

خصوصية إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري من قبل المحكم الدولي

The specificity of the implementation of the rules with necessary application by the international arbitrator



بوزاهر عبدالرؤوف،

جامعة وهران 2 محمد بن أحمد (الجزائر)،

bouzaharabderraouf@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2022/04/15 تاريخ القبول: 2022/05/14 تاريخ النشر: 2022/06/01

ملخص:

على خلاف القاضي الوطني فإن المحكم الدولي لا ينعقد له الاختصاص بموجب قانون معين بل إن تحديد ذلك يرجع أساسا إلى إرادة الأطراف التي تختار التحكيم كطريق بديل للقضاء في حل النزاع، إلا أن هذا لا يعني أن المحكم يستقل استقلالاً تاماً عن القانون الوطني ذلك أنه يتوجب عليه أن يراعي قواعد النظام العام في القوانين التي لها ارتباط بالنزاع ومن بين هذه القواعد قوانين البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري أو الفوري، و تهدف هذه الدراسة إلى تحديد كيفية تعامل المحكم الدولي مع هذه القواعد و كيفية التوفيق بين ضرورة احترام التوقعات المشروعة للأطراف و ضمان فعالية الحكم التحكيمي.

الكلمات المفتاحية:

قوانين البوليس، القواعد ذات التطبيق الضروري، التوقعات المشروعة للأطراف، فعالية الحكم التحكيمي.

Abstract :

Unlike the national judge, the international arbitrator does not have jurisdiction under a specific law, but the determination of this is mainly due to the will of the parties that choose arbitration as an alternative path to the judiciary in resolving the dispute. However, this does not mean that the rules are police law or rules of necessary or immediate application. This study aims to determine how to deal with the international arbitrator with these rules and ensure the effectiveness of the arbitral award.

Key words :

Public policy rules, rules of necessary application, the legitimate expectations of the parties, the effectiveness of the arbitral award.

مقدمة:

كثيرة هي التعريفات الخاصة بالتحكيم وجميعها لا يخرج عن اعتباره اتفاقاً بين الأطراف على حل النزاع القائم أو الذي سيقوم من قبل أو أشخاص يتم اختيارهم لهذا الغرض. ومن هذا المنطلق ينعقد الاختصاص للمحكم بموجب سلطان إرادة الأطراف إلا أن هذا لا يعني أن المحكم

يستقل استقلالاً تاماً عن القانون الوطني ذلك أنه يتوجب عليه أن يراعي قواعد النظام العام في القوانين التي لها ارتباط بالنزاع ومن بين هذه القواعد والتي أثارت إشكالات وجدالات فقهيًا وتضارباً قضائياً وتحكمياً قوانين البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري أو الفوري.

يعرف الأستاذ Francescakis، القواعد ذات التطبيق الضروري أو قواعد البوليس بأنها: "القواعد التي يتعين مراعاتها لأجل حماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة" و يعرفها غيره بأنها: «القواعد القانونية التي تطبق دون حاجة إلى أعمال قواعد الإسناد»¹.

يعكس التعريف الأول فكرة الهدف الذي يصبوا إليه المشرع من إقرار مثل هذه القواعد، فهي قواعد تعكس التنظيم و من ثم يتعين تطبيقها دون تزام مع قواعد أخرى، لأن طابع التنظيم فيها لا يطبق تطبيق قانون آخر، و التعريف الثاني يعكس فكرة تقنية أعمال قواعد البوليس انطلاقاً من كونها قواعد قانونية تتولى بذاتها تحديد نطاق تطبيقها انطلاقاً من طبيعتها الخاصة التي تقتضي أعمالها دونما حاجة إلى أعمال أو استشارة قواعد الإسناد، فهي بمنأى عن أية منافسة من قوانين أجنبية.

يبدوا من هذين التعريفين أن القواعد ذات التطبيق الضروري لها وظيفتين: الأولى غائية انطلاقاً من هدفها إذ تعتبر من قواعد التنظيم التي تستهدف حماية النظم السياسية والاجتماعية والاقتصادية في الدولة والثانية فنية كونها تفرض استبعاد منهج النزاع، هذا و يمكن القول من هاذين الوظيفتين بأن القواعد ذات التطبيق الضروري أو قواعد البوليس هي مجموعة القواعد القانونية الموضوعية المقررة لحماية النظام القانوني للدولة بمختلف صورته، و التي تستدعي انطلاقاً من أهميتها تطبيقها تطبيقاً مباشراً دون أية إمكانية لدخولها في تزام مع القوانين الأجنبية و دون أية حاجة لأعمال قواعد الإسناد.²

و عليه يتبين أن المحكم ملزم بتطبيق مثل هذه القواعد على كافة المنازعات المعروضة عليه مادامت تدخل في نطاق سريانها، بغض النظر عن القانون المختار لأن هذه القواعد بلغت من الأهمية حداً كبيراً لا يسمح أن تدخل في منافسة مع القوانين الأجنبية، ما يعني أنه يتحتم إنزال حكمها الموضوعي على المسائل الواقعة في مجال سريانها دون إذن أو مرور بقواعد الإسناد، وهو ما يدعم قول الفقيه البلجيكي "CRAULICH" الذي تحدث عما أسماه "تخفيض مرتبة قاعدة التنازع"، بحيث قرر أن لقواعد البوليس هيمنة وصداقة على قواعد التنازع تقيد الأولى الثانية وتحدد مجال تطبيقها.³

¹ تعاريف مشار إليها في: إباد محمود بردان، التحكيم و النظام العام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2004، ص 404-405.

² J. Béguin, G. Bourdeaux, A. Couret, B. Le Bass, D. Mainguy, M. Menjucq, H. Ruiz Fabri, C. Seraglini, J.M. Sorel, Traité du droit du commerce international, Litec, 2005. p. 1059.

³ لمزيد من التفصيل حول الموضوع يراجع: بلاش ليندة، دور القواعد ذات التطبيق الضروري: بين إلزامية قواعد الإسناد و التخفيض من مرتبتها، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، العدد 03، 2019، ص 489-510.

والجدير بالذكر، أن الأولوية التي تشغلها القواعد البوليس في مواجهة قواعد التنازع هي أولوية مطلقة، لا تتعطل حتى أمام حكم واجب التطبيق بمقتضى اتفاقية دولية، وهو ما كرسته المادة 9 من اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية حيث نصت على أن "أحكام الاتفاقية الحالية لا يمكن أن تنال من تطبيق القوانين الآمرة في بلد القاضي وذلك أيا كان القانون الواجب التطبيق على العقد"¹.

وإلى هنا تبرز أهمية دراسة موضوع إعمال قواعد البوليس أمام المحكم الدولي في كون هذا الأخير ليس له قانون اختصاص داخلي يستند إليه، مما يرتب على المحكم ضرورة مراعاة قواعد البوليس في مقر التحكيم، وبلد التنفيذ وبلد صدور الحكم، وذلك من أجل ضمان فعالية الحكم التحكيم الذي سيصدره مع مراعاة عدم الخروج عن توقعات الأطراف المشروعة لأن المحكم يكون ملتزما بإرادة الأطراف والخروج عنها قد يؤدي إلى الإخلال بها. ومن هذا المنطلق تبرز الإشكالية المحورية للموضوع و التي تتعلق بكيفية تعامل المحكم الدولي مع قوانين البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري حيث نجد أن المحكم يقع عليه التزامين، فمن جهة يجب عليه أن يراعي إرادة الأطراف فيما اختارته من قواعد قانونية تطبق على نزاعهم، ومن جهة أخرى ضرورة أن يقدم المحكم الدولي للأطراف المتنازعة حكما قابلا للتنفيذ، ويستوجب ذلك أن لا يكون مخالفا للنظام العام و قوانين البوليس لدولة القاضي، و هنا يكون المحكم في حرج، فإذا خرج عن إرادة الأطراف فان ذلك يكون سببا لبطلان الحكم التحكيمي، وإذا احترمها فان ذلك يؤدي إلى عدم قابلية الحكم التحكيمي للتنفيذ أمام المحاكم الوطنية، فما هو موقف المحكم الدولي في هذه الحالة؟

و باعتبار ان العلاقات الدولية الخاصة و النزاعات الناتجة عنها لها ارتباط بعدة أنظمة قانونية فما مدى التزام المحكم بتطبيق قواعد البوليس الواردة في هذه الأنظمة القانونية المختلفة على النزاعات المعروضة عليه وما حدود ذلك؟ و للإجابة على هذه الإشكالية يتعين إتباع منهج تحليلي في إطار التقسيم التالي: المبحث الأول يتناول خصوصيات تطبيق المحكم لقوانين البوليس أثناء تقييم قابلية النزاع للتحكيم، المبحث الثاني يتعلق خصوصيات تطبيق المحكم لقوانين البوليس أثناء تفعيل القانون الواجب التطبيق.

المبحث الأول

خصوصيات تطبيق المحكم لقوانين البوليس أثناء تقييم قابلية المنازعة للتحكيم

أثبتت الممارسة العملية لقضاء التحكيم ضرورة وضع قوانين البوليس في الاعتبار عند تقييم القابلية للتحكيم لأسباب مرتبطة بمبدأ فاعلية الحكم التحكيمي واحترام توقعات الأطراف (المطلب الأول) كما أن إعمال هذه القوانين في القابلية للتحكيم يكون بشروط محددة (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مبررات إعمال قواعد البوليس في القابلية للتحكيم

¹Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi.

لاشك أن غياب قانون اختصاص يلزم المحكم بتطبيقه وفي ظل سيادة الطابع الاتفاقي للتحكيم فإن حرية المحكم تكون مقيدة في تطبيقه لهذه القواعد بما يحقق مبدأ فاعلية الحكم التحكيمي (الفرع الأول) ومبدأ استمرار التحكيم واحترام التوقعات المشروعة للأطراف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مبدأ فاعلية الحكم التحكيمي

ويقصد بمبدأ فاعلية الحكم التحكيمي قابليته للتنفيذ، أي عدم مساسه بنظام العام الدولي لبلد التنفيذ، مما يستوجب على المحكم إصدار حكما غير مخالف للنظام العام وتحديد قوانين البوليس¹، وهو ما أكدته اتفاقية نيويورك على مستوى بلد صدور الحكم التحكيمي (أولا) و كذا بلد تنفيذ الحكم التحكيمي (ثانيا)

أولا: احترام قواعد البوليس لبلد صدور الحكم التحكيمي

استنادا إلى المادة 5 من اتفاقية نيويورك²، فإن حكم التحكيم يجب أن لا يتضمن ما يمس بالنظام العام لبلد صدوره، أي أن المحكم عليه التحلي باليقظة وتجنب أسباب البطلان المتعلقة بالقابلية للتحكيم، والمكرسة في قانون الدولة التي صدر الحكم فيها، غير أن الأمر لا يستقيم في ذات المنحى إذا تعلق الأمر بقواعد البوليس الأجنبية عن القانون الواجب التطبيق على القابلية للتحكيم، فهنا يكون تطبيق قانون دولة مقر الهيئة التحكيمية حالة استثنائية في التطبيق.

ثانيا: احترام قواعد البوليس لبلد تنفيذ الحكم التحكيمي

إن احترام قانون بلد التنفيذ يترجم مبدأ فاعلية الحكم التحكيمي، مما يقتضي من المحكم احترام قواعد البوليس التابعة لقانون دولة التنفيذ لأن القضاء سيرفض تنفيذ الحكم التحكيمي لتعارضه مع قواعد البوليس المنتمية لقانونه نظرا للرابطة الوثيقة بين قواعد البوليس لهذا البلد والمسألة المثار حولها النزاع.

واستنادا إلى ما جاءت به الاتفاقيات الدولية ، وإقرارها حق الدول في الامتناع عن الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه ، من خلال دفعين ، الأول هو الدفع بعدم قابلية النزاع للتحكيم ، والثاني هو الدفع بمخالفة النظام العام ، دون أن ترفق ذلك بقواعد موضوعية لإلزام الدول بذلك³، ففي بروتوكول جنيف لسنة 1923 المتعلق بشرط التحكيم ، من بين الشروط المدرجة في المادة الأولى شرط يقضي بان يكون موضوع النزاع من الأمور التي يمكن حسمها بالتحكيم وفقا لقانون الدولة المراد الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم به⁴، ولم تختلف اتفاقية جنيف الثانية عن سابقتها

¹PIERRE MAYER : L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence R.C.A.D.I;1989, p 365.

²المرسوم الرئاسي رقم 233-88(ج.ر.ع 48 لسنة 1988)، المتضمن الانضمام بتحفظ للاتفاقية التي صادقت عليها الأمم المتحدة في نيويورك في 10/6/1958 و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها.

³مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال : "التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية"، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 1998، ص 26

⁴Article 1 de PROTOCOLE RELATIF AUX CLAUSES D'ARBITRAGE, Signé à Genève, le 24 septembre 1923.

في هذا الشأن مؤكدة رفض الاعتراف والتنفيذ لحكم التحكيم تحت دفعين هما الدفع بعدم قابلية النزاع للتحكيم ، والدفع بمخالفة النظام العام، وكذلك اتفاقية نيويورك في مادتها الخامسة فقرة 2 التي نصت ”يجوز للسلطة المختصة في الدولة المراد الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم فيها أن ترفض ذلك من تلقاء نفسها إذا تبين لها أن موضوع النزاع طبقا لقانون ذلك البلد لا يجوز حله بالتحكيم، وأن لا يكون الاعتراف أو التنفيذ الحكم يتعارض مع قواعد النظام العام لذلك البلد¹“.

غير أن هذا الأمر ليس مطلقا ففي قضية رقم 6106 لغرفة التجارة الدولية CCI رفض المحكمون تطبيق قانون مكان التنفيذ المحتمل لتقدير قابلية النزاع للتحكيم معللين ذلك بصعوبة التحديد المسبق لمكان التنفيذ نظرا لتعدد الأماكن التي تتواجد بها أموال المدين، حيث سيطلب من القضاء الموجود على إقليمه تنفيذ القرارات وهذا سيثير مسائل تنازع عيه حسب اختلاف القوانين².

الفرع الثاني: مبدأ استمرارية التحكيم واحترام التوقعات المشروعة للأطراف

يلتزم المحكم باحترام قواعد النظام العام وبالأخص قواعد البوليس، لأن في ذلك ضمانا لديمومة التحكيم واستمراره كوسيلة ناجعة لحل منازعات التجارة الدولية، ولتفادي امتناع القاضي الوطني للدول المراد تنفيذ فيها حكم التحكيم نظرا لمخالفته لقواعد البوليس الواردة في النظام القانوني لدولته، فهي تفرض تطبيقها برغم من الحرية الممنوحة للأطراف في عرض نزاعاتهم وتوسيع نطاق القابلية للتحكيم بما يوسع اختصاص المحكم، يفترض دائما على الأطراف وعلى المحكم احترام قواعد النظام العام.

فهذا الأخير ملزم تجاه الأطراف المتنازعة بالقيام بمهامه واحترام توقعاتهم، وملزم باحترام تشريعات الدول ذات الصلة بما يحقق رقي وازدهار التجارة الدولية ليصبح التحكيم أنجع الوسائل لحل نزاعاتها.

وقد تجسد ذلك في قضايا تحكيمية كما في القضية رقم 697 التي أشار فيها المحكمون إلى ضرورة الحفاظ على مؤسسة التحكيم كوسيلة ملائمة للتجارة الدولية، وللحفاظ على سمعة ومكانة التحكيم الدولي، الذي أثبت أنه الوسيلة الوحيدة لتسوية منازعات التجارة الدولية ولحماية معاملاتها³.

وعلى نحو آخر، يتعين على المحكم مراعاته هو تحقيق رغبة الأطراف، وذلك من خلال احترام التوقعات المشروعة لهم في القانون الواجب التطبيق الذي توقعوا تطبيقه، غير أن أعمال هذا المقتضى يكون في الحالة التنازع الايجابي بين عدة قوانين البوليس تريد الانطباق على القابلية للتحكيم ، بحيث يتم الأخذ في الاعتبار للتوقعات المشروعة للأطراف في فض التنازع لصالح قواعد البوليس الموافقة لتوقعاتهم المشروعة، مع الإشارة أن دور مبدأ احترام التوقعات المشروعة

¹إبراهيم أحمد إبراهيم: “التحكيم الدولي الخاص ، الطبعة الثالثة” ،دار النهضة العربية ، 2000، ص 2

²Sentence rendue dans l'affaire 6106 en 1988 CCI, cité par BAPTISTE RACINE JEAN en matière d'arbitrabilité des litiges de propriétés industrielle revue arbitrage, 1997 , p 63 .

³BAPTISTE RACINE JEAN : l'arbitrage commercial international et l'ordre public, LGDJ, p311.

للأطراف عند تطبيق قواعد بوليس أجنبية هو ترجيح تطبيق قاعدة بوليس تنتمي إلى قانون ما، أكثر من كونه مبرر لتطبيق قواعد البوليس من حيث المبدأ¹.

وبالتالي فإن احترام التوقعات المشروعة للأطراف هو الدافع الرئيسي لإعمال المحكمين لقواعد بوليس أجنبية تكريسا للطابع الاتفاقي للتحكيم الذي يفرض على المحكم الخضوع لسلطتهم في حدود المستطاع حتى لا يفاجأ الأطراف بتطبيق قواعد بوليس غير متوقعة لديهم.

فإذا كانت هذه هي المبررات والأسباب التي تفرض على المحكم ضرورة مراعاة قواعد البوليس الأجنبية وتطبيقها، فهي غير كافية بل يجب أن يتوفر إلى جانب ذلك شروط الأعمال لهذه القواعد.

المطلب الثاني: شروط إعمال قوانين البوليس في القابلية للتحكيم

لا يمكن تطبيق قوانين بوليس تنتمي إلى قانون أجنبي عن القانون المختص، إلا وفق مجموعة من المحددات تتجلى في كونه معنيا بالقابلية للتحكيم وعلى علاقة وثيقة بها (الفرع الأول)، وأن يكون هذا التطبيق مشروعا (الفرع الثاني)

الفرع الأول: أن يكون قانون البوليس على علاقة وثيقة بالقابلية للتحكيم

إن تقدير القابلية للتحكيم يتحدد في ضوء قواعد البوليس التي تعكس تدخل الدولة في الميادين الاقتصادية والاجتماعية، وهذا يقتضي وجوب تطبيق قوانين البوليس في نطاقها المكاني على جميع النزاعات التي تدخل في نطاقها نظرا لكونها معنية بالقابلية للتحكيم، مما يعني توافر معايير وشروط التطبيق المكاني لهذه القواعد فقد يفصح القانون عن معايير التطبيق لهذه القواعد كما قد يخلو من ذلك، وهنا يجب البحث في نطاق تطبيقها من خلال أهدافها التي قد تكون حماية لمصلحة عامة كما في المنازعات المتعلقة بالمنافسة تكون قابلة للتحكيم في بعض الأنظمة القانونية ومع ذلك يجب تطبيق قوانين البوليس الخاصة بالمنافسة في الدول التي تتأثر بالتصرفات المقيدة للمنافسة فيكون على المحكم تطبيق قانون المنافسة بوصفه قانون بوليس كلما كانت له أسبابه المشروعة في التطبيق، وقد تمثل قواعد البوليس حماية لمصلحة خاصة كما في قانون حماية المستهلك، إذ تنص المادة 6 فقرة 2 من اتفاقية روما على أنه “بغض النظر عن نص المادة 3 فإنه لا يكون لاختيار الأطراف قانونا واجب التطبيق موجبا لحرمان المستهلك من الحماية التي تؤمنها له القواعد الآمرة في قانون بلد إقامته المعتاد” فحتى لو كانت المادة تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، لكن لها اثر على القابلية للتحكيم في حالة كان قانون محل الإقامة ينص على منع اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستهلاك، وهذا يعني أنه كلما كان قانون

¹بردان اياد محمود: “التحكيم والنظام العام”، مرجع سابق ص 404.

البوليس معنيا بالوضع المتنازع عليه يكون المحكم ملزم بتطبيقه إذا ما توفرت الصلة بين قانون البوليس والمسألة محل النزاع¹.

وعلى نحو آخر يجب على المحكم أن يتحقق من الصلة الوثيقة لقانون البوليس بالمسألة محل النزاع من خلال التأكد بأن هناك رابطة بين المسألة محل النزاع والقانون الداخلي للدولة المتضمن قاعدة البوليس، والذي قد يكون قانون دولة مكان التنفيذ للعقد، أو إذا كانت إحدى الدول طرفا في العقد، وقاعدة البوليس التابعة لقانونها لها صلة بالنزاع، فإذا ما كانت قواعد البوليس في القوانين التي لها رابطة تريد التطبيق و لذات الهدف والمصلحة ، فتطبيق أحد هذه القوانين هو تطبيق من زاوية أنه يحقق الهدف والمصلحة التي ترمي إليها هذه القوانين إلى تحقيقها بما ينفي تنازعها². فوجود صلة وثيقة بين قانون البوليس والمسألة المتنازع حولها يبرر الأخذ بهذه القواعد في التطبيق.

ففي إحدى القضايا عمد المحكمون إلى تطبيق قانون البوليس لمكان تنفيذ العقد فقصوا بوجوب تنفيذ العقد بسوريا والأردن ولبنان، وأنه يتعين على المستورد اللبناني احترام قوانين لبوليس للبلاد المستوردة، ولا يمكن للمصدر الياباني الادعاء بأن لا وجه لإلزامه بهذه القوانين³، كما أن مكان إجراء التحكيم أو مكان تنفيذ الحكم التحكيمي يشكل أيضا معيارا للصلة الوثيقة بين قواعد البوليس فيه والمسألة محل النظر المتعلقة بالقابلية للتحكيم، وقد نص المشرع السويسري في المادة 19 من القانون الدولي الصادر بتاريخ 1987 على شرط الصلة مثله مثل اتفاقية روما لسنة 1980 والذي وقع تعديله سنة 2011 في المادة 9، فكلاهما تطلب شرط الصلة الوثيقة بين قانون البوليس الأجنبي والمسألة محل النزاع لتقييم مدى قابلية النزاع للتحكيم أو تحديد قانون الواجب من خلال الأخذ بالاعتبار القواعد الأمرة التي لها صلة وثيقة بالنزاع. غير أن كلا الشرطين السابقين يقتضيان لتطبيقهما وأخذهما في الاعتبار توافر شرط آخر.

الفرع الثاني: مشروعية المصلحة المحمية

حتى يتسنى للمحكم تطبيق قانون البوليس يجب عليه أولا تقدير مشروعية المصلحة التي يرمي إلى حمايتها من خلال الأخذ بالاعتبار موضوع النزاع وطبيعته ونتائج التطبيق لقواعد البوليس الأجنبية ، فكلما كان القانون الأجنبي مشروعا تحقق شرط تطبيقه وهو ما كرسه المشرع البلجيكي في القانون الدولي الخاص لسنة 2004⁴. فتقدير مشروعية المصلحة المحمية لن يكون صعبا بالنسبة للقاضي كونه يستند لقانونه في تقديرها، بينما يصعب الأمر بالنسبة للمحكم بسبب

¹إبردان اياد محمود: "التحكيم و النظام العام"، مرجع سابق ص 407 .

²PIERRE MAYER : L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence. op cite p 328.

³Sentence rendue dans l'affaire N 1854 en 1973, revue arbitrage, 1973, p 134

⁴«...il tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application.

عدم وجود قانون اختصاص لهذا الأخير مما يجعله أمام بعض الفروض لتقييم مشروعية المصلحة المحمية.

أولاً: اللجوء إلى مفاهيم القانون المختار

من خلال بعض الأحكام التحكيمية نجد أن المحكمين اعتبروا القانون الواجب التطبيق قانون اختصاص لهم في ضوئه تتحدد مشروعية المصلحة المحمية، فقد أشار الحكم الصادر عن تجار جمعية الحبوب بأمستردام إلى مصلحة الاقتصاد الهولندي ورفضه تطبيق القانون النمساوي¹، وكان المحكمين اعتبروا أنفسهم قضاة، ولم يسلم هذا اتجاه المنادي باعتبار قانون المختار قانون اختصاص بالنسبة للمحكم الذي يجعله كالقاضي حارس لمصالح الدولة المختار قانونها كقانون واجب التطبيق لاعتبارات مرتبطة بطبيعة التحكيم الدولي الذي يفترض فيه الاستقلالية عن الأنظمة القانونية الداخلية، وهو ما جعل البعض يدعو إلى تقدير المصلحة المحمية المشروعة انطلاقاً من التطابق بين أهداف قانون البوليس الأجنبي وقواعد النظام العام في القانون المختار، وقد تكرر هذا الأمر في الحكم التحكيمي رقم 6294 حين قضى المحكمون بضرورة النظر إلى الهدف المتوخى من قانون البوليس الأجنبي في ضوء القواعد القانونية السويسرية باعتباره القانون الواجب التطبيق استناداً إلى المادة 19 من القانون الدولي الخاص السويسري التي تجيز تطبيق القوانين الأجنبية².

ثانياً: اللجوء إلى قوانين الدول التي لها ارتباط بالنزاع

عندما يرتبط النزاع بدول مختلفة إما عن طريق جنسية أحد الأطراف أو التنفيذ أو حالة تعدد أماكن التنفيذ أو مكان الإبرام، فإن المحكم يلجأ إلى جميع هذه القوانين من أجل تقدير مدى مشروعية المصلحة المحمية، وتجسد ذلك في حكم لغرفة التجارة بزيوريخ في 31 ماي 1996 حيث رفض المحكمون الأخذ في الاعتبار قواعد نظام عام روسي، معتبرة عملية اكتساب الحصص في الشركة صحيحة بما يزيد عن 15 % لشركة مجرية و 20 % لشركة أرجنتينية والتي يعتبرها القانون الروسي مخالفة للنظام العام رغم أن مكان التنفيذ روسيا وبنكها قد رفض التنفيذ³.

ثالثاً: اللجوء إلى مفاهيم النظام العام عبر الدولي

النظام العام عبر دولي هو تعبير عن المبادئ والقيام السائدة في مجتمع التجارة الدولية العابرة للحدود، وهو قانون اختصاصهم، وهم حراس عليه، ومصدره قواعد الأمرة الدولية التي تنتمي إلى القانون العام والمعاهدات الدولية والعرف الدولي ومبادئ القانون الموحد UNIDROIT

¹ BAPTISTE RACINE JEAN : l'arbitrage commercial international et l'ordre public ,op cit , p239

² Art.19. Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit.

³ BAPTISTE RACINE JEAN : l'arbitrage commercial international et l'ordre public, op. cit, p 277.

و المبادئ العامة المذكورة في المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية لتقييم مشروعية المصلحة المحمية¹.

المبحث الثاني

خصوصيات تطبيق المحكم لقوانين البوليس أثناء تفعيل القانون الواجب التطبيق

يقتضي على المحكم أثناء تفعيل القانون الواجب التطبيق مراعاة قوانين البوليس الواردة في بعض الأنظمة القانونية لدول لها ارتباط وثيق بالنزاع حتى يكون للحكم الذي سيصدره قوة نفاذ واسعة (المطلب الأول) وفي بعض الأحيان يضطر المحكم إلى استبعاد قوانين بوليس من التطبيق (المطلب الثاني)

المطلب الأول: التزام المحكم بتطبيق قوانين البوليس المنتمية لقانون العقد أو الأجنبية عنه

أشرنا فيما سبق أن المحكم ليس له قانون اختصاص داخلي، وترتبط على ذلك تصبح قوانين البوليس بمثابة قواعد أجنبية للمحكم، وباعتبار أن المحكم يستمد اختصاصه وسلطاته من إرادة أطراف العلاقة العقدية، فإنه يتعين عليه أن لا يخرج عن هذه الإرادة وأن يصون التوقعات المشروعة للأطراف المتعاقدة.² غير أنه ينبغي على المحكم كضريبة لضمان تنفيذ حكمه، أن يطبق قوانين البوليس لأنه إذا لم يطبق هذه القواعد التي تحمي المصالح الأساسية للدولة، فإنه سيعرض حكمه في الدولة المراد تنفيذ حكمه فيها إلى رفض تذييله بالصيغة التنفيذية لخرقه قاعدة أمره واردة في النظام القانوني لهذه الدولة. وعليه، إذا كان من الممكن للمحكم الالتزام بقواعد البوليس التي تنتمي لقانون العقد فما مدى الزاميته بتلك التي تنتمي لقانون أجنبي عن العقد؟

الفرع الأول: التزام المحكم بالقواعد البوليس المنتمية إلى قانون العقد

تثير هذه الحالة إشكال قابلية هذه القواعد للتطبيق وليس تحديد هويتها، بحيث ينبغي على المحكم تطبيق قوانين البوليس التي تنتمي إلى النظام القانوني الذي ينتمي إليه العقد، تحت تحفظ وحيد هو عدم مخالفتها للنظام العام الدولي الحقيقي الذي يفرض نفسه على المحكم.

و على سبيل المثال في حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس سنة 3611 تم استبعاد القانون السوري-قانون العقد- الخاص بمقاطعة إسرائيل وبصفة أدق استبعاد المحكمون قواعد البوليس المتعلقة بالحضر الاقتصادي على إسرائيل المنصوص عليه في قرارات الجامعة العربية لمخالفتها للنظام العام الدولي الحقيقي، لأنه يقوم بحسب المحكمين على التمييز العنصري والديني والعنصري، وهو ما يصطدم بمبادئ النظام العام الدولي الحقيقي المستند على مبدأ حرية التجار وعدم التمييز³، على الرغم أن أطراف النزاع هي التي اختارت قانون العقد الذي تنتمي إليه

¹بردان اياد محمود: "التحكيم والنظام العام"، مرجع سابق ص 568.

²هشام علي صادق، "مدى سلطة المحكمين في إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري"، المجلة المصرية

للقانون الدولي، العدد 50، مصر، 1994، ص من 107 إلى 117

³MAYER PIERRE : Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, Dalloz, Paris, 2005, pp 554-573.

القواعد ذات التطبيق الضروري، وتختلف معالجة المحكمون لمشكلة تدخل القواعد ذات التطبيق الضروري لقانون العقد بحسب ما إذا كان الأطراف هم اللذين اختار القانون (أولا) أو المحكم (ثانيا).

أولا: تحديد قانون العقد من قبل الأطراف

يلتزم المحكم بتطبيق هذا القانون المختار كما هو وبنصوصه المتعلقة بالنظام العام حتى ولو كانت مخالفة لنصوص العقد، فالقانون المختار على هذا النحو هو القانون المختص بالرابطة العقدية، وإعمال قوانين البوليس في هذا القانون لا تشكل مفاجأة للمتعاقدين، ولا تخل بتوقعاتهم المشروعة، فالطابع الاتفاقي للتحكيم يقتضي حرص المحكمين على احترامه¹. أما إذا استنتج المحكم أن إرادة الأطراف هدفها اجتناب القواعد المتعلقة بالنظام العام ففي هذه الحالة يحترم هذه الإرادة التي كان بإمكانها اختيار قانون للعقد لا يحتوي قواعد متعلقة بالنظام العام². ونفس الوضع في الحالة التي يتبين فيها للمحكم أن الأطراف قد أرادت الإفلات منه، فلا يمكنه إعطاء أي اثر لإرادتهم، إلا إذا رأى بأنها غير مخالفة للنظام العام³.

و يستخلص من هذا ضرورة احترام إرادة الأطراف عند تحديد القانون الواجب، وإذا تعلق الأمر بقواعد داخلية ذات طابع أمر، فإن إعمالها يتطلب احترام توقعات الأفراد وعدم مفاجأتهم بتطبيق قاعدة قانونية لا يتوقعونها⁴. ويميل جانب كبير من أحكام المحكمين إلى ترجيح تطبيق قواعد البوليس السائدة في الدولة التي يتوقع الأطراف تطبيق قانونها، فإذا تبين للمحكم أن قاعدة من قواعد البوليس التي تريد الانطباق ستؤدي إلى مفاجأة للأطراف، فإنه يتجاهل إعمالها مفضلا الرجوع إلى القاعدة التي لا تفاجئ توقعاتهم، فالمحكمون يستمدون اختصاصهم من إرادة الأطراف، فهم يحاولون قدر طاقتهم ألا يتصدوا لوضع حلول تشكل مفاجأة لهذه الإرادة احتراماً لليقين القانوني⁵. ومن هنا كان ميل المحكمين إلى فض النزاع الايجابي بين قواعد البوليس المرتبطة بالعلاقة العقدية في ضوء هذا الاعتبار، وذلك بالاتجاه إلى تطبيق القاعدة التي يتوقع المتعاقدون تطبيقها، ولا يشكل تطبيقها على هذا النحو مفاجأة لهم.

فعالية الأحكام التحكيمية تطبق قواعد البوليس التي تنتمي لقانون العقد، خاصة فيما لو تصدى المتعاقدون لاختيار هذا القانون وتحديد مجال انطباقه، وذلك باستبعاد بعض الشروط في

¹ هشام علي صادق: "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية"، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 764

² عيادي فريدة: "سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001، ص 104

³ نفس المرجع، ص 104.

⁴ هشام صادق: "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية"، مرجع سابق، ص 764

⁵ هشام علي صادق: "مدى سلطة المحكمين في إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري"، المرجع السابق، ص

عقدهم من الخضوع لهذا القانون إذا كانت باطلة بموجبها، لأنه كان في استطاعتهم اختيار قانون آخر يعتبر هذه الشروط صحيحة¹.

ثانياً: تحديد قانون العقد من قبل المحكم

في غياب الإشارة إلى القانون المختص من قبل الأطراف، أو القيام باختيار قانون ولكنه يتضمن قواعد بوليس مختصة مخالفة لقواعد النظام العام، هنا يتولى المحكم مهمة تحديد قانون العقد، وتكون كل القوانين التي تطمح إلى التطبيق على العقد على قدم المساواة، وفي نفس المستوى أو الدرجة، مادام المحكم لم يقرر تطبيق قانون من بينها مهتما باحترام رغبة الأطراف المشروعة التي كان بإمكانها اختيارها كقانون يحكم العقد². وقبل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، يقوم المحكم باستخلاص النتائج المترتبة عن عدم التطابق الموجود بين نصوص العقد ومضمون القانون المحتمل تطبيقه.

ومن الممارسات التحكيمية في هذا الشأن حكم محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة في القضية رقم 4132 لعام 1983 في نزاع يتعلق بعقد ينفذ جزء منه في CCI الدولية كوريا وجزء آخر في إقليم المجموعة الاقتصادية الأوروبية³، حيث ثار تساؤل حول تطبيق قواعد البوليس التابعة للقانون الكوري أم التابعة لمعاهدة روما في مادة المنافسة، وقام المحكم بفحص القانونين قبل تحديد القانون، وخلص إلى وضع قوانين البوليس التابعة للقانون المختار في نفس مرتبة قوانين البوليس الأخرى القابلة للتطبيق.

الفرع الثاني: مدى التزام المحكم بقوانين البوليس الأجنبية عن قانون العقد

إذا كان القاضي يجري تفرقة بين قاعدة البوليس في قانونه وقانون البوليس الأجنبي، ويعطي الأفضلية لقانون البوليس في قانونه أياً كان القانون الواجب التطبيق على العقد، فالمحكم لا يعالج المشكلة بنفس الطريقة لافتقاره إلى قانون اختصاص، فإعمال المحكم لقواعد البوليس التي لا تنتمي لقانون العقد يكون باعتماد المنهج الأحادي، وذلك بشرط أن تكون هناك صلة معقولة بين مضمون هذه القواعد وأهدافها ونطاق تطبيقها كما حددها مشرعها من ناحية أخرى، يأخذ المحكم على هذا الأساس قوانين البوليس الأجنبية بعين الاعتبار عند قيامه بتطبيق قوانين البوليس التي تنتمي إلى قانون العقد، أما الأجنبية عن العقد فيلتزم في مواجهتها بمجرد المراعاة⁴.

وهذا ما اتجهت إليه بعض الأحكام إذ رفضت تطبيقها ووضعها في اعتباراتها، ففي حكم محكمة التحكيم في غرفة التجارة الخارجية لجمهورية ألمانيا الديمقراطية حيث ثار نزاع بين

¹أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 89
²عيادي فريدة، مرجع سابق، ص 104.

³Sentence, C C I, N° 4132 rendue en 1983, Revue de L'arbitrage, 1986, P 400, note Yves derains

⁴Nicolas NORD, Ordre public et lois de police en droit international privé, thèse pour le doctorat en droit, UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN STRASBOURG III, 2003

شركتين الأولى من ألمانيا الشرقية والثانية من ألمانيا الغربية، وتم الاتفاق في العقد على تطبيق قانون ألمانيا الشرقية، في حين تمسكت مؤسسة ألمانيا الغربية بقانون دولتها الذي يؤكد حرية المنافسة لالانتهاء إلى إبطال العقد الذي خالف هذا القانون الذي يعد من قوانين البوليس ذات التطبيق الضّروري التي لا تنتمي إلى قانون العقد.

وبدلاً من إبطال العقد وفقاً لقاعدة البوليس التي تريد الانطباق على هذا النحو اكتفت محكمة التحكيم بوضع هذه القاعدة في اعتبارها عند تطبيق قانون العقد، أي قانون ألمانيا الشرقية الذي تنص المادة 306 من تقنينه المدني على أن "العقد الذي يستحيل تنفيذه يعد باطلاً"¹

وقررت المحكمة أنه كان يجب على المدعى عليه أن يثبت وجود استحالة مادية حتى يمكن إبطال العقد وفق لقانون ألمانيا الشرقية، وقد انتهت المحكمة إلى صحة العقد رغم أن القضاء ببطلانه كان متعيناً دون حاجة لذلك فيما لو كانت المحكمة قد طبقت قاعدة البوليس المقررة في قانون ألمانيا الغربية.²

تكتفي غالبية أحكام المحكمين بفكرة قواعد البوليس التي لا تنتمي لقانون العقد بوضعها في الاعتبار دون التصدي لتطبيقها، قد قصدت به عدم الاصطدام بمصالح الأفراد، في حين اتجهت بعضها إلى تطبيق قواعد البوليس التي لا تنتمي لقانون العقد، وحرصت على تطبيق هذه القواعد احتراماً للتوقعات المشروعة للأطراف، ووجود صلة وثيقة بين قانون البوليس والمسألة موضوع النزاع وتتمثل في مكان تنفيذ العقد، ومن أمثلة هذه الأحكام القضية رقم 1859 لعام 1973 والتي طبق فيها المحكم قواعد البوليس السائدة في قانون دولة تنفيذ العقد (لبنان، سوريا، الأردن) رغم خضوع الرابطة العقدية لقانون آخر بمقتضى منهج التنازع، وتبعاً لذلك فالمستورد اللبناني ملزم باحترام قوانين البوليس في بلاد الاستيراد، ولا يمكن للمصدر الياباني الادعاء بأنه لا يجوز التمسك بهذه القوانين في مواجهته.³

المطلب الثاني: عقبات تطبيق قوانين البوليس من طرف المحكم

نتناول في هذا المطلب أسباب رفض المحكم تطبيق قوانين البوليس إلى جانب قانون العقد (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى حلول فض التنازع بين قوانين البوليس أمام المحكم (الفرع الثاني)

الفرع الأول: حدود رفض المحكم تطبيق قواعد البوليس إلى جانب قانون العقد

تظهر التطبيقات العملية أن المحكمين قد امتنعوا عن تطبيق قواعد البوليس الأجنبية، عندما تكون مخالفة للنظام العام عبر الدولي (أولاً)، أو لمبادئ حسن النية (ثانياً)، وأخيراً متى كان تطبيقها مخالفاً لمبدأ احترام التوقعات المشروعة للأطراف (ثالثاً).

¹ هشام صادق: "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية"، مرجع سابق، ص 976.

² نفس المرجع، ص 770.

³ إياد محمود بردان،: "التحكيم و النظام العام"، مرجع سابق، ص 429

أولاً: لمخالفتها النظام العام عبر الدولي

امتنع المحكمون عن تطبيق قواعد البوليس الأجنبية التي يتعارض هدفها مع النظام العام عبر الدولي، فإذا كان المحكم يراعي النظام العام في الدولة التي يختص قانونها بحكم الرابطة العقدية بمقتضى منهج التنازع، وهذا هو الاتجاه الغالب، وبصفة خاصة الدولة التي اختار الأطراف قانونها الداخلي لحكم العلاقة العقدية، بشرط ألا يتعارض مع النظام العام الدولي، والذي هو تعبير عن المبادئ والقيم السائدة في مجتمع التجارة الدولية العابرة للحدود، وهو قانون اختصاصهم، وهم حراس عليه.

ومن الممارسات التحكيمية في هذا الشأن امتناع المحكمون عن تطبيق القانون السوري بمقاطعة الشركات التي تتعامل مع إسرائيل بحجة تعارضه مع حرية التجارة ومبادئ عدم التمييز المتعلقة بالنظام العام عبر الدولي أو المشترك، والذي ينبغي أن يعلو عن النظام العام الداخلي.¹

وفي قضية (GOTAVERKEN) فقد رفض الطرف السويدي وضع شرط المقاطعة الكامل ضد إسرائيل، إلا أن الطرفين اتفقا رغم ذلك على تضمين في العقد شرط يلتزم بمقتضاه المتعاقد السويدي (Certificat de Garantie D'origine) ضمان الأصل بعدم الحصول على المواد والتجهيزات من إسرائيل، وفي غياب اتفاق مسبق على القانون الواجب التنفيذ على العقد، فالاختصاص يعود للقانون السويدي، ولكن بعد أن استبعدت هيئة التحكيم تطبيق قواعد البوليس في القانون الليبي المتضمن التزاما بالمقاطعة لتعارضه مع النظام العام عبر الدولي، فلم يجد المحكمون أي قاعدة في القانون السويدي تحظر شرط المقاطعة المحدود بشهادة ضمان الأصل التي اشترطها الطرف الليبي.²

ثانياً: لمخالفتها مبدأ حسن النية

يشكل مبدأ حسن النية مبدأ أساسياً في ميدان التحكيم في إطار العلاقات التجارية الدولية، ذلك أنه في عدة حالات، عمد المحكمون إلى استبعاد القوانين الداخلية ذات طابع نظام عام داخلي بسبب مخالفتها لحسن النية، و سواء كانت منتمية للقانون الواجب التطبيق أو أجنبية عنه، ومن ذلك، القرارات التي استبعدت تطبيق القوانين الداخلية التي تحظر على الدولة اللجوء إلى التحكيم.³

ثالثاً: مخالفتها توقعات المتعاقدة المشروعة

¹Sentence rendue dans l'affaire N°3881 en 1984, J D I, P 1096, note, JAVIN.

²محمد وليد المصري، دور المحكم الدولي تجاه شرط المقاطعة في العقود الدولية، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة 2004، الكويت، ص 271 وما يليها.

³هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص 768.

اشرنا سابقا إلى الدور المزدوج الذي تقوم به التوقعات المشروعة للأطراف، بصدد تطبيق قواعد البوليس وتعرضنا بقليل من التفصيل إلى دورها، كمبرر لتطبيق قواعد البوليس، و يبقى ان نعالج هنا دورها كمستبعد لهذا التطبيق.

والمقصود بهذا الدور هو أن يعمد المحكم إلى عدم تطبيق قواعد البوليس الأجنبية متى كانت مخالفة لتوقعات الأطراف بمعنى ان قواعد البوليس لم تكن داخلة في حساباتهم عند إبرامهم العقد، و يجد هذا الدور أساسه في الطابع الاتفاقي للتحكيم الذي يفرض على المحكمين،الذين يستمدون سلطتهم من إرادة الأطراف المحتكمة¹، عدم تطبيق القواعد القانونية الأجنبية التي تشكل مفاجأة للأطراف.

وأكثر من ذلك فان الاستجابة لتوقعات الأطراف،دفعت المحكمين ليس إلى استبعاد قواعد البوليس الأجنبية فحسب، وإنما أيضا استبعاد قواعد البوليس المنتمية إلى القانون الواجب التطبيق على العقد،و يتضح هذا التوجه في القرار الصادر سنة 1979، أين رفض المحكمون تطبيق قواعد البوليس التي يتضمنها القانون الواجب التطبيق على العقد،و التي صدرت بموجب تعديل تشريعي لاحق على إبرامه،بحجة أن الالتزامات والحقوق الناتجة عن العقد تبقى محكومة بالقانون الذي كان مختصا عند إبرام العقد،و بالتالي لا توقع إلا إذا كانت متوقعة من قبل الأطراف.²

ويؤخذ على هذا القرار، اعتباره نصوص القانون المختار بمثابة شروط عقدية ثابتة زمنيا بمعنى عدم جواز الاعتداد بالتشريعات اللاحقة حتى لا يفاجئه الأطراف، و هذا أمر يخالف مفهوم وطبيعة قواعد البوليس التي تفرض تطبيقها، انطلاقا من تحديدها الأمر لنطاقها، و دون الاعتداد بإرادة المتعاقدين فانه يظهر بوضوح الحد الذي وصل إليه احترام المحكمين لتوقعات الأطراف المشروعة على حساب النصوص القانونية الامرة التي يتعين تطبيقها بأثر فوري على كافة العلاقات القانونية الممتدة.³

الفرع الثاني: ضوابط فض النزاع بين قوانين البوليس أمام المحكم

من بين المشاكل القانونية التي تطرح أمام المحكم الدولي أثناء تفعيل القانون الواجب التطبيق على المنازعة، هي كيفية فض النزاع الايجابي بين قوانين البوليس التي تريد الانطباق

¹و هو ما يعبر عليه الأستاذ عمر زودة بقوله: " .. ان التحكيم هو عمل قضائي من حيث سلطة المحكم في حل النزاع وعمل اتفاقي من حيث مصدر هذه السلطة..." انظر: عمر زودة، اجراءات تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص 1، الطرق البديلة لحل النزاعات،الوساطة والصلح و التحكيم،الجزائر، 2008، ص217.

²Besma Arfaoui, L'interpretation arbitrale du contrat de commerce international, Université de Limoges, thèse de doctorat ,2008. p.165.

³اياد محمود بردان، مرجع سابق، ص 442. ويرى الفقيه بان المبدأ يجب ان لا يؤخذ على اطلاقه اذ يقتضي احترام قواعد النظام العام وجعل اولوية التطبيق، على التوقعات المشروعة للأطراف في العديد من الحالات كحالة انتماء هذه القواعد لقانون مكان التنفيذ، حتى لا يؤدي ذلك الى عدم اعتراف القضاء بالحكم التحكيمي.

على جوهر النزاع (أولا) بالإضافة إلى صعوبة أخرى تتجلى في تطبيق قوانين البوليس من حيث الزمان (ثانيا)

أولا: التنازع الايجابي بين قوانين البوليس

مما لا شك فيه انه لا تثير المسألة إشكالا، إذا كنا بصدد قانون أجنبي واحد تريد قوانين البوليس فيه التطبيق، فالمحكم يطبقها إذا كانت الواقعة أو المسألة المعروضة تدخل في نطاق سريانها. ولكن قد يصعب الأمر إذا كانت هناك أكثر من قاعدة من هذا النوع تريد الانطباق فيحدث أن يكون هناك تنازع ايجابيا بين أكثر من قانون أجنبي، فأى القوانين يكون له الأفضلية.

فيذهب فريق من الفقه إلى تطبيق قانون الدولة التي كان يمكن أن تختص محاكمها بالفصل في النزاع وتم سلب الاختصاص منها لصالح التحكيم، ويبرر هذا الاتجاه رأيه أنه عادة ما تختص محاكم الدولة التي يكون النزاع على صلة بنظامها القانوني وهو ما يبرر تطبيق قواعده وهذا يشكل مظهرا من مظاهر الواقعية في حلول القانون الدولي الخاص¹.

والراجح، أنه من الملائم أن يطبق المحكم قانون الدولة التي لها مصلحة حقيقية وجدية في أن يسري قانونها، فقد يكون قانون الدولة التي يجب أن ينفذ فيها الحكم الصادر، فلا أهمية لحكم بغير تنفيذ يكون شبه مجرد من كل قيمة، حيث إن الحماية القضائية التي يقررها لا تعدو أن تكون نظرية لا يرتفع بها الاعتداء بها الواقع على الحق أو المركز القانوني المتنازع عليه. فدولة محل التنفيذ عادة هي التي تكون مصالحها أقوى وأجدر بالحماية، وفيها تنتهي آخر مراحل النزاع، كما يقتضي تدخل السلطة العامة بها وهؤلاء لا يخضعون في عملهم إلا لأوامر مشرع دولته². وعموما يجب أن يترك للمحكم أن يقدر أي القوانين هو الأجدر بالتطبيق، فهذا لا يعني التزامه بتطبيق القانون الذي يعتبره مختصا في جميع الحالات، فقد تحول دون ذلك عقبات فنية معينة³.

ثانيا: تطبيق قوانين البوليس في الزمان

قد يصادف المحكم في بعض الأحيان مشكلة في غاية الأهمية وهي تطبيق قوانين في الزمان، وهنا يطرح السؤال إذا كان يجب أن يؤخذ في الاعتبار التغيير في الوضعية التشريعية بين تاريخ إبرام العقد والنزاع أو اللحظة التي يحكم فيها المحكم ففي هذا التغيير لمحتوى قانون البوليس قد يكون عبارة عن تغيير أو حذف، ولحل هذه المشكلة يجب على المحكم اعتماد مقاربة مشابهة تماما لتلك المقترحة لفحص شرعية تطبيق قانون البوليس من خلال البحث في هذا القانون والحق

¹CHRISTOPHE SERAGLINI : Lois de police et justice arbitrale internationale, thèse doctorat, université Paris I, 2000, p409, 410, 411

²حسام التلهوني، مدى التزام المحكم بمراعاة النظام العام في منازعات التجارة الدولية، مجلة التحكيم، العدد 3، 2009 ص 155.

³حيث ان الأصل أن تنفذ القرارات التحكيمية طوعا، وهنا لا يحتاج صاحب المصلحة في التنفيذ الى تدخل القضاء، لكن قد تعترض عملية التنفيذ بعض الصعوبات تجعل حامل القرار التحكيمي يستجد بالقضاء الوطني المطلوب تنفيذه في اقليمه، و لذلك فان مسألة تدخل القضاء في عملية تنفيذ قرارات التحكيم و ان كانت هي الغالبة إلا انها لا تتم بصفة الية و انما تتم كإجراء لضمان تنفيذ القرار التحكيمي.

الذي ينتمي إليه ليرى كيف يتم حل هذه المشكلة، وهو المنطلق الذي اتبعه المحكم في حكم غرفة التحكيم في ميلانو رقم 1491 بشأن الحصار الأوروبي على العراق بحيث كان مستحيلا تنفيذ العقد، وقد استنتج المحكم من بنود التشريع المتعلق بالحصار أنه ينطبق أيضا على العقود المبرمة قبل دخوله حيز التنفيذ وقد برر ذلك بالطابع السياسي البارز للأحكام المتنازع عليها والتي لها صلة بالحالة المعروضة عليه¹.

خاتمة:

كما رأينا سابقا أن قوانين البوليس هي مجموعة من القواعد القانونية التي تطبق بشكل مباشر على النزاعات الداخلية والدولية دون تفرقة، والتي تهدف إلى حماية النظام العام الاجتماعي والاقتصادي لدولة وقد ظهرت مع مطلع القرن العشرين بسبب بسياسة الحماية والتوجيهية التي أضحت تنهجها مختلف دول العالم في المجال الاقتصادي والاجتماعي حفاظا على تماسكها.

وقد اقتضى الأمر على المحكم أثناء فض المنازعات التي لها ارتباط بأكثر من نظام قانوني لدول مختلفة إما عن طريق التنفيذ أو الإبرام أو جنسية الأطراف مراعاة تطبيقها حفاظا وضمانا لمبدأ قوة النفاذ الموسع للحكم الذي سيصدره واحتراما لتوقعات المشروعة الأطراف.

وعليه فإن المحكم يكون ملزم بتطبيق قوانين البوليس في تقييم مدى قابلية المنازعة للتحكيم لأسباب مرتبطة بضمان تنفيذ الحكم الذي سيصدره عل نطاق واسع واحتراما لتوقعات الأطراف المشروعة، وهذا التطبيق لا يكون إلا بشروط منها أن تكون لهذه القواعد صلة وثيقة بالنزاع، كما أن المحكم في بعض الأحيان يستبعد هذه القواعد من التطبيق في حالة كانت مخالفة لتوقعات المشروعة للأطراف أو لنظام العام العبر الدولي.

ومما لا شك فيه كذلك أن ارتباط المنازعة بمجموعة من الأنظمة القانونية لدول مختلفة يضع المحكم أمام مشكلة تنازع بين قوانين البوليس الواردة في هذه الأنظمة التي تريد الانطباق على المنازعة وانتهينا أن الحل المناسب هو ترك المجال للسلطة التقديرية للمحكم في تطبيق قوانين البوليس التي لها ارتباط وثيق بالنزاع.

ولا تقف المشاكل القانونية عند هذا الحد بل يصطدم أيضا المحكم بإشكالية تطبيق قوانين البوليس في الزمان بين تاريخ إبرام العقد وتاريخ تغيير أو حذف في قوانين البوليس يكون لها تأثير على الحل القانوني للمنازعة، مما يستوجب على المحكم في هذه الوضعية الرجوع إلى الحلول القانونية في التشريع الذي وقع فيه تغيير حول تطبيق هذه القواعد مع إمكانية استبعاد تطبيقها إذا كانت مخالفة للنظام العام العبر الدولي.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: باللغة العربية:

¹Nicolas NORD, Ordre public et lois de police en droit international privé, op cit p.245

(أ)- الكتب:

1. إبراهيم أحمد إبراهيم: "التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة"، دار النهضة العربية، 2000.
2. أحمد عبد الكريم سلامة: "القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص"، (دراسة تحليلية تطبيقية) الطبعة الأولى، دار النهضة العربية سنة 1985.
3. أشرف عبد العليم الرفاعي: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
4. بردان إياد محمود: "التحكيم و النظام العام"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، الحقوقية، طبعة 2004.
5. محمود محمد ياقوت: "قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق"، دار الفكر الجامعي-الإسكندرية، 2003.
6. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: "التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية"، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 1998.
7. هشام علي صادق: "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية"، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 764.

(ب)- الرسائل و المذكرات الجامعية:

1. عيادي فريدة: "سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001.

(ج)- المقالات العلمية:

1. بلاش ليندة، دور القواعد ذات التطبيق الضروري: بين الزامية قواعد الاسناد و التخفيض من مرتبتها، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، العدد 03، 2019
2. حسام التلهوني، مدى التزام المحكم بمراعاة النظام العام في منازعات التجارة الدولية، مجلة التحكيم، العدد 3، 2009
3. عمر زودة، إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص 1، الطرق البديلة لحل النزاعات، الوساطة والصلح و التحكيم، الجزائر، 2008
4. محمد وليد المصري: دور المحكم الدولي تجاه شرط المقاطعة في العقود الدولية، مجلة الحقوق، العدد الأول، الكويت، 2004.
5. هشام علي صادق: "مدى سلطة المحكمين في إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 50، مصر، 1994.

ثانيا: باللغة الأجنبية:

1. BAPTISTE RACINE JEAN: l'arbitrage commercial international et l'ordre public, LGDJ, 1999

2. **Besma Arfaoui**, L'interpretation arbitrale du contrat de commerce international ,Université de Limoges, thèse de doctorat ,2008
3. **CHRISTOPHE SERAGLINI** : Lois de police et justice arbitrale internationale, thèse doctorat, université Paris I, 2000.
4. **J. Béguin, G. Bourdeaux, A. Couret, B. Le Bass, D. Mainguy, M. Menjucq, H. Ruiz Fabri, C. Seraglini, J.M. Sorel**, Traité du droit du commerce international, Litec, 2005
5. **MAYER PIERRE** : Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé, Dalloz, Paris, 2005.
6. **MAYER PIERRE**: L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence R.C.A.D.I 1989.
7. **Nicolas NORD**, Ordre public et lois de police en droit international privé, thèse pour le doctorat en droit, UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN STRASBOURG III, 2003.