جامعة 20أوت 1955- سكيكدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي الدولي

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون أعمـــال

من تقديم الطالب:
رحايـــــل بشير

تحت إشراف الأستاذ:
أ/ بوشـــــــرك علي

لجنة المناقشة:

1/أ بوالصلصال نور الدين.....رئيسا

2/أ بوشرك علي.....مشرفا ومقررا

3/أ مجدوب كوثر.....مناقشا

دورة جوان 2018

إهـــداء

أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع

إلى

من كانوا سندا لي في اليسر

والعسر

في الفشل والنجاح

أمي وأبي

أخي وأخواتي

راجيا من الله أن يرزقهم كل الخير والسعادة والهناء

إلى

كل الأصدقاء والأحبة

القريب منهم والبعيد

أحبكم

رحـــــــــايل بشيـــــــــر

شكر و عرفان

أشكر الله جزيل الشكر على توفيقه لي في انجاز هذا البحث المتواضع.

أشكر أستاذي ومعلمي الأستاذ: "بوشرك علي" الذي تكرم بإشرافه على مذكرتنا هذه، و زودنا بتوجيهاته ونصائحه القيمة، ومنح لنا من وقته وقام بمراجعة هذه المذكرة وتصويبها فجزاه الله كل خير وجعله ذخرا لجامعتنا.

كما أتقدم بالشكر والاحترام إلى أساتذتنا أعضاء لجنة المناقشة الأستاذ الدكتور بو الصلصال نور الدين والأستاذة مجدوب كوثر لقبولهم مناقشة هذه المذكرة.

وبالتأكيد لا أنسى كل من ساعدني ومد يد العون لي من زملاء وأساتذة لإنجاز هذه المذكرة ولو بكلمة بسيطة، فجازاهم الله خير الجزاء.

رحـــــــــايل بشيـــــــــر

مقدمة

يعتبر التحكيم مصطلحا قديما امتدت جذوره في عمق التاريخ والحضارات القديمة حيث يجد هذا الأخير مصدره وأساسه في الشرائع السماوية قبل الوضعية، وأبرزها كلام الله وسنة رسوله الكريم، واللذان يعتبران مصدرا للعدل والإنصاف بين البشر.

وتطور هذا المصطلح بعد ذلك وأصبح ظاهرة قانونية اتسع نطاقها حتى عم الاعتراف بها كافة أنحاء المعمورة، وما يؤكد ذلك ويثبته هو الإقبال المتزايد على هذا النوع من القضاء الجديد، حيث أصبح الوجهة المفضلة لحل النزاعات خاصة ما تعلق منها بالتجارة الدولية.

فبعدما ازدهرت التجارة أصبحت المعاملات تتعدى حدود الدول الشيء الذي أدى إلى ظهور مصطلح جديد يعرف بالتحكيم التجاري الدولي، والذي يعتبر نظاما قضائيا من نوع خاص، يتميز ببساطة في الإجراءات وسرعة في الفصل وخبرة في القائمين بنظر تلك النزاعات وحلها، بالإضافة إلى قيامه على مبدأ سلطان الإرادة الذي يعطي للأطراف الحرية في تنظيم إجراءات سير الخصومة التحكيمية وتعيين المحكمين و وضع القواعد القانونية التي يرون أنها الأفضل والأنسب لحكم النزاع مع حد أدنى من الضوابط والقيود الواجب مراعاتها، مما جعله نظاما مميزا ومنافسا شرسا للقضاء العادي، الذي تنعقد فيه الخصومة وفقا للإجراءات المنصوص عليها قانونا ويتم الفصل فيها عن طريق قاضي مختص و وفقا لقواعد قانونية موضوعة مسبقا لحكم مثل هذه المنازعات، ودون أن يكون لأطراف المنازعة يد أو سلطة في كل ذلك.

ويتم اللجوء إلى هذا النوع من التحكيم من خلال اتفاق بين الأطراف على إحالة النزاعات المتعلقة بعقودهم على التحكيم، سواء قبل حدوث النزاع من خلال شرط يدرج في العقد المبرم بينهم أو بعد وقوعه عن طريق مشارطة التحكيم.

ومن أهم المسائل والقضايا التي يثيرها هذا النوع من القضاء مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع باعتباره الأساس الذي يتم بناء عليه الفصل في النزاع من قبل محكمة التحكيم، إذ يعتبر موضوعا خصبا أسال حبر الفقهاء والمختصين في هذا المجال، كما تطرقت له العديد من المعاهدات والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية بما

فيها المشرع الجزائري، الذي تطرق لهذا الموضوع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية قبل وبعد التعديل.

وتبرز أهمية هذا الموضوع في كون القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو النواة الرئيسية التي من خلالها تتولى محكمة التحكيم النظر في النزاع والفصل فيه وإعطاء كل ذي حق حقه، وهذا تجسيدا لرغبة الأطراف الذين اتجهوا لهذا النوع من القضاء لا لسبب إلا لرغبتهم في الفصل في النزاع في أقرب الآجال و وفقا للقواعد القانونية التي يرون أنها الأفضل والأنسب لحكم موضوع النزاع، بالإضافة إلى أن هذا النوع من النزاعات دائما ما يحتوي على عنصر أجنبي مما يجعل مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مسألة في غاية الأهمية.

كما أن التحكيم التجاري الدولي بصفة عامة أصبحت له مكانة جد هامة في التوجهات المستقبلية للدول لما له من تأثير على الاقتصاد الذي يعتبر الركيزة الأساسية للدول، مما جعلها تسارع للتكوين في هذا المجال وتعمل على تحسين منظوماتها القانونية تماشيا مع ما تعرفه الساحة التجارية الدولية من تطورات تعدت محتوى القوانين الوطنية.

أما عن أسباب اختيارنا لهذا الموضوع ليكون موضوعا لدراستنا فله ما يبرره من الناحية الذاتية وكذا الموضوعية، فالأولى هي ميولنا لمادة التحكيم التجاري الدولي ورغبتنا في دراستها والتعمق فيها أكثر والوقوف على مختلف الإشكاليات التي تطرحها لاسيما القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع والتي تعتبر موضوع دراستنا، أما عن الأسباب الموضوعية فتتجلى في رغبتنا في تقديم هذا البحث المتواضع كمحاولة منا للإسهام في نشر ثقافة الطرق البديلة لتسوية النزاعات الدولية، وتبيان القواعد التي يمكن أن تشكل النظام القانوني الذي يتم بناء عليه حسم النزاع وإنهائه.

ويعرف القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تحكم النزاع في جانبه الموضوعي وهي النواة التي يصدر من خلالها حكم التحكيم الفاصل في موضوع النزاع، وقد أقرت جل النظم القانونية والاتفاقيات الدولية نظاما مزدوجا في تحديد هذه القواعد القانونية، حيث سارت كلها في نفس المسار بمنح الأطراف الأولوية

في تحديد تلك القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، وفي حال عدم ممارستهم للسلطة الممنوحة لهم يأتي دور محكمة التحكيم في المرتبة الثانية، غير أنها اختلفت في الحرية الممنوحة في تحديد تلك القواعد، فمنهم من منح حرية واسعة في شأن ذلك ومنهم من قيد تلك الحرية.

وعموما فإن تحديد تلك القواعد يدور بين قدر من الحرية تماشيا مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وقدر من التقييد الذي يهدف لحماية حقوق الأفراد والدول التي لها علاقة مباشرة أو غير مباشرة بالنزاع، **وهذا ما يضعنا أمام إشكالية تتعلق بمدى حدود سلطة الأطراف ومحكمة التحكيم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع؟**

وبالتالي فالهدف من هذه الدراسة هو الوقوف على مختلف الطرق والآليات التي يتم بناء عليها تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من جهة، بالإضافة إلى معرفة القواعد القانونية التي يمكن اختيارها والحرية الممنوحة وأهم القيود والضوابط الموجودة في هذا الخصوص من جهة أخرى، مع الرجوع إلى موقف المشرع الجزائري بخصوص أهم الجزئيات المتعلقة بهذا الموضوع.

ولمعالجة الإشكالية المطروحة تم العمل بالمنهج التحليلي والوصفي مع المنهج النقدي في الحالات التي تتطلب ذلك لبيان مختلف الطرق التي يتم بناء عليها تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وموقف الفقه والتشريع والاتفاقيات الدولية منها، وأهم الضوابط التي تحكم هذه العملية.

وفي سبيل الإجابة على الإشكالية المطروحة تم إتباع خطة ثنائية مقسمة إلى فصلين كالتالي:

الفصل الأول: دور أطراف التحكيم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

الفصل الثاني: دور محكمة التحكيم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

الفصل الأول

دور أطراف التحكيم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

غالبا ما يلجأ أطراف عقود التجارة الدولية إلى نظام التحكيم التجاري الدولي للفصل في المنازعات التي تقع بينهم، ومن أهم المسائل والجزئيات التي يقف عليها الأطراف مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، باعتباره الأساس الذي تستند إليه محكمة التحكيم للفصل في موضوع النزاع.

وبما أن نظام التحكيم التجاري الدولي قائم أساسا على مبدأ سلطان الإرادة فإن تحديد هذا القانون بدوره يخضع لهذا المبدأ، حيث أقرت جل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية حرية الأطراف في تحديد القواعد القانونية التي يتم بناء عليها حسم النزاع القائم وإنهائه.

غير أن هذه الحرية الممنوحة للأطراف ليست مطلقة بشكل كامل يسمح لهم باختيار هذه القواعد بالطريقة التي أرادوها، وإنما هناك حدود على الأطراف مراعاتها وعدم تجاوزها عند الاختيار.

وبالتالي فمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تتخللها جملة من الإشكاليات التي تتعلق بمبدأ سلطان الإرادة في الاختيار، من حيث مضمون هذا المبدأ وأساسه وكيفية إعماله من جهة، والضوابط التي تحكمه من جهة أخرى.

ولحل هذه الإشكاليات والإجابة على الأسئلة التي تتبادر إلى ذهن كل باحث في هذا الموضوع ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث سنتناول في **(المبحث الأول)** الاعتداد بتطبيق قانون الإرادة، أما **(المبحث الثاني)** فنخصصه لمعالجة القيود الواردة على مبدأ قانون الإرادة.

المبحث الأول

الاعتداد بتطبيق قانون الإرادة

يقوم التحكيم على مبدأ سلطان الإرادة وبالتالي فهو يعكس رغبة الأطراف في حل منازعاتهم طبقا للقواعد القانونية والمبادئ التي يختارونها[1]، ويعتبر خضوع العقد موضوع النزاع لقانون إرادة الأطراف مبدأ مسلما به في مجال التحكيم التجاري الدولي، فقد أخذت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم بمبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع[2]، وبالتالي إذا اتفق الأطراف على القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوع النزاع[3]، فعليه احترام هذه الإرادة وتطبيقها.

وللتوضيح أكثر سيقسم هذا المبحث لمطلبين، حيث نتناول في **(المطلب الأول)** تكريس مبدأ قانون الإرادة، أما **(المطلب الثاني)** فنخصصه لتناول مضمون قانون الإرادة.

المطلب الأول

تكريس مبدأ قانون الإرادة

إن مبدأ سلطان الإرادة ليس بالفكرة الجديدة وليدة اليوم بل إن هذا المبدأ كان سائدا منذ القدم في المعاملات التجارية على المستوى الدولي والداخلي، وأخذ يتطور شيئا فشيئا إلى أن أصبح مبدأ معترفا به دوليا، وعليه سنقوم بتوضيح هذه الأفكار أكثر من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، حيث نخصص **(الفرع الأول)** لمعالجة مفهوم مبدأ قانون الإرادة، أما **(الفرع الثاني)** فنتناول فيه مصادر مبدأ قانون الإرادة.

---

[1]– أنظر محمد بولعبايز، "**مبدأ استقلال الإرادة في التحكيم التجاري الدولي**"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013، ص 33.

[2]– فيروز الموهاب، "**القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي طبقا للقانون الجزائري**"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009/2008، ص67.

[3]– لزهر بن سعيد، "**التحكيم التجاري الدولي**"، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 313.

الفرع الأول

مفهوم مبدأ قانون الإرادة

لتوضيح المقصود من هذا المبدأ والوقوف على المراحل التاريخية التي مر عليها سنقدم لمحة مختصرة عن كيفية تطوره **(أولا)** ودوافع الأخذ به **(ثانيا)**.

أولا: تطور مبدأ قانون الإرادة

نتيجة لتأثر المشرع عند وضع قواعد القانون الدولي الخاص بالظروف المحيطة السائدة في بلده، يمكن القول أن مبدأ قانون الإرادة مر بمراحل مختلفة كصدى للظروف التي تسود في كل عصر[1].

وتعود فكرة قانون الإرادة إلى مصر، وكذلك مدرسة فقه الأحوال الإيطالية القديمة التي ظهرت في أوائل القرن الرابع عشر، عندما قررت أن حالة الأشخاص وأهليتهم تخضع إلى قانون موطنهم، على أساس ارتضاء المتعاقدين ضمنا لهذا القانون، وفي القرن السادس عشر بلور الفقيه الفرنسي ديمولان فكرة قانون الإرادة عندما قرر أن النظام المالي للزوجين يخضع إلى قانون موطن الزوجية على أساس أن إرادة الزوجين اتجهت إلى ذلك[2].

وقد برزت في الفقه والقوانين المعاصرة إشارات ودلائل على التوجه نحو الانتصار لمبدأ قانون الإرادة، كما هو الأمر في القانون الفرنسي الذي ظل يعتبر قانون محل إبرام العقد الدولي هو قانون الإرادة الضمنية للأطراف، إلى أن جرى تحول عام 1864 عندما أخذ القضاء بالقانون المختار من قبل الأطراف، إلا أن التحول الحقيقي جاء بعد صدور قرار

---

[1]– زياد محمد فالح بشابشه، "**دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني– دراسة مقارنة**"–، ملخص رسالة دكتوراه، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، 2012/2011، ص 359.

[2]– الشرفات طلال طلب فنيخر، "**القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي**"، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة عمان العربية، عمان، الأردن، 2011، ص 53.

محكمة النقض الفرنسية، والصادر بتاريخ 5 كانون الثاني 1910 الذي قرر أن القانون الواجب التطبيق على العقود هو القانون الذي يتبناه الأطراف[1].

وما إن بدأ القرن التاسع عشر إلا وقد ازدهرت فكرة قانون الإرادة، وساعد في ذلك مذهب الحرية الفردية ونظام الاقتصاد الرأسمالي والليبرالي والنظر إلى حرية التعاقد وتقديس سلطان الإرادة على أنهما من بين عوامل سيادة ذلك النظام عبر الحدود الدولية، و ترسيمه داخل الحدود الوطنية[2].

ثانيا: دوافع الأخذ بمبدأ قانون الإرادة

قبل الحديث عن دوافع الأخذ بمبدأ قانون الإرادة وجب تقديم تعريف له، حيث يعرف قانون الإرادة في مجال القانون الدولي الخاص على أنه ذلك القانون المختار من الأطراف ليحكم علاقتهم العقدية، وليكون مصدرا للقواعد التي تحكم موضوع العقد الدولي، ولو كان قانون آخر هو الواجب التطبيق عند عدم اختيار الأطراف لذلك القانون[3].

أما عن دوافع الأخذ بهذا المبدأ من قبل الأطراف وتفضيلهم له، فذلك راجع للعديد من الاعتبارات في مقدمتها رغبتهم في اختيار أفضل القواعد التي تحكم عقدهم دون التقيد بقوانين دولة معينة[4]، الشيء الذي يمنح لنصوص العقد القوة التنفيذية بالإضافة إلى تكملة

---

[1]– أنظر الشرفات طلال طلب فنيخر، المرجع السابق، ص 54.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، "**الأصول في التنازع الدولي للقوانين**"، دون طبعة، دار الكتب والوثائق المصرية، دون مكان نشر، 2008، ص 106.

[3]– جارد محمد، "**دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي**"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان، 2010/2009، ص 52.

[4]– أنظر وفاء مزيد فلحوط، "**النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي**"، مداخلة ألقيت ضمن المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، يومي 28 و 30 أبريل 2008، ص 564.

النقص الوارد في هذه العقود[1]، كما أن هذا المبدأ يمنح الأطراف نوعا من الشعور بالأمان القانوني في معاملاتهم.

الفرع الثاني
مصادر مبدأ قانون الإرادة

يجد مبدأ قانون الإرادة مصدره في الاتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم الدولي التي كرست حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، كما سارت في نفس السياق جل التشريعات الوطنية التي لم تتوانى في التأكيد على سلطان الإرادة في اختيار القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوع النزاع[2].

وللتوضيح أكثر سنتناول المصادر الدولية **(أولا)** والمصادر الداخلية **(ثانيا)**.

أولا: المصادر الدولية

لقد أصبح من المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة[3]، وتعطي أغلب المعاهدات والاتفاقيات إرادة المتعاقدين الأولوية في التطبيق بالنسبة لاختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع[4]، ومثال ذلك اتفاقية نيويورك 1958 بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها[5]، والمادة 42 من اتفاقية واشنطن التي نصت

---

[1]- الشرفات طلال طلب فنيخر، المرجع السابق، ص 65.

[2] – Mostefa Trari–Tani, "**Droit Algerien de L'arbitrage Commercial International**", 1ere Edition, Berti Editions, Alger, 2007.

[3]– عصام أحمد البهجي، "**التحكيم التجاري الدولي في عقود البوط (B :O :T)**"، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 117.

[4]– لما أحمد كوجان، "**التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي**"، دون طبعة، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2008، ص 133.

[5]– كمال إبراهيم، "**حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولية**"، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص 142.

على أنه تفصل محكمة التحكيم وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف[1]، واتفاقية جنيف الأوربية لعام 1961 التي نصت في مادتها الرابعة على أن الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي تكون محكمة التحكيم ملزمة بتطبيقه عند الفصل في موضوع النزاع، وبالتالي يتضح لنا جليا أن هذه الاتفاقية تتوافق مع اتفاقية واشنطن في تكريسها حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع[2].

أما فيما يتعلق بالاتفاقيات العربية نجد أن الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 كرست بدورها مبدأ قانون الإرادة في المادة 21 فقرة 1 منها، سواء كانت هذه الإرادة صدرت بطريقة صريحة أو ضمنية[3]، وهو نفس الأمر الذي كرسته قواعد تحكيم اليونسترال والقانون النموذجي للتحكيم[4]، بالإضافة لأحكام التحكيم التي سارت في نفس السياق في تكريس هذا المبدأ، ومثال ذلك الحكم الصادر من محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية CCI باعتبار قانون الإرادة هو القانون الواجب التطبيق على نزاع بين شركة أمريكية والحكومة الجزائرية بمناسبة إنشاء طرق ومد خطوط سكك حديدية، حيث انتهت محكمة التحكيم إلى تطبيق القانون الجزائري على النزاع[5].

ثانيا: المصادر الداخلية

يجد هذا المبدأ مصدره أيضا في القوانين الوطنية للدول، حيث نجدها هي الأخرى قد كرست قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة[6]، وهو ما أخذ به المشرع المصري في

---

[1]– ليندة بلاش، "**دور المحكم الدولي في تدويل القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار**"، مداخلة ألقيت ضمن الملتقى الوطني حول تسوية نزاعات الاستثمار أمام المركز الدولي (CIRDI)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة– بجاية، يومي 13 و 14 ديسمبر 2017، ص 9.

[2]– أنظر لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 138.

[3]– أنظر فوزي محمد سامي، "**التحكيم التجاري الدولي**"، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2008، ص 191.

[4]– لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 139.

[5]– أنظر عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 117.

[6]– أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 1060.

المادة 3/39 من قانون التحكيم الجديد[1]، والمشرع الجزائري الذي كرس بدوره حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري[2]، والمادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد التي نصت على أنه: تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة[3].

المطلب الثاني

مضمون قانون الإرادة

بعد الحديث عن مفهوم مبدأ قانون الإرادة وتكريسه دوليا وداخليا، كان لا بد من الوقوف على طبيعة القواعد القانونية المختارة وصور التعبير عنها، والملاحظ أن جل التشريعات استعملت لفظ القواعد القانونية[4]، وبالرجوع لنص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نلاحظ أن المشرع استعمل نفس المصطلح، والحكمة من وراء ذلك هو أن كلمة القواعد القانونية تنطوي تحتها كل القواعد التي تحكم موضوع النزاع[5].

---

[1]– منير عبد المجيد، "**الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم**"، دون طبعة، مطابع الشرطة، دون مكان نشر، 2005، ص 201.

[2]– الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن **القانون المدني**، الجيدة الرسمية، العدد 78، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 يوليو 2005، الجريدة الرسمية، العدد 44 لسنة 2005.

[3]– القانون رقم 08–09 المؤرخ في 25/ 02 /2008، المتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخ في 2008/04/23.

[4]– أنظر نور حمد الحجايا، "**القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه**"، مداخلة ألقيت ضمن المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، يومي 28 و 30 أبريل 2008، ص 164.

[5]– أنظر محمد سكيكر، "**تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية**"، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الإسكندرية، 2007، ص 129.

وانطلاقا مما سبق ذكره يتبادر سؤال حول **طبيعة هذه القواعد القانونية من جهة وكيف يتم التعبير عنها من جهة أخرى؟**

وللتوضيح سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، حيث سنتناول في **(الفرع الأول)** طبيعة القواعد القانونية المختارة، وفي **(الفرع الثاني)** صور التعبير عنها.

الفرع الأول
طبيعة القواعد القانونية المختارة

إن إرادة الأطراف قد تتجه إلى اختيار قواعد قانونية وطنية، كما قد تتجه لإعمال قواعد غير وطنية أو ما يسمى بالقواعد عبر الدولية، وهذا ما سنوضحه كما يلي:

أولا: اتجاه الإرادة لإعمال قواعد وطنية

قد يتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة على موضوع النزاع، غير أن الفقه اختلف حول القواعد القانونية الواجب إعمالها، فمنهم من قال بضرورة إعمال القواعد الموضوعية في ذلك القانون، ومنهم من قال بحتمية الرجوع لقواعد الإسناد لاسيما في بعض المسائل التي تخرج بطبيعتها عن سلطان قانون الإرادة، ومثال ذلك المسائل المتعلقة بالأهلية والنيابة في التعاقد وغيرها من المسائل التي تخرج عن هذا المبدأ[1].

ونرى أن الرأي الراجح هو إعمال القواعد الموضوعية على أساس أن لجوء الأطراف إلى التحكيم الدولي يرجع إلى رغبتهم في الفصل في النزاع في أقرب الآجال، وإعمال قواعد الإسناد يتعارض مع هذه الرغبة، نظرا لما ينتج عنها من صعوبة في الوصول إلى القانون الواجب التطبيق بسرعة والفصل في أقرب الآجال.

[1]– أنظر خالد محمد القاضي، "**موسوعة التحكيم التجاري الدولي**"، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص 261.

وتجدر الإشارة إلى أن الأطراف قد يقومون باختيار قانون دولة معينة، كما يمكنهم اختيار قواعد قانونية من عدة نظم قانونية أو قواعد قانونية مشتركة من قانون وطني[1]، غير أن وقوع الاختيار على قانون دولة معينة تتخلله جملة من الإشكاليات من بينها أي قانون يقصده الأطراف هل هو قانون وقت انعقاد العقد؟ أم هو قانون وقت انعقاد العملية التحكيمية؟

ولمعرفة ذلك لابد من النظر فيما إذا كان الأطراف قد نصوا على تجميد القانون الواجب التطبيق على علاقتهم أم خلى الاتفاق من هذا الشرط، وقد ظهر في هذا الشأن اتجاهان، الأول يرفض وجود مثل هذا الشرط ويعتبره باطلا لأن في ذلك إنقاص لسيادة الدولة وسلطتها، أما الاتجاه الثاني فقد أيد هذا الشرط وقال بصحته على أساس عدم تعارضه مع سلطان الدولة وسيادتها[2].

ومن بين الإشكاليات أيضا مسألة تعدد الشرائع في الدولة الواحدة مع اختلاف في القانون المطبق من ولاية إلى أخرى، مما يجعل المحكم الدولي أمام إشكالية القانون الواجب التطبيق، وفي هذه الحالة لابد عليه من طرح المسألة للنقاش على الأطراف لإرشاده للقانون المراد تطبيقه على موضوع النزاع[3].

---

[1]– خلاف بوجمعة، "**دور المركز الدولي (CIRDI) في تسوية منازعات الاستثمار**"، مداخلة ألقيت ضمن أعمال الملتقى الوطني حول تسوية منازعات الاستثمار (CIRDI)، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 13 و 14 ديسمبر 2017، ص 9.

[2]– أنظر خلاف بوجمعة، المرجع نفسه، ص 9.

[3]– أنظر عكاشة محمد عبد العال، "**القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم**"، **(دراسة مقارنة في ضوء مشروع القانون الاتحادي لسنة 2006**، مداخلة ألقيت ضمن المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، يومي 28 و 30 أبريل 2008، ص– ص 586–587.

ثانيا: اتجاه الإرادة لإعمال قواعد غير وطنية

إن اختيار الأطراف للقانون قد يقع على قواعد قانونية دولية[1]، وتجدر الإشارة إلى أن الاتجاهات الفقهية قد اختلفت حول فكرة إعمال هذه القواعد بين مؤيد ومعارض[2]، ومن بين هذه القواعد التي يمكن أن تتجه إرادة الأطراف لإعمالها هي المبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة والإنصاف، كما قد تتجه الإرادة لإعمال قواعد التجارة الدولية أو القانون الدولي العام واللذان سنكتفي بدراسة إمكانية اتجاه إرادة الأطراف لإعمالهما.

حيث تقضي الكثير من التشريعات الوطنية في مجال التحكيم التجاري بوجوب تطبيق قواعد التجارة الدولية[3]، والتي تعرف على أنها: مجموعة القواعد الموضوعية في مجال التجارة الدولية التي تتجاوز حدود الدول لتحكم العلاقات التي تنشأ في إقليم أكثر من دولة[4].

وقد اختلف الفقه حول إعمال قانون التجارة الدولية، حيث يقول جانب من الفقه أنه يصعب إضفاء الصفة القانونية على ما يسمى بقانون التجار لأن قواعده غير كافية لتكون نظاما قانونيا، وأن لفظ القانون ينصرف إلى القواعد الوطنية فقط وبالتالي فإن إعمال قانون التجار يجعل المحكم مفوضا بالصلح وليس محكما بالقانون، وهناك اتجاه آخر يقول بأن قانون التجار هو نظام قانوني وأن التحكيم من خلاله هو تحكيم بالقانون، ولهذا يمكن القول أن التحكيم وفقا لقواعد التجار يعد تطلعا إلى شكل جديد للقانون[5].

أما فيما يخص اتجاه الإرادة لإعمال قواعد القانون الدولي العام فقد انقسم الفقه بشأنها أيضا بين مؤيد ومعارض، فالمعارضون رفضوا هذه الفكرة رفضا قاطعا على أساس أن

---

[1]– زياد خليف العنزي، "**مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقا لمبادئ مؤتمر لاهاي (2015)**"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 13، العدد 2، 2016، ص 388.

[2]– أنظر نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 664.

[3]– أنظر خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 262.

[4]– عمر سعد الله، "**قانون التجارة الدولية– النظرية المعاصرة**"–، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2016، ص 13.

[5]– أنظر رشا علي الدين، "**سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد**"– **دراسة مقارنة في ضل الأزمة المالية الراهنة، مداخلة ألقيت ضمن المؤتمر العلمي الثالث عشر، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2009**، ص– ص 32–33.

الأطراف المتعاقدة ليس بالضرورة أن تكون دائما من أشخاص القانون العام، وبالتالي تطبيق هذه القواعد لا يكون في محله وفي مواجهة أشخاصه[1]، بالإضافة إلى أن القانون الدولي العام يفتقر للقواعد الناظمة للعلاقات الدولية الخاصة، وبالتالي فإن تطبيق قواعده في مثل هذه الحالة لا يكون ملائما[2].

أما الاتجاه الثاني فأجاز تطبيق هذه المبادئ على أساس مبدأ سلطان الإرادة في الاختيار[3]، وما يؤكد إمكانية نجاح هذه القواعد في حكم هذه العلاقات هي أحكام التحكيم الدولية التي نجحت حول القانون الدولي العام، كتحكيم texaco وتحكيم Agip مع حكومة الكونغو[4].

الفرع الثاني
صور التعبير عن الإرادة

بعد التطرق للقواعد القانونية التي يمكن اختيارها من طرف الأطراف سواء عند إبرام العقد أو في وقت لاحق عن الإبرام[5]، كان من المنطقي أن يتبادر سؤال حول كيفية صدور هذه الإرادة في الاختيار؟ أو بعبارة أخرى ما هي صور التعبير عن تلك الإرادة؟

وللتوضيح أكثر والإجابة على هذا السؤال سنتطرق لفكرة الإرادة الصريحة **(أولا)**، وللإرادة الضمنية **(ثانيا)**.

---

[1]– هوام علاوة وقروي سميرة، "**أطر فض منازعات الاستثمار الأجنبي**"، جامعة باتنة، العدد 6، جوان 2016، ص 116.

[2]– أنظر وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 570.

[3]– أنظر هوام علاوة وقروي سميرة، المرجع السابق، ص 116.

[4]– أنظر وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص– ص 570–571.

[5]– أنظر معيوف سيد علي، "**القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المعروض للتحكيم**"، مداخلة القيت ضمن الملتقى الوطني حول تسوية نزاعات الاستثمار أمام المركز الدولي(CIRDI)، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة– بجاية، يومي 13 و 14 ديسمبر، 2017، ص 3.

أولا: الإرادة الصريحة

إن الإجماع يكاد ينعقد على أنه من الأهمية بمكان أن يقوم الأطراف بتحديد هذا القانون صراحة[1]، تجنبا لمختلف المخاطر والمشكلات التي قد تظهر عند نشوب نزاع بينهم[2]، من خلال تبني الأطراف لجملة من الشروط لا تخضع لشكل خاص ولكنها يجب أن تكون واضحة ومعبرة عن هذا الاختيار[3].

ثانيا: الإرادة الضمنية

قد يكون اختيار القانون الواجب التطبيق صريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا[4]، ويرى الفقه أن الإرادة الضمنية هي إرادة حقيقية لأن المحكم يصل إليها من خلال تحليل الظروف والوقائع، ومن أهم الأمثلة التحكيمية عنها تحكيم (Abu Dhabu) الذي اعتمد فيه المحكم على قرينة الإشارة إلى المبادئ العامة للقانون أو مبادئ العدالة[5]، كما نصت عليها الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 بقولها تفصل هيئة التحكيم وفقا للقانون الذي اختاره الأطراف صراحة أو ضمنا[6]، وبذلك ففكرة الاختيار الضمني لا تؤدي بالضرورة إلى الاعتقاد الاعتقاد أن الإرادة غير موجودة لكن غير معلن عنها[7] فقط.

---

[1]– أنظر محمد الروبي، "**عقود التشييد والاستغلال و التسليم،(T: O: B)**"، مداخلة ألقيت ضمن المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، يومي 28 و 30 أبريل 2008، ص 171.

[2]– أنظر عدلي محمد عبد الكريم، "**النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص 213.

[3]– معيوف سيد علي مرجع السابق، ص 3.

[4]– أنظر سمير عبود فرحان، "**القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم**"، دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والعراقي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، كانون الثاني، 2017، ص 80.

[5]– أنظر وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 565.

[6]– أنظر فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 191.

[7]– خالد شويرب، "**القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي**"، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، 2009/2008، ص 46.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يشر إلى هذه الإرادة في مجال التحكيم التجاري الدولي، لكنه أشار إليها في نصوص القانون المدني وذلك في المادة 60 منه، حيث نجده قد قبل فكرة الإرادة الضمنية في الفقرة الثانية من نص هذه المادة[1]، ونرى بدورنا أن المشرع الجزائري في نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم ينص على استبعاد هذه الإرادة والاكتفاء بالإرادة الصريحة، وهذا دليل على قبوله للإرادة الضمنية على اعتبار أنه لو أراد استبعادها لنص على وجوب أن يكون الاختيار صريحا.

المبحث الثاني

القيود الواردة على مبدأ قانون الإرادة

يعد مبدأ قانون الإرادة في ميدان العلاقات الدولية بمثابة عرف دولي ومبدأ معترف به في كل النظم القانونية، كما سبق ذكره في المبحث الأول، وحرية الأطراف في الاختيار تدفع بهم دون شك نحو اختيار القانون الملائم الذي يحكم معاملاتهم الدولية، وبالتالي بموجب هذه الحرية يستطيع الأطراف اختيار القواعد القانونية التي تحكم منازعاتهم المحتملة لحظة التعاقد[2]، إلا أن هذا لا يعني أن القانون سيطبقه المحكم بالكيفية التي أرادوها، وإنما هناك بعض القيود التي تحد قدرة هذا الاختيار، وتؤدي في بعض الحالات إلى استبعاد قانون الإرادة[3] التي تنصب حول عدم مخالفة القواعد الآمرة والمبادئ الأساسية في الدولة[4]، فما هي هي تلك القيود؟ وكيف يتم إعمالها؟ وما موقف المشرع الجزائري منها؟

---

[1]– أنظر عيادي فريدة، "**سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة على العقد التجاري الدولي**"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص 89.

[2]– طارق كاظم كجيل، "**النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي**"، مجلة المنصورة، العدد 14، كلية الحقوق، جامعة، ذي قار، دون تاريخ نشر، ص 13.

[3]– موكه عبد الكريم، "**القانون الواجب التطبيق في خصومة التحكيم**"، مداخلة ألقيت ضمن أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات، حقائق وتحديات، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 26 و27 أفريل 2016، ص 14.

[4]– محمد جارد، المرجع السابق، ص 84.

أسئلة سنجيب عنها من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، بحيث نتناول القيود الكلاسيكية في **(المطلب الأول)**، وفي **(المطلب الثاني)** سنتطرق لبعض القيود الأخرى.

المطلب الأول
القيود الكلاسيكية

إن التوجه العام للتجارة الدولية لصالح التحكيم التجاري الدولي في فض المنازعات الناشئة عنها أدى بالدول إلى منح هذا النوع من القضاء استقلالية واسعة لكنها غير مطلقة وترد عليها بعض القيود، والمتعلقة أساسا بعدم مخالفة القواعد الآمرة والمبادئ التي تمثل رمز لسيادة الدولة[1]، لذلك لابد على الأطراف عند اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الحرص على أن لا يكون متعارضا مع القواعد المتعلقة بالنظام العام الذي سنتطرق إليه في **(الفرع الأول)**، وقوانين الشرطة والأمن في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول
قيد النظام العام

يعتبر النظام العام قيدا على حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع[2]، وللتوضيح أكثر سنتناول في هذا الفرع المقصود بفكرة النظام العام **(أولا)** وموقف المشرع الجزائري من فكرة النظام العام **(ثانيا)**.

أولا: المقصود بفكرة النظام العام

النظام العام فكرة لمفهوم واسع وتطبيقات متغلغلة في ثنايا العلاقات الداخلية، وهي وإن اكتملت صورتها وأبانت عن خصوصيتها في مجال العلاقات الدولية الخاصة، فهي مع ذلك من ينبوع وطني نسبي متغير، ولذلك تعتبر فكرة النظام العام على هذا النحو فكرة مرنة

[1]- أنظر محمد جارد، المرجع السابق، ص 85.

[2]- أنظر طلال طلب فنيخر، المرجع السابق، ص 87.

ومتطورة يكتنفها الغموض وصعبة التحديد[1]، وهي فكرة تهدف إلى حماية المبادئ والأسس العامة للدولة في مختلف الجوانب الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي يقوم عليها كيان المجتمع[2]، وبالتالي فإن كل ما يتعلق بالنظام العام غير قابل للتحكيم لأنه يتصل بما لا يجوز التعامل فيه والمحظور بنصوص قانونية خاصة[3]، وللنظام العام صورتين حيث يوجد نظام عام داخلي وهناك أيضا نظام عام دولي، أو ما يعرف بالنظام العام عبر الدولي الذي جاء كحتمية لضبط العلاقات التجارية وحماية المصالح الدولية المشتركة بين الدول[4].

هذا الأخير يعتبر مفهوما جديدا يختلف عن مفهوم النظام العام الداخلي للدولة، ويعود الفضل في تقنينه للقانون الفرنسي بموجب تعديل 1981، كما جسده القضاء الفرنسي في العديد من المناسبات أشهرها القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بمناسبة الطعن المرفوع أمامها في قضية Dalico[5].

وتجدر الإشارة إلى أن النظام العام الذي يعتبر قيدا على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو النظام العام الدولي أو عبر الدولي كما سبق الذكر، والذي يهدف إلى رفض تطبيق القوانين التي تتعارض مع المبادئ والأخلاق

---

[1]– سعيد يوسف البستاني، "**الجامع في القانون الدولي الخاص**"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، دون مكان نشر، 2009، ص 725.

[2]– أنظر أشرف عبد الحليم الرفاعي، "**اتفاق التحكيم و المشكلات العلمية والقانونية في العلاقات الدولية الخاصة، دراسة فقهية قضائية مقارنة**"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 46.

[3]– أنظر زيري زهية، "**الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري**"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص 101.

[4]– خليل أسامة محمد عثمان، "**التحكيم التجاري الدولي**"، دار المنظومة، مجلة العدل– السنة الثالثة، العدد الخامس، ص 67.

[5]– أنظر تعويلت كريم، "**فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي**"، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص 280.

المشتركة في المجتمع الدولي، ومثال ذلك القوانين الناظمة لتمييز الأفراد على أساس عرقي أو جنسي أو مذهبي[1].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من فكرة النظام العام

لقد نص المشرع صراحة في نص المادة 24 من القانون المدني على تطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة، وبالتالي يتضح جليا أن المشرع نص على استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام للدولة من طرف القضاء وتطبيق قانون الدولة مكانه[2]، على عكس المحكم الدولي الذي يعتبر ملزما بالنظام العام الدولي وليس الداخلي[3].

وبالرجوع للنصوص المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي نجد أن المشرع تطرق للنظام العام في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4]، حيث جعل مخالفة النظام العام الدولي سببا من أسباب الطعن في أمر الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها أمام القاضي الوطني، وبالتالي فقد جعله قيدا على حرية الأطراف في اختيار القانون ولو لم ينص على ذلك صراحة، إذ يجب على الأطراف مراعاة القواعد المشكلة للنظام الدولي كي يصدر القرار التحكيمي بشكل صحيح وقابل للتنفيذ دون إشكال.

وما يمكن قوله في النهاية هو أن فكرة النظام العام لا تزال فكرة مرنة يصعب تحديدها بدقة، ولا يزال هناك جدل كبير بين الفقهاء حولها.

---

[1]– قريقر فتيحة، "**النظام العام والتحكيم التجاري الدولي**"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، 2017/2016، ص 362.

[2]– أنظر ليندة بلاش، المرجع السابق، ص 5.

[3]– أنظر فتحي والي، "**قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**"، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 424.

[4]– المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

الفرع الثاني
قوانين الشرطة والأمن

تعتبر قوانين الشرطة والأمن ذات التطبيق الضروري هي الأخرى قيدا على حرية الأطراف في الاختيار، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى هذه الفكرة من خلال الوقوف على المقصود بقوانين الشرطة والأمن ذات التطبيق الضروري **(أولا)**، وإعمال فكرة قوانين الشرطة والأمن ذات التطبيق الضروري **(ثانيا)**.

أولا: المقصود بقوانين الشرطة والأمن ذات التطبيق الضروري

يقصد بقوانين الشرطة والأمن ذات التطبيق الضروري أو المباشر مجموعة القواعد الموضوعية[1] ذات طابع نظام عام فوقي تسمو على كل القوانين في التطبيق وتراعي مصالح جوهرية في الدولة، وبالتالي فالقاضي عند ظهورها في المنازعات ذات الطرف الأجنبي لا يلتفت لقواعد الإسناد لتعيين القانون الواجب التطبيق، بل يعمد مباشرة لإعمالها سواء وافقها القانون المحتمل اختصاصه أم خالفها، لأنها تعكس سيادة الدولة في تنظيمها لمسألة تعتبر حيوية[2].

حيث تعتبر القواعد ذات التطبيق الضروري صمام الأمان الذي تتدخل به الأنظمة القانونية الداخلية للحد من إطلاق مبدأ سلطان الإرادة في مجال العلاقات الخاصة الدولية حماية للأطراف الضعيفة أو لمصالح أولى بالرعاية[3]، والملاحظ أن هذه القواعد لها العديد

---

[1]- أنظر عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 602.

[2]- قريقر فتيحة، المرجع السابق، ص 365.

[3]- أنظر نادر محمد إبراهيم، "**مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي**"، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 488.

من التسميات من بينها قواعد الأمن المدني بالإضافة إلى مصطلح القواعد الآمرة الدولية نظرا لتمتعها بالصفة الآمرة في مجال العلاقات الخاصة الدولية[1].

ثانيا: إعمال فكرة قوانين الشرطة والأمن ذات التطبيق الضروري

إن ما يسلم به الفقه والقضاء وأغلب التشريعات في مجال تنازع القوانين في العقود الدولية أن القاضي الوطني يطبق قواعد الشرطة والأمن في الحالات الآتية[2]:

_ إذا كانت شقا من القانون الواجب التطبيق الذي اختاره الفرقاء.

_ إذا لم تكن شقا من القانون الواجب التطبيق متى كانت ثمة صلة تربطهما بالمنازعة المطروحة.

ويثور تساؤل في مجال التحكيم حول مدى التزام المحكم بتطبيق قوانين الشرطة والأمن ولو لم تكن جزء من القانون الذي اختاره الفرقاء؟ ونلاحظ في هذا الغرض أمرين:

ليس للمحكم قانون خاص به عكس قاضي الدولة، كما أن كافة قوانين الشرطة والأمن التي تطرح أمام المحكم هي قوانين أجنبية بالنسبة له، والملاحظ أنه لا يوجد إشكال إن كانت هذه القوانين جزء من النظام القانوني الذي اختاره الأطراف إذا كانت لا تتعارض مع النظام العام الدولي، حيث يمكن للمحكم الامتناع عن تطبيق القانون المختار إذا تضمن أحكاما أساسها التمييز العنصري مثلا، أما في الحالة التي تكون فيها هذه القوانين ليست جزء من القانون المختار فإن الفقه في هذه الحالة يرى أنه على المحكم الأخذ بالاعتبار قوانين الشرطة والأمن الأجنبية بوصفها واقعة يرتب عليها آثار قانونية معينة في ضوء القانون الموضوعي الواجب التطبيق، أما الفرض الثالث فيطبق فيه المحكم قوانين الشرطة والأمن بوصفها قانونا لا واقعة مع أنها ليست جزء من القانون الواجب التطبيق على العلاقة[3].

---

[1]– نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 489.

[2]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 602.

[3]– أنظر عكاشة محمد عبد العال، المرجع نفسه، ص– ص 603–605.

و في الأخير نتطرق لموقف المشرع الجزائري حول قوانين الشرطة والأمن، حيث نص عليها في المادة 5 من القانون المدني والتي أخضع من خلالها كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن، كما تعرض لهذه المسألة في القوانين الأخرى أبرزها القواعد الآمرة في قانون النقد والقرض وقانون المنافسة، والقواعد الآمرة المتعلقة بمخالفة التشريع والتنظيم الخاص بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج بأي وسيلة كانت[1]، وعليه يجب على الأطراف مراعاة هذه القواعد عند تحديدهم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع حتى لا يكون القرار التحكيمي الصادر بعد ذلك قابلا للإبطال.

المطلب الثاني

قيود أخرى

بالإضافة للقيود السابقة الذكر توجد قيود أخرى في استبعاد القانون المختار، ويختلف دور المحكم في هذا الشأن عن دور القاضي، فهو يسعى إلى حل النزاع بكل الوسائل المتاحة وسلطته تشبه سلطة القاضي في استبعاد القانون المختار إذا كان مشوبا بالغش نحو القانون[2]، أو إذا كانت القواعد المختارة غير صالحة للفصل في موضوع النزاع.

ولتوضيح هذه الأفكار أكثر سنتناول الغش نحو القانون في **(الفرع الأول)**، أما **(الفرع الثاني)** فنخصصه للتطرق إلى استبعاد القانون المختار لعدم وجود نص قانوني صالح للتطبيق.

---

[1]- أنظر دريدر ملكي، "**سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع**"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع قانون التعاون الدولي، المركز الجامعي العقيد آكلي محمد أولحاج، البويرة، معهد الحقوق العلوم السياسية، 2011، ص- ص 66-68.

[2]- أنظر دريدر ملكي، المرجع نفسه، ص 44.

الفرع الأول

الغش نحو القانون

إن الأصل المتعارف عليه هو قيام المعاملات على أساس مبدأ حسن النية دون غش أو خداع، وهو نفس الأمر في موضوع دراستنا، حيث يجب على الأطراف تجنب التحايل على القانون، وعليه سنتطرق في هذا الفرع إلى المقصود بفكرة الغش نحو القانون **(أولا)** وموقف المشرع الجزائري منه **(ثانيا)**.

أولا: المقصود بفكرة الغش نحو القانون

يعرف الغش نحو القانون بأنه الاستخدام الإرادي لقاعدة التنازع بهدف التهرب من الأحكام الآمرة للقانون الواجب التطبيق[1]، وبالتالي فالغش هنا يكون بتغيير ضابط الإسناد كما يمكن أن يكون من خلال التغيير في الرابطة القانونية، كما هو الحال في قيام شخص اقترب أجله وبقصد حرمان أولاده من الميراث بتحويل عقاره الواقع في فرنسا حصة عينية في شركة للتهرب من تطبيق القانون الفرنسي وتطبيق القانون الأمريكي قانون الموطن[2].

وبالتالي على الأطراف عند قيامهم باختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أن يكون اختيارهم له بحسن نية، إلا أن هذا الأمر فيه ما فيه من الغموض، فهل يقصد بهذا المبدأ ضرورة وجود صلة بين القانون الذي تم اختياره من طرف الأطراف أم يكفي أن تتحقق المصلحة المشروعة من ذلك الاختيار[3].

وفي هذا السياق ذهب بعض الفقهاء وأيدتهم في ذلك بعض الاتفاقيات الدولية، إلى أن الأطراف غير مقيدين باختيار قانون تربطه صلة بموضوع النزاع، وبالتالي إذا قاموا باختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع وجب على المحكم تطبيقه دون البحث عن توافر صلة

---

[1]– رشا علي الدين، المرجع السابق، ص 44.

[2]– طلال طلب فنيخر، المرجع السابق، ص 84.

[3]– أنظر نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 658.

بينه وبين موضوع النزاع من عدمها[1]، وفي المقابل ذهب أغلب الفقهاء إلى القول بضرورة تقييد حرية المتعاقدين في اختيار قانون ما بأن يكون له صلة بينهما، فإن انعدمت الصلة حسبهم يعتبر تحايلا على القانون الواجب التطبيق.

ونرى أنه من الضروري وجود علاقة بين القانون الموضوعي الواجب التطبيق والنزاع لأن عدم وجود تلك العلاقة قد يفتح المجال للدفع بعدم صحة القرار التحكيمي الصادر بسبب الغش نحو القانون، وتجدر الإشارة إلى أن القواعد القانونية التي تهرب منها الأطراف غالبا ما تتعلق بالنظام العام، وبالتالي فمن النادر جدا إعمال فكرة الغش نحو القانون، لأنه دفع احتياطي لا يجوز الالتجاء إليه إلا إذا انعدمت وسائل العلاج الأخرى[2].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من فكرة الغش نحو القانون

إن مسالة الغش نحو القانون تناولتها العديد من التشريعات الوطنية من بينها المشرع الجزائري في نصوص القانون المدني، والتي أكد فيها على عدم جواز تطبيق القوانين الأجنبية إذا ثبت لها الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون[3].

الفرع الثاني

استبعاد القانون المختار لعدم وجود نص قانوني صالح للتطبيق

إن المحكم الدولي يمكنه أيضا استبعاد القانون المختار إذا لم يجد فيه نصا قانونيا صالحا لحسم النزاع وإنهائه، وللتوضيح أكثر سنتطرق لعدم وجود نص قانوني يصلح للتطبيق **(أولا)** وموقف المشرع الجزائري **(ثانيا)**.

---

[1]– أنظر نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 659.

[2]– أنظر منير عبد المجيد، "**قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية**"، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص 190.

[3]– المادة 24 من القانون المدني الجزائري.

أولا: عدم وجود نص قانوني يصلح للتطبيق

يضيف بعض الفقه هذا القيد حيث يمكن للمحكم استبعاد القانون الواجب التطبيق في حالة عدم وجود نص قانوني يصلح للتطبيق على النزاع، ويمكن تصور هذا في مجال التجارة الدولية حيث تتميز التجارة بالسرعة والتطور، وفي بعض الأحيان قد لا تواكب القوانين التطور المستمر في التجارة، بل قد تعجز أيضا المعاهدات والاتفاقيات الدولية عن مواكبة هذا التطور، ومن ثم إذا واجه المحكم مشكلة خلو القانون كلية من نص يفصل في النزاع المحكم فيه، ولم يجد سابقة قضائية تمده بحل للنزاع، فيجوز له هنا استبعاد القانون بعد التنبيه على الأطراف بالقانون الذي ينوي إعماله وذلك احتراما لمصالح الأطراف مع إتاحته لهم الفرصة في اختيار قانون آخر[1]، أي أن استبعاد القانون في هذه الحالة لا يتوقف على إرادة الأطراف وإنما يخطرهم بذلك حتى لا يفاجئهم بهذا القرار فقط[2].

أما إذا كان القانون المختار به خلو جزئي، أي توجد بعض النصوص صالحة للتطبيق على بعض المسائل التي يثيرها النزاع، والمسائل الأخرى لا توجد لها حلول في هذا القانون فإنه سوف يبحث عن حل لها بعد أن ينبه الأطراف بذلك[3]، مع العلم أنه حتى لوتم استبعاد القانون المختار من طرف المحكم لعدم وجود نص قانوني يصلح للتطبيق أو خلو القانون كلية من نص يصلح لذلك، فإن هذا لا يؤدي إلى إبطال الحكم التحكيمي[4].

---

[1]– رشا علي الدين، المرجع السابق، ص– ص 44–45.

[2]– حميد محمد علي اللهبي، "**المحكم في التحكيم التجاري الدولي**"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2002/2001، ص 181.

[3]– رشا علي الدين، المرجع السابق، ص 45.

[4]– أنظر حميد محمد علي اللهبي، المرجع السابق، ص 181.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

بالرجوع لنص المادة 1050 السالفة الذكر نجد أن المشرع لم يتطرق لهذا القيد كما لم يتطرق للقيود الأخرى، وترك للأطراف حرية واسعة في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى نقطة مهمة بشأن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهي تفرد محكمين أجانب في نظر هذه التحكيمات والتي تعتبر من أهم المعوقات التي واجهت التحكيم في القرن العشرين، حيث أثبت الواقع العملي أن المحكم الأجنبي غالبا ما يشك في مدى ملاءمة القانون الوطني لتطبيقه على موضوع النزاع[1].

ملخص الفصل الأول:

كملخص لهذا الفصل فقد تبين أن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يخضع لمبدأ قانون الإرادة، وهو مبدأ معروف منذ القدم ومر بالعديد من المراحل التي جعلت منه عرفا تقوم عليه التجارة الدولية، كما يجد هذا المبدأ أساسه في جل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، وقد نص عليه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية قبل وبعد التعديل، حيث منح للأطراف حرية واسعة في اختيار القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع بكل حرية، وفي هذا الصدد يرى الفقه ونصت أغلب التشريعات على إعمال القواعد الموضوعية دون تلك المتعلقة بتنازع القوانين واختيار هذه القواعد يستوي أن يكون صريحا أو ضمنيا، كما وصلنا إلى أن مبدأ قانون الإرادة في الاختيار ليس مطلق وإنما ترد عليه بعض الضوابط والقيود التي إن تم خرقها وعدم احترامها أدى ذلك إلى استبعاد القانون المختار، ومثال ذلك مخالفة النظام العام وقوانين الشرطة والأمن وبعض القيود الأخرى.

[1]– عبد الله بن محمد السعيدي، "**التحكيم في عقود النفط والإنشاءات الدولية**"، مداخلة ألقيت ضمن مؤتمر صلالة السنوي، التاسع عشر للتحكيم التجاري، ما بين 26 و 28 أغسطس، 2014، ص 14.

الفصل الثاني

دور محكمة التحكيم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

إن الأصل في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أن يكون بناء على إرادة الأطراف، إلا أن العقد المبرم بينهم قد يخلو من الاتفاق الصريح على ذلك، أو أنه لا يتضمن اتفاقا على هذه المسألة أصلا للعديد من الأسباب، سواء كان ذلك راجع لجهل الأطراف لهذه المسألة أو سهوا منهم، وفي غالب الأحيان يكون ذلك مقصودا لتفادي وقوع خلافات في وقت يكون فيه الأطراف قد اتفقوا على كل المسائل الجوهرية للتعاقد، وبالتالي يكون سكوتهم عن تحديد هذا القانون بمثابة تفويض منهم لمحكمة التحكيم في تحديده.

وقد سارت جل الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية في نفس السياق وأقرت لمحكمة التحكيم صلاحية تحديد هذا القانون، سواء بالبحث عن الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة في حالة وجود مؤشرات ودلائل عليها، أو بالمبادرة في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق عند غياب الاختيار الصريح أو الضمني للقانون، **فما هي تلك المؤشرات التي لابد على محكمة التحكيم الدولي الأخذ بها وهي تبحث عن الإرادة الضمنية للأطراف؟ وما مدى تمتعها بالاستقلالية في تحديد القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع، هل هي مجبرة بالرجوع لقواعد تنازع القوانين لتحديدها أم أن لها من الحرية ما يمكنها من التحديد المباشر لتلك القواعد دون الرجوع لتنازع القوانين؟**

هي أسئلة وأفكار مهمة تستدعي الوقوف عندها لتحليلها والإجابة عليها من خلال تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث سنتناول في **(المبحث الأول)** اجتهاد محكمة التحكيم الدولي في استخلاص الإرادة الضمنية لأطراف التحكيم حول القانون الواجب التطبيق، وفي **(المبحث الثاني)** حرية محكمة التحكيم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق في غياب إرادة أطراف التحكيم.

المبحث الأول

اجتهاد محكمة التحكيم الدولي في استخلاص الإرادة الضمنية لأطراف التحكيم حول القانون الواجب التطبيق

من النادر جدا في العقود التجارية الدولية سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع نظرا لأهمية تلك العقود خاصة من الجانب المالي، وأمام الواقع المتمثل في إمكانية السكوت[1] وعدم تحديد الأطراف بأنفسهم للقانون الواجب التطبيق[2]، يقع على محكمة التحكيم التزام بالبحث عن الإرادة الضمنية للأطراف من خلال المؤشرات والدلائل الموجودة[3].

حيث تتمتع بسلطة تقديرية تقف عند ضرورة استظهار مؤشرات موضوعية ومعقولة لتلك الإرادة لكل حالة على حدا و وفقا للظروف المحيطة في كل حالة[4]، أي أنها ملزمة بالسعي إلى استقراء وتحديد إرادة الأطراف من خلال الوسائل المتاحة في أوراق الدعوى[5].

ولتوضيح هذه النقاط أكثر ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث سنتناول في **(المطلب الأول)** المؤشرات العامة لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، أما **(المطلب الثاني)** فنخصصه للمؤشرات الخاصة لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

---

[1]– أنظر الشرفات طلال طلب فنيخر، المرجع السابق، ص 76.

[2]– Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, "**Traité de L'arbitrage Commercial International**", Editions Litec Delta, 1996, 879.

[3]– أنظر الشرفات طلال طلب فنيخر، المرجع السابق، ص76.

[4]– أنظر الصالح إيلاف خليل ابراهيم، "**القانون الواجب التطبيق على التحكيم– دراسة مقارنة**" –، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2014، ص 66.

[5]– محمود محمد، "**القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني– دراسة مقارنة**"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة آل البيت، الأردن، 2011، ص 39.

المطلب الأول

المؤشرات العامة

إن البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف مسألة في غاية الصعوبة، ذلك أن محكمة التحكيم عليها أن تحرص على استظهار المؤشرات التي تمكنها من معرفة القانون الذي يقصده الأطراف كقانون يحكم الموضوع ولو بطريقة غير مباشرة، وهناك العديد من المؤشرات التي تعتمدها محكمة التحكيم في البحث عن القانون الذي تتجه الإرادة الضمنية للأطراف لإعماله.

ولتوضيح هذه النقاط أكثر ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، حيث سنتناول في **(الفرع الأول)** قرينة محل إبرام العقد وتنفيذه، وفي **(الفرع الثاني)** بعض القرائن الأخرى.

الفرع الأول

قرينة محل إبرام العقد وتنفيذه

يرى الفقه أن قرينة محل إبرام العقد وتنفيذه هي من أهم المؤشرات التي تعتمد عليها محكمة التحكيم لمعرفة القانون الذي يقصده الأطراف ضمنيا، بالإضافة إلى مؤشرات أخرى[1]، كما أن قرارات التحكيم في هذا الصدد غالبا ما تميل لإعمال قانون محل إبرام العقد أو قانون محل التنفيذ باعتبارهم الأنسب موضوعيا لظروف الحال[2].

وللتوضيح أكثر سنتناول في هذا الفرع قرينة محل إبرام العقد **(أولا)**، ثم قرينة محل تنفيذ العقد **(ثانيا)**.

---

[1]- أنظر الشرفات طلال طلب فنيخر، المرجع السابق، ص 80.

[2]- أنظر العمراوي محمد الإدريسي، "**إشكالية التحكيم التجاري الدولي**"، دار المنظومة، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، المغرب، العدد2، 2003، ص 71.

أولا: قرينة محل إبرام العقد

يعتبر محل إبرام العقد من بين المؤشرات الهامة في بيان القانون الموضوعي الذي اتجهت إرادة الأطراف لإعماله، ففي نزاع بين شركة باكستانية لصنع السجاد وتاجر بلجيكي حول عمولة عقد توزيع سجاد في بلجيكا عرض الأمر أمام غرفة التجارة الدولية التي عينت محكما واحدا لفض النزاع، وقد ناقش المحكم مسالة القانون الواجب التطبيق على النزاع وحيث لم يكن هناك اختيار صريح للقانون، فقد قرر أن القانون الباكستاني هو الأولى بالتطبيق، لأن الاتفاق تم في باكستان كما تمت مناقشة شروطه فيها، بالإضافة إلى أن الشحن سيتم منها، وهذا كله يفيد أن القانون الباكستاني أوثق علاقة بالموضوع من أي قانون آخر[1]، كما تم الأخذ بنفس القرينة في نزاع وقع بين إحدى الشركات العامة في الجزائر مع شركة أمريكية، حيث وجدت محكمة التحكيم نفسها مجبرة أمام غياب الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على أن القانون الجزائري هو الأوثق صلة بالنزاع، ذلك أن الإرادة الضمنية للأطراف اتجهت لإعمال القانون الجزائري بوصفه مكان إبرام العقد بدرجة أولى كما أن التنفيذ يكون فيها أيضا[2].

ثانيا: قرينة محل تنفيذ العقد

إن من بين المؤشرات أيضا التي يمكن إعمالها لاستجلاء الإرادة الضمنية للأطراف هي قرينة محل تنفيذ العقد أيضا.

وهذا ما أخذت به محكمة التحكيم في نزاع بين شركة ألبانية وشركة سويسرية دار حول عمولة عقد تسويق المنتجات الزراعية التي تبيعها الشركة الأولى في سويسرا، حيث قامت محكمة التحكيم بالبحث عن الإرادة الضمنية للأطراف و وجدت بأن الأطراف اتفقوا على تنفيذ العقد المبرم بينهم في زيورخ بسويسرا، كما تم توقيعه فيها أيضا، وبالتالي فذلك مؤشر

---

[1]– أحمد ضاعن السمدان، "**القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي**"، دار المنظومة، مجلة الحقوق، الكويت، المجلد 17، العدد 2،1، 1993، ص 193.

[2]– الشرفات طلال طلب فنيخر، المرجع السابق، ص 79.

على اتجاه الإرادة نحو تطبيق القانون السويسري خاصة وأن الشركة الألبانية أعلنت موافقتها على تطبيق القانون الذي تراه محكمة التحكيم معقولا[1].

الفرع الثاني
قرائن أخرى

تعتبر اللغة المستعملة والعملة والموطن والجنسية المشتركة للأطراف أيضا بمثابة مؤشرات يمكن من خلالها لمحكمة التحكيم معرفة القانون المراد تطبيقه على موضوع النزاع من قبل الأطراف.

وللتوضيح أكثر سنتناول قرينة اللغة المستعملة والعملة **(أولا)** وقرينة الموطن والجنسية المشتركة للأطراف **(ثانيا)**.

أولا: قرينة اللغة المستعملة والعملة

يمكن أيضا أن تكون اللغة المستعملة في العقد مثار النزاع والعملة الواجبة الدفع بها بمثابة مؤشرات تهتدي بها محكمة التحكيم للقانون الواجب التطبيق، وإن كانتا لا تدلان بصفة قاطعة على رغبة الأطراف في تطبيق قوانين هذه الدول، فقد يتفق الأطراف على تحرير العقد باللغة الإنجليزية وأن يتم الدفع بالدولار الأمريكي دون اختيارهم لقانون هذه الدولة رغم استخدام لغتها أو عملتها، فقد يكون اختيار اللغة راجعا إلى اختلاف لغة الأطراف فيعمدوا إلى اختيار لغة عالمية كالإنجليزية أو الفرنسية لسهولة فهم الأطراف لها والحال كذلك في حالة اختيار عملة معينة تمثل ثقلا في السوق العالمي كاليورو والدولار الأمريكي[2].

[1]- أنظر أحمد ضاعن السمدان، المرجع السابق، ص 193.

[2]- أنظر رشا علي الدين، المرجع السابق، ص 48.

ثانيا: قرينة الموطن والجنسية المشتركة للأطراف

يمكن أن يكون الموطن أو الجنسية المشتركة للأطراف مؤشرين تستدل بهما محكمة التحكيم في البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وبالتالي تقوم بتطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة على أساس أنهما الأنسب لحكم العلاقة موضوع النزاع[1].

المطلب الثاني
المؤشرات الخاصة

بالإضافة للقرائن العامة التي يمكن الاعتماد عليها من المحكم أو محكمة التحكيم لمعرفة القانون الذي اتجهت إرادة الأطراف لإعماله هناك مؤشرات أخرى أطلق عليها بعض الفقهاء تسمية المؤشرات الخاصة، كقرينة قانون العقد ومقر التحكيم وقانون الدولة المتعاقدة.

وللتوضيح أكثر سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، حيث سنتناول في **(الفرع الأول)** قرينة قانون العقد ومقر التحكيم وفي **(الفرع الثاني)** قرينة قانون الدولة المتعاقدة.

الفرع الأول
قرينة قانون العقد ومقر التحكيم

بالإضافة إلى المؤشرات السابقة الذكر يمكن أن يكون مقر التحكيم أو قانون العقد مؤشرين يعبران حقيقة عن رغبة الأطراف في إعمال قانون أحدهما من طرف المحكم أو محكمة التحكيم للفصل في موضوع النزاع، وعليه سنتطرق في هذا الفرع إلى قرينة قانون العقد **(أولا)**، وقرينة مقر التحكيم **(ثانيا)**.

[1]– أنظر رشا علي الدين، المرجع السابق، ص 48.

أولا: قرينة قانون العقد

إن الأصل هو أن يتم تحديد القانون الذي يحكم العقد في نفس الوقت الذي سيتم فيه تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع، وبالتالي إذا سكت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع كان ذلك القانون مؤشرا تهتدي به محكمة التحكيم لتحديد هذا القانون، أي أنها تتجه لتطبيق قانون العقد على النزاع ما دامت الرابطة العقدية نشأت في ظله وبالتالي فهو الأنسب لحكم المنازعات التي تثور بشأنها[1].

ثانيا: قرينة مقر التحكيم

يرى البعض إمكانية الاسترشاد في هذا الصدد بمقر التحكيم، فاختيار الأطراف لمقر التحكيم دون تعيين القانون الواجب التطبيق صراحة يمكن أن يعد تعبيرا ضمنيا منهم عن اختيار قانون هذا المقر ليكون هو الواجب التطبيق[2] على موضوع النزاع ، غير أنه ليس بالضرورة أن يكون اختيار الأطراف لمقر التحكيم بمثابة إرادة ضمنية منهم إلى أن قانون ذلك البلد هو المقرر لحكم موضوع النزاع، لأنهم ببساطة يمكنهم اختيار مقر التحكيم لأسباب أجنبية عن تحديد القانون الواجب التطبيق، كما أن إعمال قانون مقر التحكيم لا يكون ملزما للمحكم إلا إذا كانت هناك دلائل ومؤشرات حقيقية تؤكد رغبتهم في إعماله[3].

كما توجد صعوبة في الاعتداد بهذه القرينة كمؤشر للبحث عن الإرادة الضمنية للأطراف، وذلك في الحالة التي تكون فيها إجراءات التحكيم موزعة بين أكثر من بلد، لذلك نجد بعض الاتفاقيات الدولية تعتد بالمكان الذي يصدر فيه حكم التحكيم وليس بمقر التحكيم[4].

---

[1]- أنظر محمد علي بني مقداد، "**الطريق القويم للاتفاق على التحكيم- دراسة نظرية تطبيقية مقارنة**"، الطبعة الأولى، مؤسسة حمادة للدراسات الجامعية والنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص 233.

[2]- هشام خالد، "**القانون الخاص الدولي**"، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 526.

[3]- أنظر نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص- ص 673-674.

[4]- هشام خالد، المرجع السابق، ص 526.

الفرع الثاني
قرينة قانون الدولة المتعاقدة

قد تكون الدولة أحد أطراف العقد الدولي، وبالتالي فإن سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في هذه الحالة يجعل من الدولة المتعاقدة مؤشرا بارزا جدا تهتدي به محكمة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

وعليه سنتطرق في هذا الفرع إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة **(أولا)**، وموقف قضاء التحكيم من تطبيق قانون الدولة المتعاقدة **(ثانيا)**.

أولا تطبيق قانون الدولة المتعاقدة

في بعض الأحيان ورغم سكوت الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع صراحة، إلا أن محكمة التحكيم لا تواجه صعوبة كبيرة في الوصول إلى الإرادة الضمنية للأطراف، خاصة إذا كان أحد الأطراف دولة متعاقدة كالدولة المضيفة للاستثمار، بمعنى أن محكمة التحكيم عند غياب الاختيار الصريح في هذه الحالة يكفيها إعمال الفقرة الأولى من المادة 42[1] من اتفاقية واشنطن التي نصت على أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على القواعد الواجبة التطبيق كان على هيئة التحكيم تطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع[2].

ويرجع السبب في تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار إلى رؤية البعض أن الاستثمار في دولة ما يعني ضمنيا الرضا بتطبيق قانون هذه الدولة، فهو القانون الأوثق صلة بالعقد إعمالا لنظرية التركيز التي مؤداها أن القانون الواجب التطبيق على العقد هو

[1]– أنظر الصالح إيلاف خليل إبراهيم، المرجع السابق، ص 79.

[2]– ليندة بلاش، المرجع السابق، ص 13.

القانون الذي يتركز فيه هذا العقد، فنظرية التركيز تقوم على مكان تنفيذ العقد وهو إقليم الدولة المتعاقدة وعلى ارتباط هذا العقد بالمصالح الأساسية لهذه الدولة[1].

كما تجدر الإشارة إلى أن قانون الدولة المضيفة للاستثمار يطبق بما تتضمنه من قواعد تنازع القوانين أو ما تسمى بقواعد الإسناد، إذا أشارت قواعد الإسناد إلى قانون آخر أصبح هذا الأخير هو الواجب التطبيق وإن كانت هذه الحالة أمرا نادرا جدا[2].

ثانيا: موقف قضاء التحكيم من تطبيق قانون الدولة المتعاقدة

لقد تم تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار في العديد من الأحكام التحكيمية، من بينها الحكم الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية الصادر في ديسمبر 1985 بشأن النزاع الناشئ عن العقد المبرم بين الحكومة الجزائرية وشركة أمريكية، والذي جاء في منطوقه أنه في غياب اتفاق الأطراف فإن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق[3].

ويتضح لنا في نهاية القول أن كل هذه المؤشرات يمكن أن تستعين بها محكمة التحكيم في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف، حتى تتمكن من تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع[4]، إلا أن هذه المؤشرات لا يمكن اعتبارها معايير ثابتة، بل كانت مثار نقد وجدال في الفقه بخصوص مدى جدواها من جهة، وفي مدى كونها مؤشرات فعلية لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من جهة أخرى[5].

---

[1]– معيوف سيد علي، المرجع السابق، ص 6.

[2]– معيوف سيد علي، المرجع نفسه، ص 6.

[3]– أنظر هوام علاوة وقروي سميرة، المرجع السابق، ص 115.

[4]– رشا علي الدين، المرجع السابق، ص 50.

[5]– الشرفات طلال طلب فنيخر، المرجع السابق، ص 80.

المبحث الثاني

حرية محكمة التحكيم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق في غياب إرادة أطرف التحكيم

قد يحدث أن لا يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع سواء بشكل صريح أو ضمني، وهنا يتجلى الدور الأكبر لمحكمة التحكيم في تحديده حيث يبرز دورها بشكل فعال من خلال السلطة الممنوحة لها في تحديد القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، حيث منحت لها جل الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والمؤسسية اختصاصا احتياطيا في تحديد تلك القواعد[1]، وهو ما أكده المشرع الجزائري بدوره في المادة 1050 السالفة الذكر[2].

وما يلاحظ على كل الأنظمة القانونية هو احتواءها على مجموعة قواعد قانونية موضوعية ومجموعة أخرى تتعلق بتنازع القوانين[3]، وفي هذه الحالة يبرز أمامنا تساؤل مهم لم يجد لحد الآن إجماع الفقه والتشريع وهو كالتالي: **هل محكمة التحكيم ملزمة بإتباع قواعد التنازع أولا أم لها من الحرية ما يمكنها من التحديد المباشر لهذا القانون؟**

ولتوضيح هذه النقاط أكثر ارتأينا تقسيم هذا المبحث لمطلبين، حيث سنتناول في **(المطلب الأول)** تطبيق محكمة التحكيم الدولي لقواعد تنازع القوانين، وفي **(المطلب الثاني)** تطبيق محكمة التحكيم الدولي للقواعد الموضوعية.

---

[1]- أنظر حميد محمد علي اللهبي، المرجع السابق، ص 181.

[2]- أنظر ليندة بلاش، المرجع السابق، ص 17.

[3]- أنظر رشا علي الدين، المرجع السابق، ص 51.

المطلب الأول

تطبيق محكمة التحكيم الدولي لقواعد تنازع القوانين

هناك العديد من الاتجاهات الفقهية والمعاهدات الدولية والتشريعات الوطنية التي ألزمت المحكم أو محكمة التحكيم عند غياب قانون الإرادة بتحديد هذا الأخير عن طريق إعمال منهج التنازع، وهذا ما نصت عليه المادة 1/28 من القانون النموذجي الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة لعام 1985 والمادة 3/13 من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية[1]، غير أن إعمال منهج التنازع كان محل جدل كبير بين الفقهاء، الشيء الذي يجعل المحكمين في حيرة من أمرهم، وهنا يبرز أمامنا التساؤل التالي: **ما هي قواعد التنازع التقليدية التي يمكن إعمالها من طرف المحكمين ومحاكم التحكيم الدولي للوصول إلى القانون الواجب التطبيق؟ وإن كان منهج التنازع التقليدي لا يؤدي دوره بشكل فعال في مثل هذه المسائل فما هي الحلول البديلة؟**

وللتوضيح أكثر سنقسم هذا المطلب لفرعين، حيث سنتناول في **(الفرع الأول)** إعمال المنهج التقليدي لتنازع القوانين، وفي **(الفرع الثاني)** الحلول الفقهية للخروج من أزمة تنازع القوانين.

الفرع الأول

إعمال المنهج التقليدي لتنازع القوانين

هذا الاتجاه نظري فقهي، يتمثل في وجود العديد من النظريات والأفكار التي نادى أصحابها بضرورة تحديد هذا القانون من خلال قواعد الإسناد المنتمية لقانون وطني معين مع اختلافهم في هوية هذا النظام[2].

---

[1]- أنظر رشا علي الدين، المرجع السابق، ص- ص 51-52.

[2]- أنظر فؤاد ديب، "**المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية**"، جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 24، العدد الثاني، 2008، ص 42.

وللتوضيح أكثر، سنتطرق في هذا الفرع إلى المعايير المتبعة في إعمال منهج التنازع التقليدي **(أولا)**، والنقد الموجه لإعمال الأسلوب التقليدي لتنازع القوانين **(ثانيا)**.

أولا: المعايير المتبعة في إعمال منهج التنازع التقليدي

حسب هذا الاتجاه فإن المحكم أو محكمة التحكيم في هذه الحالة لا تملك سوى إسناد العلاقة محل النزاع إلى قانون معين من القوانين المتنازعة على حكمها[1]، ويرى جانب من الفقه أنه من الضروري إعمال المحكم لنظام تنازع القوانين في قانونه الوطني أو في قانون موطنه لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند عدم اتفاق الأطراف على هذا القانون وحجتهم في ذلك هو معرفة المحكم الجيدة لقانونه الوطني أو قانون موطنه[2].

ويرى البعض ضرورة إعمال المحكم لقواعد تنازع القوانين لبلد مقر التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند تخلف اختيار الأطراف، على أساس أن اختيار الأطراف لبلد أو آخر لإجراء التحكيم وإن كان لا يستوجب بالضرورة إخضاع النزاع للقواعد الموضوعية في هذا القانون، إلا أنه يستوجب تطبيق قواعد الإسناد المنتمية إليه لأن المحكم كالقاضي ملزم بتطبيق قواعد الإسناد للدولة التي يجري فيها التحكيم، باعتبار هذا القانون هو قانونه[3].

ويرى جانب آخر أنه من الأفضل إعمال قواعد تنازع القوانين للدولة التي يتم فيها تنفيذ العقد وهو اختيار صائب حسبهم، على اعتبار أن التنفيذ هو ثمرة التحكيم وهو غاية الأطراف من التعاقد، وبالتالي فإعمال قواعد التنازع الموجودة فيه رأي صائب، خاصة وأن مركز الثقل في العلاقة العقدية هو محل التنفيذ الذي يعبر عن مصالح الأطراف ويساهم في

---

[1]- أنظر محمود سمير الشرقاوي، "**القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي**"، أحمد مخلوف دراسة قانونية في التحكيم التجاري الدولي، دون طبعة، دار النهضة العربية، 2002، ص 458.

[2]- أنظر فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 42.

[3]- أنظر محمد علي بني مقداد، المرجع السابق، ص 220.

عدم تجزئة العقد و جعله وحدة واحدة، وبالتالي فإعمال قواعد الإسناد المنتمية إليه يضمن لنا قرارا تحكيميا قابلا للتنفيذ دون إشكالات[1].

ويرى جانب آخر ضرورة إعمال قواعد تنازع القوانين لبلد إجراءات التحكيم على أساس إمكانية وجود علاقة عضوية بين إجراءات التحكيم وموضوع النزاع، غير أن هذا المعيار قد يكون من أكثر المعايير التي تم انتقادها ولم تلقى ترحيبا في تطبيقات هيئات التحكيم والتطبيقات القضائية بسبب الصعوبات التي تواجه تطبيق هذا المعيار[2].

وهناك اتجاه يفضل الأخذ بالقانون الوطني للخصوم، وذلك بالرجوع إلى نظام تنازع القوانين في القانون الوطني المشترك للمتعاقدين أو قانون موطنهما المشترك في حال اختلافهما في الجنسية، على أساس أنها أكثر صلة وارتباطا من غيرها بالمتعاقدين وبالنزاع المعروض على التحكيم، فضلا عن أهمية الموطن في تعامل الأفراد[3].

وبرى جانب آخر أنه على محكمة التحكيم تحديد هذا القانون بالرجوع إلى قواعد التنازع المعمول بها في بلد المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، والتي كان قانونها هو الواجب التطبيق لولا اتفاق الأطراف على إحالة النزاع على التحكيم.

غير أن هذا الرأي أنتقد لكونه صعب التطبيق من الناحية العملية لصعوبة تحديد المحكمة المختصة في العلاقات الدولية بالإضافة إلى أن نجاح المعاملات التجارية الدولية كان بفعل تحرير المنازعات الناشئة عنها من الخضوع لقواعد التنازع القضائي، وما يثيره من مشاكل[4].

---

[1]- أنظر الشرفات طلال طلب فنيخر، المرجع السابق، ص 110-111.

[2]- أنظر الشرفات طلال طلب فنيخر، المرجع نفسه، ص 112.

[3]- أنظر فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 42.

[4]- أنظر فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 187.

ثانيا: النقد الموجه لإعمال الأسلوب التقليدي لتنازع القوانين

إن إعمال الأسلوب التقليدي لتنازع القوانين بغية الوصول إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي تعرض لنقد شديد ولاذع، حيث يرى جانب من الفقه أن تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بصفة عامة من خلال منهج التنازع التقليدي يثير العديد من الصعوبات، إذ أنه لا يوجد ضابط من ضوابط الإسناد التقليدي قادر على تحديد هذا القانون بصفة دقيقة[1]، ويرى البعض أنه منهج يمكن تحريفه وبالتالي نكون أمام نتائج شاذة تؤدي إلى عدم الفهم الصحيح للقانون الأجنبي الواجب التطبيق، حيث يتم تفسيره بطريقة تخالف التفسير المعتاد للمحتوى والهدف الذي جاء به هذا القانون، مما يؤدي إلى مسخه في النهاية[2].

ويرى جانب آخر أن قواعد التنازع غير قادرة على التعامل مع العلاقات الدولية الخاصة بسهولة، وبالتالي فإنها لا تؤدي دورها كما يجب أن يكون نظرا للاحتياجات والتغيرات التي تطرأ على الأفراد وعلاقاتهم الدولية خاصة في مجال التجارة، كما أن إخضاع العلاقات التجارية الدولية لقانون دولة واحدة فيه إهدار للطبيعة الخاصة لهذه العلاقات[3].

الفرع الثاني
الحلول الفقهية للخروج من أزمة تنازع القوانين

لقد ظهر جليا أن إعمال المنهج التقليدي لتنازع القوانين في العلاقات التجارية الدولية هو قرار غير صائب، وهذا ما أدى بالفقه إلى ضرورة إيجاد حلول بديلة للخروج من هذه الأزمة، **فما هي تلك الحلول؟**

---

[1]- أنظر حفيظة السيد الحداد، "**الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**"، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 175.

[2]- أنظر بلاق محمد، "**قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية**"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان-، 2011/2010، ص 65.

[3]- أنظر بلاق محمد، المرجع نفسه، ص- ص 66-67.

وللتوضيح أكثر سنتناول التطبيق الجمعي لقواعد التنازع المرتبطة بالنزاع (**أولا**) واللجوء للمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص (**ثانيا**).

أولا: التطبيق الجمعي لقواعد التنازع المرتبطة بالنزاع

يقصد بهذه الطريقة لجوء محكمة التحكيم لفحص قواعد الإسناد في كل النظم القانونية المرتبطة بالنزاع، فإن رأت بأن تلك القواعد تتقارب فيما بينها بشكل يؤدي إلى تطبيق نفس القانون أعلنت أنه القانون المختص لحكم موضوع النزاع، مادام أن هذه القواعد أشارت إليه كقانون وحيد يمكنه أن يطبق على موضوع النزاع، غير أن هذه الطريقة تقتضي معرفة وإطلاعا جيدا من المحكمين على جميع قواعد الإسناد في كل الدول المرتبطة بالنزاع[1].

ومثال ذلك الحل الذي اعتمدته بشكل عام العديد من قرارات التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود التوزيع الدولية حال عدم تحديد هذا القانون من الأطراف، حيث اعتمدت في تحديده على تطبيق قواعد تنازع القوانين مجتمعة، واعتبرت أن قانون مقر التوزيع هو القانون واجب التطبيق لكونه يتفق مع النظرة الاقتصادية لعقد التوزيع الذي يرمي إلى الوصول إلى أسواق جديدة والعمل فيها، وأن التزام الموزع يتمتع بأهمية اقتصادية أكبر من التزام المصنع[2].

ثانيا: اللجوء للمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن محكمة التحكيم غير ملزمة وهي تبحث عن القانون الواجب التطبيق أن تلجأ إلى قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص لبلد معين، لما في ذلك من إشكالات وتعقيدات قد تحول دون معرفتها للقانون الواجب التطبيق، وإنما من

---

[1]– أنظر دريدر ملكي، المرجع السابق، ص– ص 95–96.

[2]– أنظر سميرة يعقوبات، "**احترام توقعات الأطراف عند تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم**"، مداخلة ألقيت ضمن الملتقى الوطني حول احترام توقعات الأطراف، بجامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 24 و 25 فبراير 2017، ص 486.

الأحسن أن تلجأ مباشرة لقاعدة تنازع القوانين التي تحظى بقبول واسع من قبل الجماعة الدولية، أي تلك المعترف بها من قبل أنظمة القانون الدولي الخاص في مختلف بلدان العالم[1].

ومن بين الأمثلة التحكيمية التي كرست هذه الطريقة الحكم الصادر في القضية رقم 1512 لسنة 1971 والتي أكدت فيه محكمة التحكيم أن مختلف أنظمة القانون الدولي الخاص التي يمكن تطبيقها تؤدي إلى نفس النتيجة بشأن القانون الواجب التطبيق[2]، أي أنها تشير جميعا إلى نفس القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

المطلب الثاني

تطبيق محكمة التحكيم الدولي للقواعد الموضوعية

لقد ظهر اتجاه حديث ينادي بمنح الحرية لمحكمة التحكيم في التحديد المباشر للقواعد الموضوعية الملائمة دون المرور بمنهج التنازع، ولقد سارت في هذا الاتجاه جل التشريعات من بينها المشرع الفرنسي السويسري[3] وكذلك المصري[4]، والمشرع الجزائري في المادة 1050 السالفة الذكر[5]، والتي حرر من خلالها محكمة التحكيم من التقيد بمنهج التنازع[6]، ويهدف هذا الاتجاه إلى التحرر من تطبيق القوانين الوطنية لتخفيف عبئ المنازعات وتلبية متطلبات التجارة الدولية، ويعتمد على مبدأين هما: **مبدأ غيبة شريعة القاضي، ومبدأ حرية هيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق**[7].

---

[1]- أنظر عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص- ص 261-262.

[2]- أنظر عدلي محمد عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 262.

[3]- أنظر رشا علي الدين، المرجع السابق، ص 53.

[4]- أنظر محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 457.

[5]- ليندة بلاش، المرجع السابق، ص 17.

[6]- عليوش قربوع كمال، "**التحكيم التجاري الدولي في الجزائر**"، الطبعة الثالثة، دار المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص 55.

[7]- الشرفات طلال طلب فنيخر، المرجع السابق، ص 126.

وللتوضيح أكثر سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، حيث سنتناول في **(الفرع الأول)** تطبيق القواعد الموضوعية عبر الدولية، وفي **(الفرع الثاني)** الضوابط الواجب مراعاتها من طرف محكمة التحكيم الدولي.

الفرع الأول
تطبيق القواعد الموضوعية عبر الدولية

قد ترى محكمة التحكيم أن القواعد القانونية الملائمة لحكم موضوع النزاع في غياب إرادة الأطراف هي عادات وأعراف التجارية الدولية، كما قد ترى بأنه من الأفضل إعمال المبادئ العامة للقانون، **فما المقصود بهذه القواعد وما موقف المشرع الجزائري منها؟**

وللتوضيح أكثر سنتطرق في هذا الفرع إلى تطبيق محكمة التحكيم الدولي لعادات وأعراف التجارة الدولية **(أولا)** وتطبيق المبادئ العامة للقانون **(ثانيا)**.

أولا: تطبيق محكمة التحكيم الدولي لعادات وأعراف التجارة الدولية

قد تجد محكمة التحكيم نفسها مضطرة في الكثير من الأحيان إلى حل النزاع على ضوء قواعد مستوحاة من العادات والأعراف التجارية الدولية[1] التي تكونت عبر السنين في التجارة الدولية[2].

ويتمثل هذا التنظيم في الأحكام الموضوعية الموحدة التي درج المتعاملون على إتباعها وتجد مصدرها في عادات وأعراف المهنة والسوابق القضائية نتيجة الجهد الإنشائي لقضاء التحكيم الذي يقوم بدور فعال لخلق هذه القواعد، وهي قواعد تلقائية النشأة في الأوساط المهنية والتجارية التي ترتبط بأكثر من دولة، وتستجيب إلى متطلبات التجارة الدولية في

[1]– أنظر محمد بني مقداد، المرجع السابق، ص 225.

[2]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 425.

صورها المختلفة المتعلقة بالقانون الخاص[1]، مثل مبدأ القوة الملزمة للعقود ومبدأ وجوب احترام حجية الأمر المقضي، وبعض الأعراف التي تقوم عليها التجارة الدولية مثل مبدأ القوة القاهرة ومبدأ إعادة التوازن الاقتصادي في العقود الدولية، كما توجد بعض الأعراف التي استقرت في التجارة البحرية الدولية والتي استقرت في القانون البحري الدولي، باعتبارها قواعد ملزمة والتي لا تنتمي إلى قانون دولة معينة[2].

ويقول أحد الفقهاء أن عادات وأعراف التجارة الدولية تعتبر بمثابة نظام قانوني مختص، يمكن أن يطبق على العقد بذات الدرجة التي يتم فيها تطبيق القانون الوطني[3]على أساس أن العقد أو النزاع يعتبر مرتبطا بها أكثر من ارتباطه بأي قانون آخر[4]، كما أن تطبيق محكمة التحكيم لعادات وأعراف التجارة الدولية لا يعني أبدا أننا بصدد تحكيم ودي لا يتقيد فيه المحكم بأحكام القانون عند الفصل في موضوع النزاع، وإنما هو تحكيم بمقتضى قواعد قانونية ملزمة للأطراف، لأن قواعد وعادات وأعراف التجارة الدولية هي في الحقيقة قواعد ملزمة لهم[5].

وبالرجوع إلى قرارات محاكم التحكيم خاصة تلك الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس نجدها قد أشارت إلى أهمية عادات وأعراف التجارة الدولية، كما نجد أن المحكمين قد اعتمدوا عليها بصفة أساسية للفصل في موضوع النزاع في الكثير من المرات ودون اشتراط موافقة الأطراف أو حتى الإشارة الصريحة للوائح التحكيم[6].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فنجده قد نص صراحة على إمكانية تطبيق محكمة التحكيم للأعراف التجارية التي تراها ملائمة عند غياب اتفاق الأطراف على القانون الواجب

---

[1]– منير عبد المجيد، "**الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي**"، المرجع السابق، ص– ص 44–45.

[2]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 425.

[3]– الشرفات طلال طلب فنيخر، المرجع السابق، ص 155.

[4]– أنظر كمال إبراهيم، المرجع السابق، ص 157.

[5]– أنظر كمال إبراهيم، المرجع نفسه، ص 156.

[6]– أنظر كمال إبراهيم، المرجع نفسه، ص 158.

التطبيق على موضوع النزاع، حيث أدخلها إلى جانب القانون في التحكيم التجاري الدولي ونرى أن المشرع أفلح في قيامه بذلك لأن الأعراف التجارية تعد المصدر الأول لقواعد التجارة الدولية.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أنه يتوجب على محاكم التحكيم عند تطبيق هذه العادات والأعراف مراعاة مصالح الأطراف وذلك يتحقق بتطبيق ما يتلاءم منها مع طبيعة المنازعة المعروضة[1].

ثانيا: تطبيق المبادئ العامة للقانون

لقد كشف الفقيه فيليب فوشار سنة 1965 عن وجود قانون مشترك بين الشعوب يختلف في ميزاته وأهدافه عن القوانين الوطنية، والذي يمكن اعتماده من طرف محكمة التحكيم للفصل في موضوع النزاع في العقود الدولية، وهو يتكون من المبادئ العامة للقانون والتي تعبر عن الاتجاهات المشتركة بين الدول في مسائل وجزئيات معينة، وإعمال هذه المبادئ يمنح قرارات التحكيم حجة عالمية المصدر[2]، وعليه سنتناول هذه المبادئ كالتالي:

1/ المبادئ القانونية العامة المشتركة بين الدول

قد لا يتفق أطراف العقد على قانون معين تاركين الأمر لمحكمة التحكيم لإصدار حكمها وفقا للمبادئ العامة للقانون، وذلك إعمالا لمبدأ حسن النية والمنطق القانوني[3] وتعرف هذه المبادئ بأنها مجموعة القواعد التشريعية التي تلقى قبولا في الكثير من النظم القانونية

---

[1]- أنظر حامد الغثيث، "**العدالة والإنصاف في التحكيم بين الشريعة والقانون**"، مداخلة موجودة في كتاب **التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون**، المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون، أبحاث- مناقشات- توصيات، الطبعة الأولى، مطابع جمعية المقاصد الخيرية الإسلامية، بيروت، لبنان، 2000، ص 321.

[2]- أنظر أبو العلا النمر، "**دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما الينيدروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية**"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 85.

[3]- دريدر ملكي، المرجع السابق، ص 128.

أيا كانت درجة تقدمها، وهي قواعد تطبق مباشرة على النزاعات دون الحاجة إلى وساطة قواعد تنازع القوانين[1].

وبالرجوع إلى قرارات محاكم التحكيم نجدها غالبا ما تطبق على النزاع المبادئ العامة المشتركة للأمم المتمدينة[2]، ومثال ذلك الحكم الصادر في 28-08-1951 في قضية شيخ أبو ظبي مع إحدى الشركات البترولية حيث طبق المحكم المبادئ العامة للقانون بصفة أصلية مستندا إلى أحد بنود عقد الامتياز، والمتعلقة بحسن النية والثقة المتبادلة والتفسير المتفق مع العقد[3]، بالإضافة إلى أن بعض مشارطات واتفاقيات التحكيم كثيرا ما تشير في نصوصها إلى أن قرار التحكيم يجب أن يصدر مطابقا للمبادئ العامة المعترف بها في الأمم المتحضرة[4].

2/ تطبيق محكمة التحكيم الدولي لمبادئ العقود التجارية الدولية

لقد صدرت هذه المبادئ عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في روما عام 1994 واستكملت بمبادئ جديدة في نهاية أفريل 2004، حيث تهدف هذه المبادئ لتحقيق التوازن في العلاقات التجارية الدولية، حيث تلزم المتعاقدين بضرورة احترام مبدأ حسن النية والسلوك في تعاملاتهم بهدف الوصول إلى حلول مشتركة في مختلف النظم القانونية محل الدراسة المقارنة والتي قام بها واضعو هذه المبادئ، خاصة وأنها صادرة عن تجمع دولي حكومي من أجل توحيد قانون خاص[5]، بالإضافة إلى الحلول التي جاءت بها والتي تعتبر أكثر عدالة وملاءمة لحل المنازعات الناشئة عن العقود التجارية الدولية[6].

---

[1]- منير عبد المجيد، "**قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية**"، المرجع السابق، ص 260.

[2]- أنظر منير عبد المجيد، المرجع نفسه، ص 251.

[3]- أنظر دريدر ملكي، المرجع السابق، ص 128.

[4]- أنظر كمال إبراهيم، المرجع السابق، ص 162.

[5]- أنظر دريدر ملكي، المرجع السابق، ص 133.

[6]- أنظر داوس أمين رجا رشيد، "**نطاق تطبيق مبادئ اليونيدروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية**"، دار المنظومة، مجلة الحقوق، الكويت، المجلد 32، العدد 2، 2008، ص 292.

وبالرجوع إلى ذباجة هذه المبادئ نجدها منحت لمحكمة التحكيم إمكانية تطبيقها عند غياب اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق طبقا للفقرة الرابعة من ذباجة النسخة الجديدة لهذه المبادئ لعام 2004[1]، كما أن وجود هذه المبادئ في وثيقة مكتوبة شاملة لعدة نصوص تمت صياغتها كالقوانين الوطنية ومترجمة لثماني عشر لغة على الأقل بالنسبة للمبادئ الصادرة سنة 1994، وإلى 6 لغات بالنسبة للمبادئ الصادرة سنة 2004 قد شجع على تطبيقها نظرا لسهولة التعامل بها بالنسبة لكل المشتغلين في التجارة الدولية خصوصا وأنها صارت ركيزة أساسية للدراسات القانونية في شتى أنحاء العالم، وهذا ما أدى إلى إسقاط حجج الاتجاهات التي رفضت تطبيق قانون التجارة الدولية على أساس أنها قواعد مائعة غير محددة وغير كاملة[2].

وهناك جانب آخر من الفقه من يرى بأنها شكل جديد من أشكال قانون التجارة الدولية الحديثة التي تنطبق على العقود الدولية سواء لأن الأطراف اختاروها كقانون يحكم موضوع النزاع، أو لأن محكمة التحكيم وجدتها الأنسب والأفضل لحكم النزاع عند غياب اتفاق الأطراف، وقد تم استعمال هذه المبادئ في الكثير من المرات، حيث استعملت خمسين مرة بين سنة 66 و99 و 27 مرة بين 2000 و 2003[3].

وفي نهاية الحديث عن المبادئ العامة للقانون بصفة عامة كان لابد من البحث عن موقف المشرع الجزائري في هذا الشأن، ومن خلال استقراء المادة 1050 السالفة الذكر نجد أن المشرع باستعماله لمصطلح القواعد القانونية وليس القانون يكون قد منح حرية واسعة لمحكمة التحكيم في تطبيق مختلف القواعد القانونية التي ترى أنها الأنسب لحل النزاع وبالتالي فهو يجيز تطبيق هذه المبادئ.

---

[1]- أنظر داوس أمين رجا رشيد، المرجع السابق، ص- ص 294 و 424.

[2]- أنظر داوس أمين رجا رشيد، المرجع نفسه، ص- ص 299-300.

[3]- أنظر دريدر ملكي، المرجع السابق، ص 134.

الفرع الثاني

الضوابط الواجب مراعاتها من طرف محكمة التحكيم الدولي

بالرغم من تمتع محكمة التحكيم بصلاحية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند عدم اتفاق الأطراف، إلا أن هناك ضوابط عليها مراعاتها عند تحديد هذا القانون لاسيما تلك المتعلقة بشروط العقد والأعراف الجارية.

وللتوضيح أكثر سنتطرق إلى وجوب مراعاة شروط العقد **(أولا)**، و وجوب مراعاة الأعراف الجارية **(ثانيا)**.

أولا: وجوب مراعاة شروط العقد

يجب على محكمة التحكيم سواء طبقت قواعد قانونية اتفق عليها الأطراف أو تلك التي ترى بأنها الواجبة التطبيق عند عدم اتفاق الأطراف مراعاة شروط العقد، وهذا ما نصت عليه المادة 3/39 من قانون التحكيم المصري[1] والاتفاقيات الدولية من أبرزها اتفاقية جنيف لعام 1961 واتفاقية فينا لعام 1980 الخاصة بالبيوع الدولية للبضائع، بالإضافة للوائح التحكيم التجاري الدولي[2]، والملاحظ أن وجوب مراعاة شروط العقد من طرف محكمة التحكيم يعود إلى القاعدة المشهورة في مجال التجارة الدولية وهي أن العقد شريعة المتعاقدين وهو الذي يحدد حقوق والتزامات الأطراف، كما أن ما يتضمنه العقد يعتبر مكملا لأحكام القانون الواجب التطبيق[3].

---

[1]– أنظر محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 463.

[2]– أنظر صادق زغير محيسن، "**الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الدولية الخاصة**"، مجلة جامعة ذي قار العلمية، المجلد 10، العدد 3، أيلول 2015، ص 14.

[3]– أنظر فتحي والي، المرجع السابق، ص 423.

ثانيا: وجوب مراعاة الأعراف الجارية

بالإضافة لمراعاة محكمة التحكيم لشروط العقد فإن عليها مراعاة الأعراف الجارية أيضا، وهو ما نصت عليه المادة 4/39 من القانون المصري[1] والعديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح التحكيم كما سبق الذكر، ويرى الفقه أن على الخصوم إثبات تلك الأعراف الجارية على أساس أنها تعد من قبيل الشروط التعاقدية، وهي من مسائل الواقع وليس القانون، وعبئ إثبات الواقع يقع على الخصوم وليس على محكمة التحكيم[2].

ملخص الفصل الثاني:

وكملخص لأهم النقاط التي تم الوقوف عليها في هذا الفصل يمكن القول أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يمكن تحديده أيضا من طرف محكمة التحكيم، حيث تجتهد هذه الأخيرة في البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف إذا ما سكتوا عن التعبير عن إرادتهم في الاختيار بصراحة، وذلك من خلال جملة من المؤشرات التي يمكن من خلالها لمحكمة التحكيم الوصول إلى القواعد القانونية التي ينوي الأطراف تطبيقها على موضوع النزاع، كما وصلنا أيضا إلى أن محكمة التحكيم ملزمة بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حالة السكوت الكلي للأطراف عن تحديد هذا القانون، سواء بإعمال منهج التنازع الذي تشترط بعض التشريعات إعماله أو من خلال التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية والأعراف التجارية الملائمة وهو ما كرسه المشرع الجزائري الذي منح لها حرية أوسع في ذلك وحررها من إتباع منهج التنازع الذي يعتبر منهجا عقيما وغير فعال في العلاقات التجارية الدولية، كما تبين أن على محكمة التحكيم أن تراعي دائما شروط العقد والأعراف الجارية وهي بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

---

[1]- أنظر فتحي والي، المرجع السابق، ص 424.

[2]- أنظر محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 464.

الخاتمة

بعد معالجة هذا الموضوع ودراسة مختلف المسائل والجزئيات المتعلقة به يمكن القول أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يشكل حجر الأساس الذي يقوم عليه نظام التحكيم التجاري الدولي، حيث يعتبر بمثابة النواة الرئيسية التي ينشأ منها الحكم التحكيمي لإعطاء كل ذي حق حقه.

اتضح أيضا من خلال هذه الدراسة أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يخضع كأصل عام إلى إرادة الأطراف المتنازعة أو ما يعرف بمبدأ قانون الإرادة، وهذا راجع أساسا لكون نظام التحكيم التجاري الدولي قائم على حرية الأطراف، الذين اتجهوا إليه لا لشيء إلا لكونه يمنحهم الحرية في تنظيمه من مختلف الجوانب، خاصة تلك المتعلقة باختيار القواعد القانونية الموضوعية التي تحكم موضوع نزاعهم، حيث تبين أن جل المعاهدات الدولية والهيئات التحكيمية وقوانين التحكيم والنظم القانونية كرست هذا المبدأ وهو ما سار عليه المشرع الجزائري.

كما تم الوصول إلى أن التعبير عن هذه الإرادة في الاختيار يمكن أن يكون بصورة صريحة كما يكمن أن يكون بطريقة ضمنية، وهو ما أخذت به جل التشريعات الوطنية وأحكام التحكيم الدولي.

من خلال هذه الدراسة تبين أيضا أن خضوع القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لمبدأ قانون الإرادة ترد عليه بعض القيود التي وجب على الأطراف مراعاتها، خاصة ما تعلق منها بالنظام العام وقوانين الشرطة والأمن ذات التطبيق الضروري، وبعض القيود الفقهية الأخرى.

كما تبين أنه في حالة عدم قيام الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ينتقل الاختصاص لمحكمة التحكيم التي منحتها التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية سلطة تحديده، وذلك من خلال اجتهادها في البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف إن وجدت من خلال مجموعة من المؤشرات، فإن لم توجد قامت محكمة التحكيم بتحديد هذا القانون

سواء عن طريق إعمال منهج تنازع القوانين، أو من خلال التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية الملائمة سواء بتطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية أو المبادئ العامة للقانون بعيدا عن منهج التنازع الذي لا يتناسب ومقتضيات التجارة الدولية، كما تبين أن محكمة التحكيم الدولي عند قيامها بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عليها مراعاة شروط العقد والأعراف الجارية.

بعد ذكر أهم النتائج التي تم استخلاصها من هذه الدراسة ونظرا لأهمية هذا الموضوع ومختلف الإشكاليات التي يطرحها والتي لا تزال محل جدال ونقاش بين الفقهاء والباحثين في مجال التحكيم التجاري الدولي، كان لابد من ذكر بعض التوصيات التي قد تساهم في سد مختلف الثغرات الموجودة ومعالجة الإشكاليات المطروحة وهي كالتالي:

من الأحسن أن تعمل الدول على توحيد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع في مجال التحكيم التجاري الدولي عند عدم اتفاق الأطراف على تحديد قانون دولة معينة، من أجل تفادي مختلف الإشكاليات المتعلقة بالاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها، كما يجب على المجتمع الدولي تقنين قواعد النظام العام الدولي واعتبارها ذات صفة علوية لها أولوية في التطبيق على قواعد النظام العام الداخلي.

من خلال هذه الدراسة اتضح أيضا أن هناك بعض الدول التي تقيد حرية محكمة التحكيم وتلزمها بالفصل في موضوع النزاع عند غياب إرادة الأطراف من خلال منهج قواعد الإسناد وهذا يعيق عمل المحكمة، لذلك ينبغي عليها منح سلطة أوسع لمحكمة التحكيم كما فعل المشرع الجزائري.

على للمشرع الجزائري أن يتخذ موقفا صريحا حول كيفية التعبير عن الإرادة في اختيار القانون، حتى يزيل الغموض المتعلق بإمكانية الأخذ بالإرادة الضمنية من عدمها وحبذا لو يشترط أن يكون التعبير عنها صريحا، لأن البحث عن الإرادة الضمنية يتطلب وقتا وجهدا وهذا يتنافى وطابع السرعة التي يقوم عليها نظام التحكيم التجاري الدولي.

من الأفضل أيضا أن ينص المشرع الجزائري بشكل صريح على القيود التي يجب مراعاتها في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، خاصة قيد النظام العام والذي اكتفى بجعله سببا من أسباب بطلان حكم التحكيم الدولي، كما ندعوه أيضا إلى تحديد فكرة النظام العام الدولي بصفة دقيقة حتى يتجلى الفرق بينه وبين النظام العام الداخلي.

كما ندعو الأطراف عند اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أن يختاروا أفضل القواعد القانونية، خاصة تلك التي تلقى اعترافا وقبولا واسعا من المجتمع الدولي، حتى يتجنبوا مختلف الإشكاليات التي قد تثور في مرحلة الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها.

وفي النهاية لا يبقى لنا إلا أن نشير إلى أن هذا الموضوع لا يزال يطرح العديد من الإشكاليات التي تتطلب كثيرا من التحليل والتفصيل لحلها، والتي لا يمكن معالجتها بالقدر الذي تحتاج إليه إلا من خلال بحوث ودراسات مستقبلية معمقة في هذا الخصوص.

قائمة المراجع

I: باللغة العربية

أولا: النصوص القانونية

أ: الأوامر

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن **القانون المدني**، الجريدة الرسمية، العدد 78، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يوليو 2005، الجريدة الرسمية، العدد 44 لسنة 2005.

ب: القوانين

- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/ 02 /2008، المتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخ في 2008/04/23.

ثانيا: المؤلفات

1- أبو العلا النمر، "**دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما الينيدروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية**"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، "**الأصول في التنازع الدولي للقوانين**"، دون طبعة، دار الكتب والوثائق المصرية، دون مكان نشر، 2008.

3- أشرف عبد الحليم الرفاعي، "**اتفاق التحكيم والمشكلات العلمية والقانونية في العلاقات الدولية الخاصة- دراسة فقهية قضائية مقارنة**"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

4- حفيظة السيد الحداد، "**الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**"، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.

5- حميد محمد علي اللهبي، "**المحكم في التحكيم التجاري الدولي**"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2002/2001.

6- خالد محمد القاضي، "**موسوعة التحكيم التجاري الدولي**"، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2002.

7- سعيد يوسف البستاني، "**الجامع في القانون الدولي الخاص**"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، دون مكان نشر، 2009.

8- عمر سعد الله، "**قانون التجارة الدولية- النظرية المعاصرة**"، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2016.

9- عليوش قربوع كمال، "**التحكيم التجاري الدولي في الجزائر**"، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005.

10- فتحي والي، "**قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**"، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.

11- فوزي محمد سامي، "**التحكيم التجاري الدولي**"، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2008.

12- كمال إبراهيم، "**حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولية**"، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.

13- لزهر بن سعيد، "**التحكيم التجاري الدولي**"، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2012.

14- لما أحمد كوجان، "**التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي**"، دون طبعة، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2008.

15- محمد سكيكر، "**تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية**"، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

16- محمد علي بني مقداد، "**الطريق القويم للاتفاق على التحكيم- دراسة نظرية تطبيقية مقارنة**"، الطبعة الأولى، مؤسسة حمادة للدراسات الجامعية والنشر والتوزيع، الأردن، 2013.

17- محمود سمير الشرقاوي، "**القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي**"، أحمد مخلوف دراسة قانونية في التحكيم التجاري الدولي، دون طبعة، دار النهضة العربية، 2002.

18- منير عبد المجيد، "**قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية**"، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.

19- منير عبد المجيد، "**الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم**"، دون طبعة، مطابع الشرطة، دون مكان نشر، 2005.

20- نادر محمد إبراهيم، "**مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي**"، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

21- هشام خالد، "**القانون الخاص الدولي**"، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

ثالثا: الرسائل والمذكرات

أ: الرسائل

1- الشرفات طلال طلب فنيخر، "**القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي**"، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة عمان العربية، عمان، الأردن، 2011.

2- تعويلت كريم، "**فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي**"، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.

3- زياد محمد فالح بشابشه، "**دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني- دراسة مقارنة**"-، ملخص رسالة دكتوراه، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، 2012/2011.

4- شويرب خالد، "**القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي**"، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، 2009/2008.

5- عدلي محمد عبد الكريم، "**النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان-، 2011/2010.

6- قريقر فتيحة، "**النظام العام والتحكيم التجاري الدولي**"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، 2017/2016.

ب: المذكرات

1- الصالح إيلاف خليل إبراهيم، "**القانون الواجب التطبيق على التحكيم- دراسة مقارنة**"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2014.

2- بلاق محمد، "**قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية**"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، 2011/2010.

3- جارد محمد، "**دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي**"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص- دراسة مقارنة-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان، 2010/2009.

4- دريدر ملكي، "**سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع**"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع قانون التعاون الدولي، المركز الجامعي العقيد آكلي محمد أولحاج، البويرة، معهد الحقوق العلوم السياسية، 2011.

5- زيري زهية، "**الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري**"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

6- سمير عبود فرحان، "**القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم**"، دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والعراقي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، كانون الثاني، 2017.

7- عيادي فريدة، "**سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة على العقد التجاري الدولي**"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.

8- فيروز الموهاب، "**القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي طبقا للقانون الجزائري**"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009/2008.

9- محمد بولعبايز، "**مبدأ استقلال الإرادة في التحكيم التجاري الدولي**"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2013.

10- محمود محمد، "**القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني- دراسة مقارنة**"، رسالة ماجستير ، كلية القانون، جامعة آل البيت، الأردن، 2011.

رابعا: المقالات

1- أحمد ضاعن السمدان، "**القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي**"، مجلة الحقوق، الكويت، المجلد 17، العدد 1،2، 1993.

2- العمراوي محمد الإدريسي، "**إشكالية التحكيم التجاري الدولي**"، دار المنظومة، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، المغرب، العدد2، 2003.

3- حامد الغثيث، "**العدالة والإنصاف في التحكيم بين الشريعة والقانون**"، مداخلة موجودة في كتاب **التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون**، المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون، أبحاث- مناقشات- توصيات، الطبعة الأولى، مطابع جمعية المقاصد الخيرية الإسلامية، بيروت، لبنان، 2000.

4- خلاف بوجمعة، "**دور المركز الدولي (CIRDI) في تسوية منازعات الاستثمار**"، مداخلة ألقيت ضمن أعمال الملتقى الوطني حول تسوية نزاعات الاستثمار أمام المركز الدولي (CIRDI)، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 13 و 14 ديسمبر، 2017.

5- خليل أسامة محمد عثمان، "**التحكيم التجاري الدولي**"، دار المنظومة، مجلة العدل- السنة الثالثة، العدد الخامس، 2002.

6 - داوس أمين رجا رشيد، "**نطاق تطبيق مبادئ اليونيدروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية**"، دار المنظومة، مجلة الحقوق، الكويت، المجلد 32، العدد 2، 2008.

7- زياد خليف العنزي، "**مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقا لمبادئ مؤتمر لاهاي (2015)**"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 13، العدد 2، 2016.

8- سميرة يعقوبات، "**احترام توقعات الأطراف عند تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم**"، مداخلة ألقيت ضمن الملتقى الوطني حول احترام توقعات الأطراف، بجامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 24 و 25 فبراير 2017.

9- صادق زغير محيسن، "**الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الدولية الخاصة**"، مجلة جامعة ذي قار العلمية، المجلد 10، العدد 3، أيلول 2015.

10- طارق كاظم كجيل، "**النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي**"، مجلة المنصورة، العدد 14، كلية الحقوق، جامعة، ديقار، دون تاريخ نشر.

11- عبد الله بن محمد السعيدي، "**التحكيم في عقود النفط والإنشاءات الدولية**"، مداخلة ألقيت ضمن مؤتمر صلالة السنوي، التاسع عشر للتحكيم التجاري، ما بين 26 و 28 أغسطس، 2014.

12- فؤاد ديب، "**المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية**"، جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 24، العدد الثاني، 2008.

13- ليندة بلاش، "**دور المحكم الدولي في تدويل القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار**"، مداخلة ألقيت ضمن أعمال الملتقى الوطني حول تسوية نزاعات الاستثمار أمام المركز الدولي(CIRDI)، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 13 و 14 ديسمبر 2017.

14- معيوف سيد علي، القانون "**الواجب التطبيق على موضوع النزاع المعروض للتحكيم**"، مداخلة ألقيت ضمن الملتقى الوطني حول تسوية نزاعات الاستثمار أمام المركز الدولي (CIRDI)، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 13 و14 ديسمبر 2017.

15- مهدي ديانة و بلحيمر عمار، "**مظاهر تقييد إرادة الأطراف في التحكيم في التشريع الجزائري**"، دفاتر السياسة والقانون، العدد 17، جوان 2017.

16- موكه عبد الكريم، "**القانون الواجب التطبيق في خصومة التحكيم**"، مداخلة ألقيت ضمن أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النازعات، حقائق وتحديات، بكلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 26 و27، أفريل 2016.

17- هوام علاوة وقروي سميرة، "**أطر فض منازعات الاستثمار الأجنبي**"، جامعة باتنة، العدد 6، جوان 2016.

18- رشا علي الدين، "**سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد**"- **دراسة مقارنة في ضل الأزمة المالية الراهنة**، مداخلة ألقيت ضمن المؤتمر العلمي الثالث عشر، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2009.

19- عكاشة محمد عبد العال، "**القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم**"، **دراسة مقارنة في ضوء مشروع القانون الاتحادي لسنة 2006**، مداخلة ألقيت ضمن المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، يومي 28 و 30 أبريل 2008.

20- محمد الروبي، "**عقود التشييد والاستغلال و التسليم،(T: O: B)**"، مداخلة ألقيت ضمن المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، يومي 28 و 30 أبريل 2008.

21- نور حمد الحجايا، "**القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه**"، مداخلة ألقيت ضمن المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، يومي 28 و 30 أبريل 2008.

22- وفاء مزيد فلحوط، "**النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي**"، مداخلة ألقيت ضمن المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، يومي 28 و 30 أبريل 2008.

II: باللغة الفرنسية

Livres

1- Mostefa Trari-Tani, "**Droit Algerien de L'arbitrage Commercial International**", 1ere Edition, Berti Editions, Alger, 2007.

2- Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, "**Traité de L'arbitrage Commercial International**", Editions Litec Delta, paris, 1996.

الفهرس

المقدمة.....1-3
الفصل الأول: دور أطراف التحكيم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.....4
المبحث الأول: الاعتداد بتطبيق قانون الإرادة.....5
المطلب الأول: تكريس مبدأ قانون الإرادة.....5
الفرع الأول: مفهوم مبدأ قانون الإرادة.....6
أولا: تطور مبدأ قانون الإرادة.....6
ثانيا: دوافع الأخذ بمبدأ قانون الإرادة.....7
الفرع الثاني: مصادر مبدأ قانون الإرادة.....8
أولا: المصادر الدولية.....8
ثانيا: المصادر الداخلية.....9
المطلب الثاني: مضمون قانون الإرادة.....10
الفرع الأول: طبيعة القواعد القانونية المختارة.....11
أولا: اتجاه الإرادة لإعمال قواعد وطنية.....11
ثانيا: اتجاه الإرادة لإعمال قواعد غير وطنية.....13
الفرع الثاني: صور التعبير عن الإرادة.....14
أولا: الإرادة الصريحة.....15
ثانيا: الإرادة الضمنية.....15
المبحث الثاني: القيود الواردة على مبدأ قانون الإرادة.....16
المطلب الأول: القيود الكلاسيكية.....17
الفرع الأول: قيد النظام العام.....17
أولا: المقصود بفكرة النظام العام.....17
ثانيا: موقف المشرع الجزائري من فكرة النظام العام.....19
الفرع الثاني: قوانين الشرطة والأمن.....20

أولا: المقصود بقوانين الشرطة والأمن ذات التطبيق الضروري.....20
ثانيا: إعمال فكرة قوانين الشرطة والأمن ذات التطبيق الضروري.....21
المطلب الثاني: قيود أخرى.....22
الفرع الأول: الغش نحو القانون.....23
أولا: المقصود بفكرة الغش نحو القانون.....23
ثانيا: موقف المشرع الجزائري من فكرة الغش نحو القانون 24
الفرع الثاني: استبعاد القانون المختار لعدم وجود نص قانوني صالح للتطبيق.....24
أولا: عدم وجود نص قانوني يصلح للتطبيق.....25
ثانيا: موقف المشرع الجزائري.....26
ملخص الفصل الأول.....26
الفصل الثاني: دور محكمة التحكيم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.....27
المبحث الأول: اجتهاد محكمة التحكيم الدولي في استخلاص الإرادة الضمنية لأطراف التحكيم حول القانون الواجب التطبيق.....28
المطلب الأول: المؤشرات العامة.....29
الفرع الأول: قرينة محل إبرام العقد وتنفيذه.....29
أولا: قرينة محل إبرام العقد.....30
ثانيا: قرينة محل تنفيذ العقد.....30
الفرع الثاني: قرائن أخرى.....31
أولا: قرينة اللغة المستعملة والعملة.....31
ثانيا: قرينة الموطن والجنسية المشتركة للأطراف.....32
المطلب الثاني: المؤشرات الخاصة.....32
الفرع الأول: قرينة قانون العقد ومقر التحكيم.....32
أولا: قرينة قانون العقد.....33
ثانيا: قرينة مقر التحكيم.....33

الفرع الثاني: قرينة قانون الدولة المتعاقدة.....34
أولا: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة.....34
ثانيا: موقف قضاء التحكيم من تطبيق قانون الدولة المتعاقدة.....35
المبحث الثاني: حرية محكمة التحكيم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق في غياب إرادة أطراف التحكيم.....36
المطلب الأول: تطبيق محكمة التحكيم الدولي لقواعد تنازع القوانين.....37
الفرع الأول: إعمال المنهج التقليدي لتنازع القوانين.....37
أولا: المعايير المتبعة في إعمال منهج التنازع التقليدي.....38
ثانيا : النقد الموجه لإعمال الأسلوب التقليدي لتنازع القوانين.....40
الفرع الثاني: الحلول الفقهية للخروج من أزمة تنازع القوانين.....40
أولا: التطبيق الجمعي لقواعد التنازع المرتبطة بالنزاع.....41
ثانيا: اللجوء للمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص.....41
المطلب الثاني: تطبيق محكمة التحكيم الدولي للقواعد الموضوعية.....42
الفرع الأول: تطبيق القواعد الموضوعية عبر الدولية.....43
أولا: تطبيق محكمة التحكيم الدولي لعادات وأعراف التجارة الدولية.....43
ثانيا تطبيق المبادئ العامة للقانون.....45
1/ المبادئ القانونية العامة المشتركة بين الدول.....45
2/ تطبيق محكمة التحكيم الدولي لمبادئ العقود التجارية الدولية.....46
الفرع الثاني: الضوابط الواجب مراعاتها من طرف محكمة التحكيم الدولي.....48
أولا: وجوب مراعاة شروط العقد.....48
ثانيا: وجوب مراعاة الأعراف الجارية.....49
ملخص الفصل الثاني.....49
الخاتمة.....50
قائمة المراجع.....53
الفهرس..... 62-64