# منهجية القواعد الوطنية الآمرة بين النظرية والتطبيق

إعداد
**د . بليغ حمدي الخياط**
مدرس القانون الدولي الخاص
بكلية الحقوق - جامعة طنطا

## موجز عن البحث

إن الدور الذي تلعبه القواعد الآمرة في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية لا يخفى على أحد ، سواء عرضت المنازعة بشأنها أمام القضاء الوطني أم أمام هيئات التحكيم. ولهذا كان من اللازم الوقوف على تحديد مفهوم هذه القواعد ، ومن ثم الدور الذي يمكن أن تشغله في تسوية هذه المنازعات .

فمن المعروف أن القواعد الوطنية الآمرة تتنوع إلى قواعد تتعلق بالنظام العام وأخرى يطلق عليها قواعد البوليس . بيد أن الدور الذي تمارسه الأولى يختلف عن الثانية. ففي حين أن الأولى يناط بها استبعاد الحلول التي يشير بها قانون العقد بشأن العلاقات ذات الطابع الدولي ، فإن الثانية تتدخل وتفرض نفسها حتى قبل معرفة القانون الواجب التطبيق ، وأيًا كانت طبيعة العلاقة ذاتها. وعلى الرغم من ذلك فإنه في كثير من الأحيان يصعب التدخل باسم النظام العام الدولي لمناهضة الحلول التي يطرحها قانون العقد بحجة تعارضها مع الأسس الجوهرية السائدة في النظام القانوني لدولة القاضي. ويبدو ذلك في

الفرض الذي يعترف فيه ذلك النظام بمثل تلك الحلول ولكن في مواضيع أخرى ، كما يبدو ذلك أيضاً في الحالة التي يقرر فيها قانون العقد حلولاً عادلة يسمح بها هذا النظام بل ويؤيدها .وعلى صعيد آخر فإن كافة الأنظمة القانونية تسمح بإعمال ما يسمى بقواعد البوليس والتي يتعين إعمالها حتى قبل معرفة القانون الواجب التطبيق . فهي قواعد واجبة الاحترام بغض النظر عن طبيعة العلاقة داخلية كانت أو ذات طابع دولي ، وبغض النظر أيضاً عما إذا كانت الحلول التي يقررها قانون العقد عادلة أم لا . بيد أن مثار الصعوبة يتعلق بغياب المعيار المحدد الذي يعين في الوقوف على مثل هذه القاعدة. ومن ناحية أخرى فإن تناول القضاء وتدخله بإعمال تلك القاعدة يساعد كثيراً أيضاً في تحديد طبيعتها . وعلى الرغم مما تقدم فإن طبيعة العلاقات الخاصة الدولية بصفة عامة ، وعلاقات التجارة الدولية بصفة خاصة تقتضي تقليص الدور الذي يمكن أن تلعبه هذه القواعد أو تلك . ذلك أن التدخل باسم قواعد النظام العام الدولي تقتضي وجود علاقة وثيقة بين العقد والنظام القانوني لدولة القاضي ، وذلك أياً كانت تلك العلاقة ، وسواء تعلقت بجنسية الأطراف ، أو بمحل إبرام العقد أو مكان تنفيذه وترتيب آثاره . وينطلي هذا الأثر أيضاً على قواعد البوليس بمعنى أن الزامية تطبيق هذه القواعد من جانب القضاء الوطني نجعل من أطراف العلاقة يحبذون اللجوء للتحكيم بغية تقليص الدور الذي يمكن أن تلعبه تلك القواعد ، وذلك أملاً في الحصول على علاقات آمنة ، وتسوية عادلة لمنازعاتهم .

**الكلمات المفتاحية :** منهجية ، القواعد الوطنية ، النظرية ، التطبيق .

# The Methodology Of National Jus Cogens Rules Between Theory And Practice

**Baligh Hamdi Mahmoud**
Department of Private International Law, Faculty of Law, Tanta University, Egypt
**Email:** balegh.elkhayat@f-law.tanta.edu.eg

**Abstract :**

The role that jus cogens rules play in settling disputes in international trade contracts is not hidden from anyone, whether the dispute is brought before the national judiciary or before arbitral tribunals. Therefore, it was necessary to identify the concept of these rules, and then the role that they can occupy in settling these disputes.

It is well known that national jus cogens rules vary into rules related to public order and others called police rules. However, the role played by the first is different from the second. While the first is entrusted with excluding the solutions indicated by the contract law regarding relations of an international character, the second intervenes and imposes itself even before the applicable law is known, whatever the nature of the relationship itself. Despite this, it is often difficult to intervene in the name of the international public order to oppose the solutions proposed by the law of the contract on the grounds that they conflict with the fundamental foundations prevailing in the legal system of the judge's country. This appears in the hypothesis in which that system recognizes such solutions, but in other issues, as it appears also in the case in which the law of the contract decides just solutions that this system allows and even supports. On the other hand, all legal systems allow the implementation of the so-called police rules. which must be implemented even before the applicable law is known. They are rules that must be respected regardless of the nature of the relationship, whether it is internal or of an international nature, and regardless of whether the solutions determined by the law of the contract are just or not. However, the issue of the difficulty is related to the absence of a specific criterion that helps in standing on such a rule. On the other hand, dealing with the judiciary and its intervention in implementing this rule also helps a lot in determining its nature. Despite the foregoing, the nature of international private relations in general, and international trade relations in particular, requires reducing the role that these or that rules can play. This is because interference in the name of the rules of the international public order requires a close relationship between the contract and the legal system of the judge's country, whatever that relationship is, and whether it is related to the nationality of the parties, or the place of conclusion of the contract or the place of its implementation and the order of its effects. This effect also affects the rules of the police in the sense that the obligatory application of these rules by the national judiciary makes the parties to the relationship prefer to resort to arbitration in order to reduce the role that these rules can play, in the hope of obtaining safe relations and a fair settlement of their disputes.

**Keywords:** Methodology, National Rules, Theory, Application

# تمهيد وتقسيم

اقتضى تطور العلاقات الدولية صياغة القواعد القانونية على نحو يتلائم مع هذا التطور وتتناسب مع خصوصية هذه العلاقات، فالعديد من القواعد القانونية تتدخل لحكم هذه العلاقات، البعض منها قد يكون ذو طابع وطنى، والآخر قد يكون ذو طابع دولى. والاهتمام بصياغة قواعد قانونية لحكم هذه العلاقات مازال يشغل البال ويستحوذ على الفكر القانونى على جميع المستويات. فعلى المستوى الدولى تنوعت السبل والآليات، اهتم البعض منها بصياغة قواعد موحدة للتنازع، والبعض الآخر اهتم بصياغة قواعد مادية لحكم هذه العلاقات. وعلى المستوى الوطنى، لم تحظى هذه العلاقات بقواعد خاصة إلا على مستوى عدد ضئيل جداً من التشريعات، على نحو يسمح بالقول بأن القواعد القانونية الوطنية تتدخل لحكم تلك العلاقات، تدخل دفع البعض من قضاة العقود إلى استبعاد تطبيقها بزعم عدم ملائمتها لحكم العلاقات الخاصة الدولية، لاسيما ما يتعلق منها بالعقود الدولية.

ويدق الأمر وتزدادا الصعوبة عندما تكتسب القواعد الوطنية الصفة الآمرة. فهذه الأخيرة تتدخل لحكم المنازعات التى تثيرها العقود الدولية، سواء عرضت هذه المنازعات على القضاء الوطنى، أم أمام هيئات التحكيم. بحسبان أن الهدف الذى ترمى إلى تحقيقه هذه القواعد والمصالح التى تسعى إلى حمايتها يستدعى دائماً إعمالها، بحسب طبيعتها ووفقاً لما يتضمنه قانون العقد من حلول، إلى درجة يمكن معها القول بأن القواعد الوطنية الآمرة تلعب دوراً هاماً ورئيسياً في تسوية منازعات العقود الدولية. فإذا كانت بعض هذه القواعد ترمى إلى حماية المبادئ الأساسية للمجتمع(١)، فإنه يتعين استبعاد الحلول التى تتعارض معها والتى يشير بإعمالها قانون العقد. فاستبعاد الحلول التى يتضمنها هذا الأخير يعد أمراً

(١) قارب من هذا المعنى، د/ هشام صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص١٩٠.

محتملاً عندما يعترف ببعض الشروط العقدية التى تتعارض مع قواعد النظام العام لدولة قاضى العقد أو الدولة التى سينفذ فيها حكم التحكيم. أيضاً قد تتدخل القواعد الوطنية الآمرة لحكم تلك المنازعات قبل معرفة قانون العقد أو ما يمكن أن يتضمنه من حلول. فالقواعد القانونية الآمرة ذات الطابع الوطنى تتنوع إلى قواعد ذات تطبيق فورى أو ضرورى، وأخرى تتعلق بالنظام العام. فطبيعة هذه القواعد تحدد بالضرورة الكيفية التى يمكن من خلالها أن تتدخل لحكم المنازعات التى تثيرها العقود الدولية. فالبعض منها يتدخل قبل معرفة الحلول التى يتضمنها قانون العقد، والبعض الآخر يتدخل لاستبعاد الحلول التى يشير بإعمالها هذا القانون(١).

وعلى الرغم من ذلك فإن تطور العقود الدولية، وظهور أنماط جديدة منها يقتضى النظر بصورة مغايرة والتفكير بطريقة مجردة، وذلك من أجل الوصول إلى إعمال قواعد قانونية تتفق مع خصوصية هذه العقود، وتراعى الذاتية المتميزة التى تتمتع بها. فلقد بات من الضرورى الحديث عن تضييق مفهوم هذه القواعد من ناحية، وتقليص المساحة التى تشغلها في حكم المنازعات التى تثيرها العقود الدولية من ناحية أخرى. وقد حان الوقت للتعرف على الحالات التى يمكن فيها السماح لقواعد النظام العام بالتدخل لاستبعاد الحلول التى يشير بإعمالها قانون العقد. وهو نفس الأمر الذى يمكن التفكير فيه بشأن قواعد البوليس

(١) راجع د/ هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ١٩٢، حيث يقرر سيادته أن القواعد أو القوانين ذات التطبيق الفورى أو المباشر هى القواعد «التى تنتمى إلى قانون القاضى وتنطبق مباشرة على النزاع، لا بمقتضى قاعدة إسناد مزدوجة تشير إلى هذا القانون، وإنما لما لهذه القواعد من طبيعة خاصة تقتضى تطبيقها مباشرة على كل من يقطنون الإقليم».

راجع أيضاً د/ عكاشه محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٥٣٤.

أو القواعد ذات التطبيق الضرورى والتى يسبق تدخلها معرفة قانون العقد(١).

بعبارة أخرى إن تحديد مفهوم القواعد الوطنية الآمرة، وما لحق بها من تطور، يساعد إلى حد كبير في تحديد المساحة التى يمكن أن تشغلها حال تسوية منازعات العقود الدولية. فإذا كان من الممكن التضييق من مفهوم هذه القواعد، فإنه يمكن بالتالى تحديد الدور الذى يمكن أن تلعبه في تسوية منازعات العقود الدولية. ولا شك أن هذا التحديد سيساعد إلى حد كبير فى إعمال قواعد قانونية تأخذ في الاعتبار خصوصية العقود الدولية، وما تتمتع به من ذاتية. ولا ينبغى التقليل من أهمية هذا التحديد بزعم أن العقود الدولية، لاسيما ما يتعلق منها بالتجارة الدولية، تتضمن دائماً شرط اللجوء إلى التحكيم لتسوية ما يمكن أن يثور بشأنها من منازعات، خاصة وأن المسلك الذى ينتهجه المُحكم يختلف بصورة كلية عن ذلك الذى ينتهجه القاضى الوطنى. يضاف إلى ذلك أن السلطة التقديرية الواسعة التى يتمتع بها المُحكم الدولى في مجال تقدير الحلول لما يطرح أمامه من منازعات، لا يجب أن يدعونا إلى التقليل من الأهمية العملية لهذا الموضوع(٢). فدائماً ما يبحث المُحكم الدولى عن حلول تحترم

(١) راجع د/ هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ١٩٣، حيث يقرر «أنه ليس من المقبول أن نطبق مثلاً القانون الأجنبى الذى اختاره المتعاقدون لحكم عقد الإيجار الخاص بعقار كائن فى فرنسا، ثم نستبعد باسم النظام العام أحكام هذا القانون لتعارضها مع القواعد الآمرة المتعلقة بتنظيم إيجار العقارات، أليس الأفضل من هذا كله أن نقرر على العكس أن القوانين الآمرة المنظمة لإيجار العقارات فى فرنسا تنطبق مباشرة على العقد محل النزاع لكونها مما يدخل فى فئة القوانين ذات التطبيق الفورى أو المباشر».

(٢) يسهل الوصول إلى هذه النتيجة من خلال عقد مقارنة بين نصى المادتين ١٩ من القانون المدنى، و ٣٩ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م. فكلا المادتين تحددان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. فبينما تبين المادة ١٩ من القانون المدنى القانون الذى يطبقه القاضى الوطنى على المنازعات التى تثيرها العقود الدولية، وتحصر ذلك فى قانون الإرادة أو قانون الموطن المشترك أو قانون بلد الإبرام، نجد أن المادة ٣٩ من قانون التحكيم تمنح نوعاً من السلطة التقديرية للمُحكم، وذلك بإعطائها دوراً ثانوياً لقانون الإرادة أو قانون الدولة الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع، أو احتياطياً بجوار الشروط العقدية وعادات وأعراف التجارة الدولية. للمزيد حول هذه السلطة

التوقعات المشروعة للأطراف كيما يجد الحكم الصادر عنه مجالاً للتنفيذ، إلى درجة يمكن معها القول بضرورة أن يراعى المُحكم الدولى تلك القواعد الوطنية، لاسيما ما ينتمى منها إلى دولة التنفيذ.

من الواضع أن الإجابة على هذه التساؤلات تدعونا إلى التعرض إلى ماهية القواعد الوطنية الآمرة، قبل الحديث عن الحالات التى يمكن أن تتدخل فيها هذه القواعد لتقديم الحلول للمنازعات التى تثيرها العقود الدولية، وذلك على النحو التالى:

**الفصل الأول**: ماهية القواعد الوطنية الآمرة.

**الفصل الثانى**: إعمال القواعد الوطنية الآمرة.

التقديرية راجع د/ مجمد إبراهيم، النظام القانونى لعقود نقل التكنولوجيا، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢، ص ١٤٥ وما بعدها.

# الفصل الأول
# ماهية القواعد الوطنية الآمرة

## تقسيم :

تتنوع القواعد الوطنية الآمرة إلى قواعد تتعلق بالنظام العام وأخرى ذات تطبيق ضرورى أو فورى. فهذه القواعد وإن كان يجمعها وحدة الهدف الذى ترمى إلى تحقيقه، إلا أن طبيعتها المختلفة تؤثر بلا شك على الكيفية التى تتدخل من خلالها لتسوية المنازعات الخاصة الدولية. فهذه الكيفية تساعد إلى حد كبير في الوقوف على تحديد هذه الطبيعة. فإذا كانت قواعد النظام العام، أيًا كانت طبيعتها، يتم اللجوء إليها لاستبعاد الحلول التى يشير بها قانون العقد(١)، فإن قواعد البوليس أو ذات التطبيق الضرورى تتدخل قبل أى معرفة لقانون العقد ذاته(٢). وهكذا يتضح مدى الاختلاف بين قواعد النظام العام، وبين قواعد البوليس أو ذات التطبيق الضرورى. وفى ضوء ما تقدم سوف نعرض لماهية القواعد الوطنية الآمرة من خلال مبحثين على النحو التالى:

**المبحث الأول**: مفهوم قواعد النظام العام.

**المبحث الثانى**: مفهوم قواعد البوليس.

---

(١) راجع د/ عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى، دار النهضة العربية، ١٩٦٩، ط ٦، فقرة ٤٧ وما بعدها ص ٥٢٤ وما بعدها؛ د/ عكاشه محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ٥٣٠ وما بعدها.

(٢) راجع د/ أحمد قسمت الجداوى، نظرية القوانين ذات التطبيق الضرورى ومنهجية تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يناير ويوليو ١٩٨٢، ص٤٣؛ د/ أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضرورى فى القانون الدولى الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولى، ١٩٨٤، ص ١٣٥ وما بعدها.

# المبحث الأول
# مفهوم قواعد النظام العام

من غير المشكوك فيه أن كافة الأنظمة القانونية الوطنية تسمح لقواعد النظام العام بالتدخل لاستبعاد الحلول التى يشير بإعمالها القانون الواجب التطبيق(١). فإعمال تلك الحلول وسريانها لا يتأتى إلا في حالة توافقها مع قواعد النظام العام سواء في دولة القاضى، أو في دولة التنفيذ. بيد أن هذا التدخل يتوقف على طبيعة هذه القواعد والنظام الذى تنتمى إليه. فقواعد النظام العام الداخلى لا يتم مراعاتها إلا عندما تشكل جزءاً من قانون العقد، على عكس قواعد النظام العام الدولى التى تنتمى إلى قانون القاضى بصرف النظر عما إذا كان هذا الأخير هو قانون العقد أم لا. فإذا كانت قواعد النظام العام الداخلى لا تثير أية صعوبة في التطبيق(٢)، نظراً لأنه لا يمكن اللجوء إليها إلا عندما تنتمى إلى قانون العقد، وذلك على العكس تماماً من فكرة النظام العام الدولى والتى يتم اللجوء إليها كآلية لاستبعاد الحلول التى يشير بإعمالها قانون العقد. ومن ثم فإن تحديد مفهوم هذه الفكرة يبدو أمراً ضرورياً، لما يلعبه هذا التحديد من دور، وما يمثله من أهمية(٣). فتعارض الحلول الموضوعية المنتمية لقانون العقد مع أحد المبادئ الأساسية في النظام القانونى لدولة القاضى يؤدى إلى استبعادها

(١) هذا ما تقرره المادة ٢٨ من القانون المدنى المصرى بنصها على أنه «لا يجوز تطبيق قانون أجنبى عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر». لمزيد من التفاصيل راجع د/ هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٢٠٠ وما بعدها.

(٢) للمزيد من التفاصيل حول هذه الفكرة راجع، د/ جمال محمود الكردى، النظام العام الدولى العربى، حلم، أم حقيقة، أم خيال، منشأة المعارف، ٢٠١٠، ص١٤ وما بعدها.

(٣) للمزيد حول صعوبة ضبط فكرة النظام العام ومدى سلطة القاضى فى تحديدها، راجع د/ هشام صادق، تنازل القوانين، المرجع السابق، ص ١٩٤ وما بعدها؛ د/ عكاشه محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ٥٣٣؛ د/ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، فقرة ١٤٧ مكرر، ص ٥٣٠؛ د/ أحمد قسمت الجداوى، نظرية القوانين ذات التطبيق الضرورى، المرجع السابق، ص ٤٣ وما بعدها.

باسم النظام العام الدولى. مع هذا فإن استبعاد تلك الحلول يثير التساؤل عن مدى إمكانية تطبيقها عندما يعترف هذا النظام القانونى لدولة القاضى بمثل تلك الحلول. فاعتراف النظام القانونى لدولة القاضى بالحلول التى يقرها قانون العقد يسمح بإمكانية تحديد مفهوم فكرة النظام العام الدولى، وأطر إعمالها.

كذلك فإن عدالة الحلول التى يشير بإعمالها قانون العقد تدعو إلى التفكير أيضاً في مدى إمكانية تحديد هذا المفهوم. فعدالة الحلول الموضوعية التى يتبناها قانون العقد تطرح على بساط البحث إمكانية هذا التحديد، لاسيما وأن هذه العدالة التى يبحث عنها أطراف العقد هى التى تشكل احتراماً لتوقعاتهم المشروعة.

وهكذا يتضح أن الاعتراف بالحلول من ناحية (المطلب الأول)، وعدالتها من ناحية أخرى (المطلب الثانى)، يمكن تبنيهما لتحديد مفهوم النظام العام الدولى. وسوف نلقى مزيداً من الضوء ماهية القواعد الوطنية الآمرة من خلال مطلبين على النحو التالى:

**المطلب الأول**: أثر الاعتراف بالحلول الموضوعية المخالفة للنظام العام الدولى.

**المطلب الثانى**: عدالة الحلول ودورها في إقصاء النظام العام الدولى.

## المطلب الأول
## أثر الاعتراف بالحلول الموضوعية المخالفة للنظام العام

لا يخفى على البال أن الحلول الموضوعية التى يشير بتطبيقها قانون العقد يتم استبعادها بإسم قواعد النظام العام الدولى في دولة القاضى عند تعارضها مع هذه القواعد(١).

(١) للمزيد من التفاصيل حول الأثر المترتب على التدخل باسم النظام العام راجع د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ١٢٩؛ د/ محمد عرفه، القانون الدولى الخاص، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٣، ص٤٣٨ وما بعدها؛ د/ هشام صادق، المرجع السابق، ص ٢٠٠ وما بعدها؛ د/ محمد كمال فهمى، أصول القانون الدولى الخاص، ١٩٨٥، ص٥١٥ وما بعدها؛ د/ أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولى الخاص، المكتبة القانونية العربية، ٢٠١٢، ص٣٦٥ وما بعدها.

بيد أن هذا الاستبعاد يطرح تساؤلاً غاية في الأهمية يبدو فيما لو تبنى هذا النظام نفسه حلولاً لا تساير تلك المراد استبعادها في بعض الأنشطة أو مجالات التعامل. فهذا التبنى يدعونا إلى التفكير في تأييد تلك الحلول وإقرارها لوجود بعض التشابه بينها وبين تلك التى تنتمى إلى هذا النظام ولو كانت في مجال آخر غير مجال النزاع.

ويمكن الاستعانة في هذا الصدد بالعديد من الأمثلة التى توضيح هذه الفكرة، كتلك المتعلقة بالشروط الجزائية أو بالشروط المعفية للمسئولية أو المحددة لها.

فالمادة ٢٢٠ من القانون المدنى المصرى تنظم شروط الإعفاء من المسئولية أو تحديدها، مع وجود نوعاً من التفرقة بين الإعفاء من المسئولية في حالة الغش والخطأ الجسيم الصادرين من المدين، وما يصدر من تابعيه، مع إبطالها في الحالة الأولى والإقرار بصحتها في الحالة الثانية(١).

فإقرار صحة تلك الشروط في حالتى الغش والخطأ الجسيم الصادرين من تابعى المدين يدعونا إلى القول بأن القاعدة التى تحظر شروط الإعفاء من المسئولية أو تحديدها في حالتى الغش والخطأ الجسيم الصادرين من المدين لا تشكل إحدى قواعد النظام العام الدولى. فاعتراف النظام القانونى المصرى بهذه الشروط وإقرار صحتها يؤدى إلى استبعاد القاعدة التى تبطلها ولو كانت من قواعد النظام العام الدولى.

ويقدم لنا النظام القانونى الفرنسى المثال الأكثر وضوحاً على هذا التبنى. فإذا كان هذا النظام لا يعترف بهذه الشروط بصرف النظر عن صدور الغش أو الخطأ الجسيم من المدين

(١) تنص المادة ٢١٧ فى فقرتها الثانية والثالثة من القانون المدنى المصرى على أنه «٢- يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى لا يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه. ٣- ويقع باطلاً كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع».

أو تابعيه، فإن اعترافه بصحة هذه الشروط في مجالى التأمين والنقل بالسكك الحديدية يطرح التساؤل نفسه. فمؤدى هذا الاعتراف ومقتضاه هو عدم انتماء تلك القاعدة المبطلة لهذه الشروط إلى قواعد النظام العام الدولى الفرنسى(١). فعندما يعرض على القاضى الفرنسى منازعة تتعلق بأحد العقود التى أخضعها الأطراف إلى القانون الإنجليزى أو القانون البلجيكى(٢)، فإنه لا يحق له استبعاد الشروط المعفية للمسئولية فى حالة الخطأ الجسيم بإسم قواعد النظام العام الدولى الفرنسى. فإقرار قانون العقد لهذه الشروط لا يجيز للقاضى الفرنسى استبعاده بحسبان أن هذا الإقرار يتعارض مع قواعد النظام العام الدولى الفرنسى، على الرغم من أن هذا الاستبعاد يجد ما يبرره فى العديد من الأحكام الصادرة عن هذا القضاء. هذا فضلاً عن تأييد الفقه الفرنسى لهذا الاستبعاد استناداً لبعض الاعتبارات المعنوية التى لا تسمح بإقرار صحة تلك الشروط فى حالة الخطأ الجسيم. فلا يمكن إعفاء المدين من المسئولية استناداً إلى الاتفاق على هذه الشروط أو أن قانون الإرادة يقر صحتها(٣).

فلقد أكد القضاء الفرنسى أن قواعد النظام العام الدولى الفرنسى لا تسمح بقبول ما يدعيه المدين من انعدام مسئوليته أيـًا كان مصدره (اتفاقى أو قانونى) عندما يرتكب هذا المدين أو أحد تابعيه خطأً جسيمـًا(٤). وبهذه المثابة فإن ما استقر عليه القضاء الفرنسى يدعو إلى التشكيك فى هذا الاستدلال، استناداً إلى أن النظام القانونى الفرنسى يقبل صحة الشروط

---

(١) راجع فى هذا المعنى:

Le TOURNEAU Ph. Et CADIET L.: Droit de le responsabilité, Dalloz, 1998, no 533, p. 174;
TERRE F. SIMLER ph. Et LEQUETTE Y.: Droit civil, les Obligations, Dalloz, 1996, no. 595, p. 48.

(٢) فهذين القانونين يعترفان بصحة الشروط المعفية من المسئولية أو المحددة لها فى حالتى الغش والخطأ الجسيم دون أدنى تفرقة بين صدورهما سواء من المدين أو من أحد تابعيه.

(3) BENABENT A.: Droit civil les obligations Moutchrestien, 1997, no 423, p. 255.

(٤) راجع حكم محكمة استئناف Aix en province الصادر فى ٢٧ فبراير ١٩٦٠، جازيت دو باليه، صفحة ٧٨٣، تعليق رينيه روديير ١٩٨٠،.

المعفية للمسئولية أو المحددة لها فى مجال النقل الدولى بالسكك الحديدية، وقبوله التأمين ضد الأخطار الجسيمة أو غير المغتفرة(١). فقبول هذا النظام لتلك الشروط فى هذين المجالين لا يسمح بالحديث عن اعتبار ذلك الإبطال كأثر لمخالفة قواعد النظام العام الدولى. فقبول التأمين وتحديد المسئولية فى مجال النقل بالسكك الحديدية فى حالة الخطأ الجسيم يقودنا إلى القول بأن عدم صحة الشروط المعفية للمسئولية فى حالة هذا الخطأ لا تشكل قاعدة من قواعد النظام العام الدولى. فتسامح النظام القانونى الفرنسى مع مثل هذه الأخطاء مدعاة لتطبيق الحلول التى يشير بها قانون العقد حتى عندما تتعارض مع النظام العام الدولى فى دولة القاضى، نظراً لاعترافها بحلول مماثلة فى مجالات أخرى. فهذا الاعتراف يقود دائماً إلى اعتبار تلك الحلول ليست غريبة على هذا النظام، أو مناهضة له.

فى الحقيقة أن التعارض بين النظام القانونى الذى ينتمى إليه قانون العقد والنظام القانونى لدولة القاضى يظل قائماً، ولكن ليس بالوضوح الذى يؤدى إلى انتهاك تلك الحلول للمبادئ الأساسية التى يقوم عليها النظام القانونى لدولة القاضى. فالاعتراف بالحلول المشابهة أو المماثلة لا يسمح بوجود هذا الانتهاك. فعلى الرغم من اختلاف الحلول التى يتبناها النظام القانونى لدولة القاضى، سواء من حيث الحالات التى تطبق فيها أم من حيث الشروط الواجب توافرها، فإنها لا تعطى الحق فى القول بالمساس بها أو الاعتداء عليها عندما

(١) د/ محمد إبراهيم، القانون البحرى والجوى، مطبعة جامعة طنطا، ص٢٧٢. وهذا ما قررته المادة لـ ١٧٢/ ١٣ من قانون التأمين الفرنسى بنصها على أن:

"Les risques assures demeurent couverts, même en cas de faute de l'assuré o uses préposés terrestres, à moins que l'assureur n'établisse que le dommage est dû à un manqué de soins raissonnables de la part de l'assuré pour mettre les objets à l'abri des risques survenus".

راجع أيضاً حكم الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٦ يوليو ١٩٩٩، وذلك برفضها الطعن الذى وجهه المؤمن له ضد حكم محكمة مونبيليه الصادر فى ٥ مايو ١٩٩٧ لقضائه بعدم استحقاقه لمبلغ التأمين لارتكباه خطأ عمدى (DMF, Juin 2000, p.l515 dts).

تتعارض مع ما يشير به قانون العقد. فاعتراف القانون الفرنسى بهذه الحلول فى مجالى التأمين والنقل يسمح بالقول بأن هذا النظام يتبنى حلولاً مطابقة أو مشابهة لما يتبناه القانون الإنجليزى أو القانون البلجيكى على نحو يكون من المقبول معه للقاضى الفرنسى أن يسعى إلى استبعاد شروط الإعفاء من المسئولية فى حالة الخطأ الجسيم لتعارضها مع قواعد النظام العام الدولى الفرنسى.

ففى مجال النقل الداخلى بالسكك الحديدية لا يرتب الخطأ الجسيم أى أثر يتعلق بالتحديد القانونى للتعويض، كما أن الحل الذى يتبناه القانون الفرنسى فى مجال النقل الدولى للبضائع يسمح بإقرار الحلول المعفية للمسئولية والتى يقرها أيـًا من القانونين الإنجليزى أو البلجيكى. فيستطيع المدين إثبات فكرة اعتراف النظام الفرنسى بالحلول المرفوضة التى يشير بها قانون العقد، إثباتـًا من شأنه بيان توافق هذه الحلول مع فكرة النظام العام فى قانون القاضى. بعبارة أخرى، إن اعتراف النظام القانونى لدولة القاضى بالحلول التى يشير بها قانون العقد يساعد إلى حد كبير على التعرف على المبادئ الأساسية التى تشكل النظام العام لهذه الدولة والتى على هداها يتم استبعاد هـــــذا القانون. فهذه المبادئ لن تكونن محلاً للاعتداء عندما يعرف النظام القانونى المنتمية إليه حلولاً مشابهة أو مطابقة، إلى حد ما، لما يتضمنه القانون المختص.

غير أن فكرة الحل المشابه أو المطابق لا يصح الاستناد إليها بصورة مطلقة لتحديد فكرة النظام العام الدولى، لاسيما عندما يرمى قانون القاضى إلى تحقيق أهداف خاصة، أو عندما يستوحى من سياسة مختلفة عن تلك التى يتبناها قانون العقد. هذا ما تبرزه بوضوح المادة ١٢٢٩ من القانون المدنى الإيطالى، حيث تقرر بطلان الشروط المعفية أو المحددة للمسئولية فى حالة الغش والخطأ الجسيم سواء ارتكبها المدين أو أحد تابعيه(١). وهو ما

(١) راجع فى هذا:

ALPA G.: Les clauaes limitatives ou ex onératoires de responsabilité en droit italien actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, L.G.D.J, 1990, p. 137.

أكدته محكمة النقض الإيطالية فى حكمها الصادر فى ٢٤ أبريل ١٩٦٢، بقضائها بأن الشروط التى تحظرها المادة ١٢٢٩ من القانون المدنى لا تشكل فقط إحدى قواعد النظام العام الداخلى، ولكنها تشكل أيضاً أحد المفاهيم القانونية المستوحاة من المبادئ العامة للقانون، تلك التى تشكل تراثاً مشتركاً لكل الدول المتمدينة(١).

## المطلب الثانى
## عدالة الحلول ودورها في إقصاء النظام العام الدولى

مما لا شك فيه أن عدالة الحلول التى يشير بها قانون العقد تستدعى التساؤل عن مدى إمكانية استبعادها استناداً إلى فكرة النظام العام الدولى. بمعنى آخر هل هذه الأخيرة يمكن تحديدها بالاستناد إلى عدالة الحلول التى يتبناها قانون العقد، وفى ذات الوقت تحقق التوازن المنشود بمعرفة أطرافه. فقواعد النظام العام الدولى لا يمكن تدخلها إلا عندما يكون الحل الذى يشير به قانون العقد يبدو في ظاهره غير عادل بصورة واضحة. فعدم عدالة الحلول التى يفرزها قانون العقد مدعاة لاستبعاد هذا القانون. فلا يمكن بأى حال من الأحوال مناصرة الحلول التى يقرها قانون العقد في الحالات التى تبدو فيها عدم عدالتها، حتى في تلك الحالات التى يعرف فيها النظام القانونى لدولة القاضى حلولاً مطابقة أو مشابهة للحلول المستبعدة باسم النظام العام الدولى(٢).

---

(١) المرجع السابق، ص ١٤٩. وإن كان هذا المفهوم الذى أقرته محكمة النقض الإيطالية يثير تطوراً آخر لفكرة النظام العام، وهى فكرة النظام العام العابر للدول transnational والتى تشكل قاعدة تقرها كافة الأنظمة القانونية الوضعية سواء ما ينتمى منها إلى النظام اللاتينى أو النظام الأنجلوأمريكى، لتلك المتعلقة بتجريم الرشوة أو محاربة الفساد. فوفقاً لهذا التصور يتم الاعتراف «للقاضى بسلطة تقديرية واسعة فى فحص كل حالة على حده ليرى ما إذا كان تطبيق القانون الأجنبى يتعارض مع النظام العام من عدمه بالنسبة للمسألة المعروضة. وسلطة القاضى التقديرية على الوجه السالف لا تعنى ترك الأمر لتقديره الشخصى ولمعتقداته الخاصة، وإنما يتعين على القاضى أن يستلهم المبادئ الجوهرية السائدة فى دولته. وبمعنى آخر يجب أن يكون تقدير القاضى موضوعياً يستوحى شعور الجماعة، لا شخصياً يترجم مشاعر القاضى. ولهذا فقد استقر الرأى على إخضاع تقدير القاضى فى هذا المجال لرقابة محكمة النقض. فالدفع بالنظام العام هو استثناء يعطل تطبيق قاعدة الإسناد. وهو بهذه المثابة مسألة قانون تخضع بالضرورة لرقابة المحكمة العليا، د/ هشام على صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ١٩٥».

(2) LOUSSOUARN Y. et BOUFEL P.: Droit international privé, Dalloz, 1996, no 254-1, p. 293.

وبهذه المثابة فإن تحديد مفهوم قواعد النظام العام الدولى لا يمكن تبنيها أو الدفاع عنها عندما يتضح أن الحلول التى يشير بها قانون العقد غير عادلة. هذا ما يمكن إيضاحه من خلال الفرض الذى يحرم فيه قانون العقد الدائن من أى تعويض حتى فى تلك الحالات التى تلحق الخسارة به نتيجة لإهمال مدينه إهمالاً جسيماً أو عندما يرتكب خطأ غير مغتفر. فلا يمكن قبول هذا الحل حتى ولو لم تكن القاعدة التى تحظر شروط الإعفاء من المسئولية فى حالة الخطأ الجسيم من قواعد النظام العام الدولى(١).

فعدم عدالة الحلول تستدعى استبعادها باسم قواعد النظام العام الدولى، الأمر الذى يقتضى استصحاب عدم فاعلية الفكرة المستندة إلى معرفة النظام القانونى لدولة القاضى لهذه الحلول فى مجال آخر. فعدم العدالة الواضحة تمثل إخلالاً بالتوازن العقدى، إخلالاً يؤدى إلى عدم جواز التمسك بتلك الشروط طالما بان بوضوح عدم عدالتها.

ولنضرب مثالاً يوضح هذه الفكرة من خلال الشروط المعفية للمسئولية فى حالة الخطأ الجسيم. فإذا كان قانون العقد يقر صحة هذه الشروط، فإن هذا الإقرار يعد سبباً موجباً لاستبعاده باسم النظام العام الدولى، وأساس ذلك أن الحل الذى يتبناه هذا القانون تبدو عدم عدالته. هذا الحل تقره المادة ٣/ ١٠ من المبادئ التى أعدها معهد توحيد القانون المقارن Unidroit حيث تسمح لأى طرف بالمطالبة بإبطال العقد فى الفروض التى يبدو فيها عدم المساواة فى الالتزامات الناشئة عن العقد، لاسيما عندما يقرر العقد ميزة غير مبررة لأياً من أطرافه. مع هذا فإنه ينبغى التفرقة بين الحالات التى تؤدى فيها شروط الإعفاء من المسئولية إلى الإخلال بالتوازن العقدى وتلك التى لا يخل فيها الشرط بالتزامات الأطراف. غير أنه يتعين تقدير هذا الإخلال بصورة شاملة تتضمن جميع الظروف المحيطة بالعقد. بمعنى أنه لا يمكن إقرار قاعدة عامة فى هذا الصدد، وإنما يتعين النظر إلى كلٍ على حده. فعدم التوازن العقدى لا يمكن التقرير بحدوثه إلا من خلال تقدير ظروف وملابسات العقد، فهذه الأخيرة

(1) LAGARDE P.: Les clauses limitatives de responsabilité en droit international privé, in colloque des clauses de responsabilité, no 26, p.33;
MAYER P.: Droit international privé., Montchrestien, 1998, no 199, p.139.

هى التى تساعد على الوقوف على حقوق والتزامات الأطراف، وبالتالى المحافظة على توقعاتهم المشروعة أم على العكس إهدارها أو المساس بها.

بصورة أكثر وضوحًا، إن المنطق الذى تبرز من خلاله فكرة تحديد النظام العام الدولى لا يمكن تأييده أو مناصرته إلا فى الحالات التى يعترف فيها النظام القانونى لدولة القاضى بالحلول غير العادلة التى يتم استبعادها إعمالاً لهذه الفكرة. فمعيار الاعتراف بتلك الحلول لا يؤدى إلى التسامح معها عندما تبدو بوضوح عدم عدالتها. فهذا التعرف أو ذاك الاعتراف يدعونا إلى التسامح فى إقرار الحلول التى يشير بها قانون العقد عندما تبدو عدالتها.

ففكرة النظام العام الدولى لا يمكن إذاً تحديدها إلا عندما يعترف النظام المعنى بالحلول العادلة التى يشير بإعمالها قانون العقد. فاعتراف هذا النظام بتلك الحلول العادلة لا يقود إلى القول باصطدامها مع المبادئ الأساسية التى يقوم عليها. بعبارة أخرى إن هذه الفكرة تلوح فى الأفق بتوافر شرطين: الأول هو اعتراف النظام القانونى لدولة القاضى بالحلول التى يشير بتطبيقها قانون العقد، والثانى هو عدالة هذه الحلول. فتوافر هذين الشرطين يستبعدا أى تصور يمكن من خلاله إثارة الجدل حول اصطدام هذه الحلول بالمبادئ الأساسية التى يقوم عليها النظام القانونى لدولة القاضى(١). ويبقى التساؤل عن الوجه الآخر للقواعد الآمرة، وهو ما يطلق عليه قواعد البوليس أو القواعد ضرورية التطبيق، وهو ما سنعرض له فيما يلى.

---

(١) ولعل هذه الفكرة تتفق مع الوصف الدقيق لفكرة النظام العام والتى يتفق من خلالها فقه القانون الدولى الخاص على طبيعتها الاستثنائية. فوفقًا لما يقره الفقه، فإن الدفع بالنظام العام «هو فى حقيقته تعطيل للإعمال الطبيعى لقواعد الإسناد، ومن ثم فلا يصح الالتجاء إليه إلا فى الأحوال التى تقتضيها المصالح العليا للمجتمع. ولهذا وصف النظام العام بأنه سلاح ذو حدين يجب الاعتدال فى استخدامه، وإلا أطاح بالهدف الذى يسعى إليه تنظيم التنازع فى الدولة .... ومهما يكن من أمر الموجهات المقترحة، فإن الأمر الذى لا شك فيه هو أنها لم تضع تعريفًا لفكرة النظام العام. بل وهى تخلو من أى محاولة جدية لتحديد مضمون هذه الفكرة. فهى تكتفى بإبراز الهدف الذى تسعى فكرة النظام العام إلى تحقيقه، وهو حماية المصالح العليا فى المجتمع، د/ هشام على صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص١٩٧».

# المبحث الثانى
# مفهوم قواعد البوليس

تسمح كافة الأنظمة القانونية بإعمال قواعد البوليس، تلك التى تتدخل قبل معرفة القانون الواجب التطبيق أو التعرف على الحلول التى يشير بإعمالها(١). فهذه القواعد تجد مجالاً للإعمال أيًا كان قانون العقد، وطنيًا كان أو دوليًا، وبصرف النظر عن إقراره حلولاً عادلة أم لا. هذا ما كرسته العديد من الاتفاقيات الدولية، كاتفاقية روما لسنة ١٩٨١م بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، واتفاقية لاهاى لسنة ١٩٨٠م بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولية للبضائع(٢).

ولا يثير إعمال قواعد البوليس ثمة مشكلة أو يحدث أى خلاف(٣). فإعمال هذه القواعد يتم بصورة آلية سواء أثير النزاع أمام القضاء الوطنى أم قضاء التحكيم(٤). مع هذا لا

---

(١) قارب من هذا المعنى، د/ عكاشه محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ٥٤٠، حيث يقرر أنه «فى إطار تحليلى يلحظ أن هذه القواعد إنما تتولى فى النظام القانونى الوطنى بيان الحل الموضوع المباشر للمسائل القانونية التى تنظمها. ويتم ذلك دون نظر للصفة الدولية التى قد تتصف بها تلك المسألة، كما أنه يتم بيان الحل الموضوعى ههنا دون مرور عبر قنوات القواعد المسماة بقواعد التنازع. فى عبارة موجزة: منهجية التنازع ترتكز - من بين ما ترتكز عليه – فوق نقطة محورية قوامها الاختيار، بينما فى منهجية القواعد ضرورية التطبيق تختفى عملية الاختيار تلك».

(٢) راجع نص المادة ٧ من اتفاقية روما، والمادة ١٧ من اتفاقية لاهاى لسنة ١٩٨٦، راجع أيضًا نص المادة ١١ من الاتفاقية الأمريكية بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية.

(٣) للمزيد راجع د/ جمال محمود الكردى، قرار المحكم فى المنازعة حول شرط المقاطعة الوارد فى عقد دولى، دار النهضة العربية، ص ٧٢؛ د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ١٧٤؛ د/ عصام الدين القصبى، الوجيز فى القانون الدولى الخاص، دار نصر للطباعة الحديثة، ٢٠١٢، ص ٢٥٢؛ د/ هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٩٤ وما بعدها.

(٤) راجع فى هذا الإعمال، د/ محمد إبراهيم، دور القواعد المادية فى تسوية عقود منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، نانت، فرنسا، ١٩٩٩. حيث يقرر أن اللجوء إلى قواعد الإسناد لا يتأتى إلا فى مرحلة تالية للبحث فى النظام القانونى لدولة القاضى عن القواعد التى يجب عليه إعمالها أيًا كان القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع، بما يعنى أنه لا يسمح للقاضى الوطنى باستبعاد القانون المختص وبالتالى قاعدة الإسناد التى تشير بإعماله باسم كافة القواعد الآمرة التى يتضمنها نظامه القانونى، إنما يتم هذا الاستبعاد باسم القواعد التى يطلق عليها قواعد البوليس أو ضرورية التطبيق فقط.

يوجد معيار محدد يمكن على هداه القول بأن هذه القاعدة من قواعد البوليس من عدمه. صحيح أن هذه القواعد تهدف إلى المحافظة على النظام السياسى أو الاجتماعى أو الاقتصادى للدولة، غير أن هذا الهدف ليس حكراً على قواعد البوليس. فمعظم القواعد التى يضعها المشرع تساهم، بصورة أو بأخرى، فى المحافظة على النظام السياسى أو الاجتماعى أو الاقتصادى. لهذا يتعين الاتفاق على معيار محدد يمكن من خلاله التعرف على قواعد البوليس وتحديد طبيعتها. لا شك أن بعض القواعد القانونية يمكن إسباغ صفة البوليس عليها، ونعنى بها القواعد أو القوانين التى تهدف إلى تنظيم مسائل محددة أو أمور خاصة مثل قوانين المنافسة أو الرقابة على تغيير العملة أو تلك التى تهدف إلى حماية المستهلك(١). فهذه القواعد تطبق بصورة فورية بغض النظر عن الحلول التى يشير بإعمالها قانون العقد. فالهدف الذى ترمى إلى تحقيقه قد يسبغ على القاعدة هذا الوصف (المطلب الأول). بيد أنه قد لا يكفى هذا الوصف لنعت قاعدة ما بأنها من قواعد البوليس وإنما يتطلب ذلك التعرف على الكيفية التى تطبق بها هذه القاعدة أو تلك بمعرفة القضاء الوطنى للدولة المنتمية إلى نظامها القانونى. فكيفية إعمال القضاء الوطنى لقاعدة ما تعد هى المعيار الأساسى لتحديد طبيعتها. بعبارة أخرى إن الكيفية التى تطبق بها القاعدة القانونية تعد الأساس فى تحديد طبيعتها (المطلب الثانى)، وذلك على النحو التالى:

**المطلب الأول**: تحديد طبيعة القاعدة استناداً إلى الهدف أو الغاية.

**المطلب الثانى**: تحديد طبيعة القاعدة استناداً إلى كيفية إعمالها بمعرفة القضاء.

## المطلب الأول
## تحديد طبيعة القاعدة استناداً إلى الهدف أو الغاية

إن الهدف أو الغاية التى ترتكن إليها القاعدة القانونية يساعد إلى حد ما في تحديد

(١) للمزيد راجع د/ جمال محمود الكردى، النظام العام الدولى العربى، ص٧٣.

طبيعتها. فتحديد تلك الطبيعة يتوقف على معرفة الغايات، والأهداف التى ترمى إلى تحقيقها(١). يضاف إلى ذلك وضوح النطاق الضرورى لأى قاعدة قانونية يلتزم القاضى بتطبيقها سواء على العلاقات الداخلية أم على الدولية على حد سواء. فالمنهج الذى يمكن اتباعه لتحديد طبيعة القاعدة القانونية هو التعرف على مجال إعمالها على العلاقات القانونية. وفى حالة عدم التوصل إلى معرفة هذا المجال أو أن يكون المشرع قد ترك أمر تحديده إلى قواعد الاستناد فإنه يتعين تحديد الغاية أو الهدف لإمكانية تحديد طبيعتها.

ويتعين فى البداية البحث عن مجال تطبيق النص أو القاعدة، وفى حالة صعوبة هذا التعيين يمكن البحث عن الغاية أو الهدف الذى تبغى القاعدة القانونية الوصول إليه(٢). فهذا التعيين أو ذلك التحديد يسمح بالتعرف على طبيعة القاعدة أو القانون المعنى، ومن ثم إسباغ صفة البوليس عليه أو عليها عندما تهدف إلى المحافظة على النظام السياسى أو الاجتماعى أو الاقتصادى للدولة.

مع هذا فإن المحافظة على النظام السياسى أو الاجتماعى أو الاقتصادى للدولة ليس حكراً على قواعد البوليس. كما أن عدم تحقيق هذا الهدف لا ينفى عن القاعدة صفة البوليس. فلا يمكن وفقًا لهذا المعيار الحكم على طبيعة القواعد، لأن القاعدة يمكن إسباغ طابع البوليس عليها على الرغم من أنها قد لا تهدف إلى المحافظة على النظام السياسى أو الاقتصادى أو الاجتماعى للدولة. فقد يكون الهدف الذى ترمى إلى تحقيقه القاعدة هدفًا

(١) د/ عكاشه محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ٥٣٦.

(٢) د/ عكاشه محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ٥٥١، حيث يقرر فى مجال حديثه عن الرابطة الوثيقة بين المنازعة وقواعد البوليس الأجنبية، أن الفصل ٣٨ من القانون التونسى الصادر بتاريخ ٢٦ نوفمبر ١٩٩٨م يعطى المثال على الغرض المقصود من القاعدة. فهذا الفصل ينص على أنه «تطبق مباشرة ومهما كان القانون المعين منه قواعد التنازع أحكام القانون التونسى التى يكون تطبيقها ضرورياً بالنظر إلى الغرض المقصود من وضعها».

فردياً، مع هذا تسطبغ بطابع البوليس. فالقواعد التى تهدف إلى حماية المستهلك ترمى إلى تحقيق هدف فردى، إلا أن لها طابع البوليس لكونها تشكل مجموعة من القواعد التى تحمى كافة المستهلكين على إقليم الدولة حتى عندما يفصح الأطراف عن رغبتهم فى تطبيق قواعد أجنبية أقل منها حماية. هذا ما أشار إليه الفقيه الفرنسى بول لا جارد بتقريره «أن هذه القواعد تشكل مجموعة من قوانين البوليس التى يتعين تطبيقها، أياً كان القانون الواجب التطبيق على العقد، أو على الأقل عندما تكون الإقامة المعتادة للمستهلك فى دولة القاضى المختص(١)».

وبهذه المثابة فإن معيار الغاية أو الهدف لا يمكن أن يشكل قاعدة عامة يمكن الارتكان إليها لتحديد طبيعة كل القواعد القانونية، وإنما يتعين النظر إلى كل قاعدة على حدة. فعلى قاضى العقد أن يبحث فى كل حالة عن الهدف الذى ترمى إلى تحقيقه القاعدة وما إذا كان يستدعى ضرورة إعمالها على العلاقات القانونية أم لا. فعندما يتأكد لديه هذا الإعمال، وجب عليه إسباغ تلك القاعدة بصفة البوليس.

فقواعد البوليس تهدف فى الحقيقة إلى تحقيق غايات متنوعة، البعض منها يتعلق باحترام حرية المنافسة، والبعض الآخر يتعلق بحماية طائفة معينة من المتعاقدين أو حماية المصالح الوطنية. لذلك فإن قوانين الرقابة أو تلك المنظمة لإجراءات الحظر تعد من قواعد البوليس(٢).

غير أنه لا يمكن الارتكان على معيار الغاية أو الهدف للوقوف على تحديد طبيعة كافة قواعد البوليس، نظراً لأن تنوع الغايات لا يقود فى بعض الأحوال إلى اعتبار القاعدة من تلك التى تطلق عليها قوانين البوليس. فهناك العديد من القواعد التى ترمى إلى حماية الطرف

(١) بول لا جارد: الشروط المعفية أو المحددة للمسئولية، أعمال المؤتمر المتعلق بهذه الشروط، بند ٢٩، ص ٣٥.

(٢) راجع د/ أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضرورى، المرجع السابق، ص ١٣٦ وما بعدها؛ د/ أحمد قسمت الجداوى، نظرية القوانين ذات التطبيق الضرورى، المرجع السابق، ص٩ وما بعدها.

الضعيف فى العلاقة القانونية، مع هذا فإن القضاء الوطنى لا يطبقها بهذه الكيفية. فوضع معيار محدد وجامع لتحديد طبيعة قواعد البوليس مازال ضرباً من ضروب الخيال أو أمراً صعب المنال.

## المطلب الثانى : تحديد طبيعة القاعدة استناداً إلى كيفية إعمالها بمعرفة القضاء

مما لا شك فيه أن مسلك القضاء الوطنى يساعد إلى حد كبير في إسباغ القاعدة القانونية بصفة البوليس. فإعمال القضاء الوطنى لقاعدة ما على أنها قاعدة بوليس يبرهن على طبيعتها. مع هذا فإن هذا الإعمال لا يمكن السير ورائه بصفة دائمة، حيث يمكن إسباغ وصف البوليس على قاعدة ما، على الرغم من إعمال القضاء الوطنى لها على أنها قاعدة نظام عام داخلى. فمسلك القضاء الوطنى لا يمكن أن نستخلص منه قاعدة عامة. فإن كان هذا المسلك يساعد على تحديد طبيعة القواعد القانونية، فإنه قد يبرهن على انحسار صفة البوليس عن قاعدة ما، على الرغم من أن الفقه يسبغها بهذه الصفة. بعبارة أخرى ما قد يعتبره الفقه من قواعد البوليس، من الممكن ألا يطبقه القضاء بهذا الشكل. وما قد يطبقه القضاء على هذا الوصف، لا يعتبره الفقه كذلك. مع هذا فإن مسلك القضاء قد يساعد إلى حد كبير فى تحديد طبيعة القاعدة (الفرع الأول)، وإن كانت طبيعة البوليس المقررة لا يمكن التسليم بها لما لها من أثر على مركز أطراف العقد (الفرع الثانى).

### الفرع الأول : استبعاد القضاء لصفة البوليس عن قاعدة ما

لئن كان الهدف أو الغاية التى ترمى إلى تحقيقها القواعد القانونية تساعد الفقه على إسباغ القاعدة بصفة البوليس، إلا أن القضاء قد لا يساير الفقه إلى ما ذهب إليه، فينفى عنها هذه الصفة. فلقد استقر الفقه الفرنسى على اعتبار القاعدة القانونية التى قررتها المادة ١٧٩٢ من القانون المدنى من قواعد البوليس. مع هذا فإن القضاء الفرنسى لم يطبقها فى بعض

الحالات بهذه الصفة(١). فلقد حظرت الفقرة الخامسة من هذه المادة أى تحديد للضمان العشرى فى عقود البناء والتشييد. فلم تسمح لأطراف العقد بالخروج على هذه المدة بأى من الشروط العقدية. ومن ثم يؤدى الخروج عن هذا التحديد إلى بطلان الشروط العقدية لمخالفته لإحدى قواعد البوليس أو تلك التى يطلق عليها القواعد ذات التطبيق الضرورى. هذا ما أشار إليه الأستاذ الفرنسى بول لاجارد عندما قرر أنه «يبدو عادلاً اعتبار الفقرة الخامسة من المادة ١٧٩٢ من قانون الرابع من يناير ١٩٧٨م من قواعد البوليس لما تقرره من بطلان كل شرط يحدد أو يستبعد الضمان العشرى المفروض على المقاول، والمهندس المعمارى أو الشخص الذى يبيع المبنى بعد انتهاء أعمال التشييد التى قام بها(٢)».

فعلى الرغم من استقرار الفقه الفرنسى على طابع البوليس لهذه المادة، فإن القضاء الفرنسى لم يطبقها بهذا الوصف. هذا ما يبرزه بوضوح حكم محكمة استئناف باريس الصادر في ٢٢ فبراير ١٩٨٠م، حيث أعطت المحكمة الفاعلية للشروط العقدية المخففة لهذا الضمان. فلقد أجازت المحكمة الشرط الوارد في عقد أُبرم بمعرفة شركة فرنسية لتشييد مصنع لتجميع السيارات في تايلاند، والذى يتضمن تخفيض مدة الضمان إلى خمس سنوات. ففى ظل غياب تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، طبقت المحكمة القانون التايلاندى باعتباره قانون بلد الإبرام وبلد التنفيذ. ووفقاً لهذا القانون يعد شرط التحديد صحيحًا، نظراً لأن المادة ٦٠٠ من القانون المدنى التايلاندى تسمح بأن يصل الضمان إلى خمس سنوات ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك(٣).

---

(١) حول هذه الفكرة راجع د/ محمد إبراهيم، دور القواعد المادية فى تسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، نانت، فرنسا، ١٩٩٩، ص١٧٠ وما بعدها.

(٢) بول لا جارد: الشروط المحددة أو المعفية للمسئولية، المرجع السابق، بند ٢٩، ص٣٥.؛ راجع أيضًا:
VINEY G.: Les clauses aménageant la responsabilité des constructeurs, RD imm 1982, no 21, p. 328 et s.

(٣) راجع JDI، ١٩٨١م، ص ٥٨٩، تعليق فيليب كان. راجع أيضًا، فيليب فوشار، التقرير الفرنسى، فى أعمال مسئولية المشيدين، جمعية هنرى كابيتن، اليوم المصرى، الجزء العاشر، الكتاب الثانى، ليتك، ١٩٩٣، بند ١٦، ص٣٠١.

وهكذا يتضح أن محكمة استئناف باريس قد خالفت ما استقر عليه الرأى في الفقه الفرنسى من اعتبار قاعدة الضمان العشرى من قواعد البوليس التى تطبق بصورة مباشرة وقبل معرفة الحلول التى يشير بها قانون العقد الذى تم اختياره من قبل الأطراف أو أشارت إليه قواعد الإسناد. فلقد نفت المحكمة طابع البوليس عن الفقرة الخامسة من المادة ١٧٩٢ مدنى وذلك بسماحها تطبيق المادة ٦٠٠ من القانون المدنى التايلاندى والتى تجيز تخفيض مدة الضمان إلى خمس سنوات طالما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

ولقد أكد القضاء الإدارى الفرنسى على صحة هذا الاستخلاص، حيث قرر أن الضمان العشرى لا يشكل إحدى قواعد البوليس، وأن جهة الإدارة يمكن أن تتحلل منه في عقود الأشغال العامة، وذلك بإجازتها صحة الشروط العقدية المحددة لمدة الضمان على خلاف ما تقرره الفقرة الخامسة من المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى(١).

فما ذهب إليه القضاء الإدارى الفرنسى بنفى بصورة واضحة إمكانية وصف تلك القاعدة التى أشارت إليها الفقرة الخامسة بطابع البوليس. فقد أكد هذا المسلك ما ذهبت إليه بعض أحكام القضاء العادى، لاسيما إذا أخذنا في الاعتبار إمكانية اختيار القانون الإدارى الفرنسى كقانون لحكم العقد من قبل الأطراف. فهذا الاختيار سيبرهن على اتجاه إرادة الأطراف إلى عدم إعمال قاعدة الضمان العشرى الوارد بنص الفقرة الخامسة من المادة ١٧٩٢ مدنى والقضاء بصحة الشروط العقدية المحددة لمدة الضمان في عقود التشييد والبناء. ولا يصح التشكيك في هذا النظر بزعم أن ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس يعد إعمالاً لما قررته اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠م بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث تشترط وجود علاقة بين القانون الواجب التطبيق والعقد موضوع النزاع. فسماح

(١) راجع فى ذلك أوبى & بون، القانون الإدارى، دالوز، ١٩٩٥م، الطبعة الثالثة، بند ٢٣٨، ص ٢٦٢ وما بعدها.

المحكمة بتطبيق نص المادة ٦٠٠ من القانون المدنى التايلاندى، يرجع إلى عدم وجود علاقة جدية بين العقد وفرنسا، حيث تم إبرامه وتنفيذه في تايلاند. مع هذا فإن مسلك القضاء الإدارى يهدم أى محاولة للفقه الفرنسى للتقليل من أهمية هذا الاستنتاج. فما ذهب إليه البعض من الفقه لا يمكن التسليم به إلا بإجراء التفرقة بين عقود الأشغال العامة وعقود الأشغال الخاصة، على نحو يخالف ما تقرره فكرة إقليمية القاعدة، والتى لا تسمح بهذه التفرقة. فهذه الفكرة تقتضى احترام القاعدة القانونية وإعمالها على كل إقليم الدولة دون تفرقة بين علاقة ينظمها القانون العام وأخرى يحكمها القانون الخاص.

على العكس لا يمكن التشكيك في إسباغ صفة البوليس على نص المادة ٦٥٢ من القانون المدنى المصرى(١) والتى تقرر إبطال أى شرط يقصد به إعفاء المهندس المعمارى والمقاول من الضمان أو الحد منه. فهذا المنع يتم إعماله على كل عقود التشييد والبناء بصرف النظر عما اتفق عليه الأطراف وأيًا كان الحل الذى يشير به قانون العقد(٢).

**الفرع الثانى : أثر مركز أطراف العقد على مسلك القضاء**

قد يؤثر المركز القانونى لأطراف العقد في كثير من الأحيان على مسلك القضاء. فالتفاوت في المراكز القانونية قد يدعونا إلى التساؤل عن مدى إمكانية تغيير مسلك القضاء بشأن قاعدة ما. فقد يحظر المشرع الوطنى إدراج بعض الشروط العقدية حماية للطرف الضعيف أو غير المتخصص. ولعله من المفيد أن نأخذ المثال التالى من القانون الفرنسى،

(١) تنص م ٦٥٢ من القانون المدنى المصرى على أنه «يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعمارى، والمقاول من الضمان أو الحد منه».

(٢) راجع د/ شكرى سرور، التقرير المصرى في أعمال هنرى كابيتن، ص ٧١، د/ محمد السيد عرفه، الأعمال السابقة ص ٢٩١، راجع أيضًا د/ عيد رواش، شروط الإعفاء من المسئولية، رسالة دكتوراه، السربون، ١٩٩٧م، بند٦٢٣، ص٣٩٢.

فهذا الأخير يحظر على البائعين الفرنسيين إدراج شروط تعفى من المسئولية أو تحد منها في العقد الذى يبرم مع غير المحترفين، أو محترفين في تخصص آخر. فحماية هؤلاء تقتضى إبطال تلك الشروط، والتى قد تبرهن على قبولها تحت تأثير العوز أو الاحتياج. مع هذا فإن تأثير هذه الشروط قد يضع البائعين الفرنسيين في مركز غير متعادل، أو غير متساوى مع نظرائهم من الدول الأخرى، والتى لا تقر مثل هذا القيد. فاختلاف التشريعات قد يؤثر على مراكز أطراف العقد وقد يضع البعض منهم في مركز غير متعادل مع الآخرين، هذا ما أشار إليه الفقيه الفرنسى بول لا جارد بتقريره أن الحلول التى أشار إليها بعض الفقهاء الفرنسيين من شأنها إحداث آثار خطيرة على البائعين الفرنسيين. فما نادى به هؤلاء من شأنه إحداث نوع من الازدواجية في المعاملة التى تخضع لها العقود المبرمة مع فرنسيين وتلك التى تُبرم مع أجانب. فالبيوع التى يبرمها البائعين الفرنسيين مع مشترين فرنسيين ستعد بيوع داخلية تخضع للقواعد المقيدة، بينما تعد البيوع التى تبرم في فرنسا بمعرفة بائعين أجانب من قبل البيوع الدولية التى لا تخضع لتلك القواعد المقيدة، على نحو يسمح لهؤلاء الأجانب بعرض منتجاتهم بشروط أيسر وبأسعار أرخص مقارنة بنظرائهم الفرنسيين(١).

فعدم التعادل في المراكز القانونية في السوق الفرنسية يسمح بإعمال الحظر أو المنع الذى يفرضه المشرع الفرنسى على كل العقود التى تبرم في هذه السوق. فإذا كانت قواعد المنافسة تقتضى المساواة بين أطراف التجارة الدولية، فإنه من الضرورى إقرار صفة البوليس للقاعدة الفرنسية التى تحظر شروط الإعفاء من المسئولية أو الحد منها في كل مرة يرتبط بها العقد موضوع النزاع بعلاقة جدية أو وثيقة بالنظام القانونى الفرنسى. فالآثار الاقتصادية التى يحدثها عدم التعادل في المراكز القانونية بين أطراف المنافسة الدولية يقتضى مناصرة الاتجاه

(١) بول لا جارد، الشروط المعفية للمسئولية، المرجع السابق، بند ٣٦، ص٤٠.

القائل بإلحاق صفة البوليس بهذه القواعد. ولا يصح التقليل من هذا النظر بدعوى اختيار أطراف العقد، في مثل هذه الأحوال، لقانون آخر غير القانون الفرنسى. فإذا كان القانون الفرنسى يعد غير ملائم لحكم العلاقة في هذه الحالة(١)، فإنه لا يمكن التغاضى عن الآثار الاقتصادية التى تترتب على إعمال الحظر الذى يفرضه القانون الفرنسى على البائعين الفرنسيين ووضعهم في مركز غير متعادل مع نظرائهم الأجانب، لاسيما عندما لا تقر قوانينهم مثل هذه القيود.

وهكذا نكون قد عرضنا في عجالة لماهية القواعد الوطنية الآمرة، سواء ما تعلق منها بالنظام العام الدولى، أو تلك التى تتصف بالضرورية أو ما يطلق عليه بقواعد البوليس. بيد أن التساؤل يثار عن كيفية التدخل بهذه القواعد، أو تلك بشأن المنازعات التى تثيرها عقود التجارة الدولية على نحو يتناسب ويتجاوب مع طبيعة هذه العلاقات، بحيث لا تشكل هذه القواعد عبئًا يعيق من سيولة وسلاسة هذه العقود. وسوف نعرض فيما يلى لكيفية إعمال هذه القواعد.

(١) BERR G.-J تعليق على حكم محكمة العدل الأوروبية الصادر فى ٢٤ يناير ١٩٩١، دالوز، ١٩٩١، ص٢٧٥.

# الفصل الثانى
# إعمال القواعد الوطنية الآمرة

إذا كان تحديد مفهوم القواعد الوطنية الآمرة على النحو الذى رأيناه(١) يساهم بدور كبير في تقليص تدخلها بشأن المسائل التى تثيرها العقود الدولية بصفة عامة وعقود التجارة الدولية بصفة خاصة، فإنه يمكن أيضاً المساهمة في تقليص هذا الدور أكثر فأكثر من خلال تحديد كيفية تدخلها لحكم هذه المسائل. فتحديد أطر تدخل هذه القواعد عند وجودها يساهم فى إعمال القواعد التى تراعى خصوصية وذاتية هذه العقود. فإذا كان أطراف تلك العقود يبحثون دائماً عن إعمال القواعد التى تأخذ في الاعتبار خصوصية وذاتية العلاقات التى يبرمونها، فإن تحديد تدخل القواعد الوطنية الآمرة يلعب دوراً مهما في هذا الإعمال. فتحديد الحالات التى تتدخل فيها قواعد النظام العام الدولى يبدو أمراً ضرورياً (المبحث الأول)، وهوما ينطبق أيضاً على قواعد البوليس أو ضرورية التطبيق (المبحث الثانى). وسوف نعرض لهذه الأطروحة من خلال مبحثين على النحو التالى:

**المبحث الأول**: تحديد تدخل قواعد النظام العام الدولى.

**المبحث الثانى**: تحديد تدخل قواعد البوليس.

(١) راجع ما سبق، ص

# المبحث الأول
# تحديد تدخل قواعد النظام العام الدولى

مضت الإشارة إلى أن قواعد النظام العام الدولى يتم اللجوء إليها لاستبعاد الحلول التى يشير بها قانون العقد عندما تتعارض تلك الحلول التى يشير بها هذا الأخير مع المبادئ التى تهدف إلى حمايتها هذه القواعد(١). فتدخل هذه القواعد لاستبعاد الحلول التى يشير بها قانون العقد يتم حتى ولو لم تكن هذه القواعد تنتمى إلى النظام القانونى المختار من قبل الأطراف. فعلى عكس قواعد النظام العام الداخلى تتدخل قواعد النظام العام الدولى لدولة القاضى لاستبعاد حلول قانون العقد حتى ولو لم يكن قانون القاضى هو المختار من قبل الأطراف. ويثير هذا التدخل التساؤل عن الحالات التى يمكن لهذه القواعد أن تتدخل بشأنها لاستبعاد تلك الحلول. بعبارة أخرى هل تتدخل قواعد النظام العام الدولى لدولة القاضى لاستبعاد قانون العقد في جميع الأحوال، حتى ولو لم تكن بينها وبين هذا العقد أية علاقة قانونية؟. وهل يمثل هذا التدخل؛ في حالة انتفاء هذه العلاقة، اعتداءً على التوقعات المشروعة لأطراف العقد، لاسيما في الحالات التى تتفق فيها هذه الحلول التى يشير بها قانون العقد مع الشروط العقدية التى اتفق عليها الأطراف؟.

ولنضرب مثالاً يوضح ذلك، ويظهر مدى الحاجة إلى مناقشة هذا الطرح. فلو أُبرم عقد بيع بين بائع فرنسى، ومشترى مصرى واتفق الأطراف على حصول المشترى المصرى على

(١) حول التفرقة بين النظام العام والأنظمة الأخرى المشابهة، راجع د/ جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص٥٥٥، وما بعدها؛ د/ أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضرورى فى القانون الدولى الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولى، العدد الثالث والأربعون، ١٩٨٧، ص١٣٣ وما بعدها؛ د/ أحمد قسمت الجداوى، نظرية القوانين ذات التطبيق الضرورى ومنهجية تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، عدد يناير ويوليو ١٩٨٢، ص١ وما بعدها.

السلعة بثمن مخفض مقابل إعفاء البائع الفرنسى من المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من تابعيه، مع إخضاع هذا العقد للقانون المصرى، وتم الاتفاق كذلك على عقد الاختصاص بنظر النزاع الذى ينشأ إلى القضاء الفرنسى والذى لا يربطه بالعقد سوى أنه قضاء دولة البائع. ففى مثل هذا الفرض هل يحق لهذا القضاء استبعاد الحل الذى يشير به القانون المصرى والذى يقر صحة الشروط المعفية من المسئولية في حالتى الغش والخطأ الجسيم الصادر من تابعى المدين (م٢٢٠ مدنى)، على سند من أن هذا الحل الذى يشير به قانون العقد يتعارض مع إحدى قواعد النظام العام الدولى الفرنسى، والتى تحظر شروط الإعفاء من المسئولية أو تحديدها في حالتى الغش والخطأ الجسيم دون أى تفرقة بين صدورهما من المدين أو من تابعى المدين.

ألا يدعونا هذا التدخل إلى طرح فكرة العلاقة الوثيقة بين العقد والنظام القانونى لدولة القاضى (المطلب الأول)(١)، قبل التعرض لفكرة الاعتداء على التوقعات المشروعة لأطراف العقد (المطلب الثانى). وسوف نعرض لهذه المسألة خلال مطلبين على النحو التالى:-

**المطلب الأول**: العلاقة الوثيقة بين العقد والنظام القانونى لدولة القاضى.

**المطلب الثانى**: الاعتداء على التوقعات المشروعة لأطراف العقد.

## المطلب الأول
## العلاقة الوثيقة بين العقد والنظام القانونى لدولة القاضى

إن توافر العلاقة الوثيقة بين العقد، والنظام القانونى لدولة القاضى، يطرح التساؤل حول عدة معايير قد تسمح بتدخل قواعد النظام العام الدولى، أو على العكس قد تكون مدعاة لطرح هذه القواعد، البعض منها يتعلق بمحل إبرام العقد والمكان الذى يرتب فيه آثاره، والبعض الآخر يتعلق بأطرافه. وذلك على النحو التالى:-

(١) حول هذه الفكرة، راجع د/ عكاشه محمد عبد العال، المرجع السابق، ص٥٥١.

**الفرع الأول**: التردد بين محل إبرام العقد والمحل الذى يرتب فيه آثاره.

**الفرع الثانى**: جنسية أطراف العقد.

## الفرع الأول : التردد بين محل الإبرام وبلد التنفيذ

يذهب البعض إلى القول بتوافر العلاقة الوثيقة بين العقد وقانون القاضى عندما يكون بلد هذا الأخير هو المكان الذى أبرم فيه العقد. فعندما يبرم العقد في دولة القاضى، فإن هذا من شأنه إعطاء الحق لتدخل قواعد النظام العام الدولى التى تنتمى إلى دولته لاستبعاد الحلول التى يشير بها قانون العقد(١). فهذا الإبرام من شأنه منح القاضى الحق في استدعاء قواعد نظامه العام لاستبعاد قانون العقد بصرف النظر عن كون هذا الأخير يتفق مع التوقعات المشروعة لأطراف العقد أم على العكس يشكل اعتداءً على هذه التوقعات(٢). فتوافر هذه العلاقة يقطع السبيل أمام الإدعاء بالاعتداء على هذه التوقعات.

في الحقيقة أن محل إبرام العقد لا يسمح بالقول بوجود علاقة وثيقة بينه وبين النظام القانونى لدولة القاضى. فقد لا يعبر هذا المحل عن توافر هذه العلاقة، لاسيما عندما يتم هذا الإبرام بصورة عشوائية أو غير مدروسة، بحسبان أن هذا الاختيار قد يتم بمحض الصدفة دون أى ترتيب مسبق من قبل الأطراف(٣). فمحل إبرام العقد أو نشأة العلاقة لا يسمح بتدخل

(1) LAGARDE P.: Les clauses limitatives et exouératoires de responsabilité en droit international privé, in les clauses limitatives, colloque des 13 et 14 décembre 1999, L.G.D.J., 1990, p.34; MAYER P.: droit international privé 6e édition, Montchrestien, 1998, no 207, p. 144.

(٢) يرى جانب من الفقه أن التدخل باسم النظام العام يتم إعماله بحزم يتناسب مع درجة الارتباط بين المسألة القانونية المطروحة، وإقليم دولة القاضى. للمزيد راجع د/ عادل بن عبد الله، الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام، مجلة الفكر، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد حيضر، الجزائر، ص٢٢٤.

(٣) هذا ما سبق أن قررته محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ١٧ أبريل ١٩٥٣ فى النزاع المعروف بـ Rivière، حيث أكدت المحكمة على أن:

"La reaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre publice n'est pas la même suivont qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en france, ou suivant qu'il s'agit de laisser produire qn france les effets d'un droit acquiss, sans froude, à l'étranger".

قواعد النظام العام الدولى في دولة القاضى لاستبعاد الحلول التى يشير بها قانون العقد. صحيح أن معظم التشريعات الوطنية تشير إلى إعمال قانون بلد الإبرام كقانون واجب التطبيق على موضوع العقد عند غياب قانون الإرادة أو عند عدم اتحاد الموطن لأطراف العقد. هذا ما تبرزه بوضوح المادة ١٩ من القانون المدنى المصرى والتى تشير إلى إعمال قانون الإرادة أو الموطن المشترك أو قانون بلد الإبرام. فلقد حدد المشرع المصرى القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد وفقاً للترتيب السابق. مع هذا فإن هذا التوجه من قبل هذه التشريعات لا يعد مبرراً للقول بوجود مثل هذه العلاقة الوثيقة، خاصة عندما يتم الالتقاء بصورة عابرة أو بمحض الصدفة. فعندما يبرم العقد بين البائع الفرنسى والمشترى المصرى في دولة الإمارات، فهل يعد ذلك سبباً لتدخل قواعد النظام العام الإماراتى لاستبعاد الحلول التى يشير بإعمالها القانون البلجيكى أو القانون الإنجليزى المختار مثلاً من قبل الأطراف.

وعلى العكس من ذلك، تبدو هذه العلاقة الوثيقة بوضوح عندما تكون دولة الإمارات العربية هى بلد تنفيذ هذا العقد(١). فعندما يرتب العقد آثاره في هذه الدولة، على أساس أن تسليم البضاعة سوف يتم في جبل على مثلاً، فإن هذا يعطى للقاضى إمكانية تدخل قواعد النظام العام الدولى الإماراتى لاستبعاد الحلول المخالفة التى يشير بها القانون البلجيكى أو القانون الإنجليزى. فدولة تنفيذ العقد تكشف بوضوح عن هذه العلاقة الوثيقة، أو بمعنى آخر تبرهن بما لا يدع مجالاً للشك عن وجود هذه العلاقة. ففى هذه الحالة يمكن القول بأن الحلول التى يشير بإعمالها قانون العقد تتعارض مع قواعد النظام العام الدولى لدولة القاضى على نحو يعطيه المبرر لإمكانية استبعادها باسم هذه القواعد. وهو الأمر الذى لا يبدو

(١) مجلة القانون الدولى الخاص، ١٩٥٣، ص ٤١٢، تعليق هنرى باتيفول، جورنال القانون الدولى، ١٩٥٣، ص٨٦٠، تعليق Plaisant.

واضحاً عندما تتجسد هذه العلاقة في مجرد نشأة العلاقة أو إبرام العقد.

وسنسوق المثال الذى يوضح هذه الفكرة من القانون الإنجليزى والذى يقر صحة شروط الإعفاء من المسئولية فى حالة الخطأ الجسيم وفى حالة الخطأ غير المغتفر. فإذا اتفق البائع الفرنسى مع المشترى المصرى على اختيار القانون الإنجليزى لحكم العقد المبرم بينهما في دولة الإمارات، ففى هذه الحالة ليس من حق القاضى الإماراتى استبعاد القانون الإنجليزى ومن ثم إبطال شرط الإعفاء من المسئولية باسم قواعد النظام العام الدولى الإماراتى .. على العكس يمكن القول بهذا الاستبعاد عندما يتم تنفيذ العقد بدولة الإمارات العربية المتحدة على أساس أنها بلد التنفيذ بما يبرهن على وجود علاقة وثيقة بين نظامها القانونى وبين العقد موضوع النزاع. بيد أن استلزام تلك العلاقة الوثيقة بين العقد، وقانون دولة القاضى ليست وحدها المبرر للتدخل باسم النظام العام، فجنسية أطراف العقد سوف تكحون محل اعتبار في هذا الشأن، وهو ما سنلقى عليه الضوء فيما يلى:

## الفرع الثانى : جنسية أطراف العقد

إن جنسية أطراف العقد قد تعبر في بعض الأحيان عن وجود هذه العلاقة الوثيقة(١). مع هذا فإن هذه العلاقة لا يمكن تقريرها في جميع الأحوال، بمعنى أنه لا يمكن القول بوجود قاعدة عامة يمكن تقريرها بشأن كافة الحالات. فالأمر يقتضى دراسة كل حالة على حدة. ففى حالات معينة قد تبرهن هذه الجنسية على وجود تلك العلاقة(٢). وفى أحوال أخرى قد لا

(١) قارب من هذا، هنرى باتيفول وبول لاجارد، القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى، .L.G.d.J، ١٩٧٦، بند ٣٥٧/ ١، صفحة ٤١٣؛

LAGARDE P.: Recherches sur l'ordre public en droit international privé, L.G.D.J, 1959, no 63, p-. 69.

(٢) فالنظام العام يتم إعماله بشكل واضح متى كان أحد الوطنيين أو المقيمين هو المعنى بصورة شخصية ومباشرة بالوضعية غير المقبولة.

DANIEL. GUTMAN: Le Droit international Prive, Paris, Dalloz 1999, p. 133 etd.

يجد قاضى العقد السند فيها لاستبعاد قانون العقد بدعوى مخالفته لقواعد النظام العام الدولى في دولته لمجرد أن أحد أطرافه ينتمى بجنسيته إلى هذه الدولة. فجنسية الأطراف قد لا تظهر وجود هذه العلاقة، خاصة عندما يرتب العقد آثاره خارج دولة القاضى. أما عندما يرتب العقد آثاره في هذه الدولة، فهذا يعد سبباً كافياً لإمكانية تدخل قواعد النظام العام الدولى بصرف النظر عن جنسية الأطراف. لذلك يمكن القول بتوافر هذه العلاقة عندما تجتمع رابطة الجنسية مع رابطة بلد النشأة أو محل الإبرام(١). بعبارة أخرى إن رابطة الجنسية تسمح باستبعاد الحلول التى يشير بها قانون العقد باسم قواعد النظام العام الدولى لدولة القاضى عندما تدعمها روابط أخرى مثل رابطة بلد الإبرام. فعندما يبرم العقد السابق الإشارة إليه في فرنسا ويشير فيه الأطراف إلى اختيار القانون الإنجليزى، فإن هذا يسمح للقاضى الفرنسى باستبعاد الحلول التى يشير بها القانون الإنجليزى والتى تقر صحة الشروط المعفية من المسئولية بالمخالفة لقواعد النظام العام الدولى الفرنسى. فهذه الأخيرة يمكن استدعائها لاستبعاد تلك الحلول على سند من القول بأن النظام الفرنسى يرتبط بهذا العقد بعلاقة وثيقة تسمح بتدخل قواعده ذات الطابع الدولى لكون فرنسا هى بلد الإبرام وبلد جنسية البائع(٢).

## المطلب الثانى
## الاعتداء على التوقعات المشروعة لأطراف العقد

يمثل التوقع المشروع لأطراف العقود الدولية ركيزة أساسية يمكن أن تساعد إلى حد كبير في تقليص الدور الذى يمكن أن تلعبه قواعد النظام العام الدولى، لاسيما عندما يشكل

(١) قرب من ذلك، د/ عنايت عبد الحميد ثابت، إطراح فكرة الدفع بالنظام العام فى القانون الدولى الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص٥ وما بعدها.

(٢) قارب من هذا، د/ محمد إبراهيم، دور القواعد المادية فى تسوية منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ١٧٧؛ قارب أيضاً هنرى باتيفول وبول لاجارد، القانون الدولى الخاص، المرجع السابق، بند ٣٥٧-١، صفحة٤١٤.

هذا التدخل إهدار للتوازن العقدى(١). فهذه الفكرة الأخيرة تمثل نقطة الانطلاق لدى قاضى العقد عند بحثه عن الحلول الموضوعية للمنازعات المعروضة عليه، خاصة عندما تتعارض هذه الحلول مع الشروط العقدية التى كانت محور مفاوضات حرة وعادلة بين الأطراف. فعندما تأخذ هذه الشروط نصيباً كافياً من المناقشات والمفاوضات، فإنه يصعب استبعادها باسم قواعد النظام العام الدولى، لما يمثله ذلك من إحداث خلل في مجموع ما حصل عليه كل طرف من الأطراف. مع هذا فإن فكرة التوازن العقدى لا يمكن أن تشكل قاعدة عامة، نظراً لأن الجانب الأكبر من العقود الدولية لا يمر بهذه المرحلة ولا تأخذ تلك الشروط العقدية نصيبها من المناقشات الحرة والعادلة بين الأطراف، لاسيما عندما تأخذ هذه العقود صورة العقود النموذجية، أو عند عدم التعادل في المراكز القانونية. فالعقود النموذجية تمثل اعتداءً على فكرة التوازن العقدى (**الفرع الأول**)، كما أن عدم التوازن المعرفى يطرح مشكلة عدم التعادل في المراكز القانونية لأطراف العقد (**الفرع الثانى**). وفى ضوء ما تقدم سنعرض لفكرة التوقعات المشروعة لأطراف العقد، ودور النظام العام الدولى حيالها من خلال فرعين على النحو التالى:

**الفرع الأول**: العقود النموذجية وفكرة التوقع المشروع.

**الفرع الثانى**: عدم التوازن المعرفى وفكرة عدم التعادل في المراكز القانونية.

### الفرع الأول : العقود النموذجية وعدم المساس بالتوقعات المشروعة

تلجأ معظم الشركات الكبرى إلى ما يسمى بالعقود النموذجية أو النمطية، تلك التى توضح شروطاً مسبقة لكل ما حرر بها، فهذا النوع من العقود لا يمر بمرحلة المفاوضات أو ما قبل الإبرام، أو بمعنى أدق لا يملك أحد الأطراف المناقشة في مضمونها أو حتى إمكانية

(1) DERAINS Y.: Les norme d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale, in le droit des relations économiques internationale, etudes offertes à B. GOLDMAN, litec, 1987, p. 41.

تعديلها. فتلك الشروط تعد سلفاً من قبل تلك الشركات، ولا يملك الطرف الآخر سوى قبولها أو رفض الأخذ بها. فهى نوع من عقود الإذعان، على نحو يسمح لقاضى العقد بالتدخل لتعديلها أو حتى استبعادها باسم قواعد النظام العام الدولى(١).

ففى هذا النوع من العقود لا يمكن الحديث عن فكرة التوازن العقدى أو حتى المساس بالتوقعات المشروعة للأطراف. فهى تجسيد واضح لفكرة التبعية، تلك التى تشكل برهاناً ساطعاً لعلاقة القوى في المعاملات الدولية. فإذا كانت الشروط العقدية تلعب دوراً محورياً في إحداث التوازن العقدى(٢)، فإن عدم مرور العقود النموذجية بمرحلة المفاوضات يسمح بالقول بأنها تهدر كل تصور لهذه الفكرة.

ولا يصح التشكيك في هذه الفكرة على سند من أن القاضى يملك من السبل والآليات التى تمكنه من فرض نوع من التوازن حتى في ظل هذه الشروط. فالقاضى يستطيع اللجوء إلى القواعد الحمائية التى تقرها كل الأنظمة القانونية لمصلحة الطرف الضعيف في العقد، خاصة عندما ينتمى العقد إلى عقود الإذعان. ولعل القانون المدنى المصرى يعطينا المثال الذى يوضح هذه الفكرة. فالمادة ١٤٩ من هذا القانون تعطى القاضى إمكانية التدخل لتهيئة الشروط العقدية أو تعديلها لإقامة نوعاً من التعادل بين حقوق والتزامات الأطراف.

بيد أن الوضع سيكون مختلفاً على المستوى الدولى، خاصة عندما يعرض النزاع على المحكم الدولى، فهذا الأخير يميل دائماً إلى إعطاء كل الفعالية إلى الشروط العقدية

(١) هذا ما قررته المادة ١٤٩ من القانون المدنى المصرى بنصها على أنه «إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

(٢) قارب من هذا المعنى، إيف دوران،

Intérêts monatoires, dommages-intéréts compensatoires et damages punitifs devant l'arbitre international, in Etudes affertes à Pierre Bellet, litec 1991, no 6, p. 104.

باعتبارها الملجأ والملاذ الذى يستقى منه الحلول. وما يؤكد ذلك أن معظم التشريعات الوضعية أعطت المحكم الدولى إمكانية إعلاء الشروط العقدية على نصوص القانون المختار أو قانون البلد الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع. هذا ما تبرزه بوضوح المادة ٣٩ من قانون التحكيم المصرى ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، بنصها في الفقرة الثالثة على وجوب أخذ المحكم في الاعتبار لشروط العقد وعادات وأعراف التجارة السائدة في نوع المعاملة. فكأن هذه الفقرة جاءت لتفرغ الفقرتين الأولى والثانية من مضمونهما، بإلزامها المحكم أو هيئة التحكيم بضرورة تغليب الشروط العقدية على نصوص قانون الإرادة أو قانون البلد الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع. فعقد مقارنة بين نص هذه المادة، ونص المادة ١٩ من القانون المدنى المصرى يظهر بوضوح مدى الاختلاف الشاسع بين مسلك المحكم ومسلك القاضى الوطنى. فهاتين المادتين توضحان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. مع هذا فإن التدرج الذى اتبعه المشرع المصرى يوضح ضرورة تطبيق القاضى لقانون وطنى سواء أكان قانون الإرادة أم الموطن المشترك أم بلد الإبرام.

على العكس من ذلك تبرز المادة ٣٩ الدور الثانوى أو الاحتياطى لقانون العقد. ولعلنا نسوق المثال الذى يوضح هذه الفكرة وذلك الاختلاف. فلو أن عقد بيع أبرم بين بائع فرنسى ومشترى مصرى، اتفق فيه الطرفان على تخفيض ثمن السلعة في مقابل أن يعفى البائع من المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من تابعيه مع إخضاع العقد للقانون الفرنسى. ففي هذه الحالة سوف يتم الحكم ببطلان شرط الإعفاء من المسئولية بمعرفة القاضى الفرنسى أو القاضى المصرى لتعارضه مع قواعد النظام العام الدولى الفرنسى والتى تحظر شروط الإعفاء من المسئولية بين محترفين في مجالات مختلفة(١). على العكس سوف

(1) FOUCHARD Ph.: Rapport des syntbèse, in la convention de vienne sur la vente internationale et les Incoterms, Actes du colleque des 1er et 2 décembre 1989, L.G.D.J., 1989, p. 160.

يذهب المحكم الدولى إلى إعطاء كل الفعالية للشروط العقدية، لأن إبطال هذا الشرط سوف يؤدى إلى الإطاحة بالتوازن العقدى(١)، لأن هذا الإبطال سوف يعطى المشترى المصرى ميزة غير مبررة تتمثل في حصوله على السلعة بثمن مخفض دون أن يحصل البائع الفرنسى على المقابل المعادل لذلك. ولعل المنطق يبرز هذا المسلك الذى ينتهجه المحكم لأنه لا يمكن التسليم باتفاق الأطراف على شروط عقدية ثم يتم اختيار قانون يبطلها. فمثل هذا الاختيار يثبت أنه قد تم بصورة عشوائية أو غير مدروسة. فالقانون المختار يمكن اللجوء إليه فقط لتكملة النقص أو القصور الذى يعترى الشروط العقدية.

بيد أن هذا التفسير لا يمكن التسليم به في جميع الحالات، خاصة عندما تصاغ الشروط العقدية بصورة غير مدروسة أو عندما لا تأخذ نصيبها الكافى من مفاوضات ومناقشات الأطراف، وهو الأمر الذى يبدو واضحاً في حالة العقود النموذجية أو الشروط العامة. ولا يصح التقليل من هذا الاستنتاج بدعوى أن تلك العقود وما تتضمنه من شروط تمثل خلاصة ما وصل إليه الفكر القانونى في مجال معين، كما أنها تعد تجسيداً للعادات والأعراف المستقرة في مجال التجارة الدولية. فالعقود النموذجية لا تراعى إلا مصلحة واضعيها، لاسيما عندما تلقى القبول من الطرف الآخر، الذى تدفعه الحاجة إلى قبولها والتسليم لرغبات وأمانى واضعيها. فمعظم الموقعين عليها من دول العالم الثالث الذين تدفعهم الحاجة إلى التنمية أو توفير متطلبات شعوبهم على قبولها والموافقة على ما بها من شروط. صحيح أن غياب المفاوض الجيد والإرادة القوية تلعبان دوراً كبيراً في رواج هذه العقود(٢).

(١) راجع فى هذا الخصوص حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس فى ١٩٧٥ فى النزاع رقم 2291، JDI، ١٩٨٧، ص ٩٨٩، تعليق إيف دوران؛ راجع كذلك حكمها الصادر فى النزاع رقم 1434، JDI، ١٩٧٦، ص٩٨١.

(٢) قارب من هذا، د/ مختار أحمد بريرى، التحكيم التجارى الدولى، دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٩٩، ص١٤، حيث يقر أن محاولة التوفيق بين مصالح الدول النامية ومصالح الدول المتقدمة تكون بإعداد المفاوضين وتكوين الكوادر

مع هذا فإن الواقع العملى يؤكد عدم عدالة شروطها لمراعاتها لمصلحة واحدة فقط وهى مصلحة الطرف القوى(١). وبهذه المثابة يغدو المساس التوقعات المشروعة لأطراف العقد مبرراً للتدخل باسم النظام العام الدولى في دولة القاضى مع توافر شروط هذا التدخل.

**الفرع الثانى : عدم التوازن المعرفى وفكرة عدم التعادل في المراكز القانونية**

لا تعد العقود النموذجية الأداة الوحيدة التى تمثل إهداراً للتوقعات المشروعة لأطراف العقد، باعتبار أنها تشكل اعتداءً على التوازن العقدى الذى تقوم عليه العقود الدولية، ولكن يعد عدم التوازن المعرفى بين أطرافها سبيلاً آخر للإطاحة بهذا التوازن العقدى. فعدم التوازن العقدى لا يتوقف عند الشروط العقدية التى يتم إقرارها، ولكنه يتعدى إلى معرفة الأطراف بحقيقة هذه الشروط وامتلاك الأدوات التى تمكنهم من التفاوض عليها والعلم بمدلولها. فعدم المعرفة لا يمكن الأطراف من التفاوض الجيد وصولاً إلى حلول عادلة. فلقد تطور الفكر القانونى ولم يعد يقصر الأمر على التوازن العقدى، وإنما مد الأمر إلى التوازن المعرفى. ولا شك أن هذه الفكرة لا تقتصر على نوع معين من العقود ولكنها تشمل كل العقود الدولية. فهذه الأخيرة تتنوع بل وتتعقد في الجانب الأكبر منها، لدرجة يمكن معها القول بضرورة علم الأطراف بحقيقية ما يتم التفاوض عليه والتشاور بشأنه.

---

القادرة على صياغة الشروط بصورة متوازنة، لاسيما عندما تجعل الشركات الأجنبية تقديم خدماتها واستثماراتها مشروطة باللجوء إلى التحكيم.

(١) قارب من هذا،

VIRASSAMY G.: Les relations entre professionnels en droit français, in "la protection de la prtie faible dans les rapports contracturls: comparaisons fraqnco-belges, L.G.D.J., 1996, no 42 et 43, p. 493; VINEY G.: Rapport de syntfèes, in les clauses limitatives, coloque. Préc, p. 337.

حيث تشير إلى القانون الألمانى الصادر فى ٩ ديسمبر ١٩٧٦ والمتعلق بالشروط العامة للعقود، والذى يؤكد على أن البنود التى تتضمنها تلك الشروط لا تمر بصفة أساسية بمرحلة المفاوضات على نحو يسمح بإبطالها عند مخالفتها لإحدى القواعد الآمرة ذات الطابع الدولى.

ففكرة التفاوض الحر أو العادل لا يمكن الدفاع عنها عندما يجهل أحد الأطراف أبعاد التفاوض أو موضوعه. فإذا أمكن الدفاع عن الشروط العقدية عندما تمر بمرحلة المفاوضات، فإن هذه الأخيرة تعد عديمة القيمة في حالة عدم التوازن المعرفى أو عندما يخفى أحد الأطراف عن الآخر معلومات هامة ودقيقة عن الأشياء محل التفاوض. ولعل هذا ما نلمسه بصورة واضحة في عقود نقل التكنولوجيا(١).

فهذه العقود تلعب فيها المعرفة دوراً حيوياً، لأنه من السهل أن يخفى المورد معلومات دقيقة تظهر حقيقة التكنولوجيا، لاسيما عندما لا يملك مستوردها السبل والآليات التى تمكنه من العلم بها والإحاطة بمكنونها. يضاف إلى ذلك أن معظم التشريعات الوضعية تضع بين يدى موردها الآليات التى تساعده على إخفاء تلك الحقيقة عن المستورد، بل إنها تساعد هذا المورد فى إقرار الشروط التى تمكنه من الحفاظ عليها وعدم استفادة المستورد الاستفادة الحقيقية منها. ولعل نص المادة ٧٥ من قانون التجارة المصرى ١٧ لسنة ١٩٩٩م يعطينا المثال الذى يوضح هذه الفكرة. فبعد أن حظر الشروط التى تقيد من النقل الحقيقى للتكنولوجيا، أعطى في النهاية المورد الآليات التى تمكنه من هذا التقييد، لاسيما عندما يكون الهدف منها حماية مستهلك المنتج أو رعاية المصالح الجدية المشروعة لموردها. الأمر الذى يقتضى تدخلاً تشريعياً يفسح المجال أمام إمكانية التدخل بقواعد النظام العام في بلد القاضى إذا توافرت مقتضيات إعماله. ولئن كان من غير المستبعد إمكانية تحديد التدخل باسم النظام العام الدولى على النحو السابق فإن التساؤل يثار عن مدى إمكانية ذلك بشأن قواعد البوليس. هذا ما سنلقى الضوء عليه فيما يلى.

---

(١) حول فكرة التوازن العقدى والمعرفى، راجع د/ محمد إبراهيم، النظام القانونى لعقود نقل التكنولوجيا، المرجع السابق، ص١٣١ وما بعدها؛ د/ إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفى فى العقود، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة روح القوانين، العدد السابع والأربعون، حقوق طنطا، يناير ٢٠١٩، ص ٥٨٤.

## المبحث الثانى
## تحديد تدخل قواعد البوليس

إن إعمال قواعد البوليس بمعرفة قاضى العقد يمكن تحديده أيضاً باللجوء إلى فكرة الرابطة الجدية لاسيما عندما تعرض المنازعات التى تثيرها العقود الدولية أمام قضاء التحكيم. فعدم انتماء المحكم إلى نظام قانونى معين يضع القواعد القانونية أياً كانت طبيعتها، في مرتبة واحدة، على نحو يعطيه نوعاً من السلطة التقديرية في تطبيق تلك القواعد. والذى لا شك فيه أنه لا خلاف حول إعمال قواعد البوليس التى تنتمى إلى قانون العقد، باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من هذا القانون. ولكن الصعوبة تثور بالنسبة لقواعد البوليس المنتمية إلى قانون القاضى، لاسيما عندما يعرض النزاع على القاضى الوطنى. صحيح أن هذه الصعوبة تقل حدتها خاصة عندما نضع في الاعتبار أن معظم المنازعات التى تثيرها العقود الدولية تعرض على هيئات التحكيم. فإذا كان التحكيم يمثل ضمانة قوية للمستثمر الأجنبى، فإن معظم العقود الدولية تتضمن شرط اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التى تثيرها. فعلى الرغم من قيام معظم الدول بإنشاء محاكم اقتصادية للقضاء على ظاهرة بطء التقاضى، فإن المستثمر الأجنبى لا يحبذ اللجوء إلى هذه المحاكم. فاللجوء إلى التحكيم لا يهدف فقط إلى البعد عن القضاء، ولكن أيضاً البعد عن القانون. لهذا ذهبت معظم الاتفاقيات الدولية وكذلك الأنظمة الوطنية إلى إعطاء المحكم سلطة واسعة في تقدير الحلول لما يعرض عليه من منازعات.

وإذا انطلقنا من هذه الفرضية، فإننا لا نجد مجالاً لأعمال قواعد البوليس المنتمية إلى قانون القاضى. فلا يمكن للمحكم أن يعمل سوى قواعد البوليس المنتمية إلى قانون بلد التنفيذ. فسعى المحكم نحو فعالية حكم التحكيم الذى يصدره يحتم عليه تطبيق قواعد البوليس التى تنتمى إلى بلد التنفيذ.

وعليه سوف نعرض لانحسار دور قواعد البوليس أمام هيئات التحكيم (المطلب الأول) قبل التطرق لإعمال قواعد البوليس المنتمية إلى قانون بلد التنفيذ (المطلب الأول). وذلك كما يلى:-

**المطلب الأول**: تقلص دور قواعد البوليس أمام قضاء التحكيم.

**المطلب الثانى**: إعمال قواعد البوليس المنتمية إلى قانون بلد التنفيذ.

## المطلب الأول
## تقلص دور قواعد البوليس أمام قضاء التحكيم

يرجع تقلص إعمال قواعد البوليس أمام قضاء التحكيم إلى غياب قانون القاضى La lex fori. فعدم انتماء المُحكم إلى نظام قانونى معين يساعد إلى حد كبير فى انحسار الدور الذى تلعبه قواعد البوليس فى حل المنازعات التى تطرحها العقود الدولية. فهذا الغياب يعفى المُحكم من إعمال قواعد البوليس المنتمية إلى قانون القاضى. كما أن هذا الغياب يعطى المحكم حرية واسعة فى تقدير الحلول، لاسيما فى ظل ميله إلى إعمال القواعد الدولية، اتفاقية أكانت أم غير اتفاقية.

ومن ثم فإن La lex fori يلعب دوراً كبيراً فى انحسار دور قواعد البوليس (الفرع الأول)، هذا فضلاً عن الحرية الواسعة التى يتمتع بها المحكم فى تقدير الحلول (الفرع الثانى).

**الفرع الأول**: غياب La lex fori وتقلص دور قواعد البوليس.

**الفرع الثانى**: حرية المحكم في تقدير الحلول.

### الفرع الأول : غياب La lex fori وتقلص دور قواعد البوليس

إن غياب قانون القاضى يؤدى إلى استبعاد قواعد البوليس المنتمية إليه، والتى تحظى بأهمية بالغة أمام القضاء الوطنى(١). فالقاضى الوطنى يميل دائماً إلى تطبيق قواعده القانونية.

(١) حول هذا التدخل راجع، د/ عكاشه محمد عبد العال، المرجع السابق، ص٥٥٠، حيث يضرب المثال الذى يوضح

فهذا القاضى يجد ضالته في إعمال تلك القواعد، لاسيما وأن اتصاف تلك القواعد بطابع البوليس يغنيه عن البحث عن الحلول الموضوعية التى يشير بها قانون العقد. فإعمال هذه القواعد يتم في مرحلة سابقة على معرفة هذه الحلول، حيث يتم إعمالها بصورة تلقائية أيًا كانت الحلول التى يشير بإعمالها هذا القانون. فعلى عكس قواعد النظام العام، تتدخل قواعد البوليس قبل معرفة قانون العقد وبالتالى قبل تقدير الحلول التى يتبناها(١). ولعل هذا التدخل يعد أحد الأسباب التى تحبذ اللجوء إلى التحكيم. فميل أطراف العقد إلى إعمال القواعد الدولية والبعد كلية عن القواعد الوطنية يدفعهم إلى إسناد الاختصاص بنظر المنازعات التى يثيرها إلى قضاء التحكيم. فمسلك القاضى الوطنى وميله إلى تطبيق قواعده القانونية هو الذى يدفع أطراف العقد، خاصة الطرف الأجنبى إلى عقد الاختصاص إلى قضاء التحكيم. فهذا الأخير يعد بالنسبة له الملاذ نحو التحرر من القواعد الوطنية، أيًا كانت طبيعتها.

فكما سبق القول، لا يعد اللجوء إلى التحكيم بعداً فقط عن القضاء الوطنى، وإنما أيضًا بعداً عن ذلك القانون، لاسيما القوانين الوطنية، فهذه الأخيرة توصف دائمًا بعدم ملاءمتها لحكم العقود الدولية. فعدم أخذها في الاعتبار الخصوصية والذاتية التى تتمتع بها هذه العقود، يجعلها عدم غير مناسبة لحكم المنازعات التى تثيرها. ولعل الواقع العملى لأحكام

---

هذا الإعمال من جانب القاضى الوطنى، فيشير إلى «عملية مصرفية ذات طبيعة دولية ولتكن قرضًا تمت فى لبنان وفرع فى لبنان تابع لبنك أجنبى مقره الأساسى فى باريس، واتفق على تطبيق القانون الفرنسى بوصفه قانون دولة المقر الأساسى للبنك التابع له الفرع الكائن فى لبنان والذى تم التعاقد معه. فى هذا الفرض يكون القانون الفرنسى هو الواجب التطبيق بوصفه قانون الإرادة المعلنة صراحة. ويطبق القاضى اللبنانى هذا القانون. وينبغى له مع ذلك أن يطبق قوانين البوليس المقررة فى قانونه اللبنانى والتى تقيد من مجال إعمال قواعد الإسناد».

(١) حول هذا الإعمال، راجع د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ١٤١ وما بعدها؛ د/ أحمد قسمت الجداوى، المرجع السابق، ص ٢٥ وما بعدها؛ د/ جابر جاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٥٦٨ وما بعدها.

التحكيم الدولية يبرهن بوضوح على هـذا النعـت ووصفهـا بتلك الصفة(١).

مع هـذا وعلى الرغـم من ذلك الواقع، لا يمكن التسليم بهذه الحقيقة. فالقواعد الوطنية لا يمكن وصفها بعدم الملاءمة. فى الواقع إن هذه الصفة الهدف منها استبعاد تلك القوانين، لما تتضمنه من قواعد حمائية. فاستقراء تاريخ الأحكام التحكيمية يبرهن بوضوح على هذه الحقيقة. فبدءاً من القضايا البرازيلية والقضية الصربية يتضح أن اللجوء إلى التحكيم كان ورائه البعد عن إعمال القواعد الوطنية، خاصة تلك التى تحمى الطرف الضعيف في العلاقة.

فتحقيق مصالح الشركات الأجنبية كان الدافع وراء اللجوء إلى التحكيم، خاصة بعد أن بان لتلك الشركات أن القضاء الوطنى والدولى يميل إلى إعمال القوانين الوطنية، لاسيما عندما تكون الدولة صاحبة السلطة والسيادة طرفاً في العلاقة العقدية. هذا ما يبرهن عليه حكم محكمة العدل الدولية بقضائها بإعمال القانون البرازيلى باعتباره قانون الدولة أحد أطراف العلاقة مع صندوق النقد الدولى. فإعمال المحكمة لهذا القانون كان الدافع وراء

(١) راجع أحكام التحكيم الصادرة فى منازعة أرامكو، وفى القضايا الإيرانية والليبية، وفى قضية الشيخ شخبوط شيخ أبو ظبى. لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع، راجع د/ محمد إبراهيم، التوفيق التجارى الدولى وتغير النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، ص٨٦ وما بعدها، حيث يقرر أن «تحبيذ اللجوء إلى التحكيم يرجع إلى الإدعاء الدائم، من قبل الدول الصناعية الكبرى وما ينتمى إليها من شركات، بعدم ملائمة القواعد الوطنية لحكم علاقات التجارة الدولية. فهذه القواعد وضعت لمواجهة العلاقات الداخلية، ولم يراعى عند وضعها ما تتميز به علاقات التجارة الدولية من ذاتية. مع هذا فقد أشار إلى عدم صحة هذا الادعاء وساق العديد من الأمثلة التى تبرهن على ذلك، ومنها نص المادة ٢١٧ من القانون المدنى المصرى. فعقد مقارنة بين هذا النص وما يقابله فى القانون الفرنسى يثبت بما لا يدع مجالاً للشك مدى ملاءمة النص المصرى لحكم علاقات التجارة الدولية، والتى تتم فى الجزء الغالب منها من خلال التابعين. ومن ثم فإن تضمنها شرطاً يعفى المدين من المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من تابعيه يتوافق مع نص الفقرة الثانية من هذه المادة والتى تقر صحة مثل هذه الشرط».

البحث عن آلية جديدة يمكن من خلالها تطبيق الشروط العقدية التى وضعها الطرف الأجنبى، أم تلك التى تقرها العادات والأعراف الدولية، والتى اعتادت عليها تلك الشركات حتى أصبحت تشكل عرفًا في المجال الدولى.

## الفرع الثانى : حرية المحكم في تقدير الحلول

إن الحرية الواسعة التى يتمتع بها المُحكم في تقدير الحلول الموضوعية للمنازعات المعروضة عليه تسمح له باستبعاد القواعد الوطنية أياُ كانت طبيعتها سواء كانت ذات طابع آمر أم من قبل القواعد المكملة. فالسلطة الممنوحة للمحكم بموجب الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية تعطيه الحق في استبعاد القوانين الوطنية، حتى ولو كانت مختارة من قبل الأطراف، ومن ثم استقاء الحلول من العادات والأعراف الدولية(١). فالمحكم الدولى يميل إلى تطبيق القواعد التلقائية على أساس أنها تجسد ما استقر عليه المتعاملين في مجال التجارة الدولية. فالمحكم يجد ضالته إما في القواعد الاتفاقية أو في القواعد العرفية، لاسيما عند توافق هذه القواعد مع الشروط العقدية.

فالمحكم الدولى يبحث أولاً في شروط العقد، ثم ثانيًا في الأعراف والعادات التجارية، ثم في القوانين الوطنية. فعندما يجد المحكم الحل في شروط العقد، فإنه يميل إلى تطبيقه طالما أن هذا الشرط كان محل مناقشات حرة وعادلة بين الأطراف. فإذا لم يجد في هذه الشروط ما يعينه على ذلك، فإنه يسعى بالبحث في العادات والأعراف الدولية، أو في قانون الإرادة أو قانون الدولة الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع. هذا ما تبرزه بوضوح المادة السابعة من اتفاقية جنيف بشأن التحكيم التجارى الدولي(٢).

---

(١) قارب من هذا المعنى، رينيه دافيد، التحكيم فى التجارة الدولية، Economica، ١٩٨٢، بند ٨، ص ١٥، حيث يقرر أن:

"Les parties soufaitent voir appliquer un autre droit: droit corporatif fondé sur les usages du commerce ou les mércatoria de caractère international, distincte des droits nationaux".

(٢) راجع أيضًا المادة ٢٨ من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى ١٩٨٥م، المادة ٣٩ من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م.

فقانون الإرادة أو القانون الواجب التطبيق لا يلعب إلا دوراً احتياطياً أو ثانوياً في تسوية المنازعات التى تثيرها العقود الدولية أمام قضاء التحكيم، لاسيما عندما تتعارض نصوصه مع الشروط العقدية. فالمُحكم لا يطبق القواعد الآمرة، أياً كانت طبيعتها، عند تعارضها مع أحد شروط العقد(١). فوفقاً لوجهة نظر المحكم أن شرط القانون الواجب التطبيق لا يشكل أحد عناصر التوازن العقدى، بمعنى أن اختيار هذا القانون سواء تم بصورة عشوائية أو غير مدروسة، وهو الأمر الذى ينطبق أيضاً على قانون الدولة الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع لا يعد من التوازن العقدى في شئ. وسوف نأخذ المثال الذى يوضح هذه الفكرة الأخيرة من شروط الإعفاء من المسئولية. ففى عقد بيع بين مشترى مصرى وبائع فرنسى تم الاتفاق فيه على تسليم البضاعة في جبل على بالإمارات العربية المتحدة. وفى العقد تم إعفاء البائع من المسئولية عن أخطاء تابعيه في حالتى الغش والخطأ الجسيم في مقابل حصول المشترى على السلعة بثمن مخفض. ولم يتم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق. ففى هذه الحالة سوف يطبق المحكم قانون الدولة الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع من بين القانون المصرى والقانون الفرنسى والقانون الإماراتى. وبالرجوع إلى الحلول الموضوعية فى هذه القوانين الثلاثة سيختار المحكم القانون المصرى باعتباره القانون الذى تقر قواعده شرط الإعفاء من المسئولية(٢).

في الواقع إن هذه الحرية تعطى المحكم إمكانية استبعاد قواعد البوليس المنتمية إلى

(١) د/ حسام محمد عيسى، التحكيم التجارى الدولى، نظرة نقدية، ١٩٨٨م، ص٢٥ حيث يقرر أن «الهدف الحقيقى غير المعلن لنظام التحكيم هو استبعاد قانون الدولة. أما استبعاد قضاء الدولة، وأياً كانت الحجج الظاهرية التى تساق لتبرير ذلك، فليس هدفاً فى ذاته وإنما هو ضرورة يقتضيها الوصول إلى الهدف الحقيقى».

(٢) راجع المادة ٢١٧ من القانون المدنى المصرى.

قانون العقد أو قانون دولة التحكيم(١). فالمحكم لا يراعى إلا القواعد التى تسمح بتنفيذ القرار الصادر عنه. فمعظم القواعد القانونية الدولية والوطنية تهدف إلى تفعيل قرارات التحكيم الدولية. وفى سبيل ذلك تسعى نحو التغلب على تلك العقبات التى يمكن أن تعوق تنفيذها. وخير شاهد على ذلك اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨م بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية. فهذه الاتفاقية وضعت لإعطاء هذه القرارات الفعالية والاعتراف بها من كل الدول الأعضاء، ومن ثم فقد همشت الآليات التى يمكن من خلالها النظر في حكم المُحكم سواء عند الطعن عليه بالبطلان أم عند الاعتراف به وإمكانية تنفيذه(٢). وفى هذا السياق يبحث المحكم عن إقصاء كل السبل التى يمكن أن تعوق تنفيذ القرار الصادر عنه. ولعل أهم هذه السبل تعارض الحل الذى أشار به مع قواعد البوليس في بلد التنفيذ. فهذه القواعد تحظى بالاهتمام من جانب المحكم حتى لا تعد عقبة أمام تنفيذ قراره. وهو ما سنعرض له فيما يلى.

(١) قارب من هذا، د/ محمد إبراهيم، التوفيق التجارى الدولى، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣، ص٩٥ حيث يقرر أن المحكم فى سبيل وصوله إلى المحافظة على توازن القوى فى المعاملات الدولية يطبق ما أقره أطراف تلك المعاملات من شروط وما أعدوه من نماذج. فالمحكم هو الذى يعطى الفعالية للشروط العقدية والعادات والأعراف الدولية التى أرساها وأقرها أطراف العالم المتقدم، بصرف النظر عن اتفاقها أو تعارضها مع القواعد الآمرة الوطنية أيًا كانت طبيعتها. لهذا قيل وبحق أن «نمو التحكيم الدولى لا يرجع إلى خصائصه التى ينفرد بها، كمزايا ذات طابع نسبى، مقارنة بنظم تسوية المنازعات الداخلية، بقدر ما يرجع إلى ميزان القوى فى العلاقات الدولية. فالدول المتخلفة رغم حساسيتها لكل ما يتصل بسيادتها الإقليمية، وبصفة خاصة ما يتعلق برقابة ما يجرى على إقليمها من علاقات، إلا أن حاجتها إلى رؤوس الأموال والخبرة الفنية لاستغلال مواردها الطبيعية ولتوفير متطلبات التنمية تدفعها إلى الرضوخ لمتطلبات الطرف الآخر فى العلاقات. د/ نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلى، التحكيم فى القانون اليمنى، دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى والأنظمة الوضعية، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص٧٧».

(٢) للمزيد من التفاصيل راجع رسالتنا للدكتوراه بعنوان الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية، دراسة مقارنة، ص وما بعدها.

## المطلب الثانى
## إعمال قواعد البوليس في بلد التنفيذ

إن إعمال قواعد البوليس التى تنتمى إلى بلد تنفيذ الحكم أو القرار قد يتم بناء على طلب من أطراف العقد (الفرع الأول)، أو بصورة تلقائية من جانب قاضى العقد عند البحث عن إمكانية تنفيذه (الفرع الثانى). وذلك كما يلى:-

**الفرع الأول**: تطبيق قواعد البوليس بناء على طلب أطراف العقد.

**الفرع الثانى**: تطبيق قواعد البوليس في بلد التنفيذ بصورة تلقائية من جانب قاضى العقد.

### الفرع الأول : تطبيق قواعد البوليس بناء على طلب أطراف العقد

إذا كانت الغاية من الحصول على حكم أو قرار ملزم هو تنفيذه على أرض الواقع، فإن قاضى العقد يميل إلى الاستجابة إلى رغبة الأطراف عندما يبدى أحدهما رغبته في مراعاة أو إعمال إحدى قواعد البوليس في البلد الذى سينفذ فيه الحكم. فإذا كان قاضى التنفيذ يراقب الحكم الصادر رقابة شكلية، إلا أنه يطبق الشروط المطلوبة لإمكانية تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى أو قرار المحكم الدولى، والتى يبرز من بينها عدم تضمن الحكم ما يخالف النظام العام في بلد التنفيذ. لهذا يحرص قاضى العقد على الاستجابة لطلب أحد أطراف العقد بتطبيق قاعدة من قواعد النظام العام أو من قواعد البوليس في بلد التنفيذ(١). فالحرص الدائم على إعطاء الفعالية لقرارات المحكمين، تدفع دائماً المحكم إلى الاستجابة لهذا الطلب، خاصة عندما يتأكد أن القاعدة التى طلب تطبيقها أحد الأطراف قاعدة بوليس(٢).

مما لا شك فيه أن هذا الإعمال يجسد احترام قاضى العقد لفكرة التوقعات المشروعة

(1) FOUCHARD Ph.: La portée internationale de l'amulation de la sentence arbitrale, R. A, 1997, p. 345 et s; GAILLARD E.: L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origines, J D I, 1998, p. 661 et s.

(٢) راجع نص المادة السابعة من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠م بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية. راجع أيضاً بيير مايير، قوانين البوليس الأجنبية، جورنال القانون الدولى، ١٩٨١، بند ٣٤، ص ٣٠٧.

لأطراف العقد. فهذه الفكرة لا تجد صدى لها في تطبيق الشروط العقدية فقط، وإنما أيضاً في تطبيق قواعد البوليس التى يتعين احترامها سواء من قبل القاضى أم من قبل الأطراف. كذلك فإن هذا الإعمال يسهل الأخذ به لأن من يطلب التطبيق يقع عليه عبء إثبات طبيعة هذه القواعد. يضاف إلى ذلك أن هذا الإعمال يلقى القبول والتأييد ليس فقط من المحكم الدولى ولكن أيضاً من القاضى الوطنى. فكلاً منهما يبحث عن الاعتراف وتنفيذ الحكم الصادر عنه(١). فالقاضى الوطنى يكون أشد حرصاً من المحكم في مسألة قبول الحكم الصادر وإمكانية تنفيذه، خاصة بعد نظرة التشكيك في الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء واتجاه المستثمرين إلى التحكيم وحتى في ظل إنشاء المحاكم المتخصصة التى تهدف إلى التغلب على ظاهرة بطء التقاضى.

**الفرع الثانى : تطبيق قواعد البوليس في بلد التنفيذ بصورة تلقائية**

مضت الإشارة إلى أن قاضى العقد يبحث عن قبول الحكم الذى يصدره والاعتراف به من قبل قاضى التنفيذ. لهذا السبب فإنه يسعى جاهداً نحو التغلب على العقبات التى يمكن أن تعوق هذا التنفيذ(٢). ومن ثم فإنه يطبق قواعد البوليس التى تنتمى إلى قانون بلد التنفيذ. ولا شك أن هذا التنفيذ يعد تجسيداً لفكرة الرابطة الوثيقة بين العقد والقواعد التى تحكمه. فإعمال قواعد البوليس في بلد التنفيذ لا يعد بحثاً عن إمكانية التنفيذ فحسب، ولكن أيضاً

(١) فالاتجاه نحو تدويل حكم التحكيم وإعطائه كل الفعالية التى تكفل تنفيذه قد يقود فى بعض الأحيان إلى فقدان السيطرة على هذه الآلية، والتى أضحت الوسيلة المعتادة لتسوية منازعات التجارة الدولية. ألا يبدو من المنطقى أن يحاول المحكم البحث عن الإجراءات الصحيحة التى تكفل فعالية ما يصدره من قرارات. فلابد أن ينشغل المحكم الدولى بالبحث عما يكفل الاعتراف بالقرارات الصادرة عنه، بدلاً من أن يبحث المناهضين لهذا النظام عن السبل التى تشكك فى هذا الأخير وتعود إلى البحث من جديد عن مشروعية ذلك النظام.

(٢) د/ عكاشه محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ٥٥٢. راجع كذلك:

MAYER P.: Les lois de police étrangères, J D I, 1981, p. 326;

د/ هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، ١٩٩٥، ص ٦٩٥.

احتراماً للقواعد ذات الصلة بالعلاقة العقدية. فإذا كان قاضى العقد هو الراعى الحقيقى لمصالح الأطراف، ومن ثم فإنه لا يطبق إلا القواعد التى يطلبونها، فإن هذه المراعاة لا تتم بصورة كاملة. بعبارة أخرى إذا كان قاضى العقد يتعين عليه احترام إرادة الأطراف من خلال إعمال القواعد التى يختارونها، فإن هذا الاحترام لا يشكل قاعدة مطلقة، وإنما تحدوه بعض الضوابط والقيود، يبرز من بينها إعمال قواعد البوليس التى يربطها بالعقد رابطة جدية أو وثيقة. هذا ما يبرزه بوضوح حكم التحكيم الصادر في النزاع رقم ٤١٣١، حيث أشارت هيئة التحكيم إلى ضرورة احترام قواعد البوليس في بلد التنفيذ(١).

صحيح أن قاضى العقد، لاسيما المحكم الدولى، يميل دائماً إلى إعطاء قانون العقد دوراً احتياطياً أو تكميلياً، ولكن هذا الميل لا يعفيه من تطبيق قواعد البوليس التى تنتمى إلى قانون بلد التنفيذ(٢). فإذا كان الواقع العملى الذى أقرته الاتفاقيات الدولية يناصر هذا الميل، فإنه لا يمكن إعفاء المحكم من تطبيق هذه القواعد. ولعل فى عقد مقارنة بين نص المادة ٥٣ ونص المادة ٥٨ من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م ما يظهر بوضوح هذا الاستنتاج. فالمادة ٥٣ تحدد حالات الطعن بالبطلان والتى تظهر أن قاضى البطلان لا يراجع القرار الصادر عن المحكم، لأن من نتائج هذه المراجعة إهدار كل قيمة للقرار الصادر، وعودة به مرة أخرى إلى رحاب القضاء الوطنى. وذلك على عكس المادة ٥٨ والتى تحدد شروط التنفيذ، وتفرض على قاضى التنفيذ التدقيق في القرار التحكيمى الصادر وعدم تطبيقه

(١) راجع مجلة التحكيم، ١٩٩٠، ص ٦٠، تعليق Paulssou، وراجع أيضاً بيير مايير، L'interférence des lois de police، ص ٦٢.

(٢) قارب من هذا المعنى، د/ عكاشه محمد عبد العال، المرجع السابق، ص٥٥١، حيث يقرر «أن ذلك التطبيق ممكن متى كانت ثمة رابطة وثيقة تربط المنازعة بقواعد البوليس الأجنبية فى الفرض الذى لا تكون فيه هذه القواعد الأخيرة مختصة بمقتضى منهجية التنازع فى قانون دولة القاضى الناظر فى المنازعة».

عندما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

ويؤكد ذلك ويدعمه ما قرره الأستاذ الفرنسى إيف دوران بقوله: «أن إعمال المحكم لقواعد البوليس في بلد التنفيذ يمثل الحد الأدنى لضمان تنفيذ القرار الصادر عنه(١)».

وهكذا يتضح أن الفقه المناصر للتحكيم يذهب في الاتجاه الذى يلزم المحكم بإعمال هذه القواعد حتى يمكن أن تلقى القرارات الصادرة عنه الفعالية والتأييد. فانشغال المحكم بفعالية القرارات التى يصدرها يجعله دائم البحث عن الآليات، والسعى نحو والسبل التى تكفل هذه الفعالية.

وهكذا يمكن أن نخلص إلى أن اتجاه المحكم إلى تهميش الدور الذى تلعبه القوانين الوطنية في حل المنازعات التى تعرض عليه لا يصل إلى حد إهماله تطبيق قواعد البوليس في بلد التنفيذ(٢). فهذه القواعد تجد دائماً مجالاً شرعياً للتطبيق بصرف النظر عن الدور الذى تلعبه القوانين الوطنية في حل منازعات العقود الدولية أمام قضاء التحكيم. فإذا كان المحكم يستطيع تقليص الدور الذى تلعبه القواعد الآمرة في تسوية المنازعات المعروضة عليه، فإن هذا لا يصل إلى حد استبعاده تطبيق قواعد البوليس في بلد التنفيذ(٣).

---

(1) DERAINS. Y.: L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international, R.A., 1986, p. 407.

(2) MAYER P.: Les lois de police étrangères, art. Préc, no 40 et s, p. 313 et s; TOUBIANA A.: Le damaine de la loi du contrat en droit international privé, Dalloz 1973, no 222 et s, p. 189 et s; DERAINS Y.: L'ordre public et le droit applicable, art., préc p. 409.

راجع فى هذا الخصوص حكم التحكيم الصادر فى النزاع رقم ١٨٥٩ لسنة ١٩٧٣، حيث قررت هيئة التحكيم أن:

Les lois de police du lieu d'exécution du contrat doivent être respectées, indépendamment du droit qui le régit.

(٣) هذا ما سبق أن قرره إيف دوران بإشارته إلى أن إعمال قواعد البوليس المنتمية إلى بلد تنفيذ الحكم يتعين أن يكحون الحد الأدنى الذى يجب على المحكم مراعاته لضمان الفعالية للقرار الصادر عنه.

L'ordre public et le droit applicable, art. Préc, p.407.

# خاتمة

استعرضنا من خلال هذه الدراسة للدور الذى يمكن أن يلعبه قاضى العقد مُحكمـاً كـان أم قاضيـاً، فى تقليص المساحة التى تشغلها القواعد الوطنية الآمرة فى تسوية منازعـات العقـود الدولية، بصرف النظر عن كونها تتعلق بالنظام العـام، أم كـان لهـا طـابع البـوليس. وأن الآليـات التى يمكن اللجوء إليها لتقليص هذه المساحة تتعدد، ما بين إعطاء مفهوم ضيق لهذه القواعد، أو وضع مجموعة من الضـوابط التى تحـد مـن إمكانيـة تـدخلها. فلقـد تـم مناقشـة العديـد مـن السبل التى يمكـن لقاضـى العقـد أخـذها فى الاعتبـار سـواء عنـد تحديـد طبيعـة هـذه القواعـد، أو عند إعمالها.

إن الواقع العملى للعقود الدولية وكذلك المسـلك الـذى تنتهجـه هيئـات التحكـيم يقـود دائمـاً إلى تدعيم هذه الأفكـار. فلقـد أثبتـت التجربـة العمليـة أن اللجـوء إلـى القـوانين الوطنيـة أضحى أمراً محدوداً، لاسيما فى ظل التشريعات الحاليـة والتـى تعطـى هيئـات التحكـيم سـلطة واسعة فى تقـدير الحلـول، بـل وفى استخلاصـها مـن شـروط العقـد وعـادات وأعـراف التجـارة الدوليـة. فـإذا كـان اللجـوء إلـى التحكـيم قـد تـم تبريـره فيمـا سـبق بأنـه وسـيلة للاقتصـاد فى الإجراءات، وفى النفقات، وللمحافظة على سرية المعـاملات والأحكـام، فـإن الواقـع قـد بـرهن على أن اللجوء إلى هذه الوسيلة ليس فقط بعداً عن القضاء ولكنه أيضـاً بعداً عن القانون.

إن فكرة تقليص الدور والمساحة التى تشغلها القواعد الوطنية الآمرة يتماشى مـع الفكـر السائد الداعى إلى عدم الإفراط فى إعمال تلك القواعد وقصر تطبيقها فى أضيق الحـدود، نظـراً لأن هـذه القواعـد تـم إقرارهـا لحكـم العلاقـات الداخليـة وذلـك بصـرف النظـر عـن الأهـداف والغايات التى ترمى إلى تحقيقها.

فعدم الإفراط فى إعمال هذه القواعد هو الذى يدفع دائمـاً قضاة العقود الدولية إلى قصـر تطبيقهـا علـى تلـك المنتميـة إلـى قـانون القاضـى أو إلـى قـانون بلـد تنفيـذ الحكـم أو القـرار.

فالبحث عن فعالية تلك الأحكام أو القرارات هو الذى يدفع هؤلاء القضاة إلى إعمال هذه القواعد أو أخذها فى الاعتبار.

بيد أن هذا الواقع الذى أشرنا إليه يدعونا إلى التفكير فى البحث عن سبل للخروج من هذا المعترك، أو تغيير هذا الواقع. فإذا كان قضاة العقد يبحثون دائماً عن الحلول فى الشروط العقدية وفى عادات وأعراف التجارة الدولية ولا يتركون إلا مساحة ضئيلة للقواعد الوطنية، أياً كانت طبيعتها، فإن هذا يحتم علينا العناية بهذه الشروط والتفاوض الجيد على كل شرط فيها، باعتبار أنها تمثل الملجأ أو الملاذ الذى يبحث عنه المحكم لإيجاد الحل العادل للنزاع المطروح أمامه.

# قائمة المراجع

## أولاً - المراجع باللغة العربية:


- ❖ د/ إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفى فى العقود، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة روح القوانين، العدد السابع والأربعون، حقوق طنطا، يناير ٢٠١٩.
- ❖ د/ أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولى الخاص، المكتبة القانونية العربية، ٢٠١٢.
- ❖ د/ أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضرورى فى القانون الدولى الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولى، ١٩٨٤.
- ❖ د/ أحمد قسمت الجداوى، نظرية القوانين ذات التطبيق الضرورى ومنهجية تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يناير ويوليو ١٩٨٢.
- ❖ د/ جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ١٩٦٢.
- ❖ د/ حسام محمد عيسى، التحكيم التجارى الدولى، نظرة نقدية، ١٩٨٨.
- ❖ د/ جمال محمود الكردى، قرار المحكم فى المنازعة حول شرط المقاطعة الوارد فى عقد دولى، دار النهضة العربية.
- النظام العام الدولى العربى، حلم، أم حقيقة، أم خيال، منشأة المعارف، ٢٠١٠.
- ❖ د/ مختار أحمد بريرى، التحكيم التجارى الدولى، دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٩٩.
- ❖ د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.
- ❖ د/ عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى، دار النهضة العربية، ط٦، ١٩٦٩.
- ❖ د/ عصام الدين القصبى، الوجيز فى القانون الدولى الخاص، دار نصر للطباعة الحديثة، ٢٠١٢.

- ❖ د/ عكاشه محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- ❖ د/ عيد رواش، شروط الإعفاء من المسئولية، رسالة دكتوراه، السربون، ١٩٩٧.
- ❖ د/ عنايت عبد الحميد ثابت، إطراح فكرة الدفع بالنظام العام في القانون الدولى الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
- ❖ د/ عادل عبد الله، الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام، مجلة الفكر، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد حيضر، الجزائر.
- ❖ د/ محمد إبراهيم، التوفيق التجارى الدولى، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣.
- دور القواعد المادية فى تسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، نانت، فرنسا، ١٩٩٩.
- النظام القانونى لعقود نقل التكنولوجيا، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٢.
- القانون البحرى والجوى، مطبعة جامعة طنطا.
- ❖ د/ محمد كمال فهمى، أصول القانون الدولى الخاص، ١٩٨٥.
- ❖ د/ محمد السيد عرفه، القانون الدولى الخاص، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٣.
- ❖ د/ هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، ١٩٩٥.
- تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣.
- ❖ د/ نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلى، التحكيم فى القانون اليمنى، دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى والأنظمة الوضعية، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، ١٩٩٦.


## ثانياً - المراجع باللغة الأجنبية:


- ❖ ALPA G.: Les clauaes limitatives ou ex onératoires de responsabilité en droit italien actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, L.G.D.J, 1990.
- ❖ AUBY.J.M & Bon. P: Droit administrative des biens, Dalloz 1995.

- BENABENT A.: Droit civil les obligations Moutchrestien, 1997.
- Batiffol. 11 & Lagard.P: Droit international Privé, Ton II, L.G.D.J., 1976.
- DERAINS. Y.: L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international, R.A., 1986.
- DERAINS Y.: Les norme d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale, in le droit des relations économiques internationale, etudes offertes à B. GOLDMAN, litec, 1987.
- DANIEL. GUTMAN: Le Droit international Prive, Paris, Dalloz 1999
- Derains. Y: Intérêts monatoires, dommages-intéréts compensatoires et damages punitifs devant l'arbitre international, in Etudes affertes à Pierre Bellet, litec 1991.
- DAVID.R: Larbitrage dans le commece Economica, 1982.
- FOUCHARD Ph.: Rapport des syntbèse, in la convention de vienne sur la vente internationale et les Incoterms, Actes du colleque des 1er et 2 décembre 1989, L.G.D.J., 1989.
- FOUCHARD Ph.: La portée internationale de l'amulation de la sentence arbitrale, R. A, 1997.
- GAILLARD E.: L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origines, J D I, 1998.
- LOUSSOUARN Y. et BOUFEL P.: Droit international privé, Dalloz, 1996.
- LAGARDE P.: Les clauses limitatives de responsabilité en droit international privé, in colloque des clauses de responsabilité.
- LAGARDE P.: Recherches sur l'ordre public en droit international privé, L.G.D.J, 1959.
- MAYER P.: Droit international privé., Montchrestien, 1998.
- MAYER P.: Les lois de police étrangères, J D I, 1981.
- MAYER P.: L'enterférence des lois de ploic, in l'apport de la jurisprudence arbitral de la CCI, 1986.
- TERRE F. SIMLER ph. Et LEQUETTE Y.: Droit civil, les Obligations, Dalloz, 1996.
- Le TOURNEAU Ph. & CADIET L.: Droit de le responsabilité, Dalloz, 1998.
- TOUBIANA A.: Le damaine de la loi du contrat en droit international privé, Dalloz 1973.
- VINEY G.: Les clauses aménageant la responsabilité des constructeurs, RD imm 1982.
- VINEY G.: Rapport de synthés in "Les clauses limitatives au exonératoires de responsabilité en europe" Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, L.G.D.J., 1990.
- VIRASSAMY G.: Les relations entre professionnels en droit français, in la protection de la prtie faible dans les rapports contracturls: comparaisons fraqnco-belges, L.G.D.J., 1996.

# فهرس الموضوعات

**موجز عن البحث** ..... ١١٦٦

**الفصل الأول : ماهية القواعد الوطنية الآمرة** ..... ١١٧٣

**المبحث الأول : مفهوم قواعد النظام العام**..... ١١٧٤

**المطلب الأول** : أثر الاعتراف بالحلول الموضوعية المخالفة للنظام العام ..... ١١٧٥

**المطلب الثانى** :عدالة الحلول ودورها في إقصاء النظام العام الدولى..... ١١٨٠

**المبحث الثانى :مفهوم قواعد البوليس** ..... ١١٨٣

**المطلب الأول** :تحديد طبيعة القاعدة استناداً إلى الهدف أو الغاية ..... ١١٨٤

**المطلب الثانى** : تحديد طبيعة القاعدة استناداً إلى كيفية إعمالها بمعرفة القضاء ... ١١٨٧

**الفرع الأول** : استبعاد القضاء لصفة البوليس عن قاعدة ما ..... ١١٨٧

**الفرع الثانى** : أثر مركز أطراف العقد على مسلك القضاء ..... ١١٩٠

**الفصل الثانى : إعمال القواعد الوطنية الآمرة** ..... ١١٩٣

**المبحث الأول : تحديد تدخل قواعد النظام العام الدولى**..... ١١٩٤

**المطلب الأول** : العلاقة الوثيقة بين العقد والنظام القانونى لدولة القاضى..... ١١٩٥

**الفرع الأول** : التردد بين محل الإبرام وبلد التنفيذ ..... ١١٩٦

**الفرع الثانى** : جنسية أطراف العقد ..... ١١٩٨

**المطلب الثانى** : الاعتداء على التوقعات المشروعة لأطراف العقد ..... ١١٩٩

**الفرع الأول** : العقود النموذجية وعدم المساس بالتوقعات المشروعة ..... ١٢٠٠

**الفرع الثانى** : عدم التوازن المعرفى وفكرة عدم التعادل في المراكز القانونية ..... ١٢٠٤

**المبحث الثانى : تحديد تدخل قواعد البوليس**..... ١٢٠٦

**المطلب الأول** : تقلص دور قواعد البوليس أمام قضاء التحكيم .....١٢٠٧
**الفرع الأول** : غياب La lex fori وتقلص دور قواعد البوليس .....١٢٠٧
**الفرع الثانى** : حرية المحكم في تقدير الحلول .....١٢١٠
**المطلب الثانى** : إعمال قواعد البوليس في بلد التنفيذ.....١٢١٣
**الفرع الأول** : تطبيق قواعد البوليس بناء على طلب أطراف العقد .....١٢١٣
**الفرع الثانى** : تطبيق قواعد البوليس في بلد التنفيذ بصورة تلقائية .....١٢١٤
**خاتمة**.....١٢١٧
**قائمة المراجع**.....١٢١٩
**فهرس الموضوعات** .....١٢٢٢