مجلة كلية القانون والعلوم السياسية العدد (١٠)

فكرة النظام العام عبر الدولي
في نطاق الرقابة على قرار التحكيم الاجنبي

أ.م.د. علي حميد كاظم
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي/ مركز الوزارة

المستخلص

يتناول هذا البحث فكرة تعد حديثة نسبيا في نطاق التحكيم الدولي هي فكرة النظام العام عبر الدولي. وهذه الفكرة تدور حول وجود قواعد متفق عليها عالميا تمثل مقتضيات النظام العام في نطاق التحكيم الدولي. والهدف من توجه الفقه وبعض النصوص نحو تبني هذه الفكرة هو التأكيد على فاعلية قرارات التحكيم الاجنبية ومن ثم ضمان تطبيقها في النظم القانونية الداخلية. فنصوص قوانين التحكيم والاتفاقيات الدولية حوله, وبخاصة اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها, تعطي الحق لمحاكم الدول برفض الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها اذا كان ذلك الاعتراف او التنفيذ يتعارض مع النظام العام. غير ان تلك النصوص لم تبين حدود النظام العام بوصفه مانعا من موانع الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتطبيقها. وفكرة النظام العام عبر الدولي تجعل من مفهوم النظام العام مفهوما ضيقا مما يمنع المحاكم الداخلية من استخدامه استخداما تحكميا يضر بفاعلية قرارات التحكيم الاجنبية من حيث التطبيق.

Abstract

This research is about a relatively new idea in international arbitration domain called Transnational Public Policy. This idea is about Universally agreed rules existing can be considered as the requirement of public policy within the scope of international arbitration. The aim of the orientation of jurisprudence and some texts towards adopting this idea is to emphasize the effectiveness of foreign arbitration awards and to ensure their application in internal legal systems. The texts of arbitration laws and international agreements around it, especially the Convention of Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, give the right to state courts to refuse to recognize arbitration awards and enforce them if that recognition or enforcement contradicts public policy. This Idea makes public policy a narrow concept, and that prevents domestic courts from using it arbitrary in a way that harms the effectiveness of foreign arbitration decisions in terms of application.

المقدمة

يزداد الاقبال على التحكيم, يوما بعد يوم, بوصفه طريقة شائعة من طرق تسوية المنازعات. وما زاد من هذا الاقبال هو الصفة التوافقية التي تتيح للاطراف المتنازعة اختيار الجهة التي تفصل في نزاعهم والتمتع بمستوى معين من الاستقلالية بخصوص الاجراءات التي تتبع في الفصل في النزاع وبخصوص القواعد الموضوعية التي تطبق. ويزداد هذا الاقبال على التحكيم في منازعات عقود التجارة الدولية, حيث يوفر للاطراف المتعاقدة امكانية ازالة المخاطر المتوقعة من اختلاف الثقافات والنظم القانونية التي يمكن ان تكون عائقا امام التعامل التجاري على المستوى الدولي. لذلك نجد اليوم ان التحكيم الدولي اصبح يغطي معظم نطاق التسوية لمنازعات التجارة الدولية, فاصبح بمثابة القضاء العادي لمنازعات هذا النوع من العقود بعد ان كان يطبق على نحو استثنائي.

ان ما زاد من الاقبال على التحكيم بوصفه وسيلة لحل المنازعات القانونية في مجال عقود التجارة الدولية هو التوجه العالمي نحو عقد اتفاقيات تعنى بالاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبي , حيث ان من شأن ذلك ان يوفر عنصر الاطمئنان لدى اطراف العلاقات القانونية في أن ما يتمخض عن حلول تتوصل اليها جهات التحكيم سيجد طريقه الى التنفيذ في مختلف بلدان العالم مما يزيد الثقة في التحكيم. وفي ها الصدد يمثل التوصل الى اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها (اتفاقية نيويورك ١٩٥٨) انتقالة نوعية ومهمة في تأريخ التحكيم. وتكتسب هذه الاتفاقية اهميتها من انتشارها الواسع في الغالبية العظمى لبلدان العالم , حيث بلغت الدول الاعضاء في الاتفاقية ١٦٨ لغاية مطلع عام ٢٠٢١, بالاضافة الى ان مجلس النواب العراقي قد صوت على قانون الانضمام اليها في جلسته المرقمة ٤٠ بتأريخ ٤/ ٣ / ٢٠٢١.

غير ان اتفاقية نيويورك , وكذلك كل الاتفاقيات المتعلقة بتنفيذ قرارات التحكيم الاجنبية والقوانين الداخلية ذات العلاقة , قد تركت المجال للمحاكم الوطنية التي تبت بالاعتراف بقرار التحكيم الاجنبي وتنفيذه بان ترد ذلك القرار على اساس المخالفات المتعلقة بصحته من الناحية الاجرائية ومن الناحية الموضوعية. ومن بين اهم الاسباب التي يمكن ان يرفض فيها الاعتراف بقرار التحكيم الاجنبي وتطبيقه يبرز النظام العام, كونه يشكل سببا مرنا قابلا للتحكم من قبل محكمة البلد الذي يفرض فيه قرار التحكيم, ومن ثم يمكن ان يبرز مع وجوده خطر التعسف في الرقابة على قرار التحكيم عبر التوسع والافراط في تحديد مفهوم النظام العام بوصفه مانعا من تطبيق قرار التحكيم الاجنبي, اذ ان هذا المفهوم يمتاز بالطابع المتغير من حيث المكان ومن حيث الزمان.

ولغرض المحافظة على استقلال التحكيم الدولي ومرونة اجراءاته, تسعى المحاكم في البلدان المعنية بتطبيق قرارات التحكيم الاجنبية, وكذلك يسعى الفقه, الى ايجاد توازن بين حتمية الرقابة التي تفرضها المحاكم الوطنية على قرارات التحكيم الاجنبية تمهيدا للاعتراف بها وتطبيقها, وبين اعطاء خصوصية واستقلالية للتحكيم الدولي. فقد سار التوجه في المحاكم يوما بعد يوم نحو التضييق من نطاق مفهوم النظام العام بوصفه

مانعا لتطبيق قرارات التحكيم الاجنبية, الى الحد الذي برز فيه اخيرا مفهوم جديد للنظام العام في نطاق التحكيم الدولي هو مفهوم النظام العام عبر الدولي الذي يقتصر في تحديد مقتضيات النظام العام على تلك القواعد التي تحظى بالتوافق لدى المجتمع الدولي.

مشكلة البحث

يدور بحثنا هذا حول الاختلاف الذي ما زال قائما في الفقه حول مسائل عدة بخصوص النظام العام عبر الدولي. ومن هذه المسائل المختلف عليها مسألة وجود هذا النوع من النظام العام من عدم وجوده, ومسألة تسمية هذا النوع من النظام العام, ومسألة تحديد مصادره ودوره في نطاق التحكيم الدولي.

خطة البحث

لغرض الاحاطة بموضوع بحثنا هذا والاجابة على التساؤلات المطروحة سنقسمه على مبحثين . في المبحث الاول منهما سنتناول ماهية النظام العام عبر الدولي, وذلك من خلال تقسيم المبحث على مطلبين , نتناول في الاول منهما التعريف بالنظام العام عبر الدولي والاختلاف حول وجوده وتسميته, بينما نتناول في المطلب الثاني التمييز بين النظام العام عبر الدولي وبين باقي فئات النظام العام. أما المبحث الثاني فسنخصصه لدور النظام العام عبر الدولي في الامتناع عن تطبيق قرارات التحكيم الاجنبية في مطلبين. نبين في الاول منهما دور النظام العام عبر الدولي في تضييق مفهوم النظام في نطاق الرقابة على قرار التحكيم الاجنبي , وفي الثاني دوره في منع قرار التحكيم الذي يخالفه من الناحية الاجرائية ومن الناحية الموضوعية. ثم سنختتم بحثنا هذا بخاتمة تبين اهم ما توصلنا اليه من استنتاجات واهم ما نراه مناسبا من توصيات.

المبحث الاول
ماهية النظام العام عبر الدولي

لطالما كانت, ولا زالت, فكرة النظام العام تولد صعوبة كبيرة في مجال الفقه لتحديدها وبيان مفهومها ومقتضياتها على النحو الذي تعد فيه من اكثر المسائل القانونية تعقيدا. فالنظام العام يعد مدخلا تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية الى القانون فتؤثر فيه وتجعله يتماشى مع تطورات هذه العوامل. وهذا المدخل يتسع ويضيق تبعا للفهم السائد لتلك التطورات مما يترك مجالا للقاضي ان يفسر ما يتعلق بالنظام العام وفقا لروح عصره.(١) حتى أن النظام العام في نطاق التحكيم قد وصف باوصاف عدة تدل على جموحه كفكرة وعدم امكانية تحديد ابعاده وضبط مقتضياته.

واذا كان هذا هو الحال مع فكرة النظام العام في مجال تعامل المحاكم معه, فان الفكرة تزدادغموضا وتعقيدا في نطاق التحكيم , وبخاصة التحكيم الدولي. فقد سلم بعض القضاء بانه لا يمكن اطلاقا وضع تعريف يحيط باعتبارات النظام العام بل ينبغي التعامل مع تلك الاعتبارات في نطاق التحكيم بحذر شديد.(٢) حتى أن النظام العام في نطاق التحكيم قد وصف باوصاف عدة تدل على جموحه كفكرة وعدم امكانية تحديد ابعاده وضبط مقتضياته. فمن الفقهاء من شبهه بالحصان الجامح جدا الذي لا تعرف الى اين يقودك عندما تمتطيه ,(٣) ومنهم من شبهه بالوعاء الذي لا يمكن ان نعرف ماذا سوف يحتوي على وجه الدقة الا بعد تدخل القاضي لملئه, وذلك تعبيرا عن محتواه المتغير,(٤) بينما شبهه اخر بالحرباء في نطاق الرقابة على قرارات التحكيم لكون مفهومه ذا طابع متغير عند الرقابة على كل مراحل التحكيم مما يسمح بمرونة هذه الرقابة ويمكن ان يقود في الوقت ذاته الى التعسف فيها عبر التوسع والافراط في في هذا المفهوم.(٥)

ان المسألة بخصوص النظام العام تكون أكثر تعقيدا اذا انتقلنا الى ما يطلق عليها فكرة النظام العام عبر الدولي, تلك الفكرة التي تدور حول وجود قواعد للنظام العام تختص بالتطبيق في نطاق التحكيم الدولي فتضيق كثيرا من مفهوم النظام العام بوصفه مانعا من تطبيق قرار التحكيم الاجنبي. ولا يقتصر هذا التعقيد على تحديد مفهوم النظام العام وفق هذه الفكرة, وانما يمتد الى الاختلاف حول تسمية هذا النوع من قواعد النظام العام والى ابعد من ذلك الاختلاف حول وجود هذا النوع من النظام العام من عدم وجوده.

وفكرة النظام العام عبر عبر الدولي تقود الى وجود قواعد لهذا النوع من النظام

---

(١) د. ممدوح عبد العزيز العنزي, بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي– الاسباب والنتائج – دراسة مقارنة, مشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, ٢٠٠٦. ص ١٨٩.

(2) Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrgesellschaftm.b.H. v. Shell International Petroleum Co .Ltd., Court of Appeal, England and Wales, 24 March 1 [1990] ,1987 A.C. 295

(3) " Public Policy is a very unruly horse, and when ones you get astride it you never know where it will carry out..." Richardson v Mellish [34-1824] All ER 266 ,258 (Burrough J).

(٤) د. لطفي الشاذلي, الرقابة القضائية على احكام التحكيم الدولية– النظام العام, مجلة التحكيم, ملحق العدد الثامن, تشرين الاول (اكتوبر) ٢٠١٠, ص ٨٨٨.

(٥) المصدر السابق, ص ٨٩٩.

العام تختلف عن قواعد النظام العام الوطني وتختلف عن قواعد النظام العام وفق القانون الدولي الخاص.

وللاحاطة بماهية النظام العام عبر الدولي سنقسم هذا المبحث على مطلبين . نتناول في الاول منهما التعريف بالنظام العام عبر الدولي وبيان الاختلاف حول تسميته ووجوده في نطاق التحكيم . بينما نخصص المطلب الثاني لتمييز النظام العام عبر الدولي عن غيره من فئات النظام العام.

المطلب الاول: تعريف النظام العام عبر الدولي وبيان الاختلاف حول تسميته ووجوده

ذهب الفقه والقضاء وهيئات التحكيم مذاهب شتى في تعريف النظام العام عبر الدولي . فمن التعاريف ما يربط قواعد هذا النوع من النظام العام بميدان التجارة الدولية فيعده ذلك الجانب الامر من تلك القواعد التي لا يجوز للعاملين في ميدان التجارة الدولية مخالفته من حيث مواضيع علاقاتهم القانونية في ذلك الميدان ومن حيث اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على منازعاتهم.(٦) أو هو تلك القواعد المرتبطة بالتجارة الدولية والتي تهدف الى تلبية متطلبات واحتياجات هذا النوع من التجارة عبر تشجيع وابتداع اسس ومعايير تتفق مع نمو التبادلات التجارية عبر الدول.(٧) ومن التعاريف ما ينطلق من مدى انتشار قواعد هذا النوع من النظام العام بين الدول , فهو تلك المبادئ التي تعترف بها عادة النظم السياسية والقانونية في العالم.(٨) ومنها ما يركز على مصادر هذا النوع من النظام العام فيشير الى انه مجموعة من القواعد الاساسية للقانون الطبيعي ومبادئ العدالة العالمية والقواعد الامرة في القانون الدولي العام ومبادئ الاخلاق العامة المقبولة من قبل الامم المتحضرة.(٩) وعلى ذلك فان النظام العام عبر الدولي هو معايير متفق عليها وقواعد سلوك مقبولة عالميا وواجبة التطبيق.(١٠) ولا يشترط في هذه المعايير والقواعد ان تحصل على اتفاق الامم بالاجماع لتشكل جزءا من النظام العام عبر الدولي, وانما يكفي لكي تكون كذلك ان تحظى بالاعتراف بها على نطاق واسع . لذلك عرفه البعض بانه تلك المعايير او المبادئ او قواعد السلوك المقبولة

(٦) د. أياد محمود بردان, التحكيم والنظام العام– دراسة مقارنة, ط١, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, ٢٠٠٤, ص ٥٦٩. وانظر ايضا بهذا المعنى د. باسود عبد المالك, ماهية النظام العام الدولي في التحكيم التجاري الدولي, بحث منشور على الموقع الالكتروني , ص ٢٧٨

https://www.asjp.cerist.dz/en/article/45852

(٧) لحسن السباعي, النظام العام في التحكيم التجاري الدولي, رسالة مقدمة الى جامعة سيدي محمد بن عبد الله, المغرب, ٢٠١٨, ص ١٤.

(8) Matin Hunter and Gui Conde E. Silva, Transnational Public Policy and Its Application in Investment Arbitration, Journal of International Dispute Settlement, Volume 10, Issue 3, September 2019, page 496.

(9) Julian D. M. Lew, Transnational Public Policy: Its Application and Effect by International Arbitration Tribunals, Confrerencia Hugo Gracio, 2018, page 22.

(10) Jacob Dolinger, "World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws", 17 Texas International Law Journal, 1982 ,17, page 170.

والتي تحظى باجماع عالمي او على الاقل اقليمي بين الدول.[١١] بعبارة اخرى, وفق وجهة النظر هذه , أن انتظام العلاقات المالية والتجارية العالمية يتطلب الاعتراف بقواعد للنظام العام ان لم تكن عالمية فهي على الاقل مشتركة بين معظم النظم القانونية.[١٢]في حين يذهب البعض الى تعريفه منطلقا من تكريس صفته الدولية الملزمة, اذ يطلق عليه تسمية ((النظام العام العالمي)) معرفا اياه بانه ذلك النوع من النظام العام الذي يضع مبادئ في مختلف مجالات القانون والعلاقات الدولية لخدمة المصالح العليا للمجتمع الدولي .[١٣]

أما المحاكم العالمية , فان توجهها في معظم الدول, فيما يتعلق بتحديد الطابع المحلي او الدولي للنظام العام بخصوص الامتناع عن تطبيق حكم التحكيم الاجنبي, هو أن انتهاك القانون المحلي ليس كافيا في حد ذاته لان يكون سببا لرفض الاعتراف بقرار التحكيم الاجنبي او تنفيذه على اساس مخالفة النظام العام.[١٤]فقد عرفت المحاكم الايطالية, على سبيل المثال, في قضائها بخصوص الرقابة على قرارات التحكيم الاجنبية, النظام العام بما يشير الى نظام عام عبر دولي قائلة بأنه ((مجموعة المبادئ العالمية المشتركة بين الدول المنتسبة الى الحضارة نفسها, التي تهدف الى حماية حقوق الانسان الاساسية, الواردة عادة في اعلانات او اتفاقيات دولية))[١٥] بينما ذهبت المحكمة التجارية العليا في روسيا مرات عديدة الى ان النظام العام هو مجموعة القواعد الاخلاقية التي تحظى باعتراف عالمي, او هو مجموعة المبادئ القانونية العالمية الاساسية التي لها طبيعة امرة وتحظى باهمية كبيرة على النحو الذي تشكل فيه اساس النظام القانوني والاقتصادي والسياسي للدولة,[١٦] كما خلصت المحكمة الاتحادية في سويسرا الى ان قرار التحكيم يعد متعارضا مع النظام العام اذا كان قد تجاهل القيم الاساسية المعترف بها على نطاق واسع والتي تعد اساسا لاي نظام قانوني. فالواضح من قراءة هذه الاحكام القضائية وغيرها, ان التوجه في المحاكم العالمية وهي بصدد الرقابة على قرارات التحكيم الاجنبية , يغلب عليه تطبيق النظام العام عبر الدولي. علما ان القضاء قد سبق الفقه في هذا التوجه, بل ان هذا التوجه في القضاء هو الذي قاد الى المحاولات الفقية في ابراز فكرة النظام العام عبر الدولي.[١٧]

ولكون ان هذا النوع من النظام العام يعد فكرة حديثة نسبيا فان الاختلاف في الفقه

---

(11) Mark A. Buchanan, Public Policy and and International Commercial Arbitration, American Business Law Journal, Vol 1988 ,26, page 514

(12) Julian D. Lew, Transnational Public Policy: Its Application and Effect by International Arbitration Tribunals, Op. Cit., page 23.

(13) Nivedita Chandrakanth Sheony, Public Policy Under Article V (2) (b) of The New York Convention: Is There a Transnational Public Policy, Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol ,20 2018, page 81.

(١٤) انظر لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الاونسيترال), دليل اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها (اتفاقية نيويورك ١٩٥٨, سكرتارية الانسيترال, مركز فينا العالمي, طبعة عام ٢٠١٦ من الدليل, ص ٢٤٣, اذ يرد في الهامش ١٠٦٩ مجموعة من قرارات المحاكم العالمية بهذا المعنى.

(١٥) المصدر السابق ص ٢٤٣- ٢٤٤.

(١٦) المصدر السابق, ص ٢٤٤.

(١٧) د. باسود عبد المالك, مصدر سابق, ص ٢٧٨

ما زال قائما على تسميته. فمنهم من ذهب الى تسميته بالنظام العام العالمي.[١٨]ومنهم من اطلق عليه تسمية النظام العام الدولي الحقيقي, بينما تناوله البعض الاخر تحت تسمية النظام العام للقانون التجاري الدولي, وسماه البعض الاخر النظام العام غير الوطني .[١٩]وهذه التسمية الاخيرة هي التي اصبحت شائعة ومفضلة لدى الفقه لكونها اكثر تعبيرا عن العلاقات التي يحكمها ولكونها تستبعد امكانية وجود نظام عام دولي غير حقيقي ,[٢٠]ورغم اننا نشايع هذا الفقه في تفضيل تسميته بالنظام العام عبر الدولي الا اننا نميل كذلك الى تسميته بالنظام العام العالمي , لكون تسميته كذلك ستؤدي ذات الاغراض.

ان هذا الاختلاف بخصوص النظام العام عبر الدولي لم يقتصر على تعريفه وتسميته وحسب, بل امتد, فوق ذلك, الى وجود هذا النوع من النظام العام من عدم وجوده. وبهذا الخصوص انقسم الفقه على اتجاهين احدهما معارض لفكرة وجود نظام عام عبر دولي والاخر مؤيد لوجود هذه الفكرة.

الاتجاه المعارض احتج بشكل رئيسي على ما ورد في نصوص الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم وفي نصوص القوانين التحكيمية الداخلية. فاتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها(اتفاقية نيويورك ١٩٥٨) تضمنت في المادة الخامسة منها نصا على سلطة المحكمة التي تجيز تنفيذ قرار التحكيم في بلد ما ان ترفض الاعتراف بقرار التحكيم الاجنبي اذا كان ذلك القرار يتعارض مع قواعد النظام العام لتلك الدولة.[٢١] وبهذا الخصوص يذهب هذا الجانب من الفقه الى أن قواعد تفسير المعاهدة الدولية التي تشير الى ان المعاهدات يجب ن تفسر وفق المعنى المعتاد لالفاظها تقود الى ان ما نصت عليه اتفاقية نيويورك هو النظام العام الداخلي لدولة التنفيذ, وان المحكمة في دولة التنفيذ غير مجبرة على تطبيق قواعد نظام عام عبر دولية.[٢٢]بالاضافة الى غياب الاجماع العالمي حول قواعد هذا النظام العالمي ووجود اسباب اخرى ترتكز على الجوانب السياسية والاقتصادية وتأثيرها على خلق القواعدالقانونية.[٢٣]ومن الحجج الاخرى التي يتمسك بها اصحاب هذا الاتجاه هي ان فكرة النظام العام عبر الدولي هي تعبير عن نظام قانوني فوق الدول لمجتمع دولي يتألف من اشخاص خاصة وليس من دول, وهذا المجتمع غير موجود, ويرى اصحاب هذه الحجة بان القاضي الوطني عندما

(18) Jacob Dolinger, World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws, As Cited in Nivedita Chandrakanth Sheony, Op. Cit., page 81.

(١٩) أنظر في هذه التسميات د. أياد محمود بردان, مصدر سابق, ص٥٦٨ و د. باسود عبد المالك, مصدر سابق, ص ٢٧٧- ٢٧٨.

(٢٠) د. أياد محمود بردان, المصدر الياسق, ص ٥٦٨ ود. باسود عبد المالك, المصدر السابق, ص ٢٧٨.

(٢١) انظر الفقرة الثانية من اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها (اتفاقية نيويورك ١٩٥٨) التي تنص على انه ((.. يجوز كذلك 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, أو ب- أن الاعتراف بالقرار او تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة لذلك البلد.))

(22) Nivedita Chandrakanth Sheony, Op. Cit., page 96. See also Emilia Onyema, International Commercial Arbitration and the Arbitrators Contract, Routledge Research in International Commercial Law, London and New York, 2010, page 27.

(٢٣) د. أياد محمود بردان, المصدر السابق, ص ٥٧١- ٥٧٢.

يطبق النظام العام بخصوص المسائل التي تتضمن عنصرا اجنبيا فانه يفعل ذلك لان المسألة ذات علاقة اساسا بالنظام العام السائد في دولته.[٢٤]فوظيفة النظام العام في ظل اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ هي حماية القيم الاساسية للاخلاق والعدالة في الدولة التي ينفذ فيها قرار التحكيم.[٢٥]

وفي المقابل فان الاتجاه الذي يؤيد وجود النظام العام عبر الدولي يرتكز في حججه على الاهمية والفائدة التي يقدمها هذا النوع من النظام العام في نطاق التحكيم الدولي, حيث انه يزيد من استقلالية التحكيم ومن ثم من حرية الاطراف في نطاق العقود الدولية, اذ انه يضيق من مفهوم النظام العام على النحو الذي لا يجعله عائقا امام العقود التي يمكن ان تتعارض بعض شروطها مع النظام العام الداخلي لدول الاطراف ولا تتعارض مع قواعد النظام العام عبر الدولي.[٢٦]فاذا وجد القضاة بان قرار التحكيم لا يتعارض مع قواعد النظام عبر الدولي ولكنه يتعارض مع النظام العام الداخلي فان عليهم ان يتعاملوا مع القرار وفق القيم السائدة في المجتمع الدولي, لان التعامل في هذه الحالة وفق قواعد النظام عبر الدولي يكون اكثر انسجاما مع المصادر القانونية لجهة التحكيم التي اصدرت القرار, والتي اعتمدت اساسا على مصادر ترتكز في معضمها على ارادة الاطراف وليس على قواعد قانونية ملزمة في بلد معين كما هو الحال في المحاكم الداخلية.[٢٧]فالنظام العام بوصفه مانعا من موانع تطبيق قرار التحكيم الاجنبي يجب ان ينصب فقط على تلك الانتهاكات التي تعد صارخة وكبيرة باتفاق المجتمع الدولي.[٢٨]

وانطلاقا من هذا الاختلاف يبرز لنا اختلاف اخر في حالة التسليم بوجود نظام عام عبر دولي. وهذا الاختلاف هو حول اعلوية هذا النظام العام في حالة تعارضه مع النظام العام الوطني او النظام العام الدولي بمفهوم القانون الدولي الخاص, امام المحاكم الوطنية عند نظرها في الاعتراف بقرار التحكيم الاجنبي وتنفيذه.

وبهذا الخصوص فان المعنى القاموسي لمصطلح (عبر دولي) يشير الى مفهوم (ما وراء الدول), اما المعنى القاموسي لمصطلح (دولي) فيشير الى (ما بين الدول). وعلى الرغم من ان مصدر هذا النظام العام عبر الدولي لا يخرج عن كونه نابعا من اتفاق الدول عبر الاتفاقيات الدولية او عبر توافق احكام قوانين التحكيم فيها, الا ان وجوده يعد حقيقة قائمة[٢٩]

غير ان السؤال المطروح بهذا الخصوص هو هل ان قواعد النظام العام عبر الدولي تتغلب دائما على قواعد النظام العام الوطني او النظام العام الدولي بمفهوم القانون

(٢٤) د. أسامة عبد الرزاق اسطة , الرقابة على احكام التحكيم الدولية – الرقابة امام دولة المقر, الجزء الثاني, دار صادر , بيرون, لبنان, ٢٠٠٩, ص ٣٣٩.

(25) Nivedita Chandrakanth Sheony, Op. Cit, page 96

(٢٦) انظر د. باسود عبد الكريم, مصدر سابق, ص ٢٧٩.

(27) Emanuel Gaillard and John Savage, (Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague, Boston, London, 1999, page 853.

(28) Matti S. Kurkela and Santtu Turunen, Due Process in International Commercial Arbitration, Oxford University Press, 2010, page 24.

(29) Fernando Mantilla Serrano, Towards a Transnational Public Policy, Arbitration International, Vol 20 Number 4, LCIA, 2004, pages 336-335.

الدولي الخاص؟ وإذا كان الامر كذلك هل هذا يستتبع ان على القضاة , عند النظر في الاعتراف بقرار التحكيم الاجنبي وفرضه, اهمال قواعد النظام العام الوطني والنظام العام الدولي وتغليب قواعدالنظام العام عبر الدولي اذا ما تعارضت هذه القواعد في مسألة معينة؟

يبدو ان النهج السائد بخصوص الاجابة عن هذه التساؤلات, هو ان النظام العام عبر الدولي ينطبق ويتغلب فقط اذا كان يشكل جزءا من النظام العام الدولي اي النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص في دولة التنفيذ. وهذا النهج تدعمه جمعية القانون الدولي كما يتضح من تقريرها الختامي بشأن النظام العام بوصفه مانعا من موانع تطبيق قرار التحكيم الاجنبي, وبخاصة ما يتعلق باشارتها الى المبادئ الاساسية والالتزامات الدولية التي تشكل جزءا من النظام العام لدولة التنفيذ.(٣٠)

كما أن ما يتضح, من خلال توجه المحاكم وهيئات التحكيم, ان النظام العام عبر الدولي يطبق داخل الدول اما بوصفه جزءا من النظام العام الداخلي او بوصفه استثناءا عليه. وبخصوص الحالة الاولى سوف لن تلاقي المحكمة مشكلة في حل التناقض بين مفهومي النظام العام طالما ان النظام القانوني للدولة يحتوي قواعدهما معا. أما في الحالة الثانية وهي حالة الاستثناء ووجود التعارض فانها ترد في صورتين , الصورة الاولى ان تطبق قاعدة النظام العام عبر الدولي بوصفها قاعدة اضافية للنظام العام داخل الدولة. فعلى سبيل المثال, لا يبدو ان من المناسب ان تجيز المحكمة في دولة ما تطبيق قرار تحكيم اجنبي يخالف قواعد النظام العام عبر الدولي التي لا يوجد لها ما يناظرها في النظام العام الداخلي في تلك الدولة. وبالمقابل, و وفق الصورة الثانية, فان المحكمة في دولة التنفيذ يجب ان لا تستخدم قواعد النظام العام الداخلي في عدم الاعتراف بقرار التحكيم او تنفيذه, اذا كانت هذه القواعد تتعارض مع قواعد النظام العام عبر الدولي. فاذا احتوت قواعد النظام العام الداخلي , على سبيل المثال , قواعد تتعلق بتنظيم المنافسة,(٣١) بما يختلف مع قواعد النظام العام عبر الدولي بهذا الخصوص,

(٣٠) صيغ تقرير جمعية القانون الدولي النهائي حول النظام العام بوصفه مانعا من تطبيق قرار التحكيم الاجنبي في المؤتمر السابع عشر للجمعية المعقود في الهند في نيسان ٢٠٠٢. وقد تضمن احكاما توجهت الى تقليص مفهوم النظام العام في هذا النطاق , كما سنبينه لاحقا, ومن ضمن ما تضمنه التقرير من احكام ما جاء في التوصية (١) (د) (١-d) التي نصت على ان هناك ثلاثة عناصر للظام العام لدولة التنفيذ هي ١- المبادئ الاساسية المرتبطة بالعدالة والاخلاق والتي تريد الدولة المحافظة عليها و ٢- القواعد المصممة للمحافظة على المصالح السياسية والاجتماعية والاقتصادية للدولة و ٣- واجبات الدولة في احترام التزاماتها تجاه باقي الدول والمنظمات الدولية.

وفي معرض بيانها للمعايير التي يجب على المحكمة ان تتبعها في تحديد ما اذا كانت قواعد النظام العام المدعى بمخالفتها اساسية وكافية لتبرير رفض قرار التحكيم بينت الجمعية في التوصية (٢) (ب) (٢- b) أن على المحكمة ان تأخذ بنظر الاعتبار الطبيعة الدولية للقضية المعروضة امامها من جهة و وجود او عدم وجود توافق في الاراء من قبل المجتمع الدولي في ما يتعلق بالمبدأ قيد النظر, وبينت الجمعية بان الاتفاقات الدولية يمكن ان تكون مصدرا للتعرف على وجود هذا التوافق في اراء المجتمع الدولي, وذهبت انه في حالة وجود هذا التوافق فانه من الممكن اطلاق وصف النظام العام عبر الدولي على هذه المبادئ.

للاطلاع على نسخة التقرير باللغة الانكليزية يمكن زيارة الموقع الالكتروني:

https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/210498/213/2/19?redirectedFrom=fulltext

(٣١) انظر على سبيل المثال تعليق للمحامي خليل مشنتف حول قرار المحكمة العليا النمساوية في حكمها الصادر في ٢٦ نوفمبر ٢٠٠٩, في مجلة التحكيم , العدد السادس, نيسان (ابريل) ٢٠١٠, ص ٨٣١. اذ يستحسن في هذا التعليق رد المحكمة النمساوية للطعن بخصوص النظام العام الذي يتضمن التعارض مع المادة ٦١٧ من قانون المرافعات النمساوي=

فسيكون من غير المناسب ان تجعل المحكمة قرار التحكيم غير قابل للتنفيذ بموجب تلك القواعد الموجودة في النظام العام الداخلي, لان هذه القواعد مقرة لحماية المصالح الخاصة بدولة التنفيذ وقد لا تؤدي الى العدالة.(٣٢)

المطلب الثاني: التمييز بين النظام العام عبر الدولي وباقي فئات النظام العام

يعد النظام العام مفهوما متجذرا في النظم القانونية المختلفة. وغالبا ما ينظر اليه على انه مفهوم وطني باعتباره صمام امان معني بحماية المصالح الاساسية للدولة.غير انه , وبسبب التداخل الثقافي والاقتصادي الواسع بين الدول, والتفاعل بين النظم القانونية والدور الكبير الذي تؤديه التعاقدات الدولية فان مفهوم النظام العام اصبح الان مفهوما متعدد الابعاد على النحو الذي يشمل معه المبادئ والمصالح الاساسية التي يتشاركها المجتمع الدولي. لذلك ينبغي ان نضع تمييزا بين النظام العام عبر الدولي وفق ما تقدم من تعريف, وبين باقي فئات النظام العام التي تشمل النظام العام الداخلي او الوطني والنظام العام الدولي بمفهوم القانون الدولي الخاص, بالاضافة الى التمييز بين قواعد النظام العام بشكل عام والقواعد القانونية الملزمة داخل الدولة.

الفرع الاول:التمييز بين النظام العام والقواعد الملزمة

القواعد الملزمة هي تلك القواعد الامرة التي لا يجوز للافراد في الدولة مخالفتها, وهي تشترك في خصائصها مع معظم خصائص القانون العام حيث غالبا ما يعبر عنها عن طريق النصوص القانونية وهي تنظيمية وليست اختيارية كما انها تختلف من أمة الى اخرى وتفرض مباشرة من قبل هيئات الدولة. وفي ما يتعلق بالعلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي يمكن تعريفها على انها احكام القانون الملزمة التي يجب تطبيقها على اي معاملة او علاقة قانونية حتى لو تضمنت عنصرا اجنبيا بغض النظر عن القانون الذي يحكم تلك المعاملة او العلاقة.(٣٣) وهي تتفق مع النظام العام في ان كل منهما يحمي المصالح الاساسية لمجتمع تلك الدولة.

وفي مجال القانون الدولي الخاص يمثل التداخل بين وظيفتي كل من النظام العام والقواعد الملزمة في نطاق اختيار القانون الواجب التطبيق, (وليس في نطاق تنفيذ قرار التحكيم الاجنبي او حتى الحكم القضائي الاجنبي), السمة الاساسية في التشابه بينهما. ومع ذلك فان هناك اختلافا طفيفا بين وظيفتيهما حتى في هذا النطاق. فوظيفة القاعدة الملزمة , في نطاق تحديد القانون الواجب التطبيق, هي وظيفة ايجابية تتمثل في فرض تلك القاعدة بغض النظر عن القانون الاجنبي المعمول به, في حين أن وظيفة النظام العام هي وظيفة سلبية تتمثل في استبعاد او رفض تطبيق القانون الاجنبي الذي لولا

=طالما ان شروط حماية المستهلك في اجراءات التحكيمالواردة في تلك المادة لا تطبق على الحكم موضوع الدعوى لانه صدر في الدانمرك.

(32) Winnie (Jo- Mei) Ma, Public Policy in the Judicial Enforcement of Arbitral Awards: Lessons for and from Australia, A Thesis Submitted to Bond University in fulfillment of the Requirements for the Degree of Doctor of Legal Science (SJD). 2005, page 116.

(33) Daniel Hochstrasser, Choice of Law and Foreign Mandatory Rules in International Arbitration, Journal of International Arbitration, Vol 1994 ,11, page 57.

مخالفته للنظام العام لتم تطبيقه.[٣٤]

أما في نطاق الاعتراف بقرار التحكيم الاجنبي وتنفيذه, فان النظام العام يؤدي دورا اكثر اهمية من الدور الذي تؤديه القواعد الملزمة. فمخالفة القواعد الملزمة , بحد ذاتها , لا تشكل مانعا من موانع الاعتراف بقرار التحكيم الاجنبي وتنفيذه . لان القواعد الملزمة لا تشكل. بالضرورة, جزءا من النظام العام بخصوص عدم الاعتراف والامتناع عن تطبيق قرار التحكيم الاجنبي. أما اذا كانت جزءا من النظام العام فانها ستؤدي الى عدم الاعتراف او منع التطبيق.[٣٥] فالقواعد الملزمة في الدولة اوسع نطاقا من النظام العام , لان النظام العام يحتوي تلك القواعد الملزمة التي تتعلق بقيم العدالة والاخلاق بينما يمكن ان يمتد نطاق القواعد الملزمة ليشمل مسائل تنظيمية او مسائل خاصة بالضبط العام لا تتعلق بتلك القيم.[٣٦]

وفي اطار تفريقها بين النظام العام والقواعد الملزمة في نطاق الرقابة على قرار التحكيم الاجنبي, ذهبت جمعية القانون الدولي في التوصية الثالثة (أ) من تقريرها الاخير بخصوص النظام العام بوصفه مانعا من فرض قرار التحكيم الاجنبي الى أن مخالفة قرار التحكيم لمجرد قاعدة ملزمة (لا تشكل جزءا من النظام العام) لا تمنع من الاعتراف بقرار التحكيم او تنفيذه, سواء اكانت هذه القاعدة الملزمة تشكل جزءا من القانون الذي يحكم اجراءات التحكيم او من القانون الذي يحكم العقد أو من قانون البلد الذي ينفذ فيه قرار التحكيم او من قانون مكان التحكيم.[٣٧]

الفرع الثاني: التمييز بين النظام العام الوطني والنظام العام الدولي

ابتداء اود ان ابين هنا ان المقصود بالنظام العام الدولي هو النظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص, وليس النظام العام الذي يهدف الى حماية مصالح عالمية مشتركة , اي النظام العام عبر الدولي.

والمقصود بالنظام العام الوطني مجموعة المبادئ والقيم والاصول العامة التي يبنى عليها كيان الدولة المعنوي , في مختلف جوانب الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والاخلاقية. وغالبا ما يعبر عن هذه المبادئ والاقيم والاصول بصورة قواعد امرة يعد اي اتفاق بين الافراد على ما يخالفها باطلا.[٣٨] ويعود لاي طرف من اطراف

---

(34) Winnie (Jo- Mei) Ma, Public Policy in the Judicial Enforcement of Arbitral Awards: Lessons for and from Australia, A Thesis Submitted to Bond University in fulfillment of the Requirements for the Degree of Doctor of Legal Science (SJD). 2005, page 125.

(35) Marc Blessing, ‹Choice of Substantive Law in International Arbitration, Journal of International Arbitration, Vol 1997 ,14, page 61.

(36) A. N. Zhisov, Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration, Netherland International Law Review, vol 1995 ,42, page 81.

(37) Pierre Mayer and Audley Sheppard, Final LLA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, Arbitration International, Vol 19, No 2, LCIA, 2003, page 261.

(٣٨) د. سامية كسال, اعمال النظام العام في الرقابة على أككام التحكيم التجاري الدولي, مجلة العلوم القانونية والسياسية, المجلد ١٠, سبتمبر ٢٠١٩, ص ١٢٣٢.

العلاقة التمسك بهذا البطلان بما في ذلك جهات الادعاء العام, كما يمكن للمحكمة اثارته من تلقاء نفسها وفي اي مرحلة من مراحل الدعوى, ويمكن ان يثار حتى في مرحلة التمييز.[٣٩] وهي تقرر حقوقا ومراكز قانونية لا يجوز للافراد التنازل عنها.[٤٠]و وفق هذا المفهوم تكون فكرة النظام العام فكرة ذات طابع وطني يختلف من بلد الى اخر ومن مجتمع الى اخر تحتوي على ما يمثل القيم الدينية والسياسية والادبية والاقتصادية العليا المستقرة في ضمير ابناء ذلك المجتمع او شعب تلك الدولة.[٤١]

وفي نطاق التحكيم الدولي , فان المحكم غير ملزم بالمفاهيم الوطنية للنظام العام لانه غير تابع لقانون دولة معينة. غير ان المحكمين يراعون احيانا مثل هذه القواعد الوطنية رغبة في عدم عرقلة تنفيذ ما يصدرونه من قرارات. ومن جانب اخر فان المحكمين الدوليين يتعين عليهم احترام القواعد الامرة والاساسية الموجودة في القانون الذي اختار اطراف العلاقة ان ينطبق على نزاعهم, الا ما يتعارض من هذه القواعد مع قواعد النظام العام عبر الدولي . وفي حالة حدوث مثل هذا التعارض فان قواعد القانون عبر الدولي هي التي تتفوق ومن ثم يجب على المحكم تطبيقها.[٤٢]

وبهذا فان النظام العام الوطني, الذي يسمى احيانا بالنظام العام الداخلي, يطبق داخل اقليم الدولة على العلاقات القانونية التي لا تتضمن عنصرا اجنبيا.[٤٣]على خلاف النظام العام الدولي , او النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص, الذي يطبق على العلاقات القانونية التي تتضمن عنصرا أجنبيا.

ومن الاسباب التي تجعل مفهوم النظام العام الدولي مفهوما غامضا في بعض الاحيان, مسألة التسمية. ففي الحقيقة يعد النظام العام الذي يحكم العلاقات التي تتضمن عنصرا اجنبيا داخل الدولة, والنظام العام الذي يحكم العلاقات التي لا تتضمن عنصرا اجنبيا, نظاما عاما واحدا . فالخلاف بينهما لا يأتي من المضمون وانما من الاثر الذي يخلفه كل منهما. فالنظام العام الدولي , بهذا المعنى, ما هو الا نظام عام وطني او داخلي ولكنه ذو اثر مخفف او نسبي يتلاءم مع العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي. اي ان الاختلاف يكون في الدور الذي يقوم به كل منهما, رغم ان كلا منهما يهدف الى حماية المصالح الجوهرية للدولة, فدور النظام العام الوطني هو ضمان عدم الخروج الارادي على القواعد التي تتضمن حماية قيم اساسية للمجتمع بينما دور النظام العام الدولي هو دور استثنائي يتمثل في استبعاد القانون الواجب التطبيق الذي تشير اليه قواعد الاسناد اذا ما تعارض مع قواعده.[٤٤]

فكل من النظام العام الوطني والنظام العام الدولي (اي النظام العام بمفهوم القانون الخاص) يتحدان في انهما جزء من النظام القانوني للدولة, وان مصادرهما واحدة. ويختلفان من جهة امور اخرى . فالنظام العام الوطني ينطبق على العلاقات التي لا

(٣٩) د. اسامة عبد الرزاق اسطة, المصدر السابق, ص ٣٣٠-٣٣١.
(٤٠) د. سامية كسال, المصدر السابق ص ١٢٣٢.
(٤١) المصدر السابق , ص ١١٣٢
(٤٢) د. اسامة عبد الرزاق اسطة, المصدر السابق , ص ٣٣١.
(43) Winnie (Jo- Mei) Ma, Op. Cit., page 43
(٤٤) د. باسود عبد المالك, مصدر سابق, ص٢٧٧.

تتضمن عنصرا اجنبيا ونطاقه هو القانون الخاص الداخلي وواجب القضاة ازاءه الالتزام بمصادرهم القانونية الداخلية دون البحث عن عناصر مقارنة من خارج النظام القانوني للدولة , بينما ينطبق النظام العام الدولي على العلاقات القانونية التي تتضمن عنصرا اجنبيا ونطاقه هو القانون الدولي الخاص والمجال يكون امام القضاة عند تطبيقه متاحا للاخذ بنظر الاعتبار عناصر مقارنة من نظم قانونية اخرى.(٤٥)

وفي سياق الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها تميز العديد من النظم القانونية بين النظام العام الوطني او الداخلي وبين النظام العام الدولي او حتى النظام العام عبر الدولي احيانا. وعلى الرغم من الاختلاف في التمييز ومن ثم الاختلاف في تعريف هذين النوعين من النظام العام, الا ان الغرض الذي توخته هذه النظم القانونية من التمييز هو دائما التضييق من مفهوم النظام العام ومن ثم تقليص قواعده التي يجب مراعاتها عند تحديد ما اذا كان قرار التحكيم الاجنبي متعارضا مع النظام العام ام لا.(٤٦)

وغالبا ما يرد التمييز بين النظام العام الوطني والنظام العام الدولي في احكام المحاكم, الا أن بعض البلدان حول العالم قد نصت على هذا التمييز في تشريعاتها الوطنية.(٤٧) ومن بين هذه البلدان فرنسا,(٤٨)ولبنان,(٤٩)وتونس.(٥٠)في حين لم تميز بعض البلدان على نحو واضح بين النظام العام الوطني والنظام العام الدولي لا في نصوصها القانونية ولا في قضاء محاكمها, غير ان ذلك لا يعني ان محاكم تلك الدول في ظل غياب هذا التمييز تذهب الى ذات التفسير الواسع للنظام العام, الذي تتبعه عند النظر في قرارات التحكيم الداخلية, عندما تنظر في قرارات التحكيم الاجنبية.(٥١)

الفرع الثالث: التمييز بين النظام العام الدولي والنظام العام عبر الدولي

اذا اخذنا بنظر الاعتبار ارتباط النظام العام الدولي او النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص ارتباطه بدولة ما فانه يعد نظاما عاما وطنيا . فهو يمثل اجماعا على

---

(45) Winnie (Jo- Mei) Ma, Op. Cit., page 80.

(46) IBA Subcommittee on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards- Report on the Public Policy Exception in the New York Convention, October 2015, page 4.

(47) Ibid, page 5.

(٤٨) حيث ورد في في المادة ١٥٠٢ من قانون المرافعات الفرنسي الصادر عام ١٩٨١ خمس حالات يمكن على اثرها اللجوء الى بطلان قرار التحكيم الاجنبي, ومن بين هذه الحالات الخمسة حالة مخالفة النظام العام الدولي. انظر د. باسود عبد المالك , المصدر السابق ص ٢٨١.

(٤٩) انظر المادة ٨١٤ من قانون التحكيم اللبناني التي تنص على ان ((يعترف بالقرارات التحكيمية وتعطى الصيغة التنفيذية اذا اثبت الشخص الذي يتذرع بها وجودها ولم تكن مخالفة بصورة واضحة لنظام العام الدولي.)) وانظر المادة ٨ذ٧ من القانون ذاته التي تنص على ان ((لا يكون استئناف القرار الذي يمنح الاعتراف أو الصيغة التنفيذية جائزا الا في الحالات الاتية ..... ٥- مخالفة القرار لقاعدة تتعلق بالنظام العام الدولي)) نسخة القانون متوفرة على الموقع الالكتروني : **http://www.lcica.org/ar/download**

(٥٠) انظر قانون التحكيم التونسي ذي العدد ٤٢ لسنة ١٩٩٣ المتعلق باصدار مجلة التحكيم الذي في المادة ٨١ ثانيا منه على ان للمحكمة ان ترفض الاعتراف باي حكم تحكيمي او رفض تنفيذه اذا رأت ((... أن الاعتراف بحكم التحكيم او تنفيذه يخالف النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص.)) نسخة القانون متوفرة على الموقع الالكتروني **http://www.aifica.com/14/04/2017**

(51) IBA Subcommittee on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards, OP. Cit., page 5.

قيم سائدة داخل دولة معينة, وتقوم بتطبيقه محاكم تلك الدولة.[٥٢]ومع ذلك فانه يعد دوليا اذا اخذنا بنظر الاعتبار مجال تطبيقه والهدف منه, فهو ينطبق على العلاقات التي تتضمن عنصرا أجنبيا أي من خارج الدولة التي ينتمي اليها, كما انه قد يكون مستوحى من اهداف دولية تحظى بالاجماع داخل المجتمع الدولي.[٥٣]ومن ثم فان النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص الذي يحمي, عادة, المصالح الخاصة بدولة معينة, يمكن لحمايته ان تمتد, في بعض الاحيان, الى المصالح المشتركة للمجتمع الدولي.[٥٤]وعلى الرغم من هذا الاشتراك بين هذين النوعين من النظام العام فان هناك بعض الاختلافات التي يمكن ان نميز عن طريقها اختلاف كل منهما عن الاخر.

من هذه الاختلافات, ان مجال النظام العام الدولي هو القانون الدولي الخاص, اذ ان احد وظائفه هو تطبيق قانون الدولة التي يشكل جزءا من نظامها القانوني, بدلا عن القانون الاجنبي الذي تقود اليه قواعد الاسناد, اذا كان ذلك القانون الاجنبي يتعارض معه. ومن ثم فان عمل النظام العام ينطلق من النظام القانوني التي ينتمي اليها. بعبارة اخرى ان إعمال النظام العام الدولي مشروط بارتباطه بدولة ذات صلة. وعلى النقيض من ذلك بالنسبة للنظامالعام عبر الدولي, فهو لا يرتبط بنظام قانوني معين , وهو ينطبق بدون الحاجة الى ترجيح ضمن قواعد الاسناد.[٥٥]أي انه لا يعتمد في تطبيقه على القانون الدولي الخاص التابع لنظام قانوني في دولة ما, لان عمله يتركز, في المقام الاول, في مجال القانون الدولي العام.

ومن الاختلافات الاخرى بن النظام العام الدولي والنظام العام عبر الدولي ما يتعلق بمصادر كل منهما. فمصادر النظام العام الدولي هي ذات المصادر التي ينهل منها النظام العام الوطني, لان النظام العام الدولي هو في حقيقته نظام عام وطني تخفف احكامه في نطاق القانون الدولي الخاص لتصبح اكثر مرونة واضيق نطاقا بخصوص التهامل مع العلاقات القانونية ذات الطابع الاجنبي. اما مصادر النظام العام عبر الدولي فتتمثل في معضمها بقواعد القانون الدولي العام الامرة, والمبادئ العامة النصوص عليها في المادة ٣٨ من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية, والمعاهدات الدولية, ومجموعة مبادئ التجارة التي يستخدمها التجار, او ما تسمى ب (Lex Mercatoria).

(52) ark Buchanan, Public Policy and International Commercial Arbitration, American Businesses Law Journal, Vol 1988 ,26, page 530.

(53) Winnie (Jo- Mei) Ma, Op. Cit., page 88.

(54) A. N. Zhisov, Op. Cit., pages 100-99.

(55) Kenneth Curtin, Redefining Public Policy in International Arbitration of Mandatory National Laws, Defense Council Journal, Vol 1997 ,64, page 271.

المبحث الثني
دور النظام العام عبر الدولي في الرقابة على قرار التحكيم الاجنبي

في نطاق التحكيم التجاري وبخاصة في نطاق الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها يجب ان لا يكون مفهوم النظام العام مفهوما واسعا , ومن ثم يكون اداة طيعة بيد محكمة التنفيذ تستخدمه بتحكم في بعض الاحيان لتقطع ببطلان قرار التحكيم.

فيجب اولا في هذا النطاق التمييز بين وضعية المحكم الدولي الذي يستند في بعض الاحيان الى النظام العام في قراره التحكيمي وبين القاضي في المحكمة التي تراقب قرار التحكيم ومن ثم الاعتراف بذلك القرار في البلد الذي أريد له التنفيذ فيه. فالمحكم الدولي ليس له قانون يلجأ اليه لاستبعاد ما يخالف النظام العام في ذلك القانون ولذلك فهو يتبنى القانون عبر الدولي . اما قاضي الرقابة على قرار التنفيذ داخل الدولة فان وضعه يختلف كثيرا عن وضع المحكم الدولي, فهو منصهر في النظام القانوني والقضائي التابع للدولة التي يراد فيها الاعتراف بالقرا التحكيمي, وهذا الانصهار سيجعل منه حاميا لقواعد النظام العام لتلك الدولة وليس لقواعد نظام عام من خارجها حتى لو كانت عالمية.(٥٦)ومن جانب اخر فان الغاية من اعمال النظام العام بوصفه مانعا من الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه هي حماية المبادئ الاساسية للدولة المطلوب فيها التنفيذ, وما يدل على ذلك اعطاء المحاكم سلطة اثارة الدفع بالنظام العام من تلقاء نفسها, ومن ثم فان الغاية من هذا الطعن هي ادماج القرار التحكيمي في النظام القانوني لبلد التنفيذ. واذا سلمنا بذلك فان قرارات التحكيم يجب ان تراقب وفق النظام العام الدولي لقانون القاضي.(٥٧)

غير أن الدفع بالنظام العام اذا تم استعماله دون تروي وتفكير سيصبح العائق الاكبر والاهم امام حرية انتقال قرارات التحكيم.(٥٨) فالتفسير الواسع للنظام العام بوصفه مانعا من الاعتراف بقرار التحكيم الاجنبي وتنفيذه سيؤدي بالتأكيد الى عدم فاعلية الاتفاقات الدولية بخصوص التحكيم وسيؤدي الى اهتزاز الثقة بالتحكيم كوسيلة لحل المنازعات.(٥٩)لذلك فان الاتجاه الغالب في احكام المحاكم هو نحو التفسير الضيق لمفهوم النظام العام تماشيا مع الاتفاقيات الدولية نحو تفعيل دور التحكيم كوسيلة لحل المنازعات.

وسنبين في هذا المبحث اهمية التوجه نحو قصر مفهوم النظام العام, في نطاق التحكيم الدولي, على قواعد عبر دولية متفق عليها عالميا في تضييق مفهومه كمانع من موانع قرار التحكيم الاجنبي وذلك في المطلب الاول , ومن ثم سنبين نطاق النظام

(٥٦) د. لطفي الشاذلي, المصدر السابق , ص ٨٩٢.
(٥٧) المصدر السابق, ص ٨٩٢-٨٩٣
(٥٨) المصدر السابق , ص ٧٨٧

(59) Huseyin Alper Tosun, Public Policy Concepts in International Arbitration, A Dissertation Submitted in Partial Satisfaction of the Requirement for the Degree of the Doctor of the Science of Law in the Graduate Division of the University of California, Berkeley, 2019, page 35.

العام عبر الدولي في المسائل الاجرائية والمسائل الموضوعية في المطلب الثاني.

المطلب الاول: توجه المحاكم الى تضييق مفهوم النظام العام في نطاق التحكيم الدولي

يهدف توجه محاكم الدول نحو التضييق من مفهوم النظام العام ومن ثم التعامل بمرونة مع قرارات التحكيم الاجنبية في نطاق الرقابة عليها, في الغالب, الى تلقي المعاملة بالمثل , ومن ثم سريان قرارات التحكيم التي تصدر من دولة المحكمة في الدول الاخرى. وقد عبرت المحكمة العليا الامريكية عن هذه الفكرة بقولها في احد قراراتها بان ابطال قرار التحكيم في القضية المعروضة امامنا سوف يعكس مفهوما ضيق الافق مفاده ان جميع القضايا يجب ان تحل في محاكمنا ووفق نظامنا القانوني , ومن ثم سينتج عن ذلك عدم امكانية دخولنا في التبادل التجاري الدولي اذا ما تمسكنا بان ذلك يجب ان يكون وفق شروط قانوننا حصرا.(٦٠)

وعلى العموم فان المحاكم في معظم بلدان العالم قد وضعت مجموعة اعتبارات مستمدة من التوجه الدولي نحو تضييق مفهوم النظام العام في هذا الجانب. ومن هذه الاعتبارات على سبيل المثال هو ما اذا كان عدد كبير من الدول يتشارك في قاعدة النظام العام المعنية, والاعتبار الاخر هو الطبيعة الدولية لقضية التحكيم وارتباطها بالنظام القانوني للدولة واعتبار يتعلق بالاجماع او الاتفاق الكافي لدى المجتمع الدولي على قاعدة النظام العام المعنية. وهذه الاعتبارات بدأت تشكل شيئا فشيئا اسسا للطعن بقرار التحكيم الاجنبي بخصوص مخالفته للنظام العام.

ففي احد قراراتها, ووفق اعتبار اجماع او اتفاق المجنمع الدولي على قاعدة النظام العام, ذهبت محكمة الاستئناف المدنية في بيروت في معرض ردها للدفع بالنظام العام ضد قرار التحكيم الاجنبي, الى ان ((... النظام العام الدولي يتألف من مجموعة قواعد ذات طابع مهم يتم العمل بها في عدد كبير من الدول ما يضفي عليها طابعا دوليا فتدخل, بالتالي, ضمن ما يعرف بالنظام العام الدولي)).(٦١)وبخصوص الاعتبار المتعلق بدولية حكم التحكيم الاجنبي ذهبت احدى محاكم التمييز الامريكية الى ان التميز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي بخصوص الرقابة على قرارات التحكيم يعد مسألة غاية في الاهمية , اذ ان ما يتعلق بالنظام العام الداخلي لا يتعلق, بالضرورة , بالنظام العام في نطاق العلاقات الدولية. واكدت المحكمة في هذا الحكم بان ما ارادته اتفاقية نييورك بخصوص الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها هو نظام عام دولي يتميز عن النظام العام الداخلي.(٦٢)

ان هذا التوجه نحو تضييق مفهوم النظام العام بخصوص الرقابة على قرار التحكيم

(60) Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 U.S. 1974) 506), available at : https://supreme.justia.com/cases/federal/us/506/417/

(٦١) قرار محكمة الاستئناف المدنية في بيروت – قرار رقم ٨٤٣ / ٢٠٠٩ – تاريخ ١٨ / ٦ / ٢٠٠٩ . ورد في مجلة التحكيم , العدد الرابع, تشرين الاول (اوكتوبر) ٢٠٠٩, ص ٤١٥.

(62) Mir Kazem Kashani (US) et al. v. Tsann Kuen China Enterprise Co., Ltd. (PR China) et al., Court of Appeal of California, (Second Appellate District), US No. 489, B11 ,166041 May 2004 in Albert Jan van den Berg (ed), XXX Yearbook Commercial Arbitration 2005) 807 ,805).

الاجنبي افرز قاعدة جديدة من قواعد النظام العام تتعلق بضرورة انفاذ حكم التحكيم الاجنبي قدر المستطاع. ومفاد هذه القاعدة ان تفسير وتطبيق النظام العام بوصفه مانعا من الاعتراف بقرار التحكيم الاجنبي وتطبيقه يجب ان يكون الى جانب انفاذ القرار الاجنبي, وهذا ما يطلق عليه في لغة التحكيم مصطلح (Pro– enforcement Bias) اي النزعة والانحياز الى انفاذ حكم التحكيم التي اصبحت قاعدة من قواعد النظام العام الدولي.(٦٣)

وقد اوردت امانة الاونسيترال في دليل اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها (اتفاقية نيويورك ١٩٥٨), مجموعة من قرارات المحاكم بخصوص الاعتراض على قرار التحكيم الاجنبي وفق المادة الخامسة في فقرتها الثانية (ب) المتعلقة بالنظام العام. وكل تلك القرارات تدل على توجه المحاكم الى التفسير الضيق لمفهوم النظام العام واتباع مشتركات دولية تدل على توجه المحاكم الى تطبيق نظام عام عبر دولي في هذا الجانب.(٦٤)

ومن قبيل هذه القرارات حكم محكمة الاستئناف للدائرة القضائية الثانية في الولايات المتحدة الامريكية الذي جاء فيه ان رفض قرار التحكيم الاجنبي على اساس تعارضه مع النظام العام لا يجوز الا اذا كان من شأن التنفيذ أن يتناقض مع ((قيمتي الاخلاق والعدالة الاساسيتين في دولة المحكمة)), وذهبت المحكمة الاتحادية السويسرية الى ان قرار التحكيم يعد متعارضا مع النظام العام ((اذا تجاهل القيم الاساسية والمعترف بها على نطاق واسع ...)), وعرفت محكمة الاستئناف في باريس النظام العام الدولي على انه ((مجموعة القواعد والقيم التي لا يمكن للنظام القانوني الفرنسي ان يقبل انتهاكها حتى في الحالات التي لها طابع دولي)).(٦٥)

اما جمعية القانون الدولي فقد اوردت, في تقريرها النهائي حول النظام العام بوصفه مانعا من موانع تطبق احكام التحكيم الاجنبية, مجموعة من التوصيات التي يستخلص منها التشديد على تضييق مفهوم النظام العام والتوجه نحو تطبيق نظام عبر دولي بهذا الخصوص.(٦٦)

فقد ورد في التوصية (١–(a)) ما يشير الى احترام نهائية قرارات التحكيم . اذ نص التقرير في هذه التوصية على ان نهائية قرارات التحكيم في نطاق التحكيم التجاري الدولي يجب ان تحترم الا في بعض الظروف.

(63) Sameer Sattar, Enforcement Arbitral Awards and public Policy: Same Concept Different Approach, Available at : https://www.ela.law/Templates/media/files/Misc20%Documents/Enforcement-of-Arbitral-awards-Public-Policy.pdf

(٦٤) انظر لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الاونسيترال), دليل اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها (اتفاقية نيويورك ١٩٥٨, سكرتارية الانسيترال, مركز فينا العالمي, طبعة عام ٢٠١٦ من الدليل, ص ٢٤٠–٢٤٣ .

(٦٥) انظر في هذه القرارات المصدر السابق ص ٢٤٠– ٢٤٢ .

(٦٦) صيغ تقرير جمعية القانون الدولي النهائي حول النظام العام بوصفه مانعا من تطبيق قرار التحكيم الاجنبي في المؤتمر السابع عشر للجمعية المعقود في الهند في نيسان ٢٠٠٢. للاطلاع على نص التقرير باللغة الانكليزية راجع الموقع الالكتروني:

https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/210498/213/2/19?redirectedFrom=fulltext

وفي التوصية (١-d) نص التقرير على ان هناك ثلاثة عناصر للظام العام لدولة التنفيذ هي ١- المبادئ الاساسية المرتبطة بالعدالة والاخلاق والتي تريد الدولة المحافظة عليها و ٢- القواعد المصممة للمحافظة على المصالح السياسية والاجتماعية والاقتصادية للدولة و ٣- واجبات الدولة في احترام التزاماتها تجاه باقي الدول والمنظمات الدولية.

وتحسبا للتعامل مع قرار التحكيم الذي يعد اجنبيا لكنه صادر في الدولة التي يراد تنفيذ القرار فيها وكأنه قرار تحكيم داخلي, ومن ثم تحسبا لتعامل المحكمة معه بادوات النظام العام الوطني , نص التقرير في التوصية (١- f) منه, على ان على المحكمة ان لا تأخذ بنظر الاعتبار ان مقر التحكيم الذي اصدر القرار يقع داخل اقليم الدولة, عند تقييمها لتوافق القرار مع النظام العام الدولي.

ونص التقرير في التوصية (١- g) منه على ان على المحكمة اذا رفضت الاعتراف بقرار التحكيم الاجنبي أو تنفيذه, ان لا تقتصر في حكمها على ايراد نص المادة الخامسة (٢) (ب) من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨, او القاعدة التي استندت اليها من نظامها القانوني سواء أكانت نصا ام سابقة قضائية. وانما عليها بيان طريقة استدلالها لتعارض قرار التحكيم مع النظام العام وأسباب ذلك بالتفصيل. لأن ذلك سيساعد على تعزيز الممارسات الثابتة بهذا الخصوص وعلى تطوير توافق في الاراء حول القواعد والمبادئ التي يمكن ان تعد جزءا من النظام العام الدولي.

وفي معرض بيانها للمعايير التي يجب على المحكمة ان تتبعها في تحديد ما اذا كانت قواعد النظام العام المدعى بمخالفتها اساسية وكافية لتبرير رفض قرار التحكيم بينت الجمعية في التوصية (٢- b) أن على المحكمة ان تأخذ بنظر الاعتبار الطبيعة الدولية للقضية المعروضة امامها من جهة و وجود او عدم وجود توافق في الاراء من قبل المجتمع الدولي في ما يتعلق بالمبدأ قيد النظر , وبينت الجمعية بان الاتفاقات الدولية يمكن ان تكون مصدرا للتعرف على وجود هذا التوافق في اراء المجتمع الدولي, وذهبت انه في حالة وجود هذا التوافق فانه من الممكن اطلاق وصف النظام العام عبر الدولي على هذه المبادئ.

من كل ما تقدم يتضح بان أحكام المحاكم في معظم دول العالم بخصوص النظر في الطعون الموجهة الى قرارات التحكيم الاجنبية استنادا الى النظلم العام , وكذلك التفسير الفقهي لنصوص قوانين الدول , والتفسير الرسمي للاتفاقيات الدولية بهذا الخصوص, تسير جميعا باتجاه التضييق من مفهوم النظام العام بوصفه مانعا من موانع الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها, والتوجه نحو توحيد الممارسات وتطوير قواعد دولية يحتويها نظام عام عبر دولي.

المطلب الثاني: نطاق النظام العام عبر الدولي

نود ان نوضح بداية بان هناك اختلافا نسبيا بخصوص مفهوم النظام العام بين النظم القانونية التي تتبع الشريعة الانكلو–سكسونية والنظم القانونية التي تتبع الشريعة اللاتينية. ففي النظم الانكلو–سكسونية يقتصر مفهوم النظام العام على المسائل المتعلقة بالاداب العامة والصحة والسلامة وما شاكل ذلك, ولا يمتد الى المسائل الاجرائية. أما في نظم الشريعة اللاتينية فان مفهوم النظام العام يمتد ليشمل الامور المتعلقة بالاجراءات القانونية الواجبة التطبيق, ومن ثم اي انتهاك لمسئل العدالة الاجرائية.(٦٧)

غير ان ما هو معمول به في نطاق التحكيم التجاري الدولي هو الاخذ بالمفهوم الواسع للنظام العام , اي المفهوم الذي يشمل المسائل المتعلقة بموضوع قرار التحكيم والمسائل المتعلقة بالاجراءات التي اتبعتها هيئة التحكيم. وهذا ما يتضح من تقرير لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) حول

معنى النظام العام في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي,(٦٨) والتقرير النهائي للجنة القانون الدولي حول مفهوم النظام العام بوصفه مانعا من تطبيق قرار التحكيم الاجنبي.(٦٩)

وعلى الرغم من أن التفريق بين المسائل الموضوعية والمسائل الاجرائية يثير بعض الالتباس , غير انه يكفي لاغراض بحثنا ان نبين الفرق الاساسي والواضح بينهما. ففي لغة التحكيم ما يعد من المسائل الموضوعية هو مضمون قرار التحكيم, اي حقوق والتزامات الاطراف الناتجة عن قرار التحكيم, اما ما يعد من المسائل الاجرائية فهو الخطوات التي اتبعتها هيئة التحكيم وصولا الى اتخاذها للقرار, اي الاجراءات التي وفقا لها توصلت هيئة التحكيم الى قرارها.

بخصوص النظام العام الاجرائي, تتبع معظم المحاكم في العالم منهجا تفسيريا مضيقا للنظام العام , وذلك بحصر مفهوم هذا النوع من النظام العام في المخالفات الصارخة جدا للعدالة الاجرائية, وهذه المخالفات الصارخة هي مخالفات متفق عليها في معظم دول العالم . لذلك يمكننا القول بان المحاكم في مختلف بلدان العالم بدأت تتوجه الى تطبيق نظام عام عبر عالمي بخصوص الاجراءات عندما تبت في صحة قرار التحكيم المدعى بمخالفته للنظام العام.

فقد اعلنت المحاكم الالمانية, على سبيل المثال, بان قرار التحكيم الاجنبي لا

---

(67) International Law Association (ILA) Committee on International Commercial Arbitration- Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Award, Report of the Sixty-Ninth Conference, London, 200o, page 349.

(٦٨) حيث ذهبت اللجنة الى ان مفهوم النظام العام الذي ورد في اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ وورد في العديد من الاتفاقيات الاخرى يغطي المسائل الاساسية للقانون والعدالة من النواحي الموضوعية وكذلك من النواحي الاجرائية . انظر المصدر السابق و ص ٢٩٧.

(٦٩) تقرير جمعية القانون الدولي النهائي حول النظام العام بوصفه مانعا من تطبيق قرار التحكيم الاجنبي, مصدر سابق, حيث نصت التوصية (١– C) من التقرير على ان تعبير النظام العام يستخدم في التوصيات الواردة في التقرير ليشير الى مجموعة من المبادئ والقواعد المعترف بها من قبل الدولة, والتي ,بطبيعتها, قد تمنع من الاعتراف بقرار التحكيم الاجنبي او من تنفيذه اذا ترتب على ذلك الاعتراف او التنفيذ انتهاكا للنظام العام سواء من الناحية الاجرائية او من الناحية الموضوعية.

يمكن رفضه لاسباب تتعلق بمخالفته للنظام العام الاجرائي الا اذا تضمنت الاجراءات التحكيمية عيوبا خطيرة تمس باسس الدولة وبالمبادئ الاجتماعية و الاقتصادية.[٧٠]وذهبت المحاكم السويسرية في ذات الاتجاه, مشترطة ان تكون قواعد النظام العام الاجرائي التي يدعى اختراقها أساسية ومعروفة على نطاق واسع .[٧١]

ويمكننا القول على العموم بانه ليس من السهولة ان تقرر معظم المحاكم في العالم بان قرارا تحكيميا اجنبيا يعد مخالفا للنظام العام الاجرائي. بل أن معظم الدفوع بمخالفة هذا النوع من النظام العام غالبا ما يتم ردها. فقد ردت المحاكم , على سبيل المثال, دفعا بمخالفة النظام العام الاجرائي مبنيا على تعارض مصالح الممثلين القانونيين للاطراف, ودفعا مبنيا على اساس عدم ارسال اشعار واضح لاحد الاطراف, ودفعا على اساس الاجراءات المتبعة في اختيار المحكمين, ودفعا على اساس كيفية توجيه الاسئلة لشهود الخبرة, ودفعا على اساس عدم وجود تمثيل لاحد الاطراف في اجراءات التحكيم, ودفعا على اساس مخالفة قرار تحكيم يفرض رسوم تحكيم تتعارض مع قواعد رسوم التحكيم المنصوص عليها في بلد التنفيذ, ودفعا على اساس عدم الافصاح عن ادلة معينة, ودفعا على اساس سوء تصرف احد المحكمين, ودفعا على اساس خلو قرار التحكيم من توقيع المحكمين, ودفعا على اساس مشاركة سكرتارية مركز التحكيم في نشاط هيئة التحكيم, ودفعا على اساس عدم تضمن قرار التحكيم للاسباب, الى غير ذلك من الامور التي لم تعدها المحاكم جوهرية بما يكفي للحكم بمخالفة قرار التحكيم للنظام العام الاجرائي.[٧٢]

وتنقسم الدفوع التي يمكن ان يؤخذ بها بخصوص النظام العام عبر الدولي بخصوص المسائل الاجرائية الى ضنفين. الصنف الاول يتضمن حق الاطراف في التساوي بالمعاملة, والصنف الثاني يتضمن حق كل طرف في الفرصة المناسبة لعرض قضيته.[٧٣]

بخصوص الصنف الاول فان الدفوع التي يمكن ان ترد , والتي اصبحت اسسها جزءا من النظام العام عبر الدولي بخصوص المسائل الاجرائية, الدفع بحق كل طرف في المشاركة بتعيين المحكم او هيئة التحكيم. ولذلك فقد رفضت محكمة الاستئناف الفرنسية الاعتراف بقرار تحكيم اجنبي بسبب عدم مشاركة المدعي في اختيار هيئة التحكيم , ذاهبة الى ان مسألة مشاركة الاطراف في تعيين المحكمين هي مسألة نظام عام دولي, ومن ثم لا يمكن الادعاء بتخليهم عن هذا الحق قبل نشوء النزاع.[٧٤]وكذلك الدفع باتصال المحكم باحداطراف النزاع دون الطرف الاخر بخصوص مسألة جوهرية في التحكيم, فقد رفضت محكمة استئناف هامبورغ في المانيا تنفيذ قرار تحكيم اوصل فيها احد الاطراف رسالة الى

(70) Gary B. Born, International Commercial Arbitration, Volume -3 International Arbitral Award, Second Edition, Wolters Kluwer Law and Business, 2014, pages 3684-3683.

(71) Ibid, page 3684.

(72) See on those examples and others, Gary B. Born, Op. Cit., pages 3688-3685.

(73) Emanuel Gaillard and John Savage, (Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague, Boston, London, 1999, page 957.

(74) COUR DE CASSATION, FIRST CIVIL CHAMBER, 7 JANUARY 1992, SOCIÉTÉS BKMI & SIEMENS V SOCIÉTÉ DUTCO, https://arbitrationlaw.com/library/cour-de-cassation-first-civil-chamber-7-january-1992-soci%C%3A9t%C%3A9s-bkmi-siemens-v-soci%C%3A9t%C%3A-9dutco

المحكم , غير ان المحكم لم يبلغ الطرف الاخر بتلك الرسالة. وقد ذهبت المحكمة الى انه لو تبدى لها بان عدم ايصال الرسالة الى الطرف الاخر سوف لن يؤثر كثيرا في نتيجة التحكيم لقبلت بتنفيذ القرار , ولكن طالما انها غير متأكدة من ذلك فانها ترفض التنفيذ.(٧٥)كما خلصت المحاكم الى قبول الدفع بالنظام العام , ومن ثم رفض الاعتراف بقرار التحكيم,اذا تصرف المحكمون على نحو ينتهك مبدأي الحيادية والاستقلال.(٧٦)

أما بخصوص الصنف الثاني من النظام العام عبر الدولي بخصوص المسائل الاجرائية والمتعلق بالفرصة المناسبة لكل طرف في ان يعرض قضيته, فقد خلصت المحاكم الى وقوع انتهاك للنظام العام في الحالات التي توصلت فيها الى مصادرة حق اي من الاطراف في الاستماع اليه. فعلى سبيل المثال , رفضت المحاكم الكندية الاعتراف بقرارات تحكيم تضمنت اعطاء تعويض لم يطلبه الاطراف, وقد كتن هذا الرفض بناء على انتهاك مبدأ الاستماع الى الطرف الاخر, كما رفضت الاعتراف بقرار تحكيم غير معلل رغم ان الاطراف قد ضمنوا شرط التحكيم وجوب تعليل القرار من قبل هيئة التحكيم ذاهبة الى ان مصادرة الشرط الذي اتفق عليه الاطراف يتعارض مع روح الانصاف والمعاملة المتساوية للاطراف ومن ثم انتهاكا للنظام العام. (٧٧)

وبالانتقال الى النظام العام عبر الدولي بخصوص المسائل الموضوعية, فان هذه المسائل ترتبط بحقوق والتزامات الاطراف التي يحتويه قرار التحكيم.(٧٨)ويمكننا القول في هذا الخصوص بان النظام العام عبر الدولي يكاد ان يصبح اليوم حقيقة قائمة بسبب العولمة وتداخل النظم القانونية والتقدم الحثيث في نطاق القانون الدولي.(٧٩)وكما سبق القول فان النظام العام عبر الدولي بخصوص المسائل الموضوعية يتضمن الكشف عن المبادئ المعترف بها في معظم النظم القانونية.(٨٠)ومن بين هذه المبادئ المترف بها نتناول هنا بعض التطبيقات القضائية التي تضمنت رفض الاعتراف بقرار التحكيم او تنفيذه بناء على مخالفتها ومن ثم بناء على مخالفة النظام العام عبر الدولي.

يبرز مبدأ تحريم الانشطة التي تتضمن الفساد الاداري من بين مبادئ النظام العام عبر الدولي بوصفه مانعا من موانع الاعتراف بقرار التحكيم الاجنبي وتنفيذه . فعموم الدول تجمع على مبدأ حضر الفساد كونه يعد معضلة عالمية تقف بوجه تقدم الدول

(75) Albert Jan Van Den Berg, Refusals of Enforcement under the New York Convention of 1958: the Unfortunate Few / Arbitration the Next Decade, International Court of Arbitration Bullet Special Supplement, ICC Publication, 1999, page 75.

(76) George A. Bermann, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards- The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts, Springer International Publishing, 2017, page 403.

(٧٧) انظر حول هذين القرارين: أمانة الاونسترال, دليل اتفاقية الاعترف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها, مصدر سابق, ص ٢٥٣.

(78) Vesselina Shaleva, "The 'Public Policy' Exception to the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in the Theory and Jurisprudence of the Central and East European States and Russia, Arbitration International , Vol 2003 19, page 76

(79) Michael Pryles, Reflections on Transnational Public Policy, Journal of International Arbitration, vol 2007 , 24, page2 .

(80) Martin Hunter and Gui Conde E Silva, Op. Cit., page 367.

وازدهارها, سواء اكانت هذه الدول دولا نامية ام متقدمة.

لذلك ذهبت المحكمة الفرنسية, في احد قراراتها بخصوص الرقابة على قرار التحكيم الاجنبي, الى ان العقد الذي يتضمن استغلالا للنفوذ الوظيفي او الرشوة يعد مخالفا للنظام العام الدولي ويعد متعارضا مع اخلاقيات التجارة الدولية المتعرف عليها من قبل الجزء الاعظم من اعضاء المجتمع الدولي.(٨١)

وبخصوص محاربة الرشوة في قضية غرفة التجارة الدولية ICC رقم ٣٩١٦ لعام ١٩٨٢ ، قام المدعي ، وهو إيراني الجنسية ، بمساعدة المدعى عليه ، وهي شركة يونانية ، في الحصول على عقود من الحكومة الإيرانية مقابل عمولة بنسبة ٢ ٪ على الأقل من مبلغ كل عقد مبرم مع الحكومة الإيرانية. نجح صاحب المطالبة في الحصول على عدة عقود. بعدذلك وبسبب قيام الثورة الإيرانية عام ١٩٧٩ ، أوقفت الشركة اليونانية أنشطتها في إيران وتكبدت خسائر ودفعت فقط جزءًا من العمولة المتفق عليها للمدعي. ونظرًا لأن العقد كان غامضًا فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق ، فقد طبقت هيئة التحكيم كلا من القانون الإيراني والقانون الفرنسي. لاحظت المحكمة أن الرشوة وأنشطة الفساد كانت غير قانونية بموجب القوانين المعمول بها وأن الاتفاقات التي يتم بموجبها تعيين شخص لاستخدام نفوذه مع موظف عمومي من أجل الحصول على عمل تجاري تعد باطلة. وسلطت المحكمة الضوء أيضًا على أن حظر الرشوة هو مبدا عبر دولي معترف به عمومًا من قبل الدول.(٨٢)

(81) Abdulhay Sayed, Corruption in International Trade and Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2004, page 307.

(82) ICC Court Case No. 3916 of 1982, Collection of ICC Arbitral Awards from 1974 to1994 ,1985, page 511

الخاتمة

نستخلص من خلال بحثنا بان النظام العام عبر الدولي هو في حقيقته مجموعة معايير ومبادئ وجدت بداية في النظام العام الوطني للدول. غير ان هذه المعايير والمبادئ , ونظرا لانها تحظى بالقبول على نطاق واسع في مختلف النظم القانونية, اخذت طابعا دوليا, واصبحت تطبق باعتبارها قواعد عبر دولية في نطاق التحكيم.

كما نستخلص بان هيئات التحكيم يمكن لها ان تطبق هذه القواعد عبر الدولية على نحو مباشر , وهي الكفيلة بتحديد مضامينها وكيفية تطبيقها بحسب واقع الحالة المعروضة امامها. كما ان هيئات التحكيم, ورغم انها هيئات يشارك في تعيينها طراف النزاع ومن ثم تكون مسؤولة امامهم, غير انها , في الوقت ذاته تمتلك الحق, وتتحمل المسؤولية في تطبيق قواعد النظا العام عبر الدولي من اجل خلق بيئة تحكيم تتوافق مع المصلحة العامة للمجتمع الدولي.

ولكون الدفع بعدم الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه, وبخاصة بخصوص التعارض مع النظام العام, يعد مسألة غاية في الخطورة والدقة في نطاق التحكيم الدولي فاننا ننصح بان تكون هناك محكمة مختصة بالرقابة على قرارات التحكيم تمتلك الخبرة الكافية للتعامل مع هذه الحالات .