المحور الأول: النظام العام واتفاق التحكيم

الفصل الأول: مفهوم النظام العام الدولي

الفصل الثاني: موقف القضاء من مفهوم النظام العام الدولي

قائمة المصادر والمراجع:

اولا: قائمة المصادر

قانون الاجراءات المدنية والادارية

ثانيا: الكتب

أبو الخير محمد السعيد محمد، الضبط الإداري وحدوده، مطابع الطويجي، القاهرة، 1993.

أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 2002.

حسن كيرة، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة 5، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، مصر، 1974.

عبد الودود يحي، المدخل لدراسة القانون، القاهرة، 1976.

محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الأول، الطعبة الثامنة عشر، دار هومه،2011

محمد شكري سرور، النظرية العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

ثالثا: الرسائل العلمية

بلاش ليندة،" إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية"، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017 .

قريقر فتيحة، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2017.

رابعا: المقالات العلمية

سامية كسال، إعمال النظام العام في الرقابة القضائية على أحكام التحكيم التجاري الدول، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 2، سبتمبر 2019.

مصطفى تراري الثاني،" التحكيم التجاري الدولي في الجزائر إثر صدور المرسوم التشريعي رقم 09 / 93 المؤرخ في 1993 / 04 / 25 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية"، مجلة دراسات قانونية، الجزائر، عدد 1 ، جوان 2002 .

قائمة المراجع باللغة الفرنسية

- BEKHECHI Mohammed Abdelwahab , «L’arbitrage commercial international en droit Algérien», Revue algérienne des relations internationales, les éditions internationales , n° 2, Alger, 1994.
- Georges BURDEAU, Manuel de droit public, Les libertés publiques, Les droits sociaux,LGDJ,1948.

- GOLDMAN Berthold, « La lex - mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives » , Travaux du comité français de droit international privé, n°2, 1980.p.p. 221 -270. Consulté le 10/03 /2018
- Henré capitan : ,introduction à l'étude de droit civil, libraire de la court d'appel , 1ere ed, 1925.
- KASSIS Antoine : Théorie générale des usages du commerce droit comparé, contrat et arbitrage international, lex mercatoria, L.G.D.J , Paris 1984.
- LALIVE Pierre, "Ordre public transnational ou réellement international et arbitrage international", Revue d'arbitrage ; 1981, p. 329 . Consulté le 20/03 /2018
- Malaurie Philipe: l'ordre public et le contrat, étude de droit civil comparé, France, Angleterre,U.R.S.S. Tome 1er.
- Maurice hauriou : précis de droit administratif et de droit public, Librairie du Recueil Sirey,Paris 1933.
- TERKI Nour Eddine, L'arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U., Alger,1999.

الفصل الأول: مفهوم النظام العام الدولي

أولاً: المقصود بالنظام العام

إن فكرة النظام العام والآداب العامة – في الحقيقة- فكرة تستعصي بطبيعتها على التحديد، لأنها فكرة نسبية ومرنة و حديثة في طبيعتها، كما لم يعرفها المشرع الجزائري ولم يحدد حتى فكرتها، ولكن الفقه تصدى لذلك وبه يمكن القول بأن:-

- **النظام العام**، هو مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، سياسية كانت هذه المصالح أو اقتصادية أو اجتماعية، فكل قاعدة يكون المراد بها حماية مصلحة عامة، من مصالح المجتمع الأساسية.

ويعرف لدى الفيه كابتان:" النظام العام هو تنسيق النظم وتنظيم القواعد القانونية التي هي ضرورية للدولة في استعمالها وعملها"، وعرفها جورج بيرد بأنه:" فكرة ذات مضمون واسع تشمل صور النظام العام المادي والأذبي والإقتصادي كافة، ويمتد ليشمل النشاط الإجتماعي". كما عرفه ليون دوجي بأنه:" المصلحة الإجتماعية أيا كانت وفق النهج المتعارف عليه في دولة معينة" وع ـرفه نيبوالسيه بـأنه: " الحد الأذني من الملائمة الاجتماعية التي يكون احترامها مفروضا على الأفراد في اتفاقاتهم"

هذا وتجدر الإشارة إلى أن فكرة النظام العام فكرة نسبية مرنة، ومتطورة، وبذلك يختلف مضمونها من بلد إلى آخر، وحتى في البلد نفسه من زمن لآخر، فتعدد الزوجات و ايقاع الطلاق من قبل الزوج بإرادة المنفردة، يعتبر من النظام العام في الجزائر ولا يجوز أن يكون اتفاق بين الأطراف على خلاف تقيده أو اسقاطه، ويعتبر كل اتفاق بعكس هذا باطل، ولنا في السابق أن الرق كان مباحاً، إلا أنه يعتبر في الوقت الحالي مخالفاً للنظام العام في الوقت الحاضر.

كما أنها تتأثر، من جهة أخرى، وتضيق وتتسع، في مجتمع ما، تبعاً للأفكار السائدة فيه، فهي تنحصر في أضيق الحدود (ومن ثم يقل تواجدها - القواعد الآمرة – ونجد هذا الأمر في الدول ذات المذهب الفردي، ونجدها تتوسع إلى حد كبير – يزيد عددها – القواعد الآمرة – وتكون في ظل المذهب الاشتراكي. لأنه عند التتبع لفكرة النظام العام كانت مقصورة على الجانب السياسي أكثر غير أن تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية تغير المفهوم كما سبق وان و بيناه في السابق.

وهذا المفهوم – النظام العام الدولي – يظهر من خلال دراستنا في المسائل ذات الصلة بالاجراءات التي يتم اتباعها أثناء النظر في النزاع أمام هيئة التحكيم، تسمى بـ " النظام العام الإجرائي"، بالاضافة الى المسائل التي تتعلق بموضوع النزاع، وتسمى بـ " النظام العام الموضوعي".

ومن هنا تظهر لنا صعوبة وفي وضع تعريف جامع مانع لفكرة النظام العام، والتي تجمع بين تحديد القواعد الاجرائية و الموضوعية ذات الصلة بالنظام العام في المجال التحكيم التجاري الدولي، و من جهة هيئة التحكيم والقضاء.

وكما سبق تبيانه أنه ما يمكن اعتباره نظام عام في دولة ما لا يكون كذلك في دولة اخرئ، وبصورة اوضح ما يكون نظام عام في دولة الواقع التحكيم على اقليمها ليس هو ذلك النظام العام في دولة المراد تنفيذ حكم التحكيم فيها.

ثانياً: خصائص النظام العام

يجد فكرة النظام العام في ضمان استقرار المجتمع وعدم المساس بقيمه، و تظهر فكرة النظام العام بجميع فروع القانون سواء العام أو الخاص. وتشمل خصائص النظام العام في النسبية والعمومية والتطور وهذا ما سوف نتطرق اليه كما يلي:-

1 - النسبية والمرونة والتطور

ومن خلال هذه الصفات والخائص التي تتعلق بالنظام العام، مما زادت من صعوبته لدى المشرع من أجل ضبطها وتحديد مضمونها، تاركا امرها للفقه والقضاء، ولهذا من الصعب أن يعطى له تعريف جامع مانع نظرا لاستمراريته وتطوره، ولهذا يرئ السنهوري:" لا نستطيع أن نحصر النظام العام لأنه شيئ متغير يضيق ويتسع حسبما يعده الناس مصلحة عامة، فلا توجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديدا مطلقا يتماشئ مع كل مكان وزمان".

2 - العمومية والشمولية

يقصد بهذا أن قواعد النظام العام تشمل جميع أنواع القانون سواء كان قانونا عاما أم خاص فهو يهيمن عليهما جميعاً.

ثالثاً: تطبيقات فكرة النظام العام في مجال القانون الخاص والعام

1 - تطبيقات فكرة النظام العام في مجال القانون الخاص

في اطار القانون الخاص على القواعد الشكلية ويتجلى ذلك في قانون الإجراءات المدنية والادارية، فالقاعدة الاجرائية يتعين احترامها لأنه يلحق الاجراء بالبطلان جراء مخالفتها.

وكذلك من النظام العام مسألة اختصاص المحاكم فلا يجوز للخصوم على اتفاق على خلاف ما نص عليه وحدده القانون، وكذلك طرق الطعن في الإحكام القضائية، وتنفيذها، وتلك الاحكام المبينه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لأن عدم التقيد بأحكامه وبالإجراءات المحددة فيه يعتبر مساسا وخروجا على النظام العام.

اما فيما يخص احكام القانون الدولي يعتبر النظام العام قيدا على قواعد الاسناد لمصلحة القانون الوطني، ومثال ذلك كاستبعاد القانون الاجنبي من التطبيق عندما تحدده قواعد الاسناد في قانون دولة القاضي لتعارضها أو مساسها بالنظام العام في دولة القاضي.

- وما يتعلق بأحكام القانون المدني وما يتفرع منه، فنجد اساس وظهور فكرة النظام العام بقوة في قضايا شؤون الأسرة التي هي قوام المجتمع، وكل ما يتعلق بأحكام الزواج، الطلاق، التبني، واجبات الآباء، الأبناء، وكذلك بالنسبة للأحكام الاهلية. والحالة الأشخاص.

وكذلك من تطبيقاته نجد فيما يتعلق بأحكام التي تمس النظام الاقتصادي في البلاد، كالتنصيص على بعض الانشطة الاقتصادية، وتنظيم المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين، وحماية المستهلك، وتنظيم

الايجار، إما حماية للطرف الضعيف كالعامل والمستهلك والمستأجر، وإما حماية للاقتصاد الوطني بالتوجيه والتقنين لأنشطة معينة وخصها بأنظمة خاصة.

2 - تطبيقات فكرة النظام العام في القانون العام

كل قواعد القانون العام آمرة لأن قواعده تمس كيان الدولة السياسي والاجتماعي والاقتصادي والأخلاقي ولا يجوز للأفراد مخالفتها، وتستوي في ذلك كل قواعد القانون الدستوري والاداري، والمالي، والجنائي.

- **قواعد القانون الدستوري:**

- نظام الحكم (التنظيم السياسي للدولة)، الحقوق والحريات العامة، الأعباء العامة، عمل السلطات العامة، ... إلخ ، ومنها لا يجوز المساس بالنظام الحكم او بالحريات الاساسية او مصادرتها، لأنها كلها من النظام العام داخل الدولة.

- **قواعد القانون الإداري:**

فلا يجوز الاتفاق على مخالفة قواعد القانون الإداري كأن يتنازل موظف عن وظيفته التي عين فيها وفق شروط توافرت فيه لآخر.

- **قواعد القانون المالي:**

قواعد القانون المالي قواعده آمرة، فلا يجوز لموظف في الضرائب أن يعفي فرد من دفع الضريبة مقابل مبلغ مالي.

- **القانون الجنائي:**

أيضا قواعده آمرة للاتصالهما بالنظام العام، فأي اتفاق على ارتكاب جريمة قتل من المجني عليه باطلا ويعاقب عليه القانون.

إذا كان قد تطرقنا إلى فكرة النظام العام بشكل عام، وفي اطار اعماله داخل الدولة، الا أننا سوف نعرض فكرة النظام العام الدولي التي هي محل دراستنا، حيث ذهب الفقه الى تعريفها كما يلي:-

رابعاً: تعريف النظام الدولي العام

بعد تعرضنا لمفهوم النظام العام الداخلي سوف نتطرق إلى تحديد مفهوم النظام العام الدولي، وهذا المصطلح الاخير لم يكن معروفا لدئ المشرع الجزائري إلا بعد تعديله لقانون الاجراءات المدنية والادارية وبالضبط بمناسبة دراسة أحكام الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي، والاعتراف بأحكام التحكيم التجاري الدولي وتنفيذها، تعرض الفقه لمفهوم النظام العام الدولي، وقد م بعض التعاريف الفقهية، نذكر من بينها ما يلي:

1 - التعريف الأول:

"ويعرف النظام العام الدولي بأنه "مجموعة المبادئ الأساسية الضرورية واللازمة لتنظيم المجتمع الدولي، وتتعلق هذه المبادئ بالقواعد المشتركة التي يتعين على المحكم الدولي معاقبة كل إخلال بها، وذلك بصفة مستقلة عن التشريع الوطني الذي يحكم موضوع النزاع"

2 - التعريف الثاني:

كما يعرف على أنه تلك الصورة المخففة للنظام العام الجزائري التي تتماشى مع مقتضيات المرونة التي تتسم بها التجارة الدولية، سواء تعلق الأمر بالقواعد الوطنية الموضوعية أو القواعد الإجرائية"

3- التعريف الثالث:

"يقصد ويعرف كذلك - النظام العام الدولي على أنه:" مجموعة القواعد الأساسية العامة المستنبطة من المعاهدات الدولية، ومن أعراف التجارة الدولية ومجموع المبادئ الدولية المتفق عليها" وكذلك من احكم القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

أما الفقه الغربي فقد اصطلح على القواعد الموضوعية التي تحكم التجار ما يسمى بنظام Lex Mercatoria. وعلى هذا الأساس، فإن النظام العام الدولي يستمد محتواه من النظام القانوني الدولي الذي يخضع للمبادئ العامة والأسس والقواعد المشتركة التي يقوم عليها القانون الدولي للتجار والذي يجد مصدره في قانون العقود التجارية الدولية، التي تعتمد أساسا على الأعراف التجارية ومبادئ القانون الطبيعي ذات القوة الملزمة، والتي يقوم عليها مجتمع التجار الدولي.

وبنا ء على ما سبق، فإن تحديد جوهر فكرة النظام العام الدولي يكون من اختصاص المحكم الذي يفصل في المنازعة باعتبارهم قضاة التجارة الدولية ويطبقون القانون الدولي للتجار مستقلا عن النظام العام

الداخلي المعروف في القوانين الداخلية، وكذلك أن تحديد هذه الفكرة كما اشرنا سابقا من اختصاص القضاء الوطني عند تنفيذ حكم التحكيم في دولته، أو اللاعتراف به، لأن المشرع اعطى له صلاحية رفضه لإخلاله بالنظام العام الدولي إذا كان له مقتضى من ذلك.

وكذلك أن هناك فرقا بين فكرة النظام العام الدولي والنظام العام الدولي في القانون الدولي الخاص، حيث إن هذا الأخير يملك صفة وطنية بسبب مصدره الوطني، وإن تطور القانون الدولي الخاص هو الذي أ د ى إلى ظهور قواعد دولية مشتركة في مجال التجارة الدولية .و لا شك أن تكوين هذه القواعد يتم بعيدا عن إرادة مشرعي الدول المختلفة، لأنها قواعد من صنع المتعاملين في التجارة الدولية مما يجعلها قواعد غير وطنية أو قواعد عبر الدولية.

كما نشير أيضا إلى أنه ليس كل حكم يتعلق بالنظام العام في التطبيق الداخلي للنصوص، هو بالضرورة كذلك على الصعيد أو التطبيق الدولي، وذلك بالنظر إلى طبيعة الاختلافات بين النظم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بين الدول، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يبدو من الصعب القول بتحديد جوهر ملموس لفكرة النظام العام " الدولي الحقيقي Ordre public réellement international "أو النظام العام" عبر الدولي Ordre public transnational "

يعارض البعض فكرة النظام العام الدولي بالقول إنه:" حتى لو قبلنا كل مسلمات نظرية قانون التجارة الدولية فمن الصعب القبول بمفهوم النظام العام الدولي، إذ أن هذا المفهوم على حد تعبير الفقه "أنطوان كاسيس Antoine Kassis "هو مفهوم مستحيل concept impossible، إذ أنه يقوم ابتداء وانتهاء على تناقض منطقي يستحيل تجاوزه .وإن أي قراءة متأنية لكتابات فقهاء القانون التجاري الدولي من أنصار هذه النظرية Lex. mercatoria ، ومنه نجد أن هؤلاء الفقهاء يعترفون بأنه أيا كانت درجة اكتمال هذا التنسيق القانوني الدولي فإن هناك من القضايا المرتبطة بعقود التجارة الدولية التي مازال تنظيمها يخضع لقانون الدولة، مثل مسائل الأهلية وعيوب الرضا .وبعبارة أخرى فإن تدويل النظام القانوني لعقود التجارة الدولية ليس كاملا، إذ أن قانون التجارة الدولية لا يحكم في نهاية الأمر إلا المسائل المتعلقة بتفسير وتنفيذ عقود التجارة الدولية، كما أن أحكام قانون التجارة الدولية كلها ذات أصل تعاقدي، فهي نتاج ممارسات أطراف عقود التجارة الدولية كما تجسدت في العقود النموذجية، والشروط العقدية الدارجة، والأشكال العقدية الجديدة، خاصة منها تلك المركبة".

الفصل الثاني: موقف القضاء من مفهوم النظام العام الدولي

أولاً: سلطة القاضي في تحديد النظام العام

وازاء نسبية ومرونة وتطور، فكرة النظام العام وبالتالي استحالة حصر ما يدخل في اطارها سلفاً، فإنه يناط بالقاضي أن يقدر – بمناسبة كل مسالة معروضة عليه- ما إذا كانت قاعدة قانونية معينة مما يتصل بالنظام العام والآداب العامة في المجتمع، أو لايتصل به على ألا يعول في ذلك على آرائه الخاصة ومعتقداته الشخصية وإنما يتعين عليه أن يراعي ما تدين به الجماعة، وأن يستلهم المصلحة العامة مهتدياً في ذلك بالأفكار السائدة في عصره ومتقيداً بنُظم هذا العصر وآدابه. غير أن التطور العلمي والتكنولوجي قد غير في جملة من المفاهيم القانونية وفي فكرة النظام العام، حتى وأن اصبحنا نتكلم على النظام العام الدولي، وهذا الاخير ادخله المشرع الجزائري في ظل نصوص قانون الاجراءات المدنية والادارية.

ثانيا: اعمال النظام العام الدولي في أحكام التحكيم

تقتضي المواد 1051 و 1056 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، إلى مسألة النظام العام الدولي، حيث تنص المادة 1051 على ما يلي:- " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا اثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

وتنص المادة 1056 منه على ما يلي:-" لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية:- ....

6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي."

كما تنص المادة 1058 على ما يلي:" يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه".

تكون مسألة مخالفة حكم التحكيم للنظام العام سندا لرفع دعوى البطلان إذا خرج المحكم عن قاعدة تتعلق بالنظام العام الجزائري، أي صدور الحكم متضمنا ما يخالف النظام العام الجزائري، فهو يمثل الأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي يرتكز عليها كيان الدولة بالإضافة إلى الآداب العامة، ولكن المقصود من هذا أن يتضمن الحكم فعلا ما يخالف النظام العام الجزائري، مثلا إبرام الورثة اتفاقا بشأن تركة مستقبلية إبان حياة مورثهم وتضمن الاتفاق شرط تحكيم، وثار نزاع

بين الورثة وعرض الأمر على محكمة التحكيم فأقرت الاتفاق وأصدرت حكمها بتسوية النزاع، فإن الحكم يكون باطلا لمخالفته للنظام العام الجزائري، أما إذا أصدرت المحكمة حكمها ببطلان الاتفاق فإن الحكم يكون صحيحا.

ومسألة النظام الدولي العام من المصطلحات الجديدة على المشرع الجزائري، فالها من الخطورة بمكان لأنه قد يصدر حكم التحكيم التجاري الدولي في الخارج وله ما يخالف النظام العام الجزائري، ولا يخالف النظام العام الدولي وبذلك سوف يطبق الحكم وتتم مخالفة نص المادة 605 من ق ا م الادارية التي وضعت شرط تنفيذ حكم الأجنبي ان لا يخالف النظام العام الداخلي فقط، ومن الامثلة العملية ما وقع للدولة السعودية بشأن تنفيذ على فوائد ربوية بالرغم من القانون السعودي يحرمها ولا يبيح التعامل بها.