

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

2676-1742:Eissn

تطبيق المحكم قواعد البوليس على القابلية للتحكيم

Arbitrator's application of police laws to arbitrability

قريقر فتيحة

جامعة تامنغست (الجزائر)، [korikar.fatiha@gmail.com](mailto:korikar.fatiha@gmail.com)

تاريخ النشر: 2023/06/01	تاريخ القبول: 2023/05/01	تاريخ ارسال المقال: 2023/03/14
-------------------------	--------------------------	--------------------------------

\* المؤلف المرسل

## الملخص :

لا يصح التحكيم إلا بصحة اتفاقيته، والتي على ضوءها يقدر اختصاص المحكم، فيما يعرف بالقابلية للتحكيم سواء كانت شخصية أو موضوعية، يحكمها القانون الذي أخضع الأطراف اتفاقهم له بمختلف قواعد النظام العام فيه، وهي قد تتعارض مع قانون بلد إجراء التحكيم أو بلد التنفيذ للحكم خاصة إذا كانت قواعد بوليس ترعى مصالح عامة مباشرة أو غير مباشرة، وتحقيقاً لمبدأ فعالية التحكيم يتعين على المحكم في تطبيقها من عدمه أن يكون مدركاً لأسباب وشروط إعمالها، كما عليه أيضاً التحقق من عدم وجود موانع لهذا التطبيق.

الكلمات المفتاحية: القابلية للتحكيم - قواعد البوليس - فعالية التحكيم - نظام عام عبر دولي .

**Abstract :**

Arbitration is valid only with the validity of its arbitration agreement under which the competence of the arbitrator is assessed whether personal or material ; It is governed by the law to which the parties have submitted their agreement to various rules of public order . In same time it might run counter to the law of the country of arbitration or the country of execution of the sentence ; especially if police laws directly or indirectly protect the public interest . And in order to realize the principle of the effectiveness of arbitration, the arbitrator must know the grounds and conditions of the arbitration agreement, as well as verify that there are no obstacles to this application.

**Keywords :** arbitrability ; police laws ; effectiveness of arbitration ; transnational Public Policy .

## -مقدمة-

تعتبر قواعد البوليس نصوصاً قانونية وطنية المنشأ وتشريعية الوضع، ضرورة التطبيق أمام القاضي الوطني وحتى أمام القاضي الأجنبي على كافة العلاقات والروابط التي تتصل وتمس المصالح الحيوية للدولة، يعرفها الفقه بأنها مجموعة القواعد الموضوعية في النظام القانوني الوطني والتي بلغ طابعها الأمر حداً يقتضي إعمالها على المسائل التي تدخل في مجال سريانها بصرف النظر عن نوع العلاقة أكانت وطنية بحتة أم كانت ذات طابع دولي. ترمي هذه القواعد إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية الاقتصادية والاجتماعية للدولة، لذلك يترتب على عدم احترامها إهدار ما تبغيه السياسة التشريعية في الدولة<sup>1</sup>، نصت عليها المادة 7 فقرة 2 من اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية<sup>2</sup> " أحكام الاتفاقية الحالية لا يمكن أن تنال من تطبيق القوانين الآمرة في بلد القاضي وذلك أيا كان القانون الواجب التطبيق على العقد<sup>2</sup> " .

ولم يقتصر تطبيق هذه القواعد على القضاء بل امتد الى التحكيم، حيث أظهرت مختلف القرارات التحكيمية الحضور الموضوعي لقواعد البوليس في التطبيق من قبل المحكمين على القابلية للتحكيم<sup>3</sup>، مع أنه من الناحية الشكلية قلما يتم الإشارة إليها تحديداً، لكن يتم ذكر ضرورة احترام قواعد النظام العام للقانون الواجب التطبيق، في هذا الخصوص تتأثر القابلية للتحكيم بالقانون الواجب التطبيق كيفما كانت الجهة التي اختارته، وبقواعد النظام العام فيه

خاصة قواعد البوليس المستهدفة حماية مصلحة عامة مباشرة كالنقد والمنافسة والصرف والتجارة الخارجية ، أو مصلحة عامة غير مباشرة من خلال المصلحة الخاصة كما في حماية المستهلك والعامل، وبذلك فإن تطبيق قواعد البوليس يستوجب أن يتحقق فرضان :

- أن يختار اطراف التحكيم قانونا للتطبيق على القابلية للتحكيم لا يمت بصلة لعناصرها سواء كانت قابلية شخصية أو موضوعية.

- أن تكون هناك قاعدة بوليس تنتمي إلى نظام قانوني معين غير مختار من أطراف التحكيم ، وترغب في الانطباق على النزاع المعروض على القاضي حول قابلية النزاع للتحكيم لوجود صلة وثيقة تربط هذه القاعدة بهذا النزاع .  
نلاحظ ان أعمال قاعدة البوليس اذا ما انتمت الى القانون الواجب التطبيق لا يثير اشكالا بخلاف ما اذا انتمت الى قانون آخر ، فهنا يكون التساؤل حول الأسباب التي تستدعي هذا التطبيق والشروط المتطلبة لذلك وهل هي مطلقة كافية أم توجد في الواقع العملي موانع لإعمالها ؟ لیتم معالجة هذه المسائل في أسباب وشروط إعمال قواعد البوليس على القابلية للتحكيم ( مبحث أول) ومادام الواقع العملي التحكيمي من خلال بعض القضايا أبان على استبعاد لهذه القواعد فإنه يتعين معرفة موانع تطبيق هذه القواعد من خلال هذه القضايا (مبحث ثاني) .

### المبحث الأول: أسباب وشروط إعمال قواعد البوليس على القابلية للتحكيم

#### المطلب الأول : أسباب إعمال قواعد البوليس على القابلية للتحكيم

حسبما هو معروف فالمحكم لا يوجد له قانون اختصاص يلتزم بتطبيقه ويعمله على ما يعرض عليه من نزاع نظرا للطابع الاتفاقي للتحكيم ناهيك عن غياب حتى المعايير التي قد توجه المحكم الى اختيار قانون واجب التطبيق على القابلية للتحكيم ، بما يجعله في تطبيقه لقواعد البوليس يسعى الى تحقق مبدأ فاعلية الحكم التحكيمي ( فرع أول) ومبدأ استمرار التحكيم( فرع ثان) .

#### الفرع الأول: مبدأ فاعلية الحكم التحكيمي

يحظى حكم التحكيم بوصف الفعالية عندما لا يتضمن أي عيب يحتمل أن يضعه تحت طائلة البطلان أو رفض التنفيذ الجبري، ويكون للحكم فعاليته اذا ما تم تنفيذه سواء كان حكما قضائيا او تحكيميا صادرا في بلد غير بلد التنفيذ<sup>4</sup> ، وتتحقق هذه الفاعلية عند عدم مساسه بالنظام العام لبلد التنفيذ، مما يستوجب على المحكم إصدار حكما غير مخالف للنظام العام<sup>5</sup> ، وتحديد قوانين البوليس ، وهو ما أكدته اتفاقية نيويورك<sup>6</sup> فيما يخص ضرورة مراعاة قواعد قانون الإرادة ، وقواعد قانون البلد الذي صدر فيه الحكم التحكيمي - أي قانون مقر الهيئة التحكيمية - لكن الأمر لا يقف هنا فقط اذا تعلق الأمر بقواعد البوليس الأجنبية عن القانون الواجب التطبيق على القابلية للتحكيم ، والتي تفرض تطبيقها على القابلية للتحكيم، وهي مستوفية أسبابها وشروطها ، فهنا يكون تطبيق قانون دولة مقر الهيئة التحكيمية حالة استثنائية في التطبيق، ليظهر قانون آخر يستوجب المراعاة والأخذ في الاعتبار، ويتعلق الأمر بقانون مكان التنفيذ للحكم التحكيمي، وقبل هذا وذاك لا بد ان لا يغفل المحكم مفاهيم القانون المختار، وبالنظر للمشرع الجزائري فقد ارتأى ان يطبق على القابلية للتحكيم قانون الإرادة او قانون العقد وفي غياب أي منهما يكون للمحكم ان يطبق ما يراه ملائما<sup>7</sup> .

## الفقرة الاولى: تطبيق المحكم لقواعد البوليس لقانون الإرادة

أظهرت مختلف الاحكام التحكيمية أن المحكمين اعتبروا القانون الواجب التطبيق - سواء كان القانون المختار للتطبيق على اتفاق التحكيم من الأطراف او القانون المنظم للعقد محل النزاع- قانون اختصاص لهم ،على ضوءه تتحدد مشروعية المصلحة المحمية ، وكان الحكم الصادر عن تجار جمعية الجبوب بأمر استرداد قد أشار الى مصلحة الاقتصاد الهولندي ورفضه تطبيق القانون النمساوي ، وكأن المحكمين اعتبروا انفسهم قضاة ، وهذا ما انتقده الفقه لأنه لا يمكن للمحكم اعتبار القانون المختار قانون اختصاص له فهو ليس بقاض ليكون بهذه المثابة حارسا لمصالح الدولة المختار قانونها كقانون واجب التطبيق ، وهذا يخالف طبيعة التحكيم الدولي الذي يفترض فيه الاستقلالية عن الأنظمة القانونية الداخلية ما جعل الفقه يقدر مشروعية المصلحة المحمية انطلاقا من التطابق بين اهداف قانون البوليس الأجنبي وقواعد النظام العام في القانون المختار<sup>8</sup>.

وأیضا قضى المحكمون في حكم آخر بضرورة النظر الى الهدف المتوخى من قانون البوليس الأجنبي في ضوء القواعد القانونية السويسرية باعتباره القانون الواجب التطبيق استنادا الى المادة 19 من القانون الدولي الخاص السويسري التي تجيز تطبيق القوانين الأجنبية<sup>9</sup> ، حيث في حكم لغرفة التجارة بزيوريخ -وهي مدينة سويسرية - في 31 ماي 1996 رفض المحكمون الأخذ في الاعتبار قواعد بوليس للنظام القانوني الروسي ، معتبرين عملية اكتساب الحصص في الشركة صحيحة بما يزيد عن 15% لشركة مجرية و 20% لشركة أرجنتينية والتي يعتبرها القانون الروسي مخالفة للنظام العام رغم أن مكان التنفيذ روسيا ، ورغم انه ترتب على ذلك رفض البنك الروسي لتنفيذ الحكم<sup>10</sup> نلاحظ أن اخضاع مسألة القابلية للتحكيم الى قانون اتفاقية التحكيم أو القانون الذي يحكم العقد الأساسي مرده الرغبة في تطبيق القانون المختار من الأطراف ، والذي عكسته الممارسة التحكيمية في حكم لغرفة التجارة الدولية CCI رقم 6752 اذ رفض المحكمون تطبيق القانون البلجيكي رغم كونه قانون مكان التنفيذ، وطبق القانون الإيطالي ،والذي هو قانون واجب التطبيق على العقد الأساسي باختيار الأطراف له لذلك<sup>11</sup>.

ان التوسع في القابلية للتحكيم والأخذ في الاعتبار لقواعد البوليس، يجعل في تفضيل الأخذ بقانون الارادة إعطاء القدرة لإرادة الأطراف لتحديد قواعد البوليس ، والتي تقدر قابلية النزاع للتحكيم في ضوءها ، وهذا الذي أحدث جدلا فقهيا جعل البعض ينتقد اخضاع القابلية للتحكيم الى قانون الإرادة ، خصوصا إذا تعلق الأمر بقانون المنافسة الذي ترى الأستاذة Idot أن اخضاع قابلية المنازعات للتحكيم في هذه المادة الى قانون الإرادة ، يصعب الأخذ به لأن مادة المنافسة من المسائل التي تتعلق بالمعتقدات الأساسية للدول ولا يصح أن تترك مسألة قابلية النزاع حولها لإرادة الأطراف وحرية اختيارهم<sup>12</sup>.

## الفرع الثاني: احترام قواعد البوليس لبلد صدور الحكم التحكيمي

نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مادته 1040 فقرة 2 على ثلاث خيارات للمحكم في التطبيق على القابلية للتحكيم ، أولها قانون الإرادة ، وعند غيابه يطبق المحكم القانون المنظم للنزاع محل اتفاق التحكيم ، وعند غيابه يكون للمحكم تطبيق ما يراه ملائما ، دون تحديد لذلك وبالرجوع إلى المادة 5 من اتفاقية نيويورك ، فإن حكم التحكيم يجب أن لا يتضمن ما يمس بالنظام العام لبلد صدوره<sup>13</sup> ، وهذا يعني أن المحكم عليه مراعاة قواعد

البوليس للبلد الذي تأسست فيه الهيئة التحكيمية حتى لا يصدر الحكم مخالفا لهذه القواعد ، أي أن المحكم عليه التحلي باليقظة و تجنب أسباب البطلان المتعلقة بالقابلية للتحكيم ، والمكرسة في قانون الدولة التي صدر الحكم فيها، ولكن أمرا كهذا ليس مطلقا ، لأن مراعاة قواعد البوليس لدولة محل التحكيم يصح في حال كان هو ذاته قانون محل التنفيذ.

### الفرع الثالث: احترام قواعد البوليس لبلد تنفيذ الحكم التحكيمي

نصت المادة 5 فقرة 2 من اتفاقية نيويورك على : "يجوز رفض الاعتراف بقرار التحكيم ورفض تنفيذه اذا تبين للسلطة المختصة في البلد الذي يطلب فيه الاعتراف بالقرار وتنفيذه

- (أ) انه لا يمكن تسوية موضوع النزاع بالتحكيم طبقا لقانون ذلك البلد

- (ب) ان الاعتراف بالقرار او تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة لذلك البلد."

حسب هذه الفقرة فإن احترام قانون بلد التنفيذ بدرجة كبيرة يكاد يكون هو الأصل الذي يترجم مبدأ فاعلية الحكم التحكيمي ، لذلك يتعين على المحكم احترام قواعد البوليس التابعة لقانون دولة التنفيذ لأن القضاء سيرفض تنفيذ الحكم التحكيمي عند تعارضه مع قواعد البوليس المنتمة لقانونه نظرا للرابطة الوثيقة بين قواعد البوليس لهذا البلد والمسألة المثار حولها النزاع .

و استنادا إلى ما جاءت به الاتفاقيات الدولية ، وإقرارها حق الدول في الامتناع عن الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه من خلال الدفع بعدم قابلية النزاع للتحكيم ، أو الدفع بمخالفة النظام العام ، دون أن ترفق ذلك بقواعد موضوعية لإلزام الدول بذلك<sup>14</sup> ففي بروتوكول جنيف لسنة 1923 المتعلق بشرط التحكيم ، من بين الشروط المدرجة في المادة الأولى<sup>15</sup> شرط يقضي بان يكون موضوع النزاع من الأمور التي يمكن حسمها بالتحكيم وفقا لقانون الدولة المراد الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم بها . غير أن هذا الأمر ليس مطلقا ففي قضية رقم 6106 لغرفة التجارة الدولية CCI بفرنسا رفض المحكمون تطبيق قانون مكان التنفيذ المحتمل لتقدير قابلية النزاع للتحكيم معللين ذلك بصعوبة التحديد المسبق لمكان التنفيذ نظرا لتعدد الأماكن التي تتواجد بها أموال المدين، وهذا سيثير مسائل تنازعية بسبب اختلاف القوانين تبعا لتعدد أماكن التنفيذ ، ما يقف كعقبة أمام المحكم<sup>16</sup> وهو يقدر قابلية النزاع للتحكيم وفق قانون مكان التنفيذ.

### المطلب الثاني: مبدأ استمرارية التحكيم واحترام التوقعات المشروعة للأطراف

إن تقدير مدى قابلية النزاع للتحكيم يقتضي من المحكم احترام قواعد النظام العام وتحديد قواعد البوليس وفق ما تم عرضه أعلاه ، لأن في ذلك ضمانا لديمومة التحكيم واستمراره كوسيلة ناجعة لحل منازعات التجارة الدولية، ولتفادي امتناع القاضي الوطني للدول المراد تنفيذ حكم التحكيم بها لدى مخالفته لقواعد البوليس الواردة في النظام القانوني لدولة القاضي ، حيث هذه القواعد تفرض تطبيقها بغض النظر عن الحرية الممنوحة للأطراف في اختيارهم قانونا واجب التطبيق على ما يثور بينهم من نزاعات ، وأهمها ما تعلق بقابلية النزاع للفصل فيه بألية التحكيم ، تأكيدا لاستمرارية التحكيم من جهة (فرع أول) واحترما لتوقعات اطراف التحكيم من جهة أخرى (فرع ثان) .

### الفرع الأول: مبدأ استمرارية التحكيم

ان توسيع نطاق القابلية للتحكيم بما يوسع اختصاص المحكم يقتضي تضيق نطاق تدخل النظام العام، وتحديد قواعد البوليس، ويفرض دائما على الأطراف كما المحكم احترام قواعد النظام العام في عمومها تحقيقا لذلك بما يحقق ديمومة التحكيم، فالمحكم يقع على عاتقه واجب تجاه الافراد يقتضيه القيام بمهامه واحترام توقعاتهم من جهة، ومن جهة أخرى هو ملزم باحترام تشريعات الدول ذات الصلة بما يحقق رقي وازدهار التجارة الدولية ليصبح التحكيم انجع الوسائل لحل نزاعاتها، ما يعني ان المحكم وبغرض ضمان ديمومة واستمرارية التحكيم عليه الموازنة بين ما يأمله اطراف اتفاق التحكيم منه بإصدار حكم يحترم توقعاتهم، وبين مصير هذا الحكم لدى السعي قضائيا لتنفيذه بما يضمن هذا التنفيذ، وقد تجسد ذلك في قضايا تحكيمية كما في القضية رقم 697 التي أشار فيها المحكمون إلى ضرورة الحفاظ على مؤسسة التحكيم كوسيلة ملائمة للتجارة الدولية، وللحفاظ على سمعة ومكانة التحكيم الدولي، الذي أثبت أنه الوسيلة الوحيدة لتسوية منازعات التجارة الدولية ولحماية معاملاتها.<sup>17</sup>

### الفرع الثاني: احترام التوقعات المشروعة للأطراف

ان لجوء الأشخاص الى التحكيم بدلا من القضاء، له أسبابه المختلفة<sup>18</sup>، ما يجعل المحكم بمناسبة نظره في اختصاصه وتقديره للقابلية للتحكيم يراعي ما يأمله أطراف التحكيم منه، وذلك بأن تصدر هيئة التحكيم حكما يتطابق وتوقعات هذه الأطراف الى حد ما، وذلك من خلال احترام التوقعات المشروعة لهم في القانون الواجب التطبيق الذي توقعوا تطبيقه، ويتصادف المحكم مع هذه الإشكالية في الحالة التنازع الايجابي بين عدة قوانين بوليس يريد كل منها الانطباق على القابلية للتحكيم، بحيث يجب أن يتم الأخذ في الاعتبار للتوقعات المشروعة للأطراف في فض التنازع لصالح قواعد البوليس الموافقة لتوقعاتهم المشروعة، مع الإشارة أن دور مبدأ احترام التوقعات المشروعة للأطراف عند تطبيق قواعد بوليس أجنبية هو ترجيح تطبيق قاعدة بوليس تنتمي إلى قانون ما، أكثر من كونه مبرر لتطبيق قواعد البوليس من حيث المبدأ<sup>19</sup>، وبالتالي فإن احترام التوقعات المشروعة للأطراف هو الدافع الرئيسي لإعمال المحكمين لقواعد بوليس أجنبية تكريسا للطابع الاتفاقي للتحكيم الذي يفرض على المحكم الخضوع لسלטهم في حدود المشروعية حتى لا يفاجأ الأطراف بتطبيق قواعد بوليس غير متوقعة لديهم، وتم تطبيق ذلك في قضايا كثيرة منها القضية رقم 1512 عندما رأى المحكمون استبعاد قواعد البوليس في وضعية تنازعيه مع قواعد بوليس قانون يوافق التوقعات المشروعة للأطراف<sup>20</sup>.

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

### المطلب الثاني: الشروط إعمال قوانين البوليس في القابلية للتحكيم

حتى يمكن للمحكم ان يأخذ في الاعتبار قواعد بوليس منتمية لقانون أجنبي أخذا بما تقدم من أسباب، يتعين أن تتوفر مجموعة من المحددات أهمها ان يكون هذا القانون معنا بالقابلية للتحكيم بحيث يكون لقواعد البوليس به علاقة بهذه القابلية سواء كانت شخصية او موضوعية هذا من جهة (فرع أول)، ومن جهة أخرى، يجب ان يكون هذا التطبيق مشروعا (فرع ثان) و توافر شروط التطبيق المكاني لقواعد البوليس (فرع ثالث).

### الفرع الأول: الصلة بين قواعد البوليس والقابلية للتحكيم

يتحدد تقدير القابلية للتحكيم في ضوء قواعد البوليس التي تعكس تدخل الدولة في الميادين الاقتصادية والاجتماعية، وهذا يقتضي وجوب تطبيقها في نطاقها المكاني على جميع النزاعات التي تدخل في نطاقها نظرا لكونها معنية بالقابلية للتحكيم، مما يعني توافر معايير وشروط التطبيق المكاني لهذه القواعد فقد يفصح القانون عن معايير التطبيق لهذه القواعد كما قد يخلو من ذلك، وهنا يجب البحث في نطاق تطبيقها من خلال أهدافها التي قد تكون حماية لمصلحة عامة، كما في المنازعات المتعلقة بالمنافسة التي تكون قابلة للتحكيم في بعض الأنظمة القانونية، ومع ذلك يجب تطبيق قوانين البوليس الخاصة بالمنافسة في الدول التي تتأثر بالتصرفات المقيدة للمنافسة، فيكون على المحكم تطبيق قانون المنافسة بوصفه قانون بوليس كلما كانت له أسبابه المشروعة في التطبيق<sup>21</sup>.

وقد تمثل قواعد البوليس حماية لمصلحة خاصة كما في قانون حماية المستهلك، إذ تنص المادة 6 فقرة 2 من اتفاقية روما على أنه "بغض النظر عن نص المادة 3 فإنه لا يكون اختيار الأطراف قانونا واجب التطبيق سببا في حرمان المستهلك من الحماية التي تؤمنها له القواعد الأمرة في قانون بلد إقامته المعتاد<sup>22</sup>".

نلاحظ أن المادة تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على كل نزاع يكون المستهلك فيه طرفا بصفته مستهلكا، وبالتالي هي تطبق على القابلية للتحكيم إذا ما اتفق المستهلك بمناسبة عقد في نطاق صفته كمستهلك على اللجوء إلى التحكيم، وفي حالة كان قانون محل الإقامة الخاص به ينص على منع اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستهلاك، أي ان قواعد البوليس استدعت بذاتها حضورها واختصاصها بالوضع المتنازع عليه فهذا يكون المحكم أمام وضعين إما اعلان عدم اختصاصه وإما قيامه بتطبيقها إذا ما توفرت الصلة بين قانون البوليس والمسألة محل النزاع.

يفرض هذا الوضع على المحكم التحقق من الصلة الوثيقة لقواعد البوليس بالمسألة محل النزاع، وذلك باستكشاف العلاقة بين المسألة محل النزاع والقانون الداخلي للدولة المتضمن قاعدة البوليس، والذي قد يكون قانون دولة مكان التنفيذ للعقد او قانون محل إبرام العقد، أو قانون محل التحكيم فإذا ما كانت قواعد البوليس في هذه القوانين لها رابطة بالمسألة محل النزاع وتريد التطبيق ولذات الهدف والمصلحة، فيتعين تطبيق أحد هذه القوانين بما يحقق الهدف والمصلحة انطلاقا من عمق صلتها بالمسألة محل النزاع، فممكن إجراء التحكيم أو مكان تنفيذ الحكم التحكيمي يعتبر بالنسبة للمحكم معيارا للصلة الوثيقة بين قواعد البوليس فيه والمسألة محل النظر المتعلقة بالقابلية للتحكيم، وفي هذا الصدد نص المشرع السويسري في المادة 19 من القانون الدولي الخاص الصادر بتاريخ 1987 والذي وقع تعديله سنة 2011 على شرط الصلة مثله مثل اتفاقية روما لسنة 1980 في المادة 7 فكلاهما تطلب شرط الصلة<sup>23</sup> الوثيقة بين قانون البوليس الأجنبي والمسألة محل النزاع لتقييم مدى قابلية النزاع للتحكيم.

### الفرع الثاني: مشروعية المصلحة المحمية

ان تقدير مشروعية المصلحة المحمية لن يكون صعبا بالنسبة للقاضي كونه يستند لقانونه في تقديرها، بينما يصعب الأمر بالنسبة للمحكم بسبب عدم وجود قانون اختصاص لهذا الأخير، مما يجعله أمام بعض الفروض لتقييم مشروعية المصلحة المحمية، وحتى يتسنى للمحكم تطبيق قاعدة بوليس يجب عليه أولا تقدير مشروعية المصلحة التي يرمي إلى حمايتها من خلال الأخذ بالاعتبار موضوع النزاع وطبيعته ونتائج التطبيق لقواعد البوليس الأجنبية، فكلما كان القانون الأجنبي مشروعا تحقق شرط تطبيقه.

### الفرع الثالث : توافر شروط التطبيق المكاني لقواعد البوليس

يتم تقدير القابلية للتحكيم في ضوء قواعد البوليس التي تعكس تدخل الدولة في الميادين الاقتصادية والاجتماعية، وهذا يقتضي أن تكون قواعد البوليس تستدعي وتتطلب تطبيقها المكاني على المسألة محل النزاع، اعتباراً من كونها معنية بالقابلية للتحكيم ، وهذا يعني توافر معايير وشروط التطبيق المكاني لهذه القواعد ، فقد يفسح القانون عن معايير التطبيق لهذه القواعد كما قد يصمت ، وهنا يجب البحث في نطاق تطبيقها من خلال أهدافها التي قد تكون حماية لمصلحة عامة كما في قانون المنافسة ، حيث يرى الاجتهاد القضائي أن المنازعات المتعلقة بالمنافسة قابلة للتحكيم سواء بالنسبة لقانون الاتحاد الأوروبي أو قوانين الدول الأوروبية الداخلية أو قانون الولايات المتحدة الأمريكية<sup>24</sup> ، دون اغفال وجوب تطبيق قوانين البوليس الخاصة بالمنافسة في الدول التي تتأثر بالتصرفات المقيدة للمنافسة ، فيكون على المحكم تطبيق قانون المنافسة بوصفه قانون بوليس كلما كانت له أسبابه المشروعة في التطبيق سواء كانت تجيز اللجوء الى التحكيم ام تقضي بمنعه . وقد تمثل قواعد البوليس حماية مصلحة خاصة كما في قانون حماية المستهلك ، إذ تنص المادة 5 فقرة 2 من اتفاقية روما على أنه "بغض النظر عن نص المادة 3 فإنه لا يكون لاختيار الأطراف قانوناً واجب التطبيق<sup>25</sup> موجبا لحرمان المستهلك من الحماية التي تؤمنها له القواعد الآمرة في قانون بلد اقامته المعتاد" ، فحتى لو كانت المادة تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، لكن لها اثر على القابلية للتحكيم إذا ما كان قانون محل الإقامة ينص على منع اللجوء الى التحكيم في عقود الاستهلاك ، وهذا يعني انه كلما كان قانون البوليس معنياً بالوضع المتنازع عليه يكون المحكم ملزماً بتطبيقه إذا ما توفرت الصلة بين قانون البوليس والمسألة محل النزاع .

### المبحث الثاني: حدود استبعاد تطبيق قوانين البوليس من طرف المحكم

يمكن للمحكم بمناسبة نظر مسألة قابلية النزاع للفصل فيه بالتحكيم ، وبالتبعية تقدير مدى اختصاصه أن يستبعد تطبيق قوانين البوليس ( مطلب أول ) مستندا في ذلك إلى آلية بديلة (مطلب ثان) .

#### المطلب الأول: مبررات استبعاد المحكم قواعد البوليس

دلت بعض الأحكام التحكيمية على رفض تطبيق قواعد البوليس التي لا تنتمي لقانون العقد ، لاعتبارات تتعلق بأن تطبيقها سيؤدي إلى الإخلال باليقين القانوني للأطراف والتوقعات المشروعة لهم ، وفي البعض الآخر نجد أن المحكمين امتنعوا عن تطبيق قواعد البوليس في قانون العقد لأسباب مختلفة تتمثل في مخالفة قواعد البوليس للنظام العام عبر الدولي (فرع أول) و مخالفة قواعد البوليس لمبدأ حسن النية (فرع ثان) و مخالفة قواعد البوليس للتوقعات المشروعة لأطراف التحكيم .

#### الفرع الأول : مخالفة قواعد البوليس للنظام العام عبر الدولي

كثيرة هي الأحكام التي استند فيها المحكمون الى مفاهيم النظام العام عبر الدولي، اذ امتنعوا عن تطبيق قواعد البوليس الأجنبية التي يتعارض هدفها مع النظام العام عبر الدولي ، حيث يراعي المحكم النظام العام في الدولة التي يختص قانونها بحكم الرابطة العقدية بمقتضى منهج التنازع، وهذا هو الاتجاه الغالب، وبصفة خاصة الدولة التي اختار الأطراف قانونها الداخلي لحكم العلاقة العقدية، بشرط ألا يتعارض مع النظام العام الدولي، والذي هو تعبير عن

المبادئ والقيم السائدة في مجتمع التجارة الدولية العابرة للحدود، فنجد المحكمين قد امتنعوا عن تطبيق القانون السوري القاضي بمقاطعة الشركات التي تتعامل مع إسرائيل وذلك لتعارضه مع حرية التجارة وعدم التمييز على أساس عرقي أو ديني، حيث هذه المبادئ من النظام العام عبر الدولي .

### الفرع الثاني : مخالفة قواعد البوليس لمبدأ حسن النية

يعد مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية من المبادئ المكرسة في النظام العام عبر الدولي، والتي يتم الارتكاز عليها في ميدان التحكيم التجاري الدولي، فالعقود جميعها في القانون الحديث قوامها في التنفيذ حسن النية، حيث جسد المحكمون ذلك باستبعاد القوانين الداخلية لمخالفتها مبدأ حسن النية، سواء كانت هذه القوانين منتمية للقانون الواجب التطبيق أم أجنبية عنه، فكثير من أحكام التحكيم استبعدت تطبيق القوانين الداخلية التي تحظر على الدولة اللجوء إلى التحكيم. معتبرة ذلك اخلايا بمبدأ حسن النية، وبتواتر حالات كهذه تم إقرار مبدأ آخر يقضي بأهلية الدول باللجوء الى التحكيم، هذا المبدأ الذي تكرر تشريعيا<sup>26</sup> .

### الفرع الثالث: مخالفة قواعد البوليس للتوقعات المشروعة لأطراف التحكيم

تجسيدا للطبيعة الاتفاقية للتحكيم يعتمد المحكمون الى احترام التوقعات المشروعة لاتفاق أطراف التحكيم، فيتم استبعاد تطبيق قواعد البوليس الأجنبية متى كانت مخالفة لتوقعاتهم عند إبرام العقد، غير انه يجب التعامل بحذر مع ذلك، خصوصا وأن عدم احترام قواعد البوليس في مكان التنفيذ بحجة مخالفتها لتوقعات الأفراد يجعل القضاء يرفض تنفيذ القرار التحكيمي.

### المطلب الثاني: إعمال المحكم للنظام العام عبر الدولي

أثبت الواقع التحكيمي ان إخضاع تنظيم القابلية للتحكيم الى قواعد بوليس يعرف صعوبة في التطبيق، والسبب ان المجالات التي تتدخل فيها قواعد البوليس في إطار العلاقات الدولية تتعدد وتنوع، وتختلف وجهات النظر حولها من بلد الى آخر، وحيث هي تتمتع بالصفة الآمرة في أحكامها سواء في العلاقات الداخلية أو الدولية، ومع ازدهار التجارة الدولية وظهور النظام العام للقواعد عبر الدولية صار الفقه والاجتهاد يرجح إعمال هذه القواعد ذات الطابع الأمر طالما هي تستهدف تحقيق مصالح أسمى من مصالح العاملين في ميدان التجارة الدولية (فرع أول) بالإضافة الى سعيها لتقرير حماية خاصة لبعض فئات المتعاملين في مجال التجارة الدولية (فرع ثان) .

### الفرع الأول : حماية مصالح المجتمع الدولي

كثيرة هي الاجتهادات التحكيمية التي فصلت من منظور قواعد النظام العام عبر الدولي، والمقررة لحماية مصالح عليا تسمو على إرادة المتعاملين في مجال التجارة، بل قد تسمو على القوانين الداخلية، ونجد من أمثلتها القواعد المتعلقة بمكافحة الرشوة وحماية حقوق الانسان والقواعد الخاصة بالمحافظة على البيئة .

### الفقرة الأولى : تطبيقات النظام العام عبر الدولي على القابلية للتحكيم في الرشوة

بالنسبة لمكافحة الرشوة نجدها مكرسة بالقوانين الداخلية، كما أن التوصيات والاتفاقيات الدولية حولها تشكل إجماعا دوليا حول ضرورة مكافحتها في نطاق التجارة الدولية، ما يسمح باعتبارها قاعدة نظام عام عبر دولي من أجل الحفاظ على الاستقامة والأخلاق في التعاملات التجارية الدولية، لكن الفقه يقول بأن كل هذه النصوص

المعلنة لمحاربة الرشوة لا يصاحبها الإلزام القانوني ، وبالنظر للممارسة التحكيمية فنجدها قد عرفت حضورا واسعا لهذه الفئة من القواعد فيما يتعلق بالرشوة، فالتاريخ التحكيمي يضعنا امام قرار شهير للمحكم Lagergren بصدد نزاع بين شركة بريطانية ووسيط أرجنتيني ، بحيث كانت الشركة البريطانية قد قدمت عمولة لهذا الوسيط لمساعدتها على الحصول على عقد اشغال عامة في الارجننتين ففضى المحكم بعدم قابلية النزاع للتحكيم لعدم مشروعية سبب العقد من منظور النظام العام عبر الدولي ، وبالتالي فهو غير مختص بنظر النزاع واعلن هذا المحكم عدم اختصاصه<sup>27</sup> ، ليكون الاختصاص للقضاء الوطني لدولة الأرجنتين .

وفي قضية أخرى أمام غرفة التجارة الدولية بباريس CCI رأى المحكمون بأن العقد المبرم بين الشركة البريطانية الذي تعهدت فيه بتقديم معلومات المساعدة لتسهيل حصول الشركة الفرنسية على صفقة اشغال في دولة افريقية مقابل عمولة محددة في العقد يمثل رشوة ستقوم الشركة البريطانية بتقديم قسم منها الى مسؤولين محليين في الدولة الافريقية، وحيث هذا التصرف هو سبب التزام الشركة الفرنسية ما يجعل العقد باطلا لعدم مشروعية سببه، وهذا يخالف النظام العام عبر الدولي . لقد عرف هذا القرار تطورا عن سابقه من خلال إقرار المحكمين لأنفسهم سلطة المعاقبة لخرق النظام العام عبر الدولي عند حكمهم ببطان العقود المخالفة للنظام العام عبر الدولي .

والقرار التحكيمي الآخر الصادر في مادة الرشوة والمشير صراحة لمصطلح النظام العام عبر الدولي<sup>28</sup> في قضية Hilmarton لسنة 1988 حيث أن الشركة الفرنسية OTV رغبت في المشاركة بمناقصة دعت اليها السلطات الجزائرية سنة 1980 لتطوير وتحديث العاصمة الجزائرية فتعاقدت مع شركة Hillmarton وتعهدت بموجبه هذه الأخيرة بتقديم الاستشارات الاقتصادية والضريبية وبالتنسيق بين المشاركين في تنفيذ المشروع لقاء نسبة 4 % من القيمة الكلية للصفقة، ولما حصلت OTV على الصفقة سنة 1983 دفعت نصف الأتعاب لشركة Hillmarton متذرعة بارتكاب هذه الأخيرة أخطاء استدعت تدخل OTV المباشر ودفع مبالغ للممثلين المحليين في الجزائر بقصد إزالة العوائق المعترضة أثناء التنفيذ ، فرفعت Hillmarton النزاع الى التحكيم محركة شرط التحكيم الوارد بالعقد وطالبت بمستحققاتها ، ما جعل OTV تدفع ببطان العقد لمخالفته القانون الجزائري لاحتكار الدولة للتجارة الخارجية رقم 02-78 الذي يحظر اللجوء الى الوطاء والسماسة ، رغم أن العقد أخضع للقانون السويسري وخلال المحاكمة تبين أن شركة Hillmarton مارست نفوذها لدى السلطات الجزائرية من أجل حصول شركة OTV على العرض لقاء دفع مبالغ لهذه السلطات ، وهذا ما دفع المحكمين الى القضاء بعدم مشروعية العقد بين OTV و Hilmarton لمخالفته قانون 02-78 المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية الذي يجرم استغلال النفوذ ، وحيث أن هذا الهدف يعتبر هدفا مشتركا بين القانون الجزائري وغالبية القوانين الأوروبية وبالتالي فالعقد مخالف للنظام العام عبر الدولي<sup>29</sup>

وأحدث القرارات ما صدر عن المحكمة العليا بلندن التي رفضت طعنا بالبطان ضد امر بتنفيذ حكم تحكيم صدر في 1 مارس 2012 بتطبيق نظام التحكيم التجاري الدولي والوساطة لمركز التحكيم بدبي DIAC وأدان الحكم شركة الميدان Meydan<sup>30</sup> بتعويض قدره 12,6 مليون جنيه إسترليني ، وقد كان العقد المبرم في 7 جوان 2009 بين شركة الميدان وشركة Honeywell يقضي بقيام هذه الأخيرة بتجهيز مضمار الميدان لسباق الخيل

بشبكة نظام كهربائي ، وأدرج بالعقد شرط تحكيم ي يخضع بموجبه لنظام التحكيم لسنة 1994 كقانون واجب التطبيق ، وفي 15 جويلية 2010 شركة Honeywell حركت شرط التحكيم ضد الميدان مطالبة بتحصيل المبلغ المشار له بالعقد لقاء عملها ، رفضت الميدان الخضوع لإجراءات التحكيم وانتهى التحكيم بحكم أدا الميدان في 1 مارس 2012 واعتبر الحكم واجب النفاذ بموجب قرار من المحكمة العليا في 22 نوفمبر 2012 فقامت الميدان بالطعن في القرار معتبرة أن Honeywell حصلت على العقد بتقديم رشوة للموظفين العموميين في دبي ما يجعل العقد باطل ، وأيضا شرط التحكيم ، لكن المحكمة العليا قدرت بأنه دفع بإدعاء لتعاقد محوره رشوة ، وأن هذا سيؤثر على العقد وليس على شرط التحكيم وفقا لمبدأ استقلالية شرط التحكيم الدولي<sup>31</sup> .

### الفقرة الثانية: تطبيقات النظام العام عبر الدولي على القابلية للتحكيم في مسائل البيئة

بالنسبة لإعمال النظام العام عبر الدولي في قضايا البيئة لم يشهد التحكيم التجاري الدولي حضورا لقضايا تتعلق بالحفاظ على البيئة ، إلا فيما يخص قضية هامة هي قضية الاهرامات المصرية ، غير أن أحد أهم الأحكام التحكيمية الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة بتاريخ 19 أبريل 2015 أدان دولة الأرجنتين بتعويض قدره 405 مليون دولار إلى SUEZ ENVIRONNEMENT لتعويض الضرر الناتج عن عقد امتياز يتعلق بإدارة خدمات المياه والصرف الصحي في بيونس إيرس (BUENS AIRES) واستند المحكمون في قرارهم الى نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، غير أن الفقه فضل لو انه تم اعتماد أسس ذات طابع دولي للفصل في النزاع<sup>32</sup> .

نلاحظ ان ما يتعلق بالبيئة لازال فيه المحكمون يفضلون مصلحة الطرف الخاص المتمثل في مجتمع التجارة الدولية عن المصلحة العامة للإنسان التي تتعلق بالحفاظ على البيئة حيث تصبح حماية البيئة تكريس لحماية حقوق الانسان في بعض النواحي وهي ليست محل اعتبار مقارنة بمصالح مجتمع التجارة الدولية.

### الفرع الثاني: حماية المتعاملين في مجال التجارة الدولية

تقرر هذه الحماية بموجب قواعد ذات طابع نظام عام عبر دولي غايتها حماية بعض فئات المتعاملين في ميدان التجارة الدولية كحماية الطرف الضعيف في العلاقات العقدية ، ومدى اعتبار مبدأ العقد شريعة المتعاقدين من قواعد النظام العام عبر الدولي انطلاقا من أن قواعد النظام العام الحمائي سواء الداخلي او العبر دولي قد تقررت من خلال مجموعة أحكام ترمي الى حماية هذه الفئة من أجراء ومستهلكين مثلا .

### الفقرة الأولى: حماية الطرف الضعيف

لكن كانت تطبيقات هذه القواعد مكرسة في القانون الداخلي بموجب نصوص خاصة تصنف على أنها قواعد بوليس ، فإن ضرورة تقرير هذه الحماية واعطائها صفة النظام العام عبر دولي لبعض الأشخاص الخاصة في إطار العلاقات العقدية الدولية أثار نقاشا فقهيا . فالبعض يرى انه من الضروري تقرير مبدأ نظام عام عبر دولي لحماية بعض فئات المتعاملين في العلاقات الخاصة الدولية بتوافر شروط الحماية ، مدللين على ذلك بالعقود المبرمة تحت تأثير إساءة استعمال المركز الاقتصادي لأحد المتعاقدين تجاه المتعاقد الآخر ، والتي يمكن هنا أن تشكل مساسا جوهريا بقواعد التجارة ، فالإكراه الاقتصادي يتضمن مساسا عميقا بالحرية ، ما يعني أنه في إطار الإكراه الاقتصادي

يحدث مساس بالنظام التجاري كله ، مما يدفع الى حماية الطرف الضعيف خصوصا وأن المادة 3 فقرة 10 من مبادئ القانون الموحد المتعلقة بعقود التجارة الدولية لسنة 1994 تنص على وجوب بطلان العقد أو أحد بنوده بسبب الغبن الذي يمكن ان يثار من قبل احد الأطراف ، والذي يكون لحظة ابرام العقد منح بصورة غير عادلة منفعة مبالغ فيها الى الطرف الآخر مع الاخذ في الاعتبار أن هذا الطرف المنتفع قد استفاد بطريقة احتيالية من وضعية التبعية أو الضيق الاقتصادي أو الحاجة وعدم الخبرة، أو عدم او نقص أهلية التفاوض عند الطرف الآخر إذن يمكن لهذا المبدأ ان يصح اعتباره قاعدة نظام عام عبر دولي انطلاقا من مفهوم وتنوع مصادر النظام العام عبر الدولي<sup>33</sup> ، غير أنه رغم اقتناع هذه الفئة الفقهية بضرورة حماية الطرف الضعيف إلا أنها لم تستطع جعل هذه الحماية كقاعدة نظام عام عبر دولي بصورة مستقلة ، خصوصا عند الإشارة أعلاه الى المساس بالنظام التجاري ككل دون الإشارة صراحة الى قواعد النظام العام عبر الدولي ، ما يعطي تأكيدا على التداخل القوي بين النظام العام التوجيهي والنظام العام الحمائي ، ليس فقط على المستوى الداخلي بل أيضا في النطاق عبر الدولي<sup>34</sup>

لكن جانبا آخر من الفقه رأى أنه من غير المقبول اعتبار إساءة استعمال المركز الاقتصادي مساسا بالمبادئ الأساسية للنظام العام عبر الدولي ، مفترضين أن قرينة الاحتراف لدى المتعاملين التجاريين تقضي هذا المبدأ من احتمالية تكريسه كقاعدة للنظام العام عبر الدولي .

وعلى هذا الاعتبار اذا كانت حماية الأشخاص الخاصة في اطار العلاقات التجارية الدولية من إساءة المركز الاقتصادي للمتعاقد صاحب وضعية الهيمنة لم تتقرر رغم ما ذهب اليه القانون الموحد ، فإن إمكانية نقل الفكرة الى علاقات تعاقدية أحد طرفيها دولة نامية ، عرفت مشادات فقهية على أشدها ، لما أثرت مسألة حماية الدول النامية في علاقاتها الاقتصادية الدولية ، واحتمالية تكريس هاته الحماية بموجب قواعد نظام عام عبر دولي ، تأسيسا على الإعلانات الصادرة عن الأمم المتحدة والرامية الى إقامة نظام اقتصادي جديد ، يأخذ بالاعتبار حقوق ومصالح الدول النامية ، ومراعاة السيادة والمساواة في العلاقات الاقتصادية.<sup>35</sup>

فالفريق الفقهي المؤيد لذلك يرى بوجود نظام عام عبر دولي ذي صبغة حمائية خاصة بالدول النامية معتبرين أن القرارات ذات الطابع الاقتصادي الصادرة عن الأمم المتحدة ، رغم أنها لا تشكل مصدرا للقانون يحظى بالإجماع فيكفي أنها تقدم على الأقل دليل على اتجاه جديد يرى بحق الدول السيادي على مواردها الطبيعية، في حين يأخذ الجانب الآخر من الفقه موقفا مخالفا إذ يرى أن احترام الحق السيادي للدول على مواردها الطبيعية يتعين ممارسته في حدود احترام الاتفاقات التعاقدية والالتزام بالتعويض ، وهذا لا يسمح باعتبار قرارات الأمم المتحدة جزء من النظام العام عبر الدولي ، لان أعمال وممارسة هذه الحقوق يتوقف على وجود أو عدم وجود اتفاقيات عقدية مخالفة ، بالإضافة الى ان هذه القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة لا تتمتع بأي قيمة قانونية .

وهكذا فهم يرون باستبعاد النظام العام عبر الدولي في هذه المسألة نظرا لعدم وجود توافق دولي حولها ، على ضوءه يمكن أن تعد القواعد المضمنة بقرارات الأمم المتحدة وموثيقها جزء من النظام العام عبر الدولي، لان الدول الفقيرة تشجع وتصوت على مشاريع هذه القرارات بخلاف الدول الصناعية المتقدمة ، لكن صدور هذه القرارات يمكن أن يطبع بالقيمة القانونية الإلزامية ، كقاعدة نظام عام عبر دولي ، يتعين على المحكمين تطبيقها لأن القول

بعكس ذلك يعني أن تقدير اعتبار مقررات أو توصيات الأمم المتحدة مصدرا من مصادر النظام العام كما رأينا يخضع الى معايير غير محددة تصنعها الأهواء السياسية والمصالح الاقتصادية<sup>36</sup> ، وأمر كهذا يتعين استبعاده إذا ما تعلق الامر بقواعد قانونية ذات طبيعة عبر دولية حتى يتطابق مع الالتزام بما توافقت عليه معظم الدول ، وفي ذلك احترام للإرادة الدولية التي سنت هذه القواعد، والتي حتى الفقه المعارض يرى اعتبارها مصدرا من مصادر النظام العام عبر الدولي .

### الفقرة الثانية: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

إن عبارة *Pacta Sunt Servanda* عبارة لاتينية تعني أن الأطراف منذ لحظة إبرامهم لاتفاقهم يلتزمون بموجب هذا الاتفاق على نحو لا يقبل الانتقاص من الالتزامات المنبثقة عنه، وهذا المبدأ هو مبدأ جوهرى في قانون الالتزامات وفي القانون الدولي العام وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين . ولأسباب التي يقرها القانون "ويقابلها في القانون المدني الفرنسي نص المادة 1134 "الاتفاقات المبرمة بصورة قانونية تحل محل القانون بالنسبة لأطرافها ولا يمكن ان تلغى إلا بالتراضي المتبادل او في الحالات التي يسمح القانون بذلك وعليهم تنفيذها بحسن نية"<sup>37</sup> . " وفي مجال القانون الدولي نجد اتفاقية فينا تنص في المادة 26 : "كل معاهدة نافذة وملزمة لأطرافها يجب تنفيذها بحسن نية"<sup>38</sup> ، فالدولة الطرف في معاهدة لا يمكنها الاحتجاج بالقيود الموضوعية في قانونها الداخلي لتتنصل من التزاماتها الدولية<sup>39</sup> .

كما أن هذا المبدأ حظي بالتطبيق في عديد المرات أمام المحكمين<sup>40</sup> ، حيث جاء في أحد الاحكام "انه بموجب المادة 13 فقرة 5 من النظام الأساسي لغرفة التجارة الدولية فإن المحكمين عليهم في جميع الحالات الأخذ في الاعتبار شروط العقد والممارسات التجارية وأهمها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والذي هو مبدأ نظام عام ، وأيضا فيما يخص قضية *Amco Assia corp* كان المحكمون انتهجوا نفس الطريق<sup>41</sup> ، وفيما يخص التأكيد على صفة النظام العام عبر الدولي لهذا المبدأ كذلك السيد *Goldman* أكد بطريقة واضحة صحة صفة النظام العام عبر الدولي لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين<sup>42</sup> .

ويشدد هؤلاء الفقهاء على أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وجه آخر لمبدأ القوة الملزمة للعقد ، والذي تعرفه كل الأنظمة القانونية ، فيتعين على المحكم الاخذ به كلما دعي للفصل في منازعات ذات صلة<sup>43</sup> .

في حين ترى طائفة من الفقه غير ذلك ، فهم يرغبون في أن يكون لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين طبيعة النظام العام عبر الدولي ، لان ذلك سيحدث إرباكا ولا تناسقا في مفهوم النظام العام عبر الدولي حسبهم فالأستاذ *Kassis*<sup>44</sup> يرى ان مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، أو القوة الملزمة للعقد هو تكريس لمبدأ الحرية التعاقدية ما يعني أنه لا حدود لهذه الحرية ، واذن فالمبدأ لن يكون من القواعد القانونية الآمرة . أما الفقيه *Racine* فيرى ان اعتبار مبدأ العقد شريعة المتعاقدين من قواعد النظام العام عبر الدولي ، ومن شأنه أن يؤدي الى الخلط واللبس ويقدم في ذلك حالتين للتدليل<sup>45</sup> .

1 - كيف يمكن أن نتصور أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين هو من النظام العام عبر الدولي وفي نفس الوقت يشكل هذا الأخير قيد على الأول.

2 - إذا اعتبرنا أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين من قواعد النظام العام عبر الدولي الى جنب مبدأ حسن النية فإن هذا سيؤدي الى التناقض ، لان مبدأ حسن النية هو مؤشر تقويمي وتصحيحي لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، أي أن مبدأ حسن النية يشكل قيديا على مدى ونطاق تطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، وهذا الامر لا يستقيم في حال اعتبار هذا الأخير من قواعد النظام العام عبر الدولي ، مما يعني أن بعض قواعد النظام العام عبر الدولي تخضع للتقييد والحصص لنطاقها بموجب مبادئ هي أيضا قواعد نظام عام عبر دولي ، وهذا يسمح بالقول بوجود تسلسلية هرمية بين مبادئ هذا النوع من النظام العام تقتضي وضع مبدأ حسن النية في مرتبة أسمى من مرتبة العقد شريعة المتعاقدين ، وهو امر غير مقبول فيما يتعلق بقواعد قانونية من ذات الطبيعة القانونية .

. غير أن ما توصل اليه الفقيه لم يسلم من النقد فمعارضي فكرته يقرون بصحة سمو مبدأ حسن النية على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، حيث يجد هذا الأخير حدوده في المبدأ الأول، وهذا الحد يفترض وجود علاقة تبعية بين المبدأين ، فمبدأ حسن النية يشكل أداة لاحترام القوة الملزمة للعقد وهو المعيار الذي يسمح بتقدير مشروعية تصرف أحد الأطراف في العلاقة بالنسبة للعناية الواجب إثباتها من أجل مطابقتها مع نص وروح العقد والقانون ، ويرون أنه من الأفضل تجنب الحديث عن كون مبدأ حسن النية قيد على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، وانما يكون الحديث عنه كمحدد لطرق وكيفية ممارسة الامتيازات العقدية التي تجب أساسها في القوة الملزمة للعقد .

#### خاتمة:

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

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

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

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

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

الهوامش:

1 -- سلامة احمد عبد الكريم : القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص ، (دراسة تحليلية تطبيقية) الطبعة الأولى، دار النهضة العربية سنة 1985 ، ص 12 وما بعدها .

-Francescakis Ph., La théorie du renvoi et les conflits de système en droit international privé, Paris, Sirey, 1958. P161

2 - CONVENTION DE ROME sur la loi applicable aux obligations contractuelles 19 JUIN 1980.-Article 7 : " Lois de police/ 2. Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat "

. [https://www.idit.fr/legislation/documents/Conv%20Rome%201980\\_Loi%20applicable%20aux%20contrats](https://www.idit.fr/legislation/documents/Conv%20Rome%201980_Loi%20applicable%20aux%20contrats)

3 - القابلية للتحكيم مفهوم قانوني يرسم مجالا تتحدد في نطاقه منطقة المنازعات القابلة للتسوية بطريق التحكيم ، وكل ما كان خارج مجال القابلية للتحكيم فهو مستبعد من احتمال تسويته بطريق التحكيم ، وهذا المجال على مستوى التشريع قابل للتوسيع والتضييق وهي قابلية شخصية تعني نطاق حق الشخص بالتصرف للجوء الى التحكيم وقابلية موضوعية تعني قابلية محل النزاع من عدمه للتحكيم وأمر كهذا يرجع الى احتفاظ كل دولة ، فرغم تشجيعها للتحكيم إلا انها ترجع اختصاصا حصريا الى قضائها ، مصدره ترجمة سلطتها على اقليمها وتصورها لأداء العدالة على ارضه ليصبح هذا النمط من النزاعات المحصور في هذا النطاق خارج عن مجال القابلية للتحكيم ، فتتحدد بذلك دائرة المنازعات القابلة للتسوية بطريق التحكيم ، ودائرة المنازعات التي وان قبلت التحكيم إلا ان القضاء الوطني يستأثر بحسمها . ونص المشرع في المادة 1006 من ق ا م ا على حالات اللاقابلية للتحكيم وقصرها على الأهلية والحالة وما تعلق بالنظام العام وما هو قابل للتصرف بحكم تنظيم المشرع له من عدمه ، فأن يكون محل النزاع غير قابل للتحكيم لتعلق النظام العام به أمر يدل على رغبة المشرع في إخضاع هذه المسألة لإشراف القضاء الوطني ، كما في الزواج والطلاق والنسب والأهلية فهذه مسائل تتعلق بالشخصية ولا تخضع للتحكيم ، بينما الآثار المالية لذلك فهي قابلة للتحكيم ، أما ما تعلق بالنظام العام فهو ما ورد فيه نصا على إخضاع اختصاصه للقضاء الوطني وخصه به اختصاصا حصريا كتحديد المسؤولية الجنائية للمتهم مثلا ، وتحديد العقوبات والجزاءات المناسبة ، كما لا يجوز التحكيم فيما يتطلب القانون فيه تدخل النيابة العامة وحتى ما هو محظور على الشخص المعنوي العام اللجوء فيه الى التحكيم

انظر تفصيل ذلك في " قريقر فتيحة : النظام العام والتحكيم التجاري الدولي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر -1- يوسف بن خدة 2016-2017 ، ص 148 وما بعدها

4 -- Mayer P : L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence " op cit , n° 36 , p 366 .

5 - ياقوت محمد : قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورة التطبيق، دار الفكر الجامعي-الإسكندرية ، 2003 ، ص 70

6 - Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)  
La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve:

- Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou
- Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens; ou
- Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées; ou
- Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou

e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue

2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate:

a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage; ou

b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays

حيث تشمل هذه المادة القابلية الموضوعية و الشخصية التي يتعين احضاعها لقانون الإرادة كأصل فإن لم يكن، فقانون مكان الهيئة التحكيمية حسب المادة

7 - المادة 1040 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09: "تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع اذا استجابت

الى الشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره، او القانون المنظم لموضوع النزاع، او القانون الذي يراه المحكم ملائماً"

8 - Sentence arbitrale rendue sous légide de l'association de commerce des grains d'Amsterdam de 1982 rev arb 1986 , p 375

Racine J B : l'arbitrage commercial international et l'ordre public, LGDJ , 1999 , p 239 .

9 - Art19, Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987 (Etat le 1er juillet 2022)

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

2- Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit. [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776\\_1776\\_1776/fr](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/fr)

10 - بردان اياد محمود : " التحكيم و النظام العام "، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، الحقوقية، 2004، ص 257 .

11 -- Fouchard gaillard goldman : l'arbitrage commercial international , édition litec 1996 , p 371 / 372

12 - Idot L : Rapport introductif in compétition and arbitration law , istitut du droit et des pratiques des affaires internationales , 1993 , p 11 .

- Idot L : Les conflits de lois en droit de la concurrence , JDI , 1995 , p 321

13- المادة الخامسة (1): لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يجتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على:

(أ) أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضعت له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

(ب) أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه.

(ج) أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودها فيما قضي به، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلاً للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم الغير متفق على حلها بهذا الطريق.

(د) أن تشكل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالفاً لما اتفق عليه الأطراف أو القانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

(هـ) أن الحكم لم يصبح ملزماً للخصوم أو ألقته أو أوقفته المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم.

(2) يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها:

(أ) أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم أو

(ب) أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد

14- وهو ما نصت عليه اتفاقية نيويورك في مادتها الخامسة فقرة 2 المذكورة أعلاه

15 -- Protocole relatif aux clauses d'arbitrage1 Adopté à Genève le 24 septembre 1923 Approuvé par l'Assemblée fédérale le 21 mars 1928 Instrument de ratification déposé par la Suisse le 14 mai 1928 Entré, en vigueur pour la Suisse le 22 juin 1928/Article 1: Chacun des Etats contractants reconnaît la validité, entre parties soumises respectivement à la juridiction d'Etats contractants différents, du compromis ainsi que de la clause compromissoire par laquelle les parties à un contrat s'obligent, en matière commerciale ou en toute autre matière susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage par compromis, à soumettre en tout ou partie les différends qui peuvent surgir dudit contrat, à un arbitrage, même si ledit arbitrage doit avoir lieu dans un pays autre que celui à la juridiction duquel est soumise chacune des parties au contrat.

[https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/44/406\\_426\\_420/fr#lv1\\_1](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/44/406_426_420/fr#lv1_1)

16 -- Sentence rendue dans l'affaire 6697 en 1990 rev arb 1992 , p 135 que la sentence ne heutera pas l'ordre public international du lieu d'exécution et en particulier les lois de police

17 -- Sentence rendue dans l'affaire N 6679 en 1990 , rev arb 1992 , p 135 .

- Racine J B : l'arbitrage commercial international et l'ordre public , op cit , p311

18- مبررات اللجوء الى التحكيم هي :

- 1- السرعة في فض المنازعات بسبب تفرغ المحكمين عادة للفصل في خصومة واحدة والتي لا يتعدى مداها عموما ستة أشهر.
- 2- الاقتصاد في النفقات نظرا لقلّة نفقات التحكيم مقارنة مع نفقات رسوم لتنفيذ المحاكم وأتعاب المحامين وإجراءات
- 3- سرية الإجراءات، وذلك لأن ملف الخصومة بين الطرفين يبقى تحت رعاية المحكمين الذين يلتزمون بالمحافظة على الحياد والسرية، خلافا لجلسات التقاضي في المحاكم التي ميزتها العلنية غالبا.
- 4- بساطة الإجراءات نظرا لمتنع هيئة التحكيم بحرية أوسع مما هي عليه في القضاء وذلك فيما يتعلق بإجاءات التقاضي كالتبليغات وإدارة الجلسات وتنظيمها وتقديم البيانات والاتصال بأطراف النزاع وصولا إلى إصدار حكم التحكيم في وقت قصير.
- 5- أن التحكيم يعرف تحمرا من القواعد الجامدة والبدائية التي تتسم بها القوانين الوطنية، مما يجعل الأمل معقودا عليه في إيجاد الحلول الملائمة لمنازعات العقود الدولية الحديثة كعقود التوريد، وعقود نقل التكنولوجيا وغيرها من العقود المعاصرة والممتدة في الزمن التي تلازمها مشاكل التنفيذ باعتبارها عقود زمنية عنصرها الهام الزمن والتطور، وهذا الذي لا تواكبه الأنظمة القانونية الوطنية.
- 6- طريقة اختيار المحكمين التي تعتمد على الرضا التام بين الطرفين المتنازعين، مما يشعرهم بالطمأنينة نتيجة الاختيار الإرادي من قبلهم لهذا النظام ليكون اللجوء مباشرة إلى خبير بالمسألة محل النزاع، ما يجعل التحكيم محققا للسرعة المنشودة باللجوء إليه، ويتحقق خصوصا فيما يعرف ب Arbitrage de Qualité وبذلك فمنازعات التجارة الدولية هي بحاجة لتكوين مهني متميز لأشخاصيناط بهم فقط حل المنازعات ذات الطابع الدولي لفهم الخصائص المميزة للمعاملات الدولية وما تعرفه من عادات وأعراف ومصطلحات
- 7- إن التحكيم عدالة مرنة ترعى مصالح الأطراف قبل ان ترعى الاعتبارات القانونية على خلاف القضاء الذي يعتبر بالنسبة للأطراف عدالة صماء يقوده تطبيق نصوص القانون

- 8- أن اللجوء للتحكيم يجنب الأطراف صعوبات تحديد المحكمة المختصة بمنازعات التجارة الدولية، وصعوبات تحديد القانون الواجب التطبيق وما ينجر عن هذا الأمر من مشاكل وعراقيل لا تتناسب مع واقع التجارة عموما والتجارة الدولية خصوصا، فالتحكيم له منهجية متميزة ملائمة وفعالة لحسم منازعات التجارة، فهو بذلك يخفف بعض العبء عن قضاء الدولة بتوجيه بعض القضايا المهمة اقتصاديا واجتماعيا و قانونيا وسياسيا، كقضايا عقود الاستثمار مثلا إلى قضاء التحكيم ذي الطابع التخصصي
- 9- تلافيا للحقد بين المتخاصمين، نظرا لرضا الأطراف بالحكم غالبا، كونه يصدر عن محكمين حائزين على ثقتهم، وهذا من شأنه إزالة الخصومات والمشاحنات حول الحكم، وبالتالي الدفع السريع إلى التنفيذ التلقائي للحكم التحكيمي دون الدخول في متاهة البحث في أساليب التنفيذ، والظعن في الحكم، ويبدل على ذلك التنفيذ التلقائي للأحكام التحكيمية الذي لا تقل نسبته عن 81% التحكيم يستبعد مشكلة تنازع الاختصاص القضائي، والتي كثيرا ماتتار أمام قضاء المحاكم<sup>1</sup> في النطاق الدولي، مما جعل اللجوء اليه حتمية تعترف بها الدول في تشريعاتها وتقبل به، وبمفهوم العدالة الذي يرسمه قضاء التحكيم لا قضائها وبالتالي تنسحب من مهمة التنظير للعدالة وفق رؤاها الخاصة السابق الوقوف عندها
- 10- التحكيم يستبعد مشكلة تنازع الاختصاص القضائي، والتي كثيرا ماتتار أمام قضاء المحاكم<sup>1</sup> في النطاق الدولي، مما جعل اللجوء اليه حتمية تعترف بها الدول في تشريعاتها وتقبل به، وبمفهوم العدالة الذي يرسمه قضاء التحكيم لا قضائها وبالتالي تنسحب من مهمة التنظير للعدالة وفق رؤاها الخاصة السابق الوقوف عندها

19- بردان اياد محمود: مرجع سابق ، ص 423 .

20 -- Sentence rendue dans l'affaire N 1512 en 1971 , JDI 1974 , p 904 .

- Racine J B :l'aritrage commercial international et l'ordre public , op cit ,p311

21 --Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) Art. 137 :-1 Les prétentions fondées sur une entrave à la concurrence sont régies par le droit de l'État sur le marché duquel l'entrave produit directe-ment ses effets sur le lésé.

2Si des prétentions fondées sur une entrave à la concurrence sont régies par le droit étranger, on ne peut, en Suisse, accorder d'autres indemnités que celles qui seraient allouées pour une entrave à la con-currence en vertu du droit suisse. [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776\\_1776\\_1776/fr#chap\\_1/sec\\_3/1v1\\_I\\_V](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/fr#chap_1/sec_3/1v1_I_V)

22- Article 5/ .2 :Nonobstant les dispositions de l'article 3, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle:

Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (version consolidée)

Journal officiel n° C 027 du 26/01/1998 p. 0034 – 0046

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A41998A0126%2802%29>

23 -- Prise en considération de dispositions impératives du droit étranger/ Art. 19

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

2 Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit./ [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776\\_1776\\_1776/fr](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/fr)

<sup>24</sup> - بردان اياذ محمود ، مرجع سابق ، ص 323 .

<sup>25</sup> -Article 5 : Contrats conclus par les consommateurs.....: 2. Nonobstant les dispositions de l'article 3, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle :

- si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat, ou  
- si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays, ou  
- si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur se soit rendu de ce pays dans un pays étranger et y ait passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente

<sup>26</sup> -Art 1134 Ccf : Les conventions ..... , elles doivent être exécutées de bonne foi

Art 17 Unidroit 1994 : depose que les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans la commerce international

<sup>27</sup> -- Affaire CCI N 1963 cité par Muchlinski Peter , Federico Ortino and Christoph Schreuer , the oxford handbook of international investment law 2008 , Oxford university Press ; p 611

<sup>28</sup> - كل القرارات في هذه الفترة استخدمت مصطلح النظام العام عبر الدولي الخاص و ليس النظام العام للقانون الدولي الخاص من خلال إشارتها إلى النظام العام في دول معينة إلى جانب النظام العام الدولي من جهة و استخدامها للنظام العام عبر الدولي المعترف به من قبل غالبية الدول و مبادئ القانون المعترف بها من قبل الأمم المتحدة

<sup>29</sup> --C.A.P 30septembre 1993 rev arb 1994 , p 350

<sup>30</sup> -- <https://actuarbitragealtana.wordpress.com/2015/01/30/cour-dappel-de-paris-violation-de-lordre-public-international-et-corruption/>

<sup>31</sup> -<https://actuarbitragealtana.wordpress.com/2015/01/30/cour-dappel-de-paris-violation-de-lordre-public-international-et-corruption/>

<sup>32</sup> --Ces tribunaux arbitraux privés, dont le CIRDI est le principal au niveau mondial, sont accusés de fonctionner de manière opaque et d'être structurellement biaisés en faveur des intérêts privés. Surtout, ils prennent généralement leurs décisions en se référant uniquement aux dispositions des traités d'investissements et plus généralement du droit commercial privé, sans réellement tenir compte des autres dimensions du droit international, et notamment du devoir de protection des droits de l'homme. Le litige entre Suez et l'Argentine en constitue un exemple particulièrement emblématique, puisque le gouvernement argentin a tenté, sans succès, d'invoquer « l'état de nécessité » face au « péril grave et imminent » résultant de la dramatique crise financière de 2001-389 2002, ainsi que son devoir de protection du « droit à l'eau », pour justifier l'annulation du contrat qui le liait à Suez.

<http://multinationales.org/Litiges-entre-Etats-et-multinationales-le-cas-emblematisque-du-conflit-entre>

<sup>33</sup> - kessdijian ch : un exercice de rénovation des sources du droits des contrats du commerce international , les principes proposé par l'uni droit , RC 1995 p 641 .

<sup>34</sup> --Art 3 p 10 : la nullité des contrats ou l'une de ses clauses pour cause de lésion peut être invoquée par une partie lorsqu'au moment de sa conclusion . le contrat ou la clause accorde injustement un avantage excessif à l'autre partie un droit notamment prendre en considération à la fait que l'autre partie a profité d'une manière déloyale de l'état de dépendance de la détresse économique de l'urgence des besoins de l'imprévoyance de l'ignorance de l'inexpérience ou de l'inaptitude de la négociation de la première et .....la nature et le but de contrat

<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-1994/>

عدل هذا النظام القانوني سنة 2016

<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>

<sup>35</sup> - قرار رقم 3201 المؤرخ بتاريخ 1ماي 1974 المتعلق بالإعلان عن انشاء نظام اقتصادي عالمي جديد

[https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga\\_3201/ga\\_3201\\_a.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_3201/ga_3201_a.pdf)

<sup>36</sup> --Racine Babbiste jean : op cit p 370

<sup>37</sup> -Art 11134 : Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que les conflits , ells doivent être revoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que le loi autorise, ells doivent être executées de bonne fois

<sup>38</sup> -- Art 26 : Pacta Sunt Servanda : Tout traite en rigueur lies les parties et doit être exécuté pa elles de bonne foi .

<sup>39</sup> -- Article 46 p 1 : Le fait que le consentement d'un état à être lié par une traite a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traites ne peut être invoqué par cet état comme viciant son consentement à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de

son droit interne d'importance fondamentale, convention de vienne sur le droit des traites conclué à vienne le 23 Mai 1969 Convention de Vienne sur le droit des traités 1961

[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1_1_1969.pdf)

<sup>40</sup> -- Besma ARFAOUI. L'INTERPRETATION ARBITRALE DU CONTRAT DE COMMERCE INTERNATIONAL. Thèse pour l'obtention du grade de DOCTEUR EN DROIT . UNIVERSITE DE LIMOGES FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES ; 2007-2008 P120/

<https://aurore.unilim.fr/>

<sup>41</sup> --L'affaire AMCO ASSIA corp et al C Indonésie . CIRDI 25 Septembre 1983 , IRL vol 89 , P379

<sup>42</sup> --Van Houtte Hans changed circumstance and Pacta sunt Servanda , Gaillard E: transnational rules in international commercial arbitration ICC publ N 480 , 4 Paris 1993 ,P 1107

<sup>43</sup> -- Lotfi Chady : L'arbitrage commercial international et l'ordre public transnational , centre de publication , UNV Tunisie 2002 , p 365

<sup>44</sup> - - Kassis Antoine : Théorie générale des usages du commerce LGDJ p 490 .

<sup>45</sup> - Racine J B , op cit , p 379