Al-rafidain of Law (ARL)
https://alaw.uomosul.edu.iq

Disputes concerning public order and their arbitrability: A comparative study

Yousef M. Shandi[1]
College of Law\ Qatar University
yshandi@qu.edu.qa

Article information
Article history
Received 13 June, 2024
Revised 19 Aigust, 2024
Accepted 2 September, 2024
Available Online 1 December, 2025

Keywords:
- Public order
- Arbitration
- Intrnal arbitration
- Intrnational commercial arbitration
- Commercial disputes

Correspondence:
Yousef M. Shandi
yshandi@qu.edu.qa

Abstract

This research examines the important question of whether disputes involving matters of public order can be resolved through arbitration, whether in domestic or international contexts. Traditionally, many legal systems restrict arbitration by requiring that the dispute not relate to public order, which raises a potential conflict and increases the significance of this inquiry. The study finds that contemporary legal trends particularly within jurisprudence and judicial practice have gradually narrowed the concept of public order in determining arbitrability. As a result, the scope of disputes that may be settled by arbitration has expanded. Public order is no longer viewed as a categorical barrier to arbitration in many types of cases, especially in domestic arbitration, and even more so within international arbitration frameworks.This research examines the important question of whether disputes involving matters of public order can be resolved through arbitration, whether in domestic or international contexts. Traditionally, many legal systems restrict arbitration by requiring that the dispute not relate to public order, which raises a potential conflict and increases the significance of this inquiry. The study finds that contemporary legal trends particularly within jurisprudence and judicial practice have gradually narrowed the concept of public order in determining arbitrability. As a result, the scope of disputes that may be settled by arbitration has expanded. Public order is no longer viewed as a categorical barrier to arbitration in many types of cases, especially in domestic arbitration, and even more so within international arbitration frameworks.

Doi: https://doi.org/10.33899/alaw.v26i93.54219
© Authors, 2025, College of Law, University of Mosul This is an open access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0).

المنازعات المتعلقة بالنظام العام: مدى جواز حسمها بطريق التحكيم "دراسة مقارنة"

يوسف محمد شندي

كلية القانون/ جامعة قطر

معلومات البحث

تاريخ البحث

الاستلام ١٣ حزيران ٢٠٢٤

التعديلات ١٩ آب, ٢٠٢٤

القبول ٢ أيلول, ٢٠٢٤

النشر الإلكتروني ١ كانون الأول, ٢٠٢٥

الكلمات المفتاحية

- النظام العام
- التحكيم
- التحكيم الداخلي
- التحكيم التجاري الدولي
- المنازعات التجارية

المستخلص

يتناول البحث موضوعا على قدر كبير من الأهمية يتعلق بمدى قابلية المنازعات المتعلقة بالنظام العام للحسم بطريق التحكيم، سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي. وتظهر أهمية هذا الموضوع كونه يبدو متعارضاً مع أحد أهم الشروط التي تفرضها القوانين لإجازة التحكيم، وهو ألا يكون النزاع متعلقا بمسألة من النظام العام.

وقد خلص البحث إلى أن الاتجاهات الحديثة خصوصاً في الفقه والقضاء، تحاول التضييق من مفهوم النظام العام بشأن قابلية المنازعات للتحكيم، مما يؤدي إلى توسيع نطاق المسائل التي يجوز حسمها بطريق التحكيم، ولم تعد تعتبر النظام العام مانعا من التحكيم لكثير من المنازعات، في التحكيم الداخلي، وبشكل أكبر في التحكيم التجاري الدولي.

المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع الدراسة وأهميته

إن الأصل هو اختصاص القضاء الرسمي للدولة بالفصل في جميع المنازعات، إلا أن القوانين تجيز حسم بعض المنازعات المالية عن طريق التحكيم بعدّه قضاء بديلاً للقضاء الرسمي. ويختلف نطاق المنازعات القابلة للتحكيم ضيقاً واتساعاً بحسب قانون كل دولة، ولهذا تقوم الدول بتحديد المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم، كون ذلك يمثل خروجا على الأصل العام الذي ترسخه معظم القوانين وهو إجازة التحكيم. وتسير في هذا الاتجاه، الفقرة الثانية من المادة (٧) من قانون التحكيم القطري رقم (٢) لسنة ٢٠١٧[١]، والتي تحدد صراحة المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم، وذلك بنصها على أنه: "٢- لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"[٢]. وفقا لهذا النص، فإن المسائل لا يجوز فيها التحكيم، هي المسائل التي "لا يجوز فيها الصلح"، غير أن المشرع القطري لم يحدد ماهية المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وبالتالي يجب الرجوع إلى القواعد العامة لتحديد ماهية هذه المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وهي عموماً المسائل المتعلقة بالنظام العام، والحقوق التي لا يملك الأفراد حرية التصرف فيها[٣]. وبناء عليه، فإن أهمية

---

(١) قانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٧ بإصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية القطري الصادر بتاريخ ٢٠١٧/٠٢/١٦، الجريدة الرسمية، العدد ٣، المنشور بتاريخ ٢٠١٧/٠٣/١٣، ص ٣.

(٢) يقابل هذا النص، المادة (٢٥٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ الصادر بتاريخ ١٩٦٩/٠٥/٢٧، المنشور في الوقائع العراقية، العدد ١٧٦٦، السنة ١٢، بتاريخ ١٩٦٩/٠٨/١٠، ص ٢٥١-٢٧٦، حيث تنص على أنه: "لا يصح التحكيم إلا بالمسائل التي يجوز فيها الصلح ولا يصح إلا لمن له أهلية التصرف في حقوقه..."،

(٣) تنص المادة (٥٧٥) من قانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤، بإصدار القانون المدني (القانون المدني)، الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/٦/٣٠، الجريدة الرسمية، العدد ١١، بتاريخ ٢٠٠٤/٨/٨، ص ٣٦٤، على أنه: على أنه: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة=

هذه الدراسة تكمن في تحديد المسائل التي يجوز فيها التحكيم على وجه الدقة، وخصوصا فيما إذا كان يجوز حسم بعض المسائل المتعلقة بالنظام العام بطريق التحكيم.

ثانياً: إشكالية وأسئلة الدراسة

تتمثل إشكالية هذه الدراسة في تحديد مدى جواز التحكيم في المنازعات المتعلقة بالنظام، وتحري مدى اتفاق أو اختلاف القانون القطري في ذلك مع التوجهات الحديثة في هذا الصدد. ويتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من الأسئلة سنحاول الإجابة عليها، وهي:

=بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على الحقوق المالية التي تترتب على الحالة الشخصية، أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم".

يمكن حصر الحالات التي لا يجوز فيها التحكيم، بثلاثة أنواع من المسائل، وهي: ١.المسائل غير المالية، كالحالة والأهلية والأحوال الشخصية والحقوق اللصيقة بالإنسان؛ ٢.المسائل التي تتعلق بكيان الدولة ووظائفها السياسية وأعمال الدولة جميعها الخارجة عن إطار المعاملات الاقتصادية؛ ٣. الحقوق المالية غير القابلة للتصرف، كالأموال المخصصة للمصلحة العامة، والمسائل المتعلقة بالنظام العام، كمسائل المنافسة والضرائب والجمارك وقواعد الائتمان والمسائل الجزائية. ويرجع منع التحكيم في المسائل السابقة لأحد سببين: إما بسبب طبيعة النزاع، كونه يتعلق بمسائل غير مالية لا يجوز فيها التحكيم أصلا، كمسائل الحالة والأهلية والجنسية، وإما أنها مسائل مالية ولكن لا يجوز التحكيم فيها لأسباب تتعلق بالنظام العام، وبالتالي يمنع التحكيم فيها لغرض حماية المصلحة العامة.

وقد عرفت المادة ٥٧٣ من القانون المدني القطري "الصلح" كالآتي: "الصلح عقد يحسم به عاقداه نزاعاً قائماً بينهما، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل، عن جزء من ادعائه".

الحقوق القابلة للتصرف هي الحقوق التي يملك أصحابها الحق بالتنازل والتخلي عنها، حول ذلك انظر:

P. Level, | "L’arbitrabilité" | 1992 | Rev. arb. p 222.

١. هل بالفعل جميع المسائل المتعلقة بالنظام العام غير قابلة للتحكيم؟
٢. ما مفهوم النظام العام بشأن قابلية المنازعات للتحكيم، وهل يختلف هذا المفهوم عن مفهوم النظام العام بوجه عام؟
٣. هل يؤخذ بالمفهوم الواسع أم الضيق للنظام العام بشأن القابلية للتحكيم؟
٤. هل يجوز التحكيم في المنازعات المتعلقة بالنظام العام التوجيهي والنظام العام الحمائي؟
٥. هل يطبق ذات مفهوم النظام العام بشأن القابلية للتحكيم على التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي؟

ثالثاً: منهجية الدراسة

سنقوم بالإجابة على إشكالية الدراسة والأسئلة المتفرعة عنها، اعتماداً على المنهج التحليلي المقارن، من خلال إجراء مقارنة بين القانون القطري وقوانين أخرى لا سيما القانون الفرنسي، مع الإشارة كذلك إلى موقف القانون العراقي، واتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية[١]، والسارية في قطر منذ العام ٢٠٠٣[٢]، وتحري الاتجاهات الفقهية والقضائية الحديثة بشأن قابلية المنازعات المتعلقة بالنظام العام للتحكيم، سواء في قضاء الدول أو قضاء التحكيم، لتحديد مدى الانسجام أو الاختلاف بينها.

(١) اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية المبرمة بتاريخ ١٠ حزيران ١٩٥٨، والنافذة منذ ٧ حزيران ١٩٥٩. الأمم المتحدة، المؤتمر الدبلوماسي المنعقد في أيار – حزيران ١٩٥٨ بمقر الأمم المتحدة في نيويورك،
UN DOC E/CONF.26/SR. 1-25, Summary Records of the United Nations Conference on International Arbitration, New York, 20 May – 10 June 1958.

(٢) مرسوم أميري رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٣ بالموافقة على انضمام دولة قطر إلى اتفاقية الاعتراف بالأحكام التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، الصادر بتاريخ ٢٠٠٣/٠١/١٢، المنشور في |الجريدة الرسمية|، العدد ٦، بتاريخ (٢٠٠٣/٠٧/٢٠)، ص ٣٨٤.

رابعاً: خطة الدراسة

سنقوم بتقسيم موضوع الدراسة إلى ثلاثة مطالب، نتناول في الأول **مفهوم النظام العام بشأن قابلية المنازعات للتحكيم**، ونتناول في الثاني **طبيعة القواعد المتعلقة بالنظام العام بشأن قابلية المنازعات للتحكيم**، ونخصص الثالث لدراسة **نطاق قابلية المنازعات المتعلقة بالنظام العام للتحكيم**.

المطلب الأول

مفهوم النظام العام بشأن قابلية المنازعات للتحكيم

لم تحدد التشريعات المختلفة مفهوم النظام العام الواجب إعماله لبيان مدى قابلية النزاع للتحكيم من عدمه، سواء في التحكيم الداخلي أو التحكيم الدولي، وهذا يتطلب الرجوع بشكل أساس إلى الفقه والقضاء لتحديد مفهوم النظام العام في هذا الإطار، واستعراض الاتجاهات الحديثة حول مدى قابلية المنازعات المتعلقة بالنظام العام للتحكيم. وبناء عليه، سنقوم من جهة بالتفريق بين المفهومين الضيق والواسع للنظام العام (الفرع الأول)، ثم نتناول من جهة أخرى مشكلة التفريق بين قواعد النظام العام وقواعد البوليس (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المفهومين الضيق والواسع للنظام العام

يختلف نطاق المنازعات القابلة للتحكيم تبعا للأخذ بالمفهوم الضيق أم الواسع للنظام العام. فوفقا للمفهوم الواسع للنظام العام، والذي يتطابق مع مفهوم النظام بوجه عام، يحظر التحكيم في جميع المسائل المتعلقة بالنظام العام، وبصرف النظر إن كانت القاعدة المتعلقة بالنظام العام تتناول مسألة موضوعية أو إجرائية، أو كانت القاعدة تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة أم خاصة. أما المفهوم الضيق للنظام العام، فإنه على العكس لا يتطابق مع مفهوم النظام العام بوجه عام بل هو أضيق نطاقاً منه، وبالتالي وفقاً لهذا المفهوم الضيق، يمكن إجازة التحكيم في كثير من المسائل حتى المتعلقة منها بالنظام العام. ولكن رغم هذا الاختلاف الواضح بين المفهومين، إلا أنه يثير التساؤل عن أي المفهومين يجب تطبيقه لتحديد مدى قابلية النزاع للتحكيم من عدمه؟

في الإجابة على هذا السؤال، يجب الوقوف عند حقيقة أن الاتجاه الحديث في الفقه والقضاء في معظم الدول، يحاول التخفيف من حدة ووطأة النظام العام بشأن قابلية النزاع للتحكيم، من خلال الأخذ بالمفهوم الضيق للنظام العام، ما يؤدي إلى إجازة التحكيم في معظم المسائل حتى المتعلقة بالنظام العام، وحصر الحالات لا يجوز فيها التحكيم في أضيق نطاق ممكن. وقد أشار إلى هذا الأمر على سبيل المثال، دليل تفسير اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ حيث جاء فيه: "لقد تقلص نطاق المسائل غير القابلة للتحكيم بشكل كبير مع الوقت نتيجة القبول المتزايد للتحكيم... فليس مستبعداً إيجاد منازعات متعلقة بقانون العمل أو بقانون الإفلاس خاضعة للتحكيم" [١].

ويتفق جانب كبير من الفقه حاليا مع هذا الاتجاه، فنجد أحدهم يقول أن: "النظام العام لم يعد، إلا استثناء، يمنع القابلية للتحكيم"[٢]، ويقول آخر أنه: "من الآن فصاعداً، لن تكون المنازعات المتعلقة بالنظام العام غير قابلة للتحكيم فعلياً"[٣]، ويقول ثالث: "اتصال المنازعة ببعض القواعد القانونية المتصلة بفكرة النظام العام لا يحول دون الاتفاق على التحكيم بشأنها"[٤]، ويقول رابع: "يسعى الاجتهاد القضائي إلى التضييق من

(1) Guide de l'ICCA pour l'interprétation de la convention de New York de 1958 : un manuel à l'attention des juges, avec l'assistance de la cour permanente d'arbitrage palais de la paix, La Haye, (publié par International Council for Commercial Arbitration | 2012), p. 67, <www.arbitration-icca.org> accessed 19 March 2024.

(2) J.-B. Racine, Droit de l'arbitrage, (PUF | 2016), p. 168.

(3) N. Abi Rached, Les limites du droit français à l'arbitrage international : Le rôle de la notion d'arbitrabilité de la faveur à l'arbitrage international, Master de droit international privé et du commerce international, (Université Paris II | 2019), p. 25.

(٤) حفيظة الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية (دار الفكر الجامعي | ١٩٩٧)، ص٢٣٢، نقلا عن: حسام الدين فتحي ناصف، |"قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دراسة للضوابط العامة لقابلية محل النزاع للتحكيم والقانون الواجب التطبيق في ضوء التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئة التحكيم الدولية"|، المجلد |٤٣ | ، ع١، | مجلة العلوم القانونية والاقتصادية|، (٢٠٠١)، ص٢٦١.

مفهوم النظام العام حتى لا يتم إهدار الأحكام التحكيمية بعدّها قضاء إرادياً نابعاً من اتفاق الأطراف"[١]. يتبين من هذه الآراء الفقهية، أنها تتجه جميعاً إلى التضييق من مفهوم النظام، ما يعني أنه يمكن التحكيم في بعض المنازعات حتى المتعلقة منها بالنظام العام.

ويسير القضاء الفرنسي مع هذا التوجه منذ زمن بعيد، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن: "التنظيم القانوني لمسألة متعلقة بالنظام العام، لا يكفي لبطلان اتفاق التحكيم"[٢]، وقضت ذات المحكمة في قرار آخر لها أن تعلق مسألة ما بالنظام العام لا يمنع من خضوعها للتحكيم[٣]. وتسير محكمة استئناف باريس في نفس الاتجاه، حيث قضت بأنه: "لا يبطل اتفاق التحكيم لمجرد مساس النزاع بمسائل متعلقة بالنظام العام، إنّما يبطل فقط عندما ينتهك النظام العام"[٤]، وتضيف ذات المحكمة في قرار آخر لها أن: "منع الاتفاق على التحكيم بشأن مسألة متعلقة بالنظام العام لا تؤدي إلى بطلان الاتفاق"[٥]، وقضت نفس المحكمة أيضا بصدد التحكيم الداخلي أن: "قابلية النزاع للتحكيم لا تستبعد لمجرد وجود قواعد قانونية من النظام العام"[٦].

---

(١) عزيز اودوني، "الرقابة القضائية على عملية التحكيم"، ع٢٨، مجلة القانون والاعمال، ص١٣٩.

(2) Com. 28 nov. 1950 (arret Tissot), Bull. civ. III, no 355, D. 1951, 170, S. 1951, 120, note J. Robert.

(3) Com. 3 juin 1967, no 64-13692 ; Com. 9 avril 2002, no 98-16829, Bull. civ. IV, no 69 ; Com. 10 oct. 2018, no 16-22215.

(4) «… la nullité du compromis ne découle pas de ce que le litige touche à des questions d'ordre public, mais uniquement au fait que l'ordre public a été violé » : CA Paris, 15 juin 1956, JCP 1956, II, 9419, note Motulsky, Rev. arb. 1956, 97 ; CA Paris, 22 mai 1990, Rev. arb. 1991, 129.

(5) « L'interdiction de compromettre sur une matière d'ordre public n'implique pas la nullité du compromis, lorsque le litige concerne les dommages et intérêts pouvant incomber à l'une ou à l'autre des parties responsables de la conclusion ou de l'inexécution d'un contrat nul » : CA Paris, 20 juin 1969, D 1970, somm. 33.

(6) CA Paris, 12 sept. 2002, Rev. arb. 2003, 173, note M. E. Boursier.

بالتالي فإنه يجوز في فرنسا التحكيم في مسائل متعلقة بالنظام العام[١]. فمن ضمن الموضوعات التي يتخذها الفقه والقضاء لاستبعاد التحكيم لمخالفتها النظام العام، مسألة الاختصاص الحصري للقضاء الرسمي في حسم بعض المسائل بطريق التحكيم، ولكن معظم الفقه الفرنسي يرى أن الاختصاص الحصري لا يمنع بذاته التحكيم، حيث يقول أحدهم إن: "الاختصاص الحصري لمحكمة ما، لا يكفي وحده لجعل النزاع غير قابل للتحكيم"[٢]، ويقول آخر إن:"الاختصاص الحصري ليس سببا لعدم قابلية النزاع للتحكيم، إنما الطبيعة الخاصة للمسألة موضوع النزاع المتصلة بالنظام العام هي التي يمكن أن تستبعد التحكيم"[٣].

إن هذا التوجه يشير بوضوح إلى أن جانباً كبيراً من الفقه والقضاء، وخصوصاً في فرنسا، يتجه نحو الأخذ بمفهوم ضيق للنظام العام بشأن القابلية للتحكيم، وهذا المفهوم الضيق لم يعد يتطابق في الفقه والقضاء مع مفهوم النظام العام بوجه عام والذي هو أكثر اتساعاً، ويترتب على ذلك أنه لم يعد بالإمكان استبعاد التحكيم لمجرد أن مسالة ما تتعلق بالنظام العام، إنما يتم استبعاد التحكيم فقط في بعض الحالات التي يكون ارتباط المسألة بالنظام على درجة كبيرة من الأهمية والقوة والخطورة بحيث يبرر استبعاد التحكيم فيها، ويعبر الفقه الفرنسي عن هذه المسائل غير القابلة للتحكيم بأنها تمثل "النواة الصلبة" للنظام العام[٤]. فالمسائل المتعلقة بهذه النواة الصلبة للنظام العام، هي فقط التي يمكنها أن تمنع التحكيم، أما ما عداها من مسائل حتى المتعلقة منها بالنظام العام، فيجوز فيها التحكيم تحت رقابة القضاء. ويمكن عدّها من قبيل المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم، لتعلقها بهذه النواة الصلبة للنظام العام، ما بينه الفقيه الفرنسي إيريك لوكان من أن التحكيم يستبعد في حالتين لمخالفتهما النظام العام، وهما: "١- إذا كان اتفاق التحكيم غير مشروع كونه يمنح المحكم مهمة مخالفة النظام العام، كما هو الحال في الاتفاق على التحكيم بشأن عقد يتضمن اتفاقات أو تحالفات غير مشروعة، أو عقد يتضمن فساد أو رشوة. ٢-

(1) CA Paris, 16 févr. 1989, Rev. arb. 1989, 711, note L. Idot.
(2) J.-B. Racine, Droit de l'arbitrage, précité, p. 170.
(3) C. Seraglini et J. Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, (Lextenso | 2013) no 11٤.
(4) H.-J. Nougein et autres, Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale, (éd. LexisNexis, Litec | 2004), n° 10, p 10.

إذا وجد نص خاص يقرر صراحة أن مسألة ما تتعلق بالنظام العام ولا يجوز فيها التحكيم"[١].

الفرع الثاني

مشكلة التفريق بين قواعد النظام العام وقواعد البوليس

إن تحديد مدى قابلية المنازعات المتعلقة بالنظام العام للتحكيم، يثير إشكالية قانونية تتعلق بالتفريق بين القواعد المتعلقة بالنظام وقواعد البوليس (أو ما يسمى بالقواعد ذات التطبيق المباشر أو الضروري أو الفوري)، ويعود السبب في ذلك إلى أن كثير من القوانين، ومنها القانون القطري والقانون العراقي، لم تأخذ بمفهوم قواعد البوليس ولم تضع أية أحكام تنظمه، لا في إطار نظرية تنازع القوانين[٢]، ولا في قانون التحكيم، ولهذا يمكن القول إن المشرعين القطري والعراقي، يعتبران هذا النوع من قواعد البوليس جزءا لا يتجزأ من مفهوم النظام العام[٣].

---

(1) E. Loquin, |"L'ordre public et l'arbitrage"|, (Conférence association droit & commerce, Tribunal de commerce de Paris, 5 mars 2018, |Revue de Jurisprudence commerciale|, (Juillet/Août 2018), no 4, p. 4.

(٢) نظم القانون المدني القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤ موضوع تنازع القوانين تحت عنوان "سريان القانون من حيث المكان" في المواد (١٠-٣٨)؛ حول بعض الإشكاليات التي يثيرها تطبيق هذه المواد، انظر: عبد الناصر زياد هياجنة، |"قراءات نقدية في أحكام تنازع القوانين في القانون المدني القطري"|، المجلد |١٩| ، العدد الثاني، | المجلة الدولية للقانون|، كلية القانون، جامعة قطر، (٢٠١٩)، ص ١٤٢. وقد نظم القانون العراقي موضوع "التنازع من حيث المكان" في المواد (١٤-٣٣) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، وقد أشار إلى النظام العام دون التطرق لقواعد البوليس، حيث جاء في المادة (٣٢) منه – وهي تقابل المادة (٣٨) من القانون المدني القطري – أنه: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق".

(٣) في المقابل، فإن بعض القوانين تفرق بين مفهوم النظام العام ومفهوم قواعد البوليس. فعلى سبيل المثال، جاء في الفصل (٣٨) من مجلة القانون الدولي الخاص في تونس تحديدا لأثر قواعد البوليس وذلك بنصه على أنه: "تطبّق مباشرة ومهما كان القانون=

أما عن تعريف قواعد البوليس، فيعرفها أحد الفقهاء بأنها: "القواعد التي تلازم تدخل الدولة، والتي ترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية الاقتصادية والاجتماعية للجماعة، والتي يترتب على عدم احترامها إهدار ما تبتغيه السياسة التشريعية، وتكون واجبة التطبيق على الروابط كافة التي تدخل في مجال سريانها أيا كانت طبيعتها وطنية أم ذات طابع دولي"[١]. ويعرفها آخر، بأنها: "القواعد الموضوعية في النظام القانوني الوطني الذي بلغ طابعها الآمر حدا يقتضي اعمالها على المسائل التي تدخل في مجالها بصرف النظر عن نوع العلاقة وطنية بحتة أم ذات طابع دولي، فقد بلغت من الأهمية حداً لا يسمح أن تدخل في منافسة مع القوانين الأجنبية"[٢].

وقد يكون التعريف الأدق لقواعد البوليس أو ذات التطبيق الفوري أو الضروري، هو التعريف الوارد في الفقرة الأولى من المادة (٩) من نظام روما (أ) على أنها: "قاعدة آمرة يعتبر احترامها ضروريا في أي دولة لحماية مصالحها العامة، كالتنظيم السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي لدرجة أنه يجب تطبيقها على جميع الحالات التي تدخل ضمن نطاق تطبيقها، بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق على العقد استنادا لهذا النظام"[٣].

=المعيّن من قواعد التنازع أحكام القانون التونسي التي يكون تطبيقها ضرورياً بالنظر إلى الغرض المقصود من وضعها. ويطبّق القاضي أحكام القانون الأجنبي غير المعيّن بقواعد التنازع إذا كان لهذا القانون روابط وثيقة بالوضعية القانونية وكان تطبيق الأحكام المذكورة ضروريا بالنظر إلى الغرض المقصود منها".

(١) أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص – دراسة تحليلية تطبيقية، (ط١، دار النهضة العربية| ١٩٨٥)، ص١٦ وما بعدها.

(٢) السالك كروم، |"حدود إعمال المحكم لقواعد النظام العام كمظهر من مظاهر الاستقلالية" | ، ع٦، | مجلة المهن القانونية|، (٢٠٢٠)، ص١٥.

(3) Article 9 al. 1re, Règlement (EC) No 593/2008 du parlement européen et du conseil du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

ونظراً لعدم وجود تنظيم قانوني لقواعد البوليس في بعض الدول، كما هو الحال في القانونين القطري والعراقي، فقد يفسر ذلك على أن قواعد البوليس تعدّ جزءاً من النظام العام الدولي، أو يتوسع القاضي في تفسير مفهوم النظام العام ليجعله يشمل قوانين البوليس، سواء بمناسبة الطعن ببطلان قرار التحكيم أو بمناسبة طلب الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في دولته[١]. والواقع أن مثل هذا التوجه خطير ومنتقد بشدة، نظرا لوجود اختلافات جوهرية بين قواعد النظام العام عموما وقواعد البوليس[٢]، سواء من حيث المفهوم أو من حيث الآثار، وسواء في إطار نظرية تنازع القوانين أو في إطار التحكيم خصوصا التحكيم الدولي. ففي إطار تنازع القوانين، فإن قواعد البوليس تطبق ابتداء بحيث تمنع تطبيق قواعد الإسناد (قواعد التنازع)، في حين أن النظام العام في القانون الدولي الخاص يطبق لاحقاً لتطبيق قواعد الإسناد من أجل استبعاد القانون الأجنبي المتعارض في مضمونه مع النظام العام لدولة القاضي. كما أن قواعد البوليس هي أقوى وأشد وقعا في التطبيق من قواعد النظام العام، ولا أدل على ذلك من وجود نظام عام مخفف والذي يجوز بموجبه الاعتراف بآثار الحقوق المكتسبة في الخارج رغم تعارضها مع النظام العام طالما أن أثر هذه الحقوق المكتسبة نفسها لا تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي [٣]، في حين أنه لا يوجد شيء اسمه أثر مخفف في تطبيق قواعد البوليس، بل إن

---

(١) حول هذا الموضوع، انظر: بكر السرحان، "طلب إبطال حكم التحكيم وأثره على تنفيذ الحكم: دراسة تحليلية في ظل القانونين الإماراتي والاونسيترال للتحكيم"، مج [١٩]، ع٤، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، (٢٠٢٢)، ص٤٧٢.

(٢) نور حمد الحجايا، "قوانين البوليس وإعمالها من قبل القاضي الوطني دراسة في القانون الدولي الخاص الأردني"، المجلد [١١]، العدد ٢، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، (٢٠١٩)، ص ١٨٨ وما بعدها. في نفس الاتجاه، حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص٢٦١، حيث يقول: "من المقرر أن النظام العام أمام القضاء الداخلي أيضا له وظيفة مزدوجة فتارة يؤدي وظيفة وقائية فيتدخل في شكل قواعد ذات تطبيق ضروري تحكم تطبيق قانون القاضي بغض النظر عن الحل الذي تقرره قاعدة الاسناد، وتارة يتدخل في وظيفته العلاجية لاستبعاد اختصاص القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الاسناد، لينطبق قانون القاضي أيضا بعد هذا الاستبعاد".

(٣) حول هذا الموضوع، انظر: =

هذه الأخيرة تطبق في جميع الأحوال بصرف النظر عن اشتمال النزاع على عنصر أجنبي أم لا. إضافة إلى ذلك، فإن النظام العام وإن كان يقوم بدور علاجي في إطار نظرية تنازع القوانين والمتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المتعارض في مضمونه مع النظام العام لدولة القاضي، فإن قواعد البوليس تقوم بدور وقائي يتمثل في حماية السياسة التشريعية للدولة في الاطارين الوطني والدولي(١). وأخيراً في التحكيم، فإن عدم احترام قواعد البوليس لا يشكل بذاته سبباً من أسباب الطعن ببطلان قرار التحكيم، لهذا يمكن الاستناد الى عدم قابلية النزاع للتحكيم لإيقاع جزاء انتهاك قواعد البوليس(٢).

ومهما يكن من أمر، وكما يقول البعض أنه: "في ظل الاقبال المتزايد على التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن المعاملات العابرة للحدود ارتأت العديد من الدول وجود نوع من القواعد ذات مشروعية خاصة تحد من اختراق الحدود الدولية للأنظمة القانونية الوطنية، وخير وسيلة مشروعة لذلك هي اصدار القواعد ذات التطبيق الضروري، لأن قواعد النظام العام الدولي بطبيعتها تتلاءم مع العلاقات الداخلية، دون الدولية، اما القواعد ذات التطبيق الضروري فصممت على نحو يمكن معه ان تدخل في نطاقها المعاملات الداخلية والدولية على حد سواء"(٣). والمحكم يحرص على تطبيق قواعد البوليس في الدول ذات العلاقة لضمان الاعتراف وتنفيذ أحكامه في الإطار الدولي "لأن الهاجس الذي يصاحبه (المحكم) أثناء نظره للنزاع المعروض أمامه هو تفادي كل ما من شأنه أن يعرض حكمه للإبطال أو عدم الاعتراف به أو رفض تنفيذه، لذلك لا يعاب عليه إن لم يأخذ بالقانون الواجب التطبيق أو بإرادة الأطراف"(٤).

=P. Mayer et V. Heuzé, Droit international privé (9e éd., Domat | 2007), no 199 et s., et no 382 et s.

(١) نور حمد الحجايا، المرجع نفسه، ص١٩٠ وما بعدها.

(2) R. Jafferall, L'ordre public, de l'arbitrage international aux conflit de juridictions, (Liber amicorum Nadine Watté, Bruylant | 2017), pp 307-335, p 313.

(٣) السالك كروم، المرجع السابق، ص١٦.

(٤) هادي سليم، | "التحكيم والقواعد الامرة"|، العدد ١١، | مجلة التحكيم العلمية|، (٢٠١١)، ص١٨١، نقلا عن السالك كروم، المرجع السابق، ص١٧.

المطلب الثاني

طبيعة القواعد المتعلقة بالنظام العام بشأن قابلية النزاع للتحكيم

تشتمل القوانين الوطنية للدول على نوعين من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام: قواعد نظام عام توجيهي تهدف إلى حماية المصلحة العامة، وقواعد نظام عام حمائي تهدف إلى حماية مصلحة خاصة للطرف الضعيف في العلاقة القانونية. ويترتب على التفريق بين هذين النوعين من قواعد النظام العام نتيجة هامة، تتمثل في أنه يجب على القاضي أن يثير من تلقاء نفسه المسائل المتعلقة بالنظام التوجيهي كونها تسعى لتحقيق المصلحة العامة، في المقابل فإنه لا يجوز للقاضي – كقاعدة عامة – إثارة المسائل المتعلقة بالنظام العام الحمائي إلا إذا تمسك بها الطرف الضعيف المراد حمايته[١]. سنقوم في هذا المطلب بتحديد مدى جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام التوجيهي (الفرع الأول)، ومن ثم المتعلقة بالنظام العام الحمائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

القواعد المتعلقة بالنظام العام التوجيهي

تعدّ قواعد النظام العام توجيهية إذا كانت تهدف إلى حماية المصلحة العامة للدولة، خصوصا في المسائل الاقتصادية، كالقواعد الناظمة للمنافسة في السوق، والقواعد المتعلقة بتسجيل الشركات وتصفيتها وإفلاسها[٢]، وتقرير صحة أو بطلان علامة تجارية، وحماية براءات الاختراع التي تمنح المخترع حقا استئثارياً في استغلال براءة اختراعه، وغيرها من الموضوعات.

بالنسبة لقابلية هذا النوع من المنازعات للتحكيم، فإنه خلافا للاتجاه التقليدي الذي يرى عدم جواز حسم المنازعات المتعلقة بالنظام العام التوجيهي مطلقا للتحكيم

(1) E. Loquin, L'ordre public et l'arbitrage, Conférence association droit & commerce, précité, no 4, p. 10.

(٢) B. Audit, |" L'accord d'arbitrage dans l'arbitrage commercial . disponible sur: ٢international"|, pp. 95-126, spéc. p 12 <https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/5%20-%20Audit.%2095-126.pdf>accessed 21 April 2024.

سواء كان تحكيما بالقانون أو تحكيم مع التفويض بالصلح[١]، فإن الاتجاه الحديث يجيز على العكس التحكيم حتى في مسائل متعلقة بالنظام التوجيهي الذي يهدف أصلا لحماية المصلحة العامة. ففي موضوع المنافسة والتي تعدّ قواعدها في معظم الدول من أبرز الأمثلة على النظام العام التوجيهي، تجيز كثير من القوانين التحكيم فيها. فعلى سبيل المثال، قضت المحكمة العليا الأمريكية بأن قاعدة عدم القابلية للتحكيم في المنازعات المتعلقة بالاحتكار يقتصر نطاقها على التحكيم الداخلي ولا يمتد الى التحكيم الدولي[٢]، ولهذا أجازت في قرارها في قضية Mitsubishi v. Soler[٣] الصادر بتاريخ ١٩٨٥/٧/٢ التحكيم في قضية تتعلق بالمنافسة، استنادا للمجاملة الدولية واحتراما لقضاء التحكيم، وقد بينت المحكمة في هذا القرار أن السياسة الأمريكية تشجع على التحكيم في القانون الداخلي، بل وتشجع عليه بشكل أكبر في اللإطار الدولي، إلا أن المحكمة أوضحت في الوقت ذاته أن شرط التحكيم يمكن استبعاد تطبيقه اذا كان أحد الأطراف قد فرضه على الطرف الآخر، أو تم التوصل إليه بطريق الغش. كما قضت إحدى محاكم الاستئناف الأمريكية، بأنه لا يجوز استنادا للمادة (٢/٥) من اتفاقية نيويورك رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي إلا إذا كان هذا التنفيذ يتعارض مع المفاهيم الأساسية للأخلاق والعدالة في دولة التنفيذ[٤].

وقضت محكمة العدل الأوروبية في قضية Eco Swiss بتاريخ ١٩٩٩/٦/١[٥] أن قواعد المنافسة المطبقة داخل الاتحاد، تعدّ من النظام العام فقط عندما يتعلق الأمر بتنفيذ قرار تحكيم أجنبي في دولة من دول الاتحاد، وليس بالضرورة اعتبارها متعلقة بالنظام العام الدولي كمبرر لرفض الاعتراف وتنفيذ حكم تحكيم أجنبي في دولة ليست عضوا في الاتحاد

---

(١) هيثم إبراهيم،|"فكرة التحكيم الطليق ومدى جواز تطبيقه على منازعات العقود الإدارية"|، مج |٢٠| ، ع٣ ، |مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية|، (٢٠٢٣)، ص١١٠.

(٢) ناصف حسام الدين فتحي، قابلية النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، (دار النهضة العربية | ١٩٩٩)، ص٢٥.

(3) Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth. Inc. 473 U. S. 614, 1985 ; Rev. Arb. 1986, 173.

(4) U.S. Court of Appeals, Second Circuit, 23 December 1974, Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Societe Generale de L'Industrie du Papier (RAKTA), 74-1642, 74-1676.

(5) CJCE 1er, juin 1999, n° C-126/97, Eco Swiss, Rev. arb. 1999, 631, note L. Idot.

الأوروبي[١]. بل أكثر من ذلك، فإن بعض القوانين تجيز حاليا التحكيم في جميع المنازعات المالية، وتستبعد فقط المنازعات غير المالية من نطاق التحكيم، كما هو الحال في القانون السويسري، حيث قضت المحكمة الاتحادية السويسرية أن قانون المنافسة الأوروبي والإيطالي لا يعتبران جزءا من النظام العام السويسري الوارد في الفقرة الثانية من المادة (١٩٠) من القانون الدولي الخاص السويسري [٢]، وأكدت المحكمة في ذات القرار أن قواعد المنافسة ليست من النظام العام الدولي لكي تمنع التحكيم أو تحول دون تنفيذ قرار التحكيم[٣].

الفرع الثاني

القواعد المتعلقة بالنظام العام الحمائي

تعدّ قواعد النظام العام حمائية إذا كانت تهدف إلى حماية مصلحة خاصة للطرف الضعيف في علاقة قانونية معينة مقارنة بالطرف الآخر، كالقواعد المتعلقة بحماية كل من العامل والمستأجر والمستهلك[٤]. بالنسبة لقابلية هذا النوع من المنازعات للتحكيم، كحماية المستهلك[٥] مثلا، فإن مبرر استبعاد التحكيم فيها، ليس لأنها خاضعة لقواعد آمرة من

(1) CJCE, 1er juin 1999, aff. Eco Swiss., no 126/97, Rec. jurispr. 1999, p. I-03055.

(2) Tribunal Fédéral Suisse, 8 mars 2006, BGE 132, II, 389, Rev. arb. 2006, 763.

(3) Tribunal Fédéral Suisse, Ibid. 763.

(٤) يقول البعض: "تهدف قواعد النظام العام الحمائي إلى حماية المصالح الخاصة لفئة معينة من الأشخاص الذين لا قدرة لهم على التفاوض من تعريض مصالحهم للضياع، ومن ثم تعمل هذه القواعد على الحد من سلطة القوي وتمنعه من فرض إرادته على الطرف الضعيف الذي لا يملك، بسبب ضعف مركزه الاقتصادي، الدفاع عن مصالحه عند التعاقد، كالمستهلك في عقد البيع، والمقترض في عقد القرض"، هيثم إبراهيم، المرجع السابق، ص١١٢.

(5) E. Loquin, "Arbitrabilité et protection des parties faibles", 2006 | DIP, p135.

النظام العام[١]، إنما يعود إلى التخوف من جهة من أن المحكم قد لا يستطيع أو لا يعمل على حماية الطرف الضعيف بشكل كاف وفعال، وكذلك التخوف من احتمالية أن يعدّ المحكم أن مجرد توقيع الطرف الضعيف على اتفاقية تحكيم يعدّ تنازلاً من طرفه عن حقوقه الحمائية التي يفرضها القانون[٢]. وقد أثار هذا الموضوع جدلاً فقهياً واسعاً خصوصاً في التحكيم مع التفويض بالصلح، حيث يرى جانب من الفقه[٣]، إن التحكيم مع التفويض بالصلح يتسم بصفتين مختلفتين عن التحكيم بالقانون، وهما: الأولى أن تفويض المحكم بالصلح يجيز له استبعاد تطبيق قواعد النظام الحمائي، والثانية أن مجرد قبول الطرف الضعيف كالعامل والمستهلك اللجوء إلى التحكيم مع التفويض بالصلح، يعد تنازلاً ضمنياً من طرفه عن التمسك بالقواعد الحمائية[٤]، وهو ما أخذت به محكمة استئناف

(1) E. Loquin, L'arbitrage des litiges du droit de la consommation, in Vers un Code européen de la consommation, (Bruylant ⎮1998) p 363.

حيث يقول الفقيه: "إن مجرد تعلق عقد الاستهلاك بقاعدة في قانون الاستهلاك تتصف بأنها قاعدة آمرة من النظام العام لا تجعله غير قابل للتحكيم".

(2) E. Loquin, ⎮" L'ordre public et l'arbitrage"⎮, (Conference association droit & commerce, Tribunal de commerce de Paris, 5 mars 2018, ⎮Revue de Jurisprudence commerciale⎮, (Juillet/Août 2018), no 4, p 5.

(٣) حول تطبيق هذه القواعد في التحكيم بالصلح، انظر:

V. Chantebout, L'amiable compositeur face aux règles d'ordre public de direction et de protection", 14 janvier 2020, note sous CA Paris, 19 nov. 2019, n° 17/20392, disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/l-amiable-compositeur-face-aux-regles-d-ordre-public-de-direction-et-de-protection#.YxGd9XZBw2y> accessed (28 April 2024).

فارس شيعان، ⎮"حدود سلطة المحكم في الحكم وفق قواعد العدالة"⎮، مج ⎮٢⎮، الإصدار ١، ⎮مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية⎮، جامعة بابل، (٢٠١٠)، ص٧٥. القواعد الحمائية هي المخصصة لمصلحة الافراد، والقواعد التوجيهية هي المخصصة للمصلحة العامة.

(4) E. Loquin, précité, no 460 à 474.

باريس في قرارها الصادر بتاريخ ٢٠١٧/١٢/١٩[١]. في المقابل، فإن الرأي الراجح في الفقه[٢]، يرى أن استبعاد القواعد الحمائية لا يكون إلا إذا جاء الاتفاق على التحكيم مع التفويض بالصلح على شكل مشارطة تحكيم تأتي بعد نشوء النزاع" لأن الأطراف في هذا الوقت تحديداً يملكون حرية التصرف بحقوقهم المحمية قانوناً[٣]، ولا يتحقق ذلك إذا جاء اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح على شكل شرط تحكيم سابق على نشوء النزاع" لأن الأطراف في هذا الوقت لا يملكون حرية التصرف بحقوقهم، وبالتالي ليس بإمكانهم التنازل عن هذه القواعد الحمائية[٤]. وفي ذلك يقول أحد الفقهاء الفرنسيين إن: "شرط التحكيم مع

(1) CA Paris, 19 déc. 2017, n° 16-11404, Dalloz actualité, 29 janv. 2019, obs. J. Jourdan-Marques; D. 2018. 2448, obs. T. Clay ; ibid. 2448, obs. T. Clay ; Gaz. Pal. 2018, n° 11, p. 28, obs. D. Bensaude ; Rev. arb. 2018. 292. « la clause d'amiable composition est une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la règle de droit », CA Paris, 28 nov. 1996, Rev. arb. 1997. 381, note E. Loquin ; 4 nov. 1997, Rev. arb. 1998. 704, obs. Y. Derains.

(٢) حول هذا الخلاف الفقهي، أنظر: V. Chantebout, précité.

رشا إبراهيم، التحكيم بالصلح، (أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس | ٢٠٠٣)، ص ٣٢٣. تقول الكاتبة بشأن سلطة المحكم في استبعاد القواعد الحمائية، أنه يجب النظر إلى موعد نشوء شرط أو مشارطة التحكيم، فإذا كان الأطراف وقت نشوء الشرط أو المشارطة ليس لهم صلاحية التصرف بحقوقهم، فإن المحكم يمكنه استبعادها، أما إذا كان الأطراف ليس لديهم صلاحية استبعاد هذه القواعد، فإن المحكم لا يستطيع استبعادها.

(٣) حول مفهوم القابلية للتصرف في عقود الاستهلاك، انظر: أحمد إشراقية، |"قابلية النزاعات الناشئة عن عقود الاستهلاك للتحكيم: دراسة مقارنة في القانون اللبناني والفرنسي"|، |مجلة كلية القانون الكويتية العالمية|، مج |٨|، ملحق، أبحاث المؤتمر السنوي السادس كلية القانون الكويتية العالمية: المستجدات القانونية المعاصرة: قضايا وتحديات العصر المنعقد في الكويت (١ و ٢ مايو ٢٠١٩، ٢٠٢٠)، ٢١١-٢٥١، خصوصا ص ٢٢٢ وما بعدها.

(4) M. de Fontmichel, Le faible et l'arbitrage, (éd. Economica | 2013) n° 485, p 264 ; Cass. civ. 1er 17 mars 1998 n°96-13972, JCP G 1998, II, 10148 note S. Piedelièvre : « s'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le=

التفويض بالصلح، لا يجيز أبداً للمحكم استبعاد قواعد النظام العام الحمائية" لأن التخلي عن هذه القواعد الحمائية، يأتي في هذا الفرض، في لحظة لا يملك الأطراف حرية التصرف بهذه الحقوق المحمية"[١].

ومهما يكن من أمر، فإن كثيراً من القوانين تمنع التحكيم عموماً في جميع المنازعات المتعلقة بالنظام العام الحمائي، سواء بالتحكيم بالقانون أو بالتحكيم مع التفويض بالصلح، على أساس أن الطرف الضعيف قد لا يستطيع أن يقدر تقديراً معقولاً مدى الفائدة التي سيجنيها والمغارم التي سيتحملها من لجوئه إلى التحكيم، ويقوم بالتنازل عن حقوقه التي يقررها القانون لحمايته. غير أن جانبا من الفقه يرى أن هذا التخوف في الواقع غير دقيق وغير مبرر، لأن قبول الطرف الضعيف اللجوء إلى التحكيم لا يمكن تفسيره على أنه تنازل عن حقوقه الحمائية التي يقررها القانون، والدليل على ذلك أن المحكم يجب عليه احترام قواعد النظام العام الحمائي تحت رقابة قاضي البطلان[٢]. ولهذا يرى أن القانون الفرنسي يجيز حالياً استنادا للمادة (٢٠٦١) من القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب القانون الصادر بتاريخ ٢٠١٦/١١/١٨ التحكيم في المنازعات المتعلقة بعقود الاستهلاك وعقود العمل، عندما يقبل المستهلك أو العامل الخضوع للتحكيم بعد نشوء النزاع. فحقوق المستهلك والعامل كانت غير قابلة للتصرف ولكن من اللحظة التي يصبح

=sceau de l'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles » ; N. Gras, Essai sur les clauses contractuelles, (thèse doctorat, Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand| 2014), no 347, p 281 : « Lorsque la matière litigieuse intéresse l'ordre public de protection…Cela entrainerait une confusion entre droits indisponibles et droits protégés par une règle impérative, alors que la jurisprudence admet de longue date que les règles relevant de l'ordre public de protection peuvent être écartées par leur bénéficiaire, en toute connaissance de cause. Dès lors que le litige est né, les faits justifiant l'application de la règle de protection sont connus des parties et ne constituent plus un obstacle à l'application d'un règlement amiable. Cette solution empêcherait l'intéressé de disposer des droits que la loi lui reconnaît. ».

(1) E. Loquin, L'arbitrage du commerce international, pratique des affaires, (éd. Joly │ 2015) n° 405, p 331.

(2) E. Loquin, L'ordre public et l'arbitrage, Conference association droit & commerce…, précité, no 4, p ٥.

فيها المستهلك أو العامل حائزا لهذه الحقوق، يستطيع عندئذ اللجوء إلى التحكيم بشأنها[١]، لأن "أساس عدم القابلية للتحكيم لا يتمثل في طبيعة القواعد المطبقة على موضوع النزاع، بل في إجراءات التحكيم نفسها، والتي لا تتكيف مع المنازعات التي تشمل على ما يسمى بالطرف الضعيف. ففي رأينا أن عدم قابلية التحكيم في قانون الاستهلاك أو قانون العمل أو النزاعات المتعلقة بالنفقة، لا ترتبط بالصفة الآمرة للقواعد ذات العلاقة، وإنما يستند إلى رغبة النظام القانوني في إبعاد الطرف الضعيف عن الخضوع إلى إجراءات غير قادرة على توفير حماية قضائية له" بسبب التكلفة المالية ونقل الإجراءات بعيدا عن مكان الإقامة المعتادة للطرف الضعيف. لهذا يجب التحقق من مدى قابلية النزاع للتحكيم بالنظر إلى شخص الطرف الضعيف وليس بالنظر إلى المسألة المعروضة للتحكيم. فحماية الطرف الضعيف تتحقق من خلال السماح له باللجوء إلى قاضي قريب منه، في محل إقامته، وهو قاضي دولة لا يتلقى منه اتعابا. فالطرف الضعيف في التحكيم هو الذي لا يملك الموارد المالية الكافية لتحمل تكلفة إجراءات التحكيم. وأيضاً ليس المحكم نفسه هو محلاً للشك، إنما التحكيم نفسه. يمكن أن يكون التحكيم إجراء خطيراً للطرف الضعيف (...) شرط التحكيم مخصص للأطراف "القوية" التي لا يشتبه في ضعفها"[٢]. لهذا يشير الفقيه نفسه إلى أنه يجوز التحكيم في النزاعات التجارية، وفي النزاعات المتعلقة بالنشاط المهني، لأن التاجر أو المهني يفترض فيه العلم بمدى خطورة التحكيم ولديه الوسائل الكفيلة بالدفاع عن مصالحه مادياً وقانونياً"[٣].

المطلب الثالث

نطاق قابلية المنازعات المتعلقة بالنظام العام للتحكيم

تختلف في كثير من الأحيان، القواعد التي تطبق على التحكيم الداخلي عن تلك التي تطبق على التحكيم الدولي، وهذا يقتضي تحديد نطاق قابلية المنازعات المتعلقة بالنظام العام للتحكيم في التحكيم الداخلي (الفرع الأول)، ومن ثم في التحكيم الدولي (الفرع الثاني).

(1) Ibid, no 4, p 6.
(2) Ibid.
(3) Ibid.

الفرع الأول

نطاق التطبيق في التحكيم الداخلي

يثير موضوع مدى قابلية النزاع للتحكيم جدلاً فقهياً واسعاً ليس فقط في التحكيم الدولي إنما أيضا في التحكيم الداخلي. فلا يكفي القول إنه يجب في التحكيم الداخلي، تحديد مدى قابلية النزاع للتحكيم وفق مفهوم النظام العام الداخلي، وذلك لسببين: الأول، إن الأصل في القانون القطري وكذلك القانون العراقي هو جواز التحكيم، والاستثناء هو منع التحكيم في حالات معينة فقط، وهي المسائل التي لا يجوز فيها الصلح. والثاني، أنه بالنظر إلى اتساع مجالات تدخل المشرع في تنظيم العلاقات القانونية في العصر الحديث، حتى العقدية منها، بموجب قواعد آمرة، قد يؤدي ذلك إلى استبعاد التحكيم في معظم المجالات، ويعبر عن ذلك أحد الفقهاء بقوله أنه: "لا يوجد في القوانين الحديثة أي قطاع تقريباً يعتمد في تنظيمه فقط على الإرادة الحرة للأشخاص ولا يدخل فيه النظام العام"[(١)]. ولهذا، قد يؤدي الأخذ بالمفهوم الواسع للنظام العام سابق الذكر[(٢)]، إلى منع التحكيم في معظم المجالات تقريباً، وهو أمر يهدد نظام التحكيم بأكمله ويمنع تطوره، ولا نعتقد في الوقت الحالي أن المشرع في معظم الدول يريد فعلا التضييق من نطاق التحكيم إلى هذا الحد، حتى في المسائل التي تدخل ضمن مفهوم النظام العام التوجيهي الذي يسعى لحماية المصلحة العامة للجماعة، والمسائل التي تدخل ضمن مفهوم النظام الحمائي الذي يهدف لحماية مصلحة خاصة لفئة الأشخاص الضعفاء في المجتمع، فمجرد تعلق المسألة بأحد هذين النوعين من النظام العام لا يجعل النزاع غير قابل للتحكيم بشكل تلقائي[(٣)].

إن التوجه الحديث في الفقه والقضاء عموماً، وفي الفقه والقضاء الفرنسي خصوصاً، لا يستبعد التحكيم لمجرد ارتباط المسألة الخاضعة للتحكيم بالنظام العام، لأن مفهوم النظام العام بشأن قابلية النزاع للتحكيم يختلف عن مفهوم النظام عموماً، فليست

(1) « Dans le droit moderne, en effet, il n'est pratiquement plus aucun domaine qui relève entièrement des volontés individuelles et où ne se rencontrent pas de règles d'ordre public »: H.-J. Nougein et d'autres, précité, p. 10.

(٢) انظر الفرع الأول من المطلب الأول من هذا البحث.

(٣) انظر المطلب الثاني من هذا البحث.

كل قاعدة قانونية متعلقة بالنظام العام تجعل النزاع غير قابل للتحكيم[١]، وهذا يحصر نطاق عدم قابلية النزاعات للتحكيم بالقيود الأساسية المتعلقة بموضوع النزاع فقط والتي تتطابق مع النواة الصلبة للنظام العام سابقة الذكر[٢].

نخلص مما سبق، إلى أن تعلق مسالة ما بالنظام العام لا يجعلها حتماً وتلقائياً غير قابلة للتحكيم، بل يجوز التحكيم في كثير من المسائل المتعلقة بالنظام العام، طالما أنها لا تمس بالنواة الصلبة للنظام العام. وبالتالي فإن الرقابة التي يمارسها القاضي – أو المحكم في بعض الأحيان – لا تكون بالنتيجة رقابة على مدى قابلية النزاع للتحكيم من عدمه وهل المسألة متعلقة بالنظام العام أم لا، إنما تصبح الرقابة على مدى توافق أو تعارض قرار التحكيم الفاصل في موضوع النزاع نفسه مع النظام العام. ولكن نجاح هذا النوع من الرقابة يتطلب وجود رقابة قضائية فعلية على قرارات التحكيم النهائية للتحقق من مدى انسجامها مع النظام العام. ويشير الفقيه الفرنسي أوديت إلى هذا الأمر بخصوص الرقابة القضائية بشأن الطعن ببطلان قرارات التحكيم، بقوله: "يعرب بعض المعلقين (الفقهاء) عن عدم الانسجام الحاصل بين إجازة التحكيم على أساس وجود رقابة لاحقة يمكن للقضاة ممارستها، وبين تطبيق درجة دنيا من الرقابة والتي قد تبدو أنها مجرد رقابة شكلية فقط (...) وبالتالي فإن شدة الرقابة تصبح غير متناسبة مع تعقيدات المسألة. ولكن الشيء المؤكد في ظل الوضع الراهن، هو التوجه نحو توسيع مجال القابلية للتحكيم"[٣].

(١) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي – تنظير وتطبيق مقارن، (ط١، دار النهضة العربية | ٢٠٠٤)، ص٣٩٣.

(2) Com. 9 avril 2002, Bull. civ. IV, no 69, p. 72.

(3) B. Audit, L'accord d'arbitrage dans l'arbitrage commercial international, ibid. p 125.

الفرع الثاني

نطاق التطبيق في التحكيم الدولي

يلاحظ في التحكيم الدولي، أن الفقه والقضاء في معظم الدول، يبديان مرونة كبيرة فيما يتعلق بقابلية المنازعات للتحكيم(١)، خصوصا إذا كان الأمر يتعلق بمسائل التجارة الدولية. ولهذا فإن الاتجاه الحديث في الفقه والقضاء، يرى أنه يجب في التحكيم الدولي، تقدير مدى قابلية النزاع للتحكيم من عدمه، استناد لمفهوم النظام العام الدولي فقط وليس النظام العام الداخلي، لا سيما في مسائل التجارة الدولية، لأن لها خصوصيتها وقواعدها الذاتية المستقلة إلى حد كبير عن تأثير القوانين الوطنية(٢). ولهذا نجد أحدهم يقول إن: "تقدير قابلية موضوع اتفاق التحكيم للتسوية بطريق التحكيم يجب أن يتم النظر إلى النظام العام بمفهومه الدولي، وليس بمفهومه في القانون الداخلي"(٣)، ويقول آخر بأنه: "لا يجب النظر فقط إلى الأساس القاعدي للمسألة محل النزاع، وما إذا كانت منظمة بقواعد

---

(١) انظر حول هذه المرونة في القانون العراقي: كافي زغير شنون البدري، |" التحكيم التجاري الدولي في القانون العراقي"|، |مجلة الرافدين للحقوق|، المجلد |٢١|، العدد ٧٤، السنة ٢٣، (مارس/آذار ٢٠٢١)، ص ٧٠-١٠٣؛ سلطان عبد الله محمود، |"التحكيم الالكتروني في المنازعات الخاصة الدولية"|، |مجلة الرافدين للحقوق|، المجلد |٢٣|، العدد ٨٤، السنة ٢٥، (أيلول/ سبتمبر ٢٠٢٣)، ص ١٦٥-١٩٧؛ رحاب عبد الله محمد، |"التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية المنازعات التجارية"|، |مجلة الرافدين للحقوق|، المجلد |٢١|، العدد ٧٦، السنة ٢٣، (أيلول سبتمبر ٢٠٢١)، ص ٣٤-٦٢.

(٢) زكرياء الغزاوي، |"النظام العام وتأثيره على تنفيذ أحكام التحكيم الدولية"|، ع٥، |المجلة المغربية للوساطة والتحكيم|، (٢٠١١)، ص١٥٠، ينتقد الكاتب، الاتجاه الذي يأخذ بالرقابة القصوى (الرقابة الموضوعية) على قرارات التحكيم الأجنبية، ويقول: "هذا الاتجاه يعاب عليه أنه يقلص من مجال القابلية التحكيم، مما يؤثر سلبا على الهدف والغاية من اللجوء الى التحكيم خاصة في مجال التجارة الدولية باعتباره وسيلة فعالة وناجعة لتسوية المنازعات الناتجة عنها، بعيدا عن قضاء الدولة، وما يثيره من صعوبة خاصة على مستوى القوانين المطبقة".

(٣) أرميض عبيد خلف،|"مدى فاعلية النظام العام أمام قضاء التحكيم التجاري الدولي"|، مج |١١|، ع٤، |مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية|، (٢٠٢٢)، ص٤٠٤.

آمرة من عدمه، بل النظر إلى الآثار الواقعية والفعلية للفصل في تلك المسألة وتعارضها مع اعتبارات النظام العام الدولي"[١]. ويقول ثالث تعليقا على موقف المشرع المغربي من مسألة النظام العام الوطني والدولي أنه من: "الملاحظ في هذا السبب من أسباب البطلان أن المشرع المغربي سوى بين مخالفة النظام العام الدولي والنظام الداخلي من حيث أثر البطلان، مع أن أغلب التشريعات المقارنة أقرت مخالفة النظام العام الدولي كسبب للبطلان دون النظام العام الداخلي احتراما لمقاصد التحكيم الدولي الرامي إلى الانعتاق من القوانين الوطنية فضلا عن ضرورة احترام خصوصيات التحكيم الدولي وضمان فعاليته"[٢].

وبناء على ما سبق، فإنه يجب التضييف من مفهوم النظام العام في التحكيم الدولي وذلك للحد من تدخل القضاء في عملية التحكيم بما يحقق نوعا من التوازن بين مصالح التحكيم الداخلي والدولي[٣]، وهذا يقتضي تمييز النظام العام الداخلي عن النظام العام الدولي، وذلك خدمة لأهداف التجارة الدولية، فقد تعد مسألة ما من النظام العام الداخلي ولكنها قد لا تعد بالضرورة من النظام العام الدولي[٤]. ويترتب على ذلك بالنتيجة كما يقول البعض أنه: "ليس كل مسألة منظمة بقواعد آمرة في القانون الداخلي تعدّ متصلة بالنظام العام الدولي لتخرج بالتالي من نطاق المنازعات التي لا يجوز تسويتها بطرق التحكيم"[٥]، وبالتالي "فإن تقدير مدى قابلية موضوع اتفاق التحكيم للتسوية بطريق التحكيم يجب أن ينظر إليه حسب النظام العام بمفهومه الدولي وليس بمفهومه الداخلي.

---

(١) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي – تنظير وتطبيق مقارن، مرجع سابق، ص٣٩٣.

(٢) عزيز اودوني، الرقابة القضائية على عملية التحكيم، المرجع السابق، ص١٤٢ –١٤٣.

(٣) وداد فلاحي، | "الرقابة القضائية على التحكيم من خلال الاجتهاد القضائي، قراءة في القانون المغربي والاتفاقيات الدولية"|، ع ٦، |مجلة المهن القانونية والقضائية|، (٢٠٢٠)، ص٢٤٧.

(٤) هشام زمزم، | "الإجراءات المسطرية لحجية حكم التحكيم وفق التشريع المغربي والمقارن" | ، ع ١٨، |مجلة دفاتر قانونية|، (٢٠٢٣)، ص١٠٤.

(٥) أحمد محمود عبد الكريم المساعدة، | "النطاق الموضوعي لمحل اتفاق التحكيم في النظام السعودي –دراسة مقارنة" | ، ع ٥٠، |المجلة العربية للفقه والقضاء|، (٢٠١٧)، ص٩٥.

ومع ذلك يجب عدم التوسع في مفهوم النظام العام الدولي، لمجرد تشجيع الاستثمارات داخل البلاد، على حساب المقومات الأساسية في المجتمع التي هي أساس أمنه ومستقبله"[١].

انسجاماً مع التوجه السابق الذي يشير إلى ضرورة الأخذ بالنظام العام بمفهومه الدولي لتقدير مدى قابلية النزاع للتحكيم، قضت غرفة التجارة الدولية في باريس في قرار لها سنة ١٩٧١ باستبعاد تطبيق القانون الاثيوبي كونه يمنع التحكيم في العقود الإدارية، وذلك استنادا لفكرة مبادئ النظام العام الدولي[٢]. وقضت محكمة استئناف باريس سنة ١٩٩١ بأنه: "في مجال التحكيم الدولي، فإن صلاحية الاتفاق على التحكيم، يجب أن يتم تقديرها بالنظر إلى مقتضيات النظام العام الدولي فقط"[٣]. وبالتالي، في التحكيم الدولي، يتم تقدير مدى قابلية النزاع للتحكيم من عدمه، استناداً لمفهوم النظام العام الدولي وحده، كونه يشمل معظم دول العالم وليس دولة بعينها[٤]. ويمكن تعريف النظام العام الدولي بأنه: "مجموعة المبادئ الأساسية القانونية والأخلاقية المشتركة بين جميع الدول المتحضرة"[٥]، أو هو النظام العام الذي يتضمن: "القواعد الأساسية للقانون الطبيعي ومبادئ العدالة الدولية والقواعد الامرة في القانون الدولي العام، والمبادئ الأخلاقية العامة المقبولة في الدول المتحضرة"[٦]. وقد عرفت محكمة استئناف ميلانو الإيطالية النظام العام

---

(١) أحمد محمود عبد الكريم المساعدة، المرجع نفسه، ص٩٥-٩٦.

(٢) قرار غرفة التجارة الدولية في القضية رقم ١٩٣٩ لسنة ١٩٧١ حيث استبعد القانون الاثيوبي الذي يمنع التحكيم في العقود الإدارية، استنادا لفكرة مبادئ النظام العام الدولي.

(3) CA Paris, 17 déc. 1991, aff. Gatoil, Rev. Arb. 1993, p. 281.

(4) M. Jacquet, L'ordre public transnational, in « l'ordre public et arbitrage », sous la direction d'E Loquin et S. Manciaux (Lexisnexis | 2014), p 101.

(5) Fernando Mantilla-Serrano, |"Towards a Transnational Procedural Public Policy"|, 20 (4), |Arbitration International|, (2004), pp333-354, p 353 ; P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international éd. Litec|1996) ,p866; Audley Sheppard, |"Interim ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards"|, (June 2003) ,19 (2), pp217-248, p221.

(6) Van Den Berg & Albert Jan, The New York Arbitration Convention of 1958, (Deventer: Netherlands|1981), Cited by Wafa Janahl, |"Problems & Weaknesses Arising from the=

الدولي بأنه: "مجموعة المبادئ الدولية المشتركة بين الشعوب في الحضارات المتماثلة، والتي تهدف الى حماية حقوق الانسان الأساسية، والتي تجسدها الإعلانات والاتفاقيات الدولية"(١).

ويوجد إلى جانب مفهوم النظام العام الدولي، مفهوم آخر هو مفهوم النظام العام العابر للدول(٢) أو النظام العام الحقيقي أو الفعلي، حيث قضت على سبيل المثال المحكمة الاتحادية في سويسرا، ببطلان قرار التحكيم المخالف للنظام العام العابر للدول والمتمثل في "انتهاك المبادئ القانونية المعنوية الجوهرية المعترف بها في جميع الدول المتحضرة"(٣). وفي ذات السياق، قضت محكمة استئناف باريس بأن النظام العام الدولي العابر للدول هو "في جوهره دولي وذو تطبيق عالمي"(٤). ومن الأمثلة على النظام العام الدولي الحقيقي: حظر تجارة المخدرات، ومكافحة الفساد والرشوة(٥)، وغسيل الأموال(١)، ومنع الغش

=Enforcement of Foreign Arbitral Awards in National Courts"|, Issue No 47, |Journal of Sharia & Law|, (2011) , p. 58.

(1) Court of Appeal of Milan, Judgment of 4 December 1992, published in YCA, Vol. 22, (1997), pp. 725-727, Cited by Wafa Janahl, ibid., p 58.

(٢) حول مفهوم النظام العام عبر الدولي والانتقادات عليه، انظر: هيثم إبراهيم، المرجع السابق، ص ١١٥ وما بعدها. نادر إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دراسة حول ماهية وتطبيق الأعراف التجارية الدولية وسوابق التحكيم في إطار واقع التحكيم الاقتصادي الدولي وأهم الأنظمة القانونية المتصلة به، (ط٢، منشأة المعارف الإسكندرية | ٢٠٠٠)، ص٣٢٩ وما بعدها.

(3) Tribunal Fédéral Suisse, 30 déc. 1994, Bull. ASA 1995, 224.

(4) CA Paris, 25 mai 1990, Rev. crit. DIP 1990, 1990, 753, spéc. 756, note B. Oppetit.

(5) J.-B. Racine, |" L'arbitre face aux pratiques illicites du commerce international"|, (8 octobre 2010), LPA, no 33.

لقد اعتبرت غرفة التجارة الدولية في باريس أن الفساد مخالف ليس فقط للنظام الداخلي للعديد من الدول فحسب، بل أيضا للنظام العام الدولي الحقيقي، انظر:

CCI no 5622, 1988, Rev. arb. 1993, 300 ; CCI no 7664, 13 juillet 1996, Sociedade vs. Thomson CSF ; CCI no 8891, 1998, JDI 2000, 1076.

في نفس الاتجاه، =

والتحايل على القانون، فأي عقد ينصب على مثل هذه الأفعال يكون مخالفا للنظام العام الدولي الحقيقي، وبالتالي يجعل موضوع النزاع غير قابل للتحكيم. كما قضت محكمة استئناف باريس بأن استغلال النفوذ يعدّ جزءاً من النظام العام العابر للدول[٢]. ويعدّ البعض أن قوانين التاجر Lex mercatoria،[٣] ووجوب احترام مبدأ حسن النية في عقود التجارة الدولية[٤]، يعدّان أيضاً جزءاً من النظام العام العابر للدول أو الحقيقي[٥].

وتطبيقاً لما سبق، فقد جاء في القرار رقم CCI– n°3916 الصادر عن غرفة التجارة الدولية في باريس[٦]، بخصوص قضية تتعلق بترسية عطاء لصالح شركة مقاولات

=CIRDI, World Duty Free Company Ltd vs. The Republic of Kenya, 4 oct. 2006

(1) Cass. 1re civ., 23 mars 2022, no 17-17981.

(2) CA Paris, 30 sept. 1993, RCDIP 1994, 349, note V. Heuzé.

(3) P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, (éd. Litec | 1996), no 1533 et s. ; B. Goldman, |"La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international : réalité et perspectives"| (1979)JDI, p 475 et s. ; B. Goldman, Nouvelles réflexion sur la lex mercatoria (éd. Bâle Helbing & Lichtenhahn| 1993), p 241 ; E. Loquin, Où en est la lex mercatoria ? (Mélanges Ph. Kahn | 2000) p 39.

(4) P. Mayer, La règle morale dans l'arbitrage international, in Etudes offertes à Pierre Bellet, (Litec | 1991) p 379 et s.

(٥) ويمكن عدّها أيضا من النظام العام العابر للدول، مسألة الشفافية خصوصا في إطار منازعات الاستثمار، حول هذا الموضوع، انظر: بشرى خالد كركي ومصطفى ناطق صالح، |"مبدأ الشفافية في التحكيم التجاري"|، |مجلة الرافدين للحقوق|، المجلد |١٨|، العدد ٦٤، السنة ٢٠، (أيلول/ سبتمبر ٢٠١٨)، ص ١١٤–١٤٣، وخصوصا حول مفهوم مبدأ الشفافية ونطاق تطبيقه، انظر ص ١١٨ وما بعدها.

(6) Aff. N° 3916, 1993, Clunet 1984, p. 930 ; S. Jarvin et Y. Derains, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985, (Kluwer, ICC Publishing S. A. | 1990), p. 507 et s., p. 509-511.

حيث تعهد الموظف الإيراني ببذل مجهوداته ونفوذه في إيران لترسية عقد الأشغال العامة على الشركة الفرنسية واتفق على دفع نصف أتعابه (عمولته) مقدما، ودفع النصف الثاني عن ترسية العطاء على الشركة الفرنسية، وبعد نجاح الموظف الإيراني في ترسية العطاء على الشركة الفرنسية، طلب النصف الثاني من اتعابه ولكن الشركة الفرنسية رفضت ذلك،=

فرنسية من خلال الفساد ودفع رشوة بمبلغ ضخم لأحد كبار الموظفين العموميين في ايران، حيث عدّت هيئة التحكيم أن ذلك يعد مخالفا للنظام العام الإيراني والفرنسي، وكذلك مخالف للنظام العام الدولي الحقيقي، وبالتالي رفضت الحكم للموظف الإيراني بباقي المبلغ المالي الذي يطلبه. كما جاء في القضية رقم ٣٩١٣-CCI الصادرة عن غرفة التجارة الدولية في باريس، أن المحكمين قد خلصوا إلى أن "دفع شركة بريطانية "رشاوى" لشركة فرنسية كان هو سبب الاتفاق المبرم بين الطرفين، وبالتالي فإن هذا الاتفاق (العقد) يعتبر باطل ولاغ، كونه لا يتعارض فقط مع النظام العام الداخلي الفرنسي، إنما أيضا مع مفهوم النظام العام الدولي المعترف به في معظم الدول"[١]. كما جاء في القضية رقم 1110-CCI الصادرة عن غرفة التجارة الدولية في باريس أيضا أن الفساد يشكل مخالفة ليس فقط للنظام العام في فرنسا والأرجنتين، إنما أيضا انتهاكا للنظام العام العابر للدول، ما يجعل النزاع غير قابل للتحكيم بسبب الفساد[٢].

=فرفع الموظف الإيراني دعوى تحكيم امام غرفة التجارة الدولية في باريس ضد الشركة الفرنسية للمطالبة بباقي الاتعاب، وذلك أعمالاً لشرط التحكيم الوارد في الاتفاق بين الطرفين، ونتيجة لذلك قضت هيئة التحكيم ببطلان هذا الاتفاق بسبب اصطدامه مع النظام العام الإيراني والفرنسي وكذلك النظام العام الدولي الحقيقي، ورفضت الزام الشركة الفرنسية بدفع النصف الثاني من العمولة. حول هذا القرار، انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، (دار النهضة العربية |٢٠٠٢)، ص٢٢٦.

(1) Dans la sentence CCI n°3913, (V. l'affaire CCI n° 3913 de 1981) les arbitres ont jugé que le versement de « pots-devin » par une entreprise britannique était la cause de l'engagement souscrit par une entreprise française. Ils ont conclu à la nullité du contrat en précisant que : « Cette solution n'est pas seulement conforme à l'ordre public français interne, elle résulte également de la conception de l'ordre public international tel que la plupart des nations le reconnaît ».

(2) J.G. Wetter, | "Issues of corruption before International Tribunals : The authentic text and true meaning of Gunnar Lagergren's award 1963 Award in ICC case n°1110"|, (|1994), Arbitration International, p 277 et s.

تتلخص وقائع هذه القضية بأن شركة بريطانية أرادت إبرام عقد أشغال عامة في الارجنتين عن طريق منح رشوة مقدارها ١٠% من قيمة العقد، لوسيط يعمل موظفاً عاماً في=

نستنتج من التطبيقات القضائية والتحكيمية السابقة، أن مخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام الداخلي لدولة ما، لا تكفي لجعل المسألة غير قابلة للتحكيم الدولي، إنما يتوجب لذلك أن تشكل هذه المخالفة أيضا مخالفة للنظام العام الدولي، وفي جميع الأحوال فإن أي مخالفة للنظام الدولي العابر للدول أو الحقيقي، يجعل المسألة غير قابلة للحسم بطريق التحكيم الدولي.

الخاتمة

في ختام هذا البحث الذي يتناول مدى قابلية المنازعات المتعلقة بالنظام العام للحسم بطريق التحكيم، فقد توصلنا إلى النتائج والتوصيات الآتية:

النتائج:

١. رغم اتفاق كل من القانون القطري والعراقي والفرنسي على عدم إجازة التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، إلا أن الاتجاه الحديث في الفقه والقضاء خصوصا الفرنسي، وخلافا للقانونين القطري والعراقي، يسير حالياً نحو اعتماد مفهوم ضيق للنظام العام بشأن قابلية المنازعات للحسم بطريق التحكيم، ويؤدي اعتماد هذا المفهوم الضيق للنظام العام من جهة إلى توسيع نطاق المنازعات القابلة للتحكيم، ويؤدي من جهة أخرى إلى حصر الحالات التي لا يجوز فيها التحكيم في أضيق نطاق ممكن، ويكون ذلك على وجه الخصوص في حالتين: إما بسبب وجود نص قانوني صريح يمنع التحكيم في المسألة محل النزاع، وإما لأن المسألة نفسها محل النزاع تحمي مصالح عليا وتحكمها قواعد آمرة من النظام العام على درجة من القوة بحيث يمنع التحكيم فيها.

٢. لا يميز القانون القطري ولا القانون العراقي، خلافا للقانون الفرنسي والعديد من القوانين الأخرى، بين قواعد البوليس وقواعد النظام العام، وذلك رغم الاختلاف الكبير بين هذين النوعين من القواعد، سواء من حيث المفهوم أو الآثار. ويترتب على التمييز

=الأرجنتين، فقضت هيئة التحكيم برفض دفع هذا المبلغ للطرف الأرجنتيني على أساس أنه فساد وينتهك النظام العام العابر للدول.

بين قواعد البوليس وقواعد النظام العام، نتيجة هامة تتمثل في إمكانية إخضاع كثير من المنازعات المتعلقة بالنظام العام للتحكيم، حتى المتعلقة منها بالنظام العام التوجيهي والنظام العام الحمائي، وذلك تحت رقابة قاضي البطلان، غير أن الرقابة القضائية تنتقل من رقابة على قابلية النزاع للتحكيم إلى رقابة على مدى مخالفة حكم التحكيم نفسه للنظام العام. في المقابل، فإنه لا يجوز مطلقاً التحكيم في المسائل التي تدخل ضمن نطاق تطبيق قواعد البوليس، والتي تبقى خاضعة حصريا للاختصاص التشريعي والقضائي الوطني، كونها تحمي مصالح عليا للدولة والمجتمع.

٣. رغم تمييز القانونان القطري والعراقي بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، إلا أنهما يعتمدان مفهوماً واحداً للنظام العام بشأن قابلية المنازعات للتحكيم بحيث يطبق على نوعي التحكيم دون تمييز بينهما، في حين أن القانون الفرنسي يعتمد مفهوما مزدوجا للنظام العام بشأن قابلية المنازعات للتحكيم، أحدهما يطبق على التحكيم الداخلي، والآخر أكثر اتساعاً يطبق على التحكيم الدولي. ويؤيد معظم الفقه والقضاء في كثير من الدول هذا الاتجاه الأخير، خصوصاً عنما يتعلق الأمر بالتحكيم الدولي في منازعات التجارة الدولية، حيث يرى أنه يجب تحديد مدى قابلية المنازعات للتحكيم الدولي، استنادا لمفهوم النظام العام الدولي وليس الداخلي، لأن التحكيم الدولي يقوم على اعتبارات مختلفة عن تلك التي يقوم عليها التحكيم الداخلي، ولأن الغاية الأساسية من التحكيم الدولي تتمثل في الانعتاق من سطوة وتعقيدات القوانين الوطنية، وفي نفس الوقت مراعاة خصوصيات التحكيم الدولي، خصوصاً في منازعات التجارة الدولية. بل أكثر من ذلك، فإنه على خلاف مفهوم النظام العام الدولي، الذي يوسع من نطاق المنازعات القابلة للحسم بطريق التحكيم الدولي، فإن مفهوم النظام العام الحقيقي أو العابر للدول، يؤدي إلى استبعاد التحكيم في جميع المنازعات التي يحكمها، كونها تتعلق بالجزء الآمر من قواعد النظام العام الدولي.

التوصيـات:

١. نوصي المشرعين القطري والعراقي بأن يضعا نصاً قانونياً خاصاً بقواعد البوليس يحدد فيه نطاق تطبيق هذه القواعد وآثارها، لما لها من دور في حماية المصالح الأساسية للدولة والمجتمع، بعيدا عن فكرة النظام العام.

٢. نتمنى على القضاء في كل من قطر والعراق بأن يعتمد مفهوماً ضيقاً للنظام العام بشأن قابلية المنازعات للتحكيم، مما يوسع من نطاق المسائل الجائز حسمها بطريق التحكيم، سواء في التحكيم الداخلي أم الدولي، مع التركيز في المقابل على الرقابة القضائية اللاحقة للتحقق من عدم انتهاك حكم التحكيم نفسه للنظام العام.

٣. نتمنى على القضاء في كل من قطر والعراق بأن يعتمد مفهوم النظام العام الدولي وليس الداخلي، بشأن قابلية المنازعات للتحكيم، عندما يتعلق الأمر بالتحكيم الدولي، وخصوصاً في المسائل المتعلقة بالتجارة الدولية.

Funding

The author declare that they have no known competing financial interests or personal relationships that could have appeared to influence the work reported in this paper.

Conflicts of interest

The author declare that there Is no conflict of Interest

References

In Arabic Language

First: Legal Books

1. Ibrahim .Nader, Center for Transnational Rules before International Economic Arbitration: A study on the nature and application of international commercial

customs and arbitration precedents within the framework of the reality of international economic arbitration and the most important legal systems related to it ,(2nd edition, Alexandria Knowledge Establishment | 2000).

2. Al-Haddad .Hafidha, Appealing the Invalidation of Arbitration Rulings Issued in International Private Disputes, (Dar Al-Fikr Al-Jami'i | 1997).

3. Salama .Ahmed, International Commercial Arbitration Law - Comparative Theory and Application ,(1st edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya | 2004).

4. Salama .Ahmed, Arbitration in Internal and International Financial Transactions ,(Dar Al-Nahda Al-Arabiya | 2002).

5. Salama .Ahmed, Rules of Necessary Application and Rules of Public Law in Private International Law - An Applied Analytical Study ,(1st edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya | 1985).

6. Nassef .Hossam, Arbitrability of Disputes in International Trade Contracts, (Dar Al-Nahda Al-Arabiya | 1999).

Second: Theses

1. Ibrahim. Rasha, Arbitration by Conciliation, (Doctoral thesis Ain Shams University | 2003).

Third: Researches and Articles

1. Ibrahim .Haitham, The idea of free arbitration and the extent to which it may be applied to administrative contract disputes ,(University of Sharjah Journal of Legal Sciences, vol. 20, no. 3,| 2023).

2. Ishraqiyya. Ahmed, Arbitrability of Disputes Arising from Consumption Contracts: A Comparative Study in Lebanese and French Law, (Kuwait International Law

School Journal, Volume 8, Sixth Conference Research Supplement, |2020).

3. Odunni. Aziz, Judicial Oversight of the Arbitration Process, (Journal of Law and Business, No. 28, |2018).

4. Al-Badri. Kafi, International Commercial Arbitration in Iraqi Law, (Al-rafidain of Law, Volume 21, Issue 74, Year 23, |March 2021).

5. Al-Hajaya. Nour, Police Laws and their Enforcement by the National Judge, A Study in Jordanian Private International Law, (The Jordanian Journal of Law and Political Science, Volume 11, Issue 2, |2019).

6. Khalaf. Armid, The effectiveness of the public system before international commercial arbitration courts, (Journal of the College of Law for Legal and Political Sciences, Volume 11, No. 4, |2022).

7. Zamzam. Hisham, Procedural Procedures for the Validity of an Arbitration Award according to Moroccan and Comparative Legislation, (Journal of Legal Notebooks, No. 18, |2023).

8. Al-Sarhan. Bakr, Request to invalidate the arbitration award and its impact on the implementation of the award, An analytical study in light of the UAE and | 2022).

9. Saleem. Hadi, Arbitration and Peremptory Rules, (Scientific Arbitration Journal, No. 11, |July 2011).

10. Sha'an. Fares, The limits of the arbitrator's authority to rule according to the rules of justice, (Al-Muhaqqiq Al-Hilli Journal of Legal and Political Sciences, University of Babylon, Volume 2, Issue 1, |2010).

11. Al-Ghazawi. Zakaria, Public Order and its Impact on the Implementation of International Arbitration Awards,

(Moroccan Journal of Mediation and Arbitration, no. 5, |2011).

12. Falahi. Widad, Judicial oversight of arbitration through jurisprudence, a reading of Moroccan law and international agreements, (Journal of Legal and Judicial Professions, No. 6, 5, |2020).

13. Taraki. Bushra, & Saleh. Mustafa ,The Principle of Transparency in Commercial Arbitration, (Al-rafidain of Law, Volume 18, Issue 64, Year 20, |September 2018).

14. Karroum .Al-Salik, The limits of the arbitrator's implementation of the rules of public order as a manifestation of independence, (Journal of the Legal Profession, No. 6, 5, |2020).

15. Muhammad. Rehab, Electronic Arbitration as a Means of Settlement of Commercial Disputes, (Al-rafidain of Law, Volume 21, Issue 76, Year 23, |September 2021).

16. Mahmoud. Sultan, Electronic Arbitration in International Private Disputes, (Al-rafidain of Law, Volume 23, Issue 84, Year 25, |September 2023).

17. Al-Masada. Ahmed, The substantive scope of the subject of the arbitration agreement in the Saudi system: a comparative study, (Arab Journal of Jurisprudence and Judiciary, no. 50, |2017).

18. Nassef. Hossam, The arbitrability of the subject of the dispute in international trade contracts, a study of the general controls on the arbitrability of the subject of the dispute and the applicable law in light of comparative legislation, international agreements, and regulations of the international arbitration body, (Journal of Legal and Economic Sciences, vol. 43, no. 1, |2001).

19. Hayajna. Abdel Nasser, Critical Readings on Conflict of Laws Provisions in Qatari Civil Law, (International

Journal of Law - College of Law, Qatar University, Volume 19, Issue Two, |2019).

Fourth: References in English&French

A. Books

1. De Fontmichel. Maximin, Le faible et l'arbitrage (éd. Economica | 2013).

2. Fouchard P, Gaillard .Emmanuel & Goldman .Berthold, Traité de l'arbitrage commercial international (éd. Litec | 1996).

3. Goldman .Berthold, Nouvelles réflexion sur la lex mercatoria (éd. Bâle Helbing & Lichtenhahn | 1993).

4. Jacquet .Michel, L'ordre public transnational, in l'ordre public et arbitrage , (Lexisnexis | 2014).

5. Jafferall .Rafael, L'ordre public, de l'arbitrage international aux conflit de juridictions, (Liber amicorum Nadine Watté, Bruxelles, Bruylant | 2017).

6. Jan van den Berg. Albert, The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation, (Deventer, Netherlands | 1981).

7. Jarvin. Sigvard S & Derains . Yves, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985, (Kluwer, ICC Publishing S. A. | 1990).

8. Loquin .Eric, L'arbitrage du commerce international, pratique des affaires, (éd. Joly | 2015).

9. Loquin .Eric, Où en est la lex mercatoria ? (Mélanges Ph. Kahn | 2000).

10. Loquin .Eric, L'arbitrage des litiges du droit de la consommation, in Vers un Code européen de la consommation, (Bruylant | 1998).

11. Mayer .Pierre & Heuzé. Vincent, Droit international privé, (9^{e} éd. Domat | 2007).

12. Mayer .Pierre, La règle morale dans l'arbitrage international, in Etudes offertes à Pierre Bellet, (Litec |1991).

13. Nougein .Henri-Jacques & autres, Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale (éd. LexisNexis, Litec | 2004).

14. Racine .Jean-Baptiste, Droit de l'arbitrage, (PUF | 2016).

15. Seraglini Christophe & Ortscheidt .Jerome, Droit de l'arbitrage interne et international (Lextenso | 2013).

B. Theses and Dissertations

1. Abi Rached.Nour, Les limites du droit français à l'arbitrage international : Le rôle de la notion d'arbitrabilité de la faveur à l'arbitrage international, (Master de droit international privé et du commerce international, Université Paris II | 2019).

2. Gras Nicolas, Essai sur les clauses contractuelles, (Thèse de doctorat, Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I | 2014).

C. Research and Articles

1. Goldman .Berthold, La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international: réalité et perspectives, (JDI, 1979).
2. Janahl .Wafa, Problems and Weaknesses Arising from the Enforcement of Foreign Arbitral Awards in National Courts, (Journal of Sharia & Law, Issue 47, |July 2011).
3. Level P, L'arbitrabilité, (Rev. arb. 1992).
4. Loquin. Eric, L'ordre public et l'arbitrage, Conference association droit & commerce, Tribunal de commerce de Paris, 5 mars 2018, (Revue de Jurisprudence commerciale, |Juillet/Août, 2018).

5. Loquin Eric, Arbitrabilité et protection des parties faibles, (DIP | 2006).
6. Mantilla-Serrano. Fernando, Towards a Transnational Procedural Public Policy, (Arbitration International, 20(4), | 2004).
7. Racine.Jean-Baptiste, L'arbitre face aux pratiques illicites du commerce international, (LPA, |8 octobre 2010).
8. Sheppard .Audley, Interim ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, 19 (2): 217, |June 2003).

D. Commentary on judicial decisions

1. Bensaude D, Obs. sous CA Paris, 19 déc. 2017, Gaz. Pal. 2018, 28.
2. Boursier M E, Note sous CA Paris, 12 sept. 2002, Rev. arb. 2003, 173.
3. Clay T, Obs. sous CA Paris, 19 déc. 2017, D. 2018, 2448.
4. Derains Y, Obs. sous CA Paris, 19 déc. 2017, 4 nov. 1997, Rev. arb. 1998, 704.
5. Heuzé V, Note sous CA Paris, 30 sept. 1993, RCDIP, 1994, 349.
6. Idot L, Note sous CJCE 1er, juin 1999, n° C-126/97, Eco Swiss, Rev. arb. 1999, 631.
7. Idot L, Note sous CA Paris, 16 févr. 1989, Rev. arb., 1989, 711.
8. Jourdan-Marques J, Obs. sous CA Paris, 19 déc. 2017, n° 16-11404, Dalloz actualité, 29 janv. 2019.
9. Loquin E, La clause d'amiable composition est une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de

la règle de droit », note sous CA Paris, 28 nov. 1996, Rev. arb. 1997, 381.

10. Motulsky, Note sous CA Paris, 15 juin 1956, JCP 1956, II, 9419.

11. Oppetit B, Note sous CA Paris, 25 mai 1990, Rev. crit. DIP, 1990, 753.

12. Piedelièvre S, Note sous Civ. 1re, 17 mars 1998, n°96-13972, JCP G., 1998, II, 10148.

13. Robert J, Note sous Com. 28 nov. 1950, S., 120.

14. Wetter J G, Issues of corruption before International Tribunals: The authentic text and true meaning of Gunnar Lagergren's award 1963 Award in ICC case n°1110, Arbitration International, 1994, 277.

E. Internet Sites

1. Audit .Bernard, L'accord d'arbitrage dans l'arbitrage commercial international, 2010, p. 95-126, disponible sur: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/5%20-%20Audit.%2095-126.pdf>

2. Chantebout .Vincent, L'amiable compositeur face aux règles d'ordre public de direction et de protection, 14 janvier, note sous CA Paris, 19 nov. 2019, n° 17/20392, 2020, disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/l-amiable-compositeur-face-aux-regles-d-ordre-public-de-direction-et-de-protection#.YxGd9XZBw2y>