دور القانون الدولي في معالجة القصور التشريعي الوطني

عبدالله الأشعل

كلية الدراسات العليا باكاديمية البورك للعلوم

التشريع هو أصلا القانون الصادر عن سلطة تشريعية مختصة دستوريا داخل الدولة هذا هو الأصل ولكن تصدر السلطات المختلفة تعليمات ولوائح فى اختصاصها لتنظيم عمل قطاعها. والذى نقصده هو القانون الصادر من البرلمان. والعادة أن يصدر التشريع لكى يعالج مسألة معينة، وأن يحيط بالمسألة قدر المستطاع، فإن تغيرت جوانب المسألة تم تعديل التشريع بما يسد النقص التشريعى فى المسألة ولكن كل التشريعات فى جميع القطاعات لأبد أن تتم وفقا لسياسة تشريعية رشيدة تتوخي الصالح العام للمجتمع .

ولاشك أن التشريع يحتاج إلى شكل قانونى محكم، كما يحتاج إلى مضمون يتوجه بالخطاب مباشرة إلى المسألة المقصودة.

حالات التشريع:

والتشريعات يفترض أن تكون كافيه لمعالجة المسألة وألاتزيد بحيث تربك القاضى، كما يجب أن تتمتع بدرجة من الثبات التشريعى. لكن قد تعاني التشريعات نقصا او تضخما.

أولا: النقص التشريعى: هناك علاقة تقليدية بين القضاء والتشريع فالقاضى يطبق التشريع ولكن إذا وجده غير مناسب لحكم الحالة فإنه يمتنع عن تطبيقه ويوصى بتعديله حسبما تكشف له فى التطبيق. ولكن القاضى المصرى مثلا لايمتنع عن تطبيق النص المخالف للدستور وإنما يكون هذا النص عرضه للإبطال بدعوى من ذوى المصلحة، لأن القاضى ملتزم بتطبيق ما يصدره المشرع ولايحكم إلا بما يطلبه الخصوم.

وفى ضوء نظرية الفصل بين السلطات المقرره فى جميع الدساتير+ بما فى ذلك العربية على الأقل من الناحية النظرية، فإن القاضى ليس من سلطته استكمال ما نقص فى التشريع. ففى أحوال النقص التشريعى يلفت نظر المشرع إلى جوانب النقص إما فى التشريع عموما وإما فى نص معين والمشرع يعرف كيف يعالج هذه الظاهرة.

نظرية الفراغ القانونى:

المعروف أن غالبية الدول تأخذ بنظرية ثنائية القانون حيث لكل من القانون الدولى والداخلى استغلاله، وتلك كانت النظرية التقليدية (1) وقد انقسم الفقه والقضاء المقارن حول الاعتراف بفراغ القانون lacune de droit(2) أى عدم وجود نص يريد الانطباق لحكم النزاع إلى مدرستين.

المدرسة الأولى: تعترف بفراغ القانون وبضرورة تنبيه المشرع لاستكماله.

المدرسة الثانية: عدم الاعتراف بفراغ القانون، أى بغياب النص المطلوب، فإن القاضى لابد أن يستعين بمبادئ العدل والإنصاف وهذا يتوقف على مهارة القاضى وثقافته وجرأته لأنه فى هذه الحالة يدخل ليسد الفراغ التشريعى فى دائرة بالغة المرونة وعدم التحديد لأن مبادئ العدل والإنصاف ليست مسجلة لكى يطبقها وإنما يستنبط هذه المبادئ من واقع خبرته والسوابق القضائية والقضاء المقارن. ونظرا لصعوبة المسألة فالأغلب أن يقرر القاضى خلو القانون أو عدم وجود النص فيعود إلى الأصل وهو أن القاضى يأتمر بأمر المشرع، وأنه فى هذه الحالة يستحدث أحكاما لم يقررها المشرع.

ومذهب الأستاذ كلسن Kelsen فى بداية الخمسينات من القرن العشرين يكرس نظرية عدم الاعتراف بنقص القانون(3).

ثانياً: تضخم التشريعات: هى الظاهرة الثانية المقابلة لنقص التشريعات ويحدث ذلك فى الدول التى تمر بمرحلة انتقالية ويكون برلمانها مستعدا لإصدار تشريعات متتالية فى مختلف المسائل وفى المسألة الواحدة مثل مصر منذ عام 2013 حيث يقوم البرلمان بإصدار عشرات التشريعات وأحيانا المتناقضة لحكم مسألة معينة ثم تتوالى التعديلات والتشريعات التى تثقل كاهل المواطن والقاضى.

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp18-24

ففى مصر، صدرت تشريعات متتالية فى فترات قصيرة تكاد تكون يومية خاصة بالأستثمار تنفيذا لسياسة تشجيع الاستثمار ولكن كم التشريعات فى هذا المجال ترهق رجال القانون والقضاء كما تربك السلطات الأخرى خاصة وأنها تؤدى إلى نتائج عكسية فتكون السياسة التشريعية سليمة ومنطقية ولكن أدواتها التشريعية غير موفقة. وغالبا ما تحدث ظاهرة التضخم فى الدول المتخلفة ولاتوجد فى الدول الديمقراطية التى يخضع فيها سلطة التشريع وتشكيل البرلمان للمباديء الديمقراطية.

ثالثاً: الاضطراب والثبات التشريعى:

ويؤدى التضخم التشريعى إلى إرباك العدالة خاصة وأن هذا التضخم يعنى توالى التشريعات أو تعديلاتها إما لاستكمال المسألة أو تعديلها ومثلها تشريعات الاستثمار فى مصر التى تضخمت وتضاربت فأشاعت الفزع لدى المستثمرين فتجمدت الاستثمارات وحل محلها المكاسب السريعة. فقد رصد المستثمرون ظاهرة التضخم التشريعى فى مصر فاتجهوا إلى توقع أخطاء الحكومة ورصدوا الأموال نظريا للاستثمار ولكنهم دخلوا فى معارك قانونية مع الحكومة وكسبها والحصول على تعويضات أعلى من عائد الاستثمار دون أن يعرض أمواله للخطر(4).

فالتضخم التشريعى يتضمن غياب الاستقرار كما يتضمن احتمالات التناقض وإرباك السياسة التشريعية.

وبطبيعة الحال، فإن القضاء الدولى أو التحكيم الدولى له دور فى المنازعات الاستثمارية خاصة عند التضخم التشريعى، فالمعاهدات الخاصة (5) بتشجيع وضمان الاستثمار هى المرجعية بالنسبة للمستثمر الذى قد يضار من جراء التضخم التشريعى ولذلك يحسم التحكيم المنازعات وفقا للمعاهدة خاصة أن تعارضت مع التشريع الداخلى. وهى الوسيلة المعتادة لتسوية المنازعات فى هذه المعاهدات التى تفتح الباب للحماية الدبلوماسية(6) إذا جارت الدولة المستقبلة للاستثمار على حقوق المستثمر الذى استنفد الاجراءات الداخلية للحصول عليها.

دور القانون الدولى وموقفه من النقض والتضخم التشريعى الوطنى.

الأصل أن معظم الدول تطبق ازدواج القانون وقليل منها تطبق نظرية وحدة القانون(7). وازدواج القانون يعنى أن القانون الدولى والقانون الداخلى نسقان منفصلان ومستقلان. صحيح أن الدولة هى التى تصنع القانون الدولى مع غيرها وتنفرد كل دولة بوضع قانونها الداخلى مما يخلق علاقة حتمية بين القانونين فالتزام الدول بالمعاهدة مثلا يوجب إنفاذ المعاهدة فى نظامها القانونى عن طريق الإدماج. ولكن الدولة لابد أن تراعى فى تشريعها علاقته بالمعاهدة ففى بعض الدول يسمو التشريع الداخلى على المعاهدة وفى أغلب الدول تسمو المعاهدة على التشريع الداخلى لكن المؤكد أن الدولة لاتستطيع أن تستخدم التشريع الداخلى للافلات من التزام دولى فى المعاهدة وهذه قاعدة مستقرة من قواعد القانون الدولى.(8)

والمحقق أن القانون الدولى والداخلى (مكرر8)المعاهدة والدستور تصنعه الدولة وتطبق القانون الدولى بإرادتها ورضاها رغم أنها طرف فى المعاهدة، كما تطبق الدولة تشريعها الداخلى داخل أراضيها وحدها وفى حدود سيادتها ولكنها تطبق هذا القانون على كل المقيمين على إقيمها قهرا عند الاقضاء وهو ما يكشف عن الفوارق بين القوانين.

والثابت أن القانون الدولى لا ينفذ بذاته ومباشرة داخل الدولة(9)وانما يطبق عن طريق الدولة، فالدولة هى التى تطبق هذا القانون بأدوات وطنية. ولكن القانون الدولى لايحل محل القانون الداخلى عند نقص التشريع فى كل الأحوال. وفى هذه الحالة نميز بين وضعين: الأول أن المعاهدة تلزم الدولة بأدوات تشريعية معينة لإنفاذها أى أنها لا تنفذ بذاتها ولكن تنفذ من خلال التشريعات والاجراءات الداخلية وفى هذه الحالة تسد الدولة النقص التشريعى بما تشير إليه المعاهدة من تشريعات وإجراءات تتطلبها المعاهدة ومثالها معاهدات حقوق الإنسان والقانون الدولى الإنسانى (10).

فالدولة إذا انضمت إلى معاهدة دولية وجب عليها ألا تصدر تشريعات مناقضة لالتزاماتها فى المعاهدة لسبب بسيط وهو أن المعاهدة بعد إبرامها تصبح جزءا من النظام القانونى فى الدولة وتتجاور مع غيرها من مكونات هذا النظام .

وقد أشرنا من قبل إلى أن الدولة لاتستطيع أن تفلت من التزاماتها الدولية عن طريق إصدار تشريعات داخلية (11). أما إذا أبرمت المعاهدة فإن الدولة فى إحدى **حالتين: الأولى** أن تصدر التشريعات اللازمة لإنفاذ المعاهدة، **والثانية** أن المعاهدة تسمو على التشريع العادى في معظم دول العالم، بخلاف الدستور فهو له وضع آخر(12). ويترتب على سمو المعاهدة على التشريع العادى نتيجتان: **الأولى** أن القاضى يطبق المعاهدة ولايطبق التشريع المخالف لها أو لبعض أحكامها. النتيجة **الثانية** هى أنه لاينطبق على التشريع والمعاهدة قاعدة أن اللاحق ينسخ السابق. فالمعاهدة أولى بالتطبيق عند وجود تشريع مخالف ولكن تطبيق المعاهدة لاينسخ التشريع المخالف ولذلك أخطأت محكمة أمن الدول العليا عندما كشفت أن التشريع المصرى لايتيح الإضراب، فقررت تطبيق حق الاضراب في الاتفاقية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية، فسدت نقصا فى التشريع ولكنها أحلت المعاهدة محل الفراغ التشريعى(13). وكان ذلك تجاوزا من المحكمة على سلطة البرلمان. ذلك أن المحكمة سلطة قضائية تأتمر بأمر المشرع فإن اجتهدت فى حالة نقص التشريع، فإنه لايجوز لها أن تقرر إلغاء القانون الذى أتاح الإضراب بشكل غامض(14).

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp18-24

ويحدث الفراغ التشريعى فى الحالات الآتية[15].

1- عدم وجود تشريع أصلا

2- وجود تشريع غامض

3- وجود تشريع أعدمته عدم دستوريته.

يطبق القاضى القانون الدولى فى حالة الفراغ التشريعى، وفى حالة تناقض التشريع مع المعاهدة.

الفرضية الأخيرة هي حالة وجود تشريع منسجم مع المعاهدة فى نصه، ولكن القضاء يفسره بشكل يناقض التزامات الدولة فى المعاهدة. ومثال ذلك وضع شركة مصر للطيران(16) فى مصر وفى الخارج. ففى مصر يعتبرها القانون شركة تجارية لاعلاقة للدولة بها، بينما تعتبرها الدول الأخرى جزءا من الحكومة وتتحمل مسؤولية أخطائها. ولذلك حدثت منازعات كثيرة بين مصر والدول الأخرى بسبب مصر للطيران(17). فالقضاء المصرى يطبق القانون المصرى عليها بينما يطبق القضاء الأجنبى قانونه عليها ولكن لم تعرض إحدى هذه القضايا على المحاكم الدولية لحسم المسألة والتنازع بين القانون المصرى والقانون الأجنبى، الذى يختلف عن القانون الدولى، ولذلك فإن القاضى المصرى ملزم بتطبيق القانون الدولى وليس القانون الأجنبى إلا بأوضاع معينة يحددها القانون المصرى(18).

وقد صدرت دراسات كثيرة تسجل أن القضاء الوطنى يمكن أن يسهم فى صناعة القانون الدولى وتطبيقه وقد أطلق على هذه الظاهرة القانونية القانون الدولي المقارن(19) والقاضى الوطنى يطبق القانون الدولى وكذلك ينفذ أحكام المحاكم الدولية سواء الموجهة إلى دولته أو المبادئ التى ترسيها فى كنف القانون الدولى(20).

ونتصور أن يتم التفاعل بين بعض المحاكم الوطنية والمحاكم الدولية بحيث تستفيد المحاكم الدولية مباشرة من القاضى الوطنى خاصة إذا كانت المحكمة الدولية تفسر معاهدة أسهم القضاء الوطنى فيها، ومن ناحية أخرى، فإن القضاء الدولى يطبق أحد مصادر القانون الدولى وهو المبادئ العامة للقانون وهى تشمل التشريعات وإسهام القضاء فى تطبيقها وتفسيرها. والقاضى الوطنى فى دولة ديمقراطية وحدها وذلك بسبب صرامة القضاء واستقلاله فى الدول المتقدمة.

وقد أشرنا من قبل إلى أن التضخم التشريعى يمس العدالة ويوقع الدولة فى أخطاء يستفيد منها الطرف الآخر فى منازعاتها(21).

ولكن دور القانون الدولى فى معالجة القصور أو النقص التشريعى هو موضوع هذه الدراسة. ونورد فيما يلى الأحوال التى يتدخل القانون الدولى لسد النقص التشريعى ونوجز بعض ماسبق بيان الفراغ فى القانون الدولى.

ورغم أن معظم الدراسين كانوا يعتقدون أن المحاكم الوطنية تصنع القانون الدولى ولكن معظم الدارسات الحديثة لا تميل إلى فكرة أن المحاكم الوطنية تصنع القانون الدولى وإنما تطبقه وتملأ به فراغ التشريعات الوطنية كما أشرنا (22).

ولكنى ميزت بين المحاكم في الدول الديمقراطية المتقدمة ومحاكم الدول المستبدة المتخلفة والفيصل هو العلم والحرية والمهنية وفصل السلطات واحترام القانون.

نقص القانون الدولى:

اعترفت المادة 2/38 من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية بفكرة نقص القانون الدولى فأشارت إلى المصادر التى يطبقها القاضى الدولى، فإن لم يجد لجأ إلى معايير العدل والإنصاف وهى فكرة غامضة ولكن لدينا أمثلة لأحكام طبقت فيها الفكرة. والسبب فى تجاهلها هو إدراك القاضى الدولى أنه يفصل فى نزاع دولى فإن اعترف فيه بنقص القانون فلابد أن أن يسده بهذه الفكرة لأن عدم حسم النزاع قانونيا بديله النزاع المسلح مما يناقض فكرة المحكمة الدولية ذاتها، فهى الذراع القضائى لحفظ السلم والأمن الدوليين وتكريس تسوية المنازعات بالطرق السلمية ونبذ الحرب ولكن التحكيم الدولي يطبق المعاهدة ويتجاهل التشريعات الوطنية بنص عقد التحكيم وليس بطلب الخصوم او اجتهاد المحكمة.

ولذلك أخطأت محكمة العدل الدولية (23)فى حكمها فى قضية المصايد الإيسلندية فى النزاع بين بريطانيا وإيسلاندا حول مناطق الصيد عام 1974حيث قررت المحكمة إنها كمحكمة قانون لاتستطيع أن تطبق القانون القائم/Lex lataلأنه قاصر كما لاتستطيع توقع قانون المستقبل Lex Ferenda. وقد انتقد الفقه(24) موقف المحكمة وأرجع السبب إلى عدم إدراك المحكمة أنها تفصل فى نزاع دولى لأن قضاتها تربوا فى مدرسة القانون الداخلى(25) ولكن لجوء المحكمة إلى هذا المبدأ لابد أن يتم بموافقة أطراف النزاع فهو يغير طبيعة المحكمة ويجعلها أقرب إلى التحكيم من حيث اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق.

الحالات: عام 1984 قررت المحكمة استخدام قواعد الإنصاف حين أنشأت حدا فى خليج Maineبين كندا والولايات المتحدة .

فى تطبيق هذا المبدأ تتحلى المحكمة بالمرونة فى تكييف الظروف وتتخلى عن التطبيق الصارم لحكم القانون.

هذا المبدأ استخدمته اليونيسترال فى المادة 35 فى قواعدها لعام 2010 حول التحكيم التجارى الدولى (26).

كما تم إجراء التحكيمات عن طريق ICDR المركز الدولى لحل المنازعات وهى الشعبة الدولية من رابطة التحكيم الأمريكية وذلك عام 2012 وفق المادة 3/34 لكن هذا المبدأ الواسع التطبيق فى القانون الدولى والتحكيم التجارى الدولى ليس مألوفا فى المحاكم الوطنية.(27)

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp18-24

أن الانصاف استخدم فى القانون الدولى بشكل متواتر فى القرن 19 فقد أحالت الكثير من التحكيمات إلى القانون الدولى ولكن فى القرن العشرين قل استخدام الإنصاف ولكن الكثير من أحكام محكمة التحكيم الدائمة ومحكمة العدل الدولية استخدمت الإنصاف رغم عدم الإشارة الصريحة إلى الإنصاف.

ولكن المحكمة طبقت المبدأ منذ الستينات فى القضايا البحرية (الحرف القارى).

الوحدة والثنائية فى علاقة الدولى بالداخلى(28).

فى بلاد وحده القانون يكون تصديق الدولة على المعاهدة كافيا لإدماجها فى النظام القانونى الداخلى وإذا كان هناك قانون داخلى مناقض لها لابد من تعديله ليتماشى مع القانون الدولى. ومع ذلك فالقاضى الفرنسى قاوم طويلا سمو القانون الدولى على الداخلى قبل أن يسلم به بعد ذلك.

أما فى دول الثنائية فلابد للمعاهدة من إدماجها فى التشريع الداخلى قبل تطبيقها.

فالسنغال تعتنق مذهب وحدة القانون ومع ذلك تسمو الالتزامات الدولية على صدور تشريعات واجراءات معينة مثل المادة 3 من دستور منظمة العمل الدولية حيث تلزم الدول باتخاذ ضمانات الضمان الإجتماعى فى تشريعاتها حتى لو أعطاها هذا الدستور الحق فى الخروج المؤقت.

الخلاصة

1- أن نقص القانون أو غياب النص القانونى المناسب لتمكين القاضى من حسم النزاع وغياب النص المناسب له أسباب عديدة لكنها ظاهرة. وإذا اعترف القاضى بفراغ القانون يحظر عليه أن يبطل النص القائم مهما كان عواره، ولكنه يشير على المشرع أن يصحح أو يستكمل أو يعدل، كما أن القاضى ملزم بتطبيق النص حتى لو كان مخالفا للدستور إلا إذا رفع ذو المصلحة والصفة دعوى عدم الدستورية والسماح للمحكمة بتحويل الشق الدستورى عن طريق الدعوى إلى المحكمة الدستورية العليا. وأما جمهور القضاة فلايعترف بفراغ القانون ولكن يحسم النزاع بالاجتهاد بالاستعانة بقواعد العدل والإنصاف وهى رخصة للقاضى إذا كان الدستور أو القانون يخوله ذلك أو كان مذهب عدم الاعتراف بفراغ القانون سائدا فى الدولة.

2- أن هذه الدراسة تعنى بمدى صلاحية القانون الدولى لسد الفراغ التشريعى داخل الدول. فى هذا الصدد يجب أن نشير إلى عدد من ضوابط تدخل القانون الدولى لسد فراغ القانون إذا لم يتمكن القاضى لأى سبب من مواجهته عن طريقه أو توصية المشرع بما يلزم حيال النص القائم أو استحداثه.

3- والقانون الدولى علاقته بالقانون الداخلى تحكمه نظريتان: وحدة القانون أو ثنائية القانون. ففى حالة ثنائية القانون لابد لاستخدام القانون الدولى لسد الفراغ من إدماج هذا القانون فى النظام القانونى الداخلى فالدولة تلتزم بالقانون الدولى وفق أساسين الأول بصفتها شخصا قانونيا دوليا تلتزم بقاعدة المتعاقد عبد تعاقده pacta sunt servandaوهى قاعدة القانون الرومانى التى أكدتها الشرائع السماوية. فالدولة هى التى تصدر التشريع الداخلى وهى التى تشارك الدول الأخرى فى صناعة القانون الدولى سواء بالمعاهدة أو العرف الدولى أو المبادئ العامة للقانون. فلايجوز للدولة أن تصدر تشريعا مخالفا لالتزاماتها الدولية بل إن وحدة القانون تلزم الدولة باحترام القانون الدولى لأنه جزء من القانون الداخلى ولذلك فانتهاك الإدارة الأمريكية للقانون الدولى فى فلسطين لصالح إسرائيل هو انتهاك للدستور الأمريكى ،وللقضاء الأمريكى سوابق قضائية فى هذا الشأن لأن الدستور الأمريكى ينص على أن القانون الدولى هو قانون البلاد فلافصل بين القانون الداخلى والدولى، كما لإدماج للقانون الدولى فى القانون الداخلى.

4- فإذا كانت الدولة محظورا عليها أن تصدر تشريعا لاحقا لمعاهدة أبرمتها أو انضمت إليها، فإن الدولة أيضا تعلى عموما القانون الدولى على الداخلى فيما عدا استثناءات قليلة. أما علاقة المعاهدة بالدستور فغالبية الدول تعلى المعاهدة على الدستور، ولكن قسما كبيرا يسوى الدستور بالمعاهدة وقليل من الدول تعلى دستورها على المعاهدة. وأحياناً يكون وضع الدستور التزاما دوليا كما حدث مع ليبيا وغيرها كما قد يكون الدستور ممكنا كرخصة دولية مثل تصريح 28 فبراير 1922 من الحكومة البريطانية الذى أتاح لمصر أن تصدر دستورا وأن تنضم إلى عصبة الأمم لمجرد النص على أن مصر دولة ذات سيادة، كما أتاح لها التمثيل الدبلوماسى المحدود الإيجابى والسلبى.

5- يساهم التشريع الداخلى أى البرلمان فى صناعة القانون الدولى من خلال المبادئ العامة للقانون، كما أن جانبا من الفقه يرى أن القضاء الوطنى يصنع وينفذ القانون الدولى وهو ليس رأى قسم أكبر من الفقه. ومعنى ذلك أن الدول التى تعتنق مذهب وحدة القانون يسهم برلمانها وقضاؤها فى صناعة القانون الدولى.

6- إذا كان القاضى الوطنى يلجأ من تلقاء نفسه إلى الاجتهاد لسد فراغ القانون من خلال قواعد الانصاف، فإن القاضى الدولى يلجأ إلى قواعد العدل والإنصاف بناءا على طلب الأطراف أو موافقة أطراف النزاع.

7- والسبب فى ذلك أن الدولة فى الداخل هى التى تقرر فراغ قانونها من عدمه، أما القاضى الدولى فلايستطيع أن يتخلى عن دوره بحجة فراغ القانون وإلا اغفل مهمته الأساسية وهى توفير التسوية القضائية للنزاع الدولى.

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp18-24

قائمة المراجع والهوامش

1- أنظر / وائل حسن عبدالشافى- رسالة دكتوراه/ جامعة الأسكندرية، 2009 مشكلة النقص فى القانون بين المذاهب الفلسفية والشرائع القانونية. فالنقص فى القانون قد يعنى عدم وجود قانون أصلا أو قاعدة قانونية لحكم الواقعة محل النزاع ولذلك أسباب كثيرة. وقد اعتاد الفقه دراسة الظاهرة تحت عنوان الثغرات القانونية ولكن النقص أدق وأكثر دلالة.

2- ولايعترف معظم الفقة والقضاء بالنقص فى القانون. ويجب التميز بين فراغ القانون فى القانون الداخلى وفراغ القانون فى القانون الدولى وقد يتم تطبيق القانون الدولى فى حالة فراغ القانون الداخلى.Ulrick Klug,observations sur le problem des lacunes en droit,Logique et analyse,Nouvelle serie,Vol10/37 april 1967 pp.98-116.اما المشكلة في القانون الدولي فانظر J.Ja Salmon,quelques observations sur les lacunes du droit international,Bruxelles,1967,

3- أنظر كلسن ومشكلة الفراغ فى النظام القانونىLuc Wintgens,Jean Frans Lindemans,Kelsen et le problem des lacunae dans l'ordre juridique Revue inter-disciplinaire d'etudes juridiques 1986/vol.16,pp.105-121

4- أنظر للتفاصيل كتابنا "مصر ومنازعات التحكيم التجارى الدولى"، القاهرة 2003

5- معاهدات تشجيع وضمان الاستثمار تطبقها محاكم التحكيم الدولية وتتجاهل كلية التشريعات الداخلية للدول أطراف النزاع والثابت أن المستثمر الأجنبى لا يثق فى القضاء الوطنى فى الدول المتخلفة بسبب عدم استقلاله عن السلطة التنفيذية كما أنه لايثق فى القوانين الوطنية لانه يعرف جيدا طريقة تشكيل البرلمان وكيف يصدر التشريعات ولذلك تتضمن معاهدات تشجيع وحماية الاستثمار حقوق المستثمر ولاتنص إلا على التحكيم الدولى دون غيره من وسائل التسوية. أنظر أمثلة لذلك فى كتابنا سالف الأشارة إليه. بلغ عدد المعاهدات 2844 الساري منها 2290 والمعاهدات التي تتضمن احكام استثمار بلغ 420 الساري منها324 ومصر طرف في 115 معاهدة.

6- الحماية الدبلوماسية حق للدولة وليست حقا لمواطنيها لأن مصلحة المجتمع الذى تمثله الدولة أسمى من مصالح الأفراد ولكن الدساتير عادة تنص على حماية مصالح الدولة فى الخارج والدول الديمقراطية تعتبر مصالح مواطنيها فى الخارج جزءا أساسيا من مصالح الدولة ومع ذلك فإن قرار الدولة بالحماية الدبلوماسية لأحد مواطنيها قرار تقديرى وقد رفض القضاء فى مختلف الدول مطالبات أفراد للحماية الدبلوماسية التى أنكرتها عليهم حكوماتهم. والحماية الدبلوماسية تعنى أن الدولة تحل محل المواطن فى المنازعة مع الدولة التى يختصمها المواطن فتنتقل النزاع من المستوى الداخلى إلى المستوى الدولى وقد حدد القانون الدولى شروط الحماية الدبلوماسية. أنظر للتفاصيل مشروع مواد الحماية الدبلوماسية التي أعتدها لجنة القانون الدولي منذ 2006

7- تحفل كتب القانون الدولى بنظرية وحدة القانون وازدواج القانون وللقانون الدولى مصادر متعددة أبرزها المعاهدة وهذه المعاهدة تسمو على الدستور والقوانين الأخرى فى بعض الدول ولكن فى دول أخرى يسمو التشريع الداخلى على المعاهدة وقد ثارت مسألة السلطة التى تقرر الانسحاب من المعاهدة والارتباط بها (الحكومة أم البرلمان) وقد أظهرت دراسة حديثة أن 43 من 190 دستور ينظم الانسحاب من المعاهدة بينما 168 دولة لديها أحكام دستورية حول التوقيع والتصديق على المعاهدة والراجح أن الدول جميعا تطبق نفس قواعد الانضمام على الانسحاب وهى نظرية Acte contraire ولكن الواقع يخالف ذلك لأن قواعد الانسحاب تختلف عن قواعد الانضمام أنظر لمزيد من التفاصيل انظر Hannah Woolaver,domestic law role in the international legal validity of treaty withdrawal,EJIL,vol.30/1 feb.2019 ,pp.73-104 لو انسحبت دولة من معاهدة بمايخالف قانونها الداخلي فهل للانسحاب اثر في القانون الدولي(بريطانيا والاتحاد الاوروبي-جنوب افريقيا والجنائية الدولية).

8- علاقة المعاهدة بالدستور مختلفة داخل الدول . الدستور الايرلندى لا يلزم البلاد بأى معاهدة تتضمن مبالغ مالية لا يرخص بها التشريع الداخلى أما دستور قبرص فينص على أن المعاهدات المعقودة وفق الدستور تسمو على القانون الداخلى بشرط المعاملة بالمثل ولكن فى بعض الأحيان تشير المعاهدة إلى التزام وضع الدستور كما في حالة ليبيا ونيامار. أما فى الولايات المتحدة فالتشريع الداخلى يسمو على القانون الدولى حتى لو تضمن انتهاكا لهذا القانون رغم أن الحكومة تسأل دوليا عن ذلك ولكن الكونجرس ملزم بأن لايصدر تشريعات مناقضة للالتزامات الدولية للبلاد أما فى بريطانيا فالقانون الدولى العرفى جزء من القانون العام وينظر التشريع البريطانى إلى المعاهدة بأنها تنفيذية وليست تشريعية ولذلك تصبح المعاهدة جزءا من القانون الداخلى فى حالة صدور تشريع مناسب والمعروف أن مذهب الادماج يعتبر القانون العرفى جزءا من قانون البلاد ويفترض أن القانون الداخلى يتسق مع القانون الدولى ولكن فى

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp18-24

أحوال التنازع يسود القانون الداخلى Antea Roberts,comparative international law?,role of national courts in creating and enforcing international law,IQLQ,vol60/1 Jan2011,pp57-93.

9- الثابت أن القانون الدولى بما فى ذلك ميثاق الأمم المتحدة لاينفذ بذاته داخل الدولة أى أن الدول هى أشخاص القانون الدولى وهذا ما قررته محكمة كاليفورنيا عام 1952 فى قضية Sei Fujii v state of californiaومع ذلك صار الفرد من أشخاص القانون الدولى ويخاطبه القانون الدولى مباشرة ومثال ذلك القانون الجنائى الدولى وأحوال الإرهاب وعقوبات لجنة العقوبات فى مجلس الأمن أنظر للتفاصيل Hannah,op.cit.,Andre Nolkae mper,the duality of direct effect of international law,EJIL,vol25/1,2014,pp.105-125.خيث يقول يمكن للمعاهدة أن تنشيء حقوقا للأفراد يتعين علي القضاء تطبيقها، فالقانون الدولي يحمي الأفراد من دولهم مثل تجريم التعذيب.فالقانون الدولي يستخدم لحماية حقوق الأفراد حين يعجز القانون الداخلي عن ذلك فالمحاكم الوطنية تستخدم القانون الدولي لمساندة حقوق الافراد في صراع القوة مع الدولة وابرزها القضاء الاداري.

10- بعض المعاهدات تشير إلى أن تنفيذها يتم عن طريق أصدار تشريعات واجراءات داخلية مثل معاهدات حقوق الإنسان ومعاهدات القانون الدولى الإنسانى .

11- تأكد هذا المبدأ فى اتفاقية الأمم المتحدة لقانون المعاهدات (م69) وفى حكم المحكمة الدائمة للعدل الدولى عام 1928في قضية لايبزج كما تأكده تحكيم الالاباما بين الولايات المتحدة وبريطانيا كما يلي " لايجوز التذرع بقاعدة داخلية للتهرب من الالتزامات الدولية".

12- علاقة الدستور بالمعاهدة أوضحنا أن الدساتير تختلف فى النظر إلى المعاهدة فالغالبية الساحقة من الدول تعتبر المعاهدة فى مستوى الدستور لكن تسمو المعاهدة على التشريعات الأخرى وهذه علاقة مفهوم لأن الدولة هى التى تضع الدستور وهى التى تنشأ المعاهدة أو تنضم إليها وهى التى تطبق المعاهدة وتعدل الدستور من أجل ذلك وأبرز الأمثلة هو المادة 27 من نظام روما الذى أنشأ المحكمة الجنائية الدولية.

13- أنظر قضية أضراب عمال السكك الحديدية فى مصر عام 1981 حيث أحيلت هذه القضية إلى محكمة أمن الدولة العليا فقررت منح العمال الحق فى الاضراب وفق المادة التاسعة من الاتفاقية الدولية للحقوق الثقافية والاقتصادية لعام 1966 بل قررت المحكمة إلغاء النص الغامض فى القانون المصرى وقد لقى هذا الجزء من الحكم انتقادا شديدا ناقشناه فى رسالتنا للدكتوراه فى جامعة السوربون بعنوان

les mesures coercitives adoptees par le conseil de securite et leur application dans le droit international et droit interne,these soutenue a l"universite Paris II,2001.

14- نفس المرجع

15- أنظر / وائل حسن عبدالشافى- رسالة دكتوراه/ جامعة الأسكندرية، 2009 مشكلة النقص فى القانون بين المذاهب الفلسفية والشرائع القانونية.

16- قضايا وضع مصر للطيران فى القانون المصرى وضع غامض وقد تمسكت الحكومة المصرية بأن مصر للطيران شركة تجارية لاعلاقة لها بها ولكن الادلة تؤكد أنها شركة تجارية تابعة للحكومة المصرية فلا تتمتع بالحصانة وإنما تخضع لاحكام اتفاقيات الطيران المدنى الدولي وهذا ما قرره القضاء الأجنبى فى حالات كثيرة .

17- قضايا مصر للطيران، نفس المرجع.

18- أنظر قواعد الاحالة فى القانون المدنى المصرى وقواعد حل تنازع القوانين فى القانون المصرى المدني من المادة السادسة -28

19- Antea Roberts,comparative international law,op.cit.

20 - أنظر تنفيذ الأحكام الأجنبية والدولية أمام القضاء الوطنى واتفاقية نيويورك لعام 1958الخاصة بتنفيذ الأحكام الدولية والأجنبية.

21- أثيرت هذه الظاهرة أمام التحكيم التجارى الدولى خاصة فى مركز إكسيد أنظر أمثلة لذلك الاشعل، مصر ومنازعات التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق.

22- أنظر :.Roberts .op.cit

23- أنظر قضية المصايد بين ايسلندا وبريطانيا عام 1974 Great Britain and Northern Iceland,fisheries case,,ICJ reports,merits, Jurisdiction ,july 1974,p.3..

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp18-24

24- أنظر فى نقد الفقه لهذا الحكم.Ian Brownlie,the i.l.customary rule,BYIL,1974

25- تختلف مدرسة القانون الداخلى عن مدرسة القانون الدولى فالقاضى الوطنى يهمه تطبيق العدالة على المتنازعين من خلال القانون أما القاضى الدولى فإنه يحقق السلام بين الدول عن طريق القانون peace through law or law for peaceوهناك أثار متعددة لهذا الفرق منها مفهوم القاضى الوطنى والقاضى الدولى لمبدأ الانصاف. فالمفهوم أن ميثاق الأمم المتحدة نص على كلمة العدل مرة واحدة فى الديباجة مما فتح الباب لتطبيق القانون بصرف النظر عن أن يؤدى إلى العدالة. مفهوم القاضى الوطنى للانصاف يرتبط بثقافته وفهمه لمفهوم الانصاف وحريته فى اصدار الحكم أما القاضى الدولى فله فهم مختلف من حيث أن الانصاف عنده هو ضرورة البت فى النزاع لأن البديل هو الحرب بين المتنازعين ومن المعروف أن مفهوم الانصاف ليس مالوفا تماما فى المحاكم الوطنية ولكنه دائم التطبيق فى المحاكم الدولية أنظر فى مفهوم الانصاف فى القانون الدولى David Haljan,separating powers: international law before national courts,Hague 2013.pp. 92-95.Luis sohn,equity in international law ,ASIL,vol.82,pp.20-23,1988,pp.277-291. وملاحظاته في الندوة الدولية ويؤكد سون فى ملاحظاته أن الانصاف استخدم كثيرا فى القانون الدولى فى القرن 19 ولكن قل استخدامه فى القرن 20 ومع ذلك استخدمت محكمة التحكيم الدائمة ومحكمة العدل الدولية هذا المبدأ كثيرا فى أحكامها دون الإشارة إلى المفهوم Sohn remarks in Nantes seminar,jan,2006.,Gary Born,international arbitration and forum selection agreements,Kluwer law international,2016,p.90.

Gary,op.cit -26

-Gary and Sohn,op. cit.27

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp18-24