

دور المحكم في تطبيق المبادئ العامة للقانون

أ.د. حيدر حسين الشمري
كلية القانون جامعة كربلاء، العراق

أحمد نعمه خضير الجبوري
طالب دكتوراه، وزارة الكهرباء، العراق

استلام البحث: 19/05/2021 مراجعة البحث: 22/06/2021 قبول البحث: 24/06/2021

ملخص الدراسة:

حسب قوانين الطبيعة؛ فإن كل شيء يتشكل من مجموعة عناصر ومكونات تشكل قوامه وإساس نشؤه فالشي يساوي حاصل جمع عناصر ومواد يتشكل منها، هذه القاعدة تجد لها حضوراً في مادة بحثنا التي تتمحور حول تطبيق المحكم للمبادئ العامة للقانون. فهذه المبادئ يمكن أن توصف بأنها المواد الأولية الخام التي صنعت منها القواعد القانونية فالأولى تدخل في تكوين الثانية وتحتاج لصانع لها؛ إلا وهو المشرع، ويمكن أن تتطور فيما بعد تلك المبادئ من خلال القضاء أو التحكيم، فهي معين لا ينضب، يلجأ إليها كل من المحكم والقاضي؛ عند الحاجة، إذ أنها تتسم بطابع العمومية المستمد من الاعتراف بها من جانب التشريعات الوطنية لمعظم الدول مهما كانت طبيعة النظام القانوني الذي تنتمي إليه، ومن ناحية أخرى تتميز بأنها مبادئ أساسية كونها تهيمن على مجموعة من القواعد التفصيلية التي تنفرع منها.

الكلمات المفتاحية: دور المحكم ، المبادئ العامة للقانون ، تطبيق.

The Role of the Arbitrator in Applying the General Principles of Law

Prof. Haider Hussain Al-Shammari
College of Law, University of Karbala, Iraq

Ahmed Nehme Khudair Al-Jubouri,
Ph.D. Student

Abstract

According to the laws of nature; everything is formed from a group of elements and components that form its basis and the basis of its emergence, so everything is equal to the sum of the elements and materials from which it is formed. This rule finds its presence in the material of our research, which revolves around the arbitrator's application of the general principles of law. These principles can be described as the raw, raw materials from which the legal rules are made. The first enters into the formation of the second and needs a manufacturer; Except he is the legislator, and these principles may develop later through the judiciary or arbitration, as they are an inexhaustible source, which both the arbitrator and the judge resort to; When needed, as they are characterized by a general nature derived from their recognition by the national legislation of most countries, regardless of the nature of the legal system to which they belong. On the other hand, they are characterized by being basic principles as they dominate a set of detailed rules that branch from them.

Keywords: The role of the arbitrator, general principles of law, application.

مقدمة

ان المبادئ العامة تعد المادة الأولية التي تتيح للقاضي والمحكم توظيفها في كل مجال تغيب فيه إرادة المشرع فتكون لهم فرصة استكمال الحكم منها؛ إذ يرجع إليها كل من القاضي والمحكم عندما لا يجدان الحكم الملائم في التشريع أو العرف. وكذلك دورها التفسيري والتكميلي؛ إذ انها تعد من القواعد الأساسية والجوهرية التي لا يخلو منها أي نظام قانوني، اما أهميتها العلمية، من حيث كونها تشكل سنن كلية تخرج منها قواعد تفصيلية لحالات واسعة. وأهميتها العملية، إذ انها تكون ملجا للقاضي والمحكم كدور احتياطي بعد القواعد التشريعية لاسيما وان الحياة الاقتصادية والاجتماعية تسير بوتيرة أسرع من النصوص القانونية، اضافة الى دورها التفسيري والتكميلي لفك الغموض في النصوص التشريعية.

إن بحثنا يهدف إلى تسليط الضوء على المبادئ العامة للقانون التي استقرت في الضمير القانوني، ويمكن الرجوع إليها من قبل المحكم؛ لغرض الوصول لحل أمثل للنزاع حول العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي، سواءً أكان مصدر تلك المبادئ العرف أم القواعد النابعة من القوانين الداخلية للبلدان، أو التي تستخلص من طبيعة الأشياء، أو من القانون الطبيعي، أو المنطق، أو ما استقرت عليه ممارسات الافراد والدول، مع تحديد

دورها في الكشف عن القانون الواجب التطبيق في المنازعات الناشئة عن العلاقات الدولية، ويستمر دورها في معالجة النقص الذي قد يعتري قواعد الاتفاقيات الدولية أو بعض القوانين؛ فهي معين لا ينضب.

إشكالية البحث

تشير المبادئ العامة للقانون في نطاق القانون الدولي الخاص العديد من الاشكاليات والتي تتمثل بالإجابة عن التساؤل الآتي:

مدى قدرة القاضي الوطني أو المحكم الدولي على تطبيق المبادئ العامة تعد مصدرًا من مصادر القواعد الموضوعية، وكذلك قواعد الاسناد، وما مدى الزامهم بذلك؟ وما هو دورها لاسيما عند خلو التشريع من ضابط معين يشير إلى حل النزاع أو التنازع؟

منهج البحث

تعتمد الدراسة على المنهج التحليلي المقارن وتسليط الضوء على اهم الاتفاقيات الدولية التي اشارت الى تطبيق المحكم للمبادئ العامة وحالات الرجوع اليها .

المبحث الاول

مفهوم المبادئ العامة

إنّ تحديد المبادئ العامة ينطوي على صعوبة بالغة؛ لأنها تتضمن الأصول العامة في جميع القوانين ومدخل للقواعد الكلية في الصياغة التي تُبنى عليها القواعد الفرعية وتفاصيلها الجزئية في التطبيق، وإن استعمال هذه المبادئ في محيط العلاقات الخاصة الدولية يزيد هذا الموضوع صعوبة أكثر، مما يجعل البحث عن حلول لتذليل هذه الصعوبة يحتاج إلى وقت وجهد.

عليه يقتضي بنا الأمر أن نقسم هذا المبحث: الى مطلبين الأول نتناول فيه ماهية المبادئ العامة، وفي المطلب الثاني نتناول أسباب ظهورها.

المطلب الأول

ماهية المبادئ العامة

تتمثل المبادئ العامة بمجموعة من المبادئ المشتركة التي استقرت في مختلف الأنظمة القانونية؛ لأنها تستند إلى معطيات العقل والمنطق، فوظيفتها الرئيسية هي اسعاف القاضي والمحكم حين لا يجد نص يطبقه على النزاع المعروض على أحدهم في مصادر القانون؛ ومن أجل الإحاطة بمهية المبادئ العامة للقانون؛ سنتناول هذا المطلب في فرعين: الأول نخصه لتعريفها، والثاني لطبيعة تلك المبادئ.

الفرع الأول

تعريف المبادئ العامة

تعددت الآراء الفقهية حول تحديد المقصود بالمبادئ العامة للقانون⁽¹⁾ إذ عدّ بعض الفقه المبادئ العامة بأنها قواعد قانونية، إلا إنهم لم يتفقوا على موقع هذه المبادئ؛ فقد عدّها اتجاه إنها بمرتبة القواعد القانونية الداخلية، وعدّها اتجاه ثانٍ بأنها تعلّو على تلك القواعد. ويرى أحد الفقهاء⁽²⁾ أنّ المبدأ العام، هو قاعدة تتسم بالعمومية وتعبّر عن مفهوم أساسي في نظام قانوني معين ولها دور فعال في هذا النظام.

ويرى آخر⁽³⁾ أنّ المبادئ العامة هي قاعدة لها القابلية في التطبيق على قواعد قانونية أخرى، بمعنى إن المبدأ يعتبر قاعدة على القواعد التي تصاغ منه. بعبارة أقرب ان المبدأ يتسم بالمرونة في التطبيق والتكيف مع المتغيرات، في حين عندما يتحول المبدأ إلى قاعدة فقد تكون الأخيرة جامدة وأحياناً مرنة، مثال ذلك مبدأ خضوع الأموال لقانون موقعها تحول إلى قاعدة جامدة كما في المادة (24) مدني عراقي في حين مبدأ احترام ارادة الاطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق تحول إلى قاعدة مرنة كما في المادة (1/25) مدني عراقي. ويعرفها فقيه مصري⁽⁴⁾ بأنها ((عبارة عن قواعد عامة كليّة، موجودة في صلب التشريع وكامّة في روحه العامة وتكون مهمّة الفقيه، أو القاضي الكشف عنها ورد الجزئيات والتطبيقات إليها)). أي تطويعها على

(1) وللفائدة: المبادئ لغة جمع (مبدأ) وهو: اسم المفعول من الفعل أبدأ، والمبدأ: مبدأ الشيء: أوله وقواعده الأساسية التي يقوم عليها، ومبدأ الشيء مادته التي يتكوّن منها، ويراد به الأصل أو السبب، لمزيد من التفصيل ينظر: لويس معلوف اليسوعي، المنجد في اللغة والأدب والعلوم، ط5، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، 1956، ص 26.

(2) د.حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 765.

(3) د.محمد نصر محمد، الوافي في عقود التجارة الدولية، دار الرؤية، الاردن، 2012، ص 46.

(4) د.عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص اللبناني، دراسة مقارنة، تنازع القوانين، ج1، الدار الجامعية، بيروت، 1988، ص 51.

الحالات المماثلة المتكررة مما يجعلها ذلك قابلة لتطوير القواعد المنبثقة عنها تبعاً للمتغيرات والمستجدات في موضوع تطبيقها.

ونجد، إنّ المبادئ العامة هي أقرب ما تكون للقواعد الموضوعية التي تعطي الحلول المباشرة لحسم النزاع، وتعوض النقص الحاصل في التشريع وتفسر ما يعتريه من غموض، وأخيراً هي تتكامل في الحكم مع ما منصوص عليه تشريعاً. لذا يمكن تعريفها بأنها ((مفاهيم عالمية استقرت في الضمير القانوني تشتق من القيم والمنطق والعادات السائدة في الدول، ويتم الرجوع إليها من قبل القاضي لغرض تعويضي احتياطي أو توضيحي تفسيري حسب الموضوع، ومن قبل المحكم لغرض تكاملي واستنباط الحل الأكثر عدالة وملاءمة للنزاع))

الفرع الثاني

طبيعة المبادئ العامة

لم يتفق الفقهاء حول بيان طبيعة تلك المبادئ العامة من حيث القوة الملزمة لها؛ هل هي تعد ذات صفة ملزمة أم لا ؟ نتيجة ذلك احتدم النقاش فيما بينهم، وهو ما سنبينه في الفقرتين أدناه :

أولاً-المبادئ العامة ذات صفة غير ملزمة

يرى بعض الفقه⁽⁵⁾ إنّ المبادئ العامة في العلاقات الخاصة الدولية غير ملزمة؛ لأنها تعبر عن مجموعة مبادئ مشتركة بين القوانين الوطنية المختلفة، فضلاً عن أنها تقتقد لخصائص القاعدة القانونية الملزمة. فالقاعدة القانونية هي ضابط ينظم سلوك الأفراد في المجتمع، وتتسم بالعمومية والتجريد وتقتدرن بجزء يطبق على من يخالف مقتضاها وتمتاز بتعدد مصادرها، فقد يكون مصدرها التشريع أو العرف وغير ذلك⁽⁶⁾. يرى هذا الاتجاه إنّ المبادئ العامة ليس من مكونات القانون التجاري الدولي بل هي مبادئ مشتركة بين القوانين الوطنية المختلفة، ومن ثم فهي لا تتمتع بالاستقلال عن القوانين الوطنية ومن ثم ينكر هذا الاتجاه

(1) د.محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص 105.

(6) د.عصام انور سليم، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2001، ص 61.

انتقال المبادئ العامة للقانون من القوانين الوطنية إلى قانون التجارة الدولي ويعارضون فكرة أنها اكتسبت بهذا الانتقال صفة قانونية جديدة في إطار منهج القواعد الموضوعية لأنهم يعدونها فكرة غامضة⁽⁷⁾.

يرى أحد الفقهاء⁽⁸⁾، إن الإحالة للمبادئ العامة للقانون لا يقصد بها في الواقع إلا السماح للقاضي بأن يجتهد برأيه، إذا لم تسعفه مصادر القانون السابقة بحل النزاع المعروض عليه؛ للحيلولة دون انكار العدالة وهذا ما ذهبت اليه المادة (4) من القانون المدني الفرنسي وكذلك المادة (30) من قانون المرافعات المدنية العراقية النافذ⁽⁹⁾.

ثانياً - المبادئ العامة ذات صفة ملزمة

على العكس من الاتجاه السابق؛ إنَّ المبادئ العامة للقانون تستمد قوتها الملزمة من بعض المواثيق الدولية وإعلانات الحقوق - كما ذكرنا سابقاً - التي اقترتها، فالقاضي الوطني يستنبط بعضاً من هذه المبادئ من هذه المواثيق والداستاتير، لذا يرى البعض⁽¹⁰⁾ إنَّ المبادئ العامة للقانون تستمد الزاميتها من كونها ضرورية لقانون التجارة الدولية وأن وجودها في الساحة الدولية واستثنائها بتنظيم المعاملات التجارية الدولية أمر لا يمكن مجادلته. فقانون التجارة الدولي أصبح ضرورياً للتطبيق من خلال تثبيت قواعده من قبل التجار في عقودهم المتنوعة، فضلاً عن قرارات المحكمين الدوليين اضافة إلى ان المبادئ السائدة في محيط التجار يمكن ان تكون عبارة عن قانون تلقائي النشأة فهو مزود ذاتيا بصفة الالتزام من خلال ما استقر عليه عرف التجار⁽¹¹⁾.

(7) د.أحمد عبد الحميد عشوش، قانون النفط والاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم الاتفاقيات التنموية الاقتصادية الدولية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1978، ص72.

(8) د.محمد شكري سرور، النظرية العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص295.

(9) نصت المادة (4) من القانون المدني الفرنسي فهو:

Article 4 ((Le juge qui refusera de juger

pourra être poursuivi ، de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi، sous prétexte du silence، comme coupable de déni de justice)).

اما نص المادة (30) من قانون المرافعات العراقي المرقم 83 لسنة 1969 ((لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا غُدَّ القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق (...)). وتجدر الإشارة إلى: ان كلمة (القاضي) حلت بدلاً من (الحاكم) بمقتضى قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 218 في 1979/2/20.

(10) د.طرح البهور علي حسن فرج، تدويل العقد، دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما 1980 ، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص205.

(11) د.أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، فقرة 22، ص47.

هنالك رأي في الفقه الغربي⁽¹²⁾ يرى إن القوة القانونية لهذه المبادئ إنما تستمدّها من ضمن القواعد الموضوعية الدولية التي تتكون من ((مجموعة من المبادئ العامة والعادات وقرارات التحكيم)).

ويؤكد أصحاب هذا الاتجاه وجود قانون التجارة الدولية بمصادره كافة، وبالتالي اتصاف المبادئ العامة للقانون كأحد مصادر هذا الأخير بصفة القاعدة القانونية، وهو ما يضيف عليها الصفة الإلزامية، كما يثبتون استقلالية المبادئ العامة للقانون عن القوانين الوطنية، على أساس أن انتقالها من مختلف القوانين الوطنية إلى المجال الدولي، يحتاج إلى فترة احتضان بهدف تخليصها من الخصوصيات الوطنية لكل نظام قانوني، بما يسمح بإبراز وجهها العام والمجرد؛ لأن فكرة الاحتضان تتمثل في أن المبدأ العام للقانون الذي ينتقل من القانون الوطني إلى منهج القواعد الموضوعية، لا يستقي سلطته من النظم القانونية الوطنية التي يأتي منها، بل هو يستمدّها من وجدان المجتمع الدولي⁽¹³⁾.

يرى البعض⁽¹⁴⁾، إنّ المبادئ العامة للقانون تستمد قوتها الملزمة من القضاء؛ لأنه يكشف عنها في أحكامه، ويؤكد على أنها تملك قوة التشريع العادي. فهي قواعد تستمد قوتها من مبادئ كونية كلية استقر التعامل بها ولأثير فيها اختلافاً مكان تطبيقها وتكاد تكون مستمرة نسبياً في الزمان مثل مبدأ سريان القانون باثر فوري ومباشر وقد افترض هذا المبدأ مبدأ تكامل معه في التطبيق وهو مبدأ احترام الحقوق المكتسبة مما افضى ذلك إلى قاعدة عدم رجعية القوانين وقد تحولت هذه المبادئ إلى قواعد نصت عليها اغلب التشريعات⁽¹⁵⁾ كما

(12) la distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce (Emmanuel Gaillard) (1991, Etudes offertes à Pierre BELLET, international p204.

(13) د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975، ص 364.

(14) د. فايز محمد حسين، دور المنطق في تكوين القانون وتطبيقه، دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص 241.

(15) نصت المادة: 129 من دستور جمهورية العراق لعام 2005 على أن (تنشر القوانين في الجريدة الرسمية، ويعمل بها من تاريخ نشرها، ما لم ينص على خلاف ذلك). إلى ذلك ذهبت مادة (10) مدني عراقي (لا يعمل بالقانون إلا من وقت صيرورته نافذاً فلا يسري على ما سبق من الوقائع إلا إذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك أو كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام أو الآداب). فهي نصت على مبدئين مبدأ الاثر الفوري والمباشر ومبدأ عدم الرجعية كما ذهبت المادة (11) من نفس القانون اعلاه إلى أن (1) – النصوص الجديدة المتعلقة بالأهلية تسري على جميع الأشخاص الذين تطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص. 2 – فإذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بمقتضى نصوص جديدة فإن ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة). وهذا النص أكد على مبدأ الاثر الفوري وتكامله مع مبدأ عدم الرجعية في حين ذهبت المادة (12) إلى أن

(1) – النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم تسري من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل. ولكن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة. 2 – إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد

كانت هذه المبادئ احد اهم وسائل حل تنازع القوانين المتغير (المتحرك) حيث يعتمد القانون القديم قبل تغير الضوابط لحكم العلاقات التي نشأت في ظله في حين تكون تلك العلاقات محكومة بالقانون الجديد الذي انتقل اليه الاختصاص التشريعي بعد تغير الضوابط إذا تكاملت في ظل القانون الجديد أو نشأت في ظله او وقعت اثارها فيه.

نخلص، باننا نرى ضرورة ترجيح الاتجاه المؤيد لمنح الطبيعة أو الصفة الملزمة للمبادئ العامة للقانون؛ فالعامل الاقوى في منحها هذه الصفة هو أنها تعد من ضمن منهج القواعد الموضوعية - كما اسلفنا سابقاً- الذي يتصف بالقيمة القانونية في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية وذلك تعد مصدر من مصادر هذا المنهج.

المطلب الثاني

أسباب ظهور المبادئ العامة

إنّ ظهور المبادئ العامة كان لمتطلبات عديدة أسهمت فيها العديد من العوامل اهمها :

الفرع الأول

قصور منهج تنازع القوانين

تتسم أحكام تنازع القوانين (قواعد الاسناد) بوظيفتها الارشادية التوجيهية، ولا تكفي حلول قواعد الاسناد المقنن منها وغير المقنن للإحاطة بجميع مسائل التنازع⁽¹⁶⁾ ، ان منهج قاعدة التنازع قد يؤدي إلى وضع حلول داخلية لمنازعات دولية لا تتناسب هذه الحلول مع الطبيعة الدولية للعلاقات ذات الصلة، من حيث عدم ملاءمتها لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، وهو الأمر الذي ادى إلى غموض المنهج القائم على قاعدة

بدأت قبل ذلك لكن إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم اقصر من المدة التي قررها القانون الجديد فان التقادم يتم انقضاء هذا الباقي.) وهذا النص تطبيق للمبادئ اعلاه وجميع هذه النصوص وردت تحت الفرع الثاني بعنوان تنازع القوانين عند لتطبيق تنازع القوانين في الزمان .

(16) د.احمد صادق القشيري، نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، السنة العاشرة، العدد الأول، كانون الثاني، 1968 ، ص 13 .

التنازع وعدم تحديد مضمونه وشدة تعقيده⁽¹⁷⁾ وإخلاله بتوقعات الأطراف مما ينتقص من ضرورة الأمن واليقين القانوني⁽¹⁸⁾.

يرى الفقيه الفرنسي (Batiffol)⁽¹⁹⁾ إنّ منهج قواعد الاسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التي تلحقها الصفة الأجنبية غير قادر على ملاحقة اساليب ومشاكل التجارة الدولية. يؤكد بعض الفقه⁽²⁰⁾ إنّ منهج قواعد الإسناد يفترض تماثل العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي مع العلاقات الوطنية، ويعدها علاقات وطنية اتصفت بالدولية، وبذلك فهو منهج معيب من حيث النتائج التي يؤدي إليها؛ لأنه قد يفضي إلى تطبيق قواعد لا تتفق مع حاجات ومتطلبات علاقات التجارة الدولية الحديثة نتيجة التنوع والتركيب المعقد لهذه العلاقات حيث يصعب ادراجها ضمن العلاقات المألوفة في القوانين الوطنية.

إنّ لجوء الاطراف، أو المحكم الدولي إلى المبادئ العامة للقانون يعد حلاً لهذه الأزمة التي يعاني منها منهج تنازع القوانين؛ من حيث تطبيق احكام قد تؤدي إلى الإخلال بتوقعات الاطراف، أو المساس بالأمن القانوني المنشود لطرفي العلاقة العقدية، فالمبادئ العامة للقانون تمثل اهم ما وصل إليه التطور في حل النزاعات في التجارة الدولية⁽²¹⁾ ويؤكد هذا الكلام ما ذهبت إليه المادة (6) من قانون التحكيم المصري رقم(27) لسنة 1994 التي نصت على ((إذا اتفق أطراف التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية، أو أي وثيقة أخرى؛ وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم)). وفي قضية التحكيم بين (شيخ أبو ظبي)، (وشركة تنمية البترول المحدود)⁽²²⁾ وبعد أن لاحظ (اللورد اسكويث)، أنّ العقد أبرم في دولة الامارات -أبو ظبي- ونفذ فيها، خلص إلى أنه إذا كان هناك ثمة نظام قانوني وطني واجب التطبيق؛ فهو النظام القانوني الوطني لأبو ظبي، ولكن مثل هذا النظام غير موجود، فالشيخ يمارس القضاء بسلطة تقديرية كبيرة مستعيناً في ذلك بالقرآن الكريم، ومن غير المعقول أن

(17) د.خير الدين كاظم الامين، نظرة انتقادية لمنهج قواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة بابل للعلوم الانسانية، مجلد 26، العدد 8، 2018، ص106.

(18) د.أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، 1989، ص 12 و 17.

(19) (H.) Batiffol، 'La Loi appropriée au contrat'، Mélanges B. Gold man، Paris 1983، p. 6.

(20) د.محمد عبد الله المؤيد، مصدر سابق، ص123-124.

(21) د.سلام هادي جاسم، حفظ توقعات الاطراف في العقود الدولية، مصدر سابق، ص114.

(22) د.مظفر ناصر، القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم الدولية، بحث منشور في مجلة العدالة (تصدر عن وزارة

العدل)، السنة الثانية، العدد الأول، دار الحرية للطباعة، بغداد، 2000، ص25.

نفترض في مثل هذا المكان القبلي وجود مجموعة من المبادئ القانونية الواجبة التطبيق على بنیان الوثائق التجارية الحديثة.

الفرع الثاني

تطور احكام التحكيم التجاري الدولي

يعد التحكيم التجاري الدولي نظاماً للقضاء الخاص⁽²³⁾ تقضى فيه الخصومة، إذ يختار أطراف العلاقة القانونية أشخاصاً للفصل فيها، فهو ينبغي إنشاء عدالة خاصة يتم عن طريقها سحب المنازعات من يد لقضاء لتحل عن طريق محكمين يتم اختيارهم وتخويلهم بمهمة الحكم بشكل عادل ومرضي لجميع الاطراف. فمهمة المحكم تبدأ من خلال اتفاق ملزم بين الأطراف على اختيار شخص (محكم) أو أكثر وفق شروط يحدونها ليفصل بينهما في نزاع قائم أو محتمل أن يقوم، على وفق ما نصت عليه قوانين التحكيم⁽²⁴⁾ وهذا الاتفاق بين الأطراف على طرح النزاع امام المحكم الغاية منه استبعاد المحكمة المختصة به؛ إذ أثارت التفرقة بين المحكم الدولي والقاضي الوطني مسألة هامة وخاصة في (لائحة روما) لسنة 2008 في المادة (3/3) والتي نصت على ((إن من حق الأطراف في العقد الداخلي أن يحددوا قانوناً أجنبياً يخضع له العقد بشرط أن لا يخالف النظام العام في الدولة التي ينتمي إليها العقد بجميع عناصره)) وفي ضوء هذا الاختيار فإن القاضي الوطني الذي يمكن أن ينظر النزاع يكون أمام أحد الخيارين:

الأول، إن ينظر النزاع ويطبق القانون الوطني؛ لأنه أمام عقد داخلي فلا مجال لإعمال قواعد الإسناد وبالتالي يستبعد اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق. والثاني، أنه لا ينظر النزاع، وفي هذا الفرض يتصور أن يكون القاضي في حالة من إنكار للعدالة⁽²⁵⁾. قد أدى تطور المجالات الاقتصادية وعمليات التجارة عبر الدول لتطور أحكام التحكيم التجاري الدولي ومن ثم يعد أداة بديلة وملاءمة عن قضاء الدولة⁽²⁶⁾، وهو ما

(23) يسميه البعض بالقضاء المختار، أو الاختياري، باعتبار ان للأطراف الدور في اختياره، او جواز الرجوع إليه أو الاحالة إليه من قبل القضاء الوطني. اشار إلى ذلك بالتفصيل : د.عسان عبيد المعموري، القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الاجنبي، محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا، جامعة كربلاء، كلية القانون، لسنة 2017-2018.

(24) د.أحمد السيد الصاوي، الوجيز في التحكيم، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 13.

(25) د.فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 13.

(26) د.أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 206.

يسهم في ظهور (الدور الاستيعادي) ⁽²⁷⁾ للمبادئ العامة للقانون في إطار العقود الدولية، ويقصد بالدور الاستيعادي للمبادئ هنا هو ان يكون من خلال عدم تطبيق القانون الوطني من قبل المحكم والاستعاضة عنه بالمبادئ العامة للقانون.

ولقد كانت لزيادة معدلات التجارة الدولية وعدم ملائمة القوانين الوطنية لتسوية ما ينشأ عنها من منازعات اثراً واضحاً في تطور التحكيم التجاري الدولي بوصفه بديلاً عن القضاء الوطني إذ يتميز التحكيم التجاري الدولي بمزايا عديدة. ولعل العامل الأهم في ظهور المبادئ العامة للقانون كقواعد موضوعية تحكم المنازعات التجارية الدولية الحديثة هو تصدي المحكم الدولي لمشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على التجارة الدولية من خلال الخبرة الكافية والتكوين المهني والتخصصي الذي يمتلكها المحكمون في تسوية المنازعات ذات الطابع الدولي؛ التي تتسم بالكثير من الأمور الفنية المعقدة التي تحتاج إلى خبراء للفصل فيها من حيث إلمام المحكم الدولي بكافة متطلبات التجارة الدولية نظراً لتمامه المباشر بإجراءاتها وقوانينها ⁽²⁸⁾،

كذلك اتجاه المحكمين الدوليين في بناء قراراتهم على ادلة قانونية مجردة قائمة على الأفكار والقواعد والنظريات الراسخة عموماً بصرف النظر عن القوانين الوطنية وهو ما أكدّه الفقيه (Fouchard) ⁽²⁹⁾ ؛ إذ لاحظ إنّ المحكمين لاسيما إذا كانوا من رجال القانون يميلون إلى تسبب القرارات وفقاً للمبادئ القانونية المعروفة في مختلف النظم القانونية وهو ما يعطي حلولهم طابع العالمية، فضلاً عن عدم التحيز لقانون وطني معين، وإن المحكم عند النظر في النزاع المعروض عليه يقوم بالبحث عن حكم تحكيم صادر في نزاع مشابه للنزاع المعروض عليه لكي يقدم له نوعاً من المساندة وبما يرتاح إليه ضميره وبما يغنيه عن المساندة التي تقدمها القوانين الوطنية في حال اختيارها للتطبيق على النزاع وفي حال تكرار هذا الحكم من قبل محكمين آخرين في نفس الاتجاه فإن الأمر هنا يعد بمثابة قاعدة مصدرها الحقيقي قضاء التحكيم ⁽³⁰⁾ .

(27) م.م.سارة صباح الهنداوي، م.م.ملاك عبد اللطيف، اعمال المحكم للمبادئ العامة للقانون، بحث منشور في مجلة أهل البيت، جامعة أهل البيت(ع)، كلية القانون، المجلد 1، العدد 21، 2017، ص 463 .

(28) د.أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، ط 5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص 7 .

(29) Philippe Fouchard L'Arbitrage commerciale international, Travaux du Comité français de droit international privé Année 1977, p. 175.

(30) د.مصطفى محمد جمال، د.عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج 1، ط 1، الفتح للطباعة والنشر، 1998، ص 752 .

كما إن هذا القضاء (المختار) يؤدي دورًا خطيرًا وذلك في استخلاص المبادئ القانونية المشتركة تعد من مكونات القانون التجاري الدولي خاصة وان هذه المسائل لم تستقر شأنها شأن عادات وأعراف معينة ولكن مع قضاء التحكيم أصبح لها قضاء التحكيم طابعًا مميزًا يتفق مع مجتمع التجار⁽³¹⁾. كما قضت هيئة تحكيم تابعة لغرفة التجارة الدولية سنة 1970 في القضية رقم 1569 ((إن الأطراف قد رغبا في أن يروا إن النزاع قد تمت تسويته دون أي رجوع إلى قانون وطني ما على أن يتم ذلك على أساس الأحكام العقدية ووفقاً للممارسات والأعراف الدولية...))⁽³²⁾ وطبقت محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس 1979 (مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود) بوصفه من المبادئ المشتركة لقوانين الأمم المتحدة⁽³³⁾.

الفرع الثالث

مقتضيات التجارة الدولية

تتميز المبادئ العامة للقانون تعد تجسيداً لواقع التجارة الدولية وما تحتاجه هذه التجارة من قواعد، فنتصل تلك المبادئ بصورة وثيقة بقانون التجارة الدولية تعد مصدرًا أساسيًا من مصادره المتعددة، وهو ما يجعلها الأكثر ملاءمة لمواجهة مقتضيات التجارة الدولية؛ إذ بدأت العلاقات التجارية الدولية في التخلص شيئاً فشيئاً من هيمنة القوانين الوطنية نتيجة متطلبات التجارة الدولية، لتخضع لقواعد عرفية أو مهنية تختلف عن الحلول المقدمة من جانب الدول في قوانينها الوطنية، وهي المبادئ العامة للقانون وهو ما أبرز وبشكل واضح تعدد التسميات التي اقترحها الفقه⁽³⁴⁾ لتلك القواعد فقد أطلقت عليها تسميات مختلفة (كقانون التجارة الدولية، أو القانون الموحد، أو قانون الشعوب، أو قانون خاص مشترك دولي، أو قانون عبر الدول، أو القانون الدولي للأعمال وغيرها).

(31) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، بدون سنة نشر. ص 196 .

(32) نقلاً عن: د. نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، ط1، بدون ناشر، 2002، ص 157 .

أشار إليه: د. سلام هادي جاسم، فكرة العقد الدولي الطليق وتأثيرها بالقواعد الموضوعية الدولية، رسالة ماجستير، مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، 2011، ص 118.

(34) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، بند 301، ص 284 .

كما تساهم المبادئ العامة للقانون في سد نقص التشريع (الفراغ التشريعي) لاسيما أن ظاهرة النقص في التشريع تعتري قوانين العالم جميعها ومن ثم قد يحدث تصادم أو تعارض بين المناهج القانونية المختلفة⁽³⁵⁾. ندعو المُشرع العراقي الموقر إلى الأخذ بالمبادئ العامة للقانون، في حال سكوت النصوص القانونية الموضوعية عن حكم الحالات المستجدة في التجارة الدولية، وهذا يساهم في لجوء القاضي أو المحكم إلى المبادئ العامة من خلال المبادئ القانونية المشتركة في وسط التجار الدوليين (المجتمع الدولي)، لسد النقص التشريعي في هذه القوانين ولاستكمال النقص في الأنظمة القانونية الداخلية.

المبحث الثاني

إعمال المبادئ العامة من قبل المحكم

إن اللجوء للمبادئ العامة بدأ في التشريعات الداخلية وثُمَّ انتقل إلى المواثيق الدولية، كما ساهم في ظهورها التجاء المحكمين لحكم المنازعات التجارية الحديثة التي تلحق بها الصفة الأجنبية ومقتضيات التجارة الدولية، ولبيان ذلك؛ سنتناول هذا المبحث من خلال بيان آلية اعمال تلك المبادئ من قبل المحكم.

المطلب الاول

آلية إعمال المبادئ العامة من قبل المحكم

اغلب اتفاقيات التجارة الدولية أشارت إلى إن المبادئ العامة للقانون يتم إعمالها تعد وسيلة يرجع إليها كل من القاضي أو المحكم لسد النقص الذي يظهر عند تطبيق نصوصها. وعليه لغرض بيان ذلك بشيء من التفصيل سنبحث هذا المطلب بفرعين نبين في الأول تطبيق تلك المبادئ، وفي الفرع الثاني صعوبات تطبيقها.

(35) د.إسماعيل نامق حسين، مداخلات فلسفية في علم القانون، مكتبة يادكار، العراق، 2017، ص56- 65.

الفرع الأول

تطبيق المبادئ العامة من قبل المحكم

إن للمحكم واحكام التحكيم دور مهم وبارز في اظهار دور المبادئ العامة للقانون⁽³⁶⁾ وقد ورد تطبيق تلك المبادئ في العديد من الاتفاقيات منها اتفاقية واشنطن لعام 1965 بشأن منازعات الاستثمار في المادة (42) منها والتي تنص على ان ((تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها طرفي النزاع ، وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه القواعد ، فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين بالإضافة الى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بموضوع النزاع)) .

وكذلك نصت اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 (C I S G) في المادة (1/7) ، على ان ((المسائل المتعلقة بالموضوعات التي تحكمها هذه الاتفاقية ولا يوجد بشأنها نص صريح ، يقضى فيها وفقا للمبادئ العامة التي تقوم عليها ، وعند عدم وجود هذه المبادئ يقضى فيها وفقا للقانون الموجب التطبيق التي تشير قواعد القانون الدولي الخاص)). وكذلك قرارات التحكيم التي صدرت بعد الحرب العالمية الثانية كان ابرزها عام 1953 في التحكيم بين حاكم قطر و (international marine oil company ltd) وكذلك التحكيم بين الحكومة السعودية وشركة رامكو في سنة 1958، وكذلك هناك قرارات احدث في عام 1982 بين الكويت وشركة امينوبل الامريكية⁽³⁷⁾.

وايضا النزاع الذي ثار بين الشركة الام (S.P.P) ضد جمهورية مصر امام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بسبب قضية الاهرام ، عندما سحبت مصر موافقتها على المشروع لمساسه بالواقع الاثري الفريد ، وتمسكت الشركة الام بتطبيق القانون الدولي بشأن التعويض ، في حين تمسكت الحكومة المصرية بقانونها ، وذلك لاحتواء العقد على اشارات ضمنية تكشف عن الاختيار الضمني للقانون المصري من قبل الطرفين ، وقد انتهت هيئة التحكيم في حكمها الصادر في 20 ماي 1992 الى استبعاد القانون المصري وتطبيق

(36) د.حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص144 ، ص166 .

(37) د.احمد عبد الرزاق خليفه السميدان، القانون والسيادة وامتيازات النفط، دراسة مقارنة بالشرعية الاسلامية، سلسلة اطروحات الدكتوراه، ط1، بيروت، 1996، ص130 .

المبادئ العامة للقانون وفقاً للمادة (42) من اتفاقية واشنطن ، وذلك بحجة انه قانون ناقص بطبيعته واستكملاً له بمبادئ القانون العامة بالرغم من وجود اتفاق على تطبيقه وتطبيق المبادئ العامة للقانون⁽³⁸⁾.

إنّ المبادئ العامة تقوم بإسعاف المحكم -كما مر- في حال عدم وجود نصوص تشريعية محكمة تحل النزاع بشكل يحقق العدالة ويكون مرضي لأطراف النزاع، وبما لها من عموم ومضامين متعددة أضحت نبعاً فياض وطوق نجاة بالنسبة للمحكمين، يؤدي إلى تطبيقات لا حصر لها على مراكز قانونية ونزاعات التي تطرح امام نقص النظم الوضعية باعتبارها احد المصادر الاحتياطية لتفسير القواعد القانونية فهي فكرة خلاقة تمد يد العون وتشير إلى ما هو الخطأ والصواب من الناحية القانونية دونما مخالفة للقيم والأنظمة العامة، وحيث ان المبادئ العامة هي كما يذهب البعض⁽³⁹⁾ ((القواعد التي يتم استنباطها من نظام قانوني ما أو من مقارنة العديد من القوانين الوطنية، أو تلك التي تحويها الاتفاقيات الدولية سواء دخلت حيز التنفيذ أم لا، ويساهم قضاء المحاكم الدولية وقضاء التحكيم التجاري الدولي بنصيب وافر في استنباطها)).

ويتبين من عبارة ((... ويساهم قضاء المحاكم الدولية وقضاء التحكيم التجاري الدولي بنصيب وافر في استنباطها)) ان التحكيم يساهم في استنباطها وهذا الاستنباط يتم عن طريق اعمالها والركون اليها في حسم النزاع الذي كلف بحله من قبل الأطراف، وقد ذكرنا مراراً ان تطبيق تلك المبادئ احوالت اليها العديد من الاتفاقيات وقرارات التحكيم منها قرار التحكيم رقم (1988/5953) تحت رعاية غرفة التجارة الدولية، والذي رأيت فيه انه لا توجد أية عادة خاصة بالتجارة الدولية بشأن تجارة الفحم، وبهذا يجب اللجوء للمبادئ العامة للتجارة الدولية مثل العقد شريعة المتعاقدين وحسن النية فتلك المبادئ تعد نظام قانوني المستقبل لا النظام القانوني الاصلي⁽⁴⁰⁾.

يقول: الأستاذ (جولدمان)⁽⁴¹⁾ ((بانها تستمد سلطتها من وجدان المجتمع الدولي والذي يتم التعبير عنه بواسطة قضاء محاكم التحكيم بين الدول وما تم اثراؤه من قبل محاكم تحكيم القانون الخاص)) وان اعمالها

(1) د. دريد ملكي، سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير مقدمة الى المركز الجامعي العقيد ألكي محند أولحاج بالبوية، الجزائر، سنة 2011 ، ص128 - 129 .
(39) د.محمد أحمد ابراهيم محمود، دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص36.
(40) مجلة التحكيم، 1990، ص712، اشار إليه : د.محمد أحمد ابراهيم محمود، مصدر سابق، ص37.
(41) د. محمد أحمد ابراهيم محمود، المصدر نفسه، ص42.

يتوقف لحد كبير على التحكيم التجاري الدولي ورغبة الأطراف بتخويله تلك السلطة، وهذا يؤكد قرارات التحكيم فقد قررت العديد من المبادئ العامة التي تخص مبدأ حسن النية و العقد شريعة المتعاقدين والتزام بأعلام الشريك بالظرف التي من شأنها ان تؤثر في العقد، وهذا ما تم تأكيده من قبل الغرفة الدولية، وكذلك احكام القضاء الوطني التي انتهت إلى تأكيد منهج قرارات التحكيم .

صفوة القول، إن المبادئ العامة لها دور فاعل للقضاء وللمحكم وهذا الدور إشارات اليه العديد من الاحكام التي صدرت بهذا الشأن من قبل المحكمين ومدى الرجوع اليها في حل النزاع الموكول إليهم حله من قبل الأطراف المتنازعة أي بأعمال قانون الإرادة او يقوم المحكم بأعمالها من تلقاء نفسه والذي لأيمن التخلي عنه بأي شكل من الاشكال؛ فهو دور تكميلي وتفسيري في آن واحد.

نصت المادة (1/28) من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي في (21) حزيران 1985 على أن ((تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً للقانون المختار بواسطة الأطراف)). وكذلك ما اكدته المادة السادسة من اتفاقية فيينا لعام 1980⁽⁴²⁾.

الفرع الثاني

صعوبات تطبيقها من قبل المحكم

ان إعمال المحكم للمبادئ العامة (المبادئ المشتركة في الامم المتحدة) يواجه بصعوبات في تطبيقها (الاعمال) وتكمن تلك الصعوبات بالاتي :

أولاً - إن تطبيق المبادئ يعتمد على ما يتمتع به المحكم من ثقافة قانونية، وما يمتلكه من إمكانيات وقدرات ذهنية تساعده على استخلاص تلك المبادئ، وذلك من خلال تحليل مقارن لكثير من لقوانين الوطنية ، او من خلال قناعات المحكم بتطابق حكمه في موضوع النزاع مع هذه المبادئ العامة او المشتركة للقانون⁽⁴³⁾ .

(42) ما عدا مادة واحدة هي المادة (12)، التي أشارت بموجبها إلى عدم جواز مخالفة أو تعديل آثار نص المادة (96)، وبعد هذا النص بذاته من النصوص الأمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، لأنه يؤكد حق الدول المنضمة إلى الاتفاقية في التحفظ على بعض نصوصها .

للمزيد من التفصيل ينظر: د.محمد شكري سرور، موجز أحكام عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا 1980، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي لجامعة الكويت، السنة الثامنة عشر، العدد الثالث، أيلول، 1994، ص 118.

ثانياً - ان تطبيق المحكم للمبادئ العامة يعتريه الغموض، وتكتنفه بعض المحاذير وصعوبة تحديد مضمونها، مثال ذلك القواعد القانونية المدعى بها في الامم المتحدة، كما أنها تتسم بمفهوم غامض غير محدد والذي يمكن ان تكون ستارا يخفي المحكم وراءه حلولاً قد تصطدم بالقانون وبالموضوعية في الفصل بالنزاع⁽⁴⁴⁾، وغالبا ما يكون تطبيق المحكم لهذا المبدأ في المنازعات التي تتعلق بما يسمى بعقود القانون العام، وهي العقود التي تكون الدولة او احدى هيئاتها العامة طرفا فيها باعتبارها صاحبة سلطان وسيادة مع احد الاشخاص الطبيعيين او الاشخاص المعنوية، كالشركات الخاصة مع رعايا الدول الاخرى مثل عقود الامتيازات الدولية وعقود التوريد الصناعية واستيراد واستغلال التكنولوجيا، وهذه العقود تثير حساسيات خاصة بما قد تتضمنه في الغالب من اشارات ذات طابع سياسي تتعلق بضرورة احترام مبدأ سيادة الدولة، وحصانتها القضائية الامر الذي لابد ان ينعكس بصورة او بأخرى على الحلول القانونية للمنازعات التي تثور بشأنها، ومن ناحية ثانية فإن إخضاع مقل هذه العقود لأي من القوانين الوطنية لاسيما القانون الوطني للدولة الطرف، ربما يتمثل فيه نوع من عدم الاستقرار القانوني او التوازن في العلاقة التعاقدية، الامر الذي يتعارض وطبيعة التعامل بمثل هذه العقود في التجارة الدولية⁽⁴⁵⁾.

لذا يكون من الضروري تدويل القواعد القانونية التي تخضع لها، وذلك بإخضاع المنازعات التي تشبب بشبها الى القواعد العامة في القانون او المبادئ المشتركة لدى الامم المتحدة.

ثالثاً - إنها تنطوي على مضامين متناقضة، ومثال ذلك: رفض قضاء التحكيم في غرفة التجارة الدولية لنظرية الظروف الطارئة، تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وقرينة الاحتراف، والذي يعد تعارضاً مع مبدأ الحفاظ على توازن الاداءات ذات التنفيذ المستمر والعدالة⁽⁴⁶⁾.

رابعاً - إن الحلول التي تقدمها تلك المبادئ تتسم بطابع العموم، ولا تكفي في ذاتها لمواجهة خصوصية المسألة محل النزاع.

(1) د. حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي، اطروحة دكتوراه، مقدمة لجامعة الجزائر بن عكنون، كلية القانون، 2004، ص 298.

(2) سارة صباح الهنداوي، ملاك عبد اللطيف، مصدر سابق، ص 469.

(3) د. حسن علي كاظم المجمع، محاضرات أقيمت على طلبة الدراسات العليا في جامعة كربلاء، الماجستير، مصدر سابق، ص 39.

(1) باسود عبد المالك، ماهية القواعد عبر الدولية في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي، سعيدة الجزائر، العدد 1، 2014، ص 190.

خامساً- إن قرارات التحكيم التجاري التي طبقت قديماً بالنسبة لتطبيق مصطلحات ، مثل المبادئ العامة في القانون او المبادئ المشتركة في الامم المتحدة على منازعات عقود القانون العام ، فهذا التطبيق ليس ناصعاً تماماً حيث ينظرون بمنظار يتأكد من خلاله إعمال قانون الطرف القوي على الطرف الضعيف، وهذا ما يؤدي الى تحكم المحكم او القاضي الذي يمكنه تبني ما يريده من حلول للنزاع المطروح امامه تحت ستار ما يسمى بالمبادئ العامة ، حيث قد يستبعد المحكم تطبيق قانون الدول النامية الطرف في العلاقة العقدية بدعوى تخلفه عن مسايرة العلاقات الاقتصادية الدولية ، وذلك تحت غطاء المبادئ العامة ليطبق قانون الدول الغربية التي ينتمي اليها المحكم بجنسيته⁽⁴⁷⁾.

ومن القضايا التي استبعدتها المحكم التحكيم الذي صدر في 19 / 5 / 1977، في شأن النزاع بين الحكومة الليبية وبين شركتي (Texaco Galasiatic) للبترول ، وفيه لجأ المحكم الى القول بأن اعمال المبادئ العامة للقانون لا يكون فقط بسبب عدم وجود قانون داخلي لحكم مثل هذا النزاع ، او لعدم توافقه او ملائمته مع طبيعة العلاقة بين الدولة واحد الاشخاص الاعتبارية الاجنبية ، وإنما ايضا بقصد حماية الاجنبي من التغيرات التي تقررها الدول في تشريعاتها الداخلية بما يؤدي الى الاختلال ف التوازن بالعقد ، وهذه القرارات التحكيمية تمثل اتجاه وموقف غير مبرر ، لان استبعاد القوانين الوطنية غالبا ما يخفي وراءه موقفا غير حيادي بالنسبة لمشكلة تعد من اعقد المشاكل التي واجهت وتواجه الدول النامية ، لاسيما بعد الحرب العالمية الثانية ، وهي السيطرة على ثروتها الطبيعية وتوكيدا لاستقلالها الوطني⁽⁴⁸⁾ .

لذا طبقت محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية بباريس في عام 1979 مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية ، والذي اعتبرته من مبادئ قانون المحكم الواجب تطبيقه في كل حال ، فقد قضت بمناسبة عقد وكالة تجارية بين طرف تركي وآخر فرنسي بعدم الرجوع الى القانون التركي ولا القانون الفرنسي، وتطبيق القانون الموضوعي للتجارة الدولية، وقد طبقت مبدأ حسن النية التي يجب ان يهيمن على تكوين العقد ، ووفقا لمبدأ حسن النية، فإن المحكمة بحثت ما إذا كان إنهاء الوكالة في القضية المعروضة يرجع الى سلوك احد الاطراف وما إذا كان قد سبب ضرراً للآخر ولا يمكن تبريره ، والذي تفرض العدالة إصلاحه او تعويضه .

(2) د. هشام علي صادق ، مصدر سابق ، ص 173 .

(1) د. حسن علي كاظم المجمع، محاضرات أُلقيت على طلبة الدراسات العليا في جامعة كربلاء، الماجستير ، مصدر سابق، ص 40 .

وبالرغم من هذه الصعوبات والاتجاهات غير المؤيدة ، فإن هناك عدة مبادئ عامة متعارف عليها في كل الانظمة القانونية تلعب دورا لا يستهان به في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، ومن اهم هذه المبادئ مبدأ القوة الملزمة للعقد ، ومبدأ توازن الاداءات المتقابلة ، ومبدأ حسن النية ووجوب تفسير العقد وفقا للارادة المشتركة للطرف ، ومبدأ عدم جواز الاثراء بلا سبب ، ومبدأ بقاء الشيء على حاله واحترام الحقوق المكتسبة ، ومبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق .

الخاتمة

نخلص من خلال ما تقدم إلى أهم النتائج التي تم التوصل إليها، نطرح في ضوءها عدة توصيات.

أولاً- النتائج

1. تمثل المبادئ العامة السنن الأولى والمادة الأولية لصناعة القواعد القانونية وإن اختلف دورها بين القواعد حيث كان لها دور قوي في البعض، مثل: قواعد الجنسية، وتنازع القوانين، في حين كان دورها أخف في قواعد الموطن مركز الاجانب.
2. إن المحكم يستعين بالمبادئ العامة للقانون في حالة ما لم يجد قانون واجب التطبيق يمكن تطبيقه على موضوع النزاع .
3. غياب أطار تشريعي متكامل لاستيعاب المبادئ العامة وهذا يعود إلى عدة اسباب: منها ما هو لا رادي يتمثل بعدم امكانية المشرع على تنظيم كافة تلك المبادئ لسعتها، ومنها ما هو ارادي يعود إلى قصد المشرع من تركها لغرض تمكين القاضي من الاستفادة منها بالرجوع اليها في حال وجود مستجدات ومتغيرات أكبر من تحمل النصوص.
4. ثبت إن المبادئ العامة لم تتحول إلى صيغة قواعد من فئة واحدة انما تحولت إلى فئات متنوعة وإن كانت بنسب متفاوتة فكانت هناك قواعد موضوعية، وقواعد اجرائية سائدة وكذلك تنظيمية.
5. تعددت وظائف المبادئ العامة بين الوظيفة التفسيرية والاحتياطية والتكاملية حسب موضوع القواعد التي يحتاج فيها كل من القاضي أو المحكم لتلك المبادئ .

تتمتع المبادئ العامة بطبيعة اختيارية قبل سنّها في حين تصبح ذات صفة ملزمة بعد تشريعها؛ وكان لها تأثير في مناهج تنازع القوانين ومنها منهج القواعد الموضوعية .

المقترحات

يقترح الباحث ما يلي :-

1. تعريف للمبادئ العامة على أنها ((مفاهيم عالمية استقرت في الضمير القانوني تشتق من القيم والمنطق والعادات السائدة في الدول، ويتم الرجوع إليها من قبل القاضي لغرض تعويضي احتياطي أو توضحي تفسيري حسب الموضوع، ومن قبل المحكم لغرض تكاملي واستنباط الحل الأكثر عدالة وملاءمة للنزاع وخاصة في اطار التجارة الدولية)) .
2. تشريع ((مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي)) لعام 2011 ، متعلق بالمسائل المدنية والتجارية لما له من أهمية في مسايرة التطورات الحاصلة على الصعيد الدولي، وبالإمكان الاستفادة فيه من المبادئ الأكثر شيوعاً في العالم في مجال التحكيم لكي يكون القانون مبعث أمان واطمئنان لكل من يريد الالتجاء اليه؛ لا سيما المستثمر، وحتى يكون تشريع قانون التحكيم عامل تفعيل لقانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 المعدل وخلق بيئة تشريعية ملائمة للاستثمار الأجنبي في العراق .
3. نوصي المشرع العراقي الموقر بالنص على المبادئ العامة للقانون، في قانون التجارة النافذ رقم (30) لسنة 1984 (المعدل)، وذلك فيما يختص بالتجارة الدولية؛ لسد النقص التشريعي في هذا القانون وبما يجعل تلك النصوص أكثر مواكبة لتطورات التقنية في مجال التجارة الدولية لاسيما في مجال التعاقد الالكتروني وتداول الاموال إلكترونياً.
4. على السلطة المختصة بعقد المعاهدات في العراق المبادرة إلى الانضمام إلى اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الاجنبية وتنفيذها لتتكامل في العمل مع قانون الاستثمار وقانون التحكيم المزمع اصداره (مشروع) لتشكل منظومة متكاملة في اتجاه واحد.

المراجع

1. لويس معلوف اليسوعي، المنجد في اللغة والادب والعلوم، ط5، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، 1956.
2. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، ط5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.
3. أحمد السيد الصاوي، الوجيز في التحكيم، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
4. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، 1989.
5. أحمد عبد الحميد عشوش، قانون النفط والاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم الاتفاقيات التنموية الاقتصادية الدولية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1978.
6. احمد عبد الرزاق خليفه السמידان، القانون والسيادة وامتيازات النفط، دراسة مقارنة بالشرعية الاسلامية، سلسلة اطروحات الدكتوراه، ط1، بيروت، 1996.
7. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
8. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
9. إسماعيل نامق حسين، مداخلات فلسفية في علم القانون، مكتبة يادكار، العراق، 2017.
10. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975.
11. حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
12. حفيفة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
13. سلام هادي جاسم، حفظ توقعات الاطراف في العقود الدولية، مصدر سابق، ص114.
14. طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو 1980 ، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.
15. عصام انور سليم، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2001.
16. عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص اللبناني، دراسة مقارنة، تنازع القوانين، ج1، الدار الجامعية، بيروت، 1988.

17. فايز محمد حسين، دور المنطق في تكوين القانون وتطبيقه، دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009.
18. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
19. محمد أحمد ابراهيم محمود، دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
20. محمد شكري سرور، النظرية العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
21. محمد نصر محمد، الوافي في عقود التجارة الدولية، دار الرؤية، الاردن، 201.
22. د. مصطفى محمد جمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج1، ط1، الفتح للطباعة والنشر، 1998.
23. نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، ط1، بدون ناشر، 2002.
24. د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، بدون سنة نشر.
25. حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي، اطروحة دكتوراه، مقدمة لجامعة الجزائر بن عكنون، كلية القانون، 2004.
26. سلام هادي جاسم، فكرة العقد الدولي الطليق وتأثيرها بالقواعد الموضوعية الدولية، رسالة ماجستير، مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، 2011.
27. دريد ملكي، سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير مقدمة الى المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج بالبويرة، الجزائر، سنة 2011.
28. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997.
29. احمد صادق القشيري، نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، السنة العاشرة، العدد الأول، كانون الثاني، 1968

30. باسود عبد المالك، ماهية القواعد عبر الدولية في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي، سعيذة الجزائر، العدد 1، 2014.
31. غسان عبيد المعموري، القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الاجنبي، محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا، جامعة كربلاء، كلية القانون، لسنة 2017-2018.
32. سارة صباح الهنداوي، ملاك عبد اللطيف، اعمال المحكم للمبادئ العامة للقانون، بحث منشور في مجلة أهل البيت، جامعة أهل البيت(ع)، كلية القانون، المجلد 1، العدد 21، 2017.
33. مظفر ناصر، القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم الدولية، بحث منشور في مجلة العدالة (تصدر عن وزارة العدل)، السنة الثانية، العدد الأول، دار الحرية للطباعة، بغداد، 2000.
34. محمد شكري سرور، موجز أحكام عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا 1980، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي لجامعة الكويت، السنة الثامنة عشر، العدد الثالث، أيلول، 1994.
35. خير الدين كاظم الامين، نظرة انتقادية لمنهج قواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة بابل للعلوم الانسانية، مجلد 26، العدد 8، 2018.
36. دستور العراق لسنة 2005 (النافذ).
37. القانون المدني العراقي رقم 4- لسنة 1951.
38. القانون المدني الفرنسي لعام 1804.
39. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969.
40. قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994

سادسا- المصادر الانكليزية

1. Emmanuel Gaillard)‘ la distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international‘ Etudes offertes à Pierre BELLET، 1991.

2. Philippe Fouchard L'Arbitrage commerciale international, Travaux du Comité français de droit international privé Année 1977, p. 175.
3. Batiffol (H.), La Loi appropriée au contrat, Mélanges B. Gold man, Paris 1983.