



مدى فاعلية النظام العام امام قضاء التحكيم التجاري الدولي

م. د. أرميض عبيد خلف

irmayyidh_al_azzawi_1981@tu.edu.iq

جامعة تكريت / كلية التربية للبنات

**The extent of the effectiveness of public order Against the
International Commercial Arbitration Court
Lecturer. Dr. IRMAYYIDH OBAID KHALAF
- Tikrit University- College of Education for women**

المستخلص

إن النظام العام فكرة بالغة التعقيد ولا يمكن تحديدها بل تستعصي عن التعريف، وهو صمام الامان للأنظمة الداخلية للدول، ووسيلة القضاء الوطني في استبعاد كل ما من شأنه المساس بالمبادئ الاساسية للدولة، انه سلاح القاضي الوطني في حماية هذه الاسس الجوهرية السياسية والاقتصادية والاجتماعية والاخلاقية السائدة في بلاده، لكن الامر مختلف فيما إذا تم اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي لحل النزاعات التجارية الدولية، فإن هيئة التحكيم أو المحكم لا يسهرون على حماية الانظمة الداخلية للدول، فجميع تلك الانظمة الوطنية تقف امامهم على قدم المساواة، كونهم لا يخضعون لها، بل يخضعون إلى ارادة الاطراف التي احالة اليهم النزاع، ويعملون على احترام تلك الارادة وما اتجهت اليه في اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم فهم يعملون على تنفيذ ما ورد في اتفاق التحكيم وما املته عليهم ارادة الاطراف، يلجا الاطراف للتحكيم التجاري الدولي نظرا لما يتمتع به التحكيم من مزايا عديدة من حيث سرعة وسرية الاجراءات وحرية اختيار القانون الواجب التطبيق، بما ان التحكيم يعتبر قضاءً موازياً لقضاء الدولة، فقد سمحت الدول باللجوء اليه كوسيلة لفض منازعات عقود التجارة الدولية من اجل التسهيل على المتعاملين في التجارة الدولية، وهذا لا يعني أن التحكيم التجاري الدولي يتمتع باستقلالية تامة من تدخل القانون والقضاء فيه، فالتحكيم هو اتفاق، ولذلك يجب ان تتوفر فيه الشروط الموضوعية والشكلية ، بالإضافة إلى الاجراءات التي تقوم

بها هيئة التحكيم أو المحكم لا بد ان تراعي الضمانات الاساسية للتقاضي أو ان البطلان سيتابع اجراءاتهما، ويكون ابطال هذه الاجراءات فقد من خلال تقديم احد الطرفين طلب اقامة دعوى البطلان أو الطعن بحكم التحكيم امام القضاء الوطني لمنع تنفيذه من قبل الطرف المتضرر منه، لان تلك الامور تعتبر جزء من النظام العام في التقاضي ولا يجوز تجاهلها، هذا من جهة، ومن جهة اخرى فان قضاء التحكيم التجاري الدولي، إذا لم يكن خاضعاً للنظام العام في الانظمة الداخلية للدول، فانه يخضع للنظام العام العبر الدولي الحقيقي، بالإضافة إلى خضوع احكام التحكيم إلى الرقابة القضائية في حال اللجوء إلى قضاء الدولة للاعتراف وتنفيذ الاحكام الصادرة أو رفع دعوى قضائية لأبطالها كما هو مبين اعلاه، والتي لا يجوز تنفيذها في حال مخالفتها للنظام العام في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها، وبالتالي فإن قضاء التحكيم التجاري الدولي لا يبتعد عن نفوذ القانون والقضاء الوطني، لأنه يحترم الاسس الاساسية والمبادئ العامة التي تشكل النظام العام للدولة.

الكلمات المفتاحية: قضاء , التحكيم , التجاري

Abstract

Abstract: Public order is a very complex and indefinable idea. It is the safety valve for the internal systems of countries, and the national judiciary's means of excluding everything that might prejudice the fundamental principles and foundations of the state. It is the national judge's weapon in protecting Those fundamental political, economic, social and moral foundations prevailing in his country, but the matter is different if international commercial arbitration is resorted to to resolve international trade disputes. The arbitral tribunal or arbitrator does not guarantee the protection of the internal systems of countries, as all those national systems stand before them on an equal footing, because they are not subject to them, but rather are subject to the will of the parties to whom the dispute has been referred. And they work to respect that will and what was directed towards it in the arbitration agreement or the arbitration clause. Parties resort to international commercial arbitration due to the many advantages that arbitration enjoys in



terms of speed and confidentiality of procedures and freedom to choose the applicable law. Since arbitration is considered a judiciary parallel to the state's judiciary, countries have allowed to resort to it as a means of settling disputes in international commercial contracts in order to facilitate dealers in international trade, and this does not mean that international commercial arbitration enjoys full independence from the interference of the law and the judiciary in it. Arbitration is an agreement and therefore the objective and formal conditions must be met in it. In addition to the procedures carried out by the arbitral tribunal or the arbitrator, the essential guarantees of litigation must be taken into account, or the invalidity will pursue their procedures, and the invalidation of these procedures is only through the submission of one of the parties a request to establish an action for nullity or appeal. Arbitration ruling before the national judiciary to prevent its implementation by the party affected by it. Because these issues are considered part of the public order in litigation and may not be ignored, this is on the one hand, and on the other hand, the international commercial arbitration judiciary, if it is not subject to the public order in the internal regulations of the countries, then it is subject to the true trans-international public order, in addition to the subjection of arbitration rulings to oversight Judicial in the event of resorting to the state's judiciary for recognition and forcible execution of those issued judgments or filing a lawsuit to nullify them, as indicated above. Which may not be implemented in the event that it violates the public order of the state in which the judgment is required to be executed, and therefore the international commercial arbitration judiciary does not depart from the sway of the law and the national judiciary, as it respects the fundamental foundations and general principles that constitute the general order of the state

Keywords: Judiciary, arbitration, commercial

المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع البحث: يشغل قضاء التحكيم التجاري الدولي مكاناً بارزاً على الصعيد العالمي، بحيث أصبح العالم يموج بالتطورات حول هذا الموضوع الى درجة يصعب متابعتها، فقضاء التحكيم التجاري الدولي هو قضاء موازي للقضاء العادي، إلا انه قضاء خاص يتأسس بإرادة الاطراف ويعنى في حل منازعات عقود التجارة الدولية يلجا اليه اطراف العقد التجاري الدولي لما يتمتع به هذا القضاء من مزايا عديدة، وذلك لفض المنازعات الناشئة عن العقد، فقضاء التحكيم لا يتم اللجوء اليه الا بإرادة الاطراف فهو قضاء اختياري بمجرد الاتفاق على اللجوء اليه، فاتفق المتعاقدان على اللجوء إلى قضاء التحكيم لفض المنازعة الناشئة عن عقد تجاري دولي يعتبر سلب لاختصاص المحاكم الوطنية في نظر المنازعة، اذ يعد قضاء استثنائي، فالأصل هو اللجوء إلى القضاء الوطني، ولكن يفضل اطراف العقد التجاري الدولي اللجوء اليه لكونه يتماشى مع طبيعة العقد الدولي من حيث تطبيقه لقواعد قانونية عبر دولية تتناسب مع مقتضيات التجارة الدولية ونموها المتسارع، فقضاء التحكيم الدولي شكل خطوة باتجاه افلات العقود التجارية من قبضة القوانين الوطنية والقضاء الوطني عن طريق اتباع حلول نابعة من طبيعة التجارة الدولية، ومستلهمه من واقعها، وذلك بالأخذ بالأعراف والعادات التجارية والقواعد القانونية الدولية كالاتفاقيات الخاصة بالبيوع التجارية الدولية، بما يحقق الامان القانوني للأطراف، ولكن التحكيم التجاري الدولي رغم ما يتمتع به من مزايا ومرونة ليس من السهل دائماً سلوك سبيله نظراً لاصطدامه في كثير من الاحيان بقضية وجوب مراعاة النظام العام والتي تحيط به من جميع جوانبه بدءاً من اتفاق التحكيم الذي يجب ألا يكون متعارضاً مع النظام العام، ومروراً بإجراءاته التي يتحتم الا تخالف النظام العام، وانتهاء بالحكم الصادر فيه الذي ينبغي أن يخضع في اجراءاته وتنفيذه للنظام العام. فمناطق التحكيم في جميع مراحلها عدم تعارضه مع النظام العام في الدولة، على اعتبار أن النظام العام هو صمام الامان في الدولة وراعى مصالحها.

ثانياً: أهمية موضوع البحث: تكمن تلك الأهمية في تتبع قوة مجتمع التجار ورجال الأعمال في حماية تعاقداتهم سواء ما يتعلق منها بعقود التجارة الدولية أو اتفاق التحكيم أو اجراءاته أو حكم التحكيم من القواعد الامرة في الانظمة القانونية الوطنية التي اصبحت عائقاً امامهم، وكذلك مدى قدرة قضاءهم التجاري على عدم تطبيق القواعد الامرة المتعلقة بالنظام العام في حل منازعات عقود التجارة الدولية، تلك العقود التي اضحت اداة لتطور مادة القانون الدولي الخاص نظراً لأهميتها في التنمية الاقتصادية للدول، واحد المرتكزات الاساسية لازدهارها، فالتجارة الدولية اصبحت بحاجة إلى قضاء متخصص يلبي طموحات المتعاقدين ويسهل فض منازعاتهم في حال نشوؤها، ويمثل التحكيم التجاري مظاهر من مظاهر سلطان الارادة، فأهمية البحث تتبع من أهمية فكرة النظام العام بأشكالها المختلفة في التحكيم الدولي ومدى قدرتها على ابطال الاجراءات المخالفة لها امام قضاء التحكيم التجاري الدولي.

ثالثاً: اشكالية موضوع البحث: إن اشكالية البحث تتجسد في الاجابة عن دور النظام العام أو اثره في التطبيق امام التحكيم التجاري الدولي، كون الاخير قضاء من صنع الارادة الفردية للمتعاقدين تم ذلك بمباركة القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، التي سمحت لهم باللجوء اليه كوسيلة بديلة ومنسجمة مع طبيعة تعاقداتهم التجارية الدولية وبما يزيل العقبات امام تطور التجارة الدولية، فهل خضوع المحكم للإرادة الفردية للمتعاقدين يعطيه الحق في تجاهل أو عدم تطبيق النظام العام كونه غير خاضع للقوانين الوطنية للدول بما فيها من نصوص امرة ام يتقيد بها، ان الاجابة على هذا التساؤل تتطلب منا البحث في مدى استقلالية التحكيم بصورة نهائية عن تدخل القانون والقضاء الوطني ام يبقى يعمل تحت مظلة القانون والقضاء الوطني، فالنظام العام هو متعلق بكل صوره وقواعده بالكيان السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة فالبعض منها نظم بقواعد قانونية صارمة لأنه يضمن تماسك البنيان القانوني للدولة، فهل احالة النزاع إلى التحكيم التجاري الدولي يفلت النزاع من قبضة القواعد المتعلقة

بالنظام العام أو النظام العام الوطني ، ام تؤخذ بنظر الاعتبار عند نظر هيئة التحكيم أو المحكم النزاع، وهذه تمثل اشكالية البحث.

رابعاً: **منهجية البحث:** اعتمدنا في هذا البحث على المنهج التحليلي والمنهج المقارن، وذلك بتحليل النصوص القانونية والاتفاقيات الدولية الخاصة بمجال التحكيم التجاري الدولي، وذلك من خلال البحث في المؤلفات العامة والتخصصية، واعتمدنا المنهج المقارن من خلال البحث في القوانين المقارنة كالقانون العراقي والمصري وبعض القوانين العربية الاخرى والقانون الفرنسي وكذلك البحث في التشريعات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، اذ لا يمكن النظر إلى التحكيم التجاري الدولي من زاوية وطنية ضيقة، اذ أن دولية التحكيم تتطلب الانفتاح على النظم القانونية الوطنية المقارنة والتشريعات الدولية.

خامساً: خطة أو نطاق موضوع البحث: جاءت خطة البحث متوازنة قدر الامكان لتغطي الجوانب التي يتضمنها البحث من خلال تقسيم البحث الى مبحثين، في الاول نوضح ماهية النظام العام وماهية التحكيم التجاري الدولي، وفي المبحث الثاني نتناول دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في اعمال النظام العام على مراحل التحكيم.

المبحث الأول

ماهية النظام العام وماهية التحكيم التجاري الدولي

تمهيد وتقسيم: إن تطور مفاهيم النظام العام واتساعه، سايره بذلك تعدد مفاهيم ومدلولات التحكيم التجاري الدولي فلكل من النظام العام والتحكيم مزاياه وخصائصه التي يمتاز بها وشروط لتطبيقه، فمتى ما توفرت هذه الاخيرة يكون قابل للتطبيق أو التطبيق على المنازعة، فالكشف عن مفاهيم ومضامين النظام العام والتحكيم يتطلب منا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول بالمطلب الأول ماهية النظام العام، ونخصص المطلب الثاني إلى ماهية التحكيم التجاري الدولي، وعلى النحو التالي:

المطلب الأول

التعريف بالنظام العام

من الصعب جدا ونحن بصدد دراسة مدى فاعلية النظام العام امام قضاء التحكيم التجاري الدولي دراسة كل ما يتعلق بالنظام العام في التحكيم التجاري الدولي، بل نعالج فكرة النظام العام بالقدر الضروري لخدمة موضوع البحث، فالنظام العام له مفاهيم متعددة وخصائص متنوعة وشروط لإعماله، فأعمال النظام العام بكل مفاهيمه لا يجد صعوبة امام القاضي الوطني، فالقاضي الوطني من واجبة القانوني حماية الاسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية لدولته، إلا أن الامر ليس بهذه السهولة كما لو عرض النزاع على قضاء التحكيم الدولي، فالمحکم لا يخضع لأي قانون فقوانين الدول جميعها اجنبية بالنسبة له، الا ما تمليه عليه ارادة المتعاقدين، فبالبدائية سوف نستعرض مفاهيم النظام العام بكل اشكالها ومن ثم تعريفه وبيان خصائصه وكيفية اعماله، وعلى النحو التالي:

الفرع الأول:- مفاهيم النظام العام وتعريفه : إن فكرة النظام العام قد ينظر اليها من منظور وطني داخلي، وقد ينظر اليها من منظور أو زاوية تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، وقد ينظر اليها من زاوية المفاهيم الاساسية السائدة لدى الدول (اي النظام العام الدولي الحقيقي)^(١).

أولاً: النظام العام الداخلي:- ترتبط فكرة النظام العام الداخلي بالقواعد الامرة في هذا القانون، التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، ومن ثم تعد قيّدًا على سلطان الارادة^(٢) فالنظام العام الداخلي يهدف إلى حماية الاسس السياسية والاقتصادية أو الخلقية التي يقوم عليها كيان المجتمع، إلا أن المشرع عندما حدد مفهوم النظام العام الداخلي وهدفه لم يحدد تعريف له ولا بيان لفكرته، فقد اعطى صلاحية للقاضي الوطني استبعاد اي قانون اجنبي

(١) ينظر في ذلك، د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٥٥٦.

(٢) راجع في ذلك، د. محمد حمدي بهنسي، النظام العام والبعد الاجتماعي للقوانين الوطنية في مجال القانون الدولي الخاص، المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ص ٢٤٤.

يتعارض معه ولم يحدد تعريفه (١)، فالمشرع ليس وحده من استعصى عليه ذلك، بل الفقه ايضا لم يستطع وضع تعريف جامع مانع لفكرة النظام العام، وذلك لمرونة فكرة النظام العام ونسبيتها، اذ تتغير هذه الفكرة من مكان إلى مكان ومن زمن إلى اخر، فما يعتبر من النظام العام في العراق لا يعتبر كذلك في تركيا، وهكذا، رغم ذلك حاول الفقه تقريب تلك الفكرة إلى الازهان باللجوء إلى تعريفات متعددة ومطولة (٢)، فقد ذهب احد الفقهاء إلى تعريفها بانها " مجموعة القواعد القانونية التي تهدف إلى المحافظة على الكيان السياسي والاقتصادي والاخلاقي للدولة ، وتضع في الاعتبار سمو المصلحة العامة على المصلحة الفردية دون ان تغفل أو تتجاهل كلية المصلحة الفردية" (٣) وعرفها جانب اخر من الفقه بانها "مجموعة النظم والقواعد الوطنية التي تهدف إلى حسن اداء المصالح العامة وسلامة العلاقات بين الافراد واتفاقها مع الآداب العامة ، ولا يستطيع هؤلاء تجنب تطبيقها في اتفقاتهم" (٤)، فليس من السهل وضع تعريف أو مصطلح "النظام العام" (٥)، فقد كتب البروفسور جوليان ليو في رسالة الدكتوراه التي نشرت عام ١٩٧٨: إن الشك والغموض حيال المحتوى الفعلي لهذا المصطلح هو أحد السمات الجوهرية للنظام العام (٦)، فقد وضع الفقه جملة من المحددات كما وردت في التعاريف يمكن

(١) فالمادة ٣٢ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ تنص(لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق). اما في القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ فقد وردت مفهوم مصطلح النظام العام في المادة (٢٨) والتي تنص " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر".

(٢) ينظر في ذلك، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٣٩٩.

(٣) ينظر في ذلك، د. اشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في قضاء التحكيم، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٢.

(٤) راجع في ذلك، د. جمال محمود كردي، النظام العام الدولي العربي حلم ، أم حقيقية ، أم خيال، دار النهضة العربية ، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٠، ص ١١.

(٥) د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري الجزء الثاني، تنازع والاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٢٤٧.

(٦) ينظر في ذلك:

من خلالها القاضي أن يحدد ما يعتبر من النظام العام في دولته، مع ذلك حاولنا وضع تعريف للنظام العام الداخلي على أنه " مجموعة القواعد والموجهات القانونية التي تضمن تماسك كيان الدولة السياسي والاقتصادي الاجتماعي والاخلاقي، وتوجب البطلان على كل تصرف يؤدي إلى المساس بهذا الكيان".

ثانياً: - النظام العام الدولي الخاص: إن مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص أو ممكن ان نقول " النظام العام الوطني من منظور دولي خاص هو في الاصل نظام عام وطني ويسري على العلاقة الخاصة المشوبة بعنصر اجنبي، ويؤدي إلى استبعاد القانون الاجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الاسناد الوطنية لمخالفته النظام العام في دولة القاضي الوطني وفي حدود المخالفة⁽¹⁾. فالنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بحسب نظرية سافيني⁽¹⁾ هو استثناء exception يبعد تطبيق قانون اجنبي كان لولا ذلك مختصاً، وهذا الاستثناء ناتج عن عدم وجود اتحاد قانوني *defaut de communauté juridique* ، بين بلد القانون الاجنبي الذي كان يطبق لولا هذا الاستثناء وبين البلد الذي يحول فيه النظام العام دون هذا التطبيق، والاتحاد القانوني *communauté de droit* بين دولتين هو الذي يمكن القاضي في إحداها من تطبيق قانون الاخرى، اذ هو عبارة عن اتحاد في فكرة مشتركة تقوم عليها النظم القانونية التي تكون موضع نظر المحكمة في النزاع المعروض عليها،

juridiques conception commune sur les diverses institution envisages، فكما أن كل شخص من طبقة معينة لا يقبل الاختلاط لأشخاص ينتمون لطبقة لا تتفق مع طبقته ، وكما لا تدور مناقشة مفهومه الا بين شخصين يمكنهم التفاهم بلغة واحدة ، كذلك لا يمكن للقاضي في بلد معين ان يطبق قوانين

LEW Julien D.M., *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Oceania, Dobbs Ferry, New York, 1978, p.531.

(¹) ينظر في ذلك: د. عصام الدين القسبي ، القانون الدولي الخاص، مطبعة جامعة المنصورة، كلية الحقوق، 2009، ص173.

اجنبية الا اذا كانت بلاد هذه القوانين تتفق مع بلده في الفكرة القانونية، وبعبارة اخرى لإمكان ان تدخل قوانين دولة في دولة اخرى^(١).

ومن هذا المنطلق فمن الواجب علينا التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي الخاص، حيث يكون لكل واحد منهما مفهوم مختلف عن الاخر، مع التأكيد على الصفة الوطنية للفكرتين المتقدمتين، فمضمون فكرة النظام العام أمام القاضي الوطني، حينما يتصدى لمنازعة وطنية بكافة عناصرها، يختلف في حال تصدى القاضي السابق لنظر منازعة ذات عنصر اجنبي ففي الحالة الأولى تتسع فكرة النظام العام، وفي الحالة الاخيرة تضيق الفكرة المتقدمة باعتبارها خروجاً عن الاصل العام المقرر في هذا الصدد^(٢).

ونرى من جانبنا بان النظام العام الدولي الخاص والنظام العام الداخلي هما فكرتان مختلفتان على هذا النحو فان تعقبهما بمصطلحان متشابهان هو مسلك بحثي غير حميد خاصة في الحالات التي تستخدم فيها المصطلح الأول لمحاربة واستبعاد قوانين تدخل في اطار المصطلح الثاني، ففكرة النظام العام يختلف اطارها في كل من القانون الدولي الخاص والقانون الداخلي، ولكن ليس معنى ذلك أن لا يوجد علاقة بين الفكرتين، فإن كان كل قانون يعد من النظام العام الداخلي لن يكون لهذه السمة دائماً في اطار القانون الدولي الخاص فانه على العكس من غير المتصور أن يعد قانون ما من قوانين النظام العام الدولي على حين انه يعد من ضمن القوانين المكملة التي يجوز الاتفاق على ما يخالفها في القانون الداخلي^(٣) إننا اذا آمنا بان مبدأ ما يعتبر من المبادئ الاساسية لمجتمعنا فإن شاغلنا الأول سيكون ترجمة هذا المبدأ في القانون الداخلي في شكل قانون امر وليس في شكل قانون يجوز الاتفاق على ما

(١) راجع في ذلك: د. محمد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٤٣، ص ٣٥٢.

(٢) ينظر في ذلك: د. ابو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢٧٩.

(٣) للمزيد من ذلك، ينظر د. عصام الدين القسبي، مصدر سابق، ص ١٧٤ - ١٧٥.

يخالفه، وحول تلك العلاقة بين النظامين أشار جي كوستر^(١) في مصنفه الصادر عام ١٩٢٠ إلى أن العالم الأنجلوساكسوني بأسره كان ينظر إلى القانون الدولي الخاص بوصفه فرعاً أو قسماً من القانون الوطني.

كما أن تعبير "النظام العام الدولي" مريبك بشكل خاص فيما يتعلق بالمقصود من مفردة "الدولي" هنا لا تحمل، كما قد يعتقد البعض، نفس المعنى الذي تحمله في اصطلاح "القانون العام الدولي". يقول بيتر ساندرز: " يقتصر النظام العام الدولي، وفقاً لمذهب يحظى بالقبول عموماً، على انتهاك المفاهيم الأساسية الصميمة للنظام القانوني في البلد المعني"^(٢) مع ذلك حاولنا اعطاء تعريف للنظام العام من منظور دولي خاص بانه " هو دفع أو الية أو سيلة قانونية يتم بمقتضاها استبعاد الاختصاص العادي للقانون الاجنبي في نزاع ذو طابع دولي خاص مطروح امام القاضي، وذلك متى تعارضت احكامه مع المبادئ الاساسية التي يقوم عليها المجتمع الوطني لدولة القاضي".

ثالثاً:- النظام العام الدولي الحقيقي: فالنظام العام الدولي الحقيقي وفق هذا المفهوم لا يمثل مصالح دولة معينة بل مصالح مشتركة بين الامم ولا يحمي اسس يقوم عليها مجتمع معين، ولا يرتبط بنظام قانوني لدولة معينة، وإنما يهدف إلى حماية المصالح العليا للمجتمع الدولي بأسره ويستجيب للأهداف السامية التي تسعى اليها الجماعة الدولية.

فيعد مخالفاً للنظام العام، القانون الذي يتضمن حلاً غير عادل، ويتعد عن المستويات الحضارية، ويخالف الضمير الانساني والقواعد المقبولة لدى كافة الشعوب^(٣). إلا أن بالنسبة إلى النظام العام الحقيقي العبر دولي قد ثار جدل

(١) ينظر في ذلك:

KOSTERS J, PUBLIC POLICY IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 29 Yale L.J. 1920, p.747.

(٢) ينظر في ذلك:

SANDERS Pieter, Commentary, in 60 Years of ICC Arbitration, ICC Publishing, Paris, 1984.

(٣) راجع في ذلك، د. جمال محمود الكردي، مصدر سابق، ص ٩٢-٩٣.

فقهي بصدده بين معارضين ومؤيدين له، فقد رأى المعارضين انه ليس الا تعبيراً عن نظام قانوني فوق الدول لمجتمع مؤلف من اشخاص خاصة، وهذا المجتمع غير موجود لحد الآن، اضافة إلى أن احكام القضاء لم تقر حتى الان مفهوم النظام العام العبر دولي، ويرى جانب من الفقه لا يمكن تصور فكرة النظام العام الدولي الحقيقي نظراً لعدم وجود سلطة عليا فوق الدول يمكن لها أن تفرض هذا النظام، وأن ما ارد القول به انصار هذا الراي المعارض أو الرافض للنظام العام العبر دولي هو عدم وجود تنظيم دولي متكامل لهذا الفرع من فروع القانون، وأحكام القضاء لم تقر هذه الفكرة حتى الآن، فليس هناك نظام عام دولي ونظام عام وطني، فكل ما بالأمر أن هناك نظام عام وطني يختلف نطاق اعماله في القانون الداخلي عن في القانون الدولي الخاص^(١).

ويرى جانب اخرى من الفقه التأييد لفكرة النظام العام الحقيقي العبر دولي، فاذا كان النظام العام الدولي الخاص ذو صفة وطنية بسبب مصدره الوطني، فان مضمونه يبقى ذا طابع دولي لأنه يحقق حماية المبادئ الأساسية لبناء الاخلاق الدولية التعاقدية^(٢)، اما بخصوص ما تم ذكره بان القضاء لم يقر لحد الآن مفهوم النظام العام الحقيقي العبر دولي، نبادر بالقول ان القضاء الفرنسي قد أقر مفهوم النظام العام الحقيقي العبر دولي، ويرى الفقيه lalive^(٣) إن الممارسة العملية المتعلقة بقضاء الدول وتلك المتعلقة بالمحكمن لا تسمح اليوم بإنكار مفهوم النظام العام الدولي الحقيقي، ولا بإنكار تطبيقاته المتنوعة ولا بإنكار فادته.

وذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن المحكم الدولي يستطيع تحديد جوهر النظام العام بصفة مستقلة عن فكرة النظام العام في القوانين الداخلية، ولا شك

(١) ينظر في ذلك، د. اشرف عبد العليم الرفاعي، مصدر سابق، ص ٤٥-٤٦.

(٢) ينظر في ذلك، د. اشرف عبد العليم الرفاعي، مصدر سابق، ص ٤٥-٤٦.

(٣) ينظر في ذلك:

P. Lalive, ordre pubic transnational (au reelement international et L' arbitrage international , Rev. arb 1986, p.363.

أن المتعاملون في التجارة الدولية يلجؤون بحل منازعاتهم عن طريق التحكيم، رغبة منهم في استبعاد القضاء الوطني في الدول المختلفة، وعدم التقيد بالقواعد الوضعية السائدة في اي دولة، وهو ما يساعد على تكوين قواعد مستقلة عن القواعد الوضعية السارية في الدول، فالمحكم لا يطبق قانون دولة معينة، وإنما يطبق قواعد تتفق بالضرورة مع اعتبارات النظام العام^(١). فأعمال النظام العام الدولي الحقيقي يرتبط بمجال المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية دون غيرها، ومن بين التعريفات التي تستخدم في شرح فكرة النظام العام عبر الدولي: "المبادئ الأخلاقية العامة التي تواضعت عليها الأمم المتحضرة"^(٢)، وعرف بعض الفقه النظام العام الحقيقي العبر الدولي بأنه " مجموعة القواعد المشتركة بين كافة الدول المتمدينة"^(٣)، التي تكفل حماية المبادئ الاساسية للأخلاقيات الدولية *Moralites internationales* ويظل احترامه نابعا من رضا الجماعة الدولية رغم انه لا يشمل قواعد مشتركة بين كل دول العالم، بسبب اختلاف المبادئ والسياسية والاخلاقية والدينية في مختلف الدول، ويهدف إلى حماية القيم الانسانية المشتركة واخلاقيات العقود واخلاقيات العقود^(٤). ويمكن تعريفه من جانبنا " بأنه مجموعة من المبادئ والقواعد الاساسية التي تطبقها معظم الدول على العقود التجارية الدولية، وذلك لارتباطها بالقيم واخلاقيات المجتمعات الدولية، وتبطل كل تصرف يمس بها". فالنظام العام بمفاهيمه المتعددة له خصائص متعددة نتناولها في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: خصائص النظام العام وشروط إعماله: يتميز النظام العام بعدة خصائص اضافة الى شروط تستدعي تطبيقه نوجزها على النحو التالي:

(١) ينظر في ذلك، د. أحمد صادق القشيري، نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول يناير ١٩٦٨، السنة العاشرة، مطبعة جامعة عين شمس، ص ١٢٨.
(٢) ينظر في ذلك:

International Law Association, Report on the Sixty-Ninth Conference, London, 2000, p.345.

(٣) راجع في ذلك، د. جابر جاد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ٥٥٥.

(٤) للمزيد في ذلك، راجع د. محمد حمدي بهنسي، مصدر سابق، ص ٢٥٦.

أولاً: خصائص النظام العام:

١- النظام العام نظام وطني: وهذا يعني أن النظام العام مصدره القواعد القانونية في الانظمة الداخلية، وهذا ما نص عليه المشرع العراقي في المادة ٣٢ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والمشرع المصري في المادة (٢٨) من القانون المدني^(١).

٢- النظام العام نظام مرن ونسبي: إن النظام العام يختلف مضمونه من دولة إلى اخر ومن وقت لأى اخر، فلا يمتاز بالثبات والاستمرارية، فهو عبارة عن فكرة مرنة تتغير بتغير المكان والزمان.

٣- النظام العام نظام قضائي غير محدد: النظام العام غير محدد بنصوص قانونية صريحة، وإنما القاضي المعروض عليه النزاع هو الذي يحدد بواعثه ومحددته فهذه مسألة تقديرية شخصية يقوم بها القاضي، وبذلك يخضع للرقابة القضائية^(٢).

٤- النظام العام نظام واقعي: إن النظام العام هو انعكاس للواقع السياسي والاقتصادي والاجتماعي لكل مجتمع، وبحث ما يسفر من نتائج في الواقع العملي جراء تطبيق القانون الاجنبي، فالقانون الاجنبي قد لا يكون متعارضاً مع النظام العم لدولة القاضي ولكن تطبيقه على النزاع قد يؤدي إلى هذا التعارض فعلاً^(٣).

(١) فالمادة ٢٨ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ لا تختلف في مضمونها مع نص المادة ٣٢ من القانون المدني العراقي، فمن الصعب ان نجد اختلافاً في المبادئ والاسس الجوهرية في مسائل النظام العام ومصدرها الوطني، ينظر في ذلك، د. محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد اربع، السنة السابعة والعشرون، ٢٠٠٣، ص ١٥٦.

(٢) سلطة القاضي التقديرية لا تعني ترك الحبل له على القارب يتحرر من أي رقابة فيخضع لرقابة محكمة التمييز بالعراق، ورقابة محكمة النقض في مصر، ينظر في ذلك، حسام الدين فتحي عبد اللطيف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية" دراسة مقارنة"، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٠، ص ٤٦٧.

(٣) ينظر في ذلك، د. عكاشة عبد العال، تنازع القوانين "دراسة مقارنة"، ب ط، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢، ص ٥٢٠.

٥- **النظام العام نظام استثنائي:** فالأصل العام هو تطبيق القاضي المعروض عليه القانون الاجنبي الذي اشارت اليه قاعدة التنازع، والاستثناء هو عدم تطبيقه في حال اصطدامه مع قانون دولة القاضي^(١)، فتحريك الدفع بالنظام العام ليس امرا عادياً أو طبيعياً، وإنما يأتي على سبيل الاستثناء لصد هجوم القانون الاجنبي على المصالح العليا لقانون القاضي، ويكون الاستثناء في حدود المخالفة يعني ذلك أن القانون الاجنبي سليم في بكل اجزائه ما عدا جزئية واحدة فلا تستبعد الا هذه الجزئية^(٢).

٦- **النظام العام نظام تبعي:** تطبيق النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية يأتي من خلال تطبيق قواعد التنازع، فقاعدة التنازع هي البداية، والنظام العام يأتي كشرط ضمني يطبق في حال توفر شروط اعماله، والتأكد من أن القانون الاجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع يصطدم بالمبادئ الاساسية لدولة القاضي^(٣)، وبالتالي اذا اصطدم مع تلك المبادئ يتم التحفظ على تطبيقه في تلك الجزئية، الا اذا كان من القواعد المتعلقة بالنظام العام وذات التطبيق المباشر يتم تطبيقها دون المرور بقاعدة التنازع^(٤).

ثانياً: شروط اعمال أو تطبيق النظام العام: - إن القانون الواجب التطبيق كقانون لا يتعارض مع النظام العام إلا عند تطبيقه، فتطبيق النظام العام أو اعماله يتطلب توفر شروط اساسية لتطبيقه نوجزها على النحو التالي:

١- ان تشير قاعدة التنازع في قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع إلى تطبيق قانون اجنبي على المنازعة.

(١) ينظر في ذلك، د. عوض الله شيبه الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٣٩٤.

(٢) ينظر في ذلك، د. عصام الدين القسبي، مصدر سابق، ص ١٧٨.

(٣) ينظر في ذلك، د. جمال مرسي بدر، النظام العام في مصر، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، السنة السابعة، العددان الثالث والرابع، ص ١٩٠ وما بعدها.

(٤) ينظر في ذلك، حسام الدين فتحي عبد اللطيف، مصدر سابق، ص ٤٥٤.

- ٢- ان يتأكد القاضي الوطني ان القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع يتعارض مع الاسس والمبادئ الجوهرية التي يستند عليها قانون القاضي^(١).
- ٣- ضرورة توفر علاقة وثيقة مع العقد^(٢)، لا يكفي تدخل النظام العام الدولي لقانون دولة القاضي باستبعاد القانون الواجب التطبيق لتعارضه مع نظامه العام، بل لابد من توفر رابطة جدية أو وثيقة مع دولة القاضي.

المطلب الثاني

التعريف بالتحكيم التجاري الدولي

إن التحكيم بصورة عامة ليس وليد اليوم أو حديث النشأ، بل يرتبط التحكيم بالعصور الماضية، فقدما كانت اغلب الخلافات الاسرية والمسائل الاخرى تحل عن طريق التحكيم، ولقي نجاحا في تطبيقه والاخذ به مما انتقل إلى مجال التجارة الدولية لسهولته ومزاياه المتعددة وشكل قضاء خاص له اسانيده القانونية الداخلية والدولية سواء باللجوء اليه أو في اجراءاته عمله أو تنفيذ احكامه أو غيره من المسائل الاخرى، واعدت له قوانين خاصة كقانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية الصادر بقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وفي القانون العراقي وضع له باب خاص في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ (الباب الثاني التحكيم المادة -٢٥١_٢٧٦)، وورد ايضا في القانون الجزائري رقم ٠٨-٠٩ في ٢٥ فبراير ٢٠٠٨ المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية في الباب الأول والثاني وفي المواد (٤٤٢ - ٤٥٨)، فالتحكيم اصبح له دويأ هائلا في العالم واعدت له مراكز وهيئات دولية اقليمية وعالمية كمركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي الذي انشى في عام ١٩٧٩ ، وغرفة التجارة الدولية بباريس للتحكيم

(١) ينظر في ذلك، د. هشام صادق، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقرر في التشريع المصري، الطبعة الثانية، دار المعارف الاسكندرية، ص ٢٧٣.

(٢) ينظر في ذلك، د. محمد ابراهيم علي، القواعد الدولية الامرة " دراسة في امكانية تقليص الدور الذي تلعبه في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية أمام هيئات التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠١، ص ٣٧.

التجاري الدولي، فالتحكيم التجاري شكل خطوة ايجابية في حل منازعات التجارة الدولية، لما يتميز به من خصائص وحلول سريعة للمشكلات التجارية الدولية مما يؤدي إلى خلق جو من الثقة والاطمئنان لدى المتعاقدين، وسنبين في هذا المطلب تعريف التحكيم وصوره ومزاياه وكيفية اللجوء اليه، وعلى النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف التحكيم

أولاً: تعريف التحكيم: التحكيم لغة: من مادة (حَكَمَ) بتشديد الكاف، تعني طلب الحكم ممن يتم الالتجاء إليه الذي يُسمى حَكَمًا (بفتح الحاء وفتح الكاف) أو المُحَكَّم (بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف) ويقال: حَكَمْتُهُ في مالي إذا جعلت إليه الحكم فيه فأحتكم على ذلك، واحتكم فلان في مال فلان إذا جازا فيه حكمه (١). وحكّموه فيما بينهم أمروه أن يحكم في الأمر أي جعلوه حكماً فيما بينهم، وحكّم فلان فلاناً في الشيء أو الأمر جعله حكماً. وحكمت بين الناس أي فصلت بينهم (٢).

ثانياً: التعريف القانوني للتحكيم: فقد نصت المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على ما يلي: التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية". اما في العراق لم يرد للتحكيم تعريف في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) على الرغم من تناوله في احكامه بالمواد (٢٥١_٢٧٦)، اما مقترح قانون التحكيم التجاري العراقي لسنة ٢٠١١، فقد عرفه بالمادة -١- أولاً التحكيم بانه: ((اسلوب يختاره اطراف النزاع لعله من محكم أو اكثر بدلا من اللجوء للقضاء))، اما القانون الفرنسي، لم يكن قانون المرافعات المدنية القديم

(١) راجع، لسان العرب للعلامة ابن منظور الدمشقي، المجلد الثاني عشر، دار صادر للطباعة والنشر ودار بيروت للطباعة والنشر ١٩٥٦، ص ١٤٢.

(٢) راجع، المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، القاهرة، طبعة ١٩٩٥، ص ١٦٥.

يعرف سوى الاتفاق التحكيمي إلا أن الاجتهاد الفرنسي هو الذي كرس اللجوء إلى التحكيم^(١).

اما التعريف الفقهي للتحكيم: فقد تعددت التعاريف حول ذلك فقد ذهب احد الفقهاء إلى تعريف التحكيم بأنه " نظام بمقتضاه يتفق الاطراف على تولي شخص خاص أو أكثر مهمة الفصل في النزاع بحكم ملزم"^(٢). وقد عرفه البعض الاخر بأنه "نظام خاص لاقتضاء الحقوق بغير طريق القضاء، وفق القانون يرتكن لاتفاق طرفين يمنح أحد الأختيار سلطة فض نزاع نشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية، بقرار ملزم وواجب النفاذ"^(٣)، ومن جانبنا نعرفه بأنه " نظام قضائي استثنائي، يحتكم لديه اطراف الرابطة العقدية القانونية الدولية الخاصة بموجب اتفاق نشأ بينهما لحل الخلاف الذي نشب فيما بينهما أو ممكن أن ينشب مستقبلاً".

ثالثاً: التعريف القضائي، فقد عرفته المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنه "عرض نزاع معين بين طرفين من الاختيار يعين باختيارهما المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالة، مجردا من التحامل وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"^(٤).

(١) ينظر في ذلك، د. اشرف عبد العليم الرفاعي، مصدر سابق، ص ١٠٢.
(٢) ينظر في ذلك، د. عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الالكتروني" دراسة مقارنة لقواعد جمعية التحكيم الامريكية وتنظيم محكمة القضاء في ضوء المبادئ العامة للتحكيم التقليدي، ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٥١.

(٣) راجع في ذلك، محمد عبدالله الطيب، فاعلية القضاء المصري في التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس كلية الحقوق، ٢٠١٩، ص ٣١.

(٤) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ اق دستورية عليا جلسة ١٧/١٢/١٩٩٤ منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٦ تابع بتاريخ ٢١ أبريل ١٩٩٤ والحكم الصادر في الدعوى رقم ٣٨٠ لسنة ٣ قضائياً دستورية عليا بجلاسة ١١/٥/٢٠٠٣ مجموعة احكام الدستورية العليا ج ١٠، ص ١١١٥.

ومن هذه التعاريف يتضح لنا بان هناك صورتين للتحكيم (الاولى) الاتفاق على التحكيم قبل حدوث الخلاف و (الثانية) الاتفاق المعاصر للخلاف أو بعده وقبل اللجوء للقضاء، وهذا ما نستعرضه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: صور التحكيم: التحكيم لا يمكن اللجوء اليه تلقائياً، بل لابد من أن يقبل طرفا العقد اللجوء اليه كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو من الممكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة عقدية أو غير عقدية، فإرادة الطرفين هي التي توجه إرادة التحكيم، فاللجوء للتحكيم يتم بطريقتين أو صورتين، وهما شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم:

١- **شرط التحكيم:** شرط التحكيم قد يوجد على شكل بند من بنود العقد الاصلي المبرم بين الطرفين، أو على شكل اتفاق مستقل عن العقد الاصلي، ويستلزم في شرط التحكيم أن يكون قبل حدوث النزاع، فمضمون شرط التحكيم لا يخرج من كونه رغبة الاطراف في اللجوء إلى التحكيم وحل منازعاتها التي قد تثور عند تنفيذ العقد^(١)، ومن الصيغ الشائعة لذلك نموذج غرفة التجارة الدولية بباريس " جميع المنازعات التي تنشأ أو يكون لها صلة بهذا العقد (وهو العقد الاصلي المبرم بين الطرفين) يتم الفصل فيها وفقاً للنظام التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية ، بواسطة محكم أو عدة محكمين يتم تعيينهم طبقاً لهذا النظام"^(٢)، ومن خلال ما تقدم عرف بعض الفقهاء شرط التحكيم بأنه " الاتفاق الذي يرد عادة كبند من بنود عقد من العقود، بمقتضاه يلتزم أطراف هذا العقد بعرض ما قد ينشأ بينهما من منازعات بخصوص هذا العقد ، تنفيذاً أو تفسيراً على محكم أو أكثر يختارونهم للفصل فيه بدلا من المحكمة صاحبة الولاية والاختصاص"^(٣)، ومن جانبنا نعرف شرط التحكيم بأنه " اتفاق يرد ضمن شروط أو بنود العقد الاصلي او مستقل عنه ينص على عرض ما

(١) ينظر في ذلك، د. اشرف عبد العليم الرفاعي، مصدر سابق، ص ١٠٢.

(٢) راجع في ذلك، د. عبد المنعم زمزم، مصدر سابق، ص ٧٩.

(٣) ينظر في ذلك، د. أحمد ابو الوفاء، التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٨، ص ١٥.

يثأر بينهما من منازعات مستقبلا حول العقد الى التحكيم بدلا من القضاء الوطني".

٢- مشاركة التحكيم: هي اتفاق مستقل لاحق على قيام النزاع وتتعلق بنزاع قائم فعلا يحيط اطرافه بكل جوانبه، وذلك على عكس شرط التحكيم الذي يتعلق بنزاع محتمل لم تحدد معالمه^(١)، ويشترط في مشاركة التحكيم الاتفاق على جميع المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً^(٢) ولا يختلف التحكيم في القانون العراقي عن ذلك كما جاء في المادة ٢٥٢ المعدلة من قانون المرافعات المدنية العراقي من حيث جواز اللجوء إلى التحكيم في اي وقت عند تنفيذ العقد، وكذلك سمح المشرع العراقي باللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في المادة (٢٧)/١ من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل بالقانون رقم (٣) لسنة ٢٠١٠ والقانون رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٥^(٣)، وبهذا يكون المشرع العراقي اتجه نحو التحكيم المؤسسي الذي يتم عن طريق هيئات أو مؤسسات تحكيم دولية أو وطنية والقائمة بناء على اتفاقيات دولية متعددة.

وتختلف مشاركة التحكيم عن شرط التحكيم في التوقيت أو اللحظة التي يتم فيها الاتفاق على التحكيم، فاذا كان الاتفاق على التحكيم سابق على المنازعة نكون بصدد شرط تحكيمي سواء كان بند من بنود العقد الاصلي أو في اتفاق مستقل، فموضوع شرط التحكيم معلق على نشوء نزاع في المستقبل، اما مشاركة التحكيم في المنازعات القائمة فعلا ويراد حلها بواسطة التحكيم، بمعنى اخر أن الاتفاق عليها يكون معاصراً أو لاحقا لحدوث النزاع^(٤).

(١) ينظر في ذلك، د. محمد سعيد امين، محاضرات التحكيم في العقود الادارية، مركز حقوق عين شمس للتحكيم، ٢٠١٨، ص ١٢.

(٢) المادة (٢٠/٢) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة (١٩٩٤).

(٣) (تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي، ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء الى التحكيم التجاري (الوطني أو الدولي) وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه إجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق).

(٤) ينظر في ذلك، د. عبد المنعم زمزم، مصدر سابق، ص ٧٨.

الفرع الثالث: مزايا التحكيم التجاري الدولي: يتمتع التحكيم التجاري الدولي

بعدة مميزات أو مبررات تؤدي إلى الالتجاء اليه، ونجملها على النحو التالي:

١- عزوف اطراف العلاقة العقدية القانونية من طرح منازعاتهم على القضاء لبطء اجراءات التقاضي وتعقيدها، وإطالة امد النزاع بسبب تعدد درجات التقاضي، وامكانية الطعن في الاحكام وتقديم اشكالات التنفيذ، فيمكن القول بان العدالة البطيئة اشد انواع الظلم (١)، على عكس قضاء التحكيم الذي يتميز بسهولة اجراءاته فالمحكم والاطراف يقومون بعمل جماعي ينتهي بصور حكم التحكيم.

٢- قضاء التحكيم التجاري الدولي يعطي للأطراف قدرا كبيرا من الحرية في اختيار القانون الذي يحكم العقد، فالأمر ليس موقفا على قواعد التنازع التي قد تؤدي إلى تطبيق قانون يخل بتوقعات الاطراف في الفرض الذي لم يحدد الاطراف القانون ، فالمحكم يتمتع بحرية تكاد ان تكون مطلقة في اختيار القانون الذي يراه معبراً عن الارادة الضمنية للأطراف، أو الاكثر ملائمة لحكم النزاع(٢).

٣- قضاء التحكيم التجاري الدولي لا تتدخل سلطة الدولة العامة في تنظيمه، وإنما يترك للأطراف وهو نوع من انواع القضاء الاتفاقي أو الإرادي مما يؤدي إلى تخفيف العبء عن محاكم الدولة، هذا بالإضافة إلى اشخاص قضاء التحكيم يختارهم الاطراف أو الخصوم من ذوي الخبرة القانونية والفنية المتميزة ووفقا لنوع الدعوى (٣).

٤- تتسم اجراءات التحكيم بالطابع السري بناءً على رغبة اطراف المنازعة وفي نطاق التجارة الدولية تعتبر السرية أمر بالغ الاهمية، لان الامر يتعلق بأسرار

(١) ينظر في ذلك، د. محمد عبدالله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي "دراسة تأصيلية" ١٩٩٨، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٥٧.

(٢) ينظر في ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية "دراسة تأصيلية انتقادية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٠٣.

(٣) ينظر في ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص ٢١٢.

مهنية واقتصادية قد يترتب على علانيتها الاضرار بمراكز اطراف العلاقة، اضافة إلى أن التحكيم التجاري يتسم بانخفاض تكلفته، فالالاقتصاد في النفقات احد مزايا التحكيم^(١).

٥- إن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها اكثر سهولة ويسراً منه بالنسبة لأحكام القضاء ولا يصادف ذات الصعوبات التي تعترض تنفيذ احكام القضاء^(٢) فنهاية حكم التحكيم وجعله غير قابل للطعن فيه يوفر الكثير من التكاليف والوقت معاً، بينما اللجوء إلى اجراءات التقاضي العادية يستنفذ الكثير من الوقت والجهد والتكاليف المادية^(٣).

لا شك ان مزايا التحكيم تجعله الوسيلة الاكثر ملاءمة سواء في المنازعات الوطنية أو منازعات عقود التجارة الدولية، فالقضاء الوطني ينوء كاهله بعدد من القضايا التي تطرح عليه، ويأتي التحكيم كنظام قضائي بديل لحل هذه المشكلة على الصعيدين الوطني والدولي خاصة مع ازدياد الوعي بنظام التحكيم ومزاياه.

الفرع الرابع:- انواع التحكيم : إن معرفة انواع التحكيم والتفرقة بينها امر في غاية الاهمية^(٤)، وسنوضح في هذه الفقرة انواع التحكيم واهمية التفرقة بينهما وعلى النحو التالي:

التحكيم الوطني: يكون التحكيم وطنياً إذا تعلق بنزاع يمس دولة واحدة موضوعاً وأطرافاً وسبباً وذلك سواء كان النزاع مدنياً أو تجارياً، أما التحكيم الدولي: فهو الذي يمس أكثر من دولة^(٥).

(١) ينظر في ذلك، د. عبد المنعم زمزم، مصدر سابق، ص ١١
(٢) ينظر في ذلك، د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٦.
(٣) راجع في ذلك، د. محمد عبدالله المؤيد، مصدر سابق، ص ٢٦٠.
(٤) ينظر في ذلك، د. اشرف عبد العليم، مصدر سابق، ص ١٠٣.
(٥) ينظر د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي "دراسة في فقه التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧، ص ٧.

وبشأن التحكيم الدولي فقد تبنى المشرع المصري مدلول واسع للتحكيم التجاري الدولي إذ قرر بأن يكون التحكيم دوليًا وفقًا للمادة الثالثة من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ إذا كان موضوعه يتعلق بالتجارة الدولية ويكون التحكيم دوليًا بهذا المعنى إذا تعلق بعلاقة تجارية أساسها المعيار الاقتصادي الحديث الذي يتضمن انتقال الأموال والقيم الاقتصادية والخدمات عبر الدول" وقد حددت هذه المادة عدة معايير لاعتبار التحكيم دوليًا.

فالتفرقة تتضح بين التحكيم التجاري الوطني والدولي في عدة نواحي

- من ناحية التنظيم القانوني فالأول اختص بوضع قواعده الإجرائية والموضوعية المشرع الوطني، في حين أن الثاني عيّنت بتنظيمه الاتفاقيات الدولية^(١) والمشرع الوطني كذلك.

- ومن ناحية نطاق مبدأ سلطان الإرادة ففي مجال التحكيم الوطني تضيق وتقيّد إرادة الأطراف في بعض الأمور التي تتعلق بالنظام العام والتي لا يجوز للأطراف مخالفتها، بخلاف التحكيم التجاري الدولي فقد يصل مبدأ سلطان الإرادة إلى أقصى مدى فلأطراف الحرية المطلقة في تحديد القواعد الإجرائية والموضوعية واجبة التطبيق، والحكمة من ذلك ان النزاع محل التحكيم التجاري الدولي يتعلق بعلاقة ذات عنصر أجنبي، ومن ثم تثار مشكلة تنازع القوانين وللتغلب على هذه المشكلة، اعترفت جميع النظم القانونية بحق الأطراف في فض ذلك النزاع في مجال العقود الدولية بتعيين القواعد الموضوعية واجبة التطبيق^(٢).

(١) من ذلك الاتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف في ٢١ أبريل ١٩٦١ وتقع في ١٠ مواد وملحق يحق الانضمام إليها دول أعضاء اللجنة الاقتصادية لأوروبا والدول المقبولة بها بصفة مراقب. اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها المبرمة في ١٠ يونيو ١٩٥٨ وتقع الاتفاقية في ١٦ مادة وهي مفتوحة لكل الدول وقد انضم إليها حوالي ١١٥ دولة واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري المبرمة في ١٤ أبريل ١٩٨٧ وتقع الاتفاقية في ٤٢ مادة وهي مفتوحة لكل الدول الأعضاء بالجامعة العربية... يراجع د. أحمد عبد الكريم سلامة قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ص ٨٤ - ٨٦.

(٢) ينظر في ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، ص ٨٧.

- ومن ناحية ثالثة أساس التفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم التجاري الدولي يتعلق بالمحكمة المختصة^(١)) بنظر المسائل التي يحيلها إليها قانون التحكيم فإذا كنا بصدد تحكيم داخلي فإن المحكمة المختصة بنظر تلك المسائل هي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أما إذا كنا بصدد تحكيم تجاري دولي يجرى في مصر أو في الخارج فإن الاختصاص بمسائل التحكيم ينعقد لمحكمة استئناف القاهرة أو أية محكمة استئناف أخرى يتفق عليها الأطراف وفق المادة (٩) من قانون التحكيم.
- اللجوء إلى القضاء الوطني للحصول على امر تنفيذ قرارات التحكيم، فمن ناحية يتمتع شرط التحكيم في التحكيم التجاري الدولي باستقلال تام^(٢) عن العقد الاصيلي، ويصح لجوء الدولة أو احد اشخاصها العامة إلى هذا التحكيم ولا يتعارض ذلك مع النظام العام ومن ناحية اخرى فإن عدم تسبب حكم المحكم لا يشكل عائقاً امام تنفيذه^(٣).

(١) راجع في ذلك، د. محمد عبدالله الطيب، مصدر سابق، ص ٣٥.
(٢) ينظر د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص ٧.
(٣) بشأن التحكيم الدولي فقد تبنى المشرع المصري مدلول واسع للتحكيم التجاري الدولي إذ قرر بأن يكون التحكيم دولياً وفقاً للمادة الثالثة من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ إذا كان موضوعه يتعلق بالتجارة الدولية ويكون التحكيم دولياً بهذا المعنى إذا تعلق بعلاقة تجارية أساسها المعيار الاقتصادي الحديث الذي يتضمن انتقال الأموال والقيم الاقتصادية والخدمات عبر الدول" وقد حددت هذه المادة عدة معايير لاعتبار التحكيم دولياً راجع في ذلك، د. محمد عبدالله الطيب، مصدر سابق، ص ٣٤.
(٤) من ذلك الاتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف في ٢١ أبريل ١٩٦١ وتقع في ١٠ مواد وملحق يحق الانضمام إليها دول أعضاء اللجنة الاقتصادية لأوروبا والدول المقبولة بها بصفة مراقب.
اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها المبرمة في ١٠ يونيو ١٩٥٨ وتقع الاتفاقية في ١٦ مادة وهي مفتوحة لكل الدول وقد انضم إليها حوالي ١١٥ دولة واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري المبرمة في ١٤ أبريل ١٩٨٧ وتقع الاتفاقية في ٤٢ مادة وهي مفتوحة لكل الدول الأعضاء بالجامعة العربية... يراجع د. أحمد عبد الكريم سلامة قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٨٤ - ٨٦.
(٥) ينظر في ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، ص ٨٧.
(٦) راجع في ذلك، د. محمد عبدالله الطيب، مصدر سابق، ص ٣٥.
(٧) ينظر في ذلك، د. اشرف عبد العليم، مصدر سابق، ص ١٠٣.
(٨) للمزيد راجع في ذلك، ابو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١، ص ٥٠ وما يليها.

وبالتالي فان التحكيم التجاري يعتبر دولياً (١) اما من حيث جوهره أو من حيث إجراءاته، ويكون كذلك اذا كان مترتباً على علاقة قانونية تثير تنازع القوانين سواء بجنسية الاطراف أو موطنهم أو بمكان إبرام العقد أو تنفيذه، ولا يعتبر التحكيم دولياً لمجرد انتماء المحكم لدولة اجنبية، ولا يجوز اعتبار التحكيم التجاري دولياً لمجرد اختيار الاطراف قانون اجنبي للفصل في موضوع النزاع أو إجراءاته، مادامت العلاقة القانونية محل النزاع وطنية بحتة، ولا يجوز اعتبار التحكيم دولياً بناءً على معيار مكان صدور حكم التحكيم حتى لو كانت الهيئة التي اصدرت الحكم غرفة التجارة الدولية، فعلى سبيل المثال إجراء التحكيم في مصر وصدور قرار المحكمين فيها وفقاً لإجراءات غرفة التجارة الدولية لا يضيف على هذا التحكيم صفة الدولية مادامت العلاقة محل النزاع ذات طابع وطني بحت (٢) وهناك نوعين آخرين من التحكيم هما التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي (٣)

المبحث الثاني

دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في اعمال النظام العام على مراحل التحكيم

إن اعمال النظام العام امام قضاء التحكيم التجاري الدولي مثار جدلاً كبيراً، فكما قلنا في بداية هذا البحث أن التحكيم التجاري الدولي يعتبر نظاماً خاصاً ناتجاً عن إرادة الاطراف من خلال شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم الذي إبرمه الاطراف وحددوا فيه مهمة المحكم ومدى السلطات التي يتمتع بها، فطالما الامر كذلك فان مهمته هذه تقرض عليه احترام نص وروح العقد،

(١) راجع في ذلك، د. اشرف عبد العليم الرفاعي، مصدر سابق، ص ١٠٥.

(٢) ينظر في ذلك، اشرف عبد العليم الرفاعي، المصدر السابق، ص ١١٠.

(٣) فالمقصود بالتحكيم الحر هو التحكيم الذي يعطي الحرية الكاملة للخصوم في تحديد القواعد والإجراءات التي تتبعها المحكم، اما التحكيم المؤسسي فهو التحكيم الذي تتولاه هيئات ومنظمات دولية أو وطنية، وفق قواعد وإجراءات موضوعة ومحددة مسبقاً، تحدها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات، ينظر في ذلك، الموقع الإلكتروني:

<https://specialties.bayt.com/ar/specialties/q>

والبحث عن الحل الاكثر ارضاء للأطراف هذا من ناحية (١) ومن ناحية اخرى المحكم ليس حارسا للنظام العام الوطني حتى يعمل على حمايته، وإنما هو القائم على رعاية النظام العام العبر دولي، وانه ملزم باستبعاد كل ما يخالف ذلك الاخير، فالتساؤل المطروح مدى قدرة المحكم الدولي على الاستجابة إلى النظام العام الوطني رغم كونه غير خاضع للقوانين الداخلية للدول واحكامها الامرة كونه ملزم بتطبيق ارادة الاطراف الذي يستمد سلطته منهم، ان الاجابة عن هذا التساؤل تستلزم بحث النظام العام في مراحل التحكيم، كاتفاق التحكيم واجراءات التحكيم ، وكذلك فاعليته في القانون الواجب التطبيق وتنفيذ حكم التحكيم، وسنتطرق إلى ذلك من خلال مطلبين وعلى النحو التالي:

المطلب الأول

دور المحكم في اعمال النظام العام على اتفاق التحكيم واجراءات التحكيم

إن اتفاق التحكيم واجراءات التحكيم ليست خارجه عن سطوة النظام العام، فاللجوء للتحكيم سواء ورد ذلك بشرط الاتفاق أو مشاركة، فهو عقد شأنه شأن أي عقد بيع أو اي التزام اخر، يتطلب توفر شروط شكلية وموضوعية فيه، فالسماح باللجوء للتحكيم لا يعني ذلك عدم مراعاة الشكل الذي ينص على ورود العقد فيه وكذلك المسائل التي ينطوي عليها التحكيم، اما بالنسبة لإجراءات التحكيم فمتى ما نشب النزاع يؤدي بالضرورة إلى قيام الخصومة، وتبدأ اجراءات التحكيم بتبليغ المدعى عليه وتحديد نوع النزاع وعدد المحكمين، واليه تعيينهم والشروط الواجب توفرها فيهم، وسوف نتناول ذلك على النحو التالي:

(١) ينظر في ذلك، نزمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٣، ص ٢١١.

الفرع الأول: دور المحكم في اعمال النظام العام على اتفاق التحكيم: إن اي اتفاق لابد أن يأتي في إطار النظام العام السائد في الدولة ولا يخرج عنه^(١) فالتحكيم اذن هو عقد حقيقي، كأى عقد لابد ان تكون له اركانه التي يقوم عليها كالتراضي بين طرفيه وأهليتهما لإبرامه، وكالمحل أو الموضوع الذي يرد عليه ويلزم فيه أن يكون من المسائل التي يجوز التحكيم بشأنها. فمحل النزاع لابد أن يظل قابلا للتسوية بطريق التحكيم، فأساس ذلك أن التحكيم هو استثناء من قضاء الدولة، فالأصل هو اختصاص القضاء الاخير هو صاحب الولاية العامة بالفصل في سائر المنازعات^(٢). فقابلية النزاع للتحكيم موضوع في غاية الاهمية، لان الفكرة من ورائه هي رسم الحدود التي وضعها النظام العام للتحكيم كنظام لحسم الخلافات، فلكل دولة نظامها السياسي والاقتصادي والاجتماع اللذان يحددان ما هي المسائل القابلة للتحكيم وما هي المسائل الغير قابلة للتحكيم، فالمشرع يسعى إلى التوفيق والتوازن بين المصلحة العليا والمصلحة في تشجيع التحكيم كوسيلة لحسم خلافات التجارة الدولية.

فقد اهتمت التشريعات الدولية والوطنية المختلفة بعدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، فقد جاءت باتفاقية جنيف بتاريخ ٢٦ سبتمبر ١٩٢٧ بشأن تنفيذ قرارات التحكيم الاجنبية تشترط في الفقرة الثانية من المادة الأولى من هذه الاتفاقية ان يكون موضوع النزاع ممن يجوز التحكيم فيه وفقا

(١) ذهبت التشريعات إلى عدم جواز أي اتفاق يخالف النظام العام وهذا جاء به نص المادة ٢٠٦ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ المعدل على ان "يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلانمه أو جرى العرف أو العادة أو فيه يقع لأحد المتعاقدين أو لغيرهما كل ذلك ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام".

ونصت المادة ١٣٥- 136 من القانون المدني المصري اذ نصت المادة ١٣٥ على " اذا كان العقد مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان باطلاً"، ونصت المادة ١٣٦ على " إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً". اما في القانون المدني العراقي فقد نصت على ذلك المادة ١/١٣٢ " يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقدون دون سبب أو لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام أو الآداب".

(٢) ينظر في ذلك، د. ماهر محمد حامد، أثر النظام العام في الحد من اللجوء إلى التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠١٢، ص ٣٥-٣٦.

لقانون الدولة التي يطلب منها الاعتراف بالقرار أو تنفيذه، وفي اتفاقية جامعة الدول العربية لتنفيذ الاحكام الصادرة في ١٤ سبتمبر ١٩٥٢ اشارت المادة الثالثة منها إلى رفض طلب تنفيذ الحكم التحكيمي، وكذلك الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف سنة ١٩٦١ نصت الفقرة الثانية من المادة السادسة على ما يلي: "يستطيع القضاء المختص عدم الاعتراف باتفاق التحكيم، اذا كان النزاع غير قابل للتحكيم بموجبه قانونه الوطني" اما اتفاقية نيويورك 1958 للاعتراف بأحكام التحكيم الاجنبية وتنفيذها تشترط لكي يمكن للاتفاق التحكيم أن يرتب اثاره ينبغي أن يتعلق بمسألة من المسائل التي يجوز التحكيم فيه ، الا أن الاتفاقية لم تحدد المسائل التي يجوز التحكيم فيها أو لا يجوز حلها عن طريق التحكيم، ولذلك ينبغي البحث عن القانون الذي يتعين الرجوع اليه لمعرفة قابلية النزاع للتحكيم^(١). اما في تشريعات الدول الداخلية التي لا يجيز قانونها حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم قانون التحكيم المصري في المادة ١١ منه والتي نصت على " لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها". وفي قانون المرافعات العراقي المادة (٢٥٤) " لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه ويجوز التحكيم بين الزوجين طبقاً لقانون الأحوال الشخصية وأحكام الشريعة الإسلامية " ، وقانون الاجراءات المدنية الاماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٣ الذي نص في المادة ٢٠٣ " لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح، فيها" ونظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٤٦ في ١٢/٧/١٤٠٣ هـ^(٢) على أن لا يقبل التحكيم

(١) ينظر في ذلك، سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٣٩٣، مشار اليه في مؤلف: د. اشرف عبد العليم الرفاعي، مصدر سابق، ص ١٥٨ وما بعدها.

(٢) منشور في مجلة ام القرى العدد رقم ٢٩٦٨ بتاريخ ٢٢/٨/١٤٠٣ هـ.

في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها". وعلى نفس الاثر ذهب المشرع الكويتي^(١).

وعدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام تنص عليه ايضا النصوص العامة في القوانين المدنية للدول، فاتفاق التحكيم شأنه شأن أي عقد يجب أن يكون محله قابلا للتعامل فيه ، ولكي يكون قابلا للتعامل فيه يجب أن لا يخالف النظام العام، فاذا كان اتفاق التحكيم يترتب عليه التزام لكل من الطرفين وهو الالتجاء إلى التحكيم، فإن الالتجاء إلى التحكيم باعتباره محل للالتزام يجب ان لا ينصب على ما يتعلق بالنظام العام والا كان الاتفاق باطلاً^(٢). إلا أن هذا البطلان يختلف من دولة إلى اخرى فالنظام العام من خصائصه النسبية والمرونة، فقضاء التحكيم التجاري الدولي عندما يعرض عليه النزاع المشوب بعنصر اجنبي اي تتعدد فيه الجنسيات لا بد من ان يفرق في هذه المسألة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، فاذا كان اتفاق التحكيم يتعلق بعلاقة دولية هنا يتسع مفهوم النظام العام الوطني اي ليس هناك نظام عام دولي، وهذا استجابة وتماشياً مع طبيعة العلاقة على عكس العلاقة الوطنية البحتة التي يضيق فيها النظام العام، فقد يكون محل اتفاق التحكيم ليس مخالفاً للنظام العام في هذه الدولة، ولكن في دولة اخر يعتبر مخالفاً للنظام العام.

فمثلا النزاع الذي يتعلق بتوزيع ارباح كازينو ألعاب القمار فاذا احيل على التحكيم وصدر فيه حكم تحكيم في بعض الدول يعتبر موضوع هذا العقد عملية تجارية محضة عادية، ولكن الميسر والقمار في كثير من الدول مخالفاً للآداب العامة^(٣) ومن ثم محرم، فالمحكم الذي يبت في موضوع توزيع ارباح

(١) نصت المادة ١٧٣ من قانون المرافعات المدنية الكويتي رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ " لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها".

(٢) ينظر في ذلك، د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٤، ص ١٢٥.

(٣) ينظر في ذلك، د. ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص ٤٧.

القمار مخالف للنظام العام في الدول الاسلامية، وغير مخالف للنظام العام في الدول الغربية، ويمكن القول بان الميسر من النظام العام الداخلي وليس النظام العام الدولي، ونعطي مثلا اخر لعقد بيع الخمر، فهذا العقد في ايطاليا أو فرنسا هو عقد بيع تجاري عادي واي حكم تحكيمي يصدر في نزاع حوله ينفذ دون اية مشاكل، ولكن الامر مختلف تماما لو عرض النزاع في المملكة العربية السعودية فان موضوع أو محل العقد مخالف للنظام العام في السعودية، واي حكم تحكيمي يحسم نزاع بصدد هذا العقد هو عقد باطل ولا يعطي صيغة تنفيذ في السعودية^(١). اذا كان هذا هو النظام العام الوطني أو النظام العام الوطني من منظور دولي، يتميز بنسبية ويختلف من دولة إلى اخرى كما أوضحنا في الامثلة السابقة، الا ان النظام العام الدولي الحقيقي يختلف محل موضوعه عن النظام العام الداخلي، فالنظام العام الدولي اكثر شمولية واحكامه عامة تشمل العالم باسره ، فتجارة المخدرات وتجارة الرقيق والرشوة واستغلال النفوذ من النظام العام الدولي، فأى عقد يكون ينصب على تلك الانواع يعتبر مخالفا للنظام العام الدولي الحقيقي، وتقدير قابلية موضوع اتفاق التحكيم للتسوية بطريق التحكيم يجب أن يتم النظر إلى النظام العام بمفهومه الدولي، وليس بمفهومه في القانون الداخلي، فقد قضت محكمة استئناف باريس عام ١٩٩١ فإنه في مجال التحكيم التجاري الدولي، فان صلاحية الاتفاق على التحكيم يجب أن يتم تقديرها بالنظر إلى مقتضيات النظام العام الدولي فقط، ففي قضية عرضت على غرفة التجارة الدولية بباريس^(٢)، تتلخص وقائعها أن اتفاقا تم بين شركة مقاولات فرنسية واحد كبار الموظفين العموميين في دولة ايران، بمقتضاه تعهد الاخير ببذل مجهوداته واستخدام نفوذه لدى السلطات الايرانية لترسيه تنفيذ احد عقود الاشغال العامة

(١) المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي.

(٢) ينظر في ذلك: د. أحمد عبد الكريم سلامه، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٢٢٦.

عليها، وذلك مقابل حصوله على عموله يدفع نصفها عند الاتفاق والباقي عند اتمام الفوز بالصفقة، وعلى اثر نجاح الوسيط الايراني فيما وعد به، ومطالبته الطرف الفرنسي بدفع باقي مبلغ العمولة، والذي رفض المطالبة، اتخذ اجراءات التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، إعمالا لشرط التحكيم الوارد بالاتفاق، المبرم مع الشركة الفرنسية، انتهت هيئة التحكيم إلى القضاء ببطلان ذلك الاتفاق لاصطدامه بمقتضيات النظام العام الدولي الحقيقي، فقضت محكمة التحكيم ببطلانه، ورفضت طلب المدعي الزام الشركة الفرنسية بدفع العمولة المستحقة له". وبالتالي فإن اي اتفاق يخل بالنظام العام يترتب عليه البطلان المطلق^(١)، في حال تخلف ركن من اركان العقد الشكلية أو الموضوعية (كالكتابة أو الرضا أو المحل أو السبب)، اما اذا تخلف شرط من شروط صحة العقد كما لو كان هناك عيب في الرضا (غلط، تدليس، إكراه، استغلال) أو نقص في اهلية المتعاقدين فان العقد يكون قابلا للبطلان النسبي.

الفرع الثاني: دور المحكم في اعمال النظام العام على اجراءات التحكيم: كما هو معلوم أن فلسفة التحكيم تقوم على ترك الحرية للخصوم وفقا لإرادتهم في اتفاق التحكيم، وهذا ما يجيز لهم اختيار قواعد الاجراءات التي تنظم الخصومة، وحيانا يعهد اطراف النزاع لمحكم أو هيئة تحكيم لاختيار الاجراءات التي يرونها مناسبة للفصل في النزاع، وسواء تم اختيار قواعد الاجراءات من قبل الخصوم أو من قبل المحكم أو هيئة التحكيم^(٢)، فان الدول تجد نفسها مضطرة لان تتولى الاشراف أو الرقابة على عملية التحكيم، وحتى لا يتعارض الحكم التحكيمي مع النظام العام الداخلي المتعلق بالإجراءات،

(١) راجع في ذلك، د. ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص ٥٣.

(٢) اذ نصت المادة ٢٥ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على ما يلي: " لطرفي التحكيم الاتفاق على الاجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في اخضاع هذه الاجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية، أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مراعاة أحكام هذا القانون ان تختار اجراءات التحكيم التي تراها مناسبة".

والذي يختلف من دولة إلى أخرى، فلا بد من مراعاة القواعد الاجرائية المتعلقة بالنظام العام^(١) حتى لا تصطدم بما يجب توفيره من ضمانات أساسية للتقاضي، لا سيما فيما يتعلق منها بمعاملة الخصوم على قدم المساواة أو كفالة مبدأ المواجهة بينهم واحترام حقوق تحرص الدولة على كفالتها للمواطنين، فتلك مبادئ تمثل اساس النظام القضائي في العالم أو المبادئ العامة للأمم المتحدة، وتشكل تلك المبادئ أهم الاسس التي توافقت عليها التشريعات المختلفة، ولوائح مراكز التحكيم، فاحترام تلك الاسس هو احترام لقواعد النظام العام سواء في الدولة التي يجري على اقليمها التحكيم أو في الدولة التي ينفذ حكم التحكيم فيها^(٢) وسوف نوضح تلك المبادئ أو الاسس وتعلقها بالنظام العام والزامية المحكم أو هيئة التحكيم بها في اجراءات التحكيم :-

١- مبدأ المساواة في معاملة الخصوم: يتيح القانون للمدعي حق الدفاع في دعواه، كما يتيح للمدعي عليه حق الدفاع للرد على الدعوى، فهذه الضمانات الاساسية تعد التزامات تقع على عاتق المحكم^(٣) ، وتضمن حيادية عمله ، فحق التمسك بالدفع المتعلقة بالإجراءات أو الموضوع وكذلك الحق بالإثبات من خلال تقديم الادلة المثبتة في دعواه أو دفعه وفي دحض ادلة خصمه، إضافة إلى ذلك حق الخصوم في الكلام فيما يتعلق بوقائع القضية أو القانون وبصورة شفوية أو كتابية^(٤) جميعها مسائل اساسية في اجراءات التقاضي، وملزم المحكم أو هيئة التحكيم بمراعاتها اثناء السير في الدعوى، وهذا ما حرصت عليه التشريعات الوطنية والدولية، فقانون التحكيم المصري في المادة ٢٦ منه نص على ذلك بالقول (يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ

(١) ينظر في ذلك، د. أحمد ابو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، مصدر سابق، ص ٥٢ وما بعدها، وكذلك للمزيد في ذلك: راجع مؤلف د. اشرف عبد العليم المصدر السابق، ص ٢٢٤.

(٢) ينظر في ذلك، د. ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص ١٢٧.

(٣) ينظر في ذلك، د. اشرف عبد العليم الرفاعي، مصدر سابق، ص ٢٥٤.

(٤) راجع في ذلك، د. اشرف عبد العليم الرفاعي، المصدر السابق، ص ٢٥٥.

لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه" ولم يتطرق المشرع العراقي إلى مبدأ المساواة بنص تشريعي خاص ضمن النصوص المنظمة للتحكيم في قانون المرافعات المدنية في الباب الثاني الخاص بالتحكيم، إلا أن هذا المبدأ من اهم المبادئ الدستورية التي نص عليها الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ في المادة ١٩ منه، فالمشرع العراقي لم يكن وحدة لم يفرد لمبدأ المساواة نص خاص، بل المشرع الاماراتي هو الاخر لم يفرد لها نص خاص بل وردت في الدستور الاماراتي الصادر عام ١٩٧١ المعدل عام ٢٠٠٩ بالمادتين ١٤ و٢٥^(١).

اما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ١٩٨٥ نص على مبدأ المساواة في المادة ١٨ تحت عنوان المساواة في المعاملة بين الطرفين، " يجب أن يعامل الطرفان على قدم المساواة وان تهيأ لكل منهما الفرصة كاملة لعرض قضيته" ، وكذلك نصت المادة ١٥ من قواعد اليونسترال " مع مراعاة احكام هذه القواعد أن لهيئة التحكيم ممارسة التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة شريطة أن تعامل الطرفين على قدم المساواة، وأن تهيئ لكل منهما في جميع مراحل الاجراءات فرصة كاملة لعرض قضيته".

ويلاحظ على ما سبق بان المشرع المصري افرد مادة مستقلة تقرر المساواة بين الخصوم، فكان عليه الاكتفاء بما تضمنته المادة ٥٣ و ٩٨ من الدستور ، الا ان الامر لا يخلو من فائدة، فمن ناحية يحاول المشرع عن طريق اقرار هذا المبدأ بشكل تشريعي التسليم بان للتحكيم ذاتيته واستقلاله، وكذلك يوضح

(١) تنص المادة ١٤ من الدستور الاماراتي على ان " المساواة ، والعدالة الاجتماعية، وتوفير الامن والطمأنينة ، وتكافؤ الفرص أمام جميع المواطنين ، من دعوات المجتمع ... " ونصت المادة ٢٥ " جميع المواطنين امام القانون سواء... " واغلب التشريعات لم تنص على مبدأ المساواة الا في دستورها كما هو الحال في المادة ٥٣ من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ المعدل ٢٠١٩ ويقابلها المادة ٩ في الدستور الكويتي " العدل والحرية والمساواة من دعوات المجتمع".

قيمة مبدأ المساواة بين الخصوم، ويرتب على مخالفة هذا المبدأ بطلان حكم التحكيم^(١).

٢- مبدأ مواجهة الخصوم: ويعد هذا المبدأ من اهم المبادئ المميزة للخصومة حيث لا يجوز الحكم على خصم دون سماع دفاعه أو على الاقل دعوته للدفاع عن نفسه فيما يوجه اليه من طلبات، وهذا ما نصت عليه النصوص الاجرائية في القانون المصري وخاصة في قانون المرافعات وقانون الاثبات، ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٢/١٩٧ من قانون المرافعات المصري من انه "يجوز لكل من المدعى والمدعى عليه ان يقدم مستنداً ردّاً على دفاع خصمة أو طلباته العارضة"، وكذلك المادة ١٦٨ من القانون نفسه والتي نصت على "عدم جواز قبول أوراق أو مذكرات من احد الخصوم دون اطلاع الخصم عليه"^(٢).

وقد اكدت على ضرورة احترام مبدأ المواجهة لوائح مراكز ومؤسسات التحكيم ومنها، لائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس (C-C-I) والصادرة سنة ١٩٨١، حيث نصت في المادة (٢/٢٠) على أن: "بعد فحص مذكرات الاطراف والمستندات المقدمة منهم تستمع محكمة التحكيم إلى الاطراف في مواجهة بعضهم البعض...". وكذلك نص على ذلك في لائحة نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي والصادر عام ١٩٩٤. حيث نصت على أن: "تقوم هيئة التحكيم بفحص مذكرات الاطراف وما قدموه من وثائق ومستندات وسماع اقوالهم في مواجهة بعضهم البعض"^(٣).

ويدور تنظيم احترام مبدأ المواجهة حول ثلاث مبادئ^(٤)، فمن ناحية كل طرف من الاطراف في أن يسمعه المحكم أو المحكمون، ومن ناحية اخرى حق كل

(١) ينظر في ذلك، ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص ١٣٠.

(٢) ينظر في ذلك، د. أحمد ابو الوفا، مصدر سابق، ص ٢٤٦.

(٣) للمزيد في ذلك، راجع: د. ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص ١٣٢-١٣٣.

(٤) راجع في ذلك، د. اشرف عبد العليم الرفاعي، مصدر سابق، ص ٢٥٩.

خصم مناقشة حجج خصمه، وحق كل خصم مناقشته والعلم بكل عناصر الواقع والقانون التي جمعها المحكم.

٣- مبدأ احترام حقوق الدفاع: ان مبدأ احترام حق الدفاع كفلته دساتير الدول ومنها الدستور العراقي في المادة السادسة منه^(١) والدستور المصري بمقتضى المادة (٩٨) منه، والتي نصت على أن "يكفل القانون لغير القادرين ماليًا وسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم"، وكذلك نص الدستور الاماراتي على ذلك في المادة (٢٨) ".....، وللمتهم الحق في ان يوكل من يملك القدرة للدفاع عنه اثناء المحاكمة".

واهتمت تشريعات التحكيم المختلفة بالنص على مبدأ احترام حقوق الدفاع، ومن ذلك نص المادة (٣٣) من قانون التحكيم المصري على أن: "تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكن كل من الطرفين لشرح موضوع الدعوى وعرض حججه وادلته، ولهما الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة مالم يتفق الطرفان على غير ذلك" وهو ما ذهب على غراره قانون التحكيم العماني المرقم ٣٩٧/٤٧ لسنة ١٩٩٧، وتقرر المادة (٢٤) من قواعد اليونسترال لسنة ١٩٨٥ أنه: "...غير انه على هيئة التحكيم مالم يتفق الطرفان على عدم عقد أية جلسات لمرافعات شفوية أن تعقد تلك الجلسات في مرحلة مناسبة من الاجراءات اذا طلب منها ذلك احد الخصوم".

ولما كان المحكم قاض يقضي بالعدل فإن عليه أن يمكن كل طرف من اطراف النزاع من عرض وجهه نظره امامه مع ما يؤيدها من مستندات أو دفع، وعلى المحكم كذلك اتاحه الوقت المناسب للمحتكم لطرح ادلته وحججه^(٢)، وتلتزم هيئة التحكيم عند إجراء التحقيق وسماع البيانات، اتاحة الفرصة للأطراف لمناقشة الشهود والادلة ونتائج تقرير الخبراء المنتدبين في

(١) " لكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الاجراءات القضائية والادارية "

(٢) د. ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص ١٣٨.

القضية، وعد مراعاة ذلك يؤدي إلى المساس بمبدأ رئيسي من مبادئ التقاضي
يثير إهدار للنظام العام، ويترتب على ذلك المساس حتما بطلان حكم التحكيم.

المطلب الثاني

دور المحكم في اعمال النظام العام على القانون الواجب التطبيق وتنفيذ حكم

التحكيم

إن المحكم لديه الحرية الكاملة ازاء القوانين الوطنية يقابلها قيد عندما يتعلق
الامر بإزادة الاطراف، وذلك لان ارادتهم هي التي منحته وخولته مهمة الفصل
في النزاع ، فالمحكم يكون ملزما بتطبيق القوانين الوطنية بناءً على اختيار
الاطراف، فان مصدر الزامه هي ارادة الاطراف، وقانون ما لن ينطبق الا
بحدود ارادة الاطراف^(١)، ولكن التساؤل الذي يتبادر إلى الذهن مدى فاعلية
النظام العام بمفاهيمه المختلفة في القانون الواجب التطبيق سواء تم تحديده من
الاطراف أو من قبل المحكم في حال عدم تحديده من قبل الاطراف، هل يلتزم
المحكم بإعماله ام يتجاهله، وما مصير تنفيذ حكمه اذا تجاهل المحكم النظام
العام في مهمته، هذا ما نجيب عليه من خلال فرعين الاول لبيان النظام العام
في القانون الواجب التطبيق، والثاني نستعرض فيه النظام العام وتنفيذ حكم
التحكيم وعلى النحو التالي:

الفرع الأول: النظام العام والقانون الواجب التطبيق: إن اختيار القانون من
قبل الاطراف أو من قبل المحكم في حال عدم تحديده، فان النظام العام
الوطني المسؤول عن حمايته القاضي الوطني الذي ينظر النزاع، اما المحكم
الدولي لم يعد حارسا للنظام العام الوطني حتى يعمل على حمايته، وإنما هو
قائم على رعاية النظام العام العبر دولي أو ما يسمى النظام العام الدولي
الحقيقي، فانه ملزم باستبعاد كل ما يخالف الاخير^(٢)، إلا إن المحكم مهمته
يحكم بالقانون فالقانون الوطني المختار من قبل الاطراف هو قانون وبالتالي

(١) ينظر في ذلك، نرمين محمد محمود صبح، مصدر سابق، ص ١٢٨.

(٢) ينظر في ذلك، المصدر السابق، ص ٢١١.

فمن المنطقي على المحكم تطبيق ذلك القانون بأكمله، ولكن نتساءل متى يقوم المحكم بذلك ، وهل هذا يتم في القانون المختار من قبل الاطراف أم في القانون المحدد من قبل المحكم، ولتوضيح ذلك لابد من بيان مدى تعارض النظام العام الوطني مع القانون المختار من قبل الاطراف والقانون المختار من قبل المحكم وعلى النحو التالي:

١- النظام العام والقانون المختار من قبل الاطراف:- ينبغي على المحكم الدولي تطبيق القانون الذي تم اختياره بواسطة الاطراف، فأراده الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق غير مقيدة، حيث أن الاطراف ليسوا احراراً فحسب في اختيار القانون الواجب التطبيق، بل باستطاعتهم استبعاد اي قانون اخر، وذلك بالإحالة إلى المبادئ العامة أو إلى اعراف التجارة الدولية، وذلك لتقييد مجال القانون الوطني المختار لكي يتجانس مع المبادئ العامة، كما يجوز للأطراف استبعاد النصوص القانونية في القانون الواجب التطبيق، والتي تجعل بعض الشروط العقدية باطلة، إلا أن لابد من الاطراف توضع ذلك بدقة^(١) يتضح لنا مما سبق بان المحكم لا يقوم بتطبيق قواعد امرة الا اذا أراد الاطراف انطباقها عليهم، وانتهاج المحكم هذا المسلك يرجع إلى امرين أولهما: أن نظام التحكيم التجاري الدولي يعتبر نظاماً خاصاً ناتجاً عن ارادة الاطراف ، والمحكم مهمته تفرض عليه احترام نص وروح العقد " والبحث عن الحل الاكثر ارضاءً"^(٢)، واما الامر الثاني ان المحكم ليس حارساً للنظام العام الوطني حتى يعمل على حمايته، وانما هو قائم على رعاية النظام العام العبر دولي، كذلك فإنه ملزم باستبعاد كل ما يخالف ذلك الاخير، ويذكر البعض بان النظام العام الداخلي ليس لديه امام المحكم الدولي الا صفة الحكم المكمل.

(١) د. اشرف عبد العليم الرفاعي، مصدر سابق، ص ٢٩٥.

(٢) نرمين محمد صبح، مصدر سابق، ص ٢١١.

فالمحكم الدولي كما ذهب جانب من الفقه^(١)، مقيد بإرادة الاطراف التي هي اساس سلطته، اي يخضع إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فاذا اتجهت ارادة الاطراف إلى استبعاد الاحكام الامرة المتعلقة بالنظام العام وجب على المحكم عدم تطبيقها والسير وفقاً لما تضمنه العقد، إلا أن الامر محل خلاف في حال لم يستبعد الاطراف القواعد الامرة في القانون المختار صراحة، في هذه الحالة على المحكم كونه يمارس مهمته وهو امام قانون فانه والحالة هذا يقتضي تطبيق القانون المختار بأكمله اي بجميع قواعده الموضوعية، فاذا اتجهت تلك القواعد إلى بطلان العقد جزئياً أو كلياً فهذه هي ارادة الاطراف اقضت ذلك فعادة اطراف النزاع لا يعرفون جيداً محتوى قانونهم المختار، ولكن يذهب جانب من الفقه^(٢) في حال عدم الاستبعاد الصريح للقواعد الامرة في القانون المختار من جانب الاطراف، فان على المحكم البحث عن ارادتهم الحقيقية للتحقق من كونهم استبعدوا هذه الاحكام ام لا، فعندما يجد المحكم أن هناك تناقضا بين شرط تعاقدى معين وقاعدة امرة في القانون الذي اختاره الاطراف، عليه أن يتساءل عما اذا كانت الارادة الحقيقية للأطراف قد غابت ذلك الشرط على القاعدة الامرة أم لا. فالأطراف احرار في اختيار قانون العقد قانون وطني اخر ليس من شأن احكامه ابطال شروط العقد، واختيار قانون يبطل العقد يفتح المجال امام المحكم الدولي لتفسير النية الحقيقية للأطراف، وهذا الموقف الاخير يميل إلى النظرية الشخصية المفرطة التي تذهب إلى عدم امكانية بطلان العقد أو احد شروطه بموجب القانون المختار، ودون البحث عن إرادة الاطراف بالنسبة لهذه المسألة^(٣).

(١) ينظر في ذلك:

B.Goldman “ La lax mercatoria dans contrats et l’ arbitrage international “ cluent, 1979,p.475.

(٢) ينظر في ذلك:

DERAINS (Y) : Le statut des usages du commerce international devant les = juidictions arbitrales, Rev Arb. 1973, p. 392.

(٣) ينظر في ذلك، نرمين محمد صبح، مصدر سابق، ص ٢١٤-٢١٥.

إلا أن جانب آخر من الفقه^(١) ذكر اتجاهها قويا في قضاء التحكيم يعترف بعلو النظام العام للقانون المختار، ويستدل الفقه على ذلك بقرارين صادرين عن غرفة التجارة الدولية في القضيتين رقمي، ٣٣٨٠، ٢١١٩. ففي القضية الأولى اعتبرت هيئة التحكيم أن "العقد يعتبراً محكوماً عليه ومفسراً من قبل القانون السوري في تمامه وبدون قيد..." وفي القضية الثانية رقم ٢١١٩ فقد ذهبت هيئة التحكيم إلى أن "...الاحكام العقدية تكون واجبة التطبيق مباشرة، طالما انها لا تتعارض مع الاحكام الامرة في القانون الفرنسي" يتضح من ذلك أن الاتفاق يجب أن يكون خاضعا ومفسراً وفقاً لقوانين المعمول بها في سوريا وهذا ما اتجهت إليه ارادة الاطراف في المادة ٢٥ من العقد في القضية رقم ٣٣٨٠، وايضا في المادة ١٩ من القضية رقم ٢١١٩ والتي كانت تنص على " أن العقد المبرم في ١٩٦٨/١١/٥ سيتم تنفيذه وتفسيره وفقاً للقانون الفرنسي"^(٢).

ومن جانبنا نرى أن القانون المختار لا يمكن أن يصبح مجرد شرط عقدي بمجرد اختياره من قبل الاطراف يندمج بالعقد فالمفترض بان دور ارادة الاطراف رسم حدود للمحكم صريحة وواضحة فيما يتعلق بعملية تطبيق القانون المختار واستبعاد النصوص الامرة منه بحيث لا يتعطل نفاذ كل أو بعض شروط العقد، ومن ناحية اخرى فان حصول تدرج بين احكام العقد والقانون الواجب التطبيق، فان هذا التدرج يكون لصالح هذا الاخير.

١- **النظام العام والقانون المختار من قبل المحكم:** - إن المحكم على عكس القاضي الوطني فالأخير ملزم باستبعاد القانون الاجنبي المخالف للنظام العام في دولته والذي اشارت إلى تطبيقه قاعدة التنازع الوطنية، اما المحكم فانه غير ملزم بالمشرع الوطني ولا بقواعد التنازع الوطنية، فان اساس التزامه هي ارادة الاطراف وليس القانون الوطني، وفي حال غياب ارادتهم في تحديد

(١) ينظر في ذلك، المصدر السابق، ص ٢١٨.

(٢) المصدر سابق، ص ٢١٨.

القانون الواجب التطبيق على العقد فان كل القوانين الوطنية تقف امامه على قدم المساواة وفي حالة اختياره لقانون وطني فانه لا يتم تطبيق الا القواعد الموضوعية منه، وعادة ما يفضل المحكم المنهج الموضوعي المباشر في التطبيق والاعراف الجارية وفق نوع المعاملة (١)، فالمحكم عند تحديده للقانون الواجب التطبيق في حال عدم تحديده من قبل طرفي العقد عليه أن يطبقه كما هو ومن الصعب على المحكم أن يقرر استبعاد هذا النص أو ذاك بسبب تعارضه مع شروط العقد، فالمحكم قبل أن يحدد القانون الواجب التطبيق عليه يأخذ بنظر الاعتبار النتائج المترتبة على عدم التطابق الموجود بين نصوص العقد ومضمون القانون المحتمل تطبيقه، عدم التطابق هذا يكون قرينة سلبية على ان الاطراف لا يريدون وضع علاقاتهم التعاقدية داخل نظام قانوني ليس مستعدًا لاستقبال هذه العلاقة كما تصورها.

ويرى جانب من الفقه (٢) أن الارادة الضمنية لأطراف العقد تتجه نحو اختيار القانون الذي يصح العقد وليس اختيار القانون الذي لا يعطيه اثر، وتعقبا على ذلك يمكننا القول أن ارادة الاطراف هي التي تحدد القانون بطريقة غير مباشر، واذا كان الاطراف لا يحتاطون، في حال قيامهم باختيار القانون لوجود قواعد امرة تقضي قد تؤدي إلى بطلان عقدهم كليًا أو جزئيًا، فما عليهم إلا اسناد المهمة إلى المحكم والذي يكون اكثر تحوطا منهم، اذ انه سيجري تحليلا لأحكام القانون المتصل بالعقد ليصل في النهاية إلى ذلك الذي يعطي اثرا لشروط العقد (٣). ويثار التساؤل فيما لو تعارض القانون المختار من المحكم مع احكام العقد جزء أو كلا فالصالح من يكون التعارض أو السمو فهل يعلو النظام العام على احكام العقد، فهذا الفرض فإن المحكم سيقضي لصالح احكام القانون، فلا يمكن للمحكم ان يستبعد النظام العام لقانون العقد من خلال

(١) د. ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص ١٤٧-١٤٨.

(٢) راجع في ذلك، د. اشرف عبد العليم، مصدر سابق، ص ٢٩٧.

(٣) ينظر في ذلك، د. نرمين محمد صبح، مصدر سابق، ص ٢٣٥.

تفسير نية الاطراف وذلك على خلاف ما يحدث في حالة اختيار الاطراف لقانون العقد.

فاختيار قانون يعطي صحة للعقد، سيجعل من صحة العقد ضابط اسناد وهذا محل للنقد فلا يمكن للمحكم القيام بذلك تجنباً أو خشية من اصطدام احكام العقد بالنظام العام، ولكن للمحكم اختيار قانون الاكثر نقاط اتصال بالعقد والأوثق صلة، وبالتالي فإن ارادة الاطراف تملك القدرة امام قضاء التحكيم التجاري الدولي على استبعاد اي قانون وطني على عقدهم، وبعض النصوص في القانون الواجب التطبيق والذي تم اختياره من قبلهم حتى لو كانت هذه النصوص متعلقة بالنظام العام^(١) بشرط أن يعبروا عن ذلك صراحة.

الفرع الثاني: النظام العام وحكم التحكيم: إن حكم التحكيم هو المحصلة النهائية لاتفاق التحكيم، فالتحكيم يبدأ باتفاق أو عقد وينتهي بحكم، مع العلم ان المحكم لا يعتبر قاضياً إلا انه يقوم بذات المهمة، وعليه اتباع الاجراءات سواء من حيث تسبب حكم التحكيم أو من حيث تنفيذه، وسنوضح علاقة النظام العام بتسبب حكم التحكيم وتنفيذه خلال الفقرتين التاليتين:-

١- **النظام العام وتسبب حكم التحكيم:** إن اسباب الحكم التحكيمي هي ذاتها المقصودة في الحكم القضائي الذي يصدر من محاكم الدولة، فالأسباب هي المبررات القانونية التي يبنى عليها الحكم أو القرار التحكيمي، وتتطلب التشريعات الوطنية والدولية ذكر اسباب القرار التحكيمي ومن تلك التشريعات قانون المرافعات المدنية العراقية م (٢٠٢٧٠) (٢)، وقانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ م (١٨٣) استلزم تسبب حكم التحكيم^(٣)، أما قانون التحكيم المصري فقد نصت المادة (٢/٤٢) على أن

(١) ينظر في ذلك، د. اشرف عبد العليم الرفاعي، مصدر سابق، ص ٢٩٨.
(٢) اذ تنص على " يجب أن يشتمل القرار بوجه خاص على ملخص اتفاق التحكيم وأقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب القرار ومنطوقه والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره وتوقيع المحكمين".
(٣) للمزيد من ذلك راجع المادة ١٨٣ من الباب الثاني عشر الخاص بالتحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠.

يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً وإلا كان باطلاً، إلا إذا اتفق الاطراف على خلاف ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم لا يشترط ذكر اسباب الحكم" ، وقد ذهب المشرع المصري في ذلك على غرار ما ذهب اليه المشرع العماني^(١).

والغاية أو الحكمة من تسبيب الحكم التحكيمي أو القضائي هي إيجاد ضمانه من ضمانات التقاضي، حيث يتيح ذكر الاسباب مراجعة الحكم سواء كان الحكم صادر من القضاء الوطني أو من هيئة التحكيم أو من المحكم ، وهذا ما أوجبت عليه التشريعات الوطنية، واعتبرت هذه الضمانة من النظام العام، ويترتب على عدم تسبيب الحكم التحكيمي بطلانه، ونلاحظ على قانون التحكيم المصري والعماني ذهبا إلى توسيع نطاق قانون الارادة في اعطاء الاطراف الحق في الاتفاق على عدم تسبيب حكم التحكيم أو في حال اختيار قانون لا يجيز تسبيب الحكم، وهذا يعد اخلال بضمانات التقاضي التي قد يصعب على المحكمة في حال طلب احد الاطراف تنفيذ الحكم أو الاعتراض عليه فهم الاسباب القانونية التي ادت إلى صدوره.

وباستعراض موقف الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، يتضح أن الاتفاقية الأوربية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٦١ قد تركت مسألة تسبيب حكم التحكيم الى ارادة الاطراف بوضعه في اتفاق التحكيم عندما اتفقوا على اجراءات التحكيم بوجوب أن يكون القرار التحكيمي الذي يصدر عن المحكم أو هيئة التحكيم مسبباً، وهذا ما نصت عليه الاتفاقية في مادتها الثامنة بالقول الاطراف في اتفاق التحكيم يفترض أنهم اتفقوا على وجوب أن يكون القرار التحكيمي الذي يصدر عن المحكم أو هيئة التحكيم مسبباً- الا أن هناك استثنائين على تلك القاعدة التي أوردتها المادة سالفه الذكر: **الاستثناء**

(١) اذ نصت المادة ٢/٤٢ " من قانون التحكيم العماني الصادر بالمرسوم ٩٧/٤٧ سنة ١٩٩٧. يجب ان يكون حكم التحكيم مسببا الا اذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم".

الأول: حين يكون اطراف التحكيم قد اعلنوا صراحة عدم ضرورة تسبيب القرار - **والاستثناء الثاني** حينما يكون الاطراف قد اتفقوا على اجراءات التحكيم لا توجد بها أية قاعدة تقضي بضرورة تسبيب القرار، بشرط الا يطلب احد طرفي النزاع - قبل انتهاء المرافعة أو قبل صياغة القرار - من المحكمين ذكر سبب القرار^(١).

أما الاتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ الخاصة بالاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الاجنبية، والتي انضم اليها العراق مؤخرا بموجب القانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٢١^(٢) فقد تعرضت لهذه المسألة ضمناً لا صراحة في المادة الخامسة حيث ذكرت الفقرة الأولى من هذه المادة أن اجراءات التحكيم، يجب ان تكون طبقاً لما اتفق عليه الطرفان طرفاً التحكيم، فان لم يتفقا على ذلك فان الاجراءات تكون طبقاً لقانون الدولة التي يجري التحكيم على اقليمها، ومعنى ذلك اذا لم يتفق الطرفان على اجراءات التحكيم (ويدخل في عددها بالطبع مسألة تسبيب أو عدم تسبيب القرار الصادر من المحكم أو المحكمين) فإن القانون الاجرائي النافذ في الدولة التي يجري التحكيم على اقليمها هو الذي يطبق في هذه الحالة، فاذا كان هذا القانون يوجب تسبيب الاحكام، فانه يجب على المحكم أو هيئة التحكيم الالتزام بتسبيب القرار وإلا فانه لا التزام بذلك على المحكم أو هيئة التحكيم، ثم ان الفقرة الثانية من نفس المادة تقرر مبدأً عليه شبه اجماع في تشريعات الدول المختلفة، وهو امكان رفض القرار أو الحكم التحكيمي وتنفيذه اذا كان في الاعتراف به وتنفيذه ما يتعارض مع النظام العام في الدولة التي يراد الاعتراف بالقرار وتنفيذه فيها، وبالتالي فان تسبيب القرار التحكيمي يعد من الضمانات الجوهرية لتحقيق العدالة، وهي تدخل في مصاف الامور المتعلقة بالنظام العام^(٣).

(١) ينظر في ذلك، د. حامد محمد بدر، مصدر سابق، ص ١٥٧.

(٢) جريدة الوقائع العراقية العدد ٤٦٣٣ في ٢٠٢١/٥/٣١، السنة الثانية والستون.

(٣) راجع في ذلك، د. ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص ١٥٦-١٥٧.

ويتبين لنا من موقف الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي انها تميل إلى تسبب القرار التحكيمي على صعيد التجارة الدولية، الامر الذي يدل على الرغبة في تطوير قواعد هذا المجال، مما يؤدي إلى خلق قواعد جديدة هي احياء لقانون شعوب جديد يفي بمتطلبات التجارة وينسجم مع طبيعتها ويدفع بها إلى الازدهار .

الفرع الثاني: النظام العام وتنفيذ حكم التحكيم: إن حكم التحكيم بمجرد صدوره من هيئة التحكيم أو المحكم يصبح غير قابل للطعن باي طريقة من طرق الطعن المعتادة للطعن في الأحكام القضائية التي تصدر من محاكم الدول، وتصبح احكام التحكيم احكام قضائية وطنية نهائية، وقد وصف "حكم التحكيم" بأنه كرماسة انطلقت ولا يمكن توقيفها، فاذا صدر حكم تحكيم في مصر واراد تنفيذه في العراق فلا يمكن إلا الاستجابة لهذا الحكم وكأنه حكم صادر من المحاكم الوطنية العراقية، وتتعامل معه على اساس انه حكم قضائي نهائي وطني، ولكن المسألة التي تدور في الذهن، اذا كان حكم التحكيم نهائي ولا يقبل الطعن باي طريقة من طرق الطعن، وحاز حجية الامر المقضي فيه ، واصبح حال صدوره بمصاف الحكم القضائي الصادر من القاضي الوطني المكتسب الدرجة القطعية، فهل المحتكم ضده سينفذ حكم التحكيم الصادر ضده تلقائيا ام لا ، وفي حال لم ينفذ تلقائيا فماهي الاجراءات التي تتبع لضمان تنفيذ حكم التحكيم من قبل المحتكم الذي صدر الحكم لمصلحته؟

إن الاجابة على هذا التساؤل، في الشق الأول منها وهو في حال تنفيذ الحكم تلقائيا أو طواعية لا ضير في ذلك، اما في حال لم ينفذ الحكم التحكيمي طواعية، وهذا الاحتمال كثير التوقع، فالصادر الحكم ضده ليس من مصلحته تنفيذ الحكم طواعية، فهنا لابد من الذهاب إلى التنفيذ القضائي الجبري من قبل محاكم الدولة المطلوب منها تنفيذ حكم التحكيم، فان لجوء احد الطرفين لمحاكم احد الدول لتنفيذ الحكم يخضع بذلك الحكم لنفس الاجراءات المتبعة بتنفيذ الاحكام الصادرة من محاكم وطنية، فقضاء الدولة هو

الذي يضمن صحة اتفاق التحكيم واجراءاته والقانون الواجب التطبيق والحكم الصادر، فالدولة رغم تنازلها عن سلطاتها القضائية تحرص بالقدر نفسه على أن يتضمن التحكيم الضمانات الاساسية التي يوفرها قضاء الدولة حماية لحقوق الخصوم وإلا مصير حكم التحكيم البطلان لمخالفته النظام العام^(١)، وقد حرصت على ذلك الدول من خلال تضمين ذلك في قوانينها الداخلية وهذا ما نص عليه المشرع المصري^(٢) وكذلك ورد في المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة أن يتمسكوا ببطلانه وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تبطله في الأحوال الآتية :

١- إذا كان قد صدر بغير بيئة تحريرية أو بناء على اتفاق باطل أو إذا كان القرار قد خرج عن حدود الاتفاق.

١- إذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام أو الآداب أو قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في هذا القانون، وكذلك نصت على ذلك المادة (٢٣٥) من قانون الاجراءات المدنية الاماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٣ لا يجوز الامر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي.... هـ،، انه لا يتعارض مع حكم أو امر سبق صدوره من محكمة بالدولة ولا يتضمن ما يخالف الآداب أو النظام العام.

ونلاحظ أن تدخل التشريعات الوطنية بتضمين اجراءات تنفيذ حكم التحكيم عدم مخالفته للنظام العام في دولهم هو لحماية الاسس والمبادئ العامة السائدة في بلدانهم وقت تنفيذ حكم التحكيم، فالرقابة القضائية تعد الحارس الوطني على عدم المساس بالمبادئ الجوهرية للدولة، وبهذا تكون التشريعات الوطنية قد طبقت النظام العام بمفهومه الداخلي على حكم تحكيم تجاري دولي، انما

(١) ينظر في ذلك، بن شعاعه قريشي، دور القضاء في الرقابة على حكم التحكيم، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مصباح ورقلة، ٢٠١٥، ص ٦.

(٢) ففي قانون التحكيم المصري نصت الفقرة الثانية من المادة (٥٨) من قانون التحكيم المصري على انه لا يجوز الامر بتنفيذ حكم التحكيم وفقا لهذا القانون الا بعد التحقق من الاتي: ١- الا يتعارض مع حكم تم صدوره من المحاكم في موضوع النزاع. ٢- الا لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية". وهذا النص مماثل لنص المادة ٢/٢٥٣ من قانون التحكيم العماني لسنة ١٩٩٧.

ينبغي عليها مراعاة النظام العام بمفهومه الدولي الحقيقي، ولعل من اجل ذلك جاء قرار جمعية القانون الدولي ILA (١) بشأن النظام العام كعائق امام تنفيذ احكام التحكيم الدولي، لينص في الفقرة (أ) من المادة الثانية على الا يجب أن تحول مخالفة الحكم لمجرد قاعدة أمر (أي قاعدة أمر) ولكنها لا تمثل جزء من النظام العام الدولي من الدولة بحيث يتم تطبيقها في القضية محل الاعتبار) دون الاعتراف بهذا الحكم وتنفيذه حتى اذا مثلت القاعدة المذكورة جزء من قانون دولة التنفيذ أو القانون الحاكم للعقد أو قانون مكان تنفيذ العقد أو قانون مكان التحكيم".

اما موقف الاتفاقيات الاقليمية والدولية، فنرى أن هناك الكثير من الاتفاقيات الاقليمية التي تتعلق بموضوع التحكيم بصفة عامة، والتي تحدد قواعد تنفيذ قرارات التحكيم في اقاليم الدول المتعاقدة، ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية جامعة الدول العربية لتنفيذ الاحكام في ١٤ سبتمبر ١٩٥٢ وهذه الاتفاقية يقتصر تطبيقها على دول الجامعة، فليس لغير هذه الدول الانضمام اليها، وترفض تنفيذ احكام التحكيم المقدمة اليها في حال خالفت النظام العام والآداب، وهذا ما جاء بالمادة الأولى من هذه الاتفاقية (٢)، وهذا الحكم استقرت عليه كافة الاتفاقيات الاخرى، فاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية ١٩٥٨، رفضت تنفيذ حكم التحكيم والاعتراف به في عدة حالات اوردها في نص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من الاتفاقية كما يلي:

٢- يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها: أ- اذا كان قانون ذلك

(١) ينظر د. أحمد هنيدي، تنفيذ احكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٥٤.
(٢) مع مراعاة ما ورد في المادة الأولى من هذه الاتفاقية لا تملك السلطة المطلوب إليها تنفيذ حكم محكمين صادر في احد دول الجامعة العربية اعادة فحص موضوع الدعوى الصادر فيها حكم المحكمين المطلوب تنفيذه، وانما لها ان تطلب تنفيذ حكم المحكمين المرفوع إليها في الاحوال الاتية: هـ " اذا كان في حكم المحكمين ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ، وهي صاحبة السلطة في تقدير كونه كذلك وعدم تنفيذ ما يتعارض منه مع النظام العام أو الآداب العامة فيها.

البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم. ب- أو كان في الاعتراف في حكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد ".
ووضح من الحالتين السابقتين تتعلقان بالنظام العام ، وكان البند (ب) وحده كافيًا ، ولم يكن هناك داع للنص على ما جاء بالبند (أ) لأنه إذا كان النزاع متعلقًا بأمر لا تجيز الدولة في قانونها الوطني عرضه على التحكيم، ومعنى ذلك أن الدولة تقصر الفصل فيه على القضاء وهو الطريق الرسمي لأعمال العدالة، ومن ثم فإن مثل هذا التحكيم يتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز مخالفته^(١) والملاحظ أن الفلسفة التي تقوم عليها اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ في الفقرة الثانية من المادة الخامسة يجب ان لا يفهم من النظام العام الذي اشارت اليه هو النظام العام الداخلي بمفهومه الضيق، وأن كان هذا الاخير خاضعا لفلسفة القاضي المبنية على تشريعاته الداخلية والاهداف التي تتوخى حمايتها داخل بلده. ومن الجدير بالذكر أن موقف التشريعات الوطنية والدولية يتفق مع قرار جمعية القانون الدولي ILA بشأن النظام العام كعائق امام تنفيذ أحكام التحكيم الدولية وهذا ما نص عليه في الفقرة الأولى من الملحق^(٢).

الخاتمة : إن دراسة مدى فاعلية النظام العام امام قضاء التحكيم التجاري الدولي انتهت بجملة من النتائج والتوصيات نوجزها على النحو التالي:
أولاً: النتائج:

(١) ينظر في ذلك، نصوص اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الاجنبية وتنفيذها
(٢) "أ) يجب احترام نهائية أحكام التحكيم الصادرة في التحكيم التجاري الدولي فيما عدا بعض الظروف الاستثنائية (ب) يمكن ان تتحقق هذه الظروف الاستثنائية بشكل خاص اذا كان الاعتراف بحكم التحكيم الدولي أو تنفيذه مخالفا لنظام العام الدولي، يستخدم لفظ "النظام العام الدولي" في هذه التوصيات لتحديد هيكل القواعد التي تعترف بها الدولة والتي قد تعيق بطبيعتها الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الصادر في تحكيم دولي اذا نتج عن الاعتراف بذلك بهذا الحكم أو تنفيذه مخالفة تلك القواعد اما بسبب الاجراءات التي صدر طبقا لها (النظام العام الاجرائي) أو بسبب (النظام العام الموضوعي). (د) يتضمن النظام العام لاي دولة : المبادئ الاساسية للعدالة والاخلاق التي ترغب الدولة حمايتها حتى لو لم تكن معنية مباشرة بذلك، (٢) القواعد الخاصة بخدمة المصالح السياسية والاجتماعية والاقتصادية الاساسية، والتي تعرف باسم قواعد النظام العام (٣) التزام الدولة باحترام التزاماتها تجاه الدول الاخرى أو المنظمات الدولية".

١- قضاء التحكيم التجاري الدولي غير مستقل عن سلطة القانون والقضاء للأنظمة الداخلية للدول، فالقانون شرع احكامه وسمح للمتعاقدین باللجوء اليه سواء بقوانين مستقلة كما هو الحال في قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وقانون التحكيم العماني الصادر بالمرسوم ٩٧/٤٧ سنة ١٩٩٧ أو ورد ضمن قوانين المرافعات والاجراءات المدنية كقانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ و قانون الاجراءات المدنية الاماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٣ ، والقضاء سلطته عليه من خلال النظر في المنازعات التي تنشأ عنه والرقابة على تنفيذ الاحكام الصادرة منه.

٢- تدخل قضاء الدولة باعتباره سلطة عامة، تملك وحدها إلزام الخصوم ومن لهم صلة بالنزاع بتنفيذ قرارات وأحكام المحكمين حيث إن الدولة قد احتكرت سلطة القضاء واعتبرتها أحد مظاهر سيادتها واعتبرت نفسها الأمين على تنظيم المرفق الذي يحقق الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية.

٣- إن النظام العام في التحكيم التجاري الدولي لا يمكن أن يكون له فاعلية، ما لم يتم تقديم طلب اعتراف أو تنفيذ الحكم أو بطلانه من قبل الخصوم وبالتالي يخضع للرقابة القضائية في الدولة المطلوب منها الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه أو بطلانه، لان احكام التحكيم منذ صدورها تعتبر احكام نهائية باتة، وقابلة للتنفيذ الرضائي أو الجبري.

٤- اجمعت الانظمة الوطنية والاتفاقيات الدولية على احترام النظام العام في الدولة المطلوب الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين فيها، وذلك لضمان فاعلية تنفيذ احكام التحكيم.

٥- إن دور النظام العام في مجال التحكيم التجاري الدولي لا يثير ادنى غرابة، فالمشرع عندما سمح للمتعاقدین بحل نزاعهم عن طريق التحكيم، لا يعني انه قد منح الاطراف أو محكميهم تفويضا بأعمال قواعد قانونية أو مفاهيم تتعارض في مضمونها مع النظام العام في دولته، وإنما وضع أطراً لشرعية الممارسات التحكيمية ضمانا لفاعلية الاحكام الصادرة عنها.

ثانياً: المقترحات:

١- إن سماح المشرع الوطني والاتفاقيات الدولية باللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي الغاية من منح أكبر قدر من الحرية للمتعاقدین في حل منازعاتهم بعيداً عن القضاء الوطني، فالعودة عند الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إلى القضاء الوطني واخذ الاخير بالنظام العام في دولته، يفقد التحكيم اهميته ويضيق من نطاقه، وعليه نوصي مشرعو الدول بما فيهم المشرع العراقي عند طلب تنفيذ حكم التحكيم عليهم فقط التأكد من عدم مراعاة هيئة التحكيم للنظام العام الدولي الحقيقي دون النظر بنظامه العام الوطني.

٢- حث مشرعو الدول عامة والمشرع العراقي خاصة أن يحذو حذو المشرع المصري والعماني بإصدار قانون خاص بالتحكيم يضمن للتحكيم ذاتيه واستقلاله، وعدم تركه ضمن قانون المرافعات والاجراءات المدنية.

٣- ضرورة مراعاة التوازن بين حق الدولة، وبين حق التقاضي لمن صدر الحكم لصالحه، فعلى سبيل المثال تسبب الحكم وأن كان يتعلق بالنظام العام في غالبية الدول، إلا أن في كثير من الدول يجري العمل على عدم ذكر أسباب حكم التحكيم لان التسبب يتعلق بتكوين الحكم ذاته، ففي كثير من الدول يجري العرف على عدم ذكر اسباب حكم التحكيم، وبالتالي فان عدم التسبب ينبغي إلا لا يكون سبباً لرفض حكم التحكيم لعدم تعلق التسبب بالنظام العام الدولي.

المصادر

أولاً: الكتب العربية

لسان العرب للعلامة ابن منظور الدمشقي، المجلد الثاني عشر، دار صادر للطباعة والنشر ودار بيروت للطباعة والنشر ١٩٥٦.

ثانياً: الكتب القانونية

١- د. ابو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٢- ابو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ١٩٨١.

٣- د. أحمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٨.

٤- د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية "دراسة تأصيلية انتقادية"، دار النهضة العربية، القاهرة.

- ٥- د. أحمد عبد الكريم سلامة قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة الطبعة الأولى.
- ٦- د. أحمد هندي، تنفيذ احكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
- ٧- د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري الجزء الثاني، تنازع والاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
- ٨- د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.
- ٩- د. جمال محمود كردي، النظام العام الدولي العربي حلم، أم حقيقية، أم خيال، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٠.
- ١٠- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤.
- ١١- د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
- ١٢- د. عصام الدين القسبي، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية المنصورة، كلية الحقوق، القاهرة، ٢٠٠٩.
- ١٣- د. عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الالكتروني" دراسة مقارنة لقواعد جمعية التحكيم الامريكية وتنظيم محكمة القضاء في ضوء المبادئ العامة للتحكيم التقليدي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
- ١٤- د. عكاشة عبد العال، تنازع القوانين "دراسة مقارنة"، ب ط، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢.
- ١٥- د. عوض الله شيبه الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
- ١٦- د. ماهر محمد حامد، أثر النظام العام في الحد من اللجوء إلى التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠١٢.
- ١٧- د. محمد ابراهيم علي، القواعد الدولية الامرة " دراسة في امكانية تقليص الدور الذي تلعبه في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية أمام هيئات التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠١.
- ١٨- د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي" دراسة في قانون التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
- ١٩- د. محمد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٤٣.
- ٢٠- د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ١٩٩٥.
- ثالثاً: الرسائل الجامعية:**
- ١- اشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٠.
- ٢- بن شعاعه قريشي، دور القضاء في الرقابة على حكم التحكيم، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مصباح ورقلة، الجزائر، ٢٠١٥.
- ٣- حسام الدين فتحي عبد اللطيف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية" دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٠.
- ٤- محمد عبدالله الطيب، فاعلية القضاء المصري في التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠١٩.
- ٥- محمد عبدالله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي "دراسة تأصيلية"، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٩٨.
- ٦- نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٣.

رابعاً: البحوث القانونية:

- 1- د. أحمد صادق القشيري، نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول يناير 1968، السنة العاشرة، مطبعة جامعة عين شمس.
- 2- د. جمال مرسي بدر، النظام العام في مصر، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، السنة السابعة، العددان الثالث والرابع.
- 3- د. محمد حمدي بهنسي، النظام العام والبعد الاجتماعي للقوانين الوطنية في مجال القانون الدولي الخاص، المجلة القانونية الاقتصادية، العدد الثاني، 2005، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق.
- 4- د. محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة السابعة والعشرون، ديسمبر 2003.

خامساً: الدساتير والتشريعات الوطنية والدولية:

- 1- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- 2- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- 3- اتفاقية جامعة الدول العربية لتنفيذ الاحكام 14 سبتمبر 1952.
- 4- اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية 1958.
- 5- دستور دولة الكويت 1962.
- 6- قانون المرافعات والاجراءات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969.
- 7- نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ 46 في 12/7/1403هـ.
- 8- قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (5) لسنة 1985 المعدل عام 1987.
- 9- قانون الاجراءات المدنية الاماراتي رقم 11 لسنة 1993.
- 10- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.
- 11- قانون التحكيم العماني الصادر بالمرسوم 97/47 سنة 1997.
- 12- دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
- 13- دستور دولة الامارات العربية المتحدة لسنة 1971 المعدل عام 2009.
- 14- دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2019 المعدل.

خامساً: المصادر الاجنبية :

- 1- B.Goldman “La lax mercatoria dans contrats et l’ arbitrage international “ cluent, 1979.
- 2- DERAIS (Y) : Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales, Rev Arb. 1973.
- 3- International Law Association, Report on the Sixty-Ninth Conference, London, 2000
- 4- LEW Julien D.M., Applicable Law in International Commercial Arbitration, Oceania, Dobbs Ferry, New York, 1978.
- 5- P. Lalive, ordre pubic transnational (au reelement international et L’ arbitrage international , Rev. Arb 1986.
- 6- KOSTERS J, PUBLIC POLICY IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 29 Yale L.J. 1920
- 7- SANDERS Pieter, Commentary, in 60 Years of ICC Arbitration, ICC Publishing, Paris, 1984