العدد التاسع
تاريخ الإصدار: ٢ – ٧ – ٢٠١٩
www.ajsp.net
ISSN: 2663-5798

" مدى اثر النظام العام على صحة حكم التحكيم في سلطنة عمان "

د. سليم يعقوب – أستاذ مساعد

القانون التجاري– كلية الحقوق– جامعة صحار– سلطنة عمان

معلومات التواصل

salim.yaacoub@yahoo.com

العدد التاسع
تاريخ الإصدار: ٢ – ٧ – ٢٠١٩
www.ajsp.net
ISSN: 2663-5798

ملخص البحث:

تعتبر فكرة النظام العام صمام الأمان للأنظمة القانونية الا انها تتمتع بمرونة تسمح لها بتطبيق حكم التحكيم عندما يصطدم بالأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع. يقول الفقيه عبد الرزاق السنهوري في شرح مفهوم النظام العام ضمن منشورات محمد الداية– بيروت ما يلي:" المسألة لا يجدي فيها نص تشريعي، و هي من أكثر المسائل القانونية تعقيدا، فنحن نريد أن نعرف ما إذا كانت قاعدة قانونية معينة تتعلق بنظام المجتمع الأعلى حتى يخضع لها الجميع ولا يجوز لأحد مخالفتها، أو هي قاعدة اختيارية لا يهم المجتمع أن يأخذ بها كل الناس، و كل شخص حر في إتباعها أو تعديلها كما شاء". لذا في هذا البحث سنتطرق من جهة، الى الأهمية التي تمكن في تحديد مفهوم النظام العام وما قد يثيره من مشاكل متعددة في الأنظمة القانونية المختلفة الامر الذي يعيق الوصول إلى غاية الأطراف في سرعة فصل المنازعات. ومن جهة أخرى مدى أثر هذا المفهوم على حكم التحكيم. لذا نسأل من بعد السنهوري هل يحقق النظام العام الضمان الكافي لحماية المبادئ والأسس العامة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يقوم علىها المجتمع؟

كلمات دالة: التحكيم– النظام العام– سلطنة عمان

مـقدمة البحث:

في ظل تطور الظروف الاقتصادية التي تشهدها الدول وما لحق ذلك من أغراءات لكثير من المستثمرين الاجانب إلى توظيف أموالهم خارج حدود دولهم ورغبة من هذه الدول في زيادة وجذب مزيد من الاستثمارات الأجنبية، أصبحت الحاجة ملحة إلي خلق بيئة تشريعية مناسبة تشجع هؤلاء المستثمرين على المخاطرة بأموالهم خارج بلادهم .لذا قامت سلطنة عمان باجراء تعديلات على قانون الاستثمار الاجنبي و سعيا" منها إلى جذب المستثمرين لجأت إلى النص في تشريعاتها على التحكيم كأداة لحل مسألة العقود ذات الطابع الاجنبي لما في ذلك من أثر يبعث الطمأنينة في نفوسهم ويجعلهم بنأي عن مخاطر التحييز وميل القضاء المحلي لحماية مصالح المواطنين.

فاجراءات التقاضي تتسم عادة بالبطء والتعقيد و كثرة التكاليف، لذا فان اتفاق الاطراف على التحكيم ، يكشف عن رغبتهم في الفصل فيما قد يثور بينهم من خلافات. والتحكيم هو اتفاق بين طرفين على ان يتم الفصل في المنازعات التي ثارت بينهم او التي يمكن ان تحدث عن طريق اشخاص يتم اختيارهم كمحكمين. ويتولى الاطراف تحديد اشخاص المحكمين على ان يضمنوا اتفاقهم بيانا لكيفية اختيار المحكمين او ان يعهدوا لهيئة او مركز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقا للقواعد الخاصة بهذه الهيئات او المراكز.

التحكيم اصبح من ضرورات التعاقد في مجتمعنا الحالي إلا أنه في النزاعات الدولية يلعب دورا اهم، لأن الأمر ليس متروكا في حالة تنازع القوانين لقواعد الإسناد التي تؤدي إلى تطبيق قانون قد يصدم توقعات الأطراف. بالمقابل يمنح التحكيم الأطراف في علاقات التجارة الدولية ميزة تحديد العلاقة أو القانون الواجب التطبيق، الامر الذي يشجع على أن يثق احدهم في قانون بلد الطرف الأخر وليد ثقافة وحضارة وبيئة غريبة عنه باعتبار انهم غالبا ما يكونون من جنسيات مختلفة وأنظمة قانونية متباينة.

العدد التاسع
تاريخ الإصدار: ٢ – ٧ – ٢٠١٩
www.ajsp.net
ISSN: 2663-5798

والتحكيم له حسناته وسيئاته إلا أنه أصبح واقع على الدول أن تتأقلم معه عبرسن تشريعات وطنية تكرس نصوص كفيلة بتحقيق جودة وضمان حسن وكفاءة التحكيم الذي يتم داخل البلاد. لذلك تدخل المشرع العماني واصدر قانونا ينظم التحكيم تحت رقم ٤٧ السنة ١٩٩٧، ضمنه العديد من النصوص التي تواكب الاتجاهات الحديثة وتسهم في تحقيق قدر من الرعاية على أحكام التحكيم على ألا تخالف هذه الأحكم النظام العام في السلطنة.

وتظهر فكرة النظام العام حيث يمس حكم تحكيم بالاسس التي يقوم عليها كيان المجتمع والتي قد تكون عائقا يمنع تنفيذه كليا او جزئيا او قد يؤدي الى عرقلة الوصول الى الغاية التي تبتغيها الاطراف المعنية في سرعة فصل المنازعات. ولقد استقر المشرع العماني على عكس المشرع الفرنسي و اللبناني(م. ٨٠٠ ا.م.م) على ان احكام التحكيم لا تقبل الطعن فيها باي طريق من طرق الطعن وانها مقيدة فقط بما لا يخالف النظام العام ، فلا يجوز الامر بتنفيذ هذه الاحكام الابعد التحقيق من عدم مخالفاتها للنظام العام . فاصبح الامر حينئذ بيد الفقه والقضاء ليحاولا معا ان يضعا اطرا و ضوابط قانونية وفقهية يمكن من خلالها التوفيق بين اعتبارات النظام العام واحكام التحكيم وبين الاتجاه الدولي لنمو التجارة الداخلية والخارجية .

لذا سوف نتناول فكرة النظام العام وتأثيرها على صحة حكم التحكيم في غضون فصلين:

الأول: ماهية النظام العام.

الثاني: اثر النظام العام على حكم التحكيم

الفصل الاول: ماهية النظام العام

النظام العام فكرة تستعصي بطبيعتها على التحديد. فلقد تصدى الفقه الغربي بعدما تراجع المشرع لمهمة تعريف النظام العام حيث قال الفقيه كابتان (١٩٦٠، ص. ٦٠) " النظام العام هو تنسيق النظم وتنظيم القواعد القانونية التي هي ضرورية للدولة في استعمالها وعملها، وعرفه بيردو(١٩٤٨، ص. ٣٧) بأنه " فكرة ذات مضمون واسع تشمل صور النظام العام المادي والأدبي والاقتصادي كافة ، ويمتد ليشمل النشاط الاجتماعي" ، كما عرفه ليون دوجي بأنه" المصلحة الاجتماعية أيا كانت وفق النهج المتعارف عليه في دولة معينة" (بودیار، ٢٠٠٣)، أويضا عرفه موريس هوريو(1993 ، ص. ٣٢٣) بأنه حالة واقعية عكس الفوضى، أما بيلفوت فقال "غاية الضبط هي حالة واقعية سلبية وكل أعماله تستهدف منع الاضطراب" (حلمي، ١٩٨٩)، وعن اسمان فعرفه بأنه" مجموعة القواعد الرا سخة لحماية مصالح الأفراد أنفسهم بوصفها ضرورية لسلام وازدهار الجماعة التي ينتمون اليها"(مختار، ١٩٧٥) . وعرفه جودو ليوري بأنه" مجموعة الشروط اللازمة للأمن والآداب العامة التي لا غنى عنها لقيام علاقات سليمة بين المواطنين بما يناسب علاقاتهم الاقتصادية "(الطماوي، ١٩٦٧، ص. ٤٩٠). أما بلانيول فيقول" يكون أحد الأحكام من النظام العام إذا كان مستوحى من اعتبار منفعة عامة تكون في خطر إذا كان الأفراد أحرا ر في منع تطبيق القانون ". كما عرفه مالوري بأنه" حسن سير عمل المؤسسات التي لا غنى عنها للجماعة"(غسطين،١٩٩٣، ص. ١)

إشعار النظام العام هو إشعار غامض وغير قابل للتغيير (نمور،٢٠٠٩، ص. ٣٧). اما العلامة جان كربونيه ربط مفهوم النظام العام بمعيار " المصلحة العامة " وسيادة المجتمع على الفرد. والنظام العام في رأيه يعبرعن النواة الصلبة للمجتمع

وعن ارادة الحياة للمجتمع المهدد ببعض المبادرات الفردية من خلال العقود" (كاربونيه، ٢٠٠٠). اما العلامة عبد الرزاق السنهوري فقد اقترب في تعريفه من العلامة جان كربونيه حينما عرف النظام العام بانه: "القواعد القانونيـة التـي يقصـد بهـا تحقيق مصلحة عامة سياسية او اجتماعية اواقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الاعلى وتعلو على مصلحة الافراد، فيجب على جميع الافراد مراعاة هذه المصلحـة وتحقيقها ولا يجوز لهم ان يناهضوها باتفاقيات فيما بينهم، حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فرديـة، فان المصالح الفردية لا تقوم امام المصلحة العامة".(السنهوري، ١٩٩٤، ص٤٣٣)

حتى ان الاجتهاد لم يخرج عن الإطار الفقهي الذي بيّناه سابقا ، إذ صدّقت محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ ٤ ديسمبر ١٩٢٩، قرار صادرا عن محكمة استئناف ورد فيه أنه يتبين من نص المادة ١١٣٣ من القانون المدني أن السبب يعتبر غير مشروع عندما يخالف النظام العام دون أن يكون حتما ممنوعا بوجب القانون .وبالتالي اعتبرت أن موضوع النزاع المتعلق باستغلال المرضى من خلال اللجوء إلى دعاية مكثفة للتأثير على الجمهور، باطل لأنه مخالف للنظام العام. أيضا" اعتبرت محكمة التمييز اللبنانية (مجلة العدل، ١٩٨١ ،ص. ٥) أن النظام العام يتكون من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع اللبناني والتي يحميها القانون باسم المحافظة على هذا النظام. كذلك حددّت محكمة التمييز اللبنانية النظام العام " كمجموعة من القواعد الآمرة ذات الصلة بمصالح المجتمع "(تمييز، ٢٠٠٢).

و في اغلب التشريعات نرى فكرة النظام العام مزامنة لفكرة الآداب العامة التي تعتبر مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معيشة وعصر معين. فهي بهذه المثابة تشكل الشق الخلفي لقواعد النظام العام، وليس المقصود بالآداب العامة كل قواعد الأخلاق، وإنما يقصد بها قدرا من هذه القواعد تمثل الأصول الأساسية للأخلاق في الجماعة (سليم ٢٠١١، ص. ٦٥– عوض، ٢٠١٢، ص. ٧– زهرة، ٢٠١٥، ص. ٤٣)

وإذ تختلف فكرة النظام العام و الاداب العامة من بيئة لاخرى، فكثير من التعاملات التي كانت تعتبر صحيحة سابقا"، أصبحت اليوم مخالفة للنظام العام في ظل التشريعات الحديثة التي تدخل فيها المشرع بنصوص آمرة لا تجوز مخالفتها (الصدة ،١٩٧٨). وبناء على ذلك فإن فكرة النظام العام تتصف بالمرونة تبعا للأفكار السائدة في المجتمع. فيقول الفقيه السنهوري(٢٠٠٢ ، ص٣): "لا نستطيع أن نحصر النظام العام لانه شيء متغير يضيق و يتسع حسبما يعده الناس مصلحة عامة ، فلا توجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديدا مطلقا يتماشى مع كل مكان و زمان". لذلك فانه ينحصر في أضيق الحدود في ظل المذاهب الفردية التي تبدي حرية الفرد على الصالح العام، بينما يتسع في ظل المبادئ الاشتراكية التي تضحي في سبيلها بالمصلحة الفردية على حساب المصلحة العامة. ونظرا" لمرونة وتطور فكرة النظام والآداب، فإنها تعتبر المخرج للعوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية في النظام القانوني، لمواكبة التطور الذي يتعرض له المجتمع في وقت واحد(كيرة ،2014).

ونعرض النظام العام في القانون العماني في مبحث أول ثم نعرض العلاقة بين النظام العام والقواعد الآمرة في مبحث ثاني.

المبحث الاول: النظام العام في القانون العماني

فكرة النظام العام فكرة مرنة جدا و تعتبرها التيارات الاجتماعية والاخلاقية منفذا رئيسا منه في سبيلها إلى النظام القانوني لتثبت فيها ما ينقص من عناصر المجتمع والحياة. لكن يمكن للقاضي ان يتحرر من إبداء آرائه الخاصة في العدل

العدد التاسع
تاريخ الإصدار: ٢ – ٧ – ٢٠١٩
www.ajsp.net
ISSN: 2663-5798

الاجتماعي محل فكرة النظام العام أو الآداب فالواجب يقتضيه ان يطبق مذهبا عاما يدين به الجماعة بأسرها لا مذهب فرديا خاصا.

مطلب اول: تطبيقات فكرة النظام العام

تطبيقات فكرة النظام العام متعددة وتشمل العلاقات التي تربط معها الافراد في المجتمع في نطاق القانون العام. بالنسبة لما يقرره القانون الدستوري والاداري من قواعد دستورية و تنظيمية تتعلق بالنظام العام لا يجوز مخالفتها. وكذلك القانون المالي، واحكام القانون الجزائي، يضاف الى ذلك النظام القضائي من حيث تحديد الاختصاص النوعي للمحاكم وطرق الطعن في الاحكام الى غير ذلك من الاجراءات. فكل اتفاق يخالف هذه الاحكام يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام.

اما في نطاق روابط القانون الخاص، فنجد ان غالبيتها تلتق بفكرة النظام العام ومن ثم لا يجوز الاتفاق بما يخالفها ، فالحالة المدنية للانسان من حيث: اسمه ،جنسيته ،اهليته، وعلاقته باسرته كلها تتعلق بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على تعديل الجنسية او التنازل عنها وكذلك الاسم او احكام الاهلية واحكام الاسرة فكل اتفاق يخالف ذلك يعتبر باطلا بطلانا مطلقا (صادق، ٢٠٠٤، ص. ٣٥).

من جهة اخرى يجب تمييز النظام العام من الاداب العامة التي تعتبر مجموعة من القواعد والمبادئ متبعة في زمن معين ومكان من قبل الناس طبقا لمبادئ ادبية تسود علاقاتهم الاجتماعية ،وهذه المبادئ هي نتيجة الاعتقادات الموروثة والعادات المتاصلة وما جرى به العرف وتعامل الناس به. ويعتبر الدين اهم العوامل التي تؤثر في المبادئ الادبية للامة، يضاف اليه العرف والعادات والتقاليد التي يسير عليها المجتمع. ولمعرفة ما اذا كانت القاعدة تتعلق بالآداب العامة من عدمه، فيجب الرجوع الى المتعارف عليه من الناس حيث مخالفة القاعدة عندئذ تؤدي الى جزاء البطلان (تناغو، ٢٠٠٠، ص. ٨٥ – زهرة، و أبوزيد، ص. ٤٥). فالمعيار اذن اجتماعي عام وليس معيارا ذاتيا خاصا، وان كان غير ثابت بل ومتطور طبقا للبيئة الاجتماعية (فرج ، ١٩٩٣، .ص. ٥٢٦).

و الجدير بالملاحظة ان فكرة الاداب اما ان تعتبر جزءا من النظام العام او تعتبر مرادفة لها. فاذا اعتبرت جزءا من النظام العام فيقصد بها الناموس الادبي الذي يقوم عليه المجتمع وهو الجزء الذي يضاف الى الاساس السياسي والاقتصادي والاجتماعي ليتكون بعد ذلك ما يقصد بالنظام العام .ومع ذلك فان فكرة الاداب قد تكون مرادفة لفكرة النظام العام اذا قصد بالاصطلاح الاداب،الافكار الاخلاقية السائده في المجتمع وهذا الاتجاه يعتبر موسعا لفكرة الاداب العامة ولكن في التطبيقات سوف ناخذ بالاتجاة الضيق ،وهو ما يعبر عن الناموس الادبي في المجتمع (السنهوري ،2011، ص٥٢٦).

حيث من الامثلة الاتفاقيات المخالفة للاداب،كالاتفاق على اقامة علاقة غير مشروعة مقابل مبلغ من النقود، عقود المقامرة والرهان ويستثنى منه الرهان الرياضي والسباق وما شابه ذلك وكذلك يعتبر الاتجار بالبشر من الاتفاقيات المخالفة للاداب العامة (كيرة ،2014، ص.١٠٤)

مطلب ثاني: دور القاضي وتطوره بالنسبة لتحديد مفهوم النظام العام والاداب العامة

AJSP
المجلة العربية للنشر العلمي
العدد التاسع
تاريخ الإصدار: ٢ – ٧ – ٢٠١٩
ISSN: 2663-5798
www.ajsp.net

كما اشرنا سابقا ان معيار النظام العام والآداب العامة هو معيارعام موضوعي ناجم عن ناموس أدبي ينظر فيه الى المجتمع المصلحة العامة وما تواترعليه الناس دون النظر إلى الفرد. تجدر الاشارة الى ان قواعد النظام العام لا تشتمل على الاحكام القانونية الالزامية المكتوبة فقط بل تتجاوزها الى النظام العام غير المكتوب والمفترض Virtuel والمستمد من روح التشريع والمباديء القانونية العامة والاعراف وغيرها(لوغو، ٢٠٠١). لذا فان النظام العام هو اكثر اتساعاً من الاحكام القانونية الالزامية حيث ترك للقاضي صلاحية تقدير قواعد النظام العام والتحري عنها. ويكاد القاضي ان يكون مشرعاً في هذه الدائرة المرنة، مقيدا" بآداب عصره ومجتمعه ونظم الامة الاساسية دون الانجراف نحو ارائه الخاصة ومعتقداته وفكره (مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ص. ٢٢٣). ومن ثم لا يجوز للقاضي أن يفسر النظام العام والآداب بطريقته الخاصة او وفق معتقداته الشخصية انما يتعين عليه أن يفسره تفسيرا" ملائما" لروح العصروآدابه وفق نظرالمجتمع ومصالحه العامة. فالقاضي في هذا المجال يتمتع بسلطة تقدير ما اذا كان أمرا مخالفا للنظام العام والآداب أو متفقا معها، وذلك إذا خلا من تكييف البطلان المطلق أو النسبي(السنهوري،٢٠١١، ص.٥٢٧). وبالرغم من مرونة النظام العام والآداب و استنسابية سلطة القاضي في تحديد مضمونها الا انه نجد أن القاضي مقيد نوعا ما، لا بما يراه هو ولكن بالتيار العام السائد بشأنهما في هذه الجماعة المعينة في الزمن المعين (السنهوري،٢٠١١، ص.٤٠١). لذلك يعتبر جوهريا" حسن اختيار القضاة وتعدد درجات التقاضي ما يكفل درء هذه مخاوف تعسف سلطة استعمال القاضي في تقدير فكرة النظام العام و الاداب العامة (كيره، ٢٠١٤.ص ١٠٤).

و ترتيبا على ذلك نجد أن تمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة عند أعماله لفكرة النظام العام، لا تعني امكانية تحديده لما يعد من النظام العام وفق نظرية الشخصية، حيث انه يفصل في النزاع لكونه يمثل المجتمع في تطبيق القانون، وبالتالي فدوره منحصر في أعمال الافكار السائدة في هذا المجتمع، فالقاضي مقيد هنا بالنص القانوني الواجب التطبيق، عندما عرض عليه نزاع، ومن ثم يكون دوره سهلا عند تطبيق النظام العام سواء كان علي المستوي الداخلي أو على المستوي الدولي، ولكن المشكلة تثار هنا في حالة عدم وجود نص تشريعي يستند الية القاضي في حكمه، وتكون هناك مسألة معروضه عليه قد تضر بكيان المجتمع، ومن هنا ونظرا للتطورات الموجودة في كافة مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية، كان على القاضي ان ينظر بشكل متطور في كل النزاعات المعروضة عليه وعليه أن يحدد كافة القواعد التي تصدم مع قانونه الوطني، ويوضح الاثر الذي قد يترتب من جراء تطبيق قاعدة مخالفة للنظام العام، وفي مجال القانون الدولي الخاص، يجب على القاضي ان يحدد مضمون القواعد القانونية الوطنية التي تصطدم مع القانون الاجنبي وبالتالي يؤدي الأمر إلى المساس بالنظام العام، فلو كان القانون الأجنبي متعارض مع قانون دولة القاضي، فعليه أن يقف عند حد أن القانون الاجنبي معارض مع النظام العام من الناحية النظرية المجردة، بل أن هذا يمتد إلى بحث النتيجة العملية التي تترتب على تطبيق القانون الاجنبي(عبد السيد تناغو،٢٠٠٠، ص. ١٠٦). فقد يحدث ان يكون تطبيق القانون الاجنبي غير مخالف لنظام العام في دولة القاضي ، وهنا يجوز تطبيقه اما في حالة ثبوت مخالفته تطبيق القانون الاجنبي للنظام العام في دولة القاضي فلا بد هنا من عدم تطبيق هذا القانون حفاظا على النظام العام في دولة القاضي(هندي، ٢٠٠٩، ص. ٤٠).

من جهة اخرى، اذا كان القاضي لا يحكم وفق معتقداته الشخصية، لكنه يحكم بالقانون متسلحا بمفهومه الصحيح، ومراعيا للمصلحة العامة التي هي غاية التشريع وهدفه، ومن المعروف ايضا ان كل قاعدة من القواعد المتعلقه بالنظام العام، لا

AJSP
المجلة العربية للنشر العلمي
العدد التاسع
تاريخ الإصدار: ٢ – ٧ – ٢٠١٩
ISSN: 2663-5798
www.ajsp.net

يكون للاطراف حق التنازل عن التمسك بها سواء كان صراحه او ضمنا امام القضاء، حيث ان القاضي ملزم باثارتها ولو من تلقاء نفسه (المنصوري، ٢٠٠٣).

وعليه اذا وجدت شروط مخالفة للنظام العام في العقد بدلا من الحكم بالبطلان فيها ظهر اتجاه اخر فرنسي على يد الاستاذ Ripert حيث نادى بفكرة التطويع، وهي من المستجدات التي ظهرت مع النظام العام باشكاله، حيث ان التطويع هنا معناه تصحيح العقد عن طريق استبعاد الشرط المخالف، واحلال مكانه النص القانوني الصحيح حيث يتسائل هنا التيار الفرنسي في مدى فائدة الحكم بالبطلان المطلق على العقد. فيمكن اعتبار فكرة التطويع افضل من فكرة البطلان المطلق حيث انه ما دام التعاقد مرغوبا في ذاته ولكن قد يخالف بعض الشروط ، فمن الافضل تصحيح هذه الشروط واستمرار التعاقد بدلا من الحكم بالبطلان المطلق على العقد (صادق، 1972، ص.٢٥٠).

و الفقه الفرنسي فرق بين دور القاضي في التطويع في حالة وجود نص قانوني ودوره في التطويع في حالة عدم وجود نص قانوني. ففي حالة وجود نص تشريعي، الامر لا يخلو من صدور قانون جديد، او تعديل تشريعي يتم بموجبه التغيير في قيمة بعض الاداءات والالتزامات العقدية السارية، وتصبح العقود المبرمة قبل ذلك مخالفة لما ورد في النص الجديد وبتالي يقوم القاضي بتعديلها لتتوافق مع النص الجديد حيث يعمل على عدم وجود اي خلاف بينهما. اما في حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن ايضا هنا تطويع العقد، لانه ايا كانت الحلول المطروحة فان الرغبة على ابقاء العقد يجب ان تكون هي الفكرة الرئيسية، لا بطلانه اوانهائه، ففكرة المصلحه اصبحت تهيمن على التشريع وتهدف الى ابقاء التصرفات القانونية دون الاضرار بها(سلامة، ١٩٩٦، ص٥٩).

ان القاضي هنا ملزم بالقيام بالدور المنوط به نتيجة تطور الحياة في كافة المجلات، وبالتالي فسياسة البطلان كجزاء، اصبح امرا لا يواكب العصر الذي يتطلع كل يوم الى استحداث احكام جديدة وبالتالي على القاضي ان يكون ملما بمجريات السياسة الاقتصادية والاجتماعية والدينية في المجتمع، وبالتالي يساهم في تطوير التصرفات القانونية بما يتلاءم والمصلحة العامة للمجتمع. واخيرا القاضي وهو يقوم بهذا الدور لا يخرج عن مهمته الاساسية وهي تطبيق القانون الصحيح على الواقعة، حيث ان التطويع لا يتعدى هذه المهمة، ورغم ان هذه المهمة لم يألفها القضاء في ظل النظريات التقليدية، نتيجة تطور نظرية البطلان في القانون المدني ، الا ان الامر يستوجب اعادة النظر(المنصوري، ٢٠٠٣).

المبحث الثاني: علاقة فكرة النظام العام بالقواعد الامرة

فكرة النظام العام والاداب هي قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها والاّ وقع هذا الاتفاق باطلا بطلانا مطلقا. والبطلان المطلق يجوز لكل ذي مصلحة ان يتمسك به على خلاف البطلان النسبي الذي يتقرر لمصلحة شخص معين بالذات بقصد حمايته وحده، وبالتالي لايجوز لغير هذا الشخص التمسك به(تناغو، ٢٠٠٠، ص. ١٠٦).

بيد أن صفة الإلتزام في القواعد الآمرة تعتبر واضحة لأن هذه القواعد بحسب تعريفها لا يجوز الإتفاق على ما يخالفها. أما القواعد المكملة فهي قواعد يجوز الإتفاق على ما يخالفها اضاقة الى انها ليست اختيارية يجوز الأطراف الاستعان بها على تنظيم قانوني آخر غير الذي تقضي به(فرج ،١٩٩٣). بعبارة اخرى القواعد الامرة تنطبق على كل ما يتعلق بكيان الدولة ومصالحها الاساسية ولهذا لا يجوز مخالفتها . اما القواعد المكملة فانها تنطبق على مصالح الافراد، بعيدا عن كيان الدولة (السنهوري،٢٠١١، ص530).

العدد التاسع
تاريخ الإصدار: ٢ – ٧ – ٢٠١٩
www.ajsp.net
ISSN: 2663-5798

و تعامل الأفراد لا بد أن يكون خاضع لقانون معين حتى وإن كانت هناك بعض المسائل التي لا يؤثر تنظيمها بشكل أو بآخر على الأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع. ومن جهة اخرى فإن القانون يخول الافراد تنظيم هذه المسائل ووفقا لإرادتهم، إلا أنه لا يمكن ترك هذه المسائل دون أي تنظيم على الاطلاق. فإذا حدث مثل هذا الترك فإن القواعد المكملة تنطبق في هذه الحالة على المسائل المتروكة وتكون ملزمة كالقواعد الآمرة تماما من حيث تطبيقها. كل ذلك شرط الا يوجد اتفاق بين الافراد على تنظيم المسائل المذكورة تنظيما مختلفا، وعدم وجود مثل هذا الاتفاق هو بمثابة شرط لانطباق هذه القاعدة (سليم ،٢٠١١).

ولقد اعتمد المشرع على معنى النص ومضمونه خاصة عندما يتضمن قاعدة آمرة لا يصلح الاتفاق على خلافها نظرا لتعلقها بكيان الجماعة ومصالحها الاساسية كما في المواد ٥٤٦ و ٦٣٤ و ٦٣٦ من قانون المعاملات المدنية. اما اذا افاد معنى النص على تنظيم علاقة خاصة بين الافراد وليس فيها مساس بكيان الجماعة او مصالحها الاساسية، فان القاعدة تكون مكملة (م. ١٧٢ م.م). عندها موضوع تلك المعاملات لا يستوجب عدم الاتفاق على خلافها وهذا ما يكون في النصوص المتعلقة باالالتزامات والعقود المختلفة حيث يسود سلطان الارادة، ويكون للافراد ان ينظموا اتفاقهم بالطريقة التي يرونها مناسبة لهم(فرج ،١٩٩٣).

واذا كان من الممكن اعطاء الحرية للاطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع العلاقة بينها وما ثار بشأنهما من منازعات فان هذه الحرية مقيدة بضرورة مراعاة القواعد والقوانين الامرة التي يحتم المشرع العماني عند تطبيقها اخذ بعين الاعتبار المعايير الاقتصادية او الاجتماعية او السياسية او نظرا" لحماية النظام العام والاداب العامة. ومن هنا كان من المستقر عليه ان للدولة سلطة منع تنفيذ أحكام التحكيم التي تمس بالاسس الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تقوم عليها الدولة. بمعنى اخر اذا كان مضمون تلك الاحكام يتعارض مع النظام العام حيث يراعى فيها مصالح الاطراف فيجب عدم تطبيقها لعدم حمايتها المصالح العامة التي تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام العام (سليم، ٢٠١١ و عبد التواب، ١٩٩٧).

اما فيما يتعلق بتنفيذ الاحكام في مجال القانون الذي يحكم اجراءات تحكيم. فلقد اخذ المشرع العماني بالاتجاهات الحديثة التي تضفي قيمة و أهمية على سلطان الادارة و بالتالي لم يجعل سريانه مفروضا على اجراءات التحكيم التي تجري في عمان. من هنا اتى نص المادة "٢٥" من القانون (٤٧) لسنة ١٩٩٧ موضحا" انه : "لطرفي التحكيم الاتفاق على الاجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في اخضاع هذه الاجراءات للقواعد النافذة في اي منظمه او مركز تحكيم في سلطنة عمان مع مراعات احكام هذا القانون، ان تختار اجراءات التحكيم التي تراها مناسبة " وكذلك فعل المشرع الاماراتي اذ قرر هذا المعنى في المادة ١/٢٠٣ من قانون الاجراءات المدنية رقم ١١لسنة ١٩٩٢ حيث قرر" يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بشروط خاصة ".

بالمقابل جرى الفقه التقليدي على التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي ، إلا أن الفقه الحديث قد انتقد هذه التفرقة حيث لا توجد سلطة عليا فوق الدول يمكن لها أن تفرض هذا النظام، كما أن النظام العام في القانون الدولي الخاص يتسم بصفته الوطنية دائماً . لذا سنستعرض كل النظام العام الداخلي و الدولي.

مطلب اول: النظام العام الدولي

العدد التاسع
تاريخ الإصدار: ٢ – ٧ – ٢٠١٩
www.ajsp.net
ISSN: 2663-5798

سبق وان تطرقنا الى صعوبة تحديد وضبط فكرة النظام العام بشكل تام، حيث من جهة، كثيرا ما يثار الخلاف بين الفقه والقضاء بشان اعتبار بعض القواعد القانونية من النظام العام ام لا. ومن جهة اخرى المرونة التي تتمتع بها الفكرة تترك للقاضي حرية واسعة لكن مقيدة بالقانون حتى لانكون امام قاض يحدد ما هو من النظام العام وما هو من ليس من النظام العام طبقا لمذهبه الشخصي. ونجد ايضا ان هذه الاشكالية متواجدة في فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص حيث قضي بانها تخضع له القواعد التي تقضي بتطبيق قوانين اجنبية، و تستطيع السلطة الاقليمية بمقتضاه ان تنطبق في اي وقت بالنسبة لكل الاشخاص المقيمين في اقليمها، وفقا لظروفها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية (عبد التواب، ١٩٩٧، ص.١٠٠) هذا من جهة.

ومن جهة اخرى فان فكرة النظام العام اخذ بها احيانا لاستبعاد القانون الاجنبي، وبتالي يجوز لاي محكمة اقليمية وطنية ان لا تقضي بقانون اجنبي اقتضته قواعد الاسناد، الا اذا لم يكن في تطبيقها اعتداء على النظام العام في الدولة التي تتبعها المحكمة، مثال ذلك ما قضي به عندما كان هناك نزاع خاص بتأميم روسيا للاساطيل التجارية التابعة لها حينما رسى احد هذه الاساطيل في ميناء مرسيليا فطالبت به روسيا انذاك بعتبار ان لها عليه حقا مكتسبا طبقا للقانون السوفياتي الذي اكتسب الحق طبقا له. لكن القضاء الفرنسي رفض طلب روسيا ، معللا بان نزع الملكية بدون تعويض يخالف النظام العام في فرنسا، وبالتالي لايمكن تطبيق هذه القاعدة السوفياتية في فرنسا (شرف الدين ، ٢٠٠٧، ص. ٩٤). ومما سبق يمكن تعريف فكرة النظام العام الدولي بانها فكرة واسعة جدا لتحوي المجتمع بانظمته ومصالحه المختلفة العامة وتطلعاته التي في كثير من الاحيان تصطدم مع الكيان الواحد المتمثل في الدولة والذي بدوره يختلف من زمن لاخر نظرا"لغموض هذه الفكرة من ناحية اهدافها(بريري،٢٠٠٤ و هندي، ٢٠١٥).

مطلب ثاني: النظام العام الداخلي

ليس من المستحسن محاولة التفرقة بين النظام العام الدخلي والنظام العام الدولي من الناحية الاقتصادية. فلا يصح تجاهل النظام العام ذو المفهوم الوطني تحت ستار فكرة غامضة تتمسك بها الدول المتقدمة لهدم مصالح الدول النامية نظرا" لعدم ارتباط نصوصها الوطنية الامرة بالنظام العام الدولي الذي يعلو على النظام العام الداخلي . وانه من غير المقبول القول بوجود نظام عام دولي حقيقي الا عندما تختفي الفجوة التي تفصل بين دول العالم المتقدمة والدول النامية(والي، ٢٠٠٧، ص505) .

فالتفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي تفرقة خادعة، وذلك لان مصطلح النظام العام الدولي قد يحمل في طياته معنى "نظام عام مشترك بين الدول " مع ان النظام العام في القانون الدولي الخاص يتميز بالوطنية، حيث يمكن ان تكون هناك مسألة معينة متعلقة بالنظام العام في اكثر من دولة، الا انه لا يحقق الا في اضيق الحدود. وبالتالي فان ما يسمونه النظام العام الدولي ما هو الا نظام عام داخلي في حقيقته. فالنظام العام الدولي والنظام العام الداخلي، هما وجهان لعملة واحدة متمثلة بالنظام العام للدولة، او بعبارة اخرى، هما النظام العام الوطني كالنظام العام العماني او الفرنسي انما مقتضيات ذلك النظام ليست واحدة في العلاقات الداخلية وفي العلاقات الخاصة الدولية . ونجد ايضا ان النظام العام في القانون الدولي الخاص ليس اوفر حظا" من النظام العام الداخلي حيث كلاهما عبارة عن فكرة مطلقة . فالنظام العام الدولي والنظام العام الداخلي غير مختلفين، حيث لا يتصور ان يقوم في دولة واحدة نظامان عامان في وقت واحد، رغم اختلافهما

من حيث تطابقهما فالنظام الداخلي يتناول علاقات وطنية محضة عكس النظام العام في القانون الدولي الخاص الذي يلازمه عنصر اجنبي مفديا" الى تطبيق قانون اجنبي، حيث نص عليه صراحة في تشريعات معظم دول العالم نظرا لاهمية الدور الذي يلعبه النظام العام الدولي(شرف الدين،٢٠١٧ ،ص. ١٢٤).

ونجد هنا أيضا أن النظام العام الدولي يقف عائقا أمام تطبيق القانون الأجنبي، وبالتالي يقف مانعا أيضا أمام تنفيذ الأحكام الأجنبية، متى كان هذا التنفيذ متعارضا معه. و بالمقابل أن التصرفات التي تشتمل على عنصر أجنبي وتتضمن مخالفة للقواعد المكملة في قانون دولة القاضي، تعتبر صحيحة وتنتج آثارها متى لا يكون هناك تعارض بينها وبين النظام العام في قانون الاخير. ومن هنا يؤكد البعض انه ليس هناك الا نوع واحد من النظام العام فقط، الا أن هذه القواعد يختلف مفعولها ومدى تطبقها باختلاف الغرض منها(المنصوري، ٢٠٠٣).

مما سبق شرحه نجد انفسنا امام تيارين الاول ينادي بالتفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، والثاني ينادي بعدم التفرقة بينهما لانها غير صحيحة ومخادعة (القصاص، ٢٠٠٤، ص٦٩ و عبد التواب، ١٩٩٧، ص. ١٠٠). و نؤيد التيار الذي يفرق بين النظامين، ذلك ان النظام العام الداخلي يهدف الى ابطال التصرفات القانونية الداخلية المخالفة له كما ان له اشكالا مختلفة. والبطلان الذي يسببه هو البطلان المطلق، في حين ان النظام العام الدولي يهدف الى استبعاد القانون الاجنبي المخالف له، وليس له الا شكلا واحدا، فهو استثناء على الاصل الذي يقضي بوجوب تطبيق القانون الذي اشارت قاعدة الاسناد الوطنية باختصاصه، وطنيا كان ام اجنبيا، فلا علاقة له بالاوضاع القانونية المجردة(راشد، ١٩٨٦).

كما ان نطاق كلا من النظامين العامين يختلف عن الاخر. فنطاق اعمال فكرة النظام العام يضيق في مجال القانون الدولي عما هو الحال عليه في مجال القانون الداخلي، ذلك ان القانون الاجنبي لا يستبعد فحسب بمجرد مخالفة احكام القوانين الامرة الداخلية او النظام العام الداخلي، كما لا يؤدي ذلك الى تعطيل نظرية التنازع في كل مرة يستبعد فيها القانون الاجنبي لمخالفة القواعد الامرة الداخلية. لكن لابد ان يكون هناك تعرض موصوف فالعلاقات في النظام العام الدولي هي العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، اما العلاقات في النظام العام الداخلي هي علاقات داخلية مجردة. فالقوانين المتصلة بالنظام العام في مجال القانون الداخلي هي القوانين التي لا يمكن للافراد تجاوزها بالاراة المنفردة، حيث ان هذا المفهوم يستخدم لضمان عدم الخروج الارادي على احكام القواعد الآمرة(شرف الدين، ٢٠٠٧، ص ١٢٤) .

أما في نطاق القانون الدولي الخاص فان القوانين الاجنبية التي تخالف النظام العام، هي تلك التي تختلف أساسا مع القواعد الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع قاضي النزاع، فهي تشكل المانع أمام تطبيق القانون الاجنبي. وبالتالي فانه يبقي أمر تكيف النظام العام الدولي من اختصاص القاضي بحسب كل حالة على حده، في الوقت الذي يتصدي فيه لاصدار حكمه في المسأله المعروضه عليه(عبد العال، ١٩٩٦).

ولا يغفل اختلاف فكرة النظام العام من دولة لاخرى، الامر الذي يوجب المحكم في التحكيم التجاري الدولي مراعاة النظام العام في دولة التنفيذ والا كان حكمه عرضة للابطال لمخالفته للنظام العام في هذه الدولة (بريري٢٠٠٤ وعبد المجيد، ١٩٩٥). في هذا الصدد يجب على المحكم أن يظل مختصًا في تطبيق القواعد اللآمرة من النظام العام حتى لو ارتبط الموضوع ببراءة الاختراع التي تشكل مسألة تتعلق بالنظام العام (نمور،٢٠٠٩، ص. ٤٣). وبالتالي يجب على المحكم أن

العدد التاسع
تاريخ الإصدار: ٢ – ٧ – ٢٠١٩
www.ajsp.net
ISSN: 2663-5798

يعلن دون أي تأثير عن أي اشتراط تعاقدي مخالف للنظام العام في القانون الذي اختاره الطرفان(نمور،٢٠٠٩، ص. ٤٣).

ولا بد الى أن نشير أنه في حال تعارض النظام العام الدولي مع النظام العام الداخلي في سلطنة عمان يتم تغليب النظام العام الداخلي. الامر الذي يشكل تعارض مع الغرض من التحكيم حيث لا بد في هذه الحالة من تغليب النظام العام الدولي وذلك حتى ينتج التحكيم ويحقق أهدافه المرجوة من جهة، ولكي لا يكون النظام العام الداخلي عائقا أمام تنفيذ أحكام التحكيم الدولية من جهة أخرى(والي، ٢٠٠٧، ص٥٠٥)

الفصل الثاني: اثر النظام العام على حكم التحكيم

نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٣ في قانون التحكيم العماني الجديد رقم ١٩٩٧/٤٧– على ثمانية أسباب لقبول دعوى بطلان حكم التحكيم جاءت على سبيل الحصر _ مما يعني عدم جواز الطعن بالبطلان على حكم التحكيم لأي سبب أخر وهذه الأسباب هي كالأتي :

١–عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو قابليته للإبطال أو سقوطه بإنتهاء مدته.

٢–تعذر إبداء دفاع أحد الخصوم.

٣–إستبعاد تطبيق قانون الإرادة على موضوع النزاع .

٤–مخالفة القانون أو اتفاق الأطراف بشأن تشكيل هيئة التحكيم .

٥–فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوزه لحدود هذا الإتفاق.

٦–وقوع بطلان في حكم التحكيم او في اجراءات التحكيم على نحو أثر في الحكم .

٧.إذا كان أحد طرفي إتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها.

٨.إذا كان الحكم مخالفا للنظام العام .

و الحالة الاخيرة هي موضوع هذه الدراسة حيث عندما يخالف حكم التحكيم النظام العام يفترض صدور حكم متضمن ما يخالف مفهوم النظام العام وهي مسألة على جانب كبير من الأهمية. ففكرة النظام العام تكسب القاعدة الإجرائية أهمية بالغة، حيث جزاء لمخالفتها تبطل وهو بطلان لا يتوقف التمسك به على رغبة المضرور فقط بل على المحكمة أن تثيره عفوا". كما يمكن التمسك بالبطلان ولو لأول مرة أمام محكمة العليا(مجموعة احكام المحكمة العليا، ٢٠٠٤، ص. ١٢١). فالفكرة بتضمّن الحكم فعلا ما يخالف النظام العام وتأكيد وجود تعارض بين اتفاق التحكيم و حكم التحكيم. مثلا لو أبرم الورثة المحتملين إتفاقا بشأن تركة مستقبلية قبل وفاة مورثهم وضمنوا إتفاقهم شرط تحكيمي. فاذا ما ثار نزاع بين الورثة وعرض الأمر على هيئة التحكيم، فأقرت الإتفاق وأصدرت حكمها بتسوية النزاع فالحكم يكون باطلا لمخالفته النظام العام(ابوالوفا، ١٩٨٨ ، ص٢٦٦ وعمر ،٢٠١١، ص.٣٩ و والي٢٠٠٧، ص٦٠٦ و عفيفي، ٢٠١٢، ص.٤٣٠). وعند النظر الى ما سبق شرحه نجد ان النظام العام لا يتعلق الا بالبطلان المطلق لذلك سندرس في مبحث اول مخالفة النظام

العدد التاسع
تاريخ الإصدار: ٢ – ٧ – ٢٠١٩
www.ajsp.net
ISSN: 2663-5798

العام كسبب لبطلان حكم التحكيم بطلانا مطلقا(ابوالوفا، ١٩٨٨ ، ص.٢٦٦) و في مبحث ثاني دور المحكمة المختصة لبطلان حكم التحكيم.

المبحث الاول: النظام العام كسبب لبطلان الحكم التحكيمي في سلطنة عمان.

ان أحكام التحكيم الصادرة في سلطنة عمان و المخالفة لقواعد المنافسة المشروعة أو لقوانين مكافحة الاحتكار او لقوانين العقارات الخاصة بالقانون العماني تعتبر مخالفة للنظام العام العماني نظرا" لإرتباط هذه القوانين بالمصالح الإقتصادية. من هنا تبرر أهمية التثبت بالمفهوم العماني للنظام العام حيث يجب التمسك بطابعه الوطني، وبالتالي السماح للقاضي العماني من الحكم ببطلان حكم التحكيم العماني حتى لو كان صادرا في ظل تحكيم دولي استنادا الى التساق الحكم مع النظام العام الدولي (شرف الدين، ١٩٩٧) الذي يغلب بطابعه على النظام العام الوطني متى لو تم تحليل النظام العام بعكس المفهوم العماني. ولا يشكل هذا المسار تعارضا مع انضمام السلطنة لاي اتفاقية، فعلى سبيل المثال اتفاقية نيويورك تجيز في المادة الخامسة ٢/ب "رفض الاعتراف وتنفيذ الاحكام اذا كان مخالفا للنظام العام في البلد المطلوب تنفيذ الحكم فيها" لكن يلاحظ ان بطلان حكم التحكيم يقف عند حدود مخالفته للنظام العام اذا كان ممكنا تجزئة ما قضى به(شرف الدين، ٢٠٠٧). وفي هذا الصدد، اتى قرار المحكمة العليا الذي لم منع تنفيذ حكم التحكيم الا في حدود ما قضى به متجاوزا الحد الاقصى لسعر الفائدة دون حاجة المحكمة لتمسك احد الاطراف بمخالفة الحكم للنظام العام كما هو الشأن في الاسباب الاخرى وانما عليها ان تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها حتى لو كانت دعوى البطلان مبنية على سبب اخر. في نفس الصدد عرضت على المحاكم العمانية مسألة تتضمن حكم التحكيم لفوائد محسوبة بسعر يتجاوز السعر المحدد في القانون العماني باعتبار ان ذلك مخالف للنظام العام في عمان وهو ما يعتبر مانعا من اصدار الامر بتنفيذ حكم التحكيم ، وقد قضت المحكمة العليا في هذا الشأن بأن حكم التحكيم لا يكون قابلا للتنفيذ في حدود زيدة الفوائد عن السعر المقرر في القانون العماني وفي هذا تطبيق لنص المادة ٢٢٧مدني (محكمة عليا، ١٩٩٠).

وهذا ما اكده واضعوا قواعد لجنة الامم المتحدة بالصمت امام ما قد يعد في اطار نظام قانوني وطني معين بمثابة قواعد اختيارية وتلك التي تعد قواعد وجوبية لا يجوز للاطراف في العلاقات الدولية الخاصة ان يتفقوا على التنصل منها . بمعنى انهم في المادة الاولى من قواعد الامم المتحدة الخاصة بالنزاع لم تلجأ الامم المتحدة الى استخدام تعبير (النظام العام) بل أفصحت عنه بالقواعد التي لايجوز الخروج عنها و التي تغلب على القواعد الاتفاقية وما في حكمها(شرف الدين،٢٠٠٧).

بعد ان اورد قانون التحكيم حالات قبول طلب بطلان حكم التحكيم الذي يرفعه صاحب المصلحة (م ٢/٥٣) نص على حالة أجاز فيها للمحكمة ان تقضي من نفسها بالبطلان وهي حالة ما اذا تضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام في سلطنة عمان : كأن يخلو اتفاق التحكيم من اسماء اطراف التحكيم او يحتوي على ورقة ثبت تزويرها(والي،٢٠٠٧، ص.٥٤٢)، على خلاف ما قضي به في فرنسا حيث إن البطلان الناجم عن إغفال أسماء المحكمين ليس من النظام العام(تمييز مدني ١٩٨٣).

وبذلك يكون المشرع العماني قد حدد مفهوم النظام العام بأنه النظام العام الداخلي وليس نظام عام المصلحة العليا للمجتمع الدولي والواقع ان هذه الفكرة المانعة من تنفيذ حكم التحكيم غير واضحة ومحددة كما هو الشأن في النظام العام الداخلي .

العدد التاسع
تاريخ الإصدار: ٢ – ٧ – ٢٠١٩
www.ajsp.net
ISSN: 2663-5798

و فكرة النظام العام مرنة و مطاطة تختلف وفق المكان و الزمان، ولكنها تعبّر في النهاية عن المقومات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية للدولة . ومتى ارتبط الامر بحكم تحكيم اجنبي فيجب النظرالى فكرة النظام العام الداخلي بمفهومها الموجود في النظرية العامة للقانون الدولي الخاص(شرف الدين، ٢٠٠٧ و لطفي ،٢٠١٧، ص٢٠٩).

بالمقابل هذا لا يبرر الالتجاء الى فكرة النظام العام الدولي، باعتبار ان النظام العام الداخلي يلعب دورا في مجال القانون الداخلي يختلف عن الدور الذي يلعبه في القانون الدولي الخاص. فاهمية فكرة النظام العام في القانون الداخلي تتمثل في ضمان الالتزام الادراي بالقواعد الآمرة، و بالتالي اي مخالفة لقواعد آمرة تعد خرقا للنظام العام متى كانت العلاقة وطنية بحتة. اما في القانون الدولي الخاص وفي مجال تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية فتتمثل فكرة النظام العام في بطلان هذا الحكم على عكس الاصل الذي يقضي بصحة هذا الحكم(شرف الدين، ١٩٩٧ و عفيفي ، ٢٠١٢، ص. ٤٧٨).

وبناء على ذلك فان دور فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص يتسم بالطابع الاستثنائي بخلاف دور النظام العام في القانون الداخلي وعليه لا تعتبر اي مخالفة للنظام العام في اطار القانون الداخلي مخالفة في اطار القانون الدولي الخاص. بعبارة اخرى ليست كل مخالفة لقاعدة آمرة تعد مخالفة للنظام العام كذلك يجب الاخذ بعين الاعتبار الاثر المخفف للنظام العام في مجال تنفيذ الاحكام عنه في نطاق تطبيق القانون الاجنبي(عمر،٢٠١١، ص.٣٩).

ويرتبط مفهوم النظام العام بلحظة تطبيق الرقابة على الحكم ،والقاعدة الامثل لهذا المبدأ و المطبقة على الاحكام الاجنبية يطلق عليها مبدأ وقتية النظام العام. من هنا قد يحدث ان يكون حكم التحكيم متوافقا مع النظام العام لحظة صدوره بينما يعتبر مخالف للنظام العام لحظة اصدار الامر بتنفيذه. حيث سبق التعرض للعديد من الحالات التي دفع فيها ببطلان حكم التحكيم او عدم جواز تنفيذه وذلك بسبب ان اتفاق التحكيم مخالفا للنظام العام، مثل حالة عدم تضمنه لاسماء المحكمين و كذلك الامر باحالة نزاع تختص به المحاكم العمانية وحدها للتحكيم حيث تعتبر قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم من النظام العام. ويراعي في هذا الصدد أن قضاء المحكمة بالبطلان استنادا إلى سلطتها المقررة في النص يظهر أكثر حين يكون القانون الواجب التطبيق على التحكيم خصوصا على موضوعه، هو قانون آخر غير القانون العماني، حيث يحتمل أن يكون هذا القانون مخالفا للنظام العام العماني. وتجدر الاشارة إلى انه يجوز للمحكوم عليه في حكم تحكيم أن يرفع دعوى بطلان من نفسه وان يتمسك بهذا وهو مخالفة النظام العام(عمر،٢٠١١، ص.٣٩). وتقرير البطلان يكون بدعوى البطلان القائمة على البطلان النسبي دون ان يمنع ذلك من الكشف عن البطلان بدعوى ابتدائية او التمسك به في صورة دفع دعوى قائمة (عمر،٢٠١١).

المبحث الثاني : المحكمة المختصة لبطلان حكم التحكيم و دورها

نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٣ من قانون التحكيم العماني الجديد رقم ١٩٩٧/٤٧ على صلاحية المحكمة التي تنظر دعوى البطلان ببطلان حكم التحكيم من تلقاء نفسها إذا تضمن ما يخالف النظام العام في سلطنة عمان. وفي تحديد المحكمة المختصة بدعوى البطلان لابد ان نفرق بين امرين :

أ_ اذا كان التحكيم داخليا فان المحكمة المختصة بدعوى البطلان هي محكمة الدرجة الثانية بالنسبة للمحكمة التي كان يجب ان يعرض عليها النزاع و لو لم يوجد اتفاق التحكيم .

العدد التاسع
تاريخ الإصدار: ٢ – ٧ – ٢٠١٩
www.ajsp.net
ISSN: 2663-5798

ب_اذا كان التحكيم تجاريا دوليا فالمحكمة المختصة بدعوى البطلان هي محكمة استئناف مسقط ما لم الاتفاق على محكمة استئناف اخرى بين الطرفين. هذا هو الحكم المستفاد من الجمع بين المادة ٢/٥٤ والمادة ٩ من قانون التحكيم ، حيث تقضي المادة ٢/٥٤ بانه " تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار اليها في المادة (٩) من هذا القانون وفي التحكيم التجاري الدولي يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الاستئناف التي تقع في دائرة المحكمة المختصة اصلا بنظربموضوع النزاع "(القصاص، ٢٠٠٤). وتظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع اجراءات التحكيم "(بريري، ٢٠٠٤ و عبد المجيد، ١٩٩٥)

من المفترض ان قاضي الدعوى هو صاحب السلطة في تكييفها التكييف القانوني الصحيح، دون التقيّيد بما يصفه المدعي لدعواه . فالعبرة هي بالنّية الحقيقية المقصودة من المدعي في تقديم دعواه وليس بالطريقة التي صيغت بها صحيفة الدعوى. لذلك فان الدعوى المرفوعة الي المحكمة بطلب ابطال حكم التحكيم تعتبر في تكييفها الصحيح دعوى بطلان ولو كانت قد اعطيت صفة الاستئناف وطلب فيها المدعي الحكم مجددا في الموضوع الذي فصل فية حكم التحكيم(استئناف ٢٠٠٥).

ويلاحظ ان دعوى البطلان ليست طريقا من طرق الطعن في الاحكام التي ينص عليها قانون الاجراءات المدنية. ولهذا بعد ان نصت المادة ٥٢ من قانون التحكيم في فقرتها الاولى على عدم قابلية احكام التحكيم لاي طريق من طرق الطعن التي نص عليها قانون الاجراءات المدنية، اضافت في فقرتها الثانية انه"يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقا للاحكام المبينة في المادتين التاليتين" (استئناف ٢٠٠٢).

ويجب على المحكمة لقبول دعوى البطلان توافر شرط المصلحة في هذه الدعوى، وهو ما نص عليه قانون الاجراءات المدنية لقبول الطعن (والي، ٢٠٠٧، ص.٥٤٢) . ويعتبر شرط المصلحة متعلقا باالنظام العام . ولا تتوفر المصلحة الا لمن كان طرفا في الخصومة التي فصل فيها حكم التحكيم، وكان محكوما عليه. واذا قبل المحكوم عليه هذا الحكم صراحة او ضمنا، سقط حقه في رفع دعوى البطلان. من جهة اخرى اشترط قانون التحكيم شرطين خاصين يجب توافرهما لقبول دعوى البطلان الى جانب شرط المصلحة الاساسي هما:

١–ان يكون مدعي البطلان قد سبق له التمسك بالعيب اثناء الخصومة. حيث اذا لم يتمسك به في ميعاده المنصوص عليه سقط حقه فيه ولا يجوز التمسك به لاحقا" امام محكمة البطلان. ولكن يستثنى من ذلك ان يكون العيب المؤدي للبطلان لا يقبل التصحيح. وتطبيقا لذلك حكم بانه اذا رفعت دعوى تحكيمية ضد شخص متوفي او انقضت شخصيته الاعتبارية قبل رفعها فلا خصومة قانونية ويكون الحكم الصادر فيها باطلا بطلانا لا يقبل التصحيح، ويمكن رفع دعوى بطلان الحكم حتى لو لم يجري التمسك بهذا العيب قبل صدور الحكم(أبو الوفا ،١٩٨٨، ص.٢٦٦).

٢– الا يكون مدعي البطلان قد سبق له التنازل عن حقة في الاعتراض على المخالفة. فلو كان هذا الشخص على علم بالمخالفة واستمر في الخصومة يعتبر تنازلا منه عنها ولا يقيد هذا المبدا الا حالة مخالفة العيب للنظام العام او اذا كان العيب تم اكتشافه بعد صدور الحكم التحكيمي(والي، 2007، ص.٥٤٢)

على انه يجب التذكير بميعاد التقدم بدعوى البطلان و التي نصت عليه المادة ١/٥٤ تحكيم بالتالي: "ترفع دعوي بطلان حكم التحكيم خلال تسعين يوما تالية لتاريخ اعلان الحكم للمحكوم عليه". حيث ان الميعاد هو تسعون يوما من تاريخ اعلان المحكوم عليه بالحكم وهذا الميعاد هو ميعاد حتمي لا يجوز مخالفته ولا الاتفاق على تمديده(والي، 2007، ص).

AJSP
المجلة العربية للنشر العلمي
العدد التاسع
تاريخ الإصدار: ٢ – ٧ – ٢٠١٩
www.ajsp.net
ISSN: 2663-5798

606. ويسري الميعاد من اعلان الحكم الى المحكوم عليه، ولو كان المحكوم عليه قد حضر جلسات التحكيم أو قدم مذكرة دفاعه(استئناف، 2001). ولا يوجد ما يمنع المحكوم ضده من رفع الدعوى فور صدور الحكم، او بمجرد العلم به حتى ولو لم يتم اعلانه(استئناف، ١٩٩٥). ولا بد أن يكون الاعلان الى شخص المحكوم ضده أو في موطنه الاصلي، حيث أن هذا الاعلان يبدأ به ميعاد طعن بدعوي البطلان(استئناف ٢٠٠٥). وبالتالي لابد من التأكد من الاعلان حتى يبدأ ميعاد الطعن على حكم التحكيم.

اما عن دور المحكمة التي تنظر دعوى البطلان فيقتصر على الحكم برفض الدعوى او الحكم بالبطلان وهي لا تقضي بالبطلان الا استنادا لتوافر سبب من الاسباب السابق حصرها. واذا قضت بالبطلان فلا تتطرق لموضوع النزاع كونها لا تملك حق التصدي للتدقيق في طلبات الاطراف واصدار حكم ينهي النزاع. فالالتجاء اليها انما يقتصرعلى طلب النظر بالحكم من حيث صحته او بطلانه وفقا للنصوص القانونية المنتظمة لذلك. فهي لا تملك سلطة مراجعة الحكم موضوعيا" والحكم ببطلانه تأسيسا على سوء تفسير نص العقد او نص القانون لان اسباب البطلان وردت على سبيل الحصر(بريري ،٢٠٠٤ وعبد المجيد ، ١٩٩٥).

ولا تحتاج المحكمة في حالة مخالفة حكم التحكيم للنظام العام تمسك احد به كما هو الشأن في الاسباب الاخرى وانما عليها ان تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها. فيعد النظام العام السبب الوحيد الذي يمكن للمحكمة ان تتصدى له دون حاجة لتمسك الاطراف به لان اسباب البطلان وردت على سبيل الحصر دون ذكر هكذا سبب(والي ،2007، ص ٦٠٦. و شرف الدين، ١٩٩٧،ص.٩٩). وبالتالي، لقد قضي في فرنسا بأن "المحاكم التجارية ، من حيث المبدأ، غير مختصة على الإطلاق لتقييم مدى انتظام أو صحة أو تسوية قرار تحكيمي؛ ان عدم الاختصاص هذا يعتبر من النظام العام، ويجب على هذه المحاكم عندما يتم طرح عليها مثل هكذا نزاع، ان تجرّد نفسها تلقائيا و في أي حال" (تمييز،روين ١٨٦٩).

كما اننا نجد ان الاسباب الاخرى معظمها يرتقي الى مستوى البطلان النسبي، الذي يتحدد وفقا لتصحيح الاجراء الباطل تارة بتحقق الغاية من الاجراء بالرغم من بطلانه و طورا باعتبار صمت الاطراف بمثابة تراضي ويعد نزولا ضمنيا عن تمسكهم بالحق المقرر لهم التمسك به(عمر ،٢٠١١).

الخاتمة:

في ختام بحثنا يمكن القول إن نظام التحكيم كسبيل إستثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكلفه من مصاريف وضمانات، يهدف إلى حل المنازعات بطريقة سلسلة وسريعة. إن نظام التحكيم يجد اسسه في الإتفاق بين الطرفين و هو يقتصر حتماً على ما تنصرف إرادة المحكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم. و بالتالي فإن إصدار أحكام مخالفة لفكرة النظام العام التي تعد فكرة مرنة تتغير بتغير الزمان والمكان، يفقد التحكيم أهم مميزاته إلا وهي سرعة الفصل فيه بأحكام نهائية لا تقبل الطعن فيها بطرق الطعن العادية. مما يتضح اعلاه ان مخالفة حكم التحكيم للنظام العام هو السبب الوحيد الذي يستوجب البطلان المطلق لحكم التحكيم وهذه نتيجة منطقية لما يحتوي هذا السبب من مبررات تجعله في مقدمة هذه الاسباب لتعلقه بالكيان الاقتصادي والاجتماعي للدولة طبقا لمفهومها ومنظورها هي لهذه الفكرة(بريري، ٢٠٠٤ و شرف الدين ،٢٠٠٧، ص ٢٣٠). بالمقابل يجب العمل على عدم إتساع الفجوة بين معايير النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي، مع الأخذ بعين الإعتبار إن فكرة النظام العام فكرة وطنية بحتة تنتمي لكل وطن وأمة.

لذا يجب مراعاة القوانين والتشريعات الوطنية عند وضع شرط تحكيمي في العقود التي تبرم مع أطراف أجنبية مع الأخذ بعين الإعتبار بمراكز التحكيم العربية حيث يمكن ان تتضمن هيئة التحكيم عضواً يكون عالماً بقواعد النظام العام داخل الدولة المراد التنفيذ فيها أو الدولة التي يخضع التحكيم وفقاً لقواعدها. فإذا ما صدر حكم التحكيم صحيحاً لا تشوبه شائبة أمكن تنفيذه وتحققت الغاية من حكم التحكيم.

المراجع باللغة العربية:

- أبو جعفر المنصوري، فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقة مع التطبيقات القضائية ، رسالة دكتوراه ،المملكة المغربية، كلية العلوم القانونية، الدار البيضاء،٢٠٠٣
- احمد ابوالوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، دار منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨.
- احمد شرف الدين ، قواعد التحكيم ، الطبعة الاولى، ٢٠٠٧.
- احمد شرف الدين، المرشد إلى قواعد التحكيم، الطبعة الثالثة ،٢٠١٧ .
- احمد شرف الدين، سلطة القاضي المصري ازاء احكام التحكيم، النسر الذهبي للطباعة، الطبعة الثانية، ١٩٩٧.
- أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، دار الجلاء الجديدة، الطبعة الاولى، مصر،١٩٩٦.
- احمد هندي، التحكيم وإجراءاته ، دار الجامعة الجديدة ، مصر، ٢٠١٥.
- أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٩.
- توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، الدار الجامعية ، الطبعة الثالثة ، لبنان، ١٩٩٣.
- حسن كيرة ، المدخل الى القانون، دار منشأة المعارف ، مصر،.2014
- حسين بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، طبعة ٢٠٠٣، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة الجزائر
- الدقدوقي حلمي، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٩
- سامية راشد ، التحكيم في إطار المركز الاقليمي بالقاهرة، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، .١٩٨٦
- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون ، دار منشاة المعارف، مصر، ٢٠٠٠ .
- سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الاداري، دار الشروق، القاهرة، ١٩٦٧

- عامر أحمد مختار، تنظيم سلطة الضبط الإداري، رسالة ماجستير جامعة بغداد ١٩٧٥، مذكور لدى فيصل نسيغة، رياض دنش، مقال بعنوان : النظام العام، مجلة المنتدى القانوني، العدد ٥.
- عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانو ن المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، طبعة ٢٠٠٢ .
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، نهضة مصر، مصر، ٢٠١١، الجزء الاول طبعة ثالثة
- عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، لبنان،١٩٧٨ بند ٥٢.
- عبد الهادي عوض، المدخل لقانون العماني، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 2012.
- عصام أنور سليم، المدخل للعلوم القانونية، الجزء الأول، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة، مصر،2011 .
- عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي، تنفيذ الاحكام الاجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ١٩٩٦.
- عيد محمد القصاص ، حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٤.
- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الاولى، ٢٠٠٧.
- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، جزء ٢
- محمد المرسي زهرة، محمد أبوزيد، المدخل لدراسة القانون وفقاً لقانون العماني، دار الكتاب الجامعي، الامارات العربية المتحدة ، 2015.
- محمود لطفي، الوجيز في قانون التحكيم العماني، دار الكتاب الجامعي، الامارات العربية المتحدة،٢٠١٧.
- محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- معتز عفيفي، شرح قانون التحكيم العماني ، دار الجامعة الجديدة، مصر ، ٢٠١٢.
- معوض عبد التواب، المستحدث في تحكيم التجاري الدولي، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، اسكندرية، ١٩٩٧.
- منير عبد المجيد ، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٥.
- نبيل اسماعيل عمر، دعوي بطلان حكم المحكم ، دار الجامعة الجديدة، مصر ،٢٠١١.
- هشام صادق ، القانون الدولي الخاص ، ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر، ٢٠٠٤.
- هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار منشأة المعارف ، مصر ، 1972.

أحكام قضائية

- استئناف القاهرة _٧تجاري _٢٠٠١/٩/٢٤_في الدعوي ١٨لسنة ١١٧ تحكيم
- استئناف القاهرة _٧تجاري _١٩٩٥/٤/٤ _ في الدعوي ١٦ لسنة ١٩٩٤.واستئناف القاهرة _٩١تجاري _ ٢٠٠٥/٥/٣٠_ في الدعوي ١١١ لسنة ١٢١ تحكيم .
- استئناف القاهرة _٩ تجاري _٢٠٠٥/٥/٣٠ _في الدعوى ١١١لسنة ١٢١تحكيم

- استئناف القاهرة– ١٩ تجاري– ٢٠٠٥/٦/٢٩
- استئناف القاهرة– دائرة ٨ تجاري– جلسة ٢٠٠٢/٩/٢٥ في الدعوي١٢٦ لسنة١١٨ ق
- الطعن رقم ٢٠٠٥/٥٤ لدى محكمة عليا جلسة ٢٠٠٦/١٠/١٦ تحرير الاحكام .ص ١٦٢.
- قرار المحكمة العليا رقم ٦٦ في الطعن رقم ٢٠٠١/٣ جلسة ٢٠٠٣/٤/١٦، مجموعة احكام المحكمة العليا، ٢٠٠٤، ص. ١٢١
- محكمة التمييز المدنية – بيروت رقم ١٣٦ تاريخ ٣١ اكتوبر ٢٠٠٢

المراجع باللغة الفرنسية

- Burdeau G., Manuel de droit public, Les libertés publiques, Les droits sociaux, LGDJ, Paris, 1948,
- Capitan H., Introduction à l'étude de droit civil, Librarie de la court d'appel, Paris, 1925, 1ere ed.,
- Carbonnier J., Droit civil, Les Obligations, Thémis PUF, France, ٢٠٠٠, Tome 4, 22éd
- Ghestin J., Traite de droit civil, Librairie générale de droit et de jurisprudence, France, 1993,
- Hauriou M., Précis de droit administratif et de droit public, Librairie du Recueil Sirey, Paris 1933,
- Malaurie Ph., L'ordre public et le contrat, étude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S., 1953, Tome 1er,
- Nammour F., DROIT ET PRATIQUE DE L'ARBITRAGE INTERNE ET INTERNATIONAL, LGDJ, DELTA, France, 2009, 3ème éd,
- Vincent– Legoux : Marie– Caroline, L'ordre public, Etude de droit comparé interne, PUF, Paris, 2001

AJSP
المجلة العربية للنشر العلمي
العدد التاسع
تاريخ الإصدار: ٢ – ٧ – ٢٠١٩
ISSN: 2663-5798
www.ajsp.net

Cass. civ. 26 juillet 1983, D. 1984, 1, 81; Paris 13 janvier 1981, Rev. arb. 1982, p 66 note J. RUBELLIN-DEVICHI

Rouen, 13 décembre 1869, Pand . fr. n° 741, 78

Abstract

The idea of public order is considered the safety valve for legal systems, but it is flexible in a way to apply the arbitral sentence when it clashes with the community foundations. The jurist Abdel-Razzaq al-Sanhouri explains the concept of public order in the publications of Muhammad al-Dayya-Beirut as: ''The issue cannot be solved in a legislative text, and it is one of the most complicated legal issues. We want to know whether a particular rule of law relates to the higher society system is subject to it all and no one may violate it, or it is an optional rule that does not matter to the community to be taken by all people, and every person is free to follow it or modify it as he wants''. So, in this paper, we will discuss the importance of defining the concept of public order and the various problems that may arise in the various legal systems. Thereby leads to block reaching the goal of the parties involved in the expeditious settlement of disputes. On the other hand, the extent to which this concept has affected the arbitral sentence. So we ask, after Al-Sanhouri, does the public order ensure enough the guarantee to protect the principles and the general economic, social and political principles on which the society is based?

العدد التاسع
تاريخ الإصدار: ٢ – ٧ – ٢٠١٩
www.ajsp.net
ISSN: 2663-5798

Keywords:
Arbitration– Public Order– Sultanate of Oman