

## دور المبادئ العامة للقانون بالقرارات التحكيمية في نطاق التجارة الدولية

م.د. سميرة حسين محيسن  
م. نورا كاظم الزاملي  
جامعة القادسية/كلية القانون

### THE ROLE OF GENERAL PRINCIPLES OF LAW IN ARBITRAL DECISIONS IN THE SCOPE OF INTERNATIONAL TRADE

Lecturer. Dr. Samira Hussein Muheisen  
Lecturer. Nora Kazem Al-Zamili  
Al-Qadisiyah University/College of Law

#### المقدمة

تعد فكرة المبادئ العامة، من أهم وأقدم الأفكار القانونية التي لقت اهتماما واسعا من قبل الفلاسفة القدامى ومن ثم انتقلت إلى التقنين الروماني بالأخص مدونة جستينيان، والسبب في ذلك يعود إلى ان اغلب المبادئ العامة للقانون، نابعة عن مثل عليا ومفاهيم فطرية راسخة لدى الإنسان، بل ان فكرة القانون ونشأته، وجدت بعد البحث في مفهوم العدالة والإنصاف وضرورة التنظيم في الحياة، وكل هذه الافكار تتجسد في ماهية المبادئ العامة للقانون، وعليه لاتجد تشريعا أو قانونا لدولة من الدول الا وقد تبنى هذه المبادئ واعتبرها من مصادر قانونه بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

وانطلاقا من فعالية المبادئ العامة للقانون في التشريعات وصدور الاحكام القضائية، يتبادر السؤال التالي، هل ان لهذه المبادئ دور في التحكيم، هل للمحكم قدرة أو سلطة يستطيع ان يطبق المبادئ العامة للقانون في النزاع المعروض؟

ومتى يستطيع يطبقها؟ هل عند غياب الفراغ التشريعي أو النص القانوني لحكم الواقعة؟ ام يمكن ان يطبقها في كل الاحول وفي كل الوقائع؟ كل ذلك وعند الاجابة عن كل ذلك لا بد من تقسيم هذا البحث إلى مطلبين، نتناول بالاول ماهية المبادئ العامة للقانون في المطلب الاول، ونتناول في المطلب الثاني مدى قدرة المحكم في تطبيق المبادئ العامة للقانون.

## المطلب الأول

### ماهية المبادئ العامة للقانون

(General Principles of Law)

استخدمت مصطلحات متعددة للتعبير عن فكرة المبادئ العامة للقانون، وعند تتبرع بعض هذه المصطلحات نتلمس ان لها وجود فلسفي قبل ان يكون لها وجود قانون، حيث نجد الفلاسفة تعمقوا في بحث العدالة والانصاف وغيرها، والتي شكلت هذه المفاهيم البيئة التحتية للتقنين لدى البشر، كما وان هذه المبادئ تأثرت بالأفكار الفلسفية من فردية واجتماعية في الدول، لذلك فإن التطبيقات التشريعية والقضائية تحددت بناء على هذه الأفكار الفلسفية المتبناة في الدول.

وعليه سنتناول في الفرع الاول، فكرة المبادئ العامة للقانون، وفي الفرع الثاني نتناول التطبيقات التشريعية والقضائية للمبادئ العامة للقانون.

### الفرع الأول: فكرة المبادئ العامة للقانون

سنبحث فكرة المبادئ العامة للقانون تحت مجموعة من النقاط، وكالاتي:

اولا: التأصيل التاريخي لفكرة المبادئ العامة للقانون.

نشأت فكرة المبادئ العامة للقانون، والتي تم التعبير عنها بمصطلحات متعددة (كقواعد العدالة، والانصاف، والقانون الطبيعي، والمبادئ العامة في الامم المتعددة، وقواعد المساواة) .

عند البحث عن بعض هذه الافكار ولاسيما فكرة العدالة والقانون الطبيعي، نجدها فكرة فلسفية في بادئ الامر، ووتم بحثها منذ القدم منذ افلاطون وارسطو والذي عبر بحث عن العدالة وقسمها إلى عدالة توزيعية وتبادلية<sup>١</sup>.

وبعد ذلك إلى توما الاكوييني وستامر وهيجل ومنتسيكيو ظهرت بصورة بارزة في علاقتها بالقانون<sup>٢</sup>، لكن بقت مجرد افكار فلسفية .

لكن اول من قنن هذه المبادئ هو جستينيان بمدونته (٥٢٧-٥٦٥)، والتي جاء في مقدمة المدونة بالقول (ان اساس المدونة هذه يقوم على أساس العدل والإنصاف في حقوق الافراد وواجباتهم)<sup>٣</sup>.

اما في العصر الحديث لاسيما في القرن الثامن عشر نجد ان اول من اعتمد عليها في القانون هو القانون المدني الفرنسي قانون نابليون لسنة ١٨٠٤، والذي جعلها تأثر بصور مباشرة بها، ويرجع إليها القضاء عند غياب القانون، فضلا عن ذكره لمجموعة من تطبيقات فكرة المبادئ العامة للقانون كمبدأ حسن النية والحرية التعاقدية وغيرها منها المادة (٢٣١) من القانون بقولها (يجب تنفيذ العقد بحسن نية وبما تقتضيه الأعراف ومبادئ الإنصاف) .

واستغل القضاء في كثير من دول العالم من فكرة المبادئ العامة في القانون لينطلق في اجتهاداته لإيجاد مجموعة ليس بالقليلة من النظريات والافكار كنظرية الظروف الطارئة والتعسف في استخدام الحق والغش يفسد كل شيء وغيرها من المبادئ، التي اعتبرت فيما بعد اساس للتشريعات في قوانين دول العالم لاسيما اللاتينية منها<sup>٤</sup>.

### ثانيا: مضمون المبادئ العامة للقانون.

- ١ - احمد ابراهيم، غاية القانون، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص١٣٣.
- ٢ - د. حسن علي ذنون، فلسفة القانون، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٢، ص٨٩-٩٣.
- ٣ - الموقع العالمي الرسمي للموسوعة المعرفية العالمية ويكيبيديا ..
- ٤ - عزيز كظم جبر الخفاجي، المبادئ العامة لمدخل القانون، ط١، مطبعة النجف الاشرف، ٢٠٠٤، ص٨٣.

اختلفت التعريفات في تبيان معنى المبادئ العامة للقانون فقد تم تعريفها من قبل الفقيه بيسكاتوري بأنها (مجموعة من المبادئ التي تستخدم في توجيه النظام القانوني العام، من حيث طبيعته وتمنيته وتطبيقه، ولم تكن لها دقة القواعد القانونية المكتوبة، إلا انها يسترشد بها المشرع وعند وضعه للقواعد القانونية) <sup>١</sup>.

كما وتم تعريفها بانها (وهي المبادئ المنبثقة من المثل العليا وضمير المجتمع وروح التشريع والتي يسترشد بها القاضي عن النظر في المنازعة المعروضة، كما تكون مصدر الهام للمشرع في تشريع للقوانين) <sup>٢</sup> كما وتم تعريفها بانه (المنطق القانوني الذي يلجأ اليه القاضي أو المحكم قهراً) <sup>٣</sup>.

يفهم من ذلك ان مبادئ القانون عبارة عن مثل عليا وقواعد وجدانية منها ماهو ثابت لا يتغير بتغير الازمنة والامكنة كفرض العدل ومحاربة الظلم، ومنها ماهو متغير يختلف باختلاف الزمان والمكان والفلسفة المعتمدة.

### ثالثاً: ركائز وجود المبادئ العامة للقانون.

ذهب البعض <sup>٤</sup> إلى ان ظهور المبادئ العامة في القانون وشيوعها تستند لمجموعة من لمصادر عدة . وهي:

- ١- النصوص القانونية المقارنة . وهي اكثر مصدر تستند عليه المبادئ القانونية لاسيما القوانين في الامم المتعدنة، ومنها مبدأ الحرية التعاقدية، ومبدأ سلطان الارادة، والحفاظ على حقوق العامل واجره، والمساواة بين الرجل والمرأة .

١ - نقلا عن

Morcelo Kohen.General Prncipiles of international law .Oxford Jurnal of law.2014 .Introduction.

٢ - د.عبد الباقي البكري وزهير البشير، مدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية - بغداد، ص ٢١٢.

3 - Morcelo Kohen. Introduction.

٤ - محمد حسين منصور، المدخل لدراسة القاعدة القانونية، دار المعارف، لبنان، سنة ٢٠٠٥، ص ١٣٣.

٢- التراث الديني والاجتماعي لمجتمع ما: كحرية الحياة الخاصة وحرية العقيدة، حرية الزواج، مسألة تعدد الزوجات وعدمها .

٣- اصول المنطق والعقل السليم: وقد تستند المبادئ العامة في وجودها وشرعيتها إلى المنطق والعقل السليم، مثل قاعدة فاقد الشيء لا يعطيه، وكذلك لتكليف بمقدور، والغش يفسد كل شيء، ودور العلم في سوء النية أو عدمها.

#### رابعاً: تأثير نطاق المبادئ العامة للقانون في فلسفة الدولة المعتمدة.

كما هو معروف ان لكل دول تعتمد في بناء هيكلها ونظامها القانوني على فلسفة ما وهذا امر لامناص منه، واهم المذاهب الفلسفية التي تعتمد عليها دول العالم في الوقت الحاضر هي المذهب الاجتماعي والمذهب الفردي<sup>١</sup>.

١- فلسفة المذهب الفردي: هو الذي يقوم على الحرية المطلقة، وقدسية الملكية الخاصة، والنفعية اللامتناهية، ويعد الاكثر شيوعاً واستقراراً في النظام العالمي وعقود التجارة الدولية، ومن تطبيقات المبادئ العامة للقانون وفق هذا المذهب هي (حرية سلطان الارادة، واطلاق الارادة في ابرام التصرفات، والحرية المطلقة للتملك، وتقديم المصلحة الخاصة على العامة، وتحقيق المساواة الواقعية لا المجردة اي اعطاء كل ذي حق حقه، واطلاق السقف الاعلى للفوائد وشرعنة فرض الربا في التجارة).

٢- فلسفة المذهب الاجتماعي: ان لهذه الفلسفة وهي الاجتماعية التي تبنتها الأنظمة السياسية تحت نظام الشيوعية والاشتراكية تأثير مباشر على المبادئ العامة للقانون، وفيها تتسع فكرة المبادئ العامة للقانون، والسبب ان مصالح الدولة والعامة تقدم على الفردية وعلى المشرع والقضاء ان يراعي ذلك ومن تطبيقات المبادئ العامة للقانون في هذا المذهب هي (تقييد الملكية الخاصة، والمساواة المجردة لا الواقعية، ظهور مفهوم

١ - احمد ابراهيم، المصدر السابق، ص ٢١٢.

(الاستملاك والتأميم، الاقتصاد المخطط، والعقد الموجه، وتقييد مبدأ سلطان الارادة وغيرها)، لذلك على القاضي أو المحكم عندما ينظر النزاع عليه ان يراعي هذه المبادئ في استصدار حكمه والا كان حكمه معرض للنقض والبطلان.

الا ان اثر الفلسفات في ادى إلى غموض وتشعب المبادئ العامة للقانون، لكن ليس معنى ذلك انه ليس هناك مبادئ قانونية عامة مشتركة بين كل الدول كمبدأ حسن النية والتعويض عن الاضرار، والخطأ المفترض وغيرها.

#### خامسا: موقف التشريعات الداخلية والدولية من المبادئ العامة للقانون.

نجد ان للتشريعات الدولية والداخلية إشارات واضحة لمضمون المبادئ العامة للقانون، لكن تناولته تحت مصطلحات متعددة، كمصطلح (قواعد العدالة، والانصاف، المبادئ العامة للقانون، ومبادئ القوانين في الدول المتمدنة).

وكما يلي:

#### ١- التشريعات الداخلية:

نجد ان القانون المدني العراقي في اكثر من مورد أشار للمبادئ العامة للقانون وتحت مصطلحات متعدد، فقد جعل المشرع في القانون المدني العراقي المبادئ العامة للقانون أو قواعد العدالة مصدر رابع للقانون بعد غياب التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية.

حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني العراقي على ((- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة)).

كما ونصت المادة ١٥٠ ٢١ من القانون المدني العراقي بصورة واضحة لقواعد العدالة بقولها ((٢- ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن

يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)).

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

يلاحظ ان المشرع في القانون المدني العراقي استخدم مصطلحات متعددة، كقواعد العدالة ومبادئ القانون الدولي الخاص وغيرها، اشارةً منه إلى رغبته في اعتماد مبادئ العامة للقانون، بل عدها مصدر من مصادر القانون المدني.

٢- التشريعات الدولية: هنالك عدة من الاتفاقيات والمعاهدات قد اشارت بصورة واضحة لمصطلحات المبادئ العامة للقانون فضلاً عن بعض هيئات التحكيم. وكالاتي:

أ- من الاتفاقيات: قد اشارت اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بلاستثمار بين الدول ورعايا الدول الاخرى عام ١٩٦٥ باسم اتفاقية (B.I.R.D) حيث نصت المادة (٤٢) منها على ((إن هيئة التحكيم تنظر لنزاع طبقاً لقانون الذي حدده الطرفان، وفي حالة عدم الاتفاق تطبق قانون الدولة المتعاقدة التي هي طرف النزاع، وكذلك مبادئ قانون الدولي الممكن تطبيقه)).<sup>١</sup>

كما اشارت لذلك اتفاقية إنشاء المؤسسات العربية لضمان الاستثمار مايلي ((وعند عدم وجود حكم في النصوص القانونية المشار إليها في الفقرة السابقة، تطبق المبادئ القانونية المشتركة في الاقطار المتعاقدة والمبادئ المعترف بها في

١ - نقلاً عن د.حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن الترخيص الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر - كلية القانون، سنة ٢٠٠٤-٢٠٠٥، ص ٢٩٧.

القانون الدولي))<sup>١</sup>. وكذلك محكمة العدل الدولية في النظام الاساس لها وفي المادة ٣٨ أشارت إلى ان (الاعتماد على مبادئ القانون في الامم المتحدة).

كما وأشارت اتفاقية فينا في المادة (٧) منها على ان (٢- المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي اخذت فيها الاتفاقية، والتي لم تحسمها نصوصها، يتم تنظيمها وفقا لمبادئ العامة للاتفاقية - اي الشاعة في التجارة الدولية..).

ب - الهيئات التحكيمية: فقد نصت غرفة التجارة الدولية للتحكيم وفي قواعد الوساطة والتحكيم إلى المبادئ العامة للقانون وعبرت عنه بقواعد العدل والانصاف، حيث نصت المادة (٢١) من هذه القواعد (تتولى هيئة التحكيم سلطات التحكيم بالصلح، أو تقرر وفقا لقواعد العدل والانصاف ويكون ذلك فقط في حالة اتفاق الاطراف على منحها هذه لسلطات)<sup>٢</sup>.

**الفرع الثاني: التطبيقات التشريعية والقضائية لفكرة المبادئ العامة**

## للقانون

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

١- **حسن النية:** مصطلح اشارت اليه التشريعات الداخلية والدولية ويعد مهم جدا في التعاملات ابرام التصرفات، فقد اشارت اليه المادة ١٥٠ ١١ من القانون المدني العراقي بالنص ((١ - يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)).  
اما على صعيد التشريعات الدولية فقد نصت اتفاقية فينا في المادة (١١٧) منه ((يجب ان يتم ابرام العقد وفقا لما يقتضيه العرف وحسن النية في التعامل)).

١ - نقلا عن د.حسن علي كاظم، المصدر اعلاه، ص ٢٨٩.  
٢ - نص قواعد الوساطة والتحكيم في غرفة التجارة الدولية.

٢- **القوة الملزمة للعقد:** وهذا نص واضحاً شرعت له كثير من الالتزامات منها العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ الالتزامات المتقابلة التي اشارت اليه التشريعات الداخلية والدولية . فقد اشار القانون المدني العراقي في المادة (١١٤٦) منه ((- اذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي)).

٣- **الحرية التعاقدية:** كما أشارت النصوص بصورة واضحة لهذا المبدأ ان الناس احرار في ان ينشئوا ماشاءوا من العقود والالتزامات.

٤- **حق الدفاع والمساواة:** ان حق الدفاع والمساواة في المعاملة امام القضاء والتحكيم: أشارت مجموعة من الاتفاقيات الدولية لهذا المبدأ وهو مبدأ حق الدفاع والمساواة في إجراءات التحكيم أمام القضاء منها اتفاقية جنيف لعام ١٩٦١ في المادة (٢٧) في الفقرة (ب) بما يلي ((يجب رفض الاعتراف اذا لم يبلغ الطرف الذي صدر الحكم ضده خلال وقت ملائم لكي يقدم دفاعه)).<sup>١</sup>

كما نصت اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ في المادة (٥) من الفقرة(ب) على نفس المعنى وهو عدم الاعتراف بالحكم التحكيم اذا لم يحترم حق الدفاع وعدم المساواة في المعاملة بين طرفي النزاع.<sup>٢</sup>

### ثانياً: التطبيقات القضائية لفكرة المبادئ العامة للقانون:

للقضاء لاسيما الفرنسي دور كبير في ايجاد بعض الاوضاع القانونية، مستغلاً سلطته التقديرية واجتهاداته التي فوضها له المشرع في نطاق المبادئ العامة للقانون .

ومثال على ذلك قاعدة الغش يفسد كل شيء وهي قاعدة اوجدها القضاء في ان كل يعمل ينطوي على غش يترتب عليه بطلان التصرف كله، وهذا المبدأ

١ - اتفاقية جنيف لعام ١٩٦١ الاوربية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي.

٢ - اتفاقية نيويورك لعام ١٩٨٥ المتعلقة باجراءات التحكيم الدولي.

بالرغم من انه غير مقرر تشريعيا الا انه مستقر قضائيا ويعمل به، ويعد هذا المبدأ مفروض وواجب تطبيقه، حيث يكون القرار القضائي المخالف له قابلا للنقض.

وجواز إثبات الغش بكافة طرق الإثبات. فذهب حكم قضائي لمحكمة النقض المصرية على ان قاعدة الغش يبطل التصرفات قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر به نص خاص في القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافرها في التصرفات والاجراءات عموماً صيانة لمصلحة الافراد والجماعات))<sup>١</sup>.

## المطلب الثاني

### مدى قدرة المحكم في تطبيق المبادئ العامة للقانون

بعد ان بينا مفهوم المبادئ العامة ومدى القدرة في تطبيقها، توصلنا إلى السؤال التالي، هو مدى قدرة المحكم وسلطته في تطبيق المبادئ العامة للقانون؟ هل سلطته مطلقة؟ ام مقيدة؟ وهل يستطيع بسهولة ان يطبقها ام تواجهه صعوبات؟ وما هي مبررات تطبيقه للمبادئ العامة؟

للإجابة عن ذلك لابد، ان نقسم المطلب إلى فرعين نتناول السلبيات والايجابيات التي تواجه المحكم في تطبيق المبادئ العامة للقانون، وفي الفرع الثاني نتناول تطبيقات لقرارات تحكيمية للمبادئ العامة للقانون.

الفرع الأول: السلبيات والايجابيات في تطبيق المحكم للمبادئ العامة

للقانون

اولا: السلبيات: هنالك جملة من السلبيات أو الصعوبات التي تواجه المحكم عندما يريد ان يطبق المبادئ العامة للقانون منها:

١- (الطعن رقم ١٨٠ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٤) ..الموقع الرسمي على الانترنت لمحكمة النقض المصرية.

١- أن تطبيق هذا المبدأ يعتمد على ثقافة المحكم وقدراته الذهنية من خلال تحليل النصوص القانونية الوطنية واستخلاص المبادئ العامة التي تعبر عن قناعة المحكم<sup>١</sup>.

٢- ان تطبيق المحكم لمصطلحات المبادئ العامة يكتنفه بعض السلبيات كصعوبة تحديد مضمون هذه القواعد القانونية المدعى فيها بالامم المتحضرة كما ان هذه القواعد مفهوماها غامض غير محدد الذي يمكن ان يُسئ استخدامها من قبل المحكم<sup>٢</sup>.

٣- ان التعارض في الإيديولوجيات وتضاد الفلسفة التي تعتمدها كلاً منها، تقف عقبة امام الاستقرار على مضمون وحدود المبادئ العامة للقانون.

٤- ان هنالك كثير من الاوضاع القانونية لاتتضمنها المبادئ العامة للقانون حيث ان هذه المبادئ تعتبر مفاهيم كلية لاتحوي على جزئيات محددة يمكن ان تجد لنا حلولاً في معالجة كل الوقائع<sup>٣</sup>.

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 يؤدي إلى اختلال العدالة التعاقدية بين الاطراف، لاسيما ان اغلب هذه المبادئ موضوعة من قبل الامم المتعدنة في مقابل البلدان النامية .

**ثانياً: الايجابيات:** ومن الايجابيات التي يمكن ان تستظهرها في تطبيق المبادئ العامة للقانون من قبل المحكم هي:

١- ان هذه المبادئ تعد ضرورية لذلك لا يخلوا نظاماً أو فكراً قانونياً منها، والسبب يعود انها مبادئ مثالية ترجع لفطرة الإنسان وما يستحسنه وما

١ - د.حسن علي كاظم، المصدر السابق، ص٢٩٨.

٢ - د.حسن علي كاظم، المصدر اعلاه، ص٢٩٨.

٣ - د.طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، ط٢، دار الثقافة، الاردن، سنة٢٠١٧، ص٢٩٦.

يستقبله من وضع القواعد لتنظيم مثل هذه الافعال الحسنة والقيحة، مما تشكل مصدر الهام في نظام القانون الدولي<sup>١</sup>.

٢- تعد هذه المبادئ من اهم الطرق التي تعالج الفراغ أو النقص التشريعي وتكون عون وسند للقاضي والمحكم وهما ملزمان بالفصل في النزاع، من ان يستعينان بها في كل واقعة تخلوا من حل قانوني مباشر لها.

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 العدالة، لذلك قد يلجأ اليها المحكم في بعض الاحيان بدافع الضرورة، ويستبعد تطبيق القوانين حتى وان وجدت كما سوف يأتي ذلك.

٤- بعد التتبع لايمكن ان نجد واقعة أو حكما يتسم بالعدالة مالم يتضمن في اجراءاته وصدوره المبادئ العامة للقانون أو بعض منها، فمبدأ المساواة بين الخصوم ومبدأ حق كفالة الدفاع ما هي الا مبادئ قانونية عامة لايمكن تصور حكماً أو قراراً تحكيمياً خاليا منها .

لذلك فأننا نخالف الذين ذهبوا بأن المبادئ العامة للقانون يتم اللجوء اليها عند غياب النصوص القانونية، بل هي من اكثر القواعد القانونية المطبقة في كل الوقائع.

#### الفرع الثاني: القرارات التحكيمية في تطبيق المبادئ العامة للقانون بعد

البحث نجد ان ما ذهبت اليه التشريعات والفقهاء من حيث اعتبارهم ان المبادئ العامة للقانون لايمكن الاستعانة بها الا بعد غياب النصوص القانونية التي تحكم المسألة اي اعتبارها مصدرا احتياطيا مستقلا، مجانبا للصواب. والحال اننا وجدنا ان هذه المبادئ هي من اهم واكثر المصادر القانونية تطبيقا، حيث لم يقتصر دورها على تطبيقها بعد غياب النصوص القانونية، بل هي مصدر يعتمده المحكم

١ - د.حسن علي كاظم، المصدر اعلاه، ٢٩٩.

والقاضي في كل مراحل وانواع النزاع، حيث انه لا يوجد محكم أو قاضي يستغني عن مبدأ المساواة في التعامل مع الخصوم، كذلك لا يمكن ان يستغني عن السعي في تحقيق العدالة وكذلك لا يمكن ان يرفض حق ل احد الخصوم في الدفاع وغيرها من المبادئ التي ترجع للقواعد المجردة والعامّة للقانون والمبادئ المثالية، لذلك يمكن ان نوصف هذا الدور للمبادئ العامة للقانون بالدور المكمل لحكم النزاع المعروف، وعليه سنقسم تطبيق المحكم للمبادئ العامة للقانون باعتبارها مصدر اصلي في حكم المسألة ومصدر مكمل لا يمكن الاستغناء عنه في كل واقعة .

### اولاً: تطبيق المحكم للمبادئ العامة للقانون باعتبارها مصدر اصلياً.

ومن القرارات التحكيمية التي تؤكد ذلك كما ما طبقته غرفة التجارة الدولية بباريس عام ١٩٧٩ في قضية حيث طبقت هذه الغرفة مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، والذي اعتبرته من مبادئ قانون المحكم الذي يجب تطبيقه في كل مراحل العقد المبرم بين طرف تركي والآخر فرنسي، وعدم الرجوع إلى القانون التركي والفرنسي، وتطبيق القانون الموضوعي للتجارة الدولية<sup>١</sup>.

كذلك وفي قرار اخر نجد ان الهيئات التحكيمية قد طبقت هذا المبدأ في اكثر من مورد، كما في التحكيم لشركة ارامكو، في نزاع عرض امام المحكم Sauser Hall عام ١٩٥٨، الذي عمد إلى استبعاد القانون السعودي المستمد من الشريعة الاسلامية بدعوى عدم تضمنه حكم للمسالة المطروحة، واستبدل أحكامه بالقواعد العامة للقانون<sup>٢</sup>.

### ثانياً: تطبيق المحكم للمبادئ العامة للقانون باعتبارها مكملّة في كل مراحل

**التحكيم:** نجد ان لهذا الدور جملة من القرارات التحكيمية التي استعان فيها المحكمين منها. في قرار تحكيمي بشأن النزاع بين الحكومة الليبية وشركتي تكساكو كالاستك للبتترول عام ١٩٧٧، الذي لجأ المحكم إلى المبادئ العامة

١. نقلا عن: حسن علي كاظم، المصدر السابق، ص ١٩٩.

٢. نقلا عن: د.حسن علي كاظم، المصدر اعلاه، ص ١٩٧.

للقانون واستبعاد القانون الليبي، وذهب في تبرير ذلك بالقول ليس من الضرورة ان يكون هنالك غياب تام للقوانين التي تحكم المسألة المطروحة حتى يمكن اللجوء للمبادئ العامة بل يمكن اللجوء اليها عندما لا تحقق العدالة وتؤدي إلى اختلال في توازن العقد<sup>١</sup>.

ويمكن القول ان اللجوء المحكمين لهذه المبادئ واستبعاد القوانين الحاكمة للمسألة ناتج على ان هذه المبادئ ليس بالضرورة تكون احتياطية بل قد تنهض كل ما وجد المحكم ان القانون الحالي هو لا يحقق العدالة المرجوة.

وفي قرار تحكيمي اخر امتنعت المحاكم الفرنسية من تنفيذ القرار التحكيمي الصادر من المحكم، لان هذا القرار حسب قولها لم يوفر حق الدفاع والمساواة في المعاملة امام القضاء والتحكيم، وهو ماتقره المبادئ العامة للعدل والانصاف<sup>٢</sup>.

يفهم من ذلك ان هذه المبادئ يجب ان ترافق كل اجراءات سير التحكيم باعتبارها لايمكن ان التنازلي عنها في كل واقعة معروضة.

١ نقلا عن د.حسن علي كاظم، المصدر نفسه، ص١٩٧.  
٢ - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ط٢، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠٠٧، ص١٤٣.

## الخاتمة

بعد ان انهينا البحث توصلنا لمجموعة من النتائج والمقترحات..

### اولا: النتائج:

١. ان فكرة المبادئ العامة للقانون فكرة مرنة تختلف باختلاف الازمنة والامكنة.
٢. بسبب مطاطية مصطلح المبادئ العامة للقانون لم تعمل التشريعات إلى تقنين مفهوم لها.
٣. استنتجنا ان المبادئ العامة للقانون تعد الاسلوب الانجع والملائم في نطاق التجارة الدولية، في ظل غياب التشريع التجاري الدولي المتكامل، اذ تعطي المحكم حرية في اصدار القرار في الواقعة المعروضة امامه.
٤. استنتجنا إلى ان المبادئ العامة للقانون لا تنحصر بأبصارها مصدر احتياطي، بل مصدر مكمل يبدأ من تأريخ بدء المنازعة إلى خين انتهائها، كحق المساواة بين الخصامين وحق المعاملة العادلة وغيرها من المبادئ التي يلتزم المحكم بها.

### ثانيا: المقترحات:

- لا بد للتشريع العراقي لاسيما في مشروع قانون التحكيم ان يولي اهمية بالغة للمبادئ العامة للقانون، ويؤطرها اطاراً تشريعياً متكاملًا ينسجم مع التجارة الدولية، ويجعل فكرة قواعد الانصاف فكرة اساسية وضابط يحدد من خلالها العرف التجاري الدولي.

## المصادر

### أولاً: الكتب العربية

- ١- احمد ابراهيم، غاية القانون، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
- ٢- د. حسن علي ذنون، فلسفة القانون، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٢.
- ٣- د. حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن الترخيص الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر - كلية القانون، سنة ٢٠٠٤-٢٠٠٥.
- ٤- د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، ط٢، دار الثقافة، الاردن، سنة ٢٠١٧.
- ٥- د. عبد الباقي البكري وزهير البشير، مدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية - بغداد.
- ٦- د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، المبادئ العامة لمدخل القانون، ط١، مطبعة النجف الاشرف، ٢٠٠٤.
- ٧- د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ط٢، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠٠٧.
- ٨- د. محمد حسين منصور، المدخل لدراسة القاعدة القانونية، دار المعارف، لبنان، ٢٠٠٥.

### ثانياً: الاتفاقيات والمعاهدات

- ١- اتفاقية جنيف لعام ١٩٦١ المتعلقة بتنفيذ الاحكام الاجنبية.
- ٢- اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ المتعلقة باجراءات التحكيم الدولي.
- ٣- اتفاقية المؤسسة العربية للاستثمار لسنة ١٩٦٥.
- ٤- اتفاقية فينا لبيع البضائع الدولية لسنة ١٩٨٠.

### ثالثاً: مواقع الانترنت

- ١- الموسوعة العالمية للمعرفة ويكيبيديا.
- ٢- الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية.

### رابعاً: المتون

- ١- نصّ مدونة جستنيان مترجمة للعربية.
- ٢- القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤.
- ٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- ٤- نصّ قواعد الوساطة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية.
- ٥- النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية.

### • الكتب الأجنبية

Morcelo Kohen.General Prncipiles of international law .Oxford  
Jurnal of law,2014.

## الملخص:

تعد فكرة المبادئ العامة، من أهم وأقدم الأفكار القانونية التي لقت اهتماما واسعا من قبل الفلاسفة القدامى ومن ثم انتقلت إلى التقنين الروماني بالأخص مدونة جستنيان، والسبب في ذلك يعود إلى ان اغلب المبادئ العامة للقانون، نابعة عن مثل عليا ومفاهيم فطرية راسخة لدى الإنسان، بل ان فكرة القانون ونشأته، وجدت بعد البحث في مفهوم العدالة والإنصاف وضرورة التنظيم في الحياة، وكل هذه الافكار تتجسد في ماهية المبادئ العامة للقانون، وعليه لاتجد تشريعا أو قانونا لدولة من الدول الا وقد تبنى هذه المبادئ واعتبرها من مصادر قانونه بصورة مباشرة أو غير مباشرة. وانطلاقا من فعالية المبادئ العامة للقانون في التشريعات وصدور الاحكام القضائية، يتبادر السؤال التالي، هل ان لهذه المبادئ دور في التحكيم، هل للمحكم قدرة أو سلطة يستطيع ان يطبق المبادئ العامة للقانون في النزاع المعروض؟ ومتى يستطيع يطبقها؟ هل عند غياب الفراغ التشريعي أو النص القانوني لحكم الواقعة؟ ام يمكن ان يطبقها في كل الاحول وفي كل الوقائع؟

## **ABSTRACT:**

The idea of general principles is one of the most important and oldest legal ideas that have received wide attention from the ancient philosophers and then moved to Roman codification, especially the Justinian Code. This is because most of the general principles of law stem from lofty ideals and innate concepts of man. The idea of law and its establishment was found after the research on the concept of justice, equity and the necessity of organization in life. All these ideas are embodied in the general principles of law. Therefore, it is not necessary to find legislation or a law of any country. . And from the effectiveness of the general principles of law in the legislation and the issuance of judgments principles have a role in arbitration. Does the arbitrator have the power or power to apply the general principles of law in the dispute? And when can he apply it? In the absence of the legislative void or the legal text of the judgment of the incident? Or can it be applied in all alternations and in all facts?