

جامعة محمد الصديق بن يحيى / جيجل

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

# إخضاع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: القانون الخاص للأعمال

إشراف الدكتور  
موكه عبد الكريم

إعداد الطالب  
\* سواعدي أحلام  
\* بوشموخة ريمة

## لجنة المناقشة

- د. هاشمي حسن، أستاذ محاضر "ب"، جامعة جيجل..... رئيسا  
د. موكه عبد الكريم، أستاذ محاضر "ب"، جامعة جيجل..... مشرفا مقرا  
أ. صغير يوسف، أستاذ مساعد "أ"، جامعة جيجل..... ممتحنا

السنة الجامعية 2016/2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَأَقْبَلْنَا رَأْسَهُ  
وَأَقْبَلْنَا رَأْسَهُ  
وَأَقْبَلْنَا رَأْسَهُ  
وَأَقْبَلْنَا رَأْسَهُ

(طه 114)

## الإهداء

إلى سندي في الحياة عائلتي الفاضلة كل بإسمه.

إلى من أحيا بصالح دعائهما، إلى التي وضعت الجنة تحت أقدامها.

أمي الغالية أطال الله في عمرها.

إلى من تكبد مشقة الحياة، لأصل إلى ما أنا عليه الآن.

أبي العزيز أطال الله في عمره.

إلى من قاسموني أيام الطفولة خطوة بخطوة.

إخوتي وأخواتي أدامكم الله.

إلى عائلتي الثانية، زميلاتي وزملائي .

حفظكم الله .

أحلام وريمة.

## شكر وتقدير

الشكر الأول لله عزوجل صاحب الفضل والرزق الموفق الذي وفقنا في إنجاز هذا العمل المتواضع.

نتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى الأستاذ المشرف

الدكتور "موكه عبد الكريم" عرفانا بجميل فضله على مساعدته وتوجيهاته في كل مراحل إنجاز هذا العمل وعلى تفهمه وصبره معنا.

نتقدم بالشكر إلى كافة أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة جيجل وبالأخص الأستاذة "عياذ دلال" التي لم تبخل علينا بكل ماجادت به مفكرتها.

ثم نتقدم بالشكر للدكتور "الهاشمي حسن" الذي قبل ترأس لجنة المناقشة، والأستاذ "صغير يوسف" بصفته مناقشا لمذكرتنا.

وإلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد أساتذة كانوا أم زملاء.

أحلام وريمة

قائمة المختصرات.

أولاً: باللغة العربية

د ب ن: دون بلد نشر.

د د ن: دون دار النشر.

د س ن: دون سنة نشر.

ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ج: الجزء.

ط: الطبعة.

ص: الصفحة.

ثانياً: باللغة الفرنسية

- **CCI** : Chambre de Commerce International.
- **CNUDCI** : Commission des Nations Unies de Droit Commercial International
- **D** : Dalloz
- **Ed** : Edition.
- **LGDJ**: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
- **Op.cit** : *Oper citato*, (référence précédemment citée).
- **P**: page
- **Pp**: de la page à la page
- **RASJEP** :Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques

## الفصل الأول

### إعمال قانون الإرادة كقاعدة أصلية على عقود التجارة

#### الدولية

تعتبر عقود التجارة الدولية هي العصب الرئيسي للمبادلات التجارية والحياة الإقتصادية الدولية، وبما أن العقود تعتبر من أهم صور التصرف القانوني لإرادة الأطراف تلعب فيه دورا أساسيا ومهما خاصة من حيث إختيار القانون الواجب التطبيق<sup>(17)</sup>. وعليه فأغلبية التشريعات وبالأخص الحديثة منها تتفق على الإعتداد أساسا بالإرادة كضابط للإسناد في العقود الدولية، فهي تعتبر قانون الإرادة أو القانون الذي يختاره أطراف العقد الدولي هو الواجب التطبيق من حيث الأصل على الإلتزامات التعاقدية، وإن كان يوجد إختلاف بينها حول نطاق هذا الإختيار فهو يتسع ويضيق حسب الأنظمة التشريعية لكل دولة.

ذاك أن هناك من التشريعات التي تأخذ بالحرية المطلقة للأفراد بإختيار القانون الواجب التطبيق على إلتزاماتهم التعاقدية بحيث يمكنهم إختيار قانون جنسية أحد الطرفين، أو قانون موطن أحدهما، أو إختيار قانون محل تنفيذ العقد، أو حتى إختيار قانون ليس له صلة لا بأطراف العلاقة التعاقدية ولا بالعقد محل الإلتزام ويقوم الأطراف بذلك بوضع شروط نموذجية للعقد و الإلتزام بها<sup>(18)</sup>.

كما أن هناك من التشريعات التي تقيد من حرية الأطراف المتعاقدة في إختيار القانون الواجب التطبيق على إلتزاماتهم التعاقدية، وذلك من خلال إختيار عقد يمد بصلة

<sup>(17)</sup> " le droit du commerce international a traditionnellement pour fonction de fixer les règles applicables aux opérations du commerce international. son originalité réside dans l'absence d'un droit unique.... elle est complétée par celle du règlement de litiges du commerce international", voir HUGUES Kenfack, droit du commerce international, Dalloz, paris, 2009, p 07.

<sup>(18)</sup> DELEBECQUE Philippe & JACQUET Jean-Michel, Droit du commerce international, Dalloz, paris, 2007, p 07.

حقيقية بالأطراف المتعاقدة كقانون الجنسية أو قانون الموطن أو بصلة بالعقد المبرم بينهما كقانون محل تنفيذ العقد، وذلك بهدف حماية النظام العام لدولة القاضي، ومنع التحايل نحو قانون دولة القاضي.

ويقصد بالإلتزامات التعاقدية على المستوى الدولي تلك الإلتزامات الناشئة عن العقود الدولية المتضمنة للعنصر الأجنبي، والإلتزامات ذات الطابع المالي، والتي تنشأ بين الأحياء، فهي لا تشمل الوصية مثلا، و لا تشمل الإلتزامات المتعلقة بالأحوال الشخصية كعقد الزواج أو بعض الإشتراطات المالية التي تصاحبه.<sup>(19)</sup>

من خلال ما سبق ذكره وللإحاطة بموضوع قانون الإرادة كقاعدة أصلية في عقود التجارة الدولية، كان من الضروري التطرق للتطور التاريخي لفكرة إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة من خلال (المبحث الأول)، وصولا إلى قدرة إختيار الأطراف لقانون الإرادة (المبحث الثاني)، وأخيرا تطبيقات مبدأ سلطان الإرادة أمام التحكيم التجاري الدولي (المبحث الثالث).

(19) علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008، ص106.

## المبحث الأول

### تطور فكرة إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة

لم تكن المجتمعات القديمة تعرف ما يسمى "بتنازع القوانين"، وعليه لم يكن هناك وجود لفكرة إخضاع العقد الدولي للإرادة موجودة ولم تكن تعترف للأجنبي بالشخصية القانونية لأن الجماعة كانت تقوم قديما على أساس العقيدة الدينية المقصورة على الجماعة وحدها وعلى القوانين المحلية التي كانت توضع خصيصا لسكان الإقليم وحدهم.

وعلى ذلك لم يكن للأجنبي أن يقيم في إقليم جماعة غير جماعته، ولم يكن معترفا له بالحق في الزواج، أو الحق في التملك أو الحق في التقاضي.<sup>(20)</sup>

غير أنه مع تطور العلاقات أصبحت هذه الجماعات تقبل الاتصال مع بعضها والتعامل فيما بينها، لاسيما العلاقات التجارية منها، وقد نتج عن التبادل التجاري ظهور فكرة الإعراف بالقوانين بتطبيق القوانين الأجنبية وهو الأمر الذي أدى إلى ظهور فكرة "تنازع القوانين"، وأي قانون يحكم العلاقة التعاقدية القائمة ومن هنا برزت فكرة إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة للوجود.

وقد مرت فكرة إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة بمراحل عدة عبر الزمن، حيث لعب الفقه دورا فعال في إبراز مشكلة إخضاع العقد الدولي لمبدأ سلطان الإرادة وتطويره حتى وصل إلى ما هو عليه الآن، حيث كرسته مختلف التشريعات الحديثة وضمنتها أغلب القوانين الوطنية ضمن منظومتها القانونية، وكذلك إعرفت به بعض الإتفاقيات الدولية.

وعليه من خلال هذا المبحث يتم إبراز التطور التاريخي لفكرة إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة في مطلبين، (المطلب الأول) دور الفقه في إبراز مشكلة إختيار القانون الواجب التطبيق، (المطلب الثاني) تكريس مبدأ سلطان الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق في الإتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية.

(20) أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، المنشور في، [www.pdfFactory.Com](http://www.pdfFactory.Com)، ص 233.

## المطلب الأول

## دور الفقه في إبراز تطبيقات قانون الإرادة

من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص تنازع القوانين في المسائل المتعلقة بالعقود الدولية، حيث أنه لا بد من التحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق على هذه العقود نظرا للأهمية التي يكتسبها لذلك فقد لعب الفقه دورا كبيرا في إرساء قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة والتي تعود لعصور بعيدة عرفت تطور كبيرا، ساهم العديد من الفقهاء في تطويرها.

كذلك من أجل التعرف الصحيح على فكرة إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة لا بد من التطرق لأهم التطورات التي عرفها هذا المبدأ عبر التاريخ بداية بمدرسة الأحوال الإيطالية باعتبارها من أقدم المدارس والتي لعبت دورا كبيرا في تكريس هذا المبدأ. وعليه يتم إبراز دور الفقه عبر مرحلتين، المرحلة الأولى تتعلق بموقف الفقه الكلاسيكي من فكرة إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة (الفرع الأول)، والمرحلة الثانية متمثلة في موقف الفقه الحديث من فكرة إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة (الفرع الثاني).

## الفرع الأول: موقف الفقه الكلاسيكي في إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة.

يعود ظهور الملامح الأولى لمبدأ سلطان الإرادة لفقه الأحوال الإيطالية القديم وبصفة خاصة منذ القرن الخامس عشر،<sup>(21)</sup> على يد رواد المدرسة الإيطالية القديمة ثم تلتها في القرن السادس عشر المدرسة الفرنسية على يد الفقيه "دراجنتريه" والذي كان متأثرا نوعا ما بالمدرسة الإيطالية، ونقل فقه "دراجنتريه" إلى هولندا حيث تأثر الفقهاء الهولنديين بفقهه وذلك نتيجة لتشابه الظروف السياسية والإقتصادية لفرنسا وهولندا آنذاك، وعليه فقد أقام الفقه الهولندي هو الآخر المدرسة الهولندية، حيث كان لهذه المدارس أهمية بالغة في تطوير فكرة إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة، وعليه يتم التطرق للمدرسة الإيطالية (أولا)، والمدرسة الفرنسية (ثانيا) والمدرسة الهولندية (ثالثا).

(21) هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص330.

## أولاً: المدرسة الإيطالية.

تطور قانون الإرادة من خلال تطور تنازع القوانين، حيث جرى فقه الأحوال الإيطالية القديم في القرنين الثاني والثالث عشر على إخضاع التصرف القانوني لقانون بلد إبرامه،<sup>(22)</sup> دون الإعتداد بقانون القاضي المطروح عليه النزاع لسهولة تعرف جميع أطراف العلاقة على أحكام قانون مكان العقد من الناحية العملية.<sup>(23)</sup>

وبالتالي فقهاء هذه المدرسة هم أول من وضعوا القاعدة الشهيرة " **Locus regitatum** " غير أنهم قاموا بتطبيقها على نطاق واسع على شكل التصرف وعلى موضوعه ولم يكونوا يفرقون بينهما، على عكس الوضع الحال الذي تطبق على الشكل فقط.<sup>(24)</sup>

وقد فسر الفقه الإيطالي " **curtuos** " في نهاية القرن الخامس عشر خضوع موضوع العقد لقانون بلد إبرامه على أساس أن إرادة الأطراف قد إتجهت ضمناً لقانون بلد إبرامه.<sup>(25)</sup>

وإستمر الحال على هذا الوضع إلى أن أدرك الفقه في وقت متأخر أهمية الفصل بين شكل العقد وموضوعه عند تحديد القانون الواجب التطبيق، حيث إستقرت قاعدة إخضاع العقد الدولي من حيث الموضوع لقانون الإرادة في نهاية القرن التاسع عشر، فإن شكل العقد بقي يخضع لقانون بلد الإبرام، والمعمول بها إلى حد الآن في معظم الأنظمة القانونية المعاصرة.<sup>(26)</sup>

(22) هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص331.

(23) صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص242.

(24) أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص246 .

(25) هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص331.

(26) هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص25.

وعليه يتميز فقه المدرسة الإيطالية القديمة بالخصائص التالية:

- 1- عدم التقيد سلفاً بمبدأ معين واتباعوا طريقة إعطاء حلول لكل مسألة على حدة دون وضع نظام كامل، متأثرين بظروف كل حالة من حالات التنازع.<sup>(27)</sup>
- 2- فقه تحليلي أي يعالج مختلف حالات التنازع دون محاولة ربطها بعضها ببعض، فهو فقه جزئيات.

- 3- فقه عالمي أي أنه يضم حلولاً صالحة لحل التنازع أياً كان مكانه ذلك لأن هذا الفقه لم يكن يبحث عن الحل الذي يصلح في مدينة دون أخرى،<sup>(28)</sup> بل قدم حلولاً كان أساسها هذا العقل والعدالة وحاجة المعاملات.<sup>(29)</sup>

وتوصل الفقه الإيطالي القديم إلى التفرقة بين القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية بحيث يخضع الأولى إلى قانون المحل على أساس أنه يمكن تصور تنازع القوانين،<sup>(30)</sup> في المسائل الموضوعية، أما الثاني فيخضع دائماً لقانون القاضي كما ظهر لدى فقه الأحوال الإيطالية الملامح الأولى للنظرية الحديثة للنظام العام.<sup>(31)</sup>

**ثانياً: المدرسة الفرنسية :** نتيجة للأوضاع السياسية السائدة في أوروبا خلال القرن السادس عشر والمترتبة على وجود الإقطاعية،<sup>(32)</sup> نشأت المدرسة الفرنسية على يد

<sup>(27)</sup> صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 242.

<sup>(28)</sup> سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004 ، ص 74.

<sup>(29)</sup> حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2005، ص 67.

<sup>(30)</sup> تنازع القوانين: يقصد به في القانون الدولي الخاص، "تزامم قانونين أو أكثر لدولتين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية تشمل عنصر أجنبي"، أنظر: أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 242.

<sup>(31)</sup> هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 33.

<sup>(32)</sup> المرجع نفسه، ص 33.

"دراجنتريه" "D'Argente" التي تقوم على فكرة إقليمية القوانين وإمتدادها،<sup>(33)</sup> بحيث أعاب "دراجنترية" المدرسة الإيطالية طريقتها التحليلية، ولجأ إلى طريقة تليخيصية<sup>(34)</sup> تقوم على التفرقة بين القوانين العينية والقوانين الشخصية فوسعه<sup>(35)</sup> بحيث أقام نظرية عامة حاول من خلالها أن يضع الحلول المختلفة لمشكلة التنازع، بحيث كانت نقطة البداية في هذه الأفكار تقترب من فقه الأحوال الإيطالي القديم من حيث وجوب تقسيم القوانين ذاتها وليست العلاقات التي تحكمها هذه القوانين، إلى قوانين إقليمية تنطبق على كل من يقطنون الإقليم، وقوانين شخصية تلحق بالشخص أينما ذهب،<sup>(36)</sup> متأثراً بظروف بيئته الإقطاعية ومحاولة مسايرتها بهدف تطبيق قوانينها تطبيقاً إقليمياً وتطلعه إلى استقلالية مقاطعة "بريتالي" التي يعيش فيها عن سلطان الملك،<sup>(37)</sup> وعليه فالقاعدة بالنسبة لنظرية "دراجنترية" هي أن القانون الإقليمي هو الأصل ويطبق القانون الشخصي بإستثناء وبهذا أحلت إقليمية القوانين النسبية محل إقليمية القوانين المطلقة.<sup>(38)</sup>

وإستمر الوضع على هذا الحال إلى غاية القرن السادس عشر أين جاء الفقيه "ديمولان" بفكرة إمكانية خضوع العقد لقانون الإرادة،<sup>(39)</sup> وكان ذلك بصدد طلب تقدم به الزوجان "DeGange" إلى الفقيه والمحامي الفرنسي "ديمولان" حول مدى إمكانية إستبعاد

<sup>(33)</sup> إقليمية القوانين: "la territorialite des lois" سريان القوانين على كل من فوق إقليم الدولة من أشخاص، وما فوقه من أموال وأشياء وما يحدث فيه من وقائع قانونية دون أن تمتد أحكامها إلى خارج إقليم الدولة أي أن تجاوز حدود سيادة الدولة.

إمتداد القوانين: "l'esct aterritorialite" أي أن يمتد تطبيق القوانين إلى الأشخاص أو الأموال أو الأشياء أو الوقائع القانونية خارج إقليم الدولة أي تجاوز حدود سيادتها، أنظر: أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص243.

<sup>(34)</sup> سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص75.

<sup>(35)</sup> شخصية القوانين: "la personnalité des lois" أي أن القانون يتعلق بالشخص أي يسري على حالته وأهليته، ويقال حينئذ أن القانون شخصي "personnel".

عينية القوانين: "la réalité des lois" فمعناها القانون يتعلق بالأموال والأعيان، ويقال حينئذ أن القانون عيني "Realla" أنظر: أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص244.

<sup>(36)</sup> علي محمد مقلد، القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان، 2008، ص67.

<sup>(37)</sup> هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص35.

<sup>(38)</sup> حسن الهداوي، المرجع السابق، ص38.

<sup>(39)</sup> هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص26.

تطبيق قانون المكان الذي توجد به أموالهما وإخضاعه إلى قانون باريس وهي المدينة التي اتخذها الزوجان موطناً لهما، أجاها "ديمولان" بالقول أن النظام المالي يخضع لقانون موطن الزوجين الأول "أي باريس" على إعتبار أن هذا التوطن يمثل إختياراً ضمنياً للقانون الذي يسري على نظامها المالي الذي يعد بمثابة عقد ضمنياً.<sup>(40)</sup>

وبذلك يكون "ديمولان" هو السباق في إستخلاص النتيجة المنطقية المترتبة عن هذا التأسيس بقوله إذا كان مرد تطبيق قانون محل الإبرام هو إرادة المتعاقدين الضمنية، لذلك فمن باب الأولى أن نسمح لهم بإختيار قانون محل الإبرام ليحكم العقد المبرم بينهما، هذا مع الإشارة إلى أن ما توصل إليه "ديمولان" من تحليل منطقي من خلال إبراز الدور الحقيقي للإرادة لم تأخذ به قوانين ذلك الوقت، وبقي العمل بقاعدة إخضاع التصرف لمكان إبرامه.<sup>(41)</sup>

وقد كان الفضل للفقهاء "ديمولان" في فصل موضوع العقد عن شكله وإخضاع الشكل لقاعدة "Locus" التي إقتصرت تطبيقها من يومئذ على شكل التصرفات القانونية<sup>(42)</sup>. وبحلول القرن التاسع عشر والعشرون إنتشرت نظرية "ديمولان" وتبناها القضاء الفرنسي واعتمدت هذا الضابط معظم القوانين،<sup>(43)</sup> وعليه فأول من أنشأ مبدأ سلطان الإرادة نشأ في نطاق القانون الدولي الخاص ثم تلقفه فقهاء القانون المدني وتوسعوا في تطبيقه حتى ازدهر إزدهاراً كبيراً من بعد "ديمولان" وبلغ به الإزدهار أن إعتنقت التشريعات الوضعية

<sup>(40)</sup> عبد الرزاق دربال، الوافي في القانون الدولي الخاص، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري، ك1، الجزائر، د.س.ن، ص40.

<sup>(41)</sup> عبد الحفيظ عيد، مبدأ سلطان الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005، ص17.

<sup>(42)</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص107.

<sup>(43)</sup> الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنة بالقوانين العربية، تنازع القوانين، ج1، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص218.

وأخذت به إتفاقية لاهاي المنعقدة سنة 1954، بشأن تنازع القوانين في البيع، وأخذ به قضاء كل الدول تقريبا. (44)

### ثالثا: المدرسة الهولندية.

ظهرت المدرسة الهولندية في القرن السابع عشر رائدة في القانون الدولي الخاص على يد "بول فويت"، "جان فويت" و"أولريش هوبز"، وقد أفادت هذه المدرسة في فقها من المدرسة الفرنسية السابقة لها،<sup>(45)</sup> وذلك نتيجة لظروف السياسية والإقتصادية المتشابهة بين كل من فرنسا وهولندا حيث إنتقل فقه "دارجنترية" إلى هولندا التي كانت حديثة العهد بالتححر من الحكم الإسباني ولقي رواجا كبيرا لأنه أتى مؤيدا لنزعة الهولنديين الاستقلالية. (46)

فبالرغم مما عرفته من إزدهار في المجال التجاري وازدياد علاقاتها الإقتصادية إلا أنها أخذت بالإقليمية البحتة، وذلك من أجل المحافظة على سيادتها الإقليمية.<sup>(47)</sup> ويرى أنصار هذه النظرية أنه أصبح لكل قانون سلطان عام داخلي دون أن يمتد إلى خارج الإقليم، وكذلك إعتبار جميع الأشخاص الذين يوجدون داخل إقليم حكومة معينة من رعاياها ولو كانوا عابري سبيل، وهذا ما ينفى إمكانية تطبيق القانون الأجنبي ليحكم الرابطة العقدية أصبح القانون الوطني له إختصاص شامل يحكم كل التصرفات التي تجري داخل الإقليم دون الإعتداد بجنسية الأشخاص.<sup>(48)</sup>

(44) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 107.

(45) هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 200.

(46) سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 76.

(47) عبد الحفيظ عيد، المرجع السابق، ص 17.

(48) المرجع نفسه، ص 17.

وعلى الرغم من تشدد فقهاء المدرسة الهولندية في تطبيق الإقليمية، إلا أنهم إبتكروا فكرة المجاملة الدولية، كأساس لتطبيق القانون الأجنبي والذي يمثل الإضافة الحقيقية لهذه المدرسة،<sup>(49)</sup> وذلك لأسباب تتعلق بالإنصاف والمنفعة واحترام المصلحة الذاتية.<sup>(50)</sup>

### الفرع الثاني: موقف الفقه الحديث في إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة.

رغم تعدد وأهمية مختلف المذاهب الفقهية التي نشأت خلال القرن التاسع عشر إلا أن الدراسة تقتصر على أهم المدارس الفقهية التي كان لها تأثير بالغ في الإتجاهات الفقهية والقضائية والتشريعات السائدة حالياً<sup>(51)</sup>، وذلك من خلال الوقوف على موقف رواد المدرسة الأمريكية متمثلين في كل من "ستوري" و"فوليكس"، حيث أكد "فوليكس" على خضوع العقد الدولي للقانون الذي إستقرت عليه العادات والأعراف منذ القديم أي بلد الإبرام،<sup>(52)</sup> وكذلك التطرق إلى رأي الفقيه الألماني "سافيني" زعيم المدرسة الألمانية، ورأي الفقيه الإيطالي "ماشني" زعيم المدرسة الإيطالية الحديثة اللذان أجمعا على إخضاع العقد الدولي إلى قانون الإرادة ولكن على أسس مختلفة<sup>(53)</sup>، وعليه يتم التعرض للمدرسة الأمريكية (أولاً)، والمدرسة الألمانية(ثانياً)، والمدرسة الإيطالية (ثالثاً).

(49) السيد عبد المنعم حافظ السيد، التعريف بالقانون الدولي الخاص، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2012، ص36.

(50) علي محمود مقلد، المرجع السابق، ص71.

(51) سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص80.

(52) هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص27.

(53) عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، 1، تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان، الأردن، ص202.

## أولاً: المدرسة الأمريكية.

ظهرت المدرسة الأمريكية في أمريكا على يد الفقيه "ستوري" **"story"** الأمريكي الذي كان له الفضل في إستعمال مصطلح **"القانون الدولي الخاص"** (54) لأول مرة، وقد تأثر بالمدرسة الهولندية وإعتنق مذهبه في قبول تطبيق القانون الأجنبي على سبيل المجاملة الدولية، (55) وقد إستخدم **"ستوري"** الإرادة الضمنية كمبرر لتطبيق قانون العقد المحدد سلفاً دون أن يخول للإرادة الصريحة أي دور حقيقي في المجال. (56)

وقد تأثر الفقيه الفرنسي **"فوليكس"** **"Foelix"** بفقه **"ستوري"** **"story"** (57) والذي يؤكد على إخضاع العقود الدولية للقانون الذي إستقرت عليه العادات والأعراف منذ القديم، أي قانون بلد الإبرام بوصفه القانون الذي يعرفه المتعاقدين أكثر من غيره، ولكن إذا كان العقد سيجري تنفيذه في بلد آخر فإن قانون محل الوفاء هو الذي يسري على كافة المسائل التي تثور بعد إبرام العقد، (58) وبيبرز **"فوليكس"** **"Foelix"** تطبيق قانون بلد الإبرام أو بلد التنفيذ على أساس أن فكرة الإرادة الضمنية للمتعاقدين يفترض أنها لا تهدف إلى مخالفة الأعراف والعادات المستقرة في هذا المجال رافضاً تطبيق أي قانون آخر قد يختاره المتعاقدان صراحة. (59)

بل يؤكد **"فوليكس"** رفض إعمال أي قانون آخر قد تختاره إرادة المتعاقدان صراحة مفضلاً على هذا النحو أعلاه ما أسماه بالإرادة الضمنية وهي في حقيقتها إرادة مفترضة

(54) **القانون الدولي الخاص**: هو مجموعة القواعد التي تتعلق بتنظيم علاقات الأفراد المالية أو الشخصية، إذا قترن بها عنصر أجنبي، والتي تعالج مسألة الإختصاص القضائي الدولي وحالة الأجانب، والجنسية، والموطن وتبين كيف يمكن تنفيذ الأحكام، والأوامر الأجنبية، أنظر: أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص216.

(55) أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص251.

(56) هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص27.

(57) أنظر: أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص251.

(58) هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص27.

(59) عبد الحفيظ عيد، المرجع السابق، ص19.

على الإرادة الصريحة للمتعاقدين، فالإرادة لو كانت صريحة لا يملك إلا الخضوع للقانون الواجب التطبيق أصلاً.<sup>(60)</sup>

وبذلك يكون رواد المدرسة الأمريكية "فوليكس" "ستوري" قد إستخدما فكرة الإرادة كمجرد تبرير لاحق لإسناد سابق سيتسم بالطابع الأمر ولا تملك إرادة المتعاقدين تغييره.<sup>(61)</sup>

ثانياً: المدرسة الألمانية.

يعتبر الفقيه الألماني "سافيني" من رواد المدرسة الألمانية، حيث أخضع العقد الدولي لقانون الإرادة على أساس تحليل الرابطة القانونية وتركيزها في مكان واحد وهو المكان الذي تنتج فيه الرابطة القانونية أثارها أو معظم أثارها، وبالتالي فسر خضوع العقد لقانون الإرادة بالقول بأن من يدخل في علاقة تعاقدية يقبل خضوع الإختيار لقانون مركزها الذي يخضع لقانون الإرادة.<sup>(62)</sup>

وتميز الفقيه "سافيني" عن سابقه في أنه لم يحلل القوانين الموجودة ثم صنفها إلى عينية أو شخصية، بل نظر إلى الرابطة القانونية ذاتها من خلال طبيعتها يقرر القانون الأكثر ملائمة الذي يجب أن يطبق عليها،<sup>(63)</sup> ذلك أن لكل علاقة قانونية مركزا مكانيا ينبغي البحث عنه وقانون هذا المركز هو الذي يطبق عليها.<sup>(64)</sup>

وجاء "سافيني" بفكرة إمكانية إستبعاد فكرة التركيز المكاني لرابطة التعاقدية وإستبعاد القانون المختص باسم النظام العام، وبذلك يكون "سافيني" أول من نادى بفكرة النظام العام ووفقا لمفهومها الحديث أي كأداة لإستبعاد القانون الواجب التطبيق.<sup>(65)</sup>

<sup>(60)</sup> هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص28.

<sup>(61)</sup> المرجع نفسه، ص28.

<sup>(62)</sup> عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص202.

<sup>(63)</sup> عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص42.

<sup>(64)</sup> بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، ط3، دار هومه، بوزريعة، الجزائر، 2013، ص13.

<sup>(65)</sup> هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص29.

وبهذا يكون الفقيه "سافيني" استخدم إسوة بكل من "فوليكس" و"ديمولان" من قبله، فكرة إرادة المتعاقدين أو خضوعهم الإختياري لقانون معين، كمجرد تبرير نظري لاحق لإسناد محدد مسبقاً يتسم في الأصل بطابعه الأمر. (66)

وبرغم من كون الفقيه "سافيني" قد سمح للإرادة بإمكانية إختيار قانون آخر غير قانون دولة التنفيذ في حالات معينة، إلا أن هذا التجاوز لقاعدة الإسناد التي وضعها الأستاذ الألماني ظل مع ذلك إستثناء لا ينال من القاعدة العامة لديه في شأن خضوع العقود الدولية لقانون دولة التنفيذ بصرف النظر عن إرادة المتعاقدين الحقيقية. (67)

### ثالثاً: المدرسة الإيطالية.

أما "مانشيني" زعيم المدرسة الإيطالية الحديثة فارتبط فقهه في تنازع القوانين بمبدأ شخصية القوانين والتركيز على قانون الجنسية، إلا أن "مانشيني" لم يأخذ بمبدأ شخصية القوانين على مطلقه (68)، فقد أسس خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة على إعتبار أنه يشكل إستثناء على نظرية شخصية القوانين التي نادى بها والتي كانت تقرر إمتداد القانون ليلحق بالشخص أينما ذهب إلا إذا كان التصرف الذي قام به هذا الشخص عقد فعندئذ يخضع هذا الأخير -كإستثناء- إلى قانون الإرادة بغض النظر عن جنسية المتعاقدين. (69)

وإستمر الوضع على هذا الحال بالإعتراف بوجود الإرادة، ولكن دون أن يعطي لها الدور الحقيقي في تطبيق القانون الذي يمكن أن يعينه إلى أن جاء الفقيه البلجيكي "لوران" "LAURENT" الذي غير كل الآراء الفقهية السابقة عندما جعل مبدأ سلطان الإرادة هو الأصل في إختيار القانون الواجب التطبيق وإعتبرت الإرادة هي كل شيء، فهي

(66) هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 29.

(67) المرجع نفسه، ص 29.

(68) أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 256.

(69) سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 84.

التي تصنع شروط العقد وكذلك هي التي تختار القانون الذي يحكمه لذلك لم يعد مبدأ سلطان الإرادة مجرد تبرير لحل سابق لتنازع القوانين في مجال العقود الدولية.<sup>(70)</sup> وعلى ذلك فالإرادة حسب رأي الفقيه "لوران" يمكن أن تكون صريحة أو ضمنية عند إختيارها للعقد.<sup>(71)</sup>

غير أن أول من إستعمل مصطلح "سلطان الإرادة" "Autonomie de volonté" بدلا من "سلطان الأطراف" "Autonomie des parties" كان الفقيه "بروشيه" سنة 1883 في مؤلفه "دروس في القانون الدولي الخاص".<sup>(72)</sup>

ومع ظهور وسيادة المذهب الفردي وإزدهار الاقتصاد الحر وبروز الرأسمالية إستقر الإعتقاد بخضوع العقد إلى قانون الإرادة المشتركة على أساس أن ذلك يعد تطبيقا عمليا لمبدأ سلطان الإرادة والذي نادى به ودافع عنه المذهب الفردي، ولهذا نرى أن مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة المشتركة أصبح يشكل قاعدة مستقرة جرى ومازال يجري العمل القضائي والتشريعي في العديد من الدول على أساسها.<sup>(73)</sup>

## المطلب الثاني

### تكريس قانون الإرادة في الإتفاقيات الدولية الخاصة والقوانين الوطنية

من خلال الدور الكبير الذي لعبه الفقه في إبراز فكرة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة والذي يتجلى فيما أشادت به المدارس والمذاهب الفقهية القديمة منها والحديثة وما أنت به من نتائج توصل إليها هذا الفقه، فقد كرس غالبية الإتفاقيات الدولية المنظمة للعلاقات الدولية الخاصة والمتعلقة بالتحكيم قانون الإرادة والتي تقرر بصفة عامة حق أطراف العلاقة

(70) عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص202.

(71) عبد الحفيظ عيد، المرجع السابق، ص21.

(72) هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص34، ص35.

(73) عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص202، ص203.

الدولية في إختيار القانون الذي يحكمها (الفرع الأول)، وكذلك التشريعات الوطنية (الفرع الثاني). (74)

### الفرع لأول : تكريس قانون الإرادة في الإتفاقيات الدولية الخاصة .

لقد تم تكريس مبدأ سلطان الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق في إطار الإتفاقيات الدولية المنظمة للعلاقات الدولية الخاصة بصفة صريحة وواضحة. (75)

ويتجلى دور الإتفاقيات الدولية في إطار المعاملات الدولية الخاصة في التقليل من ظاهرة تناقض الحلول المعتمدة في التشريعات الوطنية، ويكون هذا إما بتوحيد قواعد التنازع التي تبين القانون الواجب التطبيق، أو يكون بتوحيد القواعد الموضوعية مباشرة وهو كحل بديل لمنهج الإسناد الذي يقضي على ظاهرة تنازع القوانين .

ومن بين الإتفاقيات الدولية التي قامت بتوحيد قواعد التنازع بشأن العقود الدولية وإخضاعها لقانون الإرادة نجد:

أولاً: إتفاقية لاهاي لسنة 1955 المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية.

تنص المادة 2 من إتفاقية لاهاي المبرمة في 15 يوليو 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المادية التي تنص على أنه: "يسري على البيع القانون الداخلي للبلد الذي يحدده الأطراف المتعاقدة."

*L'article 02 de la convention de la Haye 1955 « la vente est régie par la loi interne du pays désigner par les parties contractantes ».*

إذ من خلال المادة 2 من هذه الإتفاقية فإنه من الضرورة تطبيق القانون الذي إتجهت إليه إرادة الأطراف المتعاقدة.

بالإضافة إلى أن إتفاقية لاهاي في 14 مارس 1978 والتي دخلت حيز التنفيذ سنة 1992 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على النيابة وعقود الوساطة حيث نصت المادة

(76) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص 160.

(75) المرجع نفسه، ص 162.

الخامسة منها على انه "يسري على روابط الوكالة أو النيابة بين الموكل والوكيل القانون الداخلي الذي يختاره الأطراف".<sup>(76)</sup>

ثانيا: إتفاقية واشنطن لعام 1965.

تعتبر هذه الإتفاقية من الإتفاقيات التي تنص على تكريس مبدأ سلطان الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية إذ تنص المادة 1/42 من هذه الإتفاقية على أنه: "تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون التي يتفق عليها الأطراف المتنازعة".<sup>(77)</sup>

ثالثا: إتفاقية روما لعام 1980.

تعتبر إتفاقية روما الموقعة في 15 يوليو 1980 والتي دخلت حيز التنفيذ في 19/04/1981 من الإتفاقيات التي تكرر حرية الأطراف المتعاقدة في إختيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهم التعاقدية وفي هذا الصدد تنص المادة 1/3 على:

*"le contrat est régit par la loi choisie par les parties ,le choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrats ou des circonstances de la cause".*<sup>(78)</sup>

الفرع الثاني: تكريس قانون الإرادة في القوانين الوطنية.

لمبدأ سلطان الإرادة مفاهيم تختلف حسب إختلاف العقد، أي بين العقود الداخلية التي تتركز بكل عناصرها داخل إقليم دولة معينة والعقود التي تثير مشكلة تنازع القوانين . فمبدأ الحرية التعاقدية في القانون الداخلي، يقابله في القانون الدولي الخاص مبدأ حرية إختيار القانون الواجب التطبيق، إلا أن هناك إختلاف من حيث نطاق إعمال مبدأ سلطان الإرادة ، إلا أن الصلة قائمة من حيث أن الإرادة ترتبط أصلا بمبدأ سلطان<sup>(79)</sup> *le principe de*

<sup>(76)</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 162.

<sup>(77)</sup> بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي ، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001، ص 126.

<sup>(78)</sup> L'article 31 de la convention du Rome 1980.

<sup>(79)</sup> عبد الرحمان خليفاتي، مدى إعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد الدولي وتنفيذه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1987، ص 3.

*l'autonomie de la volonté* ويعني هذا أن الإرادة هي أساس ومصدر في إنشاء الحقوق والالتزامات، وأهي قدرة المتعاقدين على خلق قانونهم الخاص، كما يعد ذلك أساس تنفيذ هذه الالتزامات .

لقد أدى إستقرار خضوع العقود الدولية إلى قانون الإرادة إلى تقنينه في مختلف تشريعات العالم . (80)

### أولا :في القوانين الغربية .

يطبق القانون المختار من قبل المتعاقدين على الالتزامات التعاقدية .

#### 1- في القانون الفرنسي:

قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر لها بتاريخ 1910/12/05 والذي يعد بمثابة دستور قانون الإرادة ومقننه ورد فيه "إن القانون الواجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو بآثارها أ وبشروطها هو القانون الذي يتبناه الأطراف " بالإضافة إلى إنضمام فرنسا إلى العديد من الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالعقود الدولية وتوقيعها لإتفاقية روما المبرمة بين دول السوق الأوروبية حول القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية (81).

بالإضافة إلى ان المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي تنص على أن: "الإتفاقيات التي إنعقدت صحيحة تقوم مقام العقد لمن عقدها " وهذا كله يدعم ويكرس حق أطراف العلاقة العقدية في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي . (82)

#### 2- القانون المدني اليوناني لعام 1940 المادة 25 منه.

#### 3- القانون المدني الإيطالي لعام 1942 المادة 25 منه . (83)

(80) عبد الرحمان خليفاتي، المرجع السابق، ص3.

(81) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 160.

(82) أنور العمروسي، شرح القانون المدني، ط3، د د ن، مصر، 1999، ص285.

(83) نقلا عن: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 163.

- 4- القانون المدني الإسباني لعام 1974: المادة 10 منه تنص على أنه: "تخضع العلاقة القانونية بين الطرفين في الإلتزامات التعاقدية بين الطرفين للقانون الذي يختارانه"
- 5- القانون الخاص النمساوي لعام 1979: المادة 24 منه التي تنص على أنه: "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون الذي يحدده الأطراف صراحة أو ضمنا". (84)
- 6- القانون الدولي الخاص المجري الذي ينص على أنه: "يسري على العقود القانون الذي يختاره الأطراف ...". (85)

- 7- القانون الدولي الخاص التركي لسنة 1982: المادة 24 منه التي تنص على أنه: "تخضع الإلتزامات التعاقدية للقانون الذي يختاره الأطراف".
- 8- القانون المدني الألماني في أحكامه المتعلقة بالقانون الدولي الخاص لعام 1986 ينص كذلك على أنه: "يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف". (86)
- 9- القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987: المشرع السويسري ينص كذلك في نص المادة 01/116 من على أنه: "يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف". (87)
- ثانيا: في القوانين العربية .

أخذت الدول العربية هي الأخرى بحرية الأطراف المتعاقدة في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم ويتجلى ذلك من خلال :

- 1- المشرع المصري ينص بموجب المادة 19 من القانون المدني المصري على أنه: "يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا أو إختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه". (88)

(85) نقلا عن: بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي ، المرجع السابق، ص165..

(85) نقلا عن: عبد الحفيظ عيد، المرجع السابق، ص 25.

(86) نقلا عن: عزالدين عبد الوافي، القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر،

القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة جيجل، 2009، ص126.

(87) نقلا عن: بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 126.

(88) نقلا عن: المرجع نفسه، ص125.

- 2- القانون المدني السوري ينص كذلك على تطبيق قانون الإرادة وهو ما يستتف من خلال المادة 1/20 من القانون المدني السوري.
- 3- القانون المدني العراقي ينص على تطبيق قانون الإرادة وهذا ما يبرز من خلال أحكام نص المادة 1/25 من القانون المدني العراقي.<sup>(89)</sup>
- 4- القانون المدني الليبي ينص أيضا على تطبيق قانون الإرادة وهذا طبقا لنص المادة 1/19 من القانون المدني الليبي.
- 5- القانون المدني الكويتي ينص كذلك على تطبيق قانون الإرادة وهذا طبقا لنص المادة 59 منه.
- 6- المجلة التونسية الجديدة لعام 1999 تنص في المادة 62 وما بعدها على تكريس حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية المبرمة بينهما.<sup>(90)</sup>

#### ثالثا: موقف المشرع الجزائري.

لقد سار المشرع الجزائري على نهج التشريعات الغربية والعربية في تكريسه لمبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم وذلك من خلال التوقيع على الإتفاقية الدولية التي تكرر ذلك.

كما أن تنص المادة 1/18 من ق.م.ج تنص على أنه: " يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت الصلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد وفي حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة"<sup>(91)</sup>.

<sup>(89)</sup> نقلا عن: أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص 1063.

<sup>(90)</sup> نقلا عن: أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، ص 1063.

<sup>(91)</sup> قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005 يعدل ويتم الأمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 44 صادر في 26-06-2005، معدل ومتمم.

وتنص المادة 2/18 من ق.م.ج على أنه: "وفي حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد غير انه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه" (92)

والملاحظ أن عبارة الإلتزامات التعاقدية المنصوص عليها سابقا أثارت جدلا فقهيًا حول ما إذا كان المقصود بالإلتزامات التعاقدية كل ما يتعلق بالعقد أم يقتصر الأمر على آثار العقد دون تكوينه.

يستنتج أن المشرع الجزائري أراد من إصطلاح الإلتزامات التعاقدية كل ما يتعلق بالعقد من تكوين و آثار ودليل ذلك أنه إستثنائي في من المادة 2/18 من ق.م.ج الخضوع لقانون الإرادة في العقود المتعلقة بالعقار بمعنى ان العقود غير المتعلقة بالعقار مستثناة. (93)

كما أن المادة 106 من ق.م.ج تنص على أن "العقد شريعة المتعاقدين " وهذا يؤدي إلى تدعيم وتكريس حرية الأطراف المتعاقدة في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم (94).

أما في مجال التحكيم فقد نص المشرع الجزائري إثر التعديل الذي أورده قانون الإجراءات المدنية بمقتضى المرسوم 09/93 طبقا الأحكام المادة 458 مكرر على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف". (95)

وهذا بعدما كان في وقت سابق يعارض بشدة التحكيم الدولي، مما جعل من المحاكم الوطنية والقانون الوطني طرفا في حل المنازعات إذا كان أحد أطرافها جزائريا بغض النظر عن القانون الذي إختارته إرادة الأطراف مثل هذا الإنطواء على القانون الوطني أصبح لا يخدم سوى المصالح السياسية على حساب المصالح الإقتصادية ، كون القانون الجزائري هو

(92) قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع نفسه.

(93) دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 54.

(94) أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 78 صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

(95) مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 15 أبريل سنة 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 مؤرخ في 8 يونيو 1966 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ج.ج، عدد 27 صادر في 27-04-1993.

الواجب التطبيق على كل التصرفات المتعلقة بعقود التجارة الدولية ولكن هذا الموقف أصبح عاجزاً عن مواكبة التطورات الحالية للتجارة الدولية التي تتطلب وضع قواعد قانونية تتصف بالمرونة ويرتضيها الأطراف المتعاقدة وخاصة منها المتعلقة بفسخ المجال للأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق.<sup>(96)</sup>

---

<sup>(96)</sup> عبد الحفيظ عيد، المرجع السابق، ص 27.

## المبحث الثاني

### مبدأ إختيار الأطراف لقانون الإرادة في عقود التجارة الدولية

يعتبر مبدأ قدرة الأطراف على إختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية من أهم خصائص هذه العقود الدولية ولاسيما التجارية منها، بحيث يكون للأطراف المتعاقدة حرية إختيار القانون الذي سيحكم عقدهم مسبقا غير أنه لا بد من توافر شروط معينة حتى يمكن للأطراف إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الذي يربطهم، إلا أن الفقه إختلف حول أساس هذه الحرية هل هي حرية مطلقة؟ أم أنه يمكن للأطراف إختيار أي قانون يتناسب ومصالحهم الخاصة حتى وإن لم يكن له صلة بهم كقانون الجنسية أو قانون الموطن مثلا، أو تكون له صلة بالعقد كقانون محل الإبرام أو قانون محل التنفيذ أم أن هذه الحرية الممنوحة للأطراف المتعاقدة مقيدة بشروط معينة؟.

وعليه فقد نتج عن هذا الخلاف نظريتين نظرية شخصية تمنح للأطراف المتعاقدة مطلق الحرية في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، ونظرية موضوعية تقيد من حرية الأطراف المتعاقدة، بل أكثر من ذلك لا بد للأطراف المتعاقدة من التعبير عن إرادتهم بإختيار قانون معين لحكم علاقتهم التعاقدية، وهنا يشترط على الطرفين أن يعبرا من خلالها عن إرادتهم، وعليه تطرح التساؤلات التالية هل يشترط على الطرفين أن يعبرا عن إرادتهم صراحة؟ وفي حالة عدم تصريح الأطراف عن إرادتهم هل يعتد بالإرادة الضمنية للأطراف؟ بل أكثر من ذلك كيف يمكن الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف في حالة عدم تعبير عنها صراحة؟.

للإجابة عن هذه التساؤلات كان من الضروري تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين خصص (المطلب الأول)، نبحت من خلاله في مضمون القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، أما فيما يخص (المطلب الثاني)، فمن خلاله يتم بيان طرق التعبير عن القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية.

## المطلب الأول

## مضمون قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية

تختلف عقود التجارة الدولية عن العقود الوطنية كون العقود الوطنية تكون كل معالمها وطنية ومنظمة قانونا، على عكس عقود التجارة الدولية وهنا يجد المتعاقدين نفسيهما أمام فراغ تشريعي، و كيف سيتم تنظيم العقد الذي يحكمها؟.

وعليه يكون على المتعاقدين تنظيم هذا العقد، من خلال الإتفاق على شروط تعاقدية يتم من خلالها تنظيم العقد، أو من خلال الإتفاق على إخضاع هذا العقد لقانون بلد معين، قد يكون قانون له صلة بالمتعاقدين أو له صلة بالعقد، وبالتالي فهذا القانون يسمى بقانون الإرادة ذلك أن مصدره هو إرادة المتعاقدين.

لمعرفة مضمون القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية لابد من التطرق لنقاط الأساسية التالية:

شروط إختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (الفرع الأول)، وأساس إختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (الفرع الثاني)، وأخيرا نطاق قانون الإرادة (الفرع الثالث).

## الفرع الأول: شروط إختيار قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية.

بالرجوع إلى قواعد تنازع القوانين في القانون المدني، وخاصة نص المادة 18 ق.م.ج والتي تنص على أنه: "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أ وبالعقد...".<sup>(97)</sup>

وعليه يتضح من خلال نص المادة 18 ق.م.ج أن المشرع الجزائري يشترط توافر مجموعة من الشروط لإعمال قانون الإرادة أو السماح للأطراف المتعاقدة بإختيار القانون الذي يحكم العقد، وتتمثل هذه الشروط في أن يكون العقد دوليا (أولاً)، التعبير عن القانون

(97) أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، المرجع السابق.

الواجب التطبيق على العقد (ثانياً)، أن تكون هناك صلة حقيقية بين القانون المختار المتعاقدين أو العقد (ثالثاً).

أولاً- أن يكون العقد دولياً.

يعرف الأستاذ "باتيفول" العقد الدولي على أنه: "العقد الذي يتصل بأكثر من نظام قانوني واحد من حيث العناصر الضرورية لانعقاده أو تنفيذه أو مركز طرفيه من ناحية جنسيتهم أو موطنهم أو مكان وجود الشيء محل العقد".<sup>(98)</sup>

وقد عرف الأستاذ "عامر محمد الكسواني" عقد التجارة الدولي على أنه: "ذلك الإتفاق القائم بين شخصين أو أكثر والمتضمن لعنصر أجنبي واحد على الأقل من بين عناصره، سواء كان هذا العنصر الأجنبي في أطرافه أو محله أو سببه، والمتضمن وفي نفس الوقت ترتيب آثار قانونية واقتصادية في أكثر من دولة".<sup>(99)</sup>

أما الأستاذ "هشام علي صادق" فقد عرف عقد التجارة الدولي على أنه: "العقد الذي يتضمن عنصراً أجنبياً مؤثراً سواء تعلق هذا العنصر بمحل إبرامه وبمكان تنفيذه أو بموضوعه أو بأطرافه".<sup>(100)</sup>

إذن فمن خلال التعاريف السابقة التي عرفت العقد الدولي فإنه يشترط ليكون العقد دولياً، أن يتضمن عنصراً أجنبياً، ويتمثل العنصر الأجنبي في أحد الطرفين، أو موضوع العقد أو سبب العقد، بالإضافة إلى أن هناك بعض التشريعات التي تشترط في هذا العنصر الأجنبي في العقد أن يكون مؤثراً حتى نقول أن العقد دولي.

**ثانياً : التعبير عن القانون واجب التطبيق على العقد الدولي.**

يشترط لإعمال مبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية أن يتم التعبير عن القانون الذي يحكم هذا القانون، سواء كان التعبير صريحاً أو ضمناً.

(98) نقلاً عن: سعد الدين أمحمد، العقد الدولي بين التوطن والتدويل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون العام، كلية

العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2007-2008، ص10.

(99) عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص196.

(100) هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص339.

1- التعبير الصريح:

الأصل في القانون المدني الجزائري أن التعبير عن الإرادة بالشكل الرضائي لكن قد يشترط القانون أن يكون التعبير عن الإرادة بالشكل الكتابي، بالإضافة إلى أن التعبير عن الإرادة في العقود الدولية يكون صريحا. (101)

2- التعبير الضمني:

غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 18 ق.م.ج (102) نجد أن المشرع لم يحدد طريقة التعبير عن الإرادة أو شكل خاص للإتفاق المنصب على إختيار قانون ليحكم العقد الدولي وعلى ذلك يمكن أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا أو ضمنيا، ويمكن أن يكون في شكل مكتوب أو رضائي. (103)

وبالرجوع إلى نص المادة 2/60 ق.م.ج نجدها تنص على أنه: "ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا" (104)

وعليه فمن خلال القواعد العامة المادة 60 ق.م.ج، فإنه يمكن الإعتداد بالإرادة الضمنية.

وعليه فالمشرع من خلال المادة 18 ق.م.ج لم يشترط أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا، وأجاز التعبير الضمني عن الإرادة من خلال القواعد العامة المادة 60 ق.م.ج (105)

(101) عبد الناصر بلميهوب، مداخلة بعنوان "دراسة تحليلية نافذة للمادة 18 من التقنين المدني الجزائري عن المغالاة في تقييد حرية المتعاقدين في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بعد تعديل المادة 18 من التقنين المدني"، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة واقع منظور، يومي 21-22 أبريل 2010، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص54.

(102) "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد"، أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، المرجع السابق.

(103) عبد الناصر بلميهوب، المرجع السابق، ص54.

(104) أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، المرجع السابق.

(105) عبد الناصر بلميهوب، المرجع السابق، ص55.

يمكن أن نستخلص أن المشرع الجزائري سوى بين التعبير عن الإرادة الصريحة والضمنية، كما أخذ بالحالتين معا.

كما نجد أن المادة 1/3 من إتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية تنص على " أن التعبير عن الإرادة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد يمكن أن يكون صراحة أو يمكن و إستخلاصه من ملابسات التعاقد"، كذلك نجد أن إتفاقية فيينا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع أخذت نفس المسار، حيث تنص في المادة 7 "منها على أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون صراحة أو ضمنيا".<sup>(106)</sup>

لكن عدم التطرق إلى ذكر القانون الواجب التطبيق بشكل صريح ألا يعني ذلك أن الطرفين فشلا في التوصل إلى إتفاق حول إختيار قانون ليحكم العقد؟ بالتالي بحث القاضي عن الإرادة الضمنية للأطراف وهو خيال، أو أن الطرفين لم ينتبها إلى مسألة إختيار القانون، أو أن لا تكون مشكلة تنازع القوانين ظاهرة أصلا عند التعاقد.<sup>(107)</sup>

إذن القاضي يبحث عن الصلة الحقيقية بين القانون المختار من قبل المتعاقدين أو العقد وبالتالي فالقاضي له سلطة إستمدها من المشرع في البحث عن الصلة الحقيقية فلا معنى لإرادة الطرفين الصريحة أو الضمنية، بما أن القانون الذي يحكم العقد يكشف عنة القاضي وهو القانون الذي له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.<sup>(108)</sup>

**ثالثا: أن تكون هناك صلة حقيقية بين القانون المختار المتعاقدين أو العقد.**

المشرع الجزائري قيد من حرية الأفراد في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي من خلال إستعماله في المادة 18 سالفه الذكر مصطلح (صلة حقيقية)، إذ ألزم

<sup>(106)</sup> article 3-1 de la convention de rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui stipule : «le contrat est régi par la loi choisie par les parties, ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat » aussi l'article 7 de la convention sur la vente international de marchandise qui stipule : «la Vente est régie par la loi choisie par les parties, l'accord des parties sur ce choix doit être exprès ou résulter clairement des termes du Contrat et du Comportement des parties».

<sup>(107)</sup> عبد الناصر بلميهوب، المرجع السابق، ص55.

<sup>(108)</sup> المرجع نفسه، ص55.

الأطراف أن يقوموا بإختيار قانون له صلة حقيقية بهم أو بالعقد، عكس ما كان عليه الحال قبل تعديل المادة 18 ق.م.ج.<sup>(109)</sup> أين كانت تمنح للأطراف إرادة مطلقة في إختيار أي قانون.

ويقصد بالصلة الحقيقية لإمكان تطبيق قانون الإرادة يشترط المشرع الجزائري أن يمثل صلة بالمتعاقدين، أن يكون قانون موطنهما أو قانون جنسيتها، أو أن يمثل صلة بالعقد أن يكون قانون مكان إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذ العقد، فمن هذه الزاوية فهنا تقييد لإرادة المتعاقدين في إختيار أي قانون ليحكم العقد، فلم يعد لهم إلا أن يختارا إما قانون موطنهما أو موطن أحدهم أو قانون جنسيتها أو جنسية أحدهم أو قانون مكان إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذ العقد.<sup>(110)</sup>

فلم يعد لهم الإمكانية أن يختارا قانونا اشتهر بوضع شروط نموذجية موحدة، كما الحال القانون الإنجليزي عند تنظيمه لعقد النقل والتأمين البحري وتجارة الحبوب.<sup>(111)</sup> لكن المشرع تمادي في اشتراطه عندما ألزم في نص المادة 18 ق.م.ج بأن تكون هذه الصلة حقيقية، بمعنى يجب أن يكون قانون الإرادة يمثل مركز النقل الحقيقي في العلاقة التعاقدية، أي يجب أن يكون القانون المختار الأوثق إلى المتعاقدين أو الأوثق إلى العقد بمعنى يؤخذ بالقانون الذي يكون له أكبر صلة وفي حالة هذه الحالة لا يوجد إلا قانون واحد يتصف بهذا الوصف (أن يكون على صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد).<sup>(112)</sup>

### الفرع الثاني: أساس إخضاع العقد إلى القانون الذي يحكم العقد الدولي.

الحقيقة أن هناك نظريتين قيلت في طريقة إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، كذلك التشريعات نجدها متأثرة بهاتين النظريتين، فهناك من القوانين من تأثرت بالنظرية الشخصية، وبالتالي فهي تمنح للمتعاقدين الحرية المطلقة ودون قيود في إختيار

<sup>(109)</sup> عبد الكريم موكة، "القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الإلكتروني الدولي"، المجلة الأكاديمية، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد 2 -2010، ص7.

<sup>(110)</sup> عبد الناصر بلميهور، المرجع السابق، ص55.

<sup>(111)</sup> المرجع نفسه، ص56.

<sup>(112)</sup> المرجع نفسه، ص56.

القانون الواجب التطبيق على إلتزاماتهم التعاقدية على عكس بعض القوانين التي تأثرت بالنظرية الموضوعية والتي نرى بضرورة تقييد حرية الأطراف المتعاقدة في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد،<sup>(113)</sup> لذلك من الضروري التعرض للنظرية الشخصية (أولاً)، والنظرية الموضوعية (ثانياً)، وموقف المشرع الجزائري من النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية (ثالثاً).

### أولاً: النظرية الشخصية.

يتزعم هذه النظرية أنصار المذهب الفردي والقانون الطبيعي،<sup>(114)</sup> والذين يطلقون حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد استناداً إلى ما للإرادة من سلطان غير مقيدة،<sup>(115)</sup> وأنها لا يحدها شيء فلهم أن يختاروا قانون جنسية أحدهما أو قانون موطن أحدهما أو قانون البلد الذي سيتم تنفيذ العقد فيه أو قانون البلاد الذي يوجد فيه موقع المال محل العقد، أو إختيار قانون غريب عنهما ولكنه يمتاز بوضع حلول وشروط نموذجية.<sup>(116)</sup>

على هذا الأساس إذا كان العقد الدولي يرتبط بأكثر من قانون دولة واحدة فهو إذن يفلت من الخضوع لأي نظام قانوني محدد، ومن ثم يكون للمتعاقدین مطلق الحرية في تنظيمه وفقاً للقواعد التي يرونها عملاً بمبدأ سلطان الإرادة في مجال الروابط العقدية<sup>(117)</sup> لذا يحق للأطراف إختيار القانون الذي يحكم هذا العقد، ويصبح هذا القانون المختار مجرد شروط تعاقدية، وبالتالي يسمو إتفاق الأطراف على القانون فهذا القانون المختار يستمد قوته من الإتفاق، وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الإتجاه في حكم لها صادر بتاريخ 1910/12/05، حيث قضت: "القانون الواجب التطبيق على العقود.. هو القانون الذي

(113) عبد الناصر بلميهوب، المرجع السابق، ص52.

(114) المرجع نفسه، ص52.

(115) هشام على صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص339.

(116) عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص200.

(117) هشام على صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص339.

تبنته إرادة المتعاقدين"، فأصبح القانون الذي اختاره المتعاقدين جزء من العقد فأحكام هذا القانون اندمجت مع شروط العقد. (118)

وقد ترتب عن هذه النظرية نتائج بالغة الخطورة هي:

1- إن العقد لا يتأثر بالقانون المختار ولو كان من العقود الدورية والمستمرة التنفيذ إذ عدل أو ألغي القانون. (119)

2- قدرة المتعاقدين على إستبعاد بعض أحكام القانون المختار ولو كانت تتمتع بالصفة الأمرة.

3- للمتعاقدين كذلك تجزئة العقد و إختيار أكثر من قانون واحد لتنظيم جوانب العلاقة العقدية الناشئة بينهم.

4- المتعاقدين أحرار فيجوز لهم إختيار قانون ولو لم يكن له أية صلة بالعقد، أي إختيار قانون محايد لا يرتبط بعناصر العقد أو بظروفه وملابساته الواقعة. (120)

5- كما أنه يجوز ألا يسند العقد إلى أي قانون ويصبح عقد مجردا من القانون ولكن الفقه والقضاء رفضا التسليم بهذه النتيجة، غير أن قضاء التحكيم قبلها. (121)

6- إذا تبين أن القانون المختار يبطل العقد، فيجب إبطاله وهذه نتيجة مناقضة لإرادة المتعاقدين نفسها. (122)

ونظرا للنتائج الخطيرة المترتبة على النظرية الشخصية فقد واجهت هذه النظرية العديد من الإنتقادات ولعل أهمها ما يلي:

1- إن ركونها إلى مبدأ الحرية المطلقة غير صحيح تاريخيا إذا التزم فيجب أن يلتزم في حدود القانون طالما أن هذا الأخير يحمي الحقوق بعد أن يقررها.

(118) عبد الناصر بلميهوب، المرجع السابق، ص52.

(119) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص218.

(120) صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص459.

(121) سعد الدين أمحمد، المرجع السابق، ص27.

(122) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 218.

- 2- أنه لا يعهد للمتعاقدين أن يختارا القانون المطبق على علاقاتهم ولكن للقانون أن يقرر ما هي العلاقة التي يحكمها لأن العقد لا يكون ملزما إلا بموجب القانون.<sup>(123)</sup>
- 3- أنه في حالة عدم إختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق، فالقاضي لا يعتد بالحرية ولكن سيستخلص القانون الواجب التطبيق من ملابسات العقد ظروفه.<sup>(124)</sup>

### ثانيا: النظرية الموضوعية.

تنسب النظرية الموضوعية إلى الفقيه الفرنسي "باتيفول"<sup>(125)</sup>، حيث يرى أنصار هذه النظرية ضرورة أن تكون حرية المتعاقدين في إختيار القانون الواجب التطبيق على إلتزاماتهم التعاقدية مقيدة وليست مطلقة، بمعنى أن تكون هذه الحرية مقيدة بإختيار قانون له إرتباطه بالعقد وأن لا يكون غريبا عنه<sup>(126)</sup>، وعلى ذلك وإن كانت الإرادة عنصرا رئيسيا في عملية التركيز إلا أنها ليست العنصر الحاسم في الموضوع وقد تهدر الإرادة المصرح بها إذا تبين أنها لا تعبر عن حقيقة المكان الذي يتعين تركيز العقد فيه بالنظر إلى مجموع المميزات الأخرى.<sup>(127)</sup>

ويقول الأستاذ "باتيفول" في هذا الشأن أن إرادة الأطراف لا تقوم بإختيار القانون الذي يريده، وإنما هي تتولى فقط تركيز العلاقة العقدية في مكان محدد في ضوء ظروف وملابسات التعاقد، ومن ثم يسري قانون هذا المكان على العقد بوصفه واقع اجتماعي ينتمي بالضرورة إلى نظام قانوني محدد،<sup>(128)</sup> ترتيبا على ذلك يقتصر دور الإرادة في الكشف عن مركز الثقل في العلاقة التعاقدية، وإن تبين للقاضي أن كشف المتعاقدين لمركز ثقل العلاقة

<sup>(123)</sup> سعد الدين أمحمد، المرجع السابق، ص 27.

<sup>(124)</sup> الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 219.

<sup>(125)</sup> المرجع نفسه، ص 219.

<sup>(126)</sup> عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 200.

<sup>(127)</sup> الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 219.

<sup>(128)</sup> هشام على صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 340.

يبتعد عن مركز الثقل الحقيقي، فيجب عليه أن يصححه ويطبق مركز ثقل العلاقة التعاقدية الحقيقي، وبالتالي يطبق القانون الأوثق صلة بالعقد الذي تجاهله الأطراف.<sup>(129)</sup>

وعليه فإن اعتماد النظرية الموضوعية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عن طريق التركيز له أهمية في توحيد الحلول، وضرورة توفر صلة القانون المصرح بإختياره والعقد أو المتعاقدين.<sup>(130)</sup>

ونعتقد أن محكمة النقض الفرنسية تبنت هذه النظرية في حكمها الصادر بتاريخ 1910/12/05 حينما إستبعدت القانون المصرح به والذي يبطل شرط الإعفاء من المسؤولية، وإذا كان المعمول به أن تركيز العقد يتوافق مع الإختيار المبني على أسس موضوعية وذا علاقة حقيقية وكافية بالعقد أو المتعاقدين، وقد درج القضاء في مختلف الأنظمة القانونية على تبنيه إلا أن القضاء في حالات نادرة إستعمل غطاء التركيز لتمويه تطبيق قانون القاضي.<sup>(131)</sup>

### ثالثا: موقف المشرع الجزائري.

من خلال نص المادة 18 ق.م.ج التي تنص على أنه: "يسري على والإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".<sup>(132)</sup>

إذن من خلال قراءتنا لنص المادة نستنتج أن المشرع الجزائري كرس مبدأ سلطان الإرادة، وإعترف بحرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية غير أنه قيد هذه الحرية بضرورة أن يكون هذا القانون له صلة حقيقية بالمتعاقدين

<sup>(129)</sup> عبد الناصر بلميهوب، المرجع السابق، ص53.

<sup>(130)</sup> الطيب زوتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 219.

<sup>(131)</sup> سعد الدين أحمد، المرجع السابق، ص29.

<sup>(132)</sup> أمر رقم 75-85 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، المرجع السابق.

أو بالعقد، بحيث أنه في حالة قيام نزاع وعرضه على القاضي فلا بد للقاضي أن يتأكد من أن هذا القانون المختار له صلة بالمتعاقدين أو العقد.

المشرع الجزائري لم يأخذ بمبدأ سلطان الإرادة على مطلقه بحيث استثنى العقود المتعلقة بال عقار من الخضوع لقانون محل إبرام العقد في حالة عدم إتفاق الطرفين على قانون معين حسب الفقرة الأولى من نص المادة 18 ق.م.ج، بحيث تنص على أنه يسري بالنسبة للعقود المتعلقة بالعقار قانون موقع العقار، حسب الفقرة الثانية من نص المادة 18 ق.م.ج.

وكذلك إستثنى المشرع الأهلية اللازمة للإنعقاد من دائرة الإرادة وأخضعها لقانون الجنسية حسب المادة 10 ق.م.ج. (133)

وعند الرجوع كذلك للفقرة الأولى من نص المادة 19 ق.م.ج<sup>(134)</sup>، نجد أن المشرع الجزائري أخرج كذلك شكل التصرفات القانونية من دائرة الإرادة وأخضعها لقانون محل الإبرام، لقاعدة "**locus régit actum**".

بل أكثر من ذلك بإستقراء نص المادة 24 ق.م.ج<sup>(135)</sup> نجد أن المشرع الجزائري يستبعد القانون المختار من قبل المتعاقدين إذا كان هذا القانون مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت أن المتعاقدين لجأ إلى التحايل على القانون من أجل الوصول إلى تطبيق قانون آخر غير القانون المختار أصلا بحكم العلاقة التعاقدية والذي يكون أكثر ملائمة مع مصالحهم الخاصة، بحيث يكون على القاضي إستبعاد القانون المختار وتطبيق القانون المختص أصلا.

(133) "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة والتي ينتمون إليهم بجنسيتهم"، أمر رقم 75-85 يتضمن القانون المدني، معدل و متمم، المرجع السابق.

(134) "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه"، أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل و متمم، المرجع نفسه.

(135) "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السالفة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، وأثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون"، أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل و متمم، المرجع نفسه.

وعليه فمن خلال إستقراء النصوص القانونية السالفة الذكر نستنتج أن المشرع الجزائري كرس مبدأ سلطان الإرادة في منظومته التشريعية غير أنه لم يأخذ به على مطلقه وإنما أورد إستثناءات على المبدأ.

وعليه فحسب رأينا أن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الموضوعية كأساس لإختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وليس بالنظرية الشخصية، حيث أنه يكون للأفراد إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي الذي يربطهم ولكن يكون هذا الإختيار مقيدا بقيود أوردها المشرع الجزائري على المتعاقدين متمثلة في قواعد إسناد ، لايمكن للأطراف مخالفتها وفي حالة العكس يتم إستبعاد قانون الإرادة وتطبيق القانون الأنسب لحكم العلاقة التعاقدية.

### الفرع الثالث: نطاق تطبيق قانون الإرادة على عقود التجارة الدولية.

ينحصر مجال تطبيق قانون الإرادة بشكل عام في عقود التجارة الدولية على الإلتزامات التعاقدية، سواء كان ذلك بالتعبير الصريح أو التعبير الضمني للأطراف المتعاقدة في إختيارهم للقانون الواجب التطبيق.<sup>(136)</sup>

والمقصود بالإلتزامات التعاقدية هنا هي تلك الإلتزامات ذات الطبيعة المالية فقط كالبيع، أو الإيجار أو المقاوله و غيرها، و بالتالي تخرج من نطاق قانون الإرادة الإلتزامات التعاقدية التي ليست لها طبيعة مالية كعقد الزواج مثلا أو الطلاق.<sup>(137)</sup>

وعملا بذلك فقد أجمع فقه القانون الدولي الخاص بهذا الشأن على أن القانون المختار للتطبيق على الإلتزامات التعاقدية يشمل جميع المسائل المتعلقة بالعقد،<sup>(138)</sup> من الأركان العامة للعقد وشروط صحة إثباته و الآثار المترتبة على هذا العقد غير أنه يستثنى من نطاق قانون الإرادة بعض المسائل المتعلقة بالنظام العام كالأهلية والتي تخضع لقانون الجنسية حسب نص المادة 1/10 ق.م.ج، وكذلك ما يتعلق بشكل التصرفات والتي تخضع

<sup>(136)</sup> عبد الوافي عز الدين، المرجع السابق، ص50.

<sup>(137)</sup> عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص205.

<sup>(138)</sup> عبد الوافي عز الدين، المرجع السابق، ص50.

للقانون محل الإبرام تطبيقاً لقاعدة "لوكس" حسب المادة 1/19 ق.م.ج كذلك تخرج من نطاق قانون الإرادة العقود الداخلية التي تكون الإرادة فيها محصورة في القواعد المكملة والمفسرة دون إمكانية الإمتداد للقواعد الأمرة،<sup>(139)</sup> والأمر نفسه بالنسبة للعقود التي تبرمها الدولة أو السلطات العامة (العقود الإدارية)، والتي تخضع للقانون العام، و بالتالي تخرج من نطاق القانون الدولي الخاص،<sup>(140)</sup> وكذلك بالنسبة لعقود البيع الدولية التي يحدد فيها البائع جميع بنود العقد دون تدخل المشتري في ذلك (العقود النموذجية).<sup>(141)</sup>

كذلك يتم إستبعاد قانون الإرادة في حالة مخالفته للنظام العام لدولة القاضي الذي يعرض عليه النزاع، أوفي حالة وجود غش نحو القانون الوطني للقاضي حسب نص المادة 24 ق.م.ج.<sup>(142)</sup>

إن التصرفات الناتجة عن الإرادة تكون متعددة ومتنوعة في عقود التجارة الدولية، إذ أن الفقه والتشريع المقارن إستقر على الأخذ بقانون الإرادة كقاعدة عامة في إطار القانون الواجب التطبيق وكافة الشروط الموضوعية المتعلقة بالعقد<sup>(143)</sup>، فانعقاد العقد الدولي يتوافر على أركانه لينتج الآثار المرجوة بعد تحقق أركانه كافة.<sup>(144)</sup>

### أولاً: تكوين العقد: "Formation du Contrat".

يجد قانون الإرادة تطبيقاً شاسعاً في المسائل التالية: التراضي والمحل والسبب، باعتبارها شروط موضوعية لانعقاد العقد وتكوينه.

<sup>(139)</sup> عبد الكريم موكة، "القانون واجب التطبيق على عقد البيع الإلكتروني الدولي"، المرجع السابق، ص08.

<sup>(140)</sup> عامر محمد الكسواني، المرجع السابق، ص50.

<sup>(141)</sup> عبد الكريم موكة، "القانون واجب التطبيق على عقد البيع الإلكتروني الدولي"، المرجع السابق، ص08.

<sup>(142)</sup> المرجع نفسه، ص08.

<sup>(143)</sup> FOUCHARD Ph & GUILLARD E & GOLDMAN B, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, Paris, 1996, p 29/s.

<sup>(144)</sup> عبد الكريم موكة، "القانون واجب التطبيق على عقد البيع الإلكتروني الدولي"، المرجع السابق، ص08.

## 1- التراضي:

يخضع تبادل الإيجاب والقبول بين المتعاقدين لقانون العقد وهذا في العقود التي يكون التراضي فيها كافيا، أمل بالنسبة للعقود التي تشترط الشكلية فإن الشكل يخضع لقانون مكان الإبرام.<sup>(145)</sup>

غير أن الفقه اختلف بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على بعض المسائل المتعلقة بالتعبير عن الإرادة، بحيث هناك من الفقه من يرى ضرورة إخضاع عيوب الإرادة للقانون الشخصي لقانون الأهلية على أساس أن الهدف منها هو حماية المتعاقد نفسه.<sup>(146)</sup> غير أن هذا الرأي أنتقد من قبل غالبية الفقه، على أساس أن عيوب الإرادة لا تتعلق بالشخص ذاته، بل تستمد من ملابسات العقد، وميزوا بذلك بين عوارض الأهلية (العتة، الجنون)، وبين عيوب الإرادة (الغلط، التدليس، الإكراه، الإستغلال).<sup>(147)</sup>

بحيث أخضعوا عوارض الأهلية إلى قانون الشخص باعتبارها تتعلق بالشخص نفسه فهي تدخل ضمن نطاق الأحوال الشخصية، أما بالنسبة لعيوب الإرادة فقد أخضعوها لقانون العقد على أساس أنها عيوب ترتبط بالعقد ذاته وليس بالشخص المتعاقد نفسه،<sup>(148)</sup> إلا أن هناك من الفقه من يعتبر الإستغلال عيبا في الشخص ويخرجه من نطاق قانون الإرادة ليخضعه بذلك لقانون الشخص،<sup>(149)</sup> وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 25 جوان 1957.<sup>(150)</sup>

وكذلك يجمع الفقه على إخراج السكوت بإعتباره معبرا عن القبول عن نطاق قانون العقد، ليخضعه لقانون محل من وجه إليه الإيجاب أو قانون مركز أعماله، وذلك تطبيقا

<sup>(145)</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 119.

<sup>(146)</sup> بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 316.

<sup>(147)</sup> المرجع نفسه، ص 316.

<sup>(148)</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 119.

<sup>(149)</sup> الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 222.

<sup>(150)</sup> بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 316.

للعدالة والمنطق فليس من العدالة مفاجأة من وجه إليه الإيجاب بحكم غريب عنه مقرر في قانون لا يعرفه أصلاً. (151)

غير أن الأنظمة القانونية اختلفت في هذه المسألة فهناك من الأنظمة من أخضعت السكوت لقانون إقامة من صدر منه الإيجاب وهناك من الأنظمة من أخضعت السكوت لقانون إقامة من وجه إليه الإيجاب. (152)

أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بتحديد زمان ومكان العقد في التعاقد بين الغائبين يرى الفقه ضرورة إخراجها من نطاق قانون العقد وإخضاعها لقانون القاضي. (153)

## 2- المحل:

يطبق قانون الإرادة بصفة عامة على محل التعاقد، إلا أنه فيما يتعلق بشرط وجود المحل وإمكانية وجوده مستقبلاً وتعيينه، وكذلك مشروعيته فيسري عليها قانون القاضي، (154) غير أنه تؤخذ بعض الإستثناءات بعين الإعتبار، بحيث لا بد من التمييز بين ما إذا كان محل هذا العقد مالا أو عملاً، بحيث يخضع الأول لقانون محل هذا المال، والثاني يخضع لقانون تنفيذ العمل. (155)

أما بالنسبة للعقود الواردة على الأموال، فيتم التمييز بين العقود الواردة على العقارات والعقود الواردة على المنقولات، بحيث تخضع الأولى لقانون موقع العقار حسب الإستثناء الوارد في نص المادة 18 الفقرة الأخيرة ق.م.ج، أما الأموال التي يكون محلها منقولات فهي تخضع لقانون الإرادة. (156)

(151) بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص316.

(152) سعد الدين أحمد، المرجع السابق، ص38.

(153) بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص317.

(154) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص39.

(155) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص120.

(156) عبد الكريم موكة، "القانون واجب التطبيق على عقد البيع الإلكتروني الدولي"، المرجع السابق، ص09.

## 3- السبب:

يخضع السبب الدافع للتعاقد بصفة عامة لقانون الإرادة، إلا أن مشروعية السبب يسري عليها قانون القاضي،<sup>(157)</sup> وذلك مراعاة لما يتعلق بمشروعية النظام العام في دولة القاضي إذ يمكن أن يكون السبب مشروعاً وفقاً لقانون العقد ومخالفاً للنظام العام في دولة القاضي وهو الأمر الذي يدفع بالقاضي الوطني إلى إستبعاد قانون العقد ويطبق قانون دولته بدلا منه.<sup>(158)</sup>

## ثانياً: آثار العقد.

آثار العقد هي المراكز القانونية التي تنتج عن العقد سواء فيما يتعلق بأطرافه أو أشخاصه أو ما يتعلق بموضع وتنفيذ وأسباب انقضاءه، وجميع هذه الآثار تخضع لقانون الإرادة المشتركة للأطراف،<sup>(159)</sup> إلا أنه ترد إستثناءات على بعض الآثار بحيث أنها تخرج من نطاق قانون الإرادة ويطبق عليها قانون آخر غيره، وهذا ما يبرز من خلال الآثار المتعلقة بالأشخاص و الآثار المتعلقة بالموضوع.<sup>(160)</sup>

## 1- آثار العقد بالنسبة للأشخاص:

تخضع الآثار الشخصية بصفة عامة لقانون العقد من حيث مدى إنصراف آثار العقد إلى الخلف العام والخلف الخاص وإلى المستفيد من الإشتراط لمصلحة الغير.<sup>(161)</sup> غير أنه يستثني فيما يتعلق بإنصراف آثار العقد إلى الخلف العام كل المسائل التي تدخل في نطاق الميراث، بحيث يسري عليها قانون الهالك وقت موته،<sup>(162)</sup>

<sup>(157)</sup> الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص222.

<sup>(158)</sup> بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص318.

<sup>(159)</sup> علي سليمان، المرجع السابق، ص120.

<sup>(160)</sup> عبد الكريم موكة، "القانون واجب التطبيق على عقد البيع الإلكتروني الدولي"، المرجع السابق، ص10.

<sup>(161)</sup> الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص222.

<sup>(162)</sup> عبد الكريم موكة، "القانون واجب التطبيق على عقد البيع الإلكتروني الدولي"، المرجع السابق، ص10.

حسب المادة 1/16 ق.م.ج. (163)

## 2- آثار العقد بالنسبة للموضوع:

يخضع الفقهاء مسألة تفسير العقد إلى قانون محل الإبرام على أساس أن المتعاقدين حين يستعملان المصطلحات الجارية في مكان إبرامه يكونان قد قبلوا اختصاصه فيما يخص تفسيرهما، غير أن رأي فقهي آخر يسند له لقانون محل التنفيذ، بينما يرى فريق ثالث إسناده إلى قانون القاضي، ويميل والرأي الراجح فقها إلى إسناد التفسير إلى قانون العقد. (164)

ولما كان قانون العقد هو الذي يبين التزامات المتعاقدين فهو يقع عليه بيان طرق تنفيذها، فيبين متى يكون التنفيذ عينيا، ومتى يكون التنفيذ بمقابل وكيفية تقدير التعويض وحكم شرط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها وحكم الشرط الجزائي. (165)

ويخضع تنفيذ العقد إلى قانون مباشرته من حيث الإجراءات بالنظر للطابع الإقليمي الذي يحكمه، ولكن يؤخذ على هذا الرأي أنه يؤدي إلى تعدد القانون المختص بالتنفيذ بتعدد أماكن مباشرته بينما وسائل التنفيذ هناك من أسندها إلى قانون القاضي ومن أسندها إلى قانون مكان التنفيذ. (166)

أما بالنسبة للآثار المتعلقة بأسباب انقضائه وزواله سواء تم هذا الزوال بالوفاء أو التنفيذ الإختياري وشروط صحته و زمانه ومكانه ونفقاته وإثباته، أو تم من خلال الانحلال أو من خلال الإقالة أو من خلال الفسخ أو من خلال الإنهاء أو كان سبب الزوال و الإنقضاء راجعا لإستحالة تنفيذ العقد فكل هذه الآثار تخضع لقانون العقد. (167)

(163) "يسري على الميراث، والوصية، وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته، ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائها"، أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، المرجع السابق.

(164) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 222.

(165) بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 319.

(166) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 223.

(167) عامر محمد الكسوني، المرجع السابق، ص 218.

## المطلب الثاني

## طرق إختيار قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية.

يقوم مبدأ سلطان الإرادة في عقود التجارة الدولية على حرية الإختيار، وهذا من خلال وجود إرادة حقيقية معن عنها تبين رغبة الأطراف المتعاقدة في إخضاع العقد لقانون معين، وبالرجوع إلى مختلف التشريعات الوطنية والأنظمة القانونية نجد أنها تقر بخضوع العقود الدولية لقانون إرادة الأطراف المتعاقدة. (168)

هذه الإرادة يتم التعبير عنها إما بصفة مباشرة وذلك عندما يضمن الأطراف عقدهم شرطا يحدد القانون الواجب التطبيق وقد يتم التعبير عنها من خلال التعيين الغير مباشر لهذه القواعد حيث يستفاد من الظروف والملابسات المحيطة بها غير أنه في حالة غياب الإختيار يتولى القاضي بنفسه تحديد هذا القانون تحت مسمى الإرادة المفترضة. (169)

هذا ما سيكون محور دراستنا في هذا المطلب من خلال التطرق إلى الإختيار الصريح لقانون الإرادة (الفرع الأول)، والإختيار الضمني لقانون الإرادة (الفرع الثاني)، حالة سكوت الإرادة عن الإختيار (الفرع الثالث)، ثم محاولة إبراز موقف المشرع الجزائري من ذلك (الفرع الرابع).

(168) محمد خالد الترجمان، بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد القرض الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد التاسع والأربعون، 1993، ص93.

(169) فاتح خلاف، مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون الخاص، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة جيجل، 2007/2008، ص33.

## الفرع الأول: الإختيار الصريح.

إذا كانت مختلف النظم القانونية قد اعترفت للمتعاقدين بحرية إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم كما سبق التطرق إليه فمن الطبيعي والمؤكد أن تتم ممارسة هذا الحق وذلك من خلال الإعلان صراحة عن القانون الواجب التطبيق والمختص بنظر المنازعات التي قد تثور بينهم في المستقبل فإذا ما حصل ذلك فسنكون بصدد الإختيار الصريح لقانون العقد وكنا بصدد قانون الإرادة.<sup>(170)</sup>

ويقصد بالإختيار الصريح الإرادة الحقيقية المعلن عنها من قبل الأطراف المتعاقدة بصفة مباشرة في العقد والتي يهدف من وراءها صاحبها إلى إعلام وإحاطة الغير بها وذلك بإتخاذ مظاهر مختلفة سواء كلاما أو كتابة أو إشارة أو غير ذلك من المظاهر التي تعتبر في حد ذاتها موضوعا للكشف عن الإرادة بحسب المعمول به والمألوف بين الناس<sup>(171)</sup>.

لهذا وكما جرى العرف في عقود التجارة الدولية أن غالبية أطراف أي علاقة تعاقدية في مجال عقود الدولة يلجؤون عادة لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم لتفادي ما قد يحدث أو قد يثار من منازعات بعد التعاقد وهم بذلك يضمنون عقدهم هذا القانون الذي يمكن لهم الرجوع إليه ويتوقعون القواعد التي ستطبق على النزاع.<sup>(172)</sup>

وبالنظر إلى كون الإرادة عبارة عن عمل نفسي داخلي لا يعلم به إلا صاحبه فلا يعتد بها إلا إذا تم التعبير عنها.<sup>(173)</sup> إذ غالبا ما تنص العقود ذات الطابع الدولي على تحديد

<sup>(170)</sup> عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص28.

<sup>(171)</sup> محمد صبري السعدي، مصادر الإلتزام، النظرية العامة للإلتزامات، القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر، د.س.ن، ص 86.

<sup>(172)</sup> مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص182.

<sup>(173)</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ج1، الجزائر، 2001، ص 59.

القانون الواجب التطبيق وإغفال ذلك يؤدي إلى إثارة نزاعات وخلافات حادة بين الأطراف في مقدورهم تجنبها وتجاوزها لو فعلوا ذلك. (174)

وبالنظر لأهمية التعبير الصريح عن القانون الذي يحكم العقد فقد كرس مختلف التشريعات الوطنية ذلك وهذا ما يبرز من خلال أحكام المادة 60 من ق.م.ج التي تنص على أنه: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً" (175).

بالإضافة إلى ذلك نجد المشرع المصري الذي يكرس الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية من خلال نص المادة 19 من القانون المدني المصري التي تنص على أنه: "يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان ويتبين من الظروف ان قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه". (176) وبذلك يتضح أن المشرع قد إعتد بالإرادة الصريحة.

إلا أن هناك فرقا في كيفية التعبير عن الإرادة الصريحة في إطار العقود الداخلية والدولية فقد يتسع نطاق هذا الإختيار في حالة العقود الداخلية ويضيق في حالة العقود الدولية لأن الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق يأخذ مظهرا واحدا وهو أنه يشير إليه في العقد وهي الحالة التي يعبر عنها المتعاقدان مثلا بالقول إننا نتفق بإستعمال سلطاتنا لتنظيم العقد بهذه الكيفية أو بصورة أكثر بساطة أن يتفقا على إخضاع عقدهم مثلا للقانون

(174) عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، عقود التنمية الإقتصادية في القانون الخاص، مكتبة النصر، جامعة القاهرة، مصر، ص62.

(175) قانون رقم 05-10 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم للأمر 75-58، المرجع السابق.

(176) نقلا عن: هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص344.

الفرنسي أو البريطاني كما قد يتم الإتفاق على إستبعاد قانون معين من حكم علاقتهم التعاقدية. (177)

أما في إطار العقود الداخلية فالإرادة الصريحة يمكن أن تشمل كل ما يبين أن هناك قبولاً من الطرف الآخر لغرض إحداث التطابق بين الإرادتين وهذا مع بقاء وجه التشابه قائماً، إذا أخذت هذه الإرادة مظهرها خارجياً لا يحتمل أي تأويل لما قصدته إرادة الأطراف. (178)

ولهذا يمكن القول أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي لن يثير أي إشكال أو صعوبات طالما أعلن الطرفان صراحة عن المنظومة القانونية التي يخضع لها العقد لذلك، فإننا نؤكد على أهمية أن يقوم الأطراف بالإختيار الصريح لقانون العقد تماشياً لما يمكن أن ينتج عن غياب هذا الإختيار من مشاكل (179)، وفي هذا الصدد يرى المتعاقدان بتضمين عقدهم شرطاً أو بنداً يحدد الإختصاص التشريعي فهم بذلك يتصرفون كمن يبرم عقد تامين على الحياة تحوطاً للمستقبل وما يكتفه من أخطار محتملة. (180)

وإذا كان الأصل أن يتم الإتفاق على إختيار قانون العقد لحظة إبرامه بموجب شرط صريح يدرج ضمن العقد الأصلي أو بمقتضى إتفاق مستقل عنه، فإن هذا الإختيار يمكن أن يتراخى إلى مرحلة لاحقة على إبرام العقد وقد تم تكريس ذلك بموجب إتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية التي تنص على أنه: "يحق للأطراف في أي وقت الإتفاق على إخضاع العقد لقانون آخر غير الخاضع له من

(177) عبد الحفيظ عيد، المرجع السابق، ص 43.

(178) المرجع نفسه، ص 43.

(179) BLANCO Dominique, *Négociier et rédiger un contrat international*, DUNOD, paris, 1993, p 153.

(180) بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 108.

قبل، وسواء تم ذلك بإجراء إختيار لاحق يتم تبعا لنفس المادة أو بمقتضى نصوص أخرى (181) .

وكذلك ما تقضي به المادة 3/116 من القانون الدولي الخاص السويسري والتي تنص على أن: "إختيار القانون يمكن إجراؤه أو تعديله في أي وقت بشرط أن لا يلحق هذا التعبير ضررا بالغير ولا يمس بمصلحة العقد وسلامته. (182)

بالإضافة إلى ذلك وفي حالة ما إذا قام الطرفان صراحة بإختيار القانون الذي يريدان أن يحكم العقد فمن الواجب على المحكمة أن تتفد إختيارهما وذلك على أساس أن أطراف العقد أحرارا في إختيار القانون الذي يحكم العقد بشأن المسائل التي تدخل في إطار ونطاق إختصاصاتهم وصلاحياتهم التعاقدية وذلك بالنظر إلى كونهم الأقدر على إختيار القانون الملائم لطبيعة العلاقة القانونية القائمة بينهم. (183)

إن فالإختيار الصريح يعتبر عنصرا من عناصر قاعدة الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق فقيام المتعاقدين بإختيار القانون الذي يحكم عقدهم من المستبعد أن يثار أي نزاع أو صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد محل النزاع وكذا تسهيل تركيز العقد في دولة معينة بحيث يكون هذا القانون المختار هو القانون المختص بحكم العلاقة التعاقدية مع الأخذ بعين الإعتبار ما ينص عليه النظام العام الدولي. (184)

(181) نقلا عن: خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص88.

(182) نقلا عن: خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع نفسه، ص 88.

(183) بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 108-109.

(184) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 190 .

هذا في حالة التعبير الصريح عن الإرادة من قبل الأطراف المتعاقدة أما في حالة ما إذا لم يكشف المتعاقدون عن إرادتهم الصريحة في تطبيق قانون معين على علاقتهم العقدية فعلى القاضي أن يحدد إرادتهم الضمنية وهو ما سنتناوله في النقطة الموالية<sup>(185)</sup>.

### الفرع الثاني: الإختيار الضمني.

بالعودة إلى التطور التاريخي لمبدأ سلطان الإرادة حسب فقه تنازع القوانين نجده سلم في بداية الأمر بوجود الإرادة الضمنية وعلى أساسها أصبح يفسر خضوع العقد لمكان إبرامه وإستمر الأمر إلى غاية الإعتراف بوجود الإرادة الصريحة وأصبحت الإرادة الضمنية تحتل المرتبة الثانية من حيث البحث عن القانون الواجب التطبيق.<sup>(186)</sup>

لكن في حالة الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية لا مجال للبحث عن الإختيار الضمني غير انه تبرز أهميته في حالة عدم تضمين العقد الإختيار الصريح فهنا يجب البحث عن إختيار آخر قد يعبر عن وجود الإرادة.<sup>(187)</sup>

بالإضافة إلى أن غالبية تقنيات القانون الدولي الخاص المعاصرة تنص على ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين لكونه إختيار حقيقي لكنه غير معن عنه يستخلصه القاضي من ظروف الحال وهو ما يعبر عنه بالإختيار الضمني.<sup>(188)</sup>

ويكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا كان المظهر الذي إتخذه ليس في حد ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ومع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة

<sup>(185)</sup> AL QUDAH Maen, l'exécution de contrat de vente international de marchandise, (Etude comparative du droit Français et droit Jordanien), Thèse de doctorat en droit, option droit privé, Université Champagne Ardenne, Reims, 2007, p 69.

<sup>(186)</sup> عبد الحفيظ عيد، المرجع السابق، ص 47.

<sup>(187)</sup> حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، ك1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 424.

<sup>(188)</sup> صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص 286.

،المعنى أن هذا المظهر ليس في حد ذاته تعبيراً مباشراً عن الإرادة ولكنه إمارة على وجودها فالإرادة تستخلص منه وذلك لا يكون إلا عن طريق تفسيره وإعمال الفكر الإستنتاجي المنطقي .(189)

ولهذا يمكن القول أن الإختيار يكون ضمنيا عند سكوت المتعاقدين عن إعلان رغبتهما الصريحة في تطبيق قانون معين على عقدهم فالقاضي هنا يقوم بالكشف عن إرادتهما الضمنية من ظروف وملابسات العقد، ومثال ذلك إشارة المتعاقدين لنصوص قانون معين أو إستخدامهما للإصطلاحات المحررة في هذا القانون فهذا تلميح منهم نحو إتجاه إرادتهم الضمنية لتطبيق هذا القانون على العقد في مجموعه .(190)

حيث يتمتع القاضي بسلطة تقديرية و يقف عند ضرورة إستظهاره لمؤشرات موضوعية ومعقولة وفقا للظروف المحيطة بالعقد، فعدم إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق يعني أنهم تركوا تعيين هذا القانون للقاضي وذلك لأنه من غير المقبول في العلاقات التجارية الدولية إغفال الأطراف إختيار هذا القانون بحجة الجهل أو الإهمال، ومن المحتمل كذلك لأنهم لم يتعرضوا لهذه المسألة لأنهم يفضلون ذلك أو لأنهم قدروا إستحالة الإتفاق عليها.(191)

غير أن الإشكال يثار بشأن إختيار القانون الواجب التطبيق في مدى إعتبار السكوت تعبيراً عن إختيار قانون معين حيث يبرز من خلال مشروع إتفاقية روما المتعلق بالإلتزامات التعاقدية وغير التعاقدية إتجاهان في هذا الشأن فيرى أنصار الإتجاه الأول أن الإعتداد بالسكوت لتحديد القانون المختص يجب أن يخضع للقانون الشخصي للطرف الساكت أي أن هذا القانون الأخير هو الذي يحدد ما إذا كان يعتد بالسكوت في الإختيار من عدمه .

(189) حمة مرامرية، التعبير عن الإرادة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية،

معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة عنابة، 1989-1990 ، ص 40.

(190) حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص424.

(191) عامر محمد الكسوني، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 208-209.

أما الإتجاه الثاني فلا يعتد بالسكوت في الإختيار على وجه الإطلاق،<sup>(192)</sup> وما تجدر الإشارة إليه فإن غالبية التشريعات الوطنية وعند ذكرها لكيفية التعبير عن الإرادة جعلت منها من الدرجة الثانية بعد الإختيار الصريح كما سبق ذكره ومثال ذلك ما ورد في أحكام القانون المدني الجزائري "...ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا"<sup>(193)</sup> غير أن هناك من التشريعات من تتجه إلى التسوية بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية، ومثال ذلك القضاء الفرنسي الذي يتجه بصفة عامة إلى التسوية بين الإرادة الصريحة والضمنية من خلال قرائن قد تكون ذاتية تستمد من الرابطة التعاقدية ذاتها أو خارجية يمكن إستخلاصها من ظروف وملابسات الحال.<sup>(194)</sup>

غير أن الفقه الفرنسي الحديث يرفض الإعتماد بمثل هذه الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية،<sup>(195)</sup> وهذا ما أخذت به أغلب التشريعات الحديثة والتي لم تعتد إلا بالإرادة الصريحة للمتعاقدين في إختيار القانون الواجب التطبيق، أما إذا لم يتم الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق فلا يصح للقاضي أن يبحث عن إرادتهم الضمنية في هذا الصدد.<sup>(196)</sup>

ويؤكد الفقه الرافض للإرادة الضمنية بالإستناد إلى حجج مفادها أن سكوت المتعاقدين عن الإختيار الصريح لقانون العقد يعود للأسباب التالية :

1- عدم انتباه المتعاقدين إلى مشكلة إختيار القانون أصلا .

(192) عبد الوافي عزالدين، المرجع السابق، ص 44.

(193) المرجع نفسه، ص 44.

(194) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 419.

(195) عبد الوافي عزالدين، المرجع السابق، ص 45.

(196) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 426-427.

2- عدم بروز الإشكال المتعلق بالتنازع للمتعاقدين عند إبرام العقد، وهو ما يتصور في الفروض التي يتطرق فيها العنصر الأجنبي للرابطة العقدية في تاريخ لاحق للانقضاء كما لو طلب المشتري من البائع بعد إبرام العقد تسليم البضاعة في الخارج.

3- سكوت الأطراف عن الإتفاق الصريح على إختيار قانون العقد لإختلافهم في البداية حول هذه المسألة أو ما قد تثيره من خلاف يؤدي إلى عدم إتمام التعاقد. (197)

وعليه وكنتيجة لما سبق ذكره يمكن القول انه في ظل عدم التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية في هذه الحالة يصعب القول بوجود إرادة ضمنية في إختيار هذا القانون وتصدي القاضي مع ذلك للبحث عن تلك الإرادة يؤدي وكنتيجة حتمية إلى تطبيق قانون لم يتوقعه المتعاقدان لأنه لا يعبر عن إرادتهم الحقيقية. (198)

### الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري.

من أجل التوصل إلى معرفة موقف المشرع الجزائري من الإختيار الصريح والضماني لقانون الإرادة فإنه يتعين العودة إلى أحكام المادة 18 من ق.م.ج ودراستها قبل تعديل القانون المدني سنة 2005 وبعد التعديل.

إذ نصت المادة 18 قبل تعديل القانون المدني الجزائري بموجب القانون 05-10 على أنه: "يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر". (199)

من خلال دراسة أحكام هذه المادة يمكن القول أن المشرع الجزائري ترك للمتعاقدين حرية إختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية والملاحظ أن المشرع لم يتطرق إلى الضوابط الإحتياطية و إكتفى بالإشارة إلى ضابطين للإسناد وهما القانون المختار، أو

(197) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، 325-326.

(198) المرجع نفسه، ص 325-326.

(199) أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، المرجع السابق.

قانون محل إبرام العقد، بالإضافة إلى ذلك عدم الإشارة إلى الإرادة الضمنية في أحكام هذه المادة من قبل المشرع الجزائري. (200)

غير أنه وبصدور تعديل 2005 أصبح المشرع ينص على أنه:

"يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد " . (201)

وعليه يمكن القول من خلال أحكام هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يشترط شكل خاص بالإتفاق المنصب على إختيار قانون ليحكم العقد الدولي معنى ذلك أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون رضائياً أو مكتوب ولكن يطرح التساؤل حول مدى إعتداد المشرع الجزائري بالتعبير الصريح أو الضمني عن الإرادة ؟

بالرجوع إلى القواعد العامة في التقنين المدني الجزائري تعتبر أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون صراحة أو ضمناً، لكن بالرجوع إلى أحكام المادة 18 السابقة قبل التعديل نجد أن المشرع تعمد إسقاط الجملة التالية " أوتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه " . (202)

فالبعض فسر ذلك على أن المشرع الجزائري لم يعتد بالإرادة الضمنية لكن بالرغم من ذلك يمكن الرد بأن المشرع الجزائري أراد أن يطبق القواعد العامة التي تقتضي أن التعبير

(200) الطيب زورتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن ، مطبعة الكاهنة، الجزائر، د.س.ن، ص 89.

(201) قانون رقم 05-10 يعدل يتم الأمر رقم 75-58 متضمن القانون المدني، معدل ومتمم، المرجع السابق.

(202) عبد الناصر بلميهوب، المرجع السابق، ص 6-ص7.

عن الإرادة يمكن أن يكون صراحة أو ضمنا فلو أراد أن يعمل بالإرادة الضمنية لنص على ذلك صراحة في نص المادة 18 من ق.م.ج. (203)

أما بعد التعديل فلم ينص عن الإرادة الضمنية الأمر الذي جعل الفقه يختلف حول مسألة كون المشرع الجزائري يعتد بالإرادة الضمنية أم لا .

غير أنه بالعودة إلى أحكام المادة 60 من ق.م.ج التي تنص على أنه: "ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان أن يكون صريحا" (204)، وبما أن المشرع الجزائري لم يشترط في نص المادة 18 أن يكون التعبير عن القانون الواجب التطبيق على العقد صريحا فإنه تبعا لذلك يمكن القول أنه يعتد بالإرادة الضمنية .

ولما كان المتفق عليه أن للقاضي كما للمحكم عندما تتاط به سلطة أو مهمة البحث عن القانون الواجب التطبيق عن إرادة الأطراف الضمنية في إرادتهما الصريحة. (205)

وأخيرا يمكن القول أنه بعد توصل القاضي أو المحكم إلى إستخلاص الإرادة الضمنية إستنادا إلى إحدى القرائن يكون بذلك قد توصل إلى معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مما يفيد أن الإرادة الضمنية للأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق لها أهمية بالإضافة إلى أن الإرادة الصريحة وإن كانت تأتي في مرتبة ثانية بعد هذه الأخيرة وهذا أمر منطقي . (206)

(203) عبد الوافي عزالدين، المرجع السابق، ص 46-47.

(204) أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، المرجع السابق.

(205) عبد الوافي عزالدين، المرجع السابق، ص 47-48.

(206) المرجع نفسه، ص 47-48.

## المبحث الثالث

## تطبيقات مبدأ سلطان الإرادة أمام التحكيم التجاري الدولي.

من الموضوعات التي تشغل مكانا بارزا في الفكر القانوني والإقتصادي على المستوى العالمي في الوقت الحالي موضوع التحكيم التجاري الدولي الذي يقوم على إتفاق الأطراف المتعاقدة على اللجوء إلى التحكيم الذي يعتبر جوهر وأساس نظام التحكيم برمته.

إلا أنه وبدون نص الأطراف المتعاقدة على هذا الإتفاق في العقد الدولي لا يمكن اللجوء إلى هذه التقنية لحل النزاع ويشمل التحكيم التجاري الدولي رغم بساطته على مجموعة معقدة لعدة تصرفات ومراحل متعاقبة بحيث يعتبر كل تصرف من هذه التصرفات تنفيذا للتصرف الذي سبقه، حيث يمر إتفاق التحكيم بعدة مراحل ابتداء من مرحلة المفاوضات الإتفاقية والتي تتمحور حول إبرام إتفاقية التحكيم<sup>(207)</sup>.

ويبرز دور إرادة الأطراف المتعاقدة أيضا من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق على سير الخصومة سواء فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم أو فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

<sup>(207)</sup> **Camille forment**, La loi applicable aux contrats du commerce électronique, Mémoire, DESS Droit du multimédia et de l'informatique de Paris 2, paris, 2001 , p 24.

لذلك يمكن تعريف مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم، على أنه حرية أطراف النزاع في تحديد القانون الموضوعي والإجراءات واللغة ومكان وتعيين المحكمين وردهم وغير ذلك بشرط أن لا يتعارض مع قواعد النظام العام ولا يجرى التحكيم من الغاية التي تم اللجوء إليه من أجلها. (208)

من هنا يطرح التساؤل التالي ما مدى إعمال مبدأ سلطان الإرادة أمام التحكيم التجاري الدولي؟ للإجابة على هذا التساؤل كان من الضروري التطرق للقانون الواجب التطبيق على تنظيم التحكيم من خلال (المطلب الأول)، والقانون الواجب التطبيق على سير الخصومة في (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### سيادة قانون الإرادة على إتفاق التحكيم

التحكيم كما هو معلوم عبارة عن تقنية قانونية يهدف من وراءها الأطراف إلى محاولة إيجاد الحل المناسب للنزاع الذي قد ينشأ بسبب العقد من قبل الهيئة التحكيمية التي تتمتع بسلطة الحكم والفصل في النزاع وتستمد هذه السلطة من إتفاق الأطراف على التحكيم. ويكون المحكمين إما عبارة عن أشخاص طبيعيين أو أشخاص اعتباريين، إما هيئة أو مركز دائم للتحكيم يخول حق إيجاد الحل المناسب للنزاع الذي نشأ بين الأطراف بعيداً عن اللجوء إلى القضاء العادي وفقاً لإتفاق الأطراف، (209) حيث يستمد المحكم أو المحكمون

(208) محمود محمد الشيخ، القانون الواجب على إتفاق التحكيم الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان ، الأردن، 2015، ص33.

(209) محمد أبو العينين، "دور التحكيم في حل منازعات التجارة الدولية و الاستثمار الدوليين"، مقالة موثقة اتحاد المحامين العرب، ج1، 1998، ص06.

إختصاصاتهم وسلطاتهم من إتفاقية خاصة (إتفاقية التحكيم أو شرط التحكيم ) ويفصلون في القضية على أساس هذه الإتفاقية.(210)

تخضع إتفاقية التحكيم لقانون واجب التطبيق وهو عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي يصل المحكم إلى أنها المناسبة للتطبيق على النزاع سواء أكان مصدرها قانونا وطنيا أو كان مشتق من مجموعة من قوانين وطنية، أم أنها قواعد متعارف عليها في محيط التجارة الدولية بعيدا عن القوانين الوطنية للدول.

بما أن أساس إتفاقية التحكيم إرادي فإرادة الأطراف تلعب دورا فعالا في تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، للإحاطة بهذه المسألة لا بد من التعرف على إتفاقية التحكيم من خلال (الفرع الأول )، ثم التطرق لمسألة القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: إتفاقية التحكيم.

يعود أول ظهور لمصطلح إتفاقية التحكيم لأول مرة إلى إتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية، إذ تنص المادة 2/2 من هذه الإتفاقية على أنه "تلتزم كل دولة متعاقدة بالإعتراف بإتفاقية التحكيم " ومن هنا يمكن القول أن هذه الإتفاقية عالجت شرط التحكيم وإتفاق التحكيم دون تمييز بينهما.(211)

كما تنص المادة 1/ 7 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أن: "إتفاقية التحكيم هي إتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا للتحكيم جميع أو بعض النزاعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة تعاقدية محددة تعاقدية كانت أو غير

(210) محمد أبو العينين، المرجع السابق، ص 06.

(211) حفيفة السيد حداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001، ص13.

تعاقدية". ويجوز أن تكون إتفاقية التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أوفي صورة إتفاق منفصل. (212)

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن أغلب اللوائح المعاصرة والتشريعات المقارنة الخاصة بالتحكيم قد أخذت المفهوم الواسع لإتفاقية التحكيم إذ أنها لم تفرق بين شرط التحكيم و إتفاق التحكيم. ولذلك سنعرض لهاتين الصورتين فيما يلي :

### أولا : شرط التحكيم .

لمعرفة شرط التحكيم لابد من الإحاطة بمختلف التعريفات التي قيلت فيه والشروط الواجب توافرها فيه.

#### 1- تعريف شرط التحكيم.

إهتم كل من الفقه و الإتفاقيات الدولية و حتى القوانين الداخلية بمسألة شرط التحكيم حيث حاول كل منهم وضع تعريف لشرط التحكيم.

#### أ- تعريف الفقه.

هناك من الفقه من يعرف شرط التحكيم بأنه الإتفاق السابق بين الأطراف المعنية على تسوية المنازعات التي قد تثار مستقبلا بواسطة التحكيم الدولي ويكون مدرجا ضمن بنود العقد. (213)

كما أن هناك جانبا من الفقه يعرفه بأنه الشرط الذي يرد ضمن بنود تنظيم علاقة قانونية معينة وبمقتضاه يتفق أطراف العلاقة الأصلية قبل نشوب أي نزاع على الأخذ بنظام التحكيم لتسوية ما قد يثار بينهم من منازعات، وقد يتفق الأطراف في هذا الشرط على إحالة كافة المنازعات التي تثار بينهم على التحكيم وهو ما يعرف بشرط التحكيم العام وقد يتم

(212) نقلا عن: حفيظة السيد حداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 13.

(213) أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 21.

النص على اللجوء إلى التحكيم بشأن مسائل محددة وهو ما يطلق عليه في هذه الحالة شرط التحكيم الخاص. (214)

ويجب الإشارة من جهة أخرى إلى أن شرط التحكيم قد لا ينص سوى على نية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع دون الدخول في التفاصيل وعليه يكون من الضروري وجود إتفاق لاحق بين الطرفين لتحديد موضوع النزاع وباقي التفاصيل الأخرى كتشكيل المحكمة التحكيمية والإجراءات المتبعة والقانون المطبق على النزاع. (215)

### ب- تعريف الإتفاقيات الدولية والتشريعات الغربية.

ما تجدر الإشارة إليه بشأن شرط التحكيم أن أغلبية الإتفاقيات الدولية و التشريعات قد أشارت إلى شرط أو مشاركة التحكيم تحت مصطلح إتفاق التحكيم كما سبق ذكره إذ نجد على سبيل المثال:

"قانون الاونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985" قد أشار إلى تعريف إتفاق التحكيم في نص المادة 07 وأراد بذلك أن يشمل بذلك شرط أو مشاركة التحكيم. (216)

أما القانون الفرنسي فقد أشار قانون المرافعات النافذ إلى شرط التحكيم في نص المادة 1442 منه على أنه " الإتفاق الذي يتعهد بموجبه المتعاقدون على إحالة النزاعات التي تنشأ عن العقد إلى التحكيم".

(214) منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون العام، فرع التنظيم الإقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013-2014، ص 40.

(215) مسعود حيطوم، تسوية منازعات الاستثمار الاجنبي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون الخاص، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 138-139.

(216) إبراهيم إسماعيل إبراهيم الربيعي، ماهر محسن عبود الخيكاتي، التحكيم ضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار، دراسة مقارنة، د. ب. ن، د. س. ن، ص 75.

إلا أن ما يؤخذ على المشرع الفرنسي أنه لم يبين المقصود بمشاركة التحكيم ولكنه أشار إلى تعريف إتفاق التحكيم بشكل عام في نص المادة 1447 من قانون المرافعات الفرنسي النافذ بأنه عقد يحيل بموجبه أطراف نزاع ناشئ عن هذا النزاع إلى تحكيم شخص أو عدة أشخاص (217).

يتضح من نص المادة أعلاه بأن المشرع الفرنسي أراد بإتفاق التحكيم هو مشاركة التحكيم نفسه ويمكن إستنتاج ذلك من نصوص المواد المتقدمة حيث أشار في تعريفه للشرط التحكيمي على إحالة النزاعات التي تنشأ عن العقد إلى التحكيم وبالتالي أراد بذلك إحالة النزاعات التي تحدث مستقبلا. (218)

أما بالنسبة لتعريف المشرع لإتفاق التحكيم فإنه أشار بأنه يحال بموجبه أطراف نزاع ناشئ وبالتالي لا يمكن حل النزاع الناشئ إلا عن طريق عقد مستقل يتفق عليه أطراف النزاع بإحالة النزاع الناشئ إلى التحكيم وهو ما يطلق عليه مشاركة التحكيم. (219)

### ج- تعريف المشرع الجزائري.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرف شرط التحكيم في نص المادة 1007 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم على أن: "شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه أطراف عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد عن طريق التحكيم"، ولهذا يجب أن يكون شرط التحكيم قاطعا في دلالة ألفاظه اتجاه نية الأطراف لتسوية النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ بمناسبة العقد عن طريق التحكيم. (220)

(217) إبراهيم إسماعيل إبراهيم الربيعي، ماهر محسن عبود الخيكاتي، المرجع السابق، ص 75.

(218) المرجع نفسه، ص 75.

(219) المرجع نفسه، ص 75.

(220) إلياس عجابي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المنتدى القانوني، جامعة بسكرة، عدد 7، لسنة 2010، ص 193.

مما سبق يمكن القول أن شرط التحكيم أكثر إنتشارا من مشارطه التحكيم إذ نجد حوالي 100/80 من عقود التجارة الدولية تتضمن شرط التحكيم وتحيل النزاع إلى محكم أو محكمين أو إلى هيئة تحكيمية معينة كغرفة التجارة الدولية بباريس أو مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي. (221)

## 2- شكل شرط التحكيم:

المتعمن في عقود التجارة الدولية يلاحظ أن شروط التحكيم التي تتضمنها ليست على نمط واحد بل يمكن تصنيفها إلى ثلاث أصناف أساسية وهي:

أ- الشروط النموذجية الصادرة عن مؤسسات التحكيم التجاري الدولي الدائمة: والتي يقتصر دور أطراف العقود الدولية فيها على نقل صياغتها في عقودهم، وبالتالي يتولى المركز الذي يرغب الأطراف أن يتم التحكيم التجاري الدولي في إطاره تنظيم إجراءات التحكيم إذا ما نشب نزاع بين أطرافه. (222)

ب- شروط تحكيم مطبوعة تتضمنها بعض العقود النموذجية: كعقود الإنشاءات الهندسية وهذه العقود تتضمن بعض المعاملات التجارية الدولية، وترد شروط التحكيم فيها كبند من بنود العقد وغالبا ما تحيل النزاع القائم بصدها على إحدى مؤسسات التحكيم التجاري الدولي الشهيرة.

ج- شروط تحكيم يتولى الأطراف صياغتها بأنفسهم: دون تقييد الأطراف بأي صياغة نموذجية صادرة عن مركز تحكيم دائم. (223)

(221) نور الدين بكلي، أهمية إتفاق التحكيم في الإعراف بالحكام التحكيمية وتنفيذها ، دراسة مقارنة، د.س.ن، د.ب.ن، ص 5.

(222) نور الدين بوالصلصال، الإختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2010-2011، ص 16.

(223) المرجع نفسه، ص 16-ص 17.

ومهما يكن شكل هذا الشرط فله نفس القوة الإلزامية وما غاية وضع الصياغة النموذجية لشرط التحكيم إلا البحث عن الوضوح وتفاذي اللبس فيه، وتحديد المركز المرغوب تسويته للنزاع بشكل دقيق المعنى انه لا توجد أية مصطلحات أو ألفاظ واجبة الذكر حتى يتم إعماله. (224)

### ثانياً: إتفاق التحكيم.

لمعرفة المقصود بإتفاق التحكيم لابد من التطرق لتعريف إتفاق التحكيم، ثم معرفة الشروط الواجب توافرها في إتفاق التحكيم.

#### 1- تعريف إتفاق التحكيم.

حاول كل من الفقه والتشريعات وضع تعريف لإتفاق التحكيم.

##### أ- تعريف الفقه.

قد لا تتضمن بنود العقد الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم فيتم إبرام إتفاقية مستقلة في وقت لاحق على تاريخ العقد تنص على الرجوع للتحكيم لتسوية نزاع معين نشأ أو قد ينشأ بمناسبة تنفيذ هذا العقد وتسمى هذه الحالة بإتفاق التحكيم. (225)

والمقصود بإتفاق التحكيم أو مشاركة التحكيم هو توافق إرادة الأطراف على اللجوء إلى قضاء التحكيم بصدد بعض أوكل المنازعات الخاصة بالعلاقة القانونية القائمة بينهم، ويعتبر هذا الإتفاق بمثابة عقد يخضع للقواعد العامة في العقود من حيث الموضوع والشكل والآثار وهذا ما تقضي به إتفاقية التحكيم وفي حالة ما لم يتم الإتفاق بين الأطراف على اللجوء إلى التحكيم في العقد الأصلي فإن هذا الإتفاق هو أساس عمل المحكم وبموجبه

(224) نور الدين بوالصلصال، المرجع السابق، ص 16-17.

(225) حسان كليب، دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2012-2013، ص 21-22.

يتفق الأطراف على إحالة ما يدور بينهم من نزاع إلى محكم أو أكثر دون اللجوء إلى جهة القضاء العادي للدولة. (226)

### ب- تعريف التشريعات الغربية.

ولقد تم النص على إتفاق التحكيم في مختلف التشريعات الوطنية فعلى سبيل المثال نجد القانون الفرنسي يعرف في نص المادة 1447 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بقوله " هو إتفاق المتعاملين في التجارة الدولية على تسوية النزاع الذي قد نشأ بينهم بالفعل وذلك عن طريق التحكيم. (227)

### ج- تعريف المشرع الجزائري.

بالعودة إلى المشرع الجزائري نجده هو الآخر عرف إتفاق التحكيم من خلال المادة 1011 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم على أنه: "إتفاق التحكيم هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم " ويتميز إتفاق التحكيم بكثرة تفاصيله كونه في اغلب الحالات يأتي بعد حدوث النزاع ويتضمن تعيين النزاع على وجه الدقة كما يتضمن أيضا القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم. (228)

وعليه يمكن القول أن إتفاق التحكيم أو كما يطلق عليه مشاركة التحكيم تكون في شكل إتفاق مستقل عن العقد وعادة ما تكون لاحقة على نشوب النزاع، وغالبا ما يتفق فيها الطرفان على تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين وكذا إجراءات التحكيم، كما قد ينص

(226) محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر 2009، ص 489.

(227) « Le compris est la convention par laquelle les parties a un litige soumettent celui-ci a l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes. »

(228) عيسى بادي سالم الطراونة، دور المحكم في خصومة التحكيم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون الخاص، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 58.

الإتفاق على القانون الواجب التطبيق من قبل المحكمين ولطرفين أن يتفقا على إحالة النزاع على التحكيم في القوانين الداخلية للدولة المستقبلة أو يحيلانه على التحكيم الدولي. (229)

## 2- شروط صحة إتفاق التحكيم:

ويشترط لصحة إتفاق التحكيم توافر مجموعة من الشروط لتصبح معها الإلتزامات صحيحة، تتمثل هذه الشروط أساسا في شروط شكلية وشروط موضوعية ينبغي توافرها في إتفاق التحكيم.

### أ- الشروط الشكلية:

تتمثل هذه الشروط أساسا في:

- إنشاء وصياغة إتفاق التحكيم: على الرغم من إتفاق الكثير من التشريعات والإتفاقيات الدولية على إشتراط الكتابة في إتفاق التحكيم إلا أنها اختلفت بشأن إعتبار الكتابة كشرط أو متطلب ينبغي توافره لصحة إتفاق التحكيم أم أنها مجرد وسيلة لإثباتها.

فهناك من الأنظمة من إعتبرت الكتابة كشرط أو متطلب لصحة إتفاق التحكيم بالتالي يترتب على تخلفها بطلان إتفاق التحكيم في حين إعتبرت أنظمة أخرى الكتابة مجرد وسيلة لإثبات إتفاقية التحكيم. (230)

أما بالنسبة للصيغة التي يكتب بها إتفاق التحكيم فعلى الأطراف الراغبين في عرض النزاع الناشئ بينهم على التحكيم أن يتأكدوا من وضوح النص أوتبني الصيغ النموذجية التي يوصي بها أحد مراكز أو مؤسسات التحكيم الدولية. (231)

(229) عبد العزيز قادري، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي وضمانات الاستثمار، دار هوم، الجزائر، 2004، ص 260.

(230) نور الدين بوالصلصال، المرجع السابق، ص 108-113.

بالإضافة إلى أنه من الضروري أن يتضمن إتفاق التحكيم موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم وكذا تحديد النزاع،<sup>(232)</sup> كذا تاريخ صدوره، مكان إصدار حكم التحكيم، أسماء أطراف النزاع ...، هذه البيانات ضرورية لسلامة حكم التحكيم وإذا كان القانون لم ينص عليها في التحكيم الدولي إلا أننا نرى وجوب توافرها حتى لا يفقد الحكم فعاليتها وصفته كحكم.<sup>(233)</sup>

• **فردية عدد المحكمين:** تباينت التشريعات حول عدد المحكمين ويجوز للأطراف الإتفاق على كيفية تشكيل أو تعيين هيئة التحكيم وعلى ذلك يكون للأطراف الإتفاق على محكم واحد أو أكثر من محكم، أي في حالة إتفاق الأطراف يجوز أن يكون العدد زوجيا غير أنه في حالة عدم الإتفاق يكون العدد فرديا، وإلا كان الإتفاق باطلا وعلة وجوب وترية عدد المحكمين هو تقادي ما قد يحصل من مشاكل عند المداولة وعند المداولة قد ينقسم المحكمون عندئذ إلى فريقين متساويين فيتعذر صدور حكم بالأغلبية ويترتب على ذلك بطلان العقد لتعلقها بالنظام العام.<sup>(234)</sup>

### ب- الشروط الموضوعية.

تتمثل هذه الشروط أساسا في:

• **التراضي:** بإعتبار أن إتفاق التحكيم عقدا من عقود القانون الخاص يسوده مبدأ سلطان الإرادة وتسري عليه القواعد العامة في العقود وعليه يشترط لقيام

<sup>(231)</sup> صالح بن عطف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود والتجارة الدولية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، الرياض، السعودية، 1998، ص 395.

<sup>(232)</sup> مسعود حيطوم، المرجع السابق، ص 145.

<sup>(233)</sup> هدى نويوة، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في المؤسسات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2011-2012، ص 102.

<sup>(234)</sup> عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لإتفاق التحكيم، دراسة تحليلية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013، ص 131.

اتفاق التحكيم وجود الرضا وتطابق إرادة الطرفين وإتجاهها إلى ترتيب آثار قانونية تبعاً لمضمون ما إتفق عليه فلا بد من إيجاب وقبول يتطابقان على إختيار التحكيم لتسوية النزاعات. (235)

• **قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم (محل التحكيم):** وهو المبدأ الذي تقضي به غالبية قوانين التحكيم فعلى سبيل المثال تنص المادة 11 من قانون التحكيم المصري على أنه: "... لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح " ونصت المادة 511 من القانون المدني المصري على أنه لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام كالتحكيم بشأن علاقة غير مشروعة أو بشأن تحديد قيمة الإيجار على نحو مخالف لنصوص القانون أو تحكيم بشأن منازعات العمل التي تخضع لنصوص أمة. (236)

وقد تبني المشرع الجزائري الموقف نفسه من خلال نص المادة 2/1006 قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم، التي نصت على أنه: " لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم ". (237)

وعليه فقد أخرج المشرع الجزائري بعض المسائل من مجال التحكيم الداخلي وهي المسائل المتعلقة بالنفقة والإرث والمسكن وكذا المسائل المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم.

• **سبب التحكيم :** وهو إرادة الطرفين في حل نزاع بينهما عن طريق التحكيم ولذلك الغالب أن سبب التحكيم يكون دائماً مشروعاً. (238)

(235) محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 45.

(236) معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، مصر، 1997، ص 160.

(237) قانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، معدل متمم، المرجع السابق.

(238) المرجع نفسه، ص 161.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن التمييز بين شرط التحكيم وإتفاق التحكيم يساعد على معرفة الطبيعة القانونية لكل من إتفاق التحكيم وشرط التحكيم وإتفاق التحكيم هو دائما إتفاق أو عقد يبرمه الطرفان، أما شرط التحكيم فطبيعته القانونية هي ذات طبيعة العلاقات الأصلية التي هو شرط فيها ومن ثم قد لا يكون ذا طبيعة تعاقدية في بعض الإشكال والصور. (239)

وكنتيجة يمكن التوصل إليها عند نهاية دراسة إتفاقية التحكيم أن شرط التحكيم يرد لغرض حسم منازعة محتملة الوقوع أما مشاركة التحكيم فإنها تمثل عقدا مستقلا لحسم منازعة نشأت فعلا ويراد حسمها عن طريق التحكيم.

### الفرع الثاني : القانون واجب التطبيق على إتفاق التحكيم .

يؤدي إعتناق مبدأ استقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إلى التسليم بإمكانية خضوع إتفاق التحكيم لنظام قانوني يختلف عن النظام القانوني للعقد الوارد فيه، فلا يشترط أن يخضع إتفاق التحكيم لنفس القانون الذي يحكم العقد، إذ يجوز للأطراف إختيار قانون معين ليحكم العقد وآخر ليحكم إتفاق التحكيم. (240)

إلا أن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم مسألة معقدة وذلك بالنظر إلى إختلاف التكييفات بشأن تحديد الطبيعة القانونية لإتفاق الحكيم، حيث إهتم كل من الفقه والإتفاقيات الدولية وحتى القوانين الوطنية بمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم.

وعليه يتم إبراز موقف الفقه من القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم (أولا)، موقف الإتفاقيات الدولية (ثانيا)، وأخيرا موقف المشرع الجزائري (ثالثا).

(239) منى بوختالة، المرجع السابق، ص 44.

(240) محمد جارد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2011، ص 24.

أولاً: موقف الفقه.

اختلفت الآراء الفقهية حول القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، حيث برز في هذا الصدد إتجاهين فقهيين أحدهما ينعاز إلى إعمال قانون الإرادة باعتبار أن إتفاق التحكيم عقد مستقل عن الإجراءات التي يعد مصدرها وأساسها وفقاً للقواعد المستقرة والمعمول بها بشأن العقود الدولية، أما الإتجاه الآخر فينعاز إلى تطبيق قانون مقر التحكيم لأنه ينظر إلى إتفاق التحكيم على أنه مسألة تتعلق بالإجراءات يؤدي إلى خضوعه للقانون الذي يحكم هذا الأخير. (241)

### 1- تطبيق قانون الإرادة "la loi d 'autonomie".

إن إتفاق التحكيم يعين القواعد القانونية الخاصة التي يتعين على هيئة التحكيم أن تطبقها على النزاع المطروح فهي ملزمة بذلك بصفة أولية وعادة ما يتفق أطراف النزاع على تطبيق أحكام القانون الدولي العام، كما يمكن أن يتضمن إتفاق التحكيم قواعد خاصة تصبح مرجعاً قانونياً للنزاع المطروح على أن تنقيد هيئة التحكيم بالمسائل التي يطلب منها الفصل فيها. (242)

غير أن غالبية التشريعات والفقه يقضي أن عقود التجارة الدولية تخضع لقانون الإرادة ومن ثم للطرفين إختيار القانون الذي يخضع له إتفاق التحكيم فهم بذلك يمكنهم إختيار قانوناً آخر غير القانون الذي يحكم العقد الأصلي سواء كان هذا القانون هو قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم أو كان قانوناً آخر غيره. (243)

(241) محمد جارد، المرجع السابق، ص 24.

(242) أحمد بلقاسم، التحكيم الدولي، ط 2، دار هومه، الجزائر، 2006، ص 104.

(243) محمد جارد، المرجع السابق، ص 24.

فإذا لم يكن هناك إتفاق بين الأطراف على القانون الواجب التطبيق جاز إعمال الضوابط الاحتياطية التي تنص عليها قواعد الإسناد كقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون الدولة التي يتم فيها إبرام العقد أو قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم.<sup>(244)</sup>

وعليه في حالة إتفاق الأطراف صراحة على إختيار القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم لا يثير إشكالا ذلك أنه يتم إعمال " مبدأ سلطان الإرادة "، غير أن الإشكال يثور في حالة عدم إختيار الأطراف صراحة للقانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم<sup>(245)</sup>، حيث يطرح التساؤل هنا حول طبيعة الإرادة المقصودة هنا، هل يتعلق الأمر بالإرادة الصريحة فقط أم بالإرادة الضمنية ؟<sup>(246)</sup>

إتجه غالب الفقه والقضاء والتشريعات المقارنة والإتفاقيات الدولية أن المقصود بالإرادة هنا هو الإرادة الصريحة أو الضمنية وأعطتها الأولوية في إختيار القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، و إعتبرت أن القانون الواجب التطبيق لا يفترض من نفسه وإنما لا بد من أن يحدد إما بصفة صريحة أو ضمنية من قبل الأطراف المتعاقدة، ومن ثم يمكن للأطراف إختيار قانون معين صراحة بتسميته أو ضمنا بالإشارة غير المباشرة والتي يستخلصها المحكم من ظروف وملابسات العقد الدولي وذلك في حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم.<sup>(247)</sup>

وهناك من الفقه من يقضي بأنه عند سكوت الإتفاق عن هذه القواعد الواجبة التطبيق فإن هيئة التحكيم تطبق بصورة آلية قواعد القانون الدولي العام، مع الرجوع إلى الإتفاقات المبرمة بين الدولتين المتنازعتين ذات علاقة بموضوع النزاع.<sup>(248)</sup>

<sup>(244)</sup> محمد جارد، المرجع السابق، ص 24.

<sup>(245)</sup> Mohamed El Mehdi Najib, L'intervention du juge dans la procédure arbitrale, thèse présenté pour obtenir le grade de docteur de l'université de BORDEAUX, 2016.

<sup>(246)</sup> نور الدين بوالصلصال، المرجع السابق، ص 25.

<sup>(247)</sup> المرجع نفسه، ص 25.

<sup>(248)</sup> أعراب بلفاسم، المرجع السابق، ص 105.

## 2- تطبيق قانون المحل "Loi du siège arbitra".

هذا الإتجاه يعالج المسألة في إطار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات إذ يعتبر هذا الإتجاه التحكيم مجرد صورة من صور التقاضي ومن ثم يرى في إتفاق التحكيم مجرد حلقة إجرائية من حلقات قضاء التحكيم.<sup>(249)</sup>

وهذا ما أكده الفقيه "Sausser hell" في تقريره المقدم إلى المعهد الدولي في سنة 1957-1958، ويؤكد أيضا على ضرورة تغليب قانون مكان إجراءات التحكيم على قانون الإرادة، بإعتباره قانون قاعدي حيث قضى في مادته الخامسة على أنه: "يطبق على صحة إتفاق التحكيم قانون مكان إجراءات التحكيم"، كما نادى الأستاذ بضرورة توحيد القانون المطبق على التحكيم من أجل إعطاء قاعدة إسناد رئيسه للتحكيم التجاري الدولي.<sup>(250)</sup>

وفي نفس السياق يري الفقيه "F.Amann" والذي يعتبر من الفقهاء المتأثرين بالطبيعة القضائية للتحكيم، ضرورة إخضاع إتفاق التحكيم إلى قانون الدولة التي تتم إجراءات التحكيم على إقليمها، ذلك أن المحكم يخضع للاختصاص التشريعي للدولة التي يقوم بأداء مهمته على إقليمها، وعليه يصبح مثل القاضي للقانون الوطني.<sup>(251)</sup>

هذا ويغلب في التطبيق العملي الأخذ بقانون محل إبرام العقد أحيانا أو قانون محل التنفيذ وذلك إستنادا إلى الإرادة الضمنية لطرفي النزاع وهي إرادة تظهر من ظروف العقد أو بناء على مؤشرات خاصة كالإستدلال على ترجيح قانون الدولة التي إستخدمت لغتها في كتابة العقد أو ترجيح قانون الدولة التي كانت طرفا في العقد، هذا إضافة إلى إعتبار إختيار التحكيم مؤشرا على إختيار قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم.<sup>(252)</sup>

<sup>(249)</sup> محمد جارد، المرجع السابق، ص26.

<sup>(250)</sup> ليلي كراش، المرجع السابق، ص30.

<sup>(251)</sup> محمد جارد، المرجع السابق، ص26.

<sup>(252)</sup> قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 277.

## ثانياً: موقف الإتفاقيات الدولية.

كان للعديد من الإتفاقيات الدولية الفضل في تكريس "مبدأ سلطان الإرادة" ومن بين هذه الإتفاقيات نجد:

## 1- إتفاقية نيويورك لعام 1958.

حددت المادة 1/5 بند 1 من إتفاقية نيويورك القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم بقاعدة أصلية متمثلة في قانون الإرادة، أي القانون الذي تخضع له سائر العقود الدولية، وفي حالة عدم الإختيار يتم تطبيق الضابط الإحتياطي والمتمثل في قانون مكان صدور الحكم.<sup>(253)</sup>

بل أكثر من ذلك تأكد إتفاقية نيويورك لعام 1958 المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، على دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق، برغم من كونها تتعلق بإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، فإنها لم تغفل مسألة صحة إتفاق التحكيم ذلك ان إتفاق صحة التحكيم يشكل نقطة الإنطلاق نحو تنفيذ الإعتراف.<sup>(254)</sup>

## 2- الإتفاقية الأوروبية لعام 1961.

كرست الإتفاقية الأوروبية هي الأخرى قانون الإرادة من خلال نص المادة 4 منها، ذلك أنها كرست نفس ما جاءت به إتفاقية نيويورك ولم تأتي بجديد.<sup>(255)</sup>

<sup>(253)</sup> محمد جارد، المرجع السابق، ص 26.

<sup>(254)</sup> ليلي كراش، المرجع السابق، ص 29.

<sup>(255)</sup> المرجع نفسه، ص 30.

## ثالثا: موقف المشرع الجزائري.

كرس المشرع الجزائري قانون الإرادة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم من خلال نص المادة 3/1040 من ق.إ.م.إ. (256)

وبالرجوع إلى نص المادة السالفة الذكر واستقرائها، نخلص إلى المشرع الجزائري أخضع إتفاق التحكيم إلى قانون الإرادة، حيث تكون إتفاقية التحكيم صحيحة إذا إستجابت للشروط التي يضعها القانون المختار من قبل المتعاقدين.

غير أنه إذا أغفل الأطراف تحديد القانون الذي يحكم إتفاق التحكيم فإن إتفاق التحكيم وفي غياب الإختيار الصريح يخضع إتفاق الحكيم للقانون الذي يحكم موضوع العقد، على أساس أن الإرادة الضمنية للأطراف إتجهت إليه.

في ظل عدم تصريح الأطراف المتعاقدة بالقانون الذي يحكم إتفاق التحكيم ولا التصريح بالقانون الذي يحكم موضوع العقد الأصلي، تدخل المشرع من اجل التصدي لهذا الفراغ القانوني من خلال منحه للمحكم السلطة التقديرية في تطبيق القانون الذي يراه مناسبا لحكم إتفاق التحكيم حيث يكون أمام المحكم عدة خيارات فقد يطبق قانون دولة معينة أو قانون مقر التحكيم، وقد يلجا للمبادئ العامة للقانون، أو عادات وأعراف التجارة الدولية.

(256) " تكون إتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما للقانون الذي اتفق الأطراف على إختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما ". قانون رقم 08-09 ويتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، معدل ومتمم، المرجع السابق.

## المطلب الثاني

## سيادة قانون الإرادة على سير خصومة التحكيم

تجد إرادة الأطراف تطبيقاً فعالاً في مجال التحكيم لاسيما أثناء سير الخصومة، وذلك من خلال ما يتمتع به الأطراف من قدرة في إختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

غير أنه وجدت العديد من الإختلافات الفقهية حول إمكانية إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إذ أن الفقه يجمع على أن للأطراف مطلق الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، غير أن ما يقيد إرادة الأطراف بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على سير الخصومة هو عدم تعارض إرادة الطرفين مع قواعد النظام العام، لذلك فقد تم تكريس حق الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع النزاع دولياً من خلال القوانين الوطنية للدول والإتفاقيات الدولية.

وعليه نعالج قدرة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في (الفرع الأول)، وإمكانية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من خلال (الفرع الثاني).

## الفرع الأول: القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

يقصد بالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات هو القانون الذي يحكم إجراءات سير المنازعة مثل تلك الإجراءات الواجب إتباعها من قبل هيئة التحكيم، أو المحكم الفرد بعد تشكيل هيئة التحكيم حتى صدور قرار التحكيم الذي يفصل في المنازعة،<sup>(257)</sup> حيث تلعب إرادة الأطراف دوراً أساسياً في هذا المجال، إذ يمكن للأطراف عن طريق إتفاق التحكيم تحديد القواعد التي تنظم الإجراءات التي تتبعها الهيئة التحكيمية أو المحكم الفرد.<sup>(258)</sup>

<sup>(257)</sup> صالح بن عبد الله بن عطف العوفي، المرجع نفسه، ص382.

<sup>(258)</sup> محمد جارد، المرجع السابق، ص43.

وتبدو أهمية إختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في الأثر المترتب على ذلك الإختيار من حيث تحديد نظام أدلة الإثبات، والوسائل والفنية التي تسمح بتأكيد إحترام مبادئ السرية والمواجهة بين الخصوم وحقوق الدفاع.<sup>(259)</sup>

ونظر للأهمية البالغة للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم كان من الضروري إبراز موقف الفقه حول القانون الواجب التطبيق على الإجراءات (أولاً)، موقف الإتفاقيات الدولية منه (ثانياً)، وأخيراً موقف المشرع الجزائري (ثالثاً).

### أولاً: موقف الفقه.

يختلف الفقه حول القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، ويعود سبب هذا الإختلاف في منظور كل إتجاه إلى التكييف القانوني للتحكيم، بحيث يرى جانب من الفقه أن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم هو قانون الإرادة على أساس أن التحكيم ما هو إلا نظام إتفاقي، على العكس من ذلك يرى جانب فقهي آخر أن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم هو قانون مقر التحكيم على أساس أن التحكيم بمنظوره ما هو إلا نظام قضائي أو إجرائي.

### 1- تطبيق قانون الإرادة: "la loi d 'autonomie"

يرى أنصار هذا الإتجاه أن التحكيم وإجراءاته ترتبط بإرادة الأطراف وأن القانون الواجب التطبيق يكون القانون الذي إختاره الطرفان.<sup>(260)</sup>

ويبرر هذا الإتجاه رأيه على أساس أن التحكيم ما هو إلا نظام إتفاقي أساسه إرادة الأطراف وإختيارهم له طريقاً لحسم منازعاتهم، فإرادة الأطراف يوجد التحكيم وينقضي فهم يملكون وضع الإجراءات التي يتم وفقها،<sup>(261)</sup> وعليه فيجوز للأطراف أن يصيغوا بأنفسهم

<sup>(259)</sup> خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص314.

<sup>(260)</sup> فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص162.

<sup>(261)</sup> زهر بن سعيد التحكيم التجاري الدولي، وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية و القوانين المقارنة، دار هومه، الجزائر، 2012، ص244.

القواعد الإجرائية التي يجب على المحكمين إتباعها في إتفاق التحكيم أو الإتفاق على إتباع القواعد الإجرائية السارية لدى أحد المراكز الدولية للتحكيم، وهنا ينبغي على المحكمين الإلتزام بهذا الإختيار ووضعه موضع التطبيق دون أي اعتراض كما يمكنهم تفويض المحكمين بتحديد هذه الإجراءات.<sup>(262)</sup>

بل أكثر من ذلك فإن هذا الإتجاه يذهب إلى الإعتراف بالحرية المطلقة للأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، بحيث يجوز لهم إختيار قانون ليس له أي صلة بأطراف التحكيم ذاتها، شريطة مراعاة القواعد الآمرة والنظام العام في الدولة التي يجري فيها التحكيم.<sup>(263)</sup>

غير أنه ورغم الحرية الممنوحة والمعترف بها للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، إلا أن نطاقها يتسع ويضيق حسب نوع التحكيم الذي يلجأ إليه الأطراف، فيما إذا كان تحكيميا حرا أو خاص، أم كان تحكيميا منظما.

ففي التحكيم المؤسسي،<sup>(264)</sup> تتسم إرادة الطرفين بالضمور وتتحصر في حدود مركز التحكيم أو الهيئة التحكيمية على هذا فإن إرادة أطراف النزاع تجد مكانتها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات بحيث لا يتعارض ذلك مع قواعد التحكيم المؤسسي أو

<sup>(262)</sup> خالد التلاحمة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، دار جهينة، عمان ، الأردن، 2006، ص32.

<sup>(263)</sup> المرجع نفسه، ص32.

<sup>(264)</sup> التحكيم المؤسسي: يطلق عليه أيضا التحكيم النظامي **arbitre institutionnel** أو اللاتحي وهو التحكيم الذي يتم من خلال هيئات أو لجان أو مراكز منظمة ودائمة تفصل في المنازعات المعروضة عليها وفقا للإجراءات واللوائح الخاصة بها أو التي نص عليها القانون، أنظر: محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص478.

من هيئات التحكيم المؤسسي: غرفة التجارة الدولية بباريس CCI، والمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار CIRDI، وجهاز تسوية نزاعات التجارة الدولية على مستوى المنظمة العالمية للتجارة ORD، بالإضافة إلى العديد من المركز التي تتبنى قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري مثل: مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، اتحاد المحكمين الأمريكيين AAA، والمحكمة التحكيمية في لندن، أنظر: موكة عبد الكريم، الثمن في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007، ص150.

مركز التحكيم، وإذ خرج أحد الطرفين على ذلك كان تصرفه باطلا في الجزء غير المتفق عليه.<sup>(265)</sup>

على عكس التحكيم الحر أو الخاص<sup>(266)</sup> الذي تجد فيه إرادة الأطراف شساعة كبيرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، حيث يختار الأطراف قانونا معيناً ليحكم الإجراءات، كما يمكنهم أن يمزجوا بين بعض قواعد إحدى المؤسسات (مثل تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس) وقواعد مؤسسة أخرى<sup>(267)</sup>.

وعلى الرغم مما تقدم فلم يسلم هذا الإتجاه من الإنتقاد حيث يرى الفقه المعارض لقانون الإرادة أنه لا بد من إختيار القانون الأنسب ليحكم إجراءات سير المنازعة إختيار موضوعيا دون اللجوء إلى إرادة الخصوم، ذلك أن القانون المختار من الأطراف قد يكون مخالفا لمقاصدهم،<sup>(268)</sup> وأكثر من ذلك قد لا يستوعب في بعض الأحيان كافة المسائل الإجرائية التي تثيرها سير المنازعة ومن ثم يستوجب الأمر على المحكمين البحث عن قانون آخر لتكملة هذه النقائص وغالبا ما يتجهون إلى قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم أو أي قواعد أخرى<sup>(269)</sup>.

<sup>(265)</sup> أنظر: محمود محمد الشيخ، المرجع السابق، ص 108.

<sup>(266)</sup> التحكيم الحر أو الخاص: هو الصورة التقليدية للتحكيم وفيه يقوم أطراف النزاع بتنظيم إجراءات التحكيم وذلك بإختيار المحكم أو المحكمين الذين يتولون الفصل في النزاع وتحديد الإجراءات التي يسرون عليها أو تفويضهم في تحديدها من حيث ظروف النزاع، وهو تحكيم منظم مخصص لنزاع معين، ويطلق عليه تحكيم الحالات الخاصة، أنظر: عبد الباسط محمود عبد الواسع، المرجع السابق، ص 41.

<sup>(267)</sup> أنظر: محمود محمد الشيخ، المرجع السابق، ص 108.

<sup>(268)</sup> خالد إبراهيم التلاحمة، المرجع السابق، ص 31.

<sup>(269)</sup> ليلي كراش، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، قسم الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون سبتمبر 2001-2002، ص 55.

بل أكثر من ذلك، إعمال قانون الإرادة كثيرا ما يصطدم ببعض العقبات منها عدم وضوح هذا الإختيار أو غيابه أصلا ومن تم يتعين البحث عن الإرادة الضمنية، (270) للأطراف، (271) ذلك أن غياب الإختيار الصريح للأطراف للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لوحده يثير إشكالا.

على إثر ما وجه لقانون الإرادة" من انتقادات فقد برز جانب من الفقه ينادي بتطبيق قانون محل التحكيم على إجراءات التحكيم، وهذا ما سيتم عرضه في الفقر التالية.

## 2- تطبيق قانون المحل "Loi du siège arbitra".

يرى أنصار هذا الإتجاه أن التحكيم وإن كان أساسه إرادة الطرفين إلا أنه ذو طبيعة عمل قضائي، وبالتالي فالقرارات التي تصدر نتيجة للتحكيم هي قرارات قضائية هدفها تطبيق العدالة بين أطراف النزاع، وبما أن الحكم أو هيئة التحكيم ماهي، إلا جهة قضائية وإن مكان القاضي هو إقليم الدولة التي يمارس فيها وظيفته، فعلى المحكم أن يطبق قانون المكان الذي يجري فيه التحكيم . (272)

(270) قد تغفل إرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وعليه فيستوجب البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف، وقد ثار بمناسبة البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم جدل فقهي كبير، و إختلاف الفقه في تفسير هذه الإرادة، ذلك أن هناك من الفقه من يرى بأن الإرادة الضمنية للأطراف إتجهت إلى قانون مقر التحكيم على أساس أن عملية تحديد مقر التحكيم في دولة معينة قرينة قوية على إتجاه إرادة الطرفين إلى إختيار قانون دولة مقر التحكيم ليحكم إجراءات التحكيم، غير أن جانب الفقه آخر يرى أن الإرادة الضمنية للأطراف إتجاه إلى قانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع على أساس وحدة النظام القانوني المطبق على العلاقات بين الأطراف والحد من حدود تنازع القوانين، غير أن الإتجاه الفقهي الأخير يتجه إلى أن الإرادة الضمنية للأطراف منحت لهيئة التحكيم تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم على أساس أن الهيئة التحكيمية تتمتع بسلطة واسعة في هذا الخصوص، وتتمتع بما يتمتع به الخصوم من حرية وإمكانية بشأن إختيار أي قانون إجرائي، أنظر: خالد إبراهيم التلاحمة ، المرجع السابق، ص21 وما بعدها.

(271) ليلي كراش، المرجع السابق، ص 56.

(272) فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 164.

وهذا ما أكده الفقيه "Sausser hell" في تقريره المقدم إلى المعهد الدولي في سنة 1957-1958، والذي ذكر فيه أن طبيعة التحكيم ليست تعاقدية صدفة وليست قضائية صدفة وإنما له طبيعة مختلطة.<sup>(273)</sup>

ويؤكد أيضا على ضرورة تغليب قانون مكان إجراءات التحكيم على قانون الإرادة، بإعتباره قانون قاعدي حيث قضي في مادته الخامسة على أنه: "يُطبق على صحة إتفاق التحكيم قانون مكان إجراءات التحكيم"، كما نادى الأستاذ بضرورة توحيد القانون المطبق على التحكيم من أجل إعطاء قاعدة إسناد رئيسه للتحكيم التجاري الدولي.<sup>(274)</sup>

ويبرر "Sausser hell" فكرته على أساس أنه، إذا كان أطراف الخصومة قد إختاروا قانونا وطنيا ليحكم النزاع فإن ذلك يعني بالضرورة إختيار دولة هذا القانون مكانا لإجراء التحكيم، ويعبر عن ذلك بقوله " أن سلطان إرادة الأطراف لا يمكن أن تمارس إلا في الحدود التي تسمح بها قواعد الإسناد في مقر محكمة التحكيم، فهذه القواعد التي تحدد نطاق الذاتية التي يتوجب الإعتراف بها للطرفين في هذا المجال"<sup>(275)</sup>.

غير أن هذا الإتجاه الفقهي هو الآخر لم يسلم من الإنتقاد على أساس أن إعمال هذا القانون على إطلاقه يتجاهل مع الطابع التعاقدية للتحكيم، ويكون من شأنه بطبيعة الحال إستبعاد قانون الإرادة المستقلة ما دام أنه لا يطبق إلا في الحدود التي يتطابق فيها مع قانون مقر التحكيم<sup>(276)</sup>.

بل أكثر من ذلك يرى الفقه أن هذه النظرية هي نظرية جامدة إلى حد كبير، بالإضافة إلى صعوبة تطبيقها من الناحية العملية لأنه كثيرا ما يثور التساؤل حول تحديد

<sup>(273)</sup> فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 164.

<sup>(274)</sup> محمد جارد، المرجع السابق، ص 27.

<sup>(275)</sup> ليلى كراش، المرجع السابق، ص 56.

<sup>(276)</sup> خالد ابراهيم التلاحمة، المرجع السابق، ص 22.

معنى " قانون محل التحكيم "، فهل يقصد به قانون الدولة التي تتعقد فيها هيئة التحكيم لأول مرة أو قانون الدولة التي صدر فيها القرار؟ وقد يختلف القانونين في الحالتين.<sup>(277)</sup>

### ثانياً: موقف الإتفاقيات الدولية.

كرست الإتفاقيات الدولية مبدأ "سلطان الإرادة" غير أنها لا تستبعد قانون مكان

انعقاد التحكيم، ومن بين هذه الإتفاقيات ما يلي:

#### 1- بروتكول جنيف لعام 1923.

حيث أكدت أحكامه دور الأطراف في تحديد الإجراءات التي يجب اتباعها في التحكيم حيث نصت المادة 02 منه على أن " إجراءات التحكيم بما في ذلك تشكيل هيئة التحكيم تحدد بإرادة الأطراف ويقانون البلد الذي يجري على إقليمه"<sup>(278)</sup>.

وقد اختلف الفقه في تفسير هذا النص بين من إعتبر أن قانون الإرادة ما هو إلا قاعدة إسناد شارعة *régle de rattachement législatif* وأن دور الإرادة ينحصر في الحدود التي تسمح بها قوانين مكان التحكيم غير أن هذا الرأي لم يلقى، تأييد من قبل الفقه والقضاء، حيث أن أغلبية الفقهاء تؤكدون على أن هذا النص يكرس " مبدأ سلطان الإرادة " وأن قانون مكان انعقاد التحكيم لا يطبق إلا بشكل احتياطي.<sup>(279)</sup>

#### 2- إتفاقية نيويورك لعام 1958.

كرست إتفاقية نيويورك " مبدأ سلطان الإرادة " في نص المادة 5 / 1 د، ونصت على جواز رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا قدم الخصم الدليل " أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما إتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الإتفاق "<sup>(280)</sup>.

<sup>(277)</sup> ليلي كراش، المرجع السابق، ص 58.

<sup>(278)</sup> فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 166.

<sup>(279)</sup> ليلي كراش، المرجع السابق، ص 58.

<sup>(280)</sup> نقلا عن: صادق محمد محمد الجبران، المرجع السابق، ص 111.

من خلال هذا النص منحت إتفاقية نيويورك لإرادة الأطراف دورا أساسيا في صياغة القواعد الإجرائية أو إختيار القانون الذي يحكم سير الخصومة، وأن قانون محل التحكيم يلعب دورا احتياطيا، ولا يطبق إلا في حالة عدم إتفاق الأطراف<sup>(281)</sup>.

### 3- الإتفاقية الأوروبية لعام 1961.

ذهبت الإتفاقية الأوروبية لعام 1961 إلى أبعد مما ذهبت إليه إتفاقية نيويورك، ولم تكتفي بالسير على نفس الخط الذي رسمته إتفاقية نيويورك، حيث نصت المادة 4 منها على إختيار " مبدأ سلطان الإرادة" يكاد ينفرد في تحديد القواعد المتعلقة بالإجراءات، كما إعتبرها أول تشكيلة حديثة لمبادئ تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم،<sup>(282)</sup> حيث نصت في الفقرة الفرعية (أ) من الفقرة الأولى من المادة المذكورة على أنه " في حالة إختيار الأطراف إحدى مؤسسات التحكيم فإن إجراءات التحكيم تجرى طبقا لقواعد تلك المؤسسة "<sup>(283)</sup>.

#### ثالثا: موقف المشرع الجزائري.

كرس المشرع الجزائري قانون الإرادة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة من خلال المادة 1043 ق.إ.م.إ.<sup>(284)</sup>

وعليه من خلال نص المادة السالفة الذكر، يتضح أن المشرع الجزائري منح الأطراف المتعاقدين الحرية تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات من خلال التأكيد على إمكانية صياغة الأطراف للقواعد الإجرائية المطبقة على الخصومة، أو إتفاق الأطراف على

<sup>(281)</sup> صادق محمد محمد الجبران، المرجع السابق، ص 166.

<sup>(282)</sup> نقلا عن: ليلي كراش، المرجع السابق، ص 58.

<sup>(283)</sup> نقلا عن: فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 167.

<sup>(284)</sup> "يمكن أن تضبط في إتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو إستنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في إتفاقية التحكيم.

إذا لم تنص الإتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات، عند الحاجة، مباشرة أو إستنادا إلى قانون أو نظام تحكيم". قانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

تطبيق القواعد الإجرائية لهيئة تحكيمية دولية معينة (نظام غرفة التجارة الدولية بباريس)، بل أكثر من ذلك يمكن للأطراف اختيار قانون إجراءات لدولة معينة وتطبيقه على إجراءات الخصومة، حتى وإن لم يكن لهذا القانون صلة بالمتعاقدين أو العقد، وعليه فيكون على المحكم الإلتزام بتطبيق قانون الإرادة.

إلا أنه قد يغفل الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة، وهنا يبرز دور المحكمة التحكيمية أين يمنحها المشرع سلطة تنظيم إجراءات الخصومة وإن كان قد تم تقيدها بتطبيق قانون أو نظام تحكيمي.

و عليه فقد واكب المشرع الجزائري من خلال تكريسه لمبدأ سلطان الإرادة على إجراءات الخصومة موقف الإتفاقيات الدولية.

### الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

تعتبر مسألة معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من أهم قضايا التحكيم، ذلك أن القانون المذكور في إتفاق التحكيم هو الأساس في إصدار حكم التحكيم، وبالتالي حسم النزاع وإنهائه<sup>(285)</sup>.

وعليه فيقصد بالقانون الواجب التطبيق على، موضوع النزاع هو مجموع القواعد القانونية التي يصل المحكم إلى أنها مناسبة للتطبيق على النزاع سواء أكان مصدرها قانونا وطنيا أم كانت مشتقة من مجموعة قوانين وطنية أم أنها قواعد متعارف عليها في محيط التجارة الدولية بعيدا عن القوانين الوطنية للدول<sup>(286)</sup>.

وعليه من خلال هذا الفرع نبرز موقف الفقه حول القانون الواجب التطبيق من حيث الموضوع(أولا)، موقف الإتفاقيات الدولية(ثانيا)، وأخيرا موقف المشرع الجزائري(ثالثا).

<sup>(285)</sup> فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 181.

<sup>(286)</sup> ليلي كراش، المرجع السابق، ص 61.

## أولاً: موقف الفقه.

يتفق فقه التجارة الدولية على الدور الأساسي الذي تلعبه إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم من حيث موضوع النزاع،<sup>(287)</sup> بحيث يلتزم المحكم بالفصل في النزاع المعروض عليه وفقاً لما إتفق عليه الأطراف، ذلك أن المحكم يستمد سلطته من إتفاق التحكيم، فيستمد إختصاصه لحسم النزاع من إرادة الأطراف أي القانون الذي تشير إليه إرادة المتعاقدين، وبذلك يختلف التحكيم عن القضاء بأصله الإتفاقي.<sup>(288)</sup>

فالقضاة في مختلف الدول يطبقون القواعد القانونية لدولهم والتي يستمدون منها سلطتهم، وبالتالي فهم لا يجدون صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق بحيث يلتزمون بتطبيق القانون أو قواعد القانون الدولي الخاصة بتنازع القوانين في دولهم.<sup>(289)</sup>

وعليه فالمحكم يطبق القانون الذي إختاره الأطراف على موضوع منازعاتهم بغض النظر عن أية صلة بينه وبين العقد مثار المنازعة ما دام أن ذلك الإختيار يحده حسن النية، فقد لا يكون القانون مكان الانعقاد ولا هو قانون مكان التنفيذ.<sup>(290)</sup>

ذلك أن الأطراف المتعاقدة تهدف في الغالب إلى إختيار قانون محايد أو قانون متطور في أحكامه، وفي العقود الدولية قد تتفق الأطراف على عدم إختيار أي قانون ليطبق على النزاع، لأنها ترمي إلى إخضاع النزاع إلى قواعد العرف والعادات السائدة في التعامل التجاري الدولي ومن الأمور المعروفة أيضاً على صعيد التعامل الدولي، إختيار أطراف النزاع لتلك القواعد مع أحكام أحد القوانين الوطنية وفي الأغلب تختار الأطراف أيضاً قواعد عرفية ومبادئ العدالة.<sup>(291)</sup>

<sup>(287)</sup> محمود محمد شيخ، المرجع السابق، ص 33.

<sup>(288)</sup> بليغ حمدي محمود، الدعوة ببطلان أحكام التحكيم الدولية، دراسة مقارنة، دار لجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2007، ص 426.

<sup>(289)</sup> فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 179.

<sup>(290)</sup> صادق محمد الجبران، المرجع السابق، ص 116.

<sup>(291)</sup> فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 180.

وعليه فالفقه يجمع على الإعراف بإرادة المتعاقدين، الصريحة أو الضمنية لإختيار القانون الذي يحكم الموضوع، طالما أن ذلك لا يتعارض مع القواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام في الدولة ذات الشأن، ولا يكون أيضا القانون المختار مشوبا بالغش نحو القانون المختص أصلا بحكم النزاع.<sup>(292)</sup>

وعليه فيمكن للأطراف المتعاقدة أن تنص صراحة على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في إتفاق التحكيم، سواء كان قيد شرط التحكيم، أو في مشاركة التحكيم غير أن الأطراف قد لا يخصصون صراحة عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وفي هذه الحالة يلتزم المحكم بالبحث عن الإرادة الضمنية أو المفترضة للأطراف لكن يتمكن من خلالها من تحدد القانون الواجب التطبيق عليها موضوع النزاع.<sup>(293)</sup>

وعليه فإن دور المحكم يبرز في حالة غياب الإختيار الصريح لطرفي التحكيم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع إذ يقع عليه إلتزام بإستظهار الإرادة الضمنية أو المفترضة للأطراف وذلك بالاعتماد على مؤشرات ووقائع تساعده على كشف الإرادة الضمنية للأطراف عليه تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.<sup>(294)</sup>

ومن المؤشرات التي يعتمدها المحكم، إستعمال الأطراف لصيغة عقد معمول بها في بلد ما وتم إختيار مؤسسة تحكيمية موجودة في ذلك البلد، وإن البلد المذكور كان أيضا مكان تنفيذ العقد ففي هذه الحالة هناك إختيار ضمني للقانون وهو البلد المذكور.<sup>(295)</sup>

وعليه فهذه المؤشرات على إختلاف درجة قوتها الاستدلالية، فهي تعتبر قرينة على اتجاه إرادة الخصوم على إختيار القانون الأنسب لحكم موضوع النزاع فيما لو كان قد قدر لهم إختيار مثل هذا القانون صراحة<sup>(296)</sup>.

<sup>(292)</sup> صادق محمد محمد الجبران، المرجع السابق، ص 116.

<sup>(293)</sup> فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 181.

<sup>(294)</sup> صادق محمد محمد الجبران، المرجع السابق، ص 120.

<sup>(295)</sup> فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 181.

<sup>(296)</sup> صادق محمد محمد الجبران، المرجع السابق، ص 121.

## ثانيا : موقف الإتفاقيات الدولية

كرست العديد من الإتفاقيات الدولية حرية الأطراف المتعاقدة على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ومن أهم هذه الإتفاقيات.

## 1- الإتفاقية الأوروبية لعام 1961.

حيث تنص المادة 7 من الإتفاقية الأوروبية على أن : " الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يقتضي على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع، وفي حال إغفال الإشارة من قبل الأطراف إلى القانون الذي يقبض تطبيقه، يعمد المحكمون إلى تطبيق القانون المحدد بموجب قاعدة تنازع القوانين، التي يرون أنها مناسبة بهذا الصدد، وفي الحالتين فإن المحكمين يأخذون بعين الإعتبار أحكام العقد والأعراف التجارية ". (297)

يستنتج من هذا النص أن الإتفاقية الأوروبية لعام 1961 تنص صراحة على حرية الأطراف المتعاقدة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، غير أنه في حالة عدم إتفاق الأطراف صراحة في إتفاق التحكيم على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، أو على الإشارة إليه، فإن الإتفاقية تمنح للمحكمين حرية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بالاعتماد على قواعد تنازع القوانين .

غير أنه وإن منحت الإتفاقية للمحكمين حرية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع إلا أنها لم تجعلها مطلقة، ذلك أنها قيده حرية المحكمين بضرورة تقييدهم العقد محل النزاع، وما جرت عليه عادات التجارة الدولية.

## 2- إتفاقية واشنطن لعام 1965.

تشير إتفاقية واشنطن لعام 1965 حول تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى في مادتها 42 إلى أن هيئة التحكيم تنظر في النزاع طبقاً لقواعد القانون الذي حدده الطرفان وفي حالة عدم الإتفاق على ذلك، فإنها تطبق قانون

(297) نقلا عن: إلياس ناصيف، العقود الدولية، التحكيم الإلكتروني ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012،

الدول المتعاقدة الطرف في النزاع وهذا يشمل أيضا القواعد الخاصة بتنازع القوانين، وكذلك مبادئ القانون الدولي، الممكن تطبيقه. (298)

### 3- نظام الوساطة والتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية (ADR) لعام 2012.

تنص المادة 21 من نظام الوساطة والتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية على أنه: "الأطراف أحرار في إختيار القواعد القانونية التي يتوجب على المحكمة التحكيمية تطبيقها على موضوع النزاع، وفي حالة إختلاف الأطراف حول إختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق، يطبق المحكم القواعد القانونية التي يراها مناسبة.

تراعي المحكمة التحكيمية في جميع الأحوال أحكام العقد المبرم بين الأطراف والعادات التجارية". (299)

وعليه تكرر المادة 21 من نظام الوساطة والتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، مبدأ سلطان الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من خلال الفقرة الأولى وتكريس الدور الإحتياطي للهيئة التحكيمية من خلال الفقرة الثانية.

#### ثالثا: موقف المشرع الجزائري.

كرس المشرع الجزائري قانون الإرادة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من خلال نص المادة 1050 ق.إ.م.إ. (300)

من خلال نص المادة السالفة الذكر، يتضح أن المشرع الجزائري منح للأطراف المتعاقدة حرية تحديد القانون الذي يحكم العقد من حيث الموضوع، وألزم المحكمة التحكيمية

(298) فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص193.

(299) Article 21 de Règlement D'arbitrage Règlement De médiation: « 1-Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. A défaut de choix par les parties des règles de droit applicable, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées.

2-Le tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat entre les parties, le cas échéant, et de tous les usages du commerce pertinents ».

(300) " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي يختاره الأطراف، وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي يراها ملائمة "، قانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، معدل متمم، المرجع السابق.

بضرورة التقيد بقانون إرادة الأطراف غير أنه في حالة إغفال الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فالمشرع الجزائري يمنح للمحكمة التحكيمية سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وإن كانت هذه الحرية غير مطلقة، ذلك أنها تتقيد بقواعد القانون والأعراف المناسبة لحكم النزاع.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد حدى حدو الإتفاقيات الدولية وكرس قانون الإرادة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

وعليه ومما سبق نخلص أن كلا من الفقه والإتفاقية الدولية تتفق على خضوع عقود التجارة الدولية من حيث الموضوع لقانون إرادة الأطراف، وفي حالة عدم التصريح الصريح للأطراف بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، تتولى هيئة التحكيمية المعروض عليها النزاع للكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف من خلال ظروف وملابسات العقد، وتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وفقا لشروط معينة مسبقا، وقد ساير المشرع الجزائري كل من الفقه والإتفاقيات الدولية.

## الفصل الثاني

### حدود تطبيق قانون الإرادة على عقود التجارة الدولية

الأصل في عقود التجارة الدولية هو إعمال مبدأ سلطان الإرادة على إعتبار أن للإرادة دورا بارزا في هذا المجال وهذا ما تشير به قاعدة الإسناد الخاصة بالإلتزامات التعاقدية، ولكن مثل هذا التسليم قد يحتاج إلى نوع من التوضيح فالقول بقانون الإرادة ومنح أطراف العقد الحق في إختيار القانون الواجب التطبيق لا يعني إطلاق العنان لهم بإختيار أي قانون ليحكم علاقتهم التعاقدية، بل الأمر أبعد من ذلك والسبب يعود لكون هذه الإرادة تعتبر من المبادئ الأساسية التي يحددها القانون وأنها تستمد قوتها الملزمة من القانون ذاته، ومن ثم أصبح مبدأ سلطان الإرادة غير مطلق ومن القيود التي تفرضها القوة المشروعة للقوانين الملزمة التي تفرض على الإرادة قيودا سواء من حيث إنشاء التصرف القانوني أو من حيث الآثار المترتبة على هذا التصرف<sup>(306)</sup>.

ومن ثم يمكن القول أن هذه القيود تؤدي إلى عدم تطبيق القانون المختار تطبيقا مطلقا وفي كل الحالات إنما تحد هذه القيود من قدرة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية، بحيث أن هناك قيود معروفة منذ القديم متمثلة في فكرة النظام العام وفكرة الغش نحو القانون، حيث تم تطبيق القانون الأنسب لحكم العلاقة التعاقدية حتى وإن تعارض مع المصلحة الخاصة للأطراف، حماية وتحقيقا للمصلحة العامة و حماية للنظام العام في دولة القاضي ومنع الغش والتحايل نحو دولة القاضي.

<sup>(306)</sup> AL QUDAH Maen, l'exécution de contrat de vente international de marchandise, op cit, p 70.

ومع تطور التجارة الدولية وتطور دور المحكم الدولي في ظل التحكيم المؤسسي وما ترتب عنه من توسيع لسلطاته وصلاحياته، أصبح للمحكم الدولي دور فعال وبارز في إمكانية إستبعاده لقانون الإرادة وتطبيقه للقانون الأنسب والأكثر موضوعية لحكم العلاقة التعاقدية .

من خلال ما سبق ومن أجل التعرف على القيود الواردة على قانون الإرادة كان من الضروري التطرق للقيود الكلاسيكية الواردة على مبدأ سلطان الإرادة متمثلا في كل من فكرة النظام العام (المبحث الأول)، وفكرة الغش نحو القانون (المبحث الثاني)، وأخيرا إبراز إستبعاد المحكم الدولي لقانون الإرادة (المبحث الثالث).

## المبحث الأول

### إستبعاد قانون الإرادة إعمالاً لفكرة النظام العام

من المتعارف عليه في مجال عقود التجارة الدولية هو حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية، ويعتبر هذا المبدأ من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها عقود التجارة الدولية، ومن الثابت في النظم الكلاسيكية المعروفة في القانون الخاص أن هناك ضوابط تحد من الحرية التعاقدية وتتمثل هذه الضوابط في مجموعة من القواعد الأمرة التي يلتزم بها الاطراف.

بحيث يترتب على مخالفة الأطراف لهذه القواعد إستبعاد القانون المختار من قبلهم والمختص بحكم العقد التجاري الدولي ليحل محله قانون آخر وذلك إعمالاً للمثل العليا والمبادئ الجوهرية والأساسية لدولة القاضي الذي ينظر في النزاع أين يتم إستبعاد القانون المختار إعمالاً إما لفكرة النظام العام الحمائي (المطلب الأول)، وقد يتم إستبعاد القانون المختار كذلك في حالة مخالفته للقواعد الأمرة ذات التطبيق الضروري (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### إستبعاد قانون الإرادة إعمالاً لفكرة النظام العام الحمائي

من المتعارف عليه أن قواعد القانون الدولي الخاص تهدف إلى تنظيم المجتمع والأفراد والتقريب بين مختلف النظم القانونية، وذلك من خلال تنازل القانون الوطني عن حكم العلاقات ذات الطابع الدولي والتي تتوفر على العنصر الأجنبي، وإخضاع هذه العلاقات ذات الطابع الدولي إلى القانون الذي يتفق عليه الأطراف، غير أن تحقيق ذلك لا يكون على حساب المبادئ الأساسية للمجتمع الوطني وإنما يتعين أن يتم إختيار القانون الذي يناسب

الهدف الإجتماعي الذي وضعه المشرع هذا هو المبدأ المعمول به في مجال عقود التجارة الدولية. (307)

وبالتالي النظام العام يعتبر قيديا هاما على حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يحكم الإلتزامات التعاقدية، لكن لا يجب أن يفهم من ذلك أن النظام العام يتعارض مع فكرة إخضاع الإلتزامات التعاقدية لقانون الإرادة، وإنما فقط يعمل على التضييق من هذه الفكرة بحيث أن الأخذ بفكرة النظام العام وإعمالها من طرف القاضي من شأنه أن يهدر إرادة الأطراف في إختيار ذلك القانون كلما كان معارضا لها. (308)

وعليه تنصب الدراسة في هذا المطلب على المقصود بفكرة النظام العام الحمائي (الفرع الأول)، وإعمال فكرة النظام العام الحمائي (الفرع الثاني).

### الفرع الاول : المقصود بفكرة النظام العام الحمائي.

باعتبار أن الدفع بالنظام العام يعتبر كسبب لإستبعاد تطبيق قانون الإرادة وذلك إعمالا للمبدأ القانوني الذي يقضي بإستبعاد القانون المختص بحكم العلاقة التعاقدية وذلك لتعارضه مع المبادئ والأسس الجوهرية التي ينهض عليها المجتمع. (309)

وعليه للتعرف على المقصود بفكرة النظام العام الحمائي كان من الضروري التطرق للنقاط التالية، نشأة وتطور فكرة النظام العام الحمائي (أولا)، ثم تعريف النظام العام الحمائي (ثانيا)، ثم مجال النظام العام الحمائي (ثالثا).

(307) خالد شويرب، المرجع السابق، ص 64.

(308) الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، ص 326.

(309) فؤاد خوالدية، مداخلة بعنوان "الدور الاحتياطي لتطبيق القانون الجزائري: المصلحة الوطنية، الدفع بالنظام العام"، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة واقع منظور، يومي 21-22 أبريل 2010، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص 150.

أولا : نشأة وتطور فكرة النظام العام الحمائي.

لقد ظهرت فكرة النظام العام الحمائي أول مرة من قبل المدرسة الإيطالية التي تعتبر أول من وضع البدرة الأولى لفكرة النظام العام، بزعامة "بارتول" وذلك منذ العصور الوسطى أين عمل على التمييز بين الأحوال المستحسنة والتي يرى أن تطبيقها يمتد إلى خارج الإقليم والأحوال المستهجنة والتي تبقى حبيسة ولا يمتد تطبيقها إلى خارج الإقليم. (310)

ورغم ذلك تميزت هذه الفكرة بنوع من الغموض طوال القرون التالية للمدرسة الإيطالية وظل ينادي بها أو بالأحرى لم يرددها إلا الفقيه "بوهيه" في القرن الثامن عشر، غير أن هذه الفكرة لم تحقق رواجاً في الدول الأوروبية وذلك لأن هذه الدول قريبة من بعضها ومرجعها هو القانون الروماني من جهة والمسيحية من جهة أخرى، وبعد أن بدأت حركة التقنين تنشط في القرن 19 عشر واختلفت القوانين الوضعية بشأنها بدأ القضاء الفرنسي يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام. (311)

إذ جاء فقه "مانشيني" في القرن 19 عشر واستخدم فكرة النظام العام كوسيلة لتثبيت الإختصاص للقانون الإقليمي من خلال نظرية شخصية القوانين، والتي تقضي بأن القانون إنما وضع لهدف واحد وهو تقويم سلوك الأشخاص قبل أن يهدف إلى تطبيقه على حدود الإقليم وهذه النظرية لها إستثناءات منها: (312)

أولها تطبيق قانون الإرادة على العقود المبرمة بين طرفي العلاقة التعاقدية، وثانيها تتعلق بتطبيق القانون المحلي على شكل التصرفات، أما الإستثناء الثالث والأخير يتعلق بقواعد القانون العام والقوانين الخاصة بالأمن المدني والملكية العقارية فقرر "مانشيني" بتطبيق هذه

(310) حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 258-259.

(311) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 148.

(312) نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، دار هومه، الجزائر، 2000، ص 302.

القوانين تطبيقاً إقليمياً لتعلقها بالنظام العام خروجاً عن الأصل العام في تطبيق القانون الشخصي. (313)

وفي ألمانيا نادى الفقيه "سافيني" بفكرة الاشتراك القانوني بين المجتمعات الغربية فقال بأنها تشترك فيما بينها في الديانة المسيحية وفي أنها وارثة للقانون الروماني ويساعد وضعها هذا على تطبيق قوانين بعضها من قبل البعض الآخر، فوضع حلاً للتنازع الذي يقوم بين قوانين هذه الدول لكن إذا قام التنازع بينها وبين قوانين دول أجنبية ليس لها اشتراك قانون. (314)

وإذا كان "سافيني" هو أول من أشار إلى الدور الحديث لفكرة النظام العام على النحو السالف الذكر إلا أنه أفسح المجال مع ذلك للدور التقليدي لهذه الفكرة كأداة لتثبيت إختصاص القانون الإقليمي في بعض الفروض. (315)

هذا وقد أعاد جانب من الفقه الحديث الآن إلى الدعوى إلى الإعتماد بالدور التقليدي لفكرة النظام العام كأداة لذلك في حدود معينة على نحو ما فعل "سافيني" وذلك تحت ستارة فكرة أخرى هي فكرة القوانين ذات التطبيق الفوري أو المباشر. (316)

(313) نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 302.

(314) حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 261.

(315) المرجع نفسه، ص 261.

(316) المرجع نفسه، ص 261.

ثانيا : تعريف النظام العام الحمائي .

تعتبر فكرة النظام العام فكرة قديمة عرفها الفقه منذ بداية ظهور ما يسمى بتنازع القوانين، و منذ ذلك الحين صاحبها عدة تطورات إلى أن إستقرت في التشريعات الحديثة وأصبح دورها في مجال القانون الدولي الخاص كأداة لإستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا تعارض مضمونه مع الأسس الجوهرية في المجتمع.<sup>(317)</sup>

وفكرة النظام العام على هذا النحو فكرة مرنة ومتطورة يلفها الغموض ويتعذر تحديدها بالدقة المطلوبة، فهي فكرة ذات مفهوم متغير باختلاف المكان والزمان فما يعتبر متعارضا مع النظام العام في دولة ما لا يعد كذلك في دولة أخرى، وما يصطدم بالنظام العام داخل نفس الدولة في فترة معينة قد لا يعتبر منافيا لهذه الفكرة في وقت لاحق .<sup>(318)</sup>

ومصطلح النظام العام يرد كثيرا في دراسة القانون رغم أن مفهومه يستعصي التحديد الدقيق، بحيث لا يتيسر له تعريف دقيق وجامع وضابط مستقر يحدد المقصود به رغم المحاولات التي بدلت في سبيل الوصول إلى تبني تعريف جامع.<sup>(319)</sup>

ولهذا فضل أغلب المشرعين عدم إعطاء تعريف محدد له بل حاولوا تقريب معناه إلى الأدهان وبناء أساسه على فكرة المصلحة العامة للجماعة سواء أكانت هذه المصلحة سياسية متعلقة بتنظيم الدولة أو اجتماعية متعلقة بتنظيم الإنتاج وترتيب بطلان أي إتفاق خاص بين الأفراد يخالف أحكامه ويستبعد تطبيقه.<sup>(320)</sup>

<sup>(317)</sup> هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 156.

<sup>(318)</sup> فؤاد خوالدية، المرجع السابق، ص 15.

<sup>(319)</sup> المرجع نفسه، ص 15.

<sup>(320)</sup> غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط2، دار الثقافة، الأردن، 2013، ص 239.

باعتبار أن فكرة النظام العام تعتبر من المبادئ الأساسية والجوهرية للدول فقد حاول الفقه إعطاء تعريف جامع لفكرة النظام العام غير ان محاولتهم لم تكلل بنجاح إلا أنهم قربوها للأدهان.<sup>(321)</sup>

حيث يرى بعض الفقهاء أن القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية، أو إجتماعية، أو إقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد.<sup>(322)</sup>

ويرى البعض الآخر أنها مجموعة المصالح الأساسية للجماعة أي مجموعة الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليم دون إستقرار عليها.<sup>(323)</sup>

ومن التعريفات المقدمة حول فكرة النظام العام التعريف المقدم من قبل الكتاب الإنجليز بقولهم: "إن النظام العام هو المبدأ الذي يستوجب إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال التي يخالف فيها تطبيقه سياسة القانون الوطني أو قواعد الآداب العامة أو يتعارض مع ضرورة المحافظة على النظام السياسي فيها".<sup>(324)</sup>

كما عرفه الفقهاء الآخرون بأنه "تلك الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية وإحلال القانون الوطني محله بسبب إختلافه مع هذا الأخير إختلافا جوهريا بحيث يتنافى والمصالح الحيوية للدولة".<sup>(325)</sup>

<sup>(321)</sup> Camille forment, op cit, 24.

<sup>(322)</sup> أشرف عبد العليم، التحكيم في العلاقات الدولية، دراسة في قضايا التحكيم، دار الكتب القانونية، الإسكندرية، مصر، 2006 ، ص14-15.

<sup>(323)</sup> المرجع نفسه، ص 14-15.

<sup>(324)</sup> نقلا عن: عز الدين عبد الوافي، المرجع السابق، ص68.

<sup>(325)</sup> نقلا عن: المرجع نفسه، ص68.

أما المشرع الجزائري فلم يعرف النظام العام واكتفى بالإشارة إليه من خلال نص المادة 24 ق.م.ج التي تنص على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر...".<sup>(326)</sup>

وعليه من خلال نص المادة المذكورة أعلاه فإنه يقع على عاتق القاضي المعروض عليه أن يستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمامه إذا تبين له أن هذا القانون يتعارض مع النظام العام في دولته.

وقد أدت الاعتبارات السالفة الذكر إلى الإعتراف للقاضي بسلطة تقديرية واسعة في فحص كل حالة على حدة، واستنباط ما إذا كان تطبيق القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام من عدمه بالنسبة للنزاع الثائر أمامه، وسلطة القاضي على هذا النحو لا تعني ترك الأمر لتقديره الشخصي ولمعتقداته وقناعاته الذاتية وإنما ينبغي عليه أن يستلهم المبادئ الجوهرية السائدة في دولته، وبعبارة أخرى يجب أن يكون تقدير القاضي موضوعيا يستوحي شعور الجماعة لا شخصيا يترجم مشاعر القاضي.<sup>(327)</sup>

وبالتالي يرى الفقه بضرورة تقيد القاضي بمفهوم النظام العام السائد في دولته في الوقت الذي يصدر فيه حكمه لأن الوقت الذي تم فيه تطبيق القانون الأجنبي ومتى كان ذلك القانون وقت تطبيقه يصطدم مع المفاهيم القانونية السائدة في بلد القاضي كان عليه أن يمتنع عن العمل به.<sup>(328)</sup>

<sup>(326)</sup> قانون رقم 05-10 متضمن القانون المدني، معدل ومتمم، المرجع السابق.

<sup>(327)</sup> فؤاد خوالدية، المرجع السابق، ص 154.

<sup>(328)</sup> عزالدين عبد الوافي، المرجع السابق، ص 69.

ولقد إستقر الرأي على إخضاع تقدير القاضي في هذا المجال لرقابة محكمة النقض لأن الدفع بالنظام العام إستثناء يعطل تطبيق قاعدة الإسناد وهو بهذه المثابة مسألة قانون يخضع بالضرورة لرقابة المحكمة العليا.<sup>(329)</sup>

### ثالثا: مجال تطبيق النظام العام.

باعتبار النظام العام يعد الوسيلة القانونية التي من خلالها يستبعد القاضي الوطني القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليه، وعليه كان من الضروري معرفة مجال تطبيق هذا الأخير.

لاسيما إذا ما علمنا أن فكرة النظام العام ليست قاصرة على العلاقات الخاصة الدولية وحسب بل يتم العمل بها في العلاقات الخاصة الداخلية أو القانون الداخلي عموما، لذلك ينبغي علينا أن نتطرق إلى التفرقة بين النظام العام في القانون الداخلي والنظام العام في القانون الدولي الخاص.<sup>(330)</sup>

تهدف فكرة النظام العام إلى المحافظة على المصالح الجوهرية للمجتمع وهو سواء في مجال القانون الدولي الخاص أو في مجال القانون الداخلي.

إلا أن هذا لايعني أن فكرة النظام العام المكرسة على المستوي الداخلي هي نفسها المكرسة على المستوي الدولي، ذلك أنها في مجال القانون الداخلي تستخدم لضمان عدم التعارض الإرادي مع أحكام القواعد القانونية الأمرة، واستبعاد تطبيق إتفاقات الأطراف المخالفة للنصوص الأمرة، أما القانون الدولي الخاص فيهدف من خلالها إستبعاد تطبيق

<sup>(329)</sup> فؤاد خوالدية ، المرجع السابق، ص 154.

<sup>(330)</sup> المرجع نفسه، ص 154.

القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد بإختصاصه والذي يتعارض بطبيعته مع المبادئ والأسس التي يقوم عليها المجتمع الوطني<sup>(331)</sup>.

وهو نفس التوجه الذي تبناه المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 24 ق.م.ج التي تنص على أنه: "... يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة".<sup>(332)</sup>

ومن هنا يدور الطابع الإستثنائي لفكرة النظام العام للقانون الدولي الخاص فهو أداة لإستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في الأصل والذي أشارت قاعدة الإسناد لإختصاصه وتطبيق القانون الوطني بصفة إستثنائية، أما في مجال القانون الداخلي فإن فكرة النظام العام تفقد هذا الطابع الاستثنائي فهي تستخدم للحد من مبدأ سلطان الإرادة لكن ليس خروجاً عن الإرادة الحرة في الحدود التي يسمح بها المشرع.<sup>(333)</sup>

كما أن الأثر المترتب عن التمسك بالنظام العام في القانون الداخلي هو البطلان المطلق للتصرف الخالف لنظام العام، في حين الأثر المترتب عن الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص هو تغيير الإختصاص للقانون المختص أصلاً مما يؤدي إلى إستبعاده أو إبداله بقانون آخر وليس بطلان التصرف، فضلاً على أن فكرة النظام العام الداخلي تطبق على علاقات الأفراد الداخلية الخالية من عنصر أجنبي على عكس القانون الدولي حيث تطبق هذه الفكرة في على المعاملات المشتملة على عنصر أجنبي.<sup>(334)</sup>

<sup>(331)</sup> أشرف عبد الحليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 14-15.

<sup>(332)</sup> قانون رقم 05-10 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

<sup>(333)</sup> أشرف عبد الحليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 14-15.

<sup>(334)</sup> حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 267-268.

لذلك يجب أن يكون القانون الأجنبي الذي إختاره الأطراف لحكم العلاقة التعاقدية القائمة فيما بينهم، أو الذي حددته قاعدة الإسناد غير متعارض مع النظام العام والمبادئ الأساسية والجوهرية لدولة القاضي المعروض عليه النزاع، وإلا فإن القاضي يقوم بتجاهل القانون المختار ليعيين القانون الأقرب إلى العلاقة التعاقدية وهذا ما يؤدي إلى إستبعاد إرادة الأطراف.<sup>(335)</sup>

ويختلف كذلك الأثر المترتب على إعمال الدفع بالنظام العام في القانون الداخلي عن الأثر المترتب عنه في القانون الدولي الخاص، ذلك أنه يترتب عن الدفع به في الحالة الأولى إحلال قانون مكان قانون آخر، بينما في الحالة الثانية يترتب الدفع به إستبعاد القانون المختص أصلاً وإحلال قانون القاضي محله.

نطاق إعمال الدفع بالنظام العام في القانون الداخلي أوسع منه في مجال العلاقات الدولية ذلك أن كل ما يعد من النظام العام في القانون الدولي الخاص هو بالضرورة من النظام العام في القانون الداخلي، على العكس من ذلك في القانون الدولي فليس كل ما يعد من النظام العام الداخلي يكون بالضرورة كذلك في نطاق القانون الدولي الخاص.<sup>(336)</sup>

بالتالي نقول أن النظام العام في القانون الدولي الخاص يتميز بعدة خصائص فهو وطني وله نفس المدلول المعطى للنظام العام في القانون الداخلي وكل ما هنالك أن مقتضيات النظام العام يضيق نطاقها في حقل العلاقات الوطنية وليس تمت نظام عام فوق الدول بل هناك نظام عام خاص بكل دولة على حدة.<sup>(337)</sup>

<sup>(335)</sup> سمير خليفي، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص 32.

<sup>(336)</sup> عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان، 2008، ص 250.

<sup>(337)</sup> عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 251.

**الفرع الثاني : شروط أعمال فكرة النظام العام الحمائي.**

متى تقرر للقانون الأجنبي الإختصاص بحكم العلاقة التعاقدية سواء عن طريق إرادة الأطراف أو عن طريق قاعدة الإسناد، وحدث وأن وقع نزاع وعرض النزاع على القاضي عند تطبيق هذا الأخير للقانون الأجنبي تبين له أن مضمونه يخالف النظام العام للدولة ففي هذه الحالة يستوجب الأمر إستبعاده.<sup>(338)</sup>

ولما كان التأكد من مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام لدولة القاضي لا يتحدد في مرحلة إثارة النزاع- في المرحلة القضائية- فإن دور الدفع بالنظام العام يبرز في هذه المرحلة، ذلك أن الدفع بالنظام العام هو دفع موضوعي موجه إلى القانون الأجنبي كله أو بعضه يهدف إلى إستبعاده أو إستبعاد الجزء المخالف له ويمكن لأي من أطراف الخصومة أن يتمسك به في أي مرحلة تكون فيها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا كما يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه.<sup>(339)</sup>

إلا أنه في مقابل ذلك يشترط لإعمال فكرة النظام العام كمانع من تطبيق قانون الإرادة في مجال الإلتزامات التعاقدية ينبغي توافر مجموعة من الشروط :

وهي أن يكون القانون الواجب التطبيق طبقا لقواعد التنازع في دولة القاضي (أولا)، وأن تكون المخالفة للنظام العام حالية (ثانيا)، وأن تكون المخالفة حقيقية لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي (ثالثا).

**أولا: أن يكون القانون الواجب التطبيق طبقا لقواعد التنازع في دولة القاضي: أي يكون الإختصاص الممنوح للقانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة إسناد في قانون**

<sup>(338)</sup> عبد الحفيظ عيد، المرجع السابق، ص 80.

<sup>(339)</sup> عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 509-510.

دولة القاضي، حيث لا يثار الدفع بالنظام العام إلا إذا كان القانون الأجنبي يمكن إستبعاده لسبب آخر كأن يكون قانون القاضي سياسياً أو إقليمياً، وعليه لا يثار الدفع بالنظام العام ضد القانون المختص بحكم العقد إلا إذا كان هذا الأخير يمكن إستبعاده لسبب آخر.<sup>(340)</sup>

والمثال على ذلك إذا إتفق المتعاقدان صراحة أَوْضَحْنَا على تطبيق القانون الأجنبي لحكم العلاقة التعاقدية القائمة بينهما وعند حدث نزاع بينهما وتم عرضه على القاضي، تبين لهذا الأخير أن القانون المختار لا صلة له بالعقد ولا بالمتعاقدين وبالإضافة إلى ذلك مخالف للنظام العام، وعليه يتم إستبعاد القانون الأجنبي لعدم صلته بالعقد أو المتعاقدين وليس لمخالفته لنظام العام لدولة القاضي، ذلك أن هذا الدفع لا يثار مع وجود سبب آخر يمكن على أساسه عدم تطبيق القانون الأجنبي.<sup>(341)</sup>

**ثانياً: أن تكون المخالفة للنظام العام حالية:** العبرة بالدفع بالنظام العام تكون وقت رفع الدعوى ولو كان نشوء الحق قد تم دون أن يكون مخالفاً للنظام العام، وهنا تختلف فكرة النظام العام عن فكرة الإسناد إلى القانون الأجنبي فالعبرة في مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام لدولة القاضي تكون عند وقوع الحادث أو عند نشوء الحق، ومع ذلك فإن القاضي ملزم بتطبيق القاعدة إذا كانت سارية عند وقوع الحادث أو عند نشوء الحق لا تلك التي حلت محلها وقت رفع الدعوى بينما فكرة النظام العام لا ينظر إليها إلا عند رفع الدعوى.<sup>(342)</sup>

**ثالثاً: أن تكون المخالفة حقيقية لمقتضيات النظام العام:** قد سلم جانب من الفقه وسائره القضاء بأن القاضي من حقه إستبعاد إتفاقات الأطراف التي تتعارض مع ما يعد من النظام العام في دولته، ولكن الأمر قد يختلف لو كان النظام العام ناتجاً عن معاملات التجارة

<sup>(340)</sup> عز الدين عبد الوافي، المرجع السابق، ص73.

<sup>(341)</sup> المرجع نفسه، ص73.

<sup>(342)</sup> عز الدين عبد الوافي، المرجع السابق، ص74.

الدولية، ذلك أنه لا تدخل في مضمون هذه الفكرة مجموعة القواعد الأمرة في النظام العام الداخلي والتي لا يحق للأفراد مخالفتها أو الخروج من أحكامها، إنما يجب أن يخالف الأسس الإجتماعية والقانونية التي تشكل النظام القانوني في دولة القاضي.<sup>(343)</sup>

### الفرع الثالث: آثار إعمال فكرة النظام العام الحمائي.

يترتب على إعمال فكرة النظام العام بشأن علاقة يراد إنشاؤها في دولة القاضي ثلاثة أمور هي: أثر سلبي، أثر إيجابي، أثر مخفف للنظام العام.

#### أولاً: الأثر السلبي للنظام العام الحمائي.

ويترتب على إصطدام تطبيق القانون الأجنبي للنظام العام أثر سلبي وهو وجوب إستبعاد أحكام القانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد الإسناد في قانون القاضي، ويؤكد الفقه الغالب في فرنسا ومصر أن الأثر السلبي لفكرة النظام العام ينحصر في إستبعاد الجزئية التي يتعارض فيها القانون الأجنبي مع مفهوم الفكرة النظام العام في دولة القاضي ولا يمتد لإستبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق كلية.<sup>(344)</sup>

كما أن الدفع بالنظام العام يهدف إلى إصدار حكم يستبعد من خلاله الجزء المخالف للنظام العام لدولة القاضي فقط، دون أن يمتد لباقي الأجزاء المتطابقة و النظام العام لدولة القاضي إذا كان ذلك الأمر مقبولاً، إلا إذا كان هناك ترابط بين أجزاء القانون الأجنبي بحيث يكون من المستحيل إستبعاده جزئياً ففي هذه الحالة يستبعد القانون الأجنبي كلياً.<sup>(345)</sup>

<sup>(343)</sup> عبد الحفيظ عيد، المرجع السابق، ص 81.

<sup>(344)</sup> هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 200-201.

<sup>(345)</sup> عز الدين عبد الوافي، المرجع السابق، ص 75.

## ثانيا: الأثر الإيجابي للنظام العام الحمائي.

في حالة ما إذا قام القاضي الوطني بإستبعاد القانون الأجنبي على أساس مخالفته للنظام العام لدولته، فما مصير العلاقة التعاقدية؟ وما هو القانون الذي يحكم هذه الرابطة التعاقدية؟.

لمحاولة إيجاد حل لهذه المسألة و سد الفراغ التشريعي الناتج عن إستبعاد القانون الأجنبي، يؤكد القضاء الفرنسي و المصري مدعوما بغالبية الفقه بأن الحل يكمن في التطبيق التلقائي للقانون الوطني وإحلاله محل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته النظام العام، غير أن هناك رأي يسود في ألمانيا يتمثل في البحث في القانون الأجنبي المختص عن قاعدة قانونية أخرى تحل محل القاعدة القانونية المستبعدة. (346)

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد كان موقفه واضحا من خلال نص المادة 24 ق.م.ج السالفة الذكر، أين نص صراحة على الأثر السلبي لمخالفة القانون الأجنبي للنظام العام وهو إستبعاده للمحافظة على المبادئ الأساسية للدولة من خلال الفقرة الأولى، غير أنه عاد في الفقرة الثانية من نفس المادة وصرح بضرورة تطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة، وعليه فالمشرع الجزائري تبني الأثر الإيجابي للنظام العام.

(346) فؤاد خوالدية ، المرجع السابق، ص159.

## ثالثاً: الأثر المخفف للنظام العام الحمائي.

لدراسة الأثر المخفف للنظام العام ينبغي التمييز بين مرحلتين أساسيتين متمثلتين في مرحلة إنشاء الحقوق ومرحلة ترتيب الحقوق لأثرها.

ذلك أنه في مرحلة الإنشاء يبحث القاضي فيما إذا كان هذا الإنشاء يتعارض أم لا يتعارض مع مقتضيات النظام العام في دولته فإذا تأكد من وجود حالة التعارض إلترم بالتصدي لها وإعمال فكرة النظام العام<sup>(347)</sup>.

أما في الحالة الثانية فلا يهدف من ورائها التمسك بأثر حق مكتسب أو مركز قانوني نشأ خارج إقليم دولة القاضي نشأة صحيحة وأستنفذ جميع مراحل تكوينه ففي هذه الحالة لا يكون للدفع بالنظام العام نفس الأثر نحو هذا الحق والذي ليس من شأنه المساس به في جميع الأحوال<sup>(348)</sup>.

ذلك أن نظرة القاضي تختلف بالنسبة إليه فدوره ينحصر فقط في البحث فيما إذا كان التمسك بهذا الحق ونفاذه يتعارض مع إعتبار النظام العام في دولته أم لا فإذا ما حدث هذا التعارض يكون دور النظام العام دور التصدي لعدم الإعتراف بهذه الآثار وبالتالي عدم السماح بسرطانها في دولة القاضي<sup>(349)</sup>.

يبير أيضا أنصار الأثر المخفف أخذهم بفكرة الحقوق المكتسبة بضرورة التمييز عند إعمال فكرة النظام العام بين مسألة إكتساب الحقوق من جهة، وبين مسألة الإحترام الدولي لهذه الحقوق من جهة أخرى، وبمعنى آخر التمييز بين إنشاء الحق وإنفاذه على المستوى الدولي، فإذا نشأ حق بالخارج وأريد التمسك بأثاره من طرف صاحبه أمام القاضي في بلد

<sup>(347)</sup> الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 256-257.

<sup>(348)</sup> المرجع نفسه، ص 256-257.

<sup>(349)</sup> المرجع نفسه، ص 256-257.

آخر فإن الإعراف بآثار هذا الحق لا يعتبر متعارضاً مع النظام العام لمجرد كون شروط وإجراءات إكتساب هذا الحق قد تمت في الخارج.<sup>(350)</sup>

غير أنه إذا كان الأمر كذلك فالتسليم بالحق المكتسب في الخارج لا يكون بصفة تامة وأنية لأنه من المتصور وجود بعض الحقوق التي تبلغ درجة يتعارض التمسك بها مع أسس المجتمع الذي سوف يحتج بآثاره على إقليمه، ويرى الفقه أن السبب في إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد بدولة القاضي تطبيقاً لفكرة النظام العام الدولي في الحالتين السابقتين ليس له نفس السبب على إعتبار أن أسباب التعارض في مرحلة الإنشاء مؤداها أن الظروف والإجراءات الواجب توافرها لإنشاء هذا الحق هي التي تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي.<sup>(351)</sup>

فإذا تمت هذه الإجراءات أو توفرت هذه الظروف في الخارج ونشأ الحق هناك وأريد التمسك به أو الإحتجاج بآثاره في بلد القاضي، فإن هذا الوضع لا يدعو لإعمال هذا الدفع من طرف القاضي الوطني إذ بإستطاعته قبول حق أو وضع قانون نشأ في الخارج كون آثاره لا تتعارض مع إعتبرات النظام العام السائد في دولته تأسيساً على أن الحق المكتسب في الخارج يعد واقعة من الصعب إنكارها أو تجاهلها إستناداً إلى مقتضيات النظام العام.<sup>(352)</sup>

<sup>(350)</sup> عز الدين عبد الوافي، المرجع السابق، ص 74-75.

<sup>(351)</sup> المرجع نفسه، ص 75.

<sup>(352)</sup> المرجع نفسه، ص 75.

## المطلب الثاني

## إستبعاد قانون الإرادة تطبيقاً للقواعد ذات التطبيق الضروري

إلى جانب قواعد النظام العام المعترف بها على صعيد القانون الدولي الخاص يوجد مفهوم دقيق للنظام العام يعرف بقوانين البوليس، والتي تهدف أساساً إلى حماية التنظيم السياسي، الإقتصادي، و الإجتماعي، للدولة والتي لا يتصور إمكانية إفلات الأطراف من أحكامها، حيث إرتبط ظهورها أصلاً ببروز مبدأ تدخل الدولة في مجال النشاط الإقتصادي والإجتماعي للأفراد تحقيقاً للصالح العام وحماية للطرف الضعيف في العلاقات العقدية، وعليه أصبحت فكرة القواعد ذات التطبيق الضروري من الأفكار الأساسية التي تحتل مكاناً بارزاً في كافة مباحث القانون الدولي الخاص.<sup>(353)</sup>

وإن رفض جانب من الفقه مبدأ تطبيق قواعد البوليس الأجنبية ولو كانت منتمة إلى القانون الخاص بمقتضى منهج التنازع، فإن الفقه الغالب يميل إلى القول بأنه ليس هناك ما يمنع القاضي من إعمال هذه القواعد من حيث المبدأ على الأقل إذا كانت تشكل جزءاً من النظام العام القانوني الذي تشير قاعدة الإسناد بإختصاصه، بل أكثر من ذلك فالإتفاقيات الدولية الحديثة قد ألحت على حق القاضي في إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري ولولم تكن منتمة إلى القانون الواجب التطبيق بمقتضى منهج تنازع القوانين، على خلاف قواعد البوليس الوطنية التي تنتهي إلى قانون القاضي المطروح عليه النزاع، والتي لا تشكل إشكالاً كبيراً.<sup>(354)</sup>

<sup>(353)</sup> أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 596-598.

<sup>(354)</sup> أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، المرجع السابق، ص 596-598.

ولدراسة هذه القواعد يتعين الإشارة إلى المقصود بالقواعد ذات التطبيق الضروري (الفرع الأول)، وإلى أعمال هذه القواعد (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: المقصود بالقواعد ذات التطبيق الضروري.

إن إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم التعاقدية ليست مطلقة سواء في الصعيد الداخلي أو الدولي بل يلتزم الأطراف بضرورة إحترام مجموعة من القواعد الأمرة ، وبهذا الصدد يؤكد الفقيه "boulcnois" على إلزامية هذه القواعد الأمرة التي لا يمكن للأطراف الإفلات من أحكامها ذلك أنه وبرغم من الحرية التي يتركها القانون للأطراف في إستبعاد بعض أحكام القانون المختص أو تغييرها إلا أن هذا لا يعني أن هناك ما يطلق عليه سلطان الإرادة.<sup>(355)</sup>

ويرى جانب من الفقه أن القواعد المعروفة بقوانين البوليس les loi depolices أوالقوانين ذات التطبيق الفوري le loi d'applicationimmédiate قواعد واجبة التطبيق من تلقاء نفسها بمجرد ثبوت الوضعية التي تتطلب أعمالها، بل أكثر من ذلك يرى هذا الإتجاه الفقهي أن مسألة مراعاة هذه القواعد هي أمر ضروري لحماية التنظيم السياسي، و الإجتماعي، و الإقتصادي للدولة.<sup>(356)</sup>

من خلال هذا الفرع نعالج مسألتين: تعريف القواعد ذات التطبيق الفوري (أولاً)، ومعايير تحديد القواعد ذات التطبيق الفوري (ثانياً).

<sup>(355)</sup> ليلي كراش، المرجع السابق، ص 105-ص106.

<sup>(356)</sup> المرجع نفسه، ص 106.

أولاً: تعريف القواعد ذات التطبيق الفوري.

وردت عدة تعاريف بشأن القواعد ذات التطبيق الضروري وبالرغم من إختلافها إلا أنها تمنح الإختصاص للقانون الوطني دون إستشارة قواعد الإسناد، إذ ومنذ سنة 1804 نص المشرع الفرنسي بموجب المادة 3 من التقنين المدني الفرنسي على تطبيق القوانين الفرنسية بفرضها قوانين البوليس والأمن أخذت بنفس الفكرة قوانين أخرى حديثة بما في ذلك المشرع الجزائري.<sup>(357)</sup>

يرجع إبتداع فكرة القوانين ذات التطبيق الضروري أو المباشر كمنهج مستقل في تنازع القوانين إلى الفقيه "فرانسييسكا كيس" الذي عرف تلك القوانين بأنها: "القوانين التي يستوجب إحترامها للحفاظ على تنظيم المجتمع وحماية المصالح الوطنية الأساسية وتطبق بغض النظر عن طبيعة العلاقة القانونية داخلية كانت أو تتصف بالأجنبية".<sup>(358)</sup>

كما يمكن تعريفها بأنها:

مجموعة القواعد الموضوعية القائمة داخل النظام القانوني الوطني و البالغة الأهمية في الدولة إلى حد كبير يحول دون دخولها في أي منافسة مع القوانين الأجنبية و يتعين بالتالي تطبيقها بصورة مباشرة و فورية بمعزل عن أعمال قواعد التنازع المعمول بها في الدولة.<sup>(359)</sup>

غير أن التعريف الذي يعطي لهذه القواعد بعض الخصوصية يعرفها :

بأنها مجموعة القواعد التي تهدف بصفة خاصة إلى معالجة مسائل محددة أو أمور خاصة كالقوانين المتعلقة بالمنافسة، أو المتعلقة بالرقابة على تغيير العملة، أو تلك التي

<sup>(357)</sup> الطيب زوتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 79.

<sup>(358)</sup> نقلا عن: المرجع نفسه، ص 79.

<sup>(359)</sup> عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 232.

تهدف إلى حماية المستهلك، فكل هذه القوانين تطبق بصفة مباشرة بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق حتى لو كان قانون الإرادة.<sup>(360)</sup>

في هذا الصدد عرف الأستاذ إسعاد محند القواعد ذات التطبيق الفوري بأنها: "القواعد التي يبدو التقيد بها ضروريا لحماية التنظيم السياسي و الإقتصادي و الإجتماعي للدولة و تطبق مباشرة دون الرجوع إلى قواعد التنازع الكلاسيكية".<sup>(361)</sup>

و تبدو الحاجة واضحة في تطبيق قواعد البوليس ذات الطابع الأمر في مجال العلاقات الدولية لاسيما في مواجهة إرادة الأطراف، نظرا للدور الفعال الذي تلعبه إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن هذه العلاقات وفقا لمنهج التنازع، الأمر الذي يفسح المجال أمامهم للتقرب من القواعد الأمرة في القوانين الداخلية التي ترتبط بالعلاقة العقدية وإمكانية تجاوزها ومخالفتها و من هنا تزداد الحاجة للتطبيق المباشر لقواعد البوليس.<sup>(362)</sup>

مما سبق نخلص للقول بأن القواعد القانونية ذات التطبيق الفوري تعتبر قيودا وارد على قانون الإرادة شأنها شأن فكرة النظام العام، حيث لا يبقى القانون المختار مختصا بحكم موضوع النزاع و إنما يعطل أعماله بالإضافة إلى محاولة البعض إعطاء تعريف لها على أنها القانون الذي تكفل الدولة بوضع تنظيم له.<sup>(363)</sup>

بالتالي يمكن القول بأن قواعد البوليس يمكن إعتبارها من القواعد ذات التطبيق الضروري المباشر إلا أنه في المقابل لا يمكن إعتبار القواعد ذات التطبيق الضروري من قواعد البوليس، إذ أنه لا يكفي لإعتبارها قاعدة بأنها من قواعد البوليس أن يكون مشرعا قد أراد

<sup>(360)</sup> عبد الحفيظ عيد، المرجع السابق، ص86.

<sup>(361)</sup> نقلا عن: عبد الحفيظ عيد، المرجع السابق، ص86.

<sup>(362)</sup> هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص696.

<sup>(363)</sup> عزالدين عبد الوافي، المرجع السابق، ص150.

إعمالها على نحو مباشر بنص صريح لأنه كثيرا ما يتوسع هذا الأخير في نطاق تطبيق قانونه لأسباب مختلفة على نحو يخل بالتوازن المطلوب بين مجال تطبيق قانونه الوطني وغيره من القوانين الأخرى.<sup>(364)</sup>

بل أكثر من ذلك يجب أن يتوفر في هذه العلاقة بالإضافة إلى إرادتها في الانطباق تلك الرابطة العقلانية بين مضمونها ونطاق تطبيقها وهذا ما يميز قواعد البوليس ويمنحها أساس تطبيقها الضروري.<sup>(365)</sup>

### ثانيا: معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الفوري.

ولقد ثار نزاع فقهي حول المعايير المعتمدة لتحديد قواعد البوليس فيعد القانون من قواعد البوليس عندما يعني المشرع الذي أصدرها نفسه بتحديد نطاق التطبيق المكاني لهذا القانون، فإنه يعبر عن الأهمية التي يوليها لتطبيق قانونه الوطني ويستتبع هذا التحديد أن يأخذ القانون طابعا قاصرا يعبر عن الرغبة لعدم التعليق على أعمال قاعدة التنازع وعند النظر إلى هذا المعيار نجده لا يخلو من القصور ذلك أنه يقوم على تفسير يعلن عليه التضمين لمضمون إرادة المشرع فلا تكشف عناية المشرع بتحديد نطاق التطبيق المكاني لقانونه عن نظرته المطلقة لتلك القوانين بوضعها قوانين البوليس والقول بأن هذا التحديد يعد قرينة قاطعة على وجود قوانين البوليس قد تؤدي إلى وجود نتائج غير منطقية.<sup>(366)</sup>

<sup>(364)</sup> محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 149.

<sup>(365)</sup> محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق، ص 149.

<sup>(366)</sup> عزالدين عبد الوافي، المرجع السابق، ص 150-151.

كما يمكن إصباح صفة البوليس على بعض القواعد القانونية التي تهدف إلى المحافظة على النظام السياسي، والإجتماعي، والإقتصادي للدولة منها القواعد التي تهدف لحماية المستهلك.

إن هذه القواعد تشكل في نظر الفقيه "بول لا جارد" في كل دولة من الدول الأطراف مجموعة من القوانين البوليسية الواجبة الأعمال أي كان القانون الواجب التطبيق على العقد أوعلى الأقل عندما تكون إقامة المستهلك المعتاد في إقامة في دولة القاضي المختص.<sup>(367)</sup>

حاول جانب آخر من الفقه التوصل إلى مفهوم قوانين البوليس عن طريق اللجوء إلى أفكار عامة في القانون الدولي الخاص مثل فكرة النظام العام وفكرة الإقليمية بالإستناد إلى أن قوانين البوليس وهي قوانين ذات تطبيق إقليمي، غير أن هذه الفكرة محلا لكثير من النقد على أنه إذا كانت بعض المحاكم قد لجأت إلى إقليمية التطبيق كضابط لتحديد ماهية قوانين البوليس فهي فكرة أكثر غموضا فعندما تقرر أن قوانين البوليس هي قوانين إقليمية فإن قانون القاضي وقانون موقع المال وقانون الموطن كلها قوانين إقليمية.<sup>(368)</sup>

وقد إستخدم البعض فكرة مصلحة الدولة كأساس لرفض تطبيق القوانين السياسية الصادرة من دولة أجنبية فهي تخرج عن مجال تنازع القوانين وتسعى لإدراك مصلحة الدولة التي أصدرتها وانتقد هذا الرأي على أنه يصعب تحديد فئة معينة من القوانين يمكن أن تتسم بالطابع السياسي فالإختلاف بين قانون و آخر ليست في الطبيعة قادر بقدر ما هو إختلاف في الدرجة كما أنها فكرة غامضة تترك مجالا واسعا لتحكم القاضي خاصة وان الفصل بين

<sup>(367)</sup> عزالدين عبد الوافي، المرجع السابق ، ص 151.

<sup>(368)</sup> المرجع نفسه ، ص 151.

القوانين التي تحقق مصلحة خاصة وتلك التي تحقق مصلحة عامة من الأمور الصعبة نتيجة تزايد تدخل الدولة في العلاقات الإجتماعية و الإقتصادية.<sup>(369)</sup>

### الفرع الثاني : إعمال القواعد ذات التطبيق الضروي.

يجمع غالبية الفقه والتشريعات الداخلية على منح الأطراف المتعاقدة الحق في إختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة التعاقدية التي تجمعهم ، إلا أن منح الأطراف المتعاقدة هذه الحرية المطلقة قد يجعلهم يتعنتون في إستعمال هذا الحق و يتعسفون، وذلك من خلال تضمين عقودهم على شروط يحددون من خلالها تطبيق قانون يخدم مصالحهم الشخصية هروبا من تطبيق القانون الوطني غير أن هذا القانون قد يتعارض مع المصالح الوطنية والذي قد يكون الأصلح لحكم الرابطة التعاقدية<sup>(370)</sup>.

لذلك كان من الضروي تضمين المنظومات التشريعية الداخلية لقواعد قانونية ذات طبيعة أمرة، وذات تطبيق ضروري لا يمكن للأطراف الإتفاق على مخالفتها وفي حالة العكس يتم مباشرة إستبعاد قانون الإرادة وتطبيقها فورا.

لذلك فقد تم تحويل القاضي حق تقييد هذه الحرية من خلال سلطته في التطبيق المباشر لقواعد البوليس الأمرة في قوانين الدول المرتبطة بالعقد وذلك تجنباً للغش نحو القانون وحماية للطرف الضعيف وإدراكا للمصلحة التي تسعى هذه القواعد الأمرة إلى تحقيقها.<sup>(371)</sup>

<sup>(369)</sup> محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 149-150.

<sup>(370)</sup> Innocent Fetze Kamdem, L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux, Les Cahiers de droit, vol. 40, n° 3, 1999, p 653.

<sup>(371)</sup> محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 210-211.

فإذا كان حل التنازع الدولي بين القوانين يتم بتحديد القانون الواجب التطبيق من بين هذه القوانين المتنازعة عن طريق ضابط للإسناد يسندها إلى القوانين ذات صلة بها فإن إختصاص القواعد ذات التطبيق الضروري المباشر لا يتم إلا عن طريق ضابط للإسناد يعمل لصالح قانون القاضي.<sup>(372)</sup>

وإذا كان من الضروري الحديث عن ضابط للإسناد بصدد القواعد ذات التطبيق الضروري فالأمر لا يتعلق بضابط إسناد لعنصر في قاعدة الإسناد على ما يرى أنصار قاعدة الإسناد الخاصة لأن هذا الضابط لا يستعمل كأداة يستدل بها عن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة وإنما كأداة لتحديد النطاق الذي تعمل فيه القواعد ذات التطبيق الضروري.<sup>(373)</sup>

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن هناك مجموعة من القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري كتلك الواردة في قانون المنافسة حيث تعد أحكامه أمرة بإعتبارها تهدف إلى تنظيم المنافسة بين الأعوان الإقتصاديين لذلك تقتضي الضرورة إستبعاد كل التصرفات التي يمكن أن تمس المنافسة النزيفة وهذا ما يستشف من خلال أحكام المادة الأولى من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة التي تنص على ما يلي: "يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل ممارسات مقيده للمنافسة ومراقبة

<sup>(372)</sup> محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003، ص115.

<sup>(373)</sup> محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص

التجمعات الإقتصادية قصد زيادة الفعالية الإقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين".<sup>(374)</sup>

وكذلك الأمر رقم 04-02 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية وهذا حسب المادة الأولى منه التي تنص على أنه: "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الإقتصاديين وبين هؤلاء المستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه".<sup>(375)</sup>

وعليه يتضمن هذا القانون مجموعة قواعد تهدف لحماية نزاهة الممارسات التجارية وحماية المستهلك والتي تتصف بصيغة الأمر لذلك لا يمكن تكون محل إستبعاد من قبل الأطراف وتكون لها الأولوية في التطبيق بصفة دائمة.

بالرجوع إلى أحكام القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، نجده هو الآخر يتضمن ترسانة من القواعد القانونية ذات التطبيق الضروي، كونه قانون حمائي يهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ألا و هو المستهلك، كون العلاقة التعاقدية القائمة بين المستهلك والمتعامل الإقتصادي تتسم بعدم توازن القوى بين المتدخل صاحب النفوذ والذي قد يفرض شروطا تعسفية على المستهلك الذي يكون في مركز ضعف نتيجة حاجته للسلعة أو الخدمة المقدمة من قبل المتعامل الإقتصادي ويسلم بقبول هذه الشروط.

<sup>(374)</sup> أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج، عدد43، مؤرخة في 20-07-2003، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 يونيو سنة 2008، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج، عدد36 صادر في 02-07-2008.

<sup>(375)</sup> قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.ج، عدد41 صادر في 27-06-2004.

بل أكثر من ذلك فالقانون السالف الذكر يسوي بين وضعية الأجانب والمواطنين الجزائريين من حيث الحماية القانونية المكرسة، ذلك أن كل من يقيم في إقليم الدولة الجزائرية يستفيد من الحماية القانونية المكرسة لحمايته كمستهلك بغض النظر عن جنسيته.

وما يفيد أن المشرع الجزائري قد أقر حماية قانونية للمستهلكين هو ما ورد في المادة الأولى من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش التي تنص على أنه: "يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد العامة المطبقة في مجال حماية المستهلك وقمع الغش".<sup>(376)</sup>

وعلى ذلك فإن عقود الإستهلاك المبرمة عن طريق الإتصالات الحديثة هي في مقام عقود البيع (عقود المعاوضة) التي تكون بين البائع والمشتري المستهلك تخضع بصفة عامة إلى القانون الذي يختاره المتعاقدان لكن بتحفظ شديد من الفقه والقضاء، وكذلك ما إستقرت عليه التشريعات على أن إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يجوز أن يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي توفر له الأحكام الأمرة لقانون الدولة التي يوجد بها محل إقامته، والراجح لدى الفقه أن تطبيق القاعدة السابقة المأخوذة من إتفاقية روما وغيرها من الإتفاقيات والتشريعات الأخرى على العقود الإلكترونية يجعل تطبيق قانون محل إقامة المستهلك الذي له صلة بالعقد.<sup>(377)</sup>

<sup>(376)</sup> قانون رقم 03-09 مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.ج، عدد 15 صادر في 18-03-2009.

<sup>(377)</sup> Si dans le contrat il existe une clause déterminant la loi applicable ce choix sera en principe valable cependant ce choix ne peut avoir pour effet de priver la consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il réside habituellement en l'absence de choix dans le contrats. le contrats de consommation sera régit par la loi du pays ou le consommateur a sera résidence habituelle. c'est une règle et pas une présomptions on ne peut y déroger même s'il a verré que le contrat présente des liens plus étroits avec une autre pays. voir. la loi applicable au contrat international. in les notes d'information juridique.

وبالتالي فإن عقود الاستهلاك الإلكترونية تكون وثيقة الصلة لقانون الدولة محل الإقامة المعادية للمستهلك متى كان هذا الأخير قد قام بالأعمال الضرورية اللازمة لإبرام العقد في هذه الدولة فالعبرة بقانون بلد محل الإقامة العادية للمستهلك المتعامل عبر شبكة الأنترنت وذلك لتفادي الغش أو التحايل نحو تطبيق قوانين للإستخدام ولا توفر الحماية الكافية للمشتري المستهلك.<sup>(378)</sup>

كذلك الأمر بالنسبة لعقود العمل التي تكون فيها القوى غير متوازنة بين رب العمل والعامل أين يكون رب العمل في مركز أقوى من مركز العامل الذي يكون في حاجة إلى العمل، لذلك فقد تم إستبعاد قانون الإرادة من نطاق عقود العمل و تم إحاطتها بقواعد قانونية ذات طابع حمائي، يكون الهدف منها هو حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية متمثلا في العامل، و هي قواعد لا يمكن الإتفاق على مخالفتها في الحالة المعاكسة فإنه يتم إستبعاد إتفاق الأطراف وتطبيق هذه القواعد الأمرة ذات الطابع الحمائي.

وهذا ما أقرته مختلف التشريعات، والمشرع الجزائري هو الآخر أخذ نفس التوجه من خلال تكريسه لقواعد قانونية أمرة وذات تطبيق فوري في القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل و التي لا يمكن مخالفتها أو إستبعادها و لا تقبل المنافسة من قبل أي قانون أجنبي، مثل المادة 05 من هذا القانون التي تعدد حقوق العامل كممارسة الحق النقابي، والحق في الضمان الإجتماعي والتقاعد، والحق في الراحة ....، وكذلك المواد من 15 إلى 21 من ذات القانون التي تحدد شروط التوظيف وكيفياته.<sup>(379)</sup>

<sup>(378)</sup> عبد الكريم موكة، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الإلكتروني الدولي، ص16-17.

<sup>(379)</sup> قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.ج، عدد 17 صادر في 25-04-1990، معدل ومتمم بالقانون رقم 14-10 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج.ر.ج.ج، صادر في 21-12-2014.

كذلك الأمر بالنسبة للقواعد القانونية التي يتضمنها قانون النقد والقرض 03-11 والتي تعتبر من قبيل القواعد ذات التطبيق الضروري، كونها تتعلق بالسياسة النقدية لدولة الجزائرية بإعتبارها قطاعا حساسا يمس بسيادة الدولة، والتي تهدف إلى المحافظة عليها وضمان النمو الإقتصادي لدولة والسهر على الإستقرار النقدي والمالي، والمثال على ذلك نص المادة 35 من القانون المذكور أعلاه، وعليه فهذه القواعد هي الأخرى لا يمكن الإتفاق على مخالفتها ولا تقبل المنافسة من قبل أي قانون أجنبي.<sup>(380)</sup>

يتضح أن المشرع الجزائري أراد إعمال أثارها لذاتها دون إعتبار آخر لتلك القوانين لا تميز من حيث مجال تطبيقها من حيث العلاقات الداخلية والعلاقات الأجنبية، و على ذلك تبين أن تطبيقها ليس متوقف على حالة عدم تنازعها مع نظم قانونية أجنبية أنها قوانين تفرض منهج التنازع بشأن مضمونها، وخلافا لقواعد الإسناد التي قد تكون مزدوجة وهي قواعد شكلية فإن قواعد البوليس و الأمن قواعد منفردة.

<sup>(380)</sup> أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 غشت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.ج، عدد52 صادر في 27-08-2003، معدل ومتمم بالأمر رقم 10-04 مؤرخ في 26 غشت سنة 2016، ج.ر.ج.ج، عدد50 صادر في 01-09-2010، ومتمم بالقانون رقم 13-08 مؤرخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج.ر.ج.ج، عدد68 صادر في 30-12-2013.

## المبحث الثاني

## إستبعاد قانون الإرادة إعمالاً لفكرة الغش نحو القانون

لكل دولة قانونها الذي تضع من خلاله الضوابط والحدود التي تنظم حياة الأفراد داخل المجتمع، غير أن الأفراد قد يشعرون بثقل التنظيم الذي يتضمنه قانون دولة معينة، فيلجأ إلى التهرب منه بغية تطبيق التنظيم المنصوص عليه في قانون آخر يكون أكثر تماشياً مع رغباتهم ومصالحهم.<sup>(381)</sup>

فيلجأون إلى الغش والتحايل على القانون، وذلك من خلال قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد ويقصد التهرب من أحكام ذلك القانون المختص أصلاً بحكم العلاقة ووصولاً إلى تطبيق قانون آخر عليها يتفق ومصالحهم.<sup>(382)</sup>

وبذلك يعد الغش نحو القانون من الموانع التي تحول دون تطبيق القانون الأجنبي أمام المحاكم، إذ يستبعد القانون الأجنبي من التطبيق ليس من طرف القاضي الوطني المطروح عليه النزاع بل عمداً من طرف الأطراف عن طريق تغيير ضابط الإسناد الذي يتعدد به القانون الأجنبي الواجب التطبيق على علاقة قانونية.<sup>(383)</sup>

وغالبا ما يتحقق الغش نحو القانون بتغيير الجنسية حتى يتهرب الشخص من حكم القانون في بلده إلى قانون آخر يتيح له غرض يرمي إليه، كما يتحقق التهرب بتغيير ضابط الموطن إذا كان قانون الموطن هو المراد تطبيقه، وقد يتم التهرب بتغيير موقع المنقول بنقله إلى إقليم آخر.<sup>(384)</sup>

<sup>(381)</sup> جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة، القاهرة، مصر، 2005، ص 220.

<sup>(382)</sup> المرجع نفسه، ص 220.

<sup>(383)</sup> عبد الوافي عز الدين، المرجع السابق، ص 77.

<sup>(384)</sup> المرجع نفسه، ص 77.

كما يمكن تصور تحقق الغش عن طريق اصطناع عنصر أجنبي في العلاقة الوطنية أصلا لتتحول إلى عقد دولي من أجل إخضاعه لقانون دولة أجنبية والإفلات من أحكام القانون الوطني الذي لا يتماشى ومصالحهم الشخصية،<sup>(385)</sup> كما يمكن للمتعاقدين أن ينحرفا في إستعمال رخصة الإختيار الممنوحة لهما بموجب المادة 1/18 ق.م.ج فيختاران قانونا لا صلة بالعقد أوبهما، والملاحظ أن في كل هذه الحالات للإرادة دخل في تحديد الإختصاص التشريعي.<sup>(386)</sup>

وعليه فإنه يتعين على القاضي الوطني المعروف عليه مثل هذه النزاعات المشمولة على إحدى الصور المشار إليها، إستبعاد القانون الأجنبي المقصود من وراء تغيير ضابط الإسناد وجزاء لسوء نية أطراف العلاقة القانونية وإعمالا لنص المادة 1/24 ق.م.ج وتماشيا مع القاعدة اللاتينية القديمة والتي أصبحت مبدأ فقها وأستقر عليها الفقه والقضاء حديثا ومفادها "الغش يبطل كل شيء" "fraux omina CorounptitK"، وإخضاعهم للقانون الواجب التطبيق حقيقة، ويؤسس ويدعم حكمه بقاعدة "الدفع بالغش نحو القانون" "fraude à la loi"<sup>(387)</sup>.

وعليه انطلاقا مما سبق فلتعرف على هذه القاعدة الشهيرة "الغش نحو القانون" بإعتبارها من موانع تطبيق القانون المختار على عقود التجارة الدولية لابد من التطرق إلى المقصود بنظرية الغش نحو القانون (المطلب الأول)، وإلى أعمال نظرية الغش نحو القانون (المطلب الثاني).

<sup>(385)</sup> أحمد دغيش، مداخلة بعنوان "الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة"، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة واقع منظور، يومي 21-22 أبريل 2010، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص164.

<sup>(386)</sup> الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص621.

<sup>(387)</sup> أحمد دغيش، المرجع السابق، ص166.

## المطلب الأول

## مضمون نظرية الغش نحو القانون

تعتبر قاعدة الغش نحو القانون نتاج جهد والدور الفعال القضائي أين لعب القضاء الفرنسي دورا فعالا في تكريسها إلى أن أصبحت هذه القاعدة مبدأ فقهيًا و إستقر الفقه والقضاء الحديث عليها،<sup>(388)</sup> وهو الأمر الذي أدى إلى تكريسها في معظم التشريعات الحديثة كمبدأ قانوني بحيث مرت هذه النظرية بعدة مراحل حتى وصلت النظرية بين من يعتبرها تطبيقًا من تطبيقات الصورية المعروفة في القواعد العامة وبين من يعتبرها صورة من صور السبب غير المشروع، وهناك من البعض من إعتبره تعسفا من قبل الأطراف في إستعمال الحق المخول لهم قانونا، ونظرا للآثار المتشابهة بين الدفع بالغش نحو القانون والدفع بالنظام العام والمتمثل في إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي اختاره الأطراف لحكم النزاع وتطبيق القانون الوطني أو القانون المختص أصلا بدلا منه.

هناك من الفقه من أسس لنظرية الغش نحو القانون على أنها صورة من صور النظام العام، وهذه الإختلافات الفقهية حول نظرية الغش نحو القانون لم تشمل فقط الأساس الذي تقوم عليه النظرية فقط، بل شمل حتى نطاق النظرية فهناك من الفقه من إقتصره على قانون دولة القاضي وهناك من وسع من نطاق نظرية الغش نحو القانون لتشمل حتى القانون الأجنبي وكل منهم يقدم حجة لدفاع عن رأيه، لذلك لمعرفة نظرية الغش نحو القانون لابد من التطرق لنشأة وتطور نظرية الغش نحو القانون (الفرع الأول)، أساس نظرية الغش نحو القانون (الفرع الثاني)، وأخيرا نطاق نظرية الغش نحو القانون (الفرع الثالث).

<sup>(388)</sup> أحمد دغيش، المرجع السابق، ص166.

### الفرع الأول: نشأة وتطور نظرية الغش نحو القانون.

ظهرت نظرية الغش نحو القانون أمام القضاء الفرنسي في القرن التاسع عشر<sup>(389)</sup> وذلك على إثر قضية شهيرة في فقه القانون الدولي الخاص عرفت بقضية "الأميرة دي بوفرمون" **"princesse de Bouffrement"**.<sup>(390)</sup>

تتلخص وقائع هذه القضية في أن سيدة بلجيكية الأصل تزوجت من الأمير الفرنسي **"De Bouffrement"** واكتسبت تبعاً لذلك الجنسية الفرنسية، ثم أرادت بعد ذلك الطلاق منه بعد أن حدث بين الزوجين انفصال جسماني فوقفت أحكام القانون الفرنسي، وهو القانون الواجب التطبيق على النزاع في هذه الحالة وفقاً لقواعد الإسناد وهو قانون الجنسية عقبه تحول دون إمكانية تحقيق رغبتها هذه، نظر لكون القانون الفرنسي لم يكن يسمح بالطلاق في تلك الحقبة.<sup>(391)</sup>

وعلى إثر ذلك لجأت السيدة المذكورة إلى إكتساب جنسية إحدى الدويلات الألمانية في حينه، وكانت تسمى **"دوقية ساكس التنبورغ" "saxe-Altenbourg"** والتي يبيح قانونها الطلاق، وبالفعل حصلت الزوجة على التطلاق وفقاً لقانون جنسيتها الجديدة،<sup>(392)</sup> ثم تزوجت في **"برلين"** من أمير روماني يدعى **"بيبسكو" "Bibesco"**، وعادت إلى باريس لتقيم مع زوجها الجديد واكتسبت جنسية الزوج الجديد،<sup>(393)</sup> علم الزوج الأول بذلك فرفع دعوى أمام

<sup>(389)</sup> مع أن فكرة التحايل على القانون عرفت في ظل تنازع الأحوال في فرنسا وطبقها أيضاً فقهاء المدرسة الهولندية منذ القرن السابع عشر، فقد إستثنى فقهاء هذه المدرسة من تطبيق القاعدة التي تقضي بإخضاع أهلية الموصى للإبقاء لقانون محل إبرام الوصية إذا كان الموصى قد انتقل إلى محل الإبرام بقصد التهريب من أحكام قانونه الشخصي الذي لا يعتبره أهلاً للإيصاء، أنظر: سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 678.

<sup>(390)</sup> جمال محمد الكردي، المرجع السابق، ص 220.

<sup>(391)</sup> عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، نظرة عامة في القانون الوضعي، ج 1، ط 3، منشورات زين الحقوقية، 2011، ص 106.

<sup>(392)</sup> عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 187.

<sup>(393)</sup> سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 279.

إحدى المحاكم الفرنسية طلب فيها ببطلان الزواج الثاني الذي عقدته زوجته بناء على أن تجنيس الزوجة كان يهدف إلى الغش نحو القانون، ومن ثم فلا يعتبر الطلاق صحيحاً، وبالتالي يبقى الزواج الأول صحيحاً.<sup>(394)</sup>

ووصلت القضية إلى محكمة النقض الفرنسية التي إستجابت إلى طلبه وقضت في حكمها الصادر في 18 مارس 1878 بعدم الإعتراف بالتطليق الذي تم في الخارج وبطلان الزواج الثاني الذي تم بناء عليه، وقد أسست المحكمة حكمها المذكور،<sup>(395)</sup> على أساس أن تغيير الجنسية وإن كان عملاً مشروعاً إلا أنه قصد منه التحايل على القانون الفرنسي والهروب من أحكامه التي تمنع الطلاق وصولاً إلى تطبيق القانون الألماني الذي يسمح به وبناء على ذلك استبعد هذا القانون، وطبقت القانون الفرنسي كافة الآثار المترتبة عليه.<sup>(396)</sup> ومنذ ذلك التاريخ إستقر القضاء الفرنسي على الأخذ بهذه النظرية نظرية الغش نحو القانون،<sup>(397)</sup> واستمر الوضع على ذلك إلى غاية تكريسه من قبل جل الأنظمة التشريعية المعاصرة، حيث نص عليها مشروع تعديل القانون المدني الفرنسي في المادة 47 منه حيث قضت: "لا يجوز التمسك بمركز قانوني نشأ طبقاً لقانون أجنبي لم ينعقد إختصاصه إلا غشاً نحو القانون الفرنسي".<sup>(398)</sup>

والمشروع الجزائري هو الآخر تبني نظرية الغش نحو القانون وأخذ بها بعد تعديل 2005 للقانون المدني، حيث تنص المادة 24 ق.م.ج على أنه:

<sup>(394)</sup> حفيفة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص315.

<sup>(395)</sup> جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص223.

<sup>(396)</sup> سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص279.

<sup>(397)</sup> حفيفة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص315.

<sup>(398)</sup> نقلاً عن: نورية شيبورو، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص103.

"لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أوثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون".<sup>(399)</sup> غير أن الملاحظ على نص المادة 24 ق.م.ج أن المشرع الجزائري إكتفى بتكريس نظرية الغش نحو القانون في المنظومة القانونية إلى أنه لم يعطي تعريفا لنظرية الغش نحو القانون.

وهذا ما دفع بفقهاء القانون الدولي الخاص إلى محاولة تعريف فكرة الغش نحو القانون. حيث عرف الأستاذ موسى عبود الغش نحو القانون بأنه: "إستعمال الشخص بعض الوسائل المشروعة ظاهرا ليتمكن من إنجاز أفعال قانونية لم يكن يسمح بإنجازها القانون المختص، فمن ذلك تغيير الجنسية أو الدين أو الموطن من أجل عرض معين".<sup>(400)</sup> فيما عرفه الأستاذ عبد الكريم بأنه: "تعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين، وذلك بنية التهرب من القانون واجب التطبيق أصلا سواء كان قانون القاضي أو قانون أجنبي".<sup>(401)</sup> كما عرفه الأستاذ زروتي الطيب على أنه: "مناقضة قصد الشارع باتخاذ تدابير إرادية مشروعة ولو عن غير عمد للوصول إلى نتائج غير مشروعة".<sup>(402)</sup>

وعرفه كذلك الأستاذ عبده جميل غصوب على أنه: "التغيير الإرادي والمقصود لضابط الإسناد بهدف التهرب من تطبيق أحكام القانون واجب التطبيق أصلا على العلاقة

<sup>(399)</sup> أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، المرجع السابق.

<sup>(400)</sup> نقلا عن: نورية شبور، المرجع السابق، ص102.

<sup>(401)</sup> نقلا عن: المرجع نفسه، ص102.

<sup>(402)</sup> الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص261.

القانونية، وإحلال قانون آخر بدلا منه، من شأنه-أي من شأن هذا التغيير الإرادي المقصود- بتحقيق الغاية التي حمل التغيير بسببها".<sup>(403)</sup>

وعليه فمن خلال هذه التعاريف يمكن أن نخلص إلى أن جميع التعاريف التي قيلت في الغش نحو القانون والتحايل عليه تتفق على أن التحايل يكون بفعل إرادي للأفراد بإستعمال وسائل في أصلها مشروعة غير متعارضة مع القانون بهدف الوصول إلى نتائج غير مشروعة متمثلة في تغيير ضابط الإسناد والذي من خلاله يتم تحديد القانون واجب التطبيق أصلا على التصرف وصولا إلى التهرب من هذا القانون المختص بسبب تعارضه مع رغباتهم ومصالحهم بهدف تطبيق قانون آخر غير مختص في الأصل إلا أنه يكون الأنسب لمصالحهم ورغباتهم.

#### الفرع الثاني: أساس نظرية الغش نحو القانون.

وجدت العديد من الآراء الفقهية التي حاولت أن تجد أساسا ترتكز عليه نظرية الغش نحو القانون بعد ما إستقر القضاء الفرنسي على الأخذ بها، وبعد ما تم تكريسها من قبل بعض الدول في منظوماتها القانونية، وهذا ما أدى إلى وجود إختلافات فقهية حول الأساس الذي تقوم عليه نظرية الغش نحو القانون.

فهناك من الفقه من إعتبره تطبيقا من تطبيقات الصورية في العقود و الإلتزامات لاتخاذ الهدف بينهما وهو تحقيق غاية غير مشروعة، إلا أنه تم انتقاد هذا الإتجاه على أساس أن الصورية مجالها التصرفات القانونية وحتى التصرفات المادية فقد يحدث الغش نحو القانون بعمل مادي فقط كأن يقوم الأطراف بنقل المنقول من دولة إلى أخرى بقصد إخضاعه لأحكام قانون هذه الأخيرة.<sup>(404)</sup>

<sup>(403)</sup> عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مجلد المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، لبنان،

المرجع السابق، ص107.

<sup>(404)</sup> أحمد دغيش، المرجع السابق، ص270.

كما أن إرادة المتعاقدين المعبرة عنها في الصورية غير مطابقة لإرادتهم الحقيقية المستترة الحقيقية أما تصرف مرتكب الغش فهو ظاهره حقيقي ولكن الغرض منه غير شرعي فالإرادة الحقيقية لا تستر إرادة أخرى، والقاضي إذا أراد أن يبطل الصورية فلا يستند إلى نية الغش بل عليه أن يفرق بين الحقيقة والظاهر، فالعبرة بالعقد المستتر متى تم إثباته، أما الغش نحو القانون فالنية هنا لها دور فعال في البحث عن الباعث المؤدي إلى استعمال وسيلة الغش، وعليه فالفرق بينهما واضح.<sup>(405)</sup>

كما أن هناك من الفقه من إعتبر الغش أو التحايل يمثل في ذاته صورة من صور "السبب غير المشروع" المعروفة في نظرية العقد أو فكرة الباعث أو الدافع غير المشروع ذلك أن هذه الفكرة الأخيرة تقوم على وجود وسيلة مشروعة استخدمت لتحقيق غاية غير مشروعة،<sup>(406)</sup> غير أن هذا الرأي يبدو غير مقبول ويكفي أن نقول فيه أن السبب في الأعمال المنطوية على تحايل يكون عادة مشروعاً كالزواج مثلاً، وعلى ذلك فالأمر الذي يفسد تلك الأعمال هو الوسيلة الفنية لتحقيقها وليس السبب.<sup>(407)</sup>

وقد إتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن نظرية الغش نحو القانون لا تعدو أن تكون صورة من صور النظرية العامة في التعمق في استعمال الحق،<sup>(408)</sup> ذلك وإن كان صحيحاً أن للشخص حق تغيير جنسيته أو موطنه أصلاً، إلا أنه يتعين أن يكون هذا التغيير مشروعاً، أي يتعين أن لا يكون الهدف من التغيير هو التهرب من الأحكام الأمرة في القانون الواجب التطبيق، فإذا تبين للقاضي عدم مشروعية التغيير على الوجه السالف وجب عليه أن يهدم كل أثر له ويعيد الإختصاص للقانون الواجب التطبيق ابتداءً.<sup>(409)</sup>

<sup>(405)</sup> أحمد دغيش، المرجع السابق، ص270.

<sup>(406)</sup> جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص640.

<sup>(407)</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص549.

<sup>(408)</sup> هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص219.

<sup>(409)</sup> حفيفة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص321.

وقد إنتقد هذا الرأي على أساس أن إعمال المبادئ العامة في التعسف في إستعمال الحق قد يؤدي بالقاضي إلى الحكم بالتعويض للخصم المضرور من جراء التعسف على أساس المسؤولية التقصيرية، في حين أن نظرية الغش نحو القانون تهدف أساسا على نحو ما سنرى إلى تحقيق نتيجة محددة هي إستبعاد أحكام القانون المختص بناء على ضابط الإسناد المفتعل وتطبيق القانون الذي كان مختصا بحكم النزاع أصلا، والذي سعى الخصم إلى التهرب من أحكامه بتغيير ضابط الإسناد.<sup>(410)</sup>

في حين نجد بعض الفقهاء يؤسسون لنظرية الغش نحو القانون على أساس أنها مظهر من مظاهر فكرة النظام العام، ذلك أن الدفع بالغش نحو القانون والدفع بالنظام العام كل منهما يؤدي إلى نفس النتيجة، وهي إستبعاد القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد.<sup>(411)</sup>

غير أن هذا الرأي واجها انتقادات، وذلك أن فكرة النظام العام تختلف إختلافا أساسيا عن فكرة الغش نحو القانون، فإستبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام يقوم على تعارض مضمون هذا القانون مع الأسس الجوهرية في دولة القاضي، أما إستبعاد القانون الأجنبي بناء على الدفع بالغش فهو يرجع إلى عنصر النية في إستعمال قاعدة الإسناد.<sup>(412)</sup>

ولعل تسليم القضاء الحديث بجواز إعمال الدفع بالغش في حالة التهرب من أحكام القانون المختص وطنيا أم أجنبيا، لخير دليل عن استقلال نظرية الغش عن فكرة النظام العام، ذلك أن ربط فكرة الغش بالنظام العام يستلزم بالضرورة حصر نطاق إعمال الدفع بالغش في الأحوال التي يهدف فيها الشخص إلى الإفلات من الأحكام الموضوعية الأمرة في قانون القاضي دون غيره.<sup>(413)</sup>

<sup>(410)</sup> حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص321.

<sup>(411)</sup> هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص220.

<sup>(412)</sup> سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص679.

<sup>(413)</sup> حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص322.

وعليه فبعد تسليم الفقه والقضاء بإمكانية الدفع بالغش عند تغيير ضابط الإسناد بقصد الإفلات من أحكام القانون المختص ولو كان قانونا أجنبيا، فلم يعد من المقبول بعد ذلك أن يقام الدفع بالغش على فكرة النظام العام.<sup>(414)</sup>

غير أن الفقه الحديث يعترف بالكيان المستقل لنظرية الغش نحو القانون فالدفع بالتحايل لا يقف عند الإطار الضيق،<sup>(415)</sup> لفكرة صورية العقود و الإلتزامات ولا بنظرية التعسف في إستعمال الحق ولا يرتبط من جهة أخرى بفكرة النظام العام وإنما هو تطبيق لمبدأ عام وهو أن "الغش يفسد كل شيء".<sup>(416)</sup>

ويبدو أن المشرع الجزائري قد أتخذ موقفه حول الأساس الذي يرتكز عليه نظرية الغش نحو القانون وحسم أمر بالأخذ برأي الفقه الحديث، وذلك من خلال المادة 24 ف1 ق.م.ج بحيث إعتبرت هذه المادة أساسا قانونيا صريحا للقاضي الجزائري، وبالتالي يمكن القول بأن قاعدة إعمال الدفع بالغش نحو القانون وقائمة بذاتها، ولم تعد تستند إلى أي من النظريات السابقة نظرا لميزاتها وخصوصياتها المتعلقة بها دون غيرها.<sup>(417)</sup>

<sup>(414)</sup> هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص221.

<sup>(415)</sup> سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص679.

<sup>(416)</sup> المرجع نفسه، ص679..

<sup>(417)</sup> أحمد دغيش، المرجع السابق، ص170.

الفرع الثالث: نطاق نظرية الغش نحو القانون.

قديمًا وفي البداية إتجهت أحكام القضاء الفرنسي إلى قصر أعمال نظرية الغش نحو القانون على التهرب فقط من تطبيق أحكام القانون الفرنسي. (418)

وقد أيد جانب كبير من الفقه الفرنسي هذا الإتجاه، ويبدو أن هذا الرأي قد وجد أن التهرب من الأحكام الأمرة في قانون القاضي هو الذي يمس المصالح العامة في دولة القاضي ويبرر بالتالي أعمال نظرية الغش. (419)

ومن جهة أخرى فإن الرأي السالف هو الذي يتفق مع تصوير القانون الأجنبي علما أنه مجرد عنصر من عناصر الواقع، وذلك خلافا للقانون الوطني الذي يتعين على القاضي حماية قواعده الأمرة، بحيث لم يكن في ذلك الوقت معاقبا في القانون الدولي الخاص إلا إذا كان موجها نحو القانون الوطني، والغش نحو القانون الأجنبي لم يكن يثير أي اهتمام. (420)

ولذلك فقد كانت شروط الدفع بالنظرية ثلاث بالإضافة إلى إجراء في ضابط الإسناد وتوفير نية الغش كان يشترط أن يكون القانون موضوع الغش والاحتتيال هو القانون الفرنسي. (421)

و إنتقد الفقه الحديث هذا الإتجاه مؤكدا على العكس ضرورة أعمال نظرية الغش سواء كان المقصود هو التهرب من أحكام القانون الوطني أو كان المقصود هو إفلات من أحكام قانون أجنبي، و أو أصبح قانون القاضي هو المختص بفعل التحول، وهذا ما جعل القضاء الفرنسي يتجه في أحكامه الأخيرة إلى الأخذ بالنظرية سواء في حالة الاحتتيال على القانون الوطني أو على القانون الأجنبي. (422)

(418) سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 686.

(419) هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 218.

(420) حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 319.

(421) سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 686.

(422) المرجع نفسه، ص 686.

بل أكثر من ذلك لم يعد الدفع بالنظرية قاصرا كما كان يرى الفقه والقضاء على الحالات التي تهدف فيها الشخص الإحتيال على القواعد الأمرة في القانون المختص بل أصبح يطال حتى القواعد الإختيارية أو المكملة.<sup>(423)</sup>

أما بالنسبة للفئات التي تطبق فيها فكرة الغش نحو القانون فتعتبر فئة الأحوال الشخصية مجالا رئيسا لتطبيق فكرة الغش نحو القانون، كما هو الحال في الزواج حيث يحتدم الصراع حول القانون الواجب التطبيق نتيجة التباين الشديد بين تشريعات الدول حول هذا الموضوع، لذا فتتكرر كثيرا حالات إستعمال الغش نحو القوانين الشخصية لأطراف العلاقات القانونية بتغيير جنسيتهم كحال الأمثلة السابقة.<sup>(424)</sup>

ويمتد الغش أيضا بدرجة أقل إلى مجالات الحقوق العينية كتغيير محل وجود المال المنقول من إقليم دولة لأخرى، كما يمتد أيضا الغش نحو القانون بنفس الدرجة السابقة إلى مجال العقود كاصطناع عنصر أجنبي في العلاقة الوطنية أصلا، ليتحول إلى عقد له طابع دولي من أجل إخضاعه لقانون دولة أجنبية والإفلات من أحكام القانون الوطني الذي لا يحقق المصلحة الشخصية المرجوة.<sup>(425)</sup>

<sup>(423)</sup> هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 218.

<sup>(424)</sup> أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 170.

<sup>(425)</sup> المرجع نفسه، ص 170.

## المطلب الثاني

### تطبيقات نظرية الغش نحو القانون

يقوم الغش نحو القانون بقيام صاحب المصلحة باعتماد وسائل إحتيالية للتغيير ضابط الإسناد وصولا إلى إستبعاد القانون الواجب التطبيق أصلا لحكم النزاع، وتطبيق قانون آخر أكثر تناسبا ومصالحهم، غير أنه لإعمال الدفع بالغش نحو القانون لا بد من توافر هذه الشروط في الأفعال والتصرفات التي يقوم بها صاحب المصلحة، فمتى توافرت هذه الشروط جاز للقاضي إستبعاد القانون الواجب التطبيق على النزاع المتوصل إليه عن طريق الغش والتحايل وتطبيق القانون المختص بحكم النزاع أصلا، ويترتب على إقرار القاضي وجود غش نحو القانون آثار غير أنه إختلف الفقه حول الآثار المترتبة بين من يقتصر الأثر على منع النتيجة التي يهدف صاحب المصلحة تحقيقها من وراء هذا التحايل، وبين من يجعل الأثر يتعدى ذلك إلى عدم نفاذ الوسيلة المعتمدة في التحايل ونتيجة للأثر المترتب عن الدفع بالغش نحو القانون والمتمثل في إستبعاد القانون المختص بحكم النزاع عن طريق الغش والتحايل هناك من الفقه من قال بأن الدفع بالغش نحو القانون يعتبر تطبيقا من تطبيقات النظام العام.

ونتيجة لذلك كان من الضروري معرفة شروط إعمال نظرية الغش نحو القانون (الفرع الأول)، والآثار المترتبة عن إعمال نظرية الغش نحو القانون (الفرع الثاني)، وأخيرا إستقلالية الدفع بالغش نحو القانون عن الدفع بالنظام العام (الفرع الثالث).

## الفرع الأول: شروط أعمال نظرية الغش نحو القانون.

إتفق الفقه على ضرورة توفر شرطين أساسيين للتمسك بالغش نحو القانون، ويتمثل هذين الشرطين في قيام صاحب المصلحة بأعمال مادية احتيالية تهدف إلى تغيير ضابط الإسناد والذي بدوره يهدف إلى تغيير القانون الواجب التطبيق أصلاً لإحلال قانون آخر محله يتفق وإرادتهم ومصالحهم وهو الركن المادي للغش.<sup>(426)</sup>

وأن يكون القصد من وراء ذلك مقروناً بسوء النية وصولاً إلى نتائج غير مشروعة هي تجنب الأحكام الأمرة في القانون المختص، وهذا هو الركن المعنوي المتمثل في كون الباعث الدافع أصبح هدفاً في ذاته لتغيير ظروف الإسناد، غير أن هناك من الفقه يضيف شروط أخرى،<sup>(427)</sup> غير أنه مختلف حولها بين من يؤيد ضرورة توافر هذه الشروط وبين من يكتفي بالشرطين السابقين فقط، وعليه لا بد من معرفة، (أولاً) الشروط المتفق عليها لإعمال نظرية الغش نحو القانون، (ثانياً) الشروط المختلف فيها لإعمال نظرية الغش نحو القانون.

## أولاً: الشروط المتفق عليها لإعمال نظرية الغش نحو القانون.

أجمع الفقه على ضرورة توافر شرطين أساسيين للدفع بالغش نحو القانون وهما:

**1- إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد: التغيير في الإختصاص التشريعي (الركن المادي للغش)**، بحيث أنه يلزم لإعمال الدفع بالغش نحو القانون أن يكون هناك تغيير في الضابط الذي يتحدد عن طريقه القانون الواجب التطبيق على العلاقة وذلك بفعل الأفراد ويتحقق ذلك في الواقع،<sup>(428)</sup> بالنسبة لضوابط الإسناد القابلة للتغيير أو الإنتقال، أي التي يمكن تغيير أو تعديل الموطن وموقع المال المنقول وإرادة المتعاقدين<sup>(429)</sup>، لذلك فالغش غير مستبعد في هذه الطوائف، حيث يعمد الأطراف إلى إصطناع العنصر الأجنبي في العلاقة

<sup>(426)</sup> الطيب زوتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص261.

<sup>(427)</sup> المرجع نفسه، ص261.

<sup>(428)</sup> جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص224.

<sup>(429)</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق، ص556.

القانونية للإفلات من رقابة قانون القاضي مع أنها علاقة وطنية أو تغيير العنصر الأجنبي كي تصبح وطنية أو يطبق بشأنها قانونا أجنبيا آخر غير القانون الواجب التطبيق عليها أصلا،<sup>(430)</sup> وعلى ذلك فلا مجال للحديث عن التحايل على القانون في الحالات التي لا يكون فيها لفرادة دور في تحديد هذا الضابط الذي يتحدد بموجب القانون الواجب التطبيق، كما هو الحال مثلا بشأن موقع العقار أو مكان وقوع الفعل الضار.<sup>(431)</sup>

لذلك فلا بد من توافر عنصران في التغيير الإرادي لضابط الإسناد.

أ- **يجب أن يكون التغيير سليما:** فيشترط في من غير جنسيته أو موطنه ينبغي أن يكون قد استوفى الشروط المقررة قانونا واكتسب فعلا الجنسية والموطن حسب قانون دولة الجنسية أو الموطن الجديد، فإذا لم يتم تغيير ضابط الإسناد من الناحية الواقعية ولا القانونية، فلا مجال للدفع بالتحايل نحو القانون<sup>(432)</sup>، كذلك لا يمكن الإعتداد بالتغيير السوري، فإذا كان التغيير سوريا فلا مجال للدفع بالغش نحو القانون، ويكفي تطبيق أحكام الصورية المعروفة في القواعد العامة.<sup>(433)</sup>

ب- **يلزم أن يكون التغيير إراديا:** فإذا تم فرض التغيير على الشخص بحكم القانون مثلا كما هو الحال في إكتساب الجنسية كأثر تبعية أو عائلي للجنس أو الزواج، أو وقع بصفة عفوية أو عرضية فلن يتوافر مبرر للدفع بالتحايل نحو القانون.<sup>(434)</sup>

## 2- التحايل على القانون (الركن المعنوي للغش): لا يكفي حصول تغيير ظرف

الإسناد كنتيجة عادية لتغيير عنصر من عناصر العلاقة القانونية، وإنما يجب لتوافر الغش أن يصبح تغيير القانون المختص هدفا في ذاته القصد من وراءه هو تجنب الأحكام الأمرة

<sup>(430)</sup> الطيب زوتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص262.

<sup>(431)</sup> عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص109.

<sup>(432)</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق، ص556.

<sup>(433)</sup> عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص110.

<sup>(434)</sup> جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص226.

في القانون الواجب التطبيق بمعنى أن الباعث الدافع لتغيير ظرف الإسناد الإرادي أضحي هدفا عوض أن يكون وسيلة كتغيير الجنسية أو الموطن أو تحويل المنقول،<sup>(435)</sup> وعليه فلا مجال للدفع بالغش نحو القانون، إذا إنتفت نية الغش في نقل الإختصاص من قانون إلى آخر لدى صاحب المصلحة لا يوجد مجال للأخذ بفكرة الغش نحو القانون، وعليه يجب أن تتوجه إرادة صاحب المصلحة نحو قصد التحايل على إختصاص القانون الواجب تطبيقه كهدف مباشر لتغيير ظروف الإسناد بقصد نقل منه إلى قانون آخر أنفع له،<sup>(436)</sup> ويتم إكتشاف نية الغش من خلال ظروف الدعوى وملابساتها فمن القرائن الأساسية التي يتم اعتمادها للكشف عن نية التحايل على القانون التلازم الزمني بين تغيير ضابط الإسناد وبين القيام بالعمل المراد إخضاعه للقانون الجديد، هروبا من أحكام القانون المختص أصلا،<sup>(437)</sup> وعليه فإن التثبيت من عنصر الغش نحو القانون في تغيير ظروف الإسناد مسألة متروكة لتقدير قاضي الموضوع.<sup>(438)</sup>

### ثانيا: الشروط المختلف فيها فقها لإعمال نظرية الغش نحو القانون.

وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

#### 1- حصول الغش نحو قانون القاضي.

إستقر الفقه والقضاء خلال فترة طويلة على حصر تطبيق نظرية الدفع بالغش على الأوضاع التي يكون فيها الغش واقعا على قانون القاضي، أما بالنسبة لنصوص التي يكون فيها الغش واقعا على القانون الأجنبي فلا يرى أنصار هذا الرأي أي مجال لإعمال فكرة الغش فيها وأساسهم في ذلك هو وظيفة القاضي في الدولة هي كفالة تطبيق القانون الوطني

<sup>(435)</sup> الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص265.

<sup>(436)</sup> غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القاضي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ك1، ط5، دار وائل، عمان، الأردن، 20، ص256.

<sup>(437)</sup> عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص111.

<sup>(438)</sup> غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القاضي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص256.

وليس الأجنبي،<sup>(439)</sup> وهذا ما كان ينادي به الفقهاء وعمل به القضاء في فرنسا منذ البداية، لكن بعد سنة 1961 حكم القضاء الفرنسي بإبطال كل العقود المشتملة على الغش نحو القوانين الأجنبية في 07 مارس 1961، وتوالت بعدها الأحكام القضائية المقررة لنفس الحكم،<sup>(440)</sup> وأخيرا خرج المشرع الجزائري عن صمته فيما يتعلق بهذا الشرط، وقرر صراحة من خلال المادة 24 / 1 ق.م.ج إثر التعديل الأخير لهذا القانون مسابرتة للقضاء الفرنسي الحديث بأن أجاز إعمال الدفع بالغش نحو القانون بصورة عامة دون أن يربط جواز الدفع بهذه القاعدة لصالح القانون الجزائري فقط، بل يشمل مصطلح "نحو القانون" في لغة تفسير النصوص القانونية كل القوانين، سواء تعلق الأمر بقانون القاضي أم كان قانونا أجنبيا.<sup>(441)</sup>

وقد إستقر الفقه والقضاء الحديث على سلامة الدفع بالغش نحو القانون المختص سواء كان وطنيا أو أجنبيا، على أساس أن الفكرة الخلفية للغش تتحقق في الحالتين معا ومن الواجب على الدول أن تتعاون في هذا الميدان ولا ينبغي للقضاء أن يحمي مرتكبي الغش مهما كانت نواياهم.<sup>(442)</sup>

## 2- أن يتم الغش نحوز القانون على نصوص أمرة.

سار الأمر في بادئ أعمال هذا الدفع إتجاه على حصر نطاق الغش نحو القانون على الحالات التي يكون التحايل فيها على القواعد الأمرة وقد أخذ بهذا الإتجاه الفقيه "فيدال" لكنه وحسب رأيهم القواعد المكملة لا يمكن تصور التهرب من أحكامها، ذلك لأن المشرع قد خول للأفراد حرية الخروج عليها.<sup>(443)</sup>

<sup>(439)</sup> خالد شويرب، المرجع السابق، ص 86.

<sup>(440)</sup> أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 168.

<sup>(441)</sup> المرجع نفسه، ص 168.

<sup>(442)</sup> الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 267.

<sup>(443)</sup> خالد شويرب، المرجع السابق، ص 87.

لكن أغلب الفقهاء لا يفرقون بين هذه القواعد في خضوعها لقاعدة إعمال الدفع بالغش نحو القانون حتى أن الغش في القواعد المكملة يسهل ارتكابها لأن المتعاقدين يملكان مسبقاً رخصة الإتفاق على مخالفتها، ولهذا يجوز للأفراد ممارسة حرية الإختيار المخولة قانوناً لهم في مجال العقود الدولية للتوصل إلى إخضاع العقد لقانون لا يستجيب لطبيعة العلاقة ولا تربطه بالعقد أية صلة من أجل تحقيق مصلحة ذاتية للمتعاقدين.<sup>(444)</sup>

ويبدو أن المشرع الجزائري لا يأخذ بهذا الشرط ويجيز قاعدة الدفع بالغش نحو القانون مطلقاً سواء تعلق الأمر بالتهرب من أحكام القواعد المكملة، والدليل على ذلك ما أورده المادة 18 / 1ق.م.ج، التي قررت بالأولية تطبيق القانون المختار من المتعاقدين على الإلتزامات التعاقدية بشرط أن يكون تطبيق القانون المختار من المتعاقدين أو بالعقد والمستقر عليه، فقها وقضاءً أن هذه الحالة تعتبر إحدى صور الغش نحو القانون التي يستوجب إعمال الدفع بالغش نحو القانون.<sup>(445)</sup>

وما يلاحظ على نص المادة 1/18 ق.م.ج<sup>(446)</sup> أنها قاعدة مكملة وليست أمره، ودليل على ذلك أن المشرع يجيز للأطراف الإتفاق على مخالفتها ما لم يقترب ذلك بالغش نحو القانون من طرفهم.<sup>(447)</sup>

### 3- إعتبار الدفع بالغش نحو القانون وسيلة احتياطية.

حيث يتم التمسك به في حالة ما إذا كانت المخالفة المترتبة عنه هي مخالفة غير مباشرة للقانون المراد الإفلات من أحكامه، لأنه إذا كانت المخالفة مباشرة ضد إحدى قواعد الإسناد

<sup>(444)</sup> أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 167.

<sup>(445)</sup> المرجع نفسه، ص 167.

<sup>(446)</sup> "يسرى على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد..."، أمر رقم 57-58 يتضمن القانون المدني، معدل متمم، المرجع السابق.

<sup>(447)</sup> أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 167.

فيتم إستعمال الدفع الأصلي المناسب لهذه الحالة لإستبعاد الآثار المحققة في ظل القانون الأجنبي المطبق في الخارج دون حاجة للجوء إلى الدفع بالغش نحو القانون.<sup>(448)</sup>

### الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن إعمال نظرية الغش نحو القانون.

إختلفت الآراء الفقهية وتعددت حول الآثار المترتبة عن نظرية الغش نفاذ النتيجة التي يهدف الأفراد إلى تحقيقها من جراء تغيير ضابط الإسناد وهنا يتحقق التحايل عبر تغيير في واقعه مادية،<sup>(449)</sup> غير أن هناك من الفقه من يوسع من نطاق الأثر فيجعل الجزاء يمتد ليطول فوق ذلك الوسيلة التي لجأ إليها الشخص لبلوغ النتيجة غير المشروعة التي قصدتها وهنا يتحقق التحايل عبر تغيير في شكل العمل القانوني.<sup>(450)</sup>

ولهذا فمن الضروري التفرقة بين هاتين الحالتين:

### أولاً: أثر التحايل على القانون الذي يتخذ فيه التغيير شكل واقعة مادية.

يتحقق الغش عن طريق التغيير في شكل واقعة مادية، كأن يتم تغيير موقع المنقول من دولة إلى دولة أخرى بقصد التهرب من الأحكام الأمرة لقانون دولة الموقع الأول بالنسبة للحق العيني المترتب على المال.<sup>(451)</sup>

وعليه يقتصر أثر الدفع بالتحايل على القانون على النتيجة فحسب، فلا يعتد بها إطلاقاً، أما الوسيلة فتبقى سليمة ومرتبطة لآثارها كافة لأنه من غير المقبول إعتبار الوسيلة كأنها لم تكن، وصرف النظر عن الواقعة المادية المتمثلة في انتقال المنقول إلى الموقع الجديد، ورفض ترتيب أي أثر على هذا الانتقال.<sup>(452)</sup>

<sup>(448)</sup> أحمد دغيش، المرجع السابق، ص169.

<sup>(449)</sup> عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 2004، ص510.

<sup>(450)</sup> المرجع نفسه، ص510.

<sup>(451)</sup> سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص688.

<sup>(452)</sup> عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص187.

والقول بغير ذلك ينطوي على إنكار لحالة واقعية ثابتة مفادها أن المنقول أصبح موجودا في موقعه الجديد، وطالما أنه لا يمكن تجاهل واقعة نقل المنقول إلى مكانه الجديد فإنه من المنطقي أن يقتصر أثر الدفع بالتحايل في الوضع الأول على النتيجة فحسب، فلا يعتد بها لكن الوسيلة تبقى سليمة ومرتبنة لأثارها كافة.<sup>(453)</sup>

غير أنه يمكن الإعتداد بالموقع الجديد خارج هذه الحدود كما لو إستجد أمام القضاء بعد ذلك نزاع يتعلق بما أصاب هذا المنقول من تلف نتيجة لخطأ الغير فقانون الموقع الفعلي الذي حدث فيه الضرر هو الذي يحكم المسؤولية التقصيرية.<sup>(454)</sup>

### ثانيا: أثر التحايل الذي يتخذ فيه التغيير شكل العمل القانوني.

يتحقق الغش عن طريق تغيير شكل العمل القانوني عن طريق التجنس بجنسية دولة معينة والمثال على ذلك قضية الأميرة (دي بوفرمون) السالفة الذكر،<sup>(455)</sup> بحيث يرى أصحاب هذا الإتجاه أن أثر الغش هنا لا يقتصر على عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني للأميرة وفقا لقانون جنسيتها الألمانية وهي الوسيلة التي لجأت إليها الأميرة للوصول إلى الطلاق من زوجها الأول.<sup>(456)</sup>

وعليه فحسب هذا الرأي أن الأثر الناتج عن الغش لا يتناول فقط عدم نفاذ النتيجة التي يهدف الشخص إلى تحقيقها من وراء تغيير ضابط الإسناد بل أنه يتناول أيضا الوسيلة التي لجأ إليها الشخص للوصول إلى النتيجة غير المشروعة أي عدم سرعان وسيلة التحايل.<sup>(457)</sup>

<sup>(453)</sup> عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص188.

<sup>(454)</sup> عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص51.

<sup>(455)</sup> المرجع نفسه، ص511.

<sup>(456)</sup> سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص687.

<sup>(457)</sup> المرجع نفسه، ص687.

وعليه إبطال الإجراء الذي تم به لم يكن مشروعاً، ومن ثم يتعين عدم إعتداد القاضي به، ذلك أن إقتصار الأثر على إبطال النتيجة التي أراد الأفراد تحقيقها دون الوسيلة من شأنه أن يخلق أوضاعاً قانونية تنتج آثاراً متناقضة.<sup>(458)</sup>

ويبدو أن غالبية الفقه والقضاء لا يقبل هذا الرأي، والذي يقتضون أثر الغش على عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي قصدتها الشخص عند قيامه بتغييرها ضابط الإسناد المتمثل بالجنسية حسب المثال، فالنتيجة وحدها تعد غير مشروعة أما الوسيلة فقد تمت بصورة سليمة ولا تتطوي على أي مخالفة للقانون، وترتبط على ذلك يرى أهل هذا الرأي أنه إذا تجنس مثلاً بجنسية أجنبية ليتمكن من التظليل فإن أثر التحايل يكون لعدم الإعتداد بالطلاق الحاصل وفقاً للقانون الجديد، دون المساس بالتجنس الذي تم صحيحاً.<sup>(459)</sup>

### الفرع الثالث: إستقلالية الغش نحو القانون عن فكرة النظام العام.

أدى التشابه الكبير الموجود بين الدفع بالغش نحو القانون والدفع بالنظام العام بجانب من الفقه إلى تبني فكرة أن الدفع بالغش نحو القانون ما هو إلا تطبيق من تطبيقات النظام العام، كما سبق الذكر إلا أنه وبرغم من حقيقة وجود تشابه كبير بين الدفعين إلا أنهما يختلفان عن بعضهما البعض في العديد من النقاط والمسائل الجوهرية لذلك كان من الضروري التمييز بين الدفع بالغش نحو القانون والدفع بالنظام العام.

### أولاً: أوجه التشابه بين الدفع بالغش نحو القانون والدفع بالنظام العام.

يعد الدفع بالتحايل على القانون والدفع بالنظام العام وسيلتين فئيتين لإقصاء القانون الأجنبي واجب التطبيق، وكلاهما ليست وسيلة فنية "عادية" بل "استثنائية" لذلك الإقصاء

<sup>(458)</sup> عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 512.

<sup>(459)</sup> عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 189.

فلا يلجأ إليها القاضي ابتداءً، بل كعلاج أخير لا مفر منه، أو علاج احتياطي في مواجهة القانون الأجنبي.<sup>(460)</sup>

أضف إلى ذلك أن هدفهما واحدة، وهي درأ المساس بالأسس التي يقدم عليها مجتمع دولة القاضي، والمتمثل في خصوص التحايل على القانون، فضلا عن مخالفة الأخلاق العامة التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني في إهدار الاعتبارات التي يقوم عليها التنازع،<sup>(461)</sup> وأخيرا فإن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في وزن وتحدي شروط كل من الدفعين، وذلك لانعدام المعيار الدقيق لفكرة التعارض مع مقتضيات النظام العام، أوللتثبيت من نية الغش لدى الأطراف.<sup>(462)</sup>

**ثانياً: أوجه الاختلاف بين الدفع بالغش نحو القانون والدفع بالنظام العام.**

رغم وجود تشابه كبير بين الدفع بالغش نحو القانون والدفع بالنظام العام إلى أن هناك العديد من الفروق الجوهرية بينهما، وهو الأمر الذي يؤكد على وجود إختلاف بينهما وعلى إستقلالية الدفع بالغش نحو القانون عن الدفع بالنظام العام.

فمن جهة الدفع بالغش نحو القانون يهدف إلى منع التحايل والتهرب من تطبيق القانون واجب التطبيق، سواء كان وطنياً أم أجنبياً، أما الدفع بالنظام العام فالهدف منه هو تطبيق قانون دولة القاضي، وبصفة خاصة القواعد الأمرة في هذا القانون.

من جهة ثانية الدفع بالغش نحو القانون يكون موجهاً للوسيلة التي يلجأ إليها الأفراد من أجل إستبعاد القانون المختص أصلاً بحكم النزاع والذي تم إستبعاده بإرادة الأطراف غشا وعن طريق التحايل وليس من قبل القاضي، بينما يكون الدفع بالنظام العام موجهاً لمضمون

<sup>(460)</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق، ص 546.

<sup>(461)</sup> المرجع نفسه، ص 547.

<sup>(462)</sup> جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 236.

القانون الأجنبي المختص الذي تم إستبعاده من قبل القاضي بسبب تعارضه مع المبادئ والأسس العامة لقانون القاضي.<sup>(463)</sup>

من جهة ثالثة الأثر المترتب عن الدفع بالغش نحو القانون هو عدم الإعتراف بالنتيجة المتوصل إليها من قبل الأطراف وهي نقل الإختصاص بحكم النزاع إلى قانون آخر أكثر تناسبا ومصالحهم عن طريق الغش والتحايل، أما الأثر المترتب عن الدفع بالنظام العام هو إستبعاد القانون الأجنبي المختص أصلا بحكم النزاع وفقا لقواعد الإسناد الوطنية لمخالفتها للنظام القانوني لدولة القاضي.<sup>(464)</sup>

وأخيرا يلاحظ أن التمسك بالدفع بالتحايل يكون عادة في مرحلة نفاذ الحق أو المركز القانوني والاحتجاج به، ويترتب عليه عدم جواز الإدعاء بإحترام حق مكتسب، حيث يقضي ببطلان كل ما تم بناء على الغش،<sup>(465)</sup> أما أعمال بالدفع بالنظام العام يكون في مرحلة إنشاء العلاقة أو المركز القانوني في دولة القاضي، أما بالنسبة للمراكز القانونية التي تم إنشاؤها في الخارج فإن أثر النظام العام يكون مخففا وأحيانا منعدما.<sup>(466)</sup>

<sup>(463)</sup> جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 637.

<sup>(464)</sup> غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القاضي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 255.

<sup>(465)</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق، ص 548.

<sup>(466)</sup> جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 638.

## المبحث الثالث

## دور المحكم في إستبعاد قانون الإرادة

الأصل في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي يعود لإرادة الأطراف، غير أنه يمكن للأطراف إغفال مسألة إختيار القانون الواجب التطبيق، أو حدوث خلاف بينهما عن القانون الواجب التطبيق، بحيث أن كل طرف يهدف إلى تطبيق القانون الذي يخدم مصالحه الخاصة، وهو الأمر الذي يستدعي تدخل المحكم الدولي لمحاولة إيجاد الحل الأنسب لحكم العلاقة التعاقدية.

مع تطور المعاملات التجارية الدولية أضى المحكم يتمتع باستقلالية واسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، نظرا للسلطات الواسعة المخولة له في ظل التحكيم المؤسسي في إيجاد الحل المناسب الذي يحكم العلاقة التعاقدية. بل أكثر من ذلك ففي ظل هذه الصلاحيات والإستقلالية التي يتمتع بها المحكم أصبح للمحكم الدولي سلطة إستبعاد قانون الإرادة وتطبيقه القانون الذي يراه أكثر ملائمة لحكم موضوع النزاع وحماية لفكرة النظام العام الدولي الحقيقي.

وعليه من خلال هذا المبحث يتم التطرق لحرية المحكم الدولي في إستبعاد قانون الإرادة على موضوع النزاع (المطلب الأول)، وفكرة النظام العام الدولي الحقيقي (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

## حرية المحكم في إستبعاد قانون الإرادة على موضوع النزاع

نظرا لتطورات الملحوظة في مجال التجارة الدولية، والتعقيدات والعوائق التي يواجهها المتعاملين الإقتصاديين في مجال التجارة الدولية، فغالبا ما يلجأ هؤلاء المتعاملين إلى الهيئات التحكيمية أو المراكز التحكيمية الدولية الدائمة لفض النزاعات القائمة بينهم على موضوع النزاع، نظرا للميزات التي تتمتع بها هذه الهيئات والمراكز التحكيمية من تطور وسرعة في الفصل في النزاع المعروض عليها بناء على أسس عقلانية مجردة تبحث من خلالها عن الحل الأنسب والأكثر موضوعية لحل النزاع، بعيدا عن أي قانون وطني معين خاصة أمام النقص الذي يعترى القوانين الوطنية وعدم مواكبتها للتطورات الحاصلة في مجال التجارة الدولية لاسيما قوانين الدول النامية<sup>(467)</sup>.

ولهذه الأسباب وغيرها فقد توسع دور المحكم الدولي لاسيما في ظل نظام التحكيم المؤسسي الحديث، حيث أصبح المحكم يتمتع باستقلالية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من خلال إعماله على القواعد المتعارف عليها في مجال التجارة الدولية، متمثلة في الأعراف والعادات السائدة في مجال التجارة الدولية، بالإضافة إلى المبادئ العامة للقانون أو المبادئ المشتركة للأمم المتحدة، والتي تعرفها مختلف الأنظمة القانونية.

فمن خلال هذا المطلب يتم التطرق لدور المحكم الدولي في إستبعاد قانون الإرادة من خلال إعماله لعادات وأعراف التجارة الدولية (الفرع الأول)، و إستبعاده لقانون الإرادة من خلال إعماله للمبادئ العامة للقانون (الفرع الثاني).

<sup>(467)</sup> ZAALANI Abdelmadjid, « L'intervention des personnes publiques et para publique dans l'arbitrage international commercial (point de vue du droit Algérien », RASJEP n° 03, Alger, 1997, p 896 .

## الفرع الأول: في تطبيق المحكم للعادات والأعراف التجارية الدولية.

تعتبر العادات والأعراف مصدرا من مصادر القانون لاسيما في مجال التجارة الدولية، حيث تعتبر الأعراف المصدر الأول لصياغة قانون التجارة الدولية، والذي يعرف بمنشأه العرفي على أنه قانون عرفي يرجع مصدره للأعراف السائدة بين التجار في مجال التجارة الدولية.

يقصد بالأعراف هو تكرار الأفراد لسلوك معين في مسألة معينة لفترة زمنية معينة مع الشعور بالزاميته وضرورة إحترامه.

باعتبار العادات والأعراف التجارية مصدرا أساسيا لقانون التجارة الدولية، فغالبا ما يعتمد المحكم عليها من أجل الفصل في النزاع المعروض عليه من قبل الأطراف واجتنباه لمسألة تنازع القوانين.

نتيجة لتوسع دور المحكمين لاسيما في ظل النظام المؤسسي الحديث أوفي إطار مراكز التحكيم الدائمة، فقد أصبح المحكم يتمتع بسلطة كبيرة وبنوع من الإستقلال في البحث عن القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليه وإيجاد الحل الموضوعي المناسب له والأكثر ملائمة له من الناحية الواقعية وبعيدا عن القوانين الوطنية، وذلك من خلال تكريس العادات والأعراف التجارية الدولية المعروضة في مجال التجارة الدولية وغير المطبقة في التشريعات الوطنية. (468)

وتأكيدا على ذلك يرى جانب من الفقه أن "سلطة المحكم في تطبيق الأعراف التجارية ليست محلا للجدال". (469)

(468) ليلي كراش، المرجع السابق، ص 177.

(469) نقلا عن: محمد جارد، المرجع السابق، ص 169.

يضيف جانب من الفقه أن "اللجوء إلى الأعراف التجارية يجب أن يكون أمرا عاديا وأوتوماتيكيا في الوظيفة التحكيمية فيما يخص النزاعات الدولية".<sup>(470)</sup>

بل أكثر من ذلك يرى الفقيه "لوسوارن" بأن "العادات والأعراف التجارية الدولية تشكل المصدر الأساسي للمحكم مما ينبغي معه إسناد العقد الدولي إلى هذه القواعد التجارية الدولية التي تشكل نظاما قانونيا له صفة الإلزامية".<sup>(471)</sup>

كما دعم الفقيه "Derrains" هذا الموقف حيث يرى أن "الأعراف وعادات التجارة الدولية تعتبر بمثابة نظام قانوني مختص، يمكن أن يستند إليه العقد الدولي أسوة بإسناده إلى نظام وطني على حد سواء".<sup>(472)</sup>

مما سبق نستنتج أن الفقه يجمع على اعتبار العادات والأعراف التجارية، مصدرا أساسيا لقانون التجارة الدولية، ويجمع على إمكانية لجوء المحكم للعادات والأعراف التجارية الدولية، وخاصة في ظل ما يتمتع به المحكم من حرية في محاولة إيجاد القانون الأنسب لحل النزاع المعروض عليه، حيث يجد نفسه مضطرا في بحثه عن حل النزاع باللجوء إلى عادات وأعراف التجارة الدولية، بعيدا عن القوانين الوطنية وبالتالي إجتناح المحكم لمشكلة تنازع القوانين والتخلص من تعقيداتها في مجال التجارة الدولية.<sup>(473)</sup>

بل أكثر من ذلك فإن الفقه عن تبنيه لموقفه هذا، إعتبر رضا أطراف النزاع غير ضروري في تطبيق العادات والأعراف التي اختارها المحكم، وعدم اشتراط تضمينه للوائح

<sup>(470)</sup> نقلا عن: ليلي كراش، المرجع السابق، ص 177.

<sup>(471)</sup> نقلا عن: محمد جارد، المرجع السابق، ص 169.

<sup>(472)</sup> نقلا عن: المرجع نفسه، ص 169.

<sup>(473)</sup> كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، حتمية التحكيم وحتمية التجارة الدولية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1991، ص 152.

التحكيمية كذلك صراحة، ذلك أن هذا الإختيار ينبثق من السلطة التي يتمتع بها المحكم في تطبيقه لعادات وأعراف التجارة الدولية على موضوع النزاع.<sup>(474)</sup>

غير أن لوائح هيئات التحكيم الدولي، وكذلك الإتفاقيات الدولية الخاصة بهذا النظام على أنه "يجب على المحكم أن يراعي في كل الأحوال أحكام العقد وعادات التجارة الدولية في خصوصية النزاع".<sup>(475)</sup>

ولمعرفة كيفية إمكانية المحكم لإستبعاد قانون الإدارة وتطبيقه لعادات وأعراف التجارة الدولية، عن طريق مصادر العادات والأعراف التجارية والمتمثل في العقود النموذجية (أولاً)، والتطرق للأسباب التي تدفع بالمحكم للجوء لعادات وأعراف التجارة الدولية على موضوع النزاع (ثانياً).

#### أولاً- مصادر العادات والأعراف التجارية الدولية.

تجد العادات والأعراف التجارية الدولية مصدرها في الشروط العامة للعقود النموذجية أو ذات الشكل النموذجي "contrats tups"، والتي هي من صنع وعمل المتعاملين في المجال حيث ترتبط الشروط العامة لهذه العقود بإرادة الأطراف وأهدافهم بحيث يهدفون من خلالها إلى التهرب من أحكام القوانين الوطنية والتي قد تكون تتعارض مع مصالحهم ولا تتلاءم وضرورات التجارة الدولية، وعليه فإن الشروط العامة للعقود النموذجية تعتبر عن واقع مهني أوتعاوني يربط بين المتعاملين بهذه العقود، ولا يمد بصلة لقانون دولة ما أودول معينة، وتستمد قواعدها من نصوص العقد ذاته وليس من تشريعات دولة، ولا من معاهدة دولية معينة.<sup>(476)</sup>

<sup>(474)</sup> محمد جارد، المرجع السابق، ص 170.

<sup>(475)</sup> كمال إبراهيم، المرجع السابق، ص 157.

<sup>(476)</sup> المرجع نفسه، ص 153.

وعليه فإن العقود النموذجية لها دور بارز في إستبعاد قانون الإرادة على موضوع النزاع، عند عرض النزاع على التحكيم، والتي غالباً ما تحدد القانون الذي يحكم النزاع والذي يكون في الأغلب القانون الوطني مثل العقود النموذجية الخاصة بتجارة الحبوب والتي صدرت عن "جمعية لندن لتجارة الحبوب" **London corntrade association** والتي يحكمها إما القانون الإنجليزي أو عقود عرفية أو قواعد ذات طابع مهني تبعا لإختلاف نوع السلع، أو قد تحدد اللوائح أو الهيئات التحكيمية الدائمة القواعد التي تحكم المنازعات المتعلقة بهذه القواعد والتي يتعين على الأطراف اللجوء إليها في بعض الأحيان.<sup>(477)</sup>

ثانياً: أسباب لجوء المحكم إلى تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية على موضوع

النزاع.

يلجأ المحكم الدولي لتطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية متى تبين له استحالة تطبيق قانون معين على موضوع النزاع، سواء كان السبب في ذلك نقص في العقد محل النزاع، أو بسبب سكوت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع، أو بسبب تعارض موقف أطراف المنازعة وعدم إمكانية تحديد قانون معين لحكم النزاع<sup>478</sup>، كتشبت كل طرف في المنازعة بتطبيق قانون دولته، الأمر الذي يدفع بالمحكم للبحث في عادات وأعراف التجارة الدولية كأساس للحكم في موضوع النزاع.<sup>(479)</sup>

يلجأ المحكم إلى تطبيق هذه القواعد على موضوع النزاع، كنتيجة لاستنتاج المحكم أن لجوء الأطراف إلى مراكز التحكيم الدائمة كعرض الأطراف النزاع على غرفة التجارة الدولية

<sup>(477)</sup> ليلي كراش، المرجع السابق، ص 178.

<sup>(478)</sup> **KASSIS Antoine** : L'autonomie de l'arbitrage commercial international, Ed L'HARMATTAN, Paris, 2006, p 12

<sup>(479)</sup> كمال إبراهيم، المرجع السابق، ص 158.

بدلاً من القضاء يكون بذاته معبراً عن رغبة الأطراف ترك الحرية للمحكم لحسم النزاع المعروف عليه وفقاً لعادات وأعراف التجارة الدولية.<sup>(480)</sup>

يتم أعمال عادات وأعراف التجارة الدولية كنتيجة مباشرة لإستبعاد المحكم لأحكام القانون الوطني المختص لمخالفتها للنظام العام بمفهومه الدولي، مثلما هو الأمر في منازعات التجارة المتعلقة بالاعتمادات المالية وتحويل العملة، حيث تصبح عادات وأعراف التجارة الدولية هي المصدر الوحيد لأحكام التجارة الدولية.<sup>(481)</sup>

مما سبق نصل إلى أن المحكم الدولي أصبح يتمتع بسلطات واسعة في ظل النظام المؤسسي الحديث وإستقلالية واسعة في إستبعاد قانون الإرادة، وتطبيقه للقواعد أو القانون الأكثر موضوعية والأنسب لحل النزاع المعروف عليه، وهو الأمر الذي أدى إلى تضيق من نطاق قانون الإرادة، وإمكانية إستبعاده من قبل المحكم الدولي، الذي أصبح دوره يشبه إلى حد كبير دور القاضي الوطني في ظل التحكيم المنظم.<sup>(482)</sup>

غير أنه ورغم هذه الحرية التي يتمتع بها المحكم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وحرية تطبيقه لعادات وأعراف التجارة الدولية عليه، فهي حرية غير مطلقة، فعلى المحكم في محاولة إيجاده لحل لنزاع المعروف عليه أن يلتزم بحدود:

فيشترط لاقتران التحكم بالأعراف كطريق لحل النزاع، أن ينتمي طرفا الخصومة لنفس الوسط المهني أو المجال التجاري الذي يدور النزاع فيه ويشترط كذلك على المحكم الذي يطبق هذه الأعراف أن يكون هو الآخر منتمياً شخصياً لنفس الوسط أو المجال، وإذا كان

<sup>(480)</sup> محمد جارد، المرجع السابق، ص 170.

<sup>(481)</sup> كمال إبراهيم، المرجع السابق، ص 159.

<sup>(482)</sup> JAROSONNE Charles, la notion d'arbitrage, LGDJ, Paris, 1987, p 372.

المحکم لا ينتمي لهذا الوسط الذي يدور النزاع في حقله فلا بد عليه أن يتأكد من الخصوم أو من غيرهم عن وجود القاعدة العرفية التي يريد تطبيقها. (483)

كذلك يشترط على المحكم في تطبيقه لعادات وأعراف التجارة الدولية أن يحترم النصوص الواردة في الإتفاقيات الدولية الملزمة، كما يقع عليه التزام بإحترام النظام العام بمفهومه الدولي، عند إعماله للعادات وأعراف التجارة الدولية. (484)

كذلك يشترط على المحكم من أجل ضمان تنفيذ حكم التحكيم في البلد الذي يرجح تنفيذ حكم التحكيم فيه، أن يحترم القواعد الآمرة بما في ذلك النظام العام للبلد محل تنفيذ الحكم التحكيمي، وإلا كانت النتيجة هي عدم قابلية تنفيذ الحكم التحكيمي. (485)

### الفرع الثاني: تطبيق المحكم لمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص.

إذا كانت قواعد عادات وأعراف التجارة الدولية تعتبر بالنسبة للمحكم الدولي بمثابة قانون القاضي، في حالة عدم التصريح الصريح أو الضمني لأطراف النزاع عن القانون الذي يحكم موضوع النزاع<sup>(486)</sup>، فإن المحكم الدولي كثيرا ما يستعين بالمبادئ العامة للقانون لحل النزاع المعروض عليه، التي تعتبر عاملا مشتركا لمعظم الأنظمة القانونية،<sup>(487)</sup>

وعليه ونظرا للحرية التي يتمتع بها المحكم الدولي لاسيما في إطار هيئات التحكيم المنظم الدولي، في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وإستبعاده للقوانين الوطنية أو قانون الإرادة والتي يمكن أن يشوبه نقص أو عدم ملاءمتها والتطورات الحاصلة على مستوى التجارة الدولية.

(483) محمد جارد، المرجع السابق، ص 171.

(484) المرجع نفسه، ص 172.

(485) المرجع نفسه، ص 172.

(486) كمال إبراهيم، المرجع السابق، ص 160.

(487) المرجع نفسه، ص 174.

يجد المحكم الدولي نفسه مضطراً لتطبيق "المبادئ العامة في القانون" أو "المبادئ المشتركة للأمم المتحدة"، باعتبارها قانون القاضي، غير أن التطبيق الصحيح والسليم لمثل هذه المصطلحات يقف على مدى ثقافة المحكم القانونية وقدراته الذهنية في التحليل المقارن لمختلف القوانين الوطنية وقدرته على إستخلاص هذه المبادئ، ومن خلال قناعاته أيضاً في تطابق هذه المبادئ العامة أو المشتركة أو قواعد القانون مع الحكم الذي توصل إليه في موضوع النزاع.<sup>(488)</sup>

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ: "Fouchard" أن: "اتجاه المحكمين نحو تسبيب أحكامهم استناداً إلى التدلل القانوني المجرد، بعيداً عن القواعد الوطنية الصادرة من الأجهزة التشريعية للدول المختلفة كان من أهم الأسس الجوهرية التي أدت إلى إرساء المبادئ العامة".<sup>(489)</sup>

ولمعرفة المبادئ العامة للقانون كان من الضروري التطرق لنقطتين أساسيتين: مضمون المبادئ العامة للقانون (أولاً)، وتكييف المبادئ العامة للقانون (ثانياً)، وتطبيقات المبادئ العامة في الدول العربية (ثالثاً).

#### أولاً: مضمون المبادئ العامة للقانون.

تعتبر المبادئ العامة من المصادر التي يلجأ إليها المحكم الدولي في المنازعات المعروضة عليه في مجال التجارة الدولية، في حالة عدم كفاية عناصر العقد أو الإتفاقية المنظمة للعقد أو القانون الواجب التطبيق أو عدم مسابقتها لتطورات الحاصلة في مجال التجارة الدولية، ويندرج تحت المبادئ العامة للقانون مصطلحات كثيرة منها: المبادئ

<sup>(488)</sup> كمال إبراهيم، المرجع السابق، ص 162.

<sup>(489)</sup> محمد جارد، المرجع السابق، ص 174.

القانونية المشتركة بين الأمم المتحضرة أو المتمدينة" أو "القانون الطبيعي الجديد"<sup>(490)</sup>، ومن أهم المبادئ المعروفة في مجال التجارة الدولية (القوة الملزمة للعقد، العقد شريعة المتعاقدين، مبدأ الدفع بعدم التنفيذ، مبدأ إحترام الحقوق المكتسبة، مبدأ تنفيذ العقد بحسن النية، تفسير العقد وفقا للإرادة المشتركة، مبدأ توازن الأداءات العقدية ومراعاة تغيير الظروف، مبدأ التعاون لمواجهة تغيير الظروف... إلخ).

غير أنه من الصعب حصر وتحديد مضمون القواعد القانونية المدعي بها في الأمم المتحضرة، بالإضافة إلى حجم التناقضات ونوعها في مجال التجارة الدولية والذي يقع عائقاً أمام تدويلها، بالإضافة إلى الطابع الغامض الذي يميز مصطلحاتها.<sup>(491)</sup>

غير أنه مما لا شك فيه أن هذه المبادئ تتميز بكونها مبادئ عالية التجريد وعمومية، وتعتبر مصدراً من مصادر قانون التجارة الدولية، والذي يجد تطبيقاً في مختلف الأنظمة القانونية، وإن كانت هذه المبادئ لا تقدم حلاً مباشراً للنزاع، فإن المحكم الدولي كثيراً ما يلجأ إليها في تسبيب أحكامه التحكيمية.<sup>(492)</sup>

### ثانياً: تكييف المبادئ العامة للقانون.

إختلف الفقه حول مسألة تكييف المبادئ العامة للقانون، حيث يكتفيها جانب من الفقه على أنها تمثل في مجموعها النظام العام الدولي، لما تتضمنه من مبادئ أساسية لا يمكن للمحكم الدولي تجاوزها وهو يفصل في النزاع المعروض عليه<sup>(493)</sup>، حيث يمكن للمحكم الدولي

<sup>(490)</sup> محمد جارد، المرجع السابق، ص 174.

<sup>(491)</sup> ليلى كراش، المرجع السابق، ص 182.

<sup>(492)</sup> محمد جارد، المرجع السابق، ص 175.

<sup>(493)</sup> المرجع نفسه، ص 175.

تجاهل القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام الداخلي في نسيبه لحكامه، ولا يقف أمام سوى ما يسمى بالنظام العام الدولي. (494)

لذلك فيري الأستاذ: "Eric Loquin" أن: "المبادئ العامة للقانون مثل القانون الوطني لأنها تعتبر قواعد قانون تؤخذ بعين الاعتبار من طرف المتعاملين في حقل التجارة الدولية، وحتى لا تبقى هذه المبادئ مجرد مصطلح سطحي فإن تطبيقها يجب أن يكون ماديا، وهذا لا يمكن إلا بوجود قرارات حكيمية معلنه توضحه". (495)

أما الأستاذ "Goldman" فيرى أن: "المبادئ العامة للقانون لها طابع العادة مثل الأعراف". (496)

ويرى جانب آخر من الفقه أن: "المبادئ العامة للقانون أصبحت حقيقية واقعية لا يمكن تجاهلها في الميدان الدولي، وأن صفتها الدولية أدت إلى جعلها قانونا معدا أساسا لحكم المبادلات التجارية الدولية". (497)

في حين الفقيه: "Derrains" يرى أن: "المبادئ العامة للقانون هي قواعد ذاتية التطبيق بحيث أنها لا تستمد أساسها من إرادة الأطراف وإنما من النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي الذي يضعه العقد الدولي في علاقة مباشرة مع هذه القواعد". (498)

(494) لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 322.

(495) نقلا عن: محمد جارد، المرجع السابق، ص 175.

(496) نقلا عن: المرجع نفسه، ص 175.

(497) نقلا عن: محمد جارد، المرجع السابق، ص 175.

(498) نقلا عن: المرجع نفسه، ص 175.

ثالثاً: تطبيقات المبادئ العامة للقانون في الدول العربية.

لعل أول تطبيق لما يسمى بالقانون الطبيعي الحديث في قرارات التحكيم التجارية تعود إلى النزاع الذي نشأ بين شيخ أبو ظبي وشركة التنمية البترولية المحدودة،<sup>(499)</sup> بالإضافة إلى قضية أرامكو، وأخير " قضية تكساكو"، وهذه القضايا المشهورة كانت بمناسبة العقود الدولية التي يكون أحد أطرافها ينتمي إلى الدول النامية والطرف الآخر ينتمي إلى الدول المتقدمة والذي يمثل في غالبية الأحوال الشركات الأجنبية البترولية.<sup>(500)</sup>

وعليه يتم استعراض هذه القضايا على التوالي:

### 1- قضية شيخ أبو ظبي.

هو النزاع الذي حصل بين شيخ أبو ظبي وبين شركة استثمار الزيت بساحل الصلح البحري "ديلمفلونث ل ث د ثروسيال كواسط" سنة 1951، حيث قرّرت هيئة التحكيم ممثلة في شخص المحكم الورد "أسكويث أوف بيشوبستون" بشأن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي يوجد إتفاق صريح بشأنه بين طرفي العقد حيث تم إستبعاد قانون أبو ظبي وتم تطبيق القانون الإنجليزي على أساس أن هذا الأخير هو الأنسب لحكم موضوع النزاع.<sup>(501)</sup>

حيث إستعمل اللورد "A quith of Bishopstonne" مصطلح القانون الطبيعي الحديث "le nouveau droit naturel" دون أدنى إشارة إلى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، بقوله "إذا كان نظرياً قانون أبو ظبي هو الواجب التطبيق على النزاع، فإرادة الأطراف لا بد

<sup>(499)</sup> ليلى كراش، المرجع السابق، ص 185.

<sup>(500)</sup> فاتح خلاف، المرجع السابق، ص 99.

<sup>(501)</sup> المرجع نفسه، ص 100.

أن تكون قد انصرفت إلى تطبيق المبادئ المشتركة للأمم المتحدة وهي نوع من القانون الطبيعي". (502)

وبضيف قائلاً: "لا يمكن أن نقول باطمئنان بوجود قانون فالشيخ يطبق عدالة تقديرية عن طريق القرآن، ومن الخيال أن ندعي أنه في هذا الإقليم البدائي توجد مجموعة مستقرة من المبادئ القانونية يمكن تطبيقها على تفسير الوثائق التجارية الحديثة، ولكن يجوز تطبيق القانون الإنجليزي باعتبارها جزء من القانون الطبيعي المستقر في الدول المتمدينة". (503)

وعليه فالمحكم يعترف بإختصاص قانون أبو ظبي بحكم موضوع النزاع إلا أنه استعبد قانون الإرادة إعمالاً للمبادئ العامة للقانون على أساس أنها الأنسب لحكم موضوع النزاع.

## 2- قضية أرامكو.

وتتمثل في النزاع الذي ثار بخصوص عقد إمتياز نقل البترول بين حكومة المملكة العربية السعودية وشركة أمريكية تسمى اختصاراً "أراموكو" تقوم فيها الأخيرة بالتنقيب والاستثمار وتسويق البترول المصدر من المملكة حيث قامت الحكومة السعودية بتحويل شركة "ساتكو" حق الأفضلية في نقل البترول لمدة (30) عاماً. (504)

غير أن شركة "أراموكو" اعترضت على مقاعد المملكة العربية السعودية مع شركة "ساتكو"، وعرضت النزاع على التحكيم الدولي للفصل في النزاع، حيث قررت الهيئة التحكيمية إستبعاد قانون الإرادة والمتمثل في كون القانون السعودي هو المختص في حكم موضوع النزاع والذي

(502) ليلي كراش، المرجع السابق، ص 185.

(503) محمد جارد، المرجع السابق، ص 178.

(504) فاتح خلاف، المرجع السابق، ص 100.

يوجد إتفاق صريح بين الأطراف بشأنه، وتطبيقها للمبادئ العامة للقانون والأعراف التجارية المتعارف عليها في مجال البترول.<sup>(505)</sup>

وعليه فالمحكم وصل إلى إستبعاد القانون المطبق على عقد الامتياز وهو القانون السعودي على أساس عدم كفاية القانون السعودي لحكم العلاقات البترولية المعقدة وتطبيقه للمبادئ العامة للقانون والأعراف التجارية الدولية المعروفة في المجال البترولي، من خلال قرار "أرامكو" الصادر في 23 أوت 1958.<sup>(506)</sup>

### 3- قضية تكساكو.

وتتمثل في النزاع الذي قام بين الحكومة الليبية وشركة "تكساكو" والتي تتلخص وقائع القضية هذه القضية في عقد امتياز وقعته الحكومة الليبية مع شركة "تكساكو" بحيث يخضع هذا العقد ويفسر وفقا للمبادئ العامة للقانون الليبي، وفي غياب ذلك فإن عقد الامتياز يخضع ويفسر وفقا للمبادئ العامة في القانون، وعليه لابد من إحترام التدرج الذي إتفق الأطراف عليه مسبقا.<sup>(507)</sup>

غير أن المحكم "René Jean Dupuy" بعد لجوءه إلى حيل عديدة توصل إلى إستبعاد القانون المختص بحكم موضوع النزاع وهو القانون الليبي وتطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي، مبرر ذلك بتعارض وتناقض القانون الليبي، مع المبادئ العامة للقانون الدولي.<sup>(508)</sup>

وفي صدد التعليق على هذه القرارات، يرى جانب من الفقه "أن القول بتطبيق قواعد القانون الدولي العام هي قواعد خاصة بالعلاقات بين الدول، أما المعاملات الإقتصادية

<sup>(505)</sup>فاتح خلاف، المرجع السابق، ص 101.

<sup>(506)</sup> ليلى كراش، المرجع السابق، ص 186.

<sup>(507)</sup> فاتح خلاف، المرجع السابق، ص 101.

<sup>(508)</sup> ليلى كراش، المرجع السابق، ص 168.

والتجارية فيجب أن تبقى في إطار القانون الدولي الخاص ولو كان احد أطرافه من الدول".<sup>(509)</sup>

مما سبق نستنتج أن المحكم الدولي يتمتع باستقلالية واسعة في إستبعاد قانون الإرادة في ظل التحكيم المؤسستي الحديث، وتطبيق المبادئ العامة للقانون على أساس أنها الأكثر مناسبة لحل النزاع القائم بين الأطراف بل أكثر من ذلك فقد يتعسف المحكم في تطبيقه للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف من خلال التحيز لطرف من هؤلاء دون الطرف الآخر، وبهذا يخرج المحكم عن وظيفته المتمثلة في النطق بالعدالة في القضايا المطروحة أمامه، ليصبح وسيلة لحماية مصالح الطرف القوي على حساب الطرف الضعيف، كما لحظنا بالنسبة لوضعية الدول النامية.<sup>(510)</sup>

### المطلب الثاني

#### حرية المحكم في إستبعاد القانون المختار باسم النظام العام الدولي الحقيقي

مع تطور التعامل والعلاقات التجارية الدولية على مستوى التجارة الدولية أدت إلى ظهور مجموعة من المبادئ تختلف عن فكرة النظام العام في إطار القوانين الوطنية، من حيث تميزها بالقدرة على إستيعاب معطيات التبادل التجاري في الوقت الراهن، هذه المبادئ تشكل ما يطلق على تسميتها لدى الفقه الحديث بالنظام العام الدولي الحقيقي، *l'ordre public véritablement ou réellement international*<sup>(511)</sup> أو النظام العام الذي يعلو فوق *l'ordre public transnational* والذي يهدف أساسا إلى حماية مجتمع التجار، وذلك من خلال الحفاظ على مختلف المصالح الضرورية لمجتمع التجار وفكرة النظام العام الدولي الحقيقي مستقلة عن فكرة النظام العام بالمفهوم المنصوص عليه في القانون الدولي الخاص،

<sup>(509)</sup> ليلي كراش، المرجع السابق، ص 187.

<sup>(510)</sup> فاتح خلاف، المرجع السابق، ص 99.

<sup>(511)</sup> المرجع نفسه، ص 72.

فالنظام العام الدولي الحقيقي يكون مشترك بين مختلف الأمم ويستمد مصدره من الآليات الدولية لحماية التجارة الدولية. (512)

لقد أدى المفهوم الجديد للنظام العام الدولي إلى توسعت سلطة المحكم في إستبعاد قانون الإرادة وذلك عند تعارض هذا القانون المختار لحكم العلاقة التعاقدية مع متطلبات التجارة الدولية وإعتبارات النظام العام الدولي الحقيقي الذي يعلو فوق الدول. (513)

وقد اهتم رجال الفقه القانوني بهذا المفهوم الجديد، ومن أجل التوصل إلى معرفة والإحاطة بفكرة النظام العام الدولي الحقيقي نتطرق إلى مفهوم النظام العام الدولي الحقيقي (الفرع الأول)، ثم دور المحكم في تطبيق قواعد النظام العام الدولي الحقيقي (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: المقصود بالنظام العام الدولي الحقيقي.

لقد ساهمت قرارات التحكيم التي صدرت بصدد الفصل في النزاعات المتعلقة بالتعامل التجاري بقسط وافر منذ عام 1955 في إغناء قواعد النظام العام الدولي بحيث ظهر إلى جانب النظام العام الكلاسيكي مفهوم جديد للنظام العام يعلو فوق الدول والأنظمة العامة الوطنية وهو ما يطلق عليه النظام العام الدولي الحقيقي "أي نظام عام مشترك بين عدة دول، والذي لاقي اعترافا واسعا من قبل العديد من الأنظمة القانونية". (514)

ويبدو أن المفهوم الجديد للنظام العام قد سبقت الإشارة إليه من قبيل الفقيه "leroubours-piègèonière" دون أن يطلق التسمية المعروف بها في الوقت الحالي بحيث

(512) محمد جارد، المرجع السابق، ص 184.

(513) المرجع نفسه، ص 184.

(514) نقلا عن: ليلي كراش، المرجع السابق، ص 189.

يرى "أنه يتم إثارة الدفع بالنظام العام ضد القوانين التي لا تعترف بمبادئ القانون العام أو الخاص المشترك بين الأمم المتحضرة".<sup>(515)</sup>

كما أن الفقيه "niboyet" يرى في المقصود بالنظام العام الحقيقي أنه: النظام العام المشترك بين الأمم المتحضرة والذي يترتب على عدم إحترامه الخروج عن نطاق الاشتراك القانوني الذي يعتبر أساس القانون الدولي الخاص" بل ويعتقد الفقيه "ققدمان" أنه: "مهما كان مصدر النظام العام الدولي الحقيقي ومحتواه، فهو يعمل على حماية المبادئ الأساسية وإقامة الآداب الإتفاقية الدولية".<sup>(516)</sup>

بالإضافة إلى أن جانب أخر من الفقه وعلى رأسهم الأستاذة "Tubiana" أن فكرة النظام العام الدولي الحقيقي هي "الأداة الكفيلة لإبطال العقود المخالفة لقوانين أجنبية لا تحكمها، ولم يتم تحديدها طبقاً لقواعد التنازع".<sup>(517)</sup>

ومن أمثلة النظام العام الدولي الحقيقي نذكر على سبيل المثال القرار التحكيمي الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية لسنة 1982 حيث قررت محكمة التحكيم "أنه بما أن محل العقد مخالف للقوانين الأمرة أو قواعد النظام العام و/أو مخالف أيضاً للآداب الحسنة فهو باطل بطلاناً مطلقاً لأن المخالفة للآداب الحسنة يتركز على قاعدة دولية حقيقية تدخل في تكوين النظام العام الذي يعلو فوق الدول".<sup>(518)</sup>

وقد ثار جدال فقهي كبير بين مؤيد ومعارض لوجود فكرة النظام العام الدولي الحقيقي:

<sup>(515)</sup> نقلا عن: ليلي كراش، المرجع السابق، ص 189.

<sup>(516)</sup> نقلا عن: فاتح خلاف، المرجع السابق، ص 72.

<sup>(517)</sup> نقلا عن: عبد المجيد منير، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مطبعة الشرطة، مصر، 2005،

ص 268-269.

<sup>(518)</sup> ليلي كراش، المرجع السابق، ص 191.

## أولا : الإتجاه المنكر لفكرة النظام العام الدولي الحقيقي.

حسب هذا الإتجاه أن النظام العام ما هو إلا تعبير عن نظام قانوني فوق دول المجتمع الدولي مؤلف من أشخاص خاصة وهذا المجتمع غير موجود حتى الآن والواقع أن النظام العام الدولي الحقيقي ما هو إلا القانون الدولي العام نفسه يتطابق معه ويمتزج به.<sup>(519)</sup>

كما يرى جانب من الفقه بأنه لا وجود لفكرة النظام العام الدولي الحقيقي ولا يمكن تصورهما في الوقت الحالي نظرا للعديد من الأسباب من بينها عدم وجود سلطة عليا فوق الدول يمكن لها أن تفرض هذا النظام.<sup>(520)</sup>

## ثانيا: الإتجاه المؤيد لفكرة النظام العام الدولي الحقيقي.

يرى الأستاذ "l'alive" أن الممارسة العملية المتعلقة بقضاة الموضوع وتلك المتعلقة بقضاة الدول وتلك المتعلقة بالمحكمن لا تسمح اليوم بإنكار مفهوم النظام العام الدولي الحقيقي وإنكار فائدته ومنافعه في حماية المبادئ الأساسية في المجتمع الدولي.

بينما ذهب اتجاه أخر من الفقه إلى القول بأنه يبدو من الصعب تحديد جوهر ملموس لفكرة النظام العام الدولي الحقيقي رغم قناعتنا بأن هذه الفكرة باتت على الصعيد الدولي تأخذ معنى حقيقيا وجديا بعيدا إلى حد ما عن المعنى الحرفي لفكرة النظام العام في القوانين الوطنية.<sup>(521)</sup>

بالإضافة إلى أن جانب أخر من الفقه يرى أن طبيعة وعمل النظام العام الدولي الحقيقي ليست هي نفس طبيعة وعمل النظام العام الدولي الموروث عن "Bartin" إذ أنه لم يتم بإبعاد

<sup>(519)</sup> محمد جارد، المرجع السابق، ص 185.

<sup>(520)</sup> المرجع نفسه، ص 185.

<sup>(521)</sup> المرجع نفسه، ص 186.

القانون الأجنبي بسبب مخالفته للنظام العام بل التطبيق المباشر لهذا النظام العام الدولي الحقيقي كنظام عام مشترك بين الأنظمة القانونية الوطنية، فالنظام العام الدولي الحقيقي يملك وظيفة إستيعادية فقط حيث تتمثل الوظيفة الإيجابية في التطبيق المباشر لمبادئ أساسية دولية. (522)

وكحوصلة لما سبق ذكره يمكن القول أنه بالنظر إلى الإختلاف الكبير بين مختلف النظم القانونية والإجتماعية بين الدول لا يمكن تطابق فكرة النظام العام الداخلي مع فكرة النظام على الصعيد الدولي لكونها غير قادرة على استيعاب معطيات التبادل التجاري وعليه فإن أهم مصدر لقواعد النظام العام الدولي الحقيقي لا يستمد مباشرة من القوانين الداخلية لمختلف الدول وإنما من النصوص الدولية مثل تلك التابعة لمنظمة الأمم المتحدة، غرفة التجارة الدولية، أوالمبادئ العامة المشتركة المعمول بها في الأمم المتحدة. (523)

### الفرع الثاني: تطبيق المحكم لقواعد النظام العام الدولي الحقيقي.

نظرا لكون المحكم لا يتمتع بقانون إختصاص، وليس الحارس للأنظمة الوطنية على خلاف قاضي الدولة الذي يدافع عن المفاهيم الوطنية المحددة. (524)

بالإضافة إلى سبق الإشارة أنه في مجال التحكيم التجاري الدولي يوجد مبدأ عام يقضي بإلزام المحكم بإحترام التوقعات المشروعة للأطراف لكون المحكم يستمد سلطاته في الفصل في النزاع من إرادة الأطراف إعمالا "لمبدأ سلطان الإرادة" للحكم على أساس قواعد

(522) محمد جارد، المرجع السابق، ص186.

(523) كراش ليلي، المرجع السابق، ص192.

(524) محمد جارد، المرجع السابق، ص 187.

موضوعية "légitimes des parties les attendes" مع مراعاة وحماية المصالح العليا للتجارة الدولية وطبقا للتوقعات المشتركة للأطراف.<sup>(525)</sup>

كما أن أعمال المحكم لفكرة النظام العام من أهم القيود التي ترد على حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يحكم موضوع نزاعهم، إذ يمكن للمحكمين إستبعاد نصوص القانون المختار باسم النظام العام طالما يقع عليهم عبء ضمان تنفيذ القرارات التحكيمية التي يصدرونها في الدولة التي من المفروض ان تنفذ فيها من خلال إحترام مقتضيات النظام العام الوطني في تلك الدولة حتى لا يكون مصير قراراتهم الرفض،<sup>(526)</sup> مما يؤدي إلى خلق إلتزام على عاتق المحكم يلزمه بتطبيق العناصر الأساسية المكونة للمهمة التحكيمية المسندة إليه، بحيث يقوم عند الاقتضاء - وجود تعارض بين إرادة الأطراف وقواعد النظام العام الدولي الحقيقي - إستبعاد المذهب الفردي "مبدأ سلطان الإرادة"، وتطبيق قواعد النظام العام الذي يعلو فوق الدول.<sup>(527)</sup>

لقد أصبحت فكرة النظام العام الدولي الحقيقي ذات أهمية بالغة لإستبعاد تطبيق قانون الدولة الذي يختاره المتعاقدون في بعض الأحيان لحكم العلاقة الإتفاقية القائمة بينهم أو لإستبعاد الشرط التعاقدى المتفق عليه والذي تبين مخالفته للإعتبارات الجوهرية في التجارة الدولية.<sup>(528)</sup>

وفي هذا الصدد " تكون الإرادة حرة في الحدود التي تسمح بها الأخلاق العليا الملزمة للتجار ومتطلبات التجارة تضامن هذا المجتمع " وتبعاً لذلك يتعين على المحكم مراعاة عدم المساس بالنظام العام الدولي الحقيقي عند إصداره للقرار التحكيمي من خلال إستبعاد القواعد

<sup>(525)</sup> ليلي كراش، المرجع السابق، ص 192.

<sup>(526)</sup> فاتح خلاف، المرجع السابق، ص 74.

<sup>(527)</sup> ليلي كراش، المرجع السابق، ص 193.

<sup>(528)</sup> المرجع نفسه، ص 193.

المختارة بمعرفة الأطراف متى رأى أنها مخالفة للإعتبارات التي تقوم عليها التجارة الدولية وعلى ذلك ليس غريبا أن يتراجع أعمال مبدأ سلطان الإرادة في إختيار القواعد التي تحكم موضوع النزاع العابر للأوطان الذي أضحي نظاما قائما بداته يتعين إحترام مفاهيمه.<sup>(529)</sup>

ويرى جانب أخرمن الفقه أن مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يجب أن يتراجع أمام القواعد الدولية التي تعتبر جزءا من القوانين الوطنية فاذا كان الأطراف في مجال المعاملات القانونية الوطنية ملزمين بمعرفة القانون الوطني، فالأمر سيان بالنسبة للأطراف في مجال معاملاتهم الدولية إذ يتعين عليهم أن يأخذوا التشريعات الأجنبية أو قواعدا الأمرة على الأقل بعين الإعتبار.<sup>(530)</sup>

بالإضافة إلى أن تدخل أعراف وعادات التجارة الدولية كأساس للبنية القانونية لقرار المحكم الدولي قد يكون نتيجة مباشرة لإستبعاد المحكم الدولي لأحكام القانون الوطني الذي يختاره الأطراف إذا ما تبين مخالفته للنظام العام الذي يعلو فوق الدول.<sup>(531)</sup>

خلاصة القول أن فكرة النظام العام تستعمل للحد من تدخل قانون إرادة الأطراف المتعاقدة ويكون للمحكم الدور الحاسم في أعمال هذه الفكرة من خلال إستبعاده للقواعد المختارة من قبل الأطراف إذا ما كانت مخالفة لقواعد النظام العام في مقر إجراءات التحكيم أو مكان تنفيذ القرار كما لا يوجد ما يحول بينه وبين إستبعاد تلك القواعد باسم النظام العام الدولي، وفي هذا الإطار من الصواب فرض ضوابط رقابة بعدية على عمل المحكم طالما أنه قد يهدر قانون إرادة الأطراف لصالح قواعد أخرى ليجد نفسه عن قصد أو بدونه أداة في خدمة

<sup>(529)</sup> فاتح خلاف، المرجع السابق، ص 74.

<sup>(530)</sup> ليلي كراش، المرجع السابق، ص 195.

<sup>(531)</sup> المرجع نفسه، ص 195.

مصالح الأطراف المتنازعة تحت غطاء مراعاة فكرة النظام العام الدولي، لا سيما في ظل مرونة الفكرة وصعوبة تحديد محتواها. (532)

---

(532) فاتح خلاف، المرجع السابق، ص 74-75..

نظرا لكثرة المعاملات و الاتصالات التجارية والإقتصادية على المستوى العالمي منذ القديم أدت لمشكلة تنازع القوانين، حيث تتزاحم القوانين لحكم المعاملات الناتجة عن هذا الإتصال التجاري الكبير، وقد كان لقانون الإرادة أهمية وفاعلية منذ القديم في حل مشكلة تنازع القوانين، حيث يمنح للأطراف الحرية في إختيار القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية القائمة بينهم.

إلا أن الأطراف عند إختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية قد يختارون القانون الذي يدعم مصالح الإقتصادية بصفة عامة والشخصية بصفة خاصة، وهذا القانون قد يتعارض مع المصالح والمبادئ الأساسية والعليا للدولة، بل وقد يكون منطويا على غش نحو قانون دولة القاضي، وهذا ما دفع لضرورة تقييد هذه الإرادة وعدم إطلاقها على مصرعيها.

ونظرا للأهمية القانونية لعقود التجارة الدولية التي تسهل عمليات التبادل التجاري (السلع، والخدمات) بين الدول والمتعاملين المتدخلين في مجال التجارة الدولية، والتي تحاول خلق حلول عملية لمجابهة الصعوبات التي تواجه المتعاملين الإقتصاديين في تنفيذ إلتزاماتهم التعاقدية الدولية، وتوحيد وتجميع الأحكام والقواعد المنظمة للعقود الدولية، بل أكثر من ذلك فالعقود الدولية تمنح الأطراف الحرية في إختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية.

ذلك أن قانون الإرادة يعتبر الأساس القانوني الذي يتم من خلاله إختيار القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي، وبالتالي فهو يعتبر الحل القانوني لمشكلة تنازع القوانين في الإلتزامات التعاقدية المعروفة منذ القديم، وعليه يجد قانون الإرادة تطبيقا شاسعا في عقود التجارة الدولية كون هذه العقود تختلف عن العقود الوطنية المنظمة بموجب قانونية صادرة عن هيئة تشريعية.

على عكس العقود الدولية التي تخرج عن المجال التشريعي للدول، حيث يجد المتعاملين الإقتصاديين أنفسهم أمام فراغ قانوني، و السبب في ذلك عدم خضوع العقود الدولية لأي قانون دولة لزوماً، وهنا يتمركز دور قانون الإرادة أين يمنح للأطراف الحرية في ملء هذا الفراغ القانوني، والإتفاق على تحديد القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية.

تكريس قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية يبعدها على الجمود المعروف على مستوى القوانين الوطنية ويمنح حرية أكبر للمتعاملين الإقتصاديين بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وعلى ذلك فإنه يفسح المجال أمامهم بعدم التقيد بالقواعد القانونية الوطنية التي لا تتناسب مع التطورات الحاصلة في مجال التجارة الدولية، إذ يمكنهم تضمين عقودهم شروطاً تتبع من إرادتهم وتبرز إجتهدهم في وضع قواعد متوازنة ومتكاملة تترجم إرادتهم بشكل واضح ودقيق.

كما أنه لقانون الإرادة تطبيقات حتى على مستوى التحكيم التجاري الدولي حيث يلجأ الأطراف لتحكيم التجاري الدولي لإيجاد حلول موضوعية للإشكالات التي قد تعترض تنفيذ العقد التجاري الدولي في أية مرحلة من مراحل العقد، مبتعدين بذلك عن القضاء الوطني وما يعترضه من قصور.

ذلك أن قانون الإرادة يعتبر أساساً للتحكيم التجاري الدولي فالمتعاملين المتدخلين في مجال التجارة الدولية هم الذين يختارون اللجوء إلى هيئة تحكيمية معينة سواء كانت حرة أم منظمة، والتي تكون ملزمة بتطبيق القانون الذي إختاره الأطراف.

غير أن الأمر يختلف بين التحكيم الحر الذي تكون لإرادة الأطراف الحرية المطلقة في تنظيم التحكيم وتسيير كافة مراحل إبتداء من إتفاق الأطراف اللجوء إلى التحكيم وصولاً إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على سير إجراءات

الخصومة، و بذلك يكون الأطراف قد إبتعدوا عن صرامة القضاء الوطني وقصوره أمام التطورات الحاصلة في مجال تجارة الدولية، على عكس التحكيم المؤسسي الذي يشهد فيه قانون الإرادة تراجعاً كبيراً أمام التطورات التي يشهدها هذا النوع الأخير من التحكيم.

إن كان لقانون الإرادة أو لإرادة الأطراف هذه الأهمية على مستوى عقود التجارة الدولية إلا أن هذا لايعني التطبيق المطلق لها، إذ لا بد عند تطبيقها من الحرص على عدم تعارضها مع المبادئ السامية والعليا في الدولة، وعدم التحايل على القانون ذلك أنه في حالة تعارضها مع النظام العام لدولة مباشرة يتم إستبعادها وإعلاء قانون الدولة محافظة على نظامها العام، وهو ذات الأمر في حالة التحايل على القانون ذلك أن القاضي المعروض عليه النزاع يستبعد مباشرة القانون الأجنبي الذي ثبت له الإختصاص عن طريق الغش متى تبين له ذلك و تطبيق القانون المختص أصلاً بحكم العلاقة التعاقدية.

المشرع الجزائري هو الآخر كرس قانون الإرادة في منظومته القانونية من خلال نص المادة 18 من الأمر 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، والتي تنص على أنه: "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد".

وبإعتبار نص المادة السالفة الذكر قاعدة إسناد يتم من خلالها معالجة مشكلة تنازع القوانين، وتكرس مبدأ قدرة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، غير أنه لم يتبناه على مطلقه كونه قيد هذه الحرية من خلال إلزامه للمتعاقدين بضرورة إختيار قانون يمت بصلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد، بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري عدد بعض الضوابط الأخرى بالأولوية في حالة

سكوت الأطراف وهذا الترتيب يكون ملزماً للقاضي، وعليه فالمشرع الجزائري تصدى بنفسه لمسألة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية.

### النتائج.

وعليه مما سبق نصل إلى النتائج التالية:

1- يشكل قانون الإرادة قاعدة أساسية في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، وهو مبدأ كرسته معظم التشريعات والقوانين الحديثة متأثرة بالتطورات والمعطيات التجارية الدولية ومسايرة لها.

2- إعمال قانون الإرادة كقاعدة أصلية في عقود التجارة الدولية لا يعني أنها قاعدة لاترد عليها قيود، ويؤكد ذلك بالنظر لمجموع القيود الكثيرة التي تقيد هذا المبدأ سواء على المستوى الداخلي أو الدولي، لاسيما مايتعلق بالنظام العام والقواعد ذات التطبيق الضروري على المستوي الداخلي، وفكرة النظام العام الدولي الحقيقي على المستوي الدولي.

3- إختلاف مجال تطبيق قانون الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، حيث يجد قانون الإرادة تطبيقاً شاسعاً على مستوى التحكيم الحر بحيث يكون المحكم ملزماً بتطبيق قانون الإرادة، على عكس التحكيم المؤسسي الذي يطبق فيه نطاق قانون الإرادة وتتنحصر إرادة الأطراف في اللجوء إليه من عدم ذلك.

4- إمكانية إستبعاد المحكم الدولي قانون الإرادة في ظل توسيع سلطاته في التحكيم المؤسسي الحديث الأمر الذي قد يجعله يتعسف في حق الأطراف و يصبح خطراً على قانون الإرادة.

إضافة إلى النتائج المتوصل إليها أعلاه، استوجب علينا وضع توصية خاصة بالمشرع الجزائري فيما يتعلق بقانون الإرادة وتطبيقاته على العقود، وهذا حسب رأينا المتواضع أنه على المشرع الجزائري تعديل نص المادة 18 ق.م.ج ذلك حتى يتصدى المشرع الجزائري بنفسه لمسألة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق ترتيبه لضوابط الإسناد بحسب الأولوية وهذا الأمر لا معنى له، إذ كان على المشرع ترك مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية للسلطة التقديرية للقاضي لإستشفائها من ظروف وملابسات العقد باعتبارها مسائل واقع، مع ضرورة تقييد السلطة التقديرية للقاضي.

قائمة المراجع

أولاً- باللغة العربية.

1/ الكتب.

- 1- إبراهيم إسماعيل إبراهيم الربيعي، ماهر محسن عبود الخيكاتي، التحكيم ضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار، دراسة مقارنة. د ب ن، د س ن.
- 2- إبراهيم كمال، التحكيم التجاري الدولي، حتمية التحكيم وحتمية التجارة الدولية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1991.
- 3- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2001.
- 4- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، النهضة العربية القاهرة، مصر، 2008.
- 5- الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنة بالقوانين العربية، تنازع القوانين، ج1، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.
- 6- الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، مطبعة الكاهنة، الجزائر، د س ن.
- 7- السعيد عبد المنعم حافظ السيد، التعريف بالقانون الدولي الخاص، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2012.
- 8- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد و الإدارة المنفردة، ج1، الجزائر، 2001.
- 9- أنور العمروسي ، شرح القانون المدني، ط2، د د ن، مصر، 1999.
- 10- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، ط3، دار هوم، الجزائر، 2013.

- 11- أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 12- أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دراسة في قضايا التحكيم، دار الكتب القانونية، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 13- بليغ حمدي محمود، الدعوة ببطلان أحكام التحكيم الدولية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 14- بلقاسم أحمد، التحكيم الدولي، ط2، دار هومه، الجزائر، 2006.
- 15- بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001.
- 16- جمال محمد الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
- 17- دريال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري، ك1، دار العلوم، عنابة، الجزائر، د.س.ن.
- 18- هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 19- هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 20- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان الأردن، 2005.
- 21- حفيظة السيد حداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001.

- 22- حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، ك1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
- 23- زهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية و القوانين المقارنة، دار هومه، الجزائر، 2012.
- 24- محمود محمد الشيخ، القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الثقافة، 2015.
- 25- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000.
- 26- محمود محمد ياقوت، قانون الإدارة وقواعد البوليس ضرورة التطبيق، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.
- 27- محمود مختار أحمد بري، التحكيم التجاري الدولي، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 28- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009.
- 29- محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام النظرية العامة للالتزامات، القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر، د س ن .
- 30- محمد خالد الترجمان، تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد القرض الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد التاسع و الأربعون، 1993.
- 31- معوض عبد التواب، المستجد في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، مصر، 1997.
- 32- مراد محمود المواجهة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010.

- 33- نادية فوضيل ، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، دار هومه، الجزائر، 2000.
- 34- نور الدين بوكلي، أهمية اتفاق التحكيم في الاعتراف بالأحكام التحكيمية وتنفيذها، دراسة مقارنة، د ب ن، د س ن.
- 35- سلامة فارس عرب، وسائل اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 1999.
- 36- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص تتازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
- 37- سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- 38- عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2005.
- 39- عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، دراسة تحليلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013.
- 40- عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، عقود التنمية الإقتصادية في القانون الخاص، مكتبة النصر، جامعة القاهرة، مصر، د س ن.
- 41- عبد المجيد منير، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مطبعة الشرطة، مصر، 2005.
- 42- عبد العزيز قادري، الإستثمارات الدولية التحكيم التجاري الدولي وضمانات الاستثمار، دار هومه، الجزائر، 2004.
- 43- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان، 2008.

- 44- عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص نظرة عامة في القانون الوضعي، ج1، ط3، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2011.
- 45- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
- 46- علي علي مقلد، القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان، 2008.
- 47- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 2008.
- 48- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، الأردن، 2008.
- 49- صادق محمد محمد الجبران ، التحكيم التجاري الدولي وفق للاتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي العام 1987، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2006.
- 50- صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.
- 51- صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.
- 52- صالح بن عبد الله عطف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، الرياض، السعودية، 1998.
- 53- صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، دار الإيمان القاهرة، مصر، 2012.
- 54- خالد إبراهيم التلاحمة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، دار جهينة عمان، الأردن، 2006.

- 55- خالد هشام، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعية الإسكندرية، مصر، 2006.
- 56- خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2009.
- 57- خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2002.
- 58- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، في تنازع القوانين و تنازع الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ك1، ط5، دار وائل، عمان، الأردن، 2010.
- 59- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط2، دار الثقافة، الأردن، 2013.
- 60- عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص1، تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان، الأردن، د س ن.
- 2/ الرسائل والمذكرات الجامعية.
- أ/رسائل الدكتوراه.
- 1- الطيب زروتي ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة، القانون الخاص، قسم الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 1991-1990.
- 2- نور الدين بوالصلال ، الإختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قسنطينة، 2010-2011.

3- خالد شويرب ، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008-2009.

ب/ مذكرات الماجستير.

1- هدى نويوة ، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في المؤسسات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2011-2012.

2- حمة مرامرية ، التعبير عن الإرادة في القانون المدني الجزائري، بحث مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة عنابة، 1989-1990.

3- حسان كليبي ، دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، شعبة القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2012-2013.

4- ليلي كراش ، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، قسم الحقوق، جامعة الجزائر بن عكنون، 2001-2002.

5- محمد جارد ، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.

6- منى بوختالة ، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الإستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون العام، فرع التنظيم الإقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013-2014.

- 7- مسعود حيطوم ، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون الخاص، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، د س.
- 8- نورية شبرو ، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.
- 9- سمير خليفي ، حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية من مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، تخصص التعاون الدولي ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2010.
- 10- سعد الدين أحمد، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون العام، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2007-2008.
- 11- عبد الوافي عزالدين، القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة جيجل، 2009.
- 12- عبد الحفيظ عيد ، مبدأ سلطان الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، في الحقوق، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005.
- 13- عبد الرحمان خليفاتي ، مدى إعتداد المشرع الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد الدولي وتنفيذه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الجزائر، 1987.

- 14- عبد الكريم موكه، الثمن في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2007.
- 15- فاتح خلاف ، مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون الخاص، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة جيجل، 2008-2009.

### 3/ المقالات.

- 1- إلياس عجابي ، "النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، مجلة المنتدى القانوني، جامعة بسكرة، العدد 7، 2010.
- 2- محمد أبو العينين ، "دور التحكيم في حل منازعات التجارة الدولية و الاشهار الدوليين"، مقالة موثيق إتحاد المحامين العرب، ج1، 1998.
- 3- عبد الكريم موكه، "القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الإلكتروني الدولي"، المجلة الأكاديمية، الصادرة عن كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد 2، 2010 .

### 4/ المداخلات.

- 1- أحمد دغيش ، مداخلتة بعنوان "الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة"، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة واقع منظور، يومي 21-22 أفريل 2010، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة. 2010.
- 2- بلميهوب عبد الناصر، مداخلتة بعنوان "دراسة تحليلية نافذة للمادة 18 من التقنين المدني الجزائري عن المغالاة في تقييد حرية المتعاقدين في إختيار القانون

الواجب التطبيق على العقد الدولي بعد تعديل نص المادة 18 من التقنين المدني"،  
ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة واقع منطور، يومي 21-22  
أفريل 2010، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مباح،  
ورقلة. 2010.

3- فؤاد خوالدية، مداخلة بعنوان "الدور الاحتياطي لتطبيق القانون الجزائري  
:المصلحة الوطنية، الدفع بالنظام العام"، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية  
الخاصة واقع منطور، يومي 21-22 أفريل 2010، كلية الحقوق والعلوم السياسية،  
قسم الحقوق، جامعة قاصدي مباح، ورقلة. 2010.

#### 5-النصوص القانونية.

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني،  
ج.ر.ج.ج، عدد 78 صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتم.

2- قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل،  
ج.ر.ج.ج، عدد 17 صادر في 25-04-1990، معدل ومتم بالقانون رقم 14-  
10 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015،  
ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 21-12-2014.

3- مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 15 أفريل سنة 1993، يعدل ويتم  
الأمر رقم 66-154 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات  
المدنية، ج.ر.ج.ج، عدد 27 صادر في 27-04-1993.

4-أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة،  
ج.ر.ج.ج، عدد 43 صادر في 20-07-2003، معدل ومتم بالقانون رقم 08-  
12 مؤرخ في 25 يونيو سنة 2008، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج، عدد 36 صادر  
في 02-07-2008.

5-أمر رقم 11-03 مؤرخ في 26 غشت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.ج، عدد52 صادر في 27-08-2003، معدل ومتمم بالأمر رقم 10-04 مؤرخ في 26 غشت سنة 2016، ج.ر.ج.ج، عدد50 صادر في 01-09-2010، ومتمم بالقانون رقم 13-08 مؤرخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج.ر.ج.ج، عدد68 صادر في 30-12-2013.

6- قانون رقم 02-04 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.ج، عدد41 صادر في 27-06-2004.  
7- قانون رقم 10-05 مؤرخ في 20 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد44 صادر في 26-06-2005، معدل ومتمم.

8- قانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، عدد 21 صادر في 23-04-2008، معدل ومتمم.

9- قانون رقم 03-09 مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.ج، عدد 15 صادر في 18-03-2009.

#### 6- المواقع الإلكترونية.

1-حنان عبد العزيز مخلوف، العقود الدولية2010، منشور في،

[www.pdfactory.com](http://www.pdfactory.com)

2-عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، المنشور في، [www.pdfactory.com](http://www.pdfactory.com)

ثانيا - باللغة الفرنسية

**A/ Ouvrages**

1. BLANCO Dominique, Négocier et rédiger un contrat international, DUNOD, paris, 1993.
2. DELEBECQUE Philippe & JACQUET Jean-Michel, Droit du commerce international, Dalloz, paris, 2007.
3. FOUCHARD Ph & GUILLARD E & GOLDMAN B, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, Paris, 1996.
4. HUGUES Kenfack, droit du commerce international, Dalloz, paris, 2009.
5. JAROSONNE Charles, la notion d'arbitrage, LGDJ, Paris, 1987.
6. KASSIS Antoine , L'autonomie de l'arbitrage commercial international, Ed L'HARMATTAN, Paris, 2006.

**B/ Thèses et Mémoires**

**\*Thèses:**

1. AL QUDAH Maen, l'exécution de contrat de vente international de marchandise, (Etude comparative du droit Français et droit Jordanien), Thèse de doctorat en droit, option droit privé, Université Champagne Ardenne, Reims, 2007.
2. Mohamed El Mehdi Najib, L'intervention du juge dans la procédure arbitrale, thèse présenté pour obtenir le grade de docteur de l'université de BORDEAUX, 2016.

**\* Mémoires:**

1. Camille forment, La loi applicable aux contrats du commerce électronique, Mémoire, DESS Droit du multimédia et de l'informatique de Paris 2, paris, 2001

**C/ Articles de Revues**

1. Innocent Fetze Kamdem, "L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux", Les Cahiers de droit, vol. 40, n° 3, 1999, pp 645-663.
2. ZAALANI Abdelmadjid, « L'intervention des personnes publiques et para publique dans l'arbitrage international commercial (point de vue du droit Algérien », RASJEP n° 03, Alger, 1997, pp 896 -897.

**D/ Documents:**

1. Convention LA HAY 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, in:  
*[http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=conventions.text&cid=31](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=31)*
2. Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelle, publier in:  
*[eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu) › EUROPA › EU law and publications › EUR-Lex.*
3. Convention des Nations Unies de vente internationale de marchandise 1980, In: *[www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/V1056998-CISG-f.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/V1056998-CISG-f.pdf)*
4. règlement de médiation et d'arbitrage CCI, 2012, publier in:  
*[http://www.icc.se/wp-content/uploads/2015/04/ICC\\_865\\_FRA\\_Arbitrage-M%C3%A9diation.pdf](http://www.icc.se/wp-content/uploads/2015/04/ICC_865_FRA_Arbitrage-M%C3%A9diation.pdf)*

الصفحة	الفهرس
	الإهداء
	شكر والتقدير
1	المقدمة
<b>الفصل الأول</b>	
9	إعمال قانون الإرادة كقاعدة أصلية على عقود التجارة الدولية
11	المبحث الأول: تطور فكرة إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة
12	المطلب الأول: دور الفقه في إبراز تطبيقات قانون الإرادة
12	الفرع الأول: موقف الفقه الكلاسيكي في إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة
13	أولاً: المدرسة الإيطالية
14	ثانياً: المدرسة الفرنسية
17	ثالثاً: المدرسة الهولندية
18	الفرع الثاني: موقف الفقه الحديث من إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة
19	أولاً: المدرسة الأمريكية
20	ثانياً: المدرسة الألمانية
21	ثالثاً: المدرسة الإيطالية
22	المطلب الثاني: تكريس قانون الإرادة في الإتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية
23	الفرع الأول: تكريس قانون الإرادة في الإتفاقيات الدولية
23	أولاً: إتفاقية لاهاي لسنة 1955
24	ثانياً: إتفاقية واشنطن لسنة 1965
24	ثالثاً: إتفاقية روما لعام 1980
24	الفرع الثاني: تكريس قانون الإرادة في القوانين الوطنية

- أولاً : في القوانين الغربية.....25
- ثانياً: في القوانين العربية:.....26
- ثالثاً: موقف المشرع الجزائري.....27
- المبحث الثاني: مبدأ إختيار الأطراف لقانون الإرادة في عقود التجارة الدولية.....30
- المطلب الأول: مضمون قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية.....31
- الفرع الأول: شروط إختيار قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية.....31
- أولاً: أن يكون العقد دولياً.....32
- ثانياً: التعبير عن القانون واجب التطبيق على العقد الدولي.....32
- ثالثاً: أن تكون هناك صلة حقيقية بين القانون المختار أو العقد أو المتعاقدين.....34
- الفرع الثاني: أساس إخضاع العقد إلى القانون الذي يحكم العقد الدولي.....35
- أولاً: النظرية الشخصية.....36
- ثانياً: النظرية الموضوعية.....38
- ثالثاً: موقف المشرع الجزائري.....39
- الفرع الثالث : نطاق تطبيق قانون الإرادة على عقود التجارة الدولية.....41
- أولاً: تكوين العقد.....42
- ثانياً: آثار العقد.....45
- المطلب الثاني: طرق إختيار قانون الإرادة على عقود التجارة الدولية.....47
- الفرع الأول: الإختيار الصريح.....48
- الفرع الثاني: الإختيار الضمني.....52
- الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري.....55
- المبحث الثالث: تطبيقات مبدأ سلطان الإرادة أمام التحكيم التجاري الدولي.....58
- المطلب الأول: سيادة قانون الإرادة على إتفاق التحكيم.....59

- .60 ..... الفرع الأول: إتفاقية التحكيم
- .61 ..... أولا: شرط التحكيم
- .65 ..... ثانيا: إتفاق التحكيم
- .70 ..... الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق على إتفاق التحكيم
- .71 ..... أولا: موقف الفقه
- .74 ..... ثانيا: موقف الإتفاقيات الدولية
- .75 ..... ثالثا: موقف المشرع الجزائري
- .76 ..... المطلب الثاني: سيادة قانون الإرادة على سير خصومة التحكيم
- .76 ..... الفرع الأول: القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم
- .77 ..... أولا: موقف الفقه
- .82 ..... ثانيا: موقف الإتفاقيات الدولية
- .83 ..... ثالثا: موقف المشرع الجزائري
- .84 ..... الفرع الثالث: القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع
- .85 ..... أولا: موقف الفقه
- .87 ..... ثانيا: موقف الإتفاقيات الدولية
- .88 ..... ثالثا: موقف المشرع الجزائري

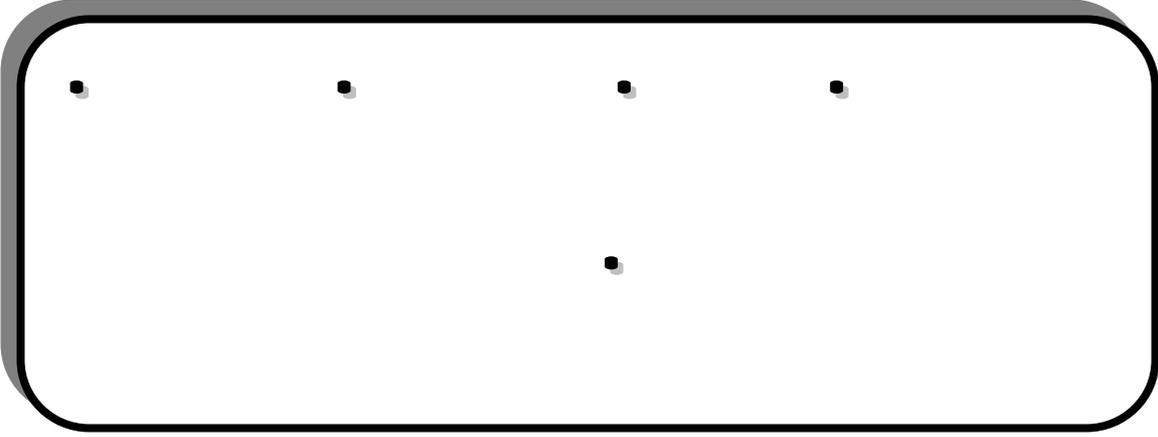
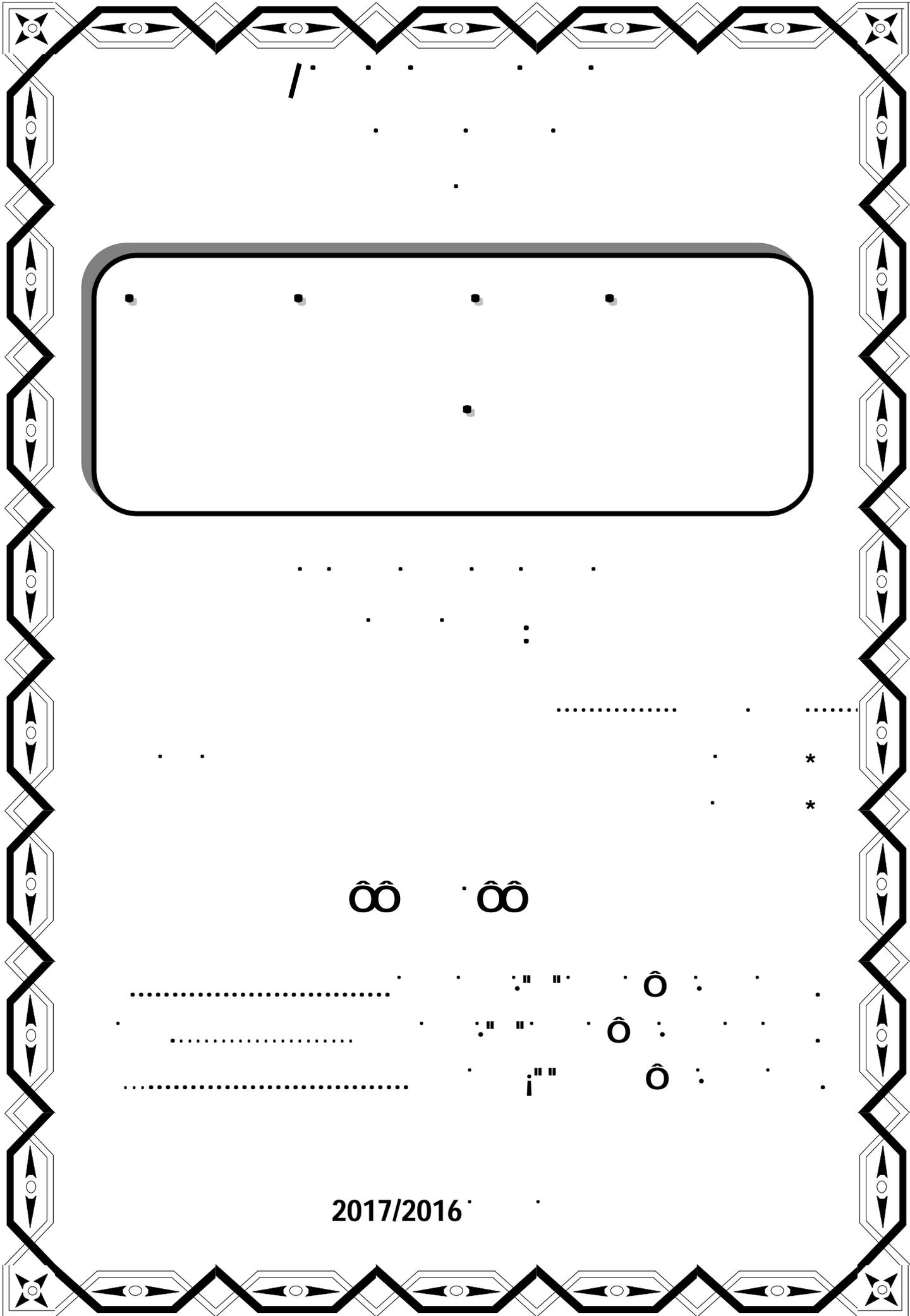
## الفصل الثاني

- .90 ..... حدود تطبيق قانون الإرادة على عقود التجارة الدولية
- .92 ..... المبحث الأول: إستبعاد قانون الإرادة إعمالا لفكرة النظام العام
- .92 ..... المطلب الأول: إستبعاد قانون الإرادة إعمالا لفكرة النظام العام الحمائي
- .93 ..... الفرع الأول: المقصود بفكرة النظام العام الحمائي
- .94 ..... أولا: نشأة وتطور فكرة النظام العام الحمائي

- ثانيا: تعريف النظام العام الحمائي.....96
- ثالثا: مجال تطبيق النظام العام الحمائي.....99
- الفرع الثاني: شروط إعمال فكرة النظام العام الحمائي.....102
- أولا- أن يكون القانون الواجب التطبيق طبقا لقواعد التنازع في دولة القاضي.....102
- ثانيا- أن تكون المخالفة للنظام العام حالية.....103
- ثالثا- أن تكون المخالفة حقيقية لمقتضيات النظام العام .....103
- الفرع الثالث: آثار إعمال فكرة النظام العام الحمائي.....104
- أولا- الأثر السلبي للنظام العام الحمائي.....104
- ثانيا- الأثر الإيجابي للنظام العام الحمائي.....105
- ثالثا- الأثر المخفف للنظام العام الحمائي.....106
- المطلب الثاني: إستبعاد قانون الإرادة إعمالا للقواعد ذات التطبيق الضروري.....108
- الفرع الاول : المقصود بالقواعد ذات التطبيق الضروري.....109
- أولا: تعريف القواعد ذات التطبيق الفوري.....110
- ثانيا: معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري.....112
- الفرع الثاني: إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري .....114
- المبحث الثاني: إستبعاد قانون الإرادة إعمالا لفكرة الغش نحو القانون .....120
- المطلب الأول: مضمون نظرية الغش نحو القانون .....122
- الفرع الأول : نشأة وتطور نظرية الغش نحو القانون.....123
- الفرع الثاني: أساس نظرية الغش نحو القانون .....126
- الفرع الثالث: نطاق نظرية الغش نحو القانون.....130
- المطلب الثاني: تطبيقات نظرية الغش نحو القانون.....132
- الفرع الأول : شروط إعمال نظرية الغش نحو القانون .....133

- أولاً: الشروط المتفق عليها لإعمال نظرية الغش نحو القانون ..... 133 .
- ثانياً: الشروط المختلف فيها فقها لإعمال نظرية الغش نحو القانون ..... 135 .
- الفرع الثاني: الأثار المترتبة عن إعمال نظرية الغش نحو القانون ..... 138 .
- أولاً: أثار التحايل الذي يتخذ فيه التغيير شكل واقعة مادية..... 138.....
- ثانياً: أثار التحايل الذي يتخذ فيه التغيير شكل العمل القانوني..... 139 .
- الفرع الثالث: إستقلالية الغش نحو القانون عن فكرة النظام العام ..... 140 .
- أولاً: أوجه التشابه بين الدفع بالغش نحو القانون والدفع بالنظام العام ..... 140 .
- ثانياً: أوجه الإختلاف بين الدفع بالغش نحو القانون والدفع بالنظام العام ..... 141 .
- المبحث الثالث: دور المحكم في إستبعاد قانون الإرادة ..... 143 .
- المطلب الأول: حرية المحكم في إستبعاد قانون الإرادة على موضوع النزاع..... 144 .
- الفرع الأول: في تطبيق المحكم للعادات والأعراف التجارية الدولية..... 145 .
- أولاً: مصادر العادات والأعراف التجارية الدولية..... 147 .
- ثانياً: أسباب لجوء المحكم إلى تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية على موضوع النزاع
- ..... 148 .
- الفرع الثاني: تطبيق المحكم للمبادئ العامة للقانون الدولي..... 150 .
- أولاً: مضمون المبادئ العامة للقانون ..... 151 .
- ثانياً: تكييف المبادئ العامة للقانون..... 152 .
- ثالثاً: تطبيقات المبادئ العامة للقانون في الدول العربية..... 154 .
- المطلب الثاني: حرية المحكم في إستبعاد القانون المختار بإسم النظام العام الدولي
- الحقيقي ..... 157 .
- الفرع الأول: المقصود بالنظام العام الدولي الحقيقي ..... 158 .
- أولاً: الإتجاه المؤيد لفكرة النظام العام الدولي الحقيقي..... 160 .

160	ثانيا: الإتجاه المنكر لفكرة النظام العام الدولي الحقيقي
161	الفرع الثاني: تطبيق المحكم لقواعد النظام العام الدولي الحقيقي
165	الخاتمة
170	قائمة المراجع
183	الفهرس



ôô • ôô

..... : " " • ô : .  
• : " " • ô : .  
..... i " " • ô : .

2017/2016

## الملخص

تعتبر عملية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية عملية مهمة وأساسية لتنفيذ العقد، لذا يعتمد أطراف العقد التجاري الدولي إلى إخضاع العقد إلى القانون المناسب الذي يختارونه بإرادتهم الحرة، مما يجعل الأطراف يخضعون عقدهم إلى القانون الذي يقرر ويضمن لهم الحماية القانونية لهم وللالتزامات التي يفرزها العقد وتجنب تدخل القاضي في تحديد القانون واجب التطبيق، لكن هذا الاختيار ترد عليه استثناءات أملت قواعدهم وأعراف التجارة الدولية خاصة ما يتعلق بالقواعد ذات التطبيق الضروري أو كون قانون الإرادة فيه أساس بقواعد النظام العام لقانون دولة القاضي.

## Résumé

*La question de la loi applicable aux contrats du commerce international est essentielle, cela peut aller jusqu'à remettre en cause la validité de l'accord. Le contrat du commerce international est régi par la loi choisie par les parties, Ce choix est important car il permet aux parties de choisir la loi qui semble la plus adéquate pour régir leurs rapports contractuels et leur garantie une certaine sécurité et prévisibilité juridiques, l'utilité la moins contestable de l'autonomie de la volonté est précisément de prémunir les parties contre l'incertitude dont ce pouvoir correcteur du juge, Ce choix ne saurait porter atteinte d'une part aux dispositions impératives du pays où serait localisés tous les éléments du contrat et d'autre part, ne saurait porter atteinte aux lois de police du for.*