



جامعة أبوظبي
ABU DHABI UNIVERSITY

كلية القانون

ماجستير القانون الخاص

الحرم الجامعي بدبي

رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص،
في موضوع:

خضوع العقد التجاري الدولي للمبادئ العامة للقانون

The International commercial contract is subject

to the general principles of law

تحت إشراف الدكتور:

محمد الهادي المكنوزي

من إعداد الطالب:

سيف سلطان الكتبي

أعضاء لجنة المناقشة

-
- الدكتور محمد الهادي المكنوزي، أستاذ القانون الخاص المشارك بكلية القانون، جامعة أبوظبي، رئيساً؛
 - الدكتور الصغير محمد مهدي، أستاذ القانون الخاص المشارك بكلية القانون، جامعة أبوظبي، عضواً.

السنة الأكاديمية: 2020/2019

إقرار

أقر أنا الموقع أدناه الطالب/ سيف سلطان الكتبي، المقيد ببرنامج القانون الخاص، أن هذا البحث المقدم مني للحصول على الماجستير في القانون الخاص، هو نتاج عملي وجهدي العلمي الخالص، وأنه لم يسبق لي التقدم به لأي جهة علمية أو إدارية أو غيرها داخل الدولة أو خارجها للحصول على أي درجة علمية أخرى أو لأي سبب من الأسباب، وأن مضمون هذه الرسالة يعكس آراء الباحث الخاصة وهي ليست بالضرورة الآراء التي تتبناها الجهة المانحة للدرجة العلمية.

كما أقر بقبول قيام الجامعة في حال إجازة الرسالة من قبل لجنة المناقشة والحكم بطباعة الرسالة ونشرها بالكيفية التي تراها محققة لأغراضها وأهدافها، دون أن يكون لي حق العدول عن هذا الإقرار بعد إجازة الرسالة.

مقدم من: سيف سلطان الكتبي

الرقم الجامعي: 1066439

التوقيع:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ
أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ}

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

[المجادلة: الآية 11]

إهداء

إهداء يعانق السماء،

وحب يملأ البحر والصحراء،

أتشرف بإهداء هذا العمل لوالدي صاحب المقام العالي،

ووالدتي النبع الصافي،

وزوجتي ذات الطبع الراقى،

ولكل أبنائي وأفراد عائلتي،

وأخيراً لأصحاب المكانة العالية في قلبي أساتذتي الذين منهم نهلت العلم

الوافى والخلق السامى.

الشكر والتقدير

بعد أن أعانني الله على الانتهاء من رسالتي هذه، أشكر كل من كان له الفضل بعد الله في مساعدتي في إكمال هذا البحث، فأقدم بالشكر والعرفان للدكتور/ محمد الهادي المكنوزي لتفضله بقبول الإشراف على هذه الرسالة، فقد كانت فكرة فعاش معي لحظات العناء وأعطاني من وقته الثمين الكثير من الرعاية والمساندة والتوجيه الحسن ومن وافر علمه وجهده المتميز وملاحظاته وتوجيهاته القيّمة ما كان له الأثر الكبير في إخراجها بهذا الشكل المتميز فله مني كل الشكر والتقدير.

الباحث

الفهرس

1	المقدمة
8	الفصل الأول ماهية المبادئ العامة للقانون في قانون التجارة الدولية
10	المبحث الأول: المقصود بالمبادئ العامة للقانون
11	المطلب الأول: تعريف المبادئ العامة للقانون
19	المطلب الثاني: تمييز المبادئ العامة للقانون عن بقية المفاهيم المشابهة
27	المبحث الثاني: تزايد أهمية المبادئ العامة للقانون في الحياة التجارية الدولية
28	المطلب الأول: ارتباط المبادئ العامة للقانون بقواعد القانون الدولي الخاص
33	المطلب الثاني: ارتباط المبادئ العامة للقانون بعقود التجارة الدولية
41	الفصل الثاني مظاهر تطبيق المبادئ العامة للقانون على عقود التجارة الدولية
43	المبحث الأول: مساهمة عقود التجارة الدولية في تجسيد المبادئ العامة للقانون
44	المطلب الأول: مبادئ عامة للقانون تساهم في تحقيق التوازن العقدي
53	المطلب الثاني: مبادئ عامة للقانون تساهم في تنفيذ العقد التجاري الدولي
61	المبحث الثاني: موقف التشريع والقضاء من المبادئ العامة للقانون
62	المطلب الأول: موقف التشريع من المبادئ العامة للقانون
69	المطلب الثاني: موقف القضاء من المبادئ العامة للقانون
78	الخاتمة
83	قائمة المراجع

ملخص الرسالة

تشكل المبادئ العامة للقانون فكرة غامضة، ومضمونها غير معلوم للأطراف وللقاضي، ويفتح الباب واسعاً للجدل حول تحديده، ويتنافى ذلك مع استقرار المعاملات وما ينبغي أن تتسم به العقود الدولية من أحكام مؤكدة، على الأقل بصدد القانون الواجب التطبيق عليها مستقبلاً.

كما أن المبادئ العامة للقانون تكون غير كافية في حالات كثيرة، وتعجز عن تقديم الحلول الملائمة للنزاع، مثل تحديد مدة التقادم، والمدة التي يجوز للمشتري فيها التمسك بالعيب الخفي، حيث لا توجد مبادئ موحدة بشأنها، مما يدفع إلى تطبيق أحد القوانين الوطنية المتقدمة. أضف إلى ذلك أن كثيراً من العقود الدولية تتضمن العديد من النقاط الفنية والتقنية الدقيقة والمتطورة التي تعجز المبادئ العامة عن وضع الحلول لها. على هذا الأساس يتحدد الإشكال المحوري لهذه الرسالة في التساؤل الآتي: ما مدى ملاءمة المبادئ العامة للقانون لعقود التجارة الدولية ؟

ارتباطاً بالإشكال المحوري للرسالة المشار إليه أعلاه، فإننا نلاحظ أن المبادئ العامة تتسم بطابع العمومية المستمد من الاعتراف بها من جانب التشريعات الوطنية لمعظم الدول مهما كانت طبيعة النظام القانوني الذي تنتمي إليه. على هذا الأساس، يلاحظ أن بعض المبادئ العامة للقانون يحتاج إلى تطويره وملائمته بشكل يتماشى مع متطلبات عقود التجارة الدولية. كما توصلنا في ختام هذه الرسالة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات تسير في اتجاه تحديث التشريع الإماراتي.

Abstract

The general principles of law constitute a vague idea, the content of which is not known to the parties and to the judge, and opens the door to a wide debate about its determination. This is contrary to the stability of transactions and the definitive provisions of international contracts, at least with regard to the law applicable to them in the future.

In general, the general principles of the law are insufficient and fail to provide appropriate solutions to the dispute, such as limitation of time limit, and the period during which the buyer may invoke the invisible defect, for which there are no uniform principles, leading to the application of an advanced national law. In addition, many international contracts contain many sophisticated technical and technical points for which general principles are unable to find solutions. On this basis, the central form of this message is defined in the following question: How appropriate are the general principles of law for international trade contracts ?

In connection with the pivotal forms of the above-mentioned letter, we note that the general principles are general in nature and derive from their recognition by the national legislation of most States, whatever the legal system to which they belong. On this basis, it is noted that some general principles of the law need to be developed and adapted to the requirements of international trade contracts. We have also concluded at the end of this letter a set of conclusions and recommendations moving towards the modernization of UAE legislation.

المقدمة

من المتعارف عليه أن المبدأ العام هو كل قاعدة تبلغ من العمومية والأهمية ما يجعلها أساساً للعديد من القواعد التفصيلية المتفرعة عنها، فهو قاعدة بلغت من العمومية درجة عالية يمكن معها اشتقاق العديد من القواعد المتفرعة عنها. وتكاد المبادئ العامة تقف في مركز وسط بين الفكرة العامة للوجود وبين القواعد الوضعية المعمول بها في مجتمع معين، فهي تعبر تعبيراً كلياً عن الفكرة العامة، ثم تأتي القواعد القانونية فتعبر تعبيراً جزئياً عن الأفكار التي تحدد المبادئ الأساسية المذكورة.

ذلك أن المبدأ العام لا يحتوي مضموناً محدداً، أما القاعدة فتتضمن تنظيمياً سلوكياً لأشخاص المجتمع، وعليه فإن المبادئ العامة ليس لها قدرة على التنفيذ الذاتي نظراً لكونها بالغة التجريد وذات مضمون مجرد أو سلبي وتحتاج بالضرورة إلى قواعد تخلق حقوقاً والتزامات⁽¹⁾.

ويُعد القانون الدولي نظام متطور، حيث يساهم الفقه والقضاء وممارسات الدول في تطوير مبادئه وقواعده. ولقد اقتضى ذلك بلورة عدد من القواعد القانونية الجوهرية والعامة التي لا يستساغ إغفالها والخروج عليها من أشخاص القانون الدولي فيما يُعقد من معاهدات واتفاقات⁽²⁾. وقد تم تفسير تلك المبادئ بشكلٍ عام بأنها تُقيد حرية الدول في التعاقد وفي الوقت نفسه تُبطل المعاهدات التي تتعارض مع القواعد التي تشكل صلب القواعد الآمرة في النظام القانوني الدولي"، ومن ذلك، فقد تعرض نطاق هذا المفهوم للجدل في أوساط المجتمع الدولي على مدى سنوات،

(1) عادل أبو هشيمة محمود حوته: عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص: 40.

(2) خليل إسماعيل الحديثي: المعاهدات غير المتكافئة المعقودة وقت السلم "دراسة قانونية سياسية، جامعة بغداد، 1981م، ص: 314.

وتباينت الآراء بخصوص وجود نظام عام دولي تنبثق منه قواعد لا يستطيع أشخاص هذا النظام القانوني الاتفاق على خلافها⁽¹⁾.

ولقد طرحت الاتفاقيات الدولية على الساحة الفقهية مفهوماً جديداً للعقد الدولي، فلا هي تبنت التعريف القانوني التقليدي الجامد الذي يسوي بين العناصر القانونية للرابطة العقدية، بحيث يترتب على الصفة الأجنبية إلى أي منها اكتساب العقد للطابع الدولي، الذي يبرر إخضاعه لأحكام القانون الدولي الخاص، ولا هي انتصرت للتعريف الاقتصادي الذي يعتبر العقد دولياً ذلك العقد الذي يربط بين مصالح اقتصاد أكثر من دولة.

على هذا الأساس اختارت تعريفاً يعتبر بمقتضاه دولياً العقد الذي تطرقت الصفة الأجنبية لعنصر من عناصره القانونية - وليس أي عنصر - بل فقط العنصر الذي يسمح بربط العقد باقتصاد أكثر من دولة، وبالتالي بالنظام القانوني لأكثر من دولة حقيقة وفعلاً. وفي واقع الأمر، إنه تعريف قانوني يجعل مما يسمى المعيار الاقتصادي مجرد أداة تابعة، يسخرها - هذا التعريف القانوني - في تحديد ما يعتبره عقداً دولياً مما لا يعتبر كذلك.

ولذا، فقد استقر التشريع والفقه والقضاء على أهمية المبادئ العامة للقانون منذ زمن بعيد، فقد نصت المادة الثانية من قرار مجمع القانون الدولي المنعقد في أثينا عام 1979 على أن: "الأطراف يستطيعون خصوصاً اختيار قانون العقد، أو واحد أو أكثر من القوانين الداخلية أو المبادئ المشتركة بين هذه القوانين أو المبادئ العامة للقانون، أو المبادئ المطبقة في الروابط الاقتصادية الدولية أو القانون الدولي، أو توليفة من تلك المصادر للقانون"⁽²⁾.

(1) عمار سعيد الطائي: القواعد الآمرة في القانون الدولي، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 15، العدد الأول، يونيو 2018م، ص: 255.

(2) إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م، ص: 347.

ومن المعلوم أن أغلب عقود التجارة الدولية تتصل بعدة دول، مما يربط ارتباطها بأكثر من نظام قانوني، وإذا ثار نزاع بشأن مسألة تتعلق بتلك العقود، فإن الحاجة تقتضي تفعيل دور الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. فمن حق أطراف هذه العقود التخطيط لها منذ البداية ومعرفة القانون الذي يحكمها، ومن حقهم كذلك، اختيار هذا القانون، لكي لا يفاجئوا بتطبيق قانون آخر لم يكن في حساباتهم أو يقع ضمن دائرة توقعاتهم⁽¹⁾.

أولاً: التعريف بموضوع الرسالة

العقد هو الوسيلة القانونية التي منحها القانون للأفراد من أجل ضمان حقوقهم والتزاماتهم فيما يخص التبادل التجاري والخدمي بينهم على الصعيد الداخلي والدولي، إذ تعاضد دورهم في تسيير التجارة الداخلية والدولية والتنمية الاقتصادية ليس للأفراد فقط وإنما للدول أيضاً، وخاصةً الدول النامية منها⁽²⁾.

على هذا الأساس، ستحاول هذه الرسالة التعرف على مدى خضوع العقد الدولي للمبادئ العامة للقانون، حيث إن المبادئ التي أشارت إليها المادة (23) من قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة لا يُقصد بها مبادئ القانون الدولي الخاص في القانون الإماراتي فحسب، ولكن المبادئ السائدة في القوانين الوطنية للدول باختلاف حضاراتها وجنسياتها. وهو

(1) زياد خليف العنزي: مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقاً لمبادئ مؤتمر لاهاي 2015، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 13، العدد 2، ديسمبر 2016م، ص: 372.

(2) أحمد حميد الأنباري: سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2017م، ص: 10.

الأمر الذي حدا ببعض الفقه إلى القول بأن على القاضي أن يستلهم هذه المبادئ من مصدرين⁽¹⁾:

- **الأول:** الحلول المتبعة في مختلف الأنظمة القانونية الوطنية السائدة في العالم المعاصر سواء في الدول المتقدمة أو دول العالم الثالث أو في الدول العربية، وخاصةً بعض الدول التي تعتمد تشريعاتها على الشريعة الإسلامية.
- **والثاني:** استخلاص هذه المبادئ من خلال ما ستقرت عليه أحكام القضاء ومحاكم التحكيم الدولية.

ثانياً: الإطار القانوني لموضوع الرسالة

أورد المشرع الإماراتي نص المادة (23) من قانون المعاملات المدنية، والتي تقر الاعتراف بمبادئ القانون الدولي الخاص كأحد المصادر الهامة لهذا القانون، فقد جاء بها: "تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين".

وقد جاء نص المادة سالفة الذكر بعد أن فرغ المشرع الإماراتي من إيراد النصوص التي تعالج تنازع القوانين، وفي الغالب يبرر اعتماد هذه المبادئ كأحد مصادر القانون الدولي الخاص بالقول: "أن لهذه المبادئ من سمات الدقة والوضوح ما يجعلها تفضل مبادئ القانون الطبيعي بسبب تخصصها في ناحية معينة من نواحي القانون".

⁽¹⁾ عوض الله شبية الحمد السيد: أحكام تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون الإماراتي، كلية شرطة دبي، دبي، 2001م، ص: 12-13.

ثالثاً: أهمية موضوع الرسالة

تنبثق أهمية هذا البحث من القيمة الجوهرية لموضوعه، وهو خضوع العقد الدولي للمبادئ العامة للقانون، حيث يمكن لهذا النوع من المبادئ مواجهة المتطلبات السريعة والمتطورة لعقود الاستثمار والتنمية والتجارة الدولية التي تعجز القوانين الوطنية عن الاستجابة لها لأنها وضعت لمواجهة العقود الداخلية، لكل ذلك تزايد الاهتمام بتلك المبادئ واحتلت مكانة هامة في هذا المجال.

من هذا المنطلق، يمكن تقسيم أهمية هذا الموضوع إلى نظرية وأخرى عملية، وذلك على النحو التالي:

- **الأهمية النظرية:** تتمثل في التعرف على مدى خضوع العقد الدولي للمبادئ العامة للقانون، فقد تزايدت أهميتها على مستوى العقود الدولية، حيث يكثر لجوء قضاء التحكيم إليها لاستخلاص الحلول المناسبة للمنازعات المتعلقة بتلك العقود.
- **الأهمية العملية:** تتمثل في مجموع النتائج والتوصيات التي ستتوصل إليها الدراسة، والتي من المتوقع أن تساهم في سد ثغرات القانون المتعلقة بموضوع الدراسة، واقتراح بعض النصوص القانونية التي من شأنها معالجة بعض جوانبه في القانون الإماراتي.

رابعاً: مبررات اختيار الموضوع

تتمثل مبررات اختيار موضوع خضوع العقد الدولي للمبادئ العامة للقانون فيما يلي:

1- تحديد المقصود بالمبادئ العامة للقانون؛

2- توضيح العلاقة التي تجمع المبادئ العامة للقانون بعقود التجارة الدولية؛

3- التعرف على مدى خضوع العقد الدولي لمبدأ النظام العام ومبدأ تفسير العقد وفقاً

للإرادة المشتركة للأطراف؛

4- التعرف على مدى خضوع العقد الدولي لمبدأ تنفيذ العقد بحسن نية ومبدأ احترام

الحقوق المكتسبة.

خامساً: الإشكال المحوري للموضوع

تشكل المبادئ العامة للقانون فكرة غامضة، ومضمونها غير معلوم للأطراف وللقاضي،

ويفتح الباب واسعاً للجدل حول تحديده، ويتنافى ذلك مع استقرار المعاملات وما ينبغي أن تتسم

به العقود الدولية من أحكام مؤكدة، على الأقل بصدد القانون الواجب التطبيق عليها مستقبلاً.

كما أن المبادئ العامة للقانون تكون غير كافية في حالات كثيرة، وتعجز عن تقديم

الحلول الملائمة للنزاع، مثل تحديد مدة التقادم، والمدة التي يجوز للمشتري فيها التمسك بالعيب

الخفي، حيث لا توجد مبادئ موحدة بشأنها، مما يدفع إلى تطبيق أحد القوانين الوطنية المتقدمة.

أضف إلى ذلك أن كثيراً من العقود الدولية تتضمن العديد من النقاط الفنية والتقنية الدقيقة

والمتطورة التي تعجز المبادئ العامة عن وضع الحلول لها.

على هذا الأساس يتحدد الإشكال المحوري لهذه الرسالة في التساؤل الآتي:

ما مدى ملاءمة المبادئ العامة للقانون لعقود التجارة الدولية ؟

سادساً: المناهج المعتمدة

قصد الإجابة عن هذا الإشكال المحوري، فإننا سنعتمد على منهجين، وذلك كما يلي:

1- **المنهج الوصفي التحليلي:** من أجل تحليل النصوص القانونية، وتفسيرها،

ومحاولة التعرف على مصدرها، بغية تحديد مدى خضوع العقد الدولي لمبادئ

القانون العام، وهذا يقتضي تحليل هذه المبادئ للتعرف على حقيقة ملاءمتها

لعقود التجارة الدولية.

2- **المنهج المقارن:** بهدف إجراء مقارنة بين الاتفاقيات الدولية والقانون الإماراتي

فيما يتعلق بمدى خضوع العقد الدولي للمبادئ العامة للقانون.

سابعاً: خطة الرسالة

قصد الإحاطة بكل جوانب الموضوع، وارتباطاً بالإشكال المشار إليه أعلاه، فإنه سيتم

تقسيم هذه الرسالة إلى فصلين، وذلك كما يلي:

الفصل الأول: ماهية المبادئ العامة للقانون في قانون التجارة الدولية

الفصل الثاني: مظاهر تطبيق المبادئ العامة للقانون على عقود التجارة الدولية

الفصل الأول

ماهية المبادئ العامة للقانون في قانون التجارة الدولية

تمهيد وتقسيم

أثار تحديد مفهوم المبادئ العامة للقانون، ومدى اعتبارها مصدراً للقانون الدولي العام اختلافاً وجدلاً واسعاً في الفقه الدولي، ويرجع اختلافهم في ذلك لخلاف أعمق وأدق يتعلق بقدرة القضاء الدولي على خلق القواعد الدولية من مصادرها الشكلية، ومدى قدرة هذه المصادر على مواكبة التطورات المستقبلية للعلاقات الدولية، أما بالنسبة للقضاء الدولي فلم يلجأ إلى المبادئ العامة للقانون إلا على نطاق ضيق وبطريقة غير مباشرة ونادراً ما أشار إليها بشكل صريح في أحكامه، وذلك لاعتماده في تحديد اختصاصه على رضا الدول ومحاولته حل المنازعات دون القيام بدور المشرع الدولي خلافاً لإرادة أطراف النزاع، فضلاً على أن المعاهدات والأعراف الدولية غالباً ما قدمت أساساً كافياً للقاضي الدولي لإصدار أحكامه⁽¹⁾.

وللتعرف على ماهية المبادئ العامة للقانون في قانون التجارة الدولية، سيتم

تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، وذلك على النحو التالي:

- **المبحث الأول:** المقصود بالمبادئ العامة للقانون.

- **المبحث الثاني:** تزايد أهمية المبادئ العامة للقانون في الحياة التجارية الدولية.

(1) قاسيمة جمال: القانون الدولي العام ومصادره، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017م، ص 185.

المبحث الأول

المقصود بالمبادئ العامة للقانون

تمهيد وتقسيم

كانت هذه المبادئ منذ وقت طويل محلاً لنقاشات الفقه حول وجودها، واستقلالها تحديداً عن المصدر الثاني من مصادر القانون الدولي العام، وهو العرف، فبداية من ستينات القرن الماضي اعترض الفقه الاشتراكي مدعوماً بفقه البلدان النامية على وجودها أصلاً مركزاً على نقد العبارة العنصرية (الأمم المتمدينة) التي تعكس مفهوماً أوروبياً ذاتياً متعالياً للحضارة موروثاً من عهد الاستعمار.

لكن البقاء في إطار النص القانوني الذي أوجد هذه المبادئ والاسترشاد بتطبيقات القضاء الدولي السابقة في جانب منها على النص ذاته، يؤكد بما لا يدع مجالاً للشك حقيقة هذه المبادئ واستقلاليتها تجاوزاً للجدل الفقهي حولها، والذي لم تعد له اليوم في حقيقة الأمر إلا قيمة تاريخية أو أكاديمية محضة⁽¹⁾.

وللتعرف على المقصود بالمبادئ العامة للقانون، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى

مطلبين، وذلك على النحو التالي:

- **المطلب الأول:** تعريف المبادئ العامة للقانون.

- **المطلب الثاني:** تمييز المبادئ العامة للقانون عن بقية المفاهيم المشابهة.

(1) أحمد إبراهيم إبراهيم: القانون الدولي الخاص "تتازع القوانين"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م، ص 98.

المطلب الأول

تعريف المبادئ العامة للقانون

من المعروف أن المبدأ العام هو: "كل قاعدة تبلغ من العمومية والأهمية ما يجعلها أساساً للعديد من القواعد التفصيلية المتفرعة عنها"⁽¹⁾، فهو قاعدة بلغت من العمومية درجة عالية يمكن معها اشتقاق العديد من القواعد المتفرعة عنها، وتكاد المبادئ العامة تقف في مركز وسط بين الفكرة العامة للوجود وبين القواعد الوضعية المعمول بها في مجتمع معين، فهي تعبر تعبيراً كلياً عن الفكرة العامة، ثم تأتي القواعد القانونية فتعبر تعبيراً جزئياً عن الأفكار التي تحدد المبادئ الأساسية المذكورة⁽²⁾.

(1) لطالما ارتبط ذكر المبادئ العامة للقانون بعبارة "التي أقرتها الأمم المتحدة"، والتي جاءت في نص الفقرة الأولى (ج) من المادة (38) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وقد ذهب الاتجاه الغالب في الفقه إلى تبرير هذه العبارة إلى القول بأنها أثراً من آثار الحقبة الاستعمارية، والطابع الأوروبي المسيحي الذي اصطبغ به القانون الدولي العام في بدايات نشأته، فلا شك أن المجتمع الدولي المعاصر لم يعد يعرف تفرقة بين أمم متمدينة وأخرى غير متمدينة، ومن ثم فقد وجه الفقه النقد إلى هذا الوصف، وأصبحت الكثرة منه تشير إلى المبادئ العامة للقانون دون أن تردفها بالوصف الذي أورثته المادة، في تبرير ذلك انظر: صلاح الدين عامر: مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007م، ص374.

(2) مهند عزمي أبو مغلي: القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2005م، ص19.

إن المبدأ العام لا يحتوي مضموناً محدداً، أما القاعدة فتتضمن تنظيمياً سلوكياً لأشخاص المجتمع، وعليه فإن المبادئ العامة ليس لها قدرة على التنفيذ الذاتي؛ نظراً لكونها بالغة التجريد وذات مضمون مجرد أو سلبي وتحتاج بالضرورة إلى قواعد تفصيلية تخلق حقوقاً والتزامات⁽¹⁾.

وهنا يتضح أن المبادئ العامة 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 تتفرع منها⁽²⁾.

وبناءً على ما سبق، يُقصد بالمبادئ العامة للقانون هي تلك "القواعد العامة والأساسية التي تهيمن على الأنظمة القانونية والتي تتفرع عنها قواعد أخرى تطبيقية تخرج إلى حيز التنفيذ في صورة العرف والتشريع"⁽³⁾.

وفي إطار القانون الدولي، يذهب البعض إلى تعريف المبادئ العامة للقانون بأنها: "مجموعة القواعد العامة المستفادة من النظم القانونية الداخلية والتي تطبق في

(1) مصطفى أحمد فؤاد: الأمم المتحدة والمنظمات الحكومية وغير الحكومية، بدون دار نشر أو سنة نشر، ص182؛ وفي ذلك يذهب البعض إلى القول: "أن القاعدة القانونية تحتوي على عنصرين هما الفرضية والحكم، والفرضية هي واقعة يفترض المشرع وقوعها في المستقبل، لكي يرتب عليها الحكم الوارد في القاعدة القانونية، أما الحكم فهو الحل الذي يضعه القانون أو المشرع من خلال القاعدة القانونية للواقعة التي احتوتها الفرضية في حين نجد أن المبدأ القانوني لا يحتوي إلا على حكم دون فرضية، كما أن المبدأ لا يقبل الاستثناء بعكس القاعدة التي تقبل الاستثناء عليها".

(2) بشار الأسعد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006م، ص14.

(3) السيد عبد المنعم حافظ السيد: عقد التأجير التمويلي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010م، ص18.

القانون الدولي العام كقواعد قياسية وتفسيرية وإجرائية أثناء أداء القاضي لوظيفته القضائية⁽¹⁾.

وقد اختلف الفقه حول مضمون وطبيعة المبادئ العامة للقانون، وقد أفضى ذلك إلى اختلافهم حول تحديد مكانة هذه المبادئ كمصدر من مصادر القانون الدولي، بل ومدى اعتبارها مصدراً رئيسياً أم ثانوياً عند الذين يصفون عليها صفة المصدر، ومن ثم يمكن جمع الآراء المختلفة والتبريرات الفقهية المتناقضة حول تحديد مضمون المبادئ العامة للقانون، حتى نتمكن من تحديد طبيعة هذه المبادئ، ومن ثم نقل تلك الطبيعة لنطاق القانون الخاص، وفي هذا الصدد نبحت بإيجاز الخلافات الفقهية حول رأيين لتلك المبادئ، كما يلي:

أولاً: المبادئ العامة للقانون مصدر مستقل من مصادر القانون الدولي

تعددت التفسيرات في مدى استقلالية المبادئ العامة، واختلفت باختلاف الفلسفة القانونية التي يؤمن بها كل من تصدى لبيان مدلول هذه المبادئ⁽²⁾، الأمر الذي أدى إلى ربط مضمون المبادئ العامة بمصادر ومفاهيم أخرى والخلط بينهما، وحتى نتمكن من فض الاشتباك والتأكيد على استقلالية المبادئ العامة للقانون كمصدر

(1) زهير الحسني: مصادر القانون الدولي العام، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، 1993م، ص 223.

(2) تباينت آراء الفقه الدولي بحسب المدرسة التي ينتمي إليها كل فقيه، فوجهة نظر المدرسة الوضعية مرتبطة بنظرتها للعلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي، والتي تتادل بالفصل التام بين القانون الدولي والقانون الداخلي، ومن جانب آخر تتطلق المدرسة الطبيعية من اعتبار القانونين الدولي والداخلي وجهين لعملة واحدة، ومن ثم تعد المبدأ العام الذي يجد أساسه في الطبيعة هو واحد في كلا القانونين، وهذا ما يخالفه الواقع العملي؛ لأن وجهة نظرها تنادي بمبادئ مثالية وغامضة لا تجد لها أساس في العمل الدولي؛ لمزيد من التفصيل حول هذا الخلاف انظر: قاسيمة جمال، مرجع سابق، ص 181-182.

مستقل من مصادر القانون، لابد من عرض وأبرز الآراء التي قيلت في هذا الشأن وأهم ما وجه إليها من انتقادات، كما يلي:

1- المبادئ العامة للقانون في حقيقتها جزء من العرف الدولي

ذهب جانب من الفقه إلى الخلط بين القاعدة العرفية والمبادئ العامة للقانون، من خلال نص الفقرة الأولى من المادة (38) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، بالقول أنها بإشارتها إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون التي أقرتها الأمم المتحدة لم تقصد سوى تطبيق "العرف العام" في مقابل "العرف الخاص" المنصوص عليه في البند السابق لها، ذلك أن المبادئ العامة للقانون في حقيقتها جزء من العرف الدولي وأن ذكرت تحت تعبير المبادئ العامة للقانون التي أقرتها الأمم المتحدة، ويلاحظ أن هذا الرأي قد جانبه الصواب؛ لأنه اعتمد على المقاربة بين المبادئ العامة للقانون والعرف الدولي من خلال الممارسات الدولية، على أساس أن لجوء المحاكم الدولية إلى المبادئ العامة بشكل متكرر ومستمر يولد عادة متواترة تساهم في نشوء عرف دولي، إذا ما صادفت الاعتقاد بقوتها الملزمة، وبذلك تتدرج المبادئ العامة للقانون ضمن المفهوم العام للعرف الدولي، إلا أن هذا الأمر ليس حكراً على تلك المبادئ بل تشترك به كافة المصادر الشكلية الأخرى⁽¹⁾.

2- المبادئ العامة للقانون تعني مبادئ العدل والإنصاف

يقوم هذا الرأي على افتراض أن المبادئ العامة للقانون تقدم لنا أساساً متيناً لتحديد مضمون مبادئ العدل والإنصاف، فالقاعدة القانونية إذا لم يثبت وجودها في

(1) حيدر عجيل فاضل: المبادئ العامة للقانون كمصدر للقانون الدولي العام، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2006م، ص24.

عموم النُظم القانونية الداخلية، فذلك يُعدُّ سبباً كافياً للاعتقاد بأن المشرع الداخلي في مختلف الدول يرى أن هذه القاعدة ليست من مقتضيات العدل والإنصاف أو أنها كذلك، ولكنها غير فعالة من الناحية العملية التطبيقية، ومن ثم لا تصلح كقاعدة من قواعد القانون الدولي، وبالمقابل إذا ثبت وجود قاعدة ما في عموم النُظم القانونية الداخلية فهي قرينة على أنها عادلة وعملية.

ولم ينجو هذا الرأي من سهام النقد، فالمبادئ العامة للقانون لا تعتمد لعدالتها وإنصافها وإنما لعموميتها وتجريدها، فبينما يُتَّصَد بسلطة الحكم وفقاً للعدل والإنصاف تخويل المحكمة سلطة الاجتهاد لتحصيل الحكم الملائم للنزاع، وهي مقيدة بضرورة استحصال موافقة الخصوم على ذلك طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة (38) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، نجد أن المحكمة إذا ما لجأت لتطبيق المبادئ العامة للقانون طبقاً للفقرة الأولى من ذات المادة، فإنها تمارس دوراً تطبيقياً اعتيادياً فلا تقوم بخلق قاعدة جديدة، وإنما تستلهما من مبدأ موجود ومطبق فعلاً بين الأمم وكل ما تقوم به تكييفه ليلتئم وقائع النزاع المعروض أمامها⁽¹⁾.

3- المبادئ العامة للقانون ترجع إلى قواعد القانون الطبيعي

اعتقد بعض الفقهاء أن قواعد القانون الدولي شأنها شأن قواعد القانون الداخلي تستند إلى مبادئ القانون الطبيعي في تكوينها، وإذا ما ظهر نقص أو قصور في قواعد أي من القانونين وجب على القاضي أن يلجأ إلى المبادئ العامة للقانون كتعبير عن القانون الطبيعي الذي يجد أساسه في فكرة العدالة والأخلاق، إذ أن المبادئ العامة للقانون تدمج القانون الطبيعي بالوضعي، فهي مبادئ القانون الطبيعي التي حظيت

(1) انظر هذا الرأي والانتقادات الموجهة إليه في: زهير الحسني، مرجع سابق، ص 291-293.

بالنص الوضعي المعبر عنها في الأنظمة القانونية القائمة لدى الدول، وقد أجهض هذا الرأي بحجة أن أي مصدر شكلي لابد وأن يتضمن مجموعة من القيم والمثاليات والمفاهيم السائدة في المجتمع والتي تزود القاعدة المعنية بمادتها، فمن المتصور أن نجد حكماً في معاهدة أو عرف يتفق مع مقتضيات القانون الطبيعي، كذلك الحال مع المبادئ العامة للقانون التي أقرتها الأمم المتحدة، فقد تضمنت بعض المبادئ الموروثة عن القانون الطبيعي ولكنها تبقى رغم ذلك من مصادر القانون الدولي الشكلية وليست مجرد مصدر مادي⁽¹⁾.

ثانياً: المبادئ العامة للقانون هي المبادئ المستمدة من الأنظمة الداخلية للدول

اختلف الفقهاء حول المقصود باصطلاح "القانون" الوارد في الفقرة الأولى (ج) من المادة (38) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية في هذا المجال إلى ثلاثة آراء فقهية هي:

1- إنها تعني المبادئ العامة للقانون الدولي دون غيرها:

لأن القضاء الدولي لا يمكن أن يطبق غير القواعد الدولية، مستبعداً بذلك دور المبادئ العامة للقانون المستمدة من القانون الداخلي على أساس استقلال كلا القانونين الداخلي والدولي عن الآخر⁽²⁾.

وقد رأى هذا الرأي أن: "المبادئ العامة للقانون الدولي العام ليست مصدراً من مصادره الشكلية، وفي اعتبارها كذلك مغالطة منطقية واضحة، إذ ليست هذه المبادئ

(1) انظر هذا الرأي والانتقادات الموجه إليه في: عصام العطية: القانون الدولي العام، المكتبة القانونية، بغداد، 2008م، ص 222.

(2) حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجانب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007م، ص 105.

العامة - في الواقع - سوى القواعد العامة العرفية المستتدة، في نشأتها ووجودها إلى العرف الدولي، وهي بهذا جزء من العرف الدولي لا يتميز عنه، وليست وسيلة متميزة من وسائل تعبير الجماعة الدولية عن إنصراف إرادتها إلى سن القواعد القانونية الدولية⁽¹⁾.

ومن ثم، وجب التفرقة بين المبادئ العامة للقانون الداخلي والمبادئ العامة للقانون الدولي التي يُقصد بها القواعد الأساسية للقانون الدولي العام، وهي مبادئ جوهريّة ترجع إلى العرف الدولي وتكون واجبة التطبيق في علاقات الدول ما لم يرد عليها استثناء مصدره الاتفاق الدولي في حالة خاصة بين دولتين⁽²⁾.

2- أنها تعني وفي ذات الوقت المبادئ العامة للقانون الدولي والمبادئ

العامة للقانون الداخلي

اتجه البعض إلى أن المقصود بالقانون في هذا المجال هو القانون بشتى فروع، الدولي والداخلي منها على حدٍ سواء، ومن ثم فالمبادئ العامة للقانون المعتبرة مصدراً للقانون الدولي العام هي المبادئ العامة المستمدة من النظم الداخلية والنظم الدولية⁽³⁾.

ويرى بعض الفقه أن المقصود بالمبادئ العامة للقانون ليس فقط تلك المستمدة من القوانين الوطنية وإنما يشمل المعنى أيضاً المبادئ الوثيقة الصلة بالحياة الدولية وبالعلاقات السائدة في إطار المجتمع الدوليين شأنها في ذلك شأن المبادئ الداخلية في

(1) هشام خالد: ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007م، ص 68.

(2) قاسيمة جمال، مرجع سابق، ص 177.

(3) هشام خالد: ماهية العقد الدوليين مرجع سابق، ص 69.

التميز بصفة العمومية والتجريد التي تحدد الإطار الذي ينبغي أن تأتي فيه قواعد مفصلة لها والتي تكفل لها التطبيق⁽¹⁾.

وقد انتقد هذا الرأي، على أساس أن المبادئ العامة للقانون الدولي ليست في حقيقتها سوى قواعد أنشأها وأوجدها العرف الدولي، ومن ثم اكتسبت وصف العرف الدولي وليست من المبادئ العامة للقانون التي يمكن للقاضي اللجوء إليها⁽²⁾.

3- أنها تعني المبادئ العامة للقانون الداخلي فقط

يتجه الرأي الغالب في الفقه إلى أن المبادئ العامة للقانون تعني بها المبادئ العامة المستمدة من الأنظمة الداخلية للدول دون غيرها والتي يمكن تطبيقها في الميدان الدولي⁽³⁾، ومن ثم لا يعتبر مصدراً للقواعد الدولية سوى المبادئ العامة المعترف بها في كافة الأنظمة القانونية الداخلية لمختلف الدول، فهي المبادئ الأساسية التي تستند إليها وتقرها النظم القانونية في مختلف الدول، كما لو أقرتها صراحة في قانونها الوطني أو تبنتها محاكمها الوطنية في العمل والتطبيق⁽⁴⁾.

(1) خالد عبد الفتاح خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م، ص27.

(2) هشام خالد، مرجع سابق، ص80.

(3) من أبرز القائلين بهذا الرأي: علي صادق أبو هيف: القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996م، ص20؛ حسن العشري: الإجراءات في النظام القضائي الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011م، ص473.

(4) وتطبيقاً لذلك يذهب البعض للقول أن المصدر الحقيقي لكافة قواعد القانون الدولي العام يتجسد في الإرادة الشارعة للجماعة الدولية أو لمن يفرض سيطرته عليها سواء تم التعبير عنها صراحة بالاتفاقيات الدولية الشارعة والقرارات القاعدية الصادرة عن المنظمات الدولية أو ضمناً بالعرف الدولي، أو افتراضاً بالمبادئ العامة للقانون الداخلي، انظر في هذا الشأن: محمد سامي عبد الحميد، مرجع سابق، ص124.

المطلب الثاني

تمييز المبادئ العامة للقانون عن بقية المفاهيم المشابهة

القواعد الآمرة، هي مبادئ أساسية من مبادئ القانون الدولي التي قبلها المجتمع الدولي لتأسيس قاعدة لا يمكن للدول خرقها. ومن البديهي أنه لا يجوز لأي شخص دولي أن يخرج عن هذه المبادئ حتى ولو كان ذلك عن طريق معاهدة. ونتيجة لذلك تم تفسير تلك المبادئ بشكل عام بأنها تقيد حرية الدول في التعاقد، وفي الوقت نفسه تبطل المعاهدات التي تتعارض مع القواعد التي تم تحديدها على أنها "آمرة"، وتعتبر قاعدة ملزمة بالنسبة للقانون الدولي كل قاعدة مقبولة، ومعتترف بها من قبل المجموعة الدولية، لا تخضع لأي استثناء، ولا يمكن أن تتغير إلا بمقتضى قاعدة جديدة من القانون الدولي تحمل نفس الطبيعة، والقواعد الآمرة هي الأساس القانوني، إضافة إلى القواعد الأخرى للقانون الدولي - لقيام مسؤولية أشخاص القانون الدولي من دول ومنظمات دولية وغيرها، عند ارتكابها أعمالاً غير مشروعة، تتمثل بانتهاك الالتزامات الدولية المفروضة عليها⁽¹⁾.

ويمثل عام 1969م منعطفاً هاماً في مجال الأخذ بنظرية القواعد الآمرة في القانون الدولي العام، حيث جاءت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969م لتضع نوعاً من التدرج وتقيم نوعاً من التفرقة بين القواعد الدولية الآمرة وبين غيرها من القواعد القانونية الدولية، ويكاد يوجد إجماع من فقهاء القانون الدولي على أن المبادئ ذات الطابع الإنساني التي ينبثق من ضمير المجتمع الدولي والتي تمثل الكلمة العليا فيه

(1) عمار سعيد الطائي: القواعد الآمرة في القانون الدولي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 15، العدد 1، يونيو 2018م، ص254.

تُعَدُّ من قبيل القواعد المرة التي لا يجوز مخالفتها ومثالها المبادئ التي جاء بها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان واتفاقية جنيف لعام 1949م واتفاقية منع إبادة الجنس البشري لعام 1948م، وغير ذلك من الاتفاقات الدولية ذات الأبعاد الإنسانية⁽¹⁾.

أولاً: الاعتراف الرسمي بالقواعد الآمرة

إن مفهوم "القواعد الآمرة" على النحو الذي تم تدوينه في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ليس مفهوماً جديداً. فعلى الرغم من إمكانية تتبع أصوله الأولى إلى الفترة التي تطورت خلالها عقيدة القانون الطبيعي، إلا أن الفكرة وضعت لأول مرة من قبل من يسمون بـ "الرواقيين". ففي القرن الرابع بعد الميلاد، قام هؤلاء بوضع النظرية القائلة بأن القانون يجب تطبيقه على صعيد دولي، وذلك استناداً على ما يُسمى "الاستدلال العقلي العالمي"، الذي لا يقوم على جنسيات منفردة أو عرق بعينه، وإنما يشترك به الجميع. وبفعلهم هذا، توصلوا إلى فكرة "الدولة العالمية" التي يجب أن يكون جميع الأفراد فيها متساويين⁽²⁾.

ويرجع الفضل للاهوتيين الإسبان "Theologinas" من القرن السادس عشر، الذين يعتبرون مؤسسي القانون الدولي الحديث، وكذلك غروتوس "Grotius" وغيره من الكتاب الكلاسيكيين، إذ ظهرت بعض المبادئ التي ارتقت إلى منزلة القانون الطبيعي اللازم، ولذلك فقد تم تأويل القانون الطبيعي بأنه "قانون تكون جميع الدول ملزمة بمراعاته، حيث اعترف معظم الفلاسفة بوجود مبادئ للقانون الطبيعي، ووجود

(1) محمد حافظ غانم: المسؤولية الدولية "دراسة لأحكام القانون الدولي ولتطبيقاتها التي تهم الدول العربية"، معهد

الدراسات العربية العليا، جامعة الدول العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص 41.

(2) عمار سعيد الطائي: القواعد الآمرة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 256-257.

مجتمع دولي يجب أن تخضع إليه جميع السیادات وذلك لصالح ما يمكن وصفه عموماً بأنه الصالح العام للإنسانية.

ونذكر في هذا السياق آراء بودين Bodin الذي كان يعتبر لفترة طويلة المؤيد الرئيسي لنظرية السيادة المطلقة، وهي النظرية القائلة أن الدول تمتلك سلطة مطلقة على مواطنيها، ولكنه، وعلى نحو منافي لهذا الرأي الشائع، أقر في الواقع أن مفهوم السلطة السيادية لم يكن يعني أن هذه السلطة يمكن أن تكون لا محدودة وتعسفية. بل على النقيض من ذلك، اعترف بودين أن السيادة كانت خاضعة دوماً "لإرادة الله" والقوانين الطبيعية، وقانون الأمم وهي قوانين مهيمنة⁽¹⁾.

بعد تلك الحقبة، بدأت فكرة القانون الفوقي والملزم للمجتمع الدولي في نظريات القانون الطبيعي بالانحسار تدريجياً وفي المقابل، فإن الذي بدأ يهيمن على التفكير في الساحة الدولية هو كل من القواعد الجديدة المستأقة من ممارسة الدول، وما أصبح يعرف بمبدأ القانون الوضعي، أي المبدأ القائل "أن القانون يتم تشريعه فعلياً وخصيصاً ويتم تنبيهه بموجب السلطة الملائمة من أجل مجتمع قانوني منظم"⁽²⁾.

وعلى الرغم من أن فكرة القانون الطبيعي الملزم قد حافظت على ما يمكن وصفه بالأهمية الأخلاقية أثناء هذه الفترة، فقد برزت فكرة "القانون الدولي الطوعي"، ونتيجة لذلك، ولبعض سنوات اختفى مصطلح "القواعد الآمرة". ثم أصبحت الفكرة المهيمنة بدلاً من ذلك، الفكرة القائلة أن القانون قد تم إنشاؤه حصرياً عن طريق غرادة

(1) عمار سعيد الطائي: القواعد الآمرة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 257.

(2) غالب علي الداوودي: القانون الدولي الخاص "تتازع القوانين"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2013م، ص 46.

الدول، ولذلك لم يتعرض للتحديد ولا التقييد، وبناءً على هذا التأويل فإنه بوسع الدول من الناحية النظرية أن تبرم معاهدات في مختلف المسائل والقضايا.

وعلى الرغم من ذلك، بالنسبة لبعض فقهاء القانون الدولي، فإن أساس القانون نفسه قد وقع كما كان موجوداً في قواعد النظرية الأساسية، أو القانون الطبيعي، أو التضامن الطبيعي. وقد تطور مفهوم "القواعد الآمرة" جزيئاً من تلك المفاهيم، ولكنها لم تكن المصدر أو الأصل الوحيد لها. ويعزى ذلك إلى أنه على الرغم من أن نظرية القانون الطبيعي تقوم على معتقد مفاده "أن هناك أفكار خارجية عن القانون الوضعي وتسمو عليه، والتي هي متضمنة في قواعده الملزمة الأساسية، في حين أن القواعد الآمرة ليست كذلك. بل على النقيض من ذلك، أن القواعد الآمرة تشكل جزءاً لا يتجزأ من القانون "الوضعي" نفسه، وهي معروفة ومُعترف بها من قبل المجتمع الدولي، بوصفها قواعد لا يمكن الخروج عليها، ولذلك، وعلى الرغم من نظريات القانون الطبيعي، فإن معظم تلك القواعد مستمدة من اعتبارات أخلاقية أو اجتماعية، وأن صفاتها مستمدة من القانون الدولي ومن إرادة الدول⁽¹⁾.

واستمرت نظريات القانون الوضعي السالفة الذكر في الهيمنة على تطور القانون الدولي حتى فترة مبكرة من القرن العشرين. ولم يتم قبول مفهوم القواعد الآمرة "رسمياً" في القانون الدولي حتى النصف الثاني من ذلك القرن⁽²⁾.

وقد بدأت الحركات نحو اعتراف أكثر "رسمية" بهذا المفهوم، ضمن المواثيق والفقهاء القانوني الذي يساهم كثيراً في صياغة قواعد القانون الدولي، بالظهور بعد الحرب العالمية الأولى، ومن ذلك على سبيل المثال إدراج المواد ذات العلاقة في كل من

(1) خالد عبد الفتاح خليل، مرجع سابق، ص 47.

(2) عمار سعيد الطائي: القواعد الآمرة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 258.

ميثاق عصبة الأمم وميثاق محكمة العدل الدولي الدائمة، ومن ثم، محكمة العدل الدولية. فقد نص البند (1) من المادة (20) من ميثاق عصبة الأمم لسنة 1919م أنه ينبغي على الدول الأعضاء ألا تدخل في معاهدات غير متوائمة مع أحكام الميثاق. وتضمنت المادة (38) 1/ج من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدائمة الذي تم تبنيه في سنة 1920، "المبادئ العامة للقانون المعترف بها من قبل الدول المتحضرة" ضمن مصادر القانون المطبق من قبل المحكمة⁽¹⁾.

ثانياً: معايير توافر صفة القواعد الآمرة

تعتبر الجوانب التالية شروط مسبقة لضرورة للإرتقاء بأي قواعد في القانون الدولي، لتبلغ منزلة "القواعد الآمرة في القانون الدولي:

1- القاعدة ينبغي أن تكون من القواعد العامة في القانون الدولي

إن القانون الدولي العام عبارة عن قانون دولي لمعظم الدول إن لم يكن ملزماً لها جميعاً. وهو القانون الذي يحكم المجتمع الدولي عموماً حيث أنه يشكل الجزء الأكبر من القانون العرفي. وقد قام "Schwarzenberger" بدراسة إمكانية وجود "قواعد آمرة باتفاق الأطراف"، بمعنى أن تكون هناك قواعد آمرة ليس لها سوى أثر محدود بين الدول المحددة فيها أو الموقعة عليها، بحيث تكون الفكرة مبنية على إنشاء قواعد آمرة عن طريق معاهدة، ومن ثم مراعاة الشرط القاضي بـ"أن كل معاهدة نافذة تكون ملزمة لأطرافها، وأنه يجب تنفيذها من قبلهم بنية حسنة"، وبالتالي يجب التقيد بما نصت

(1) غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 86.

عليه⁽¹⁾، ولكن معاهدة أو اتفاقية من هذا النوع تكون محدودة بسبب عدم وجود قاعدة مهيمنة تمنع الخروج عليها، وهي إحدى الخصائص المميزة للقواعد الآمرة، وأن القاعدة لا تكون ملزمة إلا بين عدد محدود من الدول الأطراف⁽²⁾.

ولا تمتلك جميع قواعد القانون الدولي خصائص "القواعد الآمرة" وليست جميع معاهدات القانون الدولي، حتى تلك التي صادق عليها عدد كبير من الدول، يمكن تصنيف كل قواعدها "كقواعد آمرة". وعلى أي حال، فإن معيار القواعد الآمرة يأتي في الواقع من أنها لم توجد لتلبية حاجة الدول بشكل منفرد، وإنما لتلبية مصلحة المجتمع الدولي بأجمعه. ويمكن أن نرى ذلك في بعض قواعد القانون الدولي الذي تم إنشاؤه لغرض إنساني.

2- القاعدة يجب أن تكون مقبولة ومعترف بها من قبل المجتمع الدولي

قبل أن يمكن اعتبار أحد القواعد كقاعدة آمرة، يجب قبولها والاعتراف بها من قبل المجتمع الدولي، الذي يمكن أن يكون إما صريحاً أو ضمناً، وهذا مشابه لبعض الجوانب للطريقة التي تتشكل بها قواعد القانون الدولي العام، ولكن هذا لا يعني أن القاعدة يجب قبولها من قبل جميع الدول بالإجماع، حيث أن الأهم أنه لا يمكن لمجرد قيام بعض أشخاص القانون الدولي، الذين يتصرفون بمفردهم أو بالاشتراك مع آخرين أن ينشئوا قواعد آمرة، ومن ثم يفرضوا تفسيرهم على غالبية الدول، وعلى نحو مماثلين

(1) المادة (28) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

(2) بدران شكيب الرفاعي: عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011م، ص5.

لا يمكن لمجرد بعض أشخاص القانون الدولي، الذين يتصرفون بمفردهم أو بالاشتراك مع آخرين أن يصوتوا بنقض قرار متخذ من قبل غالبية الدول⁽¹⁾.

عموماً، إن "القواعد الآمرة"، يمكن اشتقاقها من المصادر التالية المحددة من القانون الدولي:

أ. **المعاهدات العامة:** من المقبول قبولاً حسناً في القانون الدولي أن المعاهدات لا تلزم غير الأطراف موافقتهم، ولكن هناك استثناء وحيد من ذلك المبدأ وهو الاتفاقات او المعاهدات التي تجعل من مواضيعها وأغراضها أكثر أهمية.

ب. **العرف الدولي:** يُعرف العرف الدولي بأنه "إثبات لممارسة عامة، يقبلها القانون"⁽²⁾. وعلى الرغم من عملية تدوين القانون الدولي التي تقوم بها لجنة القانون الدولي على مدى السنين، يبقى جزء كبير من القانون الدولي عرفياً في طبيعته. وحقيقة الأمر أنه حتى الكثير من المعاهدات التي تُسمى "عامة" غالباً ما تكون مجرد تدوين لقواعد القانون العرفي. وبالنسبة لبعض فقهاء القانون الدولي، فإن القواعد الآمرة موجودة بصورة رئيسية في العرف الدولي⁽³⁾.

ج. **مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة**⁽⁴⁾: يجب أن تكون القاعدة لا تجيز الخروج عليها ولا يمكن تعديلها إلا بقاعدة لاحقة من

(1) ريتا سايد سيدة: العقود التجارية الدولية والعمليات المصرفية، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2014م، ص 98.

(2) المادة (38) (1/ب) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

(3) عمار سعيد الطائي: القواعد الآمرة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 269.

(4) الفقرة (1/ج) من المادة (38) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. كثيراً ما يعتبر دور المبادئ العامة للقانون كمصدر للقانون الدولي بأنه "تكميلي".

القانون الدولي العام لها نفس الطابع، على سبيل المثال، المادة (103)
من ميثاق الأمم المتحدة تنص على أنه: "إذا تعارضت الالتزامات التي
يرتبط بها أعضاء الأمم المتحدة وفقاً لأحكام هذا الميثاق مع أي التزام
دولي آخر يرتبطون به فالعبرة بالتزاماتهم المترتبة على هذا الميثاق".

المبحث الثاني

تزايد أهمية المبادئ العامة للقانون في الحياة التجارية الدولية

تمهيد وتقسيم:

كانت المبادئ العامة للقانون تقوم بدور محدد نسبياً في نطاق العلاقات التقليدية بين الدول، حيث كانت هذه العلاقات تستند في أساسها إلى المعاهدة والعرف الدوليين، حيث إن اختلاف النظم السياسية والاقتصادية والاجتماعية وغيرها بين الدول أفرز تمايزاً واضحاً بين نمط العلاقات الاجتماعية على الصعيد الداخلي وبين نمط هذه العلاقات على الصعيد الدولي، مما أدى إلى محدودية الاشتراك القانوني أو التوافق حول مبادئ موحدة يمكن أن تشكل ما يُسمى بالمبادئ العامة للقانون، فالتباين بين الدول على المستويات السياسية والاقتصادية والاجتماعية يؤدي بالضرورة إلى التباين على مستوى القانون المطبق داخل كل دولة⁽¹⁾.

ومع ذلك، ورغم قلة تحقق فكرة الاشتراك القانوني التي تقضي إلى انبثاق مبادئ عامة للقانون تصلح للانطباق في المجال الدولي، فقد وجد عدد من هذه المبادئ استطاع أن يلعب الدور المنوط به آنذاك في تنظيم العلاقات الكلاسيكية بين الدول، ويمكن رصد سريان هذه المبادئ في قطاعات محددة منها النظرية العامة للعقد

(1) جميل الشرقاوي: محاضرات في العقود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م، ص16.

واستعارة تفاصيلها للمعاهدة الدولية (أركان المعاهدة، وعيوب الرضا)، والميادين

المتعلقة بإدارة العدالة (مبدأ التقاضي، والمساواة أمام القضاء، ووسائل الإثبات)⁽¹⁾.

وللتعرف على تزايد أهمية المبادئ العامة للقانون في الحياة التجارية الدولية،

سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك على النحو التالي:

- **المطلب الأول:** ارتباط المبادئ العامة للقانون بقواعد القانون الدولي الخاص

- **المطلب الثاني:** ارتباط المبادئ العامة للقانون بعقود التجارة الدولية

المطلب الأول

ارتباط المبادئ العامة للقانون بقواعد القانون الدولي الخاص

تشكل عقود التجارة الدولية، العصب الرئيسي في الحياة الاقتصادية العالمية، وتتخذ أشكالاً متعددة تيسيراً للمعاملات التجارية التي بلغت في تنوعها حداً لا حصر له. ولعل أبرز ما يميز عقود التجارة الدولية اختلافها عن العقود الأخرى، في أن الأولى تخضع لقواعد القانون الدولي وبالأخص قواعد التجارة الدولية، أما الثانية فيتم تنظيمها بموجب القوانين الداخلية. سيدور الحديث في هذا المطلب عن ارتباط المبادئ العام للقانون بقانون التجارة الدولية الجديد، من خلال بيان تطور دور القانون الدولي الخاص عما كان عليه سابقاً⁽²⁾، وذلك على النحو الآتي:

(1) هشام صادق، عكاشة عبد العال، حفظة السيد الحداد: تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006م، ص189.

(2) صفوت أحمد عبد الحفيظ: دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005م، ص33.

أولاً: الدور التقليدي للقانون الدولي الخاص

نشأ القانون الدولي الخاص انطلاقاً من رغبة الدول في تركيز العلاقات الدولية العابرة للحدود في إطار قانوني معين تسترشد بأحكامه وتحتكم له عند النزاع، وتبنت الدول تحقيقاً لهذا الغرض قواعد إسناد تحدد القانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع ليكون هو القانون الواجب التطبيق، وسُميت هذه القواعد بـ "قواعد سافيني" نسبة إلى الفقيه الألماني الشهير "سافيني 1779-1861 Savigny"، الذي جاء بفكرة تركيز العلاقة القانونية وفقاً للمعطيات الخارجية له⁽¹⁾.

وقد اتسمت هذه القواعد بالحيادة من حيث النهج، فلم تعطي أي اعتبار للقيم الاجتماعية المحمية في القوانين الموضوعية، ولم تكن تركز على نتيجة النزاع ولا تعنى بتحقيق العدالة، وهكذا، وخلافاً لبقية فروع القانون، كان دور القانون الدولي الخاص يتمثل في سياق تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية في ظل غياب قانون الإرادة، في اختيار قانون البلد الأكثر ارتباطاً بالعلاقة القانونية محل النزاع، دون الأخذ بعين الاعتبار ما إذا كان تطبيق هذا القانون يحقق العدالة الموضوعية أو يوفر الحماية القانونية لأحد أطراف النزاع؛ فالعدالة التي تسعى قواعد الإسناد في هذا القانون إلى تحقيقها هي، في الواقع، عدالة من نوع خاص تتمثل بكل بساطة في تحديد النظام القانوني الأكثر اتصالاً وارتباطاً بالنزاع⁽²⁾.

وتضمن القانون الدولي الخاص إلى جانب هذه القواعد قواعد أخرى سُميت بالقواعد ذات التطبيق الضروري، ويطلق عليها البعض تسمية "قواعد الأمن والبوليس"،

(1) هشام صادق، عكاشة عبد العال، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 195.

(2) صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 38.

والتي تعتبر تجسيد لفكرة النظام العام بمعناه التقليدي، حيث تتعلق هذه القواعد بجوهر النظام العام الاقتصادي والاجتماعي للدولة، فكل المسائل التي تنظمها هذه القواعد تخرج من مجال تنازع القوانين، ذلك أن القاضي الوطني يطبق قواعد البوليس⁽¹⁾ في قانونه بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق الذي تشير له قاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص لبلده حتى لو كان قانون الإرادة⁽²⁾.

والجدير ذكره أن غالبية القوانين العربية تنص على ضرورة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كانت أحكامه مخالفة للنظام العام والآداب العامة في دولة القاضي دون تحديد دقيق لمعنى النظام العام⁽³⁾، وما يندرج تحته من قواعد⁽⁴⁾. وعدا هذه الاستثناءات، لم تتضمن هذه القوانين ولا قوانين الدول الأوروبية - قبل التوحيد الأوروبي لقواعد القانون الدولي الخاص - في مجال المعاملات المدنية والتجارية بين دول الاتحاد الأوروبي، قواعد خاصة تهدف بشكل أساسي إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية كالمستهلك في عقد الاستهلاك والعامل في عقد العمل⁽⁵⁾.

(1) من الملاحظ أن التشريعات الوطنية اختلفت في تسميتها لهذه القواعد، فالبعض يسميها بقوانين البوليس والأمن كالقانون الفرنسي القديم، والبعض الآخر بالقوانين الأمرة كالقانون السويسري.

(2) فعلى سبيل المثال، قابلية الاحكام القضائية للطعن عليها هي مسألة تتعلق بالنظام العام وتحكم بها المحكمة من تلقاء نفسها، ولا يجوز لأطراف النزاع الاتفاق على خلافها.

(3) عرفت محكمة تمييز دبي القواعد التي تعتبر من النظام العام هي: "قواعد يُقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، ويجب عليهم جميعاً مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يناهضوا باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة". طعن رقم 205 لسنة 2011، جلسة 2012/5/7م.

(4) المادة (27) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 والمعدل بالقانون رقم (1) لسنة 1987م.

(5) صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 40.

ثانياً: الدور الحديث للقانون الدولي الخاص

شهد القانون الدولي الخاص في القرن العشرين، جنباً إلى جنب مع القوانين الموضوعية، تطوراً ملحوظاً في مسألة حماية القيم الاجتماعية وحقوق الطرف الضعيف في العلاقة القانونية، فقد لوحظ بأن النظريات والقواعد التقليدية للقانون الدولي الخاص لم تعد قادرة على مسايرة التطورات في مجال حماية الطرف الضعيف وغير ملائمة لتحقيق العدالة الاجتماعية؛ لذلك قام المشرع في عدد من الدول باتباع نهج جديد وتبنى ضوابط إسناد جديدة تتماشى مع القيم والسياسات الجديدة التي ترسخت في ظل القوانين الموضوعية⁽¹⁾.

وفي مجال حماية المستهلك، اهتم المشرع في العديد من الدول بسن قواعد موضوعية آمرة لحماية المستهلك في علاقاته التعاقدية مع المهني، سواء كان بائعاً أو منتجاً أو موزعاً⁽²⁾. وتصنف هذه القواعد ضمن قواعد البوليس ذات الطبيعة الآمرة، بمعنى أنها تطبق على المستهلك أيّاً كان القانون المختار في عقد الاستهلاك محل النزاع.

ومما لا شك فيه أن لكل دولة مصلحة في تطبيق قوانينها التي تتماشى مع سياستها التي تضعها لتحقيق أهدافها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، فقد ترغب الدولة التي توفر قوانينها حماية للمستهلك في مجال العلاقات التعاقدية تطبيق قانونها على المستهلكين المقيمين فيها في حال تعاقدهم مع تجار (بائعي سلع أو مقدمي

(1) هشام صادق: الموجز في القانون الدولي الخاص، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1997م، ص 58.
(2) تشتمل بعض قوانين حماية المستهلك في الدول العربية على قواعد آمرة ذات تطبيق مباشر منها: قانون حماية المستهلك الإماراتي رقم 24 لسنة 2006؛ وقانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006؛ والقانون البحريني رقم (35) لسنة 2012 بشأن حماية المستهلك.

خدمات) من دول أخرى؛ والسبب في ذلك هو أن مستوى الحماية الممنوحة للمستهلك في التشريعات الوطنية تختلف باختلاف ثقافة الدول ودرجة تطور تشريعاتها، فقد لا تمنح قوانين بعض الدول أية حماية للمستهلك كطرف ضعيف أو تمنحه ولكن بمستويات متدنية. ولضمان عدم حرمان المستهلك من تطبيق الحماية المقررة له في قانون الدولة التي يقيم فيها ظهرت الحاجة إلى تقييد حرية التاجر المتعاقد مع المستهلك في اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن العقود التي يبرمها مع المستهلك، وإسناد عقود الاستهلاك، في حال غياب قانون الإرادة، إلى قانون دولة إقامة المستهلك المعتادة⁽¹⁾.

ومن هذا المنطلق، قامت بعض التشريعات في بعض الدول بوضع ضوابط إسناد خاصة لعقود الاستهلاك ضمن القانون الدولي الخاص لتحقيق أكبر قدر من الملاءمة مع قواعد الحماية المقررة في القوانين الموضوعية⁽²⁾.

وفي هذا الصدد، يرى الفقيه "دولنجر" Dokinger أن قواعد القانون الدولي الخاص تتأثر يوماً بعد يوم وإلى حد كبير بالمبادئ المعمول بها في القوانين الموضوعية الداخلية⁽³⁾، وهذا ما لوحظ بالفعل في القانون الدولي الخاص الموحد لدول المجموعة الأوروبية والذي جاء بمبدأ جديد في مجال القانون الدولي الخاص وهو أن:

(1) أبو العلا علي أبو العلا النمر: حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م، ص45.

(2) من أمثلة ذلك: القانون الدولي الخاص البلجيكي الصادر في 17 يوليو 2002؛ والقانون الدولي الخاص السويسري الصادر في 12 يناير 1988؛ والقانون الألماني الصادر في 30 يوليو 1986؛ مشار إلى هذه القوانين في مرجع: طرح البحور علي حسن: تدويل العقود، ص64.

(3) J. Dolinger: Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts' 283 Recueil des cours 187-512, 2000, p.23.

"حماية الطرف الضعيف على صعيد القانون الموضوعي يستدعي أيضاً توفير حماية له على صعيد القانون الدولي الخاص"⁽¹⁾.

ويستنتج الباحث مما سبق، أن هناك علاقة تلازم بين القوانين من حيث تطبيق وتقييد مبدأ حرية الإرادة.

المطلب الثاني

ارتباط المبادئ العامة للقانون بعقود التجارة الدولية

أصدر مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص مجموعة مبادئ غير ملزمة تسترشد بها الدول، لأجل تعزيز مبدأ إرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقود التجارة الدولية، وذلك لأجل أن تطور هذه الدول هذا المبدأ وفقاً لأفكار حديثة، وتعديل تشريعاتها الداخلية بطريقة من شأنها توسيع مجال إرادة الأطراف في اختيار القانون، وكذلك تحت الدول التي لا تتركس هذا المبدأ على الأخذ به واعتماده في تشريعاتها⁽²⁾.

من المعلوم أن أغلب عقود التجارة الدولية تتصل بعدة دول، مما يترتب ارتباطها بأكثر من نظام قانوني، وإذا ثار نزاع بشأن مسألة تتعلق بتلك العقود، فإن التساؤل الذي يبرز ما هو القانون الواجب التطبيق؟ والإجابة عن هذا السؤال هي مهمة المحكمة أو

(1) هشام صادق: الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 60.

(2) زيادة خليف العنزي: مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقاً لمبادئ مؤتمر لاهاي "2015"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرقية والقانونية، المجلد 13، العدد 2، ديسمبر 2016م، ص 371.

هيئة التحكيم التي تنظر النزاع، والتي تحدد القانون الواجب التطبيق وفقاً لآليات معينة قد لا يكون لإرادة الأطراف دوراً فيها، أو يكون دورها ضعيفاً أو بسيطاً⁽¹⁾.

ولاجل ذلك، ظهرت الحاجة إلى تفعيل دور الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، فمن حق أطراف هذه العقود التخطيط لها منذ البداية ومعرفة القانون الذي يحكمها، ومن حقهم كذلك، اختيار هذا القانون، لكي لا يفاجئوا بتطبيق قانون آخر لم يكن في حساباتهم أو يقع ضمن دائرة توقعاتهم⁽²⁾.

بذل القائمون على مؤتمر لاهاي جهوداً لتعزيز إرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقود التجارة الدولية، وذلك عن طريق إصدار مبادئ غير ملزمة تسترشد بها الدول التي تتبنى مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون، وذلك لأجل أن تطور هذه الدول هذا المبدأ وفقاً لأفكار حديثة أوصى بها المؤتمر، وتعديل تشريعاتها الداخلية بطريقة من شأنها توسيع مجال إرادة الأطراف في اختيار القانون، وكذلك تحت الدول التي لا تركز هذا المبدأ على الأخذ به واعتماده في تشريعاتها.

وتعد المبادئ العامة القانون مثلاً توضيحياً أو نموذجاً على كيفية إنشاء نظام شامل حديث لاختيار القانون، يؤخذ بعين الاعتبار كافة المسائل التي تتعلق بهذا الأمر، مما يرتب في حال اعتناقه من قبل الدول، توسيع مجال إرادة أطراف عقود

(1) هشام صادق: الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 62.

(2) عكاشة محمد عبد العال: القانون التجاري الدولي "العمليات المصرفية الدولية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012م، ص 64.

التجارة الدولية في اختيار القانون، وضمان تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف، وإلى توحيد النصوص القانونية بين مختلف الدول في هذا الشأن⁽¹⁾.

وقد حظيت هذه المبادئ بالاهتمام على المستوى الدولي، حيث أقرتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونيسترال)⁽²⁾ بعد أن أُحيِطت علماً بفائدتها في تيسير التجارة الدولية، وأوصت اللجنة بأن تستخدم المحاكم ولجان التحكيم هذه المبادئ عند الاقتضاء، وباستخدامها لوضع تشريعات وطنية أو إقليمية أو دولية، وفي تفسير قواعد القانون الدولي الخاص واستكمالها وتطويرها.

استلهمت المبادئ في تحديد نطاق تطبيقها وبيان المعايير التي يجب توافرها لكي تطبق تلك المبادئ، وبيان المسائل التي تخرج من نطاق التطبيق، وقضت الفقرة الأولى من المادة الأولى بان المبادئ لا تطبق إلا إذا كان العقد دولياً ويتعلق بالتجارة أو في ممارسة مهنة معينة، وترتيباً على ذلك، لا تطبق المبادئ إلا في حالة توافر معيارين، الأول: دولية العقد، والثاني: أن يتعلق هذا العقد في التجارة أو بممارسة مهنة معينة.

(1) زيادة خليف العنزي: مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقاً لمبادئ مؤتمر لاهاي "2015"، مرجع سابق، ص 372.

(2) أقرتها اللجنة في جلستها رقم 1010 المغقودة في 8 تموز 2015م، انظر قرار اللجنة في الوثائق الرسمية للأمم المتحدة، تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة الثامنة والأربعون، 16 تموز 2015م، ص 60. وانظر هذه المبادئ في وثائق الأمم المتحدة، الوثيقة رقم (A/CN.9/847).

المعيار الأول: دولية العقد

قررت الفقرة الثانية من المادة الاولى على ان العقد يعتبر دولياً، إذا تحقق شرطان، يجب توافرهما مجتمعين، الأول: أن لا تقع في دولة واحدة مؤسسات أطراف العقد، والثاني: أن لا ترتبط جميع عناصر العلاقة التعاقدية في تلك الدولة دون سواها.

وعلى ذلك، لا يعتبر العقد دولياً، فلا يطبق المبدأ إذا لم تتطرق الصفة الأجنبية إلى أحد عناصر العقد، كأن تقع مؤسسات أطراف العقد في دولة واحدة، وتتصف جميع عناصره من أطراف ومحل وسبب بالوطنية، كأن يتمتع أطراف العقد بالجنسية ذاتها أو يتم إبرام العقد وتنفيذه في الدولة ذاتها، أما خلاف ذلك، فإن العقد يعتبر دولياً ويخضع لحكم المبدأ، والحالات في مثل هذه الحالة عديدة، منها على سبيل المثال، أن تقع مؤسسات الأطراف في دول مختلفة وقت إبرام العقد، أو أن تقع في دولة واحدة ولكن يقع خارج هذه الدولة مكان إبرام العقد أو تنفيذه⁽¹⁾.

ومن المتصور في مجال التجارة الدولية، أن يمتلك الطرف أكثر من مؤسسة، وكل مؤسسة تقع في دولة، فأى مؤسسة من هذه المؤسسات هي المقصودة لأجل تطبيق المبدأ؟

قررت المادة (12) من اتفاقية الأونيسترال الحكم في هذه الحالة، حيث قضت أن المؤسسة المقصودة هي المؤسسة الأوثق صلة بالعقد وقت إبرامه، إذا كان العقد يتعلق بأحد أعمالها أو هي التي أبرمته أو هي المسؤولة عن تنفيذه.

(1) عكاشة محمد عبد العال: القانون التجاري الدولي "العمليات المصرفية الدولية"، مرجع سابق، ص 69.

ومما لا شك فيه، أن تحديد دولية العقد في التشريعات الوطنية بشكلٍ دقيق وواضح وجلي على غرار التعيين الوارد في مبادئ لاهاي، واعتبار العقد دولياً إذا تطرقت الصفة الأجنبية لأحد عناصره سواء ارتبطت تلك الصفة بعنصر مؤثر أو غير مؤثر فيه فائدة كبيرة، ويغلق الباب أمام تفسيرات قد تقود إلى عدم اعتبار بعض العقود دولية إذا ارتبط عنصر أجنبي بأحد عناصر العقد غير المؤثرة، كالجدل الفقهي الذي ثار في تحديد دولية العقد في القانون المصري، حيث فرق جانب من الفقه المصري⁽¹⁾، بين العناصر القانونية والتي قد تتطرق إليها الصفة الأجنبية بين عناصر مؤثرة وعناصر غير مؤثرة، فالعقد الدولي هو العقد الذي تتطرق الصفة الأجنبية لأحد عناصره المؤثرة، وإذا تطرقت الصفة الأجنبية لعنصر غير مؤثر من عناصر العقد، فإن ذلك لا يؤدي إلى إضفاء صفة الدولية على هذا العقد، ويرى أنصار هذا الرأي أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصراً مؤثراً في العقود التجارية، والعقود المالية بصفة عامة، ومن ثم فهي لا تصلح في ذاتها أساساً لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود، وعلى العكس فإن محل تنفيذ العقد واختلاف موطن المتعاقدين يعدان من العناصر المؤثرة في إضفاء الطابع الدولي على عقود المعاملات المالية والتبادل التجاري⁽²⁾.

وطبقاً لهذا الرأي، يتم تحديد الصفة الدولية للعقد من خلال طبيعة العنصر الذي لحقته الصفة الأجنبية وما إذا كان عنصراً مؤثراً أو مجرد عنصر محايد، وذلك بصرف النظر عن العناصر التي لحقتها هذه الصفة، فقد تتعدد العناصر الأجنبية في

(1) زيادة خليف العنزي: مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقاً لمبادئ مؤتمر لاهاي "2015"، مرجع سابق، ص 375.

(2) عكاشة محمد عبد العال: القانون التجاري الدولي "العمليات المصرفية الدولية"، مرجع سابق، ص 75.

الرابطية العقدية وتبقى رابطية داخلية في مفهوم القانون الدولي الخاص، وقد يوصف العقد بالدولية لمجرد أن تلحق الصفة الدولية بعنصر واحد من عناصره ما دام ان هذا العنصر يُعدُّ مؤثراً.

على خلاف الاتجاه السابق، يرى جانب آخر من الفقه⁽¹⁾ أن كل عنصر من عناصر العقد من شأنه أن يضيفي على العقد صفة الدولية متى كان هذا العنصر أجنبياً، ويرى انصار هذا الرأي أنه لا مبرر للقول بالترقية بين عوامل مؤثرة في دولية العقد وعناصر غير مؤثرة للأسباب⁽²⁾ الآتية:

1. عدم وجود أي أساس قانوني لهذه التفرقة.
2. لاستحالة إيجاد معيار واضح تبني على اساسه هذه التفرقة.
3. لأنه من المنطقي تمكين اطراف أي عقد يتصف بالصفة الدولية بأي عنصر من عناصره من اختيار القانون الواجب التطبيق على هذا العقد.
4. بإمكان أي دولة أن تضع ما يحقق مصالحها التجارية والاقتصادية، وغيرها من خلال ما تصدره من قواعد موضوعية تنطبق على مختلف المعاملات، سواء أكانت وطنية أم اشتملت على عنصر أجنبي وهو ما يؤدي إلى استبعاد أسلوب تنازع القوانين، أي اختيار القانون الواجب التطبيق في إطار هذه القواعد التي تنطبق في كافة الحالات⁽³⁾.

(1) إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م، ص347.

(2) زيادة خليف العنزي: مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقاً لمبادئ مؤتمر لاهاي "2015"، مرجع سابق، ص375.

(3) حسام الدين فتحي: حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص6.

المعيار الثاني: ارتباط العقد بالتجارة أو بممارسة مهنة

لا يكفي لتطبيق مبدأ حرية الأطراف اختيار القانون توافر المعيار الأول منفرداً، بل يجب توافر معيار آخر إلى جانبه، وهو ارتباط العقد بالتجارة أو مزاوله مهنة معينة، فلكي يعتبر العقد دولياً يجب توافر المعيارين مجتمعين.

وترتيباً على هذا، لا يعتبر العقد الذي يرتبط بأكثر من دولة دولياً، إذا لم يتعلق بالتجارة أو بممارسة مهنة معينة، ولكن ما المقصود بالتجارة؟ أو ما هي الأعمال التجارية المقصودة؟ وهل يمكن تحديد نوع النشاط، هل هو من الأعمال التجارية أو لا من خلال القوانين الوطنية؟ فكما هو معلوم، أن كل دولة تحدد في قوانينها الداخلية ماهية الأعمال التجارية⁽¹⁾.

في الحقيقة، تتعلق هذه المبادئ بعقود التجارة الدولية، وينبغي تفسير المقصود بالأنشطة التجارية تفسيراً واسعاً يشمل جميع المسائل الناشئة عن العلاقات ذات الطابع التجاري، سواء كانت عقدية أم لم تكن، وعدم التقيّد بالتفسير الوارد في أحد القوانين الوطنية لدولة ما.

وعلى ذلك، تعتبر من الأنشطة التجارية أو المهنية: المعاملات التجارية لتوريد وتبادل السلع، واتفاقات التوزيع، والتمثيل التجاري، والوكالة التجارية، والوكالة بالعمولة، وأعمال التشييد، والاستثمار، والتمويل والأعمال المصرفية، والتأمين واتفاقات الامتياز والاستغلال، والمشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري، ونقل البضائع والركون جواً أو بحراً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية، وكذلك

(1) حسام الدين فتحي: حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص242.

يعتبر العقد دولياً، إذا تعلق بممارسة مهنة معينة، كعقود الاستشارات القانونية، أو الاستشارات الهندسية، أو الطبية⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بالمسائل المستبعدة من نطاق التطبيق، ذكرنا فيما تقدم أن العقود التي تخضع لمبدأ حرية الأطراف في اختيار قانون العقد، هي العقود التي تتعلق بالتجارة أو بممارسة مهنة معينة، وبناء على هذا يخرج من نطاق تطبيق المبدأ العقود التي لا تتعلق بالتجارة أو بمزاولة مهنة معينة، والمسائل التي استبعدتها المبادئ العامة للقانون بنصوص صريحة، نجدها في الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون الأونسترال التي استبعدت عقود المستهلكين وعقود العمل من نطاق التطبيق؛ وذلك لأن هذه العقود تخضع في العديد من الدول لقواعد قانونية آمرة لا تسمح تلك الدول بتطبيق قوانين أجنبية عليها، رغبةً منها لتأمين حماية للطرف الضعيف في التعاقد وهو المستهلك أو العامل، ولا تثار مشكلة تنازع القوانين في العلاقات القانونية التي تتعلق بتلك العقود، حيث تخضع للقانون الوطني، فقد ترى الدولة ضرورة فرض قانونها الوطني لحماية مصالح ترى أنها جديرة بالحماية⁽²⁾.

(1) عوني محمد الفخري: إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2012م، ص 49.

(2) إبراهيم أحمد: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 75.

الفصل الثاني

مظاهر تطبيق المبادئ العامة للقانون على عقود التجارة الدولية

تمهيد وتقسيم

تمثل التجارة أهمية بالغة في حياة الشعوب، لهذا وجه إليها الاهتمام منذ القدم وحتى يومنا هذا، نظراً لما تلعبه من دور محوري وفعال في بناء الصرح الاقتصادي لهذه الشعوب والسير بها نحو التقدم والرقي. وإزاء هذه الأهمية لم تقتصر مباشرة تلك التجارة على حدود الدولة الواحدة وإنما امتدت خارجها واتسع نطاقها ليشمل أكثر من دولة. وقد أصبح لعقود التجارة الدولية في العصر الحديث دور كبير ومهم في خدمة أهداف التنمية والتقدم، لما لها من تأثير كبير على المحيط الذي يتم تنفيذها فيه، فهي تلبي أهدافاً سياسية واجتماعية واقتصادية⁽¹⁾.

وللتعرف على مظاهر تطبيق المبادئ العامة للقانون على عقود التجارة

الدولية، سيتم تقسيم هذا الفصل إلى بحثين، وذلك على النحو التالي:

- **المبحث الأول:** مساهمة عقود التجارة الدولية في تجسيد المبادئ العامة للقانون.

- **المبحث الثاني:** موقف التشريع والقضاء من المبادئ العامة للقانون.

(1) حسام الدين فتحي: حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 245.

المبحث الأول

مساهمة عقود التجارة الدولية في تجسيد المبادئ العامة للقانون

تمهيد وتقسيم:

إذا كان لكل علم من العلوم الطبيعية أو الإنسانية ثوابت أو بديهيات تكون بمثابة الأساس الذي تستند عليه مجمل معطيات ذلك العلم وهي نقطة انطلاق في البحث وإيجاد الحلول للإشكاليات التي يعنى بها ذلك العلم، وإذا كان لعلوم مثل الرياضيات والهندسة والفيزياء والكيمياء ... وغيرها من العلوم الطبيعية ثوابت وبديهيات ثابتة ومطلقة لا تتغير، فإن لعلم القانون ثوابته مع الفارق المستمد من إختلاف طبيعة كل منهما ذلك ان بديهيات القانون قابلة للتطور وتحكمها عوامل النسبية ومتطلبات مواكبة الحياة المعاصرة فهي ثابتة من حيث الفكرة الأساسية ولكنه ثبات نسبي من حيث المضمون..، وعلى هذا النهج استقرت في علم القانون مجموعة من المبادئ القانونية العامة العليا التي تستند عليها جل معطياته دونما حاجة لنص تشريعي ينص عليها لأنها تستند إلى معطيات العقل والمنطق وضرورات الحياة الاجتماعية في بعض الأحيان⁽¹⁾.

وللتعرف على مساهمة عقود التجارة الدولية في تجسيد المبادئ العامة للقانون، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك على النحو التالي:

- **المطلب الأول:** مبادئ عامة للقانون تساهم في تحقيق التوازن العقدي
- **المطلب الثاني:** مبادئ عامة للقانون تساهم في تنفيذ العقد التجاري الدولي

(1) حسام الدين فتحي، مرجع سابق، ص 245.

المطلب الأول

مبادئ عامة للقانون تساهم في تحقيق التوازن العقدي

إذا كان خضوع عقود التجارة الدولية للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين - باعتباره الأصل - وفقاً لما تشير إليه قواعد التنازع قد تعرض إلى انتقادات لاذعة استهدفت النيل من هذه القواعد، بالنظر لما قد يؤدي إليه ذلك من فتح الطريق أمام أطراف التعاقد للإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعلاقة العقدية، فهذا هو ما دعى بعض الشراح⁽¹⁾ إلى البحث عن نقطة التوازن بين حق الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من ناحية والاحترام المتطلب للنصوص النمرة التي تحكم العقد من ناحية أخرى.

وقد وجدت نقطة التوازن تلك ضالتها في قواعد داخلية لا تحتاج في تطبيقها لمنهج التنازع، رغم أنها لم توضع خصيصاً لتنظيم الروابط العقدية الدولية، كل ما في الأمر أن صفتها الآمرة قد بلغت حداً يقتضي إعمالها في شأن كافة الروابط العقدية التي تحكمها بشكل مباشر، وهذا بصرف النظر عن طبيعة هذه العلاقات وما إذا كانت ذات طابع داخلي أم ذات طابع دولي. وسيراً في هذا الاتجاه ظهرت صورة أخرى

(1) من بينهم الفقيه مانشيني الذي أسند العقد للقانون الشخصي للمتعاقدين مع تخويل هؤلاء اختيار قانون آخر ليسري خارج إطار المسائل التي تصدى القانون الشخصي بتنظيمها تنظيمياً آمراً. انظر: هشام علي صادق: مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية، الفنية للنشر، الإسكندرية، 1987م، ص 761.

تخضع بموجبها عقود التجارة الدولية إلى سلطان القانون سُميت "بمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري أو قواعد البوليس"⁽¹⁾.

ولا جدال في أن قواعد التنازع قد اعتبرت الوسيلة الأساسية أو المثلى في فض المنازعات ذات العنصر الأجنبي رداً من الزمن، واستمر العمل بها ولا زال في معظم دول العالم، ومن ثم يُعدُّ هذا المنهج عالمياً في ذبوعه وانتشاره. غير أن ظهور الدول بالمفهوم المعاصر ترتب عليه تطور في المذاهب الاقتصادية والسياسية، وانعكس ذلك داخلياً ودولياً حين ادركت الدول أنها لا تستطيع أن تعيش بمعزل عن غيرها، فنشطت حركة التجارة الدولية والمبادلات الاقتصادية، وكان على الدول أن تتخذ الأدوات القانونية الكفيلة بتدعيم هذا النشاط، كوضع القواعد التي تتلائم مع علاقات التجارة الدولية وتحريرها من قيود الحياة الداخلية⁽²⁾.

وأمام هذا التطور لم يعد منهج قاعدة التنازع قادراً على استيعاب المتغيرات الدولية التي عرفها المجتمع الدولي، والذي كان من نتائجه وضع آليات قانونية جديدة وصياغة جيل جديد من القواعد القانونية بغرض تحرير التجارة العالمية، فكان لابد أن ينعكس هذا التطور على القانون الدولي الخاص باعتباره يكرس التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي والعلاقات ذات العنصر الأجنبي بشكل عام⁽³⁾، فصار من المؤلفين بين الفقهاء القول بأن قاعدة التنازع ليست إلا منهجاً من بين مناهج متعددة، أو هي

(1) حسام الدين فتحي، مرجع سابق، ص 249.

(2) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 768.

(3) بلمامي عمر: نظرة تأملية حول قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون، نشرة المحامي الصادرة عن منظمة محامي سطيف، الجزائر، العدد الخامس، 2007م، ص 56.

طريقة من بين أخريات تحاول زحزحة هذه القاعدة عن عرشها وتكشف أسباب عدم ملاءمتها وتُظهر مطالبها على نحو جعلها في أزمة حقيقية.

وبناءً عليه، يبدو ضرورياً التطرق للأسباب التي أدت إلى افول نجم قاعدة التنازع في مجال عقود التجارة الدولية بعدما كانت لها الصدارة في ذي قبل، وبعدها ثبت أن التاريخ الطويل لهذه القواعد لا يعني أبداً الالتصاق بها والوقوف عندها، فطبيعة الأشياء تقول بأن النظم القانونية تتطور وتتفاعل وتستفيد من الثغرات والخبرات، وبالتالي فإن انتهاج مناهج أخرى متجددة لهو أمر يتفق مع بديهيات التطور ومنطق الحياة.

أولاً: أزمة قاعدة التنازع

ثار خلاف محتدم حول الدور الذي تلعبه قاعدة التنازع في مجال تنظيم العلاقات الخاصة الدولية بصفة عامة وفي منازعات عقود التجارة الدولية بصفة خاصة، إذ تُعدُّ مشكلة تحديد هذا الدور مشكلة حديثة نسبياً، حيث لم يلفت النظر إليها إلا منذ فترة ليست بالبعيدة، إذ لم تكن قبل ذلك منازعة في هيمنة قاعدة التنازع في تحقيق حلول للمشاكل التي تثيرها هذه العقود.

وفي الآونة الأخيرة غدا دور قواعد التنازع محل جدل، وتشكك البعض في أفول نجمها على الرغم من الرسوخ الذي اكتسبته عبر السنين، فأصبح يُنظر إليها على أنها الدواء المر إذ لا يتم اللجوء إلى هذه القواعد كحل مناسب، وإنما كحل ضروري للمشاكل والنزاعات الخاصة الناشئة عبر الدول⁽¹⁾، خاصةً عندما تتعامل مع مفردات

(1) إيهاب السنباطي: الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008م، ص370.

التجارة الدولية، فكثيراً ما تسيء فهمها وتقودها إلى حلول غريبة ليست الأفضل للأطراف، وهو ما أدى إلى عزوف المتعاملين في مجال التجارة الدولية عن اللجوء إلى قضائهم الطبيعي - الذي سيكون مضطراً لتطبيق قواعد التنازع التقليدية - والنجاة بمصالحهم إلى طريق التحكيم⁽¹⁾.

لقد أصبح منهج قاعدة التنازع محل استهدافات من قبل بعض الفقه، ما لبثت أن تحولت إلى هجمات جماعية لمجموعات من الفقهاء، هذه الأخيرة لم تتردد في أن تكتب عما أسمته "بأزمة تنازع القوانين" أو "أزمة قاعدة التنازع" مثل الفقيه الألماني Kegel والفقيه Neuhans، وتبعهم في ذلك الفقيه الألماني Francescakis مدعماً بالفقه المؤيد لما يُسمى بقانون التجار⁽²⁾، مستهدفين من وراء ذلك حرمان قاعدة التنازع من صدارتها ووضعها في ذات مرتبة المناهج الأخرى التي تنظم العلاقات الخاصة الدولية.

ومما لا شك فيه أن التطورات التي طرأت في قطاع التجارة الدولية وسن قوانين الاستثمار بشكل يستجيب لرغبات المستثمر الأجنبي، وإبرام الاتفاقيات الخاصة والاتفاق فيها صراحةً على تعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع المزمع وقوعه دون المرور بقواعد التنازع، فقد أفقد هذه الأخيرة دورها في حل المنازعات الدولية الخاصة⁽³⁾.

(1) حسام الدين فتحي، مرجع سابق، ص 258.

(2) أحمد عبد الحميد عشوش: تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شهاب الجامعية، الإسكندرية، 2003م، ص 10.

(3) حسام الدين فتحي، مرجع سابق، ص 259.

ومن أهم الأسباب التي زادت في عزلة قواعد التنازع هي مجموعة الانتقادات

الموجهة إليها، والتي سنحاول التطرق إلى أهمها في النقاط التالية:

1- العيب الخفي في منهج قاعدة التنازع

تتميز قاعدة التنازع بمجموعة من الخصائص من بينها التجريد والحيادية، هذه الأخيرة تقود إلى نتيجة مقتضاها أن القاضي لا يكون له أن يبحث في المضمون الذاتي للقوانين الداخلية المعروضة لعدم تصور - من حيث المبدأ - استطاعته اختيار القانون الواجب التطبيق وفقاً لمضمون أحكامه، فعندما يصل إلى مرحلة إعمال القانون المختار، فإنه يتبين المضمون الموضوعي لأحكامه، إلا أنه لا يستطيع أن يهجره إذا تبين عدم ملائمته للعلاقة محل النزاع، بالنظر إلى الصفة الملزمة لقاعدة التنازع التي توجب احترامه وتطبيقه، فلقد أثبت استخدام هذا المنهج في كثير من الأنظمة القانونية والقضائية أن قواعده ليست سهلة الاستخدام⁽¹⁾، بل يكشف مسألة فنية أخرى تتمثل في أنه يجسد حلولاً داخلية لمسائل دولية بدليل وضعه أصلاً لحكم العلاقات الوطنية، فالأمر يتعلق هنا بنوع من انعدام القدرة المسبق لحكم الأوضاع الدولية حتى وصل الأمر إلى القول بأن منهج التنازع قد أضحى زائفاً وأعمى، بل كذلك تحكيمياً بين يدي القاضي⁽²⁾، ذلك أن قاعدة التنازع هي قاعدة آلية إن صح القول، حيث يتم إعمالها إذا توافرت الصفة الدولية في المسألة محل النزاع، أيّاً كان القانون لذي يقود إليه هذا الإعمال، وأياً كان جوهره ومضمون أحكامه.

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 624.

(2) محمد وليد المصري: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2016م، ص 77.

2- إلتسام المنهج القائم على قواعد التنازع بالغموض والتعقيد

يُعدُّ الفقيه Prosset من أكثر الفقهاء تشدداً في إظهار النقد، حيث يشبهه بأنه: "مستنقع كئيب يسكنه علماء غريبو الأطوار، يدرسون مسائل غامضة مستخدمين تعبيرات ومصطلحات تستعصي على الفهم"⁽¹⁾، وعليه أصبح ينظر إلى هذا المنهج على أنه يتسم بالشدة والتعقيد، إذ يقوم على نظريات فقهية مبهمّة كنظرية المسألة الأولية ونظرية صراع النظم ونظرية تجزئة العقد⁽²⁾، فطريقته ليست واضحة ومتيقنة بشكل واضح، لأن الطرف العادي لا يستطيع أن يتوقع حلاً واضحاً باستخدامها، فهو يبحث دائماً عن بيئة آمنة وموثوقة بها تمكنه من ممارسة صفقاته بأمان⁽³⁾.

كذلك يعيب البعض الآخر على هذا المنهج إمكانية تحريفه مما يقود إلى نتائج شاذة تنجم عن عدم الفهم الصحيح للقانون الأجنبي الواجب التطبيق، بحيث يفسر هذا القانون بطريقة تخالف الطريقة المعتادة التي يفسر بها محتواه الاجتماعي الذي يحقق الهدف الذي سن من أجله، مما يؤدي في النهاية إلى مسخ هذا القانون⁽⁴⁾.

3- عدم إمكانية توقع الحلول وانعدام الأمن القانوني

تعتبر قواعد التنازع قواعد غير مباشرة في حل تنازع القوانين، وبمعنى أدق فإن هذه القواعد لا تعطي حلاً مباشراً للمسألة محل النزاع، وهذا لاعتمادها على الطابع الآلي في اختيار القانون الواجب التطبيق لتنتهي وظيفتها بإرشاد القاضي إليه.

(1) بلمامي عمر، مرجع سابق، ص 56.

(2) زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مطبعة الفسييلة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2008م، ص 80.

(3) محمد وليد المصري: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 79.

(4) بلمامي عمر، مرجع سابق، ص 57.

وقد تأتي حلول مسائل التنازع في بعض الأحيان مستجيبة لمفهوم القاضي للعدالة أكثر من كونها إعمال لقاعدة مجردة منضبطة، خاصة في الدول التي تتخذ فيها قاعدة التنازع من القضاء مصدراً لها أكثر من التشريع، ما يقودها إلى عدم المقدرة على التنبؤ بالحلول، مما يؤدي إلى تحول هذا المنهج إلى وسيلة تحكمية في يد القاضي يستخدمها لتحقيق فكرته الشخصية عن العدالة⁽¹⁾؛ لأنه عادةً ما يتم تطبيق وتفعيل قواعد التنازع فقط بمعرفة المحاكم، ولذلك فهذه القواعد لا تساعد أبداً على القيام بدور وقائي للأطراف لمعرفة القانون الواجب التطبيق قبل الدخول في نزاع ما، ذلك أنه غالباً ما يرغب التجار والشركات في معرفة القانون الذي يمكن أن ينطبق على أعمالهم منعاً للمفاجآت غير المستحبة، مع أن قواعد التنازع لا تساهم في خلق هذه البيئة المطلوبة⁽²⁾، وبحكم سرعة الإيقاع في عقود التجارة الدولية، فإن الأمر يتطلب نوعاً من الأمن القانوني لتأثرها أكثر من غيرها من جراء اللجوء إلى قواعد التنازع لحل مشاكلها، خاصة في الفرض الذي يلجأ فيه القاضي للبحث عن الإرادة الضمنية أو المفترضة.

بالإضافة إلى هذه الانتقادات الأساسية، أعاب جانب من الفقه على قواعد التنازع عدم قدرتها على التعامل بسلاسة مع العلاقات الدولية الخاصة، الأمر الذي لا يسمح لها بلعب الدور الصحيح للقاعدة القانونية، والتي يفترض أن تستجيب للاحتياجات والتغيرات التي تطرأ على الأفراد وعلاقتهم الدولية، وهذا ما يدل على

(1) أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص 13.

(2) إيهاب السنباطي، مرجع سابق، ص 371.

افتقادها لملكة الحساسية الدولية، ذلك أنها قواعد جامدة لا تأبه بالطابع والتفاصيل المختلفة التي تميز هذا النوع من العلاقات⁽¹⁾.

ثانياً: القواعد ذات التطبيق الضروري

تعرض المنهج القائم على قواعد التنازع إلى هجمة ثانية وجدت دعماً في إفراط هذا المنهج في دوليته، والناجم عن معاملة القانون الوطني والقانون الأجنبي على قدم المساواة، فوجدت إلى جانبه ما تُسمى بالقواعد ذات التطبيق الضروري لتتعايش مع قواعد التنازع وتتافسها، بل ولعلها المنافس الوحيد لهذه القواعد وفقاً لما يراه بعض الشراح⁽²⁾.

وقد تعددت تسميات هذا النوع من القواعد الآمرة، وإن انحصرت في تعبيرات قوانين البوليس والأمن، والقواعد ذات التطبيق المباشر أو ذات التطبيق الضروري وقواعد تأمين المجتمع⁽³⁾، إلا أن تسمية القواعد ذات التطبيق الضروري تُعدُّ الأكثر شيوعاً كونها تعبر عن أهمية هذه القواعد وحتمية تطبيقها على العلاقات الداخلية والعلاقات ذات الطابع الدولي أيضاً.

ونقطة البداية في نظرية القواعد ذات التطبيق الضروري هي أن القانون الدولي الخاص يحوي عدة أنواع من القواعد ذات التطبيق المباشر أو الضروري "التي تتصدى لتوفير الحل الموضوعي المباشر للمسائل القانونية التي تقع تحت طائلتها، بغض

(1) إيهاب السنباطي، المرجع السابق، ص 373.

(2) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 771.

(3) خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م، ص 237.

النظر عن الطابع الدولي الذي تتسم به تلك المسائل ودون حاجة إلى هذا الحل الموضوعي للمرور بقواعد الإسناد⁽¹⁾.

ويذهب الفقه الراجح إلى تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري بأنها: "القواعد التي تلازم تدخل الدولة، والتي ترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية والاقتصادية والاجتماعية للجماعة، والتي يترتب على عدم احترامها إهدار ما تبتغيه السياسة التشريعية، وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها أياً كانت طبيعتها وطنية أم ذات طابع دولي"⁽²⁾.

(1) هشام خالد: المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2003م، ص 243.

(2) خالد عبد الفتاح محمد خليل، مرجع سابق، ص 239.

المطلب الثاني

مبادئ عامة للقانون تساهم في تنفيذ العقد التجاري الدولي

كانت المجتمعات القديمة تمارس التجارة الخارجية في مولسم معينة وأسواق محددة تشبه إلى حد بعيد ما يُطلق عليه اليوم "المناطق الحرة"، وتثبتت الدراسات التاريخية أن البابليين مارسوا التجارة مع الخارج، فقد عُثر على وثائق تحدد قيمة البضائع في بعض العقود تبعاً لسعرها خارج البلاد، وتستطرد هذه الدراسات على رأي بعض الشراح أن مبدأ اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد كان معروفاً عند المصريين القدماء، كما كان لجنسية الأطراف الأثر الكبير في تبيان القانون الواجب التطبيق إبان العهد الإغريقي ثم الرومان، فكان من شأن هذه المحطات التاريخية أن أحدثت نوعاً من التقارب والتأثير بين مختلف هذه الأنظمة، لاسيما في مجال العلاقات التعاقدية التي بقيت قواعدها مشتركة ومتأصلة في شكل أعراف وعادات تجارية⁽¹⁾.

كما يثبت التاريخ أن القواعد القانونية قد نشأت تبعاً لظهور حالات معينة استوجبت وضع حلول ملائمة لها، والتنازع كظاهرة وجد مع اتصال الشعوب وارتباط أفرادها بعلاقات تفترضها الطبيعة الإنسانية التي ترفض بنزعتها البشرية كل حاجز يمنع ذلك الاتصال، لتتجاوز الحدود الإقليمية وتتصل بشعوب من أقاليم أخرى وديانات مختلفة، وتتشأ بذلك علاقات جديدة ذات عنصر اجنبي مشكلة نواة كل تنازع⁽²⁾، فلقد عرفت الشريعة الرومانية هذا التنازع كظاهرة دون أن يكتمل بناؤه كنظرية لها مقوماتها،

(1) زروتي الطيب، مرجع سابق، ص46.

(2) سامي بديع منصور: الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، بيروت، الطبعة الأولى، 1994م، ص84.

وهذا ما يظهر من خلال الحلول التي كانت تعطى للنزاعات ذات العنصر الاجنبي من خلال تقرير القانون المدني للرومان وقانون الشعوب لغيرهم، فلم يكن من المتصور قيام تنازع بالمعنى الفني للكلمة⁽¹⁾.

ومع نهاية القرن الثاني عشر وأوائل القرن الثالث عشر بدأت الأمور تأخذ منحى آخر، فقد كان لاستقلال العديد من المدن الإيطالية في شمال إيطاليا واتساع العلاقات التجارية بين الأفراد التابعين لهذه المدن بالغ الأثر في استقلال المعاملات التجارية الدولية بذاتها؛ وأمام تزايد حجم هذه الأخيرة وكثرة النزاعات الناجمة عنها، ما دفع إلى البحث عن كيفية حل هذه المنازعات الناشئة بين أفراد يتبعون أكثر من مدينة من المدن الإيطالية المستقلة حديثاً، نظراً لما تتميز به قوانينها من اختلاف في المضمون وعدم تشكيها لحلول موضوعية موحدة كما هو الشأن بالنسبة لقانون الشعوب⁽²⁾، خاصةً غداة ظهور القواعد القانونية المنظمة لحرف التجارة والصناعة، وهذا بعد جمع الأعراف والعادات السائدة حينها ومحاولة تدوينها في لوائح متضمنة قواعد عرفية تُسمى Lex Mercatoria وصولاً إلى وضعها في تقنين خاص⁽³⁾، هذا من ناحية.

(1) علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005م، ص 26.

(2) حفيظة السيد الحداد: القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين"، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002م، ص 13.

(3) جورج حزبون جورج: قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي والإرجائي والمستحدث الموضوعي، مجلة الحقوق الكونية، العدد الثاني، 2002م، ص 237.

ومن ناحيةٍ أخرى، إيجاد تنظيم لمختلف التصرفات غير الوطنية التي تشتمل على عنصر أجنبي بين سكان مختلف الأقاليم عن طريق وضع نظرية الأحوال⁽¹⁾، فبدأت المدن تتسابق لتقديم تسهيلات قانونية للأجانب، وكان نتيجة لتوافر هذه العوامل أن بدأ السعي نحو تنظيم المعاملات التجارية الدولية بقواعد خاصة لا تخرج عن المسعى المتوخى من ممارسة التجارة ككل، معتمدين في ذلك على تحديد طبيعة وصفة كل من الأنظمة المتزاحمة بعد أن يحدد مجال كل نظام حسب طبيعته، هل هي قوانين إقليمية أم أنها قوانين شخصية؟ وصولاً لإعطاء حلول للعلاقات القانونية على اختلافها وتنوعها.

ومن أهم هذه الحلول، تلك التي أخضعت الإجراءات لقانون القاضي، كما ميزت بين شكل التصرف وموضوعه، حيث أخضعت الأول لقانون محل إبرام التصرف والثاني لقانون مكان تنفيذه بالنظر إلى كونه الأمثل لحكم العلاقة، وهذه لسهولة التعرف على احكامه من قبل جميع الأطراف، وبذلك وضعت النواة الحديثة للتمييز بين القوانين التي تختارها قواعد التنازع الوطنية⁽²⁾.

ويعود الفضل في تحديد هذه القوانين التي تحكم العقد التجاري الدولي إلى الفقيه Bartol زعيم المدرسة الإيطالية القديمة (1314-1357م)، الذي فرق بين شكل العقد وتنفيذه وآثاره المباشرة وغير المباشرة، وكان للتطور الحاصل آنذاك من جراء

(1) يُقصد بنظرية الأحوال: مجموعة القواعد الفقهية التي صاغها الفقهاء في أوروبا منذ أواخر القرن الثاني عشر الميلادي وبداية القرن الثالث عشر الميلادي لفض التنازع بين قوانين البلد الواحد في أول الأمر، ثم لفض التنازع بين قوانين البلاد المختلفة، وقد كانت مدن شمال إيطاليا محطة البداية التي انطلقت منها البحوث الفقهية آنذاك لاعتبارات عديدة: ينظر: زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري "تنازع القوانين"، الطبعة الثانية، الجزء الأول، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008م، ص 54.

(2) سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 91.

تكوين الوطنيات أو ما يُعرف باستقلال الوحدات السياسية عن الإمبراطورية الرومانية بالغ الأثر في تحديد آرائه⁽¹⁾، ثم جاء بعده تلميذه Balde الذي أثرى نظام التنازع بإضافة قواعد جديدة، خاصة بعد ظهور جمهوريات صغيرة استهوت التجارة وتكونت فيها أنظمة محلية خاصة لا تخلوا من التنوع والاختلاف، والتي اتخذت من الروابط التجارية أساساً لتنمية الحياة الاقتصادية وخلق الإئتمان والثقة والاستقرار، وهذا بقبول تطبيق الأنظمة القانونية للمدن المجاورة بهدف زيادة العلاقات التجارية ودعمها بين مدينة وأخرى⁽²⁾، آخذين في الاعتبار عند الحكم في أي تنازع بما قضت به اعتبارات المنطق القانوني من جانب، ومقتضيات التجارة الدولية والضرورات العملية التي تفرضها المعاملات من جانب آخر.

وقد ساهم في استقلال المعاملات التجارية الدولية بقواعد خاصة مجموعة من العوامل الاقتصادية والتاريخية وبدرجة أقل عوامل سياسية وعلمية، فعلى الصعيد التاريخي كان لسقوط الإمبراطورية الرومانية على يد القبائل الجرمانية آنذاك، وجلب هذه الأخيرة لقوانينها معها أن وجدت جنباً إلى جنب شعوب وقبائل تختلف فيما بينها، فأصبح الوضع السائد هو كثرة المنازعات التي تطبع أغلب تعاملاتهم خاصة المتعلقة منها بالتجارة.

أما من الناحية الاقتصادية، ونظراً لما تمثله مدن شمال إيطاليا بالنسبة لأوروبا باعتبارها موقع عبور ومنطقة آمنة من الغزو الخارجي، فقد طبعتها الأسواق الموسمية التي كانت تقام من حين لآخر لتتحول فيما بعد إلى أسواق دائمة، الأمر الذي أعطى

(1) محمودي مسعود: أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، بدون دار نشر، الجزائر، 2006م، ص42.

(2) غالب علي الداوودي: القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار وائل، عمان، الطبعة الرابعة، 2005م، ص65.

لهذه المدن بعداً تجارياً، فازدهرت معه الصناعة والتجارة الخارجية إلى كامل أوروبا والدول الأخرى⁽¹⁾.

من خلال ما تقدم، يتبين أن جهود المدرسة الإيطالية القديمة تُعدُّ بمثابة البذرة الأولى لقواعد التنازع⁽²⁾، والتي مهدت الطريق لنظريات حديثة أخرى كانت في مقدمتها المدرسة الفرنسية القديمة التي مرت في هذه المرحلة - القرون الوسطى - بظروف سياسية واقتصادية تختلف عن تلك التي عرفتتها سابقتها، بدليل الإقطاعية التي كانت سائدة آنذاك والتي فرضت قواعد عرفية إقليمية خاصة بكل إقطاعية على حدة، فكانت الحاجة إلى أفكار قانونية جديدة مهدت لزوال النظام الإقطاعي وقيام النظام الملكي على الرغم من بقاء بعض المعارضين لهذا التوجه، والذين يرون في الدعوى إلى نظام عينة الأحوال (الإقليمية) حفاظاً على الأعراف الخاصة بكل مقاطعة وتطبيقها عليها⁽³⁾، ويمثل الفقيه Dumolin أحد أقطاب هذه المدرسة، والذي فتح الباب أمام قاعدة التنازع الخاصة بالعقود، مركزاً على دور إرادة المتعاقدين في الاختيار بين القوانين المتنازعة⁽⁴⁾، فكان أول ما توصل إليه قاعدة خضوع العقد لقانون المحل، الأمر الذي

(1) وهو نفس ما مرت به إنجلترا في هذه المرحلة، حيث ظهر التنظيم التجاري في أول الأمر في أسواق موسمية ثم في أسواق مستمرة، وصاحبه اتحاد التجار في تنظيم خاص ومحاكم خاصة عرفت بمحاكم ذوي الأقدمية المترتبة. ينظر: زروتي الطيب: النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، مرجع سابق، ص 53.

(2) يشكل أبرز رواد المدرسة الإيطالية القديمة بالإضافة إلى الفقيه Balde وتلميذه Bartol والفقيه Meijers الذي أوضح بأن أول تفرقة ظهرت في مجال تنازع القوانين تتمثل في التفرقة بين الإجراءات والموضوع، يليه الفقيه Rochius Curtius الذي حاول تفسير القاعدة القائلة بإخضاع العقود لقانون محل الإبرام بفكرة الاختيار الضمني، ومن ثم فتح الباب أمام إخضاع العقد لقانون الإرادة. حبار محمد: المدخل لدراسة القانون الدولي الخاص، مطبوعات جامعة وهران، كلية الحقوق، الجزائر، 1981 من ص 97.

(3) زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 57.

(4) علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 29.

ترتب عنه إمكانية إحداث العقد لآثاره الموضوعية خارج إقليم الدولة، وأن يسري عليه قانون آخر ما دام وليد إرادة المتعاقدين⁽¹⁾.

ومن أجل تسهيل العلاقات التعاقدية وتوفير المناخ الأنسب لازدهارها، اهتدى جانب من الفقه إلى ضرورة تجاوز القوانين الوطنية والحيلولة بينها وبين حكم منازعات التجارة الدولية، مع ضرورة البحث عن الوسائل التي تستجيب لأمني ورغبات الأطراف المسيطرة على حركة تلك التجارة، خاصة مع وجود علاقة تبادلية بين المتغيرات التي طرأت على عقود التجارة الدولية وبين القواعد القانونية المنظمة لها، وبالنظر كذلك إلى الصعوبات التي تعترض تنظيم التجارة الدولية بسبب اتصال عملياتها بأكثر من نظام قانوني، مما هدد النظام القانوني للتجارة الدولية بأن يفقد ركن التوقع والعلم المسبق للقواعد واجبة التطبيق على العمليات القانونية المتعلقة بهذا النظام⁽²⁾.

ولقد وجد الفقه في سبيل بحثه عن كيفية تقادي أسباب الاختلاف والتباين بين التشريعات الوطنية وفي آن واحد لمواجهة متطلبات وحاجات التجارة الدولية، ضرورة الأخذ بجلين أساسيين من أجل بلوغ الهدف، يكمن أولهما في إيجاد قواعد موحدة تهدف الدول من ورائها الوصول إلى تنظيم موحد في مجال تنازع القوانين بصدد مسألة قانونية معينة قدرت عدم ملائمة تركها لقواعد التنازع، أما ثانيهما فيعمل على تجنب مسألة تنازع القوانين أساساً، ويهدف إلى توحيد القواعد المادية أو الموضوعية المنظمة لمسائل التجارة الدولية كما هو الحال بالنسبة لاتفاقية بروكسل الصادرة في 29 أبريل 1961م

(1) محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 43.

(2) محمد وليد المصري: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 82.

والخاصة بنقل الأشخاص بطريق البحر⁽¹⁾، لتبدأ بعد ذلك العلاقات التجارية الدولية تتلخص شيئاً فشيئاً من هيمنة القوانين الوطنية.

إن الحديث عن كيفية صياغة القواعد القانونية في مجال عقود التجارة الدولية يعكس مفهوم مثالي مضمونه أن القواعد المادية الموحدة للمعاملات التجارية الدولية تعبر عن مصالح جميع أعضاء الأسرة أو الجماعة الدولية، ولذلك تسهم جميع الدول في نشوء هذه القواعد بدرجة أو باخرى وفقاً لمبدأ المساواة في السيادة الذي يحكم العلاقات الدولية، خاصة وأن ضرورات الامان القانوني الذاتي للتجارة الدولية فرضت نفسها بقوة، بحكم أن سلطات الدولة لا يمكن أن تمارس في المجال الدولي بنفس السهولة الموجودة على المستوى الداخلي، وعلى الدولة أن تأخذ في الحسبان ردود فعل الدول الاخرى وكذلك المجتمع الدولي التجاري، وبالنظر كذلك إلى ما تمنحه هذه القواعد للمتعاملين في المجال الدولي من تيسير وطمأنينة في التعامل والعلم المسبق والواضح للقواعد التي تحكم علاقاتهم، باعتبار الاحترام المتطلب لتوقعات الاطراف يعتبر من أهم أهداف القانون الدولي الخاص المعاصر، ولن يتأتى الفهم البين للقواعد المادية الدولية إلا باستيعاب الحقيقة الواضحة من أن هذه القواعد تتوافر لها حيوية غير مسبقة، كونها خلاصة للفكر القانوني الدولي وتعبر عن الحاجات العملية لأطراف المعاملات التجارية الدولية، ومما لا شك فيه أن خلق قواعد مادية موحدة سوف يؤثر بالضرورة على جميع اقتصاديات الدول كونه يخلق مناخاً ممتازاً للتجارة بكل أنواعها،

(1) صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008م، ص 42.

كما سيكون لها آثار بعيدة في مجال التعاون والتنسيق بين مختلف الدول في المجالات الاجتماعية والسياسية، بالإضافة إلى تغليف المناخ الدولي بنوع من الثقة المتبادلة⁽¹⁾.

ونظراً لتزايد القواعد المادية ذات التطبيق المباشر، التي تؤهلها دون شك لاستيعاب مقتضيات المعاصرة للتجارة الدولية وتحقيق الأمان القانوني لها، فقد أخذت هذه القواعد اهتمامات الفقه العالمي والمبادرات التشريعية الداخلية والدولية، وإسهامات القضاة الوطنية وعادات وأعراف التجارة الدولية، ما جعل منها أرضية خصبة للإنطلاق في البحث عن حلول موضوعية لمشاكل ومنازعات عقود التجارة الدولية، خاصة مع بروز أفكار وأنماط جديدة على بساط البحث والتطبيق لتُسهم جميعها في تشييد هذا المنهج وتوسيع نطاق تطبيقه يوماً بعد يوم.

(1) محمد وليد المصري: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص86.

المبحث الثاني

موقف التشريع والقضاء من المبادئ العامة للقانون

تمهيد وتقسيم

إذا كانت التشريعات الوضعية عموماً تشير إلى هذه القيم، فإنها تشير إليها بشكل مجرد دون تفسير أو تعريف أو دون الإشارة إلى مضمونها وآثارها، لأن التفسير والتعريف وتحديد الآثار المترتبة عليها هو من عمل الفقه والقضاء⁽¹⁾.

وللتعرف على موقف التشريع والقضاء من المبادئ العامة للقانون، سيتم تقسيم

هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك على النحو التالي:

- **المطلب الأول:** موقف التشريع من المبادئ العامة للقانون

- **المطلب الثاني:** موقف القضاء من المبادئ العامة للقانون

(1) محمود محمد ياقوت: حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000م،

المطلب الأول

موقف التشريع من المبادئ العامة للقانون

القانون وعاء القيم، بمعنى أنه يقوم على جملة من المثل الاخلاقية والاقتصادية والسياسية والواقعية التي تلبي حاجات مجتمع ما في مكان وزمان معينين، إلا ان للقيم حسب الاصل صبغة انسانية عامة فقيم مثل العدالة والحرية والمساواة، هي افكار انسانية لا يختص بها مجتمع معين، فقد تناولت الشرائع القديمة ومن ثم الفلسفات الاغريقية ومن ثم الرومانية والشرعية الاسلامية بحث ودراسة هذه القيم متفقة على قواعد جوهرية تحكمها وإن وقع الخلاف في تحديد مدياتها وآثارها بالنظر إلى الطبيعية الاجتماعية والسياسية لكل مجتمع، فجوهر العدالة، على سبيل المثال واحد ولكن مضمونها قد يتغير نسبياً باختلاف ظروف الزمان والمكان⁽¹⁾.

ومن الواضح أن المبادئ العامة للقانون قواعد غير مكتوبة حسب الأصل وان من أنشأها هو القضاء وخاصة قضاء مجلس الدولة الفرنسي وواكبه في ذلك مجلس الدولة المصري الذي أنشئ عام 1946 على غرار مجلس الدولة الفرنسي، إلا ان الفقه يكاد يجمع على أنها قواعد أساسية وجوهرية لا يمكن ان يخلو منها أي نظام قانوني، بمعنى أنها تكاد تفوق أهميتها الموضوعية أهمية القواعد المكتوبة⁽²⁾.

ولذلك يصفها مفوض الحكومة لـ ليتورنيه بأنها (مبادئ كبرى)، ويرى الفقيه جان

ريفيرو انها (تمثل الفلسفة السياسية للأمة).

(1) هشام خالد: ماهية العقد الدولي، مرجع سابق، ص 70.

(2) محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 100.

ويرى جوبتير شوديه ان هذه النظرية تمثل (جرأة مجلس الدولة الفرنسي وقدرته على الخلق والإبداع من اجل الاضطلاع بمهمته وأداء واجبه في حماية الحقوق والحريات)⁽¹⁾.

ويعتقد الفقيه لافريه أن المبادئ العامة للقانون تعالج صمت النصوص القانونية وغموضها وتسد مسد التقنين في القانون المدني والتجاري وتعتمد على المبادئ العامة للعدالة والمساواة⁽²⁾.

وعلى النحو تتمثل أهمية المبادئ العامة للقانون بإعتبارها مصدراً من مصادر القانون، في مجموعة قواعد قانونية يكشف عنها القضاء من المعتقدات الراسخة في ضمير الأمة، وطبيعة النظام القانوني في الدولة وروح التشريعات المختلفة وحكمة التشريع، ومن ثم تعد المبادئ العامة للقانون بمثابة تفسير من جانب القضاء للضمير العام ولإرادة المشرع. والمبادئ القانونية، اما ان تكون مكتوبة أو غير مكتوبة.

والمبادئ القانونية غير المكتوبة ، إنما تستقر في ذهن وضمير الجماعة، تمليها العدالة المثلى وهي تستند الى المنطق والعقل والحدس وطبيعة الأشياء وقواعد العدالة والأخلاق ولا تحتاج الى نص يقررها ويمكن ان تستمد منها قواعد قانونية ملزمة يتعين الخضوع لها، يعمل القاضي على الكشف عنها وتقريرها مستلهماً إياها من روح الدستور والتشريع ، فيعلنها من خلال احكامه معطياً إياها القوة الإلزامية، ومن ثم يتعين

(1) قاسيمة جمال، مرجع سابق، ص206.

(2) حيدر عجيل فاضل: المبادئ العامة للقانون كمصدر للقانون الدولي العام، مرجع سابق، ص27.

على الجميع احترامها والالتزام بها ، ويعد كل تصرف مخالف لها معيباً بعبء مخالفة القانون⁽¹⁾.

وكثيراً من مبادئ القانون العامة تحولت الى قواعد قانونية مكتوبة عندما يتبناها المشرع وهو بصدد سن التشريعات المختلفة.

ويتنوع مضمون المبادئ العامة بحسب طبيعة المجال القانوني الذي تعمل فيه، إلا انه يمكن إرجاعها من حيث أساسها وجوهرها حسب احكام القضاء الفرنسي والمصري الى مبدئين أساسيين هما مبدأ الحرية ومبدأ العدالة:

أولاً: المبادئ القانونية المشتقة من قيم الحرية

إذا ورد النص في الدستور على احترام الحريات العامة والفردية، فإن هذا النص يترتب عليه المبادئ القانون العامة التالية:

الحق في حرية التفكير والضمير، مبدأ حرية التعبير والنشر والنقد، مبدأ حرية الإرادة والمعتقد، مبدأ ان لا تقييد للحريات العامة إلا بقانون، مبدأ احترام الحقوق المكتسبة، مبدأ عدم رجعية القانون، مبدأ لا تكليف بمستحيل مبدأ بطلان الالتزامات المؤبدة، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق. مبدأ بطلان التصرفات نتيجة الإكراه. مبدأ عدم جواز الالتزامات المؤبدة، مبدأ ان الأصل براءة الذمة، مبدأ الملكية الخاصة والحرية الفردية مكفولتان في حدود القانون، حرية الفكر والثقافة والبحث عن المعلومات والحصول عليها، مبدأ إتاحة دعوى قضائية لكل من تضررت مصالحه، مبدأ خضوع كل سلطة إدارية للرقابة، ويتفرع عنه مسؤولية

(1) محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 101.

اعضاء السلطة التنفيذية امام البرلمان. مبدأ حق الدفاع امام القضاء، مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، مبدأ ان الشعب مصدر السلطات، مبدأ ضرورة سير المرفق العام بانتظام⁽¹⁾.

ثانياً: المبادئ التي ترجع الى قيم العدالة

يترتب على مبدأ العدالة التي هي غاية كل قانون سواء نص عليها صراحة أو لم ينص المبادئ القانونية العامة التالية:

مبدأ مساواة المواطنين امام القانون، مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، مبدأ ان الغلط الشائع يقوم مقام القانون، مبدأ حق الحياة لكل فرد، مبدأ تغير الأحكام بتغير الأزمان، مبدأ مساواة المواطنين في الانتفاع من المرافق العامة، مبدأ المساواة في تحمل التكاليف والأعباء العامة، مبدأ المساواة بين الجنسين في الوظائف العامة، مبدأ المساواة في الضريبة، مبدأ المساواة في مباشرة الاعمال الاقتصادية ، مبدأ المساواة في المعاملة ، مبدأ تفوق المعاهدة الدولية على القانون الداخلي⁽²⁾.

وحسب شراح القانون ورأدهم في ذلك الأستاذ ريفيرو ومن ثم الأستاذ جين في رسالته (المبادئ العامة والأحكام القضائية والإدارية) فان مجلس الدولة الفرنسي قد لجأ الى اربع طرق وهو يستنبط او يستخلص المبادئ العامة للقانون وهي⁽³⁾:

1. استنباط المبدأ العام من جوهر النظام القانوني أو من طبيعة الأشياء أو

متطلبات العدل والإنصاف والرحمة.

(1) عمار سعيد الطائي: القواعد الآمرة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 259.

(2) حيدر عجيل فاضل: المبادئ العامة للقانون كمصدر للقانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 29.

(3) قاسيمة جمال، مرجع سابق، ص 209.

2. استنباط المبدأ العام من المعتقدات الراسخة في ضمير الامة.
3. استنباط المبدأ العام من روح نصوص قانونية معينة أو من مبادئ كانت سائدة في قوانين ملغية.
4. استنباط المبدأ من خلال تعميم نصوص تتعلق بحالات جزئية محددة.
- ويرى الفقيه الفرنسي الاستاذ فالين ان مهمة القضاء هي استنباط هذه المبادئ من روح التشريع العام ومن الضمير العام للجماعة.
- ويرى الاستاذ سليم بطارسة ان هذه المبادئ تستنبط من روح التشريعات السابقة ومن ضمير الجماعة والظروف الموضوعية المحيطة.
- ويعطي الفقيه جان ريفيرو هذه المبادئ وظيفة سلوكية من حيث قدرة هذه المبادئ على طرح قواعد جديدة أو على الأقل افكار مرشدة جديدة.
- ففي قضية (دام بينت) استخلص مجلس الدولة الفرنسي ودون الاستناد الى نص قانوني محدد مبدأ قانونياً عاماً جديداً مفاده انه (لا يجوز فصل عاملة وهي حامل)، وهذا المبدأ يمكن تطبيقه على كل الموظفات⁽¹⁾.
- ولا شك ان العاملة الحامل تتحمل عباً اجتماعياً اضافياً هو في النهاية يصب لصالح المجتمع ومن ثم ليس من العدالة بشيء ولا من طبيعة الامور (حماية النسل) فضلاً عن ان ضمير الجماعة لاشك سيتأثر بهذا الفصل في هذا الوقت بالذات (الحمل)، فإن ايجاد مثل هذا المبدأ يعد امراً ضرورياً وحاسماً ولو لم ينص عليه المشرع.

(1) محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 103.

ويصنف جانب من الفقه ومنهم الفقيه جان ريفيرو المبادئ العامة للقانون

حسب مصدرها وكيفية اشتقاقها على النحو التالي:

1- المبادئ المشتقة من روح الدستور

وهي المبادئ التي تم اشتقاقها من الدساتير نفسها ومن مقدمات الدساتير ومن

الفلسفة السياسية السائدة في عصر ظهورها.

مثال ذلك مبدأ المساواة بين المواطنين، ومنه مساواة الجنسين امام الوظيفة

العامة، مبدأ عدم رجعية القوانين والانظمة والقرارات الادارية، مبدأ احترام الحقوق

المكتسبة، مبدأ مساواة شهادة الجامعات الحكومية و الجامعات الخاصة من حيث

الحقوق والامتيازات والتعيين في الوظيفة العامة، مبدأ عدم جواز تقييد الحريات العامة

إلا بقانون⁽¹⁾.

2- المبادئ القانونية المشتقة من روح القانون المدني والقوانين الإجرائية

وهي المبادئ التي اشتقتها من القانون المدني وقانون اصول المحاكمات

والمرافعات وطبقها على قوانين أخرى مثل القانون الاداري وقانون العمل وقانون

الوظيفة العامة والتأديب وغيرها.

مثل مبدأ لا تكليف بمستحيل، مبدأ بطلان الالتزامات المؤبدة، مبدأ العقد

شريعة المتعاقدين، مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، مبدأ بطلان التصرفات نتيجة

الإكراه، مبدأ عدم جواز الالتزامات المؤبدة، مبدأ ان الأصل براءة الذمة.... وحق الدفاع

(1) غالب علي الداودي: القانون الدولي الخاص "تتازع القوانين"، مرجع سابق، ص88.

والاستعانة بمحامي امام اللجان التأديبية وحق الموظف بالإطلاع على ملفه الشخصي
اثناء التحقيق، وحجية الامر المقضي به، وحياد اللجان التحقيقية

3- المبادئ المستمدة من ضرورة الأمن الاجتماعي واستقرار المعاملات في المجتمع:

مثل نظرية الموظف الفعلي، ونظرية الوضع الظاهر، والغلط الشائع يقوم مقام
القانون، ونظرية الظروف الاستثنائية، ومبدأ ضرورة استمرار سير المرافق العامة، ومبدأ
كل قرار اداري يقبل الطعن بالإلغاء، ومبدأ ان ليس للوزير ان يرفض سلطته الاساسية،
ومبدأ لا يجوز تفويض التفويض⁽¹⁾.

4- المبادئ العامة المستقاة من فكرة العدل والحرية الصدق والعقلانية

مثل مبدأ حق الحياة لكل فرد، مبدأ تغير الأحكام بتغير الأزمان، مبدأ مساواة
المواطنين في الانتفاع من المرافق العامة، مبدأ المساواة في تحمل التكاليف والأعباء
العامة، مبدأ المساواة بين الجنسين في الوظائف العامة، مبدأ المساواة في الضريبة، مبدأ
التناسب بين الذنب والعقوبة، مبدأ علانية المرافعات القضائية.

فالقوة الذاتية للمبادئ العامة للقانون لا تحتاج لنص وذلك بهدف احترام مبدأ
المشروعية، ونرى مجلس الدولة الفرنسي يقرر في أحد أحكامه (ان الطعن لتجاوز
السلطة متاح وممكن حتى بدون نص ضد كل قرار إداري وفقاً للمبادئ العامة للقانون
وذلك بهدف احترام مبدأ المشروعية)

(1) جميل الشرقاوي: محاضرات في العقود الدولية، مرجع سابق، ص22.

وقد استطاع مجلس الدولة الفرنسي ان ينشئ هذا المبدأ القانوني العام بأن قام بتعميم حكم هذه النصوص المتفرقة وأعطى لهذا الحكم طابع القاعدة العامة أو المبدأ العام الذي يعمل خارج هذه النصوص ليطبقه على كل قرار يتضمنه طابع الجزاء .

أما الأستاذ فيدل فيرى بشأن المبادئ العامة إن (المبدأ العام لا ينشأ بطريقتي الابتكار والاختراع، إنما بطريق الاكتشاف بواسطة القاضي ... ويأخذ كمثال مبدأ احترام حقوق الدفاع فهو حس وجهة نظره (يتولد عن طريق الملاحظة، من خلال نصوص عديدة تشريعية ولائحية تقرر حقوق الدفاع في فروض محددة. يجب ان نفترض ان هذه النصوص ليست سوى تطبيق على هذه الحالة أو تلك لمبدأ عام يمثل مصدرها جميعا) . ويرى د. محمد رفعت عبد الوهاب انه (يتمثل هذا الأسلوب في تعميم أحد الحلول أو أحد القواعد الجزئية التي قررتها نصوص متفرقة في حالات خاصة)⁽¹⁾.

المطلب الثاني

موقف القضاء من المبادئ العامة للقانون

تعدد تعريفات القانون الدولي العام وواجه الاختلاف في مبادئ القانون الدولي، ويرجع هذا الاختلاف إلى التطور الذي عرفه هذا الفرع من القانون سواء من حيث الأشخاص أو الموضوعات التي يحكمها. القانون الدولي العام هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم العلاقة بين الدول أو بين الدولة والأشخاص باعتبارها شخصية ذات سيادة. وينقسم القانون الدولي العام إلى قانون عام داخلي وقانون عام خارجي.

(1) صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 45.

ويعرف الأستاذ ستارك في مؤلفه مقدمة للقانون الدولي بأنه: "مجموعة القواعد القانونية التي تتكون إلى حد كبير من المبادئ والقواعد التي تحكم سلوك الدولة وتشعر أنها ملزمة بمراعاتها، ولذلك تحترمها في علاقاتها المتبادلة والتي تشمل أيضاً: القواعد القانونية المتعلقة بالأفراد والوحدات التي لا تعد دولاً ولكن تعتبر حقوق وواجبات هؤلاء الأفراد وهذه الوحدات من اهتمامات الجماعات الدولية"⁽¹⁾.

كما لا يجب الخلط بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص، حيث يتعلق الأخير بفض النزاعات بين القوانين. بشكل عام، القانون الدولي "يتألف من القوانين والمبادئ للتطبيق العام ويتعامل مع تصرفات الدول والهيئات الدولية وعلاقاتها المتبادلة بالإضافة إلى علاقاتها مع الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين.

ونوضح هنا القانون الدولي العام وهو له ثلاثة مصادر أساسية: المعاهدات والاتفاقات الدولية، الأعراف والتقاليد، والقواعد العامة للقانون. بالإضافة إلى القرارات القضائية التي قد تنطبق كطرق فرعية لتحديد القانون بحسب ما أشارت إليه المادة 38 من قانون محكمة العدل الدولية، فالمعاهدات الدولية تتألف من الواجبات والالتزامات التي تتفق عليها الدول برغبتها فيما بينها في تلك الوثائق. والأعراف والتقاليد تُشتق من الممارسات المستمرة والمتعارف عليها بين الدول، أي اقتناع الدول بأن الممارسة المستمرة تتحول إلى إلزام قانوني. وقرارات المحاكم الدولية والدراسات القانونية أخذت أيضاً على أنها مصادر مقنعة للأعراف والقوانين الدولية. وقد كانت هناك محاولات لتقنين وكتابة الأعراف الدولية بعد الحرب العالمية الثالثة، وذلك عن طريق إنشاء اللجنة القانونية الدولية تحت إشراف الأمم المتحدة، أما القواعد العامة للقانون فهي تلك

(1) محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 106.

القوانين المعترف بها بشكل عام من الأنظمة القانونية الرئيسية في العالم. بعض قواعد القانون الدولي يمكن أن تصل إلى مرحلة إلزامية (jus cogens) بحيث تنطبق على جميع الدول بلا أي استثناءات⁽¹⁾.

وقد اختلف الفقهاء اختلافا كبيرا في تحديد طبيعة مبادئ القانون العامة وفي تحديد مكانه هذه المبادئ كمصدر من مصادر القانون الدولي . فقد انكر بعض الفقهاء على مبادئ القانون العامة صفة المستقل فمنهم من اعتبرها مجرد وسائل تكميلية يلجأ إليها القضاء عند عدم وجود قواعد اتفاقية او عرفية يمكن تطبيقها على النزاع المعروض عليه . وهي في حقيقتها معايير تسترقي بهل المحكمة عندما تصدر حكمها بعد ان يثبت لها عدم وجود قاعدة اتفاقية او عرفية يمكن تطبيقها على النزاع المعروض عليها. وفي هذه الحالة يكون حكم المحكمة مؤسسا على مبادئ غير قانونية. فليست المبادئ العامة هي التي تنشأ القاعدة القانونية الدولية وإنما هو عمل القاضي الذي يستند الى المبادئ العامة المستخلصة من الأنظمة القانونية الداخلية⁽²⁾.

ولكن هذا التفسير مرفوض لانه يتعارض مع نص المادة 38 من النظام الاساس لمحكمة العدل الدولية، حيث نصت صراحة على أن وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي، فالمحكمة لا تنشئ قواعد قانونية دولية، وإنما هي تطبقه.

لقد اختلف الفقهاء كذلك في تحديد المبادئ العامة للقانون؛ فمنهم من يرى أن المقصود بالمبادئ العامة للقانون هي المبادئ العامة للقانون الداخلي، وفريق ثاني

(1) مهند عزمي أبو مغلي، مرجع سابق، ص28.

(2) أبو العلا علي أبو العلا النمر: حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص48.

وخاصة معظم الفقهاء السوفيت يذهبون إلى أن المبادئ العامة للقانون لا يمكن أن تكون إلا المبادئ العامة للقانون الدولي دون غيرها. أما الفريق الثالث ومنه الاستاذ شارل روسو فإنه يرى أن المقصود بمبادئ القانون العامة هي المبادئ المشتركة في النظامين القانونيين الدولي والداخلي، أي المبادئ العامة للقانون الدولي والمبادئ العامة للقانون الداخلي، ويرى روسو أن هذا التفسير ضمني لأن اصطلاح القانون الوارد في الفقرة (ج) من المادة 38 جاء مطلقاً⁽¹⁾.

ومن مبادئ القانون الداخلي التي يمكن أن تسري أحكامها على العلاقات الدولية من حسن النية ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين وغيرها من المبادئ. أما المبادئ الخاصة بالعلاقات الدولية فمنها مبدأ استمرارية الدول، وتفق المعاهدات الدولية على القانون الداخلي وقاعدة استنفاد المراجع القضائية، وتحريم استخدام القوة في العلاقات الدولية وغيرها من المبادئ.

أولاً: موقف القضاء الدولي من مبادئ القانون العامة

من استقراء احكام المحاكم الدولية، يتضح لنا بأن مضمون المبادئ العامة للقانون يمكن أن يستمد من المبادئ العامة للأنظمة القانونية الداخلية أو من المبادئ العامة للقانون الدولي⁽²⁾.

وتعد أحكام القضاء المصدر المساعد الاول للقانون الدولي حيث ان مهمة القاضي تقتضي على تطبيق القانون القائم ولا تتعدها الى خلق قواعد جديدة للقانون الدولي . كما ان حكم المحكمة الدولية لا يلزم إلا اطراف النزاع، وذلك بالنسبة للنزاع

(1) حيدر عجيل فاضل: المبادئ العامة للقانون كمصدر للقانون الدولي العام، مرجع سابق، ص36.

(2) مهند عزمي أبو مغلي، مرجع سابق، ص33.

المحكوم فيه فقط. ويدل على ذلك ما ورد في صدد المادة 38 من النظام الأساس من أن مهمة المحكمة هي تطبيق القانون الدولي، وما نصت عليه المادة 59 من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية من أن حكمها: "(لا يكون له قوة الالتزام إلا بالنسبة لمن صدر بينهم وفي خصوص النزاع الذي فصل فيه). ومع أن أحكام المحاكم الدولية للتعبير كسوابق قضائية يمكن التمسك بها من قبل الدول الأخرى في القضايا المتماثلة اللاحقة، إلا أنه من الممكن الرجوع إليها للاستدلال على ما هو قائم ومطبق منقواعد القانون الدولي ولتفسير ما غمض منه. من ذلك مثلاً، الرأي الافتائي الذي أصدرته محكمة العدل الدولية في 13 تموز عام 1954 في قضية أثر أحكام التعويض الصادرة عن المحكمة الدولية للأمم المتحدة، فقد أشارت المحكمة في رأيها السالف الذكر إلى رأي سابق لها بشأن التعويض عن الأضرار التي تحدث أثناء خدمة الأمم المتحدة⁽¹⁾.

ثانياً: القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون

هناك ثلاثة اتجاهات بشأن القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون:

- **الاتجاه الأول:** ويذهب إلى ان للمبادئ العامة للقانون قيمة القانون العادي ، وكان هذا الرأي سائداً في فرنسا قبل عام 1958، ومن ثم فان على القاضي ان يحترم هذه المبادئ كاحترامه للقانون العادي، ومن الفقهاء الذين ايدوا هذا الرأي الفقيه الفرنسي المعروف اندريه دي لوبادير، ويترتب على هذا الاتجاه نتيجة مفادها ان وضع قيد أو استثناء على المبدأ العام هو من اختصاص المشرع وحده، وتطبيقاً لذلك قرر

(1) هشام صادق: الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص72.

مجلس الدولة الفرنسي في حكم دام دافيد: (ان من حق المشرع وحده ان يحدد أو يوسع أو يضيق من نطاق المبدأ العام)، ويصرح مفوض الحكومة شينو بأن المبادئ العامة للقانون المعروفة على امتداد الاقليم الفرنسي لها قيمة تشريعية⁽¹⁾.

■ **الاتجاه الثاني:** ويذهب ان للمبادئ القانونية قيمة اعلى من الانظمة وادنى من القوانين، وحجة هذا الاتجاه ان القاضي لا يملك حق تقدير الملائمة بين القانون والمبدأ العام، حيث سلطة القاضي بشأن القوانين الصادرة من البرلمان هي مجرد سلطة تفسيرية دون أن يملك حق تقدير مشروعيتها. ومن الفقهاء الذين يؤيدون هذا الرأي الفقيه شابو وبعض الفقهاء المصريين.

■ **الاتجاه الثالث:** ويذهب إلى ان للمبادئ العامة للقانون مرتبة القواعد الدستورية على الاقل، وهي بذلك تتفوق على قواعد القانون العادي. وساد هذا الاتجاه بعد صدور دستور عام 1958⁽²⁾.

واغلب احكام مجلس الدولة الفرنسي تذهب إلى هذا الاتجاه في الوقت الحاضر، ومن اولى القضايا التي غلب فيها مجلس الدولة الفرنسي المبادئ العامة للقانون على التشريعات العادية قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 18 فبراير 1950 قضية وزير الزراعة ضد السيدة لاموت، بموجب هذا القرار قضى مجلس الدولة بأنه يوجد مبدأ قانوني عام مفاده أن كل قرار صادر عن الإدارة يمكن أن يكون موضوع

(1) محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 109.

(2) عكاشة محمد عبد العال: القانون التجاري الدولي "العمليات المصرفية الدولية"، مرجع سابق، ص 37.

طعن من أجل تجاوز السلطة حتى و لو لم يكن هناك نص بذلك. وحجة القاضي في ذلك ان المبادئ العامة للقانون تشتق من مقدمات الدساتير ومن اعلانات الحقوق وهي تشريعات اعلى من التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية⁽¹⁾.

وملخص القضية، ان قانون 17 اب 1940 أعطى لمحافظي المحافظات سلطة منح المستثمرات الزراعية المهجورة منذ أكثر من عامين للغير من أجل استثمارها فوراً، و تطبيقاً لهذا القانون صدر مرتان قرار من المحافظ بمنح أراضي السيدة لاموت و لكن مجلس الدولة ألغاهما ؛ و لكن في تلك الفترة صدر قانون 23 ايار 1943 - أساساً في مواجهة موقف القضاة - و نص بأن منح الأراضي في ظل هذا القانون لا يمكن أن يخضع لأي طعن إداري أو قضائي، و على أساسه أصدر المحافظ قراراً جديداً بمنح أراضي السيدة لاموت من جديد. و كان من المفروض أن يصرح مجلس الدولة في هذه المرة عدم قبول الطعن، و لكنه عوض ذلك اتخذ موقفاً جريئاً و ضرورياً لحماية الأفراد من تعسف الإدارة و صرح بأنه يوجد مبدأ قانوني عام مفاده أن كل قرار إداري يمكن أن يكون محل طعن من أجل تجاوز السلطة ولو بدون نص يقضي بذلك. و قد تأكد هذا الاجتهاد القضائي فيما بعد عدة مرات، و تطبيقاً له أصبح من المستحيل على السلطة التنفيذية أن تمنع الطعن في قراراتها من أجل تجاوز السلطة .

وفي قرار مهم في مجلس شورى الدولة اللبناني تقرر فيه اقرار الحق لصاحبه رغم مرور مهلة المراجعة المقررة قانوناً وقد استند المجلس في قراره الى مبدأ مساواة المواطنين امام القانون ، باعتبار ان هذا المجلس قد أصدر عدة قرارات عائدة لموظفي

(1) حيدر عجيل فاضل: المبادئ العامة للقانون كمصدر للقانون الدولي العام، مرجع سابق، ص35.

هم في وضع مشابه لوضعها، حسبما جاء في قرار مجلس شورى الدولة اللبناني رقم 152 في 1992/5/27⁽¹⁾.

وملخص القضية ان المستدعية الأكاديمية اللبنانية وتخرجت منها حاملة شهادة جامعية، وانه وعرضت شهادتها على لجنة المعادلات التي قررت أن شهادتها هي شهادة جامعية رسمية، وانه كان على وزارة التربية أن تصنفها برتبة وراتب أستاذ تعليم ثانوي في الدرجة الاخيرة ، وجاء في حيثيات القرار (أن رفض الإدارة تصحيح وضعها مخالف لنص المادة 44 المشار اليها ومشوب بعيب تجاوز حد السلطة فيقتضي إبطال قرار الرفض وإعلان حقها بالتصنيف وفقاً لأحكام هذه المادة. 2- أنه يقتضي تصحيح وضع المستدعية على أساس مبدأ المساواة، باعتبار ان هذا المجلس قد أصدر عدة قرارات عائدة لموظفي هم في وضع مشابه لوضعها، وأن مبدأ المساواة واجب التطبيق حتى بالنسبة لمن انقضت مهل المراجعة بحقهم)⁽²⁾.

ومن القرات المهمة لمجلس شورى الدولة اللبناني ، ما جاء بصدد اغفال القانون الجديد الاشارة الى الاحكام الانتقالية بالنسبة للحالات التي اكتملت في ظل القانون القديم الا ان الاجراءات الادارية لم تكتمل الا بعد نفاذ القانون الجديد في قراره رقم 129 لسنة 1986، وملخص القضية:

ان المستدعي حصل عل على شهادة التحاليل الطبية بموجب قانون مزاوله المهن الطبية الصادر بتاريخ 1946/12/26، وحينما باشر بتقديم طلب للحصول على اجازة فتح مختبر تحليل صدر قانون جديد في 1979/1/17 يضع شروطاً جديدة غير متوفرة في المستدعي، فرفضت وزارة الصحة منحه الرخصة.

(1) مهند عزمي أبو مغلي، مرجع سابق، ص 36.

(2) محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 101.

وجاء في القرار (وبما ان عدم لحظ قانون 1979/1/17 صراحة، احكاماً انتقالية للحالات المماثلة التي يمكن ان تنشأ بسبب صدورها لا يعني بشكل اكيد ان المشتري اراد عن قصد عدم رعاية تلك الحالات بأحكام انتقالية خاصة تسمح بتحقيق النتائج المترتبة عنها، لا بل ان العكس هو المفترض، أي ان المشتري يقر ضمناً اعتماد مثل هذه الاحكام، لانه لا يعقل ان يطلب مثلاً من طالب قضى السنوات الطوال في دراسة الطب وفق منهاج يقرره قانون معين ويولي من يستكملة حق الاشتراك بامتحان الكولوكيوم لممارسة مهنة الطب، ان يقضي مجدداً سنوات عديدة في دراسة الطب وفق منهاج جديد لمجرد صدور قانون جديد يفرض هذا المنهاج كشرط للاشتراك في امتحان الكولوكيوم..... فانه يكون من حقه وفقاً للمبدأ الآنف الذكر ان يستفيد من النتائج المترتبة عن هذا الوضع والمرتبطة به ارتباطاً وثيقاً والمتمثلة بالحصول على اجازة فتح مختبر طبي وفق احكام قانون سنة 1946 وفي الحدود التي يفرضها هذا القانون وبما ان كل ما ادلى به خلاف ذلك يكون في غير محله القانوني ويقتضي معه رد جميع الاسباب والمطالب الزائدة والمخالفة..... يقرر المجلس بالاجماع ابطال قرار وزارة الصحة الضمني موضوع المراجعة، والقول بحق المستدعي استناداً لما تقدم بالحصول على اجازة فتح مختبر طبي وفقاً لاحكام قانون سنة 1946 وفي الحدود التي يفرضها هذا القانون ورد المطالب الزائدة والمخالفة)⁽¹⁾.

(1) حسام الدين فتحي: حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 13.

الخاتمة

ارتباطاً بالإشكال المحوري للرسالة المشار إليه أعلاه، فإننا نلاحظ أن المبادئ العامة تتسم بطابع العمومية المستمد من الاعتراف بها من جانب التشريعات الوطنية لمعظم الدول مهما كانت طبيعة النظام القانوني الذي تنتمي إليه، ويُقصد بالمبادئ العامة للقانون هي تلك "القواعد العامة والأساسية التي تهيم على الأنظمة القانونية والتي تتفرع عنها قواعد أخرى تطبيقية تخرج إلى حيز التنفيذ في صورة العرف والتشريع". بناءً على ما سبق، توصلنا من خلال هذا البحث إلى بعض النتائج والتوصيات، كما يلي:

أولاً: النتائج

- المبدأ العام هو كل قاعدة تبلغ من العمومية والأهمية ما يجعلها أساساً للعديد من القواعد التفصيلية المنقرعة عنها، فهو قاعدة بلغت من العمومية درجة عالية يمكن معها اشتقاق العديد من القواعد المنقرعة عنها.
- من الواضح أن المبادئ العامة للقانون قواعد غير مكتوبة حسب الأصل وأن من أنشأها هو القضاء وخاصة قضاء مجلس الدولة الفرنسي وواكبه في ذلك مجلس الدولة المصري الذي أنشئ عام 1946 على غرار مجلس الدولة الفرنسي، إلا أن الفقه يكاد يجمع على أنها

قواعد أساسية وجوهرية لا يمكن ان يخلو منها أي نظام قانوني، بمعنى أنها تكاد تفوق أهميتها الموضوعية أهمية القواعد المكتوبة.

■ من مبادئ القانون الداخلي التي يمكن أن تسري أحكامها على العلاقات الدولية مبدأ حسن النية ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين وغيرها من المبادئ. أما المبادئ الخاصة بالعلاقات الدولية فمنها مبدأ استمرارية الدول، وتفوق المعاهدات الدولية على القانون الداخلي وقاعدة استنفاد المراجع القضائية، وتحريم استخدام القوة في العلاقات الدولية وغيرها من المبادئ.

■ تعددت التفسيرات في مدى استقلالية المبادئ العامة، واختلفت باختلاف الفلسفة القانونية التي يؤمن بها كل من تصدى لبيان مدلول هذه المبادئ، الأمر الذي أدى إلى ربط مضمون المبادئ العامة بمصادر ومفاهيم أخرى والخلط بينهما.

■ على الرغم من أن فكرة القانون الطبيعي الملزم قد حافظت على ما أمكن وصفه بالأهمية الأخلاقية أثناء هذه الفترة، فقد برزت فكرة "القانون الدولي الطوعي"، ونتيجة لذلك، ولبضعة سنوات اختفى مصطلح "القواعد الآمرة". ثم أصبحت الفكرة المهيمنة بدلاً من ذلك، الفكرة القائلة أن القانون قد تم إنشاؤه حصرياً عن طريق الدول، ولذلك لم يتعرض للتحديد ولا التقييد، وبناءً على هذا التأويل فإنه بوسع الدول من الناحية النظرية أن تبرم معاهدات في مختلف المسائل والقضايا.

■ تشكل عقود التجارة الدولية، العصب الرئيسي في الحياة الاقتصادية العالمية، وتتخذ أشكالاً متعددة تيسيراً للمعاملات التجارية التي بلغت في تنوعها حداً لا حصر له. ولعل أبرز ما يميز عقود التجارة الدولية اختلافها عن العقود الأخرى، في أن الأولى تخضع لقواعد القانون الدولي وبالأخص قواعد التجارة الدولية، أما الثانية فيتم تنظيمها بموجب القوانين الداخلية.

■ إن غالبية القوانين العربية تنص على ضرورة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كانت أحكامه مخالفة للنظام العام والآداب العامة في دولة القاضي دون تحديد دقيق لمعنى النظام العام، وما يندرج تحته من قواعد. وعدا هذه الاستثناءات، لم تتضمن هذه القوانين ولا قوانين الدول الأوروبية - قبل التوحيد الأوروبي لقواعد القانون الدولي الخاص - في مجال المعاملات المدنية والتجارية بين دول الاتحاد الأوروبي، قواعد خاصة تهدف بشكلٍ أساسي إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية كالمستهلك في عقد الاستهلاك والعامل في عقد العمل.

■ أغلب عقود التجارة الدولية تتصل بعدة دول، مما يرتب ارتباطها بأكثر من نظام قانوني، وإذا ثار نزاع بشأن مسألة تتعلق بتلك العقود، فإن التساؤل الذي يبرز ما هو القانون الواجب التطبيق؟ والإجابة عن هذا السؤال هي مهمة المحكمة أو هيئة التحكيم التي تنظر النزاع، والتي تحدد القانون الواجب التطبيق وفقاً لآليات معينة قد لا يكون لإرادة الأطراف دوراً فيها، أو يكون دورها ضعيفاً أو بسيطاً.

■ إن تحديد دولية العقد في التشريعات الوطنية بشكلٍ دقيق وواضح وجلي على غرار التعيين الوارد في مبادئ لاهاي، واعتبار العقد دولياً إذا تطرقت الصفة الأجنبية لأحد عناصره سواء ارتبطت تلك الصفة بعنصر مؤثر أو غير مؤثر فيه فائدة كبيرة، ويغلق الباب أمام تفسيرات قد تقود إلى عدم اعتبار بعض العقود دولية إذا ارتبط عنصر أجنبي بأحد عناصر العقد غير المؤثرة.

■ إذا كان خضوع عقود التجارة الدولية للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين - باعتباره الأصل - وفقاً لما تشير إليه قواعد التنازع قد تعرض إلى انتقادات لاذعة استهدفت النيل من هذه القواعد، بالنظر لما قد يؤدي إليه ذلك من فتح الطريق أمام أطراف التعاقد للإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعلاقة العقدية، فهذا هو ما دعى بعض الشراح إلى البحث عن نقطة التوازن بين حق الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من ناحية والاحترام المتطلب للنصوص السمة التي تحكم العقد من ناحية أخرى.

■ نظراً لتزايد القواعد المادية ذات التطبيق المباشر، التي تؤهلها دون شك لاستيعاب المقتضيات المعاصرة للتجارة الدولية وتحقيق الأمان القانوني لها، فقد أخذت هذه القواعد اهتمامات الفقه العالمي والمبادرات التشريعية الداخلية والدولية، وإسهامات القضاء الوطنية وعادات وأعراف التجارة الدولية، ما جعل منها أرضية خصبة للإنطلاق في البحث عن حلول موضوعية لمشاكل ومنازعات عقود التجارة الدولية، خاصة مع بروز

أفكار وأنماط جديدة على بساط البحث والتطبيق لشهم جميعها في تشييد هذا المنهج وتوسيع نطاق تطبيقه يوماً بعد يوم.

ثانياً: التوصيات

- قبل اعتبار أحد القواعد كقاعدة آمرة، يجب قبولها والاعتراف بها من قبل المجتمع الدولي، الذي يمكن أن يكون إما صريحاً أو ضمناً، وهذا مشابه للطريقة التي تتشكل بها قواعد القانون الدولي العام.
- من أجل تسهيل العلاقات التعاقدية وتوفير المناخ الأنسب لازدهارها، نوصي بضرورة تجاوز القوانين الوطنية والحيلولة بينها وبين حكم منازعات التجارة الدولية، مع ضرورة البحث عن الوسائل التي تستجيب لأمني ورغبات الأطراف المسيطرة على حركة تلك التجارة، خاصة مع وجود علاقة تبادلية بين المتغيرات التي طرأت على عقود التجارة الدولية وبين القواعد القانونية المنظمة لها.
- ينبغي أن تخصص لجنة القانون الدولي ومراكز الأبحاث والدراسات القانونية مزيداً من الدراسات المستفيضة لمفهوم المبادئ العامة للقانون وأثرها في النظام العام الدولي، فضلاً عن تشجيع الدراسات القانونية المعنية بالقواعد الآمرة، في محاولة لبلورة دراسات فقهية قد يكون لها أثر إيجابي في وضع أدوات قانونية يمكن الاستعانة بها في الأجهزة القضائية الدولية، ولتغطية الثغرات الموجودة في عقود التجارة الدولية.

قائمة المراجع

- إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص "تتازع القوانين"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م.
- // // //: القانون الدولي الخاص، تتازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م.
- أبو العلا علي أبو العلا النمر: حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م.
- أحمد إبراهيم إبراهيم: القانون الدولي الخاص "تتازع القوانين"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م.
- أحمد حميد الأنباري: سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2017م.
- أحمد عبد الحميد عشوش: تتازع مناهج تتازع القوانين، مؤسسة شهاب الجامعية، الإسكندرية، 2003م.
- أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007م.
- إيهاب السنباطي: الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008م.

- **بدران شكيب الرفاعي:** عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011م.
- **بشار الأسعد الأسعد:** عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006م.
- **بلمامي عمر:** نظرة تأملية حول قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون، نشرة المحامي الصادرة عن منظمة محامي سطيف، الجزائر، العدد الخامس، 2007م.
- **جميل الشرقاوي:** محاضرات في العقود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.
- **جورج حزبون جورج:** قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإرجائي والمستحدث الموضوعي، مجلة الحقوق الكوينية، العدد الثاني، 2002م.
- **حبار محمد:** المدخل لدراسة القانون الدولي الخاص، مطبوعات جامعة وهران، كلية الحقوق، الجزائر، 1981.
- **حسام الدين فتحي:** حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.
- **حسام الدين فتحي:** حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.
- **حسن العشري:** الإجراءات في النظام القضائي الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011م.

- **حفيظة السيد الحداد:** العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجانب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007م.
- **حفيظة السيد الحداد:** القانون الدولي الخاص "تتازع القوانين"، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002م.
- **حيدر عجيل فاضل:** المبادئ العامة للقانون كمصدر للقانون الدولي العام، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2006م.
- **خالد عبد الفتاح خليل:** حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م.
- **خالد عبد الفتاح محمد خليل:** حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م.
- **خليل إسماعيل الحديثي:** المعاهدات غير المتكافئة المعقودة وقت السلم "دراسة قانونية سياسية، جامعة بغداد، 1981م.
- **ريتا سايد سيدة:** العقود التجارية الدولية والعمليات المصرفية، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2014م.
- **زروتي الطيب:** القانون الدولي الخاص الجزائري "تتازع القوانين"، الطبعة الثانية، الجزء الأول، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008م.
- **زهير الحسني:** مصادر القانون الدولي العام، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، 1993م.
- **زياد خليف العنزي:** مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقاً لمبادئ مؤتمر لاهاي 2015،

بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد

13، العدد 2، ديسمبر 2016م.

■ **سامي بديع منصور:** الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة

العربية، بيروت، الطبعة الأولى، 1994م.

■ **السيد عبد المنعم حافظ السيد:** عقد التأجير التمويلي الدولي، دار الفكر

الجامعي، الإسكندرية، 2010م.

■ **صالح المنزلاوي:** القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة

الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008م.

■ **صفوت أحمد عبد الحفيظ:** دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام

القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،

2005م.

■ **صلاح الدين عامر:** مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة

العربية، القاهرة، 2007م.

■ **عادل أبو هشيمة محمود حوته:** عقود خدمات المعلومات الإلكترونية

في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية،

القاهرة، 2004م.

■ **عصام العطية:** القانون الدولي العام، المكتبة القانونية، بغداد، 2008م.

■ **عكاشة محمد عبد العال:** القانون التجاري الدولي "العمليات المصرفية

الدولية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012م.

- **علي صادق أبو هيف:** القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996م.
- **علي علي سليمان:** مذكرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005م.
- **عمار سعيد الطائي:** القواعد الآمرة في القانون الدولي، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 15، العدد الأول، يونيو 2018م.
- **عوض الله شيبه الحمد السيد:** أحكام تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون الإماراتي، كلية شرطة دبي، دبي، 2001م.
- **عوني محمد الفخري:** إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2012م.
- **غالب علي الداودي:** القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2013م.
- // // // : القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار وائل، عمان، الطبعة الرابعة، 2005م.
- **قاسيمة جمال:** القانون الدولي العام ومصادره، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017م.
- **محمد حافظ غانم:** المسؤولية الدولية "دراسة لأحكام القانون الدولي ولتطبيقاتها التي تهم الدول العربية"، معهد الدراسات العربية العليا، جامعة الدول العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.

- **محمد وليد المصري:** الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2016م.
- **محمود محمد ياقوت:** حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000م.
- **محمودي مسعود:** أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، بدون دار نشر، الجزائر، 2006م.
- **مصطفى أحمد فؤاد:** الأمم المتحدة والمنظمات الحكومية وغير الحكومية، بدون دار نشر أو سنة نشر.
- **مهند عزمي أبو مغلي:** القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2005م.
- **هشام خالد:** المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2003م.
- // // // : ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007م.
- **هشام صادق:** الموجز في القانون الدولي الخاص، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1997م.
- **هشام صادق، عكاشة عبد العال، حفيظة السيد الحداد:** تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006م.

■ هشام علي صادق: مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء

المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية، الفنية للنشر، الإسكندرية،

1987م.