



جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم قانون الأعمال



## القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي

مذكرة لنيل شهادة الماستير في القانون، فرع القانون العام

تخصص: القانون العام للأعمال

تحت إشراف الأستاذ:

د/ قبايلي طيب

من إعداد الطالبتين:

• حدوش ثنمينان

• قاسي دليلة

تاريخ المناقشة: 18 سبتمبر 2017

### لجنة المناقشة

- الأستاذ: بوده محند والحمر، أستاذ مساعد "أ"، جامعة بجاية.....رئيسا
- الأستاذ: د/ قبايلي طيب، أستاذ محاضر "أ"، جامعة بجاية..... مشرفاً و مقرباً
- الأستاذة: بلاش ليندة، أستاذة مساعدة "أ"، جامعة بجاية.....ممتحنة

السنة الجامعية: 2016 / 2017

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

" تَرْفَعُ دَرَجَاتٍ مِّنْ نَّشَأٍ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي

عِلْمٍ عَلِيمٌ "

یوسف الآیة 76

## الإهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى :

من أفتخر بهما و أطلب رضاها ما حيت الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما.

إلى أختي الوحيدة "خدوجة" و أخواني "محمد" و "يوبا".

إلى رمز القدوة و العطاء صديقتي الغالية "بوعلاق سلوى".

إلى من علمونا مبادئ العلم و البحث أساتذتي الأفاضل، جزآهم الله خيرا.

إلى رفقاء دربي زملائي و زميلاتي (طاهر ، الأمين، حماد، كوسيلة ،مراد، وسيم

، سليم، صارة، سيليا ، كميلية ، وردية ، سهيلة ، دليلة...)

حدوش شنهينان

## الإهداء

إلى من ارتجف القلم خوفا من التقصير عن شكره  
إلى روحه الطاهرة... تراقفتي، تسكن جوارحي... لا تفارقتي  
تهديني ... توجهني، تثبت خطواتي ... "والدي" رحمه الله  
إلى نبع الحب و الحنان، القلب الدافئ و الحضن الآمن... "والدي" الحبيبة  
إلى نسائم قلبي ... سندي في حياتي إخواني "سمير"، "ماسينيسا"، "أمزيغ"  
وأخواتي "رشيدة" ولديها يانيس و غلاس، "نسمة"، "تهينان"، "نوال"  
إلى من رافقوني بدعواتهم  
إلى أعز الأصدقاء و أجمل الذكريات  
إلى كل من شجعني و ساندني و وقف إلى جانبي  
إلى كل من علمني حرفا  
إلى كل من ترقب سقوطي و فشلي بفضلهم استجمعت قوتي

إليكم جميعا أهدي عملي

قاسي دليلة

## شكر و تقدير:

روى الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال رسول الله (ص): "من لا يشكر الناس لا يشكره الله"

تطبيقا لهذا الحديث الشريف و هذا الأدب الرفيع و اعترافا بالفضل نتقدم بجزيل الشكر و خالص الامتنان إلى أستاذنا المشرف:

"الأستاذ قبائلي طيب"

الذي تكرم بإشرافه على مذكرتنا هذه و زودنا بتوجيهاته و نصائحه القيمة، و منح لنا من وقته الضيق، و قام بمراجعة هذه المذكرة و تصويبها فجزاه الله عنا كل خير.

كما نتقدم بالشكر الخالص و الاحترام الكبير إلى أعضاء لجنة المناقشة الموقرة على قبولهم مناقشة هذه المذكرة.

و إلى كل أساتذة كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية.

منا جزيل الشكر.

## قائمة المختصرات

### أولا باللغة العربية

ج- ر : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ق.ا.م.ا.ج : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

ق.ا.م.ا.ف : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الفرنسي

ق.م.ج : قانون مدني جزائري

ق.م.م: قانون مدني مصري

ق.م.ف: قانون مدني فرنسي

ط: طبعة

د.م.ن : دون مكان النشر

د.س.ن : دون سنة النشر

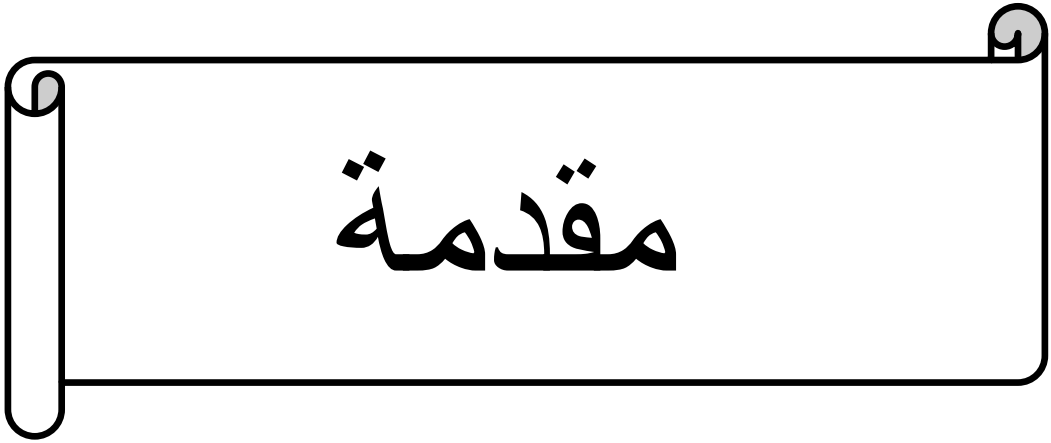
د.د.ن : دون دار النشر

د.س.م : دون سنة المناقشة

ص : صفحة

### ثانيا: باللغة الأجنبية

- 1- FOB : free on board
- 2- CIF : cost insurance and freight
- 3- CCI : chambre de commerce international
- 4- P : page
- 5- OP – cite: référence précité



أصبح التحكيم في الوقت الحاضر أهم وسيلة يلجأ المتعاملون في التجارة الدولية إليه لحسم خلافاتهم الناجمة عن تعاملاتهم، حيث نجد على الأغلب جميع عقود التجارة الدولية لا تخلو من شرط إتباع التحكيم عند حدوث نزاع أو خلاف يتعلق بمسألة تنفيذ العقد، باعتبار أن العقود الدولية تختلف عن العقود الخاصة بالتعامل الداخلي عكس العقود الدولية التي تكون في الغالب بين أطراف تنتمي إلى دول مختلفة، حيث تختلف قوانين تلك الدول في معالجة القضايا التي تطرح الاختلاف في النظم القانونية لهذه الدول، في الوقت الذي نجد فيه على الصعيد الدولي قواعد التحكيم المعروفة المتبعة لدى التجار، حيث أصبح القضاء الأصيل لحل هذه النزاعات<sup>1</sup>.

يعد التحكيم أسلوباً فريداً في مجال تسوية النزاعات حيث يختار الأطراف قضاةهم، و يمكن لهم أن يتفقوا على إجراءات التحكيم الحر و مدته، كما يمكن لهم تحديد القواعد التي يفصل المحكم بناء عليها سواء على مستوى الإجراءات أو موضوع النزاع، أو على مستوى النزاعات المتعلقة باتفاق التحكيم بحد ذاته، فنظام التحكيم يرتكز في أصله على إرادة الأطراف، إذ لا يمكن أن يتم إلا بوجود اتفاق سابق بين الأطراف على حل النزاعات القائمة بينهم أو المستقبلية<sup>2</sup>.

كانت الرغبة في التحرر من تطبيق القواعد الوطنية أمراً دافعاً نحو اللجوء إليه، فقواعد التحكيم التجاري الدولي أعطت اعتباراً لإرادة الأطراف حيث يمكن لهم اختيار قاضيهم و تحديد الإجراءات و كذا القانون واجب التطبيق، إلى جانب ما يتميز به المحكم التجاري الدولي من خبرة و تخصص ساعياً في ذلك إلى تحقيق العدالة بين الأطراف، أما القاضي فهو يسعى إلى تطبيق ما تنص عليه القوانين كونه مقيد بالاعتبارات الوطنية و التي من شأنها أن تؤدي إلى إهدار حقوق الأطراف<sup>3</sup>، يقول الفيلسوف اليوناني أرسطو: "إن أطراف الخصومة يستطيعون تفضيل التحكيم

<sup>1</sup> - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2008، ص. 5.  
<sup>2</sup> - نقلاً عن: تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص: القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2017، ص. 7.  
<sup>3</sup> - عيد عبد الحفيظ، دور إرادة الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق في دعوى التحكيم التجاري، "مداخلة أقيمت في إطار أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي بين التكريس التشريعي و الممارسة التحكيمية، يومي 14 و 15 جوان، 2006، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص. 5.



عن القضاء، ذلك أن المحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع"<sup>1</sup>. لعل الأمر الذي جعل الإقبال شديداً على حسم المنازعات بالتحكيم هو التكاليف و الرسوم الباهظة لما يتضمنه الحكم القضائي من عنصر الإجبار و القصر في حالة عدم تنفيذه.<sup>2</sup>

يثير التحكيم التجاري الدولي تنازعا بين القوانين على خلاف التحكيم الداخلي الذي يخضع للقوانين الوطنية فقط، فتعدد القوانين يستدعي ضرورة البحث عن القانون واجب التطبيق في هذا الشأن و الذي يتماشى مع متطلبات التجارة الدولية<sup>3</sup>، يُقصد بالقانون واجب التطبيق مجموعة القواعد القانونية التي يصل المحكم إلى اعتبارها أنها مناسبة للتطبيق على النزاع سواء كان مصدرها قانونا وطنيا أم كانت مشتقة من مجموعة قوانين وطنية أم أنها قواعد متعارف عليها في محيط التجارة الدولية بعيدا عن القوانين الوطنية للدول.<sup>4</sup>

ترجع أهمية دراسة هذا الموضوع لاهتمامنا بمجال التحكيم التجاري الدولي من خلال التسليم بفعاليتها في وقت بلغ التحكيم مداه في المعاملات التجارية الدولية، كما أن اللجوء إليه يستدعي ضرورة البحث عن كيفية تحديد القانون واجب التطبيق في حالة تعدد الدولة الواحدة طالما انه يتعلق بالمعاملات التجارية الدولية، كما أن التحكيم يستند في الأساس على إرادة طرفي النزاع في اختيار الأشخاص اللذين يتولون مهمة التحكيم، و لهما أيضا حرية اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاعات التي تثور بينهم، فبالتالي إبراز مسألة نظر هيئة التحكيم في النزاع القائم بين الخصوم بالرغم من أنه ليس لها قانون اختصاص ، كما أن مسألة القانون الواجب التطبيق مسألة حساسة و مهمة ما يستلزم ضرورة الإحاطة بها من جميع الجوانب.

<sup>1</sup> - نقلا عن ابوزيد رضوان، الأسس العامة لتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر، الإسكندرية، 1981، ص. 3.

<sup>2</sup> - فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص. 5.

<sup>3</sup> - محمد عثمان، معايير دولية التحكيم، المؤتمر السنوي السادس عشر، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، (د. س. ن)، ص. 15.

<sup>4</sup> - مراد محمود المواجهة، التحكيم في عقود ذات الطابع الدولي: (دراسة مقارنة )، دار الثقافة لنشر و التوزيع، القاهرة،

ستسمح هذه الدراسة على فهم موضوع التحكيم التجاري الدولي فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، كما نأمل أن تكون هذه الدراسة إسهاما في إثراء المكتبة الجامعية حول هذا الموضوع، و مساهمة منا في نشر ثقافة الطرق البديلة لتسوية النزاعات بصفة عامة.

يعد تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع من المسائل المهمة و الحيوية التي تواجه المحكم عندما يتصدى للحكم في النزاع، حيث تستحوذ هذه الأخيرة على فكر المحكمين لأنها ليست مجرد اختيار بل تترتب عليه العديد من الآثار الهامة لضمان تنفيذ العقد و فض المنازعات التي قد تنشأ مستقبلا<sup>1</sup>.

تتيح غالبية القوانين الداخلية و كذا الاتفاقيات الدولية نضاما مزدوجا فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق في عقود التجارة الدولية، حيث يخضع الأول إلى اتفاق الأطراف على تحديد هذا الأخير بصفة صريحة أو ضمنية، و الثاني يتمثل في غياب اتفاق الأطراف فيما يخص تحديد القانون واجب التطبيق ، لذلك تثير هذه الدراسة إشكالية مدى إطلاق سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في إطار التحكيم التجاري الدولي ؟

للإجابة عن هذه الإشكالية اعتمدنا على المنهج التحليلي النقدي، حيث سيتم التطرق إلى دور إرادة الأطراف و هيئة التحكيم في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع (الفصل الأول)، ثم بيان القيود المفروضة في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ( الفصل الثاني).

<sup>1</sup> - مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص. 179.

## الفصل الأول

دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب  
التطبيق على موضوع النزاع

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

لعل أبرز الآليات شيوعا وفعالية في العصر الحديث في مجال حل النزاعات نظام التحكيم، والذي يتمثل حسب أصله في عرض نزاع معين قائم بين طرفين على محكم يعين باختيارهما أو بتفويض منهما ليفصل هذا المحكم في النزاع.

من أهم قضايا التحكيم معرفة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ولعل القانون المذكور هو الأساس في إصدار حكم التحكيم، و بالتالي وضع حد للنزاع و إنتهائه<sup>1</sup>.

اختيار القانون المطبق على موضوع النزاع سواء تم اختياره من قبل الخصوم أو من قبل هيئة التحكيم له أهمية بالغة في العقود الدولية<sup>2</sup>، فيما يتعلق بالنزاعات التي تشوب العقد والتي تنشأ بين الأطراف التعاقدية المكونة له، ومن هنا يبرز دور مبدأ سلطان الإرادة في حل هذه النزاعات، حيث نجد أن معظم تشريعات التحكيم والاتفاقيات الدولية ولوائح مراكز التحكيم آلت للأطراف كامل الحرية في اختيار القواعد التي ارتضوا إخضاع علاقاتهم التعاقدية لها<sup>3</sup>(المبحث الأول)، غير وأنه في حالة ما إذا أهمل وأغفل الأطراف ذلك تولت هيئة التحكيم بنفسها تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع (المبحث الثاني).

### المبحث الأول

## دور الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في إطار التحكيم التجاري الدولي

<sup>1</sup> - مهند أحمد الصانهوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص. 132.

<sup>2</sup> - كولا محمد، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادية، الجزائر، 2008، ص. 200.

<sup>3</sup> - لزه بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص. 222.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

الأصل في حل النزاعات المرتبطة بعقود التجارة الدولية في نظام التحكيم يؤول أساسا لمبدأ سلطان الإرادة، وذلك من خلال اختيار الأطراف لقانون يحكم موضوع النزاع، فبالتالي قد ينصب هذا الاختيار على قواعد وطنية لدولة معينة ليكون الفصل في النزاع وفقا لما تضمنه هذا القانون من نصوص وأحكام<sup>1</sup> (المطلب الأول)، غير أنه ليس بالضرورة التقيد بالقواعد الوطنية، إذ يمكن أن تتصرف إرادة الأطراف إلى تطبيق قانون آخر يخص المعاملات التجارية الناجمة عن المبادلات التجارية، وبالتالي تطبيق ما يسمى بقواعد التجارة الدولية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون دولة معينة

يمكن أن يكون قانون الإرادة هو قانون وطني لدولة معينة، فقد يتفق الأطراف صراحة في اتفاق التحكيم أوفي شرط التحكيم على إخضاع موضوع النزاع إلى قانون دولة معينة مع مراعاة القواعد الآمرة<sup>2</sup>، فبالتالي حرية اختيار القانون الملائم الذي يتفق مع رغباتهم وتوقعاتهم في الحالة التي يكون فيها الأنسب لحسم النزاع وإنهائه، حيث كرست معظم الاتفاقيات الدولية مبدأ إعطاء الدور الحاسم في اختيار القواعد القانونية التي تحكم الخصومة التحكيمية<sup>3</sup> (الفرع الأول)، إلى جانب غالبية التشريعات الوطنية التي قررت بدورها الأولوية لإرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية في اختيار هذه القواعد (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص. 314.

<sup>2</sup> - كولا محمد، مرجع سابق، ص. 200.

<sup>3</sup> - عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر: (على ضوء الاتفاقيات الدولية للجزائر)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، (د. س. م)، ص. 198.

## الفرع الأول

### تكريس مبدأ قانون الإرادة في ظل بعض الاتفاقيات الدولية

لقد أخذت الاتفاقيات الدولية في معظمها بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع، والتي وضعت في هذا الشأن الأساس القانوني الذي يستمد منها الأطراف سلطة اختيار هذا الأخير، وهذا ما يظهر على سبيل المثال في كل من: اتفاقية روما (أولاً)، الاتفاقية الأوروبية (ثانياً)، اتفاقية واشنطن (ثالثاً)، قانون الأونستيرال النموذجي (رابعاً)، و اتفاقية عمان العربية (خامساً).

#### – أولاً اتفاقية روما لسنة 1980:

لقد عمدت اتفاقية روما المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على إقرار مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وذلك في المادة 1/03 منها، والتي تنص:

**« Le contrat est régi par la loi choisie par les parties,  
le choix est exprès ou résulte de façon certaine des  
disposition du contrat ou des circonstances de la cause.  
par ce choix, les parties peuvent designer la loi à la  
totalité ou à une partie de leur contrat »<sup>1</sup>**

من خلال النص أعلاه يتبين لنا أن الأطراف أحرار في اختيار أي قانون وطني حتى وإن كان لا ينتمي إليه أحد الطرفين، كما أنه أجاز إمكانية إخضاع جزء من العقد لقانون دولة معينة وجزء آخر لقانون دولة أخرى.

<sup>1</sup> - Règlement (C E) N° 593 /2008 du parlement Européen et de conseil sur la loi applicable aux obligation contractuelles (rome1), du 17 juin2008.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

### - ثانيا الاتفاقيه الأوربيه لسنة 1961:

لقد جاء في مضمون الاتفاقيه الأوربيه للتحكيم التجاري الدولي إقرار مبدأ سلطان الإرادة ما يؤكد ذلك المادة 07 منها، والتي تنص على أنه:

" للأطراف الحرية في تحديد القانون الذي ينبغي على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع"<sup>1</sup>.

نستنتج من النص المذكور أن الاتفاقيه الأوربيه تعترف صراحة بحرية الأطراف في تعيين القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع<sup>2</sup>، فبالتالي يكون تحديد هذا القانون حسب ما آلت إليه حرية الأطراف في الاتفاق، ما يعني أن الأطراف أحرار في تحديد القانون الوطني لضبط قواعد الموضوعية و ليس قواعد التنازع، كما يمكن أن تتجه هذه الإرادة إلى اختيار قانون أجنبي عن العقد أو المتعاقدين<sup>3</sup>، طالما أن المادة أعلاه أتاحت حرية تطبيق القانون الذي أرست عليه إرادة الأطراف، الأمر الذي يستوجب تطبيقه على موضوع النزاع من قبل هيئة التحكيم، والنص أعلاه يستلزم الاختيار المبني على الإرادة الصريحة، فبالتالي استبعاد كل من الإرادة الضمنية والمفترضة<sup>4</sup>.

### - ثالثا اتفاقيه واشنطن لسنة 1965:

لقد أقرت اتفاقيه واشنطن مبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع حيث جاء في المادة 1/42 منها ما يلي:

<sup>1</sup> - نقلا عن: موكه عبد الكريم، القانون واجب التطبيق في خصومة التحكيم، مداخلة أقيمت في أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات -الحقائق والتحديات-، يومي 26 و 27 أبريل 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، ص. 9.

<sup>2</sup> - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي: (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص. 191.

<sup>3</sup> - مراد محمود الموجدة، مرجع سابق، 2010، ص. ص. 195-196.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص. 195.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

"تحكم المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان..."<sup>1</sup>.

ومن خلال النص أعلاه، يتبين أن للأطراف الحرية في اختيار القانون الذي يخدم موضوع النزاع بغض النظر إذا كان هذا الأخير هو قانون الدولة الطرف في التعاقد، أو قانون دولة الطرف الأجنبي، أو قانون دولة ثالثة أجنبية لكلا الطرفين

### - رابعا قانون الأونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985:

لقد تبنى قانون الأونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي مبدأ سلطان الإرادة، وهذا ما يظهر من خلال المادة 1/28 منه والتي تنص على أنه:

"تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك"<sup>2</sup>.

من ذلك يتبين لنا أن القانون النموذجي أعطى للأطراف حرية اختيار القانون الذي يطبق على موضوع النزاع على أن اختيارهم لقانون ما لا يعنى تطبيق قواعد التنازع وإنما تطبق القواعد الموضوعية فيه ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ما يعنى أن القانون أعلاه حظر اللجوء إلى الإحالة.

### - خامسا اتفاقية عمان العربية لعام 1987:

<sup>1</sup> - المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن حول تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر عدد 66 مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95، مؤرخ في 10/10/1995، المشار إليها في الموقع الإلكتروني [www.egyiac.org](http://www.egyiac.org).

<sup>2</sup> - المادة 1/28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، المنشورة على الموقع الإلكتروني: [www.Unictral.org](http://www.Unictral.org).



## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

لقد جاء في مضمون المادة 21 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم أن المحكم ملزم بتطبيق القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف لحسم النزاع الذي يشوب العقد، أي إقرار مبدأ سلطان الإرادة والتي تنص على أنه:

**"تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين، وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا إن وجد"<sup>1</sup>.**

نستنتج من النص أعلاه أن اتفاقية عمان العربية تقر بحرية الأطراف في تعيين القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع سواء بإرادة صريحة أو ضمنية، وبالتالي ليس من الضروري أن يكون القانون الوطني هو صاحب الاختصاص الوحيد، حيث يمكن لقوانين أخرى حتى وإن لم تكن لها علاقة لا بالعقد ولا بالمتعاقدين أن تفرض نفسها وتكون هي الأخرى واجبة التطبيق، فالمادة أعلاه استبعدت كل قيد من شأنه أن يحد من حرية الخصوم، وبالتالي يكون المحكم ملزم بتطبيق القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف لحسم النزاع الذي يشوب العقد ولقد انفردت اتفاقية عمان بهذا الحكم<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني

#### تكريس مبدأ قانون الإرادة في ظل بعض التشريعات الوطنية

لقد أخذت معظم التشريعات الوطنية في مجال التحكيم التجاري الدولي لإرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية، وسمحت للأطراف اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وهذا ما عمد إليه كل من التشريع الفرنسي (أولا)، التشريع المصري (ثانيا)، والتشريع الجزائري (ثالثا).

#### - أولا التشريع الفرنسي:

<sup>1</sup> - نقلا عن: إلهام عزام وحيد الخراز، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع : (دراسة مقارنة )، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية فلسطين، 2009، ص. 38.

<sup>2</sup> - مراد محمود المواجدة، مرجع السابق، ص. 198.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

أُعتبر من التشريعات التي سلمت بمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وفقا للمادة 1946 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد لسنة 1981 والمعدلة بموجب المادة 1511 من المرسوم 11/48 والتي تنص:

**« Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies aux, à défaut, conformément a celle qu'il estime appropriées »<sup>1</sup>.**

يفهم من المادة السالفة أن المشرع الفرنسي فرض مسبقا على الأطراف تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع، أي أن المشرع يشير إلى قواعد القانون التي جاءت بصيغة "les règles de droit"<sup>2</sup> فبالتالي يمكن للأطراف أن يُخضعوا موضوع النزاع إلى قانون وطني معين سواء كان قانون أحد الأطراف أو قانونا أجنبيا آخر، كما يمكن أن يكون القانون المختص هو قواعد التجارة الدولية.

تعبير " قواعد القانون " يعطى الحرية الكاملة للأطراف لتحديد نوع هذه القواعد<sup>3</sup>، ومنه فالمشرع الفرنسي وسع من نطاق اختيار القانون واجب التطبيق الذي يتعدى القواعد الوطنية ليشمل القواعد الموضوعية ما لم تكن مخالفة للنظام العام<sup>4</sup>، وما على هيئة التحكيم سوى تطبيقها حسب ما آل إليه اتفاق الأطراف.

<sup>1</sup> - تنص المادة 1496 من ق. م . ف لسنة 1981 المشار إليها على الموقع الالكتروني: [www.légifrance.fr](http://www.légifrance.fr)

"L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies, a défaut d'un tel choix conformément a celle qu'il estime appropriées, il tient compte dans tout les usages du commerce"

<sup>2</sup> - كود محمد، مرجع سابق، ص. 201.

<sup>3</sup> - مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص. 188.

<sup>4</sup> - موكه عبد الكريم، مرجع سابق. ص. 5.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

### - ثانيا التشريع المصري:

لقد أخذ المشرع المصري بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع حيث أعطى الأولوية لتطبيق قانون الإرادة<sup>1</sup>، وعند اختيار قانون موضوعي معين يتم استبعاد قواعد التنازع لذلك القانون حسب ما اتجهت إليه إرادة الأطراف<sup>2</sup>، فالمادة 1/39 من قانون التحكيم المصري تنص على أنه:

"تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة، اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفقا على غير ذلك"<sup>3</sup>.

بهذا تصدر هيئة التحكيم حكمها وفقا لقانون الإرادة الذي اختاره الأطراف بمطلق الحرية مع الأخذ بعين الاعتبار استبعاد قواعد التنازع عندما يختار الأطراف قانونا موضوعيا معيناً.

### - ثالثا التشريع الجزائري:

أقر المشرع الجزائري مبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار القانون المطبق على موضوع النزاع ولم يشترط المشرع عند إقراره لهذا المبدأ أن يكون هناك صلة أو ارتباط بين القانون محل الاختيار أو موضوع النزاع<sup>4</sup>، وهذا وفقا لما نصت عليه المادة 458 مكرر 14 من المرسوم التشريعي 09/93 الملغى، ويظهر بأن المشرع الجزائري أخذ هذه الأخيرة من المادة 1946 المعدلة

<sup>1</sup> - مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص. 189.

<sup>2</sup> - كود محمد، مرجع سابق، ص. 201.

<sup>3</sup> - نقلا عن: مهند أحمد الصانهوري، مرجع سابق، ص. 134.

<sup>4</sup> - كود محمد، مرجع سابق، ص. 202.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

بموجب المادة 1511 من المرسوم 48-11، وبهذا يكون قد كرس مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم على النزاع مع مراعاة دائما النظام العام الدولي<sup>1</sup>.

بعد صدور ق. إ. م. إ. ج لسنة 2008 استبقى المشرع الجزائري مبدأ قانون الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق وفقا للمادة 1050 منه والتي تنص:

"تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"<sup>2</sup>.

عليه فإن المشرع الجزائري أعطى للأطراف حرية اختيار القانون واجب التطبيق وفقا لمبدأ سلطان الإرادة وفي حال عدم الاتفاق تطبق القواعد القانونية والأعراف التي تراها ملائمة<sup>3</sup>.

يقصد بقواعد القانون القواعد الموضوعية التي يمكن أن يشير إليها الأطراف،<sup>4</sup> فبالتالي بمجرد اختيار الأطراف لقانون دولة أحدهم أو لقانون أجنبي آخر فإن ذلك يعتبر أنه تطبيق للقواعد الموضوعية لتلك الدولة مباشرة دون قواعد التنازع<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - تنص المادة 458 مكرر 14 من المرسوم التشريعي رقم 09/93 الملغى أنه: " تفصل محكمة التحكيم في نزاع طبقا لقواعد القانون الذي يختاره الأطراف وفي غياب ذلك تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة. "

<sup>2</sup> - المادة 1050 من قانون رقم 08-09 مؤرخ في 2008/02/25، متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21، صادر في 2008/04/23.

<sup>3</sup> - عواشيرية رقية، " القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي "، مداخلة أقيمت في إطار أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية، يومي 14 و 15 جوان 2006، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص. 345.

<sup>4</sup> - موكه عبد الكريم، مرجع سابق، ص. 7.

<sup>5</sup> - العايبي البشر، " القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) "، مداخلة أقيمت في إطار أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات -الحقائق والتحديات، يومي 26 و 27 أبريل 2016، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص. 11.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

تجدر الإشارة إلى أن المحكم في كل الحالات يتعين أن يأخذ بعين الاعتبار القواعد الآمرة والنظام العام الجزائري<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني

#### اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار قواعد التجارة الدولية

قد يفضل المتعاملون في عقود التجارة الدولية اختيار القواعد التي أنشأتها المعاملات التجارية الدولية لحكم موضوع النزاع، وهذا تكريسا لإرادتهم وابتعادا عن النصوص القانونية الوطنية، وتقاديا لكل السلبيات التي قد تنجم عن تطبيق هذه الأخيرة ليصير بعدها كقانون يلتزم المحكم بتطبيقه على موضوع النزاع<sup>2</sup>.

يُعرف الدكتور بشار الأسعد قواعد التجارة الدولية أنها "مجموعة من القواعد عبر الدولية المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي العام، والتي تجد مصدرها من الأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة التي يستقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي، ويقدم تنظيما قانونيا، وحلولا ذاتية لمعاملات التجارة الدولية"<sup>3</sup> فبالتالي انصراف إرادة الأطراف إلى اختيار أعراف وعادات التجارة الدولية (الفرع الأول)، كما قد ينصب هذا الاختيار على المبادئ العامة للقانون (الفرع الثاني)، وصولا إلى إمكانية وجود حل يقضي تماما على النزاع بصفة ودية، ذلك بتفويض المحكم الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف وهذا ما سيتم دراسته في (الفرع الثالث).

<sup>1</sup> - عواشيرة راقية، مرجع سابق، ص. 345.

<sup>2</sup> - موكه عبد الكريم، مرجع سابق، ص. 5.

<sup>3</sup> - نقلا عن عبد الوهاب عجيري، شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سطيف2، 2014، ص. 78.

## الفرع الأول

### اختيار الأطراف أعراف وعادات التجارة الدولية

تعتبر أعراف وعادات التجارة الدولية المصدر الأول، والمكون الأساسي لقواعد التجارة الدولية (القواعد عبر الدولية)<sup>1</sup> والتي يطلق عليها مصطلح "Lex Mercatoria"<sup>2</sup>، باعتبار أنها نشأت في وسط مهني واحد ولا تنتمي إلى دولة معينة، وبالتالي إذ اختلف الوسط اختلفت معه القواعد حسب مثلا نوعية السلعة المتعامل بها، والتي تتسم بطابع التكرار على نحو اعتاد التجار ممارستها في مجال عقود التجارة الدولية<sup>3</sup>، والتي تتطوي على قواعد دولية غير وطنية درج عليها العمل في مجال المعاملات التجارية الدولية، فهي قواعد نشأت تلقائيا في الأوساط التجارية أو المهنية استجابة لمتطلبات التجارة الدولية، وقد ساعد على تشكيل هذه القواعد واستقرار العمل بها انتشار استعمال العقود النموذجية<sup>4</sup>، فهي قواعد من صنع متهني التجارة الدولية مباشرة ودون تدخل تشريعي تفرض نفسها كقواعد قانونية لها بيئتها وخصائصها الملزمة على الأشخاص على حد قول الفقيه "قولمان"<sup>5</sup>.

لقد حرص المتعاملين على الالتجاء إليها لفض النزاعات التي تنشأ فيما بينهم كونها تنطوي على قواعد موضوعية وضعت خصيصا لتنظيم العلاقات القائمة في المجتمع الدولي للتجارة والأعمال، وبالتالي تنظيم الروابط الخاصة بالتجارة الدولية من جهة والاستجابة إلى أهدافها

<sup>1</sup> - جمال محمد الكوردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص. 136.

<sup>2</sup> - نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2004، ص. 273.

<sup>3</sup> - شويرب خالد، القانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص. 179.

<sup>4</sup> - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، ط 2، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2001، ص. 187.

<sup>5</sup> - نقلا عن عجيري عبد الوهاب، مرجع سابق، ص. 78.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

ومتطلباتها من جهة أخرى، الأمر الذي يجعل المتعاملين في هذا المجال يرتاحون لمثل هذه القواعد العرفية التي صنعوها بأنفسهم حتى تستجيب إلى حاجاتهم وكذا مصالحهم المشتركة، إذ هي قواعد يعرفونها مسبقا ويجدون فيها الأمان، ومن هنا كان تفضيلهم للخضوع في روابطهم التعاقدية لأحكام هذه القواعد الدولية بدلا من اختيار قانون داخلي لدولة معينة، والتي لم توضع أحكامه إلا لمواجهة متطلبات المجتمع الداخلي، والتي تختلف بدورها عن متطلبات وحاجات التجارة الدولية<sup>1</sup>.

من هنا يتضح أن أهم الأسباب التي تدعو المتعاملين في مجال التعامل التجاري الدولي إلى تدوين عقودهم والعمل على تحريرها من الخضوع للأحكام التي تسود القانون الوطني لدولة معينة وتفضيل إخضاعها للقواعد العرفية إنما يعود إلى كون هذه الأخيرة أنها قواعد مألوفة لديهم يرتاحون للعمل بمقتضاها<sup>2</sup>.

على هذا النحو قد تكون هذه الأخيرة الاختيار الذي أفصحت عنه إرادة الأطراف<sup>3</sup> وتصبح بعد ذلك كقانون يلتزم المحكم بتطبيقه على موضوع النزاع على أن يؤسسوا علاقاتهم في هذا الشأن على مبادئ الود وحسن النية وكذا الثقة الخالصة<sup>4</sup>، فبالتالي تحرير العقود من سلطان القانون الوطني لدولة معينة وإخضاعها على هذا النحو لأعراف وعادات التجارة الدولية<sup>5</sup>.

إن إعمال هيئة التحكيم لهذه القواعد نتيجة اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار أحكامها كطريق لحل النزاع، إنما يقوم على قاعدة أساسية ألا وهي انتماء الخصوم إلى نفس الوسط المهني أو

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص. 190.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص. 187.

<sup>3</sup> - هشام علي صادق، مرجع نفسه، ص. 753.

<sup>4</sup> - نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص. 360.

<sup>5</sup> - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص. 753.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

المجال التجاري الذي يدور فيه النزاع، إلى جانب انتماء المحكم شخصيا إلى نفس الوسط أو المجال<sup>1</sup>.

هذا المبدأ أكدت عليه اتفاقية عمان العربية لسنة 1987 وفقا للمادة 1/21:

" تفصل الهيئة وفقا للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا إن وجد، وإلا وفق أحكام القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع على أن تراعي القواعد والأعراف التجارية الدولية المستقرة"<sup>2</sup>.

كذلك نصت المادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي القديم التي تقابلها المادة 1511 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، التي تنص:

**" Il tient compte, dans tout les cas, usage du commerce"<sup>3</sup>**

ما يعنى أن المحكم يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف وطبقا لما يراه مناسب في حال غياب الاختيار مراعيًا في ذلك الأعراف التجارية<sup>4</sup>.

نجد كذلك الفقيه "Flavien Iolive" الذي يعترف بدوره بحرية الأطراف في اختيار قانون عبر الدولية الذي يشمل المبادئ العامة، الأعراف والعادات التجارية و بعض القوانين الموحدة، ومحاكم التحكيم، وما يهمنها في هذه الدراسة القواعد المتعلقة بالأعراف والعادات التجارية، وبالتالي قبول هيئة التحكيم بهذا الاختيار و تطبيق هذه القواعد متى اتجهت رغبة الأطراف لاختيارها.

<sup>1</sup> - نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص. 673.

<sup>2</sup> - نقلا عن: مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص. 196.

<sup>3</sup> - قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، المشار إليه في الموقع الإلكتروني [www.légifrance.gov.fr](http://www.légifrance.gov.fr)

<sup>4</sup> - محمد أحمد الصانهوري، مرجع سابق، ص. 136.



## الفرع الثاني

### اختيار الأطراف المبادئ العامة للقانون

لم تقتصر حرية أطراف الخصومة التحكيمية في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع على تطبيق أعراف وعادات التجارة الدولية، وإنما امتدت لتشمل كذلك المبادئ القانونية المشتركة في الدول المختلفة، خاصة في الحالة التي لم تستقر في شأنها عادات وأعراف معينة في الأسواق التجارية الدولية<sup>1</sup>.

إن اقتتران الإرادة بالمبادئ العامة للقانون كطريق لحل النزاع<sup>2</sup> يجعل أطراف النزاع يعتبرون هذه الأخيرة عنصراً من عناصر المكونة لقواعد التجارة، والتي تعتبر المكون الثاني لهذا النوع من القواعد التي تحكم العلاقات ذات الصلة بالقانون الخاص والتي ترتبط بأكثر من دولة واحدة<sup>3</sup>، وإذا كان أطراف النزاع يعتبرون هذه الأخيرة من المصادر التي تحكم علاقاتهم التجارية والتي تستمد أساسها في قانون التجارة الدولية، فإن التساؤل يثور حول مدى اعتبار هذه الأخيرة مصدر لقانون التجارة الدولية؟

إن هذا التساؤل كان محل خلاف بين الفقهاء، إذ اتجه البعض منهم إلى القول أن هذه المبادئ لا تعتبر مصدر للقانون باعتبارها تمثل مبادئ مشتركة بين الدول الأمر الذي يتعارض مع طبيعة هذا القانون كونه نظام قانوني مستقل على أنظمة القوانين الوطنية، ويضيف هؤلاء أنه يتيح لهيئة التحكيم التعسف في تقدير هذه القواعد بصفة عامة وهذا من شأنه أن يحيل دون القدرة على

<sup>1</sup> - هشام على صادق، مرجع سابق، ص. 192.

<sup>2</sup> - جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص. 136.

<sup>3</sup> - وسام توفيق عبد الله، "مبادئ القانون الدولي الخاص"، مجلة الرافدين للحقوق، عدد 58، كلية الحقوق، جامعة الموصل، (د. ب.ن)، ص. 37.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

التحكم بكل تفاصيل النزاع، وبالتالي استبعاد الوصول إلى حل مناسب لفك النزاع طالما أن هذه الأخيرة تستدعي ضرورة إخضاعه لمبادئ دقيقة والبحث في كل حيثيات النزاع<sup>1</sup>.

في حين أن الاتجاه الثاني أعتبر المبادئ العامة للقانون مصدر لقانون التجارة الدولية، ودعموا موقفهم هذا كون انصراف إرادة الأطراف إلى هذه القواعد يعود إلى رغبة هؤلاء في تدوين العقد، كما أن وجود هذه القواعد في غالبية الدول من شأنه أن يؤدي إلى عدم القدرة على حصرها في حدود معينة وهذا الاتجاه هو الراجح في هذا الخصوص<sup>2</sup>.

في هذا الصدد نجد المشرع الفرنسي في المادة 1511 من قانون التحكيم الفرنسي الجديد، التي تنص:

**" Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties choisies "**

ما يعني أن المشرع اعترف في نص المادة أعلاه بمبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار قانون مناسب ليحكم موضوع النزاع، حيث اتجه معظم الفقه إلى القول أن استعمال المشرع الفرنسي عبارة القواعد القانونية بدلا من كلمة قانون، ليس سهوا منه إنما تعمد ذلك كونه يقصد من خلال تلك العبارة إطلاق حرية الخصوم في تعيين القانون الذي يخضع له الجانب الموضوعي للنزاع، فهو لا يلزم الأطراف التقيد بقانون محدد، وإنما فتح لهم المجال في ذلك والدليل عبارة "قواعد القانون"، وبالتالي حرية الأطراف في اختيار المبادئ العامة للقانون و التحرر من القواعد المنصوص عليها في التشريعات الوطنية<sup>3</sup>. نفس النهج سار عليه المشرع الجزائري وذلك في المادة 1050 من ق.إ.م. إ الذي أقر بدوره بحرية الأطراف اللجوء إلى القواعد العامة للقانون الدولي

<sup>1</sup> - شويرب خالد، مرجع سابق، ص. 135.

<sup>2</sup> - مرجع نفسه، ص. 136.

<sup>3</sup> - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص. 344.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

لتولي هذه الأخيرة ضبط موضوع النزاع، و ما على هيئة التحكيم سوى الاستجابة لإرادة الأطراف في هذا الشأن<sup>1</sup>.

كذلك نجد المشرع المصري في المادة 1/39 من قانون التحكيم المصري والتي تنص:

"تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان" ما يعنى تكليف هيئة التحكيم الفصل في الخلاف وفقا للقواعد التي اختارها الخصوم<sup>2</sup>.

كما نجد كذلك القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985 حيث نص على أن هيئة التحكيم تتولى النظر في النزاع بتطبيق القواعد القانونية التي ترى الأطراف أنها مناسبة لتحكم موضوع النزاع، و الشأن نفسه فيما يخص اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 وفقا للمادة 42 منها، التي تنص:

" تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختارة بواسطة الأطراف...."<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث

#### تفويض هيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف

لطرفي الخصومة التحكيمية الابتعاد عن اختيار أي قانون وطني لدولة معينة أو قواعد قانونية أو الاستناد إلى مراكز التحكيم الدائمة لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ،

<sup>1</sup> - المادة 1050 من القانون رقم 08-09، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون واجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص. 13.

<sup>3</sup> - مرجع نفسه، ص. 345.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

فبالتالي الاعتراف لهيئة التحكيم الحكم بالصلح وفقا لقواعد العدالة والإنصاف ما يعني أن المحكم لا يقوم بهذا الدور إلا إذا خولته اتفاقية الأطراف هذه السلطة<sup>1</sup>.

في صدد تأكيد هذا المبتغى نجد اتفاقية عمان العربية لعام 1987 وفقا للمادة 2/22 منها والتي جاء في مضمونها أن هيئة التحكيم تفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة إذا اتفق الطرفان صراحة على ذلك، فبالتالي عدم تقيد الأطراف اختيار قانون وطني معين وإنما منح الحرية في الإشارة إلى مبادئ العدالة الأمر الذي يلزم المحكم استخلاصها من أي مصدر على غرار القانون الوطني لأحد الأطراف، فبالتالي تطبيقه على العقد كقانون مختار ومفاد هذا النص هو تحرير العقد من الارتباط بأي قانون<sup>2</sup>.

نفس الموقف اتخذه المشرع المصري وذلك في نص المادة 4/39 من قانون التحكيم المصري والتي تنص:

" يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح، أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة و الإنصاف دون التقيد بأحكام القانون"<sup>3</sup>.

عليه فإن اتفاق أطراف النزاع بعبارات صريحة وواضحة تفويض المحكم بالصلح بينهما ينجم عنه فصل المحكم في هذا النزاع وفقا لهذه القواعد، فبالتالي استبعاد قواعد القانون والاستغناء عن تطبيق هذه الأخيرة يتم بناء على مبدأ الإرادة كما سبق الذكر، ما يعني قبولهم الفصل في النزاع

<sup>1</sup> - بعزيرى سعاد و بكوش سامية، مظاهر سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص. 91.

<sup>2</sup> - مراد محمد المواجهة، مرجع سابق، ص. 197.

<sup>3</sup> - المادة 4/39 من القانون رقم 27 لسنة 1994 يتضمن قانون التحكيم المصري المنشور في مجلة إتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، عدد 4 لسنة 1996.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

طبقا لقواعد أخرى غير قواعد القانون وهي قواعد العدل والإنصاف، فبالتالي إلزام المحكم بالبحث عن الحل الأكثر عدالة لموضوع النزاع المعروض أمامه<sup>1</sup>.

تنص كذلك المادة 3/28 من القانون النموذجي Model Law على أنه:

"لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس ودي إلا إذا أحال لها الطرفان ذلك صراحة"<sup>2</sup>.

نفس النهج أخذت به المادة 3/17 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية والتي تنص:

"للمحكمة التحكيمية الفصل في النزاع كمفوض بالصلح في الحالة التي يخولها الأطراف مثل هذه السلطات"<sup>3</sup>.

بالتالي ضرورة البحث عن حل غير مجحف في حق كلا الطرفين دون الآخر، والمحكم في هذه الحالة لا يكون مقيد بأي قانون معين المهم إيجاد قانون عادل ومنصف كما سبق الذكر، ما يتيح له فرصة الفصل في النزاع وفقا للقانون إذا كان الحل الأنسب لحسم النزاع<sup>4</sup>، والفصل في هذا الأخير بمقتضى قواعد الإنصاف يفتح له المجال في البحث عنها في كل مصادر القانون من تشريع وعرف ومبادئ عامة... الخ، وفي هذا السياق يجب على المحكم المفاوض اجتناب كل قاعدة قانونية سيؤدي تطبيقها على الحالة المعروضة أمامه إلى نتائج غير عادلة في حق الخصوم وإلا يكون قد خالف واجبات مهنته<sup>5</sup>، وفي كل الحالات على المحكم الأخذ بعين الاعتبار القواعد الآمرة والنظام العام، فبالتالي مخالفة هذين الآخرين يقود إلى عدم تنفيذ الحكم التحكيمي<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص. ص. 275 - 276.

<sup>2</sup> - نقلا عن: مهند أحمد الصانهوري، مرجع سابق، ص. 141.

<sup>3</sup> - مرجع نفسه، ص. 142.

<sup>4</sup> - عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الأولى في الجزائر، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص. 56.

<sup>5</sup> - نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص. 276.

<sup>6</sup> - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص. 56.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

صحيح أن هيئة التحكيم ملزمة بتطبيق ما اتفق عليه الأطراف غير أنه هناك حالة لا تتقيد فيها بهذا الأخير إذا كان تطبيق ما تم الاتفاق عليه مجحف لأحد الأطراف أو أنه لا يخدم الموضوع محل النزاع فبالتالي تطبيق ما هو عادل ومنصف<sup>1</sup>، وأبرز مثال في هذا الشأن القضية التي ثارت بين حاكم من قطر ضد شركة تنتمي إلى international marine al، فقد اتفق طرفي العقد على أن يكون القانون القطري هو القانون الذي سيطبق كحل لأي نزاع يشوب بينهما مهمما كان النزاع، إلا أن الحاكم القطري أكد على أنه بالرغم من الاتفاق الصريح فقد أعلن رفضه على تطبيق القانون القطري كون أن المبادئ القانونية هي الأحسن لتفسير هذا النوع من العقود، وطبق قواعد العدالة والإنصاف بدلا من القانون القطري<sup>2</sup>.

إن السلطة التقديرية المخولة لهيئة التحكيم لا تدع مجالاً للشك فيها إذا كانت قواعد العدالة والإنصاف التي اعتمدها المحكمون هي الأنسب للفصل في النزاع المعروض عليهم كون أن لها الفصل في النزاع وفقا لاختيارات موضوعية تتناسب مع النزاع المعروض عليها، فليس لها سلطة الاختيار العشوائي للقانون الفاصل في النزاع<sup>3</sup>.

ومن خلال ما سبق يمكن القول أن تفويض المحكم الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف يؤدي إلى التحرر من القيود التي تفرضها القوانين الوطنية وغيرها من القواعد المختلفة المصدر، الأمر الذي يجعل هيئة التحكيم متحررة وتسمع لضميرها في تطبيق الأحكام بما تقتضيه مبادئ العدالة والإنصاف ما يجعلها تمارس عمل استثنائي أخلاقي، فبالتالي اعتبار موقفها كموقف القاضي الجنائي لا يعتبره يحقق مبدأ المساواة بين طرفي العقد<sup>4</sup>.

- يثور التساؤل حول مدى التزام المحكم بقانون الإرادة؟

<sup>1</sup> - نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص. 157.

<sup>2</sup> - علاء محي الدين ومصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص. 349.

<sup>3</sup> - العايبي البشير، مرجع سابق، ص. 7.

<sup>4</sup> - لزهرة سعيد كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي: (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2010، ص. 271.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

استقر كل من الفقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي على أن المحكم ملتزم بتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف، فبالتالي تقييد هيئة التحكيم بتطبيق القانون الذي أرست عليه الإرادة باعتبار أن الأطراف في العقد هم الأقدر على اختيار القانون الملائم لطبيعة العلاقة، فقد نظمت معظم القوانين الوطنية النص على هذا المبدأ كما اعتدت به الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي كما اشرنا إليه سالفا<sup>1</sup>.

والإشكال الذي يثور في هذا الشأن حالة غياب التعبير الصريح في اتفاق التحكيم فيتعين في هذه الحالة على هيئة التحكيم البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف، فبالتالي الوصول إلى القاعدة القانونية المناسبة لحل النزاع<sup>2</sup>. لكن ما الحكم إذا ما خالف المحكم ذلك، ولم يلتزم بإعمال وتطبيق قانون الإرادة؟

لقد وردت نصوص في سبيل حماية حق أطراف النزاع في اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم التعاقدية والتي تقضي بدورها أنه إذا لم تلتزم هيئة التحكيم بما اتفق عليه الأطراف يكون الحكم التحكيمي باطلا، فبالتالي حقهم في رفع دعوى البطلان ضد حكم التحكيم إذا ما تبين أن المحكم أهمل واستبعد تطبيق قانون الإرادة الأمر الذي أكد عليه التشريع المصري وفقا للمادة 1/53 د والتي أجازت بدورها رفع دعوى بطلان حكم التحكيم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - جمال محمد الكردي، مرجع سابق، ص. 126.

<sup>2</sup> - بالغول دنيازاد، سلطات المحكم في التحكيم التجاري الدولي: (دراسة في القانون الجزائري والقانون النموجي للأمم المتحدة)، مذكرة لنيل شهادة الماستير في الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2010، ص. 34.

<sup>3</sup> - جمال محمد الكردي، مرجع سابق، ص. ص. 126 - 127.

## المبحث الثاني

### دور هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في إطار التحكيم التجاري الدولي

يبرز دور هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في ظل غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للخصوم في اختيار القانون المطبق<sup>1</sup>، فيكتفون مثلاً بالإشارة إلى مبدأ حسن النية أو العدالة حتى يتفادون تعريض إتمام العقد محل النزاع للفشل نتيجة الخلاف حول القانون واجب التطبيق، فبالتالي يتمتع المحكم بسلطة تقديرية احتياطية واسعة في البحث عن هذا الأخير، والمحكم ليس له قانون محدد يلزمه بإتباع قاعدة إسناد معينة تلزمه بإتباع قانون يطبق على موضوع النزاع، فبالتالي في حال اختلاف اتفاق الأطراف حول تحديد القانون واجب التطبيق تتولى هيئة التحكيم تحديد القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع والأكثر ملائمة، فقد تلجأ هيئة التحكيم إلى اختيار قانون دولة معينة (المطلب الأول). أو قد تفصل هيئة التحكيم وفقاً لقواعد التجارة الدولية الخاصة بالمعاملة التي كانت محل اتفاق تحكيم (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### اختيار هيئة التحكيم لقانون دولة معينة

إذا لم يتفق الأطراف على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع ففي هذه الحالة تتولى هيئة التحكيم اختيار القواعد القانونية التي تطبقها<sup>2</sup> والمحكمون هم الذين يختارون القانون الذي يطبقونه، فبالتالي يمكن أن يكون تحديد هذا الأخير استناداً إلى قواعد تنازع القوانين الذي يرون أنه الأنسب و ذو ارتباط بموضوع النزاع (الفرع الأول)، كما لهم أن يحددوا القانون المختص مباشرة دون الاستناد إلى قواعد تنازع القوانين (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - كوله محمد، مرجع سابق، ص. 213.

<sup>2</sup> - لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص. 317.



## الفرع الأول

### تطبيق هيئة التحكيم لقواعد تنازع القوانين

تنص المادة 03/13 من نظام تحكيم الغرفة التجارية الدولية:

" للأطراف حرية تحديد القانون الواجب على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، وإذا لم يحدد الأطراف طبق المحكم القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يراها المحكم ملائمة في هذا الخصوص"<sup>1</sup>.

هيئة التحكيم تتولى اختيار القانون واجب التطبيق عملاً بقواعد الإسناد فبالتالي يمكن أن يكون هذا القانون هو قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم (أولاً)، أو قانون مكان التنفيذ (ثانياً)، ولها كذلك اختيار القانون الخاص بجنسيتها (ثالثاً)، كما لها أن تسند حلها إلى القانون الذي يحمل الأطراف جنسيته أو الذي يوجد فيه موطنهم المشترك (رابعاً).

### - أولاً الأخذ بقواعد التنازع لقانون مقر التحكيم:

تتعقد جلسات التحكيم في أي مكان يتفق عليه الخصوم باعتبار أنه لا يوجد مكان معين لانعقاد جلساته كما هو الحال بالنسبة للمحاكم الوطنية، فبالتالي ترك تحديد هذا الأخير لهيئة التحكيم في حال إغفال تحديده من الأطراف المتنازعة<sup>2</sup>، وقانون مقر التحكيم هو قانون الدولة التي تجري في أرضيتها إجراءات التحكيم<sup>3</sup>، فبالتالي تطبيق قواعد التنازع التي تضمنها هذه الأخيرة .

<sup>1</sup> - نقلاً عن: إلياس عجايبي، " النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، مجلة المندى القانوني، عدد. 7، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، (د.س.ن)، ص. 8.

<sup>2</sup> - بوديسه كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص. 83.

<sup>3</sup> - إياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام: (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص. 694.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

لقي قانون مقر التحكيم فضلا كبيرا من الشراح القدامى مثل الفقيه Niboyite على أسس أن التحكيم يتطلب اعتبارا قانونيا متينا كما هو الحال مع القوانين الداخلية<sup>1</sup>، إلى جانب الأستاذ sauser hall الذي يرى أنه في حال عدم اختيار الخصوم الصريح أو الضمني في العقد لقانون يحكم موضوع النزاع ففي هذه الحالة ليس على هيئة التحكيم إلا اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين في قانون الدولة التي يجري في إقليمها التحكيم لغرض تحديد القانون الذي يحكمه<sup>2</sup>. كذلك اتجه جانب من الفقه إلى أنه يجب على المحكمون تطبيق قواعد الإسناد في قانون الدولة مقر التحكيم، ولقد تبنى هذا الحل معهد القانون الدولي في التوصية التي أصدرها في دورته المنعقدة في مدينة أمستردام لعام 1957<sup>3</sup>.

إلى جانب حرص العديد من أحكام التحكيم الصادرة تحت رعاية غرفة التجارة الدولية على تأكيد حرية المحكم في هذا الخصوص ويمكن أن نذكر من ذلك:

حكم التحكيم الصادر في القضية رقم 212 لسنة 1980 ففي هذا الحكم فإن المحكم الوحيد الذي أكد أن من حقه تحديد هذا القانون والذي اتخذ من باريس مقرا له وذلك بعد أن أثبت عدم وجود اتفاق الخصوم فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على موضوع العقد<sup>4</sup>.

على الرغم أن تطبيق قواعد الإسناد للدولة التي يجري فيها التحكيم لقي قبولا واسعا من شراح القانون<sup>5</sup> غير أن كغيره من الأنظمة له مزايا وعيوب، ولعل أبرز ما يعيبه هو عدم مطابقته لمسلك

<sup>1</sup> - الهام عزام وحيد الخراز، مرجع سابق، ص. 42.

<sup>2</sup> - جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي: (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص. 60.

<sup>3</sup> - العايبي البشير، مرجع سابق، ص. 8.

<sup>4</sup> - نقلا عن: نورة حليلة، التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: إدارة الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2014، ص. 96.

<sup>5</sup> - العايبي البشير، مرجع سابق، ص. 7.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

المحكّمون ولتطلعات المستعملين للتجارة الدولية<sup>1</sup>، كما أن مقر التحكيم قد يتعذر تحديده حيث أنه من الممكن أن يعقد المحكّمون جلسات الاستماع في أكثر من دولة، إلى جانب إمكانية إجراء التحكيم بالمراسلة<sup>2</sup>.

إذ كان تطبيق قواعد التنازع لمقر التحكيم يمكن الأخذ بها في حالات التحكيم الخاصة إلا أنه من الصعب الأخذ بها في حالات التحكيم التجاري الدولي لدى مراكز التحكيم، باعتبار أن اختيار هذا المكان يتم لاعتبارات الملائمة الشخصية البحتة، وأنه لا يشكل بالنسبة للدولة التي يتم التحكيم على أرضيتها أية أهمية على أساس أن حكم التحكيم لا يصدر باسم هذه الدولة كون المحكّم لا يخضع لسيادتها، فبالتالي عدم تشبيه أحكام التحكيم بالأحكام القضائية، فالمحكّم لا يساهم على أي نحو في الوظيفة القضائية للدولة التي يوجد على إقليمها التحكيم باعتبار أنه غير مكلف بخدمة عامة ولا يباشر مهمته إلا استناداً إلى عقد خاص<sup>3</sup>.

### - ثانياً الأخذ بقواعد التنازع لقانون دولة التنفيذ:

قد تلجأ هيئة التحكيم إلى أعمال تنازع القوانين في قانون الدولة التي سيتم فيها تنفيذ قرار التحكيم<sup>4</sup> ويعتد بمكان محل تنفيذ العقد على أساس أنه المكان الذي تركز فيه مصالح المتعاقدين وبذلك المكان الذي تتعدّد فيه مسؤولياتهم عن عدم تنفيذ التزاماتهم، واعتبار محل التنفيذ على أنه مركز النقل والارتباط الاجتماعي والاقتصادي في الرابطة العقدية يسمح لهيئة التحكيم اختيار قانون البلد الذي يتأثر اقتصادها بالعقد أي قانون محل التنفيذ<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - فؤاد ديب، "المحكّم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية"، مجلة العلوم الاقتصادية والقانون، المجلد رقم 24، عدد 2، الحقوق، جامعة دمشق، 2008، ص. 43.

<sup>2</sup> - نوره حلّيمة، المرجع السابق، ص. 96.

<sup>3</sup> - الهام عزام وحيد الخراز، مرجع سابق، ص. 43-44.

<sup>4</sup> - مرجع نفسه، ص. 44.

<sup>5</sup> - عبد العزيز محمد الزعابي، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، (د. د. ن)، (د. م. ن)، 2013، ص. 16.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

الأكثر من ذلك التعديلات التي تطرأ على التشريعات الموضوعية التي قد تلقى معارضة عدة دول على هذا التعديل، الأمر الذي قد يؤدي إلى إمكانية عدم تعارض قواعد تنازع القوانين لهذه التشريعات مما يستوجب على المحكم تطبيق قواعد تنازع القوانين دون الموضوعية فيها<sup>1</sup> كدولة تنفيذ القرار الذي نحن في صدد دراسته، حيث وضحت المادة 1/5 ب من اتفاقية نيويورك إمكانية تطبيق قانون دولة تنفيذ القرار من عدمه إذ يمكن أن ينصب اختيار المحكم على هذا الأخير كما سبق الذكر، غير أنه يمكن أن يتعرض الحكم الصادر بشأنه إلى عدم الاعتراف والتنفيذ وذلك لكونه يتناقض مع مقتضيات النظام العام أي أنه لا يجوز الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إذا ثبت أنه يخالف القانون والنظام العام في دولة التنفيذ<sup>2</sup>.

إن تبني هيئة التحكيم لهذا الحل قد يؤدي إلى صعوبة تطبيقه في حال ما إذا كان التنفيذ في أكثر من دولة، كما أن العمل به يفرض على المحكمون العلم المسبق بمكان التنفيذ، وهذا الأخير صعب تحقيقه في الواقع كون المحكم لا يعرف مكان التنفيذ إلا بعد صدور الحكم التحكيمي<sup>3</sup>، يعد هذا الحل عملياً فيما لو كان تنفيذ حكم التحكيم ينفرد على إقليم دولة واحدة<sup>4</sup>.

### - ثالثاً الأخذ بقواعد التنازع لقانون بلد أو جنسية هيئة التحكيم:

اتخاذ هيئة التحكيم قواعد تنازع القوانين الخاصة ببلدها لتطبيقها على موضوع النزاع أي تطبيق قانون دولة جنسية المحكم التي يقيم فيها باعتبار أن المحكم يكون أكثر إلمام بالقوانين

<sup>1</sup> - موسى خليل متری، "توحيد القواعد القانونية للتجارة الدولية"، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد رقم 28، عدد 2، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2012، ص. 156.

<sup>2</sup> - المادة 1/5 ب من اتفاقية نيويورك، المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 5 نوفمبر سنة 1988، تتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1988 والخاصة باعتماد القرارات الأجنبية وتنفيذها، ج. ر، عدد 48 لسنة 1988.

<sup>3</sup> - كولا محمد، مرجع سابق، ص. 218.

<sup>4</sup> - مرجع نفسه، ص. 218.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

والقواعد القانونية لهذه الدولة<sup>1</sup>، فبالتالي إمكانية تطبيق قواعد جنسية المحكم أو الدولة التي يقيم فيها إقامة دائمة باعتباره قانونا ليس غريبا عنه<sup>2</sup>.

كما أن اختيار طرفا النزاع لمحكم يتولى الفصل في النزاع فإن في ذلك تعبير ضمنى عن موافقتهما على تطبيق المحكم للقواعد الخاصة بتنازع القوانين لبلده<sup>3</sup>، كأن تتجه إرادة الأطراف إلى اختيار محكم مصري بدلا من الجزائري، فبالتالي يفهم ضمنا رغبة طرفي النزاع في تطبيق نظام التنازع لقانون دولة المحكم المختار أي المحكم المصري.

إلا أن هذا الحل وجهت له انتقادات باعتبار أن تبني هيئة التحكيم له قد يؤدي إلى تطبيق قانون ليس له أدنى صلة ولا علاقة بموضوع النزاع ولم يخطر ببال أطراف العلاقة تطبيقه، كونه يجد أساسه في النية المفترضة للأطراف بأنها قصدت الرجوع لقانون جنسية أو موطن المحكم<sup>4</sup>.

### رابعاً - الأخذ بقواعد التنازع للبلد الذي فيه الإقامة المشتركة أو الجنسية المشتركة للأطراف:

إعمال هيئة التحكيم قواعد الإسناد في قانون الجنسية أو الموطن المشترك لأطراف العلاقة في حال انقضاء الإشارة الصريحة أو الضمنية إلى القانون واجب التطبيق<sup>5</sup>، فبالتالي إذا سكت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم علاقاتهم فإن قانون الدولة التي ينتمي إليها الخصوم يكون هو القانون واجب التطبيق<sup>6</sup>، وكذلك الحال إذا اتخذ كلا طرفي النزاع موطناً مشتركاً فإن قانون الموطن المشترك هو الفاصل في النزاع باعتبار أن هذا الأخير هو القانون المعروف لدى الخصوم

<sup>1</sup> - عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص. ص. 257، 258.

<sup>2</sup> - كولا محمد، مرجع سابق، ص. 218.

<sup>3</sup> - فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص. 186.

<sup>4</sup> - مرجع نفسه، ص. 187.

<sup>5</sup> - فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص. 187.

<sup>6</sup> - عبد العزيز محمد الزعابي، مرجع سابق، ص. 19.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

أكثر من غيرهم وقد اعتادوا تنظيم سلوكياتهم وفقا لأحكامه، الأمر الذي يسمح لهم بتوقع الآثار التي قد تتجم جراء أعمال المحكم لهذا القانون<sup>1</sup>.

الأصل في تحديد الموطن المشترك يعتمد أساسا على الربط بين الشخص والمكان برباط قانوني باعتباره المكان الذي يقيم فيه الشخص أو الذي يتخذ منه مقرا لأعماله<sup>2</sup>.

إضافة إلى هذا نجد أن المشرع الجزائري فضّل تخويل قانون الموطن المشترك لطرفي العقد، وهذا ما يظهر من خلال إدراجه في المركز الأول قبل قانون الجنسية المشتركة وقبل كذلك قانون محل إبرام العقد على الرغم من أهمية هذين الأخيرين وهذا من خلال نص المادة 18 من ق.م.ج والتي تنص:

".... وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة..."<sup>3</sup>

كذلك الحال بالنسبة لقانون الجنسية المشتركة حيث نجد أن معظم التشريعات قد اختلفت حول موقع الأفضلية لقانون الجنسية إلى جانب أحكام القضاء، فنجد على سبيل المثال أن القضاء الفرنسي اعتبره دليلا عن الإرادة الضمنية أو مركز الأعمال المشترك<sup>4</sup> مثلا أبرم عقد بين شخص له جنسية تونسية أصلية وجنسية جزائرية مكتسبة مع طرف آخر جزائري الجنسية، ففي هذه الحالة يكون القانون واجب التطبيق هو القانون الجزائري استنادا إلى الجنسية المشتركة لطرفي العقد.

إن تبني هيئة التحكيم لهذا الحل يفرض على سبيل الوجوب وحدة جنسية الخصوم أو موطنهم المشترك الأمر الذي يخالف ما يجري عليه العمل في المنازعات الخاصة الدولية، ففي غالب الأحيان تغيب الجنسية المشتركة لأطراف النزاع بل أكثر من ذلك فيكون لكل منهما جنسيات

<sup>1</sup> - بلاق محمد، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص. 54.

<sup>2</sup> - نقلا عن: بلاق محمد، مرجع نفسه، ص. 55.

<sup>3</sup> - المادة 2/18 من القانون رقم 10/05، متضمن قانون مدني جزائري، مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج. ر عدد 44 لسنة 2005.

<sup>4</sup> - بلاق محمد، مرجع سابق، ص. ص. 55-65.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

متعددة، كذلك الحال بالنسبة للموطن المشترك من النادر جدا أن يكون للخصوم محل إقامة مشترك<sup>1</sup>.

من خلال ما سبق ذكره يمكن القول أنه لا جدال أن قواعد تنازع القوانين احتلت الصدارة واعتبرت الوسيلة الأساسية أو المثلى لفض النزاعات التي تثور بين الخصوم، وهذا بالنظر إلى الدور الإيجابي الذي تلعبه فيما يخص فك الثغرات والصراعات التي تنجم عن تنفيذ عقود التجارة الدولية فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق وهذا من خلال انصراف هيئة التحكيم إلى تطبيق هذه القواعد حال غياب إرادة الأطراف الصريحة والضمنية من الإشارة إلى القانون الذي سيطبق في هذا العقد، وبالتالي إرساء مبدأ المساواة وتجنب الحياد بين أطراف المنازعة وأكثر من ذلك أعمال هيئة التحكيم لهذه القواعد تدعو إلى طمأنينة المستثمرين الأجانب وبالتالي جذبهم.

إلا أن تطبيق هذه القاعدة يقود إلى نتيجة مفادها أن المحكم عندما يقوم بتطبيق القانون المختار سواء تعلق الأمر بتطبيق قانون مقر التحكيم، أو دولة التنفيذ، أو بلد جنسية المحكم، وأخيرا الموطن أو الجنسية المشتركة للأطراف إنما لا يستطيع هجره إذا تبين له عدم ملائمته للعلاقة موضوع النزاع نظرا لاتسام هذه القاعدة بالصفة الإلزامية هنا برز الدور السلبي لهذه الأخيرة.

ما يدعوا بنا إلى البحث عن وسائل أخرى لحل النزاعات خاصة أمام التطورات التي تشهدها النشاطات التجارية واتساع مجال المبادلات التجارية، وبالتالي عدم قدرة منهج قاعدة التنازع على استيعاب التغيرات الاقتصادية الدولية، و هذا يدفع بنا إلى القول أن قواعد التنازع ليست الوسيلة الوحيدة لحل النزاعات التي تشوب عقود التجارة الدولية وهذا ما سنتطرق إليه في الدراسة اللاحقة.

<sup>1</sup> - إلهام عزام وحيد الخراز، مرجع سابق، ص. ص. 45-46.

## الفرع الثاني

### التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق

إن منح المحكم سلطة تحديد القانون واجب التطبيق بموجب الطريق المباشر ما يطلق عليه "voie direct" هو منهج حديث في تحديد القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع على غرار منهج التنازع التقليدي<sup>1</sup>، وبالتالي انصراف إرادة المحكم إلى إتباع هذا النهج المباشر في تحديد القانون الفاصل في النزاع.

سنتعرض في هذه الدراسة إلى المقصود بهذا الطريق المباشر (أولاً) وإلى مدى حرية هيئة التحكيم في اختيار القانون (ثانياً).

#### – أولاً المقصود بالتحديد المباشر للقانون:

يقصد بالتحديد المباشر الأسلوب الذي يلجأ إليه المحكم لتعين القانون واجب التطبيق على النزاع<sup>2</sup>، وبالتالي تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق مباشرة دون حاجة إلى الإشارة إلى قاعدة التنازع التي استخدمها في هذا الشأن<sup>3</sup>، أي أن المحكم يتجه مباشرة إلى حل النزاع دون الوقوف على مشكلة تنازع القوانين وبالتالي تفادي هذه الأخيرة.

كما أن اختيار القانون الذي سيطبق على موضوع النزاع يعد أمراً في غاية الصعوبة طالما أن هناك تزامم بين عدة قوانين وكل منها تدعي الأحقية والاختصاص، وبالتالي إعمال هيئة التحكيم القانون الذي تراه الأقرب صلة بالحادثة المطروحة أمامها مباشرة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص. 451.

<sup>2</sup> - فؤاد ديب، مرجع سابق، ص. 453.

<sup>3</sup> - نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص. 453.

<sup>4</sup> - محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص. 30.



## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

لقد منحت غالبية الفقه والأنظمة في مجال التحكيم إعطاء حق التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع لهيئة التحكيم دون أن تلزمهم اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين<sup>1</sup>.

من الأمثلة ما أخذ به المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1496 من قانون المرافعات المدنية الفرنسية والتي تقابلها المادة 1511 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الذي اعتبر أول نص يتبنى فكرة الطريق المباشر والذي أعطى للمحكم سلطة الفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف إلا أنه في حال تخلف هذا الاختيار فإن هذا الأخير يفصل وفقا للقواعد التي يُقدر أنه من الملائم إعمالها<sup>2</sup>.

نذكر في هذا الصدد كذلك المشرع الجزائري الذي أخذ بنفس الحل وذلك من خلال نص المادة 1050 من ق.ا.م.<sup>3</sup>، والتي يتضح من خلالها أن المشرع الجزائري قد منح للمحكم سلطة تحديد القانون واجب التطبيق مباشرة دون أن يلزمه في ذلك اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين أو دون الإشارة إليها<sup>4</sup>.

نفس المسار سار عليه المشرع المصري الذي أخذ بدوره بنظرية التحديد المباشر وذلك وفقا للمادة 39 من قانون التحكيم المصري والتي تنص:

"وإذ لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع"<sup>5</sup>.

1 - العايبي البشير، مرجع سابق، ص. 9.

2 - نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص. 452.

3 - تنص المادة 1050 ق.ا.م.إ. "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

4 - نورة حليلة، مرجع سابق، ص. 96.

5 - نقلا عن: عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص. 271.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

الأمر الذي يعطي صلاحية تطبيقها على المنازعات المعروضة أمامه تطبيقا مباشرا دون الحاجة لإبداء الخصوم رغبتهم في ذلك بل ودون الحاجة أيضا لإعمال منهج التنازع وقواعد الإسناد، كما أن استعمال المشرع المصري لعبارة "القواعد الموضوعية" إنما يقيد هيئة التحكيم بضرورة البحث عن القانون واجب التطبيق إلى جانب أن يكون لهذا الأخير صلة بالعقد موضوع النزاع<sup>1</sup>.

كما سارت كذلك على نفس النهج بعض قواعد التحكيم ذات الصيغة الدولية ونذكر على سبيل المثال غرفة المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس وهذا ما يتضح لنا من خلال نص المادة 17 منها وذلك بقولها " ... القانون الذي تراه ملائما"<sup>2</sup>.

### - ثانيا مدى حرية هيئة التحكيم في اختيار القانون؟

إن انتهاج الطريق المباشر يلزم هيئة التحكيم بتطبيق القواعد القانونية الأكثر ارتباطا بالنزاع أو الملائمة أو المناسبة أو الواجبة التطبيق<sup>3</sup>، وإلزام المحكم بتطبيق القواعد الأكثر ارتباطا بالنزاع أمر يجعل تحديد هذه القواعد يتم بموجب منهج التنازع التقليدي لما في ذلك تطبيق القانون الذي يركز عليه العقد بغض النظر عن موضوعه وأثر تطبيقه على النزاع، إلا أن إعمال المحكم الطريق المباشر للبحث عن هذه الأخيرة يأخذ بعين الاعتبار طبيعتها الملائمة أو المناسبة للنزاع حسب ما تقتضيه الحادثة<sup>4</sup>.

لمحكم حرية تحديد القانون واجب التطبيق مباشرة وذلك بإجراء تحليلي لجميع الظروف القانونية ووقائع القضية المعروضة أمامه باعتباره القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع أو دون الإشارة إليه، وذلك من خلال تفسير العقد بحد ذاته و التمعن فيه بصورة مستقلة عن أي اعتبار آخر، أو الاستناد على تفسيره وذلك من خلال التفسيرات التي أرسى عليها المبادئ العامة وكذا

1 - مرجع نفسه، ص. 270.

2 - محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص. 31.

3 - نقلا عن: نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص. 457.

4 - محمد هشام صادق، مرجع سابق، ص. 357.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

العامل التجاري مبتعدا في ذلك عن أي نظام من النظم القانونية الوطنية<sup>1</sup>، وإعمال الطريق المباشر يقتضي كما أشرنا إليه سابقا مراعاة المحكم لجميع ظروف العملية التعاقدية بما فيها الظروف النفسية، الاقتصادية، التنظيمية، وكذا التعامل المهني الأمر الذي يفضي على القرارات التحكيمية خصوصيتها من خلال إنهاء النزاع وحسمه.

تدقيق النظر على السبيلين أعلاه يبين لنا بصورة واضحة اختلافهما وذلك من الناحية النظرية إلا أن الواقع العلمي يحرص على تأكيد اشتراكهما من حيث الهدف والغاية، فبالتالي الوصول إلى نتيجة مفادها تطبيق قانون يلاءم موضوع النزاع ويعبر في آن واحد على غرار السبل الأخرى المستخدمة في التحكيم التجاري الدولي عن الحرية الواسعة التي يتمتع بها المحكم فيه يتعلق بالقانون الواجب التطبيق<sup>2</sup>.

لعل أهم تطبيقات المنهج المباشر في القانون الدولي الخاص ما يسمى بقواعد البوليس، وهذه الأخيرة تدعو إلى إمكانية المحكم معرفة مدى إرادة مشرعها في تطبيقها على النزاع المطروح أمامه وهذا من خلال إجراء تحليل لموضوعها وكذلك الهدف الذي يسعى إلى إدراكه، فبالتالي تحليل المحكم لهذه القواعد القانونية يقضي إلى الكشف عن نطاق سريانها كما حددها مشرعها، الأمر الذي قد يؤدي إلى تطبيقها على العلاقة محل النزاع تطبيقا مباشرا دون الحاجة إلى منهج قواعد التنازع<sup>3</sup>.

نخلص أن هيئة التحكيم أخذت بالطريق المباشر في تحديد القانون واجب التطبيق دون المرور بقواعد التنازع ذلك من خلال الاختيار العادل والمناسب للقواعد القانونية مراعية في ذلك طبيعة المسألة المطروحة ودرجة الصلة التي تربطها بهذه القواعد التي سيجري الاختيار من بينها بما يلاءم تطلعات النزاع موضوع العلاقة، إلا أن انتهاج هذا المسلك ينتج عنه افتقار المحكم إلى

<sup>1</sup> - فؤاد ديب، مرجع سابق، ص. 47.

<sup>2</sup> - فؤاد ديب، مرجع سابق، ص. 48.

<sup>3</sup> - هشام على صادق، مرجع سابق، ص. 689.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

سلطة تحكيمية طالما أنه يستند في ذلك إلى سوابق التحكيم إلى جانب المبادئ العامة للقانون فبالتالي قد ينتهي إلى تطبيق قواعد تنازع القوانين.

### المطلب الثاني

#### اختيار هيئة التحكيم لقواعد التجارة الدولية

كما سبق الذكر فإنه يمكن لإرادة الأطراف أن تنصب على قواعد وطنية وكذا على قواعد التجارة الدولية نظرا لكون هذه الأخيرة تتساير مع تطورات وتطلعات التجارة الدولية مما يستدعي هيئة التحكيم بدورها إمكانية تطبيقها حال انتفاء إرادة الأطراف، مستندة في ذلك إلى قرينة التخصص المهني و الكفاءة التي يتمتع بها المتعاملين في عقود التجارة الدولية بالإضافة إلى قرينة التفاوض وصولا إلى حل عادل يرتضي به طرفا النزاع<sup>1</sup>، وذلك إما بتطبيقها الأعراف والعادات التجارية (الفرع الأول)، كما يمكن أن تلجأ إلى تطبيق المبادئ المشتركة بين الدول وهذا ما سيتم عرضه في (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### تطبيق هيئة التحكيم الأعراف والعادات التجارية

إن المهمة المخولة لهيئة التحكيم في الفصل في النزاع ليست بمهمة سهلة كون أنها تتفحص بكل دقة أي من القوانين التي ستطبق على هذا الأخير، إذ يمكن في هذه الحالة أن تلجأ إلى تطبيق الأعراف و العادات التجارية في حال اعتبرتها الأنسب لحكم العملية التحكيمية والفصل فيها، لذا نجد مختلف التشريعات أقرت وأكدت على إمكانية تطبيق هذه الأخيرة، وهذا ما يبرز لنا من خلال نص المادة 3/39 من قانون التحكيم المصري والتي تنص:

<sup>1</sup> - موكه عبد الكريم، مرجع سابق، ص. 10.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

"يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف التجارية في نوع المعاملة"<sup>1</sup>.

فباستقراءنا لنص المادة أعلاه نجد أن المشرع المصري ألزم المحكمون بتطبيق مختلف الأعراف و العادات التجارية التي تداولت في مختلف الأنشطة، وأفضل مثال يطرح في هذا الشأن النشاطات التجارية بين التجار كما هو معروف والتي تعتبر من الأنشطة المألوفة، كتحديد الثمن لسلمة معينة ففي هذه الحالة لا داعي لتحديد الثمن في كل تعامل، فبالتالي الأخذ بالثمن الذي سبق وأن تعاملوا به من قبل.

كما اتجه المشرع الفرنسي بدوره الأخذ بهذا الرأي وذلك وفقا للمادة 2/1511 من القانون الفرنسي الجديد والتي تنص:

**"Il tient compte dans tout les cas, usage du commerce"**

إن المادة السالفة الذكر أقرت على أنه لهيئة التحكيم تطبيق قواعد القانون التي اختارها الأطراف وإن غاب هذا الاختيار تطبق قواعد القانون بدورها، غير أنه ووفقا لكلا الحالتين السالفتين على هيئة التحكيم مراعاة الأعراف و العادات التجارية الأمر الذي يتضح لنا من خلال العبارة أعلاه<sup>2</sup>.

نفس المنوال سار عليه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك وفقا للمادة 1050 منه والتي تنص على ما يلي:

"... وفي غياب الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة"<sup>3</sup>.

فمن خلال السلطة الممنوحة للمحكم يبين لنا أن المشرع الجزائري لم يضع أي قيد يفرض على المحكمون تطبيقه، شأنه شأن القانون السويسري الذي أكد أنه في حال غياب إرادة الأطراف

<sup>1</sup> - المادة 39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص. 14.

<sup>3</sup> - المادة 1050 من القانون رقم 08-09، مرجع سابق.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

في تحديد القانون في هذه الحالة يلجأ المحكمون إلى تطبيق قواعد القانون من مبادئ وعادات وكذا الأعراف التجارية شريطة أن تكون هناك صلة وثيقة بموضوع النزاع المعروض أي أنه يخدم موضوع نزاع<sup>1</sup>.

كما اتجهت مختلف الاتفاقيات الدولية إلى أنه قبل الفصل في النزاع يجب الأخذ بعين الاعتبار الأعراف و العادات التجارية ومراعاتها، وهذا ما تضمنه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 في المادة 4/28 والتي تنص:

" وفي جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد وتأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة"<sup>2</sup>.

كما أكدت بدورها المادة 38 من اللجنة الأوروبية للأمم المتحدة لجنيف 1961 والتي تنص على ما يلي

"في جميع الأحوال يتعين على المحكمين مراعاة شروط العقد وعادات التجارة"<sup>3</sup>.

إضافة إلى موقف الاتفاقيات الدولية وكذا التشريعات الوطنية نجد مختلف آراء الفقهاء فيما يخص الحرية الممنوحة لهيئة التحكيم في تطبيق العادات والأعراف، إذ يرى الفقيه "لوسران" ضرورة إلزامية تطبيق الأعراف والعادات التجارية من الدرجة الأولى على القواعد الدولية<sup>4</sup>، لذا اعتبر البعض منهم أن تطبيق هذه الأخيرة شيء منطقي لا جدال فيه كونه أمر بديهي لا يتطلب البحث عن أي غموض غير واضح بل هو أمر أوتوماتيكي.

<sup>1</sup> - عواشيرية رقية، مرجع سابق، ص. ص. 343-346.

<sup>2</sup> - المادة 28 من قانون الأونسنيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، المنشور على الموقع الإلكتروني: [www.Unictral.org](http://www.Unictral.org)

<sup>3</sup> - المادة 38 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المنعقد في جنيف 21 نيسان 1961 المنشورة على الموقع الإلكتروني: [www.drammahan.com](http://www.drammahan.com)

<sup>4</sup> - رأي الفقيه لوسران مشار إليه في كتاب محمد كولا، مرجع سابق، ص. 266.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

إن ما اتخذته مختلف التشريعات الوطنية وكذا الاتفاقيات الدولية و ما اتجه إليه الفقهاء كان موقفا موقفا كون أنهم تضمنوا سواء في موادهم القانونية أو آرائهم الشخصية مصطلح " القواعد القانونية" بدلا من مصطلح "القانون" ففي هذا الشأن أعطوا مجالا وسعا لهيئة التحكيم في تطبيقه، إما بتطبيق قوانين وطنية مستندة سواء إلى مراكز التحكيم أو قوانين نموذجية أو حتى اتفاقيات دولية، والتي تشمل أيضا إمكانية تطبيقهم للأعراف و العادات المتداول عليها بين التجار والتي تمتد لتشمل أيضا المبادئ العامة للقانون<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني

#### تطبيق هيئة التحكيم للمبادئ العامة للقانون

إن ورود مصطلح القواعد القانونية على شكل أوسع يسمح لنا بتجاوز تطبيق مختلف القواعد المستمدة من القانون الوطني الأمر الذي يفتح لنا مجالات واسعة لتطبيقها على موضوع النزاع من بينها المبادئ العامة للقانون " principes généraux de droit " أشارت إلى مبادئ القانون الدولي المادة 48 من نظام المحكمة الدولية للعدل في إطار الجماعة الأوروبية، والتي تضمنت مختلف المبادئ التي أعطت لها حقوق إلزامية عند تطبيقها على العقود مراعية في ذلك مبدأ احترام الحقوق.

تعتبر المبادئ العامة عاملا مشتركا لمختلف الأنظمة القانونية وهذا وفقا لما نصت عليه المادة 1/6 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه:

" ... وعند عدم وجود حكم في النصوص المشار إليها في الفقرة السابقة تطبق المبادئ القانونية المشتركة في الأقطار المتعاقدة والمبادئ المعترف بها في القانون"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2000، ص. 157.

<sup>2</sup> - معاشو عمار، مرجع سابق، ص. 23.

## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

قد يلجأ المحكم إلى اختيار المبادئ القانونية أو المبادئ العامة للقانون وذلك في حالة انتفاء إرادة الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق و لعدم إلزامية إخضاعه للقوانين الوطنية، إذ أنه هناك العديد من العقود في مجال التجارة الدولية التي تنص على الأخذ بهذه الأخيرة لتسوية موضوع النزاع وذلك من الدرجة الأولى إذا تطلب الأمر ذلك وكذا بصفة احتياطية<sup>1</sup>.

إن توجه هيئة التحكيم إلى اختيار هذه المبادئ كان توجهها موقفا كما سبق الذكر كون أنه يتناسب إلى حد كبير مع الجانب العملي للعملية التحكيمية وهذا ما تبناه المعهد الدولي "Athèmes" لسنة 1979 حيث منح للطرفين وكذا المحكم إمكانية اختيار قانون وطني للعقد أو المبادئ المشتركة سواء العامة للقانون أو المطبقة في مختلف العلاقات الاقتصادية الدولية<sup>2</sup>.

من بين الأحكام القضائية التي طبقت المبادئ العامة للقانون نجد قضية "أرامكو" وهي من أهم القضايا في مجال التحكيم التجاري الدولي وأقدمها، تبرز وقائع القضية أن المملكة السعودية سنة 1933 منحت عقد امتياز لشركة أمريكية المسماة "أرامكو" غير أن المملكة السعودية أبرمت مع الشركة La saoudi Arabiane Maritime عقدا تعطي لها أحقية نقل البترول لمدة 30 سنة فثار النزاع بين شركة أرامكو تطلب حقها وذلك وفقا لما تم الاتفاق عليه سابقا أي منذ 1933، تم عرض النزاع على هيئة تحكيمية في جنيف بسويسرا فقضت في بادئ الأمر على أنه ما دام أن العقد قائم بين دولة وشركة أمريكية خاصة استبعدت تطبيق قانون مقر التحكيم ليكون قانونا مطبقا على النزاع المعروف فبالتالي استبعاد تطبيق القانون السويسري.

كان الرد نظرا لحصانة الجهاز القضائي للدولة الأجنبية المعترف به دوليا والمستمد من مبدأ السيادة فإن قانون جنيف لا يمكن تطبيقه احتراماً لسيادة الدولة الطرف، وعليه فلا يمكن إخضاع هذا التحكيم سوى لمبادئ القانون الدولي.

<sup>1</sup> - جارد محمد، مرجع سابق، ص. 65.

<sup>2</sup> - مرجع نفس، ص. 66.



## الفصل الأول دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

عليه قضت الهيئة في الأمر بتاريخ 1958/08/3 بعدم تطبيق القانون الوطني وإخضاع النزاع سواء لإجراءاته أو موضوعه لمبادئ القانون الدولي<sup>1</sup>.

تقوم المبادئ العامة أساساً على مبدأ حسن النية، مبدأ الحق في تعويض الأضرار، ومبدأ العقد شرعية المتعاقدين، باعتبارها عاملاً مشتركاً يتم من خلاله تنظيم مختلف الأنظمة القانونية كما سبق الذكر، وقد اعتبر تطبيق هذه المبادئ الأصلح لحل النزاع كون أن الدولة طرفاً فيها، غير أنه لا يعتبر من القوانين الملائمة لحل النزاع بين الأطراف كون أنهم ليسوا من أشخاص القانون الدولي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - مرجع نفسه، ص. ص. 66-67.

<sup>2</sup> - مظفر ناصر حسين، " القانون واجب التطبيق على قرارات هيئات التحكيم الدولية"، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية و السياسية، العراق، العدد 7، لسنة 2، ص. 24.

## الفصل الثاني

القيود المفروضة في تعديل القانون واجب التطبيق  
على موضوع النزاع

يعد مبدأ سلطان الإرادة في ميدان العلاقات بمثابة عرف دولي و مبدأ معترف به في كل النظم القانونية، و حرية الأطراف في الاختيار تدفع بهم دون شك نحو اختيار القانون الملائم الذي يحكم معاملاتهم الدولية، فبالتالي بموجب هذه الحرية يستطيع الأطراف اختيار القواعد القانونية التي تحكم منازعاتهم المحتملة لحظة التعاقد<sup>1</sup>.

إن منح هذه الحرية في اختيار القانون واجب التطبيق ضرورة تقتضيها متطلبات التجارة الدولية<sup>2</sup>، إلا أن هذا لا يعني أن القانون سيطبقه المحكم بالكيفية التي يريدها الأطراف، و إنما هناك بعض القيود التي تحد قدرة هذا الاختيار و يمكن في بعض الحالات أن يؤدي إلى استبعاد قانون الإرادة<sup>3</sup> التي تنصب حول عدم مخالفة القواعد الآمرة و المبادئ الأساسية و الجوهرية في الدولة، و بفضل هذه القيود لم يعد التحكيم قادرا على الإفلات من الرقابة الدولية<sup>4</sup>.

يمكن تقسيم هذه القيود إلى قيود تدخل في إطار النظام العام عندما يتعلق الأمر بمسألة مخالفة القانون المختار من قبل الأطراف لهذه الأخيرة و الذي يفرض كذلك احترامه على المحكم عند تطبيقه للقانون، ما يجنب إشكالية تنفيذ الحكم التحكيمي (المبحث الأول)، و قواعد أخرى تدخل في إطار القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون المختص، باعتبار أن توجه إرادة الأطراف نحو تطبيق هذا القانون من شأنه أن يؤدي إلى الإفلات من القواعد الآمرة لتلك الدولة (المبحث الثاني).

<sup>1</sup> - طارق كاظم عجيل، " النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي"، مجلة المنصور، عدد14، كلية الحقوق، جامعة ذي قار، 2010، ص. 13.

<sup>2</sup> - مرجع نفسه، ص. 14.

<sup>3</sup> - موكه عبد الكريم، مرجع سابق، ص. 12.

<sup>4</sup> - جارد محمد، مرجع سابق، ص. 84.

## المبحث الأول

### النظام العام كقيد على مبدأ قانون الإرادة في منازعات عقود التجارة الدولية

تنادي التشريعات الحديثة في مجال عقود التجارة الدولية بوجود ما يسمى بـ "النظام العام" الذي يعتبر من أبرز القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة<sup>1</sup>، وبالتالي تقيد حرية الأطراف بقيد النظام العام، إلى جانب مراعاة هيئة التحكيم لهذا الأخير حيث أن صدور القرار التحكيمي خلافا للقواعد المقررة وعدم مراعاة القواعد المتعلقة بالنظام العام تجعل الحكم التحكيمي عرضة للبطلان، سواء من قبل المحكمة المختصة أصلا بالنظر في النزاع من تلقاء نفسها، أو في حالة ما إذا تمسك الأطراف ببطلانه.

مصادر النظام العام تتعدد بين القضاء الوطني، القضاء الدولي، قضاء التحكيم، إلى جانب المعاهدات و الاتفاقيات الدولية، و التي تسهم جميعها في خلق قواعد هذا النظام<sup>2</sup>.

سنعرض إلى دراسة دور هيئة التحكيم في تطبيق قواعد النظام العام (المطلب الأول)، ثم ننتقل إلى تبيان مدى إعمال فكرة الدفع بالنظام العام (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### دور هيئة التحكيم في تطبيق قواعد النظام العام

نجد أن معظم الدول تشمل على قواعد خاصة تسمى قواعد النظام العام التي تحقق المصلحة العامة، و تحمي المصالح الاقتصادية و الاجتماعية حتى الدينية من التجاوزات التي تلحقها عملية التحكيم من خلال اختيار الأطراف أو الهيئة التحكيمية للقانون واجب التطبيق<sup>3</sup>، و مبتغاه أن يكون هذا الأخير غير مخالف لهذه القواعد القانونية، وبالتالي استبعاد القانون المختص لحكم موضوع النزاع في كل مرة يتم فيها المساس بهذه الأخيرة.

<sup>1</sup> - عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص. 154.

<sup>2</sup> - محمد بلاق، مرجع سابق، ص. ص. 49-50.

<sup>3</sup> - جارد محمد، مرجع سابق، ص. 85.

اعتبار النظام العام قيد على سلطان إرادة الأطراف و على استقلالية المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق يستدعي بنا البحث عن المقصود بفكرة النظام العام (الفرع الأول) ، و في مجال البحث عن هذه القواعد القانونية يظهر لنا أن هناك قواعد أمره في القانون الداخلي و قواعد أمره في القانون الدولي، الأمر الذي يدفع بنا إلى ضرورة التمييز بين النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي ( الفرع الثاني) ثم ننتقل إلى تبيان مدى التزام المحكم التجاري الدولي باحترام هذه القواعد (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### المقصود بفكرة النظام العام

إن النظام العام أمر ضروري لكل مجتمع أيا كانت معتقداته و تنظيماته، و رغم ظهور هذا النظام مع أقدم المجتمعات إلا أنه يبقى مستعصيا عن كل تعريف، و قد قيل في هذا الشأن أن تعريف النظام العام هو " مغامرة على الرمال الزاحفة " قيل كذلك أنه " مسلك محاط بالأشواك " ، و يقول القضاة الانجليز " انك إذا حاولت تعريف النظام العام، فإنما تتركب حصانا جامحا لا تدري على أي أرض سيلقي بك"<sup>1</sup>، ترجع صعوبة التعريف إلى المفهوم في حد ذاته، باعتباره فكرة مرنة و متطورة تتغير بتغير الزمان و المكان<sup>2</sup>.

من بين التعريفات الفقهية للنظام العام يقول الفقيه عبد الحي حجازي ما يلي " مجموعة النظم و القواعد التي قصد بها المحافظة على حسن سير المصالح العامة في الدولة، و إلى ضمان الأمن و الأخلاق في المعاملات بين الأفراد، بحيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في اتفاقاتهم، كذلك الفقيه كايتمان يقول حول النظام العام بأنه " النظام في الدولة أي مجموعة النظم و القواعد اللازمة لسير الدولة"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - علي فلاحي، الالتزامات ( النظرية العامة للعقد)، موضع للنشر، الجزائر، 2010، ص. 267.

<sup>2</sup> - نسيغة فيصل، " النظام العام "، مجلة المنتدى القانوني، عدد 5، جامعة محمد خيضر، بسكرة، (د. س. ن) ص. 169.

<sup>3</sup> - علي فيلاحي، مرجع سابق، ص. 267.

ترتبط فكرة النظام العام بصفة عامة بالمصلحة العامة، حيث تهدف إلى تحقيق الحد الأدنى من المصالح العامة التي لا يمكن الاستغناء عنها في مجتمع معين، الأمر الذي يجعل مضمونها مرنا يتأثر بتأثر الاتجاه الفكري الذي يسود المجتمع<sup>1</sup>، لأنها " تتعلق بنظام المجتمع الأعلى و يعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة و تحقيقها، و لا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاق فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقية لهم مصالح فردية، فان المصلحة الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة" ، الأمر الذي يجعل من النظام العام نظاما وطنيا بحثا يعمل على حماية النظام العام الداخلي من أي تهديد من شأنه المساس بمصالح الدول العليا السياسية، الاجتماعية، الاقتصادية و القانونية<sup>2</sup>.

كما أن ترجمة النظام العام علو المصلحة العامة على المصلحة الخاصة إنما يعود لضمان تطور المجتمع و استمراريته في ظل قيم معينة و التي تتمثل عموما في حماية المبادئ الأساسية التي يقوم عليها كيان أي مجتمع، فأحيانا يكون المجتمع في حاجة إلى توجيه و تسيير الفرد، و أحيانا أخرى يكون بحاجة إلى الحماية من اضطهاد الأقوياء فتوفر له تلك الحماية<sup>3</sup>.

إن فكرة النظام العام هي فكرة مرنة و متطورة، كما سبق الذكر يكتنفها الكثير من الغموض لذلك يصعب تحديدها على وجه دقيق كونها فكرة وطنية مرنة تختلف باختلاف الدول و تتغير في الدولة الواحدة نفسها مع مرور الزمن، فما كان في الأمس القريب من النظام العام قد يتغير في فترة لاحقة، و ما يعد من النظام العام في دولة معينة قد يكون غير ذلك في دولة أخرى<sup>4</sup>.

كذلك ليس بإمكان المشرع أن يحدد له مضمونا واضحا لا يتغير، و كل ما يستطيع فعله هو أن يعرفه حسب مضمونه على أن يترك تحديد التصرفات التي تعد النظام العام لكل من الفقه

<sup>1</sup> - تعويلت كريم، "النظام العام الدولي كسبب لبطلان حكم التحكيم و عدم قابليته للتنفيذ"، مقال معد في مشروع بحث (UNEPRU) بعنوان " الطرق البديلة لحل النزاعات في النظام القانوني الجزائري"، (غير منشور)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص. ص. 4-5.

<sup>2</sup> - تعويلت كريم، مرجع نفسه.

<sup>3</sup> - علي فلالي، مرجع سابق، ص. 273.

<sup>4</sup> - جارد محمد، مرجع سابق، ص. ص. 86-87.

و القضاء و نظرا لصعوبة حصر عناصره بشكل محدد، لأن هذا التحديد و إن كان صحيحا لفترة معينة إلا أنه يخضع لتطور مستمر، لذلك يقول الدكتور السنهوري<sup>1</sup> " لا نستطيع حصر النظام العام في دائرة دون الأخرى فهو شيء متغيرو دقيق حسب ما يعده الناس في حضارة معينة مصلحة عامة ، و لا توجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديدا مطلقا يتماشى مع كل زمان و مكان لأن النظام العام شيء نسبي، و كل ما نستطيع هو أن نضع معيارا مرنا يكون معيار المصلحة العامة، و تطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي تصل إليها في حضارة أخرى<sup>2</sup> ."

في معرض بيان مدى تدخل النظام العام كقيد يستبعد على أساسه القانون الأجنبي في نطاق العلاقات الدولية يرى جانب من الفقه أن الحرية الممنوحة للأطراف تتحصر في إطار السماح لهم باختيار الشكل الذي يمكن إعطاؤه للعلاقات القانونية الدولية الخاصة بهم حسب رغبتهم، و في كل مرة يتم فيها المساس بمصالح الجماعة بوضع سلطان الإرادة جانبا ليحل محله إلزامية الخضوع لهذه القواعد الآمرة سواء في المجال الداخلي أو الدولي<sup>3</sup>.

نظرا لكون فكرة النظام العام صعبة الضبط و التحديد منحت للقاضي السلطة التقديرية فيما يخص النظر في المنازعات المعروضة أمامه، و كذا الحالات التي يتدخل فيها النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي، غير أن القاضي لا يضع معايير من شأنه أن يتقيد بها لحل المنازعات التي ستعرض عليه مستقبلا، و إنما تكون بحسب الظروف المحيطة به<sup>4</sup>.

على الرغم من كل هذا، نقول أن فكرة النظام العام تسعى إلى تحقيق و حماية المصالح العليا في المجتمع ، والتي تؤول إلى نتيجة أساسية مفادها استبعاد القانون الأجنبي التي تتعارض أسسه أثناء تطبيقه مع الأسس السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية و كذا القانونية التي تسود دولة القاضي.

<sup>1</sup> - نسيغة فيصل، مرجع سابق، ص. 172.

<sup>2</sup> - مرجع نفسه، ص. 170.

<sup>3</sup> - جارد محمد، مرجع سابق، ص. 87-88.

<sup>4</sup> - نسيغة فيصل ، مرجع سابق، ص. 172.

## الفرع الثاني

### التمييز بين النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي

على الرغم أن فكرة النظام العام تهدف إلى حماية الأسس و المبادئ الجوهرية للمجتمع إلا أن هذا لا يعني تطابق فكرة النظام العام في كلا المجالين الداخلي أو الدولي، لهذا يثور التساؤل أي من هذه القواعد الآمرة يجب على هيئة التحكيم مراعاتها عند الفصل في النزاع و إصدار القرار التحكيمي، هل هي قواعد النظام العام الداخلي أم تلك المتعلقة بالنظام العام الدولي ؟

يرتبط النظام العام بالقواعد و الأسس الجوهرية التي تشرعها السلطة السياسية في النظام الداخلي الأمر الذي يجعل مفهوم النظام العام يختلف من دولة إلى أخرى، حسب السلطة السياسية الحاكمة التي ترمي إلى الحفاظ على كيانها الاجتماعي و دوام استمراريتها<sup>1</sup>، كما ترتبط فكرة النظام العام الدولي بوجود نظام قانوني دولي يختلف عن النظام القانوني داخل الدولة و مستقل عنه، و دون أن يتكون من مجموع الأنظمة القانونية للدول، هذا الأخير مصطلح خاص بمجال التجارة الدولية و اصطلح عليه القانون الدولي للتجار "LeX Mercatoria"<sup>2</sup>.

يختلف مضمون النظام العام الداخلي عن النظام العام على الصعيد الدولي، حيث يقتصر دور الأول في الحد من مبدأ سلطان الإرادة و تقييده وذلك عن طريق منع الأطراف من الاتفاق على ما يخالف القواعد الآمرة تحت طائلة بطلان اتفاقهم، بينما يقتصر دور النظام العام الدولي بدور استبعادي، و ذلك باستبعاد القاضي تطبيق القانون الأجنبي الذي حددته قاعدة التنازع بسبب تعارضه مع النظام العام في قانونه<sup>3</sup>.

ينادي جانب من الفقه إلى ضرورة التفرقة بين النظام العام في القانون الداخلي و النظام العام في القانون الدولي، تقاديا للصعوبات التي قد يصادفها القاضي في حالة تعارض القانون الأجنبي مع القانون الوطني، لأنه ليس من الضروري أن يستبعد القانون الأجنبي في جميع

<sup>1</sup> - جارد محمد، مرجع سابق، ص. 90.

<sup>2</sup> - تعويلت كريم، مرجع سابق، ص. 3.

<sup>3</sup> - مرجع نفسه، ص. 5-6.



الأحوال التي تتعارض أحكامه مع نصوص القانون الوطني ولو كانت آمرة، باعتبار أن القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد باختصاصه هو القانون الملائم في نظر العلاقة الدولية محل النزاع.<sup>1</sup>

إلى جانب المشرع الجزائري الذي ميز بدوره بين فكرتي النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي، و لعل الهدف من ذلك هو تضيق نطاق الطعن بالبطلان ضد أحكام التحكيم و حصرها في أضيق الحدود .

### - أولاً النظام العام الداخلي:

يقصد بالنظام العام في دولة ما " مجموعة الأصول و القيم التي يشكل كيانها المعنوي و ترسم صورة الحياة الإنسانية المثلى فيها و حركتها نحو تحقيق أهدافها سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية، أو خلقية، و هي بمثابة مبادئ و قيم تفرض نفسها على مختلف أنواع العلاقات القانونية في الدولة وجودا و أثرا عاليا في صورة قواعد آمرة تحكم هذه العلاقة القانونية، و المظهر العملي لهذه القواعد و الوظيفة التي تؤديها هي بطلان كل عمل إرادي يأتيه المخاطب بها بالمخالفة لها، عقد كان هذا العمل أو عملا منفردا من ناحية، و عدم جواز النزول عن الحقوق و المراكز القانونية التي تقرها بعض منهم قبل البعض الآخر من ناحية أخرى"<sup>2</sup> .

أشار المشرع الجزائري في المادة 24 من ق.م.ج إلى النظام العام الداخلي حيث تنص على ما يلي:

" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السالفة إذ كان مخالفا للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر..."<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - جارد محمد، مرجع سابق، ص. 91.

<sup>2</sup> - نقلا عن كسال سامية، " النظام العام و التحكيم التجاري الدولي"، مداخلة أقيمت في إطار أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، يومي 8 و 9 ماي، 2013، ص.ص. 6-7.

<sup>3</sup> - المادة 1/24 من الأمر رقم 10/05، مرجع سابق.

كما تشير إليه كذلك المادة 605 من ق.ا.م.ا كالتالي:

" لا يجوز تنفيذ الأوامر و الأحكام و القرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية من استوفت الشروط التالية:

"أن لا ينفذ ما يخالف النظام العام و الآداب العامة في الجزائر"<sup>1</sup>

من خلال ما سبق يتضح أن المشرع الجزائري جعل من النظام العام قيدا على تطبيق القانون الأجنبي، كما أنه أورد عبارة " الآداب العامة" إلى جانب مخالفة أحكام القانون الأجنبي للنظام العام، و يرجع السبب في ذلك إلى أن فكرة الآداب العامة<sup>2</sup> تدخل ضمن مفهوم النظام العام بمقتضاه الاجتماعي و الأخلاقي في دولة القاضي<sup>3</sup>.

#### - ثانيا النظام العام الدولي:

إن فكرة النظام العام الدولي فكرة واسعة النطاق طالما أنها تجمع بين أنظمة حول العالم المختلفة و المصالح الدولية، و التي في كثير من الأحيان تصطدم مع الكيان الواحد المتمثل في

<sup>1</sup> - المادة 605 من القانون، رقم 09/08، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - يرى الأستاذ سمير عبد السيد تناغو في هذه المسألة أن الآداب العامة من القيود التي تقيد الحرية التعاقدية، فهي جزء من النظام العام، تخص الجانب الأدبي فيما يخص علاقات الأفراد، تتعلق بالمعتقدات المورثة و العادات إلى جانب ما استقر عليه العرف لدى المجتمع، راجع حول الموضوع: كتاب سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، ط1، دار الفكر العربي، (د.م.ن)، 1985، ص.ص. 104-105.

<sup>3</sup> - جارد محمد، مرجع سابق، ص. 89.

الدولة، و الذي تختلف من زمان إلى آخر<sup>1</sup>، فانصراف إرادة الأطراف نحو اختيار القانون الملائم لتطبيق هيئة التحكيم على موضوع النزاع يتوقف على عدم خرق هذه الأخيرة للنظام العام<sup>2</sup>.

هنا ليس المقصود به النظام العام الوطني و إنما تلك الصورة المخففة منه و التي تتماشى مع مقتضيات المرونة التي تتسم بها التجارة الدولية و المتمثلة في النظام العام الدولي<sup>3</sup>، فبالتالي رفض تنفيذ القرارات التي تتعارض مع النظام العام الدولي و السماح بتنفيذ العديد من القرارات التي تعارضت مع النظام العام الداخلي، هذا ما اتجه إليه كل من القضاء و التشريع<sup>4</sup>، فإذ سلمنا أن كل دولة لها الحق في التمسك بالنظام العام الداخلي فإننا نكون أمام العديد من النظم العامة لمختلف الدول، مما يؤدي حتما إلى القضاء على التحكيم عمليا .

نذكر في هذا الصدد المشرع الفرنسي في مادته 1502 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، قد أعطى أهمية بالغة للقرارات التحكيمية الدولية و مفهوم النظام العام الدولي، بحيث جعل النظام العام الداخلي لا علاقة له بالنظام العام الدولي، فإذ كان القرار التحكيمي المتعلق بالقانون واجب التطبيق مخالف لنظام العام الداخلي و يتماشى مع مقتضيات النظام العام الدولي فان القاضي المختص عليه أن يقضي بالاعتراف و التنفيذ<sup>5</sup>، فبالتالي يقع على عاتق هيئة الجهة القضائية التأكد من عدم خرق الهيئة التحكيمية لقواعد النظام العام الدولي<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - بن زكري راضية، "التحكيم التجاري الدولي من متطلبات التجارة الدولية و مقتضيات النظام العام " مداخلة أقيمت في إطار أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، يومي 8 و 9 ماي، 2003، ص. ص. 6-7.

<sup>2</sup> - حسن نورة، " الاعتراف بأحكام التحكيم التجاري الدولي حجبتها و تنفيذها و صعوبة تنفيذها "، مداخلة أقيمت في إطار أعمال الملتقى الوطني حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات، الحقائق و التحديات، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 26 و 27 أبريل 2016، ص. 15.

<sup>3</sup> - مرجع نفسه، ص. ص. 16-17.

<sup>4</sup> - فوزي محمد سامي، مرجع سابق، 381.

<sup>5</sup> - زريق رمضان، دور القاضي في التحكيم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2003، ص. 143.

<sup>6</sup> - حسن نورة، مرجع سابق، ص. 16.

لقد تم تنفيذ العديد من القرارات التحكيمية، و إذ كانت تتضمن مخالفة النظام العام الفرنسي، ذلك لأنها لا تخالف النظام العام الدولي، الأمر الذي تؤكد في قضية " Gosset " الشهيرة في القضاء الفرنسي. القضية تشكل في عقد بين مستورد فرنسي و مستورد ايطالي، حيث قضى الحكم التحكيمي بالتعويض للمستورد الايطالي لخطأ المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقدية، حيث أنه لم يحصل على الترخيص الخاص بالاستيراد في الوقت المناسب، و قد كان هذا الحكم التنفيذ في فرنسا، و قد تمسك المستورد الفرنسي بعدم جواز تنفيذ الحكم على أساس أن العقد الذي تضمن شرط التحكيم باطل بطلان مطلق لمخالفة النظام العام الفرنسي، نظرا لعدم مراعاة القواعد الأمرة الخاصة بالتصدير، مما يؤدي إلى بطلان العقد الأصلي الذي يستتبع بطلان شرط التحكيم، و بالتالي بطلان حكم التحكيم الذي صدر بناء عليه.

إلا أن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الدفع بالاستقلالية القانونية لاتفاق التحكيم في المجال الدولي، و أنه لا يتأثر باحتمالات إبطال العقد الأصلي .

يتضح من خلال قضية " Gosset " أن محكمة النقض الفرنسية كرست مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي و أقرت كذلك قواعد موضوعية تخص التحكيم التجاري الدولي، باستخدام معيار التفرقة بين النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي<sup>1</sup>.

بينما القانون المصري لم يسمح بذلك، فأعطى الأولوية للنظام العام الوطني و اعتبر أن الحكم المخالف للنظام العام في الأقاليم الداخلية لمصر هو حكم باطل<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - جارد محمد، مرجع سابق، ص. ص. 91-92.

<sup>2</sup> - المدة 2/58 بند "ب" من قانون رقم 27 لسنة 1974 يتضمن قانون التحكيم المصري المنشور في مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات و البحوث القانونية، عدد 4 لسنة 1996، و التي تنص علي أنه " لا يجوز الأمر تنفيذ حكم التحكيم وفقا لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتي ... " ب - " أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية " ، إلى جانب المادة 2/53 منه و التي تنص على أنه " و تقضي المحكمة التي تنظر في دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذ تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية " .

كذلك نجد المشرع الجزائري الذي يتحد مع نظيره المشرع الفرنسي الذي يشترط بدوره عدم المساس بالنظام العام الدولي، حيث تشير في هذا الشأن المواد 1051 و 1056 من ق.ا.م.ا ، حيث تنص المادة 1051 على ما يلي :

" يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا ثبت من تمسك بوجودها و كان الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي"<sup>1</sup> أما المادة 1056 منه تنص :

" لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات التالية:

6- إذا كان حكم التحكيم مخالف للنظام العام الدولي"<sup>2</sup> .

يفهم من خلال ما سبق أنه في حالة ما إذا طبقت هيئة التحكيم القانون المختص، ثم صدر حكم تحكيمي في الجزائر فإنه يمكن الطعن بالبطلان ضد الحكم إذا كان مخالف للنظام العام الدولي، الأمر الذي أكدت عليه المادة 1058 من ق.ا.م.ا<sup>3</sup> .

إلى جانب التشريعات الوطنية، تعرض الفقه الجزائري لمسألة النظام العام الدولي و قدم بعض التعريفات :

التعريف الأول: النظام العام الدولي يمكن تعريفه على أنه " مجموعة من المبادئ الأساسية لتنظيم المجتمع الدولي، يتعلق الأمر بالقواعد المشتركة التي يتعين معاقبة إخلالها من قبل المحكم الدولي بغض عن التشريع الوطني الذي يحكم موضوع النزاع " .

<sup>1</sup> - نقلا عن: سراج حليتي، دور القاضي الوطني في خصومة التحكيم الدولي، مداخلة أقيمت في إطار أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات، الحقائق و التحديات، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بجاية، يومي 26 و 27 أبريل 2016، ص. 11.

<sup>2</sup> - المادة 1056 من قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - تنص المادة 1058 من ق.ا.م.ا على أنه " لا يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه.

التعريف الثاني: " يقصد بالنظام العام الدولي مجموعة القواعد الأساسية العامة التي تضعها المعاهدات الدولية و أعراف التجارة الدولية و مجموعة المبادئ المتفق عليها"<sup>1</sup>.

هناك تداخل بين النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي، فان قواعد النظام العام الداخلي ليست بالضرورة قواعد من النظام العام الدولي، بينما العكس صحيح إذ يمكن تصور قاعدة من النظام العام الدولي تطبق في دولة رغم تعارضها مع نظامها العام الداخلي، و بالتالي فإن النظام العام الدولي الذي يراقب على أساسه قانون دولة تنفيذ حكم التحكيم و هو صورة مختصرة للنظام العام الداخلي في هذا البلد و مضمونه أكثر ليبرالية، حيث يتضمن المبادئ الأساسية لقانونها و لكن يصعب تمييزها عن المبادئ الواردة في النظام العام الداخلي<sup>2</sup>.

نخلص أن النظام العام الوطني لا يتم إعماله إلا في الحالات التي يتم فيها التحكيم وطنياً بحثاً أي الذي لا تتوفر فيه المعايير الدولية<sup>3</sup>، و ذلك من خلال منع الأطراف الاتفاق على ما يخالف النظام العام الداخلي، أي في علاقات الأطراف الخالية من العنصر الأجنبي، بينما تطبق فكرة النظام العام الدولي في المعاملات المشتملة على العنصر الأجنبي، فبالتالي عدم مخالفة القانون المختص القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام الدولي، فلو اشترط المشرع لتطبيق هذا القانون أن لا يتعارض مع القواعد القانونية الآمرة في القانون الوطني لانتهينا في آخر المطاف إلى تعطيل أعمال قواعد التنازع في أغلب الأحوال، الأمر الذي يسقط فعالية التحكيم التجاري الدولي.

<sup>1</sup> -Bekecmi Mohamed Abdelwahab , L'arbitrage commercial international en droit algérien, Revue algérienne des relations internationales , édition internationale, n°25, Alger, 1994.p.69.

<sup>2</sup> - عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر ( على ضوء الاتفاقيات الدولية للجزائر)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2012، ص. 276-277.

<sup>3</sup> - حسن نواره، مرجع سابق ص. 17.

### الفرع الثالث

#### مدى التزام المحكم التجاري الدولي باحترام قواعد النظام العام

كما سبق الذكر فإن المحكم يستمد سلطاته من إرادة الأطراف بموجب اتفاق التحكيم، فبالتالي من واجب هذا الأخير بذل كل الجهود اللازمة لتزويد أطراف النزاع بحكم قابل للتنفيذ، و يعتبر هذا الأخير التزم تفرضه طبيعة وظيفة المحكم باعتباره محكم تجاري دولي، إلى جانب أخذه بعين الاعتبار مصالح الدولة أو الدول التي قد تتأثر من نتيجة الحكم، الأمر الذي يعطي للتحكيم التجاري الدولي فعاليته في مجال المعاملات التجارية الدولية، نثير هنا مسألة تحديد مدى التزام المحكم بإتباع و تطبيق قواعد النظام العام أثناء عملية الفصل في المنازعات.

سنعرض إلى دراسة مدى التزام المحكم التجاري الدولي باحترام قواعد النظام العام في قانون العقد (أولاً)، ثم مدى التزام المحكم باحترام قواعد النظام العام في القانون واجب التطبيق (ثانياً)، و أخيراً تبيان مدى التزام المحكم باحترام قواعد النظام العام في قانون دولة التنفيذ (ثالثاً).

#### - أولاً مدى التزام المحكم باحترام قواعد النظام العام في قانون العقد:

يلتزم المحكم باحترام النظام العام في القانون الذي اختاره الأطراف لحكم الحادثة محل النزاع، و هو قانون العقد مع تقييد هذا الأخير بشرط يتجلى في عدم تعارضه مع النظام العام الدولي الحقيقي<sup>1</sup>.

هنا يجب الأخذ بعين الاعتبار الالتزامات التي تفرضها القواعد القانونية و نصوص اتفاق التحكيم على المحكم، من حيث التزم المحكم باحترام إرادة الأطراف في القانون الذي اختاروه لحكم

<sup>1</sup> - أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص. 10.

" يعتبر النظام العام الدولي الحقيقي مفهوماً حديثاً بالمقارنة مع بقية أنواع النظام العام (الداخلي و الدولي)، و نظراً لعدم وجود قرارات تحكيمية عديدة و لا اجتهادات قضائية استعملت صراحة مصطلح "النظام العام الدولي الحقيقي"، فإننا لا نخوض في تفاصيل هذا النوع من النظام، يكفي فقط القول أنه يمثل حقيقة يجب أن ينظر إليها المحكم، و قاضي التنفيذ الذي يراقب الحكم التحكيمي، و يقصد به النظام العام المشترك بين الأمم المتحضرة، راجع حول الموضوع كتاب: ROBERT GAN, L'arbitrage : Droit privé, Dalloz, 6eme édition, paris, 1993, p. 337.

النزاع، مع إمكانية استبعاده من قبل المحكم أينما ظهر له مخالفة هذا الأخير لقواعد النظام العام، و تأخذ بالأسس الجوهرية الأساسية لدولة ذات صلة وثيقة بموضوع النزاع.

تثار هذه المشكلة في الحالة التي يرغب فيها الأطراف استبعاد قانون دولة ما ذي صلة بموضوع النزاع و استبداله بقانون آخر يحقق مصالحهم، هنا بالرغم من التزام المحكم باحترام إرادة الأطراف إلا أن ذلك يجب أن يكون مقيد بشرط عدم مخالفة النظام العام للدول التي يكون قانونها ذو صلة وثيقة بموضوع التحكيم.

إن تبني هذا الحل يكشف عن ظهور مشكلة عملية تتجلى في احتمالية تنازع قواعد النظام العام بين مختلف الدول التي يمكن أن ترتبط بموضوع النزاع، الأمر الذي يصعب مسألة تحديد أولوية قواعد النظام العام الواجبة التطبيق من قبل المحكمين<sup>1</sup>.

نحن نعلم أن المحكم التجاري الدولي لا يتوقع منه الولاء لقانون دولة معينة، خلافا للقاضي الوطني الذي يلتزم بالولاء لقانون دولته و حماية مصالحها، فبالتالي لا يتوقع من المحكم فحص كافة القوانين المختلفة في العالم أو حتى قوانين الدول التي يمكن أن تكون ذي صلة بموضوع النزاع، ذلك بسبب طبيعة علاقات التجارة الدولية إذ يمكن لعلاقة تجارية واحدة أن تمر بالعديد من الدول و أن ترتبط بعدد كثير من القوانين<sup>2</sup>.

إن المحكم ليس مقيد بإتباع قاعدة النظام العام بشكل مشابه للقاضي الوطني، و عليه ليس مطلوب منه أن يمثل لقواعد النظام العام الداخلي لدولة معينة<sup>3</sup>، لهذا يتعين على المحكم ففي منازعات التجارة الدولية أن يبحث عن قواعد أكثر ملائمة لحكم النزاع كحل لتجنب احتمالية تنازع قواعد النظام العام، و عليه على المحكم الالتزام بقواعد النظام العام الدولية بوصفها أكثر القواعد ملائمة لحكم النزاع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - كسال سامية، مرجع سابق، ص. 10.

<sup>2</sup> - مرجع نفسه، ص. 10-11.

<sup>3</sup> - عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، المرجع السابق، ص. 277.

<sup>4</sup> - كسال سامية، مرجع سابق، ص. 11.



**- ثانيا مدى التزام المحكم باحترام قواعد النظام العام في القانون واجب التطبيق:**

إن تطبيق المحكم لقواعد النظام العام في القانون واجب التطبيق لا يثير أية مشكلة في الحالة التي يفصل فيها المحكم عندما تغيب إرادة الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق، واضعا في الحسبان التقييد بأعراف التجارة الدولية، إنما المشكلة تكمن في أعمال المحكم النظام العام الدولي ضد النظام العام الوطني لدولة ما و الواجب التطبيق على موضوع النزاع. لحل هذا الإشكال قضت محكمة استئناف باريس في قضية "Valanciana" أنه لكي يطبق المحكم أعراف التجارة الدولية ينبغي عليه أولا التحقق من أن النزاع المعروض أمامه لا يرتبط بأي قانون وطني<sup>1</sup>.

لكن في الحالة التي يكون هناك تعارض من قاعدة أعراف التجارة الدولية و قاعدة من القواعد المتعلقة بقانون الدولة الواجب التطبيق على موضوع النزاع، هنا يجب على المحكم تطبيق أعراف التجارة الدولية<sup>2</sup>، باعتبار أن المحكم الدولي ليس له قانون اختصاص و غير ملزم باحترام النظام العام الوطني لدولة ما، فهو فقط ملزم باحترام المفاهيم الدولية<sup>3</sup>

**- ثالثا مدى التزام المحكم باحترام قواعد النظام العام في قانون دولة التنفيذ:**

سبق القول أن المحكم ليس له قانون اختصاص، و بذلك فهو غير ملزم باحترام المفاهيم الوطنية لدولة ما، و يكون فقط ملزم باحترام المفاهيم الدولية، فبالتالي عدم تطبيق النظام العام الداخلي أمام المحاكم الوطنية<sup>4</sup>، لكن ألا يجب على المحكم مع ذلك أن يحرص على أن يكون حكمه قابلا لتنفيذ من قبل الدولة المطلوب فيها التنفيذ.

صحيح أن المحكم غير مرتبط بأي نظام قانوني و ليس حارس لأي نظام عام، فهو غير ملزم بالبحث عن هذا النظام العام في دولة التنفيذ، إلا أنه يتحمل الأثر المباشر لهذا النظام عندما

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص.ص. 11-12.

<sup>2</sup> - أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص. 106.

<sup>3</sup> - كسال سامية، مرجع سابق، 12.

<sup>4</sup> - كسال سامية، مرجع سابق، ص.12.

يراد تنفيذ الحكم التحكيمي<sup>1</sup>، فبالتالي احترام القواعد الآمرة و الأساسية في قانون دولة التنفيذ، الأمر الذي يجعل الحكم التحكيمي معترفاً به و نافذاً في القانون الوطني<sup>2</sup>، فالمحكم ملزم بتطبيق و احترام قواعد النظام العام الدولي عند الفصل في الحادثة المعروضة أمامه، كما عليه كذلك احترام قواعد النظام العام الداخلي عندما يتطلب الأمر تنفيذ الحكم التحكيمي في بلد معين، فبالتالي ضرورة أخذ المحكم بقواعد النظام العام لتلك الدولة التي سينفذ فيها الحكم التحكيمي<sup>3</sup>.

نجد في هذا الشأن المادة 1/و من اتفاقية جنيف لسنة 1927، و التي تنص:

" يتوقف الاعتراف و تنفيذ قرار التحكيم على ضرورة أنه لا يكون حكم التحكيم مخالف للنظام العام و مبادئ القانون العام المراد تنفيذ الحكم فيه"<sup>4</sup>.

كما تنص المادة 2/5 من اتفاقية نيويورك لعام 1958 على نفس الحكم بقولها:

" الاعتراف بقرار التحكيم و تنفيذه يمكن رفضه إذا كانت السلطة المختصة في الدولة المطلوب التنفيذ فيها ترى أن الاعتراف و التنفيذ يخالف النظام العام لهذه الدولة"<sup>5</sup>.

إلى جانب هذا، نجد أن المحكم غير مكلف فقط بتحقيق مصالح الأطراف، و إنما عليه الاهتمام بسمعة التحكيم التجاري الدولي، لأنه لو حدث و أن الدول لاحظت بأن التحكيم بات مجرد وسيلة في يد المتعاملين الاقتصاديين للعبث و تحويل قواعد النظام العام، يكون هذا سبباً كافياً حتى يتراجع الاعتراف بهذا النظام<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - عيساوي محمد، مرجع سابق، ص. 278.

<sup>2</sup> - جارد محمد، مرجع سابق، ص. 96.

<sup>3</sup> - أيت حبيب نبيلة و بوعلاق سلوى، القانون واجب التطبيق في الخصومة التحكيمية، مذكرة لنيل شهادة الماستير في الحقوق، تخصص: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016، ص. 82.

<sup>4</sup> - المادة 1/و من اتفاقية جنيف لسنة 1927 المتعلقة بتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، المنشورة على الموقع الإلكتروني:

[WWW.drmmahran.com](http://WWW.drmmahran.com)

<sup>5</sup> - المادة 2/5 من اتفاقية نيويورك، مرجع سابق.

<sup>6</sup> - جارد محمد، مرجع سابق، ص. 96.

## المطلب الثاني

### إعمال فكرة الدفع بالنظام العام

إن القاعدة المتعلقة بالنظام العام و الآداب هي قاعدة أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها<sup>1</sup>، فبالتالي حماية الأسس و المفاهيم التي يقوم عليها كيان المجتمع سياسية كانت أو اقتصادية أو اجتماعية أو خلقية<sup>2</sup>، مع ضرورة الخضوع و الالتزام لهذه القاعدة، بحيث أن خروج أطراف العلاقة التعاقدية عن هذه الأسس أي مخالفة القواعد القانونية الآمرة من شأنه إبطال الاتفاق<sup>3</sup>.

فقد تتجه إرادة الأطراف نحو تطبيق قانون دولة معينة، و في حالة اكتشاف هيئة التحكيم أن هذا الأخير يتعارض مع القانون الوطني تقوم باستبعاده لما لها من سلطة تقديرية، و في حالة إغفال هذه الأخيرة عن هذا الخرق و أصدرت قرارا تحكيميا يكون هذا الأخير باطلا بطلانا مطلقا، الأمر الذي يستدعي تدخل القاضي الوطني لما له من سلطة تقديرية.

صحيح أن المشرع الوطني سمح بتطبيق القواعد الأجنبية إلا أنه أورد قيد عام و هو عدم تعارض هذه الأخيرة مع الأسس و المبادئ التي تسود في دولة القاضي.

سننوجه في دراستنا هذه إلى بيان المقصود بفكرة الدفع بالنظام العام(الفرع الأول)، ثم ننتقل إلى شروط استبعاد القانون المختص (الفرع الثاني)، و أخيرا نبين أثر الدفع بالنظام العام (ثالثا).

<sup>1</sup> - سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، ط1، دار الفكر العربي، (د.م.ن)، 1985، ص.106.

<sup>2</sup> - بن زكري راضية، مرجع سابق، ص. 11.

<sup>3</sup> - سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص.107.

## الفرع الأول

### المقصود بفكرة الدفع بالنظام العام

يعتبر الدفع بالنظام العام دفعا موضوعيا و ليس إجرائيا، حيث ينصب على مضمون القانون الأجنبي المخالف لمبادئ القانون الوطني، و بصورة فاضحة تستبعد إمكانية تعايش القوانين<sup>1</sup>، و نجد المادة 24 من ق.م.ج أشارت إلى ذلك<sup>2</sup>.

يرى الأستاذ زيروتي أن معيار الدفع بالنظام العام يكون مبنيا على المنطق و الضرورة، حيث أنه لا يتم إثارته إلا في حالة مخالفة الأسس الجوهرية التي تقوم عليها دولة القاضي، و يراعي عند إعماله خصوصيات المعاملات الخاصة الدولية و حاجاتها و ضرورتها للدولة، الأمر الذي يستدعي نظر القاضي الوطني في مضمون القانون الأجنبي ، فبالتالي إدراكه لدور قاعدة الإسناد الوطنية من جهة، و دور الدفع بالنظام العام من جهة أخرى، فالدفع بالنظام العام يقصد به تعطيل قاعدة الإسناد الأجنبية، و إعمال قاعدة موضوعية وطنية محلها<sup>3</sup>. كما أن الدفع بالنظام العام لاستبعادى يقوم على الاعتبارات التي يقوم عليها الإسناد من عدالة و حاجات المعاملات في ظل التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة، و بهذا المعنى يمكن اعتباره جزء من نهج الإسناد، فبالتالي في حالة استحالة التعايش السلمي المفترض يستلزم استدعاء القانون الأصل، أي قانون القاضي باعتباره صاحب الحق داخل دولته<sup>4</sup>.

يمكن تعريف الدفع بالنظام العام أنه الوسيلة القانونية التي يستبعد بمقتضاها القاضي الوطني الاختصاص المعهود للقانون الأجنبي متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نضام المجتمع الوطني في دولة القاضي، أما إذ كانت أحكام القانون المختص تختلف

<sup>1</sup> - قريقر فتيحة، النظام العام و التحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1- بن يوسف بن خدة، 2017، ص. 74.

<sup>2</sup> - تنص المادة 24 من ق. م. ج على أنه " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السالفة إذا كان مخالفا للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر".

<sup>3</sup> - نقلا عن: قريقر فتيحة، مرجع سابق، ص. ص. 74-75.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص. ص. 75-77.

عن القانون الوطني، فهذا لا يمنع تطبيقه لأنه من بين شروط تنازع القوانين، أن يكون هناك اختلاف قائم بين قوانين الدول<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### شروط استبعاد القانون المختص

قد يستبعد القانون المختص أعمال فكرة الدفع بالنظام العام، و ذلك بتوفر مجموعة من الشروط، من بينها أن يكون القانون واجب التطبيق هو قانون أجنبي بالنسبة لقانون القاضي، بمعنى إذ كان القانون المختص هو قانون دولة القاضي هنا لا يمكن إثارة الدفع بالنظام العام<sup>2</sup>.

كما أنه حتى يتم الدفع بالنظام العام يجب أن تؤخذ في الحسبان النتيجة الملموسة<sup>3</sup> و غير المتقلبة التي يؤدي إليها تطبيق القانون الأجنبي، فالعبرة تكون بما يرتبه القانون الأجنبي من نتائج على أرض الواقع و بوجود من تضرر أو يتضرر من تطبيقه تظهر المخالفة، هنا يتحرك الدفع بالنظام العام<sup>4</sup>، كما يجب أن يكون القانون المختص مخالف للنظام العام عند رفع الدعوى، باعتبار أن الخاصية التي يتمتع بها النظام العام و المتمثلة في القابلية للتطور و التغيير عبر الزمان و المكان تجعل من تقدير مدى مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام يكون وقت رفع دعوى الأمر بالتنفيذ و ليس وقت صدور الحكم<sup>5</sup>.

كما نجد كذلك أن هذا الشرط يقوم على أساس التعديلات التي تطرأ على القانون الوطني، كأن تتجه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون دولة معينة ليطبق على موضوع النزاع، و أثناء الاختيار يكون

<sup>1</sup> - نقلا عن: عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، 160.

<sup>2</sup> - مرجع نفسه، ص. 164.

<sup>3</sup> - يعني بالنتيجة الملموسة أن القاضي يتفحص مضمون القانون الأجنبي أو الحكم الأجنبي و يتأكد من آثاره و مدى إمامه بالأشخاص الذين يحضون بحماية قانون القاضي و أيضا بمدى الضرر الذي يلحقه بالمصالح الخاصة و العامة لكل ما ينظمه قانونه، لكونه حارس المنظومة القانونية ضد أي خرق من شأنه أن يؤثر سلبا على البناء المفاهيمي و القاعدي لدولته راجع حول الموضوع : قريقر فتيحة، مرجع سابق، ص. 85.

<sup>4</sup> - قريقر فتيحة، مرجع نفسه، ص. 85.

<sup>5</sup> - بن زكري راضية، مرجع سابق، ص. 4.

هذا الأخير غير مخالف للنظام العام لدولة القاضي، و بعد مدة طرأت بعض التعديلات بالنسبة للقانون المختار تتناقض مع مقتضيات النظام العام الوطني فبالتالي استبعاد القانون الأجنبي وفقا لفكرة الدفع بالنظام العام<sup>1</sup>

كذلك يجب تقييد فكرة الدفع بالنظام العام الاستيعادي بمخالفة أهم المبادئ و الأسس الجوهرية التي يقوم عليها القانون الوطني<sup>2</sup> ، لأن أعمال هذه الأخيرة لا يتم إلا إذا وصلت إلى درجة التعارض الجوهرية مع السياسة التشريعية و المبادئ السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية للدولة، ما يعني أنه ليس بمجرد اختلاف القوانين يثير هذا الدفع، فبالتالي استبعاد القانون الأجنبي من التطبيق في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم على إقليمها<sup>3</sup> .

عمدت مختلف التشريعات التأكيد على الدور الاستيعادي للقانون المختص إعمالا لفكرة الدفع بالنظام العام، نذكر على سبيل المثال المادة 28 من ق.م.م و التي تنص:

" لا يجوز تطبيق قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة لنظام العام و الآداب العامة في مصر"<sup>4</sup>.

كذلك المادة 24 من ق.م.ج، و التي تنص على أنه:

" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السالفة إذا كان مخالفا للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر"<sup>1</sup> .

<sup>1</sup> - عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص. 164.

<sup>2</sup> - محمد وليد هشام المصري: "محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص " مجلة الحقوق، عدد 4 جامعة الكويت، ص. 160.

<sup>3</sup> - تعويلت كريم ، مرجع سابق، ص. 5.

- قريقر فتيحة، مرجع سابق، ص. 84.

<sup>4</sup> - المادة 28 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، المشار إليه في الموقع الالكتروني:

[www.eastlaws.com/ta3refat/al-kanoun-el-madani](http://www.eastlaws.com/ta3refat/al-kanoun-el-madani)

### الفرع الثالث

#### أثر الدفع بالنظام العام

كما سبق الذكر يتم استبعاد القانون واجب التطبيق إذا كان مخالفا لنظام العام الداخلي في الحالة التي تتوفر فيه الشروط السالفة الذكر، لكن ما مصير النزاع في الحالة التي يقتصر فيها القانون الأجنبي على جزء فقط مخالف للنظام العام الوطني؟ ما يعرف بالأثر السلبي للنظام العام (أولا) و في حالة ما إذا تم استبعاد القانون المختص باسم النظام العام ، فما هو القانون المختص الذي يحكم موضوع النزاع؟ فلا يمكن تصور بقاء النزاع دون قانون يحكمه، ما يعرف بالأثر الايجابي للدفع بالنظام العام (ثانيا).

#### - أولا الأثر السلبي للدفع بالنظام العام:

يعرف هذا الأثر بالوظيفة الوقائية، فهذا الدفع يقي النظام القانوني الوطني من حلول الأنظمة القانونية الأجنبية، بما تحمله من مبادئ و أسس من شأنها أن تخالف قيم المجتمع و توجيهات السياسة التشريعية للدولة، و التي يسعى كل مشرع على الحفاظ عليها<sup>2</sup>.

كما أن مسألة الدفع بالنظام العام ضد القانون الأجنبي تدفع بنا إلى إبراز نقطة أساسية و هي إذ كان القانون الأجنبي يسوده جزء فقط يخالف النظام العام الداخلي و أن باقي القواعد غير مخالفة لهذا الأخير، ما مدى استبعاد القانون الأجنبي في هذه الحالة؟.

نجد في هذا الصدد المشرع الفرنسي الذي أخذ بفكرة الاستبعاد الكلي لهذا القانون، معتبرا في ذلك أن مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في دولة القاضي مع استبعاد أحكام القانون المتعارض مع النظام العام و السماح بتطبيق الجزء الآخر غير المتعارض مع النظام العام يعمل على تشويه القانون الأجنبي و تطبيقه على غير المقتضى الذي رسمه له المشرع، و هذا السلوك

<sup>1</sup> - المادة 24 من أمر رقم 58/75 متضمن ق.م. ج ، المرجع السابق.

<sup>2</sup> - فريقر فتحة، المرجع السابق، ص. 94.

يؤدي إلى مخالفة قاعدة الإسناد الوطنية، التي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي بشكل كامل تجنباً للمساس بوحدايته، باعتبار أن الإسناد هنا هو إسناد أجمالي<sup>1</sup>

كذلك نجد المشرع الجزائري في المادة 24 من ق.م.ج، و التي تنص على ما يلي:

" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السالفة إذا كان مخالفا للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر."<sup>2</sup>

يفهم من نص المادة أن المشرع الجزائري أخذ بفكرة الاستبعاد الكلي، طالما أنه استعمل عبارة " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي"، و هذه الصياغة تفيد الاستبعاد الكلي<sup>3</sup>.

نفترض أن هناك عقد دولي أبرم بين جزائري و أجنبي، حيث اتفق طرفا العقد على إخضاعه بالنسبة لشروط الشكالية و الموضوعية لقانون أجنبي يجيز الفائدة الربوية، و بعد مدة ثار نزاع بينهما و عرض على القضاء الجزائري مع العلم أن هذا الأخير لا يجيز الفائدة الربوية، فبالتالي استبعاد القاضي الجزائري الحكم الخاص بالفائدة المذكورة أعلاه كونه يتناقض مع النظام العام الجزائري، نذكر على سبيل المثال أنه تم رفع دعوى أمام القضاء الجزائري لإعطاء الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي تضمن إلزام المدين بدفع مبلغ الدين الأصلي مع فائدة تقدر ب 12 %، فاعتبرت المحكمة العليا القرار الصادر عن المجلس القضائي باطلا، فيما يتعلق بتنفيذ ما حكم به المدين في الجزائر بخصوص دفع الفائدة المقدرة ب 12 % .

فحكمت المحكمة باستبعاد هذه الفائدة، و إلزام المدين بدفع قيمة الدين كونها تتعارض مع النظام العام الجزائري<sup>4</sup> .

خلافا للمشرع الفرنسي و كذا المشرع الجزائري نجد المشرع المصري الذي يستبعد الأحكام المخالفة للقانون المصري دون الأحكام الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام، الأمر الذي

<sup>1</sup> - مرجع نفسه، ص. ص. 95-96.

<sup>2</sup> - المادة 24 من ق.م.ج، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص. 156 .

<sup>4</sup> - مرجع نفسه، ص. 166.



يظهر من خلال صياغة نص المادة و التي تفيد استبعاد الجزء المخالف لهذا القانون<sup>1</sup> ، حيث تنص المادة 28 من القانون المدني المصري على ما يلي:

" لا يجوز تطبيق أحكام القانون الأجنبي....."<sup>2</sup> .

هذا الاتجاه يتزعمه العديد من الفقهاء حيث ترى أن الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي واجب التطبيق فيه إهدار لقاعدة الإسناد الوطنية و مساس بالعلاقات الخاصة الدولية، باعتبار أن الدفع بالنظام العام ليس الهدف منه إصدار حكم على القانون الأجنبي بحد ذاته و إنما منع النتيجة المنافية للنظام العام فيه و الناجمة عن تطبيق أحكام ذلك القانون، فإذا أمكن تجنب هذه النتيجة باستبعاد الجزء المخالف من هذه القواعد فلا مبرر لعدم تطبيق القانون الأجنبي في قواعده غير المتعارضة مع النظام العام<sup>3</sup> .

كما أن الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي يتعارض مع الحكمة من تشريع قاعدة الإسناد، باعتبار أن القانون الأجنبي هو واجب التطبيق كونه أكثر القوانين المتزاحمة لحكم المسألة ملائمة لها، فالأجدر أن لا يستبعد من التطبيق لهذا القانون إلا الجزء الذي يتعارض فعلا مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي مع اشتراط وجود ترابط بين الجزء المتروك و الجزء المستبعد ، فبالتالي استبعاد المخالف منها للنظام العام لدولة القاضي دون غيره الذي يمكن تطبيقه<sup>4</sup> .

نجد كذلك الفقه الألماني الذي يرى استبعاد الجزء المخالف للنظام العام مع استبعاد الأحكام الأخرى من القانون واجب التطبيق، و التي لا تخالف النظام العام الوطني لدولة القاضي<sup>5</sup> .

### - ثانيا الأثر الايجابي للدفع بالنظام العام:

<sup>1</sup> - عكاشة محمد عبد العالي، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص. 528.

<sup>2</sup> - المادة 28 من قانون رقم 27 لسنة 1994، يتضمن قانون التحكيم المصري، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - قريقر فتيحة، مرجع سابق، ص. 96-97.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص. 97.

<sup>5</sup> - نقلا عن: عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص. ص.

سواء كان استبعاد القانون الأجنبي كلياً أو جزئياً فإن ذلك يستتبع بالضرورة تطبيق قانون آخر، لأن الدفع بالنظام العام دفع موضوعي لا يرتب قبوله عدم اختصاص المحكمة، وبالتالي تدخل القاضي في النزاع المطروح أمامه<sup>1</sup>.

يقصد بالدور الإيجابي للنظام العام أنه كلما تم استبعاد القانون الأجنبي المخالف سواء للنظام العام أو الآداب العامة، يطبق القاضي الوطني قانون دولته محل القانون المستبعد باسم النظام العام أي إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي<sup>2</sup>، و يستمد القاضي الوطني سلطته هذه من خلال نص المادة 2/24 من ق.م.ج و التي تنص على ما يلي :

" يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة."<sup>3</sup>

هذا بالنظر إلى الاختصاص العام الذي يتمتع به قانون القاضي، ما يمنحه أولوية على أي قانون آخر كلما استحال تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام، كما أن استبعاد هذا الأخير كان لمخالفته للنظام العام الوطني، وبالتالي الأولى لتحقيق النظام العام هو تطبيق قانون القاضي<sup>4</sup>.

يتبين أن القواعد القانونية وضعت لغرض حماية و بناء الأسس التي تقوم عليها الدولة، فمن غير المعقول السماح بالتعدي على مضمونها، وبالتالي بمجرد إيجاد أن القانون المختص يتضمن على أحكام مخالفة للقانون الوطني، الأمر الذي يمس بالمصالح العليا لدولة القاضي، فيتولى القاضي الوطني في هذه الحالة تطبيق قانون دولته لما له من سلطة تقديرية، مما يعني وضع حد لكل خرق من قبل القوانين الأجنبية التي من شأنها المساس بالمصالح السالفة الذكر<sup>5</sup>.

## المبحث الثاني

<sup>1</sup> - قريقر فتيحة، مرجع سابق، ص. 97.

<sup>2</sup> - عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص. 166-167.

<sup>3</sup> - المادة 2-24 من أمر رقم 05-10، مرجع سابق.

<sup>4</sup> - قريقر فتيحة، مرجع نفسه، ص. 97.98.

<sup>5</sup> - عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص. 168.

## القواعد ذات التطبيق الضروري كفيد على مبدأ قانون الإرادة في منازعات عقود التجارة الدولية

نظرا للأهمية البالغة التي تتمتع بها العلاقات التعاقدية ذات الطرف الأجنبي و أمام فكرة حماية المبادئ الوطنية و التزايد المستمر للمشاكل في مجال العلاقات الدولية<sup>1</sup>، و إلى جانب قواعد النظام العام يعترف القانون الدولي الخاص بوجود مفهوم دقيق للنظام العام يعرف بالقواعد ذات التطبيق الضروري (قوانين البوليس)، و التي ظهرت كنتيجة حتمية لبعض الضروريات الاجتماعية و الاقتصادية التي تهدف أساسا إلى حماية مصالح الدولة، و ذلك للحد من حرية الأطراف و الهيئة التحكيمية في المجال التعاقدية، حيث لا يمكنهم الإفلات من قواعد قوانين البوليس.<sup>2</sup>

على ضوء ما تقدم، سنتعرض إلى دراسة مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري (المطلب الأول) ثم نبين مدى التزام الهيئة التحكيمية بتطبيقها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري

ساعد بروز مبدأ تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي و الاجتماعي على ظهور ما يسمى بالقواعد ذات التطبيق الضروري تحقيقا للمصلحة العامة و حماية للطرف الضعيف، و هذا ما شاهده العلاقات الاقتصادية خلال القرن "19" حيث تطورت وظيفه الدولة و انتقلت من دولة حارسة إلى دولة متدخلة الأمر الذي دفع بالمشرع في ظل هذا الأخير إلى التدخل و تدعيم قواعده التشريعية بالصفة الأمرة و جعل منها قواعد ضرورية التطبيق، إذ لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - تقرير فنتيجة، مرجع سابق، ص. 98.

<sup>2</sup> - جارد محمد، مرجع سابق، ص. 100.

<sup>3</sup> - مرجع نفسه، ص. ص. 98-99.

سنعرض في هذه الدراسة إلى المقصود بالقواعد ذات التطبيق الضروري (الفرع الأول)، ثم ننتقل إلى تبيان المعايير التي تكشف عن وجود هذه القواعد (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### المقصود بالقواعد ذات التطبيق الضروري

اكتسبت هذه القواعد عدة تسميات مختلفة حيث أُصطلح عليها بقواعد البوليس و الأمن أين ورد ذلك في المادة 3 من ق.م.ف لعام 1804 بالمفهوم التالي: "قوانين البوليس و الأمن تلتزم كل من يقطن في الإقليم"<sup>1</sup>، كما أُطلق عليها أيضا القوانين الفورية التطبيق، قواعد النظام العام الوقائي أو التوجيهي، لكن الأكثر شيوعا هو مصطلح القواعد ذات التطبيق الضروري باعتباره يظهر أهمية هذه القواعد و يبين أن تطبيقها على العلاقات الداخلية و العلاقات ذات الطابع الدولي أمر محتوم منه<sup>2</sup>.

عُرفت قواعد التطبيق الضروري على أنها تلك القواعد الموضوعية الآمرة التي يتوجب على القاضي تطبيقها و إعمالها سواء كان كلا الطرفين من بلد واحد أو بتوفر عنصر أجنبي، و بالتالي فمجال تنافسها مع القوانين الأجنبية معدوم منه<sup>3</sup>، و بالنظر إلى التعريف الراجح نجد أنها :

" تلك القواعد التي ترمي إلى تحقيق و حماية المصالح الحيوية و الضرورية و الاقتصادية و الاجتماعية للجماعة، و التي يترتب على عدم احترامها إهدار ما تبتغيه السياسة التشريعية، و تكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها أيا كانت طبيعتها وطنية أو ذات الطابع الدولي"<sup>4</sup>، هذا يعني أن هذه القواعد (القواعد ذات التطبيق الضروري) هي تلك النصوص القانونية التي تقوم بنفسها بتحديد مدى ضيق أو اتساع نطاق تطبيقها حيث هي من

<sup>1</sup> المادة 3 من القانون المدني الفرنسي، المشار إليه على الموقع الإلكتروني: [www.légifrance.fr](http://www.légifrance.fr)

<sup>2</sup> - بلاق محمد، مرجع سابق، ص. 68.

<sup>3</sup> - قريقر فتيحة، مرجع سابق، ص. 103.

<sup>4</sup> - نقلا عن: خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الناهضة العربية، القاهرة،

تحدد ما هو ضروري و ما لا يعد كذلك، من خلال الدراسة التحليلية التي تجريها على القواعد الوطنية و ذلك للوصول إلى حل للمشكلة المتعلقة بالقانون واجب التطبيق.<sup>1</sup>

نظرا لصعوبة تحديد قواعد التطبيق الضروري في المنظومة التشريعية و إمكانية إقليميتها ، ثار جدال فقهي كبير حول مسألة من الأصل و من الاستثناء بينها و بين قواعد التنازع ، يرى الاتجاه الفقهي الأول أن القواعد ذات التطبيق الضروري هي الأصل كون القاضي يقوم أولا بالبحث في المنظومة القانونية التي تقوم عليها دولته عن هذه القواعد و وجوب تطبيقها على العلاقة القانونية محل النزاع و بعد ذلك أن تعذر الأمر يلجأ إلى قواعد التنازع كاستثناء، بينما الجانب الآخر من الفقه فقد كان معارضا للاتجاه السابق، فهم اعتبروا الأصل هو نهج التنازع لأن الحالات التي يستدعي فيها الأمر تطبيق قواعد البوليس معدودة و بالتالي تدرج كاستثناء و هذا فقط عندما تعجز قواعد التنازع عن تحقيق نفس النتيجة المرجوة التي ستحققها قواعد البوليس و هذا في حالات نادرة جدا، و بالتالي فهم يعتبرون قواعد التنازع هي الأصل<sup>2</sup> .

أما الفقيه « Loussauran » و الذي يمكن أخذه كرأي راجح فقد قال أن الاختلاف لا يكمن في الطبيعة القانونية كون كلا القواعد سواء القواعد ذات التطبيق الضروري أو قواعد التنازع تسعى إلى تحقيق و ضمان و ضمان المصالح الاجتماعية و الاقتصادية، و هذه الغاية ليست ميزة محتكرة لأي واحدة منهما دون الأخرى، و لكن الفرق موجود في الدرجة، ومسألة تحديد هذه الأخيرة يتوجب على القاضي فحص كل حالة تعرض عليه على وجه الاستقلال<sup>3</sup> .

<sup>1</sup>-بلاق محمد، مرجع سابق، ص. 69.

<sup>2</sup>- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دار الناهضة العربية، (د.م.ن)، 2002. ص. 42.

<sup>3</sup>- قريقر فتيحة، مرجع سابق، ص. 104.

## الفرع الثاني

### معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري

اختلف الفقه حول المعيار الواجب إتباعه من أجل تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري لهدف الوصول إلى المعيار الذي يكشف عن الأسباب التي من أجلها تفرض هذه القواعد تطبيقها على العلاقات التعاقدية الدولية.

نتعرض فيما يلي لأهم المعايير التي قيل بها في هذا الصدد، المعيار الشكلي (أولاً)، المعايير الفنية (ثانياً)، المعيار الغائي (ثالثاً) و أخيراً المعيار العقلاني (رابعاً).

#### - أولاً المعيار الشكلي:

حسب أنصار هذا العيار إما أن يقوم المشرع بالإفصاح صراحة على أن قاعدة قانونية معينة تدخل ضمن القواعد ذات التطبيق الضروري و ذلك بوضع دلالات عن طريق نص تشريعي أين يبين فيه النطاق المكاني لسريان القاعدة القانونية، و القاضي بدوره يكون ملزم الرضوخ و الامتثال لها و استبعاد قاعدة الإسناد.

هذا التحديد المكاني الذي يقوم المشرع بالإفصاح عنه قد يكون إما بالعودة إلى مقر الإقامة أو الموطن، أو محل تنفيذ العمل، أو محل إصدار السند، أو جنسية الشركة المصدرة له، فالتحديد المكاني لهذه القواعد دليل على الأهمية التي يتمتع بها القانون الوطني .

و إما أن يقوم المشرع بتجاوز النطاق المكاني على نحو أوسع القانون و تطبيقه على العلاقات القانونية بحيث يتجاوز النطاق الذي قد تصل إليه قواعد التنازع في حال إعمالها<sup>1</sup> ، و المثال على ذلك المادة 10 من ق.م.ج حيث ورد في فقرتها الأخيرة:

<sup>1</sup>- فريقر فتيحة، مرجع سابق، ص. ص. 120-123.

" غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاط في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري".<sup>1</sup>

ضف إلى ذلك المادة 13 من نفس القانون التي تنص:

" يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11-12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج".<sup>2</sup>

أما المشرع المصري فقد نص في المادة 14 من قانونه المدني:

" في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج، يسري القانون المصري وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج".<sup>3</sup>

و أما المادة 16 من القانون الفرنسي لسنة 1966 المتعلق بعقود استأجر السفن و النقل البحري فقد نصت على:

" تطبقها على كل العقود التي تتم من و إلى ميناء فرنسا و التي لا تخضع لاتفاقية دولية تكون فرنسا طرفا فيها، و في كل الأحوال على عمليات النقل التي تخرج عن نطاق تلك الاتفاقية".<sup>4</sup>

من خلال المواد السالفة الذكر يفهم منها أن قواعد التطبيق الضروي هي الأولى للتطبيق.

لكن هذا المعيار تعرض إلى عدة انتقادات أبرزها مثلا تلك القواعد التي نص عليها المشرع الفرنسي في القانون المدني في المادة الثالثة منه و في فقراتها الثانية و الثالثة و التي اعتبرت من

<sup>1</sup> - المادة 10 من أمر رقم 58/75، يتضمن ق. م ج، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - المادة 13، مرجع نفسه.

<sup>3</sup> - المادة 14 من ق. م. م، المشار إليه على الموقع الإلكتروني، [www.eastlaws.com<al-kanoun-el-madani](http://www.eastlaws.com<al-kanoun-el-madani)

<sup>4</sup> - المادة 16 من القانون الفرنسي لسنة 1966 الخاص بعقود استأجر السفن و النقل البحري :

Art 16 de)- loi n°66-420 « Le présent titre est applicable le aux transports, effectués au départ ou à destination d'un port français, qui ne sont pas soumis à une convention internationale a la quelle la France est partie, et en tous cas aux opérations de transporte qui sont hors de champ d'application d'une telle convention. / Abrogé par l'ordonnance n° :2010-1307 du 28 octobre 2010.

قواعد البوليس و في حقيقة الأمر ليست كذلك، لأن المشرع الفرنسي أضفى عليها طابعاً مزدوجاً بمعنى أن أهلية الفرنسيين تخضع القانون الفرنسي حتى ولو كانوا مقيمين في الخارج، أي أهلية الأجانب المقيمين في فرنسا تخضع لأهلية جنسيتهم<sup>1</sup>، ولهذا أعتبر هذا المعيار أنه يتسم بالقصور كونه لا يؤدي إلى إفرز القواعد ذات التطبيق الضروري عن غيرها من القواعد، و بالتالي يعتبر تبني المشرع للمعيار الشكلي لا يعد كافياً.<sup>2</sup>

### – ثانيا المعايير الفنية:

هذه المعايير تتشكل من معيار الإقليمية و معيار النظام العام

#### أ- معيار الإقليمية:

مفاد هذا المعيار أن صفة الإقليمية تنسب إلى كل قاعدة قانونية اعتبرها القاضي من قانونه الوطني، و بالتالي فهو ملزم بتطبيقها على كل المسائل و العلاقات القانونية التي تتم في حدود إقليم دولته سواء كان ذلك ما يتعلق بالأشخاص أو بالأموال دون منح أي اعتبار للقاعدة الأجنبية. و هذا يعني أن القواعد ذات الطبيعة الإقليمية لقانون القاضي هي من قواعد التطبيق الضروري التي يكون أمر تطبيقها محتوم.<sup>3</sup>

لكن هذا المعيار أيضا تعرض للانتقاد كسابقه حيث أنه لا يصلح الاعتماد عليه لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري، فهناك بعض القواعد التي اعتبرت إقليمية كما هو الحال مع موقع المال لكن ليس من القواعد السالفة الذكر، و على العكس من ذلك أين يمكن أن تكون قاعدة قانونية ليست من القواعد الإقليمية إلا أنها تعتبر من القواعد ذات التطبيق الضروري بالرغم من أنها ممتدة. و هذا ما أبقا على المعيار الإقليمي عاجزا عن الكشف عن قواعد البوليس و هذا

<sup>1</sup> هشام علي صادق، رجع سابق، ص. 845.

<sup>2</sup> عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص. 307-

308.

<sup>3</sup> يونس صلاح الدين و وسام محمد خليفة: (القانون واجب التطبيق على إصابات العمل و الأمراض المهنية ضمن نطاق عقد العمل الدولي)، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية و السياسية، المجلد 4، العدد 15، ص. 42.



بسبب غموض فكرة الإقليمية من جانب و من جانب آخر عدم إمامها بحقيقة القواعد ذات التطبيق الضروري.<sup>1</sup>

### ب - معيار النظام العام :

اعتبر بعض الفقهاء أن قواعد البوليس هي نفسها قواعد النظام العام و حجيتهم على ذلك هي أن القواعد ذات التطبيق الضروري اعتبرت كذلك كونها من النظام العام، أي أن تعلقها بالنظام العام هو الذي جعل من أمر تطبيقها ضروريا، ليس هذا فحسب و إنما أيضا لكون غايتها واحدة متمثلة في حماية المبادئ الأساسية، الاقتصادية و الاجتماعية في الدولة .

لهذا اعتبرت فكرة النظام العام هي المبرر الوحيد لتطبيق بعض القواعد الآمرة في قانون القاضي أمر ضروري رغم اختصاص قانون أجنبي آخر.<sup>2</sup>

انتقد هذا المعيار كون اعتبار قواعد التطبيق الضروري من النظام العام يعني كل القواعد الآمرة الموجودة في الدولة و التي تعتبر من النظام العام تدخل ضمن القواعد ذات التطبيق الضروري، وهو ما يؤدي إلى خروجها من نهج تنازع القوانين و بالتالي النتيجة هي تعطيل هذه الآلية من التطبيق.<sup>3</sup>

### - ثالثا المعيار الغائي:

هذا المعيار يستند على فكرة الغاية المرجوة تحقيقها أثناء تطبيق القاعدة القانونية، و هذه الأخيرة في القانون الدولي تتسم بخاصيتين الأولى تتعلق بالامتداد، أي تتعدى حدود الدولة في التطبيق، أما الثانية فهي الإقليمية و التي يقصد منها أن كل الأشخاص المتواجدين على الإقليم الوطني يخضعون لهذه القاعدة.

<sup>1</sup> - عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص. 307-308.

<sup>2</sup> - يونس صلاح الدين و وسام محمد خليفة، مرجع سابق، ص. 41.

<sup>3</sup> - عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص. 312.

حسب هذا المعيار لكل قانون له غاية اجتماعية تعتبر هدف له سواء كانت مصلحة خاصة أو عامة، فإذا كانت المصلحة خاصة فتطبيقها يتعدى الحدود الإقليمية كالأهلية مثلا، أما إذا كانت المصلحة العامة هي الغاية المستهدفة فتطبيق القاعدة القانونية ينحصر على التراب الوطني كالعقارات، و هذا النوع الأخير فقط من يعتبر من القواعد ذات التطبيق الضروري.<sup>1</sup>

لكن حتى هذا المعيار لم يسلم من النقد لأنه اقتصر فقط على أعمال قواعد البوليس في دولة القاضي و فقط، و هذا ما جرد هذه القواعد من خصائصها الذاتية و هي الصلة العقلانية التي تربط بين المضمون و الأهداف مع نطاق سريانها.<sup>2</sup>

#### - رابعا المعيار العقلاني (معيار الصلة):

يرى أنصار هذه الفكرة أن المعايير السالف ذكرها غير صالحة للكشف عن قواعد البوليس، فهم أسلموا بفكرة أن الرابطة أو الصلة العقلانية التي تجمع بين مضمون القاعدة و أهدافها من جهة و نطاق تطبيقها من جهة أخرى هي المعيار الأنسب للاعتداد عليه للكشف عن طبيعتها بوصفها من قواعد التطبيق الضروري.<sup>3</sup>

فقواعد التطبيق الضروري لا تنحصر على تحديد القاضي لها و اعتماده على قواعد الإسناد الوطنية، و إنما تمتد أيضا للقواعد الأجنبية التي لا تنتمي إلى القانون الذي خولت قواعد الإسناد الاختصاص.<sup>4</sup> نجد أن اتفاقية روما أكدت على هذا الطرح من خلال المادة 7 فقرة 1 لسنة 1980 نصت على ما يلي:

" عند تطبيق قانون بلد معين بمقتضى هذه الاتفاقية فإنه يجوز الاعتداد بالنصوص الآمرة في قانون بلد آخر يرتبط بالمركز المطروح برابطة وثيقة، و ذلك فيما لو كانت هذه النصوص واجبة التطبيق بمقتضى قانون البلد الذي تنتمي إليه بصرف النظر عن قانون العقد، و للاعتراف

<sup>1</sup> - يونس صلاح الدين، مرجع سابق، ص. 40.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص. 881.

<sup>3</sup> - مرجع نفسه، ص. ص. 881-882.

<sup>4</sup> - فريقر فتيحة، مرجع سابق، ص. 133.

بمدى الآثار التي ستمنح لهذه النصوص يجب الاعتداد بطبيعتها و موضوعها و كذلك النتائج المترتبة عن تطبيقها أو عدم تطبيقها.<sup>1</sup>

هذه الاتفاقية منحت للقاضي سلطة التأكد من توافر الصلة بين مضمون القاعدة القانونية و أهدافها و نطاق سريانها، و هذا ما ميز المعيار العقلاني للكشف عن القواعد ذات التطبيق الضروري.<sup>2</sup>

## المطلب الثاني

### مدى التزام هيئة التحكيمية بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري

كما أشرنا سابقا أن المحكم ليس له قانون اختصاص داخلي، فكافة القوانين تكون أجنبية بالنسبة إليه، و المحكم يستمد سلطاته من إرادة الأطراف، و بالتالي فهو كمبدأ عام لا يملك الخروج عن هذه الإرادة من جهة، كما يجب عليه أن يحترم توقعات الأطراف التي تقضي تطبيق هذه القواعد، التي يتوقع هؤلاء تطبيقها من جهة أخرى .

تطبيق المحكم لهذه القواعد يجعله مثل القاضي الوطني عند حمايته للمصالح العامة، في حين أن مهمته تقتصر على حماية المصالح الخاصة للأفراد. و قد أصطلح على تطبيق المحكم لهذه الأخيرة عبارة " وكأنها الضريبة التي يدفعها المحكم لضمان تنفيذ حكمه"، ما يدفع المحكم الحرص على تطبيقها، فبالتالي عدم تطبيق المحكم لهذه القواعد التي تحمي المصالح الأساسية للدولة من شأنه جعل المنازعات التي تمس الموضوع غير قابلة للتحكيم من قبل قاضي الدولة، على الرغم من الثقة التي تمنحها المحاكم القضائية للمحكمين.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - نقلا عن: قريقر فتيحة، مرجع سابق، ص. 134.

يرى الأستاذ محمود محمد ياقوت في هذه المسألة " أن هذا المعيار يعد أساسا كافيا للكشف عن قواعد البوليس الأجنبية التي لا تنتمي للقانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد، الأمر الذي يبرر تطبيقها على العلاقة العقدية المطروحة و التي تتصل بها هذه القواعد اتصالا يراه القاضي و وثيقا ". راجع حول الموضوع: كتاب محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة و قواعد البوليس ضرورية التطبيق: (دراسة تحليلية و تطبيقية)، دار الفكر الجامعي، 2003. ص. 103.

<sup>2</sup> - طرح البحور عي حسن، تدويل العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006. ص. 244.

<sup>3</sup> - جارد محمد، مرجع سابق، ص. 100.

للهيئة التحكيمية عند تطبيقها لقانون الإرادة السلطة في استعاد القانون واجب التطبيق إذا تعلق الأمر بمخالفة القواعد الآمرة، و بناء على ما تقدم سنتعرض إلى دراسة أعمال هيئة التحكيم للقواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية لقانون العقد ( الفرع الأول)، ثم نتعرض إلى أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية عن قانون العقد(الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### إعمال هيئة التحكيم للقواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية إلى قانون العقد

لا يثير تطبيق المحكم للقواعد ذات التطبيق الضروري التي ينتمي إليها قانون العقد سوى مشكلة قابلية التطبيق، و حسب رأي جانب من الفقه أن تطبيق المحكم لهذه الأخيرة يكون تحت تحفظ عدم تعارضها مع النظام العام الدولي الذي يفرض احترامه على المحكم<sup>1</sup> بالإضافة إلى ما يضطر إليه من احترام النظام العام في الدولة التي يتوقع فيها تنفيذ حكمه رعاية لمبدأ الفعالية<sup>2</sup>.

فعلى سبيل المثال نجد أن المحكم قد استبعد القواعد ذات التطبيق الضروري المتعلقة بالحظر الاقتصادي على إسرائيل في قرارات الجامعة العربية لمخالفتها النظام العام الدولي، فحسب رأي المحكم أن تطبيق هذه الأخيرة يقوم على التمييز العنصري و الديني و العرقي<sup>3</sup> فعلى الرغم من أن الأطراف هي التي اختارت قانون العقد الذي تنتمي إليه القواعد ذات التطبيق الضروري لحل النزاع إلا أن المحكم قام باستبعادها.

من أمثلة القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا يجوز المساس بها نجد: قوانين المنافسة، القوانين الجمركية، القوانين المتعلقة بالصرف و النقد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - رأي الأستاذ: "Y.Derains" المشار إليه في كتاب أشرف عبد العليم الرفاعي، ص. 621.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص. 1006.

<sup>3</sup> - جارد محمد، مرجع سابق، ص. 100.

<sup>4</sup> - مرجع سابق، ص. 101.

تدخل القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون العقد تجعل هيئة التحكيم تعالج هذه المسألة بطريقة مختلفة بحسب ما إذا كان الأطراف هم الذين اختاروا هذا القانون (أولاً)، أو أن المحكم هو الذي اختاره (ثانياً).

#### – أولاً تحديد قانون العقد من قبل الأطراف:

إن المحكم يستمد سلطاته من إرادة الأطراف، وبالتالي عندما يحدد أطراف العلاقة التعاقدية للقانون واجب التطبيق على عقدهم يكون ملزم بمراعاة القواعد ذات التطبيق الضروري لهذا القانون<sup>1</sup>، فما على المحكم سوى احترام تلك القواعد التي تنتمي إلى قانون العقد لأن أعمال هذه الأخيرة في هذا القانون لا يشكل مفاجأة للمتعاقدين و لا يدخل بتوقعاتهم المشروعة<sup>2</sup> بالطبع مع إمكانية رفض المحكم إعطاء أثر للقواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الذي اختاره الأطراف في حالة تعارضه مع النظام العام الدولي كما أشرنا إليه في المثال السابق.

فلو افترضنا وجود عقد دولي بين طرفين، و أن الطرفين بدلا من اختيار القانون السويسري مثلا اختاروا القانون الألماني، و حددوا بدقة أن اتفاهم لا يخضع لقانون المنافسة للمجموعة الأوروبية.<sup>3</sup> هنا هل يجوز للمحكم عدم تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري بحجة أن الأطراف قد اختاروا القانون الألماني اختيارا جزئيا كقانون للعقد، و استبعدوا جزء أو بعض من القواعد ذات التطبيق الضروري في هذا القانون؟.

حسب رأي جانب من الفقه تكون الإجابة في هذه الحالة بالنفي، كون أن الهدف من القواعد ذات التطبيق الضروري هو ضبط العملية التعاقدية، و لا يعتمد في ذلك بالضرورة على قانون العقد يتعارض مع النظام العام الداخلي.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> – أيت حبيب نبيلة و بوعلاق سلوى، مرجع سابق، ص. ص. 83-84.

<sup>2</sup> – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص. ص. 1011.

<sup>3</sup> – جارد محمد، مرجع سابق، ص. 102.

<sup>4</sup> – رأي الأستاذ " Y.Derains " مشار إليه في كتاب ، أشرف عبد العليم الرفاعي، ص. 625.

يرى جانب آخر من الفقه أنه عندما يتفق الأطراف على استبعاد القواعد ذات التطبيق الضروري ينبغي على المحكم في هذه الحالة أن يعلن عدم اختصاصه.<sup>1</sup>

الجدير بالذكر أن قضاء التحكيم يرفض منح الأطراف سلطة استبعاد القواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية إلى قانون العقد، و لا شك أن هذا القضاء يخول الأطراف حرية اختيار القانون واجب التطبيق، كما يقوم بدور الاختيار التنازعي للقواعد القانونية واجبة التطبيق، و بذلك فإنه لا يجوز عند اتفاق الأطراف على تطبيق قانون داخلي معين أن يخالف القواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية إلى ذلك القانون.<sup>2</sup>

فلو افترضنا أن أطراف العلاقة التعاقدية قاموا بتجزئة العقد من حيث تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، و هذه الإمكانية قائمة في ظل ما توصل إليه فقه القانون الدولي الخاص، و كذا مختلف التشريعات في القانون المقارن.<sup>3</sup> إلا أن استعمال هذا الحق يتقيد بضرورة مراعاة القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون المختار من قبل الأطراف كما أشرنا إليه سابقا هنا يجب أن نميز بين حالتين :

الأولى إذا كان سبب اختيار قانون دولة معينة يكون واجب التطبيق على أحد أجزاء العقد هو التهرب من بقية القواعد الآمرة التي تنتمي إلى هذا القانون، هنا يجب على المحكم إعمال هذه القواعد فيقضي بذلك على هذه الإرادة حتى لا تجد مجالا للغش و التحايل.<sup>4</sup>

أما الثانية إذا كانت القواعد القانونية المراد استبعادها من التطبيق في القانون المختار من قبل الأطراف هي قواعد مكملة،

<sup>1</sup> رأي الأستاذ «Jean Christoph» مشار إليه في كتاب أشرف عبد العليم الرفاعي، ص. 626.

<sup>2</sup> نادر محمد محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، ط2، منشأة المعارف الإسكندرية، 2000، ص. 500.

<sup>3</sup> عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص. 341.

<sup>4</sup> أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، النسر الذهبي للطباعة، الإسكندرية، 2003، ص. 90.

هنا ليس على المحكم تطبيقها كونها تتعلق بمصالح أطراف العلاقة التعاقدية.<sup>1</sup>

### - ثانياً تحديد قانون العقد من قبل المحكم:

تجد القواعد ذات التطبيق الضروري مجالاً لتطبيقها في حالة غياب اختيار القانون واجب التطبيق من قبل الأطراف، و يتولى المحكم بنفسه تحديد القانون واجب التطبيق، فتكون قواعد هذا الأخير واجبة التطبيق، و لعل أول مظاهر خصوصية المسألة أن المحكم ليس له قانون اختصاص داخلي. ما يعني أن كافة القواعد ذات التطبيق الضروري تعد في حكم القواعد الأجنبية بالنسبة للمحكم<sup>2</sup> الأمر الذي يزيد من صعوبة المشكلة المترتبة على النزاع من هذه القواعد فيما لو طرحت أمام هيئة التحكيم<sup>3</sup> باعتبار أن كل القوانين التي لها علاقة بالعقد تكون ممكنة التطبيق.

ليس من الغريب أن يطبق المحكم قوانين البوليس مباشرة دون البحث عن علاقتها بقانون العقد<sup>4</sup> و يبرز أن المحكم وضع قوانين البوليس لقانون العقد في نفس المستوى مع قوانين البوليس الممكنة التطبيق على اتفاق الأطراف<sup>5</sup>.

إن إعمال هيئة التحكيم القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون العقد قد يؤدي إلى إبطال الشروط العقدية المخالفة لها، و لهذا فإنهم لم يترددوا في إبطال سعر الفائدة بما يزيد عن الحد المقرر في قاعدة البوليس التي تنتمي للقانون واجب التطبيق.<sup>6</sup>

إن تدخل قوانين البوليس في النظام العام القانوني الذي يحكم العقد التجاري الدولي لا يشكل صعوبة في الممارسة العملية، فبالتالي على المحكم أن يتحقق من القانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي من ثم إعمال قوانين البوليس في هذا القانون، لأن تطبيقها لا يشكل

<sup>1</sup> - عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص. 342.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص. 1029.

<sup>3</sup> - جارد محمد، مرجع سابق، ص. 102.

<sup>4</sup> - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص. 1030.

<sup>5</sup> - مرجع نفسه، ص. 1031.

<sup>6</sup> - عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص. 341.

مفاجأة للمتعاقدين<sup>1</sup> من جانب و نيل ثقة الدول في التحكيم التجاري الدولي باعتباره وسيلة تحترم القواعد الداخلية ذات الطبيعة الآمرة من جانب آخر، الأمر الذي يؤدي من الناحية العملية إلى إصدار تشريعات وطنية مشجعة للتحكيم التجاري الدولي، و التشجيع للانضمام إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا التحكيم.<sup>2</sup>

## الفرع الثاني

### إعمال هيئة التحكيم القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية عن قانون العقد

ثار جدال فقهي بشأن مدى إمكانية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي إلى قانون العقد، ففي الوقت الذي ظهر فيه اتجاه فقهي يرفض إعمال هذه القواعد في اختيار القانون واجب التطبيق (أولاً)، ظهر اتجاه ثاني يشجع إعمال هذه القواعد كلما كانت لها علاقة بالعقد (ثانياً).

### - أولاً الاتجاه الرافض لإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي إلى قانون العقد:

اتفق كل من الفقه و القضاء التقليدي على اتخاذ موقف رافض حول إعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري، بل حتى أن الكتابات الفقهية حول هذا الموضوع تنسم بالندرة مستندين في ذلك إلى طبيعة هذه القواعد التي تنسم بالإقليمية و أنها من القوانين السياسية التي لا يمتد سريانها خارج إقليم الدولة المصدرة لها.<sup>3</sup>

إلى جانب سبب آخر و هو أن المحكم غير ملزم بمعرفة و حماية هذه القواعد التي تنتمي إلى أنظمة قانونية مختلفة، و إنما فقط يتولى احترام مبدأ سلطان الإرادة حتى و لو على حساب هذه

<sup>1</sup> - جارد محمد، مرجع سابق، ص. 103.

<sup>2</sup> - عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، مرجع سابق، ص. 342.

<sup>3</sup> - أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص. 100.



القواعد<sup>1</sup>. فيلتزم المحكم بمبدأ تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف و أحيانا أخرى يكون هذا الأخير كافٍ بالنسبة له لاستبعاد قوانين البوليس الأجنبية عن هذا العقد<sup>2</sup>.

كذلك أخذت بهذا الاتجاه بعض الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم، فقامت برفض تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون آخر غير قانون العقد، و يرجع ذلك لأسباب متعددة أبرزها حماية توقعات الأطراف باعتبار أن القانون الذي يختاره الأطراف يتطابق مع توقعاتهم المشروعة بما في ذلك قوانين البوليس في هذا التشريع مع استبعاد أي قانون آخر قد يفرض نفسه لحكم العقد<sup>3</sup>. فبالتالي الابتعاد عن إمكانية تنازع القانون المختار مع قانون بوليس لا ينتمي إلى نفس النظام القانوني كون أن الأطراف لا تتحقق توقعاتهم المشروعة في تطبيق قانون آخر أجنبي عن القانون المختار.

هذا ما يتبين بصورة واضحة في الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة 1955 و الذي ينص على ما يلي:

" في التجارة الدولية من المهم جدا أن تقدم القواعد نتائج متوقعة، أن تستجيب للتوقع المشروع للأطراف و أن تقدم وزنا للعادات السائدة في السوق الدولية،

تعتبر الهيئة أن المنهج المؤسس على المصالح الوطنية سيعتبر غير ملائم في ذلك المحيط"<sup>4</sup>.

ففي عقد بين بنك سويسري و شركة برتغالية، منح قرض بالدولار الأمريكي، و يخضع هذا الأخير للقانون الانجليزي على أن يجري التحكيم في مدينة زيونخ السويسرية، فلم تسدد الشركة

<sup>1</sup> - عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، مرجع سابق، ص. 343.

<sup>2</sup> - جارد محمد، مرجع سابق، ص. 103.

<sup>3</sup> - عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، مرجع سابق، ص. 343.

<sup>4</sup> - نقلا عن عيد عبد الحفيظ، مرجع نفسه، ص. 344.

البرتغالية مبلغ القرض بحجة أنها لم تحصل على الترخيص بتحويل المبلغ من سلطات النقد البرتغالية<sup>1</sup>.

نلاحظ في هذا المثال أن كل من القانونين السويسري و البرتغالي أجنيان عن قانون العقد (القانون الانجليزي)، هل يستطيع المحكم الأخذ بعين الاعتبار قانون البوليس البرتغالي على الرغم من أن القانون الانجليزي هو الواجب التطبيق على عقد القرض؟

إن المدين البرتغالي الذي تمسك برفض السلطات البرتغالية السماح له الأخذ بتحويل مبلغ القرض لكي يبرز تخلفه عن الوفاء، فهو لم يطلب من المحكم تطبيق قانون البوليس البرتغالي كأساس لهذا الرفض، و إنما كل ما يريده هو أن يأخذ المحكم بعين الاعتبار هذا القانون على الرغم أن العقد يخضع للقانون الانجليزي<sup>2</sup>.

بالتالي المحكم لا يستطيع تطبيق القاعدة البرتغالية و ذلك بالنظر إلى طبيعتها كونها قاعدة من قواعد النظام العام البرتغالي، فكل ما يستطيع عمله هو أن يأخذ بعين الاعتبار هذه القاعدة و ذلك لاستخلاص النتائج القانونية، ففي هذه الحالة يجب على المحكم تطبيق القاعدة الانجليزية، أي أعمال قوانين البوليس في القانون الانجليزي المختار، باعتبار أن قوانين البوليس التابعة للقانون المختار تكون لها الأولوية على سائر قوانين البوليس الأجنبية، لأن الأطراف بصيرة بهذا القانون، و بالتالي من المستحيل أن تخل بتوقعاتهم المشروعة<sup>3</sup>.

الملاحظ أن غالبية أحكام المحكمين تفضل تطبيق القانون الذي يتوقعه الأطراف، و بالتالي أعمال المحكمين قواعد البوليس التي تنتمي إلى قانون العقد، فلا مجال لتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون ليس مختص بمقتضى إرادة الأطراف، أو تم تعيينه من قبل هيئة التحكيم تماشياً مع الاعتبارات التي يقوم علي التحكيم التجاري الدولي الذي يسعى إلى إقامة عادلة فعالة أساسها إرادة الأطراف لغرض تشجيع المعاملات التجارية الدولية

<sup>1</sup> - أ شرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص. 98.

<sup>2</sup> - مرجع نفسه، ص. 120.

<sup>3</sup> - جارد محمد، مرجع سابق، ص. 103.

## – ثانياً الاتجاه المؤيد لإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي إلى

### قانون العقد:

على خلاف الاتجاه السابق، يرى جانب من الفقه أنه من غير المنطق التسليم بالرفض المطلق لإعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري خاصة و أن الأمر يتعلق بمصالح الأطراف التي تحميها القواعد ذات التطبيق الضروري حتى و إن كانت منتمية إلى قانون أجنبي و ليس الإذعان لإرادة المشرع الأجنبي<sup>1</sup> .

كما يرى جانب آخر أن إعمال هذه القواعد يقود إلى خطوة أساسية مفادها التنسيق الدولي للحلول، الأمر الذي سيؤدي إلى الاعتراف و تنفيذ الأحكام الأجنبية، مثلاً إذا كانت محاكم الدول التي أصدرت هذه القواعد لا تتردد في تطبيقها تطبيقاً مباشراً و افترضنا رفض محاكم الدول الأخرى إعمال نفس القواعد فإن هذا سيؤدي حتماً إلى اختلاف الحلول بحسب المحكمة التي سيطرح عليها النزاع، و بالتالي رفض محاكم الدولة التي صدرت عنها قواعد البوليس تنفيذ الأحكام الأجنبية التي لم تطبقها، ما يؤدي في نهاية المطاف إلى الإخلال باليقين القانوني المتطلب في علاقات التجارة الدولية<sup>2</sup> .

كذلك خلافاً للأحكام السابقة اتجهت بعض أحكام الهيئات التحكيمية التي تطبق قواعد البوليس التي لا تنتمي إلى قانون العقد، فبالتالي يقع على عاتق المحكم ضرورة احترام هذه القواعد الأمرة المتمثلة في القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون له صلة بالعقد حتى لا يفتح نضام التحكيم مجالاً لتعدي على هذه القواعد، و إن كانت قد حرصت على ربطه بالاحترام المتطلب لتوقعات الأطراف<sup>3</sup> .

في هذا الإطار تولت غرفة التجارة الدولية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري السائدة في دولة مقر تنفيذ العقد و ذلك لضمان الاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية، من ذلك الحكم الصادر عنها

<sup>1</sup> – أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص. 103.

<sup>2</sup> – المرجع نفسه، ص. ص. 104-105.

<sup>3</sup> – عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، طرق تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ص. 344.

عام 1973، و الذي طبق قواعد البوليس لقانون دولة تنفيذ العقد رغم خضوع الرابطة العقدية لقانون آخر في إطار منهج التنازع. جاء في الحكم ما يلي:

" و ما دام العقد يسري تنفيذه في كل من لبنان و سوريا و الأردن فإن المؤكد أن المستورد اللبناني كان سيحترم قوانين البوليس في الدولة المستوردة، و من ثم لا يصح للمصدر الياباني الادعاء بأنه يجوز التمسك بهذه القوانين في مواجهته".

أضاف الحكم أن: " كل تاجر يبيع منتجاته في دولة أخرى عليه أن يحترم قواعد البوليس السارية في هذه الدولة الأخيرة، و هو لا يملك الادعاء بجهل هذه القواعد أو عدم الخضوع للقواعد الخاصة بالاستيراد في هذه الدولة، خاصة لو كانت هذه القواعد سارية عند إبرام

العقد"<sup>1</sup>.

لم تكن الاتفاقية الدولية بعيدة هي الأخرى عن الساحة، فلقد أكدت المادة 1/7 من اتفاقية روما لسنة 1980 موقف الفقه الحديث الذي أيد مبدأ أعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري و التي نصت على ما يلي:

" عند تطبيق قانون بلد معين بمقتضى هذه الاتفاقية فإنه يجوز الاعتداد بالنصوص الآمرة في قانون بلد آخر يرتبط بالمركز المطروح برابطة وثيقة و ذلك فيما لو كانت هذه النصوص واجبة التطبيق بمقتضى قانون البلد الذي ينتمي إليه بصرف النظر عن قانون العقد. و للاعتراف بمدى الآثار التي ستمنح لهذه النصوص يجب الاعتداد بطبيعتها و موضوعها و كذلك النتائج المترتبة على تطبيقها أو عدم تطبيقها"<sup>2</sup>.

كذلك نجد اتفاقية لاهاي لسنة 1978 في شأن القانون واجب التطبيق على الوساطة و التمثيل التجاري تنص في مدتها 17 على أنه:

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص. 1028.

<sup>2</sup> - محمود محمد ياقوت، المرجع السابق دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص. 109.

" عند تطبيق هذه الاتفاقية فإنه يجوز الاعتداد بالنصوص الآمرة لكل دولة ترتبط بالمركز المطروح برابطة جدية و ذلك فيما لو كانت هذه النصوص يجب تطبيقها وفقا لقانون تلك الدولة أيا كان القانون الذي عينته قواعد التنازع فيها"<sup>1</sup>.

إشارة فقط أن نطاق تطبيق اتفاقية لاهاي يتحدد بنوعية معينة فقط من العقود، و هي عقود الوساطة و التمثيل التجاري.

إلى جانب هذا رغم أن كلا الاتفاقيتين استعملتا عبارة القواعد الآمرة التي تريد الانطباق و التي لا تشكل جزء من القانون واجب التطبيق أصلا، ما يعني أن هذه القواعد تعني كافة القواعد ذات التطبيق الضروري، إلا أن الفقه أكد أن المقصود بها هي قواعد البوليس فقط<sup>2</sup>.

الملاحظ أن كلا من الاتفاقيتين اشترطتا أن تكون هذه القواعد على صلة بالمركز المطروح حسب تعبير اتفاقية روما، أو علا صلة جدية بهذا المركز حسب تعبير اتفاقية لاهاي، ما يعني أن كلا الاتفاقيتين قد حولتا للقاضي في ظل مبادئ القانون الدولي الخاص تقدير مدى عقلانية الصلة بين مضمون القاعدة التي تريد الانطباق و أهدافها من ناحية، و نطاق سريانها كما حددها المشرع الأجنبي من ناحية أخرى، مع العلم أنه بالنسبة لاتفاقية روما قد وضعت عدة موجّهات للقاضي يستعين بها في اتخاذ قراره بشأن إعمال قواعد القاضي التي لا تنتمي للقانون المختص و المذكورة سلفا<sup>3</sup>.

كما أقر كذلك بهذا الاتجاه مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده عام 1970 بمدينة " فايسبادن" الذي أكد أن القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة تنازع القوانين لا يشكل عقبة في سبيل تطبيقه مع احترام فقط التحفظ الخاص بالنظام العام، و بالتالي فإعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري قد يصطدم مع النظام العام في دولة القاضي وفقا للمعنى المقصود في مجال

<sup>1</sup> - نقلا عن: محمود محمد ياقوت، مرجع نفسه، ص. 1080.

<sup>2</sup> - Jean Christophe Pammier , Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé, conventionnel thèse, paris, 1992, p.221.

<sup>3</sup> - محمود محمد ياقوت، مرجع سابق ص. 160.

القانون الدولي الخاص، الأمر الذي سيؤدي إلى ضرورة استبعاد هذه القواعد لصالح قانون القاضي وفقا لما يراه الفقه الغالب<sup>1</sup>.

إن رفض المحكم تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي إلى قانون العقد مبالغ فيه خاصة أمام التوجهات الحديثة لمختلف السياسات التشريعية للدول التي زاد تدخلها في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية<sup>2</sup>، و الوسيلة المعتمدة في هذا الشأن هي القاعدة الآمرة التي تطبق على كل العلاقات بغض النظر إن كانت وطنية أم دولية التي تدخل في مجال سريانها، فبالتالي غلق المجال أمامهم للنصب و التحايل عن أحكام القواعد الآمرة في القوانين التي لها صلة بالعلاقة العقدية<sup>3</sup>.

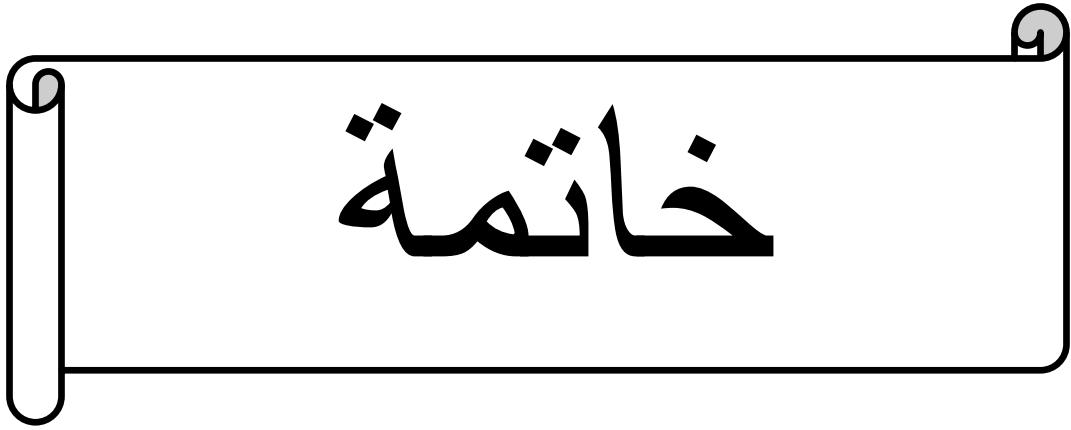
إذ كان المحكم ملزم بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون العقد، كذلك يقع على عاتقه تطبيق تلك التي تنتمي إلى قانون آخر غير قانون العقد في الحالة التي لا يشكل فيها هذا الأخير اعتداء على توقعات الأطراف، و من القواعد التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار هي القواعد التي تنتمي إلى قانون الدولة التي سينفذ فيها حكم التحكيم، فعدم التقيد بهذه القواعد سيؤدي حتما إلى عدم الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، 107.

<sup>2</sup> - عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص. 345.

<sup>3</sup> - محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص. 103.

<sup>4</sup> - عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص. 345.



من خلال معالجتنا للقانون واجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي في شقه الموضوعي يتضح لنا أن التحكيم التجاري الدولي هو القضاء الأصيل للعقود الدولية بصفة عامة و المعاملات التجارية بصفة خاصة، حيث تعتبر مسألة القانون واجب التطبيق من أهم المسائل الضرورية التي تستوجب التدقيق فيها.

كما يتبين لنا أن الحرية الممنوحة لأطراف العلاقة التعاقدية هي نفسها المخولة لهيئة التحكيم ، ف نجد أغلب الاتفاقيات الدولية و كذا التشريعات الوطنية السالفة الذكر تؤكد ذلك، فهذه الحرية منحت للمحكم في حال غياب الاتفاق حيث تتسع سلطته في هذا المجال إلى اتخاذ قوانين وطنية لمعالجة النزاع و غير الوطنية المتمثلة في قواعد التجارة الدولية.

فحسب رأينا فإن هذا من شأنه تمكين هيئة التحكيم الانحياز إلى اختيار قانون معين لاعتبارات معينة، الأمر الذي يتيح فرصة التآمر مع أحد الأطراف في تطبيق القانون الذي يراه مناسباً ويخدم مصالحه الذاتية، فيتخذ كقانون ليطبقه على المسائل الموضوعية الأمر الذي يؤدي إلى الإهدار بفكرة العدالة و الابتعاد عن تحقيقها.

استناداً إلى ما سبق، نجد أن المشرع الجزائري قد كرس مبدأ سلطان الإرادة بصفة واسعة في اختيار القانون واجب التطبيق، و ذلك بمنح الأطراف الحرية الواسعة لاختيار القواعد القانونية التي تحكم موضوع نزاعاتهم، إلى جانب تكريسه استقلالية هيئة التحكيم في تحديد هذا الأخير لما له من سلطة واسعة في تطبيق قواعد القانون، فيكون المشرع الجزائري بهذا المعنى قد حرر هذه الأخيرة من الخضوع لأي منهج تنازعي، و حقق توازن بين إرادة الأطراف و سلطة هيئة التحكيم في أن واحد في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

إلا أن القانون المختار لحكم موضوع النزاع ليس بقانون مطلق ما يجعل الأطراف و هيئة التحكيم ملزمة بالأخذ بعين الاعتبار القواعد الأمرة التي لا يجوز مخالفتها، فالدولة لا تتدخل في قرارات هيئة التحكيم إلا إذا كان هناك مساس بالنظام العام ، حيث نجد أن المشرع الجزائري قد أدرج فكرة النظام العام الدولي في إطار التحكيم التجاري الدولي في القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي أشار إليها المشرع في المواد 1/1051 و 1056 ،



إلى جانب مراعاة القواعد ذات التطبيق الضروري، و الخروج عن هذه القيود يؤدي إلى عدم الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي، وبالتالي تلاشي فكرة التحكيم التجاري الدولي.

رغم تقييد إرادة الأطراف في بعض الجوانب، إلا أن ما نلاحظه في إطار المعاملات التجارية الدولية أن الناشطون فيها يفضلون اللجوء إلى هذا النوع من القضاء ليفصل في النزاع الذي يثور بينهم، كونه يتساير مع معطيات التجارة الدولية ذلك تجنباً للاصطدام بالعراقيل التي تقف عامة أمام القضاء العادي، فيبقى التحكيم الوسيلة الفعالة التي تساير التجارة الدولية و التي تضمن تحقيق عدالة فعالة عند الفصل في النزاع، لذا ينبغي إعادة النظر في الحرية المخولة لهيئة التحكيم حتى تمارس مهمتها بكل نزاهة.

كما ندعو الدول التي تتردد في مسألة الاعتراف بالتحكيم كوسيلة بديلة لتسوية النزاعات أن تسرع في تعديل قوانينها، و تعترف به لهدف تنشيط المعاملات التجارية الدولية و تشجيع الاستثمارات الأجنبية، مثلما فعلت الجزائر بإدخالها تعديلات على قوانينها و أدرجت التحكيم في إطارها.

كذلك ندعو المشرع الجزائري إلى اتخاذ موقف صريح فيما يتعلق بإرادة الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق و يبتعد عن الإرادة الضمنية، فإعمال هذه الأخيرة قد يوقع المحكم في سوء تقديرها.

كما ندعوه كذلك إلى فك الغموض عن فكرة النظام العام حيث نجد أنه اكتفى فقط بوضعه كقيد عام على الاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، و جعل مخالفة الحكم التحكيمي لنظام العام الدولي سببا للطعن بالبطلان و إمكانية إبطاله، و على هذا الأساس فإنه لا يمكن معرفة عناصر هذا الأخير و لا ماهيته، حيث كان من المفروض أن يدخل في هذا المفهوم عدة مسائل نذكر منها تحكيمية النزاع. كما أن المشرع الجزائري لم يميز بوضوح بين النظام العام الداخلي و الدولي، و ترك مهمة تقدير معنى و مضمون هذا الأخير للقاضي الوطني دون أن يخضعه في ذلك للرقابة، فندعوه في هذا الشأن إلى وضع و تقديم ضمانات و معايير موضوعية تمكن من إخضاعه للرقابة .

كما نقترح على أطراف الخصومة التحكيمية أن يختاروا المحكمين الذين تتوفر لديهم خبرة و كفاءة في مجال التحكيم التجاري الدولي، لأن حسن اختيار المحكمين يؤدي إلى إصدار حكم عادل.

# قائمة المراجع

أولا : بالعربية

ا. الكتب

- 1- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1981.
- 2- أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون واجب التطبيق على موضوع التحكيم و النظام العام في العلاقات الخاصة: (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- 3- أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، النسر الذهبي لطباعة، الإسكندرية، 2003.
- 4- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص: ( تنازع القوانين)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 5- إياد محمود بروان، التحكيم و النظام العام: ( دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- 6- تتاغو سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، ط1، دار الفكر العربي، ( د.م.ن.)، 1985.
- 7- جمال محمود الكردي، القانون واجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2000.
- 8- صنهوري مهند أحمد، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2005.
- 9- زعابي عبد العزيز محمد، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، (د.د.ن.)، (د.م.ن.)، 2013.
- 10- خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2002.
- 11- طرح البحور عي حسن، تدويل العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.

- 12- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين: ( دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- 13- عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 14- علي فيلاي، الالتزامات: ( النظرية العامة للعقد)، موضع للنشر، الجزائر، 2010.
- 15- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي: ( دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2008.
- 16- كولا محمد، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادية، الجزائر، 2008.
- 17- لزه بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية في القوانين المقارنة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2012.
- 18- مراد محمود المواجهة، التحكيم في عقود ذات الطابع الدولي: (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، القاهرة، 2010.
- 19- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2004.
- 20- نادر محمد محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- 21- هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، ط2، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2001.

## II. الأطروحات و المذكرات الجامعية:

### أ- الأطروحات:

- 1- تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص: القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.

- 2- شويرب خالد، القانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009.
- 3- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص: القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.
- 4- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011.
- 5- عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر ( على ضوء الاتفاقيات الدولية للجزائر)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
- 6- قريقر فتيحة، النظام العام و التحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1 بن يوسف بن خدة، 2017.
- ب- المذكرات:**
- ب - 1 - مذكرات ماجستير:**
- 1- الهام عزام وحيد الخراز، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع: (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، قسنطينة، 2009.
- 2- بوديسه كريم، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون: تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

- 3- بلاق محمد، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
- 4- جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010.
- 5- زريق رمضان، دور القاضي في التحكيم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الحاج اخضر، باتنة، 2003.
- 6- عبد الوهاب عجيري، شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سطيف 2، 2014.
- 7- مقراني عائشة، مبدأ اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق: تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2005.

#### ب-2- مذكرات ماستير

- 1- أيت حبيب نبيلة و بوعلاق سلوى، القانون واجب التطبيق في الخصومة التحكيمية، مذكرة لنيل شهادة الماستير في الحقوق تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016.
- 2- بعزيزي سعاد، و بكوش سامية، مظاهر سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية.
- 3- بلغول دنيا زاد، سلطات المحكم في التحكيم التجاري الدولي (دراسة في القانون الجزائري و القانون النموذجي للأمم المتحدة)، مذكرة لنيل شهادة الماستير في الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016.

4- نورة حليلة، التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستير تخصص: إدارة الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2014.

### III. المقالات:

1- تعولت كريم: النظام العام الدولي لبطلان حكم التحكيم و عدم قابليته لتنفيذ، مقال معاد في مشروع بحث(CNUPRU) بعنوان: الطرق البديلة لحل النزاعات في النظام القانوني الجزائري، (غير منشور)، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015. ص. ص. 1- 15 .

### IV. المداخلات:

1- العايبي البشير، " القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي ( دراسة مقارنة)"، مداخلة أقيمت في أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات - الحقائق و التحديات-، يومي 26-27 أبريل 2016، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص. ص. 1-13.

2- الياس عجابي، "النظام القانوني لتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية"، مجلة المنتدى القانوني، عدد7، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ( د.س.ن)، ص. 189- 200.

3- بن زكري راضية، " التحكيم التجاري الدولي من متطلبات التجارة الدولية و مقتضيات النظام العام"، مداخلة أقيمت في أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي، يومي 8-9 ماي 2003 كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص. ص. 1- 24.

4- حسن نورة، " الاعتراف بأحكام التحكيم التجاري الدولي حجيتها و تنفيذها و صعوبة تنفيذها"، مداخلة أقيمت ضمن أعمال الملتقى الوطني حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات - الحقائق و التحديات-، يومي 26-27 أبريل 2016، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، 1- 23.



- 5- سراج حلبيتم، دور القاضي الوطني في خصومة التحكيم الدولي، مداخلة أقيمت ضمن فعاليات الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات،- الحقائق و التحديات -، يومي 26-27 أفريل، 2016، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، ص.ص من 1-18.
- 6- طارق كاظم عجيل، " النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي"، مجلة المنصور، العدد14، كلية الحقوق، جامعة ديثار، 2010، ص. 13-14.
- 7- عواشيرة رقية ، " القانون واجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي"، مداخلة أقيمت في أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بين التكريس التشريعي و الممارسة التحكيمية، يومي 14-15 جوان، 2006، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص. 343-346.
- 8- عيد عبد الحفيظ، " دور إرادة الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق في دعوى التحكيم التجاري"، مداخلة أقيمت في أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي بين التكريس التشريعي و الممارسة التحكيمية، يومي 14-15 جوان، 2006، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص. ص. 32-40.
- 9- سال سامية، " النظام العام و التحكيم التجاري الدولي"، مداخلة أقيمت ضمن أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي، يومي 8-9 ماي 2013، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص6 - 12.
- 10- محمد وليد هشام المصري، " محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص"، مجلة الحقوق، عدد7، لسنة27، جامعة الكويت، ص. ص. 143-175.
- 11- مظفر ناصر حسين، " القانون واجب التطبيق على قرارات هيئات التحكيم الدولية"، مجلة العوم القانونية و السياسية، العدد7، لسنة2، جامعة تكريت، العراق، ص. ص. 1-36.

12- فؤاد ديب، " المحكم الدولي و نظم تنازع القوانين الوطنية" مجلة العلوم الاقتصادية و القانون، المجلد رقم 24، العدد2، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2008، ص. ص 43 - 48.

13- موسى خليل ميري، " توحيد القواعد القانونية للتجارة الدولية"، مجلة العلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد رقم 28، عدد2 ، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2012، ص. ص. 156.

14- موكه عبد الكريم، القانون واجب التطبيق في خصومة التحكيم، مداخلة أقيمت في أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات - حقائق و تحديات -، يومي 26- 27 أبريل 2016، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، 2016، ص. ص 5- 12.

15- نسيغة فيصل، " النظام العام"، مجلة المنتدى القانوني، العدد5، جامعة محمد خيضر، بسكرة، (د.س.ن)، ص. ص. 166- 181.

16-ناصر عثمان محمد عثمان، معايير دولية التحكيم، المؤتمر السنوي السادس عشر، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، (د. س. ن)، ص. ص. 47-68.

17-وسام توفيق عبد الله، " مبادئ القانون الدولي الخاص"، مجلة الرافدين للحقوق، العدد 58، كلية الحقوق، جامعة الموصل"، (د.م.ن)، ص. ص 1 - 56.

18-يونس صلاح الدين و وسام محمد خليفة، "القانون واجب التطبيق على إصابات العمل و الأمراض المهنية ضمن نطاق عقد العمل الدولي"، مجلة العلوم القانونية و السياسية، المجلد4، العدد15، جامعة تكريت، (د.م.ن)، (د.س.ن)، ص. ص. 40-41.

#### V. النصوص القانونية:

##### أ- الاتفاقيات الدولية:

1-اتفاقية نيويورك، المصادق عليها بموجب المرسوم رقم88-233، المؤرخ في 5 نوفمبر سنة 1988، تتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في

نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958 و الخاصة باعتماد القرارات الأجنبية و تنفيذها، ج ر عدد 48 لسنة 1988.

2- اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، الصادر عليها بموجب المرسوم رقم 643/95، المؤرخ في 10/10/1995، ج ر عدد 66 لسنة 1995.

#### ب - النصوص التشريعية:

1- أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، متضمن القانون المدني، ج. ر عدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، معدل و متمم بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يوليو 2005 ج. ر عدد 44 لسنة 2005.

2- مرسوم تشريعي 93-09 مؤرخ في 25 أبريل سنة 1993 يعدل و يتم الأمر رقم 154/66 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، متضمن قانون الإجراءات المدنية، ج. ر عدد 27 مؤرخ بتاريخ 27 أبريل سنة 1993 (ملغى).

3- قانون رقم 09/08 مؤرخ في 25/02/2008، متضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج. ر، عدد 21، مؤرخ في 23/04/2008.

#### VI. الوثائق:

1- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف 21 نيسان 1961 المنشورة على الموقع الإلكتروني: [www.drmmahran.com](http://www.drmmahran.com)

2- اتفاقية جنيف لسنة 1927 المتعلقة بتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية المنشورة على الموقع الإلكتروني: [www.egyiac.org](http://www.egyiac.org)

3- قانون رقم 131 لسنة 1948 يتضمن قانون مدني مصري المشار إليه في الموقع الإلكتروني: [www.eastlaws.com-al-kanoun-el-madani](http://www.eastlaws.com-al-kanoun-el-madani)

4- قانون رقم 27 لسنة 1994 يتضمن قانون التحكيم المصري المنشور في مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات و البحوث القانونية، عدد 4 لسنة 1996.

5- قانون الأونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006 المنشور على الموقع الإلكتروني: [www.unictral.org](http://www.unictral.org)

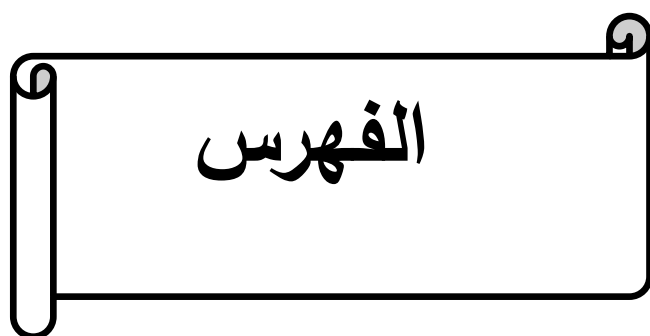
ثانيا: باللغة الفرنسية

**A. Ouvrages**

- 1- BEKECMI Mohemmed Abdelwahab, L'arbitrage commercial international en droit algérien, Revue algérienne des relations internationales, édition international, n°25, Alger, 1994,p.1994.
- 2- ROBERT jan, L'arbitrage : Droit prive, Dalloz, 6eme édition, paris, 1993.
- 3- Gean Christophe Pammier, Principe d'autonomie et loi du contra en droit international privé, conventionnel thèse, paris 1992.

**B. Textes juridiques :**

1. Règlement (CE) N° 593/2008 de parlement Européen et de conseil, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome) , du 17 juin, 2008.



6.....مقدمة

## الفصل الأول

### دور الأطراف و هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

المبحث الأول: دور الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في إطار

التحكيم التجاري الدولي ..... 10.....

المطلب الأول: اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون دولة معينة..... 11.....

الفرع الأول: تكريس مبدأ الإرادة في ظل بعض الاتفاقيات الدولية..... 12.....

أولا: اتفاقية روما لسنة 1975..... 12.....

ثانيا: الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961..... 13.....

ثالثا: اتفاقية واشنطن 1965..... 13.....

رابعا: قانون الأونستيرال النموذجي لتحكيم التجاري الدولي..... 14.....

خامسا: اتفاقية عمان العربية لعام 1987..... 15.....

الفرع الثاني: تكريس مبدأ الإرادة في ظل بعض التشريعات الوطنية..... 15.....

أولا: التشريع الفرنسي..... 16.....

ثانيا: التشريع المصري..... 17.....

ثالثا: التشريع الجزائري..... 17.....

المطلب الثاني: اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار قواعد التجارة الدولية..... 20.....

الفرع الأول: إختيار الأطراف أعراف و عادات التجارة الدولية..... 20.....

- 23.....الفرع الثاني: إختيار الأطراف المبادئ العامة للقانون
- 25.....الفرع الثالث: تفويض هيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة و الإنصاف
- المبحث الثاني: دور هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في إطار التحكيم التجاري الدولي ..... 30
- المطلب الأول: اختيار هيئة التحكيم لقانون دولة معينة..... 30
- الفرع الأول: تطبيق هيئة التحكيم لقواعد تنازع القوانين..... 31
- أولا: الأخذ بقواعد التنازع لقانون مقر التحكيم..... 31
- ثانيا: الأخذ بقواعد التنازع لقانون دولة التنفيذ..... 33
- ثالثا: الأخذ بقواعد التنازع لقانون بلد أو جنسية هيئة التحكيم..... 34
- رابعا: الأخذ بقواعد التنازع للبلد الذي فيه الإقامة المشتركة أو الجنسية المشتركة للأطراف..... 35
- الفرع الثاني: التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق..... 38
- أولا: المقصود بالتحديد المباشر للقانون..... 38
- ثانيا: مدى حرية هيئة التحكيم في اختيار القانون..... 40
- المطلب الثاني: اختيار هيئة التحكيم لقواعد التجارة الدولية..... 42
- الفرع الأول: تطبيق هيئة التحكيم الأعراف و العادات التجارية..... 42
- الفرع الثاني: تطبيق هيئة التحكيم للمبادئ العامة للقانون..... 45

## الفصل الثاني

### القيود المفروضة في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

- المبحث الأول: النظام العام كقيد على مبدأ قانون الإرادة في منازعات عقود التجارة الدولية.....50
- المطلب الأول: دور هيئة التحكيم في تطبيق قواعد النظام العام.....50
- الفرع الأول: المقصود بفكرة النظام العام.....51
- الفرع الثاني: التمييز بين النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي.....54
- أولاً: النظام العام الداخلي.....55
- ثانياً: النظام العام الدولي.....56
- الفرع الثالث: مدى التزام المحكم التجاري الدولي باحترام قواعد النظام العام.....61
- أولاً: مدى التزام المحكم باحترام قواعد النظام العام في قانون العقد.....61
- ثانياً: مدى التزام المحكم باحترام قواعد النظام العام في القانون واجب التطبيق.....63
- ثالثاً: مدى التزام المحكم باحترام قواعد النظام العام في قانون دولة التنفيذ.....63
- المطلب الثاني: إعمال فكرة الدفع بالنظام العام.....65
- الفرع الأول: المقصود بفكرة الدفع بالنظام العام.....66
- الفرع الثاني: شروط استبعاد القانون المختص.....67
- الفرع الثالث: أثر الدفع بالنظام العام.....69
- أولاً: الأثر السلبي للدفع بالنظام العام.....69
- ثانياً: الأثر الايجابي للدفع بالنظام العام.....72



|   |    |
|---|----|
| المبحث الثاني: القواعد ذات التطبيق الضروري كقيد على مبدأ قانون الإرادة في منازعات عقود التجارة الدولية..... | 73 |
| المطلب الأول: مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري.....  | 73 |
| الفرع الأول: المقصود بقواعد ذات التطبيق الضروري.....  | 74 |
| الفرع الثاني: معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري.....   | 76 |
| أولاً: المعيار الشكلي.....  | 76 |
| ثانياً: المعايير الفنية .....   | 78 |
| أ/ معيار الإقليمية.....   | 78 |
| ب/ معيار النظام العام.....  | 79 |
| ثالثاً: المعيار الغائي.....   | 79 |
| رابعاً: المعيار العقلاني ( معيار الصلة).....  | 80 |
| المطلب الثاني: مدى التزام هيئة التحكيم بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري.....                              | 81 |
| الفرع الأول: إعمال هيئة التحكيم للقواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية لقانون العقد.....                      | 82 |
| أولاً: تحديد قانون العقد من قبل الأطراف.....  | 83 |
| ثانياً: تحديد قانون العقد من قبل المحكم.....  | 85 |
| الفرع الثاني: إعمال هيئة التحكيم القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية عن قانون العقد.....                   | 86 |
| أولاً: الاتجاه الرافض لإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي إلى قانون العقد.....                 | 86 |
| ثانياً: الاتجاه المؤيد لإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي إلى قانون العقد.....                | 89 |

|          |               |
|----------|---------------|
| 96 ..... | خاتمة         |
| 99.....  | قائمة المراجع |
| 109..... | فهرس          |

تعتبر مسألة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع القابل حله عن طريق التحكيم من المسائل المهمة خاصة عند عرضه أمام الهيئة التحكيمية، إذ تلعب إرادة الأطراف دورا هاما في تحديد القواعد الموضوعية، إلا أنه في حالة غياب هذه الإرادة تتدخل الهيئة التحكيمية لما لها من سلطة تقديرية في تحديد هذه القواعد و ذلك وفقا لقواعد القانون التي تتماشى مع متطلبات تلك المعاملات.

غير أنه الحرية الممنوحة للأطراف و بمقابل ذلك هيئة التحكيم غير مطلقة و إنما ترد عليها قيود تحد منها، إذ يجب الأخذ بعين الاعتبار عدم مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام إلى جانب مراعاة القواعد ذات التطبيق الضروري، و أعمال هذين الأخيرين يقود إلى الاعتراف بالحكم التحكيمي و ما يترتب عنه من إيجابيات.

## Résumé

La question du droit applicable au fond du différend en matière d'arbitrage, revêt une importance capitale lorsqu'il sera présenté devant le tribunal arbitral. Dans ce cas, la volonté de différentes parties joue un rôle primordial dans la détermination des règles de fond, en contre partie en l'absence de cette volonté, c'est le tribunal arbitral qui intervient grâce à son pouvoir discrétion dans la détermination de ces lois. Selon les règles de droit qui s'accordent en parallèle avec les exigences de ces transactions.

Ce pendant, la liberté accordée aux parties y compris le tribunal arbitrage, n'est pas absolu. Mais elle est soumise à des limitations, voire des restrictions qui limitent sa fonction, en prenant en considération le respect des règles relative à l'ordre public et que celles-ci ne soient pas violées, en outre, ces règles de la demande nécessaire doivent être pris en compte le respect des ces points mène a reconnaître le jugement et les résultats positifs qui en découlent.

