فكرة النظام العام في إطار التحكيم

أ. خالد محمد حسن المنفي

محاضر بكلية الشريعة والقانون

بجامعة السيد محمد بن علي السنوسي

الملخص

تعد فكرة النظام العام من الأفكار الأساسية في علم القانون بصفة عامة، حيث يقترن استخدام مصطلح النظام العام في القانون الداخلي بكافة فروعه المختلفة، بالحديث عن القواعد القانونية الأمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، فالنظام يعد قيدًا على سلطان الإدارة.

وقد اتخذ المشرع الليبي من النظام العام، معيارًا للتفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المفسرة، ولكنه لم يضع تعريفًا له، وربما ترك ذلك لاجتهاد الفقه.

ولعل فكرة النظام العام الداخلي، تعني مجموعة الأصول والقيم التي تشكل كيانها المعنوي، وترسم صورة الحياة الإنسانية المثلى فيها، وحركتها نحو تحقيق أهدافها سياسية كانت، أو اجتماعية، أو اقتصادية، أو خلقية، وهي بذلك مباديئ وقيم تفرض نفسها على مختلف أنواع المعاملات القانونية في الدولة وجودًا وأثرًا، وغالبًا في صورة قواعد قانونية آمرة تحكم هذه العلاقة، وبالتالي كل عمل إرادي أو اتفاق يخالف هذه القواعد يكون مصيره البطلان.

ولهذا نجد أن المشرع قد نص على عدم جواز التحكيم فيما لا يجوز التصرف فيه، وعدم التحكيم فيما لا يجوز الصلح فيه، وجميع المسائل المتعلقة بالنظام العام طبقًا للمادة (740 مرافعات).

وتطبيقًا لذلك قضت المحكمة العليا بأنه: "إن قضاء هذه المحكمة جرى على أن الاتفاق على التحكيم، أمر يتعلق بمصلحة الخصوم، ولا علاقة له بالنظام العام، ولا يخرج النزاع من اختصاص المحاكم، شريطة ألا يكون الأمر متعلقًا بالنظام العام وإلا ألغيت إرادتهما ووجب إخضاعها للنظام العام"[1].

الكلمات المفتاحية : التحكيم – نظام – المفهوم الدولي.

[1] طعن مدني رقم 219 456ق، جلسة 2003/7/2، غير منشور.

Abstract

The idea of public order is one of the basic ideas in the science of law in general, as the use of the term public order is associated with all its various branches in domestic la, speaking of peremptory legal rules that individuals may not agree to violate, the system is a restriction on the authority of the administration.

The Libyan legislator took public order as a criterion for distinguishing between peremptory rules and explanatory rules, but he did not set a definition for it, and perhaps left that to the jurisprudence of jurisprudence.

Perhaps the idea of internal public order refers to the set of principles and values that constitute its moral entity, and draw the image of the ideal human life in it, and its movement towards achieving its goals, whether political, social, economic, or moral. Thus, they are principles and values that impose themselves on the various types of legal transactions in the state, both in existence and in effect, and often in the form of peremptory legal rules that govern this relationship, and therefore every voluntary action or agreement that violates these rules is doomed to nullity.

Therefore, we find that the legislator has stipulated the inadmissibility of arbitration in what may not be disposed of, and the inadmissibility of arbitration in what may not be conciliated, and all issues related to public order in accordance with Article (740 pleadings).

In application of this, the Supreme Court ruled that: “The judgment of this court was based on the fact that the agreement on arbitration is a matter related to the interest of the litigants, and has nothing to do with public order, and the dispute does not fall outside the jurisdiction of the courts, provided that the matter is not related to public order, otherwise their will is annulled and it must be subjected to the system.”

Keywords: arbitration – system- international concept.

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

أحمد الله حمد المؤمنين، وأثني عليه ثناء العارفين، وأصلي وأسلم على من بعثه الله رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد ...

فإن فكرة النظام العام لم تترك مجالًا إلا واقتحمته، ولا تعريفًا إلا واستوعبته، وهي موجودة في كافة التشريعات؛ بل وفي مواضع متفرقة في التشريع الواحد، فلا المشرع استطاع إغفالها، ولا المحاكم تبرأت من تأسيس الكثير من قضائها بناءً عليها، ولعل هذا هو السر في تجددها واستمرارها، حيث أن بريقها لا يخبو، وأثرها متواصل لا ينقطع، وبالتالي فإن لفكرة النظام العام دور كبير في الحياة القانونية.

ولما كان التحكيم أحد أبرز وأهم بدائل الخصومة القضائية، فمن الملاحظ أن فكرة النظام العام تتغلغل في نظام التحكيم، وعلى مختلف المستويات سواء على مستوى الاتفاق أو مستوى الحكم، أو حتى على مستوى التنفيذ، وربما هذا ما دفعني لاستيضاح هذا المفهوم في إطار التحكيم، خاصة وأن هذا المفهوم يلعب دورا إقصائيًا في مجال القانون الدولي الخاص، وقد تؤدي إما إلى إقصاء المحكم من النظر في بعض النزاعات، أو إلى إقصاء القانون الذي تعينه قاعدة التنازع، أو إلى رفض إدماج حكم تحكيمي في نظام قانوني وطني.

وعلى الرغم من أهمية هذا الدور، فقد ظل تعريفه متعذرًا، فكتب العلامة عبد الرزاق السنهوري قائلًا: "المسألة لا يجدي فيها نصٌّ تشريعي، فالقاضي يكاد يكون مشرعًا في هذه الدائرة المرنة، بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره، ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة[1].

وقد حاول الفقه إعطاء تعريف للنظام العام، إلا أنه ظل متعذّرًا عن التعريف، وبقي مضمونه متغيّرًا ومتحوّلًا، لا يمكن سوى تأطيره بعبارات فضفاضة، تفتقر حتمًا إلى الدقة

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ص399 وما يليها.

والتحديد، ومن ثم يثار التساؤل حول مفهوم النظام العام في إطار التحكيم بشكل عام؟ وماذا لو كان اتفاق التحكيم مخالفًا للنظام العام؟ فهل للقاضي أن يقضي ببطلانه من تلقاء نفسه؟ أم لابد أن يثيره الخصوم؟ وهل يمتد أثر مخالفة النظام العام إلى الحكم التحكيمي؟ ومدى إمكان تنفيذه؟

وللإجابة على هذه التساؤلات تم تقسيم خطة البحث وفقًا لما يلي:

المطلب الأول: مفهوم النظام العام.

الفرع الأول: تعريف النظام العام والتمييز بين النظام العام الداخلي والدولي.

الفرع الثاني: قابلية النزاع للتحكيم وعلاقته بالنظام العام.

المطلب الثاني: طرح مفهوم النظام العام في إطار التحكيم.

الفرع الأول: طبقًا لنطاق اتفاق التحكيم.

الفرع الثاني: طبقًا لحكم التحكيم.

أهمية البحث:

يترتب على عدم صلاحية المنازعة لأن تكون محلًا للتحكيم، بطلان الاتفاق على التحكيم، وهذا البطلان، قد يرجع إلى بطلان العقد الأصلي محل النزاع لمخالفته النظام العام، وقد يرجع إلى أن محل المنازعة، مما يخالف النظام العام رغم عدم بطلان العقد الأصلي، ولذا يجب ملاحظة أن اتفاق التحكيم لا يبطل لمجرد أنه يمس مسائل تتعلق بالنظام، ولكنه يبطل فقط إذا تضمن مخالفة للنظام العام، ولهذه التفرقة أهمية كبيرة بالنسبة لسلطة هيأة التحكيم، وبالنسبة لاختصاصها، فإذا أدركت هيأة التحكيم أن اتفاق التحكيم مخالف للنظام العام، فإنها تقرر بأنها غير مختصة بالنزاع، إذا كان اتفاق التحكيم ظاهر البطلان، أما إذا كان الاتفاق غير مخالف للنظام العام، ولكنه يمس مسألة تتعلق بالنظام العام، بحيث يجب ألا يصدر الحكم مخالفًا للنظام العام، فإن هيأة التحكيم تكون مختصة، وعليها ألا تخالف النظام العام في حكمها.

منهج البحث:

يعتمد منهج البحث على الدراسة التحليلية لنصوص التحكيم، وذلك بعرض النصوص المتعلقة بالنظام العام، ومحاولة استجلاء فكرة النظام العام بشكل عام، خاصة وأن المشرع قد اتخذ من الفكرة معيارًا عامًا للتفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المفسرة.

مشكلة البحث:

قد بات من الأمور شبه المسلم بها في النظم القانونية المعاصرة، وجوب التمييز بين التحكيم في العلاقات الدولية، والتحكيم افي العلاقات الداخلية، فالتحكيم في العلاقات الدولية يخضع للنظام العام الدولي وحده، أما التحكيم في العلاقات الداخلية؛ يخضع للنظام العام الداخلي.

ورغم محاولات الفقه إعطاء تعريف للنظام العام إلا أنه ظل متعذرًا عن التعريف، وبقي مضمونه متغيرًا ومتحولًا، لا يمكن سوء تأخيره بعبارات فضفاضة تفتقر حتمًا إلى الثقة والتحديد، ومن ثم تيار التساؤل حول مفهوم النظام العام في إطار التحكيم بشكل عام؟ وماذا لو كان اتفاق التحكيم مخالفًا للنظام العام؟ فهل للقاضي أن يقضي ببطلانه من تلقاء نفسه، أم لابد أن يثيره الخصوم، وهل يمتد أثر مخالفة النظام العام إلى الحكم التحكيمي؟ وما مدى إمكانية تنفيذه إذا تعلق ذلك بالنظام العام في دولة التنفيذ؟

أهداف البحث:

1. لم يعرف الفكرة القانوني فكرة عصية على التعريف والتحديد، كفكرة النظام العام، رغم تكريسها واستعمالها من السلطات الثلاث في الدول، بل تعتبرها مظهرًا سياسيًّا للدولة، ولأن المصطلح يتعلق بالحياة الشريفة في كل نواحيها سواء في مجتمع معين أو دولة معينة، ولذلك كان لزامًا استخلاص مفهومه والمعايير الضابطة للمصطلح.
2. بسط إشكالية التعريف النظام العام والمتميزة عن غيره من المصطلحات ذات الصلة التي قد تختلط به.
3. محاولة إيجاد معيار للنظام العام وذلك لدراسة مفهومه وطبيعة وبيان خصائصه ومصادره.

4. إذا كان القاضي يعينه القانون ويحدد مؤهلاته وسلطاته وهي دائمة ومرتبطة بوظيفة، بخلاف المحكم الذي تحدد اتفاقية التحكيم مؤهلاته وسلطاته، ومن هنا تختلف نظرة كلّ من القاضي المحكم (للنظام العام) فكان لزاما الإلمام لمفهوم القواعد الآمرة ومدى قابلية النزاع من عدمها.
5. إن الأخذ بالاعتبار لفعالية الحكم المحكمة هو تكريس لرقابة النظام العام، الدولي العائد لقضاتها هذه المهمة، كبلد التنفيذ، أو بلد إجراء التحكيم، بحيث لا يصدر الحكم حكمًا، يكون عرضة للبطلان لمخالفته النظام العام.

الدراسات السابقة:

لما كان الهدف من الدراسة هو تسليط الضوء على فكرة النظام العام والتي يكتسيها الغموض نظرا لمرنتها وعدم تحديدها واختلافها من مكان إلى آخر، فإن الأمر يستدعي لزاما الاطلاع على العديد من المصادر والمراجع ذات الصلة بموضوع البحث، إلا أن الدراسات التي تم ثم الاطلاع، تناول الموضوع بشكل عام ومتعلق بالقوانين أجنبية في الغالب، وعلى صعيد التحكيم الدولي أيضا ضم الحديث عن التحكيم التجاري الدولي.

الدراسة الأولى: (أثر النظام العام على بطلان حكم التحكيم وتنفيذه)، أحمد رمضان صبحي الشرايعة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2015.

حيث اقتصرت الدراسة على بداية أثر فكرة النظام العام على اتفاق التحكيم وحكم التحكيم.

الدراسة الثانية: (النظام العام والتحكيم التجاري الدولي)، بن يوسف بن خدة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2017.

وانصبت الدراسة خلالها على مفهوم النظام العام في إطار دولي وغموض مفهومه وعدم وجود تعريف يوحده.

الدراسة الثالثة: (القيود الواردة على نظام التحكيم التجاري)، عبد محمد المحاميد، بحث مقدم استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2018.

وتناولت الدراسة مدى تأثير القيود الاتفاقية والقانونية بين طرفي العقد على التحكيم التجاري كما أشارت إلى صلاحيات وحدود المحكم في إطار اتفاق التحكيم في ظل فكرة النظام العام.

خطة البحث:

تم تقسيم البحث على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم النظام العام.

الفرع الأول: تعريف النظام العام والتمييز بين النظام العام الداخلي والخارجي.

الفرع الثاني: مدى قابلية النزاع للتحكيم وعلاقته بالنظام العام.

المطلب الثاني: طرح مفهوم النظام العام في إطار التحكيم.

الفرع الأول: طبقا لنطاق اتفاق التحكيم.

الفرع الثاني: طبقا لحكم المحكم.

المطلب الأول

مفهوم النظام العام

إنّ فكرة النظام العام فكرة نسبية مرنة ومتطورة، وبذلك يختلف مضمونها من بلد إلى آخر، وحتى في البلد نفسه من زمن إلى آخر، كما أنها تتأثر– من جهة أخرى– فتضيق وتتسع في مجتمع ما تبعًا للأفكار السائدة فيه، وهنا تظهر الصعوبة في وضع تعريف جامع مانع لفكرة النظام العام، ولذلك ما يمكن اعتباره نظام عام في دولة، قد لا يكون كذلك في دولة أخرى، ما يقود إلى محاولة وضع تعريف للفكرة والتمييز بين مفاهيمها على الصعيدين الداخلي والدولي (فرع أول) وإذا كان التحكيم – قضاء اتفاقي– فإن هذا الاتفاق ليس مطلقًا من حيث خضوعه للتحكيم بل هو مقيّد بقيود قانونية تحدّد ما يجوز ومالا يجوز التحكيم فيه (فرع ثانٍ).

الفرع الأول: تعريف النظام العام والتمييز بين النظام العام الداخلي والدولي

أولًا: تعريف النظام العام

بداية يمكن القول أنه ليس من السهل تعريف فكرة النظام العام تعريفًا جامعًا مانعًا، يعطي صورة منضبطة عن ماهيتها.

فقد ذهب جانب من الفقه، إلى أن النظام العام، "هو مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها، بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليمًا دون استقراره عليها"[1].

ويذهب جانب آخر من فقه القانون إلى النظام العام هو: "مجموعة الأسس التي يقوم عليها تنظيم المجتمع، والتي يتعارض الإخلال بها مع الصالح العام، والذي يجب تقديمه على الصالح الخاص[2]".

ويمكن الإشارة إلى أن كافة التعريفات التي أوردها الفقه، وإن اختلفت في صياغتها فهي تلتقي في أن النظام العام قوامه فكرة المصلحة العامة، وأن القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام، هي قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على الأفراد مراعاتها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم[3].

والحد الأدنى للمصلحة العامة، يمكن أن يزيد أو ينقص، بحسب إذا ما كان الاتجاه الفلسفي السائد في الدولة هو الاتجاه الفردي أو الاتجاه الاشتراكي[4].

وتجدر الملاحظة أن دائرة النظام العام، تضيق إذا تغلبت نزعة المذاهب الفردية، فإن هذه المذاهب تطلق الحرية للفرد فلا تتدخل الدولة في شؤونه، ولا تحميه إذا كان ضعيفًا، ولا

---

[1] د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، بدون سنة نشر، ص48.

[2] د. حمدي محمد إسماعيل، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإدارة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، ط 2006م، ص 204، د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، ط3، 1988، ص79-80.

[3] عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، ج1، نظرية الالتزام، منشورات الحقوقية، ط2000، ص434.

[4] سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص91.

تكبح جماحه إذا كان قويًّا، فإذا تغلبت النزعة الاشتراكية ومذاهب التضامن الاجتماعي، اتسعت دائرة النظام العام، وأصبحت تقوم بشؤون كانت تتركها للأفراد، وتتولى حماية الضعيف ضد القوي؛ بل هي تحمي الضعيف ضد نفسه[1].

ومن ناحية أخرى فإن فكرة النظام، فكرة نسبية تتطور وتتغير من مجتمع لآخر، فمثلًا تعدد الزوجات وإباحة الطلاق، تعتبر من الأمور المتعلقة بالنظام العام في تشريعات البلاد الإسلامية، حيث لا يجوز النزول عنها، وكل شرط يخالف ذلك يعتبر مخالفًا للنظام العام.

أما الدول الغربية، فإنها تعتبر وحدة الزوجة من النظام العام، بل إن أبدية الزواج كانت تعتبر من النظام العام في الدول الغربية، ثم تطور الأمر وأبيح الطلاق في حالات معينة[2].

يتبين من كل هذا أن فكرة النظام العام هي فكرة معيارية، معيارها الصالح العام وهو المعيار القابل للتطبيق في كل مكان، وهذا ما أخذت به المحكمة العليا منذ 28 أكتوبر 1961، معيار المصلحة العامة[3]، ولما كانت هذه المصلحة تختلف من مجتمع لآخر، بل تختلف في المجتمع الواحد بحسب التشريعات وإزاء هذه النسبية فإن الفقه عجز عن وضع مفهوم محدد ودقيق عن هذه الفكرة، وقد استعرض البعض أكثر من عشرين تعريفًا للنظام العام، وانتهى إلى أن أيًّا منها لا يكفي لتحديد الفكرة تحديدًا حقيقيًّا[4].

مما حدا بالبعض إلى القول: "إن محاولة تعريف النظام العام عبثًا ذهنيًّا كبيرًا" وقال أحد القضاة الإنجليز: "إنك إذا حاولت تعريف النظام العام فإنما تركب حصانًا جامحًا لا تدري على أي أرض سيلقي بك[5]".

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص434.

[2] د. حسن كيرة، مرجع سابق، ص50.

[3] أشار إليه د. الكوني اعبودة، أساسيات القانون الوضعي الليبي، منشورات كلية القانون، جامعة ناصر، 1993م، ص96.

[4] أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة والدولية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2003م، ص34.

[5] انظر هذه الأقوال وغيرها من: محمد أحمد ربيع، بحث بعنوان الأسباب المقبولة أمام محكمة النقض، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الرابعة، العدد الأول، 1963م، ص40.

وتجدر الإشارة إلى أن النظام العام في صورته الحديثة، الناجمة عن ظاهرة تدخل الدولة في الشؤون الاجتماعية والاقتصادية، قد تفرع إلى نظام عام حمائي، ونظام عام توجيهي، فالنظام العام الحمائي، يهدف إلى توفير الحماية لبعض فئات المتعاقدين، في العقود ذات الأهمية الحيوية – العمال في عقود العمل والمستأجرين في عقود الإيجار – ما يجمع بين هذه العقود وجود طرف قوي وطرف ضعيف، أما النظام العام التوجيهي، فهو ذلك النظام الذي يهدف إلى توجيه الاقتصاد، بغية فرض فكرة معينة لدى الحكومة القائمة للمصلحة العامة[1].

وإذا كنا قد رأينا أن فكرة النظام العام في فقه القانون الوضعي بعيدة عن أي تحديد دقيق لمرونتها واختلافها باختلاف الزمان والمكان، فإن هذا يختلف كما هو الحال في الفقه الإسلامي، فعلى سبيل المثال، الخمر والخنزير والميتة هذه أشياء محرمة في كل زمان ومكان لأن مصدر التحريم دائم ولا يتغير وهو الله سبحانه وتعالى، ففكرة النظام العام في الإسلام فكرة ثابتة ودائمة[2].

ويذهب البعض إلى أنه يمكن أن نجد نظيرًا لفكرة النظام العام في الفقه الغربي، فيما يدعى حق الله أو حق الشرع في الفقه الإسلامي، هذا الحق لا يقل في مداه عن دائرة النظام العام في الفقه الغربي ولعله يزيد[3].

وقد ورد في التلويح أن المراد بحق الله: ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره، وشمول نفعه، وشيوع فضله، حيث ينتفع به كافة الناس[4].

وحق الله يكون بذلك نظيره في القوانين الوضعية، القواعد المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها على حد قول البعض.

---

[1] انظر: د. الكوني اعبودة، مرجع سابق، ص95-96.

[2] حمد محمد إسماعيل، مرجع سابق، ص217.

[3] عبد الرازق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج3.

[4] شرح التلويح على التوضيح، الإمام سعد الدين التفتزاني، ج3، المكتبة التوفيقية، بدون سنة نشر، ص419.

ثانيًا: التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي:

ذهب بعض الفقه [1] إلى ضرورة التمييز بين النظام العام الداخلي، والنظام العام الدولي، واعتبر أن نطاق مفهوم الثاني، أضيق من نطاق مفهوم الأول، لأن القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في القانون الداخلي هي قواعد آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها، وأن أي اتفاق على خلافها يعتبر باطلًا، بينما القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في القانون الدولي الخاص هي قواعد آمرة لتمنع تطبيق القانون الأجنبي ويحل قانون القاضي محله.

فالقواعد القانونية الداخلية، تصنف إلى قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وقواعد مفسرة أو مكملة يجوز الاتفاق على مخالفتها، وهنا من السهل تحديد مفهوم النظام العام، ولا يمكن الاعتماد على هذا المعيار للوصول إلى مفهوم النظام العام في القانون الدولي.

فعلى سبيل المثال القواعد المتعلقة بالحالة المدنية والأهلية، هي في جميع الأحوال قواعد آمرة في القانون الداخلي، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، غير أن الأمر يختلف في القانون الدولي الخاص، فإسناد الحالة المدنية والأهلية لقانون الجنسية أو القانون الوطني، لا يتعلق بالنظام العام، إذ يقتصر أثرها في جعل قانون معين هو الواجب التطبيق بدلًا من الآخر[2].

في المقابل يذهب اتجاه آخر إلى أن التفرقة بين قواعد النظام العام الداخلي أو الدولي فيه افتئات على فكرة النظام العام نفسها، مما يؤدي في النهاية إلى مسخها، وتحريف مضمونها، والسبب هو:

1. غموض فكرة النظام العام ذاتها حتى في القانون الداخلي.
2. عدم وجود معيار أو مميز لفكرة النظام العام الدولي.

---

[1] د. غالب على الداودي، القانون الدولي الخاص، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ط4، 2005م، ص242-243.

[2] د. سالم ارجيعة، القانون الدولي الخاص الليبي، ج1، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ط1، 1999م، ص217.

وذلك رغم المحاولات الكبيرة والمضنية للفقه والقضاء، في كل من أمريكيا وفرنسا؛ ويرون أن قواعد النظام العام ملزمة للمحكم في جميع الحالات، سواء كان التحكيم داخليًّا أو دوليًّا[1].

وللتوفيق بين الاتجاهين فإن الفكرتين تتشابهان وتشتركان في أن هدفهما واحد، وهو حماية المجتمع ومصالحه الأساسية، وأن الدفع بكل منهما أمام المحكمة، يكون عن طريق التمسك بفكرة النظام العام[2].

فالنظام العام الدولي والنظام العام الداخلي، عبارة عن دائرتين متحدتين في المركز، إلا أن محيطهما مختلف، فالدائرة الأولى أكثر اتساعًا من الدائرة الثانية[3].

الفرع الثاني: قابلية النزاع للتحكيم وعلاقته بالنظام العام:

إن مسألة قابلية النزاع للتحكيم، تعني معرفة ما إذا كان من الممكن اللجوء إلى طريق التحكيم، في سائر المنازعات التي قد تثور بين أطراف التحكيم، أم أن هذا الطريق محظور بالنسبة إلى نوع معين من المنازعات.

فعند العرب في الجاهلية لم تكن ثمة قواعد معينة، تحدد الموضوعات أو المسائل التي يمكن عرضها على المحكم، ولذلك كان من الممكن الاستعانة بالمحكم في فض أي نزاع، سواء تعلق بالميراث، أو النسب، أو الملكية، بل إن التحكيم في الجاهلية قد نجده خارج المجال التقليدي للتحكيم المعروف في القانون، حيث كان من الشائع أن يتنازع شخصان، أو عشيرتان، أو قبيلتان إلى أحد المحكمين؛ كي يفصل أيهما أشرف نسبًا وأكرم منزلًا[4].

إذًا فالتحكيم أيام الجاهلية هو تحكيم شامل، ولم تكن مسألة قابلية النزاع للتحكيم من عدمها مثارة.

---

[1] محمود مصطفى يونس، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ط1، 1996، ص234-235.

[2] د. غالب الداودي، مرجع سابق، ص243.

[3] أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص29.

[4] للاستفاضة راجع تفصيلًا: د. أحمد قسمت الجداوي، بحث بعنوان تنازع القوانين في شأن قابلية النزاع للتحكيم، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة 38، 1996، ص437.

أما قابلية النزاع للتحكيم في الإسلام، فإن كتب الفقه الإسلامي، تزخر بآراء عديدة حول هذا الموضوع؛ فقد ذهب الحنابلة إلى أن التحكيم جائز في سائر الحقوق سواء ما كان منها متعلقًا بحقوق العباد، أو كان متعلقًا بحقوق الله.

أما الحنفية فقد ذهبوا إلى أن التحكيم جائز في سائر المجتهدات، كالطلاق والنكاح وغيرها، وغير جائز في الحدود والقصاص والقذف، وبالنسبة للمالكية فقد أجازوا التحكيم في الأموال والجروح دون الحدود والقصاص في النفس، لأن هذه الحقوق لا تتعلق بالعباد.

وخلاصة القول أن جمهور الفقهاء قد أجازوا التحكيم في الحقوق التي تملك التصرف فيها، وهي في الغالب الأمور المتعلقة بالأموال، أما الأمور غير المالية، فقد اختلفوا بشأنها على النحو السالف[1].

أما القابلية للتحكيم في التشريع الوضعي، فقد حرصت القوانين على بيان المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم، وهكذا فعل المشرع الليبي، حيث بين تلك المسائل في المادة (740 مرافعات) والتي نصت على الأحوال التي لا يجوز فيها التحكيم "لا يجوز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام، أو المنازعات بين العمال وأرباب العمل، بشأن طبيعة الأحكام الخاصة بالتأمين الاجتماعي وإصابات وأمراض المهنة والمنازعات المتعلقة بالجنسية، أو بالحالة الشخصية، بما في ذلك التفريق البدني، على أنه لا يجوز أن يكون موضوع التحكيم، تقديرًا لنفقة واجبة في النظام الزوجي والعائلي، أو في الخلاف على مقدار مهر البائنة، أو دعوى مالية أخرى ناشئة عن قضايا الأحوال الشخصية، كما يجوز التحكيم بين الزوجين فيما تجيزه أحكام الشريعة الإسلامية".

وقد ورد النص في المادة (740 مرافعات) "ولا يصح إلا لمن له أهلية التصرف في حقوقه، ولا في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"، وهذا التعداد لا يخرج في الحقيقة عن فكرة واحدة، وهي فكرة النظام العام[2].

---

[1] راجع تفصيلًا: أحمد محمد شتا، نطاق تطبيق أحكام التحكيم في مصر، جامعة القاهرة، ط2002م، ص183-184.

[2] د. أحمد عمر أبو زقية، أوراق في التحكيم، منشورات جامعة قاريونس، ط1، 2003م، ص48.

ولكن يبقى السؤال قائمًا عن القيد الذي حد من حرية التحكيم، هل هو النظام العام؟ أم قابلية المسألة للصلح من عدمه؟ بحسب نص المادة المذكور سالفًا "لا يجوز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام"، ثم أشارت المادة إلى المنازعات بين العمال وأرباب العمل، والتي يمكن اعتبارها بصفة عامة من الأمور المتعلقة بالنظام العام، إذ أنها تدخل ضمن ما اصطلح الفقه على تسميته "النظام العام الحمائي" والطرف محل الحماية هو العامل هنا[1]، ولقد قضت المحكمة العليا أن جميع قواعد قانون العمل تعتبر من النظام العام، وأن المشرع بنصه على المنازعات المتعلقة بالتأمين الاجتماعي، وإصابات العمل، قد قصد إضافة هاتين الحالتين إلى الحالات المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز فيها التحكيم، حيث خلا قانون العمل من الأحكام المنظمة لهاتين الحالتين[2].

وقد اعتمدت المحكمة في قضائها هذا، على أن أحكام قانون العمل كلها في النظام العام، وعليه لا يجوز التحكيم ليس فقط في المسائل الواردة تحديدًا في العبارة المشار إليها، بل فيما عداها كما هو الشأن بالنسبة للأجور الإضافية، ولساعات العمل الإضافية – التي ينشب بشأنها النزاع[3]، ثم المنازعات المتعلقة بالجنسية، ولا شك في تعلق أحكامها هي الأخرى بالنظام العام[4].

وانتهت الفقرة الأولى بالإشارة إلى الحالة الشخصية للإنسان، فهي في النظام العام وكذا أهليته، فلا تخضع هذه المسائل للتعامل[5].

وتعرف الأحوال الشخصية بأنها "مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية، التي رتب القانون عليها أثرًا قانونيًّا في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان

---

(1) المرجع نفسه، ص48-49.

(2) طعن مدني رقم 23/84ن، جلسة 25-12-1977م، مجلة المحكمة العليا، السنة الرابعة عشر، العدد الثالث، 1978، ص178.

(3) د. الكوني علي عبودة، أضواء على قواعد التحكيم في قانون المرافعات الليبي، المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد الخامس والعشرون، 2001م، ص60.

(4) أحمد أبوزقية، مرجع سابق، ص48-49.

(5) د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، مقارنة بالفقه الإسلامي، المكتب الجامعي الحديث، ط 2006، ص69.

ذكرًا أو أنثى وكونه زوجًا، أو أرملًا، أو مطلقًا، أو ابنًا شرعيًّا، وكونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية[1].

وقد خلص الفقه، إلى أن هناك مسائل تتعلق بالأحوال الشخصية البحتة، التي لا يجوز مخالفة القواعد الآمرة الصادر بشأنها[2]، إذ أنها تعد من الأركان الرئيسية التي يقوم عليها المجتمع، وبالتالي لا يجوز إخضاعها للتحكيم.

أما القواعد المتعلقة بالأحوال الشخصية، والتي تهتم بالمسائل المالية التي تنتج عنها، هي مما يجوز فيها الصلح وبالتالي يحوز فيها التحكيم[3].

ومن أمثلة المسائل التي تتعلق بالحالة الشخصية، والتي لا يجوز فيها التحكيم أو الصلح، الخصومات التي تتعلق بصحة عقد الزواج وبطلانه، والطلاق وشروطه الشرعية، والمسائل المتعلقة بالأهلية وسن الرشد، والولاية والوصاية والقوامة.

أما المسائل المالية فيجوز فيها الصلح، كما يجوز فيها التحكيم، ومثالها تحديد مقدار النفقة للزوجة أو للصغير، وأجرة الحضانة، وكذلك الحقوق المالية المتنازل عنها من الزوجة للزوج في حالة الخلع[4].

وقد أشارت إلى بعض هذه الأمثلة المادة (740 مرافعات) "بنصها على تقدير النفقة الواجبة في النظام الزوجي، والخلاف على مقدار المهر أو أي دعوى مالية أخرى ناشئة عن قضايا الأحوال الشخصية".

واختتمت المادة (740 مرافعات) " ولا في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح" وإذا رجعنا إلى المادة (550 مدني) نجد أن الصلح لا يجوز في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية، أو النظام العام، ولكن يحوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية، أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم، وتفيد هذه المادة في الجزء الأخير منها، أن التحكيم جائز

---

[1] زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قاريونس، ط6، 1993م، ص40.

[2] أحمد محمد شتا، مرجع سابق، ص194.

[3] أحمد محما شتا، مرجع سابق ص194.

[4] أحمد محمد شتا، مرجع سابق، ص195.

فيما يتعلق بالتعويض الناشئ عن الفعل الضار، إذا كان هذا الفعل يشكل جريمة جنائية، ولا يجوز التحكيم بشأن تحديد مسؤولية كل من المسؤولين المتعديين تجاه المضرور، لأن تحديد تلك المسؤولية متعلق بالنظام العام[1].

إذًا الاستعراض السابق يسمح بالقول بأن التعداد الوارد بالمادة (740 مرافعات) يمكن في النهاية إرجاعه إلى فكرة النظام العام[2].

يبقى أن نشير إلى إشكالية، مدخلها أن الكثير من الفقه، يعتبر الاختصاص ببعض المنازعات، إنما ينعقد أصلًا لمحاكم الدولة، أما اللجوء إلى التحكيم فهو طريق استثنائي، وهذا المفهوم من نظر بعض الفقه[3] يحتاج إلى مراجعة، سيما وأن طريق التحكيم قد أضحى في الأزمنة المعاصرة، هو الأكثر ولوجًا من قبل الأطراف، لفض منازعاتهم المتعلقة بالتجارة الدولية، بحيث أصبح اللجوء إلى التحكيم هو الأساس واللجوء إلى القضاء هو الاستثناء.

والتمسك بهذا المفهوم على إطلاقه – التحكيم استثناء –، قد يبرز لنا مشكلة فيما يتعلق بالقابلية للتحكيم.

إذ قد يقول قائل بأن هذه المسألة تجعل من عدم القابلية للتحكيم هي الأساس والأصل، ومن جواز التحكيم الاستثناء على الأصل، مع ما يترتب على هذا التفسير من آثار تهدد النظام العام[4].

والراجح أن الأصل هو جواز التحكيم، والاستثناء هو عدم القابلية للتحكيم، ويبدو ذلك واضحًا في قانوننا، من خلال النصوص المتعلقة بالتحكيم الواردة في قانون المرافعات، حيث افتتحت بالمادة (739 مرافعات) "يجوز أن يتشرطوا – بصفة عامة – ما قد ينشأ بينهم من نزاع ..." ثم جاءت المادة (740 مرافعات) بالأحوال التي لا يجوز فيها التحكيم، فالأصل رددته المادة (739 مرافعات) والاستثناء ورد في المادة (740 مرافعات).

---

[1] عمر عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، 2003، ص65.

[2] د. أحمد أبو زقية، مرجع سابق، ص50.

[3] د. أحمد قسمت الجداوي، مرجع سابق، ص443.

[4] د. أحمد قسمت الجداوي، مرجع سابق، ص443.

واستنادًا إلى هذا التفسير، فإن المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم، لا يجوز التوسع في تفسيرها، وبالتأكيد سيرتبط الأمر هنا بفكرة النظام العام، فحين يتعلق الأمر بتحديد المسائل المتعلقة بالنظام العام، والتي يحظر القانون الليبي اللجوء إلى التحكيم فيها، هنا التفسير يجب أن يتم على نحو مقيد، وليس على أساس التوسع في التفسير، ذلك أن قاضي الدولة، إذا كان مناهضًا لنظام التحكيم، سوف يمكنه بسهولة لأي سبب قد يراه وجيهًا، أن يربط المسألة بالنظام العام، كي يستبعدها من نطاق التحكيم، ثم يصل إلى تقرير اختصاصه بهذه المسألة[1].

والوصول إلى الحل، لن يتحقق إلا إذا نظر إلى التحكيم كيد معاونة للقضاء، للحد من ظاهرة بطء التقاضي، –طريق آخر لفض المنازعات– وليس على أنه طريق استثنائي، وأن الأصل هو اللجوء إلى المحاكم[2].

المطلب الثاني

طرح مفهوم النظام العام في إطار التحكيم

من المعلوم أن صلاحية المنازعات للتحكيم، تخضع لعدة قواعد متعلق معظمها بموضوع النزاع ومدى اتصاله بالنظام، فإذا كان الالتزام مخالفًا للنظام العام، كان العقد باطلًا، وهكذا يشترط في محل اتفاق التحكيم، أن يكون ممكنًا، وألا يكون مخالفًا للنظام العام (فرع أول)، كما أن فكرة النظام العام تبرز، عندما يحدث اصطدامًا بين حكم تحكيم قد يمس الأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع، والتي قد تكون عائقًا يمنع تنفيذ الحكم جزئيًا أو كليًا، مما يعرقل الغاية التي يبتغيها الأطراف من سرعة الفصل في المنازعات (فرع ثانٍ).

الفرع الأول: طبقًا لنطاق اتفاق التحكيم:

اتفاق التحكيم باعتباره عقدًا يجب أن لا يخالف النظام العام، ومخالفة اتفاق التحكيم للنظام العام في هذه الخصوصية، قد تأتي من أن المنازعات ناشئة عن – أمور متعلقة بالنظام العام[1]–، والتي تمت الإشارة إليها سالفًا من خلال المادة (740 مرافعات).

---

[1] د. محمود مصطفى يونس، مرجع سابق، ص248.

[2] انظر د. أحمد قسمت الجداوي، مرجع سابق، ص444.

وبالتالي فإنه يشترط لصحة اتفاق التحكيم، أن يكون محل الاتفاق وهو موضوع النزاع مشروعًا، وغير مخالف للنظام العام، يستوي أن يكون اتفاق التحكيم سابقًا على قيام المنازعة، أو لاحقًا عليها، كما يستوي أن تكون المنازعة مدنية، أو تجارية[2]، وعلى الرغم أنه من المستحسن نظريًّا الفصل بين اتفاق التحكيم والعلاقة القانونية الأصلية، إلا أنه في هذه الخصوصية بالذات، قد يكون من الصعب تمامًا الفصل بين الأمرين، فاتصال موضوع العلاقة القانونية الأصلية بالنظام العام، سينعكس حتمًا على اتفاق التحكيم[3].

ويذهب رأي من الفقه إلى أنه يكفي أن يكون موضوع اتفاق التحكيم متعلّقًا بمنازعة تخضع لإحدى القواعد الآمرة، حتى نستطيع القول بأن هذا الاتفاق باطلًا وغير قابل لعرضه على التحكيم[4].

وإلى هذا ذهب جزء من الفقه والقضاء الفرنسي، إذ في نظرهم أن النزاع يتعلق بالنظام، عندما يستلزم أن يقوم المحكم بتفسير أو تطبيق نص آمر في القانون، وهذا يعني أن التحكيم سينحصر في النصوص المفسرة أو المكلمة، وهذا بدوره سيؤدي إلى ندرة الفرضيات التي سيكون التحكيم فيها جائزًا[5].

وطبقًا لهذا الاتجاه، يتبين لنا أن هناك علاقة وثيقة ومطردة بين القواعد الآمرة والنظام العام، فعادة ما تكون القواعد المتعلقة بالنظام العام قواعد آمرة.

ومن الأمثلة التطبيقية على ذلك، ما قام به مجموعة من الأفراد بسرقة ماشية، وثار نزاع حول تحديد المسؤول عن هذا الفعل، وعرض النزاع على رجل ليكون محكمًا، فطلب من كل منهم أن يترك لديه سندًا إذنيًّا بمبلغ مالي يحتفظ به، حتى ينتهي من عملية التحكيم، وثارت المنازعة من جديد حتى عرض الأمر على محكمة النقض، فقضت ببطلان الاتفاق لتعلقه بتحديد

---

[1] د. أحمد أبو زقية، مرجع سابق، ص52.

[2] د. محمود مصطفى يونس، مرجع سابق، ص232.

[3] د. أحمد أبوزقية، مرجع سابق، ص52.

[4] د. أحمد محمد شتا، مرجع سابق، ص189.

[5] راجع تفصيلًا، د. أحمد أبو زقية، مرجع سابق، ص53.

المسؤولية الجنائية، وهو ما لا يصح أن يكون محلًّا للتحكيم، تطبيقًا للقاعدة العامة "ما لا يجوز الصلح بشأنه لا يجوز التحكيم فيه[1]".

ومن ناحية أخرى، فإن تحديد الجرائم والعقوبات ونسبتها إلى شخص معين – أي المسؤولية عنها – لا يجوز فيه التحكيم، لأن نصوص قانون العقوبات نصوص آمرة، والتحكيم المتعلق بها لا يكون مخالفًا للنظام العام[2].

وهناك مثال آخر من القانون الفرنسي يتعلق بعقد بيع شعير وكانت هذه السلعة "الشعير" خاضعة للتسعير الجبري، قضت محكمة استئناف باريس (9 فبراير 1954م) "بأن النصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بالتسعير الجبري للبضائع تتعلق بالنظام العام، ولذلك فإن أي نزاع يتعلق بتفسير، أو تطبيق هذه النصوص، لا يمكن تسويته عن طريق التحكيم"[3].

وأشير إلى أن هذا الموضوع، له التطبيقات ذاتها أيضا على المستوى الدولي، فهناك أحكام كثيرة صدرت ببطلان اتفاق التحكيم لتعلقه بمخالفة شرعية لقواعد النظام العام، وهذا مثال على ذلك فقد حدث أن أبرم قبطان إحدى السفن الحربية الأمريكية مع إحدى الشركات الهولندية؛ اتفاقًا بموجبه تقوم الأخيرة بانتشال سفينة كادت أن تشرف على الغرق، نظير مكافأة إنقاذ يتم تحديدها فيما بعد عن طريق التحكيم في لندن، أو عن طريق محكم تعينه اللويدز، لكن الحكومة الأمريكية رفضت اللجوء إلى التحكيم، استنادًا إلى قواعد آمرة، ووضعت نظامًا خاصًّا للسفن الحربية، يتعين الخضوع له واتباع إجراءاته، وقد انتهت محكمة القطاع الجنوبي لنيويورك، إلى أن تفسير القانون المذكور يجعل من المتعذر إمكانية أن يكون موضوعه محلًّا للتحكيم، لما يحمله من النزول عن حصانة الدولة في مسألة لا يجوز فيها التحكيم[4].

---

[1] د. محمود مصطفى يونس، مرجع سابق، ص232.

[2] انظر د. نجيب الجبلي، مرجع سابق، ص70، د. أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 سنة 1994م وأنظمة التحكيم الدولية، بدون دار نشر، 2002م، ص41-42.

[3] د. أحمد أبو زقية، مرجع سابق، ص54.

[4] د. أحمد محمد شتا، مرجع سابق، ص192-193.

ولقد كان أمام المحكمة العليا الليبية الفرصة لبيان موقفها من فكرة النظام العام إذا ما اعترضت اتفاق التحكيم، وذلك في قضية "نوفا كاسترو" – طعن إداري رقم 17/1 م – 5 إبريل 1970م– فقد كان العقد إداريًّا، دفعت إدارة القضايا بأن "التحكيم لا يرد على العقود الإدارية؛ إذ لا تتوافر فيه الثقة التي يتميز بها القضاء ... والعقد الإداري تتجلى فيه فكرة الأخذ بأحكام القانون العام، ويستهدف المصلحة العامة ... وبالتالي فلا يجوز أن يكون محلًّا لتعاقد أو تصالح أو تحكيم لما في ذلك من المقامرة ..." [1].

والواضح من هذا الدفع، أنه أدخل العقد ضمن الأمور المتعلقة بالنظام العام، والذي اكتفت فيه المحكمة العليا برد مقتضب عندما قالت "بأن القانون الليبي جاء خلوًّا من أي نص، يحول دون اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية"، مستندة في ذلك إلى التعداد الوارد في المادة (740 مرافعات)، ويبدو أن المحكمة العليا لم تكن موفقة في اعتمادها على حرفية المادة (740 مرافعات)، متجاهلة تمامًا إحدى الحالات التي ذكرتها المادة، وهي "الأمور المتعلقة بالنظام العام" وهذه الأمور من غير المتصور أن تكون محلًّا للتعداد، بل هي مسائل واقع يتصدى القاضي ليبحثها من زاوية تعلق أمر ما من عدمه بالنظام العام؛ فالمحكمة العليا لم تكن موفقة في ردها، سيما وأن الدفع تضمن ما يفيد تعلق العقد الإداري بالنظام العام، وذلك من خلال – "العقد الإداري يتجلى في فكرة الأخذ بأحكام القانون العام ... ويستهدف مصلحة عامة[2]".

وهو ما سارت إليه المحكمة العليا في حكمها "سابق الإشارة إليه" فيما يتعلق بإمكانية التحكيم في المسائل المتعلقة بقانون العمل، حيث انتهجت المحكمة العليا التفسير الموسع لفكرة النظام العام، عكس الحالة السابقة المتعلقة بالعقد الإداري.

وقد جاء في أسباب الحكم "وحيث أن النزاع بين الطاعنة والشركة المطعون ضدها، إنما يتعلق بالأجور الإضافية المستحقة عن ساعات العمل الإضافية، والعمل خلال العطلات

---

[1] مشار إليه في د. أبو زقية، مرجع سابق، ص56.

[2] د. أحمد أبو زقية، مرجع سابق، 56.

الرسمية، وقد قرر قانون العمل استحقاق هذه الأجور فتكون مقررة بمقتضى هذا القانون، ومن ثم لا يجوز التحكيم فيها لتعلق الأمر بالنظام العام[1]".

وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاق على التحكيم في أمور متعلقة بالنظام العام، قد يثار في زاوية الدفع به في دعوى مرفوعة أمام القضاء، أو من زاوية تنفيذ قرار المحكم، إذ أن من أسباب بطلان حكم التحكيم، أن يكون قد صدر في مسألة لا يجوز التحكيم فيها، "المادة (762/ف3 مرافعات[2])".

الفرع الثاني: طبقًا لنطاق حكم التحكيم:

قد تطرح فكرة النظام العام على مستوى آخر، غير مستوى اتفاق التحكيم، فمن المتصور أن يكون اتفاق التحكيم غير مخالف للنظام العام، إلا أن الحكم يقضي بأمر يخالف النظام العام، فالمخالفة هنا متأتية من الحكم وقضائه، ولا ترجع إلى الأطراف واتفاقهم[3].

وإذا كنت قد ذكرت نطاق حكم التحكيم كعنوان لهذه الجزئية فإنني سأعرض تباعًا للإجراءات، ثم التنفيذ، ومدى مواجهتها لفكرة النظام العام.

من البديهي القول بأنه يقع على عاتق المحكمين كما هو الحال بالنسبة للمحكمة، احترام المبادئ الأساسية للتقاضي[4].

نأخذ منها على سبيل المثال مبدأ المواجهة، إذ يقصد بمبدأ المواجهة الذي تلتزم به هيأة التحكيم، باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، أي حق كل خصم في أن يعلم أو يمكَّن من العلم، بما لدى الخصم الآخر عن وسائل دفاع أو حجج، وأن يكون هذا العلم، أو إمكانية العلم في وقت مناسب، يمكنه من الرد على ما قدمه خصمه[5].

---

[1] طعن مدني رقم 23/84ق، سبقت الإشارة إليه، ص182.

[2] انظر قانون المرافعات الليبي مادة (769 مرافعات).

[3] د. أحمد أبو زقية، مرجع سابق، 53.

[4] مسعود مصطفى يونس، مرجع سابق، 236.

[5] د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة الجلاء الجديدة، ط2، 1998م، ص56.

فمبدأ المواجهة هذا وحق الدفاع ومراعاة المساواة بين الخصوم، هي أمور تتصل بالنظام العام يجب على المحكم ألا يخالفها وإلا كان حكمه باطلًا[1]، وهذا ما أشارت إليه المادة (769 مرافعات) في فقرتها السابعة "إذ لم يراعِ المحكمون قواعد المرافعات التي التزموا مراعاتها، والتي ينص القانون على أن مخالفتها توجب البطلان" وهذه المبادئ الأساسية التي يجب أن تكون إجراءات التحكيم مراعية لها، يمكن أن نستقرئها من نص المادة (756 مرافعات) "يحكم المحكمون في النزاع على أساس ما يقدم إليهم من الخصوم، وعلى المحكمين أن يحددوا لهم موعدًا لتقديم مستنداتهم، ومذكراتهم، وأوجه دفاعهم..." نستشف من هذه المادة توافر المكنة القانونية، التي بواسطتها يستطيع الخصم الاطلاع على مستندات الخصم الآخر وأدلته، وبالتالي نكون أمام مبدأ المواجهة وبالمحصلة احترام حقوق الدفاع، إذ المبادئ الأساسية موجودة وعلى المحكم أن يراعي هذه المبادئ الأساسية في إجراءاته.

أما فيما يتعلق بتنفيذ حكم التحكيم، فإن فكرة النظام العام، تثار بصفة خاصة عند تحديد الضوابط التي تحكم سلطة القاضي المختص، بإصدار الأمر بالتنفيذ، "إلا بأمر يصدره قاضي الأمور الوقتية ....." المادة (763 مرافعات)، إذا يجب على القاضي التحقق من ضرورة خلو حكم المحكمين من العيوب الإجرائية، بمعنى الابتعاد في حكم المحكمين، على مقتضيات النظام العام[2]، وهذا يجد سنده أيضًا في نص المادة (763 مرافعات) "وذلك بعد الاطلاع على الحكم ومشارطة التحكيم والتثبت من عدم وجود ما يمنع من تنفيذه ...".

ومسألة التحقق من مدى مطابقة حكم المحكمين للنظام العام، حتى يصدر قاضي الأمور الوقتية الأمر بالتنفيذ، يجب أن تقوم على نوع من التوازن بين سلطة القاضي في إصدار أمر التنفيذ من جهة، واحترام فكرة النظام العام من جهة أخرى، وذلك انطلاقًا من معيارين أحدهما النظر إلى التحكيم كيد معاونة للقضاء، ومن ثم التوسع في نطاق عرض كثير من المسائل، التي لم يكن من الجائز عرضها على التحكيم –هذا ما تمت الإشارة إليه في المطلب

---

[1] د. أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة، سنة2001م، ص66.

[2] محمود مصطفى يونس، مرجع سابق، 296.

الأول – ثانيهما – أن الرقابة على أحكام الحكمين يجب أن تقتصر على دراسة حكم المحكمين وهل يهدد النظام العام أم لا[1].

بالإضافة إلى ذلك، فإن قواعد النظام العام تمثل قيدًا على القانون الواجب التطبيق على المستوى الدولي؛ إذ يجب ألا يكون في تنفيذ حكم المحكم ما يخالف النظام العام في بلد التنفيذ، وإلا جاز للسلطة المختصة في دولة التنفيذ، أن ترفض الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه من تلقاء نفسها[2].

وهذا يجد سنده في نص المادة (28 مدني ليبي) "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في ليبيا".

وقد ثار التساؤل عن المحاولات التي يجب فيها استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، فقد ذهب البعض إلى استبعاد أحكام القانون الواجب التطبيق أو بعض أحكامه، إذا تعارضت مع أي من القواعد الآمرة في قانون دولة مكان التحكيم، أو التي ينفذ فيها حكم التحكيم، ويذهب رأي آخر إلى أن القانون الواجب التطبيق، يكون مخالفًا للنظام العام إذا تعارض مع الأسس الجوهرية في الدولة[3].

"والراجح هو احترام القواعد المتعلقة بالنظام العام في الدولة التي يتم فيها تنفيذ الحكم، باعتبار أن هذه الدولة هي التي يعنيها مدى اتفاق الحكم الذي ينفذ على أرضها مع النظام العام، وهي التي تمنحه أمر التنفيذ، فضلًا عن أنه يستجيب للاعتبارات العملية التي من أجلها كان لجوء المحتكمين إلى اتباع وسلوك طريق التحكيم[4]".

---

[1] محمود مصطفى يونس، مرجع سابق، 247 وما بعدها.

[2] د. أحمد هندي، مرجع سابق، 66.

[3] انظر هذه الآراء وغيرها في د. مسعود مصطفى يونس، مرجع سابق، ص244.

[4] مسعود مصطفى يونس، مرجع سابق، 245.

خاتمة

تعد فكرة النظام العام من الأفكار الأساسية في علم القانون بصفة عامة، حيث يقوم استخدام مصطلح النظام العام في القانون الداخلي بكافة فروعه المختلفة، من خلال القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

لما كان النظام العام قوامة فكرة المصلحة العامة، سواء كانت هذه المصلحة سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية أم أدبية، فلا يجوز التحكيم في أية منازعة بما لا يجوز التعامل فيه بمقتضى قوانين خاصة لأي سبب من الأسباب.

فإذا كان عدم قبول الدعوى أمام القضاء لسبب متصل بالنظام العام بمقتضى أن المحكمة تلتزم من تلقاء نفسها حتى ولو كان علما مصالحا إذ يتعلق احترام المحكم للنظام العام بمدى نجاعة حكمه والاعتراف به وتنفيذه.

نتائج البحث:

1. إن فكرة النظام العام فكرة معيارية من زمن لأخر وأن لهذه الفكرة علاقة وطيدة بالفلسفة السائدة داخل مجتمعها.
2. إن فكرة النظام العام في الفقه القانوني تقابل في الفقه الإسلامي حق الله أو حق الشرع، فهو لا يقل في مداه عن النظام العام بل قد يزيد عليه.
3. إن التعداد الوارد في المادة (740 مرافعات)، عائد في مجمله إلى فكرة واحدة هي النظام العام.
4. إن فكرة النظام العام في التحكيم الدولي، أضيق نطاقًا من فكرة النظام العام في التحكيم الداخلي، وبناءً عليه فليست كل قاعدة آمرة تتعلق بالنظام العام في التحكيم الداخلي تعتبر من النظام العام في المعاملات الدولية.
5. تدور فكرة النظام العام في إطار التحكيم، حول عدم معارضة الاتفاق التحكيمي مع النظام العام، وعدم تعارض إجراءات التحكيم مع المباديئ الأساسية في التقاضي، والتي تعد من مقتضيات النظام العام، والتي يأتي على رأسها احترام

حق الدفاع، ومبدأ المواجهة واستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، إذا تعارض مع فكرة النظام العام.

توصيات البحث:

1. أناشد المشرع الليبي بتنظيم التحكيم الداخلي بقانون مستقل، وأن يخص التحكيم الدولي بقواعد مفصلة ومستقلة عن التحكيم الداخلي.
2. يجب أن يتم تفسير النظام العام في مجال التحكيم التجاري الدولي؛ تفسيرًا ضيقًا بشيء من المرونة، تتمشى مع حاجات التجارة الدولية، بحيث لا يقف عقبة في سبيلها.
3. أدعو إلى التوسع في نشر أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية، مع تعليق الفقهاء والمختصين عليها.
4. تدريب هيئات التحكيم طبقًا لبرامج تدريبية عملية وتطبيقية مكثفة، بغية اكتساب التجربة التحكيمية.
5. التوسع في تدريس مادة التحكيم في ضوء التطورات الحديثة، لتعميق المفاهيم الصحيحة والمساهمة في تكوين كوادر في مجال التحكيم.
6. على المحكم عند الفصل في أي نزاع، أن يأخذ بقواعد النظام العام حتى لا يؤدي إهمالها إلى بطلان حكمه أو عدم احترامه وتنفيذه.

قائمة المراجع

أولا: مراجع فقهية:

- شرح التلويح على التوضيح، للإمام سعد الدين الثفترازي، ج3، المكتبة التوفيقية، بدون سنة نشر.

ثانيا: مراجع قانونية:

- د. أحمد أبوزقية، أوراق في التحكيم، منشورات جامعة قاريونس، الطبعة الأول، 2003م.
- د. أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقا لقانون رقم 27 لسنة 1994م وأنظمة التحكيم الدولي، بدون دار نشر، ط2002م.
- أحمد محمد شتا، نطاق أحكام التحكيم في مصر، جامعة القاهرة، ط2002م.
- د. أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة، ط2001م.
- أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العلمية والقانونية في العلاقات الخاصة والدولية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2003م.
- د. الكوني على اعبودة، أساسيات القانون الوضعي الليبي، منشورات كلية القانون جامعة ناصر، ط1993م.
- د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، ط3، 1988م.
- د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، بدون سنة نشر.
- حمدي محمد إسماعيل، القيود الواردة في العقود المدنية على مبدأ سلطات الإدارة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، ط2006.
- زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قاريونس، ط6، 1993م.
- د. سالم ارجيعه، القانون الدولي الخاص الليبي، ج1، المركز القانوني للبحوث والدراسات العلمية، ط1، 1999م.
- د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة نشر.

- د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة الجلاء الجديدة، ط2، 1998م.
- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، ج1، نظرية الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2000م.
- د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج3، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، 1998م.
- عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، ط2003م.
- د. غالب على الداودي، القانون الدولي الخاص، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ط4، 2005م.
- د. محمود مصطفى يونس، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ط1، بدون سنة نشر.
- د. نجيب أحمد ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية مقارنة بالفقه الإسلامي، المكتب الجامعي، ط2006م.

ثالثا: الأبحاث والمجلات:

- د. أحمد قسمت الجداوي، بحث بعنوان "تنازع القوانين في شأن قابلية النزاع للتحكيم"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة 38، 1996م.
- د. الكوني علي عبودة، "أضواء على قواعد التحكيم في قانون المرافعات الليبي"، المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد الخامس والعشرون، 2001م.
- محمد أحمد ربيع، بحث بعنون "الأسباب المقبولة أمام محكمة النقض"، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الرابعة، العدد الأول، 1963م.
- مجلة المحكمة العليا تصدر عن المكتب الفني.