القواعد ضرورية التطبيق ومدى اعمالها امام القضاء والتحكيم "دراسة في ضوء اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية"

م.د ثامر ياسين عبد الله

Thamer yaseen Abdullah

كلية الحقوق جامعة الحدباء، الموصل، العراق

Thamer.yaseen@hu.edu.iq

المستخلص

تتميز القواعد ذات التطبيق المباشر والتي تضم القواعد ضرورية التطبيق مع غيرها من القواعد، بأن الأولى يتم إعمالها بصورة مباشرة وبدون ان نمر بقاعدة التنازع التي تشير لتطبيق قانون معين، في حين أن الثانية تحتاج لإعمالها إلى أن تسلك منهج تنازع القوانين إذ بدونها لا يجوز إعمال تلك القواعد أو القوانين إلا ضمن إطار الازدواجية المتسمة بها إذ تسمح كافة الأنظمة القانونية الوطنية وكذلك الاتفاقيات الدولية بإعمال القواعد ضرورية التطبيق أو ما يسمى (بقواعد البوليس) وهو ما أبرزته بوضوح المادة التاسعة من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المعدلة، حيث تقرر أنه لا يمكن أن تشكل نصوص هذه الاتفاقية أي اعتداء على تطبيق القواعد القانونية لدولة القاضي التي تتدخل أيًا كان القانون الواجب التطبيق على العقد.

ومن ذلك ما أفرزته الاتجاهات الفقهية لإيجاد حلول لمشكلة التنازع، وذلك من خلال إقامة نوع من التوازن بين حق الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من ناحية والاحترام المتطلب للنصوص الآمرة التي تحكم العقد من ناحية أخرى، ومن هنا وتظهر أهمية إعمال القواعد ضرورية التطبيق في الحالات التي يوجد فيها اختلافا شديداً بين الشروط التعاقدية، وحكم القانون الذي يسري على العقد إذا ما تم إعمال منهج التنازع.

الكلمات المفتاحية: القواعد ضرورية التطبيق، تنازع القوانين، منهج التنازع، اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠.

Abstract

The rules of direct application, which include rules of necessary application with other rules, are characterized by the fact that the former are applied directly and without the need to go through the conflict rule that refers to the application of a specific law, while the latter need to be applied in order to follow the conflict of laws approach, as without it, those rules or laws may not be applied except within the framework of the duality that characterizes them.

All national legal systems as well as international agreements allow the application of rules of necessary application or what is called (police rules), which was clearly highlighted by Article 9 of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations as amended, where it was decided that the texts of this agreement

cannot constitute any attack on the application of the legal rules of the state of the judge who intervenes, regardless of the law applicable to the contract. This includes what the jurisprudential trends have produced to find solutions to the problem of conflict, by establishing a kind of balance between the right of will to choose the applicable law on the one hand and the required respect for the mandatory texts that govern the contract on the other hand. Hence, the importance of applying the rules of necessary application appears in cases where there is a strong difference between the contractual terms and the rule of law that applies to the contract if the conflict approach is applied.

Keywords: rules of necessary application, conflict of laws, conflict approach, Rome Convention of 1980.

المقدمة:

أولا: التعريف بموضوع البحث:

نصت اتفاقية روما على موضوع القواعد الآمرة أو كما أسماها بعض الفقهاء بالقواعد البوليسية، أو القواعد ضرورية التطبيق، وذلك في المادة (٧) من هذه الاتفاقية [١].

وكما لاحظنا أن الاتفاقية خلدت وقدمت مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق شأنها شأن غيرها من الاتفاقيات الدولية، وحسب نص المادة (٣) من الاتفاقية، التي بينت أهمية الأخذ باختيار الأطراف للقانون الواجب أو البحث عن الاختيار في حالة إن كان ضمنيًّا، فبالرغم من حرية المتعاقدين باختيار قانون يحكم عقودهم حسب المنهج التنازعي، سيسبب ذلك خضوع العقد للقواعد الآمرة بالقانون الذي تم اختياره، فإذا كانت تلك الحرية تمكن الإرادة من اختيار قانون ليست له علاقة بالرابطة التعاقدية ولكنها غير واسعة الى حد الإفلات من القواعد الآمرة بقوانين الدول التي ترتبط بالعقد، لهذا السبب توجهت

[2] Article (7)"1. When applying under this Convention the law of a country, effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a close connection, if and in so far as, under the law of the latter country, those rules must be applied whatever the law applicable to the contract. In considering whether to give effect to these mandatory rules, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or nonapplication. 2. Nothing in this Convention shall restrict the application of the rules of the law of the forum in a situation where they are mandatory irrespective of the law otherwise applicable to the contract".

الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ لمنح القاضي حق تقييد حرية المتعاقدين عبر سلطته بالتطبيق المباشر لقسم من القواعد الآمرة بالقوانين ذات الصلة الوثيقة بالعقد[١].

ويقصد بالقواعد الآمرة: بأنها "قواعد القانون الداخلي والتي تتميز بكونها آمرة لتعلقها بالنظام العام المانع والواقي، والتي تبلغ درجة وحدًّا يوجب تطبيقها على العلاقات التي تحكمها مباشرة أي بصرف النظر عن ماهية تلك العلاقات العقدية سواء أكانت داخلية أم دولية".

وبذلك فإنه بموجب قواعد التنازع يخضع العقد الدولي للقواعد الآمرة في القانون الذي يتم اختياره، بالإضافة إلى خضوعه في نفس الوقت للقواعد ذات التطبيق الضروري وذلك في الحالة التي يتهيأ لهذه القواعد الانطباق [٢].

ثانيا: إشكالية البحث:

أن القواعد ضرورية التطبيق الوطنية لا تجد صعوبة في إعمالها لأن القاضي ملزم بما ينص عليه مشرعه، إلا أن الأمر يبدو أكثر تعقيدا بالنسبة لإعمال القواعد ضرورية التطبيق الأجنبية. ومنها تبرز إشكالية البحث.

تثور كذلك إشكالية في أن اتفاقية روما لسنة١٩٨٠، وبعض الأنظمة القانونية التي أبرمتها وبعض القوانين الوطنية بنصوصها ذهبت "إلى إعمال القواعد ضرورية التطبيق أمام القضاء الوطني، لكنها لم تتعرض لذلك أمام قضاء التحكيم، ما سبب مشكلة بهذا الخصوص، فثار الخلاف حول هذا الموضوع، إذ كيف يكون للمحكم إعمال القواعد ضرورية التطبيق وهو لا ينتمي لقانون معين هذا من جانب. ومن جانب آخر الطابع الاتفاقي للتحكيم وتأثيره على إعمال تلك القواعد".

ولحل هذه الإشكالية لابد من الإجابة على التساؤلات التالية:

١-بيان كيفية الإعمال المباشر للقواعد ضرورية التطبيق التي تعود لدولة القاضي.

٢-بيان مدى إعمال القواعد ضرورية التطبيق العائدة لدولة أجنبية.

٣-بيان مدى إعمال القواعد ضرورية التطبيق أمام المحكم الدولي من ناحية اتسامها بالطابع الخاص نظرًا لعدم وجود قانون وطني للمحكم. ومن ناحية الطابع الاتفاقي للتحكيم وتأثيره على إعمال تلك القواعد.

---

[٢] ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان, ٢٠١٤، ص ٢٢٥؛ علاء حسين على، القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، العراق، العدد٤١، لسنة ٢٠١٦، ص١٠ ومابعدها.

[١] د. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص٥٧٧.

ثالثا: أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى الإجابة عن التساؤلات والمذكورة أعلاه، وذلك من أجل الاهتداء إلى الأحكام القانونية السليمة التي ينبغي الأخذ بها في هذا الشأن، وذلك بهدف التوصل إلى رؤية لتنظيم قانوني متكامل لكيفية إعمال القواعد ضرورية التطبيق أمام القضاء وأمام التحكيم، من خلال الاهتداء لبعض الآراء الفقهية وما أفرزته من حلول لمشكلة التنازع، وذلك من خلال إقامة نوع من التوازن بين حق الإرادة باختيار القانون الواجب التطبيق من جانب والاحترام المتطلب للنصوص الآمرة التي تحكم العقد من جانب آخر، ومن هنا وتظهر أهمية إعمال القواعد ضرورية التطبيق في الحالات التي يوجد فيها اختلافا شديداً بين الشروط التعاقدية، وحكم القانون الذي يسري على العقد إذا ما تم إعمال منهج التنازع .

رابعا: مسوغات اختيار موضوع البحث:

أن دراسة موضوع مدى إعمال القواعد ضرورية التطبيق يعدّ أمراً بالغ الأهمية، وذلك نظرا لما تتميز به القواعد ذات التطبيق المباشر والتي تضم القواعد ضرورية التطبيق مع غيرها من القواعد، بأن الأولى يتم إعمالها بصورة مباشرة وبلا مرور بقاعدة التنازع التي تشير إلى تطبيق قانون معين، في حين أن الثانية تحتاج لإعمالها إلى أن تسلك منهج تنازع القوانين إذ بدونها لا يجوز إعمال تلك القواعد أو القوانين إلا ضمن إطار الازدواجية المتسمة بها [1].

خامسا: منهج البحث:

في سبيل تحقيق أهداف ومتطلبات البحث، فسنعتمد على المنهج التحليلي، وذلك من خلال تحليل الأحكام التي جاءت بها اتفاقية روما عام ١٩٨٠ بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لمعرفة ما توصلت إليه هذه الاتفاقية من حلول موضوعية بشأن القانون الواجب التطبيق واعمال القواعد ضرورية التطبيق، ومعرفة فيما إذا كان هناك قصور في تلك الأحكام، وربطها واستخلاص النتائج التي تترتب على ذلك، مستشهدين ببعض من الأحكام والاجتهادات القضائية المتصلة بموضوع البحث، كما ستتم الاستعانة بالمقارنة مع ما أخذت به الأنظمة القانونية المقارنة في النقاط التي تقتضي ذلك.

سادسا: خطة البحث:

لغرض الإحاطة بموضوع البحث من كافة جوانبه تقرر تقسيمه إلى الآتي:

المبحث الأول: القواعد ضرورية التطبيق ومدى اعمالها أمام القضاء.

المبحث الثاني: القواعد ضرورية التطبيق ومدى اعمالها أمام المحكم الدولي.

---

[٢] ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص٢٤٩.

المبحث الأول

القواعد ضرورية التطبيق ومدى اعمالها أمام القضاء

ان نصوص القوانين الوطنية تعتبر من المذاهب الأحادية [١]، بإطار تنازع القوانين، إلا أنه يتوجب التمييز بين قواعد الإسناد الأفرادية وبين القوانين ضرورية التطبيق، وإن كان كلاهما يفرض تطبيقه مباشرة.

وبما أن القواعد ضرورية التطبيق تتصف بالصفة الآمرة، اي يجب تطبيقها بشكل مباشر على موضوع النزاع المعروض، فإن كان قانون القاضي يروم التطبيق على العلاقة الدولية المطروحة وجب تطبيقه، وذلك بحسب قاعدة الإسناد الأحادية التي لاتجيز تطبيق القانون بالضد من مشيئة مشترعه. أما في حالة رفض القانون التطبيق فتعيين قانون أجنبي بديل وفق قاعدة الإسناد ليس من مهامها، بحيث إن إرادة الانطباق الناتجة عن إرادة المشترع قد تكون صريحة أو ضمنية يقوم القاضي بكشف مضمونها والهدف الذي يسعى المشترع من وضعها إلى تحقيقه [٢].

وبالتالي يتضح أنه يجب اعمال القواعد الأجنبية ضرورية التطبيق أيضًا وفق إرادة مشترعها في الانطباق، طالما أن العلاقة المطروحة أمام القاضي تدخل ضمن نطاق سريانها، وبالنتيجة أن القواعد ضرورية التطبيق يمتد بها خارج الحدود الإقليمية لدولة مشترعها، بغض النظر عن المذهب الأحادي. ويثور التساؤل حول كيفية هذا القواعد أمام القضاء سواء أكانت قواعد عائدة لدولة القاضي أم قواعد عائدة لدولة أجنبية.

وهذا ما سوف نقوم بالإجابة عليه من خلال الآتي:

المطلب الأول

المدى المباشر للقواعد ضرورية التطبيق العائدة لدولة القاضي

إن القانون الوطني يقتصر إعماله على القواعد ضرورية التطبيق، وفي ماعدا ذلك يتعين على القاضي الرجوع إلى القانون الأجنبي المشار إليه من قبل قاعدة التنازع الوطنية. وبالتالي لا يسمح للقاضي الوطني باستبعاد القانون المختص، وبالتالي قاعدة التنازع التي تشير بإعماله باسم كافة القواعد الآمرة التي يتضمنها نظامه القانوني، إنما يتم هذا الإعمال باسم القواعد ضرورية التطبيق، وبحدود اختصاصها فقط [٣].

---

[٢] د. هاشم على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٦٠٨ وما بعدها؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية, ١٩٨٥, ص٩٨.

[٣] ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص٢٥١.

[٤] أرميض عبيد خلف العزاوي، الدفع بالنظام العام في مجال العقود الدولية، مرجع سابق, ٢٤٢؛ محمد إبراهيم على، القواعد الدولية الآمرة (دراسة في إمكانية تقليص الدور الذي تلعبه في تسوية عقود التجارة الدولية أمام هيئات التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر العربي, ٢٠٠١, ص٩٦ ومابعدها.

فمن الطبيعي أن يلتزم القاضي الوطني بإعمال القواعد ضرورية التطبيق الوارد النص عليها في قانونه الوطني، وهذا ما هو إلا استجابة من القاضي الوطني لإرادة مشترعه [١]، وهذا لا يثير أي مشكلة سواء ذات طابع آمر أو ضروري التطبيق خصوصًا بالحالة التي تشير فيها قاعدة التنازع المزدوجة إلى تطبيق القانون الوطني للقاضي [٢].

إذا فالقواعد ضرورية التطبيق لها الأولوية بالتطبيق سواء أكان النزاع يتضمن عنصرًا أجنبيًّا أم لا، وقبل قاعدة النزاع، فهذه القواعد ترسم بنفسها طريق اختصاصها، ودون الحاجة إلى أن يتم تحديد هذا النطاق بواسطة قاعدة إسناد مزدوجة أو إفرادية [٣]. فإعمال القواعد ضرورية التطبيق في قانون القاضي، لا يستبعد بشكل تام القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد المزدوجة بل يؤدي فقط إلى إقصاء القاعدة الموضوعية بذلك القانون والمتعارضة مع قاعد البوليس التي تريد الانطباق [٤]

وهذا ما أكدته جميع قوانين الدول الأوربية المنضمة لاتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والتي تنص على "أن نصوص هذه الاتفاقية لا تنال من تطبيق القواعد الداخلية في قانون القاضي، والتي تحكم المركز محل النزاع بغض النظر على القانون الواجب التطبيق على العقد"[٥].

وفي الواقع إن القواعد ضرورية التطبيق تجد مجالها للتطبيق أمام القضاء الوطني في كل مرة تتوافر فيها شروط انطباقها، وهو ما أكده حكم المحكمة العليا النمساوية الصادر في ٢١ مايو ١٩٦٨، والذي ينصب موضوع النزاع على عقد أبرم بين شركة ألمانية وأخرى نمساوية يتعلق بتحديد قواعد التنافس المشترك بينهم في النمسا، على الرغم من انصراف إرادة الأطراف إلى تطبيق القانون الألماني، قررت المحكمة أن القانون النمساوي المتعلق بقواعد المنافسة هو الواجب التطبيق نظرًا لأن هذه القواعد يجب تطبيقها عندما يتعلق الأمر بشيء يخص السوق المحلي (السوق النمساوي)، ومن هذا الواقع يبدو مشروعًا انعقاد الاختصاص للقانون النمساوي بما يتضمنه من قواعد ضرورية التطبيق[٦].

---

[٢] نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في مجال قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق, ٢٠٠٣, ص٢٤٤؛ علاء حسين على، القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص١١.

[٣] د. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٦٩٧.

[٤] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٩٨.

[٥] محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، لسنة ٢٠٠٠, ص٢١٣.

[٦] د. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرج سابق، ص٧٠٥.

[١] محمد إبراهيم على محمد، مرجع سابق, ٩٨, ٩٩؛ وذكره كلٌّ من: ليندا جابر، مرجع سابق، ص٢٥٦, هامش١؛ أرميض عبيد خلف العزاوي، الدفع بالنظام العام في مجال العقود الدولية، مرجع سابق، ص٢٤٣.

وبذلك فإن القواعد ضرورية التطبيق الوطنية لا تجد صعوبة في إعمالها لأن القاضي ملزم بما ينص عليه مشرعه، إلا أن الأمر يبدو أكثر تعقيدا بالنسبة لإعمال القواعد ضرورية التطبيق الأجنبية.

المطلب الثاني

القواعد ضرورية التطبيق التي تعود لدولة أخرى

إن كان يقع على عاتق القاضي الوطني الالتزام بإعمال جميع القواعد مباشِرة التطبيق التي قررها قانونه، من ضمنها القواعد ضرورية التطبيق، مع تأكيد هذا القضاء على ضرورة التطبيق المباشر لقسم من القواعد الآمرة التي تنتمي لقانونه الوطني. فهذا الأمر لا يسبب أي مشاكل في القانون الدولي الخاص. ولكن تلك القواعد تثير العديد من المشاكل حين تنتمي إلى قانون أجنبي. وبالتالي يطرح التساؤل عن "إمكانية القاضي الوطني بإعمال القواعد ضرورية التطبيق وقواعد القانون الأجنبية عندما يكون القانون الأجنبي هو اللازم التطبيق على العلاقة العقدية ولاتوجد بخصوص النزاع فيها قواعد واجبة التطبيق من قانون القاضي الذي ينظر في النزاع، ولا يوجد أيضًا في القانون الأجنبي الواجب الإعمال قواعد ذات تطبيق ضروري وقواعد قانون عام"[١].

للإجابة على هذا التساؤل لابد من التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: هو إذا كانت القواعد الأجنبية ضرورية التطبيق تشير لتطبيقها قواعد الإسناد الوطنية ففي هذه الافتراض لا نواجه أية مشاكل. تشير لقاعدة التنازع وفق منهاج التنازع التقليدي إلى قانون أجنبي، فيقوم هذا المنهاج بإسناد كامل للقانون المحدد، وذلك دون تمييز أو تجزئة بين قواعده، فإن ذلك يؤدي إلى هذا القانون وتشويه قاعدة الإسناد الدولية نفسها، فحينما نختار قسم من القانون الأجنبي ونستبعد جزء آخر سيسبب مسخ القانون الأجنبي وتغيير فلسفته وبنيانه ما يمس بسيادة الدولة الأجنبية نفسها، بحيث إنه يجب الأخذ بالقانون الأجنبي بأكمله كوحدة متماسكة [٢].

فقواعد الإسناد عندما تشير إلى نظام قانوني معين لا تفرق بين كل طائفة من القواعد وفيما يكون منتميًا للقانون الخاص أم للقانون العام أو فيما إذا كانت قواعد ذات تطبيق ضروري أم لا، وإنما تشير قواعد الإسناد إلى النظام القانون المختص بمجموعه، تاركة لهذا النظام مهمة تحديد القاعدة الداخلية التي يتعين تطبيقها واستبعاد الأخرى التي لا يراها واجبة التطبيق [٣].

---

[٢] انظر في ذلك: د. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٠٥ وما بعدها.

[٣] ليندا جابر، مرجع سابق، ص٢٥٧, ٢٥٨.

[١] د. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٧٣٠.

الفرض الثاني: والذي فيه تكون الإشكالية، فكيف يستطيع القاضي إعمال قواعد أجنبية تم وضعها في الأساس لحماية مصالح حيوية بدولة القانون الأجنبي، وبلا اعتبار لأي إسناد لذلك القانون وفق مقتضيات قواعد التنازع الوطنية، ورغم مشيئة الأطراف التي ربما اختارت قانون بديل لغرض تطبيقه على علاقاتهم التعاقدية. هل يتمكن القاضي الوطني من إعمال القاعدة الأجنبية ضرورية التطبيق مباشرة؟ هناك رأيان للفقه في هذا الشأن هما:

الرأي الأول: متمثل بالفقه التقليدي: والذي يرفض إلزام القاضي الوطني إعمال القواعد الأجنبية ضرورية التطبيق، باعتبارها جزءًا من قانون العقد، مبررين رفضهم بأن القواعد ضرورية التطبيق الأجنبية لا تنتمي للقانون الأجنبي الحاكم للعقد، ولا تخصص لها بحكم العلاقة التعاقدية كونها غير منتمية لقانون القاضي ولا لأي قانون بديل مختص، وفق قاعدة الإسناد الوطنية [١].

بالإضافة إلى أن فكرة السيادة تأبى أن يقوم القاضي الوطني باستبعاد قواعده لحل النزاع، لمجرد أن إحدى القوانين الأجنبية ضرورية التطبيق تريد الانطباق على الحالة المعروضة، ويوجب ألا تطبق هذه القواعد إلا تطبيقًا إقليميًّا داخل حدود الدولة التي أصدرتها ولا تطبق خارج حدودها إلا بناء على وسيلة فنية تقضي بذلك التطبيق [٢].

الرأي الثاني: والمتمثل بالفقه الحديث: والذي أعطى الحق للقاضي الوطني بإعمال القواعد ضرورية التطبيق التي ترتبط بالعلاقة العقدية محل النزاع، رغم عدم كونها جزء من التنظيم القانوني حسب قاعدة الإسناد الوطنية، ووفق هذا الرأي، ليس هناك فرق بإعمال هذا القانون وفق تعيين مسبق وبإشارة من قاعدة الإسناد الوطنية، أو حسب نص ضمن القانون، وفي مدى ذاته بلا اعتبار للمرور بقاعدة التنازع، بشرط ان هناك رابطة وطيدة بين هذا القانون والنزاع المعروض مبررين ذلك، إلى أنه بهذا الأمر من شأنه أن يؤدي إلى وحدة الحلول والتنسيق فيما بينها على المستوى الدولي، وهي تعد إحدى الغايات الأساسية التي يهدف إليها القانون الدولي الخاص[٣].

---

[٢] د. حفيظة السيد الحداد، إطلالة على دور القضاء في إطار القانون الدولي الخاص، مؤتمر دور القضاء في الخصومة، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت, ٢٠١٢, ص٨٤٧.

[٣] ليند جابر، مرجع سابق، ص٢٥٩.

[٤] منير عبد المجيد، وسيلة تحديث قوانين البوليس ذات التطبيق الضروري، مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الرابع,٢٠٠٠, ص٢٣٢؛ بيار ماير وفانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة: على محمود المقلد، المؤسسة الجامعية للدارسات والنشرو والتوزيع، بيروت, ٢٠٠٨, ص١٢٥.

إضافة لما يحققه من نتائج هامة ألا وهي إعطاء الأحكام القضائية التي تصدر في منازعات طبق فيها القاضي الناظر بالنزاع قانونًا أجنبيًا يعتبر ضروريَّ التطبيق ويرتبط فيها ارتباطًا وثيقًا، فعالية التطبيق بالخارج [١].

ومن الوسائل الفنية المهمة التي يتم من خلالها إعمال القواعد الأجنبية ضرورية التطبيق، رغم عدم كونها جزء من القانون اللازم التطبيق وفق قواعد الإسناد الوطنية وهي وسيلتان [٢]:

الأولى: القواعد ضرورية التطبيق الأجنبية بأسلوب مزدوج.

الثانية: إرادة تطبيق القانون الأجنبي ضرورية التطبيق.

المبحث الثاني

القواعد ضرورية التطبيق ومدى اعمالها أمام المحكم الدولي

يتسم إعمال القواعد ضرورية التطبيق أمام المحكمين بطابع خاص يرتد بصفة أساسية إلى سببين رئيسيين [٣]:

السبب الأول: أن المحكم الدولي لا يمثل سلطة دولة معينة، على اعتبار أنه ليس لديه قانون داخلي يستمد اختصاصه منه أو يخضع له، حيث تمثل الأنظمة القانونية بالنسبة له قوانين أجنبية يتعامل معها على قدم المساواة دون إعلاء قانون على آخر.

أما السبب الثاني: فيكمن في أن نظام التحكيم ذو طابع اتفاقي مبني على إرادة الأطراف.

فقد تناولت اتفاقية روما لسنة١٩٨٠، وبعض الأنظمة القانونية التي أبرمتها وقسم من القوانين الوطنية بنصوصها إلى القواعد ضرورية التطبيق أمام القضاء الوطني، ولكنها لم تتعرض لذلك أمام قضاء التحكيم، ما سبب مشاكل، فثار الخلاف حول هذا الموضوع عن كيف يكون للمحكم إعمال القواعد ضرورية التطبيق وهو غير منتمي لقانون معين. وعليه سوف نتناول تلك القواعد أمام المحكم الدولي من ناحية اتسامها بالطابع الخاص نظرًا لعدم وجود قانون وطني للمحكم. ومن ناحية الطابع الاتفاقي للتحكيم وتأثيره على تلك القواعد. وذلك وفق التفصيل الآتي:

---

[٢] ليندا جابر، مرجع سابق، ص٢٥٩.

[٣] لمزيد من التفاصيل انظر: د. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٧٠٠ وما بعدها؛ منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص٢٣٧ وما بعدها؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٨٢ وما بعدها.

[١] أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة في قضاء التحكيم)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ١٩٩٦، ص ٣٠٢ وما بعدها.

المطلب الأول

الطابع الخاص للقواعد ضرورية التطبيق

في إطار التحكيم الدولي تلعب القواعد ضرورية التطبيق دورًا هامًا ووسيلة تمكننا من تحديد مدى حرية المحكم الدولي من الإفلات من القوانين الوطنية وذلك من خلال السلطة التي يتمتع بها عند طرح مسألة قاعدة من القواعد الآمرة على النزاع بالإضافة إلى الحرية التي يتمتع بها القاضي الوطني عند قيامه بالرقابة على الحكم التحكيمي وإعطائه الصيغة التطبيقية عند عدم مخالفته لتلك القواعد الآمرة في قانونه باعتبار ذلك كله أن المحكم الدولي الذي ينظر بالنزاع غير منتمي لقانون معين إذ تعد كافة القواعد مفروضة التطبيق قواعد أجنبية وفقاً له[١]. ولكن يطرح التساؤل حول مدى إمكانية المحكم في إعمال القواعد ضرورية التطبيق؟

إن المحكم ومن خلال الأحكام الصادرة عنه لا يتقيد بالقانون الدولي الخاص في دولة معينة بل إنه يعود إلى الإعمال الجامع لأنظمة القانون الدولي الخاص المحيطة بالنزاع أو لمبادئ القانون الدولي الخاص بصورة عامة دون التقيد بنظام قانوني لدولة معينة أو للمبادئ التي استقر العمل عليها في إطار التحكيم الدولي والتي تعد جزءًا من القانون التجاري الدولي [٢].

بحيث يستمد المحكم الدولي سلطته في النزاع المعروض عليه من إرادة الأطراف والتي بموجبها يكون ملزمًا بتطبيق القانون الذي تم اختياره بواسطة الطرفين المتعاقدين بالاستناد لمبدأ سلطان الإرادة، وهذا ما أشارت إليه معظم الأنظمة المتعلقة بالتحكيم الدولي والاتفاقيات الدولية بإلزام المحكم القانون المختار من قبل المتعاقدين، بما فيها القواعد الآمرة التي تعد جزء من ذلك القانون، ولم تُشِرْ إلى إلزامه بإعمال أية قواعد ذات تطبيق ضروري [٣].

أما في الحالة التي تكون فيها القواعد ضرورية التطبيق غير منتمية إلى القانون الواجب التطبيق فهنا تكمن الإشكالية، إذ يتعذر على المحكم الدولي تطبيق القواعد ضرورية التطبيق في ظل عدم وجود قانون داخلي ينتمي له الأمر الذي يؤدي إلى قيام الأطراف بالدفع بأن المحكم قد قام بإعماله قواعد لا تتلاءم مع القانون الواجب التطبيق أو أنها تقف عقبة في إعماله وأنه لم يحترم توقعات الأطراف ويكون بذلك قد خرج عن المهمة الموكلة إليه[٤]، لأن وظيفة المحكم لا تتحدد حسب القانون الذي تم تطبيقه على النزاع بل حسب

---

[٢] علاء حسين على، القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص١٣ ومابعدها.
[٣] ليندا جابر، مرجع سابق، ص ٢٦٦، ٢٦٧.
[٤] ارميض عبيد خلف العزاوي، الدفع بالنظام العام في مجال العقود الدولية، مرجع سابق، ص ٢٥٩.
[٥] وقد أخذت بهذه الحجج المحكمة الفدرالية السويسرية في قضية هيلمارتون، حيث أبطلت القرار التحكيمي والذي بموجبه قرر أحد المحكمين أن العقد الذي أبرمه الأطراف والخاضع للقانون السويسري قد خالف قانونًا جزائريًا متعلقًا

موضوع النزاع كما يتم تحديده من قبل الأطراف في الحجج والطلبات التي يدلون بها وفي ضوء اتفاقية التحكيم[١].

ومن هنا يتبين أنه من الصعوبة الأخذ بالرأي القائل إن لا سلطة للمحكم بتطبيق القواعد الآمرة أو أخذها بالاعتبار، خلافاً لذلك فان المحكم يتمتع بصلاحيات وافية منحتها له الأنظمة التحكيمية والقوانين بتطبيق القانون المناسب في القضية، وقد يكون ذلك القانون قانونًا آمرًا أجنبيًّا باعتباره الأكثر صلة بنظر المحكم في القضية. ولكن يتوجب عليه حماية المصالح العليا لمجتمع التجارة والعمالة الدولية، أي حماية النظام العام الدولي [٢].

ويتميز النظام العام الداخلي عن النظام العام الدولي في أن الأول يعد نسبيًّا يختلف من دولة إلى أخرى، أما الثاني واحد بالنسبة لكل الدول، فالقرار التحكيمي الدولي يتوجب عدم مخالفته لأي قاعدة تتعلق بالنظام العام الدولي تحت طائلة إبطاله، فالمحكم الدولي قد يتجاهل القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام الداخلي ولكنه لا يستطيع تجاهلها في حالة تعلقها بالنظام العام الدولي [٣].

بحيث لا يوجد فرق بين القرار التحكيمي الدولي والقرار التحكيمي الداخلي من ناحية الإبطال لمخالفتها قاعدة من القواعد الآمرة وذلك لأن كيفية إجراء الرقابة هي ذاتها، ولأنه أيضًا من الناحية العلمية التحقق الذي يفرضه الطابع الدولي للنزاع هو التحقق من الرابطة المكانية بين الدولة المطلوب منح الصيغة التطبيقية للقرار التحكيمي فيها وبين الحالة النزاعية [٤].

المطلب الثاني

الطابع الاتفاقي للتحكيم وتأثيره على استبعاد تلك القواعد

وكما بينا سابقًا بأن المحكم الدولي وبخلاف القاضي الوطني، يستقي سلطته من إرادة المتعاقدين، والتي تلزمه باحترام توقعات الأطراف لدى تحديد القانون الذي سيطبق على العقد، وكما أسلفنا الذكر بأن النظام العام والقواعد الآمرة هي قيد إرادة الأطراف أمام القضاء الوطني، فهل يكون بإمكان الإرادة ان تفلت من هذه القواعد أمام قضاء التحكيم؟ وهذا ما سوف نبينه وفق الآتي:

بصرف النفوذ. مشار إليه لدى هادي سليم، التحكيم والقواعد الآمرة، مجلة التحكيم، العدد الحادي عشر، ٢٠١١، ص١٨٢.

[٢] د. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٧٩٢.

[٣] حسام الدين فتحي ناصيف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الثالثة والأربعون، العدد الأول، ٢٠٠١، ص ٢٨٢؛ هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٧٩٧.

[٤] موريس خوام، سلطة المحكم في تعديل القواعد القانونية الواجبة التطبيق، مجلة التحكيم العالمية، ملحق للعدد الثامن، ٢٠١٠، ص٨٢٣.

[٥] شكري صادر، الرقابة على القرارات التحكيمية المخالفة للنظام العام، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الأول، ١٩٩٦، ص١٧.

الفرع الأول: احترام المحكم للقواعد ضرورية التطبيق:

إن الالتزام الأساس للمحكم هو احترام مبدأ سلطان الإرادة، وهكذا يكون مسؤولاً عن إصدار حكم عادل للأطراف عبر مراعاته للنظام العام والقواعد الآمرة من أجل التوازن بين مصلحة أطراف العلاقة التعاقدية ومصلحة المجتمع. فإخلاله بذلك الالتزام يعد إخلال باتفاق الطرفين على التحكيم مما يؤثر على تطبيق الحكم التحكيمي بحيث للطرف المنفذ عليه أن يطعن بالحكم على اعتبار أن المحكم لم ينفذ القانون الذي اختارته الأطراف [١].

فالأساس الاتفاقي للتحكيم يلزم الهيئة التحكيمية عدم مفاجأة المتعاقدين بغير ما يتوقعون، ولكنه لا يلزمهم الانصياع بشكل دائمي لإرادة الأطراف والتي لا يمكن أن تعلو على إرادة المشرع الآمرة [٢].

ولكن يتعين على المحكم في إطار القواعد ضرورية التطبيق استثناء الشروط التعاقدية أو قواعد القانون الذي اختارته الاطراف وتطبيق القاعدة الحمائية الوطنية كونها تعتبر قاعدة جوهرية في القانون ذات الصلة بالنزاع بشكل واضح وتؤثر مؤثرة بشكل كبير في العلاقة التعاقدية الدولية [٣].

وهنالك بعض الحالات المعينة التي يكون بمقدور المحكم فيها إهمال إرادة الأطراف وخصوصًا في الحالة التي يجد المحكم فيها أن تطبيق القواعد التي اختاروها الأطراف بحكم علاقتهم التعاقدية تؤدي إلى مخالفة المبادئ الأساسية للنظام العام في إحدى الدول التي لها ارتباط وثيق بموضوع النزاع فهنا يجد المحكم نفسه أمام تنازع في الالتزامات وهما:

الالتزام الأول: ولاؤه لإرادة الأطراف المتعاقدة وتطبيق القواعد التي اختاروها أصلًا لحل نزاعهم.

الالتزام الثاني: هو القيام بمهامه على نحو ما يقوم به القاضي ضمن إطار حماية المصالح العامة في دولة محددة. ويكمن حل هذا التنازع بإهمال إرادة الأطراف وعدم الأخذ بها تحت ذريعة عدم مخالفة النظام العام، وهكذا يتوجب على المحكم أن يقوم بفحص اتفاق الأطراف والتأكد من عدم مخالفته للنظام العام في الدولة المرتبطة بالنزاع ارتباطًا وثيقًا [٤].

---

[٢] ليندا جابر، مرجع سابق، ص٢٧٩.

[٣] د. هاشم على صادق، مدى سلطة المحكمين في إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد ٥٠، لسنة ١٩٩٤، ص ١١٦و١١٧.

[٤] إسماعيل الزيادي، حكم التحكيم وحجته وقوته التنفيذية، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث عشر، سنة ٢٠١٢، ص١٤٣.

[٥] ليندا جابر، مرجع سابق، ص٢٨٠، ٢٨١.

ويتعين على المحكم أن يأخذ في الاعتبار متطلبات الدول التي انتهجت بغالبيتها موقفًا مؤيدًا للتحكيم، ويتوجب عليه أن يطبق القواعد الآمرة الصادرة في هذه الدول طالما تبين له أن هذه القواعد تتسم بالشرعية حتى وإن لم تكن داخلة ضمن غطاء القانون الواجب التطبيق على النزاع [١].

الفرع الثاني: احترام المحكم لإرادة الأطراف:

يرى انصار هذا الاتجاه إلى ضرورة احترام المحكم لإرادة المتعاقدين لأنهم يرون أن الأخذ أو التسليم بمنظار الاتجاه الأول سيُحوّل المحكم من قاض مختص بالعقد إلى قاضي عام بالدولة، حتى ان كانت وظيفته واحدة في كلا الحالتين وتتلخص مهمته في حسم النزاع، إلا أنهما مختلفتين من حيث المهام وأسلوب الممارسة، كما أنه والحالة هذه تقوم من جهة أخرى إلى تحويل دور المحكم إلى حماية العقد وما يتضمنه من إرادة الأطراف، وضمان فعالية القرار التحكيمي الصادر منه، إذ ليس من مهام المحكم مخالفة اتفاق المتعاقدين من خلال إبطال بند من بنود العقد في وقت قد لا يرى هؤلاء الأطراف سببًا لهذا الابطال مما يؤيد إلى إصدار قرار معرض للإبطال قي دولة مقر التحكيم، أو عدم الاعتراف به وعدم إعطائه الصيغة التطبيقية في دولة القانون الذي فيه خولفت قاعدة من قواعده الآمرة.

كما أن مسألة القول إن القرار التحكيمي قد يكون معرضًا للإبطال أو عدم الاعتراف يعد استباقًا للأمور، أو قد يفسر القضاء في دولة القانون الذي خولفت قاعدته الآمرة بتفسير مرن لتلك القاعدة مما لا ينتج عن مخالفتها سببًا للإبطال، أو عندما يرى ذلك القضاء بأن الحكم التحكيمي قد جاء محققًا للعدالة.

وكذلك فإنه ليست من مهام المحكم الدولي تغليب المصلحة العامة على الخاصة للفرقاء بل تلك مهمة تقع بصميم تخصص القضاء العام، في حين أن قضاء التحكيم هو قضاء خاص معين من قبل أصحاب المصالح الخاصة سواء كانوا أفرادًا أم جماعات [٢]. إذ ليس هنالك ما يبرر أو مدعاة لرفض تطبيق الحكم طبقًا للمادة ٥/٢ من اتفاقية نيويورك لعام١٩٥٨[٣]. ويقصر أصحاب هذا الاتجاه النظرة التي تحد دور الإرادة وتمنعها من مخالفة النظام العام والقواعد الآمرة في الوقت الذي تكون فيه إرادة أطراف المتعاقدين هي بالأساس من قامت باختيار القانون الواجب التطبيق على نحو موضوعي، وبحسن نية بشكل لا يتعارض مع النظام العام. وبذلك تصح هذه المسألة في حالتين اثنتين هما:

---

[٢] هادي سليم، التحكيم والقواعد الآمرة، مرجع سابق، ص ١٨٣.

[٣] ليندا جابر، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

[٤] تنص المادة ٢/٥ من اتفاقية نيويورك المتعلقة بالأعراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها على أنه ((يجوز رفض الاعتراف بقرار التحكيم ورفض تنفيذه إذا تبين للسلطة المختصة في البلد الذي يطلب فيه الاعتراف بالقرار وتنفيذه إذا: أ- تبين للسلطة في البلد الذي يطلب فيه الاعتراف بالقرار وتنفيذه. ب- أن الاعتراف بالقرار وتنفيذه يتعارض مع السياسة العامة لذلك البلد)).

١ - حالة عدم اختيار الطرفين المتعاقدين قانون دولة معينة لتحكم العقد، فعلى المحكم تقع هذه المهمة والتي تلزمه بضرورة مراعاة النظام العام والقواعد الآمرة عند اختياره للقانون الواجب وذلك لإعمال مبدأ إضفاء الفاعلية لقراره التحكيمي [١].

٢- حالة اختيار الطرفين المتعاقدين قانون دولة معينة لتحكم العقد [٢].

إن اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ وفي منطوق نصها في المادة (٢١) من الاتفاقية حثت المحكم على عدم استبعاد أحد بنود هذا النظام إذا ما تبين له أنها تتعارض بشكل واضح مع النظام العام. ويتجلى ذلك بما تحتويه المؤسسات التحكيمية من نصوص تلزم المحكم بإصدار قرار يتمتع بالقابلية للتطبيق أي مراعاة القواعد الآمرة في دولة التطبيق، وكما نصت على ذلك اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ حيث يعد خرقًا للنظام العام في حالة مخالفته للقانون الإلزامي بل ويحث الأطراف على أخذه بعين الاعتبار عند صياغة طلباتهم، وكذلك يكون نفس الحال مع المحكمين عملًا بالمادة (٣٥) من نظام غرفة التجارة الدولية [٣].

وخير مثال يوضح ذلك هو نص المادة (٣٢) من قواعد غرفة التجارة الدولية لعام ٢٠١٢ " إذا توصل الأطراف إلى تسوية بعد إرسال الملف إلى هيئة التحكيم وفقا للمادة (١٦) يتم إثبات التسوية في شكل حكم صادر باتفاق الأطراف إذا طلب الأطراف ذلك ووافقت هيئة التحكيم"، ومن هذا النص يتضح أن على الأطراف الحصول على حكم تحكيمي من الهيئة يثبت التسوية التي توصلوا إليها في حل النزاع بينهما بعد إحالة الملف إلى هيئة التحكيم، إلا أن اشتراط موافقة هيئة التحكيم على ذلك فتشير هنا وبجلي العبارة إلى أنه بمقدورها ووفقًا لتقديرها أن ترفض إصدار مثل هذا الحكم في حال ما إذا اتضح لها أن التسوية الحاصلة تخالف القواعد والنصوص الآمرة لقانون محدد أو أنها غير مشروعة[٤].

وخارج تلك الحالتين يتوجب على المحكم تطبيق البنود العقدية المتفق عليها من قبل الأطراف، ولو كانت مخالفة للنظام العام في الدولة، كحالة اتفاق الأطراف على تطبيق قانون التمثيل التجاري والذي يحصر

---

[٢] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم محاذير وتوجيهات، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة السادسة عشرة، العدد الأول، ٢٠٠٨، ص٩.

[٣] د. سامي منصور، الإرادة كقيد على النظام والقوانين الآمرة في التحكيم في عقود التجارة الدولية، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الرابع والخمسون، ٢٠١٠، ص٤.

[٤] د. هشام محمد إبراهيم السيد الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٩، ص١٠٤, ١٠٥؛ أنور على أحمد الطشي، المسئولية المدنية للمحكم في منازعات التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠١١، ص ٥٦١ وما بعدها.

[٥] حسام سمير التلهوني، مدى التزام المحكم بمراعاة النظام العام في منازعات التجارة الدولية، مجلة التحكيم العالمية، بيروت، العدد الثالث، السنة الأولى، يوليو، ٢٠٠٩، يذكر بعض القرارات التحكيمية في الهامش ٢١ المتعلقة بالموضوع، ص ٢١٠.

أمر اختصاص النظر فيه على محاكم الدولة، فالمحكم في هذه الحالة لا يستطع سوى الفصل في النزاع وإعلان اختصاصه [١].

فمن المستحسن ألا يلجأ المحكمون إلى القواعد الآمرة، وإنما يلجئون في حالة الضرورة إلى مفهوم النظام العام الدولي العابر للدول أو النظام العام الدولي الحقيقي، فإذا ما لاحظ المحكم وجود تعارض بين القانون الواجب التطبيق مع المبادئ والقيم الأساسية للمجتمع الدولي، حيث يكون بإمكانه اعتبار هذه المبادئ تسمو على القانون اللازم التطبيق باعتبارها جزءًا من نظام عام دولي حقيقي.

وتتجلى أهمية الطابع الاتفاقي للتحكيم، من خلال احترام توقعات الأطراف التي هي أساس القواعد ضرورية التطبيق أمام المحكمين، فالمحكم يستمد سلطته من إرادة الأطراف وبذلك عليه احترامها عند تحديد القانون الواجب التطبيق، فإذا تعلق الأمر بقواعد داخلية تتمتع بالطابع الآمر، فإن بإعمالها يتطلب احترام توقعات الأطراف وعدم مفاجأتهم بإعمال قواعد قانونية تخالف هذه التوقعات بمعنى المحافظة على إرادة الأطراف المشتركة كتعبير عن سلطاتهم التعاقدية [٢].

خلاصة القول: إن إرادة المتعاقدين يمكنها استبعاد القواعد التي يكون بمقدورها أن تبطل شروط العقد عند تحديدهم القانون المختار وعلى المحكم احترام إرادتهم تلك، مما يعني أن يكون حسمه للنزاع وفق الشروط التعاقدية التي تتعلق بالقانون الواجب التطبيق [٣].

وبذلك تكون الإشكالية المطروحة أمام القضاء الوطني في تطبيق ضروري لقاعدة أجنبية، لا نجد مثيلتها أمام المحكم، باعتبار كافة تلك القواعد الضرورية التطبيق هي أجنبية وفقاً له، ولا يكون موجود فيها ذلك الاختيار، وأنه قد قام بتحديد القانون الواجب التطبيق، فعليه يتوجب على المحكم إصدار قراره متمتعًا بالفاعلية التطبيقية ليجنب تعرض قراره لدفع الإبطال، عن طريق مراعاته للنظام العام الدولي [٤].

في هذا الإطار لابد من التمييز بين قواعد النظام العام الدولي المانع والوقائي من القواعد الحاذفه التي توجب بطبيعتها التطبيق المباشر والمسبق لقانون وطني محدد، وتمنع تطبيق أي قانون أجنبي، والتي تعد نقيضًا لقواعد التنازع والقائمة أساسًا على احتمال التطبيق لقاعدة أجنبية وذلك بالاستناد إلى قاعدة الإسناد المزدوجة الجانب، على نقيض الأولى التي تعد قواعد إفرادية ترفض تطبيق أية قواعد غيرها وهي ذات

---

[٢] سامي منصور، مرجع سابق، ص٧.

[٣] جورجيو برنيني، تعليق على حكم jivraj الصادر عن محكمة استئناف لندن، الدائرة المدنية، رقمى1963/2009/2A، تاريخ ٢٠١٠/٦/٢٢، مجلة التحكيم العالمية، العدد الحادي عشر، ٢٠١١، ص٣٩.

[٤] عكاشة عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم في القانون المصري، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثالث والعشرون، ٢٠٠٢، ص ١١.

[٥] حسين الماحي، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥, ص٢٣٢, ٢٣٣.

صلة بإرادة مشترعها لذلك يطبق عليها القواعد ضرورية التطبيق، وفي هذا الإطار لابد من التمييز بين النظام العام الدولي الوقائي والنظام العام الحمائي(الاستبعادي) ومدى اعتباره من القواعد ضرورية التطبيق، حيث نرى أن الأول في قواعد التطبيق المباشر(أي يرتب التطبيق المباشر دون المرور بقاعدة الإسناد) فيكون دوره حاذفًا، يحذف مسبقًا كل إمكانية لتطبيق القانون الأجنبي، بينما الثاني يكون دوره في إطار تنازع القوانين، دورًا استبعاديًا يستبعد لاحقًا – أي بعد قاعدة الإسناد- تطبيق القانون الأجنبي، وبذلك يؤدي إلى التطبيق بصورة غير مباشرة، أي بعد قاعدة التنازع[١].

إلا أنه وفي قرار صادر عن محكمة استئناف القاهرة عام ٢٠١٠[٢]، في منازعة بين شركة (مواري اندروبرتس انترناشيونال ليمتد)، ضد الشركة الهندسية للصناعات والتشييد(سباك)، اعتبرت المحكمة أن الفكر التحكيمي وما يعرف لديه بقواعد البوليس من النظام العام الحمائي بأنها "هي باختصار تلك القواعد المعتبرة من القواعد القانونية الجوهرية وتكون أهميتها قد بلغت حدًا يقتضي معه وجوب وضرورة انطباقها على العلاقة التي تحكمها، بغض النظر عن كل اتفاق للمتعاقدين، فهي واجبة التطبيق على العلاقات التي تدخل في مجال ها سواء كانت علاقات وطنية أم ذات عنصر أجنبي تعود على نحو ما من قواعد النظام العام الاستبعادي أو الحمائي، لأنها تحمي القاعدة المتصلة بقيم المجتمع العليا وتتصل قواعد البوليس هذه بشكل أو بآخر بموضوع مشروعية الاتفاق على التحكيم وبفكرة النظام العام الوطني...".

وبهذا تكون محكمة الاستئناف قد اعتمدت معيار النظام العام لتحديد القواعد ضرورية التطبيق، إلا أنها سلكت طريق تنازع القوانين وأخذت باعتبار هذه القواعد بأنها قواعد النظام العام الحمائي(الاستبعادي)، فإن هذا التوصيف للقواعد ضرورية التطبيق لم يكن في محله من قبل محكمة الاستئناف.

---

[٢] ليندا جابر، مرجع سابق، ص ٢٣٦ وما بعدها.

[٨] استئناف القاهرة، الدائرة السابعة التجارية، رقم ١١٢ بتاريخ ٢٠١٠/٢/٢، مجلة التحكيم، العدد السابع، ٢٠١٠، ص ٤٧٥.

الخاتمة

يمكن لإرادة المتعاقدين استبعاد القواعد التي يكون بمقدورها أن تبطل شروط العقد عند تحديدهم القانون المختار وعلى المحكم احترام إرادتهم تلك، مما يعني أن يكون حسمه للنزاع في ضوء الشروط التعاقدية المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق.

وبذلك تكون المعضلة التي تطرح أمام القضاء الوطني في تطبيق ضروري لقاعدة أجنبية، لا نجد مثيلتها أمام المحكم، على اعتبار كافة تلك القواعد الضرورية التطبيق هي أجنبية بالنسبة له، ولا يوجد بها ذلك الاختيار، وأنه قد قام بتحديد القانون الواجب التطبيق، فعليه يتوجب على المحكم إصدار قراره متمتعًا بالفاعلية التنفيذية ليجنب تعرض قراره لدفع الإبطال، عن طريق مراعاته للنظام العام الدولي.

في هذا الإطار لابد من التمييز بين قواعد النظام العام الدولي المانع والوقائي من القواعد الحاذفه التي تفرض بماهيتها تطبيقًا مباشرًا لقانون وطني محدد وبشكل مسبق، وتمنع تطبيق أي قانون أجنبي، والتي تعد نقيضًا لقواعد التنازع والقائمة بشكل اساسي على إمكانية التطبيق لقاعدة أجنبية وذلك بالاستناد إلى قاعدة الإسناد المزدوجة الجانب، على نقيض الأولى التي تعد قواعد إفرادية ترفض تطبيق أي قواعد غيرها وتتصل بإرادة مشترعها ولهذا يطبق عليها القواعد ضرورية التطبيق، وفي هذا الإطار لابد من التمييز بين النظام العام الدولي الوقائي والنظام العام الحمائي(الاستبعادي) ومدى اعتباره من القواعد ضرورية التطبيق، حيث نرى أن الأول في قواعد التطبيق المباشر(أي يرتب التطبيق المباشر دون المرور بقاعدة الإسناد) فيكون دوره حاذفًا، يحذف مسبقًا كل إمكانية لتطبيق القانون الأجنبي، بينما الثاني يكون دوره في إطار تنازع القوانين، دورًا استبعاديًا يستبعد لاحقًا – أي بعد إعمال قاعدة الإسناد- تطبيق القانون الأجنبي، وبذلك يؤدي إلى التطبيق بصورة غير مباشرة، أي بعد إعمال قاعدة التنازع.

وقد توصلت الدراسة إلى العديد من النتائج والتوصيات والتي نأمل أن تكون جديرة بالاهتمام.

أولا: النتائج:

* أن القواعد ضرورية التطبيق الوطنية لا تجد صعوبة في إعمالها لأن القاضي ملزم بما ينص عليه مشرعه، إلا أن الأمر يبدو أكثر تعقيدا بالنسبة لإعمال القواعد ضرورية التطبيق الأجنبية.

* من الوسائل الفنية المهمة التي يتم عبرها إعمال القواعد الأجنبية ضرورية التطبيق، رغم أنها ليست قسما من القانون الواجب التطبيق وفق قواعد الإسناد الوطنية. تتمثل الوسيلة الاولى بإعمال القواعد ضرورية التطبيق الأجنبية بطريقة مزدوجة. أما الثانية: هي إرادة انطباق القانون الأجنبي ضروري التطبيق.

* تناولت اتفاقية روما لسنة١٩٨٠، وبعض الأنظمة القانونية التي أبرمتها وقسم من القوانين الوطنية بنصوصها إلى إعمال القواعد ضرورية التطبيق أمام القضاء الوطني، ولكتها لم تتعرض لذلك أمام قضاء التحكيم.

* إن إرادة المتعاقدين يمكنها استبعاد القواعد التي يكون بمقدورها أن تبطل شروط العقد عند تحديدهم القانون المختار وعلى المحكم احترام إرادتهم تلك، مما يعني أن يكون حسمه للنزاع في ضوء الشروط التعاقدية المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق.

ثانيا: التوصيات:

* ضرورة النص على إعمال القواعد ضرورية التطبيق أمام المحكم في اتفاقية روما لسنة١٩٨٠، وبعض الأنظمة القانونية التي أبرمتها وبعض القوانين الوطنية في نصوصها مثل ما نصت على إعمال القواعد ضرورية التطبيق أمام القضاء الوطني.

* يتعين على المحكم في إطار القواعد ضرورية التطبيق استبعاد الشروط التعاقدية أو قواعد القانون الذي تم اختياره وتطبيق القاعدة الحمائية الوطنية بحسبانها تعتبر قاعدة جوهرية في القانون المتصل بالنزاع بشكل واضح وتكون فعالة بشكل كبير في العلاقة التعاقدية الدولية.

* يتعين على المحكم أن يأخذ في الاعتبار متطلبات الدول التي انتهجت بغالبيتها موقفًا مؤيدًا للتحكيم، ويتوجب عليه أن يطبق القواعد الآمرة الصادرة في هذه الدول طالما تبين له أن هذه القواعد تتسم بالشرعية حتى وإن لم تكن داخلة ضمن غطاء القانون الواجب التطبيق على النزاع.

* الإشكالية التي تطرح أمام القضاء الوطني في تطبيق ضروري لقاعدة أجنبية، لا نجد مثيلتها أمام المحكم، على اعتبار كافة تلك القواعد الضرورية التطبيق هي أجنبية بالنسبة له، ولا يوجد بها ذلك الاختيار، وأنه قد قام بتحديد القانون الواجب التطبيق.

* وعليه يتوجب على المحكم إصدار قراره متمتعًا بالفاعلية التنفيذية ليجنب تعرض قراره لدفع الإبطال، عن طريق مراعاته للنظام العام الدولي.

المصادر

١. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ضرورية التطبيق وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٨٥.

٢. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم محاذير وتوجيهات، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة السادسة عشرة، العدد الأول، ٢٠٠٨.

٣. أرميض عبيد خلف العزاوي، الدفع بالنظام العام في مجال العقود الدولية، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، ٢٠١٣.

٤. إسماعيل الزيادي، حكم التحكيم وحجته وقوته التطبيقية، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث عشر، سنة ٢٠١٢.

٥. أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة في قضاء التحكيم)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ١٩٩٦.

٦. أنور على أحمد الطشي، المسئولية المدنية للمحكم في منازعات التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠١١.

٧. بيار ماير وفانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة: على محمود المقلد، المؤسسة الجامعية للدارسات والنشرو والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨.

٨. جورجيو برنيني، تعليق على حكم jivraj الصادر عن محكمة استئناف لندن، الدائرة المدنية، رقمى1963/2009/2A، تاريخ ٢٠١٠/٦/٢٢، مجلة التحكيم العالمية، العدد الحادي عشر، ٢٠١١.

٩. حسام الدين فتحي ناصيف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الثالثة والأربعون، العدد الأول، ٢٠٠١.

١٠. حسام سمير التلهوني، مدى التزام المحكم بمراعاة النظام العام في منازعات التجارة الدولية، مجلة التحكيم العالمية، بيروت، العدد الثالث، السنة الأولى، يوليو، ٢٠٠٩.

١١. حسين الماحي، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.

١٢. حفيظة السيد الحداد، إطلالة على دور القضاء في إطار القانون الدولي الخاص، مؤتمر دور القضاء في الخصومة، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢.

١٣. سامي منصور، الإرادة كقيد على النظام والقوانين الآمرة في التحكيم في عقود التجارة الدولية، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الرابع والخمسون، ٢٠١٠.

١٤. شكري صادر، الرقابة على القرارات التحكيمية المخالفة للنظام العام، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الأول، ١٩٩٦.

١٥. عكاشة عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم في القانون المصري، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثالث والعشرون، ٢٠٠٢.

١٦. علاء حسين على، القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، العراق، العدد٤١، لسنة ٢٠١٦.
١٧. ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٤.
١٨. محمد إبراهيم على، القواعد الدولية الآمرة (دراسة في إمكانية تقليص الدور الذي تلعبه في تسوية عقود التجارة الدولية أمام هيئات التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر العربي، ٢٠٠١.
١٩. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، لسنة ٢٠٠٠.
٢٠. منير عبد المجيد، وسيلة تحديث قوانين البوليس ضرورية التطبيق، مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الرابع،٢٠٠٠.
٢١. موريس خوام، سلطة المحكم في تعديل القواعد القانونية الواجبة التطبيق، مجلة التحكيم العالمية، ملحق للعدد الثامن، ٢٠١٠.
٢٢. نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في مجال قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٣.
٢٣. هادي سليم، التحكيم والقواعد الآمرة، مجلة التحكيم، العدد الحادي عشر، ٢٠١١.
٢٤. هاشم على صادق، مدى سلطة المحكمين في القواعد ضرورية التطبيق، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد ٥٠، لسنة ١٩٩٤.
٢٥. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٦.
٢٦. هشام محمد إبراهيم السيد الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٩.