المبادئ العامة للقانون ودورها في حسم المنازعات الدولية

The Role of the General principles of law in Decisiveness of International Disputes

م.د عقيل كريم زغير الحسناوي [١]

Lect. Akeel Kareem Zughair Al-Hasnawy

م. محمد عبد الرزاق محمد الشوك [٢]

Lect. Muhammad Abdul Razzaq Muhammad Al-Shouk

الملخص

ان المبادئ العامة للقانون تعتبر عاملا مشتركا بالنسبة لمعظم الأنظمة القانونية وقوام هذه المبادئ يرتكز على حسن النية في التعامل وتعويض الضرر ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين وغير ذلك. ان هذه المبادئ موجودة وملازمة بدرجة وثيقة للفكر القانوني والتي توجد عمليا في النظم القانونية الكبرى والتي تحتل بفعل الضرورة مكانها في النظام القانوني الدولي الذي تقبله كل الدول والذي تجد انعكاسا لأفكارها القانونية. أن المبادئ العامة للقانون تشكل درع إنقاذ لكل قاض يقع في مأزق عند غياب إرادة الإطراف المتخاصمة، فعموميتها تسمح لها بالتطبيق على مختلف الأوضاع والمسائل التي تعرض على القاضي أو المحكم حيث تعطي لهما حرية تقدير واسعة لت صليح الآثار الناتجة عن تطبيق قواعد القانون المختص وكذلك معالجة ما قد يعتري النظم القانونية من قصور.

إن أهمية المبادئ العامة للقانون تكمن في اتسامها بطابع العمومية المستمد من الاعتراف بها من جانب التشريعات الوطنية لمعظم الدول مهما كانت طبيعة النظام القانوني الذي تنتمي اليه، لذلك لا يمكن ح صر هذه المبادئ في اطر وحدود معينة لأنها قابلة للخلق والتطور النسبي بمرور الزمن ورغم إقرار جميع فقهاء القانون بالأهمية الكبرى لهذه المبادئ باعتبارها تعبّر عن حيوية النظام القانوني واداة من ادوات

١- كلية.القانون/ جامعة كربلاء.

٢- جامعة أهل البيت -عليهم السلام-/ كلية القانون

تنميته وتطويره الا انه لا يوجد اتفاق فقهي على تحديد المقـ ـصود منها او تحديد نطاقها على اعتبار ان مصاديقها موجودة في اكثر من موضع ومناسبة، لذلك سوف نحاول في هذا البحث تلسيط الضوء على المبادئ العامة للقانون وتحديد معناها ومواضع تطبيقها وسلطة القاضي او المحكم الدولي في اللجوء اليها.

Abstract

The general principles of law are a common factor for most legal systems. The strength of these principles is based on good faith in the treatment, compensation of damage and the principle of the Pacta Sunt Servanda. These principles are existed and closely related to the legal thought, which exists practically in the major legal systems and which, by necessity, occupy their place in the international legal, which, order accepted by all States and which reflects their legal ideas.

The general principles of the law constitute a shield for each judge or arbitrator who falls in the case absence of the will of the conflicting parties. Its generality allows it to apply to the various situations and matters that are brought before the judge or arbitrator, in terms of, they give them wide discretion to repair the effects resulting from the application of the relevant legal rules. As well as to address the shortcomings in the various legal systems.

The importance of the general principles of law lies in their general nature, which derives from recognition them by the national legislation of most States, whatever the nature of the legal system to which they belong. Therefore, these principles cannot be confined to certain frameworks and limits because they are capable of creation and relative development over time. Despite the recognition of all the jurists of the importance of these principles as they reflect the vitality of the legal system and as a tool of its development and evolution. But, there is no agreement between the jurisprudence to determine the intended them or to determine the scope them, on the grounds that their applications existing in more than situation and case. Therefore, in this research, we will try to highlight on the general principles of the law, define its meaning and scope of application, and the authority of the judge or the international arbitrator to resort them.

المقدمة

إنَّ المحكم الدولي في منازعات التجارة الدولية، يجد نفسه في كثير من الأحيان، مضطرا الى حل النزاع بين الأطراف، في حالة غياب أرادتهما الظاهرة أو الضمنية، بتطبيق قواعد العدالة والانصاف لحل النزاع بين الأطراف، حيث يستعين المحكم بمبادئ القانون التي تعد عاملا مشتركا بالنسبة لمعظم الأنظمة القانونية، وقوام هذه المبادئ تتركز على حسن النية في التعامل وتعويض الضرر وغير ذلك، وأستخدمت

هيئات التحكيم م ـصطلحات من هذا القبيل مثل قواعد القانون أو المبادئ العامة في القانون أو المبادئ المشتركة في الأمم المتحضرة أو المتمدنة أو قواعد العدل والأنصاف، كما أستعملت مثل هذه المصطلحات في الاتفاقيات الدولية عندما أشـارت الى ضـرورة مراعاة المحكم الدولي لهذه المبادئ المشـتركة أو العامة أو مبادئ القانون الدولي أو مبادئ العدالة.

وأن هذه المبادئ موجودة وملازمة بدرجة وثيقة للفكر القانوني، والتي توجد عمليا في النظم القانونية الكبرى والتي تحتل بفعل الضـــرورة مكانها في النظام القانوني الدولي الذي تقبله كل الدول والذي تجد فيه أنعكاسـا لأفكارها القانونية،وهذه المبادئ تشـكّل درع أنقاذ لكل قاضـي يقع في مأزق عند غياب أرادة الأطراف المتخاصـمة، فعموميتها تسـمح لها بالتطبيق على مختلف الأوضـاع والمسـائل التي تعرض على القاضـي أو المحكم وحيث تعطي لهما حرية تقدير واسـعة لتـ صليح الآثار الناتجة عن تطبيق قواعد القانون المختص، وكذلك معالجة ما قد يعتري النظم القانونية من قصور.

وفي ضـوء ذلك سـوف نقسـم هذا الموضـوع على مبحثين، نتناول في الأول مفهوم المبادئ العامة للقانون والذي بدوره سوف نقسمه على ثلاثة مطالب، الأول نبحث فيه النشأة التأريخية للمبادئ، وفي المطلب الثاني نبيّن التعريف بالمبادئ العامة، اما المطلب الثالث فسوف نسلط الضوء على بيان الطبيعة القانونية للمبادئ العامة.

وفي المبحث الثاني نتحدث عن التحديد الوظيفي للمبادئ العامة في القانون، و بدوره سوف نقسمه على ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الاول موقف التشـــريعات الداخلية والدولية في المبادئ العامة للقانون، أما في المطلب الثاني نتكلم عن التطبيقات التشريعية والقضائية، وفي المطلب الثالث سوف نبيّن تقييم المبادئ العامة للقانون.

مشكلة البحث:

إنَّ أســـتعانة المحكم الدولي بالمبادئ العامة في القانون تعد عاملاً مشـــتركاً بالنســـبة لمعظم الأنظمة القانونية، ولقد أثار تحديد مفهوم المبادئ العامة للقانون أختلافاً وجدلاً واسعاً في الفقه الدولي أضافة الى أن التشريعات الوضعية عموماً تشير الى هذه المبادئ بشكل مجرد دون تفسير او تعريف او الأشارة الى مضمونها وآثارها.

اما بالنسـبة للقضـاء الدولي فلم يلجأ الى المبادئ العامة للقانون الا على نطاق ضـيق وبطريقة غير مباشرة ونادراً ما اشار لها بشكل صريح في احكامه، وذلك لأعتماده في تحديد اختصاصه على رضاء الدول و محاولته حل المنازعات دون القيام بدور المشرع الدولي خلافاً لأرادة اطراف النزاع، فضلاً عن ان المعاهدات والاعراف الدولية غالباً ما قدّمتا اساساً كافياً للقاضي و المحكم الدولي لأصدار أحكامه.

أهمية البحث:

إنَّ المبادئ العامة للقانون تتسـم بطابع العمومية المسـتمد من الاعتراف بها من جانب التشـريعات الوطنية لمعظم الدول مهما كانت طبيعة النظام القانوني الذي تنتمي اليه، ومن ثم لايمكن حـ صر المبادئ العامة في اطر وحدود معينة لأنها قابلة للخلق والتطور النسبي بمرور الزمن، ورغم أقرار جميع فقهاء القانون

بالأهمية الكبرى لمبادئ القانون العامة بأعتبارها تعبّر عن حيوية النظام القانوني و أداة من ادوات تنميته وتطويره فأنه لا يوجد أتفاق فقهي على تحديد المق صود منها أو تحديد نطاقها على أعتبار أن م صاديقها موجودة في أكثر من موضع ومناسبة.

خطة البحث:

بغية تسليط الضوء على هذه المبادئ سوف نقسم هذا البحث على مبحثين، نتناول في المبحث الأول مفهوم المبادئ العامة للقانون والذي بدوره سوف نقسمه على ثلاثة مطالب، الأول نبحث فيه النشأة التأريخية للمبادئ، وفي المطلب الثاني نبيّن التعريف بالمبادئ العامة، اما المطلب الثالث فسوف نسلط الضوء على بيان الطبيعة القانونية للمبادئ العامة.

وفي المبحث الثاني نتحدث عن التحديد الوظيفي للمبادئ العامة في القانون، والذي بدوره سوف نقسمه على ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الاول موقف التشريعات الداخلية والدولية في المبادئ العامة للقانون، أما في المطلب الثاني نتكلم عن التطبيقات التشريعية والقضائية، وفي المطلب الثالث سوف نبيّن تقييم المبادئ العامة للقانون.

المبحث الأول: مفهوم المبادئ العامة للقانون

يقوم القانون على جملة من المثل الأخلاقية والأقتصادية والسياسية والواقعية التي تلبي حاجات المجتمع في مكان وزمان معينين، الا ان القيّم حسب الاصل لها صبغة أنسانية عامة فقيّم الاخلاق والعدالة والحرية والمساواة هي افكار أنسانية لا يختص بها مجتمع معين، فقد تناولت الشرائع والفلسفات القديمة بحث ودراسة هذة القيّم متفقة على قواعد جوهرية تحكمها وصولاً الى الاعتراف بالمبادئ العامة في القانون، كمجموعة قواعد يلجأ لها المحكم عند عدم وجود نص يطبقه على القضية المعروضة عليه، وعليه سوف نقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، نتناول النشأة التاريخية للمبادئ العامة للقانون وتعريفها وطبيعتها القانونية وكالأتي:-

المطلب الاول:- النشأة التاريخية للمبادئ العامة في القانون:-

كان للفلسفة اليونانية الدور الاساس في نشأة المبادئ العامة للقانون اذ ظهرت فكرة وجود قانون أعلى يسيطر على نظام الكون وتستوحي قواعد القانون الوضعية مادتها منه[٣]، ومن ثم تأثر الرومان بالفلسفة اليونانية وأخذوا منها فكرة القانون الطبيعي وأعتبروه القانون المثالي ويتكون من مجموعة قواعد أبدية موجودة في الطبيعة يدركها الأنسان بالعقل فطبقت على الاجانب بأعتبارها قواعد عامة أبدية مشتركة بين الشعوب ويسمى هذا بقانون الشعب[٤].

وإنَّ البريتور الروماني دور بارز في تعميم فكرة المبادئ العامة للقانون مثل مبدأ (الأفراط في التطبيق الحرفي للقانون اغراق في الظلم) ومعنى ذلك أنه أذا تم تطبيق القانون حرفيا هذا بحد ذاته يؤدي الى الحرج

٣- الموقع العالمي الرسمي للموسوعة المعرفية العالمية مشار اليه في الموقع الالكتروني (www.permalink.com) تاريخ الزيارة (٢٠١٨/٣/٢١).

٤- للمزيد أنظر، أحمد أبراهيم، غاية القانون،ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص١٣٣.

والعسر والقسوة فيه صار الى تطبيقه بشيء من المرونة والرحمة بأستيحاء الحكم من روح القانون لا من مفهومه الحرفي.[٥]

وبعد ذلك تناول هذه الأفكار فلاسفة القرون الوسطى في أوربا ومنهم توما الأكويني وستاملر وهيجل، الا أن مصطلح المبادئ العامة للقانون ظهر لأول مرة لدى الفيلسوف مونتيسكيو (١٧٤٨م) في كتابه الشهير (روح القانون أو الشرائع)[٦].

وان اول من قنن هذه المبادئ تشريعياً هو جيستينيان (٥٢٧,٥٦٥م) والتي جاء في مقدمة المدونة بالقول (ان اساس المدونة هذه يقوم على اساس العدل والانصاف في حقوق الافراد وواجباتهم)[٧].

اما في العصر الحديث لا سيما في القرن الثامن عشر نجد ان قوانين دول العالم اعتمدت في تشريعاتها على المبادئ العامة للقانون ومن هذه التشريعات القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون١٨٠٤) والذي تأثر بها بصورة مباشرة، وقد أورد لفكرة المبادئ العامة جملة من التطبيقات كمبدأ حسن النية والحرية التعاقدية وغيرها[٨].

واستغل القضاء في كثير من دول العالم من فكرة المبادئ العامه للقانون لينطلق في اجتهاداته لأيجاد مجموعة ليست بالقليلة من النظريات كنظرية الظروف الطارئة والتعسف في استعمال الحق وغيرها من المبادئ التي اعتبرت فيما بعد اساس للتشريعات في قوانين دول العالم[٩].

المطلب الثاني:- تعريف المبادئ العامة للقانون:-

تعني المبادئ العامه للقانون تلك المبادئ المستمدة من الممارسات الدولية، وقد تعددت الاراء الفقهية بشأن هذه المبادئ، فهناك رأي يقول بأن المبادئ العامة للقانون هي مبادئ تعايش بين الدول ذات الانظمة السياسية المختلفة فالأسس المشتركة للمبادئ القانونيه في البلدان المختلفة هي أقوى بكثير من اختلاف انظمتها الاجتماعية [١٠].

ويرى جانب آخرمن الفقه بأن المبادئ العامة للقانون تعني المواد المشتركة المستمدة من الانظمة القانونية الداخلية والتي يمكن تطبيقها في العلاقات الدولية[١١]، وتستخلص من هذه الانظمة القانونية المختلفة ما يناسب العلاقات الاقتصادية، و صارت من مكوّنات القانون التجاري الدولي في مجتمع المهنيين من التجار ورجال الاعمال على حد سواء وهي احد مصادر القانون الدولي التي تتكون من مجموعة من المبادئ المستمدة في كل النظم القانونية المتحضرة [١٢].

٥- د.حسن علي ذنون، فلسفة القانون، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٢، ص٩٣.

٦- للمزيد من التفصيل أنظر، أحمد أبراهيم، مصدر سابق، ص١٣٤-ص١٣٥.

٧- د.حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٩٥.

٨- الموقع العالمي الرسمي للموسوعة المعرفية العالمية، مشار اليه مسبقا على الموقع الألكتروني (www.permalink.com) تاريخ الزيارة (٢٠١٨/٣/٢١).

٩- د. عزيز كاظم جبر، المبادئ العامة لمدخل القانون، ط١، مطبعة النجف الاشرف، ٢٠٠٤، ص٨٣.

١٠- أنظر، د. محمود جمال الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص٣٠٤.

١١- للمزيد أنظر، د. أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص١١٢.

١٢- د. أشرف عبد العليم الرفاعي، المصدر سابق، ص١١٣.

ورغم اقرار جميع الفقهاء القانون بالأهمية الكبرى للمبادئ العامة للقانون بعدّها تعبّر عن حيويه النظام القانوني و أداة من أدوات تنميته وتطويره، الا انه لا يوجد اتفاق فقهي على تحديد المق صود منها وبناءا على ذلك فقد اختلفت التعريفات في بيان معنى المبادئ العامة للقانون فقد تم تعريفها من قبل الفقيه(بيسكاتوري) بانها (مجموعة من المبادئ التي تستخدم في توجيه النظام القانوني العام، من حيث طبيعته وتطبيقه ولو لم تكن لها دقة القواعد القانونية الوضعية وانضباطها) [١٣].

ونبه الفقيه (ريبير) الى ضرورة تحاشي تعريف المبادئ العامة للقانون وهو يعتقد الى ان المبادئ العامة يمكن التعرّف عليها عندما تقع مخالفة لها، فأن كان من الـ صعب تعريف المبدأ الاساس في احترام الملكية الخاصة، الا أنه يمكن التعرّف على المبدأ عند مصادرة الملكية دون مقابل وبطريقة تحكيمية [١٤].

وعرفها الفقيه (اندريه دي لوبادير) بانها (عدد من المبادئ التي لا تظهر م صاغة في ن صوص مكتوبة ولكن يعترف بها القضاء باعتبارها واجبة الاتباع وان مخالفتها تمثل انتهاكاً للمشروعية).

فهي قواعد غير مكتوبة حسب الاصل يستعين بها المحكم والتي تعدُّ عاملا مشتركا بالنسبة لمعظم الانظمة القانونية وقوامها مجموعة من المبادئ كحسن النية و التعويض عن الضرر وغيرها من المبادئ[١٥].

و من ذهب الى القول بان المبادئ العامة للقانون هي مبادئ نشأت بفعل السوابق التحكيمية في العلاقات القانونية الدولية حيث استطاع المحكّمون ان يضعوا لهذه القواعد ذاتيتها المتفقة وطبيعة التجارة الدولية[١٦].

ومن قام بتعريفها بأنها (المبادئ المنبثقة من المثل العليا وضمير المجتمع وروح التشريع التي يسترشد بها القاضي عند النظر في المنازعة المعروضة)[١٧].

ويذهب البعض الى تعريف المبادئ العامة للقانون بأنها (مجموعة القواعد العامة المستفادة من النظم القانونية الداخلية والتي تطبق في القانون الدولي العام كقواعد قياسية وتفسيرية واجرائية اثناء اداء القاضي الدولي لوظيفته القضائية)[١٨].

و لقد ذهب جانب آخر من الفقه الى وضع امثلة تبين في مضامينها المق صود بالمبادئ العامة وعلّق البعض الآخر في القول بأنه ليس لمفهوم المبادئ العامة تعريف محدد وأنها تشكّل أحد م صادر القانون الدولي العام، كما ق صدته المادة (٣٨) من لائحة محكمة العدل الدولية وأن هذه الم صطلحات تختلف جذرياً عن الاعراف المستمدة من الممارسة العملية التعاقدية او التحكيمية[١٩].

١٣- د. محمد سليمان الاحمد، عناصر القاعدة القانونية (الفرضية والحكم)، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، العدد الخامس، ١٩٩٨، ص١٠٩.

١٤- أنظر، د. محمد سليمان الاحمد، المصدر سابق، ص١١٠.

١٥- للمزيد من التفصيل أنظر، د. محمد سالم عبد بخيت، المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدراً للقانون الدولي الجنائي، على الموقع الالكتروني الاتي (www.jasj.net / jasj.com) تاريخ الزيارة (٢٠١٨/٣/٢٤).

١٦- د. محمود جمال الكردي، مصدر سابق، ص٣٠٥.

١٧- د. عبد الباقي البكري وزهير البشير، مدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية، بغداد، ص٢١٢.

١٨- أشار اليه، د. حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن الترخيص الدولي، أطروخة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الجزائر، (٢٠٠٤-٢٠٠٥)، ص٢٩٨.

١٩- أشار اليه، د. مصطفى سالم عبد بخيت، مصدر سابق، ص٣٠٨.

قانون ومنها (وجوب تنفيذ العقد بحسن نية، وجوب تعديل العقد بتغير الظروف وعلى الاقل العقود طويلة الاجل، وصحة الاتفاق على الدفع بالذهب[٢٠]).

وبناءاً على ما سبق فأن المبادئ العامة للقانون هي قواعد عامة وأساسية تهيمن على الأنظمة القانونية والتي تتفرع عنها قواعد أخرى تطبيقية تخرج الى حيز التنفيذ في صورة العرف والتشريع[٢١].

ومن هنا يتضح أن المبادئ العامة تتسم بطابع العمومية والتي يمكن الاشتقاق منها العديد من القواعد المتفرعة عنها فهي تتميز بأنها مبادئ أساسية كونها تهيمن على مجموعة القواعد التفصيلية المتفرعة عنها.

المطلب الثالث:- الطبيعة القانونية للمبادئ العامة للقانون:-

لقد اختلف الفقه حول مضمون و طبيعة المبادئ العامة للقانون، فقد افضى ذلك الى اختلافهم حاول تحديد مكانة هذه المبادئ كمصدر للقانون الدولي، بل مدى اعتبارها مصدراً رئيسياً ام ثانوياً عند الذين يضفون عليها صفة المصدر، وفي هذا الصدد نبحث الخلافات الفقهية حول ثلاثة محددات لتلك المبادئ وكما يلي:-

الفرع الاول:- المبادئ العامة للقانون مصدر مستقل من مصادر القانون الدولي:

تعددت التفسيرات في مدى استقلالية المبادئ العامة للقانون واختلفت باختلاف الفلسفة القانونية التي يؤمن بها كل من تصدى لبيان مدلول هذه المبادئ ومن ثم لابد من عرض ابرز الاراء التي قيلت بهذا الشأن وكالاتي:-

اولاً:- المبادئ العامة للقانون في حقيقتها جزء من العرف الدولي:-

ذهب جانب من الفقه الى الخلط ما بين القاعدة العرفية و المبادئ العامة للقانون على اساس ان اللجوء الى المبادئ العامة من قبل المحاكم الدولية بشكل متكرر ومستمر يولّد عادة متواترة تساهم في نشوء عرف دولي اذا ما صادفت الاعتقاد بقوتها الملزمة، وبذلك تندرج المبادئ العامة للقانون ضمن المفهوم العام للعرف الدولي[٢٢].

ثانياً:- المبادئ العامة للقانون تعني مبادئ العدل والانصاف:-

يقوم هذا الرأي[٢٣]، على أفتراض ان المبادئ العامة للقانون تقدّم أساساً متينا لتحديد مضمون مبادئ العدل والانصاف، فالقاعدة القانونية اذا لم يثبت وجودها في عموم النظم القانونية الداخلية فذلك يعد سببا كافيا للاعتقاد بأن المشرع الداخلي في مختلف الدول يرى ان هذه القاعدة ليست من مقتضيات العدل والانصاف او انها كذلك ولكنها تكون غير فعالّة من الناحية العملية التطبيقية، ومن ثم لا تصلح كقاعدة من قواعد القانون الدولي وبالمقابل اذا اثبت وجودها اي وجود قاعدة ما في عموم النظم القانونية

٢٠- للمزيد انظر، د. هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليه وتسويه المنازعات التي قد تثير بشأنه، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص٣٧٠.

٢١- د. مصطفى سالم عبد بخيت، مصدر سابق، ص ٣٠٣، د. محمود جمال الكردي، مصدر سابق، ص٣٠٩.

٢٢- حيدر عجيل فاضل، المبدئ العامة للقانون كمصدر للقانون الدولي العام، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٦، ص٢٤.

٢٣- أشار ليه، حيدر عجيل فاضل، المصدر السابق، ص٢٧.

الداخلية فهي قرينة على انها عادلة وعملية، وانتقد هذا الرأي على اســـاس ان المبادئ العامة للقانون لا تعتمد لعدالتها وانصافها وانما لعموميتها وتجريدها.

ثالثاً:- المبادئ العامة للقانون ترجع الى قواعد القانون الطبيعي:-

أعتقد بعض الفقهاء[٢٤]، الى ان قواعد القانون الدولي شـأنها شـأن قواعد القانون الداخلي تستند الى مبادئ القانون الطبيعي في تكوينها، واذا ما ظهر نقص او قـصور في قواعد اي من القانونين وجب على القاضي ان يلجأ الى المبادئ العامة للقانون كتعبير عن القانون الطبيعي الذي يجد اساسه في فكره العدالة والأخلاق، اذ أن المبادئ العامة للقانون تدمج القانون الطبيعي بالوضـــعي، فهي مبادئ القانون الطبيعي التي حضيت بالنص الوضعي المعبّر عنها في الانظمة القانونية القائمة لدى الدول.

وقد اجهض هذا الرأي بحجة ان اي مـصدر شـكلي لا بد وان يتضـمن مجموعة من القيم والمثاليات والمفاهيم السـائدة في المجتمع والتي تزوّد القاعدة المعنية بمادتها، فمن المتـصور أن نجد حكماً في معاهدة او عرف يتفق مع مقتضـيات القانون الطبيعي، كذلك الحال مع المبادئ العامة للقانون فقد تتضـمن بعض المبادئ الموروثة عن القانون الطبيعي و لكنها تبقى رغم ذلك من مصادر القانون الدولي الشكلية وليست مجرد مصدر مادي[٢٥].

الفرع الثاني:- المبادئ العامة للقانون هي المبادئ المستمدة من الأنظمة الداخلية للدول

وفيه ثلاثة آراء فقهية هي:-

أولاً:- أنها تعني المبادئ العامة للقانون الدولي:-

لأن القضـاء الدولي لا يمكن أن يطبق غير القواعد الدولية مسـتبعداً بذلك دور المبادئ العامة للقانون المستمدة من القانون الداخلي على أساس استقلال كلا القانونين الداخلي والدولي عن الآخر[٢٦].

ثانياً:- أنها تعني هي ذات المعنى للمبادئ العامة للقانون الدولي والداخلي:-

أتجه البعض من الفقه الى ان المقصود بالمبادئ العامة للقانون ليست فقط تلك المستمدة من القوانين الوطنية وانما يشـمل المعنى أيضـا المبادئ وثيقه الـصلة بالحياة الدولية و بالعلاقات السـائدة في اطار المجتمع الدولي، شـأنها شـأن المبادئ الداخلية في التميز بـصفة العمومية والتجريد التي تحدد الاطار الذي ينبغي ان تأتي فيه قواعد مفصلة لها والتي تكفل اليها التطبيق[٢٧].

ثالثاً:- أنها تعني المبادئ العامة للقانون الداخلي فقط:-

يتجه الرأي الغالب في الفقه الى ان المبـادئ العامة للقـانون نعني بها المبادئ العامة المســـتمدة من الانظمة الداخلية للدول دون غيرها والتي يمكن تطبيقها في الميدان الدولي ومن ثم لا يُعد مـ صدرا للقواعد الدولية ســـوى المبادئ العامة المعترف بها في كافة الانظمة القانونية الداخلية لمختلف الدول، فهي المبادئ

٢٤- أنظر، د. عصام العطية، القانون الدولي العام، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٨، ص٢٢٢، حيدر عجيل فاضل، مصدر سابق، ص٢٥.

٢٥- د. عصام العطية، المصدر سابق، ص٢٦. د. محمود جمال الكردي، مصدر سابق، ص٣٠٧.

٢٦- أشار اليه، د. مصطفى سالم عبد بخيت، مصدر سابق، ص٣١١.

٢٧- د. محمود حسين منصور، المدخل لدراسة القاعدة القانونية، دار المعارف، لبنان، ٢٠٠٥، ص١٣٣.

الاساسية التي تستند اليها وتقرّها النظم القانونية في مختلف الدول كما لو اقرتها صراحة في قانونها الوطني وتبث فيها محاكمها الوطنية في المحل والتطبيق[٢٨].

الفرع الثالث:- المبادئ العامة للقانون مصدرٌ اصلي للقانون الدولي:-

ذهب غالبية الفقه المعاصر الى اعتبار المبادئ العامة للقانون جزء من المصادر الاصلية للقانون الدولي، وانها تقف على قدر من المساواة مع المعاهدات والاعراف الدولية،ولكن على الرغم من ذلك ينبغي تقديم القاعدة الاكثر خ صوصية على القاعدة العامة عند التعارض بينهما وفقا لقاعدة الخاص يقيد العام، ولما كانت المبادئ العامة للقانون ت صطبغ بال صفة العامة فأن القاعدة المستفادة من الاعراف والمعاهدات الدولية تتقدم عليها بالتطبيق من الناحية العملية عند اي تعارض في اعمال هذه الم صادر، وبذلك لا تجد المبادئ العامة للقانون طريقها للتطبيق الا عند عدم وجود اي اتفاق او عرف دولي يمكن تطبيقه على القضية المعروضة امام القضاء الدولي[٢٩].

وبذلك ينشأ الاساس المنطقي لقبول المبادئ العامة كم صدر اصلي للقانون الدولي من فكرة ان القانون الدولي يقوم على اساس موافقة الدول، لذا فان وجودها في معظم النظم القانونية الداخلية يعد بمثابة دليل في موافقة الدول على ما تتضمنه من احكام، فضلا عن طبيعتها الموضوعية المعبّرة عن فكرة العدالة[٣٠].

المبحث الثاني: التحديد الوظيفي للمبادئ العامة للقانون

إنَّ التشريعات الدولية والداخلية وكذلك الاتفاقات الدولية قد أشارت بوضوح لمضمون المبادئ العامة للقانون ولكن تناولته تحت م صطلحات متعددة، وعليه سوف نقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، نتناول في الاول موقف التشريعات الداخلية والدولية من المبادئ العامة، أما في المطلب الثاني نتكلم عن التطبيقات التشريعية والقضائية للمبادئ العامة للقانون، وفي المطلب الثالث نبين تقييم المبادئ العامة للقانون:-

المطلب الاول:- موقف التشريعات الداخلية والدولية من المبدئ العامة للقانون:-

نقسم هذا المطلب على فرعين، في الاول نتناول موقف التشريعات الداخلية من المبادئ العامة للقانون، وفي المطلب الثاني نبيّن موقف التشريعات الدولية منها:-

الفرع الاول:- موقف التشريعات الداخلية من المبادئ العامة للقانون:-

إنَّ المشرع العراقي قد اورد في اكثر من مورد للمبادئ العامة للقانون وتحت م صطلحات متعددة فقد جعل المشرع في القانون المدني العراقي المبادئ العامة للقانون او قواعد العدالة م صدراً رابعاً للقانون بعد غياب التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الاسلامية حسب التدرج الهرمي والذي جاء في الفقرة الثانية من المادة الاولى حيث ن صت على أنه (فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى

٢٨- د. محمود جمال الكردي، مصدر سابق، ص٣٠٩ د. مصطفى سالم عبد بخيت، مصدر سابق، ص٣١١.
٢٩- د. مصطفى سالم عبد بخيت، مصدر سابق، ص٣١٥، حيدر عجيل فاضل، مصدر سابق، ص٢٧.
٣٠- حيدر عجيل فاضل، مصدر سابق، ص ٢٧. د. محمود جمال الكردي، مصدر سابق، ص٣٠٧.

العرف فاذا لم يوجد فمقتضى الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى العدالة).

فان قواعد العدالة تعني تحقيق العدل في حالة خاصة وذلك بتطبيقه هو على واقعة معينة اوحالة فردية ليكون الحكم المستمد منه مطابقاً لظروفها الخاصة[٣١]، وهذا يعني فتح باب الاجتهاد للقاضي والمحكّم ليحكم وفقا للظروف والملابسات من اجل تحقيق العدل والانصاف وفقا لضمير المجتمع لا وفق المعتقدات الخاصة بالقاضي، وعليه فان قواعد العداله ماهي الا معايير مستمدة من ضمير المجتمع لاجل تحقيق العدل والانصاف وهو ما يعني ان قواعد العدالة تدخل ضمن المفهوم الواسع للمبادئ العامة للقانون.

كما ونصت المادة ٢/١٥٠ من القانون المدني العراقي بصورة واضحة لقواعد العدالة بقولها (٢- ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام).

كذلك نجد ان المادة (٣٠) من القانون نفسه اشارت بوضوح الى اعتماد المبادئ العامة للقانون المتعلقة بقانون الدولي الخاص حيث نصت (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا).

ونلاحظ ايضا، ان المشرع العراقي قد اشار الى مبدأ حسن النية بأعتباره صورة من صور المبادئ العامه للقانون وتحديدا في المادة (١٥٠) فقد اوجب على المتعاقدين تنفيذ التزامهم وفقا لمبدأ حسن النية الذي يعد مصداقاً من مصاديق المبادئ العامة للقانون[٣٢].

وبالتالي نلاحظ ان المشرع في القانون المدني العراقي استخدم م صطلحات متعددة، كقواعد العدالة ومبادئ القانون الدولي الخاص و مبدأ حسن النية اشارة منه الى رغبته اعتماد المبادئ العامة للقانون، بل عدها مصدرا من مصادر القانون المدني.

ويجب ان يلاحظ ان دور المبادئ العامة هو دور أرشادي بالنسبة للمشرع، فالمشرع قد لا يقتصر دوره على مجرد الاستفادة من الافكار التي تنتج من المبادئ العامة للقانون، بل يقوم في الغالب بأدخال تلك المبادئ في القانون الوضعي لتصبح قواعد قانونية مكتوبة وحينما يقوم المشرع بوضع القانون فأنه يراعي بقدر الامكان عدم مخالفة القانون الذي يصدره للمبادئ العامة للقانون[٣٣].

الفرع الثاني:- موقف الاتفاقيات والمعاهدات الدولية من المبادئ العامة للقانون:-

هناك عدد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي أشارت بصورة واضحة لمصطلحات المبادئ العامة للقانون فضلاً عن بعض هيئات التحكيم، ومن ثم نبيّنها كالآتي:-

---

٣١- د. سعيد سعد عبد السلام، المفصل في نظرية القانون، مطبعة الولاء، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٢٤٤.

٣٢- لاحظ المادة (١٥٠) / الفقرة اولاً والتي جاء فيها (١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية).

٣٣- د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، ط٢، دار الثقافة، الاردن، ٢٠١٧، ص٢٩٦.

اولاً:- الاتفاقيات والمعاهدات الدولية:-

أشارت أتفاقية انشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار في المادة ١/٦ على أنه (..... وعند عدم وجود حكم في النصوص المشار اليها في الفقرة السابقة تطبّق المبادئ القانونية المشتركة في الأقطار المتعاقدة والمبادئ المعترف بها في القانون)[٣٤].

كما اشارت الى ذلك اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ بشأن تسوية منازعات الاستثمار وذلك في المادة (٤٢) منها[٣٥].

حيث بنيّت جوانب التكامل بين القوانين الوطنية للدول المضيفة للاستثمار بما فيها قواعد تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي عندما نصت على ان (تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها طرفي النزاع، و اذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه القواعد، فأن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين بالأضافة الى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع).

وكذلك محكمة العدل الدولية في النظام الاساس لها وفي المادة (٣٨) اشارت الى ان (الاعتماد على مبادئ القانون في الامم المتحضرة)[٣٦].

و ايضا اشارت اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولية في المادة (٧) على انه (المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي اخذت فيها الاتفاقية والتي لم تحسمها نصوصها، يتم تنظيمها وفقا للمبادئ العامة للاتفاقية)[٣٧].

ثانياً:- الهيئات التحكيمية:-

لقد طبقت محكمة التحكيم لدى غرف التجارة الدولية بباريس سنة ١٩٨٤ مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود بوصفه من المبادئ العامة المشتركة لقوانين الامم المتمدّنة، في قضية تتعلق ببيع منازل جاهزة الصنع من قبل بائع في تكساس ومشتري من احد الوزارات السورية حيث لم يتم النص على القانون الواجب التطبيق، فعمدت الهيئة التحكيمية الي تطبيق المبادئ العامة المعتمدة في القانون التجاري الدولي[٣٨].

وكذلك ما نصت عليه غرفة التجارة الدولية للتحكيم وفي قواعد الوساطة والتحكيم على المبادئ العامة للقانون وعبّرت عنه بقواعد العدل والانصاف، حيث نصت الماده(٢١) من هذه القواعد (تتولى

٣٤- قاسي دليلة وحدوش تنهيان، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمن، كلية القانون والعلوم السياسية، ٢٠١٧، ص٤٥ مشار اليه في الموقع الالكتروني الاتي (www.univ.bejaia.dz) تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٣/٢٦.

٣٥- حيث نصت على (ان هيئة التحكيم تنظر النزاع طبقاً لقانون الذي حدده الطرفان وفي حالة عدم الأتفاق تطبق قانون الدولة المتعاقدة التي هي طرف النزاع، وكذلك مبادئ القانون الدولي الممكن تطبيقه) أشار اليه، د. حسن علي كاظم، مصدر سابق، ص٢٩٧.

٣٦- أشار اليه، د. حسن علي كاظم، مصدر سابق، ص٢٩٧.

٣٧- معاهدة فيينا بشأن عقود البيع الدولية للبضائع منشورة على الموقع الالكتروني الاتي: (www.leqallaw.ul.edu) تاريخ الزيارة (٢٠١٨/٣/٢٦).

٣٨- دريد ملكي، سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١١، ص١٢١، منشور على الموقع الالكتروني (www.univ-bouira.dz) تاريخ الزيارة (٢٠١٨/٣/٢٥).

هيئة التحكيم سلطات التحكيم بالصلح، او تقرر وفقاً لقواعد العدل والانصاف و يكون ذلك فقط في حالة اتفاق الاطراف على منحها هذه السلطات)[٣٩].

المطلب الثاني:- التطبيقات التشريعية والقضائية لفكرة المبادئ العامة للقانون:-

نقسمه على فرعين، في الاول نتناول التطبيقات التشريعية، وفي الفرع الثاني نسلط الضوء على التطبيقات القضائية وكالآتي:-

الفرع الاول:- التطبيقات التشريعية لفكرة المبادئ العامة للقانون:-

تأثرت التشريعات بصورة مباشرة بالمبادئ العامة للقانون، حتى أفردت لها نصوص كاملة، ويسمى الفقه هذا النوع من المبادئ، المبادئ العامة للقانون المكتوبة ومن التطبيقات التشريعية على سبيل المثال لا الحصر:-

اولاً:- مبدأ العقد شريعة المتعاقدين:-

ينص على وجوب احترام الاتفاقات التعاقدية والتزام كل طرف في التعاقد بأحترام ما يتضمنه العقد و تنفيذ الالتزامات الوارده فيه بحسن نية، و هذا المبدأ مكرّس في النصوص القانونية المدنية في معظم دول العالم، على سبيل المثال القانون المدني العراقي في المادة (١/١٤٦) (اذا نفذ العقد كان لازما ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي).

حيث يقوم هذا المبدأ على قاعدة اساسية في مجال التحكيم الدولي هي قاعدة وجوب تقيّد المتعاقدين بما اتفقا عليه، فعقدهما هو قانونهما ولا يجوز لهما ان يضمنا عقدهما أية مخالفة للنظام العام الوطني فحسب بل أيضا لا يجوز أن يتضمن أية مخالفة للنظام العام الدولي[٤٠].

ثانياً:- مبدأ حسن النية:-

وهو من المبادئ الهامة في تنفيذ العقود الدولية ويقتضي هذا المبدأ ان ينفذ الأطراف، العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية ويعد مهماً في التعاملات و ابرام التصرفات، فقد اشارت اليه المادة (١/١٥٠) من القانون المدني العراقي بالنص (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية)، حيث يمنح المدين نظرة ميسرة اذا كان في عدم تنفيذه للعقد حسن النية، ويعاقب سيء النية في عدم تنفيذه للعقد، اذ يلزم المدين في المسؤولية العقدية بالتعويض عن الضرر.

وعلى صعيد التشريعات الدولية فقد نصت اتفاقية فينا على انه (يجب ان يتم ابرام العقد وفقا لما يقتضيه العرف وحسن النية فى التعامل).[٤١]

ثالثا:-حق الدفاع والمساواة:-

إنَّ حق الدفاع والمساواة في المعاملة امام القضاء والتحكيم اشارت اليه مجموعة من الاتفاقيات الدولية في اجراءات التحكيم امام القضاء ومنها اتفاقية جنيف لسنة ١٩٦١ في المادة (٢٧) في الفقرة (ب) بما

٣٩- أشار اليه، د. أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي،٢٠٠٣، ص٧٨.

٤٠- أنظر المادة (١٤٦/ ١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

٤١- المادة (٧) من اتفاقية فينا بشان عقود البيع الدولي للبضائع، مشار اليها سابقا.

يلي (يجب رفض الاعتراف بقرارات التحكيم اذا لم يبلّغ الطرف الذي صـــدر الحكم ضـــده خلال وقت ملائم لكي يقدّم دفاعه).[٤٢]

كما نـ ـصت اتفاقية نيويورك لســـنة ١٩٥٨ في المادة (٥) الفقرة (ب) على ذات المعنى وهو عدم الاعتراف بحكم التحكيم اذا لم يحترم حق الدفاع وعدم المساواة في المعاملة بين طرفي النزاع[٤٣].

الفرع الثاني:– التطبيقات القضائية لفكرة المبادئ العامة للقانون:–

بالوقوف على بعض القضـــايا نجد ان هيئات التحكيم قد طبقّت المبادئ العامة للقانون في الكثير من المناسبات و قرارتها، ومن اهم هذه التطبيقات:–

اولا:– قضية ابو ظبي ضد الشركة البترولية للتنمية (L.T.D):–

تطبيقا لشـــرط التحكيم الوارد في عقد الامتياز لعام ١٩٣٩ والذي يخوّل ســـلطة تعين المحكم المرجح (Umpire) المعتمد السـياسـي في منطقة الخليج فتم تعيين احد اللوردات البريطانين كمحكم مرّجح، وقد تم في هذا الحكم ما يلي:–

١. اسـتبعاد تطبيق القانون الوطني وذلك بحجة تخلّفه وعدم صـلاحيته للمعاملات التجارية، اي القانون الوطني ل(ابو ظبي).
٢. اسـترشـاد المحكّم بالنص الوارد في الأمتياز البترولي لتطبيق المبادئ العامة والمتعلقة بحسـن النية، اعتبار القانون الانكليزي هو التجسيد الحي لتلك المبادئ المتصألة من ضمير الشعوب المتمدّنة.[٤٤]

ثانيا:– قضية الحكومة القطرية وشركة الملاحة البحرية:–

تتمثل هذه القضـية في انتهاء عقد امتياز الشـركة البترولية وقد رفضـت تسـديد الدفعات الاخيرة ورغم جهود المحكم البريطاني لتحديد القانون وذلك لغياب أرادة المتعاقدين للقانون الذي يحكم عقديها، فرأى المحكم ان القانون القطري القائم على الشـــريعة الاســـلامية غير مؤهل لحكم الامتيازات البترولية الحديثة واقرّت تطبيق المبادئ العامة التي تمليها العدالة والانصاف والنظرة السليمة[٤٥].

ثالثا:–قضية المملكة العربية السعودية وشركة (ارامكو):–

تبرز وقائع القضية ان السعودية سنة ١٩٣٣ منحت عقدا امتياز لشركة امريكية المسماة (ارامكو) غير ان السعودية ابرمت بعد ذلك مع شركة (La saoudiarabiance maritime) عقدا تعطي لها احقية نقل البترول لمدة (٣٠سنة)، فثار النزاع بين شـركة ارامكو تطلب حقها وذلك وفقا لما تم الاتفاق عليه سـابقا، تم عرض النزاع على هيئة تحكيمية في جنيف بسـويسـرا فقضـت في بادئ الامر على انه مادام ان العقد قائم بين دولة وشركة امريكية خاصة استبعدت تطبيق قانون مقر التحكيم ليكون قانونا مطبقا على النزاع المعروض وبالتالي استبعدت تطبيق القانون السويسري.

٤٢– أتفاقية جنيف لعام ١٩٦١ الاوربية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي.
٤٣– أتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ المتعلقة باجراءات التحكيم الدولي.
٤٤– د. سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقد، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٠، ص٥٥.
٤٥– د. سامية راشد، مصدر سابق، ص٥٧.

كان الرد نظرا لحصانة الجهاز القضائي للدولة الاجنبية المعترف به دوليا والمستمد من مبدأ السيادة، فأن قانون جنيف لايمكن تطبيقه احتراما لسيادة دولة الطرف، وعليه لايمكن اخضاع التحكيم هنا سوى لمبادئ القانون الدولي، لذا قضت هيئة التحكيم بتاريخ ١٩٥٨/٨/٣ بعدم تطبيق القانون الوطني واخضاع النزاع سواء لأجراءاته او لموضوعه لمبادئ القانون الدولي[٤٦].

المطلب الثالث:- تقييم المبادئ العامة للقانون:-

بعد أن بيّنا مفهوم المبادئ العامة للقانون، نسلط الضوء هنا على العقبات التي يواجهها المحكم عند تطبيقه لهذهِ المبادئ؟ وما هي مبررات تطبيقها؟ للاجابة عن ذلك لابد من تقسيم هذا المطلب الى ثلاثة فروع وكالآتي:

الفرع الاول:.العقبات التي يواجهها المحكم عند تطبيقه للمبادئ العامه للقانون:

وهذه الصعوبات والعقبات تتمثل بما يأتي:-

١- إنَّ تطبيق هذه المبادئ يعتمد على مدى ثقافة المحكم وقرراته الذهنية من خلال تحليل الن صوص القانونية الوطنية واستخلاص المبادئ العامة التي تعبّرعن قناعة الحكم[٤٧].

٢- تعد فكرة المبادئ العامة للقانون هي فكره غامضة وغير محددة، ومضمونها غير معروف للاطراف، فالقاضي او المحكم بمقتضى هذه المبادئ يكون مشوبا بالتحكم، حيث يخضع لهواه، فبأمكانه تبني ما يريد من حلول للنزاع المطروح امامه، كما ان المحكم يستبعد تطبيق القانون الوطني للدول النامية بحجة تخلفه عن مواكبة علاقات التجارة الدولية وتطبيق قانون دولته[٤٨].

٣- إنَّ هذه المبادئ تعد مفاهيم كلية لا تحتوي على جزيئات محددة ومن ثم لاتستوعب معالجة كل الوقائع والاوضاع القانونية[٤٩].

٤- إنَّ التعارض في الايدلوجيات وتضاد الفلسفة التي تعتمدها كلا منها، تقف عقبة امام الاستقرار على مضمون وحدود المبادئ العامة للقانون[٥٠].

٥- ليس للمبادئ العامة للقانون فعالية قوية في قرارات التحكيم التجاري الدولي، وذلك لان مثل هذه المبادئ تسهل للطرف القوي ان يضم القانون لمصلحته في مواجهة الطرف الضعيف، مما يودي الى اختلال العدالة التعاقدية بين الأطراف[٥١].

الفرع الثاني:- مبررات تطبيق المحكم للمبادئ العامة للقانون:-

١- تتميز هذه المبادئ بأنها ذات طابع موضوعي، أذ تتكفل مباشرة بحسم النزاع، حيث يقوم القاضي او المحكم بتطبيقها مباشرة دون الحاجة الى منهج تنازع القوانين، وقد تزايدت اهمية هذه المبادئ في حكم

٤٦- مظفر ناصر حسين، القانون الواجب التطبيق على قرارات هيئات التحكيم الدولية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد (٧)، ٢٠١٤، ص٢٤. د. سامية راشد، مصدر سابق، مصدر سابق، ص٦٦.

٤٧- د. حسن علي كاظم، مصدر سابق، ص٢٩٨.

٤٨- د. دريد ملكي، مصدر سابق، ص١٢٧.

٤٩- د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، ط٢، دار الثقافة، الاردن، ٢٠١٧، ص٢٩٦.

٥٠- د. طالب حسن موسى، المصدر سابق، ص٢٩٦.

٥١- د. دريد ملكي، المصدر سابق، ص١٢٧.

العقود الدولية، حيث يكثر لجوء قضاة التحكيم اليها لاستخلاص الحلول المناسبة المتعلقة بتلك العقود، نظرا لعدم ملاءمة القوانين الوطنية للمنازعات التجارية الدولية، فيلجأ المحكمون اليها للبحث عن الحلول الملاءمة لحاجات التجارة، وخاصة في حالة تفويض المحكم بالصلح فبأمكان هذه المبادئ مواجهة المتطلبات السريعة والمتطورة لعقود الاستثمار والتنمية والتجارة الدولية[٥٢].

٢- إنَّ هذه المبادئ تعد ضرورية ولا يخلو نظاما او فكرا قانونيا منها، والسبب يعود الى انها مبادئ مثالية ترجع لفطرة الانسان، مما تشكل مصدر الهام في نظام القانون الدولي[٥٣].

٣- تعد هذه المبادئ من المصادر القانونية التي تحقق العدالة والمساواة الواقعية، لا المجردة، لانها تتعامل مع مفاهيم عقلية ونفسية ومثل عليا تناغم الضمير ويستشعر من خلالها الخصوم بالعدالة، لذلك قد يلجأ اليها المحكم في بعض الاحيان بدافع الضرورة[٥٤].

٤- تعد هذه المبادئ من اهم الطرق التي تعالج الفراغ او النقص التشريعي وتكون عوناً وسنداً للقاضي والمحكم وهما ملزمان في الفصل بالنزاع وذلك من خلال الاستعانة بها في كل واقعة تخلو من حل قانوني مباشر لها[٥٥].

٥- ان المحكم يطبق هذه المبادئ تارة استجابة لارادة الاطراف، وتارة اخرى يطبقها عند سكوتهم عن تحديد القواعد الواجبة، وفي حالة انعدام حل للنزاع في العقد منح المحكمين سلطة تطبيق القواعد غير الوطنية حتى لايفلت العقد من تطبيق القانون[٥٦].

الفرع الثالث:- المكانة القانونية للمبادئ العامة للقانون:-

سوف نقسم هذا الفرع على ثلاث فقرات نتناول من الفقرة الاولى تطبيق الحكم للمبادئ العامة بصفة اصلية، وفي الثانية نتكلم عن اعتبار المبادئ العامة كنظام مكمّل للقانون الوطني، واما في الفقرة الثالثة في مدى تطبيق المحكم للمبادئ العامة لتعارضها مع قواعد القانون الوطني:-

الفقرة الاولى:- تطبيق الحكم للمبادئ العامة بصفة اصلية:-

قد لا يتفق اطراف العقد على تحديد قانون معين تاركين الامر للهيئة التحكيمية لاصدار حكمها وفقا للمبادئ العامة للقانون، وذلك اعمالا لمبدأ حسن النية والمنطق القانوني، ومن اهم الممارسات التحكيمية في هذا الشأن قضية ابو ظبي وشركة سويسرية، حيث ثار نزاع بينهما في سنة (١٩٤٩) حول عقد امتياز بترولي ابرم سنة (١٩٣٩) فقد توصل المحكم في حكمه الصادر في (١٩٥١/٨/٢٣) الى

٥٢- باسم سعيد يونس، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، ١٩٩٨، ص٨٧.

٥٣- د.حسن علي كاظم، مصدر سابق، ص٢٩٩.

٥٤- د.طالب حسن موسى،مصدر سابق، ص٢٩٦.

٥٥- د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار منشاة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٥، ص١١٨.

٥٦- د.مهند احمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان،٢٠٠٥، ص ١٣٤.

استبعاد القانون الوطني بحجة تخلفه وعدم ملاءمته لمتطلبات التجارة الدولية واستخفافا بدور الشريعة الاسلامية كنظام قانوني قابل لتطبيق في مجال معاملات التجارة الحديثة[٥٧]!

حيث طبق المحكم المبادئ العامة للقانون بـ صفة اصلية وقد استند الى احد البنود الواردة في عقد الامتياز تتعلق بحسن النية والثقة المتبادلة والتفسير المتفق مع العقد، حيث تنص المادة (١٧) من العقد المبرم على وجوب تفسيره بـ صدق وامانة و بحسن النية، وبالتالي تم اخضاع النزاع أجرائيا و موضوعيا للقانون الدولي ومبادئه[٥٨].

الفقرة الثانية:- تطبيق الحكم المبادئ العامة كنظام مكمل للقانون الوطني:-

تمثل المبادئ العامة للقانون هنا دورا تنظيميا ضيقا، حيث يتم استبعاد تطبيق القانون الوطني واجب تطبيق لـ صالح تطبيق المبادئ العامة لقانون، ومن الممارسات التحكيمية في هذا الشأن، النزاع الذي ثار بين شركة (s.p.p) ضد جمهورية مصر امام المركز الدولي لتسويه منازعات الاستثمار بسبب قضية الاهرام، حيث سحبت مـصر موافقتها على المشروع لمساسه بالموقع الاثري الفريد، وقد تمسكت شركة (s.p.p) بتطبيق القانون الدولي بشأن التعويض، في حين تمسكت الحكومة المـ صرية بقانونها، لأحتواء العقد على اشارات عديدة تكشف عن الاختيار الضمني له من قبل الطرفين وقد انتهت هيئه التحكم في حكمها الـ صادر عام ١٩٩٢ الى استبعاد القانون المـ صري وتطبيق المبادئ العامة لقانون عملا بالمادة (٤٢)من اتفاقية واشنطن و ذلك على اساس ان كل قانون داخلي ناقص بتطبيقه[٥٩]، ويتضح انه تم استبعاد قواعد القانون الداخلي بالرغم من وجود اتفاق بين اطرافه على تطبيقه،وتطبيق المبادئ العامة بالقانون بحجة استكمال النقص الذي يوجد في القانون المستبعد من خلال اللجوء الى قواعد قانون الدولي[٦٠].

الفقرة الثالثة:- تطبيق الحكم للمبادئ العامة لتعارضها مع قواعد القانون الوطني:-

كشفت السوابق التحكيمية في مجال منازعات الاستثمار الدولية على اتجاه بعض هيئات التحكيم الى استبعاد قواعد القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار اذا كانت تتعارض مع مبادئ القانون الدولي وذلك تطبيقا لفكرة النظام العام الدولي[٦١]، ففي قضية (ارامكو) والتي تتعلق بعقد امتياز منح من السعودية لهذه الشركة الامريكية (ارامكو)، فرغم الاتفاق على اخضاع المسائل المتعلقة بالقانون العام كقاعدة عامة للقانون السعودي وعند الضرورة يكّمل هذا القانون بمبادئ القوانين الدولية والعادات المتبعة في صناعة البترول بأعتبار تلك المبادئ والعادات تكمل قانونا وضعيا غير كامل، الا ان الهيئة التحكيمية قامت باستبعاد القانون السعودي لأنه لا يستجيب الى الجوانب ذات الطابع الدولي واخضاع النزاع لمبادئ القانون الدولي[٦٢].

٥٧- اشاراليه، دريد ملكي، مصدر سابق، ص ١٢٨. د.مهند احمد الصانوري، مصدر سابق، ص١٣٦.

٥٨- المصدر السابق، ص١٢٩.

٥٩- د. حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري والدولي، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٤، ص٢٥٦.

٦٠- د.هشام علي صادق، مصدر سابق، ص١٢٠.

٦١- أشار اليه، دريد ملكي، مصدر سابق، ص١٣٠.

٦٢- مظفر ناصر حسين، مصدر سابق، ص٦٦.

الخاتمة

١- النتائج

١- إنّ المبادئ العامة للقانون هي عبارة عن معايير تمتاز بالعموم وتستوحي من قيم المجتمع وطبيعة الامور والمنطق السليم ويكشفها العقل وتصلح لأن تكون حلا لمجموعة من التطبيقات.

٢- إنَّ المبادئ العامة للقانون هي من اقدم المصادر القانونية، وترجع اليها كل المصادر الاخرى، بعدها أفكاراً تتعلق بالمثل العليا وضرورة حفظ النظام وتحقيق العدالة.

٣- لقد اختلف الفقه في تحديد مضمون وطبيعة المبادئ العامة للقانون، فمن ذهب الى عدها مصدرا مستقلا من مصادر القانون الدولي، ومن قال بأنها مستمدة من الانظمة القانونية الداخلية والدولية، ورأي آخر عدها مصدراً أصلياً للقانون الدولي.

٤- ان كل التشريعات الداخلية والدولية تأثرت بالمبادئ العامة في القانون بصورة مباشرة من خلال عدها مصدرا لبعض قوانينها.

٥- ان للمبادئ العامة مجموعة من التطبيقات استعانت بها التشريعات كل دول العالم بغض النظرعن فلسفتها، كمبدأ حسن النية والحرية التعاقدية وحق الدفاع والمساواة والعدالة وغيرها.

٦- ان كثير من الاتفاقيات الدولية والقواعد الموضوعية لهيئات التحكيم اشارة لفكرة المبادئ العامة للقانون وضرورة تطبيقها في كثير من الاحيان وصدرت كثيراً من القرارات التحكيمية مستندة عليها.

٧- رأينا ان هناك مجموعة من العقبات والصعوبات يواجهها المحكم عند تطبيقه للمبادئ العامة للقانون على اعتبارها غير محددة المضمون و تعتمد على معيار شخصي الا وهو ثقافة وقدرة المحكم الذهنية.

٨- وايضا تعرّفنا على مكانة المبادئ العامة للقانون عند تطبيقها من قبل المحكم على موضوع النزاع.

٢ - المقترحات:-

١. نقترح تعديل نص المادة الاولى من القانون المدني العراقي ليكون كالآتي (..... فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فاذا لم يوجد فمقتضى المبادئ العامة للقانون التي اقرها القضاء في العراق او في النظام القانوني المقارن القريب من النظام القانوني العراقي، اومبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون.....).
٢. نقترح أعادة صياغة الفقرة الخامسة من المادة (٣) من مشروع قانون التحكيم، التي علّقت تطبيق المبادئ العامة للقانون على اتفاق الاطراف واستبدالها بحكم مغاير تماما، والنص المقترح هو (عند غياب الارادة الصريحة والضمنية للاطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق، وعند عدم وجود عرف يحكم النزاع، يطبق المحكم المبادئ العامة للقانون الشائعة في القوانين المتمدّنة مع الأخذ بنظر الأعتبار المصالح العليا للدولة).

المصادر:

١- الموقع العالمي الرسمي للموسوعة المعرفية العالمية مشار اليه في الموقع الالكتروني (www.permalink.com).

٢- أحمد أبراهيم، غاية القانون،ط١، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٦.

٣- د.حسن علي ذنون، فلسفة القانون، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٢.

٤- د. محمود جمال الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

٥- د. أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣.

٦- د محمد سليمان الاحمد، عناصر القاعدة القانونية (الفرضية والحكم)، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، العدد الخامس، ١٩٩٨.

٧- د. محمد سالم عبد بخيت، المبادئ العامة للقانون بوصفها م صدراً للقانون الدولي الجنائي، على الموقع الالكتروني الاتي (www.jasj.net / jasj.com).

٨- د. حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن الترخيص الدولي، أطروخة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الجزائر، (٢٠٠٤-٢٠٠٥).

٩- د. هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار والقانون الواحب التطبيق عليه وتسويه المنازعات التي قد تثير بشأنه، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٠.

١٠- حيدر عجيل فاضل، المبدئ العامة للقانون كم صدر للقانون الدولي العام، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٦.

١١- د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، ط٢، دار الثقافة، الاردن، ٢٠١٧.

١٢- قاسي دليلة وحدوش تنهيان، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمن، كلية القانون والعلوم السياسية، ٢٠١٧.

١٣- دريد ملكي، سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١١.

١٤- د. أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٣.

١٥- د. سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

١٦- مظفر ناصر حسين، القانون الواجب التطبيق على قرارات هيئات التحكيم الدولية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد (٧)، ٢٠١٤.

١٧- باسم سعيد يونس، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، ١٩٩٨.

١٨- د.هشـــام علي صـــادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار منشـــاة المعارف، الاسكندرية،١٩٩٥.

١٩- د.مهند احمد ال صانوري، دور المحكم في خ صومة التحكيم الدولي الخاص، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان،٢٠٠٥.

٢٠- د. حفيظة الســـيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري والدولي، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٤.