



الدكتور محمد العزّاز بن محمد الفضلي
للمحاماة والاستشارات القانونية
Lawyers & Legal Consultants

مقالة

هل حقيقة يعتبر النظام العام عائقا أمام التحكيم التجاري الدولي؟

بسم الله الرحمن الرحيم

هل حقيقة يعتبر النظام العام عائقاً أمام التحكيم التجاري الدولي؟

إن المتأمل في التحكيم وأهدافه يجد أن التحكيم وسيلة للوصول إلى غاية مشروعة وهي فض النزاع القائم بين أطراف العلاقة القانونية التي شأها نوع من سوء الفهم أو خطأ في التطبيق أو تقصير من أحد أطرافها. ويتضمن الإلزام بتنفيذ ما يصدر من لجنة التحكيم، فهو الهدف الحقيقي من وجود نظام تحكيمي ينظم اللجوء للمحكمن. فالغاية ليست لكي يكون لدينا نظام تحكيم، بل هي لفض النزاع بطريق سلمي يحفظ الحقوق من جهة ويسرع عجلة فض النزاع من جهة أخرى وهذا من أهم ما يميز التحكيم. لكن حين يصطدم نص الحكم التحكيمي أو روح الحكم مع أحد المبادئ أو الأسس العامة في بلد التنفيذ فإن القاضي سيضطر إلى رفض التنفيذ بحجة أن هذا التنفيذ يتعارض مع النظام العام للبلد. فيكون النظام العام هنا سبباً في رفض تنفيذ حكم التحكيم.

وبالعودة للسؤال المطروح هل يعتبر النظام العام سداً يقف أمام حكم التحكيم؟ في الحقيقة وبالنظر إلى مكونات القانون لدى الشعوب فإن الأسس والمبادئ لا يمكن التنازل عنها لدى أمة من الأمم وبالأغلب أن هذه الأسس متعارف عليها لدى جميع الشعوب وكأنما تكون قوانين ومبادئ عالمية مثل المساواة، وحق الدفاع، والترافع، وغيرها. فمثل هذه المبادئ تشكل أساساً مستقرًا في ضمائر الشعوب.

ولكن حين تختلف الشعوب حول مبادئ معينة فإن السؤال هنا يثور حول جدية رفض التنفيذ. فعلى سبيل المثال الفوائد الربوية أو ما تسمى القانونية نجد أن الشريعة الإسلامية قد أسمتها ربا وهي كلمة أصبحت على مر الزمن في الثقافة الإسلامية كلمة سيئة لا يحبها المسلم وترسخت عقدياً حرمتها مع أن معناها في اللغة هي الزيادة. وفي المقابل نجد كلمة فوائد قانونية لدى كثير من الدول حول العالم يجعل لها إطاراً شرعياً بإضافة كلمة قانونية. وبين هذه التسمية وتلك يتضح الاختلاف في معالجة حالة معينة. حيث إن الفوائد الربوية من المحرمات في الشريعة لكن لا تعتبر كذلك في كثير من القوانين الدولية. هذا لا يعني إطلاقاً الانسحاق خلف التسميات القانونية ومخالفة الشريعة، ولكن الحقيقة التي أشير إليها هنا هي: أن هناك اختلاف حقيقي يبرز الحاجة لتحديد إطار للنظام العام ليسهل على المحامي والمحكم تطبيقه. ولكن هذه النتيجة لا تجيب على التساؤل السابق. فمن وجهة النظر البسيطة وللإجابة على ذلك التساؤل يجب فهم ضرورة وجود ضابط عام للأحكام في الدولة والمتعلقة بالنظام العام. فما هو الضابط الذي تتبعه محاكمنا الوطنية في تحديد النظام العام؟

إن إيجاد تعريف دقيق منضبط يحدد عناصر دقيقة تتضمن تعريف النظام العام أمر شبه مستحيل وذلك لأن النظام العام كما أسلفنا قد يختلف من دولة لأخرى حيث إن لكل دولة عادات وتقاليدها وثقافتها وديانة معتمدة في أغلب الدول، جميع هذه العناصر تؤثر في تحديد معيار دقيق للنظام العام.

لكن إذا حاولنا النظر إلى الأحكام القضائية التي تعتبر الجانب التنفيذي للقوانين والتطبيقات للقواعد والأحكام والأعراف في الدولة فستكون المهمة أسهل لأن القضاء دائماً يجنح لإصدار أحكام واضحة ممكنة التطبيق. بناء عليه فبالنظر للأحكام الصادرة من ديوان المظالم السعودي،¹ الذي كان يختص بتنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية وأحكام التحكيم الأجنبية ويجري عليها ذات المبادئ.² نرى أنه في كثير من الأحكام ذكر العديد من الأحكام أن الحكم التحكيمي المطلوب تنفيذه لا يتعارض مع أي نصوص شرعية صحيحة ولا يتعارض مع الأسس والأصول الشرعية. ولكن ما هي هذه الأصول والأسس الشرعية؟ لأن هذا النص يبقى عاماً. فنرى في أحكام أخرى جاء تفسير أو تعريف لما يعتبر من الأصول والأسس الشرعية حيث يقتصر النظام العام على وجود نص صريح في القرآن الكريم أو السنة النبوية أو إجماع بين العلماء في موضوع معين، فهذه هي الأصول الشرعية. فالربا على سبيل المثال محرم بنصوص في القرآن والسنة وبالإجماع أيضاً فهو يعتبر من الأسس والأصول الشرعية فوجود حكم يتضمن اقراراً للربا سيكون مخالفاً للنظام العام في المملكة وسيتم رفض التنفيذ للحكم أو للجزء الخاص بالربا وتنفيذ باقي الحكم إذا كان الحكم قابلاً للانفصال تطبيقاً لاتفاقية نيويورك 1958 التي انضمت لها المملكة في عام 1414 هـ. أيضاً يدخل في النظام العام ما جاء تطبيقاً لقرار رئيس الديوان الخاص بضوابط تنفيذ الأحكام الأجنبية سواء أحكام محاكم أم أحكام تحكيم.³ هذه الضوابط الواردة في قرار رئيس الديوان تضمنت عدم مخالفة نصوص النظام الداخلي للمملكة، وعدم وجود حكم قضائي داخلي صادر من محكمة سعودية يبت في موضوع الدعوى وعن ذات الأطراف. فالنظام العام في المملكة ليس فقط الأسس والأصول الشرعية، التي حددها ديوان المظالم بما جاء في نصوص صريحة

¹ تجدر الإشارة إلى أن نظام التنفيذ السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م) / 53 بتاريخ 13 / 8 / 1433 هـ حدد في مادته التاسعة بأن تنفيذ أحكام المحاكم وأحكام التحكيم الأجنبية من صلاحيات قاضي التنفيذ وأن طلب تنفيذها يكون أمام محاكم التنفيذ. ثم ذكرت المادة الحادية عشرة تفصيلاً ذلك بما يلي:

مع التقيد بما تقضي به المعاهدات والاتفاقيات؛ لا يجوز لقاضي التنفيذ تنفيذ الحكم والأمر الأجنبي إلا على أساس المعاملة بالمثل وبعد التحقق مما يأتي: (أن محاكم المملكة غير مختصة بالنظر في المنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر، وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في أنظمتها. (2) أن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا بالحضور، ومثلوا تمثيلاً صحيحاً، ومكنوا من الدفاع عن أنفسهم. (3) أن الحكم أو الأمر أصبح نهائياً وفقاً لنظام المحكمة التي أصدرته. (4) أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر صدر في الموضوع نفسه من جهة قضائية مختصة في المملكة. (5) ألا يتضمن الحكم أو الأمر ما يخالف أحكام النظام العام في المملكة.

ولمعرفة سير محاكم التنفيذ وتعاظمها مع تعريف النظام العام فإننا نحتاج لوجود نشر للأحكام القضائية سواء بالتنفيذ أو الرفض وهو الأمر الغير متوافر حقيقة فيما يتعلق بالأحكام الصادرة من محاكم التنفيذ.

² انظر البحث المقدم لنيل درجة الدكتوراه للباحث عبدالعزيز بن محمد الفضلي، الاعتراف والتنفيذ لأحكام التحكيم التجاري الأجنبية في المملكة العربية السعودية: دراسة مقارنة مع استراليا، جامعة Wollongong، استراليا 2014.

³ انظر قرار رئيس ديوان المظالم السعودي رقم (7) وتاريخ 1405/5/15 هـ 1985. واستبدال بالقرار رقم 116 لسنة 1428 هـ 2007 واستند هذا القرار صراحة إلى المرسوم الملكي رقم 8071 / م بتاريخ 1427/11/11 هـ (2007) والصادر عن مجلس الوزراء السعودي. يعتبر هذا المرسوم الملكي تفويضاً من مجلس الوزراء السعودي لرئيس ديوان المظالم لوضع الضوابط لتنفيذ أحكام المحاكم وأحكام التحكيم الأجنبية.

من القرآن والسنة النبوية المطهرة أو جاء بها إجماع الأمة، بل أيضاً تشمل النصوص النظامية الأمرة والنافذة في المملكة بجانب عدم معارضة أحكام أو سلطات القضاء السعودي في حال وجود دعوى قائمة أمام المحاكم السعودية عن ذات الأطراف والموضوع.

ولكن هناك تساؤل حول سبب رفض تنفيذ الأحكام الأجنبية سواء أحكام محاكم أم أحكام تحكيم أجنبية بناء على القول بمخالفة النظام العام؟ الإجابة تتلخص في أن ذلك النظام العام يهدف إلى الحفاظ على معتقدات الشعب أو مبادئ العدالة لديه أو للحفاظ على حقوق الإنسان والمساواة والعدل وكل ما أقره الشعب من مبادئ عامة وسامية. وتطبيق هذه المبادئ كما ذكرنا تختلف في بعض تفاصيلها وطرقها من نظام قانوني لآخر. فالنظام العام أصبح ضرورة يجب عدم التوسع فيه أو القياس عليه لكيلا يكون ذريعة لرفض أحكام التحكيم الأجنبية. ففي الحقيقة أن النظام العام ضماناً للحفاظ على الأسس والأصول القانونية لأي دولة، فهو مبدأ لحماية أسس النظام الداخلي.

من هنا تأتي الإجابة على السؤال أعلاه، لم يكن القصد من وجود مبدأ النظام العام أن يكون عائقاً لتنفيذ أحكام التحكيم التجاري حيث إنه لا يستهدف إيقاف أو رفض أحكام التحكيم مباشرة بقدر ما يستهدف حماية النظام الداخلي حيث إن تلك الحماية تتطلب في بعض الأحيان رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي.

عبدالعزیز بن محمد الفضلي

2016



الدكتور عبد العزيز بن محمد الفاضلي
للمحاماة والاستشارات القانونية
Lawyers & Legal Consultants

**Does 'public policy' impede the enforcement of
international commercial arbitration?**

Does 'public policy' impede the enforcement of international commercial arbitration?

In considering arbitration and its objectives, we find that arbitration entails reaching a legitimate means that settles a dispute between the parties to a legal relationship that has been struggling from some misunderstanding, error in implementation, or default from one of the parties. Arbitration includes the obligation to implement what is issued by the arbitrator/s, as it is the real goal of having an arbitration process that regulates the resort to arbitrators. The goal is not to have an arbitration system, but rather to settle the dispute in a peaceful manner. The arbitration process preserves the rights of the parties involved. on the one hand and speeds up the resolution of the dispute on the other hand, and this is one of the most important characteristics of arbitration. Nevertheless, when the arbitral award or the spirit of the foreign judgment in conflict with the public policy of a country, the judge will be forced to refuse the implementation of the award on the grounds of conflict with public policy. Hence, the public policy is a sufficient ground to reject the arbitral award.

Returning to the stipulated question of whether public policy is a barrier to the enforcement of arbitral award. It appears that, looking at the components of the legal system between countries, the foundations and principles cannot be waived, and, in most cases, these foundations are known to all parties, as if they were universal laws. Principles such as equality, the right to defend, pleading and others, constitute a solid foundation in the consciences of the public.

However, considering the differences and their specific principles, the question arises with regards to the extent to which differences affect the enforcement of the arbitration award. For example, in 'Riba' interests, we find that Islamic law has called it Usury, and overtime in Islamic culture, Riba has become a word with negative connotations for Muslims. Its forbidden nature has become embedded in its meaning despite the linguistic reference in the language which indicates, excess. On the other hand, we find Usury in many countries around the world legal. Thus, it is clear that the difference is in treating

a particular circumstance in the Riba/Usury case. Because Usury is forbidden in *Shari'a* law and it is not considered the same in many international laws. This does not mean Usury must follow the international norms and breach the Sharia law. However, we shall highlight the need to define the framework of the public policy in order to make it comprehensible for both lawyers and the arbitrators. Defining the framework will assist in the application of the arbitral awards in Saudi Arabia. However, this consequence does not answer the previous question. From a simplistic point of view, it is necessary to understand the importance of having a general framework for the state's provisions relating to public policy. Thus, what is the rule that our national courts will follow in determining public policy?

Finding an accurate, systematic definition that describes precise elements included within the definition of public policy is almost impossible. Public policy, as mentioned above, may differ from one country to another, as each country has customs, traditions, culture, and religion. All these elements affect the definition of an accurate understanding of public policy.

However, a look at the judicial rulings that are considered executive laws and their applications, provisions, and customs in the country, will result in a clear understanding of public policy. In fact, the judiciary force aims to issue strong and enforceable rulings. Accordingly, in view of the rulings issued by the Saudi Board of Grievances, a court which was dealing with both the provisions of Arbitration and the provisions of foreign courts in the same manner and applying the same principles.⁴ It can be seen that in several rulings the court has stated that the arbitration ruling that is required to be implemented, does not contradict any valid legal assets and *Shari'a* principles and foundations. However, what are these legal assets and foundations? where the text is still vague. In fact, some rulings have tried to give some more deep interpretation and definition of what is considered *Shari'a* principles and foundations, through adapting a

⁴ For more information, see Abdulaziz bin Muhammad Al-Fadhli, *The Recognition and Enforcement of Foreign Commercial Arbitral Awards in Saudi Arabia: Comparative Study with Australia*, University of Wollongong, Australia 2014.

unified rule. The Islamic term for the public policy principle is ‘the common interest’ (*Masaleh Morsalah*). An often-cited academic saying states that Muslims must fulfil contractual requirements except those which ‘allow what is prohibited or prohibit what is allowed’. This shows that the public policy in the *Shari’a* law is linked, generally, to the explicit texts that have been cited clearly in the *Qur’ān* and *Sunnah*. As for the provisions that have no explicit texts, they are not included in the public policy principle. Hence, the existence of an award that includes a usuary interest will be contrary to the public policy of the Kingdom of Saudi Arabia. The implementation of that award or part of it ‘the usuary parts’ will be rejected and the rest of that award will be enforced if the award is separable as an implementation of the *New York Convention* 1958, which the Kingdom joined in 1414 AH. This view has been supported by the decisions of the President of the Saudi Board of Grievances.⁵ These rulings were included in the decisions of the President of the Saudi Board of Grievances, where he stated that the violation of the provisions of the Kingdom’s internal system as a contrary to the public policy. Additionally, the rulings include the stipulation that foreign awards shall not be inconsistent with a national provision issued/considered before a Saudi court.

As a result, it can be said that the public policy in the Kingdom is not only the legal foundations and principles, which were defined by the Board of Grievances with what was stated in explicit texts from the *Qur’an* and the *Sunnah* of the Prophet although also include the statutory texts that are enforceable in the Kingdom. In addition, the final court rulings where the foreign award must not be in contrary to a Saudi judgment or any lawsuit pending before the Saudi courts for the same parties and the subject matter.⁶

⁵ See the decision of the President of the Saudi Board of Grievances No. (7) dated 5/15/1405 AH 1985. And replaced by the decision No. 116 of 1428 AH 2007 and this decision was explicitly based on Royal Decree No. 8071 / M dated 11/11/1427 AH (2007). This royal decree is considered an authorization from the Saudi Council of Ministers to the head of the Board of Grievances to set controls for implementing foreign court rulings and foreign arbitration rulings.

⁶ It should be noted that the Saudi Execution Law issued by Royal Decree No. (M) / 53 of 8/13/1433 AH specified in its Article 9 that the competent authority in the enforcement of foreign judgments and foreign arbitral awards is the enforcement courts. Then the eleventh article mentioned this in detail as follows:

Without prejudice to treaties and agreements, the enforcement judge may not execute a foreign judgment or order except on the basis of reciprocity and upon ascertaining that: (1) the courts of the Kingdom have no jurisdiction to review a dispute regarding which a judgment or order is issued and that the foreign courts issuing such judgment or order have jurisdiction over it in accordance with the rules of international judicial stated in their law; (2) the litigants of a lawsuit in which a judgment is rendered are summoned to appear, are dually represented, and are given the right to defend themselves; (3) the judgment or order has become final

Nevertheless, there is a question about the reason for denying implementing foreign judgments (whether court rulings or foreign arbitral award) based on the ground of breaching the public policy? The answer is that this public policy aims to preserve the people's beliefs, principles of justice, human rights, equality justice and all the general and noble principles favored by the people. The application of these principles as mentioned, differ significantly in their implications and procedures from one legal system to another. Public policy has become a necessity that must not be expanded or measured in order not to be avoid the rejection of the foreign arbitration awards. In fact, public policy is a guarantee of the preservation of the legal foundations and assets of any state, as well as the principle for protecting the foundations of the internal system of a state.

The public policy principle was not intended to be an obstacle to the implementation of the foreign awards provisions. In addition, it is not intended to suspend or reject arbitration directly. It aims to protect the internal system, as this protection sometimes requires the refusal of implementing the foreign arbitral award.

Abdulaziz M. Alfadhli

2016

accordance with the law of the court issuing it. (4) the judgment or order is not conflict with any other judgment or order issued in the same case by a competent judicial body in the Kingdom; and (5) the judgment or order is not in conflict with public order in the Kingdom.

In fact, in order to know the functioning of the enforcement courts and their dealings with the definition of the public policy, there must be an Analytical study of many judgments published in this matter, whether by execution or rejection, which is 'unfortunately' not really available in relation to the rulings issued by the enforcement courts.