جامعة أكلي محند أولحاج-البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

# تنازع القوانين في العقد التجاري الدولي

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق
تخصص: القانون الخاص

من إعداد الطالبة:
مسعودان حكيمة

إشراف الأستاذ:
د. خمري أعمر

## لجنة المناقشة

| اللقب والاسم | الرتبة | الصفة | مؤسسة الانتماء |
|---|---|---|---|
| ضريفي صادق | أستاذ التعليم العالي | رئيسا | جامعة أكلي محند أولحاج البويرة |
| خمري أعمر | أستاذ محاضر أ | مقررا | جامعة أكلي محند أولحاج البويرة |
| عشوش عائشة | أستاذ محاضر أ | ممتحنا | جامعة أكلي محند أواحاج البويرة |
| أكلي نعيمة | أستاذ محاضر أ | ممتحنا | جامعة أكلي محند أولحاج البويرة |
| عثماني بلال | أستاذ محاضر أ | ممتحنا | جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية |
| عيد عبد الحفيظ | أستاذ محاضر أ | ممتحنا | جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية |

تاريخ المناقشة: 2023/11/30

بسم الله الرحمن الرحيم

# الإهداء

إلى والدي الكريمين، أطال الله في عمرهما
إلى أخوي وإخوتي الأعزاء على قلبي
إلى كل الأقارب والأصهار والأصدقاء بدون استثناء
إلى كل الأساتذة الأفاضل الغالية ذكراهم على قلوبنا والحاضرة دائما فيها
إلى زملائي جميعًا في الدفعة-أسرة الدكتوراه-
إلى الغالي على قلبي حبيبي برداش رمضان
فإلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي

- مسعودان حكيمة -

# شكر وتقدير

الشكر لله أولا على عظيم نعمته؛ وحسن توفيقه وبركة عونه في إنجاز هذا العمل
الشكر الجزيل والتقدير الكبير إلى من ساندني بتوجيهاته ونصائحه، ولم يبخل عليا بعلمه ووقته وجهده الدكتور"خمري أعمر"، الذي تشرفت وسعدت بالعمل تحت الرعاية
ولا يفوتني شكر كل الأساتذة، الذين نهلت منهم العلم خلال كل مراحل دراستي
لكل من مدّ يد العون من قريب أو بعيد لإتمام هذا البحث

- مسعودان حكيمة -

## قائمة المختصرات

**أولا: باللّغة العربية**

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

**د.د.ن:** دون دار النشر.

**د.ب.ن:** دون بلد النشر.

**د.س.ن:** دون سنة النشر.

**ق.م.ج:** القانون المدني الجزائري.

**ق.م.م:** القانون المدني المصري.

**ق.م.ع:** القانون المدني العراقي.

ق.**م.ق:** القانون المدني القطري.

**ق.م.س:** القانون المدني السوري**.**

**ق.إ.م.إ.ج:** قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

**ق.ت.م:** قانون التحكيم المصري.

**ق.ت.ع:** قانون التحكيم العراقي.

**ص:** صفحة

**ص.ص:** من الصفحة إلى الصفحة.

**ط:** الطبعة.

**ثانيا: باللّغة الفرنسية**

**Ed:** Editions.

**Op. Cit:** Opus Citatum (Référence Précitée).

**N°:** numéro.

**P:** Page.

**T**: Tome.

**P.P:** De la Page à la Page.

**Vol:** Volume.

**J.C.P:** Juris- Classeure périodique.

# مقدمـة

نظّم المشرّع الجزائري موضوع العقد في القانون المدني في الكتاب الثاني "الالتزامات والعقود" في الباب الأول "مصادر الالتزام" في الفصل الثاني "العقد" من المادة **54** إلى المادة **123** منه؛ تطرّق من خلاله لدراسة المسائل المتعلقة به من أركانه المتمثلة في الرضاء والمحل والسبب والشكلية عندما يشترطها المشرع إلى الأثار المترتبة عنه وصولاً إلى بطلانه وإبطاله في حالة تخلف أحد هذه الأركان أو شروط الرضاء ، وإنحلاله في الحالة التي لا يلتزم فيها أحد أطرافه بتنفيذ إلتزاماته أو تأخره عن التنفيد، التي كان من الواجب عليهم متى إنعقد العقد صحيحا وأنتج أثره أن يلتزم أطرافه بتنفيذ الإلتزامات المترتبة عنه.

وقدعرّف المشرّع العقد في المادة **54** من (ق.م.ج) المعدّلة سنة 2005 بموجب القانون رقم 05-10 بأنّه اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما[1]، عليه يفترض لقيام العقد وجود طرفين أو أكثر وإلاّ تحوّل إلى تصرف بالإرادة المنفرة[2]، وضرورة إحداثه لأثر قانوني معين أي**"إيجاد وضع جديد يرتب حقوقا وواجبات لم يكتسبها ولم يتحملها المتعاقدان من قبل، أو ينهي حقوقا أو واجبات سابقة"**[3].

وينقسم العقد إلى عدة أصناف بحسب المعيار المعتمد عليه أو الزاوية التي ينظر منها إلى؛ عقد ملزم لجانب واحد وعقد ملزم لجانبين، وعقد معاوضة وعقد تبرعي، وعقود رضائية ترتب آثارها القانونية بمجرد تطابق إرادة الطرفين وأخرى شكلية لا تصح إلاّ إذا استوفت شكلا محددا قانونا؛ وينقسم من حيث تنظيم المشرّع له إلى عقد مسمى خصّه بتنظيم قانوني وقام بتحديد تسمية خاصة به، وبيّن شروط صحته والأثار القانونية المترتبة عنه كعقد البيع وعقد الشركة وعقود الإيجار[4]، وعقد غير مسمى لم يخصّه المشرّع لأيّ تنظيم خاص من أمثلته عقود التجارة الدولية التي لم تتناولها التشريعات الوطنية بالتنظيم، كما أنّها عقود مركبة تتميز بالتراخي أي وجود فاصل زمني بين إبرامها وتنفيذها، ويرجع ذلك إما لاتفاق الأطراف كما هو الشأن في عقود التوريد أو إلى طبيعة العقد كما هو الحال بالنسبة لعقود نقل التكنولوجيا؛ بحيث تتطلب هذه العقود فترة من الزمن لكي يتمكن الأطراف من تنفيذ التزاماتهم.

ويمكن القول أيضا أنّ العقود التي يبرمها الأشخاص إمّا أن تكون عقود داخلية وإمّا عقود دولية؛ فأما العقد الداخلي فهو العقد الذي يبرم بين أشخاص من دولة واحدة دون أن يكون هناك انتقال لرؤوس الأموال عبر حدود دولتين، يحكمها مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد

---

[1]- نصّت المادة **54** من الأمر رقم 58/75 مؤرخ في 13 مايو 1426ه الموافق ل 20 جوان 2005، يعدل ويتمم القانون المدني، ج.ر.ع. 44، الصادر في 19 مايو 1426ه الموافق ل 27 جوان 2005 م، معدل ومتمم، على أنّه:« **العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما.** »

[2]- SALEILLES Raymond, Etude sur la thèorie générale de lobligation daprès le premier proet de cod civil pour lEmpire allemand, 2eme éd. F.Pichon et Durand Auzias, Paris.1914, P.142.

[3]- فيلالي علي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص.46.

[4]- DELEBECQUE Philippe, PANSIER Jean-Jérome. Droit des obligations (Contrat et quasi-contrat), 7eme éd .Lexis, Paris, 2016, P.12.

ويخضع للقانون الداخلي، أما العقد الدولي فهو العقد الذي ارتبط بمصالح تجارية لأكثر من دولتين بانتقال الأموال طبقا للمعيار الاقتصادي؛ بالتالي هو عقد غير داخلي يستمد صفته الدولية من طبيعة العلاقة التي يحكمها.

وبما أنّ العقد الداخلي عصب الحياة بالنسبة لأفراد المجتمع الواحد داخل الدولة الواحدة، فكذلك هو الشأن بالنسبة لأفراد المجتمع الدولي بحيث تعد التجارة الدولية مصدر كل ثروة لكل دولة، ومن أجل ذلك كان لزاما على المجتمع الدولي أن يضع آليات تتم من خلالها المعاملات بين الدول سيما تلك المتعلقة بالتجارة الدولية من جهة وقواعد تخضع لها هذه العقود من جهة ثانية والأحكام التي تطبق عليها في حالة وجود نزاعات بين أطرافها تتعلق بعدم تنفيذ العقد أو التأخر في التنفيذ إلى غير ذلك من الخلافات.

ويمكن خلال مدة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد التجاري الدولي أن تحدث ظروف تجعل من تنفيذ العقد بالشروط المتفق عليها مرهقة للمدين أو يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ إلتزاماته بمحض إرادته أو يتأخر عن التنفيذ؛ فيطلب الطرف المتضرر بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو تعديل العقد إلى غير ذلك من الجزاءات؛ وبما أنّ العقد التجاري الدولي من العقود التي تتم عبر الحدود بين متعاملين من دول مختلفة تجمع المواطنين والأجانب بما يضفي عليها الصفة الدولية، ونتيجة لهذه الصفة فإنّ يستحيل تطبيق أحكام القانون الداخلي على هذا النوع من العقود؛ وبما أنّ العقد الدولي يتميز بوجود عنصر أجنبي فإنّ ذلك يولد مشكلة تنازع القوانين، وبما أنّ القانون الذي يسري عليه ليس القانون الداخلي المطبق على العقد الداخلي فإنّه وجب البحث على القانون الواجب التطبيق عليه في القانون الدولي .

فاهتمت التشريعات بمسألة القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي؛ فوجدت بذلك عدّة مناهج من بينها منهج قواعد الإسناد ومنهج القواعد الموضوعية؛ فحددت القوانين التي تطبق عليه عملا بقاعدة الإسناد وسمحت بتطبيق القواعد الموضوعية المكوّنة من عدة مصادر؛ بعد أن سمحت الدول للأطراف بامكانية أن يقع اختيارهم على هذه القواعد من جهة و أدرجتها في قوانينها الداخلية من جهة ثانية.

وقد كان ذلك بفضل مبدأ استقلالية الإرادة في القانون الدولي الخاص الذي منح للأطراف في حالة نشوء نزاع تحديد الجهاز القضائي الذي يفصل فيه؛ فإذا وقع اختيارهم على التحكيم وجب عليهم أن يبرموا اتفاق التحكيم[1]؛ ويتعرضوا إلى تشكيل محكمة التحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع المنازعة؛ وإن منحت التشريعات للأطراف حق المفاضلة بين القضاء العادي وقضاء التحكيم إلاّ أنّها أخضعه لرقابة القاضي خلال المرحلة الاحقة لصدور حكم التحكيم.

وفي ظل تعدد مناهج حل مشكلة تنازع القوانين فإنّ تحديد قانون معين يقوم بتنظيم وحكم العقد التجاري الدولي لن يكون مجرد تفضيل أو ترجيح قانون على آخر على نحو

---

[1]- ROBERTA Ribeiro oertel, le contrat international de distribution en droit francis et brésilien, thése pour lobtention du titre de doctor en droit international, Universite destras Bourg, 2014, P.203.

نظري دون الأخذ بعين الاعتبار النتائج المترتبة على هذا الترجيح ودون تحديد الأسباب التي دعت إلى ذلك.

تكمن أهمية دراسة موضوع تنازع القوانين في العقد التجاري الدولي في:

- بيان موقف التشريعات القانونية من القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في ظل تزاحم عدة قوانين لحكمه.
- بيان دور منهجي قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية في حل تنازع القوانين؛ من خلال تحديد دور الإرادة وضوابط الإسناد الجامدة والمرنة وكذا عادات وأعراف التجارة الدولية والعقود النموذجية والاتفاقيات الدولية والمبادئ العامة للقانون.
- بيان دور التحكيم التجاري الدولي في تطبيق منهج القواعد الموضوعية على منازعات التجارة الدولية التي تثار أمامه بموجب اتفاق التحكيم.
- تحديد دور القاضي المختص في التحكيم التجاري الدولي؛ بإبراز دوره خلال المرحلة التي تسبق صدور الحكم والمرحلة التي تأتي بعد صدور الحكم.
- تحديد حالات الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الداخلي والطعن بالاستئناف في الأوامر التي يصدرها القاضي المختص.

الأسباب الذاتية والموضوعية لاختيار الموضوع:

- الحافز الشخصي؛ الموضوع يدخل في إطار القانون الخاص؛ والقانون الدولي الخاص من فروعه، وأجد رغبة البحث فيه منذ مساري الدراسي نظرا لطبيعة مواضيعه ومصدرها.
- أنّ موضوع العقد التجاري الدولي أصبح من المواضيع الأكثر أهمية على الصعيد الدولي؛ لذلك يستوجب معرفة ومناهج حل النّزاعات المترتبة عليه، سواء ما جاء به منهج قاعدة التّنازع أو منهج القواعد الموضوعية.

وتهدف الدّراسة إلى:

- إثراء المكتبة الجزائرية بأطروحات جامعية من أجل إستفادة الباحثين منها؛ مما يعطيهم فرصة للإضافة واستكمال النقائص، خاصة وأنّ القانون سريع الحركة والتأثر بالمتغيرات.
- إبراز دور المشرّع في مساعدة القاضي على استيعاب وقائع النّزاع وتحقيق العدالة في بناء الأحكام القضائية.
- دراسة أساليب حل تنازع القوانين في العقد التجاري الدولي المذكورة في القانون المدني والإجراءات المدنية والإدارية ومختلف القوانين المقارنة التي تناولت الموضوع، والتطرّق إلى التحكيم والقضاء كجهازين يساهمان في تطبيق قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية.

تتمحور دراستنا حول الإشكالية التالية: **ما مدى قدرة منهج القواعد الموضوعية على الإستئثار بحكم المبادلات التجارية الدولية دون الحاجة إلى الاستعانة بمنهج قواعد الإسناد؟**

سلكنا في معالجة موضوع بحثنا ثلاثة مناهج:

- الأول المنهج الوصفي؛ أين إستلزمت الدّراسة في مواطن البحث وصف لشيء معين كما هو الحال بالنسبة لمفهوم قانون الإرادة ومضمون منهج القواعد الموضوعية.

- الثاني المنهج التحليلي؛ من خلال تحليل ما جاء به منهجي قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية عبر الدولية من طرق لحل تنازع القوانين التي تثار عن العقد التجاري الدولي باستقراء النصوص القانونية الواردة في مختلف التشريعات القانونية والاتفاقيات الدولية.
- الثالث المنهج المقارن؛ ذلك بإجراء مقارنة بين مختلف القوانين التي تناولت الموضوع لاستخلاص مواطن التشابه والاختلاف فيما بينها وتحديد أنجع الطرق للتعامل مع أساليب حل تنازع القوانين.

سبيلا للإجابة على الإشكالية المطروحة اتبعنا الخطة الآتية:

**الباب الأول**: **تطبيق منهج قواعد الإسناد على العقد التجاري الدولي**

**الفصل الأول:** تطبيق قانون الإرادة على العقد التجاري الدولي

**الفصل الثاني:** تطبيق الإسناد الجامد والمرن على العقد التجاري الدولي

**الباب الثاني: تطبيق منهج القواعد الموضوعية على العقد التجاري الدولي**

**الفصل الأول:** منهج القواعد الموضوعية بين المفهوم والمضمون وكفايته لحكم العقد التجاري الدولي

**الفصل الثاني:** تكريس منهج القواعد الموضوعية على التحكيم التجاري الدولي

# الباب الأول
# تطبيق منهج قواعد الإسناد على العقد التجاري الدولي

استعمل فقه القانون الدولي الخاص مصطلح قواعد تنازع القوانين[1] للإشارة إلى قواعد الإسناد التي ارتبطت به ارتباط وثيقًا؛ هذه الأخيرة نظّمها المشرّع الجزائري في القانون المدني في الكتاب الأول "أحكام عامة"، في الباب الأول "آثار القوانين وتطبيقها"، في الفصل الثاني "تنازع القوانين من حيث المكان"، من المادة **09** إلى المادة **24** منه؛ تعرّض من خلالها إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على المواضيع المتعلقة بالعلاقات الخاصة الدولية من زواج وميراث ووصية وتكييف وانفصال جسماني وطلاق والالتزامات التعاقدية وغير تعاقدية والدفع بفكرتي النظام العام والغش نحو القانون لاستبعاد تطبيق القانون إلى غير ذلك من المواضيع.

يرتبط العقد بالالتزام؛ عليه يخضع وفقا لمنهج قواعد الإسناد للقاعدة القانونية المتعلقة بالالتزامات التعاقدية التي تحدد القانون الواجب التطبيق عليه سواء في القانون الجزائري أو في القانون المقارن، وبما أنّ العقد الدولي بصفة عامة والعقد التجاري بصفة خاصة يعد من قبيل الالتزامات التي لا تخضع للقانون الداخلي فهي المقصودة بقاعدة الإسناد؛ منه يخضع الجانب الموضوعي للعقد التجاري الدولي لقانون الإرادة.

ويخضع في غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لضوابط إسناد آخر يحددها المشرّع مسبقا بما يراه أقرب القوانين صلة بالعقد، أو يحددها القاضي وفقا لما نصّت عليه قاعدة الإسناد؛ منه يستند إما على ظروف التعاقد وملابساته المحيطة بالعقد التي رافقته منذ إبرامه، وإما على فكرة الآداء المميز التي تمنح حلا لمشكلة تنازع القوانين في قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالآداء المميز؛ غير أنّ قانون الإرادة لا يسري على العقد ككل إنما على الجانب الموضوعي منه من آثار العقد وصحة الرضاء والأهلية دون الجانب الشكلي له الذي يشكل استثناءا له؛ منه يخضع لقاعدة إسناد آخرى تحدد القانون الواجب التطبيق إما في قانون المكان الذي تم فيه العقد أو في قوانين آخرى تتصل بالمتعاقدين أو للقانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي في جانبه الموضوعي.

لنتعرّف على الطريقة المتبعة من طرف القانون الجزائري والقوانين المقارنة في حلّ تنازع القوانين عملا بمنهج قواعد الإسناد وكيفية تطبيق الضوبط الواردة فيها؛ لابد من العودة إلى قاعدة الإسناد التي تناولت المشكلة في القانون المدني الجزائري والقانون المقارن؛ والتي نسلط عليها الضوء باستقراءها وتحليلها حتى يتسنى لنا تحديد مدى كفاية هذا المنهج في إعطائه الحلول لمشكلة تنازع القوانين أو نقصها أو حاجتها إلى التعديل أو الإضافة؛ ونحدد نقاط التشابه والإختلاف بين القوانين؛ خاصة وأنّ كل دولة تضع لنفسها ما تراه ملائمًا من قواعد الإسناد؛ هذا ما سنحاول إبرازه في هذا الباب بتقسيمه إلى فصلين ندرس في:

---

[1]- DANIEL Migul Rojas Tamayo, le droit applicable au contrat en droit international privé colombien privé. Etude comparée, critique et prospective, thése pour lobtenation du titre de docteur en droit privé, universite paris- pantaeon- assas, 2017, P.93.

**الفصل الأول**: تطبيق قانون الإرادة على العقد التجاري الدولي.
**الفصل الثاني**: تطبيق الإسناد الجامد والمرن على العقد التجاري الدولي.

# الفصل الأول
# تطبيق قانون الإرادة على العقد التجاري الدولي

يملك أطراف العقد في العقد الداخلي صلاحية إنشاء وإنهاء العقد وفقًا لما تمليه حرية التعاقد على أن تخضع النّزاعات التي تثار بينهم للقانون الداخلي؛ فإنّ أطراف العقد الدولي لهم أيضا مثل هذه الرخصة لكنها لا تنحصر في إنشاء العقد بل تمتدّ لتشمل اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي تحسبا لوقوع نزاع في المستقبل نتيجة تقاعس أحد الأطراف عن تنفيذ إلتزامه؛ أو وجود ظروف طارئة تجعل تنفيذ الإلتزام وفقا لما اشتمل عليه وقت إبرامه مرهقا لأحد الأطراف، بالتالي أيّ قانون يطبق للمطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام أو التعويض أو إعادة الالتزام إلى حده المعقول بتدخل القاضي مثلا.

تجد مشكلة تنازع القوانين التي تثار عن العقد التجاري الدولي حلاً لها في منهج قواعد الإسناد المصاغ من طرف المشرّع الذي رأى أنّ حل المشكلة يكون بالأولوية في قانون الإرادة؛ من خلال اختيار القانون الواجب التطبيق بالإفصاح عنه بشكل صريح أو ضمني يستنتج من ظروف التعاقد وملابساته؛ يعينونه وقت إبرام العقد أو بعد نشوء النّزاع لكن قبل عرضه على القاضي ليفصل فيه، مع اختلاف التشريعات التي منحت قانون الإرادة أولوية التطبيق بين مقيد ومطلق لهذه الإرادة؛ على أن يُستبعد القانون الذي كان محل اختيار الأطراف بتوظيف إحدى الأدوات الإستثنائية كالغش نحو القانون والنظام العام والتطبيق الضروري للقواعد الآمرة.

ولا يسري قانون الإرادة على العقد التجاري الدولي ككل لأنّه هناك بعض المسائل تخرج من نطاق تطبيقه كالعقود الواردة على العقار مثلا والجانب الشكل للعقد الذي لا يخضع لقانون الإرادة إنما تسري عليه قاعدة إسناد آخر تتعلق بشكل العقد تمنح حلا لمشكلة تنازع القوانين في قانون مكان إبرام العقد أو الموطن أو الجنسية تلك هي الاستثناء الوارد على تطبيق قانون الإرادة.

سنحاول من خلال هذا الفصل إبراز موقف المشرّع الجزائري والقانون المقارن من القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد وشكله؛ ببيان دور الإرادة ومكان إبرام العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق، واظهار الإستثناءات التي ترد عليها وطرق تطبيقها من طرف القاضي؛ كل العناصر التي سبق الإشارة إليها في مقدمة هذا الفصل سنلقى عليها الضوء في مبحثين:

**المبحث الأول:** اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي.

**المبحث الثاني**: شكل العقد استثناء وارد على تطبيق قانون الإرادة.

## المبحث الأول

## اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي

يحق للأطراف في العقد التجاري الدولي اختيار القانون الذي يسري على عقدهم وفقًا لمبدأ سلطان الإرادة في التّعاقد؛ هو حق معترف به قانونا أوردته التشريعات في قواعد الإسناد الخاصة بها؛ الإشكال الذي يطرح ليس في تمتع الأطراف بحق الاختيار إنما هل الأطراف يتمتعون فعلا بحق الاختيار أم أنّهم ملزمون باختيار قانون له صلة بالعقد أو بالمتعاقدين؛ بالتالي البحث عن القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، وكيفية تعيينه وزمان ومكان تعيينه؛ ونطاق ومجال تطبيقه وأهم الإستثناءات التي ترد عليه.

يعتبر من الأهم بعد التوصل إلى قانون الإرادة قبل تطبيقه على النّزاع أن يتأكد القاضي من مسألتين؛ أن يكون القانون المختار ذو صلة بالمتعاقدين أو بالعقد، وإن كان قانون الإرادة يشكل مخالفة للنظام العام والآداب العامة في دولة القاضي أو مُنح له الاختصاص نتيجة تحايل عن القانون؛ ليستبعده ويطبّق القانون الذي كان من الواجب تطبيقه.

سنلقي الضوء على هذه العناصر التي سبق الإشارة إليها من خلال المطالب الآتية:

### المطلب الأول: مفهوم قانون الإرادة

يتحدد المفهوم الدقيق "لقانون الإرادة" كضابط إسناد أصلي يطبّق على العقد التجاري الدولي بتعريفه ، وصولاً إلى كيفية تعيينه وكذا شروطه وضبط أساسه ونطاق ومجال تطبيقه إنتهاءً بموقف التشريعات القانونية من هذه الأخيرة؛ هذا ما سنتعرّض له في هذا المطلب من خلال الفروع التالية:

#### الفرع الأول: تعريف قانون الإرادة

تعددت التعريفات الفقهية بشأن قانون الإرادة؛ من الفقه من عرّفه على أنّه: "القانون الذي اختاره المتعاقدين صراحة أو ضمنيا"[1]؛ من الفقه من رأى أنّه: "السلطة المعترف بها في نظام قانوني معين لواحد أو أكثر من الأشخاص لإنشاء مراكز قانونية يعترف بها هذا النظام الذي لو لا تدخله ومنحه إياهم هذه السلطة ما كان لهذه المراكز من وجود"[2]؛ ومن الفقه من قال بأنّه: "الاعتراف للأطراف بحق اختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقودهم وإعطائهم الحرية الكاملة وعدم تقييدهم"[3]؛ منه فإنّ تعريف قانون الإرادة يعود إلى القدرة على اختيار قانون العقد [4]، صراحة أو ضمنيا ليحكم العقد[5]

---

[1]- فراس كريم شيعان، ارم عصام خيضر، أثر مبدأ قانون الإرادة على إختلال التوازن في العقود الدولية، **"مجلة جامعة تكريت"**، ع.29، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تكريت، العراق، 2016، ص.228.

[2]- عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص.162.

[3]- كملي محمد عبد الكريم، النظام القانون للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص.212.

[4]- كريم مزعل شبي، النظرية الشخصية المحددة لدور للإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق (دراسة في تنازع القوانين)، **"مجلة العلوم القانونية"**، المجلد 32، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 2017، ص.213.

[5]- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختاص القضائي الدوليين، ج. 2، ط. 7، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الإسكندرية، 1986، ص.431.

يدلّ تعريف قانون الإرادة حسب ما تم الإشارة إليه على قدرة المتعاقدين في إنشاء عقد بينهم في حدود ما يمليه عليهم القانون، بحيث يكون لهم كامل الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم[1]، ما يتيح لهم فرصة الاختيار، بالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق بما يتفق وتوقعاتهم المشروعة؛ لأنّ قانون الإرادة يقضي بمنح الحرية الكاملة للأطراف في اختيار قانون العقد من جهة، ويُتيح لهم إمكانية تجاوز أحكام قانون دولة ما واختيار قانون دولة أخرى لحكم العقد في جانبه الموضوعي من جهة ثانية[2].

ويتخذ قانون الإرادة شكلين إمّا اختيارا صريحا وإمّا اختيارا ضمنيا؛ أمّا الاختيار الصريح يكون في الحالة التي يحدد فيها الأطراف صراحة قانون العقد وأمّا الاختيار الضمني فهو الذي يستنتج من ظروف العقد وملابساته كاتفاق الأطراف على عرض النّزاع على محكمة التحكيم في دولة معينة يفسر على انصراف إرادتهم إلى إخضاع العقد لقانون تلك الدولة[3].

**الفرع الثاني: تعيين قانون الإرادة**

يعتبر العقد مجرد اتفاق بين طرفين أو أكثر على إيجاد وضع قانوني جديد، بما بجعل من العقد بهذا المعنى يستحيل إبرامه دون دخول الأطراف في إتصال وتعبير كل واحد منهم عن إرادته؛ ذات الأمر بالنسبة لممارسة حق اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يفرض على الأطراف المتعاقدة ضرورة إفصاحهم عن إرادتهم في خضوع العقد لقانون معيّن باستعمال إحدى وسائل التعبير عن الإرادة من تعبير صريح أو ضمنيي؛ وهو ما سنعرّضه له من خلال هذا الفرع كالأتي:

**أولا: الاختيار الصريح لقانون الإرادة**

يقصد بالتعبير الصريح عن الإرادة الإفصاح الذي يوظف فيه أحد وسائل أو طرق التعبير عن الإرادة، بحيث يكون لهذا الإفصاح مظهرًا خارجيًا يُستدل عليه بطريقة مباشرة لا تحتمل الشك أو عدم الوضوح[4]، إذ يشترط في الإرادة لترتب أثرها القانوني ضرورة أن تكون خالية من عيوب الإرادة، والتي نصّ عليها المشرّع الجزائري في القانون المدني من المادة **81** إلى المادة **91** منه، وهي على التوالي الغلط، التدليس، الإكراه، والغبن والإستغلال، وألا تكون مصابة بعارض من عوارض الأهلية أو مانع من موانعها أو أن الشخص الذي تصرف إجتمعت به عاهتين، والتي تناولها المشرّع في القانون المدني من المادة **78** إلى المادة **80** منه وهي على التوالي الجنون؛ العته والسفه والغفلة ومن به عاهتين.

---

(1)- إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص.101.

(2)- حمودي محمد الناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنيت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012 ص.466.

(3)- كيحل كمال، دور الإرادة في تنازع القوانين بشأن العقود، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني الأول حول سلطة القاضي في تعديل العقد، المنظم من طرف جامعة أدرار، مخبر القانون والمجتمع، يومي الإثنين والثلاثاء 28 و29 أفريل 2014 ص. 4.

(4)- نورس عباس العبودي، كاظم حمادي يوسف، النظرية العامة للإرادة الضمنية، دراسة مقارنة، "**مجلة العلوم القانونية**" ع.15( بحوث التدريس مع طلبة الدراسات)، كلية القانون، جامعة بغداد، 2019، ص.18.

تعرّض المشرّع والتشريعات المقارنة لمسألة طرق التعبير عن الإرادة في القانون المدني نجد أنّ المشرّع تناول طرق التعبير عن الإرادة وأنواعه في المادة **60** من (ق.م.ج) والتي نصّت على أنّه:« **التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.**

**ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أويتفق الطرفان على أن يكون صريحا** »[1]، وتناول المشرّع الأردني أنواع التعبير عن الإرادة وطرقه في المادة **09** من (ق.م.أ) بنصّها على أنّه: « **التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عُرفا ولو من غير الاخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على التراضي.** » [2].

تطرّق المشرّع المصري لطرق التعبير عن الإرادة وأنواعه في المادة **90/1** من (ق.م.م) والتي نصّت على أنّه:« **التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع ظروف الحال شكلا في دلالته على حقيقة المقصود** »[3].

يتضح من خلال النصوص القانونية السالفة الذكر أنّ التعبير عن الإرادة نوعين، إما أن يكون تعبيرا صريحا وإما ضمنيا، والملاحظ على فحوى المواد أنّ المشرّع الجزائري ومعه الأردني والمصري لم يتطرّقوا إلى مسألة إعطاء تعريف للتعبير الصريح عن الإرادة، ولم ينصوا عليه صراحة إنما تطرقوا إلى تحديد الأشكال التي تُجسّده كالكلام والكتابة والإشارة واتخاذ موقف لايدع شك في دلالته عن مقصود صاحبه [4].

ويكون التعبير عن الإرادة صريحا كلما انصرفت إرادة صاحبها إلى الدلالة عنه حسب المؤلوف بين الناس عليه[5]، بتوظيف من الألفاظ ما يدل على المعنى الذي تنطوي عليه الإرادة بالكتابة أو الكلام أو الإشارة شريطة أن تكون متداولة عرفًا[6].

منه نقول أنّ التعبير الصريح يتخذ مظاهر مختلفة، إما أن يكون بمظهر الكتابة سواء تمت بالطرق الحديثة أو الطرق القديمة، وإما أن يتخذ مظهر اللفظ أي الكلام بغض النظر إن كان المتعاقدان يجمعهما مجلس عقد واحد أو كان كلا الطرافان في أماكن مختلفة، بغض النظر عن طبيعة الكلام شريطة أن يكون مفهوما لدى المتعاقد الآخر، وإما أن يكون في

---

[1]- المادة **60** من ضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2]- المادة **93** من القانون رقم 43 لسنة 1976، المتضمن القانون المدني الأردني، المتوفر على الموقع الإلكتروني التالي: http://law2jo.blogspot.com/2014/05/43-1976.html

[3]- المادة **90/1** من القانون رقم 31 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني المصري، المتوفر على الموقع الإلكتروني التالي: https://manshurat.org/node/72413

[4]- السنهوري أحمد عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام)، المجلد1، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص.188.

[5]- بن خدة حمزة، مدى تأثر القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في مجال التعبير عن الإرادة، **"المجلة المتوسطية والاقتصاد"**، المجلد 1، ع.1، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص.207.

[6]- لبيض فائزة ، التعبير عن الإرادة في العقود الالكترونية، **"مجلة الشريعة والاقتصاد"**، المجلد10، ع.1، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة،2021، ص.ص.259-260، أنظر أيضا: إيناس محمد البهجي، يوسف المصري تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، دمشق، 2013، ص.55.

مظهر الإشارة مع إشتراط أن تكون متداولة عرفًا من ذلك كهز الرأس عموديًا دليل على الموافقة وأفقيًا دليل على الرفض[1].

ويتحقق التعبير الصريح لاختيار الأطراف في حالة ما إذا اتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق بموجب شرط صريح مدرج في العقد، أو بموجب اتفاق مستقل عن العقد[2] يصرّح فيه المتعاقدان بعبارات صريحة أنّ العقد المبرم بينهم يكون محكوما بقانون دولة معينة أو بالقواعد الموضوعية التي استقرت في مجال معين[3]؛ منه يكون القاضي ملزما بالأخذ بقانون الإرادة في الحالة التي يتضمن العقد نصا صريحا يشير إلى القانون الواجب التطبيق عليه في حالة وجود نزاع[4]؛ فاحتواء العقد التجاري الدولي على شرطٍ يقضي بخضوعه لقانون دولة معينة هو المختص باعتباره القانون الذي عبّرت عنه إرادة الأطراف بصفةٍ صريحةٍ؛ منه لا يكون للقاضي استبعاده إلاّ في الحالة التي يشكل فيها مخالفة للنظام العام أو الأداب العامة أو حالة إنعدام الصلة الواردة في قاعدة الإسناد أو تحدد باستعمال الغش نحو القانون[5].

وبالعودة إلى قواعد الإسناد في التشريع الجزائري وبالتحديد نص المادة **18/1** من (ق.م.ج) نجدها تنصّ على أنّه:« **يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين...** »[6]، بذلك يكون المشرّع قد أخذ بقانون الإرادة في العقد التجاري الدولي دون أن يبين كيفية تعيينه؛ ما يعني أنّه ترك نص المادة مبهما بخصوص دور الإرادة الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، هل تدخل ضمن فحوى المادة **18** أم أنّ الإرادة التي يؤخذُ بها هي الإرادة الصريحة التي تم الإفصاح عنها من طرف المتعاقدان فقط؛ ومن أمثلة الاختيار الصريح لقانون الإرادة ما نصّ عليه البند **39** من العقد المبرم بين شركة (Vacuum salt Produits ltd) وحكومة غانا على أنّ القانون الغاني هو الواجب التطبيق على العقد؛ وما نصّ عليه البند **9** من العقد المبرم بين دولة غينيا وشركة ( Atlatic Triton Company Limited) على أنّ القانون غينيا هو الواجب التطبيق على العقد[7].

وتجدر الإشارة أنّ العقد لينعقد؛ لابد من دخول الطرفان في إتصال من خلال التعبير عن الإرادة، وأن يكون هناك تطابق تام بين الإرادتين؛ الأولى إرادة الإيجاب والثانية إرادة القبول على أن يقصد بإرادة الإيجاب: **"التعبير البات المُنجز الصادر من أحد المتعاقدين والموجه**

---

(1)- طنجاوي مراد، غياطو الطاهر، التعبير عن الإرادة في التعاقد الالكتروني، **"مجلة المنار"**، المجلد 4، ع.5، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدية، 2018، ص.85.

(2)- وردة شرف الدين، القانون الواجب التطبيق على عقد الإستثمار التكنولوجي في التشريع الجزائري، **"مجلة الحقوق والحريات"**، ع.3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016، ص.434.

(3)- ياقوت محمود محمد، مرجع سابق، ص.10.

(4)- فوزي محمد سامي، القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008 ص.123.

(5)- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط.2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2013، ص.217.

(6)- المادة **18/1** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

(7)- الأسعد بشار محمد، عقود الدولة في القانون الدولي، ط.2، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2011، ص.136.

**إلى الطرف الآخر بقصد إحداث أثر قانوني"**[1]، كما يراد بها أيضا: **"إعراب عن الإرادة – صريح أو ضمني – به يعرض شخص على شخص آخر أو على عدة اشخاص آخرين – معينين أو غير معينين-إبرام عقد بشروط معينة"**[2].

ويقصد بإرادة القبول:**"التعبير عن رضا الموجب له بإبرام العقد بالشروط التي عينها الموجب"**[3]؛ يعلن بموجبها من وجه إليه الإيجاب صراحة أو ضمنيا لموافقته على العرض الموجه إليه[4]، فينعقد العقد بمجرد صدور القبول شريطة أن يصدر هذا الأخير مطابقًا مطابقة تامة للإيجاب بشرط أن يصدر قبل سقوط الإيجاب؛ منه إذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب أو صدر ولم يكن مطابقًا مطابقة تامة لإرادة الموجب فإنّه لا يعتبر قبولاً إنما إيجابًا جديدًا إما أن يقبل به الموجب أو يرفضه هذا ما صرح به المشرّع في المادة **66** من (ق.م.ج) بنصّه على أنّه:« **لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا.»** [5].

**ثانيا: الاختيار الضمني لقانون الإرادة**

يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا كانت الوسيلة المستعملة فيه لا تدلّ بذاتها مباشرة على حقيقة المعنى المقصود ولكن ظروف الحال تسمح بترجيح المعنى المقصود على غيره من المعاني المحتملة[6]، فهو تعبير غير متعارف عليه بين الناس، والذي لا يمكن تفسيره إلاّ تعبيرًا عن الإرادة، مثال ذلك بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد إنقضاء مدة الإيجار دليل ضمني على رغبته في تجديد عقد الإيجار[7]؛ ويقصد بها في مجال العقود والتصرفات:**"أن يكون الانعقاد مستفادا بفعل من شأنه أن يترتب على العقد آثارًا ويعبر عن تنفيذه، أو مستفادًا من حالة تستدعي انعقادهِ"**[8].

يمكن تعريف الإرادة الضمنية بأنّها: **"طريق غير مباشر للكشف عن الإرادة، بحيث يكون التعبير مستنبطاً من الأفعال التي يقوم بها الشخص، وهذه الأفعال لا تُعد بذاتها تعبيرًا مباشراً عنها لكونها مما لم يألفها الناس في معاملاتهم، ومع ذلك توصل أو تكشف عن تلك الإرادة وتنطوى عليها"**[9]؛ فهي عمل قانوني وتصرف إيجابي يقوم به أطراف العقد للتعبير عن الإرادة الحقيقية لهم، ولكن بأداة ضمنية لا توصل مباشرة إلى مقصود صاحبها إلاّ إذا تم الكشف عنها بالدلالة والاستنتاج، فهي إرادة حقيقية غير مفترضة يتم الإفصاح عنها بطريقة ضمنية من قبل صاحبها للدلالة عن مقصودها[10].

---

[1]- نضال إسماعيل برهم، "احكام عقود التجارة الإلكترونية"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص.53.

[2]- محمود عبد الرحيم الشريفات، "التراضي في تكوين العقد عبر الانترنيت"، ط.2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011 ص. ص.128- 129.

[3]- مرجع نفسه، ص.143.

[4]- فادي محمد عماد الدين توكل، "عقد التجارة الإلكترونية"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص.87.

[5]- المادة **66** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[6]- السنهوري أحمد عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، ط.2 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1997، ص. 189.

[7]- مرقس سليمان، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، 1956، ص.96.

[8]- رمزي محمد علي دراز، السكوت وأثره على الاحكام في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2004، ص. 146.

[9]- نورس عباس العبودي، كاظم حمادي يوسف، مرجع سابق، ص.11.

[10]- مرجع نفسه، ص.11.

نجد بالرجوع إلى نصّ المادة **1/18** من (ق.م.ج) فيما تعلق بمدى إعتداد المشرّع بالإرادة الضمنية لأطراف العقد التجاري الدولي بشأن تحديد قانون الإرادة، أنّه لم ينص على شكل معين للاختيار[1]؛ وبالعودة إلى القواعد العامة الواردة في نفس القانون نستشف أن المشرّع يجيز أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا أو ضمنيا[2] هذا ما صرح به في المادة **2/60** من (ق.م.ج) بنصّه على أنّه:« **ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.** » [3]؛ منه حتى الإرادة الضمنية الباطنة الغير المعلن عنها المبنية على ميول واضح تبين إرادة الأطراف؛ وجب الإعتداد بها والبحث عنها من طرف القاضي.

وحسب ما نصّت عليها المادة **2/60** من (ق.م.ج) فإنّ يشترط للأخذ بها ألا يتفق الطرفان على أن يكون التعبير صريح أو يوجد نص قانوني يقضي بضرورة أن يكون الإعلان عن الإرادة بصورة صريحة؛ منه فإنّه بغير هاتين الحالتين يجوز أن تكون الإرادة ضمنية، ولعدم اشترط المشرّع في المادة **1/18** التعبير الصريح عن الإرادة فإنّه يتوجب على القاضي أن يأخذ بالإرادة الضمنية ويبحث عنها قبل أن يتطرّق إلى إعمال القاعدة الإحتياطية هذا طبقا للقاعدة العامة السالفة الذكر[4]، بالتالي فإنّ الإرادة التي يعتد بها في تحديد قانون الإرادة هي نوعان تلك التي يُعلن عنها الأطراف بصورة صريحة أو التي يكشف عنها القاضي من ظروف العقد وملابساته[5]، والتي يأتي دورها في التطبيق بعد غياب التعيين الصريح لقانون الإرادة [6].

وبينت التشريعات المقارنة موقفها من الإرادة التي يأخذ بها في تعيين قانون الإرادة؛ نجد من بينها المادة **19**من (ق.م.م) بنصها على أنّه: «**...مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانون آخر هو الذي يراد تطبيقه** »[7]، والمادة **25** من (ق.م.ع) بنصّها على أنّه: « **... هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه** »[8] ما يدلّ على عدم قصر تعيين قانون الإرادة في الإرادة الصريحة إنما تضاف إليها إرادة ضمنية ينبغي على القاضي أن يبحث عنها ويعتد بها هذا كنتيجة للمساواة بين الإرادتين من حيث طرق التعبير عن الإرادة[9].

---

(1)- عيلوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص.325.

(2)- المادة **2/60** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

(3)- رمزي محمد علي دراز، مرجع سابق، ص. 146.

(4)- موكه عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي الالكتروني، **"المجلة الأكاديمية للبحث القانونية"** المجلد 1، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2010، ص.197.

(5)- سليمان أحمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، د. ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص.174.

(6)- سلامة أحمد عبد الكريم، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة 1996، ص.197.

(7)- المادة **19** من القانون المدني المصري، مرجع سابق.

(8)- المادة **25** من القانون رقم 40 لسنة 1951، المتضمن القانون المدني العراقي، المتوفر على الموقع الإلكتروني التالي: https://moshrig63.wordpress.com/2017/01/29/

(9)– يوسف نور الدين، بروك إلياس، تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الإلكترونية، **"مجلة الفكر"**، المجلد 1، ع.13، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2018، ص.256.

وليلجأ القاضي إلى إعمال ضوابط الإسناد الإحتياطية عليه أن يتأكد من وجود قانون الإرادة، وبعد ما يتأكد من غياب الإرادة الصريحة فإنّه عليه أن يبحث عن الإرادة الباطنة للأطراف تلك هي الإرادة الضمنية[1]؛ يستخلصها من ظروف وملابسات التعاقد بالاستناد على مجموعة من المؤشرات التي تسمح بالوصول ل إليها والكشف عنها، من هذه المؤشرات الجنسية، الموطن مكان إبرام العقد، مكان تنفيذه عملة الوفاء، اللغة المستعملة في تحرير العقد.

فإذا اتفق الأطراف مثلا على الوفاء بعملة دولة معينة بأنّ ذلك الاتفاق يفسر على أنّه تعبير ضمني منهم بتطبيق قانون تلك الدولة، كذلك الحال إذا اختار الأطراف إبرام العقد أو تنفيذه في دولة معينة فإنّ ذلك يدل على اتجاه ارادتهم الضمنية إلى تطبيق قانون تلك الدولة[2].

وتجدر الإشارة إلى أنّ ظهور طرق إنعقاد جديدة للعقود؛ المتمثلة في الوسائل الحديثة الإلكترونية التي لا يكون فيها المتعاقدان في مجلس عقد مادي[3] برز عن صعوبات تطبيق قانون الإرادة، فإذا كان تطبيق قانون الإرادة لا يثير أي صعوبة في العقود الدولية التقليدية سواء كانت إرادة الأطراف صريحة أو ضمنية، فإنّ الصعوبة تثار في العقود الإلكترونية سواء كان اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق صريحا أو ضمنيا[4].

وبالنسبة لصعوبة التحقق من وجود إرادة التعاقد، فإنّه في مجال العقود المبرمة عبر الأنترنت يستطيع الطرفان التأكد من إرادة كل منهما عن طريق الإيجاب والقبول بالرسائل الإلكترونية مثلاً، لكن المشكل يثار حينما يتم التعبير عن تلك الإرادة دون تدخل إنساني مباشر عن طريق أجهزة إلكترونية لا تملك إرادة أصلاً[5]، أما بالنسبة لصعوبة تحديد هوية الشخص المتعاقد فيتلخص في إعتماد التعامل التجاري بين الأطراف على العنوان الإلكتروني وليس العنوان الحقيقي للشخص، ما يثير صعوبة التعرف على العنوان الحقيقي للمتعاقد معه، لأنّ المواقع المنتهية أسماؤها برموز خاصة لدول معينة مثل (fr) أو (sa) لا تمنح دلالة حقيقية للعنوان الحقيقي لشخص[6].

كما أنّ التأكد من أهلية الأطراف المتعاقدة لا يثير أية صعوبة في حالة ما إذا كان التعاقد بين حاضرين يجمعهما مجلس عقد واحد فيسمح بذلك هذا الحضور بالتحقق من أهلية وهوية

---

(1)– يوسف نور الدين، بروك إلياس، مرجع سابق، ص. 256.

(2)- الأنباري أحمد حميد، سكوت الإدارة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2017، ص. ص.71-72.

(3)- CAPRIOLI Eric,Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, J.C.P, France, 2002, P.47.

(4)- يوسفي نور الدين، بروك إلياس، مرجع سابق، ص. 253.

(5)- بورازم رمزي، أزمة إعمال قواعد الإسناد في عقود الإرادة الإلكترونية، **"مجلة الإجتهاد القضائي"**، المجلد 13، عدد خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2021، ص. 599.

(6)- شنوف بدر، بوشول عبد الغني، شنوف عبد الرؤوف، إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، عقود التجارة الإلكترونية نموذجا، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي، الموسوم ب الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة نحوى رؤى مستقبلية واعدة للدول النامية، يومي 2 و3 ديسمبر، 2019، ص. 163.

الطرف الآخر من خلال البطاقة الشخصية إذا كان شخص طبيعي أوشهادة تسجيل الشركة إذا كان المتعاقد شخصًا معنويًا[1].

تتضح الصعوبة في حالة التعاقد بين غائبين المرتبط بتبادل البيانات المتعلقة بالمتعاقدين إلكترونيًا، بما يثير إشكالية كيف يمكن التأكد من أهلية الوسيط المتعاقد في العالم الإفتراضي خاصة وأنّ الكثير من المتعاملين في هذه البيئة هم من ناقصي الأهلية وقد يلجأ المراهقون إلى إستخدام بطاقة الإئتمان الخاصة بأحد والديه في التعاقد، مما يسمح للتاجر التعامل معهم والتمسك بتوافر القاصر على مظهر الشخص الراشد إعمالاً لنظرية الظاهر[2]، فقد لا يحدد المتعاقدين في العقود الدولية القانون الذي يحكم عقدهم بصفة صريحة، هذا ما يبطيء مسألة البحث عن قانون الإرادة الضمنية ويصطدم بمسألة مدى إعتداد قوانين الدول بها لتحديد القانون الواجب التطبيق[3].

**الفرع الثالث: شروط تطبيق قانون الإرادة**

منح المشرّع الجزائري لأطراف العقد الدولي الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق سواء كان اختيارهم له صريحا أو ضمنيا بشرط اتصاله بالعقد أو بالمتعاقدين؛ هو ما سندرسه من خلال هذا الفرع كالتالي:

**أولا: قانون الإرادة قانون الأطراف**

جعل المشرّع الجزائري حرية اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق مقيدة بضرورة أن يكون القانون المختار ذو صلة حقيقية بالمتعاقدين؛ منه إذا انعدمت هذه الصلة يغفل القاضي إرادتهما، ويفصل في النّزاع على نحو ما كان يفصل في حالة عدم وجود اتفاق بخصوص القانون الواجب التطبيق، فيلجأ إلى تطبيق قاعدة الإسناد الاحتياطية[4].

وقد ذُكر شرط إرتباط القانون المختار بالمتعاقدين في المادة **1/18** من (ق.م.ج) التي نصّت على أنّه:« **يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين** » [5]، تبين من خلال هذه الفقرة أنّ المشرّع قد أخذ بقانون الإرادة من جهة، لكن إشترط أن يكون القانون المختار من أطراف العقد له صلة حقيقية بهم وما يرتبط بهم هو الموطن المشترك والجنسية المشتركة[6]، بالتالي كان المعنى الصائب والدقيق للصلة الحقيقية أن يكون القانون المختار منصبًا في قانون الموطن أو الجنسية في

---

(1)- NICOLAS Brault, Le droit applicable à internet de l'abime aux sommets, revue légicom, victores édition, France, vol 2, N°12, 1996 , p.7.

(2)- شنوف بدر، بوشول عبد الغني، شنوف عبد الرؤوف، مرجع سابق، ص.163.

(3)- MERYEME Edderouassi, le contrat électronique internation, thése pour obtenir legrade de docteur, droit privé, université Grenoble Alles, paris, 2017, P.30.

(4)- كيحل كمال، مرجع سابق، ص.4.

(5)- المادة **1/18** من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

(6)- BESS Mhamed Toufik, la loi applicable au contrat international : a propos de laréferome de larticle 18 du code civil, R.A.S.J.E.P, V 45, N°2, 2008. P.10.

حالة اتحادهم[1]، بذلك لم يعد للأطراف المتعاقدة في ظل هذا التقييد المشروط على اختيارهم سوى اختيار إما قانون موطنهما أو موطن أحدهما أو جنسيتهما أو جنسية أحدهما[2]، فيكون بذلك الأطراف ملزمين بالبحث عن القانون الذي يرتبط بهم ارتباطا وثيقا وليس قانون الإرادة وإلاّ استبعده القاضي[3].

نصل كاستنتاج لما عمد إليه المشرّع أنّه؛ نصّ على قاعدة أصلية؛ هي تطبيق القانون الذي له صلة حقيقية بالمتعاقدين وليس بتطبيق قانون الإرادة، فلو انصرفت إرادته إلى الأخذ بقانون الإرادة لما قيد حرية الأطراف في الاختيار بوضعه مثل هذا القيد المتصل بقانون المتعاقدين، منه من المفترض أن يأتي نص المادة **18/1** من (ق.م.ج) كمايلي:« **يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين »** [4].

جعلت التشريعات المقارنة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق مطلقًا غير مقيد بصلته بأطرافه؛ عليه نصّت المادة **19** من (ق.م.م)على أنّه:**« يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحدا موطنا، فإن إختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانون أخر هو الذي يراد تطبيقه »**[5]؛ ونصّت المادة **20** من (ق.م.ع) على أنّه:**« يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا فان اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك. »**[6].

يستفاد من المواد السالفة الذكر أنّ المشرّع المصري ومعه المشرّع العراقي قد أخذا بقانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق دون إشترط أن يكون هذا الأخير متصل بالمتعاقدين؛ ما يعني أنّ حرية الأطراف في اختيار قانون الإرادة مطلقا؛ منه أخذت بقانون الإرادة دون قيد[7]؛ بعكس المشرّع الجزائري الذي أخذ بقاعدة القانون الأوثق صلة بالعقد.

**ثانيا: قانون الإرادة قانون العقد**

منح المشرّع الجزائري لقانون الإرادة أولوية التطبيق على العقد التجاري الدولي، وهو الواجب التطبيق في حالة وجوده، لكن المشرّع وإن منح اعتبارًا لقانون الإرادة إلاّ أنّه إشترط أن يكون القانون المختار من الأطراف له صلة بالعقد؛ عليه ذُكر شرط إتصال القانون المختار بالعقد بصفة صريحة في المادة **18/1** من (ق.م.ج) التي نصّت على أنّه:« **يسري**

---

[1]- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008، ص.244.

[2]- زروتي الطيب، مرجع سابق، ص.244.

[3]- إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص.359.

[4]- زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010 ص.257.

[5]- المادة **19** من القانون المدني المصري، مرجع سابق.

[6]- المادة **20** من القانون المدني الأردني، مرجع سابق.

[7]- زياد محمد فالح بشابشة، اختيار القانون الواجب التطبيق في الإلتزامات التعاقدية الدولية، **3مجلة الجامعة القديمة المفتوحة للأبحاث والدراسات3**، ع.33، 2013، ص.270.

**على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. »** [1].

يبدوا واضحا من خلال المادة أنّ المشرّع لم يكتفي بتقييد القانون المختار بالمتعاقدين، بل قيده بالعقد؛ وما ارتبط بالعقد من ضوابط إسناد هو قانون مكان إبرامه أو قانون مكان تنفيذه؛ منه يصحّ أن يكون قانون الإرادة هو قانون الدولة التي أبرم فيها العقد أو قانون الدولة التي سيتم فيها تنفيذ العقد، عليه يعتبر شرط أن يكون قانون الإرادة متصل بالمتعاقدين ومعه شرط أن يكون متصلا بالعقد أحد القيود الواردة على ممارسة حق الاختيار

عليه إنّ اختار المتعاقدان قانون لا يتصل بالعقد من حيث أطرافه أو العقد بحد ذاته سيعتبره القاضي اختيار عديم القيمة، يستبعده ويبحث عن قانون آخر ذو صلة حقيقة بالعقد[2].

تُقيد المادة **18** من القانون المدني الجزائري الخيار الممنوح للأطراف بضرورة التزامهم بالقيود الواردة في المادة؛ منه يتحقق صحة قانون الإرادة متى ارتباطه بالعقد أو بالأطراف عليه يمكن القول بشكل أفضل أنّ الاختيار الصريح ليس سوى عنصر من العناصر التي يجب أخذها بعين الاعتبار في البحث عن القانون الذي يحكم العقد منه يتحدد من عناصر مؤخوذة من العقد.

تجدر الإشارة أنّ التقييد الذي شهدت قاعدة قانون الإرادة أدى إلى بروز اتجاهات فقهية عملت على مناقشة المسألة؛ فانقسم الفقه إلى ثلاثة اتجاهات؛ اتجاه أول يرى أنّ قانون الإرادة عديم القيمة في الحالة التي يأتي منعدم الصلة بالدولة التي تم اختيار قانونها لحكم العقد الدولي، واتجاه ثاني ذهب إلى أنّ إرادة الأطراف كاملة في اختيار قانون العقد، بالتالي إذا وضعنا قيود على حرية الاختيار نكون قد خرجنا عن قاعدة التّنازع بخصوص الالتزامات التعاقدية الدولية التي تهدف إلى تيسير الأطراف في المعاملات التجارية الدولية، كما اعتبروا أنّ القانون المختار مع وجود قيد الصلة سيعتبر قانون العقد وليس قانون الإرادة؛ منه يكف أن يختار الأطراف قانون على نحو لا يتعارض مع النظام العام أو ينطوي على غش ليأخذ به[3].

ورأى اتجاه ثالث باستلزام رابطة بين العقد والبلد الذي عين ليكون قانونه هو الواجب التطبيق، معتبرا أنّ العقد الدولي لا يجب أن يكون مقطوع الصلة بذلك البلد، لكن يكفي أن تكون هناك صلة فنية معينة، كأن يُجرى العقد في صورة عقد نموذجي متعارف عليه في مجال التجارة بسلعة معينة، كما لو اختار المتعاقدان في مجال النقل البحري القانون الإنجليزي ليحكم عقدهم لتقدمه في هذا المجال ولو لم يكن لإبرام العقد أو تنفيذه روابط في إنجلترا [4].

---

[1]- المادة **18/1** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2]- خليفي سمير، حل النزاعات في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، الدولي تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص. ص.29-30.

[3]- سلامة أحمد عبد الكريم، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص.1091.

[4]- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج.2، ط.2، مرجع سابق، ص.470.

**الفرع الرابع: دور الإرادة في تحديد قانون العقد التجاري الدولي**

برزت في ضبط دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي نظريتين؛ الأولى شخصية تمنح الأطراف مطلق الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق دون أيّ تقييد والثانية موضوعية تقيد حرية الأطراف في الاختيار؛ هذا ما سنتطرّق إليه من خلال هذا الفرع كما يلي:

**أولا: النظرية الشخصية**

ذهب أنصار هذه النظرية إلى تقديس إرادة الفرد في التعاقد[1] فللأطراف كامل الحرية في تحديد القانون الذي يحكم العقد وما على القاضي إلاّ تطبيق إرادتهم[2]؛ وفي الحالة التي لا يحدد فيها أطراف النزاعة القانون الواجب التطبيق يتوجّب على القاضي أن يبحث عن الإرادة الضمنية حتى يتمكن من تحديده[3] بالرجوع إلى ظروف العقد وملابساته دون التقيد بضابط إسناد محدد سلفًا كمكان إبرام العقد أو محل تنفيذه أو جنسية الأطراف أو الموطن أو اللغة التي حرر بها العقد[4].

ويرى أنصار النظرية الشخصية أن القانون المختار ينزل منزلة الشروط التعاقدية[5] والإعتراف بحق الأطراف المتعاقدة ليس في إبرام العقد فحسب بل في تحديد مختلف شروطه، فضلا عن حقهم في اختيار القانون الذي يرونه أكثرا تعبيرا عن مصالحهم المشتركة لتنظيم العقد المبرم بينهم[6]، على أن يترتب عن الأخذ بهذه النظرية إندماج قانون الإرادة في العقد وإنزاله منزلة الشروط التعاقدية التي يكون بإمكان أطراف العقد الاتفاق على ما يخالفها حتى ولو كانت ذات صبغة آمرة[7].

وقد جاء في الحكم الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 02 ديسمبر 1910 في قضية الشركة الأمريكية للتجارة ضد شركة النقل البحري للكيبيك بكندا: **"إن القانون الذي يعتمده الأطراف على العقد فيما يخص تكوينه أو آثاره أو شروطه هو الواجب التطبيق"**[8].

ويرجع أنصار النظرية الشخصية قدرة المتعاقدين على اختيار القانون الواجب التطبيق إلى مبدأ حرية التعاقد الذي يمنح الإرادة سلطانا مطلقا يرتفع بها فوق القانون الذي يستمد قوته الملزمة من اتفاق الأطراف على اختيار أحكامه لتنظيم الرابطة العقدية، لأنّ اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يكون بناءً على قاعدة من قواعد تنازع القوانين إنما استنادا إلى مطلق سلطان الإرادة[9]، ما يجعل من هذا الاختيار ماديا ليس بحاجة إلى قاعدة

---

(1)- الأنباري أحمد حميد، مرجع سابق، ص. ص. 54-55.

(2)- عبد الوافي عز الدين، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق فرع القانون الخاص، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة جيجل، 2008، ص.27.

(3)- مرجع نفسه، ص.27.

(4)- كريم مزعل شبي، مرجع سابق، ص.213.

(5)- عبد الوافي عز الدين، مرجع سابق، ص.27.

(6)- الأنباري أحمد حميد، مرجع سابق، ص. ص. 54-55.

(7)- مرجع نفسه، ص. ص. 54-55.

(8)- أمحمد سعد الدين، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2008، ص.26.

(9)- محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص.44.

من قواعد الإسناد عليه أصبحت إرادة الفرد روح القاعدة القانونية وجوهرها[1]، منه يكون للأطراف مطلق الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، عليه يكون صحيحا كل اختيار لقانون الإرادة وإن كان منعدم الصلة بالعقد الذي ورد من أجله[2]

ويترتب على النظرية الشخصية مجموعة من النتائج المتمثلة في:

- العقد بدون قانون: إن فكرة العقد بدون قانون يعد من نتائج النظرية الشخصية التي تُسند اختيار قانون العقد الدولي إلى مطلق سلطان الإرادة الذي يمنح المتعاقدين حرية مطلقة في اختياره، بما يسمح بإندماج أحكام القانون الواجب التطبيق في شروط العقد وتنزيله منزلة الشروط التعاقدية[3].

- الثبات التشريعي أو تجميد التشريع: الذي يعتبر من الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي والذي يقصد به **"كل شرط أو بند في عقد الاستثمار أو في صلب قانون الدولة ينص صراحة على أن قانون الإرادة لا يسري على العقد المبرم بينهم إلا بحالته التي كان عليها وقت إبرام العقد مع استبعاد كافة التعديلات التي يمكن أن تطرأ عليه في المستقبل"** والذي شرّع لضمان الأمن القانوني الذي يتعلق بعدم مفاجئة المستثمر بقوانين جديدة تحمل قواعد قانونية غير تلك التي كانت موجودة وقت إبرام العقد كأن تتضمن رفع لنسب الضرائب المفروضة على المستثمرين الأجانب[4]، يترتب عليه أنّ أي تعديلات تطرأ على قانون الإرادة في الزمان الذي يلحق إبرام العقد عدم الإعتداد بها حتى ولو كانت تعديلات آمرة، لأنّ القانون المختار ينزل منزلة الشروط التعاقدية بما يفقد قانون الإرادة طابع القانون الصادر من المشرّع[5].

ويتحقق الثبات التشريعي وفق وسيلتين؛ تتعلق الأولى بالحالة التي يُدرج فيها أطراف العقد الدولي شروطاً معينة تقضي صراحة بأنّ يسري على العقد قانون الإرادة بأحكامه وقواعده النافذة وقت إبرام العقد، مع استبعاد أيَّ تعديل لاحق يطرأ عليه[6]، من أمثلته البند **15** من الاتفاق والعقد المبرم بين دولة الكامرون واحدى شركات البحث عن البترول واستغلاله الذي جاء فيه أنّه: **"لا يمكن أن تطبق على الشركة، بدون موافقتها المسبقة التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيها بعد، وخلال مدة الاتفاق"**[7].

وتتعلق الوسيلة الثانية بالحالة التي تتعهد الدولة التي ستكون طرف في عقد دولي في مواجهة المتعاقد المستقبلي معها بأن لا تعدّل أو تلغي قانونها الواجب التطبيق على العقد وبأن

---

(1)- فراس كريم شيعان، أرام عصام خيضر، مرجع سابق، ص. 228.

(2)- ياقوت محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص.5.

(3)- مرجع نفسه، ص.5.

(4)- جغلول زغدود، بوجدير سيف الدين، "ضمانات الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري (وفقا للتشريع الداخلي والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف)، "**مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية**"، المجلد 4، ع.11، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2017، ص.597.

(5)- كريم مزعل شبي، مرجع سابق، ص.221.

(6)- الكردي جمال محمود، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص.86.

(7)- سلامة أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية إنتقادية، ط.02، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص. 6.

لا يكون للتعديل أو الإلغاء أثر على العقود[1]؛ هذه الوسيلة عادة ما تكون في عقود الإستثمار وعقود التنمية الإقتصادية كعقود نقل التكنولوجيا التي تكون الدولة طرفًا في العقد الدولي مع شخص طبيعي أو معنوي أجنبي؛ منه تتعهد الدولة في مواجهة المستثمر أو مورد التكنولوجيا بأن لا تعدل أو تلغي قانونها الذي كان واجب التطبيق على العقد[2].

وقد كرس المشرّع ضمانة تجميد التشريع في قانون الاستثمار الجديد رقـــم 16-09 المتضمن قانون ترقية الاستثمار في المادة **22** منه والتي نصّت على أنّه:« **لا تسري الآثار الناجمة عن إلغاء هذا القانون، التي تطرأ مستقبلا، على الاستثمارات المنجرة في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة.** »[3].

لا تطبق حسب نصّ المادة السالفة الذكر على عقود الاستثمار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجديدة التي تبقى خاضعة للقانون الساري المفعول وقت إبرام العقد فاستثناء الحالة التي يطلب فيها المستثمر ذلك صراحة عندما يكون القانون الجديد أصلح له، بأن يتضمن على سبيل المثال إمتيازات جديدة بالمقارنة مع القانون القديم الذي أبرم فيه العقد[4] من أمثلته ما نصّت عليه المادة **6** من الاتفاقية الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها وأوراسكوم المصرية أنّه:« **تمنع الدولة الجزائرية على نفسها بعد التوقيع على هذه الاتفاقية أن تتخذ إزاء الشركة أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق والامتيازات المخولة بموجب هذه الاتفاقية إذا تضمنت القوانين أو التنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام استثمار أكثر من النظام المقرر في هذه الاتفاقية، يمكن الشركة أن تستفيد من النظام، شريطة استبقاء الشروط المقررة في هذه التشريعات أو التنظيمات التطبيقية** » [5].

**ثانيا: النظرية الموضوعية**

ظهرت النظرية الموضوعية في أفكار الأستاذ "باتيفول" الذي يرى أنّ مراعاة المعاملات الدولية توجب توزيع الاختصاص التشريعي بين الدول بطريقة موضوعية، بالتالي الاعتراف لكل تشريع بحكم العلاقات الواقعة تحت سلطانه بتركيزها مكانيًا بالاعتماد على ثلاثة وسائل[6]، إما ضابط إسناد واحد يطبق على جميع العقود الدولية بإخضاعها لقانون محل إبرام، أو بمنح القاضي سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق، من ظروف التعاقد

---

[1]- الكردي جمال محمود، مرجع سابق، ص.86.

[2]- سلامة أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص. 6.

[3]- المادة **6** من القانون رقم 22-18 مؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1443 الموافق 24 يوليو سنة 2022، يتعلق بالاستثمار، ج.ر.ج.ج، عدد 50 الصادر في 29 ذو الحجة عام 1443ه الموافق 28 يوليو سنة 2022م.

[4]- عيبوط محند وعلي، عقد الاستثمار: بين القانون الداخلي والقانون الدولي، "**مجلة المدرسة الوطنية للإدارة**"، المجلد 21، ع.41، مركز التوثيق والبحث والخبرة، 2011، ص.65.

[5]- جغلول زغدود، بوجدير سيف الدين ، مرجع سابق، ص.597.

[6]- عبد الوافي عز الدين، مرجع سابق، ص.32.

وملابساته أو بالاعتماد على منهج وسط من خلال تحديد العقود المتشابهة واخضاعها لضابط إسناد[1].

ويسلم الفقيه باتيفول بقانون الإرادة وما له من دور في تحرير العقود الدولية من قبضة القوانين الداخلية، لكنَّه يضيف أنّ الإرادة لا تختار القانون الواجب التطبيق بل دورها ينحصر في تركيز العقد، بربطه بقانون معين من خلال عناصر العقد من مكان إبرام العقد أو تنفيذه منه يخضع العقد لقانون الدولة التي قام أطرافه بتركيزه على إقليمها[2]؛ وفقا لهذه النظرية فإنّ الإرادة لا تحدد القانون الواجب التطبيق على العقد إنما تحدد مقر العقد[3] لأنّ الإرادة وإن كانت حرة في اختيار قانون العقد إلاّ أنّ هذه الحرية ليست مطلقة بل مقيدة بأن تكون ذو صلة بالعلاقة العقدية التي تستند إلى نصوص القانون التي تسمح لها بالاختيار[4].

نصل كاستنتاج لما تم قوله أنّ؛ لأطراف العقد الدولي سلطة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد يتم تحديد هذه السلطة تطبيقًا لمنهج قواعد الإسناد الذي يضعه المشرّع وفقًا لنص قانوني.

**الفرع الخامس: موقف التشريعات من قانون الإرادة**

نبرز من خلال هذا الفرع موقف القانون الجزائري والقانون المقارن من قانون الإرادة كما يلي بيانه:

**أولا: موقف المشرّع الجزائري من قانون الإرادة**

أدرج المشرّع الجزائري قانون الإرادة ضمن قاعدة الإسناد المتعلقة بالالتزامات التعاقدية أقرّ مبدأ خضوع عقود التجارية الدولية لاختيار الأطراف؛ وبما أنّ موقف المشرّع فيما تعلق بمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية قد تغير بعد تعديل القانون المدني في سنة 2005؛ فإنّه كانت هناك ضرورة في سرد موقفه قبل التعديل وبعده في الآتي:

حررت المادة **18** من (ق.م.ج) في ظل الأمر رقم 75-58 كما يلي:« **يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد مالم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر.**

**غير أن العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقع.** »[5]؛ يتضح من خلال نص المادة السالفة الذكر أنّها تضمنت فقرتين إحتوت ثلاثة أنواع من القواعد؛ الأولى قاعدة احتياطية والثانية قاعدة أصلية؛ والثّالثة قاعدة استثنائية.

تعلقت القاعدة الاحتياطية بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في غياب اتفاق الأطراف؛ منحت الإختصاص لقانون المكان الذي أبرم فيه العقد، أي قانون الدولة التي تم فيها العقد، وقد وردت القاعدة الاحتياطية بصيغة المضارع **"يسري"**،

---

[1]- الأنباري أحمد حميد، مرجع سابق، ص.59.

[2]- عبد الوافي عز الدين، مرجع سابق، ص.32.

[3]- مرجع نفسه، ص.32.

[4]- الأنباري أحمد حميد، مرجع سابق، ص. 59.

[5]- المادة **18** من من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

وتعلقت القاعدة الأصلية بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في ظل وجود اتفاق الأطراف؛ والتي أخضعت العقد لقانون الإرادة أي القانون الذي وقع اتفاق أو اختيار الأطراف المتعاقدة عليه، والذي تم التعبير عليه بعبارة **"مالم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر"** دون أن يضع أيَّة قيود على اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم العقد، وجاءت الفقرة الأخيرة من المادة قبل التعديل متضمنت قاعدة إستثنائية؛ فحواها سريان قانون موقع العقار على العقود التي كان محلها عقارًا، عليه تخرج العقارات من نطاق تطبيق قانون الإرادة، علية يطبق قانون الإرادة، وفي حال غيابه يسري قانون المكان الذي أبرم قيه العقد على أن يسري على العقار قانون موقعه.

انتقد المشرّع على نصّ المادة المذكورة أعلاه صياغة و مضمونا؛ كونه لم يضع قيودا على حرية الأطراف وأنَّ تفضيله لضابط محل إبرام العقد على غيره من الضوابط الأخرى جاء من دون مبرّر[1]؛ تدخل المشرّع استجابة للإنتقادات التي وجهت له حينما أخذ في صياغته لنص المادة **18/1** بالنظرية الشخصية فقام بتعديل المادة **18** من (ق.م.ج) وعدل عن موقفه فأخذ بقانون الإرادة وقيده، وجعل من القاعدة الإحتياطية قاعدة متعددة الضوابط بعدما كانت أحادية الضابط، لأنّ المادة **18** قبل تعديلها تضمت ضابطين: الأول ضابط الإرادة والثاني محل إبرام العقد؛ أخذ في الأصل باتفاق الأطراف وإحتياطا بقانون محل إبرام العقد، منه تولى المشرّع بنفسه مسألة تحديد قانون العقد عند سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق صراحة أو ضمنيا[2].

حررت المادة **18** من (ق.م.ج) بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 كمايلي:**« يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.**

**وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.**

**وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد.**

**غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه »** [3]، ما يمكن استنتاجه من خلال نصّ المادة السالفة الذكر أنّها تضمنت أربعة فقرات.

ورد في الفقرة الأولى؛ القاعدة الأصلية وشروط تطبيقها؛ المتعلقة بسريان قانون الإرادة على العقود الدولية بصفة عامة والعقد التجاري الدولي بصفة خاصة، على أن يكون اختيار الأطراف لهذا القانون متصلا إما بالجنسية المشتركة أو الموطن المشترك، وإما بقانون مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، بعكس ما كانت عليه الفقرة قبل التعديل التي منحت مطلق الحرية

---

[1]- بلعيور عبد الكريم، قانون الإرادة طبقا للمادة 18 من التقنين المدني الجزائري قبل وبعد تعديلها سنة 2005، **"المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية"**، المجلد 47، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1، 2010، ص. ص.373-374.

[2]- أمحمد سعد الدين، ضوابط إعمال قانون الإرادة لحل مشكل تنازع القوانين في العقود الدولية، **"المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية"**، المجلد 54، ع.2، كلية الحقوق والعلوم الساسية، جامعة الجزائر 1، 2017، ص.362.

[3]- المادة **18/1** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

للأطراف في الاختيار، المعبر عنها بعبارة **"يسري القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد".**

وجاء في الفقرة الثانية والثالثة بقاعدة احتياطية؛ تصدى من خلالها لمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية في ظل غياب قانون الإرادة **"وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد"**؛ وإن كان المشرّع قد منح الأولوية في التطبيق لقانون الإرادة إلاّ أنّه أولى في ذات الوقت إهتماماً لضوابط إسناد أخرى يُأخذ بها في حالة عدم الاختيار بحيث يطبق قانون الإرادة وإن لم يكن يطبق قانون الموطن المشترك، أو الجنسية المشتركة وإن غابا فقانون محل إبرام العقد، وتعلقت الفقرة الرابعة والأخيرة بقاعدة إسناد لم يكن طابعها إحتياطيًا بالنسبة للأصل؛ إنما ذات طابع استثنائي على القاعدة الأصلية؛ أقرت أنّ العقود الواردة على العقارات يسري عليها قانون موقع العقار؛ أي قانون الدولة التي يتواجد فيها العقار المراد التعامل فيه **"غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".**

ويتحدد وجه الإختلاف بين مضمون المادة **18** قبل تعديلها وبعد تعديلها؛ أنّها قبل التعديل تضمنت ضابط إسناد إحتياطي واحد المتمثل في مكان إبرام العقد، وجعل اختيار الأطراف لقانون الإرادة مطلقا[1]، أما بعد التعديل جاءت بثلاثة ضوابط احتياطية تطبق في غياب قانون الإرادة بدلا من ضابط واحد وهي الموطن المشترك، الجنسية المشتركة، مكان إبرام العقد، مع تقييد قانون الإرادة بصلته بالمتعاقدين أو بالعقد[2].

**ثانيا: موقف التشريعات المقارنة من قانون الإرادة**

تناولت التشريعات المقارنة مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية أقرت أنّ حل مشكلة تنازع القواني يكون وفقا لقانون الإرادة، فنصّ القانون المدني المصري في المادة **19** منه على أنّه: « **يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا، سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانون آخر هو الذي يراد تطبيقه.** »[3].

يتضح من خلال المادة أنّ؛ المشرّع المصري تصدى بصفة أولية لمسألة القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في غياب قانون الإرادة، فأسندها لقانون الموطن المشترك ومن ثم قانون المكان الذي تم فيه العقد في حال تعذر فرض الإسناد السابق له أي سكوت الإرادة عن الاختيار المعبر عليه في متن المادة بعبارة **"هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانون آخر هو الذي يراد تطبيقه"**، سواء كان اختيار الأطراف لهذا القانون اختيارا صريحا أو تم استخلاصه بطريقة ضمنية.

---

[1]- بن عصمان جمال، إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي، **"مجلة الدراسات القانونية والسياسية"**، المجلد 6، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي بالأغواط، 2020، ص.257.

[2]- بن عصمان جمال، مرجع سابق، ص.257.

[3]- المادة **19** من القانون المدني المصري، مرجع سابق.

ونجد أيضا القانون المدني السوري، والقانون المدني القطري؛ نصّت المادة **20** من (ق.م.س) على أنّه:« **يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، إذا اتحدا موطنا. فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها التعاقد. هذا إذا لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه.** »[1]، ونصّت المادة **1/27** (ق.م.ق) على أنّه:« **يسري على العقد من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه** »[2]، يضاف إليها ما جاء به القانون المدني الأردني بنصِّه في المادة **20** على أنّه:« **يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا فان اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك.** »[3].

يتضح من المواد الواردة أعلاه أنّ؛ حل مشكلة تنازع القوانين في العقد التجاري الدولي يأتي وفقًا لقاعدة قانون الإرادة، على أن تُحلّ المشكلة في القانون الجزائري وفقًا لقاعدة القانون الأوثق صلة بالعقد أو بالمتعاقد وليس بقاعدة قانون الإرادة هذا نتيجة التقييد الذي عرفه اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على الالتزمات التعاقدية بأن وضع المشرّع حدود لاختيار الأطراف لقانون الإرادة وحسب ما جاءت به قاعدة الإسناد الجزائرية لا يخرج عن فلك قانون الموطن، الجنسية، مكان الإبرام، ومكان التنفيذ.

**الفرع السادس: نطاق ومجال تطبيق قانون الإرادة**

يتمتع أطراف العقد التجاري الدولي بميزة تحديد القانون الذي يحكم عقدهم شريطة أن أن يكون اختيارهم هذا متصل بهم أو بالعقدى وأن يعبروا عنه صراحة أو يستخلصه القاضي من الظروف المحيطة بالعقد؛ وإن كان الأطراف لهم الحق في اختيار قانون العقد إلاّ أنّه وجب عليهم أن يمارسوا حقهم في زمان معين ومجال معين؛ هو ما سنتعرّض له في هذا الفرع كالآتي:

**أولا: نطاق تطبيق قانون الإرادة**

تطرح قاعدة قانون الإرادة التي يخضع لها العقد التجاري الدولي إشكالية قانونية تتعلق بالزمان الذي يمارس فيه هذا الاختيار وطبيعة العقود التي تسري عليها القاعدة، هذه الأخيرة تقترن بنطاقين يتمثلان في النطاق الموضوعي لاختيار قانون الإرادة الذي تفردت به العقود

---

[1]- المادة **20** القانون رقم 84 لسنة 1949، المتضمن القانون المدني السوري، المتوفر على الموقع الإلكتروني التالي: https://kanooon.com

[2]- المادة **27** من القانون رقم 22 لسنة 2004، المتضمن القانون المدني القطري، المتوفر على الموقع الإلكتروني التالي: https://almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=2559&language=ar

[3]- المادة **20** من القانون المدني الأردني، مرجع سابق.

ذات الصبغة الدولية[1] التي يتخللها عنصر أجنبي في محلِّه أو أطرافه أو سببه[2]؛ منه تستثنى العقود ذات الصبغة الداخلية التي تخضع للقانون الداخلي.

يشترط لتطبيق قانون الإرادة التأكد من توافر الصفة الدولية في العقد؛ ولإضفاء هذه الصفة على العقود أوجد الفقه والقضاء ثلاثة معايير من خلالها يمكن معرفة العقود الدولية من العقود الداخلية، معيار قانوني يرتكز على فكرة أنّ العقد يعد دوليا إذا اتصل بروابط قانونية متعلقة بأكثر من نظام قانوني واحد، المتمثلة في مكان إبرام العقد أو تنفيذه أو جنسية الأطراف أو موطنهم[3].

ومعيار اقتصادي ينظر إلى العملية التي يحققها العقد المتمثلة في مصالح التجارة الدولية، يكون وفقا له العقد دوليا إذا كان هناك حركة للأموال ذات طبيعة مزدوجة استيراد وتصدير كانتقال الأموال عبر الحدود متخطية حدود جغرافية لإقليم دولة واحدة[4]، ويبحث المعيار المزدوج في دمج المعيارين السابقين لاعتبار العقد دولي، أين يكون العقد مقترنا بأكثر من نظام قانوني أو متصلا بطرف أجنبي على أن يكون مرتبط بمصالح التجارة الدولية[5]، والنطاق الزمني لتحديد قانون الإرادة الذي يتحدد وقت إبرام العقد دون أن يمنع ذلك من أن يكون الاتفاق عليه بعد إبرام العقد أي في اتفاق لاحق بل حتى في مرحلة عرض النزاع على القاضي شريطة أن يكون قبل الفصل فيه[6].

**ثانيا: مجال تطبيق قانون الإرادة**

يدخل في نطاق تطبيق قانون الإرادة جميع المسائل المتعلقة بتكوين العقد من أركان وشروط والآثار المترتبة عليه؛ فيما تعلق بأركان تكوين العقد يدخل فيها الرضا والمحل والسبب، أما عن الرضا فإنّه يعد أحد أهم أركان العقد يعتمد في وجوده على إرادتين متقابلتين متطابقتين فيصدر إيجاب ثم بعده قبول مطابقا لما ورد في إرادة الإيجاب[7] يعبر عن ذلك الاتفاق الحاصل بين الطرفين، عليه فإنّ تبادل الإيجاب والقبول بين الطرفين يخضع لقانون الإرادة هذا في الحالة التي يكون فيها التراضي كافيا لإبرام العقد، أما في الحالة التي يتطلب فيها العقد شكلاً معينا فإنّ الشكل يكون خاضعا لقانون الشكل[8].

---

(1)- سلامة أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص.178.

(2)- مرجع نفسه، ص.178.

(3)- عبد الهادي زبيدة، القواعد المادية لمنازعات عقود قانون التجارة الدولية في الأنظمة العربية في إطار الاتفاقيات الدولية، دراسة مقارنة، **"المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث"**، المجلد3، ع.4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الأمير سلطان الأهلية، المملكة العربية السعودية، 2017، ص.153.

(4)- محمد نائل أبو قلبين، مدلولات تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني في ضوء أحكام التشريع الأردني، **"مجلة الأبحاث القانونية والسياسية"**، المجلد3، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2، 2021، ص.6.

(5)- معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عقود المفتاح والإنتاج في اليد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق العلوم الإدارية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 1998، ص.50.

(6)- مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار، **"مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية"**، المجلد 17، ع.37، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2018، ص.244.

(7)- شريف هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2003، ص.76.

(8)- عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص. 359.

وقعت عيوب الإرادة التي تعتري الرضا فتفسده المتمثلة في الإكراه والتدليس والغبن والإستغلال والغلط محل جدال فقهي بخصوص القانون الذي يسري عليها، رأى بارتان بخضوعها لقانون الجنسية أي قانون الشخص، أساسه في ذلك الإسناد أنّ عيوب الإرادة تتعلق بإرادة المتعاقد، إلاّ أنّ موقفه كان محل إنتقاد جانب من الفقه كون أنّ هذه العيوب ليست عيوبًا في الشخص نفسه بل هي عيوب تهدف إلى ضمان سلامة العقد، بذلك وجب أن تخضع لقانون العقد، أما عيوب الإرادة وموانع الأهلية وعوارضها من جنون وعته وسفه وغفلة تدخل في مجال الأحوال الشخصية لقانون الجنسية[1].

وقع خلاف بين الفقه حول القانون الذي يخضع له السكوت كصورة خاصة لإرادة القبول، فمن الفقه من أخذ بفكرة أن السكوت لا يعد تعبير عن الإرادة كونه حالة سلبية عليه من الضروري أن يخضع السكوت لقانون الإرادة، ومن الفقه من أخضع السكوت للقانون الذي يرتب عليه نتيجة قانونية والذي يتحقق في محل إقامة من وجه إليه الإيجاب الذي يتماشى ومتطلبات التجارة الدولية في الحالة التي يكون فيها الشخص طبيعيا، وقانون مركز أعماله في الحالة التي يكون فيها الشخص معنويا، لأنّه من غير المعقول إلزام من وجه إليه الإيجاب بقانون لا يعرفه فيتفاجأ من وجه إليه العرض بخضوعه لقانون غريب[2].

ويعرض أصحاب هذا الرأي مثالا لتاجر دانمركي يوجه إيجابا إلى تاجر انجليزي ويضمنه شرطا يقضي بخضوع العقد المراد إبرامه للقانون الدانمركي والذي يقضي بأنّ السكوت يعتبر قبولاً في الحالة التي يتوقع فيها من صدر منه الإيجاب أن من وجه إليه العرض من الضروري أن يعلن إرادته بعدم القبول إن هو أراد ذلك، فلا يرد من وجه إليه الإيجاب على عرض الموجب، في هذه الحالة يعتبر سكوته قبولاً طبقا للقانون الدانمركي على أن يعتبر السكوت قبولاً في الحالة التي يعتبر كذلك وفقا لقانون محل إقامة من وجه إليه العرض أو لقانون مركز أشغاله[3].

نجد بالعودة إلى المادة **18** من القانون المدني الجزائري التي تحدد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية أنّها لم تتطرَّق إلى تحديد القانون الواجب لتطبيق على هذه الالتزامات في حالة سكوت من وجه إليه الإيجاب؛ لكنه بالرجوع إلى القاعدة العامة الواردة في المادة **68** نجدها تنصّ على أنّه:« **إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.**

**ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه.** »[4] يبدوا واضحا أن الحكم الوارد في المادة السالفة الذكر لا يطبق إلاّ إذا توفر الشرط المذكور فيها، عليه إذا لم يكن الموجب ينتظر ردا ممن

---

[1]- شريف هنية، مرجع سابق، ص.80.

[2]- محمدي بوزينة أمنة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشلف، 2015- 2016، ص.148.

[3]- عبد الوافي عز الدين، مرجع سابق، ص.32.

[4]- المادة **68** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

وجه إليه الإيجاب بالنظر إلى طبيعة التّعامل أو العرف التجاري ، فإنّ عدم تعبير هذا الأخير عن رفضه الصريح للإيجاب يُفسر على أنّه قبولا للإيجاب.

وحددت الفقرة الثانية من نفس المادة حالتين خاصتين يكون فيهما السكوت بمثابة قبول وهما، حالة التعامل السابق بين الطرفين وحالة ما إذا كان مضمون الإيجاب في صالح من وجه إليه الإيجاب ففي هاتين الحالتين إذا لم يتخذ من وجه إليه الإيجاب موقفا سلبيا بعدم التلفظ بأي عبارات يُفسر على أنّه قبولا للإيجاب[1].

يخضع الموجب المقيم في الجزائر لحظة إرسال الإيجاب إليه لحكم المادة السابقة الذكر بحيث لا يكون سكوته منتجا لآثاره إلاّ إذا اتصل الإيجاب الذي وجه إليه بتعامل سابق بينه وبين المتعاقد أو المتعاقدين الآخرين أو كان هذا العرض لمصلحته تطبيقًا لقانون محل إقامته لكونه يعرف من خلال قانونه الحالات التي يرتب فيها السكوت أثارا قانونية إذا ما رافقته ظروف ملابسة[2]؛ عليه يعود سبب عدم تطبيق قانون الإرادة على السكوت الذي يعتبر قبولا إلى أنّ السكوت عبارة عن حالة نفسية داخلية لا تعد قبولا إنما الظروف الخارجية هي التي تجعل من السكوت ينتج آثاره القانونية بالتالي يعتبر قبولاً[3].

ويتفق الفقه على خضوع محل العقد وشروطه من حيث كونه مشروعا وممكنا ومعين وقابلا للتعيين للقانون الذي يحكم العقد، بالتمييز بين الحالة التي يكون فيها المحل مال أو عمل، فإذا كان المال عقارا أو منقولا فإنّه لبيان ما إذا كان قابلا أو غير قابل للتعيين نعود إلى قانون محل المال، وإذا كان عملا وجب لبيان ما إذا كان جائزا أو غير جائز العودة إلى قانون محل تنفيذ العمل، على أن يخضع السبب من حيث وجوده ومشروعيته لقانون العقد على أن يطبق القاضي قانونه في الحالة التي يكون فيها السبب غير مشروع وفقا لقانونه على أن يسري القانون الذي يحكم العقد في حالة تخلف أحد أركان العقد الذي يتبين وفقا له الجزاء المترتب على هذا التخلف هل هو بطلان نسبي أم بطلان مطلق وهل تتحقق الإجازة أم لا، على أن يخضع الفسخ لعدم تنفيذ الالتزامات لقانون العقد[4].

وتخضع آثار العقد بالنسبة للموضوع لقانون العقد أي قانون الإرادة المُختار من المتعاقدين[5]، فيرجع إليه لمعرفة مضمون الالتزامات التي ينشأها العقد وأحكامه؛ على أن يخضع تفسير العقد للقانون الذي يسري على العقد باعتباره المختص بتحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد وطبيعة التزامات المتعاقدين، ومتى يكون التنفيذ عينيا أو بمقابل وكيفية تقدير التعويض وما هو حكم شرط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، ومتى يجوز تعديل العقد وسلطات القاضي في ذلك بالزيادة وبالتخفيض وحكم الشرط الجزائي، على أن

---

(1)- عثماني بلال، محاضرات في القانون المدني نظريّة العقد، تكوين العقد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2023، ص.34.

(2)- عبد الوافي عز الدين، مرجع سابق، ص.55.

(3)- مرجع نفسه، ص.55.

(4)- كيحل كمال، قانون العقد الدولي وأثره على مصلحة المستهلك، "**مجلة الحقيقة**"، ع.14، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أدرار، 2009، ص.ص. 120-121.

(5)- عبد الوافي عز الدين، مرجع سابق، ص.55.

تخضع المسؤولية العقدية المترتبة عن عدم تنفيذ الالتزامات بين المتعاقدين لقانون العقد وليس لقانون محل وقوع الفعل الضار[1].

ويسري على أثار العقد بالنسبة للأشخاص القانون الذي يحكم العقد فيرجع إليه لمعرفة الملتزمين والمستفيدين من العقد متعاقدين أو من الغير، ويحدّد هذا القانون مدى إنصراف آثار العقد إلى الخلف العام أو الخلف الخاص، باستثناء التصرفات التي يكون تنفيذها بعد الموت والتي تخضع لقانون جنسية الهالك وقت موته[2]، هذا ما نصّت عليه المادة **16/1** من (ق.م.ج) بنصّها على أنّه:« **يسري على الميراث، والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت الموت** »[3].

**المطلب الثاني: الاستثناءات التي ترد على تطبيق قانون الإرادة**

يتمتع أطراف العقد التجاري الدولي بحرية اختيارهم للقانون الذي يسري على عقدهم تطبيقًا لمبدأ قانون الإرادة وفقا لما قضت به قواعد الإسناد، بالتالي قبل أن يطبّق القاضي القانون المختار من الأطراف عليه أن يتأكد أولا من توافر الصفة الدولية في العقد بحسب المعيار المعتمد عليه وإن تحقق من توافر الصفة الدولية عليه أن يتأكد من أن اختيارهم جاء متصل بالعقد أو بالمتعاقدين، وإن تحققت فيه الصلة الحقيقية إلاّ أنّه غير كاف للاعتداد به من طرف القاضي إنّما ينتقل مباشرة إلى مسألة آخرى جد مهمة وهي التأكد من أنّ القانون المختار لا يشكل مخالفة للنظام العام والآداب العام أو أنّه تحدد له الاختصاص بناء عن غش نحو القانون أو اصطدامه بالقواعد ذات التطبيق الضرري؛ كلّها أدوات قانونية يتم تفعيلها بعد تحديد قانون الإرادة لتأكد من سلامته؛ هذا ما سنحاول إبرازه من خلال الفروع الأتية:

**الفرع الأول: استبعاد تطبيق قانون الإرادة لمخالفة النظام العام والأداب**

يؤدي مبدأ استقلالية الإرادة الممنوحة للأطراف في مجال العقود الدولية إلى قيام الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد؛ هذا الاختيار يصح أن يكون قانون وطني أو قانون أجنبي بالنظر إلى خاصية الازدواجية في قواعد الإسناد؛ وعندما يتخذ الأطراف قرارا فيما تعلق بالقانون الواجب التطبيق يجب على القاضي أن يطبّقه متى تأكد أن الأجنبي لا يتعارض مع النظام العام والأداب العامة[4]؛ منه استبعاده واحلال قانون آخر محله؛ لذلك سنتطرّق إلى تعريف النظام العام والدفع به لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي وشروط تطبيقه فيما يأتي:

**أولا: تعريف فكرة النظام العام**

---

[1]- كيحل كمال، مرجع سابق، ص.122.

[2]- عبد الوافي عز الدين، مرجع سابق، ص.57.

[3]- المادة **16/1** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[4] – RATCHANEE Korm Larpvanichar, Les contrast internationausx: étude comparative franco-thailandaise, Tése Pour obtenir Le grad de Docteur en Droit ? Discipline: Droit international Privé, LUniversité Lille2- DROIT et saunté, 2012, P. 51.

تعتبر فكرة النظام العام من بين الأفكار التي تستعصي بطبيعتها على التحديد عليه اكتف الشراح بتقريبها إلى الأذهان[1] بقولهم أنّ النظام العام في مفهومه إنّما يعبر على أنّه:**"الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخُلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة فيها، أو مجموع القواعد القانونية التي تُنظم المصالح السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية** أو **الخُلقية، التي تهُم المجتمع مباشرة أكثر مما تهُم الأفراد"**[2] ويمكن أن يقال في شيء من التعميم والتقريب أنّ النظام العام عبارة عن: **"مجموعة المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية"**[3]، وعرّفه الفقيه **"بيدرو"** على أنّه: **"المعبر عن روح النظام القانوني القائم في لحظة معينة، أو مجموعة المبادئ القانونية التي تُعّرف مجتمعا معينا"**، وعرّفه الفقيه **"سان سيمون"**على أنّه: **"مجموعة الخصائص المميزة لفكرة القانون القائم في دولة معينة"**[4].

وعُرّف أيضا على أنّه: **"الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية، ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية أو غيرها من المذاهب، والأفكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية، وتكافؤ الفرص وغيرها"**[5]، وعرّفته محكمة النقض المصرية على أنّه: **"نظام يحتوي على قواعد ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو على مصالح الأفراد"**[6].

**ثانيا: الدفع بفكرة النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي**

تناول المشرّع الجزائري فكرة النظام العام في القانون المدني لأول مرة في ما تعلق باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختار من المتعاقدين، نصّت المادة **24** المعّدلة سنة 2005 بموجب القانون رقم 05-10 منه على أنّه:**« لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، ... »**[7] والتي

---

(1)- ميلاط عبد الحفيظ، الطبيعة الدولية لشبكة الإنترنيت وفكرة النظام العام- تحديد المسؤولية في حالة مخالفة النظام العام في العقود المتعلقة بمنح التوطين، **"مجلة الصورة والاتصال"**، المجلد 5، ع.19، جامعة وهران، الجزائر، 2016 ص.29.

(2)- ميلاط عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص.29.

(3)- السبوسي سعيد سيف، النظام العام والآداب العامة وأثرها على تنفيذ أحكام التحكيم وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم 11لسنة 1992 وتعديلاته، دراسة مقارنة، **"مجلة العلوم القانونية والاجتماعية"**، المجلد 4، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، 2019، ص.357.

(4)- مسعود عز الدين، حقيقة النظام العام والآداب ومشروعيته في الفقه الإسلامي، الأنظمة الدستورية الوضعية - دراسة مقارنة، **"مجلة دراسات وأبحاث"**، المجلد3، ع.3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، مارس 2011، ص.27.

(5)- الهداوي حسن، القَانون الدّولي الخَاص، تَنَازُع القَوانِين، المَبَادئ العَامَّة والحُلول الوَضعيّة في القَانون الأردُني، درَاسَة مُقارنَة، ط.2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، ص.184.

(6)- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص.155.

(7)- المادة **24** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

يقابلها في القانون المقارن المادة **32** من (ق.م.ع) بنصّها على أنّه:**« لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام أو الاداب العامة في العراق »**[1]، والمادة **29** من (ق.م.أ) بنصّها على أنّه:**« لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام تخالف النظام العام والآداب في المملكة الأردنية الهاشمية »**[2]، والمادة **28** من (ق.م.م) بنصّها على أنّه:**« لا يجوز تطبيق قانون أجنبي عينته- النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر. »**[3].

يتضح من خلال فحوى المواد السالفة الذكر أنّها؛ تضمنت قاعدة قانونية آمرة "لا يجوز" تتعلق بعدم جواز تطبيق القانون الأجنبي في حالة مخالفته النظام العام؛ منه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام والعام والآداب العامة في دولة القاضي بالتالي يعد أحد القيود الواردة على إعمال القوانين الأجنبية[4]؛ مثال ذلك النّزاع الدولي المعروض على القاضي الجزائري المتعلق بعقد قرض بين أشخاص طبيعيين بفوائد ربوية، فإنّه يتعين على القاضي استبعاد شرط الفائدة فقط لمخالفته النظام العام الجزائري مع بقاء عقد القرض خاضعا للقانون الأجنبي[5].

ويجيز المشرّع وفقًا للمادة **1/18** من (ق.م.ج) في مجال العقود الدولية أن يحدد الأطراف القانون الذي يحكم عقدهم شريطة أن يكون هذا الأخير ذو صلة إما بالمتعاقدين أو بالعقد والذي يصح أن يكون مستمد من القانون الوطني أو من قانون أجنبي إلاّ أنّ الأخذ به في حالة وجود نزاع مرتبط بضرورة ألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر مثال ذلك النّزاع المتعلق بعقد يتضمن شرط الدفع بالذهب في الجزائر؛ فإنّه على القاضي أن يستبعد شرط الدفع بالذهب وحده لمخالفته للنظام العام الجزائري حيث التعامل بالعملة الجزائرية أمرٌ إجباري بين كل المتعاملين الاقتصاديين مع بقاء الشروط الأخرى خاضعة للقانون الأجنبي طالما لا تخالف النظام العام الجزائري[6].

ويترتب على ربط ما ورد في المادتين **1/18** و**24** من (ق.م.ج) عدم جواز تطبيق القانون الأجنبي المقرر بموجب المادة **1/18** تطبيقا للقانون المختار من المتعاقدين إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر؛ عليه أخذ المشرّع بقانون الإرادة وفي الحالة التي يكون فيها هذا الأخير أجنبيا يعد من الإلزام ألا يخالف النظام العام في الجزائر[7]، منه يطبق القاضي حسب الأصل القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية وفقا لقانون الإرادة أي القاعدة التي تُحيل إلى تطبيق القانون الأجنبي.

---

(1)- المادة **32** من القانون المدني العراقي، مرجع سابق.
(2)- المادة **29** من القانون المدني الأردني، مرجع سابق.
(3)- المادة **28** من القانون المدني المصري، مرجع سابق.
(4)- شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص.54.
(5)- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1984، ص.151.
(6)- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص.151.
(7)- شويرب خالد، مرجع سابق، ص. ص.74-75.

لكن في الوضع الذي يتبين له أنّ القانون الأجنبي يصطدم والأسس التي يقوم عليها المجتمع يأتي النظام العام كمانع يمنع من تسلل القانون الأجنبي؛ منه يعد الدفع بالنظام العام دفع استثنائي وليس تطبيق للقاعدة العامة[1]، لأنّ القاعدة العامة تطبيق قانون الإرادة والقاعدة الإستثنائية استبعاده متى كان مخالف للنظام العام، عليه إذا أشارت قاعدة من قواعد الإسناد إلى القانون الواجب التطبيق وكان هذا الأخير أجنبياً وتبين للقاضي المعروض عليه النّزاع أنّه مخالف للنظام العام جاز للقاضي أن يستبعده عن طريق إثارة الدفع بالنظام العام ما يؤدي إلى ميلاد فراغ قانوني ويعمد مباشرة لمعالجة الإشكال الحاصل في قانون العقد بإنزال القانون الجزائري منزلة القانون الأجنبي ليحلُّ محله ويسدّ ذلك الفراغ[2].

**ثالثا: شروط الدفع بفكرة النظام العام لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي**

يشترط لتطبيق فكرة الدفع بالنظام العام لإستبعاد تطبيق قانون الإرادة أن يكون القانون المختار أجنبيا هذا ما صرّح به المشرّع في المادة **24/1** من (ق.م.ج) بنصّه على أنّه:« **لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي... إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر...** »؛ عليه يتأكد القاضي عند إعماله لفكرة الدفع بالنظام العام أن الإختصاص قد ثبت للقانون الأجنبي بموجب قاعدة الإسناد، منه لن يكون هناك مجال لإثارة الدفع بالنظام العام إذا كان القانون المختص قانون القاضي[3]، وأن تكون المخالفة حالية لأنّ تقدير متطلبات النظام العام يكون وقت الفصل في الدعوى باعتباره الوقت الذي سيطبق فيه القانون الأجنبي لا وقت ميلاد العقد محل النّزاع[4] خاصة أنّ ما يعتبر من النظام العام في زمن معين قد لا يكون كذلك في زمن آخر في الدولة ذاتها[5].

ويضاف على هاذين الشرطين شرط تطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والأداب العامة في الجزائر؛ لأنّ دور القاضي لا يقتصر في استبعاد القانون الأجنبي المختار من المتعاقدين إنما يمتد إلى تطبيقه للقانون الجزائري على العقد محل المنازعة بشكل تلقائي، هذا ما صرّح به المشرّع في المادة **24/2** من (ق.م.ج) بنصّه على أنّه:« **يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة**»[6]، على أن لا تثار فكرة الدفع بالنظام العام في حالة استبعاد القانون المختار لغياب شرط إنعدام الصلة لأنّ القانون في هذه الحالة تم إستبعاده بسببها وليس لمخالفته النظام العام.

---

[1]- بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص عقود ومسؤولية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 1986، ص.154.

[2]- عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص.174.

[3]- بلمامي عمر، مرجع سابق، ص.131.

[4]- زيدون بختة، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون الدولي الخاص، جامعة بوبكر بلقايد تلمسان، 2011، ص. 144.

[5]- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري- تنازع القوانين-، مرجع سابق، ص.171.

[6]- المادة **24/2** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

**الفرع الثاني: استبعاد تطبيق قانون الإرادة للتلاعب في قاعدة الإسناد**

تكون ضوابط الإسناد الواردة في قاعدة الإسناد قابلة للتغير من أطراف العقد بما يفتح المجال للتلاعب بها لإتصالها بالشخص المتعاقد كالجنسية والموطن أو بذاتية العقد كمكان إبرامه أو تنفيذه، عليه كان من اللزوم أن يُستبعد كل قانون سواء كان وطنيا أو أجنبيا إذا تحدد له الإختصاص نتيجة غش نحو القانون بالتحايل؛ لذلك سنحاول من خلال هذا الفرع إلى المقصود بنظرية الغش نحو القانون وكيفية الدفع بها لاستبعاد تطبيق القانون المختار وشروط إعمالها؛ كالتالي:

**أولا: تعريف نظرية الغش نحو القانون**

ظهرت الحاجة للدفع بالغش نحو القانون في القانون الدولي الخاص بداية من القرن التاسع عشر على مستوى القضاء الفرنسي من خلال القضية الشهيرة المعروفة بقضية الأميرة **"دوبوفرمون"**[1] تتلخص وقائع القضية في زواج سيدة بلجيكية الأصل مع الأمير الفرنسي **"دوبوفرمون"**، التي إكتسبت عن طريق هذا الزواج الجنسية الفرنسية، أرادت بعد ذلك الطلاق من زوجها لكن واجهتها أحكام من القانون الفرنسي باعتباره الواجب التطبيق الذي لم يكن يسمح آنذاك بالطلاق[2]، ففكرّت الأميرة بالتجنس بجنسية دولة أخرى تسمح بالطلاق بغية التهرّب من القانون الفرنسي المختص في نظر طلب الطلاق، فتجنّست بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي يسمح قانونها بالطلاق؛ وتوصلت من خلاله للتطليق من زوجها دون إذنه وتزوجت بالأمير الروماني **"بيسكو"**[3].

تدخل زوجها بمقاضاتها والسعي لإبطال الزّواج الثاني الناتج عن تلاعبها بضابط الإسناد المتمثل في الجنسية بالنسبة للفئة المسندة المتجلية في الأحوال الشخصية؛ أين وقع القانون الفرنسي بصفته القانون المسند إليه ضحية التلاعب والغش من طرف الأميرة مما أثّر سلبًا على حقوق الزّوج الفرنسي صاحب الجنسية الفرنسية، لينصفه القضاء الفرنسي بموجب الحكم الشهير الصادر في 17 جويلية 1876 من محكمة استئناف باريس، ثم أيدته محكمة النقض بعد ذلك بعدم اعترافها بالطلاق الذي تم بالخارج وإعلان بطلان الزّواج الثاني على أساس أنّ الطلاق لم يتم إلاّ بعد تغيير الزوجة لجنسيتها؛ هو ما يشكل حسب وجهة نظر

---

(1)- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الاحكام الأجنبية، ج.2، دار النهضة العربية، بيروت، 1994، ص.168.

(2)- بلحسيني حمزة، التحايل على القانون المختص في مجال العلاقات الأسرية الدولية، **"مجلة الحوار المتوسطي"**، المجلد 11، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلالي ليابس، سيدي بلعباس، أفريل، 2021، ص. 492.

(3)- السيد الحداد حفيظة، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، د.س.ن، ص.215.

القضاء الفرنسي غشا نحو القانون [1] ومنذ ذلك الوقت استقر القضاء الفرنسي على فكرة الغش نحو القانون الدولي الخاص كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي [2].

عرّفت فكرة الغش نحو القانون بعدة تعريفات منها: **"مناقضة قصد الشارع باتخاذ تدابير إرادية مشروعة ولو عن غير عمد للوصول إلى نتائج مشروعة"**[3]، ومنها: **"اتخاذ تدبير إرادي، بوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولة مختصة عادة بحكم علاقة قانونية وإحلال قانون دولة أخرى أكثر تحقيقا للنتائج المتوخاة"**[4]؛ عليه فإنّ الغش نحو القانون يعني لجوء أحد أطراف العقد إلى إحداث تغيير في ضابط الإسناد مع اقترانه بسوء النية لتحقيق نتيجة يترتب عنها إنشاء مركز قانوني يتفق وعبارات النص القانوني ويكون مناقضا للغرض الحقيقي له، للوصول إلى تحقيق الرغبة الشخصية في ظل القانون المراد الخضوع لأحكامه[5].

**ثانيا: الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد تطبيق قانون الإرادة "المتهرّب إليه"**

لقد منحت قاعدة التنازع للأطراف الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وأجازت لهم أن يكون اختيارهم منصب على قانون وطني أو قانون أجنبي؛ منه قبل أن يطبق القاضي الوطني المعروض عليه النّزاع نص القانون الأجنبي فإنّه لابد أن يبحث في محتوى ويتعرّف عليه ويرى قواعده إن كانت لا تخالف النظام العام والآداب العامة ويتأكد إن كان القانون الأجنبي هو المختص فعلا أم أنّه تحدد له الاختصاص بناء على غش نحو القانون من خلال التلاعب في ضوابط الإسناد[6].

وتناول المشرّع فكرة الدفع بالغش نحو القانون لأول مرة في القانون المدني فيما تعلق بقواعد الإسناد، ذلك في المادة **1/24** بعد تعديلها بموجب القانون رقم 05-10؛ حيث لم يأخذ المشرّع قبل تعديله للمادة بالغش نحو القانون كأداة إستثنائية يعتمد عليها لإستبعاد القانون المتهرب إليه، إذ كان يعتبر أنّ إستبعاد القانون المختار يكون في حالة واحدة هي التي يشكّل فيها مخالفة للنظام العام الجزائري؛ وكانت المادة السالفة الذكر تنصّ على أنّه:« **لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام، أو الآداب في الجزائر.** »[7].

---

[1]- فضيل نادية، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص.131.، أنظر أيضا: حسام أبو حامدة، الغش نحو القانون الدولي الخاص كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، **"استشارات قانونية مجانية محاماة نت"**، تم الإطلاع عليه يوم 01 جوان 2022، على الساعة 00:11، ص.3. وما يليها، المتوفر على الموقع الإلكتروني التالي: https://www.mohamah.net/law

[2]- رايس أمينة، النظام العام والغش نحو القانون كموانع لتطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الجزائري، **"مدونة قانونية تهتم بكل فروع القانون"**، تم الإطلاع عليه يوم 01 جوان 2022 على الساعة15:12، ص.12. المتوفر على الموقع الإلكتروني: https://boubidi.blogspot.com/2011/08/blog-post_1769.html

[3]- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص.261.

[4]- الهداوي حسن، مرجع سابق، ص.120.

[5]- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص.160.

[6]- Harith ALDABBACH, REGARDS CRITIQUES SUR LES REGLES CONFLIT DE LOIS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE IRAKIEN, R.I.D.C, N°3, 2006, P.P.895-896.

[7]- المادة **1/24** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

فأدرك المشرّع بعد ذلك أهمية الغش نحو القانون في ما تعلق بالتلاعب بضوابط الإسناد وعدل عن موقفه وصرّح في المادة **24/1** (ق.م.ج) أن القانون المختار يستبعد أيضا في حالة آخرى وهي المتعلقة بالغش نحو القانون بغض النظر إن كان القانون المختار وطنيا أو أجنبيا، فنصّ في المادة على أنّه:« **لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.** »[1]؛ والتي يقابلها في القانون المقارن الفصل **30** من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي التي نصّت على أنّه:« **يكون التحايل على القانون بالتغيير المصطنع لأحد عناصر إسناد الوضعية القانونية، بنية تجنب تطبيق القانون التونسي أو الأجنبي الذي تعينه قاعدة التنازع. وإذا توفرت شروط التحايل على القانون، فلا عبرة لتغيير عنصر الإسناد.** »[2].

يتضح من فحوى المادتين أنّ؛ كل من المشرّع الجزائري والتونسي يعتبران الغش نحو القانون أحد الأسباب المؤدية إلى إستبعاد تطبيق قانون الإرادة إذا كان مصتنعًا، على أن تطبق الفكرة كلما تحقق غش نحو القانون بغض النظر إن كان القانون المتهرّب منه قانون وطني أو قانون أجنبي، الذي يترتب عليه تغيير في ضابط الإسناد بالتالي تغيير القانون الواجب التطبيق، على عكس الدفع بالنظام العام الذي يثار في الحالة التي يكون فيها القانون الواجب التطبيق أجنبيًا فقط

وتتحقق فكرة الغش نحو القانون في الحالة التي يغير فيها أحد أطراف العقد جنسيته أو موطنه باعتباره ضابط إسناد بالنسبة للفئة المسندة أو اصطناع عنصر أجنبي في العلاقة العقدية الوطنية لتحويلها إلى علاقة عقدية ذات طابع دولي للاستفادة من قاعدة اختيار القانون الواجب التطبيق مما يتيح فرصة إخضاع العلاقة للقانون الأجنبي؛ كأن ينتقل الأطراف إلى دولة أجنبية لإجراء العقد على إقليمها بقصد تجنب تطبيق القانون الداخلي لتعارضه ومصالحهم الشخصية[3].

وتتحقق فكرة الغش نحو القانون في العقد التجاري الدولي في الفرض الذي يقوم فيه الأطراف بالتحايل على شرط الصلة اللازم توفرها في القانون المختار، هذا نتيجة للتقييد الذي أورده المشرّع الجزائري أن حصر القانون المختار في الصلة الحقيقية بينه وبين أطرافه أو العقد بحد ذاته، هذا ما قد يؤدي إلى تغيير أحدهما لإيجاد هذه الصلة[4]، كتغيير بلد الإبرام أو الجنسية في حالة ما إذا اشترك فيها أطراف العقد بما لا يسمح بالأخذ بها[5]؛ منه يتوجب على القاضي أن يسعى إلى إبطال التلاعب الذي يعمد إليه الأطراف من خلال تحايلهم على مكونات قاعدة الإسناد الوطنية؛ بالتالي إخضاعهم للقانون المتهرّب منه تماشياً

---

(1)- المادة **24/1**، مرجع نفسه.

(2)- الفصل **30** من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، المتوفر على الموقع الإلكتروني التالي: http://legistunisie.weebly.com/uploads/9/5/0/9/9509893/diparabe.pdf

(3)- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري –تنازع القوانين-، مرجع سابق، ص.189.

(4)- شويرب خالد، مرجع سابق، ص.85.

(5)- دغيش أحمد، الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص، **"مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية"**، المجلد5، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس بالمدية سبتمبر، 2017، ص.84.

والقاعدة اللاتينية التي مفادها **"الغش يبطل كل شيء"**[1]، فإنّ طبقت النظرية رُد الاختصاص للقانون الذي حددته قاعدة الإسناد، سواءً تعلق الأمر بقانون القاضي أو القانون الأجنبي عملا بقاعدة **"المطلق يُعمل على إطلاقه حتى يرد ما يقيدة"**، وقاعدة **"العام يُحمل على عمومه حتى يرد ما يخصصه"**[2].

**ثالثا: شروط تطبيق نظرية الغش نحو القانون**

يشترط لتطبيق الغش نحو القانون لإستبعاد تطبيق القانون المتهرب إليه والعودة إلى القانون المتهرّب منه، أن يكون هناك تغير في ضابط الإسناد من طرف المتعاقدين كاصطناع العنصر الأجنبي في العلاقة العقدية لتجنب الخضوع للقانون الداخلي أو اصطناع العنصر الوطني في العلاقة العقدية الدولية لتجنب الخضوع للقانون الأجنبي[3]، وتوفر نية التحايل التي تدلّ على اتجاه إرادة الأطراف المتعاقدة إلى التحايل للتهرب من القانون الواجب التطبيق، ونظرا لصعوبة الوصول إلى النية الباطنة لأطراف العقد اتجه فقهاء القانون الدولي الخاص إلى عدم وجوب التقيد بالركن المعنوي للغش إنما مجرد إجراء عملية تغيير ضابط الإسناد يشكل غشا نحو القانون[4].

تجدر الإشارة إلى أنّ الفقه اختلف حول الأثر المترتب على الغش نحو القانون فهناك من الفقهاء من نادى بضرورة الاستبعاد الجزئي للقانون المختار قائلين أنّ أثر الغش إنما يقتصر على الجزء الذي وقع فيه التحايل؛ بالتالي حصره في الوسيلة المعتمدة من قبل الأطراف المتعاقدة بهدف الوصول إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة؛ مما يؤدي إلى عدم نفاذ النتيجة التي ارتأتها إرادة الأطراف من وراء تغييرها لضابط الإسناد[5]، بالتالي حصر جزاء الغش في حرمان صاحبه من النتيجة غير المشروع خاصة أنّ العبرة في التصرفات القانونية بمقصدها وغايتها لهذا لا داعي للمبالغة في الجزاء، مُستدلين على قضية الأميرة الفرنسية حيث اكتفت محكمة النقض الفرنسية بعدم الاعتداد بتطليقها كونه غير مسموح به في النظام القانوني الفرنسي ولم تقضي ببطلان تجنسها بجنسية أجنبية؛ حيث أنّ الأميرة أرادت بتصرفها التهرب من المانع الوارد فيقانون جنسيتها الذي يحرمها من التطليق[6].

نادى اتجاه ثاني بالاستبعاد الكلي لقانون الإرادة؛ باعتباره مختص تبعا للضابط المصطنع[7]؛ بهذا حكم القضاء الفرنسي في قضية الأميرة **"دي بوقرمون"** بعدم نفاذ التطليق والزواج الثاني وبقاء الزواج الأول بالتالي تطبيق القانون الفرنسي[8].

---

(1)- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري –تنازع القوانين-، مرجع سابق، ص.189.

(2)- زروتي طيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية-تنازع القوانين-، مرجع سابق، ص.267.

(3)- فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص.131.

(4)- علي عدنان علي، أثر الغير من قواعد الاسناد على تحديد القانون واجب التطبيق (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2020، ص.79.

(5)- شويرب خالد، مرجع سابق، ص. ص.88-89.

(6)- داودي صحراء، استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بسبب الغش نحو القانون، **"المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية"**، المجلد12، ع.4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2020 ص.900.

(7)- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين-، مرجع سابق، ص.197.

(8)- زروتي طيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية-تنازع القوانين-، مرجع سابق، ص.270.

آل الفقه الراجح إلى وجوب حرمان التصرف المشوب به من كل أثر سواء تعلق بالوسيلة أو الغاية، تفاديًا لتجزئة العمل القانوني المختص [1]، ففي حالة الغش الناشىء عن عمل مادي، كنقل منقول إلى دولة أخرى، أو يختار المتعاقدين محلاً مصطنعا لإبرام العقد فيه أو تنفيذه، فإنّ الغاية وحدها هي التي تكون عديمة الأثر في دولة القاضي خاصة وأنّ أثر الغش نحو القانون لا يمكن أن يكون البطلان، لأنّه لا يمكن لأي دولة أن تقرر ما إذا كان التصرف صحيحًا أوغير صحيح في الدولة التي تم إجراؤه فيها؛ بل ما يملكه القاضي قانونا الحكم بعدم نفاذه في إقليمه[2].

**الفرع الثالث: استبعاد تطبيق قانون الإرادة لوجود قاعدة التطبيق الضروري**

نتعرّض من خلال هذا الفرع إلى التعريف بالقواعد ذات التطبيق الضروري وتطبيقها بصفة أولية على قاعدة التّنازع كالأتي:

**أولا: تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري**

ظهر منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في بادئ الأمر تحت مسمى القواعد ذات التطبيق الفوري أو المباشر على يد الأستاذ (Franciscakis)[3] مطلع القرن العشرين في ظل المذهب الاشتراكي نتيجة تطور الفكر السياسي والاقتصادي وبفضل تزايد تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية وسن العديد من القوانين التوجيهية الآمرة التي لا تفرّق في تطبيقها بين العلاقات الداخلية أو الدولية[4].

تعددت المحاولات الفقهية لتعريف القواعد ذات التطبيق الضروري؛ من الفقه من عرّفها على أنّها: **"القواعد التي يتعين مراعاتها لأجل حماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة"**، ومن الفقه من عرّفها على أنّها: **"القواعد القانونية التي تطبق دون الحاجة إلى إعمال قواعد الإسناد"**[5]، ومن الفقه من عرّفها على أنّها: **"القواعد التي تلازم تدخل الدولة، والتي ترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية الاقتصادية والاجتماعية للجماعة، والتي يترتب على عدم احترامها إهدار ما تبتغيه السياسة التشريعية، وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها أيا كانت طبيعتها وطنية أو ذات طابع دولي"**[6].

عرّفها جانب آخر من الفقه بأنّها: **"القوانين التي يكون محتواها جوهريا واستثنائيا بالمقارنة بالمبدأ العام للقانون العادي، والتي تتدخل قبل إعمال قاعدة التنازع المزدوجة**

---

[1]- مرجع نفسه، ص.270.

[2]- دغيش أحمد، مرجع سابق، ص.84.

[3]- بلاق محمد، منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في إطار العلاقات الخاصة الدولية، **"مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية"**، المجلد 7، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، 2021، ص.239.

[4]- القاسمي مصطفى، واقع التكريس التشريعي لقوانين البوليس والأمن في القانون الدولي الخاص المغربي، **"مجلة الأبحاث القانونية والسياسية"**، ع.8، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف2، 2020، ص.183.

[5]- تعاريف مشار إليها في: بوزاهر عبد الرؤوف، خصوصية القواعد ذات التطبيق الضروري من قبل المحكم الدولي **"المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية"**، المجلد7،ع.1، المركز الجامعي الونشريسي تيسمسيلت، 2022، ص.1006.

[6]- سلامة أحمد عبد الكريم، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون الدولي الخاص (دراسة تحليلية تطبيقية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص.72.

**الجانب لضمان بعض المصالح الحيوية الضرورية التي لا غنى عنها، وإلا ستفقد السياسة التشريعية جزءا من فعاليتها"**[1].

يستفاد من التّعريفات المُشار إليها أعلاه أن؛ القواعد الضرورية هي تلك القواعد القانونية الفورية المباشرة الآمرة ال واجبة التطبيق أيّ كانت طبيعة العلاقة داخلية أو دولية، مهما كان قانون العقد[2]، فيكون القاضي ملزم بتطبيق مثل هذه القواعد على جميع المنازعات التي تعرض عليه متى كانت تدخل في نطاق سريانها بغضِّ النظر عن طبيعة النّزاع إن كان داخليًا أو دوليًا، أو إذا كان قانون الإرادة قد أشار إلى تطبيق قانون آخر أجنبي حسب ما حددته قاعدة الإسناد في دولة القاضي، لا تسمح أن تدخل في منافسة مع القوانين الأجنبية هذا ما عبر عنه الفقه بـتخفيض مرتبة قاعدة التنازع[3].

**ثانيا: تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري بصفة أولية على قاعدة التنازع**

تناول المشرّع منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون المدني بموجب المادة **05** منه؛ بنصّها على أنّه:**« يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن ».** [4]؛ والتي يقابلها في القانون المقارن الفصل **38** من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي بنصّها على أنّه:**« تطبق مباشرة ومهما كان القانون المعين من قواعد التنازع أحكام القانون التونسي التي يكون تطبيقها ضروريا بالنظر إلى الغرض المقصود من وضعها»**[5]، والمادة **1/7** من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية بنصّها على أنّه:**« عند تطبيق قانون بلد معين بمقتضى هذه الاتفاقية يجوز الاعتداد بالنصوص الآمرة في قانون بلد آخر يرتبط بالمركز المطروح برابطة وثيقة وذلك في ما لو كانت هذه النصوص واجبة التطبيق بمقتضى قانون البلد الذي تنتمى إليه بصرف النظر عن قانون العقد.** » [6] ، والمادة **16** من اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على الوساطة والتمثيل التجاري بنصّها على أنّه:**« عند تطبيق هذه الاتفاقية فإنه يجوز الاعتداد بالنصوص الآمرة لكل دولة ترتبط بالمركز المطروح برابطة جدية وذلك فيما لو كانت هذه النصوص يجب تطبيقها وفقا لقانون تلك الدولة أيا كان القانون الذي عينته قواعد التنازع فيها.** »[7]

يتضح من خلال المواد الواردة أعلاه أنّ منهج القواعد ذات التطبيق الضروري منهج يحتوي على قواعد آمرة تمنح إختصاصًا أصيلاً لقانون القاضي، واجبة التطبيق بصفة فورية

---

(1)- عفيفي أحمد، قواعد البوليس المضيقة لنطاق تطبيق قانون العقد وعلاقتها بفكرة النظام العام، **"المجلة الشاملة للحقوق"** كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، 2021، ص.20.

(2)- سلامة أحمد عبد الكريم، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص.83.

(3)- بلاش ليندة، دور القواعد ذات التطبيق الضروري: بين الزامية قواعد الاسناد والتخفيض من مرتبتها، **"المجلة الأكاديمية للبحث العلمي"**، المجلد 10، ع.3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2019، ص.504.

(4)- المادة **5** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

(5)- الفصل **38** من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، مرجع سابق.

(6)- المادة **1/7** من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية لسنة 1980.

(7)- بوكرزازة أحمد، القواعد الآمرة والقواعد المكملة التفرقة بين القواعد الآمرة والمكملة مؤسسة على شروط التطبيق، **"مجلة العلوم الإنسانية"**، ع.39، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة1، 2013، ص.203.

بمجرد تحقق القاضي من وجودها؛ عليه يتوجّب على القاضي أن يعود بشأن ما يطرح أمامه من نزاعات إلى قواعد قانونه أولا حتى يتسنى له معرفة ما إذا كان هناك قاعدة ترغب في التطبيق، فإذا إنتفت تلك الرغبة لجأ حينئذ إلى منهج قاعدة الإسناد الذي يؤدي دورا إحتياطيا من الدرجة الثانية بالنسبة للقواعد ذات التطبيق الضروري[1].

يجعل وجود القواعد ذات التطبيق الضروري اللجوء إلى قواعد الإسناد الوطنية في مرحلة لاحقة للبحث في النظام القانوني للدولة عن القواعد التي يجب إعمالها أيا كان القانون الواجب التطبيق على العقد حتى لا تهدر نية المشرّع من تأطيره لمسائل معينة هذا دون أن تحل هذه القواعد محل القانون المختار[2]، مما استدعى البحث عن نقطة التوازن بين الإرادة التي تعد حق لأطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق وضرورة احترام القواعد الآمرة، بالتالي الإقرار باستبعاد نصوص القوانين الأجنبية في دولة القاضي في حالة وجود قواعد قانونية آمرة لا تقبل المزاحمة والاشتراك[3]؛ هو الوضع الذي كان له انعكاس بالتضييق على حرية الاختيار الممنوحة للأطراف في تحديد قانون العقد الدولي[4].

يتحدد نطاق تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري بالنظر إلى إفصاح المشرّع عن رغبته في تحديد مجال التطبيق وحالة عدم إفصاحه عن هذه الرغبة[5]؛ عليه إذا أفصح المشرّع عن رغبته في تحديد نطاق القواعد ذات التطبيق الضروري ثبت الاختصاص لقانون القاضي دون سواه.

ومن أمثلة ذلك ما صرّح به المشرّع الجزائري في القانون المدني في المادة **13** من (ق.م.ج) التي نصّت على تطبيق قانون الأسرة الجزائري على العلاقة الزوجية فيما تعلق بتكوينها وآثارها في حالة ما إذا كان أحد الزّوجين جزائريًا وقت إنعقاد الزّواج، منه متى كان أحد الزوجين يحمل الجنسية الجزائرية بغض النظر إن كان الزّوج أو الزّوجة وقت إبرام عقد الزواج فإنّ القانون الجزائري هو الذي يطبق وحده دون سواه باعتباره قاعدة ضرورية واجبة التطبيق بصفة أولية على قاعدة التنازع.

بالرغم من أنّ المادة **11** من نفس القانون تنصّ على أنّ القانون الوطني لكل من الزوجين هو الذي يطبق على الشروط الموضوعية؛ والمادة 12 تنصّ على أنّ القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت انعقاد الزواج هو الذي يطبق على الآثار المالية والشخصية التي يرتبها عقد الزواج؛ منه نصّت المادة **13** على أنّه:« **يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين11 و12 إذا كان أحد الزوجين حزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج** »[6].

---

(1)- سلامة أحمد عبد الكريم، القواعد ذات التطبيق الضروري، مرجع سابق ص.83.

(2)- عفيفي أحمد، مرجع سابق، ص.21.

(3)- بوكرزازة أحمد، مرجع سابق، ص.203.

(4)- الهواري أحمد محمد، خواطر حول حماية الطرف الضعيف في القانون الدولي الخاص، **"المجلة الأكاديمية للبحث القانوني"**، عدد خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015، ص.494.

(5)- علي الهادي الأسود، العلاقة بين القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري( قواعد البوليس والأمن) وقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، **"مجلة العلوم القانونية والشرعية"**، ع.7، جامعة الزاوية، 2015، ص.31.

(6)- أنظر المادة **13** من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

وإذا ما عدنا إلى المواد المحال إليها بموجب المادة السالفة الذكر نجد المادة **11** من القانون رقم 05-10 المتضمن التقنين المدني الجزائري تنصّ على أنّه:« **يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين** »، ونجد أنّ المادة **12** من نفس القانون تنصّ على أنّه:« **يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج.**

**ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.** »[1]؛ ما يعني أنّ المشرّع قرر قواعد إسناد تتعلق بالزّواج وقرر قاعدة ضرورية مباشرة تطبّق فوراً وبشكل مباشر دون المرور بقاعدة الإسناد تعلق بتطبيق القانون الجزائري كلما كان أحد الزّوجين يحمل الجنسية الجزائرية.

أما في حالة عدم إفصاح المشرّع عن رغبته في تحديد مجال تطبيقها؛ فإنّ القاضي يطبقها دون العودة إلى قواعد الإسناد حتى وإن كان الأمر متعلق بعقد دولي هو ما قال به الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة الذي اعتبر من القاضي مشرّعًا من حيث تفسيره للنصوص القانونية الغامضة:**"إن القاضي كالمشرّع فلابد أن يعمل في نطاقه على تحقيق وحماية الأسس الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع في دولته، ولا شك أن للقاضي سلطة تفسير النص القانوني الغامض، مستعينا بوسائل التفسير المتعارف عليها في قانونه، وبالتالي إذا ساوره شك حول طبيعة النص القانوني الواجب التطبيق كان عليه أن يحدد وحسب المبادئ العامة لقانونه، كي يصل إلى النطاق السليم في تطبيقه، ولا تخرج القواعد ذات التطبيق الضروري عن تلك القاعدة، إذا لم تكن إرادة المشرّع صريحة في هذا الشأن"**[2].

ويستخلص من خلال ما تم الإشارة إليه أنّه؛ إذا عرض نزاع أمام القاضي الجزائري بخصوص علاقة تجارية دولية وثبت الاختصاص لقانون القاضي فإنّه يطبّق قانونه بكل قواعده باستثناء الحالات التي تخرج من نطاق سريانه، وفي الحالة التي لا يثبت فيها الاختصاص للقانون الجزائري ما يجعل من القانون الأجنبي هو المختص إما لاختياره من الأطراف وإما تحدد عملا بالضوابط الاحتياطية الواردة في قاعدة الإسناد الوطنية، فإنّه يطبق القانون الأجنبي بشرط ألاّ يكون هذا التطبيق على حساب القواعد الآمرة التي لا تقبل أي تنازع للقوانين[3]؛ وفي جميع الحالات لا يمكن أن يطبق القانون المختار على العقد التجاري الدولي قبل أن يتطرّق القاضي إلى قانونه ويرى إن كان هناك قواعد ضرورية تود التطبيق[4].

---

[1]- أنظر المادتين **11**و**12** من القانون رقم 05-10 المتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2]- سلامة أحمد عبد الكريم، القواعد ذات التطبيق الضروري، مرجع سابق، ص.187.

[3]- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص.ص.319-320.

[4]- CLEMENTINE Becherel, la codificationen droit internationl Privé: une perspective universalise en matiére deconflit de lois, THése Pour Obtenir le diplôme de coctorat, sciences juridiques,LUniversité DE Rouen, 2022, P.183.

## المبحث الثاني
## شكل العقد استثناء وارد على تطبيق قانون الإرادة

يسري على العقد التجاري الدولي في جانبه الشكلي ما لا يسري عليه في جانبه الموضوعي؛ فإذا كان هذا الجانب من العقد يخضع لقانون الإرادة وفقا لمنهج قواعد الإسناد فإنّنا نبحث عن قاعدة الإسناد التي تسري على شكل العقد التجاري الدولي الواردة في منهج الإسناد التي حددت القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزامات التعاقدية التي تشكل استثناء على قانون الإرادة؛ والتي تولى من خلالها المشرّع إصتفاء أكثر القوانين ملائمة لحكم الجانب الشكلي في ظل تعددت القوانين ذات القابلية للتطبيق؛ منه أخذت غالبية التشريعات بمبدأ تعدد الضوابط لتكوين القاعدة؛ مع بعض الاستثناءات التي ترد على تطبيقها؛ وإن كان العقد التجاري يخضع لنوعين من قواعد الإسناد لكل واحدة منها ضوابطها وطريقة تطبيقها إلاّ أنّ ذلك لا يمنع من أن تكون بعض الفروض التي يخضع فيها العقد لضابط واحد يسري عليه ككل.

سندرس في هذا المبحث واحدة من قواعد الإسناد التي تخرج من نطاق تطبيق قانون الإرادة والتي تحدد القانون الواجب التطبيق على شكل الالتزامات التعاقدية الواردة في القوانين المدنية لتشريعات الدول، من خلال إبراز مفهوها ومجال تطبيقها والاستثناءات التي ترد على تطبيقها من ثم موقف التشريعات القانونية منها؛ مع العلم أنّ المشرّع لم يتوسع في تنظيمها ولم تلقى إهتمام الباحثين بشكل كافي من خلال تحليلها والوقوف على معانيها ومناقشة ضوابطها؛ لتحديد أحسن وأنجع الطرق في تطبيقها والتعامل معها؛ من خلال المطالب الآتية:

### المطلب الأول: مفهوم قاعدة شكل العقد

لنستوعب قاعدة الإسناد المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الجانب الشكلي للعقد التجاري الدولي؛ فإنّه من الضروري أن نتطرّق قبل شرح وتحليل القاعدة إلى تعريف الشكلية والجذور التاريخية لها، ثم نبحث في مجال تطبيقها والاستثناءات الواردة عليها؛ من خلال الفروع الأتية:

#### الفرع الأول: تعريف شكل العقد وجدوره التاريخية

فهمُ القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بصفة عامة والعقد التجاري بصفةخاصة في جانبه الشكلي لن يأتي إلاّ باستحضار التطورات التاريخية التي مرت بها قاعدة الشكل وتحديد المقصود بالشكلية حتى يتسنى لنا تحديد النطاق الذي تطبق فيه؛ لذلك سنتناول من خلال هذا الفرع الجذور التاريخية **(أولا)**، وتعريف الشكلية **(ثانيا)**؛ كما يلي:

##### أولا: التأصيل التاريخي لقاعدة شكل العقد

مرت قاعدة خضوع الالتزامات التعاقدية الدولية للقاعدة في وجهها الحديث بمراحل عدة أهمها حينما أخضعها فقه الأحوال الإيطالي القديم لقانون بلد إبرامها في شكلها وموضوعها

فظلت قاعدة التّنازع التي تحكم شكل العقد الدولي هي قاعدة قانون مكان الإبرام[1]، فقام الفقيه (Curtius) بإخضاع العقد الدولي لقانون بلد إبرامه؛ على أساس أنّ الإرادة الضمنية لأطرافه اتجهت لاختياره كونهم اختاروا بلد ما لإبرام العقد على ترابه، عليه يعد تعبير ضمني على رغبتهم في الخضوع لقانونه[2].

تفطن بعد ذلك الفقيه "بارتول" إلى مسألة جد مهمة والمتمثل في أنّ موضوع العقد وشكله ليس من المنطق أن يخضع لقانون واحد إنّما لابد أن نخضع موضوع العقد لقانون الإرادة ونترك الشكل لقانون محل إبرام العقد[3] هو ما حكم به بمناسبة تعليقه على مناقشة صحة وصية أبرمها شخص من بلدة "مودين" وهو متواجد في مدينة "فينيس" وفقًا لقانون هذه الأخيرة الذي كان يتطلب لصحة الوصية حضور ثلاثة شهود وثار نزاع حولها لكون القانون الروماني الذي يخضع له الأجانب في مدينة فينيس، يشترط لصحة الوصية حضور سبعة شهود لا ثلاثة، وعُرض النّزاع على قضاء المدينة وأقر بصحة الوصية، لأن الأجانب المقيمين في المدينة لهم الحق في أن يبرموا وصاياهم في الشكل الذي يقرره قانونها[4].

فظلت قاعدة الشكل بارزة ومسيطرة إلى أن ظهر الفقيه **"دارجنتريه"** الذي شن هجومه على التحليل الفقهي الذي قامت به المدرسة الإيطالية القديمة في حل مشكلة تنازع القوانين التي تثيرها العلاقات الدولية، حيث قسَّم القوانين إلى عينية و شخصية، تطبق الأولى على كل من يقيم في الإقليم، وتلحق الثانية الشخص أينما وجد، لتختفي قاعدة الشكل في ضوء التقسيم الذي قال به الفقيه، نظرًا لصعوبة إدراجها في أي من التقسيمات التقليدية للأحوال الإقليمية والشخصية، مما أدى إلى إفراد قسم ثالث من الأحوال سمي بالأحوال المختلطة التي أُلحقت بالأحوال العينية بالتالي وجوب تطبيقها تطبيقًا إقليميًا[5].

وبقي الوضع على حاله دون إقرار مبدأ الفصل كما بقي محل إبرام العقد الضابط الثابت إلى أن جاء الفقيه "ديمولان" في القرن السادس عشر وفصل بين الشكل والموضوع فقصر تطبيق القاعدة على الشكل الخارجي للالتزام، وأخضع الموضوع لقانون الإرادة[6] الذي يعد من أهم ضوابط الإسناد المعتمد في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية[7].

**ثانيا: تعريف الشكلية**

---

(1)- بلهوان حسين، القانون الواجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم، **"مجلة العلوم الإنسانية"**، المجلد 31، ع.3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة1، 2020، ص.166.

(2)- السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية 2018 ص.21.

(3)- هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية والتجارية، وتنفيذ الأحكام الأجنبية-تنازع القوانين-، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008، ص.228.

(4)- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984 ص.84.

(5)- الكسواني عامر محمد، موسوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010 ص.138.

(6)- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص.84.

(7)- مجذوب كوثر، حدود اللإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، **"مجلة تاريخ العلوم"**، المجلد 2، **ع.8**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سكيكدة، 2017، ص.1.

تعددت التعاريف الفقهية بشأن الشكلية؛ عرّفها الفقيه **"روبي"** على أنّها: **"كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني وتحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات والمواعيد والإجراءات"**[1]، وعرّفها **"محمد نور فرحات"** على أنّها: **"الإتجاه الذي يهتم بشكل القاعدة القانونية أكثر من اهتمامها بمضمونه"**[2].

ويرى **"جيني"** أن التصرف الشكلي**"هو الذي فُرض فيه الشكل تحت طائلة عدم الفعالية بدرجة ما"**، وعرّفت الشكلية على أنّها:**"التي يستلزمها المشرع في بعض التصرفات القانونية، لتفعيل الإرادة في التوصل إلى الأثر المنشود من ذلك التصرف، فهو عبارة عن أسلوب محدد للتعبير عن الإرادة يفرض بصورة الزامية من قبل المشرع، ويكون عنصرا أساسيا في انشاء العقد"**[3]، أو هو**"صورة خاصة من صور التعبير عن الإرادة"**[4]، في حين رآى جانب من الفقه أنّ الشكلية في الحقيقة ترجمة للحالة التي يمنع فيها المتعاقد من اختيار الطريقة التي يعبر بها عن إرادته[5].

ويتضح من خلال التعريفات الواردة أعلاه أنّ الشكل يتصل بالتعبير عن الإرادة لا بالإرادة بحد ذاتها لأنّ هذه الأخيرة تعد أمرًا باطنًا ليس بالإمكان التّعرف عليه إلاّ بإظهارها إلى الوجود المادي بناء على تعبير ما يصدر من الشخص للدلالة عليها؛ بما يسمح بفهمها والتَّوصل إلى مدى جديتها في إنصرافها إلى إحداث أثر قانوني معين، وما عدا ذلك تبقى عديمة الأثر[6] ما يجعل منها صورة خاصة للتعبير عن الإرادة[7].

لهذا استوجب في التصرف القانوني توفر عنصرين؛ أحدهما مادي يتمثل في التعبير عن الإرادة والآخر معنوي يتعلق بالتصرف في الإرادة، في حين يتمثل الشكل في صورة التعبير عن الإرادة[8].

ويترتب على غياب الشكلية بطلان العقد في الحالة التي تكون فيها الكتابة ركن شكلي[9] كعقد الشركة مثلاً لأنّ الشكلية فيه ضرورية لانعقاد العقد المتعلق بتأسيسها، في هذه الحالة

---

(1)- ورد التعريف في: زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون خاص، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 1987، ص.15.

(2)- محمود حياة، باهي التركي، مرجع سابق، ص.749.

(3)- ورد التعريف المشار إليه في: عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون، النهر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، 2000، ص.27.

(4)- ورد التعريف المشار إليه في: الشرقاوي جمال، نظرية بطلان التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة د.س.ن، ص.31.

(5)- فيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص.303.

(6)- علي عبد العالي الاسدي، النظام القانوني للشكل في قانون المرور، **"مجلة العلوم الإنسانية"** ، المجلد14، ع.2 جامعة بابل، 2008، ص.258.

(7)- أبوطه خالد، أحمد حسينة، الشكلية في العقود التجارية- دراسة تحليلية، **"مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية"**، المجلد13 ع.1، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2020، ص.106.

(8)- بوراس لطيفة، الشكلية في الحياة التجارية إلى أين، **"المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية"**، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2019، ص.205.

(9)- زحزاح محمد، يحياوي يوسف، الشكلية العلنية كصورة من صور الشكلية غير المباشرة وأثرها على نفاذ العقد، **"مجلة القانون العقاري والبيئة"**، ع.5، جامعة مستغانم، 2015، ص.1.

يعتبر الشكل مظهر داخلي تخلفه يؤدي إلى اعتبار العقد باطلاً بطلانًا مطلقًا وكأنّ العقد لم يكن أصلاً، بهذا كانت صورها إما شكلية للإثبات وإما شكلية للانعقاد [1].

ويهدف المشرّع من خلال الشكلية إلى تحقيق الحماية للأطراف المتعاقدة [2]، بتنبيههم عن خطورة التصرف الذي يُقْدمون على إتيانه، ما يجعل منها قيد على إرادة الأطراف في ظل التصرُف القانوني [3] لأنّ الأصل في العقود الرضائية[4]، بالتالي كانت الرغبة وحدها غير كافية لإنشاء التصرّفات القانونية، على هذا استوجب القانون اتخاذها في شكل معين كالكتابة؛ إذْ لا يمكن أن تنتج الإرادة آثارها دون مراعاة هذا الشكل[5].

**الفرع الثاني: مجال تطبيق قاعدة الإسناد لشكل العقد**

نتطرّق من خلال هذا الفرع إلى التكييف ثم مجال تطبيق قاعدة الشكل كما يلي بيانه:

**أولا: تعريف التكييف**

تعددت التعريفات الفقهية بشأن التكييف؛ عرّفه الدكتور **"عبد الواحد كرم"** بأنّه: **"تحديد طبيعة العلاقة القانونية لإدخالها في نظام قانوني معين"**، وعرّفه **"أحمد فهمي"** بأنّه: **"إسقاط القانون على الواقع طبقا للمبدأ التلبيد في المرافعات أعطيني الواقع أعطيك القانون"**[6] وعرّفه **"عز الدين عبد اللّه"** في مجال تنازع القوانين بأنّه: **"تحديد طبيعة المسألة التي تتزاحم القوانين بشأنها، لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد"** [7].

وعرّفه **"بارتون"** على أنّه: **"مسألة ماهو القانون الواجب التطبيق على المسألة التي تتنازعها قوانين دول مختلفة، والتي على إثرها يقوم القاضي المطروح أمامه النزاع بتطبيق القانون المختص من بين مختلف النُّظم القانونية الخاصة التي تتنازع لحكم المسألة محل النزاع"**[8]، كما يقصد به: **"تشخيص لحالة قانونية معينة، لتصنيفها بين مختلف**

---

[1]- بلحاج العربي، نظرية العقد في التقنين المدني الجزائري وفق آخر التعديلات التشريعية مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا-دراسة مقارنة-، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص.317، أنظر أيضا: فيلالي علي الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص.303.

[2]- محمود حياة، التركي باهي، الشكلية كركن رابع في العمليات الواردة على المحل التجاري تعديل لنظرية العقد أم إستثناءا منها؟، **"مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية"**، المجلد15،ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2022، ص.746.

[3]- زحزاح محمد، يحياوي يوسف، مرجع سابق، ص.1.

[4]- الزهرة رزايقية، عصام نجاح، الشكلية في عقود الاستهلاك، **"مجلة العلوم القانونية والسياسية"**، المجلد10، ع.2 المركز الجامعي صالحي أحمد، النعامة، 2019، ص.95.

[5]- مراحي ريم، الشكلية في البيع العقاري في التشريع الجزائري، **"مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية"**، المجلد 11، ع.1 كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة 1، 2018 ، ص.81.

[6]- تعاريف مشار إليها في: عبد الرحمان زناندة، التكييف في تنازع القوانين، **"مجلة الدراسات القانونية المقارنة"**، المجلد 7، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشلف، 2021، ص.2240.

[7]- عز الدين عبد اللّه، القانون الدولي الخاص، ج.2، ط.2، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص.118.

[8]- بلمامي أعمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف، دراسة تحليلية نقدية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص.150.

**الأفكار المسندة أو تحليل للوقائع والتصرفات القانونية تمهيدا لإعطائها الوصف القانوني السليم ووضعها من بين الأفكار المسندة أو التقسيمات السائدة"**[1].

ويتضح من خلال التعريفات السالفة الذكر أنّ؛ التكييف يتعلق بتحديد طبيعة المسألة القانونية المطروحة أمام القاضي بما يسمح بإدراجها ضمن فكرة مسندة ومن ثم تطبيق القانون المختص بحكمها عملاً بضابط الإسناد الخاص بهذه الفكرة [2]، بما يؤدي إلى الإصباغ القانوني الصحيح على موضوع النّزاع[3]؛ وهو ما يسمى بالتصنيف[4]

وقد تطرّق المشرّع الجزائري إلى دراسة مسألة التكييف في القانون المدني بموجب المادة **9** منه، التي نصّت على أنّه:« **القانون الوطني هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين الواجب تطبيقها.** »[5]؛ عليه لكي يطبق القاضي الجزائري المعروض عليه النّزاع قاعدة الإسناد المتعلقة بشكلية العقود، فإنّه لابد أن يتأكد أن ذلك النّزاع يدخل تحت شكلية العقود طبقًا للقانون الجزائري حينها فقط يطبق قاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقد[6].

**ثانيا: مجال تطبيق قاعدة الإسناد لشكل العقد**

تنقسم أشكال التصرف إلى أشكال خارجية وأخرى داخلية، بالنسبة للمظهر الداخلي للتعبير عن الإرادة أي ما تعلق بالشكل المطلوب لإنعقاد التصرف والعناصر الجوهرية اللازمة لإنشاء العقود المتمثلة في المحل والسبب والرضا، فإذا كان من حيث الأصل خضوعها لمبدأ الرِّضائية إلاّ أنّه يمكن أن يعمد المشرّع إلى اشتراط إفراغ هذه الرضائية في شكل معين كوسيلة للإثبات أو ركن من الأركان الموضوعية، فإذا نصّ عليه كركن انقلب العقد من الرضائية إلى الشكلية[7].

لا يكفي في العقود الشكلية مجرد تلاقي إرادة القابل بالموجب إنما لا بد أن تحرر في شكل معين، هذا الشكل أخضعته تشريعات الدول لقاعدة شكلية العقود في المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة، أما الشكل المطلوب للانعقاد لا يدخل في مجال هذه القاعدة لارتباطه بحماية رضا المتعاقد، بالتالي وجب الالتزام بالشكل الرسمي المطلوب في القانون الوطني[8]

---

[1]- بوسهوة نور الدين، دور القاضي في تحديد مفهوم التكييف والنظام العام في إطار تنازع القوانين، **"مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية"**، المجلد 1، **ع.1**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة2، لونيسي علي، 2011 ص.119.

[2]- عبد النور أحمد، قاعدة تطبيق قانون القاضي على مسائل الإجراءات القضائية في إطار القانون الدولي الخاص الجزائري، **"المجلة الجزائرية للقانون المقارن"**، المجلد 3، ع.5، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2020 ص.21.

[3]- أمجد عبد الفتاح أحمد حسان، هاشم ناصر الدين محمود سويدان، القانون الواجب التطبيق على منازعات شكلية العقود الدولية"دراسة مقارنة"، **"مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية"**، المجلد 20، ع.3، جامعة أدرار، 2021 ص.4.

[4]- عبد الرسول كريم أبو صبيع، التكييف في تنازع القوانين دراسة في قانون العلاقات الخاصة الدولية، **"مجلة مركز دراسات الكوفة"**، المجلد 5، ع.7، كلية الحقوق، العراق، 2008، ص.221.

[5]- المادة **9** من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[6]- أمجد عبد الفتاح أحمد حسان، هاشم ناصر الدين محمود سويدان، مرجع سابق، ص. 4.

[7]- بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص.222.

[8]- فضيل نادية، تطبيق قانون المحل على شكل التصرفات، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2006، ص.255.

وتخضع الأشكال المطلوبة لإثبات التصرف بالتمييز بين وسائل الإثبات كشهادة الشهود والإثبات بالكتابة عُرفية أو رسمية واليمين والإقرار أو ما تعلق بثبوت التاريخ والتوقيع والتصديق، لقانون محل إبرامها عملاً بقاعدة شكلية التصرّف؛ ما يعنى أنّ ما تعلق بإثبات الالتزامات يخضع لقانون محل إبرام العقد[1].

أما ما تعلق بالأشكال المكمّلة للأهلية والمعبرة عن ما يستوجب توفره من إجراءات حتى يكون بوسع ناقص الأهلية أو نائبه مباشرة التصرفات القانونية، كترشيده والإذن له بمزاولة التجارة في سن قانوني أبكر، أو ما تعلق بمنح الرّخصة للوصي بما يُمكّنه من التصرف في أموال القصار الواقعة تحت حمايته فيطبق عليها من حيث الموضوع قانون جنسية الشخص الذي وجب حمايته[2]، على هذا نصّت المادة **15/1** من (ق.م.ج) على أنّه:« **يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين، قانون الشخص الذي تجب حمايته.** » مع خضوع ما تعلق ببيع أموالهم لقانون موقع وجودها، حسب ما نصّت عليه المادة **17/2** من (ق.م.ج) بنصّها على أنّه:« **ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة...** »[3].

ويسري قانون القاضي على جميع الإجراءات المتعلقة بالحصول على الإذن ورقابة المحكمة لإجراءات البيع المتعلقة بها، ما يجعل من الشكلية في إجراءات التسليم المرتبطة بشكلية التصرفات القانونية مختلفة بحسب المال المُراد تسليمه، فإذا كان عقارًا طبق قانون موقعه، أما إذا كان منقولاً طبق قانون محل وجوده في حين تخضع الأشكال المتعلقة بالمرافعات وإجراءات التقاضي لقانون القاضي، ما يُخرجها من نطاق قاعدة الشكل[4]، هذا ما صرّح به المشرّع في المادة **21 مكرر** التي أضافها في تعديله للقانون المدني بموجب القانون رقم 05-10، بنصّه على أنّه: « **يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيه الدعوى** أو **تباشر فيها الإجراءات.**» [5] على أن يقصد بقانون القاضي **"قانون المحكمة أي قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى"**[6].

**الفرع الثالث: الاستثناءات الواردة على قاعدة الإسناد لشكل العقد**

يرد على تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بشكلية التصرف جملة من الاستثناءات التي تجعل من أشكال العقود الخاصة خاضعة لقوانين مختلفة غير تلك التي نصّت عليها قاعدة التّنازع المتعلقة بشكل العقود من هذه الأشكال؛ ما تعلق بالعقود الواردة على العقارات التي تخضع لقاعدة إسناد خاصة بها تحكمها في شكلها وموضوعها، هذا ما صرّح به المشرّع في

---

(1)- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، د.س.ن، ص.597.

(2)- يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2016، ص.430.

(3)- أنظر المادتين **15** و**17/1** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

(4)- شريقي نسرين، بوعلي سعيد، القانون الدولي الخاص، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013 ص.87.

(5)- المادة 21 مكرر من القانون رقم 05-10 المتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

(6)- مومن يمينة، بلاق محمد، مركز قانون القاضي في تنازع القوانين، **"مجلة الدراسات القانونية المقارنة"**، المجلد 7،ع.2 كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، بالشلف، 2021، ص.79.

المادة **18/4** من (ق.م.ج) بنصّه على أنّه:« **غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه.** »[1].

ونصّت المادة **20/2** من (ق.م.أ) على أنّه:« **على أن موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار** »[2]، ونصّت المادة **25/2** من (ق.م.ع) على أنّه:« **قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه**»[3]، ونصّت المادة **19/2** من (ق.م.م) على أنّه:« **على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار.** »[4]، ويسري على الأشكال المتعلقة بالشهر الهادف إلى إعلام الغير بوضعية العقارات قانون المكان الذي تم فيه شهرها[5].

ويسري على المنقولات المتعلقة بالسفن والطائرات قانون الدولة التي تم تسجيلها فيها أما ما تعلق برهنها أو اكتساب حق عيني عليها، وفي حالة تغيير موقعها يطبق قانون موقعها الجديد، هذا ما نصّت عليه المادة **17** من (ق.م.ج) بنصّها على أنّه:« **يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها.**

**يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار، ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي يترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، أو فقدانها.** »[6].

وأخرج التشريع الجزائري إجراءات التقاضي من قاعدة شكلية العقود؛ والتي أخضعها لقانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات، فنصّت بذلك المادة **21 مكرر** من (ق.م.ج) على أنّه:« **يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات.** »[7].

وخصصت التشريعات من جهة أخرى قاعدة إسناد تخضع لها الأهلية والأشكال المكملة أخضعتها لقانون الجنسية، فنصّت المادة **10/1** من (ق.م.ج) على أنّه:« **يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.** »[8]؛ ونصّ الفصل **40** من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أنّه:« **تخضع أهلية التصرف للقانون الشخصي بالنسبة للذوات الطبيعية، أما بالنسبة للذوات المعنوية فتخضع إلى قانون الدولة التي تتعاصى فيها ذلك النشاط..** »[9]، ما يعني أنّ المشرّع التونسي قد استثناء أهلية الوجوب من نطاق قانون الجنسية بذلك كانت أهلية التصرف أي الأداء هي الخاضعة للقاعدة الواردة أحكامها في الفصل السالف الذكر.

---

(1)- المادة **18/4** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.
(2)- المادة **20/2** من القانون المدني الأردني، مرجع سابق.
(3)- المادة **25/2** من القانون المدني العراقي، مرجع سابق.
(4)- المادة **19/2** من القانون المدني المصري، مرجع سابق.
(5)- عز الدين عبد الله، تنازع القوانين، المجلد7، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص.448.
(6)- المادة **17** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.
(7)- المادة **21** مكرر، مرجع نفسه.
(8)- المادة **10/1** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.
(9)- الفصل **40** من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، مرجع سابق.

بخلاف المشرّع الجزائري الذي أدرج كلمة الأهلية دون تحديد نوع الأهلية التي تدخل في نطاق قاعدة الإسناد الواردة في تشريعه، أمام إنقسام الأهلية إلى أهلية آداء تتعلق بصلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية من خلال التصرف في أمواله أو مباشره للعقود[1] وأهلية وجوب تدلّ على قدرة الشخص على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات التي يقرّرها القانون متصلة بالشخصية القانونية وليس الإرادة؛ يتمتع بها الإنسان بتمام ولادته حيًا إلى غاية وفاته[2]، بالتالي أي نوع منها قصدها المشرّع في قاعدة الإسناد الذي ورد فيها لفظ الأهلية بصفة عامة، ما يجعل من محتوى المادة قد يشمل أهلية الآداء والوجوب.

وتجدر الإشارة إلى أنّه حصل خلاف فقهي فيما تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على أهلية الوجوب، حيث أخضعها جانب من الفقه لقانون الدولة المراد التمتع بالحق في إقليمها وأخضعها جانب آخر للقانون الذي يحكم الحق محل النّزاع المراد معرفة حق الشخص للتمتع به أو لا[3].

**المطلب الثاني: موقف التشريعات من قاعدة شكل العقد**

وقعت مسألة تحديد الطبيعة القانونية لقاعدة الشكل محل جدال فقهي بالنظر إلى الصيغة التي وردت بها في التشريعات القانونية، فقيل بخصوصها أنّها قاعدة آمرة لا يجوز مخالفتها وقيل من جانب آخر من الفقه أنّها لا تعدو أن تكون من ضمن القواعد الآمرة؛ وأمام التقسيم الذي شهدته عقود التجارة الدولية من حيث القانون الواجب التطبيق على جوانبها الموضوعية والشكلية، كانت هناك فرصة للبحث عن وحدة القانون المطبق عليها ككل؛ لذلك سنتطرّق من خلال هذا المطلب إلى الطريقة التي يُأخذ بها في تطبيق قاعدة الشكل، ووحدة القانون المطبق على العقد في الفروع الآتية:

**الفرع الأول: كيفية إعمال قاعدة الإسناد لشكل العقد على العقد التجاري الدولي**

يخضع العقد التجاري الدولي في جانبه الشكلي للقاعدة التي تسري على شكل التصرفات القانونية؛ والتشريعات القانونية وإن أخذت بهذه القاعدة إلاّ أنّها اختلفت في صياغتها؛ منها من اعتمدت على عدة ضوابط لتكوين القاعدة، ومنها من اعتمدت على مبدأ وحدة الضابط في صياغة قاعدة شكلية التصرف؛ هو ما ندرسه من خلال هذا الفرع كالتالي:

**أولا: مبدأ التعدد في صياغة قاعدة شكل العقد**

تناول المشرّع الجزائري مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية بشكل عام والعقد التجاري الدولي بشكل خاص في القانون المدني بموجب المادة **19** منه، بنصّها على أنّه:« **تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.**

---

[1]- محمد بشير، عوارض الأهلية والحلول القانونية المقررة لها في التشريع الجزائري- دراسة مقارنة-، **"مجلة صوت القانون"**، المجلد 5، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2018، ص.76.

[2]- سلامي ساعد، مراحل الأهلية وأثر عوارضها على صحة التصرفات في التشريع الجزائري، **"المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية"**، المجلد6، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيسمسيلت، 2021، ص. ص.242-243.

[3]- عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص.254.

**ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية »**[1]، يتضح من خلال نص هذه المادة أنّ المشرّع أخضع الجانب الشكلي للعقود لقانون المكان الذي تمت فيه، لكنه أجاز في نفس الوقت أن تخضع لقانون الموطن أو الجنسية في حالة ما إذا اشترك المتعاقدين فيها.

فاحتوت المادة السالفة الذكر على أربعة ضوابط للإسناد يمكن الاستناد عليها لتحديد القانون الواجب التطبيق على الجانب الشكلي للعقد التجاري الدولي المتمثلة في؛ محل إبرام العقد، الموطن المشترك، الجنسية المشتركة[2] باعتبارها من الضوابط التي تتماشى وتوقعات الأطراف المتعاقدة لتوقعهم أثناء إبرام العقد سريان قانون جنسيتهم، والقانون الذي يسري على الجانب الموضوعي للالتزامات التعاقدية؛ كلها ضوابط متساوية من حيث القيمة والمركز لا يُأخذ بها بحسب الترتيب الوارد عليه في متن المادة[3]، ما يجعل منها قاعدة اختيارية تسمح لأطراف العقد باختيار قانون آخر غير قانون محل إبرام العقد ليطبق على شكل العقد[4].

وانتهج المشرّع الأردني هو الآخر مبدأ تعدد ضوابط الإسناد فيما تعلق بالقانون الواجب التطبيق على شكل العقد الدولي؛ فنصّ في المادة **21** من (ق.م.أ) على أنّه:« **تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك.** »[5].

كذلك القانون المدني المصري؛ بنصّه في المادة **20** منه على أنّه:« **العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك.** » [6].

وتجدر الإشارة فيما تعلق بتحديد مكان إبرام العقد أن تحديده لا يثير أية مشاكل إذا كان المتعاقدين يجمعهما مجلس عقد واحد لأنّ مكان إنعقاده هو مكان تلاقي إرادة الموجب بإرادة القابل غير أنّ الأمر ليس بنفس السهولة في الحالة التي يتم فيها العقد بين غائبين فيكون القابل في بلد والموجب في بلد آخر[7]، هذا ما صرّح به المشرّع في القانون المدني بموجب نصّ المادة **67** بنصّه على أنّه:« **يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.**

---

[1]- المادة **19** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2]- عطروش عبد الكريم محسن، أحكام تنازع القوانين في القانون المقارن، دار الجامعة للطباعة والنشر، عدن، 1997 ص.168.

[3]- عرموش ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، دار الثقافة للنشر، عمان، 2018، ص.170.

[4]- بلعيور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون رقم 05-10 لسنة 2005، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2011، ص.136.

[5]- المادة **21** من القانون المدني الأردني، مرجع سابق.

[6]- المادة **20** من القانون المدني المصري، مرجع سابق.

[7]- بهلولي فاتح، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص.165.

**ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول.** »[1].

حسب المادة السالفة الذكر فإنّ العقد ينعقد في المكان والزمان الذي يعلم فيهما الموجب بالقبول مالم يتفق الطرفان أو ينص القانون على خلاف ذلك، هذا حسب الفقرة الأولى من المادة المشار إليها، وأقامة الفقرة الثانية قرينة قانونية تفترض أن الموجب قد علم بالقبول في التاريخ والمكان الذي وصل إليه القبول مالم يقم الدليل على أنّ تاريخ العلم بالقبول يختلف عن تاريخ وصوله إلى الشخص الموجب[2].

**ثانيا: مبدأ وحدة ضابط الإسناد في صياغة قاعدة شكل العقد**

تناول المشرّع العراقي مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولية في جانبيها الشكلي بموجب المادة **26** من القانون المدني العراقي، التي نصّ فيها على أنّه:« **تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها.** »[3].

يتضح من خلال المادة المذكورة أنفا أنّها تعرّضت لمسألة حل مشكلة تنازع القوانين التي تثار عن العقد الدولي في جانبها الشكلي، وحسب ما جاء فيها فإنّ حل هذه المشكلة يأتي عن طريق قانون مكان إبرام العقد، أي المكان الذي تم فيه؛ منه تعد قاعدة آمرة إلزامية لا يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها كونها أخضعت العقود في جانبها الشكلي لقانون البلد الذي تمت فيه دون سواه[4].

فتكون واجبة التطبيق كلما تعلق الأمر بشكل العقد، فإن اختار مثلاً الأطراف قانون آخر غير قانون مكان الإبرام كأن يكون قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة فإنّه لا يأخذ بعين الاعتبار ومتى كان ذلك استبعده القاضي وطبق قانون مكان إبرام العقد.

**الفرع الثاني: وحدة القانون المطبق على العقد التجاري الدولي**

صاغت التشريعات للدول فيما تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بشكل عام العقد التجاري الدولي بشكل خاص قاعدتين للإسناد، تشير الأولى إلى القانون الواجب التطبيق عليها في جانبها الموضوعي، وتشير الثانية إلى القانون الواجب التطبيق في جانبها الشكلي، إلاّ أنّه رغم فصل الجانب الشكلي عن الجانب الموضوعي لهذه العقود فإنّ ذلك لم يمنع من أن يخضع العقد ككل لقانون واحد يحكمه في جوانبه الموضوعية والشكلية؛ لذلك سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى ذكر قواعد الإسناد التي تسري على موضوع وشكل العقد حتى يتسنى لنا تحديد الحالات التي تتحقق فيها وحدة القانون المطبق على العقد التجاري الدولي فيما يلي:

**أولا: قواعد الإسناد التي تسري على موضوع شكل العقد التجاري الدولي**

---

[1]- المادة **67** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.
[2]- فيلالي علي، مرجع سابق، 123.
[3]- المادة **26** من القانون المدني العراقي، مرجع سابق.
[4]- بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص.136.

يسري على العقد التجاري الدولي فيما تعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق بتطبيق منهج قواعد الإسناد قاعدتين للإسناد؛ تحدد الأولى القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، وتحدد الثانية القانون الواجب التطبيق على شكل العقد.

فيما تعلق بقاعدة الإسناد التي تسري على موضوع العقد التجاري الدولي نجد أحكامها في المادة **18** من (ق.م.ج) التي نصّت على أنّه:« **يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد** » [1] والمادة **19** من (ق.م.م) بنصّها على أنّه:« **يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدان إذا اتّحدا موطنا، فان اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه** » [2].

والمادة **25** من (ق.م.ع) على أنّه:« **يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه** »[3]، والمادة **20** من (ق.م.أ) على أنّه:« **يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا فإن اختلفا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك** »[4].

ويجد العقد التجاري الدولي القانون الواجب التطبيق عليه في شكله في المادة **19** من (ق.م.ج) التي نصّت على أنّه: « **تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.**

**ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية .**»[5]، والمادة **21** من (ق.م.أ) بنصّها على أنّه:« **تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك.** »[6]، والمادة **20** من (ق.م.م) بنصّها على أنّه:« **العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك.** »[7].

**ثانيا: الحالات التي تتحقق فيها وحدة القانون المطبق على العقد التجاري الدولي**

---

[1]- المادة **18** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.
[2]- المادة **19** من القانون المدني المصري، مرجع سابق.
[3]- المادة **25/1** من القانون المدني العراقي، مرجع سابق. .
[4]- المادة **20/1** من القانون المدني الأردني، مرجع سابق.
[5]- المادة **19** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.
[6]- المادة **21** من القانون المدني الأردني، مرجع سابق.
[7]- المادة **20** من القانون المدني المصري، مرجع سابق.

بالتالي ثمّت إمكانية سريان قانون واحد على موضوع وشكل العقد التجاري الدولي يحكمه كله حسب ما تضمنته قواعد الإسناد في القانون الجزائري والمقارن بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقد؛ يتحقق ذلك إذا كان قانون الإرادة المختار من المتعاقدان نفسه هو القانون الذي يسري على الشكل، كأن يكون قانون الإرادة المختار من المتعاقدين هو قانون مكان إبرام العقد، ويكون محل اختيار الأطراف في الجانب الشكلي للعقد، في هذه الحالة يسري قانون مكان إبرام العقد على جوانب العقد الموضوعية منها والشكلية.

ويتحقق خضوع العقد التجاري الدولي لقانون واحد في الحالة التي يكون هناك غياب تام لقانون الإرادة إما لعدم الاختيار أو تم الاختيار إلاّ أن القانون المختار جاء منعدم الصلة بالمتعاقدين أو بالعقد، أو تم استبعاده لأنّه عيّن نتيجة غش نحو القانون، ولم يكن للمتعاقدين من جنسية واحدة ولا من موطن واحد، بالتالي يخضع العقد لقانون محل إبرامه، في هذه الحالة يسري قانون مكان إبرام العقد على جوانب العقد الموضوعية والشكلية.

ويسري على العقد التجاري الدولي قانون الجنسية المشتركة في حالة إنعدام قانون الإرادة وكذا لم يكن للمتعاقدين موطن مشترك، وكان قانون الجنسية محل اختيار الأطراف في الجانب الشكلي، وإذا وجد اختلاف من حيث الجنسية طبق قانون الموطن المشترك وكان محل اختيار الأطراف في الجانب الشكلي لهذه العقود، فيسري قانون الموطن المشترك على جوانب العقد الموضوعية والشكلية.

غير أنّ إدراج العقد التجاري الدولي تحت مسمى التّصرفات الدولية التي يتخلَّلها العنصر الأجنبي، والتي عادة ما تبرم بين أشخاص من حنسيات ومواطن مختلفة، يؤدي إلى قلة الفرص التي يمكن أن يتحد فيها أطرافه من حيث الموطن والجنسية، مما يستحيل إعمال هذه الضوابط في مثل هذه العقود، منه الضابط المعوّل في تحقيق وحدة القانون المطبق على العقد التجاري الدولي هو ضابط محل إبرامها.

وتجدر الإشارة إلى أنّ عملية توحيد القواعد القانونية قد عرضت لأول مرة في المؤتمر الدولي للقانون المقارن المُنعقد في باريس فكان بذلك مولدا جديدا لعلم القانون المقارن الهادف إلى الكشف عن القانون التَّشريعي المشترك لمجموعة من الشَّرائع المقارنة، حيث أضحت القوانين الوضعية المادة التي يبحث فيها القانون المقارن لاستخلاص ما يسمى بنظام قانوني متكامل تقتدي به كافة التشريعات الوطنية بهذا يمكن الوصول إلى تحقيق ما يسمى بتوحيد القوانين[1].

[1]- نجود هيبة، قراءة في أساليب توحيد قواعد قانون التجارة الدولية، **مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية**، المجلد4، ع.3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي بريكة، 2021، ص.888.

# الفصل الثاني
# تطبيق الإسناد الجامد والمرن على العقد التجاري الدولي

يأتي حل تنازع القوانين في العقد التجاري الدولي عن طريق قانون الإرادة؛ بمنح الأطراف المتعاقدة حق اختيار القانون الذي يحكم العقد بغض النظر إن كان قانون الإرادة وطنيا أو أجنبيا؛ إلاّ أنّه هناك حالة لا يلجأ فيها الأطراف إلى تحديد القانون الواجب التطبيق لا في مرحلة إبرام العقد ولا في مرحلة وقوع النّزاع؛ أو أنّهم مارسوا حقهم في الاختيار إلاّ أنّه جاء منعدم الصلة بهم أو بالعقد أو كان مخالفا للنظام العام أو جاء نتيجة غش نحو القانون هي الحالات التي يحكم فيها القاضي على نحو ما يحكم في غياب الاختيار.

ويستند القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في غياب قانون الإرادة على ضوابط محدّدة من طرف المشرّع وهي على نوعين؛ ضوابط عامة تقليدية تتعلق بالإسناد الجامد محددة مسبقا من طرف المشرّع يطبقها القاضي مباشرة على النّزاع لتحديد القانون الواجب التطبيق يأخذ بها بحسب الترتيب الذي وردت عليه في قاعدة الإسناد؛ على أن تتصل إتصالا وثيقا بالعقد، كأن يكون القانون المطبق هو مكان إبرام العقد أو مكان تنفيده؛ أو بالمتعاقدين فيكون القانون المطبق إما قانون الجنسية أو قانون الموطن.

وضوابط مرنة تتعلق بالإسناد المرن للعقد وهو إسناد قائم على إرادة القاضي يحدد القانون الواجب التطبيق بالاستناد إما على ملابسات التعاقد والظروف المحيطة به؛ بأن يحلل لعلاقة العقدية ممحل النّزاع ويستنتج الظرف الذي يرتبط إرتباط وثيقا بها، وإما على الطبيعة الذاتية للعقد بتحديد الآداء المميز في العقد؛ على أن يُسند العقد إلى دولة مكان الإقامة المعتادة للمدين بالآداء المميز للعقد وقت إبرامه.

كل العناصر التي تم الإشارة إليها؛ التي ترمي إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في غياب قانون الإرادة؛ من إسناد للعقد إسناد جامد أو إسناده إسناد مرنا سنلقي عليها الضوء بموجب هذا الفصل؛ بتقسيمه إلى مبحثين:

**المبحث الأول**: تطبيق الإسناد الجامد على العقد التجاري الدولي.

**المبحث الثاني**: تطبيق الإسناد المرن على العقد التجاري الدولي.

## المبحث الأول

## تطبيق الإسناد الجامد على العقد التجاري الدولي

تجد مشكلة تنازع القوانين التي يثيرها العقد التجاري الدولي في غياب قانون الإرادة بتطبيق منهج الإسناد الجامد؛ وفقا لإرادة المشرّع فيما يراه أقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية حلا لها في قاعدة القانون الأوثق صلة بالعلاقة العقدية؛ على أن تتحقق القاعدة في أطراف العقد أو في العقد ذاته، فيكون بذلك القانون الواجب التطبيق إما قانون الجنسية أو الموطن أو قانون المكان الذي تم فيه العقد أو مكان تنفيذه.

ويقوم منهج الإسناد الجامد على نوعين من الضوابط هما؛ ضوابط متصلة بالمتعاقدين وآخر متصلة بالعقد ذاته عليه يتوجب أن نبيّن؛ ما يتصل من ضوابط بالأطراف وما يتصل من ضوابط بالعقد من خلال هذا المبحث؛ في المطالب الآتية:

**المطلب الأول: تحديد القانون الأكثر اتصالا بالعقد بالعودة إلى أطراف العقد**

يسري على العقد التجاري الدولي في غياب قانون الإرادة عملا بمنهج الإسناد الجامد الذي تولى فيه المشرّع بنفسه تحديد القانون الذي يطبّق عليه بالعودة إلى أطرافه قانون الموطن أو الجنسية متى كان الإشتراك فيهما القرينة الأولى؛ وهو ما سنتعرّض له من خلال هذا المطلب في الفروع الآتية:

**الفرع الأول: ضابط الموطن المشترك**

تتحقق قاعدة القانون الأوثق صلة بالمتعاقدين بتطبيق منهج الإسناد الجامد في الموطن المشترك لأطراف العقد كقرينة أولى باعتباره الضابط الأول الذي أوره المشرّع ومعه التشريعات المقارنة؛ عليه سنتطرّق من خلال هذا الفرع إلى تعريف الموطن وكيفية إثباته وإسناد العقد له وشروط تطبيقه كما يلي:

**أولا: تعريف الموطن**

اختلف الفقهاء حول مسألة تعريف الموطن؛ عرّفه الفقيه **"ستوري"** بأنّه: **"الجهة التي اتخذها الإنسان مأوى له بصفة حقيقية وثابتة ومستقرة وجعل فيه مركز اشتغاله وإذا غاب عنه كان عنده نية العودة اليه"**، وعرّفه الفقيه **"دايسي"** بأنّه:**" الجهة أو البلد الذي هو في الواقع المأوى النهائي للشخص، ولكنه يجوز أن يكون في بعض الأحيان الجهة أو البلد الذي يعتبره القانون مأوى له سواء أكان مقيما فعلا أم لا"**[1]، وعرّفه الفقيه **"سافيني"** على أنّه: **"المحل الذي يختاره الشخص اختيارا حرا ليسكن فيه سكنا نهائيا وليكون مركزا لصلاحياته القانونية ولأعماله"**[2] ؛ منه يعبر الموطن عن المقر القانوني للشخص، وتعبر الإقامة عن المقر الحقيقي الذي يستأنف فيه الشخص الإقامة يتم الاعتماد عليه لتحديد المحكمة المختصة والقانون المعمول به[3].

يتضح من التعريفات الفقهية أنّ الموطن يتمثل في تلك الرابطة التي تقوم بين الشخص وإقليم دولة معينة باعتباره الوسيلة التي تعمل إلى جانب الجنسية على توزيع الأفراد توزيعا جغرافيا عبر دول العالم[4]، لأنّ الجنسية في الأصل هي التي يستند عليها في توزيع الأشخاص والتي لا ينحصر دورها على مجرد توزيع الأفراد على أساس الإقامة في الأقاليم، عليه دلّت فكرة الموطن على الاستقرار المكاني الذي يعتدّ به فيما تعلق بتصرّفاته القانونية إما لإقامته أو لوجود مركز أعماله فيه[5].

---

[1]- هشام علي صادق، الجنسيّةُ والمَوْطِن ومركز الأجانب، المجلد الثاني في مركز الأجانب منشأة المعارف، الإسكندرية، 1976، ص.699.

[2]- عبد الحميد أبو هيف، القانون الدّولي الخاص في أوروبا وفي مصر، منشآة المعارف الإسكندرية، 1924، ص.82.

[3]- ANNE Richerz, LA RESIDENCE EN DROIT INTERNATIONAL RRIVE ( Conflits de juridictions et conflits de lois), Thése pour le doctorat en droit, LUniversitité Jean Moulin-Lyon 3,2004, P.81.

[4]- رغد ثابت عبد العزيز، إثبات الموطن في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص العلوم القانونية، جامعة العراق، 2018، ص.1.

[5]- ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1993 ص.160.

وينقسم الموطن إلى نوعين موطن داخلي يقصد به الرابطة القانونية التي تربط الشخص بمكان معين في إقليم دولة معينة، وموطن دولي يراد به تلك الصلة القانونية التي يتصل من خلالها الشّخص بدولة ما كما لو أردنا تحديد موطن شخص ما من حيث وجوده في الجزائر أو في فرنسا[1].

وقد نظّم المشرّع فكرة الموط في القانون المدني من المادة **36** إلى المادة **39** منه فنصّت المادة **36** منه على أنّه:« **موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكن يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن. ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت** »[2]؛ وأوردها المشرّع العراقي في القانون المدني من المادة **42** إلى المادة **45** منه عرّفها بموجب المادة **42** منه على أنّه: « **الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة أو مؤقتة ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد.** »[3].

وتناولها المشرّع المصري في القانون المدني من المادة **40** إلى المادة **43** منه؛ عرّفها في المادة **40/1** منه؛ على أنّه:« **الموطن هو المكان الذي يقيد فيه الشخص عادة.** »[4] وعرّفه القانون المدني الأردني في المادة **39/1** منه على أنّه:« **الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة** »[5].

يُستفاد من النصوص القانونية السالفة الذكر أنّها عرّفت الموطن بأنه مكان الإقامة أي إقامة الشخص في إقليم دولة معينة يعتبر إقليم تلك الدولة موطنًا له مع إجازة أن يكون لشخص أكثر من موطن واحد، باستثناء المشرّع الجزائري الذي لم يتطرّق إلى تعريفه وكتفى بتحديد موطن الجزائري في المكان الذي يسكن فيه وفي الحالة التي لا يتوافر لدى الشخص سكنى يُؤخذ بمكان الإقامة العادية.

**ثانيا: إثبات الموطن**

يقصد بإثبات الموطن إقامة الدليل بالطرق القانونية المقبولة التي يحدّدها قانون الدولة التي يدعي الانتماء إليها أمام القضاء إما على اكتسابه أو فقده أو استرداده [6]، يتم إثباته بإثبات ركنيه المادي المتمثل في عنصر السكن أو الإقامة أو المعيشة في دولة معينة والمعنوي المتعلق بنيّة بقاء الشخص في إقليم دولة معينة لمدة زمنية غير محددة حتى وإن تركها لفترة قصيرة إلاّ أنّه سيعود إلى نفس المكان[7].

---

[1]- بلاق محمد، ضوابط الإسناد ومدى فعاليتها اتجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية، **"مجلة المعيار"**، المجلد5، ع.10 المركز الجامعي لأحمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، 2014، ص.147.

[2]- المادة **36** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3]- المادة **42** من القانون المدني العراقي، مرجع سابق.

[4]- المادة **40** من القانون المدني المصري، مرجع سابق.

[5]- المادة **39/1** من القانون المدني الأردني، مرجع سابق.

[6]- نورس عباس العبودي، إثبات الموطن في القانون الدولي الخاص، **"مجلة العلوم القانونية"**، المجلد25، ع.20، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بغداد، 2010، ص.52.

[7]- مرجع نفسه، ص.52.

ويكون إثبات الموطن بكافة طرق الإثبات المقرَّرة في القانون كالشهادة والقرائن، مثال ذلك التزام الشخص بدفع الضريبة في بلد معين أو آداء الخدمة العسكرية أو إنشاء مصنع أو متجر فيه أو وجود منزل معد للسكن في دولة معينة، كلها قرائن يمكن الاستدلال بها لإثبات الموطن، فوجود الشخص في دولة معينة يعد قرينة على توطنه فيها إلى أن يثبت عكس ذلك، لأنّ قرينة توطن الفرد في إقليم دولة ما ليست بالقرينة القطعية التي لا يجوز إثبات عكسها إنما قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها؛ بإثبات أنّ الشخص المعني لا يتوطن فيها عن طريق إثبات الدولة التي يتواجد فيها [1]، ويثبت الركن المعنوي للموطن المتصل بنيّة البقاء في بلد معين بنفس طرق إثبات الركن المادي له كامتلاك شخص لمسكن في الدّولة أو تجنس الشخص بجنسيتها[2].

ولا يعتبر مجرد إقامة الشخص لمدة طويلة أو قصيرة في إقليم دولة معينه كافيًا لتحقق فكرة الموطن إنما لابد من اقتران الإقامة بنيّة البقاء في تلك الدولة[3]؛ عليه لا يعد المرضى والمستثمرين والسواح متوطنين في إقليم الدّولة التي يتواجدون بها مهما طالت مدة إقامتهم فيها طالما لديهم نيّة العودة إلى بلدهم الأصلي[4]، ففي قضية من القضايا ذهب القضاء الفرنسي إلى أنّ الأجنبي الذي أقام معظم حياته في فرنسا تاركاً وصية تتضمن إعلانه عن رغبته في أن يُدفن بعد وفاته في مصر لا يعتبر متوطناً في فرنسا، لافتقار إقامته هذه لنية البقاء بها[5].

وتؤدي حالة تعدد المواطن التي يقصد بها أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد كما عليه الحال بالنسبة للقانون العراقي بنصّه في المادة **42** من قانونه المدني على أنّه:« **...ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد.** »[6]، وبالنسبة للقانون المصري بنصّه في المادة **40/2** من قانونه المدني على أنّه:« **ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن...** »[7]، والقانون الأردني بنصّه في المادة **39/2** من قانونه المدني أنّه:« **ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن...** »[8].

فيتحدد الموطن حسب أحكام قانون القاضي المعروض عليه النّزاع لتعلقها بالدرجة الأولى بالتكييف وهو الذي يدخل في اختصاص قانون القاضي، أي قانون الدولة التي عُرض أمامها النّزاع، بالتالي من اللزوم أن تخضع فكرة الموطن لقانون تلك الدولة؛ لكن إذا ما سلمنا

---

(1)- الجبوري إبراهيم عباس، دور الموطن في موضوعات القانون الدولي الخاص، **"مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية"**، ع.43، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بابل، 2019، ص.1275.

(2)- أدمون نعيم، القانون الدولي الخاص وفقا للتشريع والاجتهاد في لبنان، د.د.ن، بيروت، 1961، ص. 34.

(3)- ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص.164.

(4)- هشام خالد، توطن المدعى عليه الأجنبي كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، منشأة المعارف مصر، الإسكندرية، 2003، ص.104.

(5)- ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص.164.

(6)- المادة **42** من القانون المدني العراقي، مرجع سابق.

(7)- المادة **40/2** من القانون المدني المصري، مرجع سابقز

(8)- المادة **39/2** من القانون المدني الأردني، مرجع سابق.

بهذا التحليل فإنّ فكرة الموطن ستدخل في الأفكار المسندة، وهو أمر ليس صحيح لأنّ التكييف يتعلق بمضمون الفكرة المسندة والموطن عبارة عن واقعة مادية[1].

عليه يخضع الموطن بإعتباره عنصر من عناصر الحالة للقانون الذي تخضع له هذه الأخيرة، بذلك يتحدد الموطن وفقا للقانون الذي يحكمها، وهو قانون دولة الشخص في الدولة التي تجعل القانون الشخصي هو قانون الجنسية، مثال على ذلك إذا كان المتوطن جزائرياً في فرنسا فإنّ القانون الجزائري هو الذي يطبّقباعتباره قانون جنسيته، وإذا سلمنا بهذا الطرح نكون قد اهملنا حالة عديمي الجنسية في الدول التي لا تأخذ بالموطن في تحديد القانون الشّخصي، الذي لا يمكن تحديد موطنه عند التّنازع، كونه لا يحمل جنسية أية دولة[2].

ويكون حل التّنازع الإيجابي للموطن بالبحث فيما إذا كانت دولة القاضي إحدى دول موطن الأجنبي؛ فإذا كانت دولة القاضي إحدى دول موطن الأجنبي فإنّ القاضي يطبّق قانونه الوطني لمجرد أنّ الأجنبي متوطن بدولته، وإذا لم تكن دولة القاضي إحدى مواطن الأجنبي فإنّ القاضي يطبّق قانون الدولة التي يقيم فيها الشخص إقامة فعلية[3].

**ثالثا: إسناد العقد التجاري الدولي لقانون الموطن المشترك**

تقرّر تطبيقا لقاعدة الإسناد ووفقًا للمنهج الجامد في غياب قانون الإرادة خضوع العقد التجاري الدولي لقانون الموطن متى كان إشتراك المتعاقدين فيه القرينة الأولى؛ عليه نصّت المادة **1/18** من القانون المدني على أنّه:« **يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.** »، بعدها مباشرة جاءت الفقرة الثانية بنصّها على أنّه:« **وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك...** »[4].

يتبين من خلال المادة السالفة الذكر أنّ المشرّع حدد موقفه من القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي أن منح وبصفة أصلية إختصاص تحديد هذا القانون لإرادة الأطراف، ومنح بصفة إحتياطية لقانون الموطن الأولوية في تحديد هذا القانون بعد التأكد من غياب اتفاق يقضي بانصراف إرادة الأطراف إلى تطبيق قانون معيّن[5].

فيعود القاضي المعروض عليه النّزاع التجاري الدولي لتحديد القانون الواجب التطبيق عليه لقانون الموطن في حالة عدم اتفاق أطرافه حول القانون الذي يحكمه إما لعدم اختيارهم أصلاً أو أنّهم مارسوا حقهم في الاختيار لكن اختيارهم جاء منعدم الصلة أو اختارو إلاّ أنّ هذا الاختيار كان مخالفا للنظام العام أوتحدد نتيجة تحايلهم على القانون[6].

---

(1)- جابر جاد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص.248.

(2)- هشام خالد، مرجع سابق، ص.104.

(3)- حسام الدين فتحي ناصف، أحكام الموطن في القانون الدولي الخاص، ط.2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995 ص.79.

(4)- المادة **1/18**و**2** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

(5)- مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، **"مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون"**، المجلد 41، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشرق الأوسط، عمان الأردن، 2014، ص.1353.

(6)- مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، مرجع سابق، ص.1353.

فيلتزم القاضي في الفروض السالفة الذكر بتطبيق قانون الموطن بطريقة مباشرة، في حالة الإشتراك فيه، أي اتحاد أطراف العقد من حيث الموطن؛ هو بذلك الضابط الإحتياطي الأول الذي يعمد القاضي إلى تطبيقه.

وقد منحت التشريعات المقارنة هي الأخرى لضابط الموطن مكانة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في غياب قانون الإرادة، فنصّت المادة **19** من (ق.م.م) على أنّه:« **يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدان إذا اتحدا موطنا... هذا ما لم يتفق المتعاقدان** أو **يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه** »[1]، ونصّت المادة **25** من (ق.م.ع) على أنّه:« **يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدان إذا اتحدا موطنا... هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه** »[2].

يُستفاد من النصوص القانونية الواردة أعلاه أنّها أقرت مبدأ الأخذ بقانون الإرادة بصفةٍ أصليةٍ؛ أن وظّف في متن المادة عبارة **"هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه"** التي تدلّ على اختيار الأطراف؛ وفي حالة غياب هذا الاختيار أقرت قاعدة إحتياطية تأخذ بصفة أوليّة بقانون الموطن إذا اتحد فيه أطراف العقد.

فجعل بذلك المشرّع الجزائري والتشريعات المقارنة قانون الموطن أول ضابط إسناد احتياطي يعود إليه القاضي المعروض عليه النّزاع في غياب قانون الإرادة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي؛ وإن كان هذا الضابط قد لقيّ قبولاً فيما تعلق بحل مشكلة تنازع القوانين في مجال عقود التجارة التقليدية؛ إلاّ أنّه من النادر أن يتحدى أطراف العقد الدولي في الموطن وإن تحقق ذلك فهو بمحض الصدفة[3]؛ كما أنّه قد يكون الموطن الذي يتخذه الأطراف موطنا مؤقتا وليس موطنا بالمعنى الصحيح وقد يستوي أن يكون لأحد الأطراف أكثر من موطن[4]، ويصعب الإعتماد عليه في مجال المعاملات الالكترونية التي تبرم عن طريق الفاكس أو الهاتف لأنّ التعامل عبر الشبكة يعتمد على العناوين الالكترونية التي لا تمنح دلالات واضحة على العنوان الحقيقي[5].

**رابعا: شروط تطبيق قانون الموطن على العقد التجاري الدولي**

يشترط لتطبيق قانون الموطن على العقد التجاري الدولي حسب ما هو وارد في النصوص القانونية المذكورة أعلاه توفر ما يلي:

- غياب تام لقانون الإرادة؛ ويعتبر قانون الإرادة غائبا إذا ما توفرت أحد الحالات التالية:

---

[1]- المادة **19** من القانون المدني المصري، مرجع سابق.

[2]- المادة **25** من القانون المدني العراقي، مرجع سابق.

[3]– سالم عبد الكريم، أساس تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية، **"المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية"**، المجلد 2، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2018، ص.76.

[4]– محمد نائل أبو قلبين، مرجع سابق، ص.11.

[5]- حوالف عبد الصمد، القانون الواجب التطبيق على التجارة الالكترونية، **"مجلة الحقيقة"**، المجلد 4، ع.31، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2014، ص.167.

- سكوت الإرادة عن الإختيار بمعنى أن الأطراف لم يمارسوا حقهم في الاختيار لا صراحة ولا ضمنيا.
- الإرادة أعلنت عن قانون الإرادة إلاّ أنّ القانون الذي كان محل الاختيار منعدم الصلة بالعقد أو بالمتعاقدين بحيث لم يكن لا مكان إبرام العقد ولا مكان تنفيذه ولا الموطن المشترك ولا الجنسية المشتركة.
- الإرادة أعلنت عن القانون الواجب التطبيق إلاّ أنّه أجنبيا وكان مخالف للنظام العام وفي هذه الحالة لا يطبق قانون الموطن المشترك إنّما يطبق حسب قاعدة الإسناد الجزائرية القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، أو أنّ القانون المختار جاء نتيجة تحايل على القانون.
- الإشتراك في الموطن لأنّه من الضروري لتطبيق قانون الموطن أنّ يتحدا فيه أطراف العقد التجاري الدولي، وإذا ما تحققت الحالات المذكورة فإنّ قانون الموطن هو الذي يطبق باعتباره من ضمن الضوابط الواردة في قاعدة الإسناد الإحتياطية وهو أول الضوابط.

**الفرع الثاني: ضابط الجنسية المشتركة**

تتصل الجنسية بالشخص المتعاقد منه تتحدّد قاعدة القانون الأوثق صلة بالمتعاقدين في الجنسية؛ على أن يأخذ بها القاضي المعروض عليه النّزاع في الحالة التي يشترك فيها أطراف النّزاع وكان هذا الإشتراك القرينة الأولى؛ منه سنتطرّق من خلال هذا الفرع إلى تعريف الجنسية وكيفية إسناد العقد إليها وشروط تطبيقها كما يلي بيانه:

**أولا: تعريف الجنسية**

تطورت فكرة الجنسية مع الزمن بتطوّر البشرية والمجتمعات ورغبة الأشخاص في العيش مع الجماعة؛ بدأت تظهر من خلال الانتماء إلى الأسرة ثم اتسعت لتشمل أفراد العشيرة ثم القبيلة، وتطورت لتشمل عدة عشائر وقبائل تربط بينهما جملة من العناصر كالدّم والأصل واللّغة والدين والعادات والتقاليد[1]، وتطورت بمرور الزمن إلى أن وصلت إلى معناها الحديث، فأصبحت الوسيلة القانونية المستعملة في تحديد أحد عناصر الدولة المتمثل في الشعب[2]، والتي اختلف الفقه في تعريفها.

عرّفها البعض من الفقهاء على أنّها: **"رابطة قانونية سياسية تفيد اندماج الفرد في عنصر السكان بوصفه من العناصر المكونة للدولة"**؛ وعرّفها البعض الآخر على أنّها: **"الصلة القانونية التي تربط فردا ما بدولة معينة"**[3]؛ وعُرّفت من البعض الآخر على أنّها:

---

[1]- براهيمي بديعة، جهود المشرع لمواجهة ظاهرة انعدام الجنسية في قانون الجنسية من سنة 1963 إلى آخر تعديل له سنة 2005، **"المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية"**، المجلد 58، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر1، 2021، ص.262.

[2]- مرجع نفسه، ص.262.

[3]- زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002، ص.19.

**"رابطة سياسية وقانونية بين الفرد والدول"**[1]، في حين عرّفها فريق آخر على أنّها: **"فكرة قانونية وسياسية ينتمي الفرد بمقتضاها إلى دولة معينة"**[2]، يتضح من التعريفات المشار إليها؛ أنّ الفقهاء في تعريفهم للجنسية إنقسمو إلى قسمين جانب غلب الجانب السياسي نتيجة التبعية السّياسية المترتّبة عنها، وجانب آخر رجح الجانب القانوني فركّزوا على ما ينشأ عنها من التزامات بين أطرافها[3].

وتدلّ كلمة الجنسية في اللغة العربية؛ على انتماء الشّخص إلى جنس معين[4]، وتعني في اللغة الفرنسية انتماء الشّخص إلى أمة معينة، على أن يقصد بالجنسية بمعناها الحديث انتماء شخص إلى دولةٍ معينة ولو كانت هذه الدولة تتألف من أجناس مختلفة أو كانت تشمل جزءً من أمة أو تجمع بين عدة أمم[5]، بذلك أُطلق اصطلاح الجنسية للتعبير عن وجود رابطة قانونية بين الفرد والدولة بما يفيد انتمائه إليها بجنسيته[6].

وتنقسم الجنسية إلى نوعان؛ جنسية أصلية وأخرى مكتسبة، فإما الجنسية الأصلية فهي التي تثبت للشخص عند ميلاده تثبت له عن طريق الدم هذا ما صرّح به المشرّع الجزائري في قانون الجنسية بموجب نصّ المادة **6** منه بنصّه على أنّه:« **يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو من أم جزائرية.** »[7] أو عن طريق الإقليم هذا ما نصّت عليه المادة **7** من قانون الجنسية الجزائري؛ بنصّها على أنّه:« **يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر:**

**1) الولد المولود في الجزائر من أبويين مجهولين، غير أن الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين يعد كأنه لم يكن جزائريا قط إذا أثبت خلال قصوره، انتسابه إلى أجنبي أو أجنبية وكان ينتمي إلى جنسية هذا الأجنبي أو هذه الأجنبية وفقا لقانون جنسية أحدهما.**

**إن الولد حديث الولادة الذي عثر عليه في الجزائر من أب مجهول وأم مجهولة يعد مولودا فيها ما لم يثبت خلاف ذلك.**

**2) الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة الميلاد دون بيانا أخرى تمكن من إثبات جنسيتها.** »[8].

وتتعلق الجنسية المكتسبة؛ بتلك التي يمنحها القانون للشخص إذا ما توافرت فيه شروط معينة تؤهله ليكون من مواطني الدولة[1]، يكتسبها الشخص بطريقتين هما؛ الزواج والتجنس

---

[1]- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي-الجنسية، ج.2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص.28.

[2]- زروتي الطيب، مرجع سابق ص.19.

[3]- مرجع نفسه، ص.19.

[4]- بن عياد جليلة، بعوني خالد، الجنسية الجزائرية في ظل التعديلات الجديدة، د.ط، د.د.ن، الجزائر، 2009، ص.10.

[5]- مرجع نفسه، ص.10.

[6]- مجذوب كوثر، دور المشرع في الحد من ظاهرة انعدام الجنسية من خلال قانون الجنسية، **"مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية"**، المجلد 6، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2022 ص.1810.

[7]- المادة **6** من الأمر رقم 05-10 مؤرخ في 27 فيبراير 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 70-86 مؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج.ر.ج.ج.ع. 43 لسنة 2005.

[8]- المادة **7**، مرجع نفسه.

تناولها المشرّع في قانون الجنسية بموجب المادتين **9 مكرر** و**11** منه؛ نصّت المادة **9 مكرر** على أنّه:« **يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية، بموجب مرسوم متى توفرت الشروط الآتية:**

- **أن يكون الزواج قانونيا وقائما فعليا منذ ثلاث(3) سنوات على الأقل، عند تقديم طلب التجنس،**
- **الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر منذ عامين(2) على الأقل،**
- **التمتع بحس السيرة والسلوك،**
- **إثبات الوسائل الكافية للمعيشة،**

**يمكن ألا تؤخذ بعين الاعتبار العقوبة الصادرة في الخارج.**» [2]، ونصّت المادة **10** من نفس القانون على أنّه:« **يمكن للأجنبي الذي يقدم طلبا لاكتساب الجنسية الجزائرية أن يحصل عليها بشروط:**

1) **أن يكون مقيما في الجزائر منذ 7 سنوات على الأقل بتاريخ تقديم الطلب،**
2) **أن يكون مقيما في الجزائر وقت التوقيع على المرسوم الذي يمنح التجنس،**
3) **أن يكون بالغا سن الرشد،**
4) **أن تكون سيرته حسنة ولم يسبق الحكم عليه بعقوبة تخل بالشرف،**
5) **أن يثبت الوسائل الكافية لمعيشته،**
6) **أن يكون سليم الجسد والعقل،**
7) **أن يثبت اندماجه في المجتمع الجزائري.**

**ويقدم الطلب إلى وزير العدل الذي يستطيع دائما رفضه ضمن شروط المادة 26 بعده.** » [3].

ويتضح من خلال النصوص القانونية السالفة الذكر أن الجنسية المكتسبة تكتسب عن طريق الزواج المختلط؛ بأن يتزوج الأجنبي أو الأجنبية بجزائري أو جزائرية، عن طريق طلب يقدمه المعني بالأمر بعد توافر الشروط الواردة في المادة **9 مكرر** إلى الجهة المخول لها قانونا منح الجنسية المكتسبة والمتمثلة في وزير العدل؛ وأن يطلب التجنس عن طريق اندماج الشخص الذي يريد اكتساب جنسية دولة ما غير الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته الأصلية في شعب هذه الدولة ويطلب الحصول على جنسية تلك الدولة بعد أن يتوفر على الشروط التي وضعتها ؛ مع العلم أنّه وإن توفرت الشروط التي تخول الشخص إكتساب الجنسية إلاّ أنّ وزير العدل يمكن أن يقبل طلب التجنس أو يرفضه[4].

وقد أورد المشرّع الجزائري إستثناء على المادة السالفة الذكر في المادة **11** من نفس القانون بنصّها على أنّه:« **يمكن للأجنبي الذي قدم خدمات استثنائية للجزائر أو المصاب**

---

[1]- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص.195.
[2]- المادة **9 مكرر** من قانون الجنسية الجزائرية، مرجع سابق.
[3]- المادة **7**، مرجع نفسه.
[4]- إبراهيم احمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الأجانب، 1993، ص.89-90.

**بعاهة أو مرض جراء عمل قام به خدمة للجزائر أو لفائدتها، أن يتجنس بالجنسية الجزائرية، بغض النظر عن أحكام المادة 10 أعلاه.**

**ويمكن أيضا للأجنبي الذي يكون في تجنسه فائدة استثنائية للجزائر أن يتجنس بالجنسية الجزائرية، بغض النظر عن الشروط المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه.**

**إذا توفي أجنبي عن زوجه وأولاده وكان بإمكانه أثناء حياته أن يدخل في الصنف المذكور في الفقرة الأولى، فيمكن هؤلاء أن يطلبوا تجنسه بعد الوفاة في نفس الوقت الذي يطلبون فيه تجنسهم.** »[1].

**ثانيا: إسناد العقد التجاري الدولي لقانون الجنسية المشتركة**

ذكر المشرّع الجزائري ضابط الجنسية في المادة **18/2** من القانون المدني بنصّها على أنّه:« **وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة**»[2]، يتضح من خلال هذه الفقرة أنّ المشرّع يعتبر من الجنسية ضابط إسناد إحتياطي يطبق في حالة غياب قانون الإرادة مباشرة شريطة أن يكون أطراف العقد من موطنين مختلفين وكان القانون الذي ينتمي إليه المتعاقدين القرينة الأولى[3].

ما يعني أنّ المشرّع قد إنتهج مبدأ التدرج في تطبيق ضوابط الإسناد الواردة في المادة **18/2** من القانون المدني الجزائري؛ تفسير ذلك؛ في حالة انعدام قانون الإرادة لعدم الاتفاق عليه أو لانعدام الصلة أو لوجود مانع من موانع الأخذ به، فإنّ القاضي يلجأ مباشرة إلى إعمال الضوابط الاحتياطية بحسب الترتيب الذي أورده المشرّع فيطبّق القاضي ضابط الموطن إذا اتحدا فيه الأطراف، إما إذا اختلفا فيه يطبّق قانون الجنسية المشتركة الذي منح له المشرّع المرتبة الثانية من حيث التطبيق.

وفضلت التشريعات المقارنة عدم الأخذ بقانون الجنسية كضابط يستند عليه لحل مشكلة تنازع القوانين التي تثيرهاعقود التجارة الدولية في غياب قانون الإرادة خاصة وأنّ الجنسية الأجنبية ليست بالعنصر المؤثر في العقود الدولية، ولا تصلح وحدها أساسًا لإضفاء الطابع الدولي على العقود[4].

من ذلك ما نصّت عليه المادة **20/1** من (ق.م.أ) بنصّها على أنّه:« **يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك إذا اتحدا موطنا فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد** » [5]، وما نصّت عليه المادة **19/1** من (ق.م.م) بنصّها على أنّه:« **يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدان إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيه**

---

(1)- المادة **11** من قانون الجنسية الجزائري، مرجع سابق.

(2)- المادة **18/2** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

(3)- موري سفيان، إشكالية الاختلاف حول ضابط الإسناد في الأحوال الشخصية وإمكانية تحقيق التوقيق، **"المجلة الأكاديمية للبحث القانوني"**، عدد خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015، ص .26.

(4)– غول سليمة، موهوبي علي، القانون الواجب التطبيق على المنازعات الالكترونية، **"مجلة الباحث القانوني"**،المجلد1 ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطارف، 2020، ص.59.

(5)- المادة **20/1** من القانون المدني الإردني، مرجع سابق.

**العقد** »[1]، وما نصّت عليه المادة **25/1** من (ق.م.ع) بنصّها على أنّه:« **يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدان إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا سرى قانون الدولة التي يتم فيها العقد** »[2].

يتضح من خلال النصوص القانونية أنّ القوانين المقارنة إعتمدت على قاعدة إسناد احتياطية يستند عليها في حل مشكلة تنازع القوانين التي يثيرها العقد التجاري الدولي مكلّلت بمجموعة من الضوابط دون أن يكون من بينها مكان لضابط الجنسية.

فيسري حسب القاعدة الأصلية قانون الإرادة وفي حال سكوت الإرادة عن الاختيار طبّق قانون الموطن المشترك وإلاّ فقانون محل إبرام العقد، بذلك يكون المشرّع الجزائري قد منح المرتبة الثانية لضابط الجنسية في حين منحت التشريعات المقارنة هذه المرتبة لضابط محل الإبرام.

ويثير تطبيق قانون الجنسية على عقود التجارة الإلكترونية صعوبة من حيث إعماله، لأنّ الإعتداد بالجنسية يتطلب التّحقق من هوية الأطراف المتعاقدة وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقود هو أمر صعب التحقيق منه في المعاملات الالكترونية، عاد عن ذلك فإنّ العقود الدولية التقليدية منها والإلكترونية في الغالب من الأحيان تتم دون اتحاد في جنسية الأطراف[3]، إذ يحمل أطراف العقد في الغالب من الأحيان أكثر من جنسية واحدة بالتالي تعدّد الجنسيات مما يثير تنازع الجنسيات الإيجابي الذي يدلُّ في معناه عن الشخص الذي يكون له أكثر من جنسية واحدة فتثبت له جنسية دولتين أو أكثر في وقتٍ واحد[4].

بالتالي تنازع القوانين وتحديد قانون دولة واحدة ليحكم النّزاع[5]، على أن تنص كل دولة من تلك الدول التي يتبع لها المتعاقد بجنسيته على تبعية الأفراد لها وإختصاص قانونها من حيث القانون الواجب التطبيق وفقا لقانون جنسيتها[6].

فيتحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع في حالة تعدد الجنسيات بالتفرقة بين أمرين الأول إذا كانت جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتعددة التي يحملها الشخص؛ في هذه الحالة يعتد القاضي بجنسية دولته، هو ما كرّسه المشرّع الجزائري في المادة **22/2** من القانون المدني، بنصّها على أنّه:« **غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كان**

---

(1)- المادة **19/1** من القانون المدني المصري، مرجع سابق.

(2)- المادة **25/1** من القانون المدني العراقي، مرجع سابق.

(3)– غول سليمة، موهوبي علي، مرجع سابق، ص.59.

(4)– شبورو نورية، الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية، **"المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد"**، المجلد 1، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016 ص. ص.221-222.

(5)– عبد النور أحمد، عبد النور زينب، الجانب المعقد لضابط الجنسية في مسائل الإختصاص القضائي الدولي، **"مجلة البحوث القانونية والاقتصادية"**، المجلد 5، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي طاهر، سعيدة، 2022 ص.444.

(6)– محمد نائل أبو قلبين، مرجع سابق، ص.11.

**للشخص في وقت واحد، بالنسبة للجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول.** »[1].

وإذا لم تكن جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتنازعة، فإنّ القاضي يطبق قانون الجنسية الفعلية، وهو الحل المتبنى من طرف المشرّع الجزائري في المادة **22/1** من (ق.م.ج) بنصّها على أنّه:« **في حالة تعدد الجنسيات، يطبق القاضي الجنسية الحقيقية.** »[2] ويستند القاضي في استخلاصه لهذه الجنسية على مجموعة من المؤشرات من بينها؛ مكان الإقامة المعتادة له والمكان الذي يمارس فيه مهنته والبلد الذي أدى فيه خدمته العسكرية، إلى غير ذلك من المؤشرات[3].

**ثالثا: شروط تطبيق قانون الجنسية على العقد التجاري الدولي**

يشترط لتطبيق قانون الجنسية على العقد التجاري الدولي توافر مجموعة من الشروط والمتمثلة في:

- غياب قانون الإرادة؛ لابد لتطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها الأطراف بجنسيتهم أن ينعدم قانون الإرادة، لسكوت الأطراف عن الاختيار أو لوجوده لكن منعدم الصلة بالعقد وبالمتعاقدين.
- غياب قانون الموطن؛ لابد لتطبيق قانون الجنسية أن يكون هناك غياب لقانون الموطن ويكون قانون الموطن غائبا في الحالة التي لا يتحد فيه أطراف العقد التجاري الدولي بمعنى أن أطرافه من مواطن مختلفة مما يستحيل معه تطبيقه.
- الإشتراك في الجنسية؛ لابد لتطبيق ضابط الجنسية على العقد التجاري الدولي أن يتحدا الأطراف في الجنسية ويتحقق ذلك في الحالة التي يكون فيها الأطراف من جنسية دولة واحدة؛ منه إذا تحققت هذه الشروط فإنّ القاضي يأخذ بقانون الجنسية المشترك ويطبقه على العقد التجاري الدولي عملا بالإسناد الجامد الذي يسند العقد في غياب قانون الإرادة والموطن إلى قانون الجنسية.

**المطلب الثاني: تحديد القانون الأكثر اتصالا بالعقد بالعودة إلى العقد**

تولت التشريعات بنفسها مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في غياب قانون الإرادة؛ فاعتمدت على إسناد تتصل بالمتعاقدين وهما الموطن والجنسية أو ضوابط إسناد أخرى تتصل بالعقد بحد ذاته؛ منه مكان إبرام العقد ومكان تنفيذه؛ إلاّ أنّ تطبيق مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه لن يكون إلاّ بعد التأكد من الغياب التام لقانون الإرادة ثم الموطن ثم الجنسيةً؛ وهو ما سنتطرّق إليه من خلال هذا المطلب كما يلي:

**الفرع الأول: ضابط مكان إبرام العقد التجاري الدولي**

---

(1)– المادة **22/2** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.
(2)– عبد الوافي عز الدين، مرجع سابق، ص.113.
(3)– المادة **22/1** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

يُعتبر معيار مكان إبرام العقد أحد الضوابط التي تتصل بالعقد بحد ذاته، عليه سنتطرّق من خلال هذا الفرع إلى موقف المشرّع الجزائري منه؛ وموقف القانون المقارن وشروط تطبيقه كما يلي بيانه:

**أولا: موقف المشرّع الجزائري من قانون مكان إبرام العقد**

تناول المشرّع الجزائري قانون مكان إبرام العقد في المادة **18/3** من القانون المدني الذي يسري في حالة ما إذا كان أطراف العقد من جنسيتين مختلفتين أو موطنين مختلفين والتي نصّت على أنّه:« **وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.** »[1]؛ يتضح تطبقا لأحكام الفقره السالفة الذكر والأحكام الواردة في الفقرتين الأولى والثانية من نفس المادة أنّ قانون محل إبرام العقد يسري بشكل إحتياطي على العقد التجاري الدولي بعد غياب كل من قانون الإرادة والموطن المشترك والجنسية المشتركة، على أن يتحدد مكان إبرام العقد في المكان الذي تلتقي فيه إرادة القبول بإرادة الإيجاب[2].

تفسير ذلك أنّه؛ لو سكت أطراف العقد عن اختيار قانون معين يحكم عقدهم فعلى القاضي الذي ينظر في النّزاع أن يطبق قانون الموطن المشترك، وإذا اختلفوا فيه أو أنّ اشتراكهما فيه جاء نتيجة تحايل من أحد أطراف العقد بأن غير موطنه ليصبح ذات موطن المتعاقد المتعامل معه تمهيدا لتطبيق قانون الموطن المشترك على العقد يستبعده القاضي ويطبّق قانون الجنسية المشتركة وإن اختلفا فيها أطراف العقد سرى قانون محل إبرام العقد[3]

فيضمن بذلك قانون مكان إبرام العقد لأطرافه فرصة العلم المسبق بالقانون الذي سيطبق على عقدهم عند سكوت الإرادة ويحقق الأمن القانون ويصون توقعات الأطراف المشروعة[4]؛ لأنّه يسند العقد إلى قانون ينسجم وتطلّعاتهم[5].

ويفضل المشرّع في تحديده للقانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي الأخذ بالقانون الذي يراه أكثر صلة بالعقد؛ الذي يسري بصفة مباشرة عند سكوت الإرادة عن الاختيار صراحةً أو ضمنيًا، ما يتيح للأطراف فرصة العلم المسبق بالقانون الذي سيخضع له عقدهم، بما يحقق لهم الأمن القانوني ويصون توقعاتهم المشروعة [6]، فكانت بذلك للمشرّع وجهة نظر، الذي أخذ عند تخلف الإرادة عن الاختيار بمنهج الإسناد الجامد؛ فقام بوضع ضوابط احتياطية ثابة جامدة واجبة التطبيق، معتمدًا كخطوة أولى على قانون الموطن

---

[1]- المادة **18/3** من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[2]- محمد عبد الكريم عدلي، مدى انطباق قاعدة قانون الإرادة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة **"مجلة المعيار"**،ع.4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي، تيسمسيلت، 2011، ص. 136.

[3]- مهند غزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، مرجع سابق، ص.1353.

[4]- بيان إسحاق القواسمي، القانون الواجب التطبيق على التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بنزرت، فلسطين، 2015، ص.62.

[5]- عبد السلام علي الفضل، نعيم علي العتوم، منهج الآداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي، **"مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون"**، المجلد 46، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة اليرموك، الأردن، 2019، ص.569.

[6]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص.255.

المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حال تخلف الاتحاد في الضابطين يسري قانون محل إبرام العقد[1] هو الموقف الذي إتجهت قرارات المجلس الأعلى إلى تكريسه.

فجاء في قرار صادر عنه أنّه: **"من المقرر قانونا أنه يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ومن ثم فإن النص على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله مما يستوجب رفضه ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن أبرم العقد مع الشركة الأجنبية وفي بلدها قضاة الموضوع بتطبيقهم قانون مكان العقد طبقوا صحيح القانون"**[2]

وتتمثل وقائع القضية في أنّ شركة جزائرية أبرمت عقدا مع شركة بلجيكية في بلجيكا حدث نزاع بين الشركتين فأصدرت المحكمة البلجيكية قرارا لصالح الشركة البلجيكية، فرفعت هذه الشركة الأمر بالتنفيذ أمام المحاكم الجزائرية تدعي بأنّ المحكمة البلجيكية لم تطبق صحيح القانون لأنّه عليها أن تطبّق القانون الجزائري، فكان جواب المجلس الأعلى الجزائري بأنّه ووفقاً لنص المادة **18** من القانون المدني الجزائري، فإنّ الالتزامات التعاقدية تخضع لمكان إبرامها[3].

ويسري على عقود التجارة الإلكترونية القانون الجزائري إذا ما توافرت أحد الحالات الواردة في المادة **2** من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، القانون الجزائري التي نصّت على أنّه:« **يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني:**

- **متمتعا بالجنسية الجزائرية،**
- **أو مقيما إقامة شرعية في الجزائر،**
- **أو شخصا خاضعا للقانون الجزائري،**
- **أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر »**[4].

يتضح من خلال المادة السالفة الذكر أنّ القانون الجزائري هو الذي يطبق على العقود الإلكترونية إذا ما توافرت أحد الحالة الواردة في المادة؛ إذا ما كان أحد أطرافه متمتعًا بالجنسية الجزائرية أي لديه الجنسية الجزائرية أصلية كانت أو مكتسبة، أو مقيمًا إقامةً شرعيةً بالجزائر أو كان محل إبرامه أو تنفيذه في الجزائر، فهي بذلك قاعدة خاصة والأولى بالتطبيق تسري على عقود التجارة الإلكترونية تمنح الإختصاص للقانون الجزائري، تقيّد القاعدة العامة الواردة في المادة **18** من القانون المدني الجزائري.

ونجد بالعودة إلى المادة **18** من القانون المدني الجزائري أنّها تخضع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة، وبما أنّ المشرّع في صياغته لنصّ المادة إستعمل كلمة الالتزامات

---

(1)– حمدي باشا عمر، القانون المدني، دار هومة، الجزائر، 2003، ص.19.

(2)– حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص.19.

(3)– مرجع نفسه، ص.19.

(4)- المادة **2** من القانون رقم 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439ه الموافق ل 10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر.ع 28 الصادر في 30 شعبان عام 1439 ه الموافق ل 16 مايو 2018.

دون تحديد العقود التي تخضع لأحكامها فيدخل في نطاقها العقود المبرمة بصورةٍ تقليدية وتلك التي تبرم بالطرق الحديثة، وجاء في نفس المادة في فقرتيها الثانية والثالثة أنّه:« **وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.** »[1]؛ بذلك تدرج المشرّع في وضع الحلول للعقد التجاري الدولي ورتّب لها أولويات.

فنجده قد أفرد إحترامًا لإرادة الأطراف المتعاقدة؛ ما إنْ حضرت بشكل سليم أي اختيار ذو صلة بالعقد أو بالمتعاقدين، أما إذا سكتت تلك الإرادة عن تحديد القانون الواجب تطبيقه؛ تبنى بمدلول الإسناد الجامد الذي يتمثل في قانون الموطن في حالة اتحاد أطراف العقد التجاري الدولي فيه، وفي حال الاختلاف يطبّق قانون الجنسية المشتركة وإلاّ فقانون مكان إبرامه.

ونصل إلى القول أنّ القاضي يطبق القانون الجزائري على العقد التجاري الإلكتروني في الحالة التي يكون فيها أحد أطرافه متمتعا بالجنسية أو مقيما بالجزائر أو كان محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر، وفي الحالة التي تنعدم فيها هذه المعايير فإنّ التطبيق يعود إلى المادة **18** من القانون المدني الجزائري التي بدورها القاعدة العامة للمسائل التعاقدية التقليدية منها والإلكترونية، على أن تنتج الإرادة أثرها من الوقت الذي يعلم فيه بها من وجهت إليه[2].

**ثانيا: موقف القانون المقارن من ضابط مكان إبرام العقد**

تبنت التشريعات المقارنة في غياب قانون الإرادة قاعدة إسناد إحتياطية تشير إلى القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي والتي تضمنت ضابطين للإسناد هما؛ الموطن المشترك ومحل إبرام العقد؛ من هذه القوانين نجد؛ القانون المدني المصري الذي نصّ في المادة **1/19** على أنّه:« **فان اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد...** »[3]، والقانون المدني الأردني بنصّه في المادة **1/20** منه على أنّه: «**...إذا اتحدا موطنا فان اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد...** »[4]، والقانون المدني العراقي بنصّه في المادة **1/25** منه على أنّه: «**..إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد...** »[5].

نصل إلى القول؛ أنّ قاعدة الإسناد الإحتياطية في القانون المقارن التي تسري على العقد التجاري الدولي في حالة سكوت الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق تتكون من ضابطين للإسناد هما الموطن المشترك والجنسية المشتركة؛ منه يأتي حل مشكلة تنازع القوانين وفقًا لقانون الموطن متى كان القرينة الأولى هي اشتراك الأطراف فيه؛ وفي حالة

---

(1)– حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص.19.

(2)– محمد سعدي الصبري، شرح التقنين المدني الجزائري، النظرية العامة الإلتزام، ط.2، دار الهدى،عين مليلة، الجزائر 2004، ص.120. أنظر أيضا: مختارية شيباني، فتاك علي، تفعيل مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، **"مجلة الدراسات القانونية المقارنة"**، المجلد6، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2020 ص. ص.389-390.

(3)- المادة **1/19** من القانون المدني المصري، مرجع سابق.

(4)- المادة **1/20** من القانون المدني الأردني، مرجع سابق.

(5)- المادة **1/25** من القانون المدني العراقي، مرجع سابق.

اختلاف الأطراف من حيث الموطن يسري قانون المكان الذي أبرم فيه العقد؛ عليه احتوت قاعدة الإسناد الإحتياطية في القانون المقارن على ضابطين للإسناد هما الموطن ومكان إبرام العقد.

وتتألف قاعدة الإسناد التي تسري على العقد التجاري الدولي في غياب قانون الإرادة في القانون الجزائري من ثلاثة ضوابط؛ الموطن والجنسية ومكان إبرام العقد؛ منه يأتي حل مشكلة تنازع القوانين في العقد التجاري الدولي في الموطن المشترك وفي حالة وجود اختلاف فيه بين أطراف العقد؛ يأتي حل المشكلة بتطبيق قانون الجنسية المشتركة على أن يكون حلها بتطبيق قانون مكان إبرام العقد في الحالة التي يكون فيها أطراف العقد من جنسيتين مختلفتين؛ عليه كان لضابط مكان إبرام العقد المرتبة الثانية في قاعدة الإسناد المقارنة والمرتبة الثالث من حيث التطبيق في قاعدة الإسناد الجزائرية.

ونصل أيضا إلى أنّ؛ التشريعات تعتمد في حلها لمشكلة تنازع القوانين عند غياب التحديد الصريح والضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي على ضوابط إسناد معينة مسبقًا يلتزم القاضي بتطبيقها على سبيل التدرج الذي أورده المشرّع؛ ولا مجال للإجتهاد باستثناء ما يلزم لفهم الضابط التشريعي وتطبيقه بطريقة سليمة، فيركز القاضي العقد بالاستناد إلى القانون الأكثر صلة به والذي يشكل على هذا النحو مركز الثقل في العلاقة العقدية[1]، ولعلى أنّ هذا المنهج يعبر عن وجهة نظر المشرّع فيما يراه أقرب القوانين صلة بالعقد، كقانون الجنسية أو الموطن أو مكان إبرام العقد هذا ما يُمكن الأطراف من معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد ويحقق لهم الأمن القانوني[2].

يأخذ منهج الإسناد الجامد وفقا لما ورد ذكره بقاعدة إسناد عامة تتجاهل الطبيعة الخاصة لكل عقد والذي لا يعبر في الكثير من الأحيان عن مركز الثقل في العقد، مما جعل جانب من الفقه يعتبره منهجًا اعتباطيًا في إطار المنهج العام لقواعد تنازع القوانين التي تربط قاعدة الإسناد بمركز الثقل في العلاقة التعاقدية.

ونظرا للصعوبات التي تترتب عن الاستناد على الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة أو مكان إبرام العقد الذي لا يعبر عن حقيقة المصالح التي تتصل بالعملية العقدية والذي لا يكون مهمًا بالنسبة لأطراف العقد والذي من الممكن أن يمنح إختصاص النظر في النّزاع لقانون دولة أبرم فيها العقد عن طريق الصدفة كأن يتعارف الأطراف المتعاقدة في مكان ما لسبب آخر ثم بعد ذلك يأتي ببالهم فكرة التعاقد وإبرام عقد معين.

على هذا يبدو أنّه معيار غير كفوء لتحديد القانون الواجب التطبيق بصورة موضوعية، عليه فإنّه بات من الضروري أن يأتي حل مشكلة تنازع القوانين ب منح القاضي حرية أكبر

---

[1]- الأسعد محمد بشار، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، ماهيتها-القانون الواجب التطبيق عليها- وسائل تسويتها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص. ص.256-257.

[2]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص.557.

في تحديد قانون العقد التجاري الدولي حسب كل حالة على حدى من خلال البحث في ظروف التعاقد وملابساته عن إرادة الأطراف أو البحث عنه في الأداء المميز للعقد[1].

**ثالثا: شروط تطبيق قانون مكان إبرام العقد**

تناولت التشريعات القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في غياب قانون الإرادة؛ منه صرّحت أنّ العقد التجاري الدولي يخضع لقانون الإرادة وفي غيابه يخضع لقانون الموطن وفي غيابه يخضع لقانون الجنسية وإلاّ فقانون المكان الذي تم فيه العقد؛ عليه يشترط لتطبيق ضابط مكان إبرام العقد توافر شروط معينة والمتمثلة في:

- سكوت الإرادة عن الاختيار أو تعرّضت للاختيار إلاّ أنّ هذا الأخير لا يأخذ به القاضي لأنّه جاء منعدم الصلة المشروطة من المشرّع.
- غياب قانون الموطن؛ والذي يتحقق في حالة عدم اتحاد الأطراف فيه.
- غياب قانون الجنسية؛ والذي يتحقق في حالة اختلاف الأطراف فيه.
- وجود مكان إبرام العقد؛ والذي يتحدد في مكان تلاقي الإيجاب والقبول في حالة التعاقد بين حاضرين؛ وعلم الموجب بالقبول في حالة التعاقد بين غائبين؛ منه إذا تأكد القاضي من غياب قانون الإرادة ينتقل إلى ضابط الموطن وإذا تأكد من غيابه يعود لقانون الجنسية وفي غياب الجنسية المشتركة يعود لقانون مكان إبرام العقد الذي يكون متوفر في جميع الحالات لأنّ أي عقد لابد أن يبرم في مكان معين تابع لإقليم دولة معينة منه يخضع لقانون تلك الدولة.

**الفرع الثاني: ضابط مكان تنفيذ العقد التجاري الدولي**

يعد قانون محل إبرام العقد من الضوابط المتصل بالعقد الذي يُمكن للقاضي أن يرجع إليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في الحالة التي يسكت فيها المتعاقدان عن اختيارهم قانون العقد باعتباره الحادثة الرئيسية في التعاقد؛ لأنّ الأطراف لم يلجؤا إلى التعاقد إلاّ بهدف الوصول إلى الأداءات التي تشكل موضوع العقد؛ منه يؤدي تنفيذ العقد إلى ظهور العناصر المادية للعقد إلى العالم الخارجي في دولة التنفيذ[2]، ورغم أهمية معيار قانون دولة تنفيذ العقد إلاّ أنّ المشرّع الجزائري والتشريعات المقارنة لم تأخذ به في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في غياب قانون الإرادة.

فاختارت بعض تشريعات الدول تشكيل ضوابط إسناد محددة على سبيل الحصر يستند عليها في تحديد القانون المطبق على العقد الدولي بصفة عامة والعقد التجاري بصفة خاصة، غير قابلة للتغير يلجأ القاضي إلى تطبيقها بطريقة ألية ومباشرة في تحديد القانون الأنسب ليطبق على العقد[3]، من هذه التشريعات نجد التشريع الجزائري، المصري الأردني، العراقي وغيرها من التشريعات الأخرى التي اعتمدت على منهج الإسناد الجامد؛ ويسري

---

[1]- رافد فاطمة، صبايحي ربيعة، تكييف الإسناد لحل تنازع القوانين في عقد المقاولة الدولي، "**مجلة الدراسات القانونية المقارنة**"، المجلد 6، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشلف، 2020، ص.1571.

[2]- HENRI Batiffol, Paul Lagarde, Droit international privé, T 2, 6 éme ed, paris, France, 1976,P.P. 236-259.

[3]- HENRIBatiffol,Paul Lagarde, op. Cit, P.P. 236-259.

على العقد وفقا لقواعد الإسناد الواردة فيها قانون الإرادة وإلاّ فقانون الموطن، ثم الجنسية وإلاّ قانون مكان إبرام العقد.

دون أن يرد في قاعدة الإسناد ضابط قانون مكان تنفيذ العقد بالرغم من كونه المعيار الأكثر إرتباطا بالعقد، وإن كانت له من الأهمية والمزايا إلاّ أنّه وجهت له عيوب يتعذر إذا ما توافرت تطبيقه كما لو تعددت أمكنة التنفيذ التي إقترح البعض من الفقه أن يطبق قانون مكان تسليم المبيع بغض النظر عن تعدد أماكن الوفاء بالثمن أو كان محل التنفيذ غير معين في العقد أو تعذر تعيينه في هذه الحالة يستحيل الإنتظار إلى حين تنفيذ العقد لنحدّد قانون الدولة التي تم فيها التنفيذ[1].

نصل كاستنتاج لما تم التطرّق إليه إلى أنّه، في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي وأثناء عرض النّزاع على القاضي، فإنّ هذا الأخير يعد مترجما للعقد منه إذا كان القاضي هو مترجم العقد فإنّه يقع عليه أن يحترم النظام القانوني في بلده؛ عليه وجب أن يستبعد القانون المختار من الأطراف إذ كان مخالفا للنظام العام، وأن يأخذ بالاختيار الصريح ويبحث عن الاختيار الضمني للأطراف الذي يستخلصه من مكان إبرام العقد، جنسية الأطراف، رابط التنفيذ، عملة الوفاء إلى غير ذلك؛ وأن يأخذ بضوابط الإسناد الإحتياطية في غياب الاختيار[2].

---

[1] - رافد فاطمة، صبايحي ربيعة، مرجع سابق، ص. 1572.

[2]- CHAHID Slimani, Les soulions juridiques pratiques aux conflits du commerce international, R.E.R.J, N°1, 2018, P.189.

## المبحث الثاني
## تطبيق الإسناد المرن على العقد التجاري الدولي

يكون حل مشكلة تنازع القوانين التي تثار عن العقد التجاري الدولي في غياب قانون الإرادة عملا بمنهج الإسناد المرن؛ وفقا لإرادة القاضي المفترضة فيما يراه أقرب القوانين صلة بالعقد، التي تتحدّد حسب الإسناد المرن في حالتين هما؛ التركيز الموضوعي للعقد في مكان معين بحسب ما تشير إليه ظروف التعاقد وملابساته، أو في الطبيعة الذاتية للعقد التي تحدّد القانون الواجب التطبيق من خلال الآداء المميز للعقد؛ على أن يكون قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز.

وإن كان الإسناد الجامد والمرن للعقد له دور كبير والشأن العظيم في تصديه لمسألة القانون الواجب التطبيق على العقد، إلاّ أنّ منهج قواعد الإسناد في ظل العولمة الاقتصادية التي نعيشها اليوم أصبح في أزمة حقيقية؛ الذي يركز العقد في مكان معين لا يتلائم والعولمة الاقتصادية، لهذا ستنصب الدراسة في هذا المبحث حول إسناد العقد إلى قانون دولة معينة وفقا لظروف التعاقد وملابساته وإسناده إلى قانون مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز يضاف لها مصير منهج قواعد الإسناد في ظل العولمة الاقتصادية؛ من خلال المطالب الآتية:

### المطلب الأول: إسناد العقد إلى قانون دولة معينة وفق لظروف التعاقد وملابساته

يتحدد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي بتطبيق نظرية التركيز الموضوعي بالنظر إلى ظروف التعاقد وملابساته بتحليل كل عقد على حدى واستخلاص الظرف المرتبط ارتباط وثيقا بالعقد؛ لذلك سنتطرّق في هذا المطلب إلى تعريف فكرة التركيز الموضوعي للعقد من خلال الفروع الآتية؛ كالآتي:

#### الفرع الأول: تعريف فكرة التركيز الموضوعي للعقد

يعود أصل نشأة نظرية التركيز الموضوعي للعقد للأستاذ الألماني **"سافيني"** ثم تطورت بعد ذلك على يد الفقيه الفرنسي **"باتيفول"** الذي رفض من خلالها أن يسلم بأن دور الإرادة هو اختيار قانون العقد إنما ذهب إلى قصر دورها على مجرد تركيز للرابطة العقدية في مكان معين، فإذا تم تركيزها على هذا النحو فإنّه على القاضي أن يطبق قانون المكان الذي اختاره الأطراف مركزا للرابطة العقدية[1]؛ وأنّ القاضي له كامل الحرية في تطبيق قانون آخر غير الذي عينته إرادة الأطراف إذا رأى أنّه لا يعبر عن مركز الثقل في العقد[2].

بالتالي لا شأن للأطراف باختياره، إنما يتم تحديده مسبقا بالإستناد على معايير موضوعية بحسب طائفة العقود التي تنتمي إليها الرابطة العقدية محل النّزاع[3]، ليخالف ما جاء في التشريعات والاتفاقيات الدولية التي منحت الأولوية في التطبيق لقانون الإرادة وأنّ

---

[1]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط.3، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 1998، ص.225.

[2]– مرجع نفسه، ص564.

[3]– مبعوج أحلام، بن يسعد عذراء، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمارات النفطية من خلال التحكيم، **"مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والإجتماعية"**، المجلد 12، ع.3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة 2020، ص.357.

إعمال القاضي لسلطته التقديرية لا يكون إلاّ عند غياب الاختيار الصريح للقانون المطبق على أن ينحصر دور القاضي في مجرد تطبيقه للقانون الذي اختاره الأطراف[1].

وعدل الفقيه **"باتيفول"** عن إسناده المنكر لإرادة الأطراف في اختيار القانون المطبق فسلّم بصحة الاختيار الصريح في حدود معينة وإن لم يكن يعبر عن مركز الثّقل في الرابطة العقدية، على أن يقتصر تطبيق نظرية التركيز الموضوعي على الوضع الذي لا يكون هناك اختيار لقانون الإرادة[2].

هذا ما كرّسته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 26 جوان 1959: **"إذا لم تقم الأطراف باختيار القانون المطبق على العقد صراحة فعلى القاضي الذي ينظر في الموضوع أن يتولى البحث عن القانون الأصلح مستندا في ذلك إلى ظروف التعاقد وملابساته"**[3]؛ والتي يقصد بها الأوضاع المحيطة بالرابطة العقدية وقت إبرامها.

لا يقوم القاضي وفق نظرية التركيز الموضوعي للعقد بتحديد القانون الواجب التطبيق عليه في غياب قانون الإرادة إنما هو مجرد تحليل لظروف والملابسات المحيطة به التي يستنتج من خلالها القانون الذي يرتبط بها إرتباط وثيقًا، وبما أنّ هذه الظروف هي في الأصل عناصر مادية خارجية لحقت العقد منذ تكوينه؛ فإنّ إرادة الأطراف يكون بإستطاعتها أن تأثر عليها بتجميع العناصر المادية المحيطة بالعقد في الدولة التي تخدم مصالحهم المشتركة[4]؛ على أن يعتد القاضي بظروف التعاقد وملابساته المحيطة بالعقد وقت إبرامه وليس وقت البحث عن القانون الواجب التطبيق[5].

فيبحث القاضي في مضمون القوانين المتنازعة على حكم العقد عن القانون الأنسب وفق ظروف التعاقد وملابساته؛ منه متى تبين له أن ظرفًا معينا من مجموعة الظروف المحيطة بالعقد هو المتصل بالعقد إتصالا وثيقا طبقه وفصل في النّزاع وفقا له بذلك يتمتع القاضي بالمرونة اللازمة للبحث عن القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية والذي يحدده حسب كل حالة على حدها[6].

ويستند في بحثه عن قانون العقد على مجموعة من الظروف نذكر منها تحرير العقد من طرف موظف تابع لدولة معينة أو أمام أحد القنصليات التابعة لتلك الدولة فإنّ هذا يعبر على الظرف الذي رافق العقد مند إبرامه فيستنتج القاضي أنّ قانون دولة الموثق هو القانون المختص، أو إستعمال لغة معينة[7].

---

(1)– ياقوت محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص.138.

(2)– بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص. ص.55-56.

(3)– ياقوت محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص. 158.

(4)- مرجع نفسه، ص.158.

(5)- PIERRE Engel, la determination des points de rattchement en droit international privé, université génève, suisse, 1953, p.24.

(6)– ياقوت محمود محمد، مرجع سابق، ص.158.

(7)– الرفاعي بدران شكيب، عقود الاستهلاك في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة 2013، ص.150.

ولا يحقق معيار ظروف التعاقد وملابساته العدالة لعدم مراعاته طبيعة العقود ونوعها فقط؛ إنما رعى المقتضيات التي صاحبة العقد منذ إبرامه إلاّ أنّ هذا الضابط لا يحقق للأطراف ولا للقاضي العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق والذي لا يدركانه إلاّ بعد البحث عنه عند عرض النّزاع عليه والذي يكون له حرية واسعة في تحديده حسب كل حالة على حدى؛ مع الأخذ بعين الإعتبار رده إلى إرادة الأطراف المتعاقدة، هذا ما يؤدي إلى اختلاف من حيث القانون الواجب التطبيق حتى في نفس الطائفة من العقود[1].

**الفرع الثاني: موقف اتفاقية روما من معيار ظروف التعاقد وملابساته**

تأخذ أحكام القضاء الفرنسي قبل تعديل اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في سنة 2008؛ عندما يعرض عليها نزاع متعلق بعقد دولي سكت بشأنه الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق عليه بمعيار ظروف التعاقد وملابساته لتحديده لكن بعد تعديل الاتفاقية تراجع القضاء الفرنسي عند ذلك الإسناد لمصلحة قانون دولة المدين بالآداء المميز لكن ليس بصفة مطلقة بل فرضت قيودا على بعض العقود التي تعتبر شروط يجب على القاضي أن يتأكد من توافرها قبل تطبيق قانون دولة المدين بالأداء المميز[2].

ويترتب على عدم إمكانية تحديد الأداء المميز في العقد إستبعاد تطبيق قانون دولة المدين بالأداء المميز وتطبيق القانون الأوثق صلة وفقا لظروف العقد وملابساته، حتى وأن تحدّد الأداء المميز في العقد إلاّ أنّه هناك نوع من العقود لا تعتد فقط بتحديده إنما لابد من توافر شروط أخر مثال ذلك عقد النقل الدولي للبضائع الذي يخضع حسب نص المادة **4** من اتفاقية روما لقانون الدولة التي يقيم فيها الناقل باعتباره صاحب الأداء المميز الذي ينقل البضاعة من مكان إلى آخر دون تلف أو ضرر مع إشتراط لتطبيق قانون دولة الإقامة المعتادة أن تكون دولة شحن البضاعة أو تفريغها أو دولة المركز الرئيسي للشحن هذا لمنع تحايل الناقل بوضعه مركزه الرئيسي في دولة أخرى غير دولة الشحن أو التفريغ تهربا من القواعدة القانونية الآمرة في قوانين تلك الدول، وفي حالة إثبات عدم التطابق يعود القاضي إلى تطبيق القانون الأوثق صلة بالرابطة العقد والذي يتحدد من ظروف التعاقد وملابساته إذا كانت تعبر عن صلة وثيقة أكثر من الصلة التي يقرها قانون دولة المدين بالأداء المميز على أن يسري على عقود نقل الأشخاص قانون دولة المدين [3].

عليه جاء المادة 4 من اتفاقية روما كمايلي:« **القانون الواجب التطبيق عند عدم الاختيار: 1- إذا لم يتم اختيار القانون الواجب التطبيق طبقا لأحكام الفقرة(3) يخضع العقد لقانون الدولة التي يكون له معها روابط وثيقة، وإذا كان جزء من هذا العقد منفصل عن باقي العقد وله روابط وثيقة مع دولة أخرى، فإنه يجوز أن يطبق قانون هذه الدولة على هذا الجزء من العقد على سبيل الاستثناء، 2- وبمراعاة الفقرة(5) يفترض أن العقد يمثل**

---

[1]– الرفاعي بدران شكيب، مرجع سابق، ص.150.

[2]– شويرب خالد، مرجع سابق، ص.174.

[3]- HEUZE Vincent, Droit international privè, 7eme ed, Montchrestien, Paris, France, 2000, p.14.

**الروابط الأكثر قوة مع الدولة التي يقع فيها محل الإقامة المعتادة للطرف الذي يورد الالتزام الرئيسي وقت إبرام العقد »**[1].

**المطلب الثاني: إسناد العقد إلى قانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز**

يعتبر معيار محل الأداء المميز للعقد من المبادئ الرئيسية لقانون العقد الدولي الذي يستند عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق في غياب قانون الإرادة، وهي الفكرة التي ظهرت لأول مرة في الفقه السويسري في العقد الثالث من القرن العشرين فكان أول من اقترح فكرة إسناد العقد لمحل المدين بالأداء المميز أو الجوهري هو قاضي المحكمة الفدرالية السويسرية **(Stauffer)** الذي طالب بأن تأخذ المحكمة بقاعدة الإسناد لقانون المكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز[2].

فإفترض القضاء السويسري أنّ محل تنفيذ الأداء المميز في العقد هو محل إقامة المدين بهذا الأداء، بهذا ذهبت المحكمة الفيدرالية السويسرية في حكمها الصادر في 11 ماي 1966 إلى أنّه: **"وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص وعند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية تخضع هذه الرابطة للقانون الذي يرتبط به العقد بأوثق صلة إقليمية، وهو بصفة عامة قانون محل إقامة الطرف الذي يعد أداؤه مميزا في العقد محل النزاع"**[3].

ثم تبناه الفقيه **"شنايتيز"** كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي معتبرا أنّ التّركيز السليم للعقد يتمثل في البحث عن الروابط المرتبطة به بناء على وظيفته في الحياة الاقتصادية وأنّه لا ينبغي تركيزه اعتمادا على معايير جغرافية أو إقليمية، إنما يجب إسناد العلاقة التعاقدية للمجال القانوني الذي تنتمي إليه العقود بطبيعتها[4].

وتقوم فكرة الأداء المميز على تنوّع العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق وفقا للالتزام الأساسي فيه فرغم تعدُد الالتزامات في العقد الواحد إلاّ أنّ أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبّر عن جوهره، بالتالي وجب الاعتماد عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في حالة غياب قانون الإرادة، أي اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق [5].

وحسب الفقيه **"شنايتيز"** فإنّه: **"لكل عقد طرف واحد يتميز بأدائه عن الطرف الآخر الذي لا يتغير أداؤه بتغير العقد، والمتمثل عادة في الالتزامات المالية كما هو الأمر مثلا في**

---

(1)– المادة **4** من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية لسنة 1980، المتوفر على الموقع الإلكتروني التالي: https://www.international-arbitration-attorney.com/ar/rome-i-rome-ii-applicable-law-and-international-arbitration

(2)– خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002 ص.155.

(3)– عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص.268.

(4)– المنزلاوي صالح، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، د.ط، دار الجامعة العربية، مصر، 2006 ص.336.

(5)– سلامة أحمد عبد الكريم، القانون الدولي الخاص النوعي الإلكتروني السياحي البيئي، دار النهضة العربية، مصر 2000، ص.104.

**عقد البيع الدولي الذي يكون فيه أداء المشتري التزامه بدفع المبلغ المالي للبائع وهو نفس الالتزام الذي نجده في كافة أو باقي العقود الأخرى فالتزامه يظل ماليا، في الوقت الذي يكون فيه أداء البائع التزاما مختلفا من عقد إلى أخر بالنظر إلى طبيعة وموضوع كل عقد، علية يعتبر أداء هذا الأخير هو المميِّز في كل عقد بإعتبار أداؤه جوهريا"**[1].

ويتم الكشف عن الأداء المميز بربط العقد بالنظام القانوني للدولة التي يؤدي فيها العقد وظيفته الاقتصادية والاجتماعية، والمفترض أنّه قانون موطن المدين بالأداء المميز[2] بمعنى أنّ القاضي المطروح علية النّزاع عند غياب الإرادة يحلل الرّابطة العقدية ويبحث عن الالتزام الجوهري فيها، ومن ثم يقوم بتركيزها من خلاله في المكان الذي تحقّق فيه الوظيفة الاقتصادية[3].

منه فإنّ تطبيق فكرة الأداء المميز على العقد التجاري الدولي من شأنه أن يترتب نتائج وآثار تنعكس على العقد الدولي تجعل من القاضي الفاصل في النّزاع يقوم بعملية المفاصلة بين الالتزامات الواردة في العقد، ليحدد أيا منها تدلّ على الالتزام الرئيسي فيه، إعماله من شأنه أن يجعل أطراف العقد على دراية مسبقة بالقانون الذي سيطبق على عقدهم [4]، على عكس فكرة التركيز الموضوعي التي تعتمد على ظروف التعاقد وملابساته والتي تختلف من حالة إلى أخرى، ما يصعب معها معرفة القانون الذي سيطبّق على العقد كما أنّ اعتماده من شأنه أن يسهل آلية تحديد قانون العقد، وأنّ إسناد العقد الدولي لقانون موطن المدين بالأداء المميز وقت إبرام العقد من شأنه أن يضمن استقرار العلاقات التجارية الدولية [5].

لهذا قال الأستاذ **"هشام الصادق"** فيما تعلق بنظرية الأداء المميز أنّ: **"نظرية الأداء المميز التي تقوم على تركيز موضوعي بحث للروابط العقدية، تحتل مركز أوسط بين الإسناد الجامد لهذه الروابط لقانون دولة الإبرام أو لقانون دولة التنفيذ، والسابق الإشارة إليه، هو إسناد يتميز بالوضوح ويصون للمتعاقدين توقعاتهم من البداية وإن أعاب عليه كما رأينا بأنه يفتقد إلى المرونة التي يتطلبها اختلاف طبيعة العقود في الحياة الدولية الخاصة وبين نظرية التركيز الموضوعي لإسناد "باتيفول" والتي وإن حققت المرونة في الإسناد في كل حالة على حدى وفقا لظروف التعاقد وملابساته، إلا أنها قد أثرة على الأمان القانوني لصعوبة توقع المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق عند سكوتهم عن تحديده، لأن هذا التحديد لن يتم في هذه الحالة إلا بمعرفة القاضي عند نظر النزاع وفي ضوء ملابسات**

---

[1]– الأنباري أحمد حميد، مرجع سابق، ص.ص.95-96.

[2]– الأسعد بشار محمد، مرجع سابق، ص. 258.

[3]– نورس عباس العبودي، الأداء المميز وأثره على عملية الإسناد، د.ط، مكتبة السنهوري، لبنان، 2016، ص.20.

[4]– زياد محمد فالح بشابشة، أحمد الحراكي، عماد قطان، دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية ووفقا للقانون الأردني -دراسة مقارنة-، **"مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإنسانية والاجتماعية** "المجلد 1، ع.30، جامعة فلسطين، 2013، ص.369.

[5]– زياد محمد فالح بشابشة، أحمد الحراكي، عماد قطان، مرجع سابق، ص.369.

**التعاقد في كل حالة، أي في مرحلة متأخرة يتعذر على المتعاقدين قبلها أن يتعرفوا على القانون الذي سيحكم علاقتهم التعاقدية سواء عند إبرام العقد أو أثناء تنفيذه"**[1].

**المطلب الثالث: منهج الإسناد في ظل العولمة الإقتصادية**

سنتطرّق من خلال هذا المطلب إلى تعريف العولمة الاقتصادية ثم تأثيرها على منهج قواعد الإسناد؛ كالتالي:

**الفرع الأول: تعريف العولمة الاقتصادية**

ظهرت العولمة في الولايات المتحدة الأمريكية بداية التسعينيات التي عبرت عن مرحلة جديدة تتميز بالأحادية القطبية وسيادة نموذج اقتصاد السوق والحرية الإقتصادية[2]، بمعنى تعميم الشيء وتوسيع دائرته ليشمل الكل؛ فهي مصطلح يعنى جعل العالم عالمًا واحدًا موجهًا توجيهًا واحدًا في إطار حضارة واحدة، لذلك تسمى الكونية أو الكوكبية، وللإشارة فإنّ كل من **"بولدوين دافيس"** و**"أوليفيي رايزر"** يعتبران أول من استعمل فعل يعولم **(To Globalize)** بمعنى النظر إلى الكون كله كوحدة واحدة أو ككل مرتبط، حيث تنبأ بحدوث نوع من الإقتراب بين الثقافات والالتقاء بين الحضارات[3].

فالعولمة ترجمة لكلمة **(Mondialisation)** الفرنسية؛ بمعني جعل الشيء على مستوى عالمي، والكلمة الفرنسية المذكورة إنما هي ترجمة **(Gobalization)** بالإنجليزية المشتقة من كلمة **(Globe)** التي يعرفها القاموس"المورد"، فهي بذلك مصطلح دال على: **"إندماج أسواق العالم في حقول التجارة والاستثمارات المباشرة وانتقال الأموال والقوى العاملة والثقافات والتقائه ضمن إطار من رأسمالية الأسواق الحرة"**[4]، بهذا أصبح العالم معولم تسقط فيه حواجز المسافات بين الدول والقارات التي عاشت عمق العولمة في جل جوانب الحياة الاقتصادية من حركة السلع ورؤوس الأموال عبر حدود الدول، فكانت بذلك العولة الغراء العظيم الأثر على النُّمو الكبير الذي شهدته التجارة الدولية[5].

ويقصد بالعولمة الاقتصادية: **"نشر القيم الغربية في مجال الاقتصاد مثل الحرية الاقتصادية وفتح الأسواق وترك الأسعار للعرض والطلب، وعدم تدخل الحكومات في النشاط الاقتصادي وربط اقتصاد الدول النامية بالاقتصاد العالمي، وتعكس هذه الظاهرة**

---

[1]– هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص.261.

[2]– عبد الحميد عبد المطلب، العولمة واقتصاديات البنوك، الدار الجامعية، مصر، 2005، ص.17.

[3]-Jagdish Bhagwati, Globalization with a Human Face, The Future of Globalization: Explorations in Light of Recent Turbulence, Jagdish Bhagwati, a University Professor at Columbia University and Andre Meyer Senior Fellow at the Council on Foreign Relations, New York. 2003, P2.

[4]– الأطرش محمد، حول تحديات العولمة الاقتصادية، **"مجلة مستقبل العربي"**، ع.26، مركز دراسات الوحدة العربية بيروت، 2000، ص. 9.

[5]– عبد الحميد عبد المطلب، مرجع سابق، ص.17.

**زيادة حركة رؤوس الأموال وتفسح المجال الواسع أمام أصحاب رؤوس الأموال لجمع المزيد من الأموال"**[1].

فالعولمة الاقتصادية حسب هذا التّعريف ماهي إلاّ تجسيد لوضع يدلُ على عيش العالم في قريةٍ صغيرةٍ محدودة الأبعاد، الناتج عن ثروة التكنولوجيا والاتصالات مما أدى إلى التأثير على آليات القانون الدولي الخاص القائم على فكرة الحدود السياسية لحل مشكلة تنازع القوانين.

**الفرع الثاني: تأثير العولمة الاقتصادية على منهج قواعد الإسناد**

يعتبر العقد دوليا بالاستناد على فكرة الحدود السياسية؛ متى أُبرم بين شخص وطني وآخر أجنبي لتطرّق الصّفة الأجنبية لأطراف العقد، أو بين أجانب مُتحدي أو مُختلفي الجنسية من دولة أجنبية وترتب عنها انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود لتركيز العنصر الأجنبي في سبب التعاقد وهو محل العقد، أو إذا تم بين أشخاص حول محل متواجد في دولةٍ غير الدولة التي أبرم فيها؛ على هذا الأساس فإنّ فكرة القانون الواجب التطبيق تعتمد هي الآخرى على ضوابط مكانية تمنح الاختصاص لنظام قانوني مرتبط بدولة معينة؛ كقانون الجنسية، الموطن، محل إبرام العقد وتنفيذه، ومحل الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز[2]

ما يعني أنّ تحديد فكرتي العقد الدولي والقانون الواجب التطبيق، تخضعان إلى ظاهرة الحدود السياسية، بذلك أصبحت قواعد تنازع القوانين التي تعمد إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، عملا بقانون الدولة التي يتوطن فيها المدين بالأداء المميّز أو المكان الذي يتوطن فيه المتعاقدين أو قانون الدولة التي يتواجد بها مقر عمله الرئيسي هي قواعد خالية من أي مفعول بالتالي يتعذرُ تطبيقها[3].

فقيام منهج قواعد الإسناد على مرتكزات مكانية جعل منه منهجا لا يتلاءم ومقتضيات العولمة الاقتصادية القائمة على تحرير أسواق التجارة ورؤوس الأموال وفكرة إهمال الحدود الجغرافية بشأن التعاملات الاقتصادية التجارية[4]؛ وما زاد من اختفاء فكرة الحدود السياسية في المجال التجاري الدولي، ظهور شبكة الاتصالات الدولية للمعلومات التي أحدثت ثورة في التجارة الدولية، حيث أصبحت تتم في بيئةٍ افتراضية مفتوحة تسمح للجميع بالحصول على السلع والخدمات دون الحاجة للانتقال، تربط بين أكثر من مائتي دولة بدون حدود جغرافية أو سياسية[5]، هذا ما يتعارض وفكرة الإقليم الجغرافي مما يجعل من المكان الأرضي عدوًا لتلك البيئة، التي أصبحت تابعة لعالم إفتراضي لا تحده أية حدود جغرافية أو سياسية[6].

---

(1)– أحمد عبد العزيز، جاسم زكريا، فراس عبد الجليل الطحان، العولمة الاقتصادية على الدول العربية، **"مجلة الإرادة والاقتصاد"**، ع.86، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة الكرباء، العراق، 2011، ص.66.

(2)– سلامة أحمدعبد الكريم، القانون الدولي الخاص النوعي، مرجع سابق، ص.39.

(3)– مرجع نفسه، ص.39.

(4)– محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمةعلى عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص.7.

(5)– أحمد سامي ريحان، الانترنيت، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، 1999، ص.26.

(6)- DESSEMONTET (f) Internet les droits de la personnalite et le droit international privein le defit dinternet ,Actes du Colloque de lausanne du 28 fevrier 1997 geneve, 1997, p.47.

عليه فإنّ الإعتماد على منهج الإسناد بحسب ما تم الإشارة إليه أعلاه في زمن العولمة الاقتصادية والرقمية، سيؤدي إلى إصابتها بالضرر، لأنّ الطابع الإقليمي والوطني لقواعد الإسناد يشكل عائقًا أمام ديناميكية العولمة وتطور التجارة الدولية لتعلق الأمر بأسواق عالمية تذوب أمامها الحدود السياسية وحواجز المسافات، بذلك من غير الصائب القول بوجود قوانين وطنية متعددة يمكن أن تخضع لها العلاقات العقدية الدولية الدائرة في مجتمع التُّجار ورجال الأعمال العابرة للحدود[1].

وإن تقرر خضوع العقد التجاري الدولي لقانون الإرادة؛ أي القانون الذي اختارته إرادة الأطراف المتعاقدة[2]، وفي حالة عدم التصدي لمسألة القانون الواجب التطبيق، فإنّ القاضي المعروض عليه النّزاع يُسند العقد للقانون الأوثق صلة به بما أشارت إليه ضوابط الإسناد الاحتياطية في دولته، ويتولى تطبيق القانون الوطني تطبيقًا مباشرًا بغض النظر عن ما تقرّره قاعدة الإسناد كنتيجة لتزايد تدخل الدولة في المجال الاقتصادي والاجتماعي من خلال إصدار المشرّع لقواعد التطبيق الضروري، فإذا كانت الدولة تسعى من خلال وضع القواعد الضرورية إلى حماية المصالح الحيوية والضرورية في المجتمع، إلاّ أنّ إعمالها على العقد التجاري الدولي هو إعمالٌ يتنافى وأهداف المنظمه العالمية للتجارة العالمية، ذلك أنّ تطبيق منهج الإسناد سيؤدي إلى إعمال قانون وطني معين[3].

ففي نزاع قام بين إحدى الشركات البريطانية التي تستغل وتدير إحدى القرى في جزيرة "كناري" الإسبانية وأحد المواطنين الألمان، أصدرت المحكمة الفدرالية العليا الألمانية قرارا بتاريخ 19 مارس 1997، طبّقت فيه القواعد الحمائية الواردة في القانون الألماني لتوفير الحماية للمتعاقد المستهلك بالأولوية، على قانون العقد الذي اتفق فيه أطراف العقد صراحةً على إعماله وهو قانون كناري، وتعود وقائع القضية إلى عقد أبرم بين الشركة البريطانية المتواجدة في جزيرة كناري البريطانية ومواطن ألماني[4]، وكان العقد عبارة عن انتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت، وقد تضمن جملة من الشروط من بينها عدم جواز الرجوع عن العقد بعد التوقيع، وشرطاً أخر يقضي بمنح الاختصاص التشريعي لمحكمة المدعى عليه وشرطا يقضي باختصاص قانون جزيرة (Man) لحكم العقد.

إثر خلافٍ حدث بين الطرفين؛ رفعت الشركة دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة تطلب بالحكم على المتعاقد الألماني بدفع الثمن المستحق عليه من قيمة الوحدة السكنية مع نصيب من مصاريف الصيانة والخدمات، أمام هذا دفع المدعى عليه ببطلان العقد للغبن ودفع احتياطيا بتحلله من أي التزام، لأنّه رجع عن العقد طبقا للقانون الألماني لاسيما تلك

---

(1)– أبو العلاء علي أبو العلا النمر، نظرية إنتقادية للسياسة التشريعية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا، **"مجلة العلوم القانونية والإقتصادية"**، ع.2، جامعة عين الشمس، 2002، ص.ص.253-254.

(2)– سلامة أحمد عبد الكريم، تحرر التجارة العالمية وأثره على النظام القانوني للعقود الدولية، **"مجلة البحوث القانونية والاقتصادية"**، المجلد 2، ع.19، جامعة المنصورة، 1966، ص.301.

(3)– مرجع نفسه، ص.301.

(4)- TOUBIANA (A), Le domaine de la loi du contrat en droit international prive- contrats internationaux et dirisme etatique' these, Dalloz, Paris, 1992, p.260.

المتعلقة بحق الرجوع في عقود الترويج للسلع في موطن المشتري، فألزمت المحكمة الابتدائية المدعى عليه بدفع المبلغ المستحق للشركة.

فقرّرت محكمة الاستئناف خلال ذلك بعد أن طعن المدعى عليه في الحكم الصادر، فقررت أنّه: **"وإذا كان القانون الواجب التطبيق على عقد المشاركة الزمنية هو قانون جزيرة (Man) الذي يقضي بصحة اشتراط أحد المتعاقدين على الآخر حظر الرجوع عن العقد، الا أنّ أحكام القانون الألماني الصادر في 16 جانفي 1986 والذي يعترف بحق الرجوع في عقود ترويج السلع في موطن المشتري، تكون هي واجبة التطبيق بالأولوية على أحكام قانون الإرادة المختار من المتعاقدين"**[1].

يستفاد من خلال محتوى الحكم أنّ التطبيق المباشر لقانون القاضي لا يكون بناءً على قاعدة من قواعد التّنازع التي تكون لها الأولوية في التطبيق على قانون العقد، فيطبّق القاضي في قانونه أية قاعدة تستلزم التطبيق، وإلاّ طبق القانون الذي تشير إليه قاعدة التّنازع[2]، لأنّ القواعد ذات التطبيق الضروري تستبعد أية مزاحمة أوتنافس، بما ساهم في إيجاد نوع من التلازم بين حق الإرادة في الاختيار والاحترام الواجب للقواعد الآمرة التي تحكم العقد التجاري الدولي، بمنح القاضي سلطة تقييد حرية الإرادة بإعطائه سلطة التطبيق المباشر لقواعد التطبيق الضروري التي تتضمنها قوانين الدول المتّصلة بالعقد؛ هذا لهدف واحد هو غلق المجال أمام أطراف العلاقة التعاقدية الدولية لتهرّب من الأحكام الآمرة في القوانين الوطنية المتصلة بالعقود، ما يعني أنّ قواعد التطبيق الضروري قد أصبحت تشكل هجمة وطنية وضعت منهج الإسناد في أزمة حقيقية، حيث لن يكون له في ظلها إلاّ الدور الاحتياطي من الدرجة الثانية بالنسبة للقواعد ذات التطبيق الضروري، وأنّ تزايد القواعد الحمائية سيؤدي لا محال إلى تدمير المنهج التّنازعي[3].

.

---

[1]- TOUBIANA (A), op. Cit. p.260.

[2]– سلامة أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية إنتقادية، مرجع سابق، ص.301.

[3]– مرجع نفسه، ص.301.

**خلاصة الباب الأول**

نستخلص من خلال ما تم التطرق إليه أنّ؛ العقد التجاري الدولي يثير مشكلة تعلق بتنازع القوانين؛ والأصل أنّ يختار الأطراف القانون الواجب التطبيق على العقد بغض النظر عن كيفية اختياره؛ صريحا؛ بأن يصرّح الأطراف أنّ العقد سيكون محكوما بقانون دولة معينة كبند من بنود العقد أو في عقد مستقل عن العقد الأصلي يحدد القانون الواجب التطبيق أو ضمنيا يتم التوصل إليه من خلال ظروف التعاقد وملابساته التي رافقته من يوم إبرامه شريطة أن يكون القانون المختار متصل بأطراف العقد أو بالعقد بحد ذاته محل النّزاع؛ منه يصح أن يكون قانون الإرادة هو قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة أو مكان إبرام العقد أو تنفيذه ويصح أن يرد اختيار الأطراف على قانون وطني أو أجنبي مع إشتراط سلامة قانون الإرادة والذي يكون كذلك إذا لم يشكل مخالفة للنظام العام أو لم يتحدد له الاختصاص نتيجة تحايل على القانون أو وجود قاعدة آمرة ترغب في التطبيق فتطبق مباشرة بصفة أولية على قاعدة التّنازع، على أن يدخل في نطاق قانون الإرادة كل من محل العقد وسببه وما تعلق بالرضاء من إيجاب وقبول ولامة الرضاء من عيوب الإرادة والآثار المترتبة عن العقد؛ ويخرج من نطاقه مجموعة من المسائل نذكر منها العقار والأهلية والمنقولات وشكل العقد الذي يخضع لقاعدة اسناد خاصة به تمنح للأطراف مطلق الحرية في اختيار القانون الذي يسري على شكل العقد أي على المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة؛ منه يسري على العقد في جانبه الشكلي قانون محل إبرامه أو قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشترك أو القانون الذي يسري على العقد في جانبه الموضوعي ووضعت التشريعات القانونية من الضوابط ما يكفل الوصول إلى وحدة القانون المطبق على العقد ككل، بغض النظر عن الزمان الذي مارس فيه الأطراف حقهم في الاختيار بشرط أن يكون اختيارهم وقت إبرام العقد أو بعده أو بعد نشوء النّزاع لكن قبل عرضه على القاضي لأنّه بمجرد عرضه على هذا الأخير يخرج العقد من ولاية الأطراف ويدخل في ولاية القاضي ويكون هو المختص بتحديد طبيعة القانون الذي يطبق على النّزاع؛ يحدده وفقا لطريقة الإسناد المعتمدة في قانونه؛ منه تحل إرادة المشرّع محل إرادة الأطراف الغائبة فيفصل القاضي في النّزاع وفقا لقانون الموطن المشترك وفي غياب الاشتراك يفصل وفقا لقانون الجنسية المشتركة وإلاّ فقانون مكان إبرام العقد، وتحل إرادة القاضي المفترضة في حالة الإسناد المرن الذي يحدد قانون العقد في مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز أو في ظروف التعاقد وملابساته.

# الباب الثاني
# تطبيق منهج القواعد الموضوعية على العقد التجاري الدولي

يسري على العقد التجاري الدولي حسب منهج قواعد الإسناد قانون الإرادة وفي غيابه يسري عليه الإسناد الجامد أو المرن حسب ما أخذ به المشرّع ضمن قواعد التّنازع؛ وبما أنّ منهج الإسناد يحدد قانون العقد بتركيزه في مكان معين فإنّه لايخدم مصلحة المتعاملين الاقتصاديين؛ منه أدرك التجار ضرورة ايجاد تنظيم قانوني دولي يتكفل بتنظيم وحكم نشاطاتهم التجارية ويحل نزاعاتهم على غرار التنظيم القانوني الداخلي للدول[1] فظهر منهج القواعد الموضوعية.

يستند منهج القواعد الموضوعية في مضمونه ومفهومه على المصادر المكونة له كالأعراف التجارية والعقود النموذجية والاتفاقيات الدولية والشروط العامة والمبادئ العامة للقانون، ونتيجة لعدم ملائمة القواعد القانونية الوطنية لحكم المبادلات التجارية ومع الخصائص والمميزات التي كان يتربع عليها منهج القواعد الموضوعية من سهولة تطبيقها دفع بالتجار إلى تفضيله على منهج قواعد الإسناد.

وبرغم من أنّ منهج القواعد الموضوعية قد لقى قبولا من المتعاملين في المجال التجاري إلاّ أنّ مجرد كونه حديث النشأة جعل فقهاء القانون الدولي الخاص يشككون في مدى تشكيله لنظام قانوني لغياب سلطة تشريعية تقوم بتشريع قواعده، بالتالي عدم انطباق أوصاف القاعدة القانونية من تجريد وعموم وجزاء على هذه القواعد بالتالي البحث عن مدى كفايته كمنهج لحل مشكلة تنازع القوانين.

وبظهور الطرق البديلة لتسوية النّزاعات والسماح للمتعاملين التجاريين بالمفاضلة بين عرض نزاعاتهم على التحكيم أو على القضاء العادي شريطة أن يطرقوا إلى اتفاق التحكيم أصبح التحكيم بمثابة القضاء العادي الأصيل في المبادلات التجارة الدولية، خاصة الحالات التي توجد فيها الدولة كطرف في عقد الاستثمار الذي يحتاج فيه المستثمر إلى التحكيم التجاري كضمانة إجرائية.

ولإن أقرّت الدولة بموجب النصوص القانونية حق المتعاملين في مجال التجارة الدولية باللجوء إلى التحكيم واعتبرت من الأحكام التي تصدر عنه أحكام حائزة لقوة الشيء المقضي فيه إلاّ أنّها جعلت مكانة للقضاء في التحكيم خلال مرحلتين؛ السابقة والاحقة لصدور الحكم[2].

العناصر التي تم الإشارة إليها؛ من خصائص ومبررات اللجوء إلى منهج القواعد الموضوعية ومصادر هذه القواعد، ومدى كفايته لحل مشاكل تنازع القوانين في المبادلات التجارية الدولية، وفعالية التحكيم في ظل الرقابة القضائية على أحكامه؛ سنلقى الضوء عليها بموجب هذا الباب؛ بتقسيمه إلى فصلين:

---

[1]– زروتي طيب، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، "**مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية**"، المجلد 36 ع.3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر1، 1997، ص.67.

[2]- رضوان ربيعة، لعجال ياسمين، ضوابط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في الجزائر، "**مجلة دفاتر السياسة والقانون**"، المجلد 10، ع.19، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2018، ص.155.

**الفصل الأول**: منهج القواعد الموضوعية بين المفهوم والمضمون ومدى كفايته لحكم العقد التجاري الدولي.
**الفصل الثاني:** إعمال منهج القواعد الموضوعية على التحكيم التجاري الدولي.

# الفصل الأول
# منهج القواعد الموضوعية بين المفهوم والمضمون ومدى كفايته لحكم العقد التجاري الدولي

يعتبر إدراج المفاهيم والتعريفات جوهر البحث القانوني، عليه فإنّ البحث في موضوع قانوني ما يعد غير ذي جدوى إذا لم نبحث في مفهومه ومضمونه، بتحديد المقصود منه وتتبع مراحل تطوره والأسباب التي دعت إلى ظهوره وأهم المصادر التي يقوم عليه،ا بالأخص إذا كان هذا المفهوم ذو طبيعة خاصة كمفهوم القواعد الموضوعية الذي حضر بقوة كأحد المناهج المعتمد عليها في حل تنازع القوانين.

إذ يثير دراسة منهج القواعد الموضوعية عدة مسائل تتعلق بضبط مفهومه من خلال التعريفات الفقهية التي وردت بشأنه والتي حاول من خلالها فقهاء القانون الدولي الخاص الوصول إلى وضع تعريف دقيق لهذا المنهج، وتحديد مضمونه من خلال البحث في أهم المكونات التي تشكل منها المنهج، بالإضافة إلى تحديد قدرته على استخلاف منهج قواعد الإسناد الذي سيطر خلال ردح من الزمن على منح الحلول للمشاكل التي تثيرها موضوعات القانون الدولي الخاص هذا في ظل التشكيك فيه كمنهج يشكل نظام قانوني متكامل، أو أنّه منهج وإن كان يقدم حلول مباشرة للتجارة الدولية إلاّ أنّه يحتاج دائما إلى منهج قواعد الإسناد.
ستنعرّض لكل العناصر المشار إليها في مقدمة الفصل من خلال مبحثين:

**المبحث الأول**: مفهوم ومضمون منهج القواعد الموضوعية.

**المبحث الثاني**: مدى كفاية منهج القواعد الموضوعية لحكم العقد التجاري الدولي.

## المبحث الأول
## مفهوم ومضمون منهج القواعد الموضوعية

يوجد إلى جانب قواعد الإسناد قواعد أخرى تختلف في مفهومها ومضمونها عن قواعد الإسناد التي وضعها المشرّع، المتعلقة بالقاعدة الموضوعية التي وجدت كأحد مناهج القانون الدولي الخاص؛ تعمل على تقديم حلول لمشكلة تنازع القوانين التي يثيرها العقد التجاري الدولي في حالة وجود نزاع أو قبل وجوده بسبب عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد أو التقاعس عن التسليم أو العيوب التي تظهر في السلعة، إلى غير ذلك من المشاكل التي تؤدي إلى نشوء نزاعات، بالتالي البحث عن حل لها في القواعد الموضوعية التي تشكلت من مصادر مختلفة.

ويكون تطبيق القواعد الموضوعية مرتبط بقبول الدولة بها التي أدرجتها ضمن نصوصها القانونية سواء في قانون الإجراءات المدنية أو في قانون التحكيم، لأنّه لو لم تسمح بذلك الدولة لما كان لها مجال للتطبيق؛ ولفهم منهج القواعد الموضوعية كأحد مناهج حل تنازع القوانين ينبغي التطرّق إلى مفهومها من خلال تعريفها، وتحديد الأسباب التي دعت إلى ظهوره، ومضمونها بتحديد المصادر التي تكوّن منها المنهج؛ والتي سنتعرّض لها في هذا المبحث من خلال المطالب الآتية كما سيأتي بيانه:

### المطلب الأول: مفهوم منهج القواعد الموضوعية

يعتبر عدم تكييف التشريعات الوطنية وحاجات التجارة الدولية عامل أساسي في ظهور القواعد الموضوعية والتي وضعت بشأنها عدة تعاريف، ودعت لظهورها عدة أسباب ارتبطت بعيوب منهج قواعد الإسناد ومميّزات القاعدة الموضوعية؛ تلك هي العناصر التي سنتطرّق إليها في هذا المطلب من خلال الفروع الآتية كمايلي:

#### الفرع الأول: تعريف منهج القواعد الموضوعية

يعود نشأة قانون التجار إلى فترة قديمة من الزمن إذ كان ينظم العلاقات بين التجار التابعين للإمبراطورية الرومانية من خلال قانون الشعوب، إدراكًا منهم بعدم ملائمة قواعد القانون الروماني الداخلي لحكم الروابط الناشئة بين التجار الرومان والأجانب[1]، حيث كان القانون في القرون الوسطى لا يقدم لهذه الطائفة القواعد المناسبة التي تطبق على نشاطهم التجاري، مما أوجب عليهم ابتكار قانونهم الخاص بهم وهو قانون التجار الذي ازدهار بين القرنين الثالث عشر والرابع عشر؛ هو الذي نشأ تلقائيا وسط مجتمع متجانس من البائعين والمشترين الدوليين[2]؛ وهو القانون الذي كان سائدا منذ القرن الحادي عشر و بداية القرن الثاني عشر في ظل المعارض الموسمية التي كانت ملتقى التجار القادمين من أوروبا الغربية

---

[1]- هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص.10.

[2]- مباركي توفيق ميلود، قانون التُجّار كمصدر من مصادر قانون التجارة الدولية، مقال متوفر على الموقع الالكتروني التالي:https://ds.univ-oran2.dz:8443/handle/123456789/1944mode=full

من إيطاليا وألمانيا وفرنسا، خلال هذه الحقبة كانت الأعراف التجارية هي التي تطبق بين التجار[1].

وقد ترتب عن تدويل القانون التجاري من طرف الدولة نهاية مرحلة تطبيق قانون التجار لأنّ تشريع الدولة هو الذي يطبّق بالتالي أصبح بديلا عنه؛ لكن رغم تدخل الدولة وصياغتها للقواعد القانونية الواجبة التطبيق إلاّ أنّ التجار سرعان ما أدركوا أنّ قواعد تنازع القوانين كآلية جامدة عاجزة عن تنظيم العلاقات التجارية الدولية المعاصرة، بالتالي إعادة ظهور قانون التجار بداية القرن العشرين[2]؛ فكانت عودة حديثة إلى ما كان يسمى في الماضي بالقانون التجاري المشترك بين الأمم الذي كان ينظم التعاملات التجارية قبل ظهور حركة تقنين التشريعات الوطنية[3].

ونجد أنّ التعريفات الفقهية لمنهج القواعد الموضوعية قد تعددت؛ من الفقه من عرّفه على أنّه: **"مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية المستسقاة من مصادر متعددة تقدم تنظيما قانونيا وحلولا ذاتية لمعاملات التجارة الدولية على نحو يجعل منها قانونا خاصا مستقلا عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية"**[4]، ومنها من عرّفه على أنّه**: "مجموعة المبادئ المستمدة سواء بالبحث في القواعد المشتركة لمختلف الأنظمة القانونية، أو عبارة من قواعد موضوعية مصدرها دولي يشمل مجموعة من الاتفاقيات والعقود النموذجية والشروط العامة المبرمة في مجال معين بالإضافة إلى العرف التجاري الدولي السائد في علاقة معينة"**[5]، ومنهم من عرّفه على أنّه: **"مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية ذات المضمون الدولي العالمي الموجودة أصلا لتعطي حلا ينهي النزاع أو يتفاداه في علاقة ذات طابع دولي"**[6].

وعرّف **"سلامة أحمد عبد الكريم"** منهج القواعد الموضوعية بأنّه: **"مجموعة من القواعد المستخلصة من مصادر متعددة تساهم في إعطاء حلول قانونية ذاتية مباشرة ما يجعل منها قانونًا خاصًا مستقلاً عن القوانين الداخلية، التي تحكم العلاقات أو الروابط الداخلية"**[7]، وعرّف أيضا على أنّه: **"تلك القواعد المادية المستمدة من الأنظمة الوطنية وأحكام المحاكم، وبعض الأعراف التجارية المجمع عليها"**[8].

وقد ركز الفقه في تعريفه للقواعد الموضوعية على الغاية منها ومضمونها أما غايتها الي تدلّ على الهدف من تشريعها فنجدها تتمثل في تقديم حلول مباشرة ذاتية للنزاعات

---

(1)- مرجع نفسه، ص.12.

(2)- مرجع نفسه، ص.12.

(3)- نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر مصر، 2009، ص.87.

(4)- سلامة أحمد عبد الكريم، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولا ومنهجا، مرجع سابق، 1989، ص.267.

(5)- شريف هنية، إعمال القواعد العابرة للحدود في التحكيم التجاري الدولي، "**المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية**"، المجلد 5، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2014، ص.149.

(6)- هشام خالد، مرجع سابق، ص.9.

(7)- سلامة أحمد عبد الكريم، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص.267.

(8)- باسو عبد المالك، ماهية القواعد عبر الدولية في التحكيم التجاري الدولي، "**مجلة الدراسات الحقوقية**"، المجلد 1، ع 1 كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، 2014، ص.185.

التجارية الدولية[1]، أما مضمونها والذي يقصد به المصادر التي يتكوّن منها المنهج فتتشكل عادة من الأعراف والعادات المهنية للتجار التي تطبيق بينهم فتكتسب القوة الإلزامية[2].

عليه فإنّ القواعد الموضوعية عبارة عن تلك القواعد التي تحكم موضوع النّزاع الموجودة في قانون وطني أو لائحة تحكيم أو قانون نموذجي أو اتفاقية أو أعراف التجارة الدولية[3]، يتم تطبيقها بصفة مباشرة على النّزاع[4]، دون المرور بقاعدة تنازع القوانين[5]، من أمثلتها شرط الدفع بالذهب الذي يعد شرط صحيحا إذا ما أدرج ضمن بنود العقد الدولي بغض النظر عن القانون المختص بحكم النّزاع[6].

وعلى الرّغم من تعدد التعريفات بشأن القاعدة الموضوعية إلى أنّ مضمونها واحد هي تلك التي تمنح حلول مباشرة تكون واجبة التطبيق بمجرد قبول الدولة بها بإدراجها ضمن نصوصها القانونية[7]؛ عليه نقول أنّ منهج القواعد الموضوعية هو ذلك المنهج الذي يتكون من المبادئ العامة المشتركة والأعراف وعادات التجارة الدولية يطبّق بناء على إرادة الأطراف المتعاقدة المعبر عنها كشرط في العقد أو في اتفاقية تحكيم[8].

ويستفاد من التعريفات المذكورة أعلاه أنّ منهج القواعد الموضوعية تتميز بمجموعة من الخصائص من بينها أنّها قاعدة دولية تسري على العقد التجاري الدولي تمنح حرية للمحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على النّزاع دون أن يكون مُلزم بالعودة للبحث عن هذا القانون في قواعد الإسناد، سهلة التطبيق واضحة تبين الحل مباشرة، نوعية تقدم حلولا للمشاكل التي تنشأ بين التجار، طائفية تخاطب فئة معينة من الأشخاص وهم فئة التجار ونتيجة لسهولة تطبيقها أطلق عليها وصف القواعد الصديقة للمحكمة[9].

ويؤدي منهج القواعد الموضوعية وظيفتين علاجية ووقائية، علاجية تأتي في مرحلة تالية لوقوع النّزاع، تساعد الأطراف على حسن التفاهم وإعادة التنفيذ السليم للالتزامات التعاقدية عن طريق التوفيق والوساطة بما يؤدي إلى تسوية ودية وعادلة للنّزاع، ووقائية تمنع نشوء النّزاع ومشكل تنازع القوانين بين القوانين لمعرفة حكم القانون[10].

---

(1)- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية: دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية، مرجع سابق، ص.529.

(2)- نبيل زيد مقابلة، مرجع سابق، ص.87.

(3)- العرباوي نبيل صالح، القانون الواجب التطبيق على المنازعات التحكيمية، "**مجلة الحقيقية**"، المجلد 18، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بشار، 2019، ص. ص. 273-274.

(4)- عبد الرسول عبد الرضا جابر، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، العراق، 2013، ص.224.

(5)- نورس عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية-دراسة مقارنة طبقًا لأحكام القانون الدولي الخاص المقارن وأحكام القانون العراقي، طبعة 2015، مكتبة السنهوري، العراق، ص.52.

(6)- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية: دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية، مرجع سابق، ص.528.

(7)- شريف هنية، مرجع سابق، ص.148.

(8)- مباركي توفيق ميلود، مرجع سابق، ص.5.

(9)- أحمد سعيد ارفرد، أصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع، المكتبة العصرية للنشر، مصر، 2007 ص.25.

(10)- بلاق محمد، أزمة منهج التنازع وانعكاساتها على منازعات العقود الدولية، "**مجلة الدراسات القانونية المقارنة**"، المجلد 7، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة شلف، 2021، ص.2671.

وتجدر الإشارة أنّ؛ منهج القواعد الموضوعية شهد بالإضافة إلى تعدد تعريفاته تعدد في تسميه، فمن الفقه من سماه بالقواعد المادية، ومن الفقه من سماه بالقواعد الموضوعية أو القواعد المباشرة، أساسهم في ذلك أنّ القواعد القانونية إما أن تكون موضوعية تتعلق بتنظيم التصرفات القانونية من الناحية الموضوعية كالقواعد المتعلقة بالإرادة وصحة التراضي والمحل والسبب إلى غير ذلك من المفاهيم، وإما أن تكون شكلية تتعلق بالشكل المطلوب للانعقاد وأنّه ليس هناك أيّ وجود لقانون مادي أو معنوي[1]، هذا ما أكد عليه الأستاذ سلامة أحمد عبد الكريم بأن سماه بالقواعد الموضوعية[2].

**الفرع الثاني: مبررات الأخذ بمنهج القواعد الموضوعية في العقد التجاري الدولي**

بادرت تشريعات للدول نتيجة عدم ملائمة قواعد التنازع لحكم المبادلات التجارية الدولية إلى تعديل قوانينها الداخلية بما يتماشى معها، فأدرجت القواعد الموضوعية الدولية كأحد مناهج حل تنازع القوانين؛ تلك المبادرة لم تكن دون سبب إنّما جاءت نتيجة لوجود عيوب في منهج التّنازع ومزايا منهج القواعد الموضوعية؛ والتي ساعد التحكيم كثيرا باجتهاداته على انتشاره وظهوره؛ هذا ما سنتطرّق إليه في هذا الفرع كالتالي:

**أولا: عيوب منهج قواعد الإسناد**

أظهر الإعتماد المفرط على منهج قواعد الإسناد في حل منازعات التجارية الدولية على قصور هذا المنهج في الإحاطة بمقتضياتها، مما أدى إلى وضع هذا المنهج في موضع صعب وكشف القناع عن العيوب الخطيرة التي تميز قواعده[3]، فالتطور الذي شهده قطاع التجارة الدولية بسن قوانين الاستثمار وفقا للشكل الذي يستجيب لرغبات المستثمر الأجنبي وحاجات الاستثمار وإبرام الاتفاقيات والاتفاق فيها صراحة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على النّزاع أفقد دور منهج قواعد الإسناد في حل المنازعات الخاصة الدولية[4].

وعلى العموم فإنّه يمكن إرجاع أزمة منهج قواعد الإسناد إلى مجموعة من الأسباب من أهمها:

- انتفاء الصفة الدولية في قاعدة الإسناد؛ التي تتصف بالصفة الوطنية من حيث بناءها الفني فإنّه ليس مستبعدا أن تعاني المعاملات التجارية الدولية من عدم ملائمة قواعد الإسناد لها، التي تُسند المعاملة لأحد القوانين الوطنية بتركيزها في مكان معين، وإن تم تركيزها سيكون تركيزا وطنيا من خلال ضابط إسناد وقانون مسند إليه وطنيا أو أجنبيا[5].

---

[1]- بلاش ليندة، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص.103.

[2]- سلامة أحمد عبد الكريم، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص.302.

[3]- بلاق محمد، أزمة منهج التنازع وانعكاساتها على منازعات العقود الدولية، مرجع سابق، ص.2669.

[4]- محمد طارق، منهج القواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة يحي فارس، المدية، 2012، ص.70.

[5]- خير الدين كاظم الأمين، نظرية انتقادية لمنهج قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص العراقي، "**مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية**"، المجلد 26، ع.8، 2018، ص. ص.102-103.

- الصفة الإرشادية لقاعدة الإسناد؛ التي لا تمنح حل مباشرا للموضوع محل النّزاع، إنما ترشد القاضي إليه فتأتي الحلول عن طريقها مستجيبة لمفهوم القاضي للعدالة أكثر من كونها تطبيقٌ لقاعدة مجردة[1].

مما يؤدي إلى غياب الأمن القانوني الذي يقوم في تكوينه على وضوح القواعد القانونية وعدم خرقها من قبل القضاء أو الأفراد في المجتمع[2]، وإن عرفت المحكمة المختصة عند إبرام العقد إلاّ أنّ القانون الواجب التطبيق يبقى غير معروف لاختلاف الحلول من مشرع إلى آخر[3]، لهذا وصف منهج قواعد الإسناد بأنّه: **"مستنقع كئيب يسكنه علماء غريبو الأطوار يدرسون مسائل غامضة مستخدمين تعبيرات ومصطلحات تستعصي على الفهم"**[4].

- التجريد والحياد في قاعدة الإسناد؛ تقود خاصية التجريد والحياد التي تتميز بها قاعدة الإسناد إلى إضفاء الصفة الملزمة عليها وضرورة احترامها من طرف القاضي، عليه في الحالة التي يختار فيها أطراف المعاملة التجارية الدولية القانون الواجب التطبيق فإنّه يتوجب على القاضي أن يحترم اختيارهم ويأخذ به حتى ولو تبين له أنّ مضمون أحكام قانون الإرادة غير ملائم [5].

عليه نقول أن؛ منهج قواعد الإسناد لم يعد ملائما بأدواته ولا كافيا بتقنياته ومفاهيمه لحكم المعاملات التجارية الدولية الذي أصبح بمثابة الدولة الواحدة مما دفع بالبعض للضغط باتجاه خلق قواعد تحكم علاقتها دون حواجز وقيود، هذا ما كان في صالح منهج قواعد الموضوعية الذي يضم قواعد موجودة خصيصا لتعطي حلولا مباشرة تنتهي النّزاع، تتميز بالوضوح والدقة وبقوة الصلة بينها وبين القاضي أو المحكم مستهدفة تحقيق العدالة والأمن القانوني وكذا تيسير المعاملات الدولية عبر الحدود[6].

**ثانيا: مزايا منهج القواعد الموضوعية**

ينظر القاضي في النزاعات المعروضة عليه باعتباره الجهاز المنوط له مهمة البت في النّزاعات وفقا للأحكام الواردة في القانون الداخلي والذي لا يسمح إلاّ بتطبيق القوانين الوطنية المتعلقة ببلده أو القوانين الأجنبية.

مع بروز التحكيم لم يعد القضاء الجهاز الوحيد المكلف بفض النّزاعات وإن كان الطريق البديل لتسوية الخلافات في العلاقات القانونية الآخرى[7] فإنّه يعد طريق أصيل في

---

(1)- بلاق محمد، أزمة منهج التنازع وانعكاساتها على منازعات العقود الدولية، مرجع سابق، ص.2665.

(2)- عشوش أحمد عبد الحميد، تنازع مناهج تنازع القوانين، دراسة مقارنة، د.ط، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية 1989، ص. ص.13-14.

(3)- مرجع نفسه، ص.14.

(4)- بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص.65.

(5)- بلاق محمد، أزمة منهج التنازع وانعكاساتها على منازعات العقود الدولية، مرجع سابق، ص.2664.

(6)- مرجع نفسه، ص.2669.

(7)- بومعزة نبيهة، الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري، "**مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون**" المجلد 19، ع.35، جامعة باجي مختار، عنابة، 2013، ص.221.

حل المنازعات التجارية الدولية الذي ينظر فيها وفقا لقواعد القانون مهما كان مصدرها، مبادئ القانون أو الأعراف التجارية أو اجتهادات القضاء[1].

يعتبر التحكيم التجاري الدولي قضاء خاص اتفاقي قوامه إرادة الأطراف المتخاصمة يختار فيه الأطراف قضائهم، فيتولى المحكم النظر في المنازعات التجارية الدولية بناء على اتفاقية تحكيم في شكل شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم[2]، فأصبح أحد مكونات منهج القواعد الموضوعية من خلال تطبيقه لعادات وأعراف التجارة الدولية والمبادئ العامة للقانون على ما يثار أمامه من منازعات والذي ساهم وفقا لذلك بتطوير أحكام هذا المنهج من جهة وإبراز الحاجة إليه في مجال المعاملات التجارية ذات الصبغة الدولية التي تحتاج إلى مثل هذه القواعد التي تتلاءم معها من جهة أخرى[3]، نتيجة تطبيقه القواعد الموضوعية المستوحاة من حاجات التجارة الدولية بالاستناد على أعراف التجارة الدولية والمبادئ العامة للقانون مثل مبدأ حسن النية في التعاقد ومبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ التنفيذ العيني[4]،هذا ما يؤدي إلى ميلاد تجاوب بين التجارة الدولية وقضاء التحكيم التجاري الدولي[5].

إذ أصبح المتعاملين في مجال التجارة يدرجون في تعاملاتهم اتفاق التحكيم يعلنون من خلاله عن رغبتهم في طرح أي نزاع ينشأ بينهم على التحكيم[6]، حتى يتسنى لهم الاستفادة من تطبيق الأعراف المهنية والعادات السائدة لدى التجار، مع العلم أنّ قضاء التحكيم يتكون من مجموعة من المحكمين أصحاب خبرة فنية يبحثون في تطبيقهم لقانون معين على مسألة الملائمة[7].

وقد استبعدت هيئات التحكيم تطبيق نصوص قانونية داخلية على النّزاع لكونها قواعد لا تتلاءم والأنظمة القانونية وطبقت المبادئ العامة للقانون، من هذا المنظور يلاحظ أنّ: غرفة التجارة الدولية بباريس والتي تصدر ملخصات سنوية حول قرارات التحكيم الصادرة عنها مثلا في سنة 1979 طبقت مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود باعتباره من المبادئ العامة المشتركة مع استبعاد كل من القانون الفرنسي والتركي وملخص النّزاع ينحصر في تحديد ما إذا كان إنهاء عقد الوكالة بسبب خطأ الطرف المهني وما إذا كان المتعاقد الآخر يستحق التعويض بسبب الضرر اللاحق به[8].

نصل إلى أنّ منح الأطراف في مجال المعاملات التجارية الدولية حق المفاضلة بين القضاء الوطني وقضاء التحكيم التجاري الدولي قد ساهم في خلق وتكوين قانون تعاوني

---

(1)- بومعزة نبيهة، مرجع سابق، ص.221.

(2)- بوقرط أحمد، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، **"مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية"**، المجلد 3، ع.1، المركز الجامعي تيندوف، 2019، ص.153.

(3)- بلاق محمد، أزمة منهج التنازع وانعكاساتها على منازعات العقود الدولية، مرجع سابق، ص.2669.

(4)- مباركي توفيق ميلود، مرجع سابق، ص.10.

(5)- غزواني علي، قانون التجار الدولي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، 2006-2007، ص.77.

(6)- منار صبرينة، منار فاطمة الزهراء، أحكام اتفاق التحكيم التجاري الدولي، **"مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية"**، المجلد3، ع.11، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بنعامة، خميس مليلنة، 2020، ص.260.

(7)- غزواني علي، مرجع سابق، ص.77.

(8)- مباركي توفيق ميلود، مرجع سابق، ص. ص.10-11.

يتعلق بالتجارة الدولية مستقل عن القوانين الوطنية بهذا عبر **"موتيلكسي"** أن السبيل قد أصبح مواكبًا ومتماشيًا يساعد في بروز قانون جديد سيصبح في وقت ما ميثاق للتجارة الدولية[1].

**الفرع الثالث: شروط تطبيق منهج القواعد الموضوعية على العقد التجاري الدولي**

يشترط لتطبيق منهج القواعد الموضوعية على العقد التجاري الدولية تكييفها؛ ولتكييف العقد على أن داخلي أو دولي أوجد الفقه والقضاء ثلاثة معايير يمكن الاستناد عليها[2]، فكان أول المعايير المعيار القانوني؛ الذي يرتكز على فكرة أنّ العقد يعد دوليًا إذا اتصل بروابط قانونية متعلقة بأكثر من نظام قانوني واحد[3]، وفقًا له فإنّ العقد يكون دوليًا متى ارتبطت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني لدولةٍ واحدة[4].

وركز المعيار القانوني في تحديد دولية العقد على أطراف المنازعة من خلال موطن وجنسية الأطراف، هذا ما تبنته اتفاقية جنيف لسنة 1961 المعروفة بالاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي في مادتها الأولى بنصّها على أنّه:« **تطبق تلك المعاهدة على: اتفاق التحكيم الذي يبرم لحل منازعات نشأت أو يمكن أن تنشأ عن عمليات متعلقة بالتجارة الدولية بين أشخاص طبيعية أو معنوية لها في وقت إبرام المعاهدة محل إقامة أو مركز إدارة في دولة مختلفة.** »[5].

ويأتي بعد المعيار القانوني معيار آخر يختلف عنه يضفي الصفة الدولية على العقد بالنظر إلى العملية التي يحققها العقد، المتمثلة في مصالح التجارة الدولية التي تتعلق بانتقال القيم الاقتصادية عبر الحدود[6]، فهو يأخذ بفكرة وجود مد وجزر وتبادل القيم المالية والاقتصادية بين الدّول[7]؛ وفقًا له فإنّ الصّفة الدولية للعقود تتحدّد بتحليلها والنّظر إلى موضوعها إذا ارتبطت بمصالح التجارة الدولية أم لا؛ وتشمل كلمة التجارة الدولية تبادل الثروات وعقود نقل التكنولوجيا والإنتاج الصناعي، استيراد بضائع من الخارج أو تصدير منتوجات وطنية إلى دول أجنبية[8].

---

(1)- سلامة أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، ط.2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018، ص. ص. 222-223.

(2)- أزهار محمود لهمود، القانون الواجب التطبيق في منازعات العقود الدولية، **"مجلة كية القانون للعلوم القانونية والسياسية"**، المجلد 9، ع.34، 2020، ص.188.

(3)- عبد الهادي زبيدة، مرجع سابق، ص.153.

(4)- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية: دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية، مرجع سابق، ص.72.

(5)- المادة **1** من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف بتاريخ 21 نيسان 1961، المتوفر على الموقع الإلكتروني التالي: https://justice-academy.com/european-convention-on-international-commercial-arbitration-geneva/

(6)- خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فينا عام 1980، ط.2، د.د.ن، د.ب.ن،2001 ص.2.

(7)- عبد الهادي زبيدة، مرجع السابق، ص. 153.

(8)- حسنين ضياء نوري الموسوي، الإدارة ودورها في تحديد الاختصاص القضائي الدولي العراقي، **"مجلة أبحاث ميسان"** المجلد 8، ع.16، العراق، 2016، ص.396.

إذ يعد العقد دوليا وفقا لهذا المعيار متى نتج عنه انتقال لرؤوس الأموال من بلد لآخر عن طريق حركة الأموال، عليه فإنّ العقد لا يعد دوليا وإن تطرّقت له الصفة الأجنبية لاختلاف في جنسية الأطراف أو مقر إقامتهم[1]، هو المعيار الذي تبنته معاهدة نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم لسنة 1958 بنصّها في مادتها الأولى على أنّه:« **تطبق تلك المعاهدة على الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية التي تصدر على إقليم دولة غير الدولة التي تطلب الاعتراف وتنفيذ الحكم فيها سواء بين الأشخاص الطبيعية أو المعنوية** »[2].

ويضاف إلى المعيار القانوني والاقتصادي في تحديد الصفة الدولية معيار مختلط يجمع بين المعيارين معا، وفقا له حتى نقول أنّ عقد ما يتصف بالصفة الدولية فإنّه يجب أن يزامن وجود العنصر الأجنبي في العقد تداول للقيم المالية عبر حدود دولتين على الأقل[3]، وتجدر الإشارة أنّه ثمت عدة قضايا عُرضة على القضاء الفرنسي وفيها فصل هذا الأخير في دولية العقد المطروح عليه من عدمه، من تلك القضايا نجد:

- قضية هشت؛ تتلخص وقائع هذه القضية في أنّ شركة بويسمان الفرنسية أبرمت عقدًا مع السيد هشت صاحب الجنسية الفرنسية، يتعلق هذا العقد بتوكيل تجاري يتولى بموجبه السيد هشت تسويق منتجات الشركة بفرنسا ولحسابها، مع اشتراط إخضاع المنازعات المحتملة للتحكيم لغرفة التجارة الدولية، وحصل نزاع فقام السيد هشت برفع قضية أمام المحكمة التجارية، طالب بفسخ العقد والتعويض.

فدفعت الشركة بعدم اختصاص المحكمة بنظر هذا النّزاع لوجود شرط تحكيم، يتضمن اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في النّزاعات المحتملة فأجابته المحكمة بتأييد قرار محكمة استئناف باريس والتي قضت في قرارها الصادر في 19 جوان 1970 بما يلي: **"يعتبر دوليا العقد الذي يرتبط بعدة معايير قانونية مصدرها دول متعددة"**[4].

- عقد توريد لحم الحمير من شركتين سويسريتين إلى فرنسا؛ نتيجة لامتناع الشركة المتعاقدة بالاستيراد بحجة أنّ محل العقد غير مشروع، ثار نزاع بين الشركتين ولما عُرض النّزاع على غرفة التحكيم قضت: **"إن البيع الذي يمس بمصالح التجارة الدولية يشكل عاملا مهما لإضفاء الطابع الدولي عليه"**، ما يعني أنّ غرفة التحكيم اعتبرت العقد دوليًا وفقًا للمعيار الاقتصادي"[5].

ويترتب على تحديد الصفة الدولية في العقد تمتع أطرافه بحق اخيارهم للقانون الذي يحكم عقدهم أسوةً بمبدأ سلطان الإرادة في التعاقد مع جوازيه وضع شروط في العقود الدولية

---

(1)- هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص.104.

(2)- المادة **1** من إتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958، المتوفر على الموقع الإلكتروني التالي: https://justice-academy.com/1958-new-york-convention-on-the-recognition-and-enforcement-of-the-provisions-of-foreign-arbitrators/

(3)- سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، 1995، ص.397.

(4)- محمودي مسعود، مرجع سابق، ص.22.

(5)- هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية: دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية، مرجع سابق، ص.114.

تكون باطلة في الأصل من زاوية القانون الداخلي، كشرط الدفع بالذهب والثبات التشريعي، مع اعتبار شرط التحكيم دليل على دولية العقد[1]، ومن أمثلة العقود الدولية المبادلات التجارية التي تتعدى الآثار المترتبة عنها حدود الاقتصاد الوطني وانتقالها عبر الحدود مثل البيوع الدولية للمنقولات المادية والغير المادية وعقود نقل التكنولوجيا[2].

**المطلب الثاني: مضمون منهج القواعد الموضوعية**

يستند منهج القواعد الموضوعية كأحد مناهج القانون الدولي الخاص لحل تنازع القوانين في العقد التجاري الدولي على مجموعة من المصادر التي يستمدّ منها مشروعيته وإلزاميته والتي تعتبر مكونات له، فمن مكوناته الأعراف وعادات التجارة الدولية والمبادئ العامة للقانون والشروط العامة والعقود النموذجية، وبعض القوانين الوطنية والقضاء؛ هو ما نتعرّض له في هذا المطلب من خلال الفروع الآتية:

**الفرع الأول: القواعد الموضوعية ذات المصدر الوطني**

تتخذ القواعد الموضوعية ذات المصدر الداخلي صورتين، الأولى تشريعية حينما تتصدى تشريعات الدول لوضع تنظيم موضوعي خاص للعقد التجاري الدولي، والثانية قضائية حينما يتدخل القضاء لإيجاد قواعد موضوعية خاصة بعقود التجارة الدولية، وإن كانت الدولة تهتم بدراسة العلاقات الداخلية إلاّ أنّ ذلك لم يمنع الدول من الاهتمام بالعلاقات التجارية الدولية؛ هو ما سنعرج إليه من خلال هذا الفرع كما يأتي بيانه:

**أولا: القواعد الموضوعية ذات الأصل التشريعي**

يُقصد بالمصدر الظاهرة الاجتماعية أو الاقتصادية أو الحادث الزمني الذي ساهم في وضع هذه القواعد بهدف تنظيمها[3]، على أن يراد بالتشريع وضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة بواسطة السلطة المختصة بذلك[4]، كما يعود لفظ التشريع إلى المصدر أي القواعد القانونية ذاتها التي يعمل المشرّع أو السلطة على تشريعها[5]؛ وبما أنّ المشرّع يهتم بإصدار القوانين التي تنظيم العلاقات الداخلية فإنّ تصديه لوضع قانون يتعلق بالقواعد الموضوعية من الفروض النادرة في الواقع العملي لأنّ هذا الأخير يهتم بإصدار القوانين [6] إلاّ أنّ ذلك لم يمنع من وجود تقنينات شرّعتها الدول؛ نجد من بينها:

- قانون يوغسلافيا؛ قام المشرّع اليوغسلافي في عام 1954 بإصدار تقنين موضوعي لقواعد القانون المدني والتجاري، احتوى مجموعة من الأعراف الخاصة بتبادل السلع مع تحديد الحالات التي تسري عليها هذه الأعراف؛ تطبّق في حالة ما إذا كان أحد أطراف التعامل التجاري يوغسلافيا يحمل الجنسية اليوغسلافية، أو كان القانون اليوغسلافي هو الواجب

---

(1)- أمحمد سعد الدين ، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مرجع سابق، ص.19.

(2)- محمودي مسعود، مرجع سابق، ص.24.

(3)- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط.3، دون دار النشر، الجزائر، 2005، ص.10.

(4)- عبد المنعم فرح الصده، أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1965، ص.89.

(5)- مرجع نفسه، ص.89.

(6)- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية: دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية، مرجع سابق، ص.709.

التّطبيق، وفي الحالة التي يقبل فيها الطرافان التحكيم أمام محكمة التحكيم اليوغسلافية للتجارة الخارجية هذا ما لم يستبعد أحكام هذه القواعد كلها أو بعضها[1].

- قانون التجارة الدولي التشيكي؛ الذي بدأ سريانه اعتبارا من أول نيسان 1964، وضع من خلاله المشرّع التشيكي قواعد موضوعية تنظيم عقود التجارة الدولية الداخلية، فالعلاقات المتعلقة بالتجارة الخارجية تحكمها قواعد خاصة بها هي التي أصدرها المشرّع والمتمثل في ثلاثة قوانين، القانون الخاص بقواعد القانون الدولي وتنازع القضائي رقم (97)، والقانون الخاص بالروابط القانونية في نطاق العلاقات التجارية الدولية رقم(101)، والقانون الخاص بالتحكيم التجاري الدولي رقم 28.

- قانون ألمانيا الديمقراطية؛ الذي أصدرته ألمانيا الديمقراطية في 05 فبراير 1976، ينطوي على العديد من القواعد الموضوعية المتعلقة بالعقد التجاري الدولي من حيث إبرامها والالتزامات المتبادلة بين الأطراف وكيفية الوفاء بها وحكم التأخير في ذلك، على ألا تطبق على العقود الداخلية التي تظل محكومة بقواعد القانون المدني والتجاري[2].

- قانون التجارة المصري الجديد في شأن نقل التكنولوجيا[3]؛ أصدرت جمهورية مصر في عام 1999 قانون يتعلق بنقل التكنولوجيا يتضمن مجموعة من القواعد الموضوعية المطبقة على عقد التكنولوجيا، تسري على كل عقد يتعلق بنقل التكنولوجيا في مصر العربية سواء أكان هذا النقل دوليا يقع عبر الحدود الإقليمية لمصر أم داخليا، ولا عبره لجنسية أطراف الاتفاق أو لمحل إقامتهم.

كما يسري على كل اتفاق لنقل التكنولوجيا يبرم بعقد مستقل أو ضمن عقد آخر؛ عرّف من خلال هذا القانون المشرّع المصري عقد نقل التكنولوجيا بأنّه ذلك الاتفاق الذي يتعهد من خلال مورد التكنولوجيا بأن ينقل مقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها بطريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات[4].

ولا يعد نقلا لتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استأجرا السلع ولا بيع العملات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها، إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد التكنولوجيا أو كان مرتبط به، على أن يكون عقدا مكتوبا تحت طائلة البطلان، مع ذكر الالتزامات التي تقع على كل من المورد والمستورد، ويجوز لطرفي عقد نقل التكنولوجيا بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ العقد أن يطلب إنهاء أو إعادة النظر في شروط العقد

---

[1]- خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2012، ص.211.

[2]- مرجع نفسه، ص.214.

[3]- مرجع نفسه، ص.215.

[4]- المواد من **72** إلى **75** من القانون رقم 17 لسنة 1999 في شأن نقل التكنولوجيا في مصر، المتوفر على الموقع الإلكتروني التالي: https://lawyeregypt.net

بتعديلها بما يلائم الظروف الاقتصادية العامة القائمة مع إجازة تكرار هذا الطلب كلما انقضت خمس سنوات مالم يتفق على مدة أخرى[1].

وتختص المحاكم المصرية بالفصل في النزاعات التي تنشأ عن عقد نقل التكنولوجيا المشار إليها في المادة **76** من نفس القانون مع إجازة الاتفاق على تسويتها وديا عن طريق تحكيم يجرى في مصر وفقا لأحكام القانون المصري، ويعتبر كل اتفاق على خلاف ذلك باطلا[2].

- قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006؛ أصدرت دولة العراق هي الأخرى قانون خاص يتعلق بالاستثمار ونقل التقنيات الحديثة للإسهام في عملية تنمية الاستثمار في العراق وتطوره والذي تضمن مجموعة من القواعد الموضوعية المتعلقة بالاستثمار، تناول من خلالها المشرّع العراقي الضمانات الممنوحة للمستثمر، مع خضوع المنازعات الناتجة عن عقد الاستثمار حصرا لأحكام القانون العراقي ويكون الاختصاص فيها للمحاكم العراقية ويستثنى من ذلك العامل غير العراقي إذا نص عقد العمل على خلاف ذلك[3].

وفي حالة مخالفة المستثمر لأحد الأحكام الواردة في هذا القانون تنبهه الهيئة لإزالة المخالفة خلال مدة محددة، وفي حالة عدم قيام المستثمر بإزالة المخالفة خلال المدة المحددة تقوم الهيئة بدعوته لسماعه وتبرير موقفه ومنح مهلة أخرى لتسوية الموضوع.

وتصدر الهيئة في حالة تكرار المخالفة أو عدم إزالتها سحب إجازة المستثمر التي أصدرتها[4] وايقاف العمل في المشروع مع احتفاظ الدولة بحقها في حرمان المستثمر من الإعفاءات والامتيازات التي منحت له من تاريخ تحقق المخالفة، مع احتفاظ الغير بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن المخالفة ودون الاخلال بأي عقوبات أو تعويضات أخرى تنص عليها القوانين النافذة.

- قانون الاستثمار الجزائري الجديد؛ يهدف إلى تحديد القواعد التي تحكم الاستثمار وحقوق المستثمرين والتزاماتهم والأنظمة التحفيزية المطبقة على الاستثمارات في الأنشطة الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات المنجزة من طرف الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين وطنيين أو أجانب مقيمين أو غير مقيمين.

وترمي القواعد الموضوعية الواردة في هذا القانون إلى تشجيع الاستثمار بهدف تطوير قطاعات النشاط ذات الأولوية وذات قيمة مضافة عالية وضمان تنمية إقليمية مستدامة وتثمين الموارد الطبيعية والموارد الأولية مع اقرار الضمانات التي من شأنها أن تدفع بعجلة الاستثمار الأجنبي في الجزائر من خلال إقرار المشرّع لشرط الثبات التشريعي للقانون الذي تم تعيينه أثناء إبرام العقد[5].

---

(1)- المادة **87** من القانون رقم 17 لسنة 1999 في شأن نقل التكنولوجيا، مرجع سابق.

(2)- خليل إبراهيم محمد خليل، مرجع سابق، ص.212.

(3)- المادة **27/1** من القانون رقم 13 لسنة 2006 المتعلق بالاستثمار في دولة العراق، المتوفر على الموقع الإلكتروني التالي: https://www.sjc.iq/view.69609/

(4)- المادة **27** من القانون المتعلق بالاستثمار في دولة العراق، مرجع سابق.

(5)- القانون رقم 22-18 يتعلق بالاستثمار في الجزائر، مرجع سابق.

**ثانيا: القواعد الموضوعية ذات الأصل القضائي**

تطلق كلمة القضاء للدلالة على الجهات القضائية أو على مجموعة المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام المحاكم، أو على مجموع الأحكام الصادرة عن القضاء فيقال القضاء المدني، القضاء التجاري، قضاء التحكيم إلى غير ذلك، مهمته الأساسية تطبيق القانون وليس التشريع، فالقاضي يسهر على تطبيق القانون، وجل الأحكام التي يصدرها تفتقر لصفة التجريد والعمومية لأنّ الحكم لا يصدر إلاّ بمناسبة نزاع بين شخص وأخرى، من ثمّ فإنّ الحل القانوني الذي يتوصل إليه القضاء حل يطبق على تلك الحالة دون سواها بالتالي لا يمكن اعتبار ذلك الحكم قاعدة قانونية[1].

تتطلب العلاقات التجارية الدولية خضوعها لقواعد خاصة تختلف عن القواعد الوطنية لذلك تدخل القضاء لإيجاد قواعد موضوعية خاصة بالعلاقات التجارية الدولية، وهو ما حصل في الأحكام التي قررت مبادئ القانون الدولي للعقود وأصبح لها طابع العموم، وعلى الرغم من كون القواعد الموضوعية ذات المصدر القضائي وطنية إلاّ أنّها شرّعت لتتماشى وطبيعة العلاقات التجارية الدولية ولتستجيب للاعتبارات الدولية[2].

إذ اتجه القضاء الفرنسي منذ الثلث الأول من القرن العشرين إلى إيجاد واستحداث بعض القواعد الموضوعية التي تحكم العقود الدولية مباشرة دون النظر إلى ما يشير إليه القانون الواجب التطبيق بمقتضي قاعدة الإسناد[3]، حتى ولو كان هذا القانون يأخذ بوجهة نظر مخالفة لذلك، فتسري هذه القواعد بشرط أن يكون العقد دوليا، الذي يفيد بارتباط العقد بمصالح التجارة الدولية[4].

ومن القواعد التي أنشأها القضاء الفرنسي في هذا المجال القاعدة الموضوعية التي تقضي بصحة شرط الدفع بالذهب في العقود الدولية، والتي قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 21 يونيو 1950 بأنّه: **"يمكن للأفراد الاتفاق على شرط الذهب حتى وإن كانت القواعد الآمرة في القانون الداخلي المطبقة على العقد تحضر هذا الشرط"**[5].

وقد أضاف القضاء الفرنسي قاعدة موضوعية تسري على العقد الدولي تتعلق باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي تضمنه، فقضت في حكمها الصادر في 7 مايو 1963 بمناسبة نزاع عرض على المحكمة الفرنسية يتعلق بعقد مبرم بين أحد الفرنسيين وشركة هولندية أدرج فيه شرط التحكيم، ونتيجة الخلاف الذي وقع بين أطراف العقد رفع المتعاقد الفرنسي دعواه أمام المحكمة الفرنسية، فدفعت الشركة الهولندية بعدم اختصاص القضاء الفرنسي عملاً بشرط التحكيم المدرج في العقد الذي يمنح الاختصاص في حالة نشوء النّزاع

---

(1)- فيلالي علي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص.222.

(2)- خليل إبراهيم محمد خليل، مرجع سابق، ص.113.

(3)- مرجع نفسه، ص.114.

(4)- الخياط أمينة، القانون المطبق على العقد الدولي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2009، ص.217.

(5)- عشوش أحمد عبد الحميد، مرجع سابق، ص.46.

للتحكيم التجاري الدولي، ودفع المتعاقد الفرنسي بأنّه ليس تاجرًا وأنّ الطبيعة المختلطة للعقد تحول دون صحّة شرط التحكيم[1].

فقضت محكمة النقض الفرنسية بأنّ: **"تتوافر للعقد الصفة الدولية وأنه يتعلق بمصالح التجارة الدولية ودون أن يكون هناك مجالا في هذه الحالة للبحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، فإنه يكفي التأكيد على استقلال شرط التحكيم المنشأ للتحكيم في العقد الدولي، واعتباره قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص فهذا الشرط يكون صالحا للاستقلال عن الرجوع إلى قانون أية دولة"**[2].

**الفرع الثاني: القواعد الموضوعية ذات الأصل الدولي**

نجد القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي في الأعراف التجارية والمبادئ العامة للقانون والشروط العامة والعقود النموذجية؛ هذا ما سنعرج له من خلال هذا الفرع كما يلي:

**أولا: الأعراف التجارية كمصدر للقواعد الموضوعية**

يُعتبر العرف مصدرًا من مصادر القانون، يقصد به اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية، يسودها الاعتقاد بأنّها قاعدة ملزمة[3]، ويقصد به أيضا مجموعة القواعد التي إعتاد الأشخاص على اتباعها في مجال معين من نشاطاتهم في غياب نص تشريعي يضبط هذا النشاط وتستمر فتصبح ملزمة[4]، أما الأعراف التجارية فيقصد بها تلك الممارسة المتبعة في مكان معين لنشاط ما بشكل منتظم[5].

يتضح من خلال التعريفات الواردة أنّ؛ العرف يحتاج إلى مدة زمنية لنشأته بكثرة الاعتياد على اتباع سلوك معين بصورة منتظمة وعلى سبيل التكرار إلى أن يثبت لهذا السلوك طابع الاستقرار لدى المخاطبين به بأنه اكتسب صفة الالزام بحقهم[6]، على أن يقوم العرف على ركنين، ركن معنوي وركن مادي، فأما الركن المعنوي فيقصد به الشعور بإلزاميته من خلال اعتقاد الأفراد بإلزامية القاعدة المتبعة وضرورة احترامها وعدم مخالفتها[7]، وأما الركن المادي فيقصد به اعتياد الأفراد على اتباع سلوك معين في نشاط معين بشرط أن يمضي الزمن الكافي لاستقراره[8]، بما يمنحه القوة الملزمة المستمدّة من الإدارة الجماعية[9] ولا يشترط في العرف أن يكون سائدًا في كامل إقليم الدولة بل يمكن أن

---

(1)- منسول عبد السلام، قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص قانون الأعمال، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2001، ص.62.

(2)- مرجع نفسه، ص.62.

(3)- عبد المنعم فرح الصدة، مرجع سابق، ص.140.

(4)- عشي علاء الدين، مدخل القانون الإداري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص.27.

(5)- مباركي توفيق ميلود، مرجع سابق، ص.9.

(6)- منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1990 ص.39.

(7)- عشي علاء الدين، مرجع سابقسه، ص.28.

(8)- مرجع نفسه، ص.28.

(9)- عبد المنعم فرح الصدة، مرجع سابق، ص.155.

يقتصر تطبيقه على طائفة معينة كالتجار مثلاً يسري عليهم العرف التجاري الذي نشأ وترعرع في أوساط التجار الممتهنين[1].

كوّنة القواعد العرفية التي ارتبط ظهورها بعدم قدرة القوانين الوطنية على ايجاد حلول مناسبة للمعاملات التجارية الدولية نظاما قانونيا خاصا بالتجارة الدولية مستقل عن القوانين الوطنية للدول، وإن كانت القواعد العرفية المكونة لمنهج القواعد الموضوعية قد نشأت خارج سلطة الدولة التي تتمتع بصلاحية التشريع ووضع القواعد القانونية، إلاّ أنّه لم تكن لتتطور لو لم تسمح الدولة بذلك بعد أن أدركت أنّ التجار بحاجة ماسة إليها، ونظرا لملاءمتها لطبيعة المبادلات التجارية الدولية قال البعض بضرورة تطبيقها مباشرة دون العودة إلى منهج قواعد التنازع في الحالة التي يكون فيها النّزاع مطروح على محكمين[2]، فمجرد منح الاختصاص لمحكمة التحكيم والمثبت بوجود شرط التحكيم يعد قاعدة موضوعية مادية تخوّل للإرادة حرية اختيار القواعد الموضوعية[3].

**ثانيا: الشروط العامة والعقود النموذجية كمصدر للقواعد الموضوعية**

تعتبر الشروط العامة والعقود النموذجية[4] أحد المصادر الدولية المكونة للقواعد الموضوعية إلى جانب عادات وأعراف التجارة الدولية، وواحدة من أساليب توحيد قواعد قانون التجارة الدولية، وتتحقق الشروط العامة في الحالة التي يتفق فيها التجار الذين ينتمون إلى إقليم جغرافي معيّن أو إلى عدة أقاليم جغرافية على طريقة تجارية واحدة لسلعة معينة وفقا لشروط معينة ليلتزمون بإرادتهم الحرة باتباع تلك الشروط التي تم الاتفاق عليها فيما يبرمونه من عقود تتعلق بتلك السلعة.

على أن يأخذ بهذه الشروط إذا اتفق عليها الأطراف أو أشار إليها[5]؛ منه تتحقق صورة العقد النموذجي في حالة وجود وثيقة مطبوعة تحتوي مجموعة من القواعد يتم استخدامها كأنّها العقد المبرم، تتولى حكم العقد وتأطيره معدة سلفا مثل التزامات الأطراف وضمانات التنفيذ ومكانه وأسباب الإعفاء من المسؤولية ونوع البيع وربط تبعة الهلاك بالتسليم أو انتقال الملكية أو بالوفاء بالثمن[6].

إذ قامت جمعية لندن لتجارة القمح والحبوب بإعداد عقود نموذجية أو شروط عامة للتعامل موحدة في تجارة القمح، تشجع على الأخذ بالصيغ والعقود النموذجية والوثائق التي تستخدم في تجارة الحبوب، واستطاعت هذه الجمعية أن تقدم للمتعاملين نحو ستين عقدا نموذجيا تتغاير فيها بينها بقدر محدود بالنسبة إلى صنف السلعة، ومصدر انتاجها وجهة

---

(1)- جعفور محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، ط.14، دار هومة، الجزائر،2007 ص.174.

(2)- خليل إبراهيم محمد خليل، مرجع سابق، ص.117.

(3)- صادق زغير محاسن، الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية، "**مجلة جامعة ذي قار العلمية**"، المجلد 10، ع.3، جامعة ذي قار، العراق، 2015، ص. ص.12-13.

(4)- حسن المصري، التحكيم التجاري الدولي دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص.362.

(5)- نجود هبة، قراءة في أساليب توحيد قواعد قانون التجارة الدولية، "**مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية**"، المجلد 4،ع.3 كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة، 2021، ص.894.

(6)- منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص.38.

وصولها ووسائل نقلها، وعادة ما يكتفي التجار بالإشارة إليها دون ترديد أحكامها؛ والأصل فيها أنّها ليس لها الصفة الالزامية إلاّ إذا اتفق الأطراف عليها ولهم أن يعدلوا فيها، واعتمدت لندن جمعيات عدة في مجال التعامل التجاري الدولي والتي كان من بينها جمعية هامبورغ لتجارة القمح والخشب، وجمعية لندن لتجارة زيوت البذرة المطاط والكاكاو[1].

**ثالثا: المبادئ العامة للقانون كمصدر للقواعد الموضوعية**

تعتبر المبادئ العامة للقانون أحد المصادر التي تسند إليها القواعد الموضوعية، تعبر في مجموعها عن المبادئ المشتركة بين النظم القانونية الوطنية يستخلصها القاضي أو المحكم يطبقها على العقد فتسري عليه كقانون واجب التطبيق في الحالة التي تكون محل اختيار الأطراف المتعاقدة بموجب شرط التحكيم[2] أو التي يسكت فيها الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق، وقد سعت الاجتهادات الفقهية إلى تحديد قائمة إسمية تتضمن ما يدخل ضمن المبادئ العامة للقانون[3].

فمنح القاضي الإنجليزي اللورد قائمة باسم المبادئ العامة الدولية والتي احتوت عشرين مبدأ تتمثل في؛ تنفيذ العقود وفقًا لشروطها، ضرورة تعديل العقد عند تغير الظروف على الأقل في العقود الطويلة الأجل، عدم جواز التعسف في استعمال الحق، وجوب تنفيذ العقد بحسن نية، بطلان العقود التي تم الحصول عليها عن طريق الرشوة والعقود الصورية التي قصد منها تحقيق غرض غير مشروع، المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض، عدم جواز دفع الأشخاص التابعة للدولة بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم، الشركة الأم المتحكمة في مجموعة الشركات الوليدة تعد طرفًا متعاقدًا بالنّيابة عن كل أطراف المجموعة على الأقل فيما يتعلق باتفاق التحكيم[4]، الالتزام بالتفاوض بحسن النية للتغلب على الظروف الطارئة صحة اتفاق الدفع بالذهب، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة في العقود الملزمة لجانبين عند إخلال الطرف الآخر بالتزام جوهري، تفسير العقد وفقًا لمبدأ إعمال النص خير من إهماله التعويض عن عدم التسليم يتم احتسابه وفقًا لثمن البضاعة في السوق، عدم الرد على الخطاب المكتوب يعد دليلاً على قبوله، التعويضات عن الإخلال بالعقد يقتصر على الأضرار المتوقعة، التزام المتضرر باتخاذ الإجراءات المعقولة للحد من الأضرار[5].

وأشارت قائمة (**Loquin**) إلى بعض المبادئ التي تدخل تحت مسمى المبادئ العامة عبر الدولية مقسّمًا إياها إلى أربعة مجموعة، تشمل المجموعة الأولى المبادئ المتعلقة بسلامة التّعامل، المتمثلة في عدم جواز التذرع بغياب الأهلية لدى المتفاوض على العقد، مبدأ قرينة الاحتراف لدى المتعاملين في مجال التجارة الدولية، وتشمل المجموعة الثانية مسألة الالتزام بإعادة التفاوض، وتشمل المجموعة الثالثة مسألة التعاون بين أطراف العقد متضمنة

---

[1]- ثروة حبيب، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975 ص.34، 39. نقلا عن: خليل إبراهيم محمد خليل، مرجع سابق، ص.19.

[2]- مرجع نفسه، ص.19.

[3]- مرجع نفسه، ص.19.

[4]- إياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص.558.

[5]- مرجع نفسه، ص.558.

مبدأ إعلام الطرف الآخر بالظروف التي تعيق تنفيذ العقد، ومبدأ الحد من الأضرار الواقعة ومبدأ التقسيم المتساوي للأخطار، وتتعلق المجموعة الرابعة بالاستقامة في التعامل تشمل مبدأ تحريم الرشوة واستعمال النفوذ[1].

ووضع (**Gaillard**) قائمته بعد فحصه للاجتهادات التحكيمية الذي تعرض للمبادئ العامة في مجال العلاقات القانونية الدولية، أن تبين له أنّ المبادئ عبر الدولية إنما تتعلق بصحة اتفاقية التحكيم أو تفسيرها أو تنفيذها على هذا الأساس وضع قائمته، فجعل من المبادئ المتعلقة بصحة اتفاق التحكيم تتعلق بالأهلية والسلطة في إبرام اتفاق التحكيم، وجعل من المبادئ المتعلقة بتفسير اتفاقية التحكيم تنطوي تحتها مجموعة من المبادئ، من بينها مبدأ السكوت يجب أن يفسر كرضا، في حالة الشك يفسر البند ضد الطرف الذي أدرجه.

وقد أدرج تحت المبادئ المتعلقة بوجوب تنفيذ اتفاقية التحكيم جملة من المبادئ نذكر منها مبدأ إعلام الطرف الآخر بالظروف التي تعيق تنفيذ العقد، مبدأ مسؤولية الطرف المخل بتنفيذ العقد، مبدأ إعادة التفاوض بحسن النية في العقود الطويلة الأجل، مبدأ الفسخ لعدم التنفيذ، مبدأ وجوب التعويض عن الضرر المباشر والمتوقع، المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض، عدم جواز دفع الأشخاص التابعة للدولة بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم صحة اتفاق الدفع بالذهب، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة في العقود الملزمة لجانبين عند إخلال الطرف الأخر بالتزام جوهري، عدم الرد على الخطاب المكتوب يعد دليلاً على قبوله إلى غير ذلك من المبادئ[2].

**رابعا: الاتفاقيات الدولية كمصدر للقواعد الموضوعية**

تلجأ الدول في تنظيمها للعلاقات ذات العنصر الأجنبي إلى إبرام الاتفاقيات الدولية لحل مشكلة تنازع القوانين التي يثيرها هذا العنصر كلمّا كان طرفا في المعاملة، تسعى من خلالها الدول إلى القضاء على مشكلة تنازع القوانين من خلال وضع قواعد موضوعية موحدة تقدم حلول موضوعية مباشرة في موضوع النّزاع[3]، ومن بين الاتفاقيات الدولية التي وضعت بشأن المبادلات التجارية الدولية نجد اتفاقية وارسو الخاصة بالنقل الدولي الجوي لعام 1929 واتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية لعام 1964، واتفاقية فيينا البيع الدولي للبضائع 1980، واتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة 1980[4].

---

(1)- مرجع نفسه، ص.561.
(2)- إياد محمود بروان، ص.558.
(3)- نجود هبة، مرجع سابق، ص.890.
(4)- مرجع نفسه، ص.890.

## المبحث الثاني

## مدى كفاية منهج القواعد الموضوعية لحكم العقد التجاري الدولي

تحتوى القاعدة القانونية على ثلاثة أوصاف تتمثل في التجريد والعمومية والجزاء، تصدر عن سلطة مختصة في الدولة لها صلاحية تشريع النصوص القانونية في الدولة، وبما أنّ قواعد الإسناد أحد مناهج القانون الدولي الخاص الذي يمنح حلول لتنازع القوانين التي يثيرها العنصر الأجنبي كلمّا كان طرفا في العلاقة، تصدر من المشرّع تتوافر فيها خاصية التجريد والعموم لم تكن محل للجدال الفقهي حول إضفاء الصفة القانونية عليها، بعكس منهج القواعد الموضوعية الذي نشأة قواعده بطريقة تلقائية خارج سلطة الدولة الممنوح لها صلاحية إصدار وتشريع القواعد القانونية.

فقد ساهمت الخصائص التي تتميز بها القواعد الموضوعية من كونها قواعد طائفية تسري على التجار دون سواهم، نوعية تطبّق على نوع معيّن من العقود وهي عقود التجارة الدولية في قيام جدال فقهي يدور حول التشكيك في مدى تشكيل هذه القواعد لصفة النظام القانوني، فإن كان جانب منهم ينكر على هذه القواعد الصفة القانونية إلاّ أنّ الجانب الآخر لم ينكر على هذه القواعد تشكيلها لنظام قانوني خاصة وأنّ عنصر الإلزام مازال محل جدال فقهي حول مدى اعتباره من أوصاف القاعدة القانونية، وأنّه لا ينبغي أن نتقيد بالتحليل الضيق لعنصر العمومية.

وإن كان هذا الجانب يضفي عليها الصفة القانونية إلاّ أنّها تشكل نظام قانوني غير متكامل يسوده النقص والقصور يحتاج في كل مرة لتكميله بالعودة إلى القواعد الوطنية من خلال منهج قواعد الإسناد، وهو ما يوضح العلاقة التكاملية بين كل من منهج قواعد الاسناد ومنهج القواعد الموضوعية ؛ هذا ما سيتم دراسته في هذا المبحث من خلال المطالب الأتية كما يلي:

### المطلب الأول: نفي صفة النظام القانوني على منهج القواعد الموضوعية

استند الاتجاه المنكر لصفة النظام القانوني على منهج القواعد الموضوعية على العناصر المكونة للقاعدة القانونية من جزاء عمومية وتجريد، لذلك ارتئينا قبل الخوض في حجج هذا الاتجاه أن نتطرق إلى خصائص القاعدة القانونية، ثم إنكار صفة النظام القانوني على القاعدة الموضوعية التي كانت خصائصها السبب في عدم تطابق أوصاف القاعدة القانونية عليها كالتالي:

#### الفرع الأول: خصائص القاعدة القانونية

يعود أصل كلمة قانون إلى اللغة اليونانية التي أخذت من الكلمة **(Qanun)**؛ تدل في معناها على الاستقامة؛ وعلى الرغم من الأصل اليوناني لهذه الكلمة إلاّ أنّ الدول الغربية لم تستعمل ذات اللفظ للدلالة على القانون، أين استعملت كلمة **(Droit)** ومصطلح **(Law)** للدلالة على القانون[1]، على أن تستعمل هذه الكلمات جميعا لدلالة على مجموع القواعد

[1]- جعفور محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظريّة القانون، ط.16، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2007، ص.9.

القانونية التي تحكم سلوك الأفراد وتنظم علاقاتهم في المجتمع على نحو سليم بغض النظر إن كانت هذه القواعد مكتوبة أو غير مكتوبة؛ ويستوي فيها أن يكون مصدرها التشريع أو أي مصدر آخر على أن يكون معترفا به رسميا كمبادئ الشريعة الإسلامية والعرف[1].

إذ يستعمل لفظ القانون في الاصطلاح القانوني في المعنى العام له للتعبير عن **"مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الأفراد في المجتمع أو هو النظام الذي يجرى وفقا له علاقات الأشخاص في المجتمع، أو مجموعة القواعد التي تجعل هذه العلاقات تسير على منوال واحد وطبقا لنظام ثابت"**[2].

ونجد أنّه ثمت اختلاف بين الفقه في تعريفهم للقانون أو القاعدة القانونية الذي يختلف باختلاف المعيار المعتمد عليه أو الزاوية التي ينظر منها، فعرّف على أساس الغاية التي يصبوا إلى تحقيقها بأنّه: **"مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الأشخاص في المجتمع تنظيما عادلا يكفل حريات الأفراد ويحقق الخير العام"**[3] وعرّف بالاعتماد على عنصر الجزاء على أنّه: **"مجموعة القواعد العامة الجبرية التي تصدر عن إرادة الدولة وتنظم سلوك الأشخاص الخاضعين لهذه الدولة أو الداخلين في تكوينها"**[4]، وعرّف على أساس الخصائص المميزة لقواعده على أنّه: **"مجموعة القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد وعلاقتهم في المجتمع والتي تكون مصحوبة بجزاء توقعه السلطة العامة عند الاقتضاء"**[5]؛ على أن تشكل هذه القواعد في مجموعها نظاما قانونيا يخاطب سلوكات الأفراد في المجتمع.

يتضح من خلال التعريفات القانونية المذكورة أنفا أنّ القاعدة القانونية التي تصدر عن سلطة عليا في الدولة تتوفر على خاصيتين وهي كالتالي:

- القاعدة القانونية عامة ومجردة: يختلف وصف القاعدة القانونية بين النشأة والتطبيق، فعند نشأتها توصف بالتجريد؛ تبين الشروط اللازمة توافرها في الواقعة التي تسري عليها وأوصاف الشخص الذي تخاطبه، وعند تطبيقها تسري على الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم[6]، على أن يقصد بخاصية العمومية والتجريد في القاعدة القانونية تلك القاعدة التي تخاطب الأشخاص بصيغة العموم، سواء أكانت تلك القاعدة تتضمن نهيا أو أمرا بصفاتهم لا بذواتهم وأن تحيط بالوقائع بشروطها؛ بمعنى أنّ القاعدة القانونية عندما تخاطب الأشخاص لا تذكر شخصا معينا بالاسم ولا الواقعة معينة بالذات؛ بل تكتفي بذكر الأوصاف التي يتعين بها

---

(1)- مرجع نفسه، ص.15.

(2)- الرفاعي أحمد محمد، برنامج الدراسات القانونية، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، كلية الحقوق، جامعة بنها 2007-2008، ص.9.

(3)- تعريف مشار إليه: سمير كمال، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، طبعة 1985-1986، ص.13. نقلا عن: جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص.17.

(4)- مرجع نفسه، ص.17.

(5)-جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص.19.

(6)- مجدي حسن خليل، الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق ونظرية القانون، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص.33.

الأشخاص المقصودين بهذا الخطاب والشروط التي يجب توافرها في الوقائع التي ينطبق عليها هذا الخطاب[1].

تشمل كلمة العمومية أن يسري الخطاب على كل إقليم الدولة على ألا يعد خروجا عن قاعدة العمومية والتجريد الحالة التي توجه فيها القاعدة القانونية الخطاب إلى طائفة معينة أو إلى إقليم معين؛ من ذلك القاعدة التي تنظم مهنة المحاماة أو التوثيق أو الطب، لأنّ العبرة ليس في تطبيق القاعدة القانونية على جميع الناس، إنما العبرة تكمن في سريانها على فئة من الناس معينة بأوصافهم لا بذواتهم.

- القاعدة القانونية قاعدة ملزمة: تتميز القاعدة القانونية بكونها قاعدة ملزمة على أن يقصد بها الجزاء المترتب على مخالفة القواعد القانونية، من خصائصه أنّه جزاء مادي حسي؛ حال يوقع على المخالف في حياته شريطة ثبوت المخالفة بحقه، ويتوافر على صورتين؛ جزاء جنائي وجزاء مدني[2]، فنجد الجزاء الجنائي في قانون العقوبات؛ على أن يقصد به **"إجراء يقرره القانون ويوقعه القاضي على شخص ثبتت أم لم تثبت مسؤوليته عن جريمة وقعت"** منه يقوم الجزاء الجنائي على مجموعة من الخصائص نذكرها كالآتي:

- الجزاء الجنائي جزاء ناتج عن وقوع جريمة: يوقع في حالة ارتكاب جريمة.
- الجزاء الجنائي جزاء ذو طبيعة اجتماعية: مقرر لمصلحة المجتمع وليس للمجني عليه.
- الجزاء الجنائي جزاء قانوني: تحكمه مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الوارد في المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري[3]، التي نصّت على أنّه:« **لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون.** »[4].

- الجزاء الجنائي جزاء شخصي: يحكمه مبدأ شخصية العقوبة يصيب الشخص مرتكب الجريمة دون سواه.

ويوقع الجزاء الجنائي في صورتين؛ العقوبة وتدابير الأمن؛ فأما العقوبة تكون مختلفة بحسب نوع الجريمة المرتكبة، فإذا كانت العقوبة جنائية فنجدها تنحصر في الإعدام والسجن بنوعه المؤبد والمؤقت مع الغرامة في حالة الحكم بالسجن المؤقت، وإذا كانت العقوبة جنحيه فإنّ العقوبة تنحصر في الحبس والغرامة، وإذا كانت العقوبة تتعلق بالمخالفات تكون العقوبة فيها الحبس الذي تتراوح مدته من يوم واحد إلى شهرين والغرامة، على أن تتخذ تدابير الأمن صورتين؛ صورة الحجز في مؤسسة استشفائية للأمراض العقلية، والوضع القضائي في مؤسسة علاجية[5].

---

[1]- الرفاعي أحمد محمد، مرجع سابق، ص.22.

[2]- الرفاعي أحمد محمد، مرجع سابق ، ص.ص.22،24.

[3]- خلفي عبد الرحمان، القانون الجنائي العام، دراسة مقارنة ط.4، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2019، ص.370،369.

[4]- المادة **1** من القانون رقم 06-23 مؤرخ في 29 ذي القعدة 1427 ه الموافق 1320 ديسمبر 2006 م، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 ه الموافق 8 يونيو 1966 م والمتضمن قانون العقوبات ج.ر.ج.ج.ع.84 مؤرخ في 4 ذو الحجة 1427 ه الموافق 24 ديسمبر 2006 م، معدل ومتمم.

[5]- خلفي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص. ص. 370، 378.

ونجد الجزاء المدني في التصرفات التابع لفروع القانون الخاص؛ على أن يقصد بالجزاء المدني الأثر الذي يوقع في حالة مخالفة قاعدة قانونية من قواعد القانون الخاص لا يجوز توقيعه إلاّ بناء على طلب من ذي مصلحة، له صور متعددة نذكرها في الآتي:

- التنفيذ العيني: من خلال إجبار المدين على تنفيذ التزامه عينا إذا لم يلتزم بتنفيذه طوعية.

- التنفيذ بطريق التعويض: في الحالة التي تعذر تنفيذ الالتزام عينا يحكم بتنفيذه عن طريق التعويض لجبر الضرر الذي لحق المضرور نتيجة عدم التنفيذ، مع وجود إمكانية أن تجتمع الصورتين معا من تنفيذ عيني وتعويض؛ كما لو حكم على المدين في حالة الاعتداء على ملك الغير بالبناء بإزالة البناء الذي أقامه وتعويض صاحب الأرض على الضرر الذي لحق بالأرض نتيجة تشييد تلك المباني[1].

- البطلان أو الإبطال: في حالة تخلف أحد أركان العقد من رضاء ومحل وسبب وشكلية في العقود، أو في حالة خلف شرط من شروط صحة العقد والتي قسمها الفقه والتشريعات إلى الأهلية وصحة الرضاء من العيوب من غلط وإكراه وتدليس وغبن واستغلال.

- الفسخ: الذي يعتبر الجزاء المترتب عن امتناع المدين عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية أو تأخره عن التنفيذ، ويختلف الفسخ عن البطلان أنّ سبب الفسخ لاحق في وجوده على تاريخ إبرام العقد، أما سبب البطلان سابق في وجوده على تاريخ انعقاد العقد[2].

**الفرع الثاني: الفقه المنكر لصفة النظام القانوني على منهج القواعد الموضوعية**

يعيش الفرد في جماعة عليه؛ من البديهي أن يقوم بإنشاء علاقات مع الأشخاص المتواجدين في المجتمع بغض النظر عن الدولة التي يوجد فيها الموجب والقابل؛ هذه العلاقات إما أن يكوّنها مع الدولة أي السلطة العامة، وإما مع الأشخاص كأن يبيع أو يشتري أو يتزوج أو يقتل أو يسرق أو يتعدى على ملك الغير، على هذا الأساس يضع ويشرّع المشرّع القواعد القانونية التي تتماشى وهذه العلاقات، تجمع كل التصرفات والنشاطات المتقاربة عن طريق ما يسمى بفروع القانون، فيقال القانون المدني، القانون التجاري، القانون الإداري، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون العقوبات إلى غير ذلك من فروع القانون الأخر[3].

تُكوّن بذلك فروع القانون في مجموعها بما تحتويه من قواعد قانونية نظاما قانونيا، عليه فإنّ كل القواعد التي يحتويها القانون الجزائري بجميع فروعه تسمى النظام القانوني الجزائري بذلك يبدوا التدرج واضحا في القانون؛ على أساس أنّ مجموع القواعد القانونية تُكون فروعا في القانون، ومجموع هذه الفروع تكون النظام القانوني، على أن يشكل النظام القانوني قانون واحد أو شريعة واحدة من الدول[4].

وعلى الرغم من وضوح فكرة النظام القانوني إلاّ أنّ الفقه اختلف حول تعريفه؛ منه تعددت التعريفات الفقهية بشأنه فمنهم من عرّفه على أنّه: **"نظام تهذيب الروابط الاجتماعية،**

---

[1]- مجدي حسن خليل، الشهابي إبراهيم الشرقاوي، مرجع سابق، ص. ص. 43-44.

[2]- مرجع نفسه، ص. ص. 44-46.

[3]- الرفاعي أحمد محمد، برنامج الدراسات القانونية، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص. ص. 13-14.

[4]- مرجع نفسه، ص.14.

**وما يميزه ليس فقط وضع قواعد ولكن إنشاء نظم متخصصة لضبط الروابط الاجتماعية أو لحل المنازعات"**، ومنهم من عرّفه على أنّه: **"نظام قانوني يجب أن يشتمل على مجتمع متجانس بدرجة كافية وسلطة مأثرة داخل ذلك الكيان"**[1].

ومنهم من قال بأنّ النظام القانوني يعود من حيث مدلوله إلى أنّه مجموعة متناسقة من القواعد مصاغة من مصادر مترابطة على نحو تدريجي، غير قاصر على مجموعة القواعد السلوكية التي تضبط العلاقات القانونية أو منح حلول مناسبة للنّزاع، إنما يفترض لإضفاء صفة النظام القانوني وجود تنظيم عضوي أو هيئة متماسكة[2]، ويعود التعريف الراجح له إلى أنّه: **"تنظيم لمجموعة من القواعد المنظمة لسلوك الأفراد في المجتمع المتماسك"** على أن يقصد به بشكل دقيق: **"مجموعة القواعد الخاصة والأجهزة القادرة على تطبيقها والتي توجد مع نشأة ونشاط وحدة اجتماعية معينة هي بذاتها ذات طبيعة خاصة"**[3].

يتضح من التعريفات الفقهية لنظام القانوني أنّ جانب من الفقه يعتبره تنظيم أو بناء عليه فإنّه لوجود نظام قانوني لابد من وجود هيئة متماسكة تتولى من خلاله الأجهزة والهياكل التي تحتويها مهمة وضع القواعد القانونية وصياغتها وتعديلها وإلغاءها[4]، منه لا يكفي لتكوين نظّم قانوني مجرد وجود هيئة متماسكة بل لابد من وجود قوانين تطبق يأخذ بها القضاء، ونظام ملزم مفروض على الأشخاص[5]، ويعتبر جانب آخر من الفقه أنّه قاعدة قانونية تنبع من تدرج هرمي عليه فإنّ النظام القانوني يعبرّ عن مجموع القواعد القانونية التي تفرضها السلطة التشريعية على الأفراد في المجتمع[6].

ويتكون النظام القانوني من جانبين؛ جانب قاعدي يدل على القواعد، وجانب تنظيمي يدل على الروابط الاجتماعية، بالتالي فإنّه لا يمكن بأي شكل من الأشكال أن يكون هناك اختيار بين الجانب القاعدي والجانب التنظيمي[7]، بل الضرورة تفرض أن يُنظر إليه على أنّه تنظيم وقاعدة في نفس الوقت، عليه فإنّ النظام القانوني عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي تصدر عن وحدة اجتماعية متماسكة؛ منه يشترط لاضفاء صفة النظام القانوني على أيّ قاعدة قانونية أن تصدر من السلطة المخول لها قانونا إصدار القوانين[8].

وقد استند الاتجاه المعارض لصفة النظام القانوني على منهج القواعد الموضوعية على سببين يتعلقان بأوصاف القاعدة القانونية؛ هما صفة العموم والتجريد وصفة الإلزام؛ نبيّنها في الآتي:

**أولا: خاصية العمومية والتجريد**

---

(1)- حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص.443.

(2)- محسوب محمد، نظرية قانون التجارة الدولي بين الوهم والحقيقة، د.د.ن، الأردن، 2003، ص.48.

(3)- بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص.117.

(4)- محسوب محمد، مرجع سابق، ص.63.

(5)- مرجع نفسه، ص.63.

(6)- المنزلاوي صالح، مرجع سابق، ص.200.

(7)- بلاش ليندة، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، ص.196.

(8)- FOUCHARD Phillipe, larbitrage commercial, thése pour obtenir le grade de docteur, Dijon, 1995,P.599.

يُعد عنصر العمومية والتجريد من خصائص النظام القانوني الذي يعود في معناه إلى أنّ القاعدة القانونية حتى تشكل نظاما قانونا فإنّه لابد من أن تخاطب الأشخاص بصيفاتهم لا بذواتهم وتطبق على الوقائع بشروطها، منه أيّ شخص تتوفر فيه صيفات القاعدة القانونية وشروطها يخضع لها؛ وبما أنّ منهج القواعد الموضوعية المتكون من عادات وأعراف التجارة الدولية والعقود النمودجية والشروط العامة والاتفاقيات الدولية جاء لتنظيم حرفة معينة وهي حرفة التجارة فإنّ صفة العموم والتجريد تنتفي في مثل هذه القواعد[1].

منه لا تعدّ العادلات والأعراف التجارية التي وجدت لتسري على شخص معيّن أو حرفة معينة إلاّ حلولا ذاتية لمشكلة تنازع القوانين في المبادلات التجارية وشروط تعاقدية يتضمنها العقد، يطبقها المحكم في حالة منح اختصاص النظر في النّزاع لمحكمة التحكيم بناء على إرادة الأطراف المتعاقدة متى انصرفت بشكل صريح أو ضمني إلى الأخذ بها، مع العلم أنّ هذه العادات مجرد عادات اتفاقية تختلف من عقد إلى آخر، هذا ما يفقدها عنصر التجريد والعموم الذي يتمتع بها النظام القانوني[2].

ولا يعتبر الأخذ بعادات تجارية لمدة زمنية معينة كافيا لإضفاء صفة التجريد والعموم عليها؛ فعلى سبيل المثال شرط الثبات التشريعي لقانون الإرادة الوارد في عقد الاستثمار الذي يعد أحد الضمانات الممنوحة للمستثمر، الذي يقضي بأنّ القانون المختار من الأطراف المتعاقدة وقت إبرام العقد لا تأثر عليه التعديلات التي تطرأ في القانون الذي ينتمي إليه وبالرغم من أنّ القاعدة عدّت قاعد عرفية إلاّ أنّها لقت اعتراض من بعض الدول؛ وبما أنّ عادات وأعراف التجارة الدولية مجرد شروط عقدية، فإنّه من الصعب أن ترقى إلى مصاف القواعد العرفية، بحيث يصعب القول بتحولها من مجرد شروط عقدية إلى قواعد عرفية مستقرة من قواعد القانون التجاري[3].

**ثانيا: خاصية الجزاء**

يُعتبر الجزاء الصفة التي تميز القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد، فالقاعدة القانونية بحسب محتواها إما أن تكون قاعدة آمرة وهي جوهر النظام القانوني الذي لا يمكن أن نتصور قيامه بغيرها، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وفي حالة المخالفة يقوم الجزاء كأثر مترتب عن ذلك، وإما أن تكون قاعدة مكملة يمكن للأفراد أن يتفقوا على ما يخالفها، وبما أنّ قواعد منهج القواعد الموضوعية عبارة عن منهج اتفاقي بقواعده، فإنّ قواعده قواعد مكملة ومفسرة تفتقد لصفة القواعد الآمرة[4] لا تشكل نظاما قانونا كاملا مستقلا، تفتقر للجزاء المقرر للقواعد القانونية الآمرة دون سواها تطبق بناء على إرادة الأطراف؛ منه لا تعدو إلاّ أنّ تكون مجرد اقتراحات وحلول وضعها مجتمع التجار وعرضت فيما بعد على المتعاملين

---

[1]- PHILIPPE Khan, lex mercatoria des contrats internationaux: lexpérience francaise in le contrat économique international, Bruxelles, Paris, 1975, P.171

[2]- منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص 48.

[3]- PHILIPPE Khan,OP. Cit, P.171.

[4]- ياقوت محمد محمود، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص.233.

في مجال التجارة الدولية يكون للأطراف مطلق الحرية في قبولها والخضوع لها أو رفضها[1].

**المطلب الثاني: إضفاء صفة النظام القانوني على منهج القواعد الموضوعية**

يقر أصحاب هذا الاتجاه؛ بأنّ منهج القواعد الموضوعية بالقواعد التي يحتويها يتمتع بجميع المواصفات الضرورية لتشكيل نظام قانوني من هيئة متماسكة منتظمة وقواعد عامة ومجرة مقترنة بجزاء، تسهر هيئات التحكيم كجهة قضائية على تطبيق هذه القواعد توقع الجزاء في حالة رفض تنفيذ أحكامه، وإن كان هذا الاتجاه من الفقه يضفي على منهج القواعد الموضوعية صفة النظام القانوني إلاّ أنّه نظام قانوني غير كامل يكون دائما بحاجة إلى منهج قواعد الإسناد لتكملة النقص الموجود فيه؛ وهو ما سنتعرّض له في هذا المطلب من خلال الفروع الآتية كالآتي:

**الفرع الأول: إصباغ صفة النظام القانوني على منهج القواعد الموضوعية**

اعتمد الاتجاه المناصر لفكرة أنّ منهج القواعد الموضوعية يشكل نظاما قانونيا على حجتين أساسيتين هما؛ التجريد والعموم والجزاء المتوفر في القاعدة الموضوعية؛ هذا ما سندرسه في التالي:

**أولا: اختصاص الدولة في وضع القواعد القانونية**

تُعتبر صلاحية صياغة القوانين ووضع القواعد القانونية التي تنظم سلوكات الأفراد داخل المجتمع من اختصاص الدولة بالتالي هناك ربط بين الدولة والقانون الذي يجعل من وضع القانون حكرا على السلطات الداخلية التابعة للدولة وتحت رقابتها، مع ظهور الفكر القانوني الحديث أصبح هذا الأخير ينادي إلى وجود قواعد قانونية ذات سلوك اجتماعي تنتمي إلى مجتمع منظم بعيدا عن المجتمعات الداخلية لدولة معينة[2].

هذا الاتجاه القانوني الحديث يشهد على أنّ المجتمع الدولي المتكون من متعاملين تجار عبر الحدود من بائعين ومشترين وموردين ومستهلكين ومستوردين يشكل مجتمعا منظما له مؤسساته وجيهاته التي تسهر على تطبيق القواعد الموضوعية المكونة لقانون التجار، وتفرض الجزاءات عند مخالفة القواعد العرفية التي استقر العمل بها؛ منه لا تعد سلطة الدولة المصدر الوحيد للقانون[3].

عليه لا يجب أن نربط بين القانون وجهاز الدولة لدرجة يجعل من غيابها أمرا كافيًا وافيًا لنفي وإنكار الصفة القانونية لمنهج القواعد الموضوعية المتعلقة بقانون التجارة الدولية، بذلك ليس من الممكن النظر إلى القانون على أنّه مجرد تعبير عن إرادة الدولة، لأنّ القواعد القانونية قابلة للوجود في المجتمع من غير حصرها في شكل الدولة؛ طالما أنّه هناك

---

[1]-PHILIPPE khan, la vente comercial international, thése pour obtenir le grade de docteur, Dijon, 1961, P.367.

[2]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، طبعة 2007، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2007، مرجع سابق، ص.165.

[3]- المؤيد محمد عبد الله محمد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي: دراسة تأصيلية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1997، ص.46.

جماعات متماسكة متضامنة كفيلة لتكتسب وتتمتع قواعدها بصفة النظام القانوني[1]، خاصة وأنّ القواعد الموضوعية قواعد قانونية حقيقية تستمد صفتها من العوامل والمبررات التي دعت إلى وجودها[2].

**ثانيا: خاصية العمومية والتجريد**

يكفي في القواعد القانونية التي يكون أحد خصائصها العموم والتجريد أن تختص في تنظيم مهنة أو حرفة أو طائفة معينة من الأشخاص، لأنّ صفة العموم في القانون يراد بها أن يوضع القانون ليخاطب الأفراد بصفاتهم لا بذواتهم والوقائع بشروطها؛ فلا ينحصر تطبيقه على شخص معيّن بذاته أو حتى واقعة معينة بذاتها، وليس اعتياد الأشخاص جميعا على اتباعها وسريانها على جميع الأشخاص في المجتمع[3]، لأنّه ثمّت إمكانية لوجود قواعد قانونية نوعية طائفية تتصف بالعمومية والتجريد تسري في حق طائفة معينة من المتعاملين كفئة التجار الدوليين، كما يمكن أن تصدر عامة في حق شخص واحد كتلك القواعد التي وجدت خصيصا لمخاطبة رئيس الجمهورية؛ فهي قاعدة عامة تنصرف إلى المنصب دون الشخص تسري على كل شخص يصبح رئيسا للجمهورية خلال المدة التي يتولى فيها هذا المنصب[4].

تطبيقًا لما سبق التطرّق إليه نصل إلى أنّ؛ القواعد الموضوعية قد جاءت لمخاطبة فئة معينة من الأفراد وهم فئة التجار تخاطبهم بصفاتهم لا بذواتهم، وجدت لتنظم العلاقات الناشئة بين المتعاملين، على هذا فإنّه لا يمكن أن نتصوّر وجود مجتمع بدون قانون يقوم بدراسة وتنظيم التصرفات القانونية التي تصدر عنهم[5]، والقول أنّ القواعد القانونية وجدت لتنظيم سلوكات الأفراد في المجتمع يؤدي إلى التسليم بأنّ القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية قد وجد لتنظيم الرّوابط الناشئة بين الأفراد في المجتمع وهذه الروابط أطلق عليها تسمية معاملات التجارة الدولية، يقدم حلول قانونية لمشاكل معينة العقد التحاري الدولي[6].

**ثالثا: خاصية الجزاء**

يُعبّر عنصر الجزاء عن الأثر القانوني المترتب عن مخالفة القاعدة القانونية، والقول أنّ الجزاء عبارة عن الأثر المترتب عن مخالفة القاعدة القانونية يجعل من هذه الأخيرة سابقة في وجودها عن الجزاء، عليه تنشأ القاعدة القانونية ثمّ يليها الجزاء في حالة ما إذا خالفها أحد الأفراد في المجتمع، انطلاقا من هذا الطرح ذهب جانب من الفقه إلى القول أنّ انعدام عنصر

---

(1)- المؤيد محمد عبد الله محمد، مرجع سابق، ص.46.

(2)- سلامة أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص.324.

(3)- عبد المنعم فرح الصده، مرجع سابق، ص.16.

(4)- جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص.25.

(5)- شلبيك مصباح، المدخل للعلوم القانونية: نظرية القانون- نظرية الحق، دار النهضة العربية، لبنان، 2002، ص.23.

(6)- V. F.OSMAN, vert une lex mercatoria euromediterranea: la lègistique au service de la codification, unification et harmonisation du droit des affaires de l'union pour la méditerranée. R.D.A.I, N°5, 2009, p.p.578- 579

الجزاء في القواعد الموضوعية لا يقلّل أبدًا من القيمة القاعدية للقواعد الذاتية لتجارة الدولية خاصة وأنّ الجزاء مازال محلُّ جذال فقهي[1].

خاصة وأنّه يوجد في مجتمع المتعاملين الدوليين جزاءات متعددة؛ مالية تتمثل في تقديم أو منح كفالة لضمان مصاريف التحكيم أو عدم تنفيذ الحكم التحكيمي[2]، وكذا قيمة التعويض الذي يحكم به القضاء كالتعويض الذي أصاب أحد الأطراف المتعاقدة[3]، وأخرى تأديبية تتمثل في نشر اسم من صدر الحكم عليه وتقاعس عن تنفيذه[4]، والفصل من الاتحادات الدولية المهنية أو التجارة التي ينتمي إليها نشاطه[5]، تضاف إليها جزاءات أخرى تتمثل في الحرمان من بعض الحقوق كمنع المتقاعس من اللجوء إلى التحكيم مستقبلا[6].

إذ تعد هذه الجزاءات التي تفرض في مجال المعاملات التجارية الدولية وإن كانت لا تتشابه في محتواها مع تلك التي تفرضها الدولة وتوقعها على الأفراد في المجتمع كافية للقول باتصاف منهج القواعد الموضوعية بصفة الإلزام، مادام أنّها جزاءات تتلاءم وطبيعة العلاقات التجارية الدولية فعالة من شأنها أن توفر الأمن القانوني في الوسط الاقتصادي[7].

**الفرع الثاني: تشكيل منهج القواعد الموضوعية لنظام قانوني غير كامل**

يَعتقد الاتجاه المناصر لفكرة أنّ منهج القواعد الموضوعية يشكل نظاما قانونيا تتوافر فيه الصفة القانونية؛ إلاّ أنّ هذا الاتجاه لم يضفي عليه صفة النظام القانوني الكامل المستقل بقواعده والقائم بذاته؛ بل نظام قانوني غير كامل ناقص من حيث محتواه مشبّه بنظام الجنين في طور التكوين لاحتوائه على قواعد قانونية ناقصة لا يمكن أن تستأثر بحل جميع المشاكل التي تثيرها منازعات التجارة الدولية؛ وإن كان منهج يتلاءم وطبيعة المبادلات التجارة وحاجاتها لوجود قواعد موضوعية تكون واجبة التطبيق[8].

فإذا كان قانون التجارة الدولية يتكون من قواعد مرتبطة بإبرام وتفسير عقود التجارة الدولية إلاّ أنّه في ذات الوقت لا ينظم جميع المسائل ذات الأهمية؛ كالتقادم والأهلية وعيوب الإرادة، وتمثيل الأشخاص المعنوية وغيرها، فهذه المسائل التي لا نجد لها حل في منهج القواعد الموضوعية يوجد لها حل في القوانين الداخلية للدول والتي يعود إليها المحكم لحلها في القانون الوطني، هذا ما ينفي وجود عقود تجارية متحررة عن سلطان القوانين الداخلية للدول[9]، خاصة وأنّ الواقع الدولي يفرض تعدد المناهج بما يمنح تفسيرًا لصورة التعايش والتعاون بين المناهج القانونية[10]؛ منه تظل القواعد الموضوعية بحاجة ماسة إلى القوانين

---

(1)- المؤيد محمد عبد الله محمد، مرجع سابق، ص.46.

(2)- مرجع نفسه، ص.124.

(3)- المنزلاوي صالح، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2008 ص.214.

(4)- المؤيد محمد عبد الله محمد، مرجع سابق، ص.124.

(5)- المنزلاوي صالح، مرجع سابق، ص.214.

(6)- المؤيد محمد عبد الله محمد، مرجع سابق، ص.124.

(7)- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص.207.

(8)- محمد عبد الله محمد المؤيد، مرجع سابق، ص.123.

(9)- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008 ص.216.

(10)- محمد طارق، مرجع سابق، ص.268.

الوطنية في حالة تكملة النقص الوارد فيها في المسائل التي لم تطرّق إليها، وفي حالة صدور أحكام التحكيم التي تحتاج إلى إصباغها بالصيغة التنفيذية والاعتراف بها والتي تعود إلى القاضي المختص وفقا للقوانين الوطنية[1].

**المطلب الثالث: علاقة منهج القواعد الموضوعية بمنهج قواعد الإسناد**

إنعكس الجدال الفقهي الذي ثار حول مدى تمتع منهج القواعد الموضوعية بصفة النظام القانوني ومدى اكتماله في منح الحلول لجميع مشاكل التجارة الدولية على طبيعة العلاقة التي تجمع هذا الأخير بمنهج قواعد الإسناد؛ في تحديد طبيعة العلاقة التي تجمع بين المنهجين كأحد مناهج القانون الدولي الخاص، فانقسم الفقه إلى اتجاهين، ذهب الاتجاه الأول إلى أنّ العلاقة التي تجمع المنهجين إنما علاقة تنافس وتنافر وعدائية، وذهب الاتجاه الثاني إلى إمكانية وجود علاقة تكامل وتعايش بين المنهجين، وسنتعرّض لهذه الطبيعة من خلال الفروع الآتية؛ كالتالي:

**الفرع الأول: علاقة التنافر والتنافس بين منهجي القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد**

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول أنّ العلاقة التي تجمع منهج القواعد الموضوعية بمنهج قواعد الإسناد هي علاقة عداء وتنافس وتنافر، السبب في ذلك أنّ منهج القواعد الموضوعية أتي من أجل استبعاد تطبيق منهج قواعد الإسناد على المشاكل التي تثيرها العلاقات الدولية، الذي كشف عن قصور وتعقيد منهج قواعد الإسناد وإفتقار حلوله لصفة الدولية من خلال إشارته إلى القانون الذي يحكم العلاقة الدولية في القوانين الوطنية، ما يجعل منه ذو أصل داخلي[2].

وقد شرّعه المشرّع ليحكم في الأصل العلاقات ذات الطبيعة الداخلية، على خلاف القواعد الموضوعية ذات الصفة الدولية التي شرّعت لتطبق مباشرة بغض النظر عن الحل الذي تمنحه قاعدة الإسناد على العلاقات الدولية[3]، بمجرد أن تقبل الدولة بها بإدراجها ضمن القواعد القانونية الواردة في القوانين الداخلية التابعة لها فيكون كافيا لإعمالها من طرف المحكم مجرد ارتباط العلاقة بمصالح التجارة الدولية، فمن يختار القاضي يختار قانونه ومن يختار المحكم يختار أيضا قانونه، وهو المجال الذي تطبق فيه القواعد الموضوعية باعتباره قانون اختصاصه.

إذ يقوم المحكم بتطبيق القواعد الموضوعية من عادات وأعراف التجارة الدولية والعقود النموذجية والمبادئ العامة للقانون والاتفاقية الدولية بمجرد وجود علاقة عقدية ترتبط بمصالح التجارة الدولية من انتقال لرؤوس الأموال عبر الحدود، واتفاق التحكيم إما في صورة شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم يبرمها الأطراف بعد نشوء النّزاع، على أن

---

[1]- طه أحمد علي قاسم، مرجع سابق، ص.216.

[2]- خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص. ص. 133،135

[3]- مرجع نفسه، ص. ص. 133،135

تنصرف إرادة الأطراف المتعاقدة إلى اختيارها وفصل النّزاع وفقا لها أو تسكت الإرادة فيختارها المحكم مباشرة وينظر في النّزاع وفقا لها[1].

ويستند المحكم في تطبيقه للقواعد الموضوعية على القوانين الداخلية التي تنصّ على التطبيق المباشر لها؛ نجد أنّ (ق.إ.م.إ.ج.) ينصّ في مادته **1050** منه على أنّه:« **تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف...**»[2]، والمادة **1/39** من (ق.ت.م) بنصّها على أنّه:« **تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفاق على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق على غير ذلك.**»[3].

وما نصّت عليه المادة **1/28** من القانون النموذجي للتحكيم بنصّها على أنّه:« **تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظام قانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك.** » [4]؛ ما يعني أنّ محكمة التحكيم تكون ملزمة بتطبيق القواعد القانونية التي اختارها الأطراف، وفي حالة غياب الاختيار فإنّ المحكم سوف يحكم في النّزاع وفقا لقواعد القانون التي يراها ملائمة ويراعي في كل الأحوال أعراف وعادات التجارة الدولية.

ولا يعد صحيحا كل فهم للتطبيق المباشر للقواعد الموضوعية المكرس في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية على أنّه من القواعد الآمرة ذات التطبيق الضروري؛ بل مجرد قواعد من القانون الدولي الخاص الموضوعي للتحكيم التجاري الدولي التي تطبق على العلاقات العابرة للحدود تطبيقا مباشرا دون أن تكون هناك حاجة للعودة إلى منهج قواعد الإسناد، يكون للأطراف المتعاقدة مطلق الحرية في اختيارها أو استبعادها وإخضاع العقد لقانون وطني لدولة ما[5].

بذلك ساهم ظهور منهج القواعد الموضوعية كآلية لحلّ تنازع القوانين التي تثيرها عقود التجارة الدولية في إحداث أزمة في منهج قاعدة الإسناد؛ ذلك أنّ القاعدة الموضوعية أعطت حلول للمشاكل التي تثيرها هذه العقود، مما جعل منه منهجًا متخصّصا بأحكامه وحلوله المرنة، فكان الدور الأصلي لمنهج القواعد الموضوعية والدور الاحتياطي لمنهج

---

(1)- خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص.135.

(2)- المادة **1050** من القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 ه الموافق 25 فبراير 2009 م، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج.ع. 21 مؤرخ في 17 ربيع الثاني 1429 ه، الموافق 23 أبريل 2008 م، المعدل و المتمم.

(3)- المادة **1/39** من قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، المتوفر على الموقع الإلكتروني التالي: https://groups.google.com/g/hamdy11/c/r3_uGnFLPhg?pli=1

(4)- المادة **1/28** من قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، المتوفر على الموقع الإلكتروني التالي: https://justice-academy.com/chapter-i-general-provisions-article-6-1

(5)- خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص.136.

قواعد الإسناد [1]، فلا يلجأ المحكم إلى تطبيق قواعد الإسناد إلاّ إذا تحقق من عدم وجود قاعدة موضوعية تمنح حل لنّزاعات المطروحة، فالقاعدة الموضوعية تمنح حلولا مباشرة على عكس قاعدة التنازع التي تعد قاعدة وطنية النشأة تطغى عليها الصفة الإرشادية تنهض بتنظيم غير مباشر موضوعها تحديد قانون ما من بين قائمة القوانين المتزاحمة لحكم العقد[2].

**الفرع الثاني: علاقة التعايش والتكامل بين منهجي القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد**

يُعتبر منهج القواعد الموضوعية من المناهج القانونية التي تتصف بصفة النظام القانوني لكن الغير الكامل نتيجة عدم تنظيمه كل المسائل المتعلقة بالمعاملات التجارية الدولية؛ وبما أنّ منهج القواعد الموضوعية لم ينظم جل المسائل المتعلقة بالتجارة الدولية، فإنّ ذلك سيؤدي إلى وجود نقائص وثغرات قانونية، بالتالي عدم قدره بمفرده وبمعزل عن منهج قواعد الإسناد على حكم عقود التجارة الدولية، عليه ولتكملت النقص الوارد فيه يحتاج منهج القواعد الموضوعية إلى منهج آخر وهو الوارد في القوانين الوطنية والمعبر عنه بمنهج قواعد الإسناد لهذا ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول أنّ العلاقة بينهما ليس عداء وتنافر وتنافس إنما تعايش وتكامل.

وبالعودة إلى خصائص منهج القواعد الموضوعية؛ التي من بينها أنّها قواعد حديثة النشأة طائفية تجعل من العلاقة بين المنهجين تكامل وتعايش لا تنافر، لأنّ منهج قواعد الإسناد يحتوي تنظيمًا لجميع المشاكل التي تثيرها عقود التجارة الدولية؛ في حين منهج القواعد الموضوعية لا يأطرها جميعا، هذا ما أكدت عليه الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي بنصّها في المادة 7 منها؛ على أنّه:**« أن الفرقاء أحرار في تحديد القانون الذي يقتضي على المحكم تطبيقه بصدد النزاع، وفي حال إغفال الإشارة من قبل الفرقاء إلى القانون الذي يقتضي تطبيقه، يعمد المحكمون إلى تطبيق القانون المحدد بموجب قاعدة تنازع القوانين التي يرون أنها مناسبة بهذا الصدد وفي الحالتين فإن المحكمين يأخذون بعين الاعتبار أحكام العقد والأعراف التجارية. »**[3].

وتدل الصيغة التي وردت بها نصّ الاتفاقية على الصفة التكميلية لعادلات التجارة الدولية إلى جانب القانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة من قواعد الإسناد التي ترشد القاضي إلى القانون الذي يحكم العقد، إما في القانون الوطني أو في القانون الأجنبي.

بمعنى أنّ تطبيق منهج القواعد الموضوعية قد جاء بعد سماح المشرّع في القوانين الوطنية بالأخذ بها بالنظر إلى حاجة العلاقات عبر الحدود لمثل هذه القواعد المستمدة من مختلف المصادر هذا من جهة؛ ومن جهة أخر فإنّ حرية الأطراف المتعاقدة في تحديد القواعد القانونية التي تسري على عقدهم، إنما هي قاعدة من قواعد الإسناد التي استقرّت في الأنظمة القانونية، لأنّ المتعاقد في مجال المعاملات الدولية ما كان ليتمتع بميزة تحديده للقانون الواجب التطبيق لو لم تسمح له القوانين والتشريعات المختلفة للدول والاتفاقيات

---

[1]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص.168.

[2]- مرجع نفسه، ص.168.

[3]- المادة 7 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف بتاريخ 21 نيسان 1961، مرجع سابق.

الدولية؛ عليه فإنّ تطبيق منهج القواعد الموضوعية من أعراف التجارة الدولية والعقود النموذجية والمبادئ العامة للقانون يعتمد بالدرجة الأولى على قاعدة التنازع، هذا ما يفسر علاقة التكامل والتعايش بين المنهجين[1].

**الفرع الثالث: أولوية التطبيق بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج قاعدة الإسناد**

يجوز للمتعاملين في مجال التجارة الدولية أنّ يختاروا الجهاز القضائي الذي يتولى مهمة الفصل في النّزاعات التي تثار حول هذه العقود؛ منه يمكن للأطراف أن يختاروا إما القضاء العادي وإما القضاء البديل، أما القضاء العادي فيتمثل في المحكمة الابتدائية والمجلس والمحكمة العليا، وأما القضاء البديل فمتمثل في التحكيم التجاري الدولي كجهة قضائية يُمنح له اختصاص النظر في النّزاع في حالة وجود اتفاقية تحكيم يتفق من خلالها الأطراف على أنّ النزّعات التي يمكن أن تثار بينهم ينظر فيها المحكم وليس القاضي على أن يختاروا بعد ذلك القانون الواجب التطبيق، عليه فإنّ أولوية التطبيق تتحدد بحسب الجهاز الذي ينظر في النّزاع.

فيسري منهج القواعد الموضوعية بصفة أولية عن منهج قواعد الإسناد في الحالة التي يختار فيها المتعاقدين المحكم ليفصل في النّزاع، لأنّ اختيار الأطراف للتحكيم دليل على رغبتهم في الاستفادة من تطبيق القواعد الموضوعية بمختلف مصادرها؛ عليها يتولى المحكم النظر في النّزاع وفق هذه القواعد على أن تأتي قاعدة الإسناد بعد القواعد الموضوعية لتكملة النقص الوارد في منهج قواعد الإسناد[2].

ويجد منهج التنازع مجالا له لتّطبيق في حالة ما إذا سكتت العادات الدولية والعقد عن تحديد القانون الواجب التطبيق فيطبق المحكم القانون الوطني[3]، وقد تطرّق المشرّع إلى مسألة ضرورة أن يأخذ المحكم بالقواعد الموضوعية في الحالة التي تكون محل اختيار الأطراف أو الحالة التي تسكت فيها الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق في المادة **1050** من (ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه:« **تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون** »[4].

وقد سوى المشرّع من حيث إمكانية تطبيق منهج القواعد الموضوعية بين المحكم وأطرف العقد؛ إذ يصح أن تكون محل اختيار الأطراف المتعاقدة بناء على قرينة قانون الإرادة، ويصح أن تكون محل اختيار المحكم في الحالة التي تسكت الإرادة عن الاختيار.

وبعد اقرار حق الأطراف في المفاضلة بين القضاء والتحكيم أصبح الأطراف يختارون التحكيم بدلا من القضاء عليه قال أبو زيد رضوان أنّ: **"التحكيم أصبح يتمرد على كل من كان يقدم له المأوى، وهو الأن في وضع يمكن معه القول مع البعض بأنّ له قانونه الذي يكاد أن يكون مستقلا بل وربما سَيُنْزِعُ أرضا، إن لم يكن بالفعل القانون الدولي**

---

[1]- خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص. ص.136،140.

[2]- بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص.125.

[3]- بلاش ليندة، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، مرجع سابق، ص.345.

[4]- المادة **1050** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

**الخاص ليقيم عليها قانون خاصا دوليا يكون بمثابة تنظيم مشترك للأمم، وذلك من خلال تطبيقه لأعراف وعادات تجارية دولية"**[1].

ويسري منهج قواعد الإسناد على العقد التجاري الدولي بصفة أولية في حالة ما إذا اختار الأطراف عرض النّزاع على القاضي الذي يضطلع لتطبيق قواعد القانون التي شرّعها المشرّع الموجودة في قواعد التّنازع التي تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، فلا يكون هناك مجال لتطبيق أية قاعدة موضوعية في حالة ما إذا كان القاضي هو المختص بنظر النّزاع أو الحالة التي يختار فيها المتعاقدين تطبيق قواعد التنازع بمقتضي قانون الإرادة، وفي الحالة التي يتعلق فيها النّزاع بالأحوال الشخصية فإنّه لا يمكن أبدا الحديث عن أولوية تطبيق منهج القواعد الموضوعية عن قاعدة الإسناد[2].

[1]- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1981، ص.125

[2]- مرجع نفسه، ص.125.

# الفصل الثاني
# إعمال منهج القواعد الموضوعية على التحكيم التجاري الدولي

تناول المشرّع الجزائري أحكام التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الكتاب الخامس "في الطرق البديلة لتسوية النزاعات"؛ في الباب الخامس في "التحكيم" من المواد **1006** إلى **1065**؛ تميّزة دراسة المشرّع لموضوع التحكيم بتمييزه بين تلك الأحكام التي تسري على التحكيم الداخلي وتلك التي تسري على التحكيم التجاري الدولي لتحديد الاختصاص وطرق الطعن.

وقد تناول المشرّع التحكيم التجاري الدولي في الفصل السادس "الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي" في المواد من **1039** إلى **1065** من (ق.إ.م.إ)؛ وينقسم التحكيم الدولي بحسب معيار مقره إلى تحكيم داخلي يجري في الجزائر وتحكيم أجنبي يجري خارج الجزائر؛ وبما أنّ التحكيم عدالة اتفاقية وقضاء خاص فإنّ اللجوء إليه وسحب اختصاص النظر في النّزاعات التجارية الدولية من قضاء الدولة مبني على وجود اتفاق التحكيم.

فيأتي حل مشكلة تنازع القوانين التي تثار عن العقد التجاري الدولي في حالة نشوء نزاع بعرضه على التحكيم عن طريق قواعد القانون التي تكون محل اختيار الأطراف المتعاقدة، على أن يكون اختيارهم منصب على قانون وطني لدولة معينة أو على منهج القواعد الموضوعية بمختلف مصادره المتكونة من عادات وأعراف التجارة الدولية والمبادئ العامة للقانون والشروط العامة والعقود النموذجية؛ أو التي تكون محل اختيار المحكم في غياب اختيار الأطراف للقواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النّزاع، مع ضرورة احترام المحكم لطبيعة القواعد القانونية المختارة من الأطراف المتعاقدة وإلاّ كان حكمه معرضا للبطلان.

وتنتهي الخصومة التحكيمية بإصدار حكم يكون عنوانًا للحقيقة؛ وإن كانت أحكام التحكيم تحوز على حجية الشيء المقضي فيه، إلاّ أنّ التحكيم كجهة قضائية خاصة تفتقر للسلطة التي تمكنه من إجبار الأطراف على إحترام القواعد التي تحكمه والآثار القانونية المرتبة عن الأحكام التي تصدر عنه هو ما استوجب على القضاء التدخل خلال مرحلتين مرحلة ما قبل صدور أحكام التحكيم وهي التي يكون فيها دور القاضي مساعدا فقط، ومرحلة ما بعد صدور أحكام التحكيم تلي الفصل في النّزاع وصدور الحكم، وهي المرحلة التي يكون فيها دور القاضي المختص دور رقابي يمارسه في مسألتين؛ تتعلق الأولى بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة خارج الجزائر وفقا للضوابط والشروط المحددة في التشريع الجزائري؛ وتتعلق الثانية بالطعن بالبطلان واستئناف الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ أو رفض الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم؛ كل العناصر التي تم الإشارة إليها سيتم دراستها من خلال هذا الفصل بتقسيمه إلى مبحثين:

**المبحث الأول**: حالات تطبيق منهج القواعد الموضوعية على التحكيم التجاري الدولي.

**المبحث الثاني**: الرقابة القضائية على أحكام التحكيم التجاري الدولي.

## المبحث الأول
## حالات تطبيق منهج القواعد الموضوعية على التحكيم التجاري الدولي

يفصل المحكم الدولي في النّزاعات التي تثار على العقد التجاري الدولي وفقا للقواعد القانونية التي يختارها الأطراف مهما كانت طبيعتها أو بتطبيق القواعد التي يراها ملائمة لحكم النّزاع مع الأخذ بعين الاعتبار عادات وأعراف التجارة الدولية؛ هذا في حالة سكوت الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق، فمصطلح قواعد القانون تفتح المجال أمام الأطراف وأمام المحكم في اختيار أية قواعد قانونية تتلائم وطبيعة النّزاع عليه يمكن أن يختاروا قانونا وطنيا أو القواعد القانونية المكوّنة لمنهج القواعد الموضوعية.

وإن كانت التشريعات منحت للأطراف في مجالات العقد التجاري الدولي ميزة اختيار القواعد القانونية التي تحكم نزاعاتهم وميزة اختيار القضاء الذي يفصل في النّزاع بالمفاضلة بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم التجاري الدولي كقضاء أصيل، إلاّ أنّ إخراج النّزاع من ولاية القضاء وإدخاله في ولاية التحكيم مرتبط بوجود اتفاق التحكيم الذي يبرمه الأطراف؛ عليه وجب قبل التطرّق لحالات تطبيق القاعدة الموضوعية أن نسبقه بالتعرّض إلى اتفاق التحكيم وكيفية تشكيل محكمة التحكيم؛ من خلال المطالب التالية؛ كما سيأتي بيانه:

### المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم وأشكاله

نظّم المشرّع الجزائري اتفاق التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ خصّص له فصلا كاملا بعنوان "في اتفاقيات التحكيم" من المادة **1007** إلى المادة **1013**؛ واتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي من خلاله يمنح الأطراف المحكم صلاحية النظر في النّزاع إما في صورة شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم؛ لكن قبل أن نتعرّض إلى اتفاق التحكيم وأشكله نتعرّض أولا إلى التحكيم وطبيعته ثم إلى تعريف اتفاقه التحكيم وصوره في هذا المطلب من خلال الفروع الأتية:

#### الفرع الأول: تعريف التحكيم

يُعتبر التحكيم بصفة عامة والتحكيم التجاري الدولي بصفة خاصة طريق من الطرق البديلة لتسوية النّزاعات إلى جانب الوساطة؛ يتولى فيه المحكم النّظر في النّزاعات بناء على اتفاق الأطراف المتعاقدة، تعددت بشأنه التعريفات الفقهية، من الفقه من عرّفه على أنّه: **"الاتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معيين ليفصلوا فيه دون اللجوء إلى المحكمة المختصة"**[1]، ومن الفقه من عرّفه على أنّه: **"اتفاق الخصوص على تولية طرف ثالث لفصل النزاع بينهما، حيث أن التحكيم الخصمين حكما يحكم بينهما، وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر"**[2]؛ ومن الفقه من عرّفه على أنّه: **"نظام تسوية المنازعات يحول**

---

[1]- بربري محمود مختار أحمد، التحكيم التجاري الدولي، ط. 3، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص. 6.

[2]- بن عبد الله بن عطاف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز الطباعة والنشر بمعهد الإدارة العامة، د.ب.ن، 1998، ص.358.

**بمقتضاه أطراف النزاع مهمة الفصل إلى محكمين يختارونهم بمحضى إرادتهم بدلا من الطريق القضائي"**[1].

وعرّفه الأستاذ **"تركي نور الدين"** بأنّه: **"إجراء خاص لحل الخلافات، فهو نظام لعدالة خاصة يسمح بسحب الإختصاص في حل نزاع معين من محاكم الدولة لإعطائه إلى اشخاص خواص"**[2]؛ أما التحكيم التجاري الدولي فيقصد به: **"كل تحكيم يتمحض عن منازعة تجارية تنشب بين أطراف يخضعون لنظم قانونية لدول مختلفة، أو كل تحكيم تثار فيه علاقات قانونية تمتد أثارها على دول مختلفة"**[3].

وتتنوّع الطبيعة القانونية للتحكيم باعتباره ذو طبيعة اتفاقية، قضائية، تعاقدية؛ فهو ذو طبيعة اتفاقية كونه مبني على الإرادة المطلقة للأطراف المتعاقدة التي تظهر في نشوءه واختيار المحكمين واختيار القانون الواجب التطبيق، وذو طبيعة مختصة تعاقدية لأنّه يتم عن طريق اتفاق الأطرف والذي يترجم على أنّه عقد، وذو طبيعة قضائية بالنظر إلى العمل الذي يقوم به المحكم الذي يشبه في جوهره عمل القاضي[4]، وأنّ الأحكام التي يصدرها المحكم تقترب من تلك التي يصدرها القاضي[5].

فالتحكيم لا يمكن اعتباره من حيث الطبيعة القانونية له قضائيا أو تعاقديا فحسب إنما له صفة مزدوجة فهو ذو طبيعة قضائية وعقدية في نفس الوقت، قضائية من خلال تدخل القاضي بعد لجوء الأطراف إليه لإمهار الحكم الصادر عن المحكم بالصيغة التنفيذية والاعتراف به، تعاقدية مبني على اتفاق الأطراف يلتزمون بموجبه بعرض النّزاع على التحكيم[6]؛ وبخصوص تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم قال الفقيه **"محسن شفيق"** أنّ: **التحكيم في الحقيقة ليس اتفاقا محضا، وليس قضاءا، وإنما هو نظام يمر في مراحل متعددة، يلبس في كل منها لبسا خاصا ويتخذ طابعا مختلفا، فهو في أوله اتفاق، وفي وسطه إجراء، وفي أخره حكم، وينبغي مراعاة إختلاف هذه الصورة عند تعيين القانون الواجب التطبيق"**[7].

**الفرع الثاني: تعريف اتفاق التحكيم**

سنتناول من خلال هذا الفرع تعريف اتفاق التحكيم في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة؛ كما يلي بيانه:

---

(1)- بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص.6.

(2)- موكه عبد المالك، منازعات عقود التجارة الدولية: بين اختصاص القضاء الوطني والقضاء التحكيمي، "**مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال**"، المجلد 6، ع.4، جامعة قسنطينة1، 2021، ص.453.

(3)- موكه عبد المالك، مرجع سابق، ص.358.

(4)- بودلال فطومة، التحكيم في العقود الإدارية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص علوم قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2016، ص.65.

(5)- عجابي إلياس، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، "**المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية**"، المجلد 47، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر1، 2010، ص.333.

(6)- مرجع نفسه، ص.ص. 334-335.

(7)- مرجع نفسه، ص.333.

**أولا: تعريف اتفاق التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية**

تعرّض المشرّع لدراسة اتفاق التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ وإن كان المشرّع تناول هذا الاتفاق إلاّ أنّه بالعودة إلى المواد المتعلقة به لا نجد من ضمنها أيّة مادة تعنى بتعريفه، بالتالي غياب هكذا مادة يعني غياب التعريف؛ وقد اكتفى المشرّع بذكر صوره بموجب المادتين **1007** و**1011** من (ق.إ.م.إ) فنصّت المادة **1007** منه؛ على أنّه:« **شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم**»[1] .

يتضح من خلال نصّ المادة السالفة الذكر أنّها عرّفت شرط التحكيم وفي نفس الوقت أحالتنا إلى مادة آخر حددت الحقوق التي يجوز فيها اللجوء فيها إليه؛ وبالعودة إلى نصّ المادة **1006** من نفس القانون نجدها تنصّ على أنّه:« **يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.**

**ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.**

**ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عادا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.** ».

تبين لنا أنّ المادة السالفة الذكر قد تضمّنت قاعدتين أصلية واستثنائية؛ أما الأصلية تمثلة في حق الأشخاص الطبيعية والمعنوية باللجوء إلى التحكيم في جميع الحقوق والالتزامات التي لهم مطلق الحرية في التصرف فيها باستثناء المسائل المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة أو حالة الأشخاص وأهليتهم لأنّ اختصاص النظر فيها يؤول للقضاء العادي؛ وإن أجازت المادة للأشخاص المعنوية اللجوء إلى التحكيم إلاّ أنّ هذه الإجازة تكون في علاقاتها الاقتصادية أو في مجال الصفقات العمومية دون سواها.

وتناول المشرّع الصورة الثانية لاتفاق التحكيم في المادة **1011** من نفس القانون بنصّها على أنّه: « **اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم** »[2]، يتضح من خلال نصّ هذه المادة أنّ الصورة الثانية لاتفاق التحكيم تتمثل في مشارطة التحكيم يبرمها الأطراف بعد نشوء النّزاع؛ عليه يعبر شرط التحكيم على ذلك الاتفاق الذي يشكل التزاما بعرض النّزاعات التي قد تثار عن الحقوق المتاحة للشخص على التحكيم؛ وتعبر مشارطة التحكيم على ذلك الاتفاق الذي يقبل من خلاله أطراف العقد اللجوء إلى التحكيم في نزاع سبق أن نشأ بينهم[3]؛ نفس الموقف نجده في المادة **1040/1** من نفس القانون بنصّها على أنّه: « **تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية** » [4]؛ بالتالي فإنّ اتفاقية التحكيم سواء كانت في صورة شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم فإنّها بكلا الشكلين تعد صحيحة ويؤخذ بها؛ فكل ما اتفق بشأنّه من شروط وبنود بصفة صحيحة تأخذ

---

[1]- المادة **1007** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

[2]- المادة **1011**، مرجع نفسه.

[3]- عباس عبد القادر، التحكيم التجاري الدولي وأثاره، "**مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية**"، المجلد 9، ع.4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، 2016، ص. ص. 320-321.

[4]- المادة **1040/1** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

مكانة القانون من حيث القوة، فتصبح بذلك واجبة التنفيذ ويمنع المساس بها تعديلا أو نقضا[1].

ويترتب على اتفاق التحكيم إذا ما وجد أثرين؛ الأول إيجابي والثاني سلبي؛ أما الأول فيتمثل في لجوء الأطراف المتنازعة إلى التحكيم؛ وأما الثاني فيتمثل في التزام الأطراف بعدم اللجوء إلى القضاء الوطني لنظر المنازعة محل التحكيم التي أبرم بشأنها اتفاق التحكيم[2]؛ إلاّ أنّ إعمال الأثر السلبي لاتفاق التحكيم يستلزم توافر شرطين هما؛ الدفع بوجود اتفاق التحكيم من المدعى عليه بشرط أن يثيره هذا الأخير والخصومة التحكيمية ما تزال قائمة؛ وفي الحالة التي يعرض فيها أحد الأطراف النّزاع الذي أبرم بشأنه اتفاق التحكيم على القضاء ولم يثر فيها الطرف الآخر دفعه بوجود اتفاق التحكيم، فإنّ ذلك يعد تنازل عن حقه في اللجوء إلى التحكيم؛ وعودة الاختصاص إلى القضاء مباشرة؛ لأنّ القاضي لا يثير من تلقاء نفسه هذا الدفع لعدم تعلقه بالنظام العام[3].

ويثبت للمدعى بحسب ما تم الإشارة إليه الحق بالدفع بوجود اتفاق التحكيم إذا ما رفع النّزاع الذي بينه وبين الطرف الآخر والذي كان محل اتفاق التحكيم أمام القضاء العادي؛ هذا ما نصّت عليه المادة **1045** من (ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه: « **يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف** » [4].

بمعنى أنّ القاضي الوطني لا يختص بنظر الدعوى إذا كانت الدعوى المعروضة عليه محل تحكيم أي أنّ هيئة التحكيم تفصل فيها ولم تصدر بعد حكما فيها أو إذا تبين للقاضي أنّ النّزاع المعروض عليه قد أبرم بشأنه اتفاق التحكيم بصورتيه؛ وأقرّ المشرّع الجزائري للأطراف في الحقوق المتاحة بموجب المادة المذكورة أعلاه الحق في اللجوء إلى التحكيم حتى وإن كانت الخصومة قد طرحة على القضاء وأثناء سيرها؛ هذا حسب نصّ المادة **1013** من نفس القانون؛ التي نصّت على أنّه:« **يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية** » [5]؛ فيتمسك المدعى بدفعه حتى وإن كانت إجراءات التحكيم ما زالت جارية بغض النظر إذا كان دفعه قد أثيرت قبل رفع الدعوى أمام القضاء أو بعده[6].

ويُعتبر الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفع بعدم الاختصاص لا دفع بعدم قبول الدعوى؛ لأنّه يجوز لمن أبدى الدفع بوجود اتفاق التحكيم أن يتحل من التزامه أي لا يبدي دفعه فيتحل من الالتزام المتبادل الذي يقضي باختصاص محكمة التحكيم بنظر النّزاع فتلتقي إرادة المدعي

---

(1)- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص.08.

(2)- بلباقي بومدين، مرجع سابق، ص.167.

(3)- قبايلي محمد، الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، "**مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية**" ع.11، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي لتمنغراست، 2017، ص.71.

(4)- المادة **1045** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

(5)- المادة **1013**، مرجع نفسه..

(6)- قبايلي محمد، مرجع سابق، ص.71.

بالمدعى عليه ويفصل قضاء الدولة في النّزاع وإن تضمّن اتفاق التحكيم[1]؛ ولا يشكل فصل القضاء في ذلك النّزاع خرقا للأثر السلبي لاتفاق التحكيم إنما فصل القاضي فيه لتنازل الأطراف عن حقهم في اللجوء إلى التحكيم بعدم إثارته أمام القضاء.

نصل كاستنتاج لما تم التطرّق إليه أنّ اتفاق التحكيم عبارة عن عقد مبرم بين أطراف العلاقة العقدية يتضمن قبولهم اللجوء إلى التحكيم بخصوص النّزاعات التجارية الدولية التي قد تنشأ بينهم أو التي نشأة.

لا يكفي لانعقاد اتفاق التحكيم توافر رضاء الطرفين بل لا بد أن يكون مكتوبا تحت طائلة البطلان هذا حسب نصّ المادة **1040/2** التي نصّت على أنّه: « **يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال آخرى تجيز الإثبات بالكتابة**» [2].

وقد كرّس المشرّع مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الذي ورد فيه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة **1040/4** بنصّها على أنّه:« **لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي**. »[3] حسب نصّ المادة فإنّ اتفاق التحكيم عقد جديد لا يتأثر بما يطرأ على العقد الأصلي[4]؛ مثال ذلك فسخ العقد لامتناع المدين عن الوفاء لا يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم؛ بمعنى أنّ النظر في ذلك العقد الذي كان محلا الفسخ يكون من صلاحية التحكيم.

**ثانيا: تعريف اتفاق التحكيم في القانون المقارن**

فضل المشرّع الجزائري عدم تعريف اتفاق التحكيم والاكتفاء بذكر صوره فقط؛ بخلافه نجد التشريعات اللدول ومنه الاتفاقيات الدولية عرّفت اتفاق التحكيم؛ نذكر منها قانون التحكيم المصري وقانون المرافعات المدنية العراقي؛ إذ عرّف المشرّع المصري اتفاق التحكيم بموجب المادة **10** من (ق.ت.م) والتي نصّت على أنّه:« **اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية** » [5] ؛ وعرّفه المشرّع العراقي في المادة **251** من قانون المرافعات المدنية على أنّه:« **يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين**"[6].

---

[1]- بلعباد توفيق، الأثار القانونية لاتفاق التحكيم من حيث الموضوع، "**مجلة العلوم الإنسانية**"، المجلد 31، ع.4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة1، 2020، ص. ص.540-541.

[2]- المادة **1040/2** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[3]- المادة **1040/4**، مرجع نفسه.

[4]- بومعزة نبيهة، مرجع سابق، ص. ص. 221-222.

[5]- المادة **10** من قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية، الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 وفقا لأخر التعديلات، مرجع سابق.

[6]- المادة **251** من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969، المتوفر على الموقع الإلكتروني التالي: http://wiki.dorar-aliraq.net/iraqilaws/law/11811.html

وعرّف المشرّع الأردني اتفاق التحكيم في المادة **9** من (ق.ت.أ) بأنّه:« **اتفاق الأطراف، سواء من الأشخاص الحكمية أو الطبيعية الذين يتمتعون بالأهلية القانونية للتعاقد على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية** ». [1]، وعرّفه المشرّع السوري في المادة **1/2** من (ق.ت.س) بأنّ:« **اتفاق التحكيم: اتفاق طرفي النزاع على اللجوء للتحكيم للفصل في كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية معينة عقدية كانت أم غير عقدية**» [2].

وعرّف المشرّع الفلسطيني اتفاق التحكيم في المادة **5/1** من (ق.ت.ف) بنصّها على أنّه:« **اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو اتفاق منفصل**» [3]؛ وعرّفه قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة **8/1** على أنّ:« **اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية** »[4].

وتجمع التشريعات الواردة أعلاه على أنّ اتفاق التحكيم هو ذلك الاتفاق الذي يقوم به الأطراف يتعلق بإحالة النّزاع على محكمة التحكيم؛ ويجوز أن يكون هذا الاتفاق في شكل شرط التحكيم يبرم قبل نشوء النّزاع أو في شكل مشارطة التحكيم لاحقة لنشوء النّزاع يبرمونه أثناء إبرام العقد الأصلي كبند من بنود العقد أو بعد إبرامه في عقد مستقل عنه، أو أثناء نشوء النّزاع[5]؛ ينشأ التزاما سلبيا متبادلا على عاتق أطرافه يتمثل في حرمانهم من اللجوء إلى القضاء في النّزاع المتفق عرضه على التحكيم[6].

ويعبر اتفاق التحكيم على كل إحالة ترد في عقد أو في وثيقة يبرمها أطراف العقد يتفقون فيها على مراجعة القضاء العادي والاحتكام إلى محكم أو أكثر للفصل في نزاع محتمل أو قائم[7]، ليفصل في النّزاع بقرار قطعي يستمد الزاميته من اتفاق التحكيم[1].

---

[1]- المادة **9** من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم 16 لسنة 2018، المنشور على الصفحة 2317 من عدد الجريدة الرسمية رقم 5513، المتوفر على الموقع الإلكتروني التالي: https://www.aifica.com/2018/05/12/2018

[2]- المادة **1/2** من قانون التحكيم السوري الجديد رقم(**4**) لسنة 2008، المتوفر على الموقع الإلكتروني التالي: https://pacaarbitration.com/service/136

[3]- المادة **5/1** من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (**3**) لسنة 2000، المتوفر على الموقع الإلكتروني التالي: https://maqam.najah.edu/legislation/12

[4]- المادة **8/1** من قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في سنة 2006، مرجع سابق.

[5]- عشوش أحمد عبد الحميد، التحكيم كوسيلة لفض النزاعات في مجال الاستثمار: دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990، ص.17.

[6]- بلباقي بومدين، مبدأ الإختصاص بالإختصاص في التحكيم في المنازعات البحرية، "**المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية**"، المجلد 3، ع.6، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي تسمسيلت، 2018 ص.146.

[7]- التحيوي محمود عمر، أنواع التحكيم، وتمييزه عن الصلح، والوكالة، والخبرة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002 ص.59.

**الفرع الثالث: أشكال اتفاق التحكيم**

يشمل اتفاق التحكيم صورتين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم؛ على أن يكون اتفاق التحكيم في شكل شرط التحكيم في حالة ما إذا تم إبرامه قبل نشوء النّزاع ويكون في شكل مشارطة التحكيم في الحالة التي يبرم فيها اتفاق التحكيم بعد نشوء النّزاع؛ هذا ما سيتم التطرق إليه من خلال هذا الفرع كما يلي بيانه:

**أولا: شرط التحكيم**

يُعتبر شرط التحكيم أحد صور اتفاق التحكيم والأكثر شيوعا من الناحية العملية بالنظر إلى الظروف السائدة وقت إبرامه التي تسودها روح الود وحسن النية؛ بعكس مشارطة التحكيم التي تبرم بعد وقوع النّزاع نتيجة الامتناع عن التنفيذ[2]؛ وقد عرّف المشرّع الجزائري شرط التحكيم في المادة **1007** من (ق.إ.م.إ) بنصّه على أنّه:« **شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم** »[3].

يتضح من خلال نصّ المادة أنّ؛ شرط التحكيم يتمثل في ذلك الاتفاق الذي يبرمه أطراف العقد لمواجهه نزاعات من المحتمل أن تقع في المستقبل إما أن تنشأ أو لا تنشأ بمعنى إذا نشأ النّزاع حقيقة فإنّه يعرض على محكمة التحكيم[4]، بغض النظر إن كان هذا الشرط قد ورد في العقد الأصلي في شكل بند من بنوده أوفي اتفاقية مستقلة عنه[5].

ويتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النّزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم، وفي حالة ما إذا رفض المحكم المهمة المسندة إليه يستبدل بمحكم آخر، مع ضرورة أن يكون شرط التحكيم مكتوبا؛ هذا حسب نصّ المادة **1012**/1و2 من(ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه:« **يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا.**

**يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينه.** »[6]؛ بمعنى أنّ اللجوء إلى التحكيم لا يتحقق بمجرد وجود اتفاق التحكيم إنما لابد بعد نشوء النّزاع أو قبله أن يتعرّض الأطراف إلى تحديد موضوع النّزاع وتشكيل محكمة التحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وعلى موضوع النّزاع محل التحكيم؛ ومكان انعقاد الجلسات والمواعيد وطريقة إصدار القرار التحكيمي[7].

---

(1)- بوختالة منى، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام تخصص التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2014، ص.39.

(2)- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص.14.

(3)- المادة **1007** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

(4)- زياد عبد الوهاب النعيمي، احمد طارق ياسين، دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات الحدود، "**مجلة المنار والدراسات القانونية والسياسية**"، المجلد1، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، بالمدية، 2017 ص.11.

(5)- مخلوف أحمد، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص.33.

(6)- المادة **1012** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

(7)- بوختالة منى، مرجع سابق، ص.41.

وقد أجاز المشرّع الجزائري شرط التحكيم في المادة **1040/1** من (ق.إ.م.إ) بنصّه على أنّه:« **تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية.** »[1]؛ فكلمة "المستقبلية" تدلّ على شرط التحكيم لأنّه يبرم قبل وقوع النّزاع؛ وبما أنّ شرط التحكيم يصح أن يرد في العقد الأصلي ضمن أحد بنوده كما يصح أن يرد في اتفاق لاحق مستقل عن العقد فإنّ هذا الأمر قد أثار جدال فقهي حول استقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي ورد فيه.

إذ يذهب المقصود باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي ورد من أجله إلى قابليته للانفصال عن العقد الذي تضمّنه من حيث الصحة والبطلان والوجود، فلا يترتب عن بطلان العقد الأصلي أو عدم صحته بطلان اتفاق التحكيم إلاّ إذا كان البطلان مشتملا لاتفاق التحكيم والعقد معا؛ كما لو أبرم العقد من عديم الأهلية[2].

وفي تحديد مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي ورد فيه؛ نصّت المادة **1040/4** من (ق.إ.م.إ) على أنّه:« **لا يمكن الإحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي.** »[3] ونصّت المادة **23** من (ق.ت.م) على أنّه: «**يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته** »[4]؛ وبما أنّ التشريعات السالفة الذكر قد أخذت بمبدأ استقلالية شرط التحكيم فإنّ ذلك سيؤدي لا محال إلى إختلاف القانون الواجب التطبيق على العقد وعلى الشرط[5].

وقد انقسم الفقه إلى اتجاهين في مسألة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد؛ اتجاه من الفقه يفرّق بين الحالة التي يرد فيها شرط التحكيم ضمن بند من بنود العقد والحالة التي يرد فيها شرط التحكيم ضمن اتفاق مستقل عن العقد الذي ورد من أجله؛ ففي الحالة الأولى فإنّ اتفاق التحكيم يتبع مصير العقد الأصلي، وفي الحالة الثاني فإنّ شرط التحكيم يعد شرط مستقلا عن العقد بالتالي لا يتبع مصير العقد[6].

ورأى اتجاه ثاني بأنّ شرط التحكيم شرط مستقل عن العقد الذي ورد من أجله بغض النظر إن كان هذا الشرط قد ورد في العقد ذاته أو وثيقة مستقلة عنه، لأنّ شرط التحكيم له موضوعه الخاص به يختلف تمام الاختلاف عن العقد الذي ورد فيه الذي يتضمن شروط إبرام العقد ومكان تنفيذه ومكان التسليم وتاريخ التسليم والضمانات الممنوحة إلى غير ذلك من المسائل التي ترتبط به، وهو النظر في النّزاع عن طريق التحكيم[7].

---

(1)- المادة **1040/1** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

(4)- خنفوسي عبد العزيز، بلباقي بومدين، مدلول مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم في المنازعات البحرية لدراسة في ضوء الفقه والقضاء وأنظمة التحكيم البحري، **"مجلة البحوث القانونية والسياسية"**، ع.6، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2016. ص.110.

(3)- المادة **1040/4** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

(4)- المادة **23** من قانون التحكيم المصري، مرجع سابق.

(5)- خير الدين كاظم الأمين، محمود عباس مغير الجبوري، القانون الواجب التطبيق على بطلان إتفاق التحكيم، **"مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية"**، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بابل، 2009، ص.355.

(6)- زياد عبد الوهاب النعيمي، أحمد طارق ياسين، مرجع سابق، ص. 12.

(7)- مرجع نفسه، ص. 12.

ويفهم أنّ الفقه في تحديد مسألة استقلال اتفاق التحكيم قد فرّق بين الحالة التي يرد فيها كبند في العقد أو تلك التي يكون في عقد مستقل ينص على أنّ التحكيم هوالمختص بنظر النّزاع.

**ثانيا: مشارطة التحكيم**

تُعتبر مشارطة التحكيم صورة من صور اتفاق التحكيم إلى جانب شرط التحكيم؛ عرّفها المشرّع الجزائري بموجب نصّ المادة **1011** من (ق.إ.م.إ) بنصّه على أنّه: « **اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم.** »[1]، بمعنى أنّ مشارطة التحكيم تتمثل في ذلك الاتفاق الذي يقبل أو يتفق بموجبه أطراف المتنازعة على اللجوء إلى التحكيم[2] بعد نشوء النّزاع لا قبله[3]؛ تبرم في عقد مستقل بذاته عن العقد الذي نشأ فيه النّزاع[4].

عليه كان معيار التمييز بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم هو نشوء النّزاع بعد الاتفاق أو قبله؛ فإذا نشأ النّزاع ثم لجأ الأطراف إلى التحكيم نكون بصدد مشارطة التحكيم، إما إذا نشأ الاتفاق قبل حدوث النّزاع أي كان سابقا في وجوده عن النّزاع كنا بصدد شرط التحكيم، مع وجود اختلاف بين الشكلين في كون مشارطة التحكيم تتعلق بنزاعات وقعت فعلا، وشرط التحكيم يتعلق بنزاعات محتملة الوقوع في المستقبل؛ أجازها المشرّع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب نصّ المادة **1040/1** بنصّها على أنّه:« **تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية.** »[5]؛ فدلت كلمة القائمة على مشارطة التحكيم.

**المطلب الثاني: طرق تشكيل محكمة التحكيم**

تتشكل محكمة التحكيم بطريقتين؛ إما عن طريق الأطراف وهو ما يسمى بالتعيين الاتفاقي لمحكمة التحكيم، وإما عن طريق القضاء، هذا ما سيتم دراسته من خلال الفروع الأتية:

**الفرع الأول: التشكيل الاتفاقي لمحكمة التحكيم**

يتمتع الأطراف في مجال التحكيم بتشكيل الأعضاء التي تتكون منها هئية التحكيم بأنفسهم بطريقة مباشرة؛ كما لهم أيضا أن يعهدوا هذا الحق لمراكز التحكيم المختصة في هذا الشأن؛ ولم يكن لأطراف العقد هذا الحق لو لم تسمح به التشريعات القانونية للدول التي وضعت ضمن قوانينها نصوص قانونية تسمح لهم بذلك؛ وهو ما سنتعرّض له من خلال هذا الفرع كما يلي:

**أولا: سند الأطراف في التعيين المباشر لمحكمة التحكيم**

---

(1)- المادة **1011** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

(2)- بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.2، كليك للنشر،2012، ص.382.

(3)- علاء حسين علي، القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، "**مجلة مركز دراسات الكوفة**"، مجلة فصلية محكمة، العراق، ص. 2.

(4)- بوقراط أحمد، مرجع سابق، ص. ص.157-158.

(5)- المادة **1040/1** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

تتكون محكمة التحكيم من محكمين تعهد إليهم مهمة النظر في النّزاع؛ على أن يقصد بالمحكم: **"شخص يتمتع بثقة الخصوم، يتولى مهمة الفصل في نزاع معين بموجب اتفاق مبرم بينه وبين الأطراف المحتكمة، ويكون حكمه ملزما لأطراف الخصومة"**[1]؛ وتتشكل محكمة التحكيم عن طريق الأطراف.

وقد منحت التشريعات للدول للأطراف المتخاصمة الحق في تعيين محكمة التحكيم بمعنى تعيين المحكمين؛ وإذا ما تصدى الأطراف بأنفسهم لمسألة تعيين محكمة التحكيم فإنّنا نكون بصدد التعيين المباشر؛ هذه الطريقة من التعيين تجد سندها القانوني في قوانين الدول؛ في القانون الجزائري تجده في نصّ المادة **1041/1** من(ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه: « **يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو إستبدالهم** »[2].

وفي القانون المصري تجده في المادة **17** من (ق.ت.م) بنصّها على أنّه:**« لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم... »**[3]، وفي القانون الفلسطيني تجده في نصّ المادة **8/1** من (ق.ت.ف) بنصّها على أنّه:**« تشكل هيئة التحكيم باتفاق الأطراف من محكم أو أكثر»**[4]؛ وفي القانون الأردني تجد هذا السند في نصّ المادة **14/1** من (ق.ت.أ) بنصّها على أنّه:**« تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر»**[5].

تبين من خلال النصوص القانونية السالفة الذكر أنّ أطراف العقد هم من لهم الحق بصفة أولوية في تشكيل محكمة التحكيم؛ هذا ما يستنتج من عبارة "يجوز للأطراف مباشرة" بمعنى أنّ الخصوم يحق لهم أن يتولو بأنفسهم تعيين الأعضاء الذين تتكون منهم محكمة التحكيم من خلال اللجوء إلى مراكز التحكيم التي تتيح لهم هذه الخدمة من ضمن قائمة الأسماء التي تعرض عليهم.

**ثانيا: سند الأطراف في التعيين غير المباشر لمحكمة التحكيم**

تتعيّن محكمة التحكيم بطريقة مباشرة من الأطراف المتعاقدة؛ لكنه قد يعهد الأطراف هذا الحق لنظام التحكيم الذي يتولى تعيين المحكمة التحكيمية باللجوء إلى مراكز تحكيم مختصة تقدّم هذه الخدمة؛ وهو ما يسمى بالتعيين الاتفاقي الغير المباشر لمحكمة التحكيم؛ تعيين اتفاقي

---

(1)- سرحان عبد القادر، مزاولي محمد، الضوابط القانونية لاختيار المحكم التجاري الدولي في التشرعيين المصري والجزائري، "**مجلة القانون والمجتمع**"، المجلد7، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية أدرار، 2019 ص.69.

(2)- المادة **1041/1** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

(3)- المادة **17** من قانون التحكيم المصري، مرجع سابق.

(4)- المادة **8/1** من قانون التحكيم الفلسطيني، مرجع سابق.

(5)- المادة **14/1** من قانون التحكيم الأردني، مرجع سابق.

لأنّ الأطراف باتفاق بينهم منحوا حق اختيار المحكمين لهذا المركز، غير مباشر لأنّ التعيين في هذه الحالة يكون عن طريق التفويض[1].

ويجد التعيين الاتفاقي غير المباشر لمحكمة التحكيم سند القانوني في التشريع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة **1041/1** من (ق.إ.م.إ) بأنّه:« **يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم...»**[2]؛ يفهم من خلال نصّ المادة أنّ المشرّع وبالتعين غير المباشر لهذه الأخيرة، تتولى فيه مراكز التحكيم مهمة تعيين محكمة التحكيم بناء على اتفاق يبرمه أطراف اتفاق التحكيم؛ ويقع على محكمة التحكيم احترام الشروط التي وضعها الأطراف؛ فإن وقع اختيارهم على رجال القانون التزمت المحكمة بأن تختار محكمين متخصيصين في القانون فلا تملك المحكمة مخالفة هذه الإرادة بالخروج عنها لاختيار أخر[3].

ويشترط في المحكمين الذين تعيّنهم المحكمة أو الأطراف أن يكونوا متمتعين بالأهلية فلا يصح أن يكون المحكم قاصرا بل بالغا سنّ الرشد غير محجور عليه وغير محروم من حقوقه المدنية[4]؛ وتلتزم محكمة التحكيم التي فوّض لها ممارسة حق اختيار المحكمين بعدم تفويض هذه المهمة لغيرها إلاّ بموافقة الأطراف على ذلك[5].

ويُعتبر قبول المحكم بمهمته الخطوة الأولى في تشكيل محكمة التحكيم، هذا ما نصّت عليه المادة **1015/1** من (ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه:**« لا يعد تشكيل محكمة تحكيم صحيحا، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم.»**[6]؛ منه إذا علم المحكم بأنّه قابل لرد وجب عليه أن يخبر الأطراف بذلك ولا يجوز له مباشرة مهمته التحكيمية إلاّ بعد موافقتهم هذا ما نصّت عليه المادة **1015/2** بنصّها على أنّه:**« إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم.** » [7]، على أن يلتزم المحكم بإنهاء مهمته خلال أربعة أشهر يبدأ سريانها من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم.

وتكون مهلة المحكمين قابلة للتمديد بموافقة أطراف الخصومة التحكيمية، وفي حالة عدم الموافقة يتم تمديد الأجل من طرف محكمة التحكيم المنوط لها النظر في الخصومة

---

(1)- يسعد حورية، التحكيم التجاري الدولي طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، "**المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية**"، المجلد47، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر1، 2010 ص.318.

(2)- المادة **1041/1** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مرجع سابق.

(3)- رحمون وليد، مرجع سابق، ص.560.

(4)- سرحان عبد القادر، مزاولي محمد، الاتجاهات الحديثة للتحكيم التجاري الدولي بالجزائر في علاقته بالاستثمار وفقا للقانون 08-09 والقوانين المقارنة، "**مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية**"، المجلد 21، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية أدرار، 2022، ص.ص. 74-75.

(5)5- رحمون وليد، طرق تشكيل المحكمة التحكيمية في ظل القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري،"**المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية**"، المجلد 2، ع.3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي بالأغواط، 2018 ص.560.

(6)- المادة **1015/1** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

(7)- المادة **1015/2** ، مرجع نفسه.

التحكيمية، وإلاّ من طرف رئيس المحكمة المختصة، بالتفرقة بين ما إذا كان مقر التحكيم في الجزائر أو خارجها واتفق الأطراف أن يؤخذ بالإجراءات المعمول بها في الجزائر؛ فإذا كان مقر التحكيم في الجزائر يؤول الاختصاص لرئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصه التحكيم؛ أما إذا كان مقر التحكيم في الخارج فالاختصاص في تمديد أجل الفصل في الخصومة يؤول إلى رئيس محكمة الجزائر؛ هذا ما نصّت عليه المادة **1018** من (ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه:« **يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة(4) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو تاريخ إخطار محكمة التحكيم.**

**غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة عليه، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك، يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة.**

**لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف** »[1].

وقد رتب المشرّع على عدم تشكيل محكمة التحكيم أو أحد المحكمين أو تحديد طرق تعيينهم إما بطريقة مباشرة أو عن طريق التفويض بطلان اتفاق التحكيم، هذا ما صرّح به في المادة **1008/2** من (ق.إ.م.إ) بنصّه على أنّه:« **يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كيفيات تعيينهم.** »[2]؛ ما يعني أنّ المشرّع يعتبر خلو اتفاق التحكيم من أسماء المحكمين أو تحديدهم أو تعيينهم أو بيان كيفية اختيارهم سببا من أسباب بطلان اتفاق التحكيم وليس مجرّد اجراء للخصوم لهم الحق في اتمامه ببيانه في شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم[3].

**الفرع الثاني: التشكيل القضائي لمحكمة التحكيم**

تتشكل محكمة التحكيم التي تتولى الفصل في النّزاع من مجموعة من المحكمين؛ فأول مسألة يتصدى لها أطراف الخصومة التحكيمية هي تشكيل محكمة التحكيم بالطرق التي حددتها التشريعات؛ فإما أن يتولى أطراف اتفاق التحكيم تشكيل محكمة التحكيم شخصيا وإما أن يعهدوا هذا الحق لمراكز تحكيم تنوب عنهم في ممارسة هذه المهمة بحسب الشروط التي وضعها الأطراف؛ وفي الحالة التي يغفل فيها الأطراف عن تعيين محكمة التحكم في اتفاق التحكيم أو أنّهم مارسوا حق التعيين إلاّ أنّه اعترضتهم في ذلك صعوبات، فقد منح المشرّع والتشريعات المقارنة للأطراف الحق في اللجوء إلى رئيس المحكمة المختصة من أجل تعيين المحكم أو المحكمين وهو ما يسمى بالتعيين القضائي لمحكمة التحكيم.

ويجد التعيين القضائي لمحكمة التحكيم سنده القانوني في قوانين الدول منها، القانون الجزائري الذي نصّ في المادة **1040** من (ق.إ.م.إ) على أنّه:« **وفي غياب التعيين، وفي**

---

(1)- المادة **1018**، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

(2)- المادة **1008/2**، مرجع نفسه.

(3)- مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية والأجنبية والإتفاقيات والمراكز الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص.82.

**حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:**

**1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجرى في الجزائر،**

**2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.** »[1]؛ ونصّت المادة **1042** من نفس القانون على أنّه:« **إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ.** » [2].

ويتضح من خلال نصّ المادتين أنّ المشرّع قد تطرق إلى كيفية تشكيل محكمة التحكيم في غياب التشكيل الاتفاقي والجهة القضائية المختصة بذلك التي يقدم أمامها الطلب؛ منه في غياب التعيين الاتفاقي لمحكمة التحكيم بنوعيه المباشر وغير المباشر يجوز لمن يهمه أمر التعجيل في النظر في القضية محل النّزاع أن يطلب مساعدة القضاء لتشكيل المحكمة أو تخطي الصعوبة؛ بمعنى أنّ القاضي لا يتدخل من تلقائي نفسه إنما لابد من طلب أحد الخصوم بأمر على عريضة يقدمه لرئيس المحكمة المختصة[3].

وقد فرّق المشرّع في تحديد القاضي المختص في تعيين محكمة التحكيم بين الحالة التي يجرى فيها التحكيم في الجزائر والحالة التي يجرى فيها خارج الجزائر، مع اتفاق الأطراف على خضوع التحكيم للقواعد المعمول بها في الجزائر؛ إذ يؤول الاختصاص في الحالة الأولى لرئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم[4]؛ ويؤول الاختصاص في الحالة الثانية لرئيس محكمة الجزائر[5].

غير أنّه وحسب نصّ المادة السالفة الذكر فإنّه في حالة عدم تعيين الجهة القضائية المختصة فإنّ الطلب يودع أمام محكمة محل إبرام العقد محل المنازعة أو مكان تنفيذه؛ على أن تتشكل المحكمة من محكمين بعدد فردي هذا ما نصّت عليه المادة **1017 من** (ق.إ.م.إ) على أنّه:« **تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي.** » [6].

وقد تعرّضت التشريعات المقارنة لمسألة طلب مساعدة القضاء في تشكيل محكمة التحكيم؛ من هذه التشريعات ما نصّ عليه القانون المصري في المادة **9/2** من قانون التحكيم بنصّها على أنّه: « **إذا لم يتفق على تشكيل هيئة التحكيم يختار كل طرف محكمًا، ويختار**

---

[1]- المادة **1040** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[2]- المادة **1042**، مرجع نفسه.

[3]- إلهام عزام وحيد الخراز، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2009، ص.19.

[4]- المادة **1042**، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[5]- المادة **1040**، مرجع نفسه.

[6]- المادة **1017**، مرجع نفسه.

**المحكمون مرجحا إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك.** »[1]، وما نصّ عليه القانون الفلسطيني في المادة **11/1** من قانون التحكيم بنصّه على أنّه:« **بناء على طلب أحد الأطراف أو هيئة التحكيم تعين المحكمة المختصة محكما أو مرجحا من ضمن قائمة المحكمين المعتمدين من وزارة العدل...** »[2].

**المطلب الثالث: حالات تطبيق منهج القواعد الموضوعية في التحكيم التجاري الدولي**

تلي مرحلة اتفاق التحكيم وتشكيل محكمة التحكيم وفقا للطرق المحددة قانونا مرحلة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع خصومة التحكيم؛ إذ يخضع موضوع النّزاع للقواعد القانونية التي يختارها الأطرافها وفي غياب الاختيار يخضع لقواعد القانون التي يراها المحكم ملائمة؛ وهو يبحث عن القانون الملائم يراعي عادات وأعراف التجارة الدولية كأحد مكوّنات القواعد الموضوعية.

وبما أنّ من يختار التحكيم يختار قانونه فإنّ الأطراف باختيارهم التحكيم وكأنّهم اختاروا تطبيق القواعد القانونية الواردة فيه، كعادات وأعراف التجارة الدولية والعقود النموذجية والمبادئ العامة للقانون؛ على أن تطبّق محكمة التحكيم القواعد الموضوعية على موضوع النّزاع في حالتين: تطبيقها بناءً على إرادة الأطراف المتعاقدة وتطبّقها في حالة سكوت الأطراف عن الاختيار، أو في حالة حلول القواعد الموضوعية محل القانون المختار لمخالفته النظام العام الدولي، هذا ما سنطرّق إليه في هذا المطلب من خلال الفروع الأتية:

**الفرع الأول: حالة اختيار الأطراف تطبيق القواعد الموضوعية**

يتمتع الأطراف في مجال المعاملات التجارية الدولية بحقهم في اختيار القانون الذي يسري عليها؛ واختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق إنما جاء بناء على إرادة المشرّع الذي سمح للأطراف بحق الاختيار، هذا تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة.

وإستناد لنصوص القانونية الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، فإنّه يمكن أن يختار الأطراف اخضاع عقدهم في حالة النّزاع لقواعد القانون مهما كانت طبيعتها سواء من طبيعة وطنية أو أجنبية[3]؛ وفي الحالة أي التي يختار فيها الأطراف تطبيق القانون الوطني لدولة معينه، إنما لا بد أن يفهم من أنّها القواعد الموضوعية الموجودة فيه وليس قواعد الإسناد ما لم يتفق الأطراف صراحة على غير ذلك[4]؛ أو من طبيعة دولية وهي القواعد المستوحاة من عادات وأعراف التجارة الدولية والمبادئ العامة للقانون والاتفاقية الدولية والعقود النموذجية والشروط العامة؛ تلك هي مكوّنات منهج القواعد الموضوعية التي تكون محل اختيار الأطراف.

ويكون المحكم الدولي إن اختار الأطراف القواعد القانونية الواجبة التطبيق ملزم بتطبيقها وإلاّ كان حكمه معرّضا للطعن عن طريق البطلان، إذا كان التحكيم قد جرى في

---

[1]- المادة **9/2** من قانون التحكيم المصري، مرجع سابق.

[2]- المادة **11/1** من قانون التحكيم الفلسطيني، مرجع سابق.

[3]- المادة **1050** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[4]- المادة **39/1** من قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، مرجع سابق.

الجزائر أو للإستئناف إذا كان التحكيم قد جرى في الخارج استنادا على الحالة التي تعلق بخروج المحكم عن المهمة المسندة إليه[1].

ويعتبر اختار الأطراف المتعاقدة لأحد المصادر المكونة لمنهج القواعد الوضوعية لتطبّق على موضوع النّزاع في الحالة التي يعرض فيها على التحكيم التجاري الدولي صحيحا لوجود سند قانوني في قوانين الدول سمح لهم بهذا الاختيار؛ نجد منها ما نصّت عليه المادة **1050** من (ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه:« **تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ...**»[2]، وما نصّت عليه المادة **1/39** من (ق.ت.م) بنصّها على أنّه:« **تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفاق على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق على غير ذلك.** »[3].

وما نصّت عليه المادة **1/28** من القانون النموذجي للتحكيم بنصّها على أنّه: « **تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظام قانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك.** »[4].

يُستفاد من النصوص القانونية السالفة الذكر أنّها تضمنت قاعدة آمرة واجب التطبيق من طرف المحكم؛ منه فإنّه يكون ملزم بتطبيق قواعد القانون التي اختارها الأطراف؛ لأنّ النصوص القانونية الواردة أعلاه احتوت ما يفيد الالزام والمتمثلة في تفصل وتطبق؛ تكون واجبة التطبيق دون أن ننظر إلى اختيار الأطراف إن كان منصبا على قانون وطني أو موضوعي مستمد من عادات وأعراف التجارة الدولية والمبادئ العامة أو إلى الصلة الموجودة بين القانون المختار والعقد محل المنازعة.

منه يمكن للأطراف أن يختاروا قانونا لا يتصل بالعقد أبدا لا من حيث مكان إبرامه ولا من حيث مكان تنفيذيه ولا من حيث الموطن ولا الجنسية[5]؛ هذا ما كرّسه المشرّع الجزائري في (ق.إ.م.إ) حينما نصّ صراحة على أنّ الأطراف لهم كامل الحرية في اختيار قواعد القانون الذي يروناها مناسبة لحكم النّزاع؛ منه لم يشترط لتطبيق قانون الإرادة أن تكون له صلة بالعقد بالتالي لا هو قانون مكان تنفيذ العقد ولا قانون مكان إبرامه ولا قانون الجنسية المشتركة ولا قانون الموطن المشترك.

هذا بعكس القاضي الذي يكون ملزما بتطبيق القانون المختار إذا ما كان هذا الأخير متصل بالعقد أو بالمتعاقدين، وفي غياب قانون الإرادة يلتزم القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بتركيزه إما تركيزا جامدا أو تركيزا مرنا من خلال ظروف

---

(1)- المادة **1056** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

(2)- المادة **1050** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

(3)- المادة **1/39** من قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، مرجع سابق.

(4)- المادة **1/28** من قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، مرجع سابق.

(5)- عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة العربية، الإسكندرية، 2008، ص.117.

وملابسات التعاقد أو من خلال الآداء المميز للعقد الذي يحدّد القانون الواجب التطبيق في مكان الإقامة المعتادة للمدين بالآداء المميز باعتباره صاحب الآداء المؤثر في العقد لأنّه من ينقل ويبيع[1].

وقد كرس نفس المبدأ من طرف غرفة التجارة الدولية في قضية رقم **1581** لسنة 1971 بتطبيقها القانون الفرنسي الذي كان محل اختيار الأطراف على العقد برّغم من أنّ النّزاع يتصل في أغلب عناصره بانجليترا؛ **"لا يمكن للمحكم أن يستبدل القانون المختار من الأطراف صراحة بقانون آخر يختاره دون عذر مقنع لذلك، خاصة عندما يكون الاختيار واضحا لا يدع مجالا للالتباس."**[2].

ومن الممارسات التحكيمية حكم التحكيم الصادر في قضية رقم **2753** لعام 1976 من غرفة التجارة الدولية بباريس بخصوص نزاع بين شركة الألمنيوم اليوغسلافية والإنجليزية؛ حيث أنّ البائع يوغسلافي والمشتري أمريكي؛ منه يمكن أن يكون القانون المختار إما قانون يوغسلافيا باعتبارة قانون جنسية المشتري أو قانون أمريكا باعتباره قانون جنسية البائع، واللغة التي حرّر بها العقد والتي ترجح تطبيق القانون الأمريكي في غياب قانون الإرادة[3].

ورغم المعطيات المذكوزة أنفا إلاّ أنّ غرفة التجارة بباريس لم تطبّق لا القانون اليوغسلافي ولا القانون الأمريكي بل طبقت على النّزاع قانون مقر التحكيم وهو القانون الفرنسي، السبب في ذلك أنّ الأطراف عندما اختاروا عرض نزاعهم على غرفة التجارة الدولية الواقع مقرها بفرنسا إنما يفهم ضمنيا أنّهم أرادوا أن يطبّق عليهم القانون الفرنسي دون سواه[4].

ولا يشترط في اختار القانون الواجب التطبيق أن يتم بكيفية معينة إنما يصح أن يرد ضمن بند من بنود العقد أو في وثيقة مستقلة أثناء ابرام العقد أو بعد نشوء النّزاع؛ بمعنى أنّ أطراف العقد لهم الحرّية الكاملة في ما يتعلق بزمان اختيار قانون الإرادة.

فيصح أن يتم اختياره وقت إبرام العقد كأحد بنود العقد مثلا البند **15** من العقد يحدد القانون الواجب التطبيق على العقد في حالة نشوء نزاع على أن يكون كالتالي؛ يخضع العقد في حالة وجود نزاع لعادات وأعراف التجارة الدولية؛ أو في عقد مستقل عن العقد الأصلي يتطرّق فيه الأطراف لاختيار القانون الذي يسري على العقد في حالة نشوء نزاع على أن يكون كالتالي فيما تعلق بالقانون الواجب التطبيق على العقد يخضع للمبادئ العامة للقانون مثلا؛ ويصح أن يتم اختياره بعد نشوء النّزاع في اتفاقية مستقلة عن العقد؛ بعدما يكون الأطراف قد أوردوا بندا آخر يتعلق باتفاق التحكيم بغضّ النّظر إن كان هذا الأخير قد ورد قبل نشوء النّزاع ضمن بند من بنود العقد وهو شرط التحكيم أو في عقد مستقل أو في اتفاقية

---

[1]- منير عبد المجيد، الاسسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص.68.

[2]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص.137.

[3]- إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الإستثمار، التجربة الجزائرية نموذجا، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص.298.

[4]- مرجع نفسه، ص.298.

تحكيم ترد بعد نشوء النّزاع يتضمن ما يلي أن العقد المبرم بيننا في حالة نشوء النّزاع تنظر فيه محكمة التحكيم[1].

وتنظر محكمة التحكيم في النّزاع المعروض عليها حسب قواعد القانون المختار من الأطراف بطريقة صريحة أو ضمنية[2]؛ منه تتضح التفرقة بين حرية الأطراف في الاختيار حسب منهج قواعد الإسناد وحريتهم في الاختيار حسب القواعد القانونية المتعلقة بالتحكيم عليه فإنّه مصطلح قواعد القانون الوارد في النصوص القانونية السابقة الذكر يعني باللغة الفرنسية (**Regles de droit**) والتي يقصد بها القواعد القانونية أيّ كان مصدرها، واردة في قانون وطني أو أجنبي أو قانون مقر التحكيم أو في لائحة تحكيمية أو في قانون نموذجي أو اتفاقية أو في أعراف التجارة الدولية أو المبادئ العامة للقانون[3]، ومصطلح القانون يقصد به القواعد القانونية الوطنية التي تنتمي إلى قانون دولة معينة سواء كان هذا القانون وطني أو أجنبي[4].

وتجمع النصوص القانونية السابقة الذكر على خضوع العقد لقواعد القانون المختارة من الأطراف المتعاقدة؛ منه يمكن أن يختار الأطراف أيّ قاعدة قانونية بشرط ألا تخالف النظام العام والأداب العامة؛ وجه الاختلاف بين المادة الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدراية والقوانين الآخر المذكورة أنّ المشرّع لم يفرّق عند تحديد ما يطبّقه المحكم على موضوع النّزاع بين القواعد التي يتفق عليها الأطراف من جهة وبين اتفاق الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة من جهة أخرى؛ لأنّ المراد بتطبيق قانون دولة معينة هي القواعد الموضوعية التي تسري في تلك الدولة وليس قواعد التنازع؛ منه وحسب ما جاء في القوانين المقارنة يجب التفرقة بين أمرين:

1- إتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار قواعد قانونية تنتمي إلى قانون دولة معينة؛ نفرّق في هذه الحالة بين مسألتين:

أ- في حالة غياب اتفاق الأطراف؛ فإنّ أيّ اختيار لقانون دولة ما يعتبر إشارة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة التي كان قانونها محل اختيار الأطراف وليس القواعد المتعلقة بتنازع القوانين؛ منه يطبق المحكم القواعد الموضوعية الواردة فيه دون قواعد التنازع[5].

ب- في حالة وجود اتفاق الأطراف؛ من خلال اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار القواعد القانونية الي تنتمي إلى دولة معينة وتتجه تلك الإرادة إلى قواعد الإسناد الواردة فيه؛ فإنّ

---

(1)- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص.122.

(2)- سمير عبود فرحان، مقارنة بين القانون الوجب التطبيق على منازعات التحكيم، دراسة القانونين الأردني والعراقي مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2017 ص. ص.99-100.

(3)- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص.157.

(4)- مرجع نفسه، ص.157.

(5)- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص.418.

المحكم في هذه الحالة يلتزم بتطبيق قواعد الإسناد دون القواعد الموضوعية الواردة في قانون تلك الدولة[1].

نشير إلى أنّه؛ فيما تعلق بحالة اختيار الأطراف تطبيق قانون دولة معينة؛ وإن كان هناك تعديل أو إلغاء في القانون المختار التابع لتلك الدولة خاصة في عقود التجارة الدولية التي تتميز بطول مدتها من حيث التنفيذ كعقد نقل التكنولوجيا أو عقود التوريد أو إنشاء المشاريع التنموية، فإنّ المحكم حينما يطبق قانون تلك الدولة الذي كان محل اختيار الأطراف المتعاقدة يفرّق بين أمرين:

- وجود شرط الثبات التشريعي؛ التجميد الزمني للقانون الواجب التطبيق، فإنّ القانون الواجب التطبيق هو ذلك القانون الموجود وقت إبرام العقد.

- خلو العقد من شرط الثبات التشريعي؛ فإنّ القانون الواجب التطبيق هو القانون المختار بالحالة التي كان عليها وقت انعقاد هيئة التحكيم[2].

2- في حالة اختيار الأطراف قواعد قانونية لا تنتمي إلى دولة معينة؛ فإنّ المحكم يطبق القواعد الموضوعية المختارة من الأطراف سواء كانت أعراف التجارة الدولية أو اتفاقيات دولية أو مبادئ القانون أو الشروط العامة والعقود النموذجية[3].

ويعد خرق المحكم لقواعد القانون المختار من الأطراف المتعاقدة يعد خرقا لقانون الإرادة من جهة ولإرادة الأطراف من جهة أخرى؛ وفي الحالة التي يصدر فيها المحكم حكمه خارج إرادة الأطراف المتعاقدة فإنّ ذلك الحكم جاء بخلاف المهمة المسندة إليه[4]؛ مما يجعل منه محل للبطلان إذا جرى التحكيم داخل الجزائر، أو محل إستئناف إذا جرى التحكيم في الخارج؛ هذا ما كرّسه المشرّع الجزائري في نصّ المادة **1058** من (ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه:« **يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه** »[5].

**الفرع الثاني: حالة سكوت الأطراف عن اختيار القواعد القانونية التي تطبق على النّزاع**

يحصل أن يتفق الأطراف على القواعد القانونية التي تسري على العقد التجاري الدولي؛ في هذه الحالة ما على المحكم المعيّن إلاّ تطبيقه؛ ويحصل أيضا ألا يتعرّض الأطراف إلى تعيين القانون الواجب التطبيق على النّزاع؛ هي الحالة التي يعبّر عنها بسكوت الأطراف عن الاختيار أو غياب قانون الإرادة؛ تلك هي الحالة التي يحدد فيها المحكم قواعد القانون التي تسري على النّزاع.

---

[1]- حسنين جبار شكير، الأسس القانونية لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه-دراسة في مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لعام 2011، "**مجلة لارك للفلسفة والعلوم الاجتماعية**"، كلية القانون، ع.22، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص.317.

[2]- حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، د.س.ن، ص.341.

[3]- حسنين جبار شكير، مرجع سابق، ص.317.

[4]- مرجع نفسه، ص.317.

[5]- المادة **1058** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

منحت تشريعات الدول للمحكم صلاحية تحديد القواعد القانونية التي تسري على العقد في ظل غياب قانون الإرادة؛ لأنّ الأصل هو تطبيق قواعد القانون التي اختارها الأطراف واحتياطيا تطبيق قاعدة القانون التي يراها المحكم ملائمة لحكم النّزاع.

ويجد المحكم سنده القانوني في النصوص القانونية منها؛ ما نصّت عليه المادة **1050** من (ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه: « **وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة** »[1]، وما نصّت عليه المادة **39/3** من (ق.ت.م.) بنصّها على أنّه:« **وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر إتصالا بالنزاع.** » [2] ، وما نصّت عليه المادة **28/2 و3** من القانون النموذجي للتحكيم بنصّها على أنّه:« **إذا لم يعين الطرفان أية قواعد وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق.**

**في جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد وتأخذ في إعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المطّبق على المعاملة** »[3] وما نصّت عليه المادة **36/ب** من (ق.ت.إ) بنصّها على أنّه:« **إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون التي ترى أنها الأكثر إتصالا بالنزاع.** »[4].

يتضح من خلال المواد السالفة الذكر أنّ المحكم في غياب قانون الإرادة الذي يتم من خلاله حسم النّزاع يلتزم المحكم بتحديد القانون الذي يسري على النّزاع [5]؛ منه يقع على المحكم عند تحديده القواعد القانونية التي تسري على النّزاع أن يراعي أمرين:

1- الحالة التي يختار فيها الأطراف القواعد القانونية الواجبة التطبيق سواء في قانون وطني أو أجنبي أو أيّ قواعد قانونية آخرى؛ يجب على المحكم أن يطبق اتفاق الأطراف.

2- الحالة التي لا يختار فيها الأطراف القانون بشكل عام؛ يقع على المحكم واجب البحث عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق من مصادر متعدّدة؛ دولية اتفاقية قضائية[6]؛ وهي الحالة التي يتمتع فيها المحكم بسلطة أوسع في اختيار القانون الذي يحكم النّزاع؛ وإن كان هذا الأخير يتمتع بكامل الحرية في اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق إنما يقع لزاما عليه أن يختار تلك القواعد التي تكون ملائمة لحسم النّزاع [7].

---

(1)- المادة **1050**، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

(2)- المادة **39/3** من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، مرجع سابق.

(3)- المادة **28/2و3** من القانون النموذجي للتحكيم لسنة 1985، مرجع سابق.

(4)- المادة **36/ب** من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، مرجع سابق.

(5)- الجارحي عمر، الوجيز في شرح أحكام الدعوى التحكيمية للمنازعة المدنية والتجارية، كفر الشيخ، الجامعة العمانية مصر، د.س.ن، ص.99.

(6)- إيلاف خليل إبراهيم الصالح، القانون الواجب التطبيق على التحكيم، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2014، ص.110.

(7)- مرجع نفسه، ص.110.

منه يكون المحكم مخيّر في غياب قانون الإرادة وفي بحثه عن القانون الملائم لحكم النّزاع بتطبيق أحد الخيارات الأتية:

أ- القواعد الموضوعية لقانون وطني؛ يطبق المحكم قانون وطني لأحد الدول على النّزاع بشرط أن يكون الأنسب لحكمه؛ ولا يكون كذلك إلاّ إذا كان الأكثر صلة بالعقد؛ منه يكون القانون الملائم إما قانون مكان تنفيذ العقد أو قانون مكان إبرامه أو قانون بلد المصدر أو قانون بلد المستورد أو قانون الجنسية أو قانون مقر التحكيم أو قانون الدولة التي يوجد فيها فرع الشركة المرتبطة بالعقد[1].

ب- التركيز الموضوعي للنّزاع؛ يستند المحكم من أجل تحديد القانون الملائم لحكم النّزاع إلى تركيز النّزاع موضوعيا عن طريق طبيعته الذاتية؛ منه الأداء المميّز في العقد والذي يحدد القانون الواجب التطبيق في مكان الإقامة المعتادة للمدين بالآداء المميز[2]، بهذا قضت هيئة التحكيم غرفة التجارة الدولية المتواجد مقرها في فرنسا بأنّ مجرد توقيع العقد في باريس وأنّ الفرنك الفرنسي هي عملة الوفاء ومقر التحكيم في فرنسا وجنسية المدعي فرنسية، فإنّ هذه العناصر وعلى الرغم من أنّها كافية لاستنتاج الإرادة الضمنية لأطراف العقد والمتمثلة في رغبة الأطراف في أن يستفيدوا من تطبيق القانون الفرنسي إلاّ أنّ هيئة التحكيم لم تطبّق القانون الفرنسي بل طبّقت القانون التركي عملا بمقر الإقامة المعتادة للمدين بالآداء المميز والذي كان مقر عمل المدعى عليه صاحب الآداء المميز[3].

ت- المبادئ القانونية المشتركة والعقود النموذجية؛ يخرج المحكم النّزاع من حكم القوانين الوطنية ويخضعه للمبادئ القانونية المشتركة والعقود النموذجية فيما لو سكت أعراف وعادلات التجارة الدولية عن تقديم حل للنّزاع المعروض على المحكم[4].

ويتقيد المحكم في تحديده للقانون الأنسب لحكم النّزاع بمراعاة عادات وأعراف التجارة الدولية الدولية؛ أي تلك الأعراف السائدة بين التجار؛ منه يفصل المحكم في النّزاع عملا بقواعد القانون التي يختارها المحكم وفي غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق يفصل المحكم في النّزاع عملا بقواعد القانون التي يراها ملائمة، وهو يبحث عن القانون الملائم لحكم النّزاع إنما يراعي ما ذهبت إليه عادات وأعراف التجارة الدولية[5].

لأنّ الفقه الحديث يذهب إلى أنّ المحكم يطبّق عادات وأعراف التجارة الدولية تطبيقا مباشرا على ما يعرض عليه من منازعات تجارية دولية إذا لم يجد المحكم حلا للمنازعة في قواعد القانون المختارة من الأطراف، أنّ عادات وأعراف التجارة الدولية تدخل ضمن لفظ

---

(1)- سلامة أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق ص. ص.295-296.

(2)- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية: دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية، مرجع سابق، ص.562.

(3)- حسنين جبار شكير، مرجع سابق، ص.320.

(4)- هشام علي صادق، مرجع سابق، ص.218.

(5)- صفوت عبد الحفيظ، دور الإستثمار في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2006، ص.262.

القواعد القانونية، يتعلق الأمر بمنازعة تجارية دولية سواء كانت محل اختيار الأطراف أو محل اختيار المحكم التجاري الدولي[1].

[1]- POMMIER Jean christophe, principe d'autonomie et loi de contra en droit internal privè, conventionnel, Paris, 1992, P.344.

# المبحث الثاني

## الرقابة القضائية على أحكام التحكيم التجاري الدولي

انفتحت الجزائر على التحكيم كآلية بديلة لتسوية المنازعات المترتبة على المعاملات التجارية الدولية؛ فألغى المشرّع الأمر المنظم للإجراءات المدنية والإدارية رقم 66-154 وحلّ محلّه القانون رقم 09-08 المتضمن (ق.إ.م.إ)؛ خصّص فيه فصلا كاملا لتحكيم التجاري الدولي من المادة **1039** إلى المادة **1065**؛ تناول من خلاله جل المسائل المتعلقة به بداية بصحة اتفاق التحكيم إلى كيفية تعيين محكمة التحكيم وصولا إلى الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها.

والمشرّع وإن أقرّ مبدأ اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات المرتبطة بمصالح التجارة الدولية إلاّ أنّه لم يكفل لأحكامه القوة التنفيذية رغم حيازتها لحجية الشيء المقضي فيه، فمنح المشرّع مكانة للقاضي الوطني في التحكيم التجاري الدولي؛ تظهر في تدخله بطلب من أطراف الخصومة التحكيمية إما لتشكيل محكمة التحكيم أو تكملة تشكيلها أو رد المحكم أو عزله لأحد الأسباب الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي تدخله وجوبا بعد صدور حكم التحكيم خلال مرحلة الاعتراف بالحكم وتنفيذه.

عليه فإنّ دور القاضي يكون في مرحلتين؛ المرحلة السابقة لصدور حكم التحكيم والمرحلة التي تلحق صدوره وخلال هاتين المرحلتين يمارس رئيس المحكمة المختصة دور المساعدة ودور الرقابة على صحة الحكم التي تتحدد بحسب الشروط الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذا ما أبدى الأطراف رغبتهم في تطبيق الأحكام المعمول بها في الجزائر في الحالة التي يكون فيها مقر التحكيم خارج الجزائر.

### المطلب الأول: الدور الاحتياطي للقاضي قبل صدور حكم التحكيم الدولي

يتمثل دور القاضي خلال المرحلة التي تسبق صدور حكم التحكيم في مساعدة أطراف الخصومة التحكيمية لتشكيل محكمة التحكيم أو تكملة تشكيلها وفي عزل المحكم واستبداله وتمديد مهمة المحكمين؛ على ألا يتدخل إلاّ بطلب من أطراف الخصومة أو من محكمة التحكيم؛ هذا ما سنتطرّق إليه في هذا المطلب من خلال الفروع الآتية:

#### الفرع الأول: تدخل القاضي لتشكيل محكمة التحكيم

تناول المشرّع الجزائري طرق تعيين محكمة التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب نصّ المادة **1041** منه، والتي نصّت على أنّه:« **يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم.**

**وفي حالة غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:**

**1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجرى في الجزائر،**

**2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.** »[1].

يتضح من خلال نصّ هذه المادة أنّها؛ تطرّقت إلى تعداد الكيفيات التي يتم من خلالها تعيين محكمة التحكيم؛ عليه فإنّ محكمة التحكيم إما أن يعينها الأطراف بطريقة مباشرة أي بأنفسهم فالأصل أن يحدّد الأطراف في اتفاق التحكيم أسماء المحكم أو المحكمين أو على الأقل شروط تعيينهم؛ وإما أن تتولى مراكز التحكيم تعيين المحكمة بناء على طلب من الخصوم.

وفي الحالة التي لا يتعرّض فيها أطراف النّزاع لتعيين المحكمة إطلاقا أو تعرّضوا لتعيين هذه الأخيرة إلاّ أنّ تعينهم لها جاء ناقصا، في هذه الحالة يمكن لم يهمه التعجيل في تشكيل المحكمة أو تكملة تشكيلها أن يقدم طلب التعيين أمام القضاء في أمر على عريضة وفي هذه الحالة لابد أن نفرق بين أمرين؛ الأمر الأول إذا كان التحكيم يجرى في الجزائر والأمر الثاني إذا كان التحكيم يجرى في الخارج مع اتفاق الأطراف على إخضاع التحكيم لقواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

ويقدم طلب تعيين محكمة التحكيم من الطرف الذي يهمه التعجيل إلى رئيس المحكمة لي يقع في دائرة اختصاصه التحكيم إذا كان التحكيم داخلي، أما إذا كان التحكيم خارج الجزائر أي أجنبي فإنّ الأمر يقدم إلى رئيس محكمة الجزائر؛ وحتى يستجيب رئيس المحكمة المختصة لطلب الخصم في تعيين محكمة التحكيم فإنّه لابد من توافر الشروط الشكلية والموضوعية في الطلب؛ بالنسبة للشروط الشكلية فإنّ الطلب يجب أن يقدم في شكل عريضة من نسختين يبيّن فيه الخصم الطلب بوضوح وإثبات دفع الرسم القضائي[2]؛ أما بالنسبة للشروط الموضوعية التي يتوافر عليها الطلب تتمثل في:

- إثبات وجود اتفاقية التحكيم[3]؛ سواء كانت في صورة مشارطة التحكيم التي ترد في عقد مستقل عن العقد الأصلي أو في صورة شرط التحكيم الذي يرد في العقد كأحد بنوده أو في وثيقة مستقلة عنه؛ والتي يتم إثباتها عن طريق الكتابة بغض النظر إن كانت الكتابة قد وردت في شكلها التقليدي أو الحديث باستعمال أحد وسائل الاتصال؛ هذا ما نصّت عليه المادة **1040/2** من (ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه:« **يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأي وسيلة اتصال تجيز الإثبات بالكتابة.** »[4]

- إثبات وجود التحكيم بنوعيه؛ الداخلي الذي يجرى في الجزائر والأجنبي الذي يجرى في الخارج، مع اتفاق الأطراف على اخضاعه للأحكام المعمول بها في الجزائر؛ يضاف لها

---

[1]- المادة **1041** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[2]- سلام حمزة، دور رئيس المحكمة في مجال التحكيم التجاري الدولي، "**مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية**" المجلد 11، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، 2022، ص.70.

[3]- مرجع نفسه، ص.70.

[4]- المادة **1040/2** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

إثبات غياب تشكيل محكمة التحكيم في اتفاقية التحكيم من قبل الأطراف أو صعوبة تشكيلها مع إثبات عدم اختيار الأطراف منح هذه الصلاحية لمراكز التحكيم[1].

**الفرع الثاني: تدخل القاضي لعزل المحكم**

تناول المشرّع مسألة رد المحكم أو المحكمين في المادة **1016** من (ق.إ.م.إ) نصّت هذه الأخير في فقرتها الخامسة على أنّه:« **في حالة النزاع، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كيفيات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمه التعجيل، هذا الأمر غير قابل للطعن.** » [2]؛ يتبين من خلال نص هذه المادة أنّه في حالة وجود نزاع حول رد المحكم أو المحكمين ولم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، فإنّ من يهمه التعجيل في الرد أن يلجأ إلى القضاء بناء على طلب يقدّمه أمام المحكمة المختصة؛ على أن يكون الطلب مؤسس على أحد الحالات الواردة في المادة **1016** بنصّها على أنّه:« **يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:**

1- **عندما لا تتوافر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الطرفين،**
2- **عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف،**
3- **عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط،**

**ولا يجوز رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين** »[3].

وقد ذهب المشرّع من خلال نص المادة السالفة الذكر إلى إجازة رد المحكم أو المحكمين وحدد الحالات التي يؤسس عليها رد المحكم والتي أوردها على سبيل الحصر؛ بمعنى أنّ طلب الرد لايقبل إذا كان خارج الحالات الواردة في المادة، كما أنّ الطرف الذي عيّن المحكم لا يجوز له أن يطلب رده إلاّ في الحالة التي يعلم فيها بسبب الرد بعد تعيينه كوجود علاقة قرابة تجمع المحكم بأحد أطراف الخصومة والطرف الآخر وأثناء تعيينه لم يعلم بوجود تلك القرابة التي تجمع بين المحكم وخصمه[4]؛ لأنّ وجود مثل هذه العلاقة ستأثر على استقلالية المحكم وحياده.

وفي نفس المادة فرق المشرّع بين طريقتين يتم من خلالها تسوية النزاعات التي تثار بسبب الرد إما لمنازعة المحكم في سبب الرد أو النزاع بين الطرف الذي أخذ قرار الرد والأطراف الآخر حول سببه؛ الطريقة الأولى حالة وجود اتفاق الأطراف فيتم حل النزاع بما اتفق عليه الأطراف في اتفاق التحكيم، والطريقة الثانية هي التي يغفل فيها الأطراف عن

---

[1]- سلام حمزة، مرجع سابق، ص.71.
[2]- المادة **1016**/5 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.
[3]- المادة **1016**، مرجع نفسه.
[4]- سلام حمزة، مرجع سابق، ص.73.

تحديد الكيفية التي يتم من خلالها تسوية هذه النّزاعات، فيتم حلها عن طريق القضاء بناء على طلب من يهمه التعجيل بموجب أمر على عريضة يتضمن رد المحكم أو رفض رده[1].

ويرفع الطلب إلى رئيس المحكمة المختصة؛ والذي يتحدد بالتمييز بينما إذا كان التحكيم يجرى في الجزائر أو في الخارج؛ فإذا كان التحكيم يجرى في الجزائر فإنّ اختصاص النظر في طلب الرد أو رفضه يؤول إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مقر التحكيم، وإذا كان التحكيم يجرى في الخارج فإنّ المحكمة المختصة هي محكمة الجزائر.

ويفصل رئيس محكمة الجزائر أو رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم في النّزاعات المتصلة برد المحكم بعد استدعاء المحكم المراد رده مع الأطراف، وبعد ما يتأكد من توفر أحد الحالات الواردة في المادة السالفة الذكر يصدر حكما غير قابل للطعن إما برفض الرد أو قبوله[2].

ويجب أن يتوفر طلب رد المحكم على نوعين من الشروط؛ شروط موضوعية وآخر شكلية؛ بالنسبة للشروط الموضوعية؛ لابد من إثبات وجود اتفاقية التحكيم بين الأطراف التي تمنح للتحكيم اختصاص النظر في النّزاع سواء كانت الاتفاقية في صورة شرط تحكيم أو مشارطة التحكيم يضاف إليه إثبات وجود أحد الحالات الواردة في المادة **1016** من (ق.إ.م.إ) والمتمثلة في:

1- عندما لا تتوفر في المحكم المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف
2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف
3- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلالية المحكم، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

ويشترط لقبول طلب الرد من الناحية الشكلية أن يقدم الطلب في شكل أمر على عريضة في نسختين، وأن يتضمن الأمر موضوع النّزاع من خلال تبيان إذا كان النّزاع يتعلق برد المحكم أو تسوية النزاعات المتعلقة به التي يثيرها إما أحد الخصوم أو المحكم بحد ذاته على أن يرتب رد المحكم أثره بعد إبلاغ محكمة التحكيم والأطراف بسبب الرد[3].

**الفرع الثالث: تدخل القاضي لاستبدال المحكم**

أجاز المشرّع استبدال المحكم أو المحكمين، وأخضعه لاتفاق الأطراف بغض النظر إن تم تعيينه من قبل الأطراف أو نظام التحكيم أو من رئيس المحكمة المختصة بالنظر إلى مقر التحكيم، وفي استبدال الأطراف للمحكم أو المحكمين قد تعترضهم صعوبات، في هذه الحالة منح المشرّع للأطراف الحق في طلب مساعدة القاضي المختص لتعيين محكم آخر مكان المحكم المراد استبعاده؛ هذا ما نصّت عليه المادة **1041/2** من (ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه:« **في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدلهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يلي:**

---

[1]- مرجع نفسه، ص.73.
[2]- مرجع نفسه، ص.74.
[3]- سلام حمزة، مرجع سابق، ص.75.

**1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجرى في الجزائر،**

**2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجرى في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر. »**[1].

يستفاد من خلال نص المادة أن المشرّع اكتفى في المادة السالفة الذكر بإجازة استبدال المحكم أو المحكمين وحدّد المحكمة المختصة بذلك دون أن يحدد الحالات التي يؤسس عليها طلب الاستبدال، كما فعل في حالة رد المحكم بأن أجاره وحدد القضاء المختص والحالات التي يقوم عليه.

وبما أنّ المشرّع فصل الرد عن الاستبدال بما يؤدي إلى استبعاد حالاته فإنّ طلب الرد من المفروض أن يؤسس على بعض الحالات الواردة في المادة **1024** من (ق.إ.م.إ)؛ التي تناولت الحالات التي ينتهي بها التحكيم؛ بنصّها على أنّه:« **ينتهي التحكيم:**

**1- بوفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له ما لم يوجد شرط مخالف، أو إذا اتفق الأطراف على استبداله أو استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقيين. وفي حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009 أعلاه،**

**2- بانتهاء المدة المقررة للتحكيم، فإذا لم تشترط المدة، فبانتهاء مدة أربعة (4) أشهر**

**3- بفقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه،**

**4- بوفاة أحد أطراف العقد. »**[2]، منه تتمثل حالات استبدال المحكم أو المحكمين في:

1- رفض المحكم المعين من الأطراف أو من نظام التحكيم أو من رئيس المحكمة المختصة أداء المهمة المسندة إليه بمبرر أو من دون مبرر تطبيقا لنص المادة **1012/2** من (ق.إ.م.إ) التي نصّت على أنّه:« **إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة.**»[3].

2- عندما يعتري المحكم عارض من عوارض الأهلية كالجنون الطارئ أو مانع من موانها كالمفقود. كالجنون الطارئ يحول بينه وبين أداء مهمته المسندة إليه كالمرض وفقدان الأهلية.

3- بوفاة أحد المحكمين، أو مرضه بما يجعله غير قادر على القيام بالمهمة المسندة إليه

4- إذا تقاعس المحكم أو المحكمين عن أداء المهمة المسنة إليهم، بعد انتهاء أجل التحكيم وحصولهم على التمديد.

**الفرع الرابع: تدخل القاضي لتمديد مهمة المحكم**

تطرّق المشرّع إلى الأجل الذي يجب من خلاله أن ينهي المحكم مهمته المسندة إليه بفصله في النّزاع؛ منح للأطراف الحق في تحديد هذا الأجل وفي حالة عدم تحديده فإنّه يقع لزاما على المحكم أن ينهي مهمته في غضون أربعة أشهر يبدأ سريان هذه المدة من تاريخ

---

[1]- المادة **1041/2** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[2]- المادة **1016/2و3و4**، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[3]- المادة **1012/2**، مرجع نفسه.

تعين محكمة التحكيم أي تشكيل الأعضاء الذي تتكون منهم المحكمة، أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم بذلك.

وتكون المهلة قابلة للتمديد بموافقة الأطراف أو وفق نظام التحكيم في حالة عدم الموافقة على التمديد، أو من طرف رئيس المحكمة المختصة في غياب اتفاق الأطراف ونظام التحكيم، هذا ما نصّت عليه المادة **1018** من (ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه:« **يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجل لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (4) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم.**

**غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة عليه، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك، يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة.**

**ولا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف.** »[1].

تبين من خلال نصّ المادة أنّها تناولت الأجل الأقصى الذي يجب من خلاله أن يفصل المحكم في النّزاع المعروض عليه ويتمم المهمة المسندة إليه؛ والأصل في الأجل أن يحدده الأطراف في اتفاق التحكيم؛ لكن حتى وإن لم يتطرّق الأطراف إلى تحديد الأجل فإنّ ذلك لا يأثر على صحة اتقاف التحكيم، وفي هذه الحالة يفصل المحكم في النّزاع خلال مدة أقصاها أربعة **(4)** أشهر، على أن تسري هذه المدة في حق محكمة التحكيم إما من تاريخ تعينهم وإما من تاريخ إخطار محكمة التحكيم بذلك التعيين؛ ويعتبر الأجل المتفق عليه من الأطراف أو أجل أربعة **(4)** أشهر المحدد من طرف المشرّع في غياب تحديده من الأطراف أجل قابل للتمديد بموافقة الأطراف.

وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على أجل التمديد يتم اللجوء إلى نظام التحكيم لتمديده، وفي غياب هاتين الحالتين يقدم طلب التمديد إلى رئيس المحكمة المختصة؛ وإن أجاز المشرّع تمديد أجل الفصل في النّزاع إلاّ أنّه لم يتطرّق إلى عدد المرات التي يجوز فيها تمديد الأجل التي تُرك فيها للأطراف ولنظام التحكيم مطلق الحرية في تحديد المدة وتمديدها.

وقد قيد المشرّع حق الأطراف أو الطرف الذي يهمه التعجيل في اللجوء إلى رئيس المحكمة المختصة لطلب مساعدته في تمديد مهمة المحكمين بضرورة حصول الأطراف على ترخيص من محكمة التحكيم؛ هو القيد الوارد في المادة **1048** من (ق.إ.م.إ) التي نصّت على أنّه: « **إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمدي مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخير، أو للطرف الذي يهمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.** »[2].

**المطلب الثاني: الدور الرقابي للقاضي بعد صدور حكم التحكيم الدولي**

---

[1]- المادة **1018** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[2]- المادة **1048** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

يختلف دور القاضي المختص في التحكيم التجاري الدولي خلال المرحلة السابقة عن صدور حكم التحكيم والمرحلة اللاحقة عن صدوره؛ فإذا كان دوره خلال المرحلة التي تسبق صدور حكم التحكيم يتميز بالمساعدة في تشكيل محكمة التحكيم أو تكملة تشكيلها وعزل المحكم أو استبداله وكذا تمديد مهمة المحكمين متى طلب الطرف الذي يهمه التعجيل في أمر العزل أو التشكيل أو تكملت التشكيل أو تمديد أجل الفصل في النّزاع؛ فإنّ دوره خلال المرحلة التي تلي صدور الحكم دور الزامي، يتوجب فيه على الأطراف اللجوء إليه للحصول على أمر الاعتراف بغرض الحصول على الصيغة التنفيذية لجعل الحكم من السندات التنفيذية التي يمكن تنفيذها جبرا مثله مثل السندات المنصوص عليها في القانون.

إذ يتطلب للاعتراف بأحكام التحكيم[1] الأجنبي وامهارها بالصيغة التنفيذية أن يتوفر الحكم على الضوابط المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والواردة ضمن المواد **1051** إلى **1053** والتي نسلط عليها الضوء في هذا المطلب من خلال الفروع الآتية كما يلي بيانه:

**الفرع الأول: شروط الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي**

عرّف الدكتور عبد الحميد الأحدب الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي بأنّه، الإجراء الذي يلجأ من خلاله الطرف الذي صدر لمصلحته إلى مراجعة المحكمة المختصة بطلب يتعلق بنزاع سبق أن عرض على التحكيم[2]؛ فهو إقرار بوجود حكم التحكيم ضمن النظام القانوني للدولة[3]، يتعلق بكافة الأحكام الصادرة عن التحكيم التجاري الدولي التي تطرح من جديد أمام المحكمة المختصة ليس للنظر في موضوع النّزاع إنما للإعتراف بحكم تحكيمي سبق أن صدر وفقا للشروط التي وضعها المشرّع[4].

وقد سمح المشرّع الجزائري للمتعاملين في المجال الاقتصادي بتسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم التجاري الدولي شريطة وجود اتفاقية التحكيم سواء في صورة شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم؛ فرّق بالنظر إلى مقر محكمة التحكيم بين الحالة التي يجرى فيها التحكيم في الجزائري أو في الخارج؛ فكان التحكيم في الحالة الأولى تحكميا داخليا وفي الحالة الثانية تحكيما أجنبيا تختلف الأحكام التي تسري عليها بالنسبة للاختصاص وطرق الطعن.

فإذا كانت الأحكام التي تصدر عن القضاء تتمتع بحجية الشيء المقضي فيه فإنّ الأحكام التي تصدر عن هيئة التحكيم دولية وإن كانت تحوز على حجية الشيء المقضي فيه

---

(1)- يقصد بحكم التحكيم:" كل حكم قطعي يفصل في جميع المسائل المعروضة على محكمة التحكيم، وأيضا كل قرار أخر صادر عن محكمة التحكيم يفصل بشكل نهائي في مسألة تتعلق بموضوع النزاع أيما كانت طبيعتها أو الفصل في مسألة اختصاص محكمة التحكيم أو أي مسألة أخرى تتعلق بالإجراءات" أنظر: بن قويدر الطاهر، جعيرن بشير، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في الجزائر كضمانة لتسوية منازعات استثمارها، "**مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية**"، المجلد 8، ع.4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تامنغست، الجزائر، 2019، ص. ص.190-191.

(2)- الأحدب عبد الحميد، موسوعة التحكيم، الكتاب الثاني، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص.502.

(3)- ليلى بن حليمة، تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، "**مجلة أفاق للعلوم**"، المجلد 4، ع.13، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2018، ص.228.

(4)- مباركي التوهامي، طرق تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، "**مجلة الفكر**"، المجلد 16، ع.2 كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة، 2012، ص.112.

بمجرّد صدورها إلاّ أنّها تحتاج لدخولها إلى النظام القانوني إلى الاعتراف بها من طرف القاضي المختص أولا بعد تأكده من عدم مخالفتها للنظام العام الدولي؛ وإثبات وجود اتفاق التحكيم.

سنعرّض لشرط إثبات وجود اتفاق التحكيم وعدم مخالفته للنظام العام الدولي في هذا الفرع كما يلي بيانه:

**أولا: إثبات وجود حكم التحكيم الدولي**

تناول المشرّع كيفية الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ خصّص له فرعا جاء تحت عنوان "في الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي"؛ وتضمّن **3** مواد وهي المادة **1051** و**1052** و**1053** من (ق.إ.م.إ)؛ اكتفى فيها بدراسة الشروط التي ينبني عليها الاعتراف؛ فكان أول شرط إثبات وجود حكم التحكيم الدولي.

وقد تطرّق المشرّع إلى ضرورة إثبات وجود حكم التحكيم الدولي من طرف من تمسك بها في المادة **1051/1** من (ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه:« **يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها.** »[1]، يتضح من خلال نصّ المادة أنّها تتعلق تتعلق بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية في الجزائر تطبيقا لها؛ فإنّ الشخص الذي صدر لمصلحته حكم تحكيمي خارج الجزائر وكانت له رغبة في الاعتراف به في الجزائر فله ذلك بشرط أن يلتزم بتقديم حكم التحكيم الذي صدر به الفصل في الخصومة التحكيمية من طرف هيئة تحكيمية أجنبية إلى رئيس المحكمة المختصة[2] بالكيفية التي حدّدها المشرّع.

وقد تناول المشرّع كيفية إثبات وجود حكم التحكيم الدولي من طرف من تمسك بوجوده من خلال نصّ المادة **1052** من (ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه:« **يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفى شروط صحتها** »؛ تبين من خلال نصّ هذه المادة أنّها حدّد الوثائق التي يتوجب أن يقدمها الشخص الذي تمسك بوجود حكم التحكيم لحصوله على الاعتراف بذلك الحكم؛ والمتمثلة في:

1- تقديم أصل الحكم مرفقا باتفاقية التحكيم: فالأصل أنّ وجود حكم التحكيم يثبت بتقديم أصل الحكم الصادر عن هئية التحكيم من طرف من تمسك بوجوده معه اتفاقية التحكيم التي من خلالها منح اختصاص النظر في النّزاع لمحكمة التحكيم الدولي[3].

2- تقديم نسخة من الحكم مرفقا بنسخة من اتفاقية التحكيم: في الحالة التي يتعذّر فيها على من تمسك بوجود حكم التحكيم تقديم أصل حكم التحكيم وأصل اتفاق التحكيم، فإنّه يمكن له ان يقدم أمام القاضي المختص نسخة من الحكم ونسخة من اتفاقية التحكيم[1].

---

[1]- المادة **1051/1** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[2]- معنصري مريم، إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، "**مجلة الدراسات القانونية والسياسية**"، ع.4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الاغواط، 2016، ص.150.

[3]- نجادي بن عبد الله، حيتالة معمر، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، شروطه وإجراءاته، "**مجلة القانون الدولي والتنمية**" المجلد 9، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2012، ص.91.

3- أن تكون اتفاقية التحكيم صحيحة غير معرّضة للبطلان؛ وتعد اتفاقية التحكيم صحيحة إذا توفر فيها مايلي:

1- أن تكون مكتوبة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها.

2- أن تتضمن اتفاقية التحكيم موضوع النّزاع وتعيين المحكم أو المحكمين وأسمائهم أو كيفية تعيينهم هل من طرفهم شخصيا أو من طرف نظام التحكيم أو عن طريق القضاء في غياب التعين المباشر والغير المباشر

3- أن تستجيب اتفاقية التحكيم للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما [2].

4- ترجمة الوثائق المطلوبة لإثبات وجود حكم التحكيم: يجب على الشخص الذي تمسك بوجود حكم التحكيم إذا صدر بغير اللغة العربية التي تعتبر اللغة الرسمية في دولة الجزائر أن يترجمه؛ هذا ما نصّت عليه المادة مادة **8/2** من (ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه:« **يجب أن تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة، تحت طائلة عدم القبول.** »[3].

ويمكن أن نعود أيضا بخصوص هذا الشرط إلى ما جاءت به اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم في نصّ المادة **3** منها؛ والتي نصّت على أنّه**:« على كل دولة متعاقدة أن تعترف بقرارات التحكيم كقرارات ملزمة وأن تقوم بتنفيذها وفقا للقواعد الإجرائية المتبعة في الإقليم الذي يحتج فيه بالقرار، طبقا للشروط الواردة في المواد التالية، وللحصول على الإعتراف يقوم الطرف الذي يطلبه بتقديم الحكم التحكيمي الأصلي أو الاتفاق الأصلي، وفي حالة ما إذا كان الاتفاق أو القرار بلغة غير اللغة التي يطلب فيها طالب الإعتراف، أنه يقع عليه تقديم ترجمة للقرار والاتفاق الأصلي »** [4].

وما جاءت به المادة **4/**ج بنصّها على أنّه**:** « **متى كان الحكم المذكور أو الاتفاق المذكور بلغة خلاف اللغة الرسمية للبلد الذي يحتج فيه القرار، وجب على الطرف الذي يطلب الإعتراف بالقرار وتنفيذه أن يقدم ترجمة لهاتين الوثيقتين بهذه اللغة، ويجب أن تكون الترجمة معتمدة من طرف موظف رسمي أو مترجم محلف أو ممثل دبلوماسي أو قنصلي** » [5].

ويقوم من تمسك بوجود حكم التحكيم بإيداع الوثائق التي سبق الإشارة إليها بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل؛ هذا ما نصّت عليه المادة **1053** من (ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه:« **تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه، بأمانة ضبط**

---

[1]- سراغني بوزيد، التحكيم في القانون الجزائري، "**مجلة دراسات وأبحاث**"، المجلد 9، ع.25، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2016، ص.215.

[2]- نصّت المادة **1040/3** من قانون الإجراءات المدنيو والإدارية على أنّه:« **تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما** » .

[3]- المادة **8/2**، مرجع نفسه.

[4]- المادة **3** من اتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958، مرجع سابق.

[5]- المادة **4/**ج من إتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، مرجع سابق.

**الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل.** » [1]؛ حددت المادة السالفة الذكر المكان الذي تودع فيه الوثائق المطلوبة بموجب المادة **1052** والمعني بإيداعها أي الشخص الذي يودعها؛ عليه:

1- الجهة القضائية التي يودع فيها أصل حكم التحكيم مرفقا بأصل اتفاقية التحكيم أو نسخ منها: حددت المادة **1051/2** الجهة القضائية المختصة التي توضع في أمانتها الوثائق المطلوبة في المادة **1052** بنصّها على أنّه:« **وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني.** » [2].

فتطبيقا لما ورد في المادة السالفة الذكر فإنّ طلب الاعتراف يوضع بأمانة محكمة محل التنفيذ إذا كان التحكيم أجنبيا؛ ويوضع بأمانة ضبط المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم إذا كان التحكيم داخليا.

2- الطرف المعنى بإيداع طلب الاعتراف: هو الطرف الذي تمسك بوجود حكم التحكيم أي الذي صدر لمصلحة الحكم.

**ثانيا: عدم مخالفة أحكام التحكيم الدولي للنظام العام الدولي**

أجاز المشرّع الجزائري لأحكام التحكيم الأجنبية أن تدخل للنظام القانوني الجزائري وأن تنفذ بنفس الشروط التي تضمنها الحكم، لكن اشترط لقبول طلب الاعتراف أن يمتثل الطرف المعني به للشروط الواردة في المادة **1052** من (ق.إ.م.إ) بالإضافة إلى شرط إثبات وجود حكم التحكيم، فإنّه من الضروري أن يكون الاعتراف بالحكم الذي صدر عن محكمة تحكيم دولية غير مخالف للنظام العام الدولي؛ هذا ما نصّت عليه المادة **1051/1** من (ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه:« **يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجوده، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.** »

وقد إكتفى المشرّع بذكر النظام العام الدولي وتمييزه عن النظام العام الداخلي بوصفه من الشروط الواجب توفرها للاعتراف بأحكام التحكيم الدولي دون أن يتطرق إلى مسألة اعطاء تعريف له؛ لكن الفقه من جهته حاول أن يضع تعريفا له؛ فعرّف على أنّه:**"مجموعة المبادئ الأساسية الضرورية اللازمة لتنظيم المجتمع الدولي، وتتعلق هذه المبادئ بالقواعد المشتركة التي يتعين على المحكم الدولي معاقبة كل إخلال بها، وذلك بصفة مستقلة عن التشريع الوطني الذي يحكم موضوع النزاع"**[3]، وعرّف أيضا بأنّه:

---

[1]- المادة **1053** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[2]- المادة **1051/2**، مرجع نفسه.

[3]-Terki Nourddine, L'arbitrage commercial international en Algèrie, O.P.U, ALGER, 1999 P.46.

**"مجموعة القواعد الأساسية العامة المستنبطة من المعاهدات الدولية، ومن أعراف التجارة الدولية ومجموع المبادئ الدولية المتفق عليها"**[1].

ونجد أنّ المشرّع قد ميز بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي من خلال نصّ المادتين **605** و**1051/1** من (ق.إ.م.إ)؛ تناولت المادة **605** منه النظام العام الداخلي بنصّها على أنّه:« **لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية، في الإقليم الجزائري؛ إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:**

1- **أن لا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص،**
2- **حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه،**
3- **ألا تعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأثير من المدعى عليه،**
4- **ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر.** »[2].

يفهم من خلال نص المادة أنّ؛ الأحكام التي تصدر عن جهات قضائية أجنبية يجوز أن تكون محل تنفيذ في الجزائر شريطة أن لا يكون تنفيذها بصفة مباشرة بمجرد صدورها، إنما لابد أن تمنح لها الصيغة التنفيذية من طرف الجهات القضائية في الجزائر إذا ما توفر الحكم على الشروط الواردة في المادة السالفة الذكر؛ بأن لا يتضمن الحكم ما يخالف قواعد الاختصاص في الجزائر بنوعية الاقليمي والنوعي، وأن يكون الحكم الصادر عن جهة قضائية أجنبية حائزا لقوة الشيء، وأن لا يتعارض الحكم أو القرار الصادر من محكمة أجنبية وحكم صدر في الجزائر بشرط أن يتم إثارة هذا التعارض بين الحكمين من طرف المدعى عليه، يضاف إليها ألا يكون الحكم الأجنبي مخالفا للنظام العام الداخلي في الجزائر.

وأشار إلى النظام العام الدولي في المادة **1051/1** من (ق.إ.م.إ) حينما تطرّق إلى شروط الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي، والمادة **1056/6** من نفس القانون حينما تطرّق إلى تعداد الأسباب التي يجوز فيها استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ؛ فنصّت المادة **1051/1** من (ق.إ.م.إ) على أنّه:« **يتم الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.** »[3].

يتضح من خلال المادة السالفة الذكر أنّ المشرّع اشترط للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية توفر شرطين؛ الأول يتعلق بإثباب وجود حكم التحكيم الدولي بتقديم أصل الحكم مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخة عنهما؛ والثاني يتمثل في عدم مخالفة حكم التحكيم للنظام الدولي.

---

[1]- Bekhechi Mouhamed Abde lwahab, l'arbitrage commercial international en driot algèrien, Revue algèrienne des relations internationales, les èditions internationales, N°2, Alger, 1994 P.89.

[2]- المادة **605** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[3]- المادة **1051/1**، مرجع نفسه.

فإذا احترمها من تمسك بوجود الحكم حصل على الاعتراف له ومن ثمّ حصوله على الصيغة التنفيذيه؛ خاصة وأنّ فعالية أحكام التحكيم تقاس بتنفيدها والاعتراف بها كسندات تنفيذية، وإذا خالفها رفض القاضي المختص إصدار الأمر بالاعتراف؛ عليه إذا قدم من تمسك بوجود حكم التحكيم طلب إلى رئيس المحكمة المختصة لإصدار أمر الاعتراف بذلك الحكم، يتوجب على القاضي المختص قبل أن يصدر حكمه بالاعتراف بأحكام التحكيم الدولي أن يتأكد من توفر الوثائق المطلوبة.

وإذا تأكد من توفرها ينظر القاضي بعد ذلك في مسألة ما إذا كان الحكم لا يشكل مخالفة للنظام العام الدولي، إذا وجد أنّ الحكم مخالف للنظام العام الدولي أو أن اتفاقية التحكيم لم تكن صحيحة فإنّ القاضي يصدر أمر على عريضة يتضمن عدم الاعتراف بحكم التحكيم الدولي، وفي مثال عن ذلك النّزاع الذي ثار بين شركة مصر للتجارة الخارجية ضد شركريوثير" بعد أن أبرمتا عقد تضمن شرطا تحكيما وارد في المادة 13 منه، فرفعت شركة "هاربوثير" النزاع أمام التحكيم بدعوى أن مصر للتجارة الخارجية لم تلتزم بتنفيذ العقد حسب ما تم الاتفاق عليه وقت ابرامه[1].

فأصدرت محكمة التحكيم حكمها بعد النظر في الدعوى لصالح الشركة "هريوتير" يقضي بإلزام مصر للتجارة الخارجية بتقديم تعويض للشركة لإخلالها بالتزاماتها اتجاه الشركة؛ رفعت مصر للتجارة الخارجية دعواها أمام محكمة جنوب القاهرة رفضت تحمل المسؤولية ومنح التعويض؛ قوبلت بالرفض على أساس أنّ المحكمة غير مختصة وأن التحكيم قد فصل في النّزاع بقرار جائز لحجية الشيء المقضى فيه.

ورفعت بعد ذلك مصر للتجارة الخارجية إستئناف أمام محكمة القاهرة؛ فأيدت المحكمة الحكم الصادر عن المحكمة الإبتدائية، وطعنت أمام محكمة النقض مدعيتا أن قرار التحكيم كان قرارا مبدئيا وغير نهائي وأنَّها ليست طرفا في العقد، لأنّها وقعت بالنيابة عن كيانات أخرى بما يجعل منها غير ملزمة بما صدر عن محكمة التحكيم، وأنّ الحكم الذي صدر عن التحكيم جاء مخالفا للنظام العام الداخلي لدولة مصر لأنّه منح للشركة فوائد من تاريخ استحقاقها لا من تاريخ القرار[2]، وأن أحكام التحكيم تعتبر نهائية من تاريخ صدورها.

فرفضت المحكمة الطعن المقدم من شركة مصر وقضت بعدم تعارض قرار التحكيم والنظام العام، لأنّ المادة **226** من التقنين المدني المصري ليس لها صلة بالنظام العام حسب ما نصَّت عليه المادة **5/2** من اتفاقية نيويورك[3].

**الفرع الثاني: شروط تنفيذ أحكام التحكيم الدولي**

يُعتبر الوصول بأحكام التحكيم التي تصدرها محاكم التحكيم الدولي إلى تنفيذها واعتبارها من السندات التنفيذية أهم مرحلة لنجاح وضمان فعالية قضاء التحكيم والقول بأنّه

---

[1]- ضيعي محمد نذير، ضمانة التحكيم في التشريع الجزائري، **مجلة العلوم الإنسانية**، المجلد5،ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، 2018، ص.37.

[2]- ضيعي محمد نذير، مرجع سابق، ص.37.

[3]- مرجع نفسه، ص.37.

النجع والأفضل في حل تنازع القوانين في المبادلات التجارية؛ إذ تناول المشرّع الجزائري شروط تنفيذ أحكام التحكيم الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ تطبق حسب نص المادة **1054** على تنفيذ أحكام التحكيم الدولي الاجراءات القانونية الواردة في المواد من **1035** إلى **1038** هي التي نسلط عليها الضوء من خلال هذا الفرع؛ كالآتي:

**أولا: تعريف تنفيذ أحكام المحكمين**

فرّق المشرّع الجزائري في تنظيمه للأحكام التي تسري على التحكيم الدولي بين الحالة التي يجرى فيها التحكيم في الجزائر والحالة التي يجرى فيها في الخارج؛ وإن كانت أحكام التحكيم تحوز على حجية الشيء المقضي فيه بمجدر صدورها حسب ما نصّت عليه المادة **1031** من (ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه: « **تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه**»[1]؛ فتكون عنوان للحقيقة فيما فصلت فيه بالنسبة للأطراف حسب ما نصّت عليه المادة **1038** من نفس القانون بنصّها على أنّه:« **لا يحتج بأحكام التحكيم اتجاه الغير.** »[2] في حدود موضوع الدعوى؛ منه لا يجوز إثارة النّزاع ذاته بنفس السبب بين الأطراف أنفسهم الذي صدر الحكم في مواجهتهم، ويثبت لمن صدر الحكم لصالحه أن يتمسك بحجيته إذا ما قام الطرف الآخر برفع دعواه أمام القضاء للنظر في الموضوع الذي سبق أن فصل فيه المحكم بحكم تحكمي قطعي نهائي[3].

فكفل المشرّع لأحكام التحكيم الدولي بحجية الشيء المقضي فيه؛ إلاّ أنّه لا يكتسب الصيغة التنفيذية إلاّ بعد مصادقة القضاء المختص من خلال فحص مدى مشروعيته بعدم مخالفته للنظام العام الدولي والـتأكد من وجوده، فإذا تحقق من ذلك منح أمر الاعتراف بالحكم ثم أمر التنفيذ، فيتحول إلى سند تنفيذي قابل للتنفيذ في الجزائر[4].

وإن تطرّق المشرّع إلى ذكر الضوابط التي يتم بموجبها تنفيذ أحكام التحكيم الدولي إلاّ أنّه في مقابل ذلك لم يتناول مسألة تعريف التنفيذ؛ والذي عرّفه الفقه بأنّه الاجراء الذي يصدر عن القاضي المختص قانونا يأمر بموجبه بتمتع حكم التحكيم الدولي بغض النظر إن كان وطنيا أو أجنبيا بالقوة التنفيذية له، بمعنى يصدر حكم التحكيم الدولي من هيئة تحكيمية وطنية أو أجنبية ثمّ يلجأ الطرف الذي صدر لمصلحة الحكم إلى القاضي المختص قانونا لمهره بصيغة التنفيذية؛ بهذا المعنى يعبر عن نقطة التقاء وهمزة وصل بين القضاء والتحكيم[5]؛ إذا منح القاضي المختص أمر التنفيذ دلّ ذلك على أنّه حكم صحيح مستوفي للشروط المطلوبة في الاعتراف والتنفيذ[6].

---

(1)- المادة **1031** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

(2)- **1038**، مرجع نفسه.

(3)- فتحي كمال دريس، الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكمي التجاري الدولي في الجزائر تطبيقا لقواعد اتفاقية نيويورك وقانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، "**مجلة البحوث والدراسات**"، المجلد 17، العدد ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الوادي، الجزائر، 2020، ص.126.

(4)- رضوان ربيعة، لعجال ياسمين، ضوابط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في الجزائر، "**مجلة دفاتر السياسة والقانون**"، المجلد 10، ع.19، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2018، ص.158.

(5)- بن قويدر الطاهر، جعيرن بشير، مرجع سابق، ص.193.

(6)- ليلي بن حليمة، مرجع سابق، ص. ص. 227-228.

**ثانيا: ضوابط تنفيذ أحكام التحكيم الدولي**

تناول المشرّع الإجراءات التي تطبق على تنفيذ أحكام التحكيم الدولي في المادة **1054** التي تحيلنا بدورها إلى نصوص المواد من **1035** إلى **1038** من (ق.إ.م.إ) بنصها على أنّه:« **تطبق أحكام المواد من 1035 إلى 1038 أعلاه، فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي** »[1]؛ وبالعودة إلى المواد المحال إليها بموجب المادة السالفة الذكر نجد أنّ المادة **1035** من (ق.إ.م.إ) تنصّ على أنّه:« **يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من طرف الذي يهمه التعجيل.**

**يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل حكم التحكيم.**

**يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل خمسة عشر(15) يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي.** »[2].

وتنص المادة **1036** من نفس القانون على أنّه:« **يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف** »[3]؛ ونصّت المادة **1037** من القانون نفسه أنّه:« **تطبق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل للأحكام على أحكام التحكيم المشمولة بالنفاذ المعجل** »[4]؛ ونصّت المادة **1038** على أنّه:« **لا يحتج بأحكام التحكيم تجاه الغير** »[5].

تبين من من خلال ما سبق أنّها، لم تتناول الشروط الواجب توفرها لتنفيذ أحكام التحكيم الدولي إنما تناولت النظام القانوني الذي يصدر فيه أمر التنفيذ وحجية أحكام التحكيم الدولي، ومدة رفع استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ، وضرورة تسليم النسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية لمن يطلبها من الأطراف؛ منه تطرّقت المادة **1035** إلى ما يلي:

- حددت الجهة القضائية المختصة بإصدار أمر تنفيذ أحكام التحكيم الدولي المتمثلة في رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم.
- نفقات إيداع أصل الحكم مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخ عنها والعرائض يتحملها الأطراف.
- إيداع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم من الطرف الذي يهمه التعجيل في الحصول على أمر التنفيذ.
- يجوز للأطراف استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ أي الأمر القاضي بعدم منح حكم التحكيم الصيغة التنفيذية؛ خلال مدة تقدر ب(**15**) يوما؛ يبدأ سريانها من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي للمحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم.

وتطرّقت المواد من **1035** إلى **1038** إلى المسائل التالية:

---

[1]- المادة **1054** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.
[2]- المادة **1035**، مرجع نفسه.
[3]- المادة **1036**، مرجع نفسه.
[4]- المادة **1037**، مرجع نفسه.
[5]- المادة **1038**، مرجع نفسه.

- إلزام أمين ضبط المحكمة المختصة التي صدر فيها حكم التحكيم أو رئيس محكمة الجزائر بتسليم نسخة من حكم التحكيم الممهور بالصيغة التنفيذية لمن يطلبها من أطراف الخصومة التحكيمية

- أنّ أحكام التحكيم الدولي بنوعية الداخلي والأجنبي تكون حجة بالنسبة للأطراف، عليه لا يحتج بها في مواجهة الغير الذي لم يكن طرفا في العقد

إذا فإنّ المواد السالفة الذكر لا تتعلق بشروط تنفيذ أحكام التحكيم الدولية؛ وبما أنّ أحكام التحكيم من السندات التنفيذية التي يجوز تنفيذها جبرا حسب نصّ المادة **600** من (ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه:« **لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي.**

**والسندات التنفيذية هي:**

1- **أحكام المحاكم التي استنفذت طرق الطعن العادية والأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل،**
2- **الأوامر الاستعجالية،**
3- **أوامر الأداء،**
4- **الأوامر على العرائض،**
5- **أوامر تحديد المصاريف القضائية،**
6- **قرارات المجالس القضائية وقرارات المحكمة العليا المتضمنة إلتزاما بالتنفيذ،**
7- **أحكام المحاكم الإدارية وقرارات مجلس الدولة،**
8- **محاضر الصلح أو الاتفاق المؤشر عليها من طرف القضاة والمودعة بأمانة الضبط،**
9- **أحكام التحكيم المأمور بتنفيذها من قبل رؤساء الجهات القضائية والمودعة بأمانة الضبط،**
10- **الشيكات والسفاتج، بعد التبليغ الرسمي للاحتجاجات إلى المدين، طبقا لأحكام القانون التجاري،**
11- **العقود التوثيقية، لا سيما المتعلقة بالإيجارات التجارية والسكنية المحددة المدة، وعقود القرض والعارية والهبة والوقف والبيع والرهن والوديعة،**
12- **محاضر البيع بالمزاد العلني، بعد إيداعها بأمانة الضبط،**
13- **أحكام رسو المزاد على العقار،**

**وتعتبر أيضا سندات تنفيذية كل العقود والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون صفة السند التنفيذي** »[1].

وبما أنّ أحكام التحكيم من السندات التنفيذية الأجنبية التي تصدر عن جهة قضائية أجنبية، فإنّه قبل أن يصدر القاضي المختص أمر بتنفيذها في الإقليم الجزائري، فإنّه لابد أولا أن يتأكد من توافر الشروط الواردة في المادة **605** من (ق.إ.م.إ) التي تناول شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية؛ بنصّها على أنّه:« **لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة عن**

[1]- المادة **600** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

**جهات قضائية أجنبية، في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:**

**1- ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص،**

**2- حائزة لقوة الشيء المقضي فيه طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه،**

**3- ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأثير من المدعى عليه،**

**4- ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر.** »[1].

إذا تبين من خلال نصّ المادة السالفة الذكر أنّها حددت الشروط الواجب توفرها لتنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة عن جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري والمتمثلة في:

1- عدم مخالفة حكم التحكيم الدولي لقواعد الاختصاص: بنوعية الإقليمي والقضائي بمعنى أن يصدر أمر التنفيذ من الجهة القضائية المختصة بحسب ما نصّت عليه المادة **1051** من (ق.إ.م.إ)؛ فإذا كان التحكيم يجرى في الجزائر فإنّ أمر التنفيذ يصدر عن رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها محكمة التحكيم، وإذا كانت التحكيم قد جرى خارج الجزائر فإنّ أمر التنفيذ يصدر عن رئيس المحكمة محل التنفيذ أي المكان الذي سينفذ فيه الحكم.

2- أن يكون حكم التحكيم الدولي حائزا لحجية الشيء المقضي فيه: ويكون حكم التحكيم الدولي حائزا لحجية الشيء المقضي فيه، إذا فصل في الموضوع بحكم نهائي قطعي غير قابل للطعن فيه لا بالمعارضة ولا بالاستئناف[2]، منه لا يجوز لأي طرف من أطراف الخصومة أن يرفعها مجددًا أمام القضاء بنفس الخصوم والموضوع والسبب[3]، فلا يأمر القاضي المختص بتذليل الحكم التحكيم الأجنبي بالصيغة التنفيذية إذا ما كانت هناك إمكانية إلغائه مستقبلا[4].

3- أن يحترم حكم التحكيم الدولي النظام العام والآداب العامة في الجزائر: ويكون ذلك بألا يتضمن الحكم الأجنبي ما يتعارض والنظام العام والآداب العامة في الجزائر، وألا يتعارض الحكم الأجنبي مع حكم سبق أن صدر في الجزائر[5] ، وإن توفرت الشروط السابقة الذكر في حكم التحكيم الدولي فإنّ القاضي المختص يصدر أمر بالتنفيذ، أما إذا تخلفت أحدها أصدر القاضي حكما برفض إصدار أمر التنفيذ.

مع الإشارة إلى أنّ نطاق رقابة الجهة القضائية المختصة بأمر التنفيذ والاعتراف لا يمكن أن يتعدى الجانب الشكلي لحكم التحكيم الدولي دون التطرق للموضوع؛ منه لا يجوز للقاضي المختص أن ينظر في حكم المحكم فيما إذا كان طبق القانون أو لا أو كان حكمه

---

(1)- المادة **605** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

(2)- نجادي بن عبد الله، حيتالة معمر، مرجع سابق، ص.92.

(3)- معزي أمال، مرجع سابق، ص، 410.

(4)- المعتمد ياسين، نظام تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الدولي الخاص المغربي، "**مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية**" المجلد 13، ع.4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، 2020، ص.124.

(5)- بوضياف عادل، مرجع سابق، ص.35.

عادلا أم لا؛ لأنّ النظر في موضوع الحكم يعد مساسا بالتحكيم كطريق بدليل من طرق حل النّزاعات وتجاوز للسلطة الممنوحة للقاضي المختص المتمثلة في فحص حكم التحكيم من توافره على ضوابط الاعتراف والتنفيذ[1].

**ثالثا: إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الدولي**

يمر تنفيذ أحكام التحكيم الدولي حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية بمجموعة من المراحل؛ المتمثلة في:

1- تقديم طلب التنفيذ؛ لمن يهمه أمر تنفيذ حكم التحكيم الدولي أن يودع طلبه أمام الجهة القضائية المختصة؛ والمتمثلة حسب نصّ المادة **1051/2** من (ق.إ.م.إ) في المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم أو محكمة تنفيذ حكم التحكيم؛ منه نصّت المادة على أنّه:« **وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني.** » [2].

2- تقديم أصل حكم التحكيم؛ يجب أن يقدم طالب التنفيذ أمام المحكمة المختصة أصل الحكم مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسختين منهما إذا تعذر تقديم الأصل طبقا لنصّ المادة **1052** من (ق.إ.م.إ)؛ منه نصّت المادة على أنّه:« **يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها.** » [3]

3- تسديد نفقات الإيداع؛ تسدد نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل الحكم من أطراف النّزاع؛ هذا ما صرّح به المشرّع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب المادة **1035/2** منه؛ بنصّه على أنّه:« **يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل حكم التحكيم.** » [4].

4- تسليم نسخة من الصيغة التنفيذية؛ يتولى رئيس أمناء الضبط تسليم الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم لمن يطلبه من الأطراف؛ هذا ما صرّح به المشرّع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب نصّ المادة **1036** منه بنصّه على أنّه:« **يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف.** » [5].

5- التكليف بالوفاء؛ يحرّره المحضر القضائي؛ ويلتزم المنفذ عليه بتسديد الالتزام المحكوم به في أجل أقصاه **(15)** يوما يبدأ سريان هذه المدة من تاريخ التبليغ الرسمي للتكليف هذا ما نصّت عليه المادة **612** من من (ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه:« **يجب أن يسبق التنفيذ الجبري التبليغ الرسمي للسند التنفيذي، وتكليف المنفذ عليه بالوفاء، بما تضمنه**

---

[1]- فتحي كمال دريس، مرجع سابق، ص. ص. 128،131.

[2]- المادة **1051/2** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[3]- المادة **1052**، مرجع نفسه.

[4]- المادة **1035** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[5]- المادة **1036**، مرجع نفسه.

**السند التنفيذي في أجل خمسة عشر (15) يوما** »[1]، ويجوز للمنفذ بعد انقضاء الأجل إذا لم ينفذ المنفذ عليه الحكم طوعية أن يلجأ إلى الوسائل القانونية المتاحة في مرحلة التنفيذ الجبري من خلال الحجوز القضائية.

ويشمل التكليف بالوفاء تحت طائلة القابلية للبطلان البيانات الواردة في المادة **613** من (ق.إ.م.إ) والتي نصّت على أنّه:« **يجب أن يشمل التكليف بالوفاء، تحت طائلة القابلية للإبطال، فضلا عن البيانات المعتادة، على ما يأتي:**

1- **اسم ولقب طالب التنفيذ وصفته، شخصا طبيعيا أو معنويا، وموطنه الحقيقي وموطن مختار له في دائرة اختصاص محكمة التنفيذ،**
2- **اسم ولقب وموطن المنفذ عليه،**
3- **تكليف المنفذ عليه بالوفاء، بما تضمنه السند التنفيذي، خلال أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما، وإلا نفذ عليه جبرا.**
4- **بيان المصاريف التي يلزم بها المنفذ عليه،**
5- **بيان مصاريف التنفيذ والأتعاب المستحقة للمحضرين القضائيين،**
6- **توقيع وختم المحضر القضائي.**

**يمكن طلب إبطال التكليف بالوفاء، امام قاضي الاستعجال، خلال أجل خمسة عشر(15) يوما الموالية لتاريخ التبليغ الرسمي للتكليف بالوفاء، ليفصل فيه في أجل أقصاه خمسة عشر(15) يوما. »**[2].

وقد أورد المشرّع الجزائري استثناء يتعلق بجواز التنفيذ الجبري بمجرد التبليغ الرسمي للتكليف بالوفاء إلى المنفذ عليه دون مراعاة الأجل المحدد في المادة **612** من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، التي نصّت على أنّ التنفيذ الجبري لا يكون إلاّ بمرور خمسة عشر(15) يوما من تاريخ التبليغ الرسمي، إلاّ في حالتين أشارت إليهما المادة **614** من نفس القانون وهما؛ إذا تعلق التنفيذ بأمر استعجالي وإذا كان التنفيذ يتم بموجب حكم مشمول بالنفاذ المعجل، منه جاءت المادة كما يلي:« **يجوز إجراء التنفيذ الجبري بمجرد التبليغ الرسمي للتكليف بالوفاء بما تضمنه السند التنفيذي، دون مراعاة الآجال المنصوص عليها في المادة 612 أعلاه، فيما يأتي:**

1- **إذا كان التنفيذ يتم بموجب أمر استعجالي،**
2- **إذا كان التنفيذ يتم بموجب حكم مشمول بالنفاذ المعجل** »[3].

يقوم المحضر القضائي بالتنفيذ بناء على طلب المستفيد من السند التنفيذي أي من أمر تنفيذ حكم التحكيم أو من ممثله القانوني أو الاتفاقي، هذا ما نصّت عليه المادة **611** من (ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه:« **يتم التنفيذ من طرف المحضرين القضائيين، بناء على طلب**

---

[1]- المادة **612**، مرجع نفسه.
[2]- المادة **613** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.
[3]- المادة **614**، مرجع نفسه.

**المستفيد من السند التنفيذي أو من ممثله القانوني أو الاتفاقي** »[1]؛ وفي الحالة التي يتوفى فيها المستفيد من السند التنفيذي بعد البدأ في التنفيذ أو قبل الانتهاء من التنفيذ، فإنّ الورثة الذين يطالبون بالتنفيذ يقع عليهم أن يثبتوا صفتهم كورثة له عن طريق الفريضة.

وفي الحالة التي يفقد فيها صاحب السند التنفيذي أهليته ينوب عنه شخص آخر تعيّنه المحكمة وفي الحالة التي يكون هناك نزاع حول صفة الورثة أو النيابة القانوني ورفعة الدعوى أمام المحكمة، فإنّ المحضر القضائي في هذه الحالة يحرر محضر يسلم نسخة منه إلى الطرفين ويدعومها إلى متابعة دعواهم أمام الجهة القضائية المعنية، وفي كلت الحالات سواء فقد الأهلية أو الوفاة أو المنازعة حول صفة الورثة أو النيابة القانونية، فإنّه حفاظا على حقوقه المستفيد من السند التنفيذي يجوز له أن يقوم بإجراءات الحجز التحفظي على أموال مدينه ويبقى هذا الحجز صحيحا إلى حين فصل قاضي الموضوع في دعوى المنازعة في الصفة يتنازع فيها[2].

ويتبع في تنفيذ أحكام التحكيم الدولي الممهورة بالصيغة التنفيذية الاجراءات المتبعة في تنفيذ القرارات والأحكام الوطنية الداخلية؛ من ذلك استعمال القوة العمومية إذا ثبت عدم جدوى التنفيذي الإرادي الاختياري[3].

**المطلب الثالث: رقابة القاضي في الطعن على أحكام التحكيم الدولي**

تناول المشرّع الجزائري طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب المواد من **1055** إلى **1060** منه؛ في تحديد طرق الطعن فرّق بين أحكام التحكيم التي تصدر داخل الجزائر وتلك التي تصدر خارج الجزائر؛ عليه يمكن الطعن في أحكام التحكيم التي تصدر داخل الجزائر عن طريق دعوى البطلان؛ يسمح هذا الطعن بإعادة النظر في الحكم الصادر من المحكم، من خلال إعادة طرح النّزاع الذي سبق أن فصلت فيه محكمة التحكيم بحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه على القاضي المختص لينظر في مدى توفر سبب البطلان، دون أن ينظر في موضوع النّزاع الذي سبق أن فصل فيه المحكم الدولي.

وتكون أحكام التحكيم الصادرة خارج الجزائر محل طعن بالاستئناف في الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ أو برفض الاعتراف والتنفيذ الذي يصدر من الجهة القضائية المختصة وهي رقابة لاحقة عن صدور الحكم؛ وسواء كان الطعن في الحكم بالبطلان أو الطعن بالاستئناف، فإنّ المشرّع وضع حالات محددة على سبيل الحصر يؤسس عليه الطعنين معًا هذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المطلب من خلال الفروع الأتية؛ كما يلي بيانه:

**الفرع الأول: مراجعة أحكام التحكيم الدولي عن طريق الطعن بالبطلان**

منح المشرّع الجزائري للطرف الذي صدر ضده حكم التحكيم الدولي داخل الجزائر الحق في رفع دعوى يطالب من خلالها ببطلان الحكم عن طريق دعوى البطلان؛ هي دعوى

---

[1]- المادة **611** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[2]- المادة **615**، مرجع نفسه.

[3]- بوضياف عادل، مرجع سابق، ص.41.

مبتدأة[1]، يتم من خلالها مواجهة أحكام التحكيم التي تصدرها هيئات تحكيم داخل الجزائر لأسباب محددة مسبقا من طرف المشرّع يرفعها المحكوم عليه[2]، من أجل الحصول على حكم تقريري أمام القاضي المختص على أن يكون حكم هذا الأخير إيجابي إذا ما رأى أن الدعوى غير مؤسسة على أحد الحالات المحددة على سبيل الحصر.

فيقر بعدم قبول الدعوى، ويكون سلبيا إذا ما رأى أنّ الدعوى المقدمة مؤسسة، بالتالي يقرر بطلان الحكم الصادر من المحكم[3]؛ تهدف إلى تكريس نوع من التوازن بين عدم جواز الطعن في أحكام التحكيم الدولي الصادر في الجزائر وعدم استبعاد كل السبل التي تؤدي إلى معالجة الفرض الذي يلحقه فيه حكم التحكيم عيبا من العيوب كوجود عيب في حكم التحكيم أو اتفاقية التحكيم أو تشكيلة محكمة التحكيم[4].

وتتميز دعوى بطلان أحكام التحكيم بميزتين هما؛ أنّها نوع من أنواع الطعن غير المباشر إذ لا يجوز اللجوء إليها من الطرف الذي صدر ضدّه حكم التحكيم الدولي إلاّ إذا تنازل الأطراف في اتفاقية التحكيم عن الطعن بالاستئناف الذي يسمح للقاضي المختص أن يعيد النظر في موضوع النّزاع[5]؛ هذا حسب نصّ المادة **1033** من (ق.إ.م.إ) التي نصّت على أنّه:« **يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد (1) من تاريخ النطق بها أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم** » [6].

وتكون القرارات التي تفصل في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقا لنّص المادة **1034** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[7]؛ وأنّ دعوى البطلان لا يمكن أن تؤسس إلاّ على حالات محددة حصرا من طرف القانون؛ عليه لا يجوز أن يؤسس الطعن بالبطلان ضد أحكام التحكيم الدولي الصادر في الجزائر على سبب خارج الأسباب المتاحة من طرف القانون[8].

---

[1]- بلباقي بومدين، دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية، دراسة في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية، وفقه قضاء التحكيم الدولي، "**مجلة الفكر للدراسات القانونية والسياسية"**، ع.8، كلية الحقوق العلوم السياسية جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2019، ص.102.

[2]- مصطفى محمود، الرقابة القضائية على حكم التحكيم، "**مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بنات د متهور"**، المجلد 9، ع.2، 2017، ص.281.

[3]- كمال محمد الأمين، فريحة رمزي بهاء الدين، أسباب بطلان حكم التحكيم التجاري البحري، "**المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية"**،المجلد57، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيسمسيلت، 2020، ص.357.

[4]- عمر محي الدين المصري، سلطة القضاء في إبطال حكم التحكيم موضوعيا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2020، ص.57.

[5]- أنظر المادة **1033** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[6]- نصّت المادة **1034** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه:« **تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون.** »

[7]- العرباوي نبيل صالح، الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم في القانون الجزائري، "**مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية"**، المجلد الأول، ع.9، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مسيلة، 2018، ص.266.

[8]- غربية سمية، فيصل نسيمة، الرقابة القضائية على حكم التحكيم عن طريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم التجاري الدولي، "**مجلة المفكر"**، ع.17، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2018، ص.242.

وقد تناول المشرّع الجزائري الطعن في أحكام التحكيم الدولي الصاردة في الجزائر عن طريق دعوى البطلان في المادة **1058** من (ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه:« **يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه.** »[1].

تبين من خلال نصّ المادة السالفة الذكر، أنّ المشرّع يجيز أن تكون الأحكام التي تصدر عن هيئات تحكيمية دولية داخل الجزائر أن تكون محل للبطلان بطلب من الطرف الذي صدر ضدّه منطوق الحكم؛ على أن يكون حكم القاضي المختص إما اقرار البطلان إذا ما توفرت أحد الحالات الواردة في المادة **1056** أو رفض طلب البطلان المثار من المحكوم عليه إذا انتفت تلك الحالات.

وقد اشترط المشرّع الجزائري لقبول دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر أن يكون الطلب مؤسس على أحد الحالات الواردة حصرا في المادة **1056** من(ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه:« **لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات الآتية:**

1. **إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية،**
2. **إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون،**
3. **إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسند إليها،**
4. **إذا لم يراع مبدأ الوجاهية،**
5. **إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب،**
6. **إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي** » [2].

إذ يتضح من خلال فحوى المادة أنّها تتعلق بالحالات التي يجوز فيها استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ؛ وبما أنّ المادة **1058** من نفس القانون قد أحالتنا إليها فإنّ الدعوى سواء كانت متعلقة بالبطلان أو بالاستئناف تسري عليها نفس الحالات، ويمكن تقسيم الحالات الواردة في المادة إلى ثلاثة فئات؛ الأولى تتعلق باتفاقية التحكيم؛ الثانية تتصل بإجراءات التحكيم؛ الثالثة تتعلق بحكم التحكيم؛ هي الحالات التي تناولها المشرّع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي لا يجوز خارجها الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الداخلي؛ والتي نتطرّق لها من خلال هذا الفرع كمايلي:

**أولا: أسباب بطلان حكم التحكيم الدولي المتصلة باتفاقية التحكيم**

تتمثل أسباب الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر المتصلة باتفاقية التحكيم حسب ما نصّت عليه المادة **1056**/1 في:

---

[1]- المادة **1058** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[2]- المادة **1056**، مرجع نفسه.

1- إذا فصل المحكم في النّزاع دون وجود اتفاقية التحكيم: منح المشرّع الجزائري للأطراف في مجال المعاملات الاقتصادية الحق في المفاضلة بين طرح ما ينتج عن عقوده من نزاعات بسبب عدم تنفيذ العقد بين القضاء العادي وقضاء التحكيم التجاري الدولي؛ إلاّ أنّه اشترط لسحب اختصاص النّظر في نزاع ما من قضاء الدولة أن يتطرّق الأطراف إلى منح التحكيم صلاحية النظر فيه، من خلال ابرامهم لاتفاقية التحكيم؛ منه إذا فصل المحكم دون وجود اتفاقية التحكيم كما سبق بيانه أي عدم إبرام اتفاق التحكيم فإنّ حكمه يكون معرّض للبطلان.

2- إذا فصل المحكم في النّزاع بناء على اتفاقية باطلة: تتمثل الحالات التي تكون فيها اتفاقية التحكيم باطلة في:

- إذا لم تبرم اتفاقية التحكيم كتابة: اشترط المشرّع بموجب نصّ المادة **1040/2** من (ق.إ.م.إ) ضرورة أن ترد اتفاقية التحكيم في شكل مكتوب بغض النظر إن كانت الكتابة قد تمت بالوسائل التقليدية بالكتابة على الورق أو بالوسائل الحديثة للاتصال كالفاكس؛ وردت المادة كما يلي:« **يجب من حيث تحت الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة.** » [1]

- إذا لم تستجب اتفاقية التحكيم للشروط التي يضعها القانون الواجب التطبيق: يسري على اتفاقية التحكيم القانون المختار من الأطراف أو القانون الذي يراه المحكم ملائما[2]؛ وفي غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق يفصل المحكم في النّزاع حسب قواعد القانون والأعراف التي يراها المحكم ملائمة[3].

- إذا لم يتضمن اتفاق التحكيم موضوع النّزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم؛ وتكون الاتفاقية باطلة إذا تخلفت الشروط الازمة لوجد اتفاقية التحكيم المتمثلة في المحل والسبب والأهلية بالإضافة إلى الرضاء الذي يشترط فيه أن يكون صحيحا خاليا من عيوبه؛ إكراه وتدليس وغلط واستغلال[4].

- إذا تنازل الأطراف عن اتفاقية التحكيم المبرم بينهم[5].

- إذا كان أحد أطراف اتفاقية التحكيم لا يملك حق التصرف في حقوقه تطبيقا لنصّ المادة **1006** من (ق.إ.م.إ) [6]

3- إذا فصل المحكم بناء على اتفاقية تحكيم انقضت مدتها: يلتزم المحكم المعروض عليه النّزاع أن يفصل فيه من حيث الموضوع ومن حيث الزمان من خلال إصداره للحكم خلال المدة المحددة؛ عملا بنصّ المادة **1018** من (ق.إ.م.إ) فإنّ الأجل يحدده الأطراف، وفي غياب اتفاق الأطراف على المدة تسري المدة القانونية التي حددها المشرّع وهي **(4)** أشهر يبدأ

---

[1]- المادة **1040/2** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[2]- المادة **1040/3** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[3]- المادة **1050**، مرجع نفسه

[4]- كليبي حسان، الرقابة القضائية على حكم التحكيم التجاري الدولي، وفقا القانون الجزائري، **مجلة الفكر**،ع.17، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2018، ص.383.

[5]- بلباقي بومدين، مرجع سابق، ص.107.

[6]- المادة **1006** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

سريانها من تاريخ إخطار المحكمة، مع امكانية تمديدها بموافقة الأطراف، وفي غياب الموافقة تمدد المدة وفقا لنظام التحكيم وفي غيابه تمدد من طرف رئيس المحكمة المختصة[1].

**ثانيا: أسباب بطلان حكم التحكيم الدولي المتصلة بمحكمة التحكيم**

تتمثل حالات بطلان حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر المتعلقة بمحكمة التحكيم حسب نصّ المادة **1056** بفقراتها من **2** إلى **4** فيما يلي:

1. إذا كانت تشكيل محكمة التحكيم أو تعين المحكم الوحيد مخالف للقانون: تكون تشكيلة محكمة التحكيم مخالفة للقانون إذا تضمّنت محكمة التحكيم من حيث أعضائها عدد زوجيا؛ لأنّ المنصوص عليه في القانون غير ذلك تماما، إذ أنّه من المشترط أن يكون العدد وترا طبقا لنص المادة **1017** من (ق.إ.م.إ) التي نصّت على أنّه:« **تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي** »[2].
2. إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها: وتفصل محكمة التحكيم بخلاف المهمة المسنة إليها في الحالة التي تفصل فيها في موضوع النّزاع أو موضوع اتفاق التحكيم دون تطبيق القانون المختار من الأطراف؛ أو الحالة التي تفصل فيها محكمة التحكيم في مسألة لم يشملها اتفاق التحكيم أي لم تتضمنها الاتفاقية، أو قضت بأكثر مما طلبه الأطراف[3]، أو الحالة التي تحكم بطلبات لم يطلبها الخصوم أو بطلبات أكثر من التي طلبها الأطراف[4].
3. إذا لم تراعي مبدأ الوجاهية: يقع على محكمة التحكيم أثناء الفصل في الخصومة التحكيمية أن تراعي مبدأ الوجاهية باعتباره ضمانة من ضمانات حق الدفاع؛ عليه إذا أصدرت محكمة التحكيم حكمها دون التقيد بمبدأ الوجاهية جاز للطرف الذي لم يستفد من مبدأ الوجاهية أن يطلب بإبطال الحكم الصادر أمام الجهة القضائية المختصة؛ هي الضمانة التي يتمكن من خلالها الأطراف من تقديم دفوعهم أثناء المرافعات الشفوية وتبادل المذكرات والاطلاع والرد على كل ما يجري في الدعوى؛ ومن أمثلة خرق مبدأ الوجاهية الحالة التي تجري فيها هيئة التحكيم المرافعات دون حضور أحد الخصوم لعدم تبليغه أو تنتقل الهيئة للمعاينة دون إبلاغ الخصوم[5]، وعدم تمكين الخصوم من الاطلاع على المستندات المقدمة من الطرف الآخر[6].

**ثالثا: أسباب بطلان حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر المتصلة بحكم التحكيم**

---

(1)- المادة **1018**، مرجع نفسه.

(2)- المادة **1017** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

(3)- صدوق المهدي، شراطي خيرة، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، "**مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية**"، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، ص.211.

(4)- بلباقي بومدين، مرجع سابق. ص.107.

(5)- قيايلي محمد، طرق الطعن في الحكم التحكيمي التجاري، "**مجلة دراسات والبحوث القانونية**"، ع.3 كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، ص.189.

(6)- بلباقي بومدين، مرجع سابق. ص.107.

تناول المشرّع الأسباب بطلان حكم التحكيم الدولي بحكم التحكيم في المادة **1056/5 و6** من (ق.إ.م.إ)؛ والمتمثلة في:

1- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، وإذا وجد تناقض في الأسباب: اشترط المشرّع أن تكون الأحكام التي يصدرها المحكم حكمين مسببة؛ هذا ما نصّت عليه المادة **1027/2** من (ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه: « **يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة.** »[1] وأخذ في حالة غيابه ببطلان الحكم حسب الفقرة الخامسة من المادة **1056** بنصّها على أنّه:« **إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب** »[2].

وتعتبر أحكام التحكيم غير مسببة إذا لم تتضمن ذكر الأسانيد القانونية التي استندت عليها في إصدار الحكم وحيثياته من وقائع وإجراءات ودفوع الخصوم وطلباتهم، ولمحكمة التحكيم مطلق الحرية في تسبيب الأحكام التي تصدر عنها، بشرط أن يكون تسبيبها مبني على وقائع ثابتة في ملف الدعوى، وأن تؤدي الأسباب التي آلت إليها محكمة التحكيم إلى النتيجة التي توصلت إليها في الحكم.

فإذا كان من الأسباب التي ذكرتها محكمة التحكيم أنّ البضاعة قد تم تسليمها فإنّ ذلك يستوجب أن يكون الحكم إتمام العقد وليس فسخة لأنّ الحكم بالفسخ في هذه الحالة يؤدي إلى الاخلال بشرط تماشي التسبيب مع الحكم المتوصل إليه.

2- إذا كان حكم التحكيم مخالف للنظام العام الدولي: تقضي الجهة القضائية المختصة ببطلان حكم التحكيم الدولي إذا كان مخالفا للنظام العام الدولي؛ وفي بطلان حكم التحكيم الدولي لابد أن نميّز بين الحالات التي يثار فيها البطلان من طرف المحكمة من تلقائي نفسها، والحالات التي يثار فيها البطلان من الخصوم.

فمن أمثلة حالات البطلان التي تقضي به المحكمة من تلقائي نفسها نجد الحالة التي يصدر فيها حكم التحكيم وأحد الأطراف ناقص الأهلية، أو صدر الحكم لكن لم يتضمن البيانات المنصوص عليها قانونا[3]؛ وقد نصّ المشرّع على البيانات التي يجب أن يتضمنها حكم التحكيم في المادة **1028** (ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه:« **يتضمن حكم التحكيم البيانات الآتية:**

1- **اسم ولقب المحكم أو المحكمين،**
2- **تاريخ صدور الحكم،**
3- **مكان إصداره،**
4- **أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي،**
5- **أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف، عند الاقتضاء** » [4].

---

[1]- المادة **1027/2** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.
[2]- المادة **1056/5**، مرجع نفسه.
[3]- بلباقي بومدين، مرجع سابق، ص.109.
[4]- المادة **1028** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

ويُعتبر من حالات البطلان التي تثار من الأطراف الحالة التي يصدر فيها حكم التحكيم خارج المدة المحددة من الأطراف أو من طرف القانون أو تعيين محكمة التحكيم لمحكم أو محكمين لا تتوفر فيهم الشروط المطلوبة من الأطراف، ويقع على الطرف الذي يثير دعوى البطلان ضد الحكم أن يثبت التجاوز[1].

**الفرع الثاني: معاينة الأمر القاضي بالاعتراف أو رفض الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم**

يمر طالب التنفيذ بعملية الاعتراف أولا ثم الأمر بمنح الصيغة التنفيذية ثانيا؛ إلاّ أن هذه القاعدة لا تعد قاعدة مطلقة إنما هناك حالات لا يحتاج فيها الشخص الذي صدر لصالحه حكم التحكيم الحصول على أمر التنفيذ كرفض الدعوى؛ في هذه الحالة يلجأ المحكوم له إلى الاعتراف دون التنفيذ ليكسبه حجية الشيء المقضي فيه[2].

وقد حددّ المشرّع الجزائر الشروط الواجب توافرها ليصدر القاضي المختص أمر يتضمن قبول الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولي؛ من هذه الشروط أن يثبت طالب الاعتراف وجود حكم التحكيم بتقديم أصل الحكم مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخ عنهما إذا استحال تقديم الأصل وأن يكون الحكم الذي صدر عن هيئة التحكيم غير مخالف للنظام العام الدولي؛ على أن يقدم الطلب أمام أمانة ضبط المحكمة المختصة؛ وأن لا يتعارض حكم التحكيم مع حكم سبق أن صدر في الجزائر وأن يحوز الحكم حجية الشيء المقضي فيه إلى غير ذلك من الشروط.

فتتأكد الجهة القضائية المختصة من توفر الشروط المطلوبة لإصدار الأمر بالاعتراف والتنفيذ؛ فإذا توفرت الشروط أمرة الجهة القضائية بالاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي وإذا انتفت أحد هذه الشروط أمرة برفض الاعتراف أو تنفيذ الحكم؛ وقد فرّق المشرّع بين الاستئناف في الأمر القاضي بالاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي والاستئناف في الأمر القاضي بالموافقة على الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي؛ وهو ما سنبينه من خلال هذا الفرع كما يلي:

**أولا: استئناف الأمر القاضي برفض الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي**

تناول المشرّع استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي في قانون الاجراءات المدنية والإدارية بموجب المادة **1055** منه بنصّها على أنّه: « **يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف.** »[3]؛ تبين من خلال نصّ هذه المادة أن، المشرّع قد أجاز للطرف الذي قدم طلب أمام الجهة القضائية المختصة يتضمن طلب الاعتراف بحكم التحكيم الدولي وحصل بعد ذلك على رفض الاعتراف أو رفض التنفيذ أن يرفع استئناف ضد الأمر؛ على أن يرفع استئنافه أمام المجلس القضائي الواقع في دائرة اختصاصه المحكمة التي أصدر الأمر برفض الاعتراف أو برفض تنفيذ خلال شهر يبدأ سريانه من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة حسب نصّ المادة **1057** من (ق.إ.م.إ)

---

[1]- بلباقي بومدين، مرجع سابق. ص.109.

[2]- فتحي كمال دريس، مرجع سابق، ص.128.

[3]- المادة **1055** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

بنصّها على أنّه:« **يرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد(1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة**[1]**.**

**ثانيا: استئناف الأمر القاضي بالموافقة على الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي**

تناول المشرّع استئناف الأمر القاضي بالموافقة على الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب نصّ المادة **1056** منه بنصّها على أنّه:« **لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الأتية:**

1- **إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية،**
2- **إذا كانت تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون،**
3- **إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها،**
4- **إذا لم تراع مبدأ الوجاهية،**
5- **إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب،**
6- **إذا كان حكم التحكيم مخالف للنظام العام الدولي. »**[2].

إذ أكدّ المشرّع بموجب نصّ المادة السالفة الذكر على عدم جواز استئناف الأوامر التي تصدر من الجهة القضائية المختصة التي تقضي بالاعتراف أو التنفيذ كمبدأ، إلاّ إذا توفرت أحد الحالات الواردة في نصّ المادة على سبيل الحصر والمتمثلة في:

- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.
- إذا كانت تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.
- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.
- إذا لم تراع مبدأ الوجاهية.
- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.
- إذا كان حكم التحكيم مخالف للنظام العام الدولي.

حدد المشرّع الجهة القضائية التي يرفع أمامها الاستئناف والمدة القانونية التي يرفع فيها؛ بالنسبة للجهة القضائية المختصة بنظر الاستئناف فهي المجلس القضائي الواقع في دائرة اختصاصه المحكمة التي أصدرت أمر الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وبالنسبة للمدة القانونية التي يرفع خلالها الاستئناف حدّدها المشرّع الجزائري ب شهر(1) يبدأ سريان هذه المدة من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة؛ هذا ما نصّت عليه المادة **1057** من (ق.إ.م.إ) بنصّها على أنّه:« **يرفع الاستئناف أما المجلس القضائي خلال شهر واحد(1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة. »**[3].

---

[1]- المادة **1057**، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.
[2]- المادة **1056**، مرجع نفسه.
[3]- المادة **1057** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

وبمّا أنّ المادة السالفة الذكر جاءت بصفة العموم دون تخصيص إذ لم يذكر فيها المشرّع نوع الاستئناف الذي تسري عليه المادة مع العلم أنّ الاستئناف جائز في حالتين؛ إذا صدر حكم القاضي برفض الاعتراف أو رفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي وإذا صدر بقبول الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي؛ فإنّ المادة تسري على الاستئنافين معا.

بالعودة إلى نصّ المادة **1035/3** من نفس القانون نجدها تنصّ على المدة القانونية التي يرفض خلالها استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ والمتمثلة في **(15)** يوما بنصّها على أنّه:« **يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي.** »[1]، ما يعني وجود مادتين قانونيتين تتضمان مسألة رفع الأستئناف، الأولى وهي الواردة أحكامها في المادة **1057** من (ق.إ.م.إ) وهي مادة عامة تسري على جميع أنواع الاستئناف، سواء كان الأمر الصادر من المحكمة المختصة بالرفض أو بالقبول والموافقة على طلب الاعتراف والتنفيذ؛ والثانية وهي الواردة أحكامها في المادة **1035/3** من نفس القانون تضمّنت قاعدة قانونية خاصة تسري على حالة واحدة من الاستئناف وهي التي تتعلق برفض تنفيذ أحكام التحكيم الدولي لكن المدة ليس واحدة.

ونصّت المادة **1057** من (ق.إ.م.إ) على أنّ الاستئناف سواء كان برفض الاعتراف أو رفض التنفيذ يجب أن يرفع خلال شهر واحد يبدأ سريانه من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة، ونصّت المادة **1035/3** من نفس القانون على أنّ استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ يجب أن يرفع خلال **(15)** يوما يبدأ سريانها من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي.

وبمّا أنّ الخاص يقيد العام فإنّه يمكن أن نقول أنّ استئناف الأوامر القاضية برفض الاعتراف أو الموافقة على الاعتراف أو تنفيذ أحكام التحكيم الدولي تخضع للمدة القانونية الواردة في المادة **1057**، والتي حددت بشهر كامل يبدأ سريانه من تاريخ التبليغ الرسمي؛ في حين يخضع الأمر القاضي برفض التنفيذ للمدة القانونية الواردة في المادة **1035** من نفس القانون والمحدّدة ب**(15)** يوما يبدأ سريانها من تاريخ حصول طالب التنفيذ على الرفض من المجلس القضائي؛ أو شهر من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة؛ منه كان على المشرّع أن يوحد المدة القانونية للطعن بالاستئناف.

[1]- المادة **1035/3** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

**خلاصة الباب الثاني**

نصل من خلال ما تم التطرّق إليه إلى أنّه؛ من أجل إيجاد حل لمنازعات العقد التجاري الدولي وجد منهج القواعد الموضوعية الذي يمنح حلولا ذاتية تصون توقعات الأطراف المشروعة؛ تتكون قواعده من مجموعة من العادات والأعراف التجارية والمبادئ العامة للقانون والاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية؛ وبما أنّ القواعد الموضوعية هي مجرد قواعد لم تضعها السلطة المخول لها قانونا إصدار القوانين وأنّها قواعد طائفية تسري على طائفة معينة من الأشخاص وهم المتعاملين الاقتصاديين عرضت عليهم، لهم أن يقبوا بها أو يرفضوها مما يجعل منها قواعد تفتقر للتجريد والعمومية والالزام دفع ذلك البعض لتشكيك في تشكيلها نظاما قانونيا؛ منه ورغم أنّ القواعد الموضوعية تفتقر إلى الركن القاعدي إلاّ أنّ هذا لا ينفي وجود هيئة متماسكة منظمة تعمل على صياغة هذه القواعد، خاصة وأنّ خاصية العموم والتجريد التي تدل على مخاطبة الأشخاص بصيفاتهم لا بذواتهم، وسريان القاعدة على جميع الأشخاص لا يجب أن تحصر في المعنى الضيق للجملة، إنما حتى وإن كانت هناك قواعد طائفية فإنّ ذلك لا ينفي عليها صفة العموم؛ أما بالنسبة لعنصر الجزاء فإنّه لا يمكن أن نعتمد عليه لاضفاء صفة القاعدة القانونية على منهج القواعد الموضوعية، لأنّه مازال لحد اليوم محل جدال فقهي لكونه الأثر المترتب عن مخالفة القواعد القانونية، منه فإنّ القاعدة القانونية سابقة في وجوها عن الجزاء، عليه ليس منطقيا أن نعتبره أحد العناصر المكوّنة للقاعدة القانونية؛ تلك هي الحجج التي استند عليها الاتجاه المناصر لفكرة اضفاء صفة النظام القانونية على القاعدة الموضوعية لكن صفة النظام غير كامل كونه في مراحله الأولى في التطور والتكوين؛ منه لا يمكن أن نسلم بفكرة أن يستأثر هذا الأخير بحل منازعات التجارة الدولية الذي يحتاج دائما لمنهج التّنازع الذي يكمل النقص الوارد فيه.

وتطبق القواعد الموضوعية من طرف المحكم في حالتين؛ التي تكون محل اختيار الأطراف المتعاقدة والتي لا يختار فيها الأطراف القواعد القانونية الواجبة التطبيق فيختارها المحكم بنفسه؛ ولمن أراد منح اختصاص النّظر في المنازعات التجارية الدولية لمحكمة التحكيم التجاري الدولي أن يتطرّق إلى ابرام اتفاق التحكم؛ منه سواء ابرمه الأطراف في شكل شرط التحكيم قبل نشوء النّزاع أو في شكل مشارطة التحكيم بعد نشوء النّزاع، فإنّ كلا الشكلين يعد صحيحا، هذا ما صرّح به المشرّع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لما نصّ صراحة على النّزاعات القائمة والمستقبلية؛ وإن أقر المشرّع حق الأطراف في اللجوء إلى التحكيم إلاّ أنّه منح في مقابل ذلك رقابة قضائية على الأحكام التي تصدر من هيئات التحكيم؛ منه يتدخل القاضي خلال مرحلتين السابقة لصدور حكم التحكيم، والتي يكون خلالها دوره مساعدا بطلب من الأطراف لتشكيل محكمة التحكيم أو عزل المحكم أو رده أو استبداله أو تمديد مهمة المحكم أو المحكمين، والاحقة لصدور الحكم والذي يكون فيه دور القاضي رقابيا لا يتوقف على إرادة الأطراف إنّما الزاميا من خلال تقديم طلب الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم؛ لأنّ المشرّع وإن كفل أحكام التحكيم بحجية الشيء المقضي فيه إلاّ أنّه لا يصبح سندا تنفيذيا إلاّ بعد الاعتراف به و اصدار أمر التنفيذ؛ منه فرّق المشرّع بين الحكم الذي

يصدر في الجزائري والذي يختص به قاضي محكمة محل تنفيذ الحكم والحكم الذي يصدر خارج الجزائر والذي يختص به قاضي محكمة الجزائر، على أن يصدر القاضي أمرا بالاعتراف أو التنفيذ أو رفض الاعتراف والتنفيذ؛ عليه في الحالة التي يصرّح فيها القاضي سواء بقبول الاعتراف والتنفيذ أو الرفض فإنّ الطرف الذي صدر لمصلحته الحكم أن يستأنفه بناء على طلب يقدمه خلال أجل شهر من تاريخ التبليغ أمام المجلس القضائي في حدود الحالات الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ على أن يكون حكم التحكيم الداخلي قابل للطعن بالاستئناف وفي حالة ما إذا تنازل الأطراف عن حقهم في الاستئناف في اتفاق التحكيم فإنّ الحكم يكون قابلا للطعن في حدود الحالات التي يجوز فيها الطعن بالاستئناف وفي كلا الحالتين سواء كان طعن بالاستئناف أو طعن بالبطلان فإنّ القاضي لا ينظر في موضوع النّزاع ولا في حكم التحكيم إنّما ينظر في مدى توفر الحالات التي تجيز الطعن.

# خاتمة

يعتبر موضوع تنازع القوانين في العقد التجاري الدولي من المواضيع التي لا تقل أهمية عن المواضيع الأخرى المماثلة لها كتنازع القوانين في الزواج، الميراث، الأهلية وغيرها؛ هو الدافع بأهل التشريع إلى إدراج وسائل تمنح حلولا لمشكلة تنازع القوانين تحت لواء مناهج تنازع القوانين في موضوعات القانون الدولي الخاص؛ إذ نجد أنّ المشرّع الجزائري قد سمح بتطبيق منهجي قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية بموجب القانون المدني في المادتين **18** و**19** وقانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة **1050**.

ويجد منهج قواعد الإسناد سنده القانوني في القانون المدني الذي كرّس حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد؛ منه صرّح المشرّع بموجب المادة **18/1** بحق الإرادة في اختيار القانون الذي يسري على العقد بصفة صريحة أو ضمنية؛ وفي حالة سكوت الإرادة عن الاختيار تولى المشرّع بنفسه حل مشكلة تنازع القوانين وفقا للإرادة من خلال قاعدة إسناد احتياطية يُأخذ بالضوابط الواردة فيها حسب الترتيب الذي وردت به.

وصرّح المشرّع بموجب المادة **19** بحق الأطراف في اختيار القانون الذي يسري على شكل العقد بموجبها يخضع العقد لقانون محل إبرامه، ويجوز أن يخضع لقانون الموطن المشترك، الجنسية المشتركة، القانون الذي يسري على العقد في جانبه الموضوعي؛ وإن كان تحديد القانون الواجب التطبيق يخضع لإرادة المشرّع فإنّه هناك من التشريعات من لم تأخذ في تحديد قانون العقد بالإسناد الجامد بل بالمنهج المرن الذي يمنح حلا لمشكلة تنازع القوانين وفقا لإرادة القاضي المفترضة.

منه صرّح المشرّع التونسي في غياب قانون الإرادة بموجب الفصل **62** بإسناد العقد لقانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز وقت إبرام العقد؛ و صرّحت اتفاقية روما قبل تعديلها بموجب المادة **4** بإسناد العقد إلى قانون دولة معينة وفقا لظروف التعاقد وملابساته؛ وبعد تعديلها في سنة 2008 أخذت بفكرة الأداء المميز في تحديد قانون العقد في غياب قانون العقد؛ عليه فإنّ الإرادة إما أن تكون حقيقية يجسدها قانون الإرادة بشكليه الصريح والضمني؛ الأولى إرادة ظاهرة والثانية باطنه وإما أن تكون مفترضة يجسده الإسناد الجامد وهي إرادة المشرّع أو الإسناد المرن تلك هي إرادة القاضي.

ويجد منهج القواعد الموضوعية سنده القانوني في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي كرّس حق الأطراف في اختيار القواعد القانونية أي كان مصدرها تنتمي إلى قانون وطني لدولة معينة أو قانون أجنبي أو قواعد موضوعية مستمد من أعراف التجارة الدولية العقود النموذجية، المبادئ العامة للقانون التي تسري على العقد؛ منه صرّح المشرّع بموجب المادة **1050** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنّ المحكم يفصل في النّزاع بتطبيق القواعد القانونية التي يختارها الأطراف.

منه إذا إنصب اختيارهم على قانون وطني أو أجنبي أو أحد القوانين المكوّنة لمنهج القواعد الموضوعية يقع لزاما عليه أن يحترم إرادة الأطراف وإلاّ كان حكمه معرضا للطعن بالاستئناف تلك هي الحالة التي يفصل فيها المحكم بخلاف المهمة المسندة إليه ويفصل

المحكم في النّزاع في غياب قانون الإرادة وفقا للقانون الذي يراه ملائما؛ منه من يختار المحكم يختار قانونه عليه يفصل فيه بتطبيق القاعدة الموضوعية.

وبما أنّ منهج القواعد الموضوعية نظام قانوني غير متكامل حديث النشأة نشأ في مجتمع التجار من مشترين وبائعين لا يعالج جميع المشاكل التي تثار عن العقد التجاري الدولي كالأهلية وعيوب الإرادة فإنّ هذا الأخير لا يمكن له أن يستأثر بعينه على حكم تلك المشاكل لأنّه في كل مرة يحتاج إلى منهج قواعد الإسناد لسد النقص والقصور الذي يعاني منه لكن مع تطوره سيكون له الشأن الكبير في حلها؛ هو ما يفسر علاقة التعايش والتكامل بين المنهجين التي تعتبر ضرورة ملحة من أجل الوصول إلى أفضل تسوية بالطريقة التي تدعم وتقوي مصلحة القانون الدولي الخاص.

**أولا: النتائج**

**1-** أنّ مضمون القانون الدولي الخاص ينصب حول ايجاد حلول للمنازعات الدولية ذات العنصر الأجنبي.

**2-** يعبر تنازع القوانين عن المشكلة التي تثيرها العلاقات الخاصة الدولية كلما اتصلت بنظام قانوني لأكثر من دولة واحدة وكان هناك انتقال لرؤوس الأموال عبر الحدود؛ منه تنازع مناهج حل التّنازع.

**3-** تعتبر قاعدة الإسناد أحد المناهج المعول عليها لحل تنازع القوانين المثار عن العقد التجاري الدولي يطبقها القاضي المعروض عليه النّزاع؛ وفقا له يسري على العقد قانون الإرادة بغض النظر إن كان القانون المختار قانون وطني، قانون أجنبي شريطة أن يكون اختيار الأطراف وقت إبرام العقد أو بعد إبرامه أو أثناء نشوء نزاع لكن قبل عرضه على القاضي.

**4-** أكدت التشريعات الوطنية على دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي؛ إلاّ أنّ إعماله منهج قواعد الإسناد من شأنه أن يؤدي في مفهومه التقليدي إلى تطبيق قانون وطني على عقود تجاوزت طبيعتها حدود الدولة الواحدة؛ هذا من شأنه أن يصيب التجارة الدولية بالضرر.

**5-** يكون قانون الإرادة محل استبعاد إذا كان القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام والآداب العامة في دولة القاضي، وإذا ما تحدد له الاختصاص نتيجة غش نحو القانون بغض النظر إن كان القانون المختار وطني أو أجنبي كإيجاد الصفة الدولية في العقد أو التلاعب في ضابط الاسناد للتهرب من القانون المختص، وفي حالة وجود قاعدة ضرورية تطبق مباشرة مهما كان القانون المعين من قواعد التّنازع؛ منه تقليص دور قاعدة الإسناد.

**6-** يعتبر منهج القواعد الموضوعية أحد المناهج المعول عليها لحل تنازع القوانين في العقد التجاري الدولي؛ يطبقه المحكم في حالة ما إذا كانت قواعده محل اختيار الأطراف أو في الحالة التي يبحث فيها عن القواعد القانونية التي تعد ملائمة؛ منه في الحالة التي يختار فيها الأطراف القواعد القانونية المنتمية لقانون دولة معينة فإنّ ذلك إشارة إلى تطبيق القواعد الموضوعية فيه وليس قواعد التّنازع إلاّ إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك.

**7-** أنّ منهج القواعد الموضوعية وإن كان لا يصدر عن سلطة في الدولة إلاّ أنّ ذلك لا ينفي صفة النظام القانوني عليه لوجود مجموعة متماسكة من التجار تكفي لوضع القواعد القانونية؛ وإنّ كان يتمتع بصفة النظام القانوني إلاّ أنّه لا يتمتع بصفة الكمال لوجود مسائل لم يتعرض لها؛ مثال ذلك الأهلية عوارضها وموانعها، وإبطال العقد وبطلانه؛ عليه يحتاج دائما إلى منهج قواعد الإسناد.

**8-** سمح المشرّع الجزائري للمتعاملين في التجارة الدولية باللجوء إلى التحكيم لحل نزاعاتهم؛ وبما أنّ التحكيم عدالة اتفاقية فإنّ الأطراف ملزمون لإخراج النّزاع من اختصاص القاضي بإبرام اتفاق التحكيم في صورة شرط أو مشارطة التحكيم.

**9-** إن كان المشرّع قد منح للأطراف حق رفع النّزاع أمام محكمة التحكيم إلاّ أنّه منح للقاضي مكانة في التحكيم؛ منه صرّح المشرّع بدور المساعدة للقاضي خلال المرحلة التي تسبق صدور حكم التحكيم على أن يكون تدخله بناء على طلب من يهمه تشكيل محكمة التحكيم أو تكملة تشكيلها أو عزل المحكم أو اسيبداله أو رده أو تمديد مهمة المحكم؛ وصرّح في مواد متفرّقة بدور القاضي الرقابي الإلزامي خلال المرحلة الموالية لصدور حكم التحكيم منه لمن صدر حكم التحكيم لصالحه أن يطلب من القاضي بالاعتراف به و تنفيذه وفقا للضوابط الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ على أن تنحصر مهمة القاضي في المعانية.

**10-** فرّق المشرّع في طرق الطعن بين أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر وتلك التي تصدر في الخارج؛ منه يجوز الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الذي يجرى في الجزائر إذا تنازل الأطراف في اتفاقية التحكيم عن حقهم في الاستئناف؛ ويجوز الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الأجنبي فيما تعلق بالأمر القاضي بالاعتراف أو تنفيذ أو رفض الاعتراف أو رفض التنفيذ إذا ما تحققت أحد الحالات الواردة على سبيل الحصر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ منه لا يقبل طلب الطعن بالبطلان أو بالاستئناف خارج تلك الحالات.

**11-** يرفض القاضي الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي إذا كان حكم التحكيم الأجنبي لا يحوز على حجية الشيء المقضي فيه؛ وحتى يتسنى تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في الجزائر جبرا لا بد من مهره بالصيغة التنفيذية إذا ما توافرت الشروط الواردة في المادة **605** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

**ثانيا: المقترحات**

**1-** تعديل المادة **18** من القانون المدني الجزائري لتتماشى وحاجات التجارة الدولية؛ علما أنّ المادة لم تعدّل منذ سنة 2005؛ على أن يراعي المشرّع أثناء تعديله للمادة ضابط الأداء المميز في العقد كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في غياب قانون الإرادة

ويتخلى على الإسناد الجامد، وأن يمنح للأطراف الحرية المطلق في اختيار قانون العقد دون أي يقيد إرادتهم أسوة بالتشريعات المقارنة ويبيّن موقفه من الإرادة الضمنية للأطراف.

2- السعي إلى تدارك الفراغ القانوني الواردة في المادة **24** من القانون المدني من خلال تحديد القانون الذي يحل محل قانون الإرادة المستبعد المحدد نتيجة الغش نحو القانون؛ منه رد الاختصاص للقانون المتهب منه.

3- أن يضيف المشرّع إلى المادة **19** من القانون المدني ما يوجه القاضي إلى اختيار الضابط الذي يجعل من شكل التصرف صحيحا، وتحديد مجال تطبيق قاعدة الشكل ولو على سبيل المثال، والاستثناءات التي ترد على القاعدة.

4- تعديل المادة **1050** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تحدد طرق تحديد القواعد القانونية التي تسري على العقد الدولي أمام هيئة التحكيم من خلال النص صراحة على ما يلي: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف ويؤخذ أي اختيار لقانون دولة معينة على أنه إشارة مباشرة إلى تطبيق القواعد الموضوعية المتبعت فيه وليس القواعد الخاصة بتنازع القوانين، مالم يتفق الأطراف على غير ذلك."

**5-** بما أنّ أحكام التحكيم من السندات التنفيذية فإنّه على المشرّع أن يعدل المادة **1054** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي التي أحالتنا إلى المواد من **1035** إلى **1038** من نفس القانون التي تنظم في حقيقتها إجراءات التنفيذ وحجية أحكام التحكيم؛ وإحالتنا إلى المواد المتعلقة بتنفيذ السندات التنفيذية الأجنبية لاسيما المادة **605** التي تحدد الشروط الواجب توافرها في حكم التحكيم الأجنبي المراد تنفيذه في الإقليم الجزائري.

**6-** أن يضيف المشرّع إلى المادة **1035** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اتفاق التحكيم من ضمن مستندات طلب الأمر بالتنفيذ للتأكد من صحة وجود اتفاق التحكيم، وأن يلغي الفقرة الأخيرة من نفس المادة التي تحدد مهلة الطعن بالاستئناف بالأمر القاضي برفض التنفيذ لتعارضها مع المدة القانونية الواردة في المادة **1057** من نفس القانون؛ ويبقي على مدة شهر كامل من تاريخ التليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة.

# قائمة المراجع

## أولا: باللّغة العربية

### أولا: الكتب


1. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الأجانب، 1993.
2. _____، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية القاهرة 1992.
3. إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، د. ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
4. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي الإسكندرية، 1981.
5. الأحدب عبد الحميد، موسوعة التحكيم، الكتاب الثاني، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2008.
6. أحمد سامي ريحان، الانترنيت، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، 1999.
7. أحمد سعيد ارفرد، أصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع، المكتبة العصرية للنشر، مصر، 2007.
8. أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص المقارن في مصر، مكتبة النهضة المصرية، مصر 1956.
9. أدمون نعيم، القانون الدولي الخاص وفقا للتشريع والاجتهاد في لبنان، د.د.ن، بيروت 1961.
10. إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1989.
11. الأسعد بشار محمد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
12. _____ ، عقود الدولة في القانون الدولي، ط.2، منشورات زين الحقوقية بيروت، 2011.
13. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي الجنسية، ج.2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
14. _____، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ط.13، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
15. إياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2007.
16. إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص دار الفكر والقانون للنشر والتوزبع، دمشق، 2013.
17. بربري محمود مختار أحمد، التحكيم التجاري الدولي، ط.3، دار النهضة العربية مصر، 2004.

**18.** بلمامي أعمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف، دراسة تحليلية نقدية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
**19.** بن عبد الله بن عطاف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز الطباعة والنشر بمعهد الإدارة العامة، د.ب.ن، 1998.
**20.** بن عياد جليلة، بعوني خالد، الجنسية الجزائرية في ظل التعديلات الجديدة، د.ط د.د.ن، الجزائر، 2009.
**21.** بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.2، كليك للنشر،2012.
**22.** التحيوي محمود عمر، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
**23.** _____، أنواع التحكيم وتميزه عن الصلح والوكالة والخبرة، المكتبة القانونية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002.
**24.** تناغو سمير، النّظرِيَّةُ العَامَّة لِلقَانُون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
**25.** ثروة حبيب، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975
**26.** جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، الموطن ومركز الأجانب في البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، مصر، 1968.
**27.** الجارحي عمر، الوجيز في شرح أحكام الدعوى التحكيمية للمنازعة المدنية والتجارية كفر الشيخ، الجامعة العمانية، مصر، د.س.ن.
**28.** جعفور محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظريّة القانون، ط.16 دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2007.
**29.** _____، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، ط.14 دار هومة، الجزائر، 2007.
**30.** جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
**31.** حسين المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، د.س.ن.
**32.** حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
**33.** _____، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
**34.** حمدي باشا عمر، القانون المدني، دار هومة، الجزائر،2003.
**35.** حمودي محمد الناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنيت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
**36.** خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لإتفاقية فينا عام 1980، ط.2، د.د.ن، د.ب.ن.2001.

**37.** خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، د.س.ن.
**38.** الرفاعى أحمد محمد، برنامج الدراسات القانونية، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، كلية الحقوق، جامعة بنها،2008.
**39.** الرفاعي بدران شكيب، عقود الاستهلاك في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة دار الكتب القانونية، القاهرة، 2013.
**40.** رمزي محمد علي دراز، السكوت وأثره على الاحكام في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004.
**41.** زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.
**42.** _____، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008.
**43.** _____، الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002.
**44.** _____، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
**45.** سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية بيروت، 1995
**46.** سلامة أحمد عبد الكريم، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية القاهرة، 2008.
**47.** _____، القانون الدولي الخاص النوعي الإلكتروني السياحي البيئي دار النهضة العربية، مصر، 2000.
**48.** _____، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص (دراسة تحليلية تطبيقية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
**49.** _____، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996.
**50.** _____، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
**51.** _____، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، ط.2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018.
**52.** سليمان أحمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، د. ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
**53.** سمير كمال، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، طبعة 1986.

**54.** السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام-مصادر الالتزام)، المجلد1، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
**55.** _____، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1997.
**56.** السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، 1952.
**57.** السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية 2018.
**58.** الشرقاوي جمال، نظرية بطلان التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، د.ب.ن د.س.ن.
**59.** صفوت عبد الحفيظ، دور الإستثمار في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
**60.** طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.
**61.** عبد الحميد أبو هيف، القانون الدّولي الخاص في أوروبا وفي مصر، منشآة المعارف، الإسكندرية، 1924.
**62.** عبد الحميد عبد المطلب، العولمة واقتصاديات البنوك، الدار الجامعية، مصر 2005.
**63.** عبد الرسول عبد الرضا جابر، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، العراق 2013.
**64.** عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون النهر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، 2000.
**65.** عبد المنعم فرح الصده، أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1965.
**66.** عرموش ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2018.
**67.** عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ج.2، ط.9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986.
**68.** _____، القانون الدولي الخاص، ج.2، ط.2، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986.
**69.** _____، تنازع القوانين، المجلد7، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
**70.** عشوش أحمد عبد الحميد، التحكيم كوسيلة لفض النزاعات في مجال الإستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990.
**71.** عشوش أحمد عبد الحميد، تنازع مناهج تنازع القوانين، دراسة مقارنة، د.ط، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1989.

**72.** عشي علاء الدين، مدخل القانون الإداري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائري، 2012

**73.** عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة العربية، الإسكندرية 2008.

**74.** عطروش عبد الكريم محسن، أحكام تنازع القوانين في القانون المقارن، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، عدن، 1997.

**75.** عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2007.

**76.** _____، قانون العمليات المصرفية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

**77.** علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الجزائري، ط.3، د.د.ن، الجزائر 2005.

**78.** _____، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.

**79.** عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة، الجزائر 2007.

**80.** غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بغداد 1986.

**81.** فادي محمد عماد الدين توكل، "عقد التجارة الإلكترونية"، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2010.

**82.** فارووق محمد أحمد الأباصيري، الإشتراك في قواعد المعلوماتية عبر شبكة الانترنت دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.

**83.** فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف الإسكندرية،2007

**84.** فضيل نادية، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة للنشر والتوزيع، الجزائر 2002.

**85.** _____، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

**86.** _____، تطبيق قانون المحل على شكل التصرفات، دار هومة للطباعة والنشر الجزائر، 2006.

**87.** فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الاحكام الأجنبية، ج2، دار النهضة العربية، بيروت، 1994.

**88.** فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

**89.** فيلالي علي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، 2008.

**90.** _____، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط.3، موفم للنشر، الجزائر، 2013.

**91.** _____، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

**92.** الكسواني عامر محمد، موسوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
**93.** كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ط.3، دار هومة، الجزائر، 2011.
**94.** مجدي حسن خليل، الشهابي إبراهيم الشرقاوي، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق ونظرية القانون، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
**95.** محسوب محمد، نظرية قانون التجارة الدولي بين الوهم والحقيقة، د.د.ن، الأردن 2003.
**96.** محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
**97.** محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
**98.** محمد سعدي الصبري، شرح التقنين المدني الجزائري، النظرية العامة الإلتزام، ط.2 دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.
**99.** محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، د.س.ن.
**100.** محمود عبد الرحيم الشريفات، "التراضي في تكوين العقد عبر الانترنيت"، ط.2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011.
**101.** محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2006.
**102.** مخلوف أحمد، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
**103.** مرقس سليمان، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر 1956.
**104.** مصطفى مصباح شلبيك، المدخل للعلوم القانونية**:** نظرية القانون-نظرية الحق، دار النهضة العربية، لبنان، 2002.
**105.** ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1993.
**106.** ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 1998.
**107.** المنزلاوي صالح، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، د. ط، دار الجامعة العربية، مصر، 2006.
**108.** منير عبد المجيد، الاسسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف الإسكندرية، 2000.

**109.** _____، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1990.

**110.** مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية والأجنبية والإتفاقيات والمراكز الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015.

**111.** نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر، مصر، 2009.

**112.** نبيل صقر، الوسيط في شرح -قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى الجزائر، 2008.

**113.** نضال إسماعيل برهم، "احكام عقود التجارة الإلكترونية"، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، 2005.

**114.** نورس عباس العبودي، الأداء المميز وأثره على عملية الإسناد، د.ط، مكتبة السنهوري، لبنان، 2016.

**115.** _____، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية-دراسة مقارنة طبقًا لأحكام القانون الدولي الخاص المقارن وأحكام القانون العراقي مكتبة السنهوري، العراق، 2015.

**116.** هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.

**117.** الهداوي حسن، القَانون الدّولي الخَاص، تَنَازُع القَوانِين، المَبَادئ العَامَّة والحُلول الوَضعيّة في القَانون الأردُني، درَاسَة مُقارنَة، ط.2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، 1997.

**118.** _____، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط.2 مطبعة الإرشاد، بغداد، 1992.

**119.** هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2001.

**120.** _____، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2003

**121.** _____، توطن المدعى عليه الأجنبي كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، 2003.

**122.** هشام علي صادق، الجنسّيةُ والمَوْطِن ومركز الأجانب، المجلد الثاني في مركز الأجانب، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1976.

**123.** _____ ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية: دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية، منشأة المعارف، الإسكندرية 1995.

**124.** هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، طبعة 2007، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2007.
**125.** _____، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
**126.** _____، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1984.
**127.** _____، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية والتجارية، وتنفيذ الأحكام الأجنبية-تنازع القوانين-، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008.
**128.** ياقوت محمود محمد، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، دراسة تحليلية، ومقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
**129.** _____، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية،2000.
**130.** يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، منشورات زين الحقوقية، لبنان 2016.

**ثانيا: الأطروحات والمذكرات الجامعية**

**أ. الأطروحات**

1. إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، التجربة الجزائرية نموذجا، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009.
2. بلاش ليندة، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو 2017.
3. بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016.
4. بهلولي فاتح، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2017.
5. بودلال فطومة، التحكيم في العقود الإدارية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون تخصص علوم قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2016.
6. خليل إبراهيم محمد، تكامل مناهج تنازع القوانين، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، 2012.

7. الخياط أمينة، القانون المطبق على العقد الدولي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط المغرب، 2009.
8. شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 2009.
9. عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011.
10. عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2017.
11. كملي محمد عبد الكريم، النظام القانون للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، 2011.
12. محمد طارق، منهج القواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس المدية، 2012.
13. معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عقود المفتاح والإنتاج في اليد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق العلوم الإدارية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 1998.
14. المؤيد محمد عبد الله محمد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي: دراسة تأصيلية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1997.

**ب. مذكرات الماجستير**

**1.** إلهام عزام وحيد الخراز، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع، دراسة مقارنة مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2009.
**2.** أمحمد سعد الدين، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2008.
**3.** الأنباري أحمد حميد، سكوت الإدارة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2017.

**4.** إيلاف خليل إبراهيم الصالح، القانون الواجب التطبيق على التحكيم، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط 2014.

**5.** بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011.

**6.** بلمامي عمر، الدَّفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 1986.

**7.** بوختالة منى، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2014.

**8.** بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

**9.** بيان إسحاق القواسمي، القانون الواجب التطبيق على التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بنزرت فلسطين، 2015.

**10.** حدادن طاهر، دور القاضي في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.

**11.** خليفي سمير، حل النزاعات في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.

**12.** خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2012.

**13.** رغد ثابت عبد العزيز، إثبات الموطن في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص العلوم القانونية، جامعة العراق، 2018.

**14.** زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون خاص، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1987.

**15.** زيدون بختة، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون الدولي الخاص، جامعة بوبكر بلقايد تلمسان، 2011.

**16.** أمحمد سعد الدين، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2008.
**17.** سمير عبود فرحان، مقارنة بين القانون الوجب التطبيق على منازعات التحكيم، دراسة القانونين الأردني والعراقي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2017.
**18.** شريف هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2003.
**19.** عبد الوافي عز الدين، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، فرع القانون الخاص، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة جيجل، 2008.
**20.** علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008.
**21.** عمر محي الدين المصري، سلطة القضاء في إبطال حكم التحكيم موضوعيا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن 2020.
**22.** منسول عبد السلام، قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 2001.

**ثالثا: المقالات**

**1.** أبو العلاء علي أبو العلا النمر، نظرية إنتقادية للسياسة التشريعية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا، **"مجلة العلوم القانونية والاقتصادية"**، ع.2، جامعة عين الشمس،2002.
**2.** أبوطه خالد، أحمد حسينة، الشكلية في العقود التجارية-دراسة تحليلية، **"مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية"**، المجلد 13، ع.1، جامعة زيان عاشور، الجلفة،2020.
**3.** أحمد عبد العزيز، جاسم زكريا، فراس عبد الجليل الطحان، العولمة الاقتصادية على الدول العربية، **"مجلة الإرادة والاقتصاد"**، ع.86، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة الكرباء 2011.
**4.** أزهار محمود لهمود، القانون الواجب التطبيق في منازعات العقود الدولية، **"مجلة كية القانون للعلوم القانونية والسياسية"**، المجلد 9، ع.34، 2020.
**5.** الأطرش محمد، حول تحديات العولمة الاقتصادية، **"مجلة مستقبل العربي"**، ع.26 مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2000.
**6.** أمجد عبد الفتاح أحمد حسان، هاشم ناصر الدين محمود سويدان، القانون الواجب التطبيق على منازعات شكلية العقود الدولية "دراسة مقارنة"، **"مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية"**، المجلد 20، ع.3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار 2021.

**7.** أمحمد سعد الدين، ضوابط إعمال قانون الإرادة لحل مشكل تنازع القوانين في العقود الدولية، **"المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية"**، المجلد 54، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر1، 2017.

**8.** باسو عبد المالك، ماهية القواعد عبر الدولية في التحكيم التجاري الدولي، **"مجلة الدراسات الحقوقية"**، المجلد1، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، 2014.

**9.** باسو عبد المالك، ماهية النظام العام الدولي في التحكيم التجاري الدولي، **"مجلة المعيار"** المجلد5، ع.13، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تيسمسيلت 2016.

**10.** براهيمي بديعة، جهود المشرّع لمواجهة ظاهرة انعدام الجنسية في قانون الجنسية من سنة **1963** إلى آخر تعديل له سنة 2005، **"المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية"** المجلد 58، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر1، مارس 2021.

**11.** بلاش ليندة، دور القواعد ذات التطبيق الضروري: بين الزامية قواعد الاسناد والتخفيض من مرتبتها، **"المجلة الأكاديمية للبحث العلمي"**، المجلد 10، ع.3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2019.

**12.** بلاق محمد، أزمة منهج التنازع وانعكاساتها على منازعات العقود الدولية، **"مجلة الدراسات القانونية المقارنة"**، المجلد 7، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، 2021.

**13.** بلاق محمد، ضوابط الإسناد ومدى فعاليتها اتجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية **"مجلة المعيار"**، المجلد 5، ع.10، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تيسمسيلت، 2016.

**14.** بلاق محمد، منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في إطار العلاقات الخاصة الدولية، **"مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية"**، المجلد 7، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، 2021.

**15.** بلباقي بومدين، دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية، دراسة في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية، وفقه قضاء التحكيم الدولي، **"مجلة الفكر للدراسات القانونية والسياسية"**، ع.8، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2019.

**16.** بلباقي بومدين، مبدأ الإختصاص بالإختصاص في التحكيم في المنازعات البحرية **"المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية"**، المجلد 3، ع.6، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي تسمسيلت، الجزائر، 2018.

**17.** بلخوجة خيرة، خصوصية إتفاق التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري، **"مجلة قانون العمل والتشغيل"**، ع.5، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة، 2018.

**18.** بلعباد توفيق، الأثار القانونية لاتفاق التحكيم من حيث الموضوع، **"مجلة العلوم الإنسانية"**، المجلد 31، ع.4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1، 2020.

**19.** بلعيور عبد الكريم، قانون الإرادة طبقا للمادة 18 من التقنين المدني الجزائري قبل وبعد تعديلها سنة 2005، **"المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية"** المجلد 47، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1 2010.

**20.** بلهوان حسين، القانون الواجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم، **"مجلة العلوم الإنسانية"**، المجلد 31، ع.3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1، 2020.

**21.** بن خدة حمزة، مدى تأثر القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في مجال التعبير عن الإرادة، **"المجلة المتوسطية والاقتصاد"**، المجلد 1، ع.1، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2016.

**22.** بن عصمان جمال، إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي، **"مجلة الدراسات القانونية والسياسية"**، المجلد 6، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي بالأغواط، 2020.

**23.** بن قويدر الطاهر، جغيرن بشير، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في الجزائر كضمانة لتسوية منازعات إستثمارها، **"مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية والإقتصادية"**، المجلد 8 ع.4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تامنغراست، 2019.

**24.** بورازم رمزي، أزمة إعمال قواعد الإسناد في عقود الإرادة الإلكترونية، **"مجلة الإجتهاد القضائي"**، المجلد 13، عدد خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة،2021.

**25.** بوراس لطيفة، الشكلية في الحياة التجارية إلى أين، **"المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية"**، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2019.

**26.** بورزق أحمد، بورزق خديجة، مبدأ سلطان الإرادة في العقود. دراسة مقارنة، **"مجلة أبحاث"**، المجلد 4، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، 2019.

**27.** بوزاهر عبد الرؤوف، خصوصية القواعد ذات التطبيق الضروري من قبل المحكم الدولي، **"المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية"**، المجلد 7، ع.1، المركز الجامعي الونشريسي، تيسمسيلت، 2022.

**28.** بوسهوة نور الدين، دور القاضي في تحديد مفهوم التكييف والنظام العام في إطار تنازع القوانين، **"مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية"**، المجلد 1، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، لونيسي علي، 2011.

**29.** بوقراط أحمد، النظام القانوني لإتفاق التحكيم، **"مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية"**، المجلد 3، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي بتندوف 2019.

**30.** بوكرزازة أحمد، القواعد الآمرة والقواعد المكملة التفرقة بين القواعد الآمرة والمكملة مؤسسة على شروط التطبيق، **"مجلة العلوم الإنسانية"**، ع.39، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة1، 2013.

**31.** بومعزة نبيهة، الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري، **"مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون"**، ع.35، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة، 2015.

**32.** جابر صالح، أثر فعالية القاعدة الدستورية في تكريس الأمن القانوني، قراءة في الفقه القانوني والفقه الإسلامي، **"مجلة الدراسات الفقهية والقضائية"**، المجلد 4، ع.2 كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2018.

**33.** الجبوري إبراهيم عباس، دور الموطن في موضوعات القانون الدولي الخاص، **"مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية"**، ع.43، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بابل، 2019.

**34.** جغلول زغدود، سيف الدين بوجدير، ضمانات الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري (وفقا للتشريع الداخلي والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف)، **"مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية"**، المجلد 4، ع. 11، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1 2017.

**35.** حاج احمد عبد الله، فكرة النظام العام الاقتصادي في القانون الإداري والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، **"مجلة أفاق علمية"**، المجلد 12، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تامنغست، 2020.

**36.** حسام أبو حامدة، الغش نحو القانون الدولي الخاص كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، **"استشارات قانونية مجانية، محاماة نت".**

**37.** حسان أمجد، سويدان هاشم، القانون الواجب التطبيق على منازعات شكلية العقود الدولية "دراسة مقارنة"، **"مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية"** المجلد 20، ع.3 جامعة أدرار، 2021.

**38.** حسن علي كاظم، قواعد الإسناد وآليات التطبيق في العراق، **"مجلة أهل البيت"**، ع.20، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أهل البيت عليهم السلام العراق، 2016.

**39.** حسنين جبار شكير، الأسس القانونية لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه-دراسة في مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لعام 2011 **"مجلة لارك للفلسفة والعلوم الاجتماعية"**، كلية القانون، ع.22، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

**40.** حسنين ضياء نوري الموسوي، الإدارة ودورها في تحديد الاختصاص القضائي الدولي العراقي، **"مجلة أبحاث ميسان"**، المجلد 8، ع.16، العراق، 2016.

**41.** حوالف عبد الصمد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية **"مجلة الحقيقة"**، المجلد 13، ع.31، جامعة أحمد درارية أدرار، 2014.

**42.** خنفوسي عبد العزيز، بلباقي بومدين، مدلول مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم في المنازعات البحرية لدراسة في ضوء الفقه والقضاء وأنظمة التحكيم البحري، **"مجلة البحوث**

**القانونية والسياسية"**، المجلد4، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولاي الطاهر سعيدة، 2017.

**43.** خير الدين كاظم الأمين، محمود عبد عباس مغير الجبوري، القانون الواجب التطبيق على بطلان إتفاق التحكيم، **"مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية"**، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بابل، 2009.

**44.** خير الدين كاظم الأمين، نظرية إنتقادية لمنهج قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص العراقي، **"مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية"**، المجلد 26، ع.8 2018.

**45.** داودي صحراء، استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بسبب الغِّش نحو القانون **"المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية"**، المجلد 12، ع.4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2020.

**46.** دغيش أحمد، الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص، **"مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية"**، المجلد 5، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة يحي فارس بالمدية سبتمبر، 2017.

**47.** رافد فاطمة، صبايحي ربيعة، تكييف الإسناد لحل تنازع القوانين في عقد المقاولة الدولي، **"مجلة الدراسات القانونية المقارنة"**، المجلد 6، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الشلف، 2020.

**48.** رايس أمينة، النظام العام والغش نحو القانون كموانع لتطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الجزائري، **"مدونة قانونية تهتم بكل فروع القانون".**
https://boubidi.blogspot.com/2011/08/blog-post_1769.html

**49.** رحمون وليد، طرق تشكيل المحكمة التحكيمية في ظل القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، **"المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية"** المجلد 2، ع.3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، بالأغواط 2018.

**50.** رضوان ربيعة، لعجال ياسمين، ضوابط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في الجزائر، **"مجلة دفاتر السياسة والقانون"**، المجلد 10، ع.19، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2018.

**51.** زحزاح محمد، يحياوي يوسف، الشكلية العلنية كصورة من صور الشكلية غير المباشرة وأثرها على نفاذ العقد، **"مجلة القانون العقاري والبيئة"**، ع.5، جامعة مستغانم 2015.

**52.** الزهرة رزايقية، عصام نجاح، الشكلية في عقود الاستهلاك، **"مجلة العلوم القانونية والسياسية"**، المجلد 10، ع.2، المركز الجامعي صالحي أحمد، النعامة، 2019.

**53.** زياد عبد الوهاب النعيمي، احمد طارق ياسين، دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات الحدود، **"مجلة المنار والدراسات القانونية والسياسية"**، المجلد 1، العدد الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس بالمدية،2017.

**54.** زياد محمد فالح بشابشة، أحمد الحراكي، عماد قطان، دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية ووفقا للقانون الأردني - دراسة مقارنة-، **"مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإنسانية والاجتماعية"**، المجلد 1، ع.30 جامعة فلسطين، 2013.

**55.** سالم عبد الكريم، أساس تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية، **"المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية"**، المجلد 2، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2018.

**56.** السبوسي سعيد سيف، النظام العام والآداب العامة وأثرها على تنفيذ أحكام التحكيم وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم 11 لسنة **1992** وتعديلاته، دراسة مقارنة، **"مجلة العلوم القانونية والاجتماعية"**، المجلد 4، ع.2 كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة زيان عاشور بالجلفة، 2019.

**57.** سراغني بوزيد، التحكيم في القانون الجزائري، **"مجلة دراسات وأبحاث"**، المجلد 9 ع.25، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2016.

**58.** سرحان عبد القادر، مزاولي محمد، الاتجاهات الحديثة للتحكيم التجاري الدولي بالجزائر في علاقته بالاستثمار وفقا للقانون 08-09 والقوانين المقارنة، **"مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية"**، المجلد 21، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد درارية، أدرار، 2022.

**59.** سرحان عبد القادر، مزاولي محمد، الضوابط القانونية لإختيار المحكم التجاري الدولي في التشرعيين المصري والجزائري، **"مجلة القانون والمجتمع"**، المجلد 7 ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد درارية أدرار، 2019.

**60.** سلام حمزة، دور رئيس المحكمة في مجال التحكيم التجاري الدولي، **"مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية"**، المجلد 11، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار الثليجي، بالأغواط، 2022.

**61.** سلامة أحمد عبد الكريم، تحرر التجارة العالمية وأثره على النظام القانوني للعقود الدولية، **"مجلة البحوث القانونية والاقتصادية"**، المجلد 2، ع.19، جامعة المنصورة، 1966.

**62.** سلامي ساعد، مراحل الأهلية وأثر عوارضها على صحة التصرفات في التشريع الجزائري، **"المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية"**، المجلد 6، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيسمسيلت،2021.

**63.** شبورو نورية، الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية، **"المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد"** المجلد 1، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2016.

**64.** شريف هنية، إعمال القواعد العابرة للحدود في التحكيم التجاري الدولي، **"المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية"**، المجلد 5، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بجاية، 2014.

**65.** صادق زغير محيسن، الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية، **"مجلة جامعة ذي قار العلمية"**، المجلد 10، ع.3، جامعة ذي قار، العراق 2015.

**66.** الصادق عبد القادر، القوة الملزمة للعقد في نطاق المسؤولية المدنية، **"مجلة القانون والتنمية المحلية"**، المجلد 1، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أدرار، 2019.

**67.** صدوق المهدي، شراطي خيرة، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، **"مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية"** ع.2، كلية الحقق والعلوم السياسية، جامعة إبن خلدون، تيارت.

**68.** ضيعي محمد نذير، ضمانة التحكيم في التشريع الجزائري، **"مجلة العلوم الإنسانية"**، المجلد 5، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي 2018.

**69.** طنجاوي مراد، غياطو الطاهر، التعبير عن الإرادة في التعاقد الالكتروني **"مجلة المنار"**، المجلد 4، ع.5، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدية، 2018.

**70.** عباس عبد القادر، التحكيم التجاري الدولي وأثاره، **"مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية"**، المجلد 9، ع.4 كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة 2016.

**71.** عبد الرحمان زناندة، التكييف في تنازع القوانين، **"مجلة الدراسات القانونية المقارنة"**، المجلد 7، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، بالشلف، 2021.

**72.** عبد الرسول كريم أبو صبيع، التكييف في تنازع القوانين دراسة في قانون العلاقات الخاصة الدولية، **"مجلة مركز دراسات الكوفة"**، المجلد 5، ع.7، كلية الحقوق، العراق 2008.

**73.** عبد السلام علي الفضل، نعيم علي العتوم، منهج الآداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي، **"مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون"**، المجلد 46، ع.1 كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة اليرموك، الأردن، 2019.

**74.** عبد النبي شاهين، مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي **"مجلة كلية الشريعة والقانون الوضعي"**، المجلد 2، ع.16، جامعة الأزهر مصر، 2003.

**75.** عبد النبي شاهين، مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي مجلة كلية الشريعة والقانون الوضعي، **"مجلة كلية الشريعة والقانون"**، المجلد 2 ع.16، جامعة الأزهر، مصر، 2003.

**76.** عبد النور أحمد، عبد النور زينب، الجانب المعقد لضابط الجنسية في مسائل الإختصاص القضائي الدولي، **"مجلة البحوث القانونية والاقتصادية"**، المجلد 5 ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي طاهر، سعيدة، 2022.

**77.** عبد النور أحمد، قاعدة تطبيق قانون القاضي على مسائل الإجراءات القضائية في إطار القانون الدولي الخاص الجزائري، **"المجلة الجزائرية للقانون المقارن"**، المجلد 3، ع.5 كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2020.

**78.** عبد الهادي زبيدة، القواعد المادية لمنازعات عقود التجارة الدولية في الأنظمة العربية في إطار الاتفاقيات الدولية "دراسة مقارنة"، **"المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث"**، المجلد 3، ع.2، كلية الحقوق، جامعة الأمير سلطان، الرياض 2017.

**79.** عجابي إلياس، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، **"المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية"**، المجلد 47، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر1، 2010.

**80.** العرباوي نبيل صالح، الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم في القانون الجزائري، **"مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية"**، المجلد 1 ع.9، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة، 2018.

**81.** العرباوي نبيل صالح، القانون الواجب التطبيق على المنازعات التحكيمية **"مجلة الحقيقية"**، المجلد 18، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد، بشار 2019.

**82.** عفيفي أحمد، قواعد البوليس المضيقة لنطاق تطبيق قانون العقد وعلاقتها بفكرة النظام العام، **"المجلة الشاملة للحقوق"**، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باجي مختار 2021.

**83.** علاء حسين علي، القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، **"مجلة مركز دراسات الكوفة"**، مجلة فصلية محكمة، العراق.

**84.** علي عبد العالي الاسدي، النظام القانوني للشكل في قانون المرور، **"مجلة العلوم الإنسانية"**، المجلد 14، ع.2، جامعة بابل، 2008.

**85.** عيبوط محند وعلي، عقد الاستثمار: بين القانون الداخلي والقانون الدولي **"مجلة المدرسة الوطنية للإدارة"**، المجلد 21، ع.41، مركز التوثيق والبحث والخبرة، 2011.

**86.** عيد عبد الحفيظ، حل النزاعات الخاصة الدولية وفقا لمنهج تنازع القوانين **"المجلة الأكاديمية للبحث القانوني"**، المجلد 10، ع.3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2019.

**87.** غربية سمية، فيصل نسيمة، الرقابة القضائية على حكم التحكيم عن طريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم التجاري الدولي، **"مجلة المفكر"**، ع.17، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2018.

**88.** غول سليمة، موهوبي علي، القانون الواجب التطبيق على المنازعات الالكترونية، **"مجلة الباحث القانوني"**، المجلد1، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطارف، 2020.

**89.** فتحي كمال دريس، الإعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي التجاري الدولي في الجزائر تطبيقا لقواعد إتفاقية نيويورك وقانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08، **"مجلة البحوث والدراسات"**، المجلد 17، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر 2020.

**90.** فراس كريم شيعان، ارم عصام خيضر، أثر مبدأ قانون الإرادة على إختلال التوازن في العقود الدولية، **"مجلة جامعة تكريت"**، ع.29، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تكريت، العراق، 2016.

**91.** القاسمي مصطفى، واقع التكريس التشريعي لقوانين البوليس والأمن في القانون الدولي الخاص المغربي، **"مجلة الأبحاث القانونية والسياسية"**، ع.8، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سطيف2، 2020.

**92.** قبايلي محمد، الأثر السلبي لإتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، **"مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية والإقصادية"**، المجلد 2، ع.5، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جنشلة، 2017.

**93.** قبايلي محمد، طرق الطعن في الحكم التحكيمي التجاري، **"مجلة دراسات والبحوث القانونية"**، المجلد2، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة 2017.

**94.** كريم مزعل شبي، النظرية الشخصية المحددة لدور للإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق (دراسة في تنازع القوانين)، **"مجلة العلوم القانونية"**، المجلد 32 ع.2، كلية الحقوق جامعة بغداد، 2017.

**95.** كليبي حسان، الرقابة القضائية على حكم التحكيم التجاري الدولي، وفقا القانون الجزائري، **"مجلة الفكر"**، ع.17، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2018.

**96.** كمال محمد الأمين، فريحة رمزي بهاء الدين، أسباب بطلان حكم التحكيم التجاري البحري، **"المجلة الجزائري للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية"** المجلد 57، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر1، 2020.

**97.** كيحل كمال، مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، **"مجلة الحقيقة"** المجلد 17، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار الجزائر، 2018.

**98.** لبيض فائزة، التعبير عن الإرادة في العقود الالكترونية، **"مجلة الشريعة والاقتصاد"**، المجلد 10، ع.1، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، 2021.

**99.** لحسيني حمزة، التحايل على القانون المختص في مجال العلاقات الأسرية الدولية، **"مجلة الحوار المتوسطي"**، المجلد 11، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلالي ليابس، سيدي بلعباس،2021.

**100.** ليلى بن حليمة، تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، **"مجلة أفاق للعلوم"**، المجلد 4، ع.13، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2018.

**101.** مباركي التوهامي، طرق تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، **"مجلة الفكر"**، المجلد 16، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2012.

**102.** مباركي توفيق ميلود، قانون التُجّار كمصدر من مصادر قانون التجارة الدولية. https://ds.univ-oran2.dz:8443/handle/123456789/1944mode=full

**103.** مبعوج أحلام، بن يسعد عذراء، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمارات النفطية من خلال التحكيم، **"مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والإجتماعية"**، المجلد 12 ع.3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2020.

**104.** مجذوب كوثر، حدود الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، **"مجلة تاريخ العلوم"**، المجلد 2، ع.8، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سكيكدة، 2017.

**105.** مجذوب كوثر، دور المشرّع في الحد من ظاهرة انعدام الجنسية من خلال قانون الجنسية، **"مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية"**، المجلد 6، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2022.

**106.** محمد بشير، عوارض الأهلية والحلول القانونية المقررة لها في التشريع الجزائري- دراسة مقارنة-، **"مجلة صوت القانون"**، المجلد 5، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة خميس مليانة، 2018.

**107.** محمد عبد الكريم عدلي، مدى انطباق قاعدة قانون الإرادة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة، **"مجلة المعيار"**، ع.4، كلية الحقوق والعلوم السياسية المركز الجامعي، تيسمسيلت، الجزائر، 2011.

**108.** محمد نائل أبو قلبين، مدلولات تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني في ضوء أحكام التشريع الأردني، **"مجلة الأبحاث القانونية والسياسية"**، المجلد 3 ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف2، 2021.

**109.** محمود حياة، التركي باهي، الشكلية كركن رابع في العمليات الواردة على المحل التجاري تعديل لنظرية العقد أم إستثناءا منها؟، **"مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية"**، المجلد 15، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2022.

**110.** مختارية شيباني، فتاك علي، تفعيل مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية **"مجلة الدراسات القانونية المقارنة"**، المجلد 6، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2020.

**111.** مراحي ريم، الشكلية في البيع العقاري في التشريع الجزائري، **"مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية"**، ع.15، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة1، 2018.

**112.** مزغاش عبد الرحيم، الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم التجاري الدولي **"مجلة حوليات"**، المجلد 35، ع.3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر1، 2012.

**113.** مسعود عز الدين، حقيقة النظام العام والآداب ومشروعيته في الفقه الإسلامي الأنظمة الدستورية الوضعية -دراسة مقارنة، **"مجلة دراسات وأبحاث"**، المجلد 3، ع.3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة،2011.

**114.** مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار، **مجلة "الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية"**، المجلد 17، ع.37، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد درارية، أدرار، 2018.

**115.** مصطفى تراري الثاني، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر إثر صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية"، **"مجلة دراسات قانونية"**، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2002.

**116.** مصطفى محمود، الرقابة القضائية على حكم التحكيم، **"مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بنات د متهور"**، المجلد 9، ع.2، 2017.

**117.** المعتمد ياسين، نظام تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الدولي الخاص المغربي، **"مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية"**، المجلد 13، ع.4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، 2020.

**118.** معزي أمال، حجية الشيء المقضي به وحق المحكوم عليه في طلب النظر **"مجلة العلوم الإنسانية"**، المجلد ب، ع.47، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر،2017.

**119.** معنصري مريم، إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر **"مجلة الدراسات القانونية والسياسية"**، ع.4، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عمار ثليجيث بالاغواط، 2016.

120. منار صبرينة، منار فاطمة الزهراء، أحكام اتفاق التحكيم التجاري الدولي **"مجلة المفك للدراسات القانونية والسياسية"**، المجلد3، ع.11، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجيلالي بنعامة، خميس مليلنة، 2020.

121. مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، **"مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون"**، المجلد 41، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشرق الأوسط، عمان الأردن 2014.

122. موري سفيان، إشكالية الاختلاف حول ضابط الإسناد في الأحوال الشخصية وإمكانية تحقيق التوفيق، **"المجلة الأكاديمية للبحث القانوني"**، عدد خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015.

123. موكه عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي الالكتروني **"المجلة الأكاديمية للبحث القانوني"**، المجلد 1، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية 2010.

124. موكه عبد الكريم، منازعات عقود التجارة الدولية**:** بين اختصاص القضاء الوطني والقضاء التحكيمي، **"مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال"**، المجلد 6، ع.4، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1، 2021.

125. مومن يمينة، بلاق محمد، مركز قانون القاضي في تنازع القوانين، **"مجلة الدراسات القانونية المقارنة"**، المجلد 7، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة حسيبة بن بوعلي، بالشلف، 2021.

126. ميلاط عبد الحفيظ، الطبيعة الدولية لشبكة الإنترنيت وفكرة النظام العام-تحديد المسؤولية في حالة مخالفة النظام العام في العقود المتعلقة بمنح التوطين، **"مجلة الصورة والاتصال"**، المجلد 5، ع.19، جامعة وهران، الجزائر، 2016.

127. نادية إسماعيل محمود الجبلي، شرط التحكيم في قانون التحكيم البحريني رقم **9** لسنة **2015** (دراسة مقارنة)، **"المجلة القانونية"**، ع.9، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 2019.

128. نجادي بن عبد الله، حيتالة معمر، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، شروطه وإجراءاته، **"مجلة القانون الدولي والتنمية"**، المجلد 9، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2012.

129. نجود هيبة، قراءة في أساليب توحيد قواعد قانون التجارة الدولية، **"مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية"**، المجلد 4، ع.3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي بريكة، 2021.

130. نورس عباس العبودي، إثبات الموطن في القانون الدولي الخاص، **"مجلة العلوم القانونية"**، المجلد 25، ع.2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بغداد، 2010.

**131.** نورس عباس العبودي، كاظم حمادي يوسف، النظرية العامة للإرادة الضمنية، دراسة مقارنة، **"مجلة العلوم القانونية"**، ع.15، (بحوث التدريس مع طلبة الدراسات)، كلية القانون جامعة بغداد، 2019.

**132.** الهواري أحمد محمد، خواطر حول حماية الطرف الضعيف في القانون الدولي الخاص، **"المجلة الأكاديمية للبحث القانوني"**، عدد خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بجاية، 2015.

**133.** وردة شرف الدين، القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار التكنولوجي في التشريع الجزائري، **"مجلة الحقوق والحريات"**، ع.3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016.

**134.** يسعد حورية، التحكيم التجاري الدولي طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، **"المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية"**، المجلد 47، ع.1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر1 2010.

**135.** يوسف نور الدين، بروك إلياس، تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الإلكترونية، **"مجلة الفكر"**، المجلد 1، ع.13، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2018.

**رابعا: المداخلات**

**1.** شنوف بدر، بوشول عبد الغني، شنوف عبد الرؤوف، إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، عقود التجارة الإلكترونية نموذجا، مداخلة مقدمة في الملتقى الدولي الموسم ب الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة نحوى رؤى مستقبلية واعدة للدول النامية، 2 و3 ديسمبر، 2019.

**2.** كيحل كمال، دور الإرادة في تنازع القوانين بشأن العقود، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني الأول حول سلطة القاضي في تعديل العقد، المنظم من طرف جامعة أدرار، مخبر القانون والمجتمع، يومي الإثنين والثلاثاء 28 و29 أفريل، 2014.

**خامسا: المحاضرات**

**1.** بلعيور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 05-10 لسنة 2005، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2011.

**2.** عثماني بلال، محاضرات في القانون المدني نظريّة العقد، تكوين العقد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2022.

**3.** محمدي بوزينة أمنة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2015.

**سادسا: النصوص القانونية**

**1- النصوص القانونية**

**أ. الاتفاقيات الدولية**

اتفاقية نيويورك، لسنة 1958 بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية.

https://justice-academy.com/1958-new-york-convention-on-the-recognition-and-enforcement-of-the-provisions-of-foreign-arbitrators/
صادقت عليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 88-233، مؤرخ في 05 نوفمبر 1988 يتضمن الانظمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 ماي 1958، ج.ر.ج.ج. ع. 48 لسنة 1988.

**ب.النصوص التشريعية**

**1.** الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395ه الموافق 26 سبيتمبر 1975م والمتضمن التقنين المدني الجزائري، ج.ر. ج.ج.ع. 78 الصادر في 20 سبيتمبر 1975، معدل ومتمم، بموجب القانون رقم 05-10 مؤرخ في 13 مايو 1426ه الموافق ل 20 جوان 2005، يعدل ويتمم القانون المدني، ج.ر.ع. 44، الصادر في 19 مايو 1426ه الموافق ل 27 جوان 2005 م، معدل ومتمم.

**2.** الأمر رقم 05-10 مؤرخ في 27 فيبراير 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 70-86 مؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج.ر.ج.ج.ع. 43 لسنة 2005.

**3. 4.** القانون رقم 06-23 مؤرخ في 29 ذي القعدة 1427 ه الموافق 1320 ديسمبر 2006 م، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 ه الموافق 8 يونيو 1966 م والمتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج.ع.84 مؤرخ في 4 ذو الحجة 1427 ه الموافق 24 ديسمبر 2006 م.

**5.** القانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 ه الموافق 25 فبراير 2009 م، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج.ع. 21 مؤرخ في 17 ربيع الثاني 1429 ه، الموافق 23 أبريل 2008 م، معدل ومتمم.

**6.** القانون رقم 22-18 مؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1443 الموافق 24 يوليو سنة 2022، يتعلق بالاستثمار، ج.ر.ج.ج عدد 50 الصادر في 29 ذو الحجة عام 1443ه الموافق 28 يوليو سنة 2022م، يعدل الأمر رقم 01-03 المؤرخ في أوّل جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار.

**2- النصوص القانونية العربية**

**أ-التشريع المصري**

**1.** القانون رقم 31 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني المصري.
https://manshurat.org/node/72413

**2.** قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994.
https://groups.google.com/g/hamdy11/c/r3_uGnFLPhg?pli=1

**3.** القانون رقم 17 لسنة 1999 في شأن نقل التكنولوجيا في مصر.
https://lawyeregypt.net

**ب-التشريع العراقي**

**1.** القانون رقم 40 لسنة 1951، المتضمن القانون المدني العراقي.
https://moshrig63.wordpress.com/2017/01/29/

**2.** قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969.
http://wiki.dorar-aliraq.net/iraqilaws/law/11811.html

**3.** القانون رقم 13 لسنة 2006 المتعلق بالاستثمار في دولة العراق.
https://www.sjc.iq/view.69609/

**ج-التشريع الأدرني**

**1.** القانون رقم 43 لسنة 1976، المتضمن القانون المدني الأردني.
http://law2jo.blogspot.com/2014/05/43-1976.html

**2.** قانون التحكيم الأردني المعدل رقم 16 لسنة 2018، المنشور على الصفحة 2317 من عدد الجريدة الرسمية رقم 5513.
https://www.aifica.com/2018/05/12/2018

**د-التشريع الفلسطيني**

قانون التحكيم الفلسطيني رقم (**3**) لسنة 2000**.**
https://maqam.najah.edu/legislation/12

**ه-التشريع السوري**

**1.** القانون رقم 84 لسنة 1949، المتضمن القانون المدني السوري.
https://kanooon.com

**2.** قانون التحكيم السوري الجديد رقم(**4**) لسنة 2008**.**
https://pacaarbitration.com/service/136

**و-التشريع المدني القطري**

القانون رقم 22 لسنة 2004، المتضمن القانون المدني القطري.
https://almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=2559&language=ar

**ي-التشريع التونسي**

مجلة القانون الدولي الخاص التونسي**.**
http://legistunisie.weebly.com/uploads/9/5/0/9/9509893/diparabe.pdf

**سابعا: الوثائق المختلفة**

**1.** الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف بتاريخ 21 نيسان 1961.
https://justice-academy.com/european-convention-on-international-commercial-arbitration-geneva/

**2.** اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية لسنة 1980**.**
https://www.international-arbitration-attorney.com/ar/rome-i-rome-ii-applicable-law-and-international-arbitration

**3.** قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985**.**
https://justice-academy.com/chapter-i-general-provisions-article-6-1

## ثانيا باللّغة الفرنسية


### I. Ouvrages

**1.** CAPRIOLI Eric, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, JCP, France, 2002.

**2.** DELEBECQUE Philippe، PANSIER Jean-Jérome. Droit des obligations (Contrat et quasi-contrat), 7eme éd .Lexis, Paris, 2016.

**3.** Henri Batiffol, Paul Lagarde, Droit international privé, tom 2, 6 éme ed, paris, France, 1976.

**4.** HEUZE Vincent, Droit international privè, 7eme ed, Paris, France 2000.

**5.** PHILIPPE Khan, lex mercatoria des contrats internationaux: lexpérience francaise in le contrat économique Bruxelles, Paris, 1975.

**6.** PIERRE Engel, la determination des points de rattchement en droit international privé, université génève, suisse, 1953.

**7.** POMMIER Jean christophe, principe d'autonomie et loi de contra en droit internal privè, conventionnel, Paris, 1992.

**8.** SALEILLES Raymond, Etude sur la thèorie générale de lobligation daprès le premier proet de cod civil pour lEmpire allemand, 2eme éd**.** F.Pichon et Durand Auzias, Paris.1914.

### II. Thèses

**1.** Anne RICHEZ, LA RESIDENCE EN DROIT INTERNATIONAL RRIVE (Conflits de juridictions et conflits de lois), Thése pour le doctorat en droit, LUniversitité Jean Moulin- Lyon 3, 2004

**2.** CLéMENTINE BecherelE, la codificationen droit internationl Privé: une perspective universalise en matiére deconflit de lois, THéSE Pour Obtenir le diplôme de coctorat, sciences juridiques, LUniversité DE Rouen, 2022.

**3.** DANIEL Migul Rojas Tamayo, le droit applicable au contrat en droit international privé colombien privé. Etude comparée, critique et prospective, thése pour lobtenation du titre de docteur en droit privé universite paris- pantaeon- assas, 2017.

**4.** FOUCHARD Phillipe, larbitrage commercial, thése pour obtenir le grade de docteur, Dijon, 1995.
**5.** MERYEM E dderouassi, le contrat électronique internation, thése pour obtenir le grade de docteur, droit privé, université Grenoble Alles paris, 2017.
**6.** PHILLIPPE khan, la vente comercial international, thése pour obtenir le grade de docteur, Dijon, 1961.
**7.** RATCHANEE atchanee Korm LARPVANICHAR, Les contrast internationausx: étude comparative franco-thailandaise, Thése Pour obtenir Le grade de Docteur en Droit, Discipline: Droit international Privé, LUniversité Lille2- DROIT et saunté, 2012.
**8.** ROBERTA Ribeiro Oertel, le contrat international de distribution en droit francis et brésilien, thése pour lobtention du titre de docteur en droit international, universite destras Bourg, 2014.
**9.** TOUBIANA (A), Le domaine de la loi du contrat en droit international prive- contrats internationaux et dirisme etatique, Thése Pour obtenir Le grade de Docteur en Droit, Dalloz, Paris, 1992**.**

## III. Articles

**1.** BEKHECHI MOUHAMED Abde lwahab, l'arbitrage commercial international endriot algèrien, Revue algèrienne des relations internationales, les èditions internationales, N°2, Alger, 1994**.**
**2.** BESSI Mhamed Toufik, la loi applicable au contrat international : a propos de la réferome de larticle 18 du code civil, R.A.S.J.E.P.V 45, N°2, 2008.
**3.** CHAHID Slimani, Les soulions juridiques pratiques aux conflits du commerce international, R.E.R.J, N°1, 2018.
**4.** DESSEMONTET (f) Internet les droits de la personnalite et le droit international privein le defit dinternet Actes du Colloque de lausanne du 28 fevrier 1997 geneve 1997**.**
**5.** HARITH Aldabbach, REGARDS CRITIQUES SUR LES REGLES CONFLIT DE LOIS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE IRAKIEN, R.I.D.C, N°3.

**6.** NICOLAS Brault, Le droit applicable à internet de l'abime aux sommets, revue légicom, victores édition, France, vol 2, N°12, 1996.
**7.** Terki Nourddine, l'arbitrage commercial international en Algèrie O.P.U, ALGER, 1999.
**8.** V. F.OSMAN, vert une lex mercatoria euromediterranea: la lègistique au service de la codification, unification et harmonisation du droit des affaires de l'union pour la méditerranée. RCADI, N°5 2009.

## ثالثا: باللّغة الإنجليزية

### Ouvrage

JAGDISH Bhagwati, Globalization with a Human Face, The Future of Globalization: Explorations in Light of Recent Turbulence, Jagdish Bhagwati, a University Professor at Columbia University and Andre Meyer Senior Fellow at the Council on Foreign Relations, New York. 2003.

# الفهرس

**مقدمة.....1**
**الباب الأول: تطبيق منهج قواعد الإسناد على العقد التجاري الدولي.....2**
**الفصل الأول: تطبيق قانون الإرادة على العقد التجاري الدولي.....5**
المبحث الأول: اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي.....7
المطلب الأول: مفهوم قانون الإرادة .....7
الفرع الأول: تعريف قانون الإرادة .....7
الفرع الثاني: تعيين قانون الإرادة .....8
أولا: الاختيار الصريح لقانون الإرادة .....8
ثانيا: الاختيار الضمني لقانون الإرادة .....11
الفرع الثالث: حدود الإرادة في اختيار قانون العقد التجاري الدولي .....14
أولا: قانون الإرادة ذو صلة بأطراف العقد .....14
ثانيا: قانون الإرادة ذو صلة بالعقد .....15
الفرع الرابع: دور الإرادة في تحديد قانون العقد التجاري الدولي .....17
أولا: النظرية الشخصية .....17
ثانيا: النظرية الموضوعية .....19
الفرع الخامس: موقف التشريعات من قانون الإرادة .....20
أولا: موقف المشرّع الجزائري من قانون الإرادة .....20
ثانيا: موقف التشريعات المقارنة من قانون الإرادة .....22
الفرع السادس: نطاق ومجال تطبيق قانون الإرادة .....23
أولا: نطاق تطبيق قانون الإرادة .....23
ثانيا: مجال تطبيق قانون الإرادة .....24
المطلب الثاني: الأدوات الإستثنائية لإستبعاد الأخذ بقانون الإرادة .....27
الفرع الأول: استبعاد تطبيق قانون الإرادة لمخالفته النظام العام والأداب .....27
أولا: تعريف فكرة النظام العام .....27
ثانيا: الدفع بفكرة النظام العام لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي .....28
ثالثا: شروط الدفع بفكرة النظام العام لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي.....30
الفرع الثاني: استبعاد تطبيق قانون الإرادة لغش نحو القانون .....31
أولا: تعريف نظرية الغش نحو القانون.....31
ثانيا: الدفع بالغش نحو القانون لإستبعاد تطبيق قانون الإرادة "المتهرّب إليه" .....32
ثالثا: شروط تطبيق نظرية الغش نحو القانون.....34
الفرع الثالث: إستبعاد تطبيق قانون الإرادة لوجود قاعدة ذات التطبيق الضروري .....35
أولا: تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري .....35
ثانيًا: تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري بصفة أولية على قاعدة التّنازع .....36

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على شكل العقد التجاري الدولي.....54
المطلب الأول: مفهوم قاعدة شكل العقد .....39
الفرع الأول: تعريف شكل العقد وجدوره التاريخية .....39
أولا: التأصيل التاريخي لقاعدة شكل العقد .....39
ثانيا: تعريف الشكلية.....40
الفرع الثاني: مجال تطبيق قاعدة الإسناد لشكل العقد.....42
أولا: تعريف التكييف .....42
ثانيا: مجال تطبيق قاعدة الإسناد لشكل العقد .....43
الفرع الثالث: الاستثناءات الواردة على قاعدة الإسناد لشكل العقد.....44
المطلب الثاني: موقف التشريعات من قاعدة شكل العقد .....46
الفرع الأول: كيفية إعمال قاعدة الإسناد لشكل العقد .....46
أولا: مبدأ التعدد في صياغة قاعدة شكل العقد.....46
ثانيًا: مبدأ وحدة ضابط الإسناد في صياغة قاعدة شكل العقد.....48
الفرع الثاني: وحدة القانون المطبق على العقد التجاري الدولي.....48
أولا: قواعد الإسناد التي تسري على العقد التجاري الدولي .....48
ثانيا: الحالات التي تتحقق في وحدة القانون المطبق على العقد التجاري الدولي .....49
**الفصل الثاني: تطبيق الإسناد الجامد والمرن على العقد التجاري الدولي.....51**
المبحث الأول: تطبيق الإسناد الجامد على العقد التجاري الدولي.....52
المطلب الأول: تحديد قانون العقد بالعودة إلى أطرافه.....53
الفرع الأول: ضابط الموطن المشترك .....53
أولا: تعريف الموطن .....53
ثانيا: إثبات الموطن .....54
ثالثا: إسناد العقد التجاري الدولي لقانون الموطن المشترك.....56
الفرع الثاني: ضابط الجنسية المشتركة .....58
أولا: تعريف الجنسية .....58
ثانيًا: إسناد العقد التجاري الدولي لقانون الجنسية المشتركة.....61
المطلب الثاني: تحديد قانون العقد بالعودة إلى العقد ذاته.....63
الفرع الأول: ضابط مكان إبرام العقد التجاري الدولي.....63
أولا: موقف المشرّع الجزائري من قانون مكان إبرام العقد.....64
ثانيا: موقف القانون المقارن من قانون مكان إبرام العقد.....66
الفرع الثاني: ضابط مكان تنفيذ العقد التجاري الدولي .....68
المبحث الثاني: تطبيق الإسناد المرن على العقد التجاري الدولي.....70
المطلب الأول: إسناد العقد إلى قانون دولة معينة وفق لظروف التعاقد وملابساته.....70

الفرع الأول: تعريف فكرة التركيز الموضوعي للعقد.....70
الفرع الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية من حل تنازع القوانين وفق ظروف التعاقد وملابساته .....72
المطلب الثاني: إسناد العقد إلى قانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز .....73
المطلب الثالث: منهج الإسناد في ظل العولمة الإقتصادية.....75
الفرع الأول: تعريف العولمة الاقتصادية .....75
الفرع الثاني: تأثير العولمة الاقتصادية على منهج قواعد الإسناد .....76
**خلاصة الباب الأول .....79**
**الباب الثاني: تطبيق منهج القواعد الموضوعية على العقد التجاري الدولي.....80**
**الفصل الأول: منهج القواعد الموضوعية بين المفهوم والمضمون ومدى كفايته لحكم العقد التجاري الدولي**.....83
المبحث الأول: مفهوم ومضمون منهج القواعد الموضوعية .....85
المطلب الأول: مفهوم منهج القواعد الموضوعية.....85
الفرع الأول: تعريف منهج القواعد الموضوعية.....85
الفرع الثاني: مبررات الأخذ بمنهج القواعد الموضوعية في العقد التجاري الدولي .....88
أولا: عيوب منهج قواعد الإسناد .....88
ثانيا: مزايا منهج القواعد الموضوعية عبر الدولية.....89
الفرع الثالث: شروط تطبيق القواعد الموضوعية على العقد التجاري الدولي .....91
المطلب الثاني: مضمون منهج القواعد الموضوعية.....93
الفرع الأول: القواعد الموضوعية ذات المصدر الوطني.....93
أولا: القواعد الموضوعية ذات الأصل التشريعي .....93
ثانيا: القواعد الموضوعية ذات الأصل القضائي.....95
الفرع الثاني: القواعد الموضوعية ذات الأصل الدولي .....97
أولا: الأعراف التجارية كمصدر للقواعد الموضوعية.....97
ثانيا: الشروط العامة والعقود النموذجية كمصدر للقواعد الموضوعية .....98
ثالثا: المبادئ العامة للقانون كمصدر للقواعد الموضوعية .....99
رابعا: الاتفاقيات الدولية كمصدر للقواعد الموضوعية.....100
المبحث الثاني: مدى كفاية منهج القواعد الموضوعية لحكم العقد التجاري الدولي.....101
المطلب الأول: إنكار صفة النظام القانوني على منهج القواعد الموضوعية .....101
الفرع الأول: خصائص القاعدة القانونية.....101
الفرع الثاني: الاتجاه المنكر لصفة النظام القانوني على منهج القواعد الموضوعية .....104
أولا: عنصر العمومية والتجريد.....105
ثانيا: عنصر الجزاء.....106

المطلب الثاني: إصباغ صفة النظام القانوني على منهج القواعد الموضوعية .....107
الفرع الأول: إضفاء صفة النظام القانوني على منهج القواعد الموضوعية .....107
أولا: عنصر الهيئة المتماسكة .....107
ثانيا: عنصر العمومية والتجريد.....108
ثالثا: عنصر الجزاء.....108
الفرع الثاني: تشكيل منهج القواعد الموضوعية لنظام قانوني غير كامل.....109
المطلب الثالث: علاقة منهج القواعد الموضوعية بمنهج قواعد الإسناد .....110
الفرع الأول: علاقة التنافر والتنافس بين منهج القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد.....110
الفرع الثاني: علاقة التعايش والتكامل بين منهجي القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد..112
الفرع الثالث: أولوية التطبيق بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج قاعدة الإسناد .....113
**الفصل الثاني: تكريس منهج القواعد الموضوعية على التحكيم التجاري الدولي .....115**
المبحث الأول: حالات تطبيق منهج القواعد الموضوعية على التحكيم التجاري الدولي ..117
المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم وأشكاله.....117
الفرع الأول: تعريف التحكيم .....117
الفرع الثاني: تعريف اتفاق التحكيم .....118
أولا: تعريف اتفاق التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية .....119
ثانيا: تعريف اتفاق التحكيم في القانون المقارن .....121
الفرع الثاني: أشكال اتفاق التحكيم .....123
أولا: شرط التحكيم .....123
ثانيا: مشارطة التحكيم .....125
المطلب الثاني: طرق تشكيل محكمة التحكيم .....125
الفرع الأول: التشكيل الاتفاقي لمحكمة التحكيم .....125
أولا: سند الأطراف في التعيين المباشر لمحكمة التحكيم.....125
ثانيا: سند الأطراف في التعيين غير المباشر لمحكمة التحكيم.....126
الفرع الثاني: التشكيل القضائي لمحكمة التحكيم .....128
المطلب الثالث: حالات تطبيق منهج القواعد الموضوعية على التحكيم التجاري الدولي..130
الفرع الأول: حالة اختيار الأطراف تطبيق القواعد الموضوعية .....130
الفرع الثاني: حالة سكوت الأطراف عن اختيار القواعد القانونية التي تطبق على النّزاع134
المبحث الثاني: الرقابة القضائية على أحكام التحكيم التجاري الدولي.....138
المطلب الأول: الدور الاحتياطي للقاضي قبل صدور حكم التحكيم الدولي .....138
الفرع الأول: تدخل القاضي لتشكيل محكمة التحكيم.....138
الفرع الثاني: تدخل القاضي لعزل المحكم .....140
الفرع الثالث: تدخل القاضي لاستبدال المحكم.....141

الفرع الرابع: تدخل القاضي لتمديد مهمة المحكم .....142
المطلب الثاني: الدور الرقابي للقاضي بعد صدور حكم التحكيم الدولي .....143
الفرع الأول: شروط الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي.....144
أولا: إثبات وجود حكم التحكيم الدولي.....145
ثانيا: عدم مخالفة أحكام التحكيم الدولي للنظام العام الدولي .....147
الفرع الثاني: شروط تنفيذ أحكام التحكيم الدولي .....149
أولا: تعريف تنفيذ أحكام المحكمين .....150
ثانيا: ضوابط تنفيذ أحكام التحكيم الدولي.....151
ثالثا: إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الدولي .....154
المطلب الثالث: رقابة القاضي في الطعن على أحكام التحكيم الدولي .....156
الفرع الأول: مراجعة أحكام التحكيم الدولي عن طريق الطعن بالبطلان.....156
أولا: أسباب بطلان حكم التحكيم الدولي المتصلة باتفاقية التحكيم .....158
ثانيا: أسباب بطلان حكم التحكيم الدولي المتصلة بمحكمة التحكيم .....160
ثالثا: أسباب بطلان حكم التحكيم الدولي المتصلة بحكم التحكيم.....160
الفرع الثاني: معاينة الأمر القاضي بالاعتراف أو رفض الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم162
أولا: استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي.....162
ثانيا: استئناف الأمر القاضي بالموافقة على الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي.....163
**خلاصة الباب الثاني .....249**
**خاتمة .....168**
**قائمة المراجع** .....173
**الفهرس**.....202

**ملخص**

ارتكزت الدراسة في موضوع تنازع القوانين في العقد التجاري الدولي على بابين أساسيين:
جاء الباب الأول بعنوان تطبيق منهج قواعد الإسناد على العقد التجاري الدولي، الذي قسّم إلى فصلين ضمنا في الفصل الأول تطبيق قانون الإرادة على العقد التجاري الدولي قسمناه بدوره إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي تتطرّقنا فيه إلى، وتعرّضنا في المبحث الثاني إلى القانون الواجب التطبيق على شكل العقد التجاري الدولي، تعرّضنا من خلاله إلى تعريف شكل العقد، مجال تطبيقه، الاستثناءات الواردة على قاعدة الإسناد لشكل العقد، كيفية إعمالها، وحدة القانون المطبق على العقد التجاري الدولي، وضمنا في الفصل الثاني تطبيق الإسناد الجامد والمرن على العقد التجاري الدولي، والذي قسّم بدوره إلى مبحثين، تعرضنا في المبحث الأول إلى تطبيق الإسناد الجامد على العقد التجاري الدولي، ورد فيه ضابط الموطن المشترك، ضابط الجنسية المشتركة، ضابط مكان إبرام العقد ضابط تنفيذ العقد، والمبحث الثاني استحضرنا فيه تطبيق الإسناد المرن على العقد التجاري الدولي، درسنا فيه إسناد العقد إلى قانون دولة معينة وفق ظروف التعاقد وملابساته، إسناد العقد إلى قانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز، وتأثير العولمة على منهج قواعد الإسناد.

جاء الباب الثاني بعنوان تطبيق منهج القواعد الموضوعية على العقد التجاري الدولي، مشتملا بدوره على فصلين، تناولنا في الفصل الأول منهج القواعد الموضوعية بين المفهوم والمضمون ومدى كفايته لحكم العقد التجاري الدولي، والذي اشتمل مبحثين، ورد المبحث الأول بعنوان مفهوم ومضمون منهج القواعد الموضوعية، وتناولنا في المبحث الثاني مدى كفايتة منهج القواعد الموضوعية لحكم العقد التجاري الدولي تعرضنا من خلاله إلى انكار وإضفاء صفة النظام القانوني على منهج القواعد الموضوعية تشكيله لنظام قانوني غير كامل، وعلاقته بمنهج قواعد الإسناد، درسنا في الفصل الثاني تكريس منهج القواعد الموضوعية على التحكيم التجاري الدولي، وهو الذي تضمن مبحثين، تناولنا في المبحث الأول حالات تطبيق منهج القواعد الموضوعية على التحكيم التجاري الدولي، وخصصنا المبحث الثاني للرقابة القضائية على أحكام التحكيم التجاري التجاري الدولي.

ختمت الدراسة بمجموعة من النتائج والتوصيات التي استقرءناها من مجموع عناصر البحث.

الكلمات المفتاحية: عقد تجاري دولي، عنصر أجنبي، تنازع القوانين، مناهج حل التنازع، القاضي المحكم.