدان في اختيارهما القانون الواجب التطبيق تعبيرا ضمنيلا لا تعبيرا صريحا . . فإذا تبين من الظروف أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت الى تطبيق قانون معين ، كان ذلك اختيارا ضمنيلا لهذا القانون . ومن الظروف التي تدل على هذا الاختيار الضمني أن يجعل المتعاقدان الاختصاص لحكمكم دولة معينة أو أن يستعملوا اصطلاحات معروفة في قانون معين . أو أن يتخذوا نموذجا خاضعا لقانون معين . والتفاضي يستخلص إرادة المتعاقدين من جميع الظروف . فإذا لم توجد إرادة صريحة أو ضمنية فقد افترض القانون أن المتعاقدين قد أرادا قانون موطنهما المشترك ، فإن لم يوجد لهما موطن مشترك ، افترض القانون أنهما أرادا قانون الدولة التي تم فيها العقد .

مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد :

المفروض أن العقد الذي يثير مسألة تنازع القوانين في حكمه وبيان القانون الذي يحكمه هو العقد المشتبه على عنصر أجنبي ، وهو ما يطلق عليه في ميدان تنازع القوانين « العقد الدولي » . أما العقد المجرى من هذا العنصر فلا يثير مسألة البحث عن القانون الواجب التطبيق فيه . وإذا كانت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة قاعدة مسلمة فقها وقضاء وشريعا في مختلف دول العالم ، فإن أهميتها يقتضي التساؤل عن مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد . هل لهما أن يختارا أي قانون ، ولو كان هديمه الصلة بالعقد ، وهل لهما أن يختارا أكثر من قانون لحكم العقد ، وملا يكون الحكم لو اصطنع المتعاقدان خلافا للحقيقة العنصر الأجنبي في العقد لتوفير صلة بينه وبين القانون الذي يختارانه لحكمه ، وملا يكون الحكم فيما لو اتضح للقاضي أن قانون الإرادة يتعارض مع النظام العام في بلده لكل هذه مسائل بعيدة الخطر بوضوحها فيما يلي :

١ - ضرورة وجود صلة بين العقد وقانون الإرادة : يرى بعض الفقهاء وأغلبهم من فقهاء القارة الأوروبية ، أن القانون الذي يختاره المتعاقدان يجب أن لا يكون مقطوع الصلة بالعقد ، لأن الصلة بين العقد وقانون الإرادة هي التي تبرر اختياره ، مثل الصلة بين العقد وقانون الدولة التي يتبعها المتعاقد أو المتعاقدان بالجنسية أو يرتبط بها بالتوطن في إقليمها ، وقانون الدولة التي إبرم فيها العقد ، وقانون الدولة التي يجب تنفيذ العقد فيها . ومتى بوافرت هذه الصلة صح الاختيار ، ومتى انقضت لها جاز

الاختيار . كما لو اختر انجليزيان متوطنان في انجلترا القنون الصينى ليحكم عقدا أبرماه في فرنسا لينفذ في الولايات المتحدة الأمريكية .

ويجرى القضاء في بعض الدول على ضرورة توافر الصلة بين العقد وقانون الإرادة ، كما هو الشأن في الولايات المتحدة الأمريكية وفي ألمانيا وموسيرا . وقد بلغ حد الاهتمام بهذه الصلة عند مشرى بعض الدول الى النص على توائين معينة هي التي يجوز للمتعاقدين اعمال اختيارها فيما بينها ، كما هو الشأن في القنون البولندى الصادر في سنة ١٩٢٦ والخاص بثأرع القوانين الدولى ، اذ تقضى المادة ٧ منه بأنه « يجوز للمتعاقدين اخضاع التزاماتهما لقنون الجنسية او لقنون الوطن او لقنون محل أبرام العقد او لقنون محل تنفيذ الألتزام او لقنون موقع الشيء » . وظاهر تهما من هذا النص ان المشرع البولونى حدد قوانين معينة يجوز للمتعاقدين الاختيار من بينها مراعاة في تحديدها وجود صلة بينها وبين العقد . على ان المشرع قد عدل عن هذا التحديد الضيق ، وذلك في القنون الدولى الخاص البولونى الصادر في سنة ١٩٦٥ ، اذ اكتفى بالنص في المادة ٢٥ منه على شرط ضرورة وجود الصلة بين الرابطة القنونية والقنون الذى يختاره المتعاقدان لحكمها .

ويرى البعض الأخر من الفقهاء ، واغلبهم من الانجليز ، ان حرية المتعاقدين في اختيار القنون الذى يحكم العقد غير مقيدة بالصلة التي يقول بها اصحاب الراى الأول المتقدم بيانه ، ولكنهم يضيفون الى ذلك قولهم ان اطلاق حرية المتعاقدين على هذا الوجه هو الصورة النظرية للقاعدة ، وان استقراء الواقع يفيد ان المتعاقدين لا يختاران لحكم العقد قنونا مقطوع الصلة به . وان هذه الصلة كثيرا ما تتوافر ، وان لم يكن توافرها آتيا من حيث جنسية المتعاقدين او موطنهما او محل العقد او محل تنفيذه ، فهي على الأقل تنبئ من ناحية حلجة التجارة الدولية ، اذ كثيرا ما يحدث في ميدان التجارة الدولية ان يستقر عقد خاضع لقنون دولة معينة ويصير عقدا نمولجيا لتجارة معينة ، كالقطن او الصوف او الحبوب وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقدين ان يبرما عقدهما وفقا للعقد التمونجى ويخضعته للقنون الذى يخضع له هذا الأخير ولو لم تتوافر بين العقد وبين هذا القنون صلة من حيث جنسية المتعاقدين او موطنهما او محل أبرام العقد او محل تنفيذه . مثل ذلك جريان التجارة الدولية للحبوب في الولايات المتحدة الأمريكية وفقا للعقد المسمى *Le plat grain contract* اتخذه اتحاد لندن لتجارة الحبوب واخضعه للقنون الانجليزى . والواقع ان هنك اتجاه في التجارة الدولية والنقل الدولى نحو توحيد العتود التي ترم في هذين الميدانين من حيث القنون الذى تخضع له اخذا بالنقول « يجب ان يكون قنون المحيط واحدا » *The law of ocean must be one* (١) .

١ راجع في شرح هذا اتجاه Wolff طبعة سنة ١٩٥٠ ص ٢٢٠ ، وانرا في مرسه وند اطلاق حرية المتعدين Girahre طبعة ٧ سنة ١٩٦٥ ص ١٩٢ .

ونحن نرى ان اطلاق حرية المتعاقدين عند اصحاب هذا الراى الثنى هو الا اثر للاعتراز بقاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة بصورتها التي نهبت عليها منذ نشأتها ، اعتزازا يقلوم حملة النقد التي وجهت اليها . وبعد فهم يسلمون بان الواقع ينقض هذا الاطلاق ، بحيث يمكن القول انه من حيث الواقع يقترب هذا الراى الثنى من الراى الاول ، ولا يختلف عنه الا من حيث اكتفاء الراى الثنى بحلجة المعاملات الدولية كصلة بين العقد وقانون الإرادة ، صلة سلمت بها محكمة النقض الفرنسية (١) . ويمكننا الان ان نستخلص من الرايين رأيا توفيقيا يقضى بأن اختيار المتعاقدين لقانون يحكم العقد يجب ان ينهض على صلة بين العقد والقانون الذى يختارانه ، سواء اتمت هذه الصلة على جنسية المتعاقدين او موطنهما او محل ابرام العقد او محل تنفيذه ، ام قامت على مجرد جريان المعاملات الدولية على اجراء العقد فى صورة نموذجية تخضع لقانون معين فى ميدان التجارة الدولية والنقل الدولي .

ويتضح من نصوص قوانين الدول العربية التي وردت بها قاعدة قانون الإرادة وعرضناها فيما تقدم . ان النص لا يلصح عن شرط ضرورة وجود صلة بين العقد والقانون الذى يختاره المتعقدان لحكمه . وقد جاء نص المادة ٥٩ من القانون الكويتى رقم ٥ لسنة ١٩٦١ على هذا النحو . على انه ورد بالمكررة الايضاحية لهذا القانون ما نصه : « للمتعاقدين ان يختارا القانون الذى يخضع له العقد ، فيجوز لهما اختيار قانون جنسية او موطن احد المتعاقدين او قانون موقع المال او قانون محل ابرام العقد او قانون محل تنفيذه ، فلا بد ان من وجود صلة بين العقد ذى العنصر الاجنبى والقانون المختار . ولكن يكفى لتوافر هذه الصلة ان يكون العقد قد ابرم وفقا لعقد نموذجى خاضع لهذا القانون ، ومثل ذلك العقد الذى وضعه اتحاد لندن لتجارة الحبوب ويخضع للقانون الانجليزى » . وهذا الذى جاء بالمكررة الايضاحية يشهد بان المشرع الكويتى يأخذ بالراى التوفيقى السابق عرضه ، فينبغى ان تكون هناك صلة بين العقد والقانون الذى يختاره المتعقدان ، ويكفى لتوافرها جريان المعاملات الخاصة الدولية على اجراء العقد فى صورة نموذجية منصوص فيها على خضوعه لقانون معين فى ميدان التجارة الدولية والنقل الدولي .

٢ - اختيار اكثر من قانون لحكم العقد : هل يجوز للمتعاقدين اختيار اكثر من قانون لحكم العقد ؟ نستبعد من دائرة هذا السؤال مسألتين وهما : الاهلية للعقد وشكل العقد ، فلكل منهما قانون يحكمها وفقا لما تقضى قواعد الاسناد المبنية على التكيف . ذلك ان الاهلية للعقد وان كانت شرطا لصحة العقد ، الا انها فى الحقيقة صفة لصيقة بالشخص وترتب بمراعاة حالته وتكون جزءا من نظام الاهلية على العموم ، وليس مسألة من مسائل التصرف الارادى ذاته . وهى بهذا التكيف قد اختلفت فى مختلف

(١) راجع ذلك محررها فى Niboyet المرجع السابق علبس ٦ على ص ٧٢ .

الدول بقاعدة اسناد ، الا وهي في الكويت وسائر الدول العربية (وفي غالبية دول القارة الأوروبية وما نحا منحائها) قاعدة خضوع الاهلية للقانون الشخصي *Loi personnelle* . والقانون الشخصي في الكويت وسائر الدول العربية هو قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجسيته *Loi nationale* (م ٣٣ من القانون الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١) ، وم ١١ من القانون المدني المصري ، وم ١١ من القانون المدني الليبي ، وم ١٢ من القانون المدني السوري ، وم ١٨ من القانون المدني العراقي ، وم ١٥ من القانون المدني السوداني) .

كذلك يدخل شكل العقد في دائرة اوسع نطاقا لا تقتصر على العقد ، وهي دائرة نظلم الاشكال بالنسبة للتصرف الارادي على العموم . وقد اقتص هذا النظم في مختلف دول العالم بقاعدة اسناد ، وهي خضوع شكل التصرف بقانون بلد ابرامه . وقد جاء النص على هذه القاعدة بصورتها العامة هذه او النص على صورة تطبيقها على العقد وحده في شريعات عدد من الدول العربية (م ٢٩ من القانون المدني السوداني وهي تنص على خضوع شكل التصرف القانوني لقانون الدولة التي تم فيها أو القانون الذي يسرى على شروطه الموضوعية . وم ٦٣ من القانون انكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ وهي تنص على ان يسرى على العقد من حيث الشكل قانون البلد الذي تم فيه ، ويجوز ايضا سريان القانون الذي يخضع له العقد في احكامه الموضوعية ، كما يجوز سريان قانون موطن المتعاقدين أو تناوبهما الوطني المشترك . ويقابل هذه المادة وتطبق في حكمها المادة ٢٠ من القانون المدني المصري والمادة ٢٠ من القانون المدني الليبي والمادة ٢١ من القانون المدني السوري . وتنقض المادة ٢٦ من القانون المدني العراقي بأن تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها) ، مما سنتناوله بالبحث في الفصل الثاني .

ومنى استمعنا مسألتي الاهلية للعقد وشكل العقد من دائرة التساؤل عما اذا كان للمتعاقدين اختيار أكثر من قانون لحكم العقد ، بقى في نطاق هذه الدائرة تكوين العقد وآثاره وزواله . ويبرر هذا التساؤل انه قد يكون من مصلحة المتعاقدين ، وخاصة من الوجهة الاقتصادية اخضاع العقد لأكثر من قانون ، وبحيث يخضع في مجموعه لاحدها ، وأكثر ما يتحقق هذا التعدد هو بالنسبة لتنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد .

ويوجد في الفقه رأيان في هذه المسألة : اولهما يتلخص في أن العقد رابطة متعددة الجوانب ، فمهلك تكوين العقد وآثاره وزواله . وليس ثمة ما يمنع المتعاقدين من ان يخضعا كل جانب من هذه الجوانب لقانون معين ما دامت تتوافر صلة بين الجانب والقانون الذي يختارانه لحكمه ، فيسح ان يتفقا على اخضاع تكوين العقد لقانون محل الإبرام واخضاع تنفيذه لقانون محل التنفيذ ، فان تعددت المحال الواجب التنفيذ فيها ، كان لهما ان يخضعا تنفيذ كل التزام لقانون المحل المتعلق على تنفيذه فيه . فهذا الرأي ان يجيز تجزئة العقد ، ويجيز للمتعاقدين اختيار أكثر من قانون

لحكمه . وقد دافع عنه بعض الفقهاء وراوا فيه اتجاهها واقميا يتفق مع ما قد يتوالت في واقع الحال من تعدد الصلات بين مختلف جوانب العقد وبين أكثر من دولة ، وبعبارة أخرى قوانين أكثر من دولة (١) . وقد أجاز القضاء في بعض أحكامه في الولايات المتحدة الأمريكية والمغرب وإيطاليا وفرنسا وإنجلترا حرية المتعاقدين في اختيار أكثر من قانون لحكم العقد (٢) هذا ونجد الفقه في المقيا متاثرا بفقه « سلفيني » في تنازع القوانين ، يقيم وزنا كبيرا للترفة ما بين الالتزام والعقد ، ويرى أن المهم هو بيان القانون الواجب التطبيق على الالتزام وليس القانون الواجب التطبيق على العقد ، وهو ما من شأنه أمكن تجزئة العقد وأخصاعه لأكثر من قانون . كما يحدث في عقد القرض الذي يشترط فيه أن يقوم المدين بوفاء الدين وموآاده في الدول التي يحددها الدائن ، إذ يخضع ما يوفى به وطريقة الوفاء لقانون كل دولة يختارها الدائن (٣) .

أما الرأي الثاني فيتلخص في النظر إلى العقد باعتباره عملية واحدة من السلحيين النفسية والاقتصادية ، يجب أن تخضع في « مجموعها » لقانون واحد ، وهو ما يتفق مع ما بين أجزاءها من التجانس . وهذا الرأي الثاني هو الأكثر رواجاً عند رجال الفقه ، وقد أخذ به المؤتمر السادس للقانون الدولي الخاص بلاهاي . كما أن القضاء في البلاد المثلر إليها وأن لجأ في بعض أحكامه تعدد القوانين التي تحكم العقد ، إلا أنه يوجد من أحكامه ما يتجه صوب إخضاع العقد لقانون واحد مع تحديد ما ينظر في مجال تطبيق هذا القانون (٤) . وقد جاء بالذكر الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري تطبيقاً على المادة ٤٢ من المشروع ، التي صارت المادة ١٩ من هذا القانون وهي تقبل المادة ٥٩ من القانون الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ ، ما نصه « ولذلك توحى المشروع تجنب التفاصيل وانصر على أكثر الأحكام استقراراً في نطاق التشريع ، فقرر في المادة ٤٢ أن الالتزامات المتعلقة يسرى عليها القانون الذي يقرر المتعاقدان الخضوع لأحكامه صراحة أو ضمناً . وهذا حكم عام يمكن لمسلطن الإرادة ويضمن وحدة

(١) من هؤلاء ابتداءً Strower Neuman, El Auçinet; راجع تراجم مخرصة في Batiffol في كتابه في سائر القوانين في العقود طبعة سنة ١٩٢٨ بقرة ٧٧ . وقد تنوعت آراء السلف في مدى حرية المتعاقدين في تجزئة العقد وأكثر الإراء اعتدالا هو ذلك الذي يخصص التجزئة في أي عدد من جنب وآثره من الجانب الآخر .

(٢) راجع في ذلك Batiffol المرحع السابق بقرة ٧٢ و ٧٨ ، Rahol ج ٢ ، طبعة ٢ سنة ١٩٦٠ من ٢٩٠ .

(٣) راجع Batiffol في كتابه في سائر القوانين في العقود بقرة ٧٢ ، وق تقريره المتعدد للجنة الفرنسية بقرون السلفي لعلي ، مجموعة أعمالها من ٥ من ٥٥ ، Wiff طبعة سنة ١٩٥٠ من ٤٢٤ .

(٤) راجع في مناهضة فكرة تجزئة العقد وضرورة إخضاعه لقانون واحد Noldo في تقريره المقدم لمعهد القانون الدولي ، منشورا في مجلة للقانون الدولي الخاص سنة ١٩٢٧ من ١١٦ ، و Pillot المجلد ج ٢ بقرة ٤٩٢ . وانظر في مرض الفقه المساحض بتجزئة العقد ومرض القضاء الأخذ به Page. 583 G. Juris-Clairseur de dr Int. Vol. ٤.

القانون الواجب تطبيقه على العقد ، وهي وحدة لا تكملها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلائم مع طبيعة كل منها ، وقد استرشد المشروع فيه بالمادة ٧ من القانون الملحق بالتقنين المدني الياباني والمادة ٢٥ من التقنين المدني الإيطالي الجديد (١) وهذا الذي جاء بالفكرة الإيضاحية للمشروع يدل على قصد المشرع الأخذ بفكرة وحدة القانون الذي يحكم الفقه ، وإن كانت صيغة المادة ١٩ من القانون المدني المصري لا تستلزم الوقوف عند هذه الفكرة . ويمكن الأخذ بهذا النظر في تفسير المادة ٥٩ من القانون الكويتي الذي نحن بصدده .

٢ — **الفنن نحو القانون :** هذا ولما كانت قاعدة خضوع العقد للقانون الإرادة تصرف إلى العقد المشتبه على عنصر اجنبي ، كون العقد الوطني في جميع عناصره ، والذي لا يثير مشكلة تقارع القوانين ويخضع للقانون الوطني ، كلن من النصور ان يلجا العالدان لعقد لا يشتمل على عنصر اجنبي ويريدان الهروب من احكام القانون الوطني الامرة ، الى اصطناع العنصر الاجنبي في العقد لاجساد الصلة بين العقد والقانون الاجنبي الذي يختارانه لحكمه . كما لو سافر مصريان الى ايطاليا لابرام عقد عرض فيما بينهما واتفق على اخضاعه للقانون الايطالي وذلك لجرد الهروب من الاحكام الامرة الخاصة بالمواد في القانون المصري . ويجرى رجال الفقه المصري والفقه الفرنسي على تطبيق فكرة الفنن نحو القانون في هذه الحالة ، لان اعمال سلطان الارادة في اختيار القانون الذي يحكم العقد يجب ان لا يكون سوريا ، بل جدبا وامينا . وهذا المعنى هو ما يعبر عنه القضاء الانجليزى بقوله « ان اختيار القانون الذي يحكم العقد يجب ان يكون بحسن نية وشرعيا » *Bona fide and legal* (٣) ونرى الأخذ بهذا النظر في تطبيق المادة ٥٩ من القانون الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ .

٤ — **النظام العام :** كذلك قد يحدث ان يكون العقد مشتملا على عنصر اجنبي ، وان يختار المتعقدان قانونا اجنبيا ليحكمه ، وان يكون هذا الاختيار جدبا وغير مشوب بالفنن نحو القانون الوطني . ولكن بضع ان احكام ذلك القانون تتعارض مع النظام العام في قانون القاضي . وهنا يتعين على القاضي ان يمتنع عن تطبيق قانون الارادة . ولا يمكن لتوائر هذا التعارض مجرد مخالفة نص امر في قانون القاضي ، متى كانت هذه المخالفة لا ترتفع الى حد المساس بالنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية ، وذلك عند من يرى ان حكم النصوص الامرة ليس على سواء في العلاقات الخاصة الداخلية والعلاقات الخاصة الدولية . واكثر ما يثار اسنظام العام دفعا لاستبعاد تطبيق قانون الارادة (الاجنبي) هو في شأن اختيار قانون يجيز الانساق على هائدة يزيد على الحد الاقصى للهائدة المقرر

(١) مجموعة الاممال التحضيرية للقانون المدني ج ١ من ٢٨٩ .
 (٢) راجع في ذلك Dicey طبعة ٨ سنة ١٩٦٧ من ٦٩٨ و Wolff طبعة سنة ١٩٥٠ من ٤١٩ و Cheshire طبعة سنة ١٩٤٨ من ٢٢١ و Radford ج ٢ سنة ١٩٦٠ من ٤٠٢ .

في قانون القضي ، كذلك في شأن اختيار العملة التي يتعين الوفاء على أساسها ، مما سنعرض له فيما بعد ، بصدد الكلام في القانون الواجب التطبيق في عقد القرض وفي الإلتزامات النقدية .

هذا وأنه لجدير بالملاحظة أننا نورد الكلام في الفئس نحو القانون والنظام العام في هذا المقام جريا على ما يأخذ به بعض الشراح من فكر الفئس نحو القانون والنظام العام في صدد الكلام في قاعدة قانون الإرادة بوصفها تبين على حرية المتعلقين في اختيار القانون الذي يحكم العقد . وهو ذكر لا معة فيه فمتما يكون الباحث مضطلعا يبحث خاص بهذه القاعدة ، ما دام وضع فكرة الفئس نحو القانون وفكرة التنظيم العام ، في ميدان تنازع القوانين ، مفهوما ، وهو كون كل منهما تستخدم لاستبعاد احكام القانون الاجنبي الواجبة التطبيق بمقتضى اية قاعدة من قواعد الاسناد ، وذلك بوسيلة قانونية ، هي الدفع بالفئس نحو القانون والدفع بالنظام العام ، متى توافرت شروط اعمال اى منهما . وأنه وان كانت غالبية المشرعين في الدول العربية وغيرها من دول العالم لا تعرض لمعالجة الدفع بالفئس نحو القانون بنفس تشريعي ، الا انها تعرض لمعالجة الدفع بالنظام العام بنفس تشريعي . وما هو ذا المشرع الكويتي يورد نصا يضم الدفع بالنظام العام بوصفه دفعا عاما في ميدان تنازع القوانين ، وذلك في المادة ٧٣ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ التي تقضى بأنه : « لايجوز تطبيق احكام قانون اجنبي عينته النصوص الواردة في هذا الباب (اى الباب الثاني من هذا القانون الذي يضم قواعد تنازع القوانين) اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او الآداب العامة في الكويت ، ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي » ، وهذه المادة بقليل المادة ٢٨ من التيمون المدني المصري ، وم ٢٨ من القانون المدني الليبي ، وم ٢٠ من القانون المدني السوري ، وم ٢٢ من القانون المدني العراقي - وم ٢٦ من القانون المدني السوداني - وذلك مع ملاحظة انه لم يذكر بهذه النصوص ، على خلاف لقانون الكويتي ، القانون الذي يحل محل القانون الذي استبعد تطبيق احكامه بالدفع بالنظام العام ، . ومن شأن اعمال المادة ٧٣ هذه امكان تعطيل تطبيق قانون الإرادة الذي اختاره المتعلقان طبقا لحكم المادة ٥٩ ، متى تعارضت احكامه مع انظام العام او الآداب العامة في الكويت ، واحكام القانون الكويتي بوصفه قانون القاضى (محله .

على انه وان كان المشرع الكويتي لم يورد نصا يضم الدفع بالفئس نحو القانون في قانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ ، الا انه جاء بالفكرة الايضاحية لهذا القانون ما نصه : « اذا كلن في القانون الاجنبي الواجب التطبيق احكام تخلف النظام العام او الآداب في الكويت ، وجب استبعاد هذه الاحكام وتطبيق القانون الكويتي . ويقرب من استبعاد القانون الاجنبي بخالفته لنظام العام ، استبعاد هذا القانون للفئس » . وظاهر من هذا اندى جاء بالذكر الايضاحية ان نية المشرع الكويتي بمنعرفة الى الإخذ بالدفع بالفئس نحو القانون بوصفه دفعا عاما في ميدان تنازع القوانين ، يكون من شأن اعماله تعطيل تطبيق القانون الاجنبي انذى لا اختصام له

بحكم العلاقة حسب تواعد الاسناد ، واتما صار مختصا بها بناء على ما ارتكبه اصحاب الشأن من غش نحو القتون .

المبحث الثاني

فى مجال تطبيق قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة من حيث نوع العقد وفى مجال تطبيق قانون الإرادة على العقد

نبحث هنا فى مجال تطبيق قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة من حيث نوع العقد ، للتعرف عما اذا كانت هذه القاعدة عامة التطبيق على العقود كافة ام ان هناك عقودا تخرج من حكمها لتخضع لقانون آخر غير قانون الإرادة . كما نبحث فى مجال تطبيق قانون الإرادة على العقد ذاته من حيث الموضوع ، للتعرف عما اذا كان هذا القانون ينفرد بحكم العقد ام ان هناك قوانين اخرى تشاركه فى حكمه .

أولا

مجال تطبيق قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة من حيث نوع العقد

أورد المشرع الكويتى القاعدة العامة فى خضوع العقد ، من حيث الموضوع ، لقانون الإرادة فى المادة ٥٩ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ ، مع النص على استثناء يخرج من حكمها العقود المتعلقة بعقار . ثم أورد بعد ذلك فى المواد ٦٠ ، ٦١ ، ٦٢ عددا من قواعد الاسناد خص كلا منها بنفسه معينة من العقود . وجاء بالذكر الإيضاحية لهذا القانون ما نصه : " اتى القانون بسلسلة من النصوص فى قواعد الاسناد بالنسبة الى العقود والتصرفات القانونية من حيث الموضوع بوجه عام او بالنظر الى بعض عقود تجارية خاصة ، ومن حيث الشكل وقواعد الاثبات ومن حيث الشهر ... وقانون الإرادة المحدد على الوجه المبين فى المادة ٥٩ هو الذى يسرى على العقد من حيث الشروط الموضوعية لاتعاقده ومن حيث الاثر التى ترتب عليه ، ويستثنى من ذلك :

- ١ - عقود الاحوال الشخصية ...
- ٢ - العقود التى تبرم فى شأن العقار ...
- ٣ - العقود التى تتم فى البورصات والاسواق العامة ...
- ٤ - بيع العروض ...
- ٥ - العقود التى يبرمها اصحاب المصنع والمتاجر والمزارع مع عمالهم ومستخدميه ...

ولمينا عدا الاستثناءات المتقدمة الذكر يسرى قانون الإرادة على لشروط الموضوعية لاتعقاد العقد وعلى الاثر التى ترتب عليه كما سبق القول ٢ . واذ كنا قد درسنا فى البحث السابق القاعدة العامة فى خضوع العقد من حيث الموضوع لقانون الإرادة كما أوردها المشرع فى المادة ٥٩ المشار اليها ، فنته ببقى بعد ذلك ان ندرس الاستثناءات التى أوردها المشرع على هذه القاعدة فى مجال تطبيقها من حيث نوع العقد . ثم نعرض اجتهادا

لقتها جرى بصدد بعض العقود التي لا تخسبها هذه الاستثناءات من حيث خروجها من مجال تطبيق القاعدة العامة المذكورة أو بقاؤها فيه . وننوه بان هذه الدراسة لا تشمل عقود الاحوال الشخصية لانها تدخل في دراسة فئزق القوانين في مواد الاحوال الشخصية ، مما لا يدخل في مجال بحثنا .

وهذا النهج التشريعي الذي اخذ به المشرع الكويتي ، من حيث النص على قواعد اسناد خاصة بطوائف معينة من العقود ، يخالف ما جرى عليه كل من المشرع المصري والمشرع السوري والمشرع الليبي والمشرع العراقي والمشرع السوداني اذ اكلت كل منهم بليراد نص يضم القاعدة العامة في خضوع العقد من حيث الموضوع لقانون الارادة ويضم استثناء يخرج من حكمها العقود المتعلقة بعقار .

اولا - العقود المتعلقة بعقار :

نص الفقرة الثانية من المادة ٥٩ المشار اليها على ما ياتي : (على ان قانون موقع العقار هو الذي يسرى على العقود التي ابرمت في شأن هذا العقار) . تقابل هذه الفقرة وتطبق في صيغتها وحكمها م ١٩ فقرة ٢ من القانون المدني المصري ، وم ٢٠ فقرة ٢ من القانون المدني السوري - وم ١٩ فقرة ٢ من القانون المدني الليبي ، وم ٢٥ فقرة ٢ من القانون المدني العراقي مع خلاف طفيف في الصياغة اذ انها تقضي بان : قانون موقع العقار هو الذي يسرى على العقود التي ابرمت في شأنه ، ، وم ٢٧ فقرة ٢ من القانون المدني السوداني مع اختلاف في الصياغة اذ انها تقضي بانه : ومع ذلك فان التصرف المتعلق بعقار يخضع لقانون موقع العقار) .

لهذه الفقرة الثانية من المادة ٥٩ تضم قاعدة اسناد خاصة بالعقود التي تتعلق بعقار توجب خضوعها لقانون موقع العقار . وقد جاء بشأنها في المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ انه يستثنى من قاعدة خضوع العقد من حيث الموضوع لقانون الارادة « العقود التي تبرم في شأن العقار ، سواء كانت من العقود التي من شأنها انشاء حق عيني او نقله او تغييره او زواله ، او كتبت من العقود التي لا تولد الا حقوقا شخصية كالايجار ، فهذه العقود تخضع لقانون موقع العقار » .

على انه وان كان اسناد العقود المتعلقة بعقار قد جاء واضح الصياغة في النص التشريعي ، موضح الحكم في المذكرة الايضاحية ، الا ان تقدير مبلغ الاستحقاق له يستلزم بيان مجال تطبيق قانون موقع العقار بوصفه القانون الذي يحكم العقار اعمالا لقاعدة « خضوع العقار لقانون موقعه » المستقرة منذ لفة نظرية الاحوال والمنصوص عليها في المادة ٥١ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ ، وذلك بالقليلة لمجال تطبيق قانون الارادة بوصفه القانون الذي يحكم العقد . وفي سبيل هذا البيان نجد المادة ٥١ المذكورة تنص على ان « يسرى على العقار ، من حيث ملكيته والحقوق العينية التي

يمكن ان تقرب عليه وطرق كسب هذه الحقوق وانتقلها وانقضتها ، فتكون موقع العقار . وعلى ذلك فانه يدخل في اختصاص قانون موقع العقار تحديد ما يصح من الاشياء ان يكون محلا للحقوق المالية وما يعتبر منها منقولا وما يعتبر عقارا ، وبيان احكام الحيازة وتحديد الحقوق العينية التي يمكن ان تكسب في الاشياء من اصلية وتبعية ، ونطاق كل منها وآثاره ، وبين طرق كسبها وانتقلها وانقضائها ، واحكام شهر التصرف المتعلق بعقار . وبما يتعلق بطرق كسب الحقوق العينية وانتقلها وانقضائها ، نجد منها ما هو خاص بهذه الحقوق ، كالاستيلاء والتقدم المكسب ، ومنها ما هو غير خاص بها . كالعقد اذ انه قد يكون مصدرا للحق العيني كما قد يكون مصدرا للحق الشخصي . كذلك فانه من هذه الطرق ما يشمل اختصاص قانون موقع العقار اقراره سببا للحق العيني وتنظيمه بوضعه نطاق تفويتها . مثل الاستيلاء والتقدم المكسب ، ومنها ما يقتصر اختصاص هذا القانون على اقراره سببا للحق العيني ، ويترك تنظيمه بوصفه نشاطا قانونيا لقانون آخر ، مثل الميراث والوصية اذ انها يخضعان لقانون جنسية المتوفى او الموصى وقت موته . (المجلدان ٧ ، ٨) من القوانين المشار اليه . على ان العقد عندما يكون مصدرا للحق العيني في العقار يثير بعض الصعاب من حيث كون العقد يخضع في الاصل . بوصفه تصرفا ارابيا ، لقانون الإرادة . وبين ذلك ان « دارجنتره » D'Argentré فقيه المدرسة الفرنسية في الاحوال ، اخضع التصرف في العقار لقانون موطنه . وذلك من كلتا الوجوه . اى من حيث الاهلية ومن حيث الموضوع ومن حيث الشكل . معنلا بذلك القانون الشخصي ، وهو المخصص بحكم الاهلية وقانون الإرادة . وهو المختص بحكم التصرف من حيث الموضوع) والقانون المحلى وهو المخصص بحكم شكل التصرف . وقد انتقلت هذه القاعدة الى المدرسة الهولندية في الاحوال ، ثم الى البلاد الاجلوايركية حيث سلم بها الفقيهان Story, Westlake . ونأصلت ليها لقبها وقضاء . ولا يزال المتبع في هذه البلاد فرض سلطان قانون موقع العقار على التصرف فيه من حيث الاهلية وسائر الشروط الموضوعية والشكلية ، بشرط ان يكون من شأن هذا التصرف انشاء حق عيني في العقار او نقله او انقضاؤه في الحال كائنه . اما اذا اقتصر اثر التصرف على مجرد التزام العقاد بانشاء الحق او نقله او انقضائه ، لما تطبقت هذه القاعدة وتتبع الرجوع الى القواعد الخاصة بالقانون الذى يحكم كلا من الاهلية والموضوع والشكل (١) .

اما في فرنسا فقد جفا معظم الفقهاء الفرنسيين معه سلطتهم فدارجنتره^١ وراوا اخضاع الاهلية للتسلط للقانون الشخصي ، قانون الجنسية . واخضاع شروط تكوين العقد وآثاره من حيث ما يولده من حقوق شخصية

١ راجع في اسمعلاط Wolff ملهمة سنة ١٩٥٠ من ٥٢٢ ، و Gl. ١٧٧
سنة ٧ سنة ١٩٦٥ من ٥٠٨ ، و Dic. y ملهمة ٨ سنة ١٩٦٧ ، من ٥١٩ ، و Ruc. ٢
٢ من ١٥ راجع لسنة ١٩٥٨ من ١٣ ، و Euzenrat ملهمة ٢ سنة ١٩٦٢ من
٢٢٢ ، و Enrechwing سنة ١٩٦٢ من ٦٠٨ .

للقانون الذي يحكم العقود على العموم ، وهو قانون الإرادة ، وان كان قانون الموقع قد ينطبق على هذه المسائل بوصفه قانون الإرادة المفروضة ، عندما لا يوجد إرادة حقيقية ، صريحة أو ضمنية ، فيندمج فيه بذلك قانون الإرادة ، ثم أخضاع شكل العقد للقانون المحلي . أما إنشاء الحق العيني أو انتقاله أو انقضائه فيخضع لقانون موقع العقار ، الذي قد يجعله مجرد أثر للعقد ، كما قد يستلزم إجراء معيناً لترتيبه ، مثل شهر التصرف) . وبعبارة أخرى ، ولقولهذا الاتجاه الفقهي ، يجب التفرقة بين العقد بوصفه تصرفاً قانونياً ، وهو يخضع طبقاً لقاعدة الاستناد العامة في العقود لقانون الإرادة ، فيما عدا الأهلية والشكل ، وبين ترتيب الحق العيني في العقار وهو ما يخضع لقانون موقع العقار ، الذي قد يجعل هذا الترتيب مجرد أثر للعقد يتم في الحال بمجرد انعقاد العقد ، وقد يوجب لتمامه إجراء آخر بجانب العقد (١) . ولكن يستثنى من ذلك حالة ما يقضى قانون موقع العقار بخضوع العقد له . ليس لمقطع من حيث اثره في ترتيب الحق العيني ، بل ومن حيث كونه تصرفاً قانونياً ، فيرجع الى هذا القانون في شأن الشروط الموضوعية للعقد وكذلك شكله (مثل ذلك القانون البولوني الخاص بالنتائج الدولية بين القوانين الصادرة في سنة ١٩٢٦ . حيث تنص المادة ٦ بقدر ٣ منه بأن « يصرى القانون البولوني وهذه على اكتساب وتغيير وانقضاء الحقوق العينية في عقار واقع في بولونيا . وعلى التبعثات المتولدة من التصرفات القانونية التي يترتب عليها انشاء هذه الحقوق أو تغييرها أو انقضاءها ، وذلك من حيث شكلها وشروط صحتها » . وقد ألفى هذا القانون بالقانون الدولي الخاص البولوني الصادر في سنة ١٩٦٥) ، وكل هذا إنما يصدق على العقد الذي يولد التزاماً بإنشاء الحق العيني أو انتقاله أو انقضائه . أما العقد الذي يولد التزامات متعلقة بالعقار خارج نطاق الحقوق العينية ، كعقد الإيجار ، فهو يخضع من حيث الموضوع لقانون الإرادة ، دون ما اختصاص لقانون موقع العقار .

وإذا ما رجعنا الى القانون الكويتي وجدنا أن المادة ٧ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ الخاص بالتسجيل العقاري ، تنص بأن جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب تسجيلها ، بما في ذلك الوصف والوصية ، ولا تنشأ هذه الحقوق ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول إلا بالتسجيل ، ومن تاريخ هذا التسجيل ، دون اثر رجعي ينسحب الى تاريخ التصرف نفسه ، وأنه بمجرد انعقاد التصرف الواجب تسجيله ، يكون لمن عقد التصرف لصالحه جميع الحقوق التي من شأن هذا التصرف أن يترتبها له ، ما عدا انتقال الحق العيني ، فيتأخر هذا الانتقال حتى حصول التسجيل .

١١ راجع في التسميات Répertoire de dr. int ج ٨ تحت كلمة عقار بقدر ٢٩ وما بعدها ، و Batiffol طبعة سنة ١٩٦٧ بقدر ٥٢١ . ومن انقباض الفرنسيين من يرى لخصم انعقد بمرته لقانون موقع العقار ، راجع في ذلك Niboyet في رساله في سائر القوانين في اكتساب الملكية ، باريس سنة ١٩١٢ .

وظاهر من هذا ان القتون الكويتى لا يجعل انشاء الحق العينى او تغييره او نقله او زواله مجرد اثر للمقد يتم فى العسل بمجرد انعقاد العقد بل شاء ان يجعله مترتباً على اجراء بجلاب انعقاد العقد هو تسجيله . وهذا الوضع من حيث القواعد الموضوعية . كلن من المستطاع ان يكون له اثره فى قواعد الاسناد بحيث يؤخذ بالاتجاه السلق عرضه فى انقته الفرنسى . فيضع العقد المولد للترام بانشاء حق عينى فى عقار او بقله او بتغييره او بانتقلته من حيث كونه تصرفاً قنونياً لقانون الإرادة ، ويخضع انشاء الحق العينى او نقله او تغييره او انتقلته لقانون موقع العقار . ولكن المشرع الكويتى لم يأخذ بهذا الاتجاه ، وشاء ان يأخذ باتجاه شرعى حديث أخذ به مشرعو عدد من الدول العربية ، على ما سبق ذكره . واخذ به المشرع البولونى فى القتون الدولى اخلص البولونى الصادر فى سنة ١٩٦٥ ، وهو يقضى بخضاع العقد المتعلق بعقار لقانون موقع العقار . دون ما اختصاص لقانون الإرادة . ومع التوسع فى اختصاص قانون موقع العقار ليشمل كافة العقود المتعلقة به ، سواء ائتمت مولدة للترام بانشاء او بنقل او بتغيير او بانتضاء الحق العينى ، ام خنت مولدة للترام خراج نطلق الحقوق العينية . وهو توسع تزهت به المنكرة الايضاحية للقانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ ، اذ جاء بها يستسى من سريان قانون الإرادة على العقد العقود التى تبرم فى شأن العقار . سواء كانت من العقود التى من شأنها انشاء حق عينى او نقله او تغييره او زواله ، او كتنت من العقود التى لا تولد الا حقوقاً شخصية كالايجار ، هذه العقود تخضع لقانون موقع العقار . وقاعدة خضوع العقود المتعلقة بالعقار لقانون موقعه هى قاعدة آمرة ، لا يجوز الخروج عليها .

واذا كان العقد المتعلق بعقار يخضع لقانون موقع العقار ، فما مجال تطبيق هذا القانون . ايتناول هذا المجال العقد من كلة بواحيه : الاهليه وسائر اشروط الموضوعية والشكل ، ام انه يقتصر على بعض هذه المسائل دون البعض الآخر منها ؟ نرى ان الاهلية للتعامل تبقى خاضعة لسطان القانون الشخصى ، وهو فى القتون الكويتى قنون الجنسية ، م ٣٣ من القتون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ ، لأنها من صميم الأحوال الشخصية ومن احص المسائل التى تقع فى نطق القتون الشخصى فلا تخرج من هذا النطاق الا بنص صريح وهو ما لم يفعله المشرع . ونرى ايضا ان بطل نسل العقد خضعا لقاعدة الاسناد العامة التى اوردها المشرع بشأن نسي العقود م ٦٣ من القتون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ ، ونقصد بانشكل هنا نشكل الخارجى للتصرف ، وسنننا فى ذلك ان الاشكل الخارجية للتصرف تدخل بطبيعتها فى اختصاص القانون المحلى او غيره من القوانين التى يعينها المشرع ويتعين لادخالها فى نطاق قانون موقع العقار نسي فى التشريع . وهو ما لم يفعله المشرع . اما اذا استلزم قانون موقع العقار شكلاً داخلياً فى العقد ، اى شكلاً لازماً لوجوده ، لتعين اتباعه . وقد جاء بالمنكرة الايضاحية للقانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ تعليقا على المادة ٦٣ منه ما نصه : واختصاص القانون الذى يسرى على الشكل — قانون محل ابرام

التصرف وقتنون موضوع التصرف وقتنون موطن المتعاقدين المشترك أو قاتونهما الوطني المشترك - لا يناول الا عناصر الشكل الخارجية ، أما الاوضاع الجوهرية في الشكل ، وهي التي تعتبر ركنا في انعقاد التصرف كالرسمية في الهبة وفي الرهن الرسمي ، فلا يسرى عليها الا القانون ، يرجع اليه الفصل في التصرف من حيث الموضوع * . ويمكننا اجبال القول بأن العقد المتعلق بعقار يخضع لقانون الموقع من كائنه الوجوه ، فيما عدا الاهلية للعقود والشكل الخارجي في العقد .

هذا ولم كانت الفقرة الثتية من المادة ٥٩ تبين القنون الواجب التطبيق في العقود المتعلقة بعقار ، ولما كان حكمها قد اوردته الشرع في صورة استثناء من القاعدة العامة الفقرة في الفقرة الاولى من المادة ذاتها وانى تخضع انعقد من حيث الموضوع لقنون الإرادة ، فتنه يبقى في مجال الاجتهاد ببيان القنون الواجب التطبيق في العقود المتعلقة بمنقول ، وذلك فيما عدا ما يدخل منها في حكم المادة ٦٠ . وهي خاصة ببيان القنانون الواجب التطبيق في العقود التي تتم في البورصات والأسواق المعلمة) وما يدخل منها في حكم المادة ٦١ . وهي خاصة ببيان القنون الذي يسرى على بيع المروض مما استنولوه بالكلام في موضعه المناسب فيما بعد .

وإذا ما استبعدنا هذه العقود التي خصها الشرع بأحكام معينة أمكننا القول بأن اهلية التصرف في المنقول يخضع للقانون الشخصي للعقد (قنون جنسيةه) ، ويخضع العقد المتعلق بمنقول من حيث الشكل الخارجي للقانون الذي يحكم أشكال العقود على العموم (م ٦٣) . ويخضع من حيث الموضوع لقنون الإرادة . وذلك مع مراعاة انه إذا كان العقد مولدا للالتزام بإنشاء الحق العيني أو بتغييره أو بنقله أو بئقضه ، فان اثر للعقد من حيث انشاء الحق العيني أو تغييره أو نقله أو انتصاؤد يحسب لقانون الموقع ، الذي قد يجعل كل ذلك مجرد اثر للعقد يترتب عليه دون حاجة لأي اجراء . كما هو الشأن في القنون المصري ، أو قد يجعله مترتبا على اجراء بعاتب العقد كتنسليم المنقول ، كما هو الشأن في القنانون السويسري . وتخضع اجراءات الشهر ان وجدت لقانون موقع المنقول ويخضع العقد المولد لمجرد حقوق شخصية ، خارج نطاق الحقوق العينية كعقد الإيجار ، من حيث الموضوع لقانون الإرادة . وهذا كله هو الرأي الصائب في الفقه المصري (١) . وفي الفقه الفرنسي (٢) . وما نرى الأخذ به في تفسير احكام القنون الكويتي . وهو ايضا ما رجب به مؤتمر لاهي للقانون الدولي الخاص في الاتفاق الذي اقره في دورته التسعة المنعقدة في أكتوبر سنة ١٩٥١ ، والفصل * بالقانون الواجب التطبيق في اسنوع

١ راجع في ذلك مؤلفنا في القنون الدولي الخاص ج ٢ سنة ١٩٧٢ مقرة ١٣٥ .
 (٢) راجع في اسمبليات Répertoire de dr Int ج ٩ كلية بقرن سنة عشرة
 Kiba ج ٤ مقرة ١٩٦١ و ١٩٦٢ ر
 Enccy ٢٠ ربه سنة ٤ و
 طبعة ٨ سنة ١٦٧ من ٢٦١ و OUSAIR طبعة ٧ سنة ١٩٦٥ من ٤٠٠ .

ذات الطابع الدولي للمنفولات المدنية ٦ . وتقضى المادة الأولى من هذا الاتفاق بأن احكامه + سرى على البيوع ذات الطابع الدولي للمنفولات اذبية ، فيها عدا بيع السندات وبيع السفن والبواخر والطائرات المصنعة ، اى المصنعة في دولة تحمل علمها) والبيوع القضائية * . والمقصود بالبيع ذى الطابع الدولى البيع ذو الغرض الأجنبى . وتقضى المادة الثانية بأن يسرى على عقد البيع القانون الداخلى للدولة التى يعينها المتعاقدان ، وبحسب ان يكون هذا تعيين بشرط صريح او ان يفهم من العقد دور ثبت فى تعيينه . وتقضى المادة الثالثة بأنه اذا لم يعين المتعاقدان القانون الواجب التطبيق على هذا الوجه سرى على عقد البيع القانون الداخلى للدولة التى كان السلع مقيما فيها اقامة عادية وقت تسلم الطلب ، ومع ذلك يخضع عقد البيع للقانون الداخلى للدولة التى يوجد بها مكان الاقامة العادية للمشتري اذا كان النافع قد تسلم الطلب بنفسه او بمن يمثله فى هذه الدولة ، كما تبين هذه المادة القانون الواجب التطبيق على البيع الذى سم فى البورصة والبيع بالمراد ، مما سنعرض له فيما بعد) . وتخص المادة الضميمة على ان لا تسرى احكام هذا الاتفاق على اهلية المتعاقدين وشكل العقد وانزاه بالنسبة الى الغير وانتقال الملكية . وتخص المادة ٦ على انه حسن . فى الدول اطراف الاتفاق ، تعطيل تطبيق القانون الواجب التطبيق بمقتضى احكامه لسبب متعلق بتنظيم العلم .

ثانياً - العقود التى تبرم فى البورصات والأسواق العامة :

نص المادة ٦٠ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ على انه ٣ يسرى على العقود التى تتم فى البورصات والأسواق العامة بقانون البلد الذى توجد فيه هذه البورصات والأسواق * . وجاء بالفكرة الايضاحية لهذا القانون تصدق هذه المادة : * . . . وقانون الإرادة هو الذى يسرى على العقد من حيث الشروط الموضوعية لاتعاقده ومن حيث الآثار التى تترتب عليه ، ويستثنى من ذلك * . . . ٢ العقود التى تتم فى البورصات والأسواق العامة فتقضى المادة ٦٠ سريان قانون البلد الذى يوجد فيه هذه الأسواق والبورصات . . .

وظاهر ان حكم هذه المادة يفرج العقود التى تبرم فى البورصات والأسواق العامة من نطاق اعمال القاعدة العامة فى خضوع العقد لقانون الإرادة ، ويخص هذه العقود بقاعدة اسناد تقضى بخضوعها لقانون البلد التى توجد فيه البورصة او السوق العام الذى أبرم فيه العقد . وقد اتخذ المشرع ضابطا يبنى عليه هذه القاعدة من محل أبرام العقد . وهو ضابط يقرده الفقه والقضاء فى كثير من الدول بالنسبة لهذه العقود ، حيث لا يوجد نص تشريعى يبين القانون الواجب التطبيق فيها ، كما يأخذ به مشرو بعض الدول الذين تصدوا لبيان هذا القانون ، واخذ به فى مشروع القانون المصرى الحالى (المادة ٤٣ من المشروع) . ولكن المشرع المصرى لم يشأ ان يورد نصا فى القانون يعالج الاسناد فى هذه العقود (١)

١ - راجع فى التفصيلات حولها فى القانون الدولى الخاص ج ٢ طبعه سنة ١٩٧٢ بقرة ١٣٢ وراجع المبرر فيها به وخاصة Wolff طبعه سنة ١٩٥٠ من ٤٢٨ .

وربما يبرر الأخذ بهذا الضابط كونه يحقق وحدة القانون الذي يسرى على هذه العقود .

يبقى بعد ذلك محل التساؤل عما إذا كان اختصاص قانون البلد اندي يوجد فيه البورصة أو السوق العلم اختصاصاً أمراً أم أنه يجوز للمتعاقدين اختيار قانون آخر يحكم العقد . تنص المادة ٤٣ من مشروع القانون المنسب المصري الحالي - ويبدو أن هذا المشروع وكذلك القانون المنسب المصري كانا تحت نظر المشرع الكويتي - على أنه « إذا لم يتفق المتعاقدان وقت إبرام العقد على القانون الواجب التطبيق بالنسبة للعقود التي تتم في البورصات والأسواق العامة - فإن القانون الذي يسرى هو قانون البلد الذي توجد فيه هذه البورصات والأسواق » . وقد نقل واضع المشروع حكم هذا النص عن المادة ٨ من القانون البولوني الخاص بتنازع القوانين والمصادر في سنة ١٩٢٦ ، وهي المادة التي نقل المشرع البولوني حكمها إلى المادة ٢٨ من القانون الدولي الخاص البولوني الصادر في سنة ١٩٦٥ والذي ألغى قانون سنة ١٩٢٦ . وظاهر من هذه النصوص الثلاثة أنها لا تخرج العقود التي تبرم في البورصات والأسواق العامة من محل أعمال قاعدة خضوع العقد لقتون الإرادة ، وأنها تورد قرينة قانونية يبنى عليها تعيين القانون الواجب التطبيق في حالة عدم اتفاق المتعاقدين على قانون يحكم العقد . وهي قرينة محل إبرام العقد . على أن المشرع الكويتي لم يشأ أن يأخذ بهذه الوجهة من النظر ، وأنه ليتطبع بهذا المعنى صياغة نص المادة ٦٠ المشار إليها وما جاء بشأنها في المفكرة الإيضاحية . وحسناً فعل إذ أن الاختصاص الأمر الذي تقرره هذه المادة لعنون البلد الذي يوجد فيه البورصة أو السوق العلم يحقق خضوع العقود التي تبرم فيها لقانون واحد ، وهو أمر يقتضيه استقرار المعاملات في البورصات والأسواق العامة . وبمضى المادة ٣ من الاتفاق الخاص بتلويح ذات الطابع الدولي للمنتولات المالية اندي اقروه مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في سنة ١٩٥١ ، السابقة الاشارة اليه . بخضوع البيع الذي يتم في البورصة واتسع بالزاد للقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها البورصة أو يجري فيه المراد . هذا وتخضع اهلية التعاقد لقانون جنسية العقد ، ويخضع الشكل الخارجي للعقد لقاعدة الاستناد الخاصة بشكل العقود ٦٣ ، ٦٤ .

ثالثاً - بيع العروض :

تنص المادة ٦١ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ على أنه « يسرى على بيع العروض قانون موطن البائع ، ما لم ينفق المتعاقدان أو يتبين من استنبوط أن قانون موطن المشتري أو قانون آخر هو الذي يسرى » . وجاء بصدد هذه المادة في المفكرة الإيضاحية لهذا القانون : « .. وقتون الإرادة هو الذي يسرى على العقد من حيث الشروط الموضوعية ومن حيث الآثار التي تترتب عليه .. ويستثنى من ذلك ١٤١ .. بيع العروض فنقضى

المادة ٦١ من يسرى قانون موطن البائع ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانون موطن المشتري أو قانوننا آخر هو الذى يسرى .

وهذا الذى ورد بالفكرة الايضاحية يجعل حكم المادة ٦١ استثناء من حكم المادة ٥٩ فقرة ١ التى تنص القاعدة العامة على خضوع العقد لتقنين الإرادة . مع ان امين انظر يودى الى فهم ان حكم المادة ٦١ لا يخرج بيع العروس من مجال اعمال هذه القاعدة ، اذ ان نص هذه المادة صريح على اجراء اتفاق المتعاقدين صراحة مما عبر عنه النص بقوله « ما لم يتفق المتعاقدان » او ضمناً ، مما عبر عنه النص بقوله « أو يتبين من الظروف » على قانون يحكم بيع العروس لسرى قانون موطن البائع . لهذا لم يعلق المتعاقدان على القانون الواجب التطبيق ، كان قانون موطن البائع هو الذى يسرى . وقد عين المشرع هذا القانون بناء على قرينة موطن البائع ، ونصت على خلاف ما اخذ به فى المادة ٥٩ فقرة ١ من تعيين القانون الواجب التطبيق على انعقد - فى حالة عدم اتفاق المتعاقدين صراحة او ضمناً على القانون الواجب التطبيق - بناء على قرينة الموطن المشترك للمتعاقدين ، وبعد عدم بوالغره ، بناء على قرينة محل ابرام انعقد . وفى حدود هذا تخلاف وحدد يكون حكم المادة ٦١ استثناء من حكم المادة ٥٩ فقرة ١ .

سراً والأخذ بقرينة موطن البائع لتعيين القانون الذى يحكم بيع العروس - عند عدم اتفاق المتعاقدين على قانون يحكمه - مرحب به عند الفقه من بعض الدول . وكان مشروع القانون المبنى المصرى يضم نصاً ، لم يظهر فى قانون - يتضح بان يسرى قانون موطن البائع على بيع عروس من حيث شروط صحته وما يترتب عليه من آثار اذا لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك المادة ٤٥ من المشروع) . واخذ به القانون الدولى الخاص بالديونى سادس سنة ١٩٦٥ المادة ٢٧ . ١١ .

وبنوه اخيراً بان الاعلية للمتعاقد تخضع لقانون جنسية انعقد . وان السبل الخارجى للتعقد يسرى عليه قاعدة الاسناد الضمنية بشكل العقود على اصول المتعاقدين ٦٣ ، ٦٤ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ .

رابعاً - عقد العمل :

نص المادة ٦٢ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ على انه « يسرى على العقود التى يبرمها اصحاب المصانع والمناجم والمزارع مع عمالهم ومستخدميهم القانون المعمول به فى الجهة التى يوجد بها مركز ادارة هذه الاعمال . مادام كان المركز الرئيسى لهذه الاعمال فى الخارج وكانت لبروعه فى الكويت على التى ابرمت هذه العقود ، كان القانون الكويتى هو الذى يسرى » .

١١ - راجع فى اتصالات دولتنا فى العقود الدولى للعالم ج ٢ طبعه سنة ١٩٧٢ ، فقرة ٣٥ بكرة ، و ستادى طبعه سنة ١٩٥٠ من ٢٨ والبرامج اشهر منها .

وجاء بصدد هذه المادة في المذكرة الاصلاحية لهذا القانون ما نصه :
 « . . وقانون الإرادة هو الذي يسرى على العقد من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه . . ويستثنى من ذلك . . ه العقود التي يبرمها اصحاب المصانع والتاجر مع عمالهم ومستخدميه ، فتنص المادة ٦٢ بان يسرى القانون المعمول به في الجهة التي يوجد فيها مركز ادارة هذه الاعمال ، فاذا كلن المركز الرئيسي لهذه الاعمال في الخارج وكنت لمروعها في الكويت هي التي ابرمت هذه العقود - وينحل في ذلك القواعد الخاصة بتحديد اجور العمل وتحديد ساعات العمل والتعويض عن اصلات العمل - على العقود التي يبرمها اصحاب المصنع والتاجر والزراع مع عمالهم ومستخدميه متى كلن مركز ادارة العمل في الكويت او على الاقل متى كلن له فرع في الكويت يقوى العمل لحسابه » .

وظاهر من هذا ان المشرع اورد في المادة ٦٢ قاعدة اسناد تخص العقود المذكورة بها ، ومخرجا هذه العقود من مجال اعمال القاعدة العامة في اخضاع العقد لقانون الإرادة ، والتي تضمها الفقرة الاولى من المادة ٥٩ من ذلك القانون . والاختصاص التشريعي المقرر في المادة ٦٢ هو اختصاص مقيد للمتعاثدين ، فلا يجوز لهم الخروج عليه وعقد الاختصاص لقانون غير ذلك النصوص عليه . ونرى ان حكم هذه المادة ينصرف الي عقد العمل الفردي دون غيره من علاقات العمل . فهذه العلاقات متنوعة وتنازع القوانين فيها ، وبعبارة اخرى « تنالزع قوانين العمل من حيث المكان » ، يشمل العديد من المسائل ، اذ انه من المسلم بقها ان لقانون العمل يحكم علاقات العمل القائم على التبعية القانونية مقابل اجر . وذلك بمعنى عام يشمل علاقات العمل الفردية ايا كان مصدرها ، فقد عمل صحيح او عقد عمل باطل او علاقة عمل تعلية) - كما يشمل علاقات العمل الجماعية ، عقد العمل المشترك ونقابات العمال والتأمين الاجتماعي والتوفيق والتحكيم) . ومن المتصور ان ثور مشكلة تنازع القوانين بالنسبة لاية مسألة من هذه المسائل . ونص المادة ٦٢ يعالج تنازع القوانين في عقد العمل الفردي ، كما سبق القول ، وعلى ذلك فانه يسرى على هذا العقد قانون الدولة التي يوجد بها مركز ادارة العمل ، واذا كلن المركز الرئيسي للعمل في الخارج وكلن فرعه في الكويت هو الذي ابرم العقد ، خضع العقد للقانون الكويتي . وينحل في اختصاص القانون الواجب التطبيق حكم الشروط الموضوعية لانعقاد العقد والاثار التي تترتب عليه . اما الاهلية للتعامل فيسرى عليها قانون جنسية العاقد (المادة ٣٣ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١) . ويسرى على الشكل الخارجي للعقد القانون الذي تعينه قاعدة الاسناد الخاصة بشكل العقود على العموم (المادتان ٦٣ ، ٦٤ من هذا القانون) .

على ان تقدير مبلغ الاستحصان في قاعدة الاسناد الواردة في المادة ٦٢ يستلزم الالم بالتطور الفقهي في القانون الواجب التطبيق في عقد

العامل المردي . وبين ذلك أن هذا العقد وان كان لا يزال عقدا رضائيا إلا أن دور الإرادة فيه — من حيث القواعد الموضوعية — قد ضاقت ألبم تدخل المشرع بالكثير من القواعد التنظيمية الآمرة حتى تتحقق السياسة الاحتياطية أو الاقتصادية التي يبتغيها ، وصارت الإرادة مقيدة في انشاء العلامة المتعدية . وسلطانها محدودا في ترتيب أحكام هذه العلاقة . وأكثر ما يسنوله هذا التدخل هو رسم سياسة الأجور وتحديد ساعات العمل والإجازات وتحقيق الظروف الملائمة للعمل وتأمين العامل في معيشتهم ، مثل كفالة حد أدنى للأجور وتقرير حق العامل في الراحة وحماية النساء والأحداث من العمل وتقرير التعويض عن إصابات العمل وإمراض المهنة ، وإلزام أصحاب الأعمال بتباعد الاحتياطات اللازمة لسلامه صحة العمال ووتيسيرهم من الحوادث ، وتقديم الخدمات الاجتماعية لهم وتقرير المكافآت عن مدة الخدمة . وهذا التطور الذي أصاب القواعد الموضوعية التي تحكم علاقات العمل وما ترتب عليه من اثر في تقييد سلطان الإرادة في عقد عمل المردي كان لهما صداهما في تنازع القوانين في هذا العقد . فقبل أن يحصل تدخل الدولة في تنظيم علاقات العمل ، لم تثر أية شبهة في أن تنازع القوانين في عقد العمل المردي يحل بقاعدة الإسناد التي تسرى على العقود والتي تلغى بخضوع العقد لقانون إرادة المتعاقدين . ولكن ما أن أخذ المشرع يتدخل في تنظيم هذه العلاقات بقواعد آمرة . وما خلا محل تدخله ينسج ، حتى اهتز في فكر رجال الفقه والقضاء بقاء عقد العمل المردي في مجال أعمال هذه القاعدة ، واتجه البصر الى قانون آخر غير قانون الإرادة (يحكم هذا العقد ، مع مراعاة وجود صلة ما بينهما سر بطله ، وتنوعت الآراء في صدد تعيين هذا القانون .

فراى البعض من الفقهاء أخضاع عقد العمل لقانون مركز إدارة العمل ، وذلك حبالا على أنه في هذا المكان يجري تنفيذ العمل عادة . ويقول البعض في تقدير هذا الرأي أنه يكون مقبولا اذا ما كان العمال يؤنون العمل في مركز العمل ، ويكون غير مقبول تطبيقه على العمال الذين يعملون في فروع مركز العمل الكثيرة خارج الدولة (١) . وكان مشروع اقتراح المبنى المصري يأخذ بهذا الرأي الأول ونص عليه في المادة ٤٤ منه التي لم تظهر في القانون المبنى ، (وهي تطابق في حكمها نص المادة ٦٢ من القانون الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١) كما أخذت به محكمة النقض المصرية ، دون نص تشريعي ، في حكم أصدرته في ٥ أبريل سنة ١٩٦٧ (منشور في مجموعة أحكامها التي يصدرها المكتب الفني بالمحكمة) في ١٨ عدد ٢ ص ٧٩٨ وقضت فيه بأن « يسرى على العقود التي يبرمها أصحاب الأعمال مع عمالهم ومستخدميه القانون المعمول به في الجهة التي يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال ، لذا كان المركز الرئيسي في الخارج وكلفت لمروعها في مصر هي التي أبرمت هذه العقود ، فإن القانون المصري هو الواجب التطبيق » .

١١ راجع في مرضى هذا الرأي ومناقشته Rabat في فترع القوانين ج ٢ طبعة سنة ١٩٥٠ ص ١٨٦ .

والواقع من الأمر أن اتخذ مركز إدارة العمل ضابطاً لتعيين القلتون الواجب التطبيق في عقد العمل لا يمكن تبريره إلا بها سبقت الإشارة إليه من أنقول بأن تنفيذ العمل يظل أن يكون في مركز العمل ، إذ أنه في هذه الحالة تتحقق الغاية التي يبتغيها المبرع من القواعد التنظيمية للعمل ، ويكون تعطيل قلتون الإرادة مقبولاً .

وبجانب هذا الرأي الأول يوجد رأي ثانٍ يقضي بأن يسرى على عقد العمل قلتون الدولة التي تم فيها العقد . وذلك حملاً على أنه غالباً ما يكون هو قلتون موطن المتعاقدين . وإذا ما تحقق هذا الغرض كان تطبيق قلتون محل العمل مبرراً لأنه في الحقيقة يستند إلى ضلبي أسناد وهما محل إبرام العقد وموطن المتعاقدين المشترك . وغالباً ما يكون تنفيذ العمل في الدولة التي يوجد بها هذا الموطن المشترك وذلك المحل ، ويأتي تنفيذ العمل خلع هذه الدولة في صورة عرضية لا يعتد بها في الإسناد . وقد أخذت المحاكم الإيطالية أول الأمر بهذا الرأي الثاني ، كما أخذت به المحاكم الإنجليزية في أحكامها القديمة (١) . ومن الفقهاء من يبرر هذا الرأي بأن قلتون محل إبرام العقد غالباً ما يكون هو قلتون مركز إدارة العمل ، وأنه إذا كان تنفيذ العمل في دولة أخرى غير الدولة التي إبرم فيها العقد ويوجد بها مركز العمل . اختص قلتون الدولة الأولى ببيان موضوع العقد ، مما قد يكون له أثره في صحة العقد . وإذا إبرم المشروع الكلفن مركز ادارته في دولة ما عقد عمل في دولة أخرى ، وكانت هذه الأخيرة هي محل تنفيذ العمل . كان قلتونها هو الواجب التطبيق بوصفه قلتون محل الإبرام يستأنده محل التنفيذ (٢) . وظاهر من مختلف هذه التبريرات ضعف محل إبرام العقد كأساس لتعيين القلتون الواجب التطبيق في عقد العمل ، وهو ضعف منخذه أنه إذا افترق محل الإبرام عن مركز إدارة العمل ومحل تنفيذ العمل ، كان الاعتماد به وتطبيق قلتونه على عقد العمل غير محقق للغاية التي يسعى إليها المشرع بالقواعد التنظيمية للعمل .

ويوجد بجانب الرأيين المتقدمين رأي ثالث يقضي بالخضاع عقد العمل لقلتون الدولة التي يتخذ فيها العمل ، لأنه في هذا المكان يعيش العمال عادة ، كما يكون رب العمل حاضراً فيه بنفسه أو من يمثله ، وعلى أن يؤخذ بقلتون محل إبرام العقد إذا كانت محل التنفيذ متعددة وتمتدز اعتبار واحد منها محلاً رئيسياً للتنفيذ (٣) . وربما تكون الحجة الأسسبة التي تبرر هذا الرأي هي أن من شأنه تحقيق الغاية التي يقصدها المشرع من تنظيم علاقات العمل ، إذ أن العمال يعيشون عادة في محل تنفيذ العمل ، كما أن من شأنه التسوية في المعاملة بين العمال الذين يعملون في مشروع

(١) راجع في عرض هذا الرأي Ruffo المرجع السابق ص ١٨٢ ، وفي عرض أعضاء الأيثللى المبرع إليه Battol في مؤلفه في شرح القلتون في المتود طبعه

سنة ١٩٢٨ بقرة ٢٩٨ Niboyet

(٢) راجع في ذلك Ruffo المرجع السابق ص ١٨٧ .

(٣) راجع في عرض هذا الرأي

واحد . كذلك فان قانون محل تنفيذ العمل غالباً ما يكون هو قانون مركز العمل ١ . وبوجه القضاء الإيطالى نحو الأخذ بهذا الرأى الثالث وهجر اتجاهه السابق فى الأخذ بتطبيق قانون محل الأبرام ، فقد قضت محكمة اسديف روما فى ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٦ بتطبيق تشريعات العمل الإيطالية على عقد عمل نفذ فى إيطاليا رغم ان العقد تم تكوينه فى سويسرا بين سويسرى وشركة سويسرية الجنسية (٣) .

ويتضح من أسسراض الآراء الثلاثة المتقدمة انها تسعى الى اخراج عقد معين من مجرى أعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالاعتود عامة ، الإ وهى قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة ، وعدم اتخاذ الإرادة ضابطاً للإسناد فى تنازع القوانين فى عقد العمل ، واتخاذ ضوابط أخرى غيره من مركز إدارة العمل أو محل أبرام العقد أو محل تنفيذ العمل . وكلنت هذه الآراء جميعها لا تخرج عقد العمل من ميدان تنازع القوانين الذى يعد من موضوعات القانون الدولى الخاص . على أنه يوجد بجانب هذه الآراء رأى آخر فى القانون الدولى الخاص ، وخاصة قاعدة قانون الإرادة ، فى تعيين القانون الواجب التطبيق فيه . وقد اختلفت مناهى القاشين بهذا الرأى فى تعليقه . فمنهم من يستند الى اقلبيته قواعد قانون العمل ، مما يترتب عليه تطبيق قانون محل تنفيذ العمل على عقد العمل *Lex loci laboris* . ومنهم من يستند الى تعلق قواعد قانون العمل بالنظام العام أو كونه من قوانين الامن المذنى . مما يترتب عليه ان يكون قانون النصى حتىى تطبيق . ومنهم أخيراً من يستند الى ان الصلة الوثيقة بين ما يعبر من قواعد قانون العمل من القانون العام وما يعتبر منها من القوانين الخاص تؤدي الى ان تطبيق قواعد القانون العام فى محل تنفيذ العمل يسوجب تطبيق قواعد القانون الخاص المعررة فى قانون هذا المحض مما يترتب عليه خضوع عقد العمل بمختلف جوانبه لقانون محل تنفيذ العمل ٢ . ويبدو ان هذا الرأى متأثر باعتبار القواعد التنظيمية لعلاقات العمل من القانون العام ، أو باعتبار ضرورة وحدة هذه القواعد حتى ولو عد بعضها ، وهو الأقل أهمية ، من قواعد القانون الخاص ، كما ان من سراج من يقول انه وان كلن عقد العمل نشاطاً من انطبه القانون الخاص ، إلا ان تنظيم العمل يتعلق بقانون العام ٤ .

وييسر مة من شك فى ان محاولة اخراج عقد العمل من ميدان تنازع القوانين على هذا الوجه يمثل قمة الإفراط فى تقدير القواعد التنظيمية

١ راجع *Battisti* المرجع السابق لقرة ٢٩٠ .
 ٢ راجع القضاء الإيطالى معروفاً فى مقال *De Nova* فى القضاء الإيطالى فى تنازع القوانين ، فى *Revue critique de dr. int privé* سنة ١٩٥٠ ص ٣٤١ .
 ٣ راجع فى التمهيلات *International Labour Law* (Geneva) طبعه سنة ١٩٦٨ ص ٨٧ .
 ٤ راجع فى شك . *Levy-Lorbeaux-Pigeonnière* فى ملحة فى القانون الدولى الخاص لقره ٨ سنة ١٩٦٢ لقرة ٢٢٠ .

لعلاقات العمل وكهالة سريتها على هذه العلاقات داخل الدولة لما لها من وثيق الصلة بالسياسة الاجتماعية والاقتصادية التي يبتغيها المشرع . على أن حدة هذا الاثر قد خضت ، كما خبت حدة الهجوم على سلطان الإرادة ومحاولة ابعاد عقد العمل عن مجال تطبيق القاعدة العامة في خضوع العقد لقانون الإرادة . ويمكن القول ان الفقه الحديث يبيل الى ابقاء عقد العمل في هذا المجال ، مع اقلية قرينة بيني عليها تعين القاتون الواجب التطبيق عند عدم اتفاق المتعلقين على قانون يحكم العقد . وهذه القرينة هي عند البعض مركز ادارة العمل ، وعند البعض الآخر محل ابرام العقد ، وعند فريق ثالث هي محل تنفيذ العمل ، ولهذا الاتجاه الفقهي سدها في بعض التشريعات الحديثة (مثل ذلك القانون الدولي الخاص البولوني الصادر في سنة ١٩٦٥ ، حيث تقضي المادة ٢٢ منه بأن « للمتعلقين اخضاع علاقة العمل بينهما للقانون الذي يختارانه ، بشرط ان توجد بينه وبين العلاقة صلة » ، كما تقضي المادة ٢٢ بأنه « ١ - اذا لم يختار المتعلقان القانون الذي يحكم علاقة العمل ، خضعت هذه العلاقة لقانون الدولة التي يوجد بها موطنها وقت انشائها ، واذا كان للقانون مركز اعماله بدل قانون موطنه . ٢ - اذا لم يكن للمتعلقين موطن في دولة واحدة ، ولم يكونا قد اختارا القانون الواجب التطبيق خضعت العلاقة لقانون الدولة التي نفذ فيها العمل او كان واجب التنفيذ فيها ») على انه ايا كان القانون الواجب التطبيق حسب هذا النظر . اي سواء اكلن هو القانون الذي اختاره المتعلقان ، ام هو القانون المنبئ على قرينة مفروضة قتلهم من بين قرنتي مركز العمل ومحل ابرام العقد ، فليس ثمة من شك في ان تطبيق القانون الواجب التطبيق يتقيد بالقواعد التنظيمية السارية في دولة التنفيذ ، والتي تتعلق بالامن المدني وتمتع بالاقليمية . كما انه اذا اختار المتعلقان قانون دولة التنفيذ ، او كان هذا القانون هو الواجب التطبيق حملا على الإرادة المفروضة ، توحد القانون الذي يحكم الجانب التنظيمي والجانب غير التنظيمي في العقد . كذلك لا شك في ان كون « محل تنفيذ العمل » برصه اداة « لتركيز » عقد العمل تركيزا مكاتبا تتحقق معه الصلة بين العقد وقانون هذا المحل ، وتتحقق معه الفهية المتباعدة من القواعد التنظيمية للعمل ، قد بلغ من الاهمية عند بعض الفقهاء حدا جعلهم يصوغون الاتجاه الفقهي الحديث الذي نحن بصدده على نحو يجمل الاختصاص بعقد العمل لقانون محل التنفيذ ، مع ايراد تحفظ لصالح قانون الإرادة ، فيقولون : يخضع عقد العمل لقانون محل تنفيذ العمل ما لم يتفق المتعلقان على تطبيق قانون آخر غير هذا على الجانب غير التنظيمي في العقد (١) بينما يكبر البعض الآخر من الفقهاء قاتون الإرادة فيقولون بخضوع عقد العمل لقانون الإرادة ، فيما عدا الجانب التنظيمي منه اذ يخضع لقانون محل التنفيذ (٢) .

(١) من هذا الرأي Batiffol في مؤلفه في القانون الدولي الخاص طبعة ٤ سنة ١٩٣٦ بقرة ٥٣٦ .

(٢) من هذا الرأي Quadri في مروسه بنسب الدكتوراه بكلية الحقوق بجامعة القاهرة سنة ١٩٥٣ ص ١٢٠ .

ويمكن اجمل التطور الفقهى فى القانون الواجب التطبيق على عقد العمل فيما يلى : ١ - نسرى القواعد التنظيمية لعقد العمل الواردة فى قانون الدولة على عقد العمل متى كان محل تنفيذ العمل فى اقليمها ، وذلك لان هذه القواعد تكون عادة امره لتعلقها بالامن المذنى ، وتتمتع بالاقليمية . ٢ - يخضع عقد العمل فيما عدا الجانب الذى تحكمه تلك القواعد ، لقانون الإرادة . واذ لم يتفق المتعاقدان على القانون الواجب التطبيق ، عين القاضى هذا القانون بناء على قرينة مفروضة تتخذ من مركز العمل او محل ابرام العقد او محل تنفيذ العمل . وربما يكون التعويل على قرينة محل التنفيذ له فضل وحدة القانون انذى يحكم العقد ، وكثيرا ما يكون محل التنفيذ هو محل ابرام العقد او محل مركز العمل . وانه لغنى عن اسان التنبويه بانه كلما زاد نشاط المشرع فى توسيع دائرة الاحكام التنظيمية ، ضقت دائره التى يعمل فيها قانون الإرادة .

رأيا بامعنا ننظر فى الآراء المختلفة جميعها (بعد استبعاد الاجاه بنفسى الذى يخرج عقد العمل من ميدان تنازع القوانين الذى يدخل فى مرسوم القانون الدولى الضامن) وجدنا ان محل تنفيذ العمل اهمية فيها . وبذلك سواء اتخذ هذا المحل ضابطا تنبى عليه قاعدة الاسناد ، الرأى القابل بخضاع عقد العمل لقانون محل التنفيذ ، او كان مجرد مبرر للقاعدة الاسناد المبنية على ضابط آخر غيره (الرأى القابل بخضاع عقد العمل لقانون مركز ادارة العمل والرأى القابل بخضاعه لقانون محل ابرام العقد) او كان اسما لاستثناء من مجمل قاعدة الاسناد الرأى القابل بخضاع عقد العمل لقانون الإرادة فيما عدا الجانب التنظيمى منه . كذلك ذلك فى ان القواعد التنظيمية لعلاقات العمل تكون امره وتتمتع بالاقليمية ويتقيد القاضى فى دولته بما يرد منها فى قانونه . وفى ضوء ذلك يمكن القول ان قاعدة الاسناد الخاصة بعقد العمل المقررة فى المادة ٦٢ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ وان كان ضابطها الذى تنهض عليه بسفة مباشرة هو مركز ادارة العمل او وجود فرع فى الكويت يكون هو الذى ابرم عقد العمل) الا ان اهمية محل تنفيذ العمل قد روعيت فى تقريرها . كما انه يمكن اتبول انه اذا طرح نزاع فى عقد عمل امام القاضى الكويتى ، ولم يتن القانون الكويتى هو القانون الواجب التطبيق طبقا لهذه القاعدة . وكان محل تنفيذ العمل فى الكويت . تعين على القاضى تطبيق القواعد التنظيمية الخاصة بعلاقات العمل المقررة فى قانونه بصرف النظر عما يقضى به فى هذا الشأن القانون الاجنبى الواجب التطبيق فى العقد .

خامسا - الالتزامات النقدية :

يقصد بالالتزام النقدى Money obligation الالتزام ناداء مبلغ من النقود . وهو يثير مسألتين : اولاهما - العملة التى يتعين لوفاء على

اساسها ، وثقتيهما ، العملة التي يتعين الوفاء بها . والفرقة بين المسائلين اهيبيها لما لها من اثر في بيان القانون الواجب التطبيق في كل منهما . وتتلخص هذه الفرقة في ان العملة التي يتعين الوفاء على اساسها ، وتسمى بالفرنسية *Monnaie de compte* وبالانجليزية *Money of account* او *Money of measurement, money of contract* ، ويحدد بها « مقدار » ما يلتزم المسدين بدائه ، ومن ثم فهي تتعلق بماهية الالتزام *In obligatione* . ولها العملة التي يتعين الوفاء بها (وتسمى بالفرنسية *Monnaie de paiement* . وبالانجليزية *Money of payment*) ليحدد بها « ما يوفى به » ، ومن ثم فهي تتعلق بكيفية الوفاء بالالتزام ، اي بكيفية تنفيذه *In solutione* .

وفيما يتعلق بالعملة التي يتعين الوفاء على اساسها ، نجد ان الرائج لها هو خضوعها لقانون العقد ، فاذا ما اخذ الاتفاق على العملة التي يتعين الوفاء على اساسها صورة « شرط الذهب » *Clause d'or* ومؤداها ان يكون الدين واجب الوفاء بالذهب او بما يعادل قيمة الذهب (خضعت صفة الشرط ونطاقه وآثاره لقانون العقد ، دون القانون الذي يحكم العملة ذاتها *Lex Monetae* ودون قانون محل الوفاء . وقد ذهب القضاء الفرنسي في هذه المسألة الى الفرقة ما بين العقد الداخلي والعقد الدولي *Contrat international* واجاز الاتفاق في التقي على العملة التي يتعين الوفاء على اساسها ، فاجاز شرط الذهب ، وذلك بصرف النظر عما يقضى به قانون محل الوفاء . والعقد الدولي ، كما يراه القضاء الفرنسي في هذه النسبة - ليس هو مجرد العقد الخاضع لقانون اجنبي . وانما هو العقد الذي يترتب عليه دخول العملة او خروجها من فرنسا . مثل عند البيع التجاري الذي يترتب عليه خروج البضاعة من فرنسا ودخول نمونها اليها ، ومثل عقد القرض الذي يترتب عليه دخول عمله الدائن الاجنبي الى فرنسا وخروج عمله الدين الفرنسي خارجها . ويوضح لمن يتعمق احكام هذا القضاء انه جعل لفكرة العقد الدولي بصدد « العملة التي يتعين الوفاء على اساسها » معنى خالصا غير معناها بصدد تنازع القوانين ، واقام ذلك المعنى على اعتبار اقتصادي هو حركة « المد والجزر فوق الحدود » للمدفوعات المترتبة على العقد ، وذلك بصرف النظر عن الاعتبارات القانونية ، مثل جنسية المتعاقدين او موطنهما او محل ابرام العقد او محل تنفيذه . مما يكون له اثره في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد . والمدفوعات التي تجاوز حدود اقليم الدولة توصف بانها « مدفوعات دولية » . واما المدفوعات التي لا تجاوز هذه الحدود فتوصف بانها « مدفوعات داخلية » . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية باعتبار العقد دوليا متى ترتبت عليه مدفوعات دولية ، ولو كان خاليا من العنصر الاجنبي ، ومن ثم لا يثير مشكلة تنازع القوانين . كما قضت باعتبار العقد داخليا لانه لم ترتب عليه مدفوعات دولية ، بل مجرد مدفوعات داخلية ، ولو انه يشتمل على عنصر اجنبي ، ومن ثم يثير مشكلة تنازع القوانين . وكل ذلك يختلف عن العقد الدولي بمعناه القانوني في

ميدان نزاع القوانين . كذلك قدمت تلك المحكمة بين اتفاقية المقررة من القانون الفرنسى والتي تجيز للمتعلقين الاتماق على العملة التي تبصير ابراء على اسسها في العقد الدولي (بالمعنى المقصود في هذا المقام) سرى ولو كان العقد خاضعا لقانون اجنسى طبقا لقواعد نزاع القوانين ٧ يحصر هذا الاتماق . وكان القانون الاجنسى الواجب التطبيق يتعطل في هذه الحجة فتمسح القانون الفرنسى ككثر للدفع بالنظام العلم ١ .

وقد اختلف القضاء في مصر في شأن شرط الذهب - فقضى احكامه بفسحه واحكام اخرى ببطالته . كما جرى في بعض احكامه على البرقة التي سادت عند القضاء الفرنسى ما بين العقد الدولي والعقد الداخلى ، واجاز الشرط في الاول فقط وقد جرى كل ذلك في ظل احكام القانون الصادر في ٢ اغسطس سنة ١٩١٤ والذي يقضى بين يكون للعملة الورقية ان يصدرها البنك الاهلى قيمة الذهب السعر القانونى وبان البنك ٢ يزمه باندال الورق بذهب ، السعر الازامى ، وبان ما يدفع من عملة الورقية يكون دفعا صحيحا موجبا لبراءة الذمة ، كما لو كان الدفع حاسلا بالعملة الذهبية ، وذلك بصرف النظر عما يخالف ذلك من الشروط او الاتفاقات الحاسلة او التي تحصل بين اسحاب الشأن . وقد ظل القضاء على الخلاف المتقدم حتى اصدر المشرع المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ، وهو يقضى بين ٣ تبطل شروط الدفع ذهبا في العقود التي يكون الالتزام فيها ذا صبغة دولية والتي تكون قد فومت بالجنهيات المصرية او الاسرلينية او بنقد اجنسى آخر كان متداولا قاتونا في مصر - ولا يترتب عليها اى اثر . ولا يجرى هذا الحكم على الالتزام بالوفاء بمقتضى المعاهدات او الاتفاقات الخاصة بالبريد او الطراف او التليفون ٤ . وقد قضى هذا النص في شأن بطلان شرط الذهب في المعاملات الدولية ، وعزل لم يعرض لحكم الشرط في العلاقات الداخلية على اعتبار ان بطلانه امر ٧ بحيل الشك طبقا لقانون سنة ١٩١٤ المشار اليه . وقد استقر القضاء منذ العمل بقانون سنة ١٩٣٥ على بطلان شرط الذهب في المعاملات الداخلية والمعاملات الدولية نون تفريق . اما شرط الدفع بعملة اجنبية فقد قضت المحاكم المصرية في بعض احكامها ببطالته ، معاملة ذلك بقولها انه حيث يكون شرط الذهب ممنوعا فنته يكون بطلا سواء كان مريحا او شميا ٥ فيكون اذن بطلا كل شرط ٥ ايا كانت صورته ، املاه اعتبار يرجع الى عدم الثقة بالعملة الوطنية وبخاصة الشروط التي يخير بمقتضاها المعتاد بين انواع العملة وشروط الدفع بعملة اجنبية . على ان هذه احكامه رأت في البعض الاخر من احكامها صحة اشتراط الدفع بعملة اجنبية ٢ . وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصرى يضم المادة

١ راجع هذا القضاء معروضا في Kiboyet ج ٥ ص ٦٩ ، و Batifid
 ٢ نسخة ٤ سنة ١٩٦٧ بقرة ٦١٢ ، P.c. 5588 ، Jur. - Ch.-de dr. int., vol. 4.
 ٣ راجع في التصيلات بولسا في انسون دولى نخلص ج ٢ طبعه سنة ١٩٧٢ ص ٤٥٦ .
 ٤ راجع هذا القضاء معروضا في بولسا لسابقة الامارة اليه ص ٤٥٩ .

١٨٧ منه التي تقتضى بنه * ومع ذلك اذا تقرر سعر الزامى للنقد الورى فلا يجوز الإتفاق على الوفاء بالنقود المصرية محسوبة بسعر الذهب ، ولكن يجوز الإتفاق على أن يكون الوفاء بنقود أجنبية محسوبة بسعر قطعها * وهذا النص يحرم شرط الذهب ويجوز الوفاء بعملة أجنبية ، وقد حذف من المشروع فلم يظهر من القانون على اعتبار أنه يعالج مسألة اقتصادية يحسن تركها للقانون خلس .

كل ما تقدم هو من العمله التي يتعين الوفاء على أساسها . اما العمله التي يتعين الوفاء بها فتخضع لقانون محل الوفاء . ويرى بعض الفقهاء انها تخضع لقانون العقد وليس لقانون محل الوفاء . وانه اذا كان هذا الاخير يمنع الوفاء بعملة اخرى غير عملة محل الوفاء كلن حكمه هذا « قوة قاهرة » ، وكان وفاء الدين بعملة محل الوفاء وفاء صحيحا مبرنا له ويتحدد قدر ما يلى به بمراعاة العمله التي يتعين الوفاء على أساسها (١) . هذا وينوه الفقهاء بأن « الانزيمات التقنيه » تتأثر بتشريعات الرقابة على النقد ، سواء اكانت هذه التشريعات جزءا من قانون العقد ام كانت جزءا من قانون محل الوفاء .

سلسلا - العقود التي تبرمها الدول :

قد تبرم الدولة عقدا يكون الطرف الاخر فيه دولة اخرى ، وقد تبرم عقدا يكون الطرف الاخر فيه شخصا من اشخاص القانون الخاص . فما القانون الواجب التطبيق في كل من هاتين الحالتين . وهل يمكن اعمال قاعدة خضوع العقد للقانون الارادة في هذا المجال ؟

واذا ما تناولنا الحالة الاولى لوجدنا ان الاتفاقات التي تبرم بين الدول يحكمها القانون الدولي العام . متى كانت تكون « معاهدات » بالمعنى الاصطلاحي لكلمة « معاهدة » . على ان الدول قد تبرم اتفاقات يكون موضوعها مما يتخذ موضوعا للعقود فيما بين الافراد ، وبسنة عامة فيما بين اشخاص القانون الخاص ، مثل تسليم اشياء مادية ، كالترول والنفط والتمح ، مما يمكن معه القول بأن قواعد القانون الدولي الخاص في شأن القانون الواجب التطبيق في العقد يمكن اعمالها في هذه الاتفاقات لبيان « قانون الدولة » - اى القانون الداخلى - الواجب التطبيق فيها . وقد اصدرت محكمة العدل الدولية الدائمة في ١٢ يولية سنة ١٩٢٩ حكيمين بصدد المنزعات في القروض التي عقدها في فرنسا الحكومتان اليوهوسلامية والبرازيلية ، جاء بهما « ان كل عقد يبرم بين الدول ، ليس بوصفها اشخاصا من اشخاص القانون الدولي ، يتخذ أسلسه من قانون وطنى اى داخلى ، وان مسألة التعرف على هذا القانون لهي موضوع

١١. قال بهذا الراى Quadri في دروسه بكم الدكتوراه بكلية الحقوق بجامعة القاهرة سنة ١٩٥٢ . ص ١٢٦ .

الجانب من القانون المعروف اليوم باسم القانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين . الذى يمكن أن تكون قواعده مشتركة بين كثير من الدول ، مرد في تعاملت دولية أو تجرى بها العرف . وتكون لها في هذه الحالة الأخيرة خلاصة قواعد القانون الدولي التي تحكم العلاقات بين الدول ، وبقي ما عداها معتبرا جزءا من القانون الداخلى^(١) . ويقضى امثال هذا أنظر التفرقة بين ما تبرمه الدول بوصفها اشخاصا للقانون الدولى من اتفقت ، وبين ما تبرمه من عقود دون أن تتخذ فيه هذه الصفة . وهي تفرقة صعبة التحديد في التطبيق مع أنها ذات أهمية كبيرة . وفي نطاق هذه المفرد يكون الأمر هينا عندما تعين الدول أطراف العقد القانونى الواجب التطبيق في العقد بعبارة صريحة . فان لم يجر تعيينه على هذا الوجه أصبح الأمر صعبا ، إذ لا مناص من الرجوع الى القرائن لتحديد هذ القانون .

على انه — بجانب هذه العقود التي تبرمها الدول وهي مجردة من صفة اشخاص القانون الدولي^(٢) . والتي تخضع لقانون داخلى — قد عند الدل فيما بين بعضها البعض ، اتفقت يحكمها القانون الدولي العام ، ويكون موضوع الاتفاق من المسائل التي تنظمها عادة القوانى الداخلية . ولا يضرب القانون الدولي العام أية احكام في شأنها ، مثل تحديد نواتج التأخير في سداد القروض ، ومثل حالة ما يكون موضوع الاتفاق انشاء شخص اعتبارى . كشركة ، يزاول نشاطا في ميدان القانون الخاص مثل القايه انشاء الشركة العربية للملاحة البحرية التي أقرها المجلس الاقتصادى بجامعة الدول العربية في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٦٢ وانسارية من بعض دول الجامعة منذ سنة ١٩٦٥ . وقد ألحق بالإتاقية نظام هذه الشركة وأشر جزءا متبعا لها^(٣) . وهذا الوضع يقتضى التساؤل عن القانون الواجب التطبيق في مختلف هذه المسائل . وربما يكون أسير أسهل عن النص في الاتفاقات على الرجوع في شأنها الى « قانون دولة » معينة . على أن يكون الرجوع اليه هو « بصفة احتياطية » لئلا نقع في الإلتزام اذا ما تحقق ، وبحيث لا يتعارض تطبيقه مع احكامه . واذا لم نعس على هذا القانون . فلا مناص من الرجوع الى « قانون مشترك دولى » Droit commun international^(٤) . يشق من المبادئ السائدة في القانون المقارن .

وإذا ما انتقلنا بعد ذلك الى الحالة الثانية . أى حالة ما يبرم العقد بين دولة وشخص من اشخاص القانون الخاص . اجنبيا كان أو مقبذا مركز أعماله في الخارج ، لوجدنا انه للمتعاقدين أن يضارا صراحة القانون الذى يحكم العقد . وهو نظرا يقوم على أساس أن خضوع الدولة لقانون غير لقانونها أمر يتعارض مع سيادتها ، اللهم الا في حالة قبولها صراحة لخضوع لغير قانونها .

^(١) راجع لك مروض في Batiffol طبعة ٤ سنة ١٩٦٧ بقرة ٢٩ وهابش (١٠ عنها وبقرة ٥٧٧ .

ولكن ماذا يكون الحل لو لم يحصل هذا الاختيار الصريح ، هل يمكن الالتجاء الى القرائن لتعيين القانون الواجب التطبيق في العقد حملا على الإرادة الضمنية أو الإرادة المبروزة للمتعاقدين ، على غرار ما يجري بالنسبة للعقود التي يكون طرفاها من اشخاص القانون الخاص ، ام انه يتعين تطبيق قانون الدولة الطرف في العقد حملا على قرينة قاطعة بتطبيقه تنسق من ان قبول الشخص من اشخاص القانون الخاص الصفول في علاقة عقدية مع دولة يفترض معه قبوله اخضاع انعقد لقانونها ١ . انبرت هذه المسألة امام محكمة العدل الدولية الدائمة ، وجاء بصددها في حكم أصدرته في ١٢ يولييه سنة ١٩٢٩ * انه لا يمكن افتراض ان دولة ما قبلت اخضاع دينها وصحة تعهداتها بشانه لقانون آخر غير قانونها * . وكان المحكمه تسلم بوجود قرينة قاطعة بتطبيق قانون الدولة الطرف في العقد على هذا العقد . وقد سبق ان اخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا المنظر بحكم أصدرته في ٢٢ يناير سنة ١٨٤٩ . وعلى النقيض من ذلك نجد انعكاسه في انجلترا يرى ان كون الدولة طرفا في عقد لا يقيم قرينة قاطعة في ان قانونها هو القانون الواجب التطبيق ، وان كان قرينه لها وزنها ، وهي ليست القرينة الوحيدة التي يبنى عليها تعيين القانون الواجب التطبيق . وتطبيقا لذلك فقد نص في بخصوع عقد ترض أبرمته بريطانيا ، أثناء الحرب العالمية الأولى ، في الولايات المتحدة الأمريكية لقانون ولاية نيويورك وليس للقانون البريطاني ١ . وقد عدلت محكمة النقض الفرنسية عن رأيها السابق الإشارة اليه وتمت في ٣١ مايو سنة ١٩٣٢ بل ميجرى على عقود القانون الخاص التي تبرمها الدولة مع اجانب ، من حيث القانون الواجب التطبيق ، ما يجري على العقود التي تبرم بين الافراد * . ويمكن القول ان الرائج لها وقضاه هو انه عندما تكون الدولة طرفا في عقد طرفه الآخر شخص من اشخاص القانون الخاص ، يكون للمتعاقدين ان يختارا صراحة القانون الواجب التطبيق في العقد ، فان لم يتحقق هذا الاختيار جرى تعيين هذا القانون استنادا الى الإرادة الضمنية أو الإرادة المبروزة للمتعاقدين ، دون ان يتخذ من كون الدولة طرفا في العقد قرينة قاطعة في تطبيق قانونها ، اي انها لا تتمتع بحصلته بشرعية في هذه الحالة . هذا وقد تصرف نية المتعاقدين أو يفترض انها تنصرف ليس الى تطبيق قانون الدولة الطرف في العقد ، بل انها تنصرف الى تطبيق «المبادئ المتأصلة في الفكر السليم والتطبيق المشترك لدى الشعوب المتقدمة» . وهي مبادئ تكون نوعا من «القانون الطبيعي الحديث» أو «قانون الشعوب الحديث» (وهذا هو ما أخذ به في حكم المحكمين الصادر في ٢٤ أغسطس سنة ١٩٥١ في المنازعة بين شيخ ابو ذبي وشركة البترول البريطانية(٢)) . وينوه بعض الفقهاء بالأمل في نشوء «قانون خاص مشترك دولي» (Droit Privé Commun International) يحكم في ميدان المعاملات الدولية عقودا لا تنفي القوانين الداخلية بهايتها ، ويساعد على

١ . راجع هذا القضاء معروفا في Dicoj طبعة ٨ سنة ١٩٦٧ ص ٧١٩ .
٢ . راجع في السجلات Dicoj المرجع السابق ص ٧٠٩

نشونه تطور ما يجرى عليه العمل وتطور العقود النموذجية واشروط العملة لسليم البشتاح في هذا الميدان (١) .

وانه لما يفتقرن في الذهن بمناسبة الكلام في العقود انى يبرمها الدول ، العقود المشتبهة على عنصر اجنبى ، التى تيرمها المشروعات العلمية ، سواء فيما بين بعضها والبعض ، او فيما بينها وبين الافراد . وليس ثمة من شك فى اعمال قاعدة خضوع العقد لقانون الارادة للتعرف على القانون الواجب التطبيق فى هذه العقود ، سواء كانت الارادة صريحة ام ضمنية ، مفروضة ، مثل ما يجرى بصدد العقود انى تيرم بين الافراد . على ان بسن الشراح يرى انه فى غير حالة الارادة الصريحة . اذا كان الطرف فى العقد مشروعاً عاماله صفة « مرفق » من مرافق الدولة Service de l'Etat تقوم قرينة على هذه الصفة ببنى عليها تعيين القانون الواجب التطبيق فى العقد بشرطه قانون الدولة التى يتبعها المشروع .

ثانياً

مجال تطبيق قانون الارادة على العقد

مفروض هنا انه قد تم تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث المبرع ، وفقاً لما تقدم من القواعد ، وهو ما يطلق عليه « قانون العقد » او « القانون الخاص بالعقد » ، على ما ذكرناه ، فهل يحكم هذا القانون العقد من ثمة نواحيه ، اى من حيث تكوينه وآثاره وزواله . ام انه حكم بعض هذه اجزائ من العقد دون البعض الاخر منها ؟

سنبقى الاجله عن هذا السؤال نقنسه الى امرين وهما : اولاً : ان الاعلية المتعمد لا تدخل فى نطاق هذا السؤال ، لانها وان كانت شرطاً لصحة العقد الا انها منه لسبقه بالشخص وسرب مراعاة حاشته ، وتد خعباً للمشرع بقاعدة اسناد تبين تطبيق القانون الواجب التطبيق فيها ، الملة ٢٣ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ . كذلك لا يدخل فى هذا النطاق الشكل الخارجى للعقد . لانه يدخل فى دائرة نظام الاشكى باننسيه للمصرف الارادى فيما بين الاحماء . وقد خصه المشرع ساعدة اسناد تبين القانون الواجب التطبيق فيه المادة ٦٣ من القانون المشر اليه . أما الاوضاع انجوهريه فى انشئل . وهى التى تعتبر ركناً فى اعتماد المصرف ، تالرسيمية فى الهمة والرهن الرسمى ، فلا يسرى عليها انقانون الذى يرجع اليه الفصل فى التصرف من حيث الموضوع من المفكرة الايفساحية للقانون المذكور ، ، ولذلك فاتها تدخل فى نطاق السؤال الذى نحن بصدهه وثانياً — انه قد سبق ترجيح الرأى القائل بعدم تجزئة العقد ووحدة القانون الذى يحكمه ، فلا يجوز للمعاقدين اختيار اكثر من قانون لحكم العقد .

(١) راجع فى ذلك Butcher المرجع السابق بقرة ٥٧٨ .

على ان القائلين بوحدة القانون الذي يحكم العقد قد اضطلعوا بمهمة تحديد مجال تطبيق هذا القانون ، ووجدوا ان من المسائل ما يخرج من هذا المجال . وبعبارة اخرى وجدوا ان قاعدة وحدة هذا القانون ترد عليها بعض الاستثناءات ، واختلفوا فيما بين بعضهم والبعض في بيان ما يخرج على هذه القاعدة . ولنوضح ذلك فيما يلي متناولين بكل كلام تكوين العقد وآثره ثم زواله وهو ما نسبته بالتقوية بما جاء في المسكرة الايضاحية للقانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بمسند المادة ٥٩ فقرة اولى منه من انه « يدخل في الشروط الموضوعية لاتعتاد العقد التعبير عن الإرادة ومتى ينتج اثره ، وتطبق الارادتين وزمان ومكان انعقاد العقد الذي يتم بين غائبين وعيوب الإرادة واثرها في صحة العقد ، وشروط كل من المحل والسبب ، اما الاهلية فتخضع للقانون الشخصي . ويدخل في آثر العقد ، اثر العقد من حيث الاشخاص ... واثر العقد من حيث الموضوع ... » .

أولاً - تكوين العقد : يثير البحث في تكوين العقد عدة مسائل ، وهي التراضي والمحل والسبب ، وما يترتب على مخالفة قواعدهما ، وهو جزاء البطلان .

١ - التراضي - يثير التراضي البحث في وجوده وصحته . كيف يحصل التعبير عن الإرادة ، وهل يستوي التعبير الصريح والتعبير الضمني ، وهل يؤخذ بالإرادة الظاهرة ام بالإرادة الباطنة ، ومتى ينتج التعبير عن الإرادة اثره ، وهل يشترط لذلك ان يصل الى علم من وجه اليه ، وهل يثير التعبير عن الإرادة بروت من صدر منه او بفقده اهليته ، وما مدى القوة المزرمة للإيجاب ، وما الميعاد الذي يصح فيه القبول ، وكيف يطبق القبول الايجاب ، وهل يعتبر مجرد السكوت قبولا ، وكيف يتحدد زمان العقد ومكانه في التعلد فيما بين الغائبين ، ثم ما عيوب الإرادة التي تجعل التراضي غير صحيح ؟ فهل نخضع هذه المسائل جميعا لقانون العقد ؟

تري غالبية الفقهاء ، الذين يتولون باختصاص العقد لقانون واحد ، ان هذه المسائل جميعا تدخل في مجال تطبيق قانون العقد (١) . ولكن بعضهم يرى اخراج بعض هذه المسائل من هذا المجال ، وهي قيمة السكوت وتعيين زمان العقد ومكانه في التعلد فيما بين غائبين وعيوب الإرادة التي تجعل التراضي غير صحيح .

ففيما يتعلق بالسكوت وهل يعتبر قبولا ، يرى بعض الشراح ان ترك حكم السكوت لقانون العقد المحتمل تمامه امر غير مقبول عقلا وغير عادل . ويكفي لبيان ذلك تصور مثال تلجر دانمركي يوجه ايجبا الى تلجر انجليزى ويضمنه شرطا يقضى بخضوع العقد المراد ابرامه للقانون للدانمركي (وهو يقضى بان السكوت يعتبر قبولا اذا كان من صدر منه الايجاب يتوقع ان من

(١) من هذا الرأي Niboyet ج ٥ ، فقرة ١٤٠٦ ، و Battifol في الدولي الخاص طمعة ٤ سنة ١٩٦٧ فقرة ٥٦٦ ، وفي مؤلته في تنازع القوانين في العقود فقرة ٢٨٠ .

وجه ليه لاند ان يعلن ارادته بعدم القبول اذا شاء ذلك فلا يرد الناس على الاول . فيعتبر سكوته قبولاً للإيجاب وفقاً للقانون الدانمركى . ويفرح هؤلاء القائلون ان السكوت لا يمكن ان يعد قبولاً الا فى حالة ما يعبر كذلك وفقاً لقانون محل اقلية من وجه انيه الايجاب او وفقاً لقانون مركز اصفاله (١) .

وفيما يتعلق بتحديد زمن ومكان العقد فى اسعافد فيما بين غائبين ، يرى بعض اخضاعه . ليس لقانون العقد ، بل لقانون القاضى . لان الامر هنا هو من الوصف او التكييف اللزوم لمعرفة قاعدة الإسناد (٢) . وينتقد البعض الاخر هذا الرأى للميب فى اسعافه ، اذ ان هذه المسألة ليست من التكييف اللزوم لتحديد قاعدة الإسناد او التكييف الاختصاصى * بل هى من التكييف الموضوعى ، والتراضى وهو ركن العقد يجب ان يضع قانون العقد راس لقانون القاضى (٣) . وقد صمجت بعض التشريعات هذه المسألة بنسب فى القانون . مثل ذلك القانون البولونى — الخاص بتتناوع دولتى بين القوانين — الصادر فى سنة ١٩٢٦ ، وقد ائفى بالقانون الدولى الخاص الصادر فى سنة ١٩٦٥ . حيث تنص المادة ٩ منه بان * يعبر العقيد قد تم فى المكان الذى اسلم فيه من صدر منه الايجاب القبول * . وتضى المادة ١٢٦ من مبادئ التشريع المدنى السوفيتى الصادر فى سنة ١٩٦١ بان * يتحدد مكان ابرام التصرف طبقاً للقانون السوفيتى * ، وذلك بوصفه قانون القاضى . وتضى المادة ٢٧ من القانون المدنى السودانى بانه * . . ان لم تكن الإرادة قد اتجهت الى تطبيق قانون معين ، على العقد ، ، طبق قانون الدولة التى تم فيها التصرف وفقاً لما يقرره القانون السودانى * . بهذا النص وهو يعنى بتطبيق قانون محل ابرام التصرف على العقد . فى حالة عدم اتفقت المتعلقين على قانون يعكبه ، تجعل مكان انعقاد العقد يتحدد طبقاً لما يقرره القانون السودانى ، وذلك بوصفه قانون القاضى .

تبقى بعد ذلك عيوب الإرادة . وقد رأى البعض ممن اخرجها من نطاق قانون العقد ، اخضاعها للقانون الشخصى لكل من المتعلقين ، على اعتبار ان احكامها تهدف الى حماية الشخص فى ارادته (٤) . وهذا الرأى مستند لان التراضى ليس من نعلم الأشخاص ، فهو ليس من مسائل الحالة راعية . ، انب هو الوسيلة لاقران الإرادة بغيرها لبناء التصرف الإرادى . وليس من المعتاد فصل وجود التراضى عن صحته واخضاع كل منها لقانون ، بل يعين خضوعهما لقانون واحد هو قانون العقده . وقد رأى البعض

١ - راجع فى ذلك Wolff طبعة سنة ١٩٤٥ من ٤٤٩ .
 ٢ - راجع Burth ج ١ من ١٧٠ ، و Battfel طبعة ٤ سنة ١٩٦٧ بقرة ٥٦٦ .
 ٣ - راجع فى ذلك Niboye ج ٥ بقرة ١٢٠٦ ، دراسة مقارنة فى R: 5٦ ج ٢ سنة ١٩٦٠ من ٤٥٥ و ٥٠٧ .
 ٤ - راجع فى ذلك Burth ج ١ من ١٧٥ و Tillet ج ٢ بقرة ٥٢٧ .
 ٥ - راجع تمثيل هذا العقد فى Niboye ج ٥ من ٩٨ .

الأخر من الشراح اخضاع عيوب الإرادة لقانون محل إبرام العقد ، وذلك لأن تطبيق قانون العقد يعرض تكوين العقد صحيحا وهو مالا يتحقق اذا كثرت الإرادة معيبة ، ولهذا فانه يتعين اخضاع صحة الرأى لقانون لا يتحدد بالإرادة ، وهو قانون محل إبرام العقد ، بعد ان استبعدنا القانون الشخصي لما وجه اليه من نقد ، وقانون محل التنفيذ لأن العقد لم ينفذ بعد (١) .

وبعد فهما يكن من شأن هذه الآراء التي حاولت اخراج المسائل الثلاث المتقدمة من نطاق قانون العقد ، فلا شك ان الاتجاه الفقهي الغالب في بلاد القارة الأوروبية والبلاد المتطو امريكية يحمل نطاق قانون العقد شاملا لوجود الرأى وصحته ، وهو ما له صداه في احكام المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية وانجلترا وفرنسا والمانيا (٢) . وهو أيضا ما يتفق واحكام القانون الكويتي . ذلك وانه وان كان نص المادة ٥٩ فقرة ا جاء في صيغة عامة بقوله يسرى على العقد من حيث الشروط الموضوعية لاتعقده . . ، الا ان المذكرة الايضاحية قد اوضحت المقصود بهذه الشروط ، فقد جاء بها : « ويدخل في الشروط الموضوعية لاتعقد العقد التعبير عن الإرادة ومتى ينتج اثره ، وتطابق الإرادتين ، ورمضان ومكان انعقد العقد الذي يتم بين غائبين . وعيوب الإرادة واثرها في صحة العقد وشروط كل من المحل والسبب . . » .

٢ - المهمل - يخضع المحل لقانون العقد ، فهو الذي يبين شروطه حالوجود والإمكان والتعيين والتقابلية للسمين والتقابلية للتعامل فيه . على ان بعض الشراح يرى اخضاع شروط تعليه المحل للتعامل فيه لقانون موقع المحل ان كل شيئا ولقانون محل التنفيذ ان كان عملا . بمعنى ان قانون العقد يحكم هذا الشرط من الناحية المحردة ، فهو الذي يقرر ضرورة وجوده . واذا ما قرر ذلك اخضع قانون موقع المحل وقانون محل تنفيذ العمل بين حكم المحل المتفق عليه ، اهو قائل للتعامل فيه ام غير قابل له (٣) . ويطلق البعض من الشراح قوله بانه لا يكفي ان يكون العقد صحيحا (٤) من حيث شروط المحل ، وفقا لقانون العقد بل يعين فوق ذلك ان يكون المحل قابلا للتعامل فيه وفقا لقانون بلد التنفيذ (٥) . وانه وان كانت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ ، على ما سبقت الإشارة اليه ، قد اوردت المحل في عداد الشروط الموضوعية لاتعقد العقد التي تخضعها المدة ٥٩ فقرة أولى من هذا القانون لقانون الإرادة (٦) قانون العقد (٧) الا اننا نرى مع ذلك ان شرط قابلية المحل للتعامل فيه يتأثر بما يقضى به قانون موقع المحل وقانون محل التنفيذ ، على ما يقضى به الرأى الفقهي المشار اليه .

(١) قال بهذا الرأى Arminjan ج ٢ فقرة ٦٦ .

(٢) راجع في عرض هذا الغناء Batiffol في خارج لقوانين في امتود فقرة ١٨٧ .

(٣) راجع Le-tour-Pigeonnier طبعة ٨ سنة ١٩٦٢ فقرة ٢٥٨ .

(٤) من هذا الرأى Niboyet ج ٥ فقرة ١٤٠٧ .

هذا ولا شك ان المحل يتشر بالنظم العام في بلد القضى . فلو كان قانون العقد لا يستلزم المشروعية في المحل ، او كان المحل معتبرا مشروعا ونفذ له . ان كان يستلزمه ، وكان قانون القضى يوجب هذه المشروعية ريعس المحل المنفق عليه غير مشروع ، طبق قانون القاضى .

٢ - السبب - يخضع السبب من حيث وجوده ومشروعيته لقانون العقد وقد اوردت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ السبب في عدد الشروط المشروعية التي يقضى المادة ٥٩ فقرة ١ بخصوصها لقانون الإرادة لقانون العقد . على ان مشروعية السبب قد تنأثر بقانون القاضى . فلو كان السبب مشروعا وفقا لقانون العقد ، وغير مشروع وقت لقانون القاضى ، طبق اقاضى قانونه . وذلك لاتصال المشروعية بالنظم العام في بلده .

{ - البطلان - البطلان هو جزء عدم استكمال العقد اركنه مسبوقة شروطها . وهو يتبر عدة مسلس ، يبدأ من بين الحالات التي يترتب فيها جزء ، الى بيان من يجوز لهم التمسك به ، وامكان اجارته . وما يترتب على تقرير البطلان . وسقوط دعوى البطلان .

والمعول عليه في الفقه الفرنسى والفقه المصرى هو ان قانون العقد يحكم بيان حالات البطلان ونوى المصلحة في التمسك به وامكان اجازة العقد التقابل للأبطال وكذلك سقوط دعوى البطلان . اما الأثار التي تترتب على تقرير البطلان من الإلتزام بالرد او الإلتزام بالتعويض فلا تخضع لقانون العقد ، لانها التزامات غير عقدية تقع في نطاق سلطان القسوتون الذى يحكم الواقعة القانونية (بمعنى العمل المادى) . هذا وبلاحد ان العقد الباطل قد يترتب عليه آثار عرضية مثل تحول العقد الباطل الى عقد آخر . كتحول الكهيلة التي لم تستوف الشكل الى سند هادى . ويرى بعض اشراح ان هذه الأثار تخضع لقانون العقد .

تلخيا - آثار العقد :

يخضع آثار العقد ، بسببة علمية ، لقانون العقد . اى لقانون الإرادة . حتى ان هذا التعميم يحتاج الى شيء من التفصيل نورده فيما يلى :

١ - اثر العقد من حيث الأشخاص : يخضع لقانون العقد اثر العقد من حيث الأشخاص ، اى اثره بالنسبة الى المتعلقين وبالنسبة الى الغير فوفق لهذا القانون يتحدد مدى انصراف اثر العقد الى الخلف العلم ، ومع مراعاة ما يمكن ان يكون داخلا في نطاق القانون الذى يحكم الميراث او

١ - راجع في المسائل - Ditthol في مؤلفه نتائج القوانين في انعقد مرقه ٤٤٨ ومؤلفه في القانون دعوى انخال المسئلة لاسئلة اليه مرقه ٦٠١ ، ومؤلف في القانون دعوى الخلف ، بلعة سنة ١٩٧٢ من ٤٧٢ .

لقانون موقع المال . ووفقا له أيضا يتحدد مدى انصراف اثر العقد الى الغير بالاشتراط لمصلحة الغير .

٢ - اثر العقد من حيث الموضوع : ويخضع لقانون العقد اثر العقد من حيث الموضوع . فوفقا لهذا القانون يتم تحديد موضوع التعاقد وتحديد المسؤولية العقدية . فبالنسبة لتحديد موضوع التعاقد يحكم قانون العقد تفسير العقد وتحديد نطاقه والزام المتعاقدين بتنفيذه باصباره شريعة المتعاقدين . وخضوع تفسير العقد بقانون العقد معناه خضوع قواعد التفسير لهذا القانون ، وهذه المسئلة تتوالية (١) . واذا استعمل المتعاقدان اصطلاحات مستعملة في محل ابرام العقد أو في محل تنفيذه ، فإن تفسير هذه المصطلحات لا يعتبر في الرأي الراجح من المسائل القانونية التي تترر اتباع قواعد التفسير الواردة بقانون محل الابرام أو بقانون محل التنفيذ . اما اذا كتب المتعاقدان العقد بلغة دولة غير الدولة التي اختارا قانونها ليحكم العقد ، فانه يتعين الرجوع الى قانون الدولة الاولى للتعرف على معنى المصطلحات القانونية الواردة في العقد . ولعل هذه الصورة هي التي حدثت بالبعض الى القول بانه ليس من الضروري ان يكون القانون الذي يخضع له تفسير العقد هو بعينه القانون الذي يحكم العقد اي قانون الإرادة (٢) . ويأتي بعد تفسير العقد - تحديد نطاقه ، اي بيان ما يولده من حقوق والتزامات ، سواء في ذلك ما يستقى من نية المتعاقدين أو من طبيعة الالتزام أو من نصوص القانون المسرة ، فكل هذا يرجع فيه الى قانون الإرادة . واذا ما تم تفسير العقد وتحديد نطاقه لزم على المتعاقدين تنفيذه ، وهذا الالتزام يخضع لقانون العقد . على أن هناك رأيا ، مأخوذا به في القانون الإنجليزي ، يفرق بين الالتزام obligation وتنفيذه performance ، ويترك الاول لقانون العقد ، ويجعل الثاني خاضعا لقانون محل التنفيذ ، فيتكامل هذا الأخير ببيان طريقة التنفيذ وكيفية method and manner (٣) . ومنسئله ان يتعاقد شخصان ويتعهد أحدهما بأن يدفع للآخر مبلغا من الجنيهات في استراليا ووفقا على خضوع العقد للقانون الإنجليزي ، ففي هذه الحالة يخضع بيان العملة التي يتعين الوفاء على أساسها للقانون الإنجليزي ، أما بيان العملة التي يتعين الوفاء بها فيخضع لقانون محل الوفاء ، وهو في هذا المثال القانون الاسترالي . ويسلم بعض رجال الفقه الفرنسي بهذه التفرقة ما بين الالتزام وتنفيذه ، ويترن اخضاع التنفيذ لقانون محله ، لان التنفيذ كثيرا ما تحكمه قواعد تقع في دائرة تنظيم الامن المدني ، وتخرج عن نطاق العقد ، وهي بهذه الصنة تتمتع بالاقليمية ، وتصرى على التنفيذ ايا كان القانون الذي يحكم الالتزام والمتعين بالإرادة ، ودون حاجة للالتجاء الى النظام العلم . وقد

١- راجع Batiffel طبعة ٤ سنة ١٩٦٧ بقرة ٦٠٤ و D'Arcy المرجع السابق من ٢٦٧
 ٢- راجع Batiffel المرجع السابق بقرة ٦٠٤ ، D'Arcy المرجع السابق من ٢٦٧
 ٣- راجع D'Arcy المرجع السابق من ٢٧١ ، و Wolff طبعة سنة ١٩٤٥ من ٤٦٢ .

طبقت المحاكم الفرنسية التأجيل الجبرى للوفاء Moratoires بمناسبة الحرب العالمية . على كثرة الديون المتلق على الوفاء بها في فرنسا ،
بصرف النظر عما يقضى به القانون الذى يحكم الالتزام ذاته (١) .

كذلك تخضع المسؤولية العقدية لقانون العقد . والمفروض ان هذه
المسئولية لا تقوم اذا امكن التنفيذ العيني وطلبه الدائن . وهى تقوم اذا لم
يكن التنفيذ العيني ممكنا . او كان ممكنا ولكن الدائن طلب التعويض ولم
يبد المحين رغبته فى التنفيذ العيني . وقانون العقد هو الذى يحكم الحق فى
طلب التنفيذ العيني ، وان كان التنفيذ العيني لا يتيسر فى الواقع الا اذا
اقره قانون محل التنفيذ . وتخضع التهديدات المثابة Astreintes وكذلك
التنفيذ الجبرى لقانون القاضى . ويخضع تقدير التعويض جزاء على احط
العقدى لقانون العقدين .

وما تقدم هو ما نرى الاخذ به فى تطبيق المادة ٥٩ فقرة أولى من اقاوتون
رقم ٥ لسنة ١٩٦١ التى تخضع العقد من حيث « الاثر التى تترتب عليه »
لقانون الارادة ، وهذا اللهم يؤيده ما جاء بالمفكرة الايضاحية لهذا اقاوتون
من انه « . . . ويبدل فى اثر العقد اثر العقد من حيث الأشخاص ، ويتضمن ذلك
الخلف العام والخلف الخاص والتعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير ،
واثر العقد من حيث الموضوع ، ويتضمن ذلك القواعد الخاصة بتفسير
العقد ومدى قوته الملزمة ، وخاصة بالنسبة الى الحيوانات الطيرنة .
وسنسويله لعقدية . . . ويسرى قانون العقد ايضا على آثار الالتزامات
العقدية ، التنفيذ العيني والسعوى والشرط الجزائى والفوائد والدعوى
عبر المنشرة والدعوى البرلمانية ودعوى الصورية وانحق فى الحسن)
وعلى اوست الالتزام الشرط والاجل والالتزام النضيرى والالتزام العدى
وتضمن وعدم القابلية للانقسام . وعلى انتقال الالتزام (حواله الحق
رحونه الدين . . . »

ثالثا - زوال العقد : قد يزول العقد بالاحلال Dissolution قبل
تعبذه وذلك بالفسخ résolution او بالانقضاء بارادة منفردة
Réalisation او بالتفصيل réclamation conventionnelle
كما قد يزول بالابطال annulation . ويحول العقد بدهاسة بالانقضاء
extinction . وذلك بتنفيذ الالتزامات التى ينشئها . وعلينا ان بيان
القانون الواجب التطبيق فى مختلف هذه المسائل ، فيما عدا الزوال
بالابطال اذ سبق الكلام فيه بمناسبة الكلام فى بطلان العقد بوصفه جزاء
على عدم استكمال العقد اركانه مستوفية شروطها .

١ ارجع لى منك Niboyet ج ٥ بقرة ١٢١٢ .
٢ ارجع Niboyet ج ٥ بقرة ١٢٢٢ ، و Eustrol بقرة ٤ لسنة
١٩٧٠ بقرة ٦٠٧ .

يخضع نسخ العقد لعدم التنفيذ والدفع بعدم التنفيذ (وهو وقف لتنفيذ العقد حتى يلوم الطرف الآخر بالتنفيذ من جانبته) والغاء العقد - لعقود العقد ، أى لعقود الإرادة . على أنه إذا أخذ الدفع بعدم التنفيذ صورة حق الحبس فإنه فى هذه الحالة يخضع لعقود موقع المال ، إذا كان المحبوس شيئا معيناً بالذات . وكان عقود موقع المال يجعل حق الحبس فى عداد الحقوق المدنية (١) . أما ، التقليل ، أى اتفاق المتعاقدين على إلغاء العقد فهو يخضع لعقود الذى يختاره المتعاقدان ، وذلك بوصفه تصرفاً قانونياً غير العقد الأسمى الذى ينصب عليه التقليل .

وفىما يتعلق بملغضاء الالتزامات المتولدة من العقد ، يخضع انقضاء الالتزام بالملغضاء القضائية لعقود القاضى . أما الملغضاء الاتفاقية تخضع بوصفها اتفاقاً ، لعقود الإرادة ، بصرف النظر عن العقود الذى يحكم كلا من الدينين . ولا تتحقق الملغضاء التلقوية إلا إذا اجازها القانونان اللذان يحكمين الدينين . ويخضع الإبراء من الدين لعقود الإرادة ، بصرف النظر عن العقود الذى يحكم الدين موضوع الإبراء ، لأن الإبراء تصرف قانونى قائم بذاته . وتخضع آثار اتحاد الذمة ، هل ينقض به الدين أم يوقف فقط لعقود العقد . لها وجود اتحاد الذمة ، أى إمكان تحققه ، يخضع لقوانين أخرى ، مثل خضوع اتحاد الذمة بسبب الميراث للعقود الذى يحكم الميراث (٢) .

وقد جرى خلاف فيما يتعلق بالعقود الذى يخضع له التقادم المسقط . والرأى فيها وقضاء فى الولايات المتحدة الأمريكية هو إخضاعه لعقود الناصى بوصفه من مسائل الإجراءات . وقد أخذ بعض فقهاء بلاد القارة الأوروبية بهذه الوجهة من النظر وصافوها قاعدة منطوقها « لعقود التقادم هو قانون الدعوى » (٣) . على أن غالبية فقهاء هذه البلاد ترى خضوع الأسس الذى يقوم عليه هذا الرأى . وذلك لأن التقادم ينهض على اعتبارات متعددة فيصعب التسليم له بطبيعة واحدة ، فهو أن تصد به حسن أداء العدالة ، فهو قد تصد به أيضا حماية المدين بتوفير قرينة له على الوفاء بالدين ، ومقلب الدائن على أهملته ، ثم رعاية المصلحة العامة لمستقاء المراكز المكتسبة . ولا شك أنه يترتب على إخضاع التقادم المسقط لعقود القاضى تعريض الدائن للمفاجأة التى تترتب على تغير الظروف التى يبنى عليها الاختصاص القضائى ، كتغير موطن المدين . لذلك فقد رأى هؤلاء الفقهاء ، ومعهم القضاء (وخاصة فى ألمانيا والنمسا وسويسرا وإيطاليا) إخضاع التقادم لعقود العقد ، إذ من شأن ذلك حماية الدائن من هذه المفاجأة غير العادلة . ويحكم هذا القانون التقادم من حيث منته

(١) راجع فى ذلك Batiffol فى مؤلفه فى تنازع القوانين فى العقود بقرة ٥١٠ ،
 وفى مؤلفه فى القانون الخاص بقرة ٦٠٨ .
 (٢) Batiffol المرجع السابق ، و Nilboyet ج ٥ بقرة ١٢٢٥ ، و Wolff
 طبعه سنة ١٩٥٠ من ٢٥٥ .
 (٣) راجع Batiffol ج ١ بقرة ١٧٢ .

وآثاره وما يجوز الاتفاق على مخالفته من احكامه ، ومع مراعاة ما يقضى به
النظيم العام في بلد القضاة ١١ ، ولقد أخذ القضاء الفرنسي في الكثير
من احكامه بهذا الرأي الى ان اخذت محكمة النقض في عدة احكام متناوعة
برأي اخر يقضى باخضاع التقادم المسقط لقانون موطن المدعى تاسيسا
على ان الحكمة منه هي حماية المدعى ، وهو ايضا ما يتمشى مع قاعدة
خضوع الدين لقانون موطن الدين (مثل حكمها الصادر في ٩ يناير سنة
١٩٣٤ وحكمها الصادر في اول يولية سنة ١٩٣٦) . على ان هذه
الحكمة اجازت في حكم حديث لها ا صدر في ٢١ يناير سنة ١٩٥٠ ان
يتمسك المدعى بالتقادم المسقط المقرر في قانون العقد ، ولكن من مصلحة
المدعى في الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم ان يتمسك بالتقادم المقرر في
هذا القانون بدل التمسك بالتقدم المقرر في قانون موطنه ، وهو ما حصل
بعض رجال الفقه على فهم قضاء محكمة النقض على انه يجيز للمدين ان
يتمسك بالتقادم المقرر في أى واحد من هذين القانونين متى كان ذلك في
مصلحته . ويستند البعض اخضاع التقادم المسقط لقانون موطن المدعى من
حيث بناؤه على اعتبار واحد واهداف الاعتبارات الأخرى المبني عليها نظمه
انقديمه . كما أن صدور حكم آخر لمحكمة النقض الفرنسية (في ٢٨ مارس
سنة ١٩٦٠) — بعد الحكم السابقة الإشارة اليه — بتطبيق قانون العقد
على هذا التقادم يؤيد الاتجاه الفقهى القائل بتطبيق هذا القانون دون قانون
موطن المدعى ، وهو الاتجاه الذي اخذت به بعض التشريعات الحديثة .
مثل ذلك القانون الدولى الخاص التشيكوسلوفاكى الصادر في سنة ١٩٦٣
حيث يقضى بان « يخضع التقادم المسقط للالتزامات للقانون ذاته الذى يحكم
الانعام » المادة ١٣ مفرقة ١ ، والقانون الدولى الخاص البولونى لصادر
في سنة ١٩٦٥ حيث يقضى بان « يخضع سقوط الحقوق بالتقادم للقانون
الذى يحكمها من حيث الموضوع » (المادة ١٣) . هذا ويلاحظ لأستاذ
٦ نيبوايه ٢١٠ ان علة الخلاف في شأن القانون الذى يحكم التقادم المسقط
هي الخلاف في « تكييفه » ، فمن يراه من الموضوع يخضعه لقانون العقد ،
ومن يراه من الإجراءات يخضعه لقانون القضاة ، ومن ينظر الى المدعى
باعتباره منتولا له موقع ، وهو موطن المدعى ، يخضع التقادم المسقط
لقانون هذا الموطن .

وأخيرا يخضع انقضاء الالتزام باسحالة التنفيذ لقانون العقد .

هذا وقد جاء بالفكرة الإيضاحية للقانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بصدد المادة
٥٩ مفرقة أولى ان قانون العقد « يسرى على مسح العقد والرفع بعدم التنفيذ
.. وأسباب انقضاء الالتزام (الوفاء والوفاء بمقابل والتجديد والامانة
والمقاصة واتحاد الذمة والبراء واستحالة التنفيذ والتقدم) . ويرى أن

١٠ من حد رأى : Nikoy و Batiffol في المرجعين السابقين .
٢ راجع مذهب الحكم بروسه في Batiffol في مؤلفه في تنازع القوانين في
استطرد جنبش ٢ على ص ٢٥٨ .
٣ N° ٣٧٤٤ المرجع السابق ج ٥ طرة ١٩٢٥ .

هذا التعيين في القول بخضوع أسباب انقضاء الالتزام للقانون المعقد الذي ولد الالتزام . هو محل نظر . وذلك بالنسبة للأسباب التي يعبر كل منها تصرف قانونيا ، غير العقد الذي ولد الالتزام ، فيكون لكل منها قانون يحكمه . وهو القانون الذي يختاره المتعقدان . أي قانون الإرادة ، ومن المتصور أن يكون هذا القانون قانونا آخر غير القانون الذي يحكم العقد الذي ولد الالتزام . ويصدق هذا على التجديد والإنابة في الوفاء والإبراء والقبض الانتدبية . ولا يوجد مبرر ينفي عليه الزام المتعاقدين في العقد الذي ولد الالتزام بالخضاع هذه الأسباب لقانون هذا العقد . أما فيما يتعلق باستناد المسقط فيحمل ما جاء بشئته في هذه المذكرة على أنه أخذ بلرأي الراجح قلها وقضاء . وما أخذ به مشرعو بعض الدول ، على الترجيح السابق عرضه . في إخضاع هذا المقدم لقانون العقد .

الفصل الثاني

تعارض القوانين في العقد من حيث الشكل

(الاختيار بين أكثر من قانون)

تمهيد : القاعدة في خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه . نشأها وتطورها والخلاف في طبيعتها :

سبق أن ذكرنا أن مفهوما المدرسة الإيطالية القديمة قد عتوا . ليها عتوا به من مسائل تنازع القوانين . بيان القانون الواجب التطبيق في التصرف القانوني . رانهم صاغوا في هذا الشأن قاعدة (المحل يحكم التصرف *Lex loci actus*) . قانون المحل يحكم التصرف وبعبارة أخرى . يخضع التصرف القانوني لقانون محل إبرامه . . . وهو يخضع لهذا القانون من حيث الشكل والموضوع . وذكرنا أيضا أن الفقيه الفرنسي « ديمولان » أتى بقاعدة جديدة ، وهي خضوع التصرف القانوني من حيث الموضوع لقانون الإرادة . وأنه بذلك اقتصر مجال أعمال قاعدة « قانون المحل يحكم التصرف » على الشئل الخارجي للتصرف دون الجانب الموضوعي منه ، وصار منظورها بهذا المعنى « قانون المحل يحكم شئس التصرف » .

وقد سمحت هذه القاعدة . بمعناها الأخير . على الزمن . وصارت خلاله عرف شتت في مختلف الدول أن لم نصل إلى حد كونها عرفا دوليا ، على ما رأه بعض الفقهاء . على أنه حدث في حياتها أنه لما اضطلع لفقهاء نظرية الأعراف بتقسيم الأعراف إلى عينية وشخصية . حاول بعضهم أن يبين مكان القواعد الخاصة بالنسئل من هذين التقسيمين . فمنهم من اعتبرها

من الأحوال العينية (مثل *Boullenois Burgundus, Rudenburg*) لأن
شأن هذه الأحوال من حيث انطبقتها في دائرة انتمية معينة بالنسبة
لشخص أو أشخاص إما كان موطنهم ومنهم من اعتبرها من الأحوال الشخصية
(مثل *Brulier*) لأن شأنها شأن هذه الأحوال من حيث علم القضاة
سلطاني على محل إقليم معين . وعندما قتل المدعون من فقهاء المدرسة
البروندية تنسب الأحوال إلى عيشه وشخصية ومختلطة ، وضعت القواعد
الخاصة بالشكل في هذا القسم الأخير . ونحنا منحاهم في عد قواعد
الشكل تكون قسما قسما بذاته بعض الفقهاء الفرنسيين ، مثل *Frolard*
(*Pothier*).

وقد كان انتقال قاعدة « قانون المحل يحكم شكل التصرف » من القضاء
إلى الفقه انتقلها من ميدان الإشارات العملية والعدالة إلى ميدان
التحليل والتفصيل . وكان من شأن السعى وراء أساس نظري تقوم عليه
هذه القاعدة . قيام الخلاف حول طبيعتها ، هل قاعدة أمرة أم اختيارية ،
ذلك أن من اعتبر قواعد الشكل من الأحوال العينية ونظر إلى السعد
باعتباره قاعدة اقليمية تخضع للسلطان الاتيمى للقانون اعبر هذه
القاعدة أمرة . بحيث يتعين ذاتها إبرام التصرف في الشكل المحلى أى
الشكل المقرر في محل الإبرام . . . وتعتبر القاعدة أمرة أيضا عند من يرى
أن قواعد الشكل مقررة لإسلة هامة هي الإلمنتان على صحة التصرفات
ويجب ما ينشأ بشأنها من منازعات ، بحيث ترتفع إلى مصاف قواعد
النظام العام . وقد جرت المحاكم الإنجليزية . في النصف الأول من القرن
التاسع عشر ، على عد اختصاص قاعدة « قانون المحل يحكم شكل التصرف »
اختصاصا أمرا ، وخاصة فيما يتعلق ب عقود الزواج . واخذ بهذا النظر
بعض رجال الفقه . ولكن القضاء والفقه تحولوا بعد ذلك إلى الاتجاه الآخر
الذى يتمشى بجعل هذا الاختصاص اختياريا . وهذا الذى حدث في إنجلترا
حدث في فرنسا . فقد عد القضاء ومعه الكثير من رجال الفقه ، في عهد
القانون الفرنسى القديم ، القاعدة أمرة ، ثم وجد عند القضاء رأى يقضى
بكون القاعدة اختيارية ، وظل هذا القضاء مترددا ما بين الرأين حتى
استقر في النهاية على عدها اختيارية . وتكاد نجح الغالبية من رجال
الفقه الفرنسى المعاصرين على هذه الوجهة من النظر . هذا ولا شك أن
من كان يبنى قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه على الخضوع
للأدى ، كان يسلم بكون هذه القاعدة اختيارية .

والواقع من الأمر أن قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه
ولدت على أساس من الاعتبارات العملية . وهي لا تزال تقوم على هذه
الإعتبارات حتى الآن . ذلك لأننا لو الزمنا الشخص الذى يتعقد خارج
بلده بأن يبيع الشكل الذى يقرره قانون جنسيته أو قانون موطنه لوقع
في حرج قد يصل إلى حد تعذر مباشرة التصرف . فهو قد يجهل الشكل
الذى يقرره كل من هذين القانونين ، وهو إذا عرفه قد يتعذر عليه مباشرة
في محل إبرام التصرف . ثم ملاذا يكون الحكم إذا ما اختلف طرفا العقد
جنسية أو موطننا ألا شك أن تيسير الأمر على العائدين ، مراعاة لحاجة

المعاملات الدولية ، يقتضى السماح لهم بمباشرة تصرفاتهم في الشكل المحلي . وهذه الاعيانات العملية تعتبر وحدها كقضية لتبرير الإخذ بالقاعدة فهي اسلسها الذي تنهض عليه نون الحاجة الى البحث عن اسلس نظري وبها يكتفى فتهاء القتون الدولي الخاص المعاصرون . وبالنظر الى ذلك الاساس لا تتور اية شبهة في الطبيعة الاختيارية للقاعدة ، اذ ان اباحة اجراء التصرف في الشكل المحلي جاءت جوابا على التساؤل عما اذا كان يتعين على الشخص اجراء التصرف في الشكل المقرر في قنوته الشخصي ام انه يجوز له اجراؤه في الشكل المحلي . وكان الجواب على هذا السؤال اول الامر بقتفى ، ثم بالايجاب . وان الذي اوجد الرأى القائل بالطبيعة الآمرة للقاعدة هو ما فعله بعض فقهاء نظرية الأحوال من جعل جواز اجراء التصرف في الشكل المحلي قاعدة حلولوا ردها الى ما وضعوه من تقسيمات الأحوال . حتى انقلب وضع السؤال المتقدم بحيث مسر : ها يجوز للشخص ان يجرى التصرف في شكل آخر غير الشكل المحلي وهو ما اختلف الفقه والقضاء على الجواب عليه سلبا او ايجابا . على ما بيناه . ولا شك ان الزام المتعاقدين بتبناج الشكل المحلي قد يكون من شأنه ان ينقلب التيسر ، وهو الغرض الذي تهدف القاعدة الى تحقيقه ، عسرا عليهما واضرازا بهما عندما يكون محل ابرام التصرف مكفا عارضا . وبعد ، فلن قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل ابرامه التي املتها حاجة المعاملات الدولية ولقيت النرحلب عند الفقه والقضاء قد صارت عرفا شائعا ، وما ان نشط مشرعو مختلف بلاد العالم في التشريع في قواعد تنازع القوانين حتى تلقفوها وصاغوها في نصوص تشريعية ، بحيث صالر مصدرها التشريع بعد ان كان مصدرها العرف . وهي تعتبر في غالبية هذه البلاد اختيارية ، كما هو الشأن في المتيا وايطاليا ومصر وليبيا وسوريا والسردان . وان كنت لا تزال معتبرة في القلة من البلاد ذات طبيعة آمرة ، كما هو الشأن في ليبيا (م ١١ من القانون المدني) والأرجنتين (م ١٨٠ من القانون المدني . وشيلي (م ١٧ من القانون المدني) والعراق (م ٢٦ من القانون المدني) . ومعنى كون القاعدة اختيارية هو انه يجوز ابرام التصرف في الشكل المقرر في قتون آخر ، او في قوانين اخرى ، غير الشكل المقرر في قتون محل الأبرام . وقد تنوعت منساحي المشرعين في مختلف الدول في مسألة بيلن القوانين التي يجوز الاختيار من بينها ، مثل قانون الوطن المشترك للمتعاقدن او قتونهما الوطني المشترك . ومثل القانون الذي يحكم موضوع التصرف . اما معنى كون القاعدة آمرة ، او الزامية ، فهو انه يتعين على المتعاقدين ان يبرما العقد في الشكل المقرر في قانون محل الأبرام . ونبين فيما يلي موقف المشرع الكويتي من مختلف هذه المسائل ، ثم نبين مجال تطبيق القانون الذي يحكم شكل العقد .

المبحث الأول

القانون الذي يحكم شكل العقد طبقاً لقاعدة الإسناد في التشريع الكويتي

(الاختيار بين أكثر من قانون)

نفس المادة ٦٣ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بأن يسرى على العقد من حيث الشكل ، قانون البلد الذي تم فيه ، ويجوز أيضاً سريان القانون الذي يخضع له العقد في حكمه الموضوعية ، كما يجوز سريان قانون مرطن للمتعاقدين أو تنوئهما الوطني المشترك .

وسأمر من نص هذه المادة : لولا — أن المشرع الكويتي أخذ بشعده خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه ، وثانياً — أن المشرع اجاز للمتعاقدين إبرام العقد في اشكل المقرر في أحد التوائين الأخرى بسببه في المادة ، فقطع بذلك في اعتبار قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه ذات طبيعة اختيارية . على أن تعدد التوائين التي تحيز المادة ٦٣ للمتعاقدين اختيار واحد منها لتحكم شكل العقد يستدعي أمعن النظر للكشف عن العلة في هذا التعدد والسبب في اختيار هذه التوائين دون غيرها . وعمما إذا كانت تنزل جميعاً بمنزلة سواء . أما عن العلة في هذا التعدد فهي الضرورات العملية التي توجب استيسير على المتعاقدين بعدم تراثر بتأراخ عودهم في شكل واحد دون غيره ، سواء أكان هذا الشخص هو الشكل المحلي أم الشكل المقرر في القانون الشخصي المبرن جنسية أو قانون المومن ، وهي الضرورات التي قامت عليها — سعده خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه وجعلت اختصاصها اختصاصاً اختيارياً . وأما عن تحديد القوانين التي يجوز الاختيار من بينها ، فالذي حدث أنه لما استقرت قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه . ورآها البعض قاعدة اختيارية ، كان الاختيار يهرى ما بين هذا القانون والقانون الشخصي للمتعاقدين وهو قانون موطنها . قبل أن ينهر فكرة الجنسية ، وقانون جنسيتها بعد ظهور هذه الفكرة . ثم رأى بعض الفقهاء أن يجيز للمتعاقدين أن يجرىا التصرف في الشكل المقرر في أي قانون سواء بينه وبين التصرف صلة ، وأنه أخذا بهذا الاعتبار يجوز لهما اختيار الشكل المقرر في قانون محل التصرف أو قانون جنسيتها المشتركة أو قانون موطنها المشترك أو قانون موقع المال المتعلق به التصرف أو قانون القاننى المختص بنظر النزاع في التصرف . كذلك رأى بعض الفقهاء إمكان إجراء التصرف في الشكل المقرر في القانون الذي يحكم موضوع التصرف ، قانون الإرادة . وقد اختلفت أهرجة المشرعين في مختلف الدول عنهما اضطلعوا بوضع قاعدة الإسناد الخاصة بالشكل في تحديد القوانين التي يجوز للمتعاقدين الاختيار من بينها . فجعل بعضهم هذا الاختيار مقصوراً على القانون الذي يحكم الموضوع وقانون محل إبرام التصرف ، بل القانون الألماني م ١١ من قانون إصدار السفين المدني ، والقانون البولوني م ٥ من قانون سنة ١٩٢٦ الخاص بتضارع القوانين

الدولى وم ١٢ من القانون الدولي الخاص البولونى الصادر فى سنة ١٩٦٥ والقانون التشيكوسلوفاكى ، م ٤ من القانون الدولي الخاص الصادر فى سنة ١٩٦٢) ، بينها مد البعض الآخر من المشرعين الاختيار ليشمل فوق هذين القانونين قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين (مثل القانون الايطالى م ٢٦ من باب القواعد العامة فى القانون المنى) ، واجاز المشرع المصرى نقلا عن المشرع الايطالى ، الاختيار بين هذه القوانين الثلاثة واضاف اليها قانون موطن المتعاقدين م ٢٠ من القانون المنى ، . وقد اتبع الاختيار بين اربعة قوانين على هذا الوجه كل من المشرع الليبى (م ٢٠ من القانون المنى) والمشرع السورى (م ٢١ من القانون المنى) وكذلك المشرع الكويتى . ولا شك ان هذه القوانين الاربعة ليست مقطوعة الصلة بالمعقد الذى يبرمه المتعاقدان ، كما ان لتطبيق كل منها ما يبرره . فقانون محل ابرام المعقد تبرره الضرورات العملية ، وقانون موضوع المعقد يبرره اعتبار وحدة القانون الذى يحكم العقد ، وقانون الجنسية المشتركة تبرره معرفة المتعاقدين به اكثر من غيره فى بعض الاحيل ، وقانون الموطن المشترك تبرره معرفة المتعاقدين به واهمية الموطن فى تنفيذ العقود . وقد جاء نكر هذه المبررات فى المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ .

على ان الكثير من رجال الفقه - وخاصة المعاصرين منهم - يرى ان يكون اختيار المتعاقدين بين قانونين اثنين ، وهما ، القانون الذى يحكم المعقد من حيث الموضوع وقانون محل ابرام التصرف . ومنهم من يرى جعل الاولوية للاول بوصفه المختص اصلا بحكم الشكل ، ويجوز بعد ذلك اجراء التصرف فى الشكل المحلى . وعلى هذا النهج سار كل من المشرع الالماني والمشرع البولونى . فتنص المادة ١١ من قانون اصدار القانون المنى الالماني بان « يخضع شكل التصرفات القانونية للقانون الذى يسرى على احكامها الموضوعية ، ومع ذلك فانه يكفى اجراء التصرف فى الشكل المقرر فى قانون محل ابرامها » ، كما تنص المادة ٥ من القانون البولونى الصادر فى سنة ١٩٢٦ بشأن تنازع القوانين الدولي بان « يخضع شكل التصرف للقانون الذى يسرى على احكامه الموضوعية ، ومع ذلك يكفى اجراء التصرف وفقا للقانون الناقد فى محل ابرامه ، متى كلن هذا المحل معنا » . وقد استبقى المشرع البولونى هذا الحكم فى القانون الدولي الخاص الصادر فى سنة ١٩٦٥ (م ١٢) . وقد جرى المشرع السودانى فى نصر الاختيار على هذين القانونين ، وان لم يجعل اختصاص القانون الذى يحكم الموضوع هو الاختصاص الاصيل ، اذ تنص المادة ٢٩ فقرة ١ من القانون المنى السودانى على ان « يخضع شكل التصرف القانونى لقانون الدولة التى تم فيها او للقانون الذى يسرى على شروطه الموضوعية .. » . ولا شك ان جعل الاختصاص الاصيل يحكم الشكل للقانون الذى يحكم موضوع التصرف يتفق به الوصول الى وحدة القانون الذى يخضع له التصرف فى جملته .

لها المشرع الكويتى فلم يسر على هذا النهج ، وشاء ان يجعل اختيار المتعاقدين بين اربعة قوانين ، على ما فكرناه . ويظهر من صيغة المادة ٦٣

كما يجاوز الأساس الذي تهض عليه ، فلكونها عدم دخول بعض الأشكال في مجال تطبيقها . الا وهي الأشكال الخاصة بشهر التصرف *Formes de publicité* وأشكال المرافعة *formes de procédure* والأشكال المكتبة للأهلية *formes habilitantes* وبذلك اقتصر هذا المجال على الأشكال اللازمة لوجود التصرف الإرادي أو لاثباته (١) .

على ان اقتصر مجال تطبيق قاعدة « قانون المحل يحكم شكل التصرف » على الأشكال اللازمة لوجود التصرف أو اثباته لا ينهي معه كل صعوبة ، إذ تبقى بعد ذلك مهمة بيان حقيقة المراد بهذه الأشكال بالنظر الى التصرف الإرادي في جملته . وقد فرق الفقيه الفرنسي « ديمولان » *Dumoulin* وهو يبنى مقفه في دور الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد ، بين الأشكال الخارجية للتصرف *Formes extrinsèques* والأشكال الداخلية له *formes intrinsèques* ، وأخضع الأولى وحدها لقانون محل الأبرام . وأخضع الثانية لقانون الإرادة . ولكن ما معنى الشكل الخارجي ؟ اجاب على هذا السؤال الفقيه الألماني سافيني بقوله ان الشكل يعادل « مضمون » الإرادة *contenu* جوانه المظهر الخارجي الذي يبين به الإرادة بحيث تقع تحت البصر . ولكن ليس كل مظهر خارجي للإرادة يصدق عليه اصطلاح « شكل » ، بل ان معنى الشكل ينصرف فقط الى الأوضاع التي يحددها القانون لا فراغ الإرادة فيها . والشكل بهذا المعنى هو وحده الذي يخضع لقاعدة « قانون المحل يحكم شكل التصرف »

والواقع من الأمر ان للتصرف الإرادي جانبين : أولهما ، الجانب الموضوعي ، وهو عبارة عن العنصر الداخلي اللازمة لتكوين التصرف . أي الشروط الموضوعية للتصرف (الرضا والمحل والسبب) ، وهي ما أطلق عليه بعض الفقهاء « الأشكال الداخلية للتصرف » . وهذه التسمية الأخيرة سببية غير موفقة ، ولاري عدم الالتجاء اليها ، رغم أنها لا تزال تتجلبل في بعض الفقهاء المعاصرين . وأما الجانب الثاني فهو الجانب الشكلى ، أي المظهر الخارجي الذي تتجسم فيه الإرادة . وهذا الجانب هو الذي يخضع لقاعده « قانون المحل يحكم شكل التصرف » (٢) . وقد جاء بالفكرة الإيضاحية للقانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بمحدد المادة ٦٣ ما نصه : « واختصاص القانون الذي يسرى على الشكل لا يتناول الا عناصر الشكل الخارجية ، أما الأوضاع الجوهرية في الشكل . وهي التي تعتبر ركنا في اعتقاد التصرف ، كالرسمية في الهبة وفي الرهن الرسمي ، فلا يسرى عليها الا القانون الذي يرجع اليه الفصل في التصرف من حيث الموضوع » ويرجع الى قانون الناسي لبيان ما يعتبر من الشكل وما يعتبر من الموضوع إذ ان هذا البيان متوقف عليه معرفة قاعدة الإسناد ، فهو تكييف » .

(١) راجع التصيلات *Idem* ج ٥ بقرة ١٨٥٨ ، و *Répertoire de dr. Int.* ج ١٠ ص ٣٩٢ .
(٢) راجع *Rebel* ج ٢ طبعة ٢ سنة ١٩٦٠ ص ٤٩٩ .

على أن الأصل في التصرف هو الرضائية . ولكن المشرع قد يستلزم شكلا معينا يفرغ فيه التصرف الإرادي . وذلك إما لجرد اثبات التصرف ، وهنا يظل التصرف رضائيا ، وإما لجعله ركنا في التصرف لا يتم بدونه وهنا يصبح التصرف شكليا *acte solennel* . وقد يكون الشكل الكلي ورقة رسمية *acte authentique* ، وقد يكون ورقة عريضة *acte sous-seing privé* . وكل هذه مسائل قد يختلف فيها قانون محل إبرام التصرف ، بوصفه القانون الذي يحكم الشكل . مع القانون الذي يحكم موضوع التصرف ، وهو ما يستدعي التساؤل عن بيان ما يدخل في نطاق سلطان القانون المحلي ، وهو تساؤل يتناول لزوم مراعاة الشكل من عدم لزومه ونوع وأوضاع الشكل عند استلزامه . فقد يستلزم قانون الموضوع شكلا معينا بينما يعطى منه قانون محل إبرام التصرف ، وقد يستلزم قانون الموضوع الشكل الرسمي بينما يعطى قانون محل الإبرام بالشكل العرفي . وقد يختلف هذان القانونان فيما تجب مراعاته من أوضاع في الورقة الرسمية أو الورقة العرفية .

فيما يتعلق بالمسألة الأولى ، أي لزوم الشكل في التصرف أو عدم لزومه منه ، لم يختلف الفقهاء في شأن الشكلية التي تستلزم لاثبات التصرف . فلذا كان القانون الذي يحكم موضوع التصرف يستلزم الشكلية بينما لا يستلزمها قانون محل الإبرام ، اتبع هذا الأخير . والعكس صحيح أيضا بمعنى أنه لو كان قانون الموضوع لا يوجب الشكلية بينما يوجبها قانون محل الإبرام ، اتبع الثاني . أما الشكلية التي تقتضي لوجود التصرف ، وهي غالب الورقة الرسمية ، وبها يكون العقد شكليا . على ما ذكرناه ، فقد اختلف في شأنها عندما يستلزمها القانون الذي يحكم الموضوع بينما لا يستلزمها قانون محل الإبرام . نرى بعض رجال الفقه الفرنسي أن الشكلية في هذه الحالة ليست في الحقيقة مجرد مظهر خارجي للتصرف ، وإنما هي شرط داخلي وجوهري ، إذ الغاية منها تصمير المتعاملين ونسبهم إلى خطر التصرف الذي هم مقدمون على مباشرته ، أي حماية رضائهم . ولذلك فإن استلزامها أو عدم استلزامها لا يخضع لقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه . وعلى ذلك فلو استلزم القانون الذي يحكم موضوع الهيئة الرسمية لاتعدها . ثم أقرت الهيئة في ورقة عريضة في بلد لا يستلزم قانونه الرسمية لاتعدها ، بل يكفى بتأثيره العرفية ، لما اعتقدت . أما إذا كان الشكل المحلي هو الشكل الرسمي وأقرت فيه الهيئة لاتعدها (١) ، على أن غالبية رجال الفقه الفرنسي بخلاف هذا انظر ونرى أن قانون محل الإبرام هو الذي يرجع إليه في بيان لزوم الشكل أو عدم لزومه . وذلك لأن الشكلية التي تقتضي لوجود التصرف لا تخرج عن كونها مجرد إجراء لمباشرة التصرف . والحكمة التي من أجلها تقررت قاعدة خضوع الشكل الخارجي للتصرف للقانون المحلي متوافرة في هذه الحالة ، وهي حكمة تغلب اعتبار حماية رضاء المتعاملين التي يستند إليها

(١) راجع في ذلك *Vakary* بقرة ٨٧٢ ، و *Niboyet* ج ٥ بقرة ١٢٥٠ .

اصحاب الرأي الاول . وعلى ذلك فلو كان القانون المختص بحكم موضوع التصرف يستلزم الرسمية ركنا فيه ، ولكن التصرف ابرم في بلد لا يشترط تاتونه هذا الشرط ويكتفى بالورقة العرفية لاتعقد صحيحا(١) . وبهذا الرأي الثاني اخذت محكمة النقض الفرنسية (حكم ٢٩ يونيو سنة ١٩٢٢) ويستثنى اصحاب هذا الرأي من تطبيق القانون المحلى على الشكل حالة ما يكون القانون الذي يحكم موضوع التصرف يوجب اجراءه لدى موثق معين . مثل المادة ٢١٢٨ من القانون المدني الفرنسي التي توجب اجراء الرهن الرسمي على عقار في فرنسا لدى موثق فرنسي .

هذا ويبيل الفقه المصري الى الاخذ بالرأي الاول السابق عرضه ، وذلك في تفسير وتطبيق المادة ٢٠ من القانون المدني المصري التي تغلغل وتطابق في حكمها المادة ٦٣ من القانون الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ . ونرى الاخذ بهذا الرأي كذلك في تطبيق هذه المادة ، ويساننا في الاخذ به ما جاء بالذكرة الايضاحية لهذا القانون ، على ما ذكرناه من قبل ، من أن اختصاص القانون الذي يسرى على الشكل لا يتناول الا عناصر الشكل الخارجية ، اما الاوضاع الجوهرية في الشكل ، وهي التي تعبر ركنا في انعقاد التصرف ، فلا يسرى عليها الا القانون الذي يحكم التصرف من حيث موضوعه .

تبقى بعد ذلك المسألة الثانية ، وهي نوع الشكل واوضاعه . وقانون محل الابرام هو الذي يحدد نوع الشكل ، كما لو كان هو الورقة الرسمية او الورقة العرفية . يستثنى من ذلك عند اصحاب الرأي الاول المتقدم ذكره ان تكون الشكلية لازمة لاتعقاد التصرف حسب القانون الذي يحكم موضوعه ، اذ ان هذا القانون هو الذي يحدد نوع الشكل اللازم . هذا ولا نزاع في ان قانون محل الابرام هو الذي يحدد « الاوضاع » modalités الواجبة مراعاتها في المحرر الرسمي . وتلك الواجبة مراعاتها في المحرر العرفي ، مثل ضرورة ذكر بيانات معينة فيه او كتابته بخط الشخص او توقيع عليه بلمضئه او بختمه ، او بيان عدد الصور التي تكتب من المحرر(٢) .

ما تقدم جميعه هو بيان ل مجال تطبيق القانون المحلى (محل ابرام التصرف) بوصفه القانون الذي يحكم شكل التصرف . على ان المادة ٦٣ تجيز ابرام التصرف في الشكل المحلى او في الشكل المبرر في القانون الذي يحكم موضوع التصرف او في قانون الموطن المشترك او في قانون الجنسية المشتركة للمتعلقين . وعلى ذلك فلو اختار المتعاقدان الشكل المبرر في القانون المحلى اتبعت في شأن تحديد محل تطبيقه القواعد المتقدمة .

(١) من هذا الرأي Batiffol طبعة ١ سنة ١٩٦٧ بقرة ٦٠٠ و Bavière بقرة ٢٨٨ و Rabol ج ٢ طبعة ٢ سنة ١٩٦٠ من ٥١٢ .
 (٢) راجع في ذلك Batiffol المربع السابق بقرة ٥٨٢ ، و Répertoire de dr. int. ج ١٠ من ٣٦٢ و Rabol المربع السابق من ٢٩٦ .

وإذا اختار المتعاقدان الشكل المقرر في انقائون الذى يسرى على موضوع التصرف ، نوحد القائون الذى يحكم شكل التصرف وموضوعه . ولم تعد هناك أهمية من حيث قواعد الإسناد لبيان نطاق هذين الجانبين للتصرف الإرادى . يبقى أن يختار المتعاقدان لحكم شكل التصرف قائون موطنهما المشترك أو قائون جنسيتيهما المشتركة . وهنا تراعى القواعد المتقدمة لبيان ما يدخل فى نطاق كل من هذين القائونين وما يبقى فى سلطان القائون الذى يحكم موضوع التصرف ، إذا ما كان قائونا آخر غيرهما . على أننا نلاحظ أن قائون الجنسية المشتركة قد يكون فى الوقت ذاته هو قائون الإرادة الذى يحكم موضوع التصرف ، فلذا ما اختار المتعاقدان الشكل المقرر فيه مسر القائون الذى يحكم الشكل والموضوع واحدا . كذلك قد يكون قائون الموطن المشترك هو قائون الإرادة الذى يحكم موضوع التصرف ، فلذا ما اختار المتعاقدان الشكل المقرر فيه . كان القائون الذى يحكم الشكل والموضوع واحدا . كما أن قائون الموطن المشترك ، بوصفه القائون الذى يحكم الشكل . غالبا ما يكون هو هيئة القائون المحلى ، وذلك عندما يبرم المتعاقدان العقد فى البلد الذى يوجد به موطنهما المشترك . ويلاحظ أخيرا أن أكثر ما يكون الالتجاء إلى الشكل المقرر فى قائون الجنسية المشتركة هو فى شأن التصرفات الواقعة فى نطاق الأحوال الشخصية . ويكون هذا القائون هو القائون المختص بحكم موضوع التصرف أيضا .

اثبات العقد :

يثير اثبات العقد ، بل اثبات التصرف القانونى بصفة عامة ، مسائل كثيرة بدأ من بيان من يتبع عليه عبء الإثبات ومحل الإثبات ، وتمتد إلى بيان ما يقبل من الأدلة وتحديد قوة الدليل وإجراءات تقديمه . وهى مسائل يعبين تحديد القائون الواجب التطبيق عليها ، مما يدخل فى موضوع أكثر سعة . وقد موضع دراسته بذراع الإخصاص القضائى الدولى . ونقف هنا عند الكلام فى الإثبات بالقتنر الذى توجهه العلة ما بينه وبين شكل التصرف . وتظهر هذه العلة فى مسألتين من المسائل المتقدمة ، وهما قبول الدليل وتحديد قوته . وينتصر هنا على الدليل الكتلى . والمعول عليه منها وقضاء فى فرنسا ، والمأخوذ به فلها فى مصر . أن الدليل الكتسى وهو دليل معد . يخضع من حيث لزومه أو عدم لزومه ومن حيث قوته *force probante* القائون الذى يحكم شكل التصرف . فلذا كان محل الإبرام (أو غيره من القائونين المختصة بحكم الشكل) لا يوجب الكتابة لأثبات التصرف ينبى بوجها قائون الموضوع أو قائون القاضى المتزوج أمامه النزاع فى التصرف . نعمن الأخذ بقائون محل إبرام التصرف . كما أن هذا القائون هو الذى يبين قوة كل من المحرر اعترفى بالمحرر الرسمى فى الإثبات (١) . وينبنى الأخذ بهذا النظر على العلة

١٠ راجع *Lorebour-PlanoulAr* لكمة ٨ سنة ١٩٦٢ بقرة ١٣٥ Niboyé١٣٥ جزء ١ .
١٦٣ *Bitak* بقرة ٢٠٢ ، ومؤلفنا فى الدولى لعلسى ج ٢ بقرة ١٢٩ .

ابويته بين شكل التصرف واثباته . اذ غالباً ما يكون استلزام شكل معين للتصرف هو لتيسير اثباته . وقد رجحنا فيما سبق الرأى القائل بخصائص قانون محل الإترام بتقرير لزومه الشكل او عدمه لزومه . عندما يكون الغرض من الشكل هو الاثبات . وهو ما يترتب عليه ان يكون تقرير لزوم الكفاية او عدم لزومها لا يثبت التصرف وانما تحت سلطان هذا القانون . على ان اختصص هذا القانون قد يتأثر باعتبار آخر ، وهو ان تقدير الثقة في الدليل امر يتعلق بأداء العدالة ، والقاضي يؤدي العدالة طبقاً لقانونه ، مما حمل بعض الفقهاء على القول بأنه وان كان اثبات التصرف القانوني يخضع للقانون الذي يحكم شكله . الا انه اذا كان هذا القانون يستلزم الدليل الكتابي ركن قانون القاضي يعطى به ، فليس القاضي يتونه التدخل دراسة لتسيلات هذه المسألة في موضوع ينزع الاختصاص القضائي الدولي . هذا والراجع فقها في فرنسا رى مسر حو الخضاع ، رت تاريخ المحرر acte certain للقانون الذي يحكم شكل التصرف . كما انه يدخل في ولاية هذا القانون تحديد الطرق التي تتبع لاثبات كون المحرر ثابت التاريخ اذا لم يحمل هو تاريخه الثابت .

ويتضح من الرجوع الى القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ ان المادة ٦٤ منه تنص على ان : « يسرى على الدليل الكتابي للتصرف من حيث لزومه وقوته وثبوت تاريخه وطرق هذا الثبوت ، القانون الذي يسرى على شكل التصرف » . وجاء بالملحوظة الايضاحية لهذا القانون انه يبرر حكم هذه المادة ، الاتصال الوثيق بين الشكل والدليل الكتابي . وانه لظاهر ان حكم هذه المادة يتفق مع ما تقدم عرضه من فقه . وقد احسن المشرع التكويني مسنعا بايراد هذه المادة . ولا يضم القانون المصري نصا يعاينها وان كل حكمها مسلماً فقها في مصر . اما استنون المدني السوري فيضم نصا يقضى بان « يسرى في سنن الادلة التي بعد مقتضا قانون البلد الذي اعد فيه الدليل » ا م ٢٤ من القانون المدني السوري . كما تنص المادة ٢٩ من القانون المدني السوداني الصادر في سنة ١٩٧١ بان « يخضع شكل التصرف القانوني لقانون الدولة التي تم فيها او للقانون الذي يسرى على شروطه الموضوعية ، ويطبق هذا الحكم كذلك على الادلة التي تعد مقدماً » . وظاهر ان حكم كل من هاتين المادتين ينهض بدوره على مراعاة الصلة الوثيقة بين شكل التصرف واثباته .

شهر العقد :

قلنا فيما تقدم ان من الاشكال ما يستلزمه القانون لشهر التصرف القانوني . ويراد بهذه الاشكال الاوضاع التي يحددها القانون ويوجب مراعاتها لاعلام الغير بالتصرف والاحتجاج به عليه . والقانون يوجب مراعاة هذه الاشكال ليس بناء على اعتبار عملي يحقق مصلحة خاصة للمتعامدين - هذا الاعتبار الذي تقوم عليه قاعدة خضوع شكل التصرف

لقانون محل ابرامه - وانما بناء على اعتبار تحقق مصلحة عامه هي سلامة المعاملات ، مما يدخل فى نطاق الامن المدنى . ولذلك فلن هذه الاشكال يجب ان تخضع لقانون البلد الذى يتحقق فيه هذا الاعتبار ، الا وهو ، بالنسبة للتصرفات المرتبة لحقوق مالية ، فقتون موقع المال . بمعنى ان اقليمية قواعد الاشهار ترجع الى انها من قوانين الامن المدنى وان كان البعض من الشراح يرجعها الى كون الشكل اللازم لاشهار التصرف هو سبب لترتيب الحق العينى *Modo d'acquisition* بالنسبة للغير ، بل وبالنسبة للمتعلقين فى بعض التشريعات . واي كان مبرر قاعدة اخضاع الاشكال اللازمة للاشهار لقانون موقع المال . فلن المشرع الكويتى قد اخذ بها فى المادة ٦٥ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ التى تنص على ان « يسرى على العقد ، من حيث قواعد الشهر . قانون موقع المال الذى تعلق به العقد » . وقد ذكرنا فيما تقدم ان قانون التسجيل العقارى (القانون رقم ٥ لسنة ١٩٥٩) يوجب تسجيل (اى شهر) جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الاصلية او نقله او تغييره او زواله ، وان هذه الحقوق لا تنشأ ولا تنقل ولا تتغير ولا تزول الا بالتسجيل ، ومن تاريخ هذا التسجيل لقط . والقاعدة الواردة فى المادة ٦٥ المشار اليها منصوص عليها فى القانون المدنى السودانى حيث جاء بالمادة ٢٩ مقرة ٢ منه « اما شهر التصرف فيخضع لقانون موقع انشاءه الذى يتعلق به التصرف » وهى بعد قاعدة مسلمة فى عدد من الدول العربية دون نص تشريعى يقررها .